

*Проф. др Миодраг Трајковић,  
Правни факултет, Београд*

## Правна природа трговинске арбитраже

### Резиме

*Аутор у чланку, пре свега, објашњава из којих је разлога потребно уситановити појам правне природе трговинске арбитраже. У наставку даје бројне дефиниције трговинске арбитраже, које се могу срећи у домаћем и ујоредном арбитражном праву. Највећи део рада се односи на излагање суштинне правосудног и уговорног концепција трговинске арбитраже, око којих се више година води полемика међу теоретичарима и практичарима арбитражног права. Аутор се на крају оидређује за ширу дефиницију, која у себи комбинује елементе оба концепција.*

**Кључне речи:** *трговинска арбитража, арбитражно право, правна природа трговинске арбитраже, правосудни концепти трговинске арбитраже, уговорни концепти трговинске арбитраже, дефиниција трговинске арбитраже.*

### 1. Уводне напомене

Једна од карактеристика XX века у области развоја права несумњиво је и афирмација трговинске, посебно међународне трговинске арбитраже, као оригиналне институције организовања странака у решавању њихових спорова. Бројни уговори из домена класичних послова робног промета (уговори о купопродаји, заступништву, комисиону, шпедицији, превозу и др.), као и послови међународних и међудржавних инвестиционих радова, банкарски послови и послови осигурања, увек актуелни послови поморског права и других подграна међународног саобра-

ћајног права, односно све присутнији нови уговорни односи из области страних улагања, концесија, интелектуалне својине, заштите know-how, итд. тешко се могу срести без клаузуле о арбитражном решавању спора који је у вези или произилази из тога уговора.

Израсла на принципима приватног судства и самосталности у односу на званично државно судство, трговинска арбитража обележава крај старог и почетак новог века својим наглим развојем и популарношћу код пословног света. Данас је свест о томе присутна код сваког међународног посла, где је различит приступ странака у вези са спором најчешће у избору арбитраже, *ad hoc* или институционалне, као и у обиму њеног претходног одређивања, а мање у дилеми између ангажовања оваквог приватног суда или обраћања класичном државном суду.

Да би се разумела сложена структура овог института, поготову самосталност у односу на судове и друге државне органе, али и везаност за националне законе и међународне конвенције, потребно је нагласити његову основну карактеристику - да је то суд који конципирају саме странке у оквиру правног система, именовањем арбитра, који треба да реше њихов спор, уз примену одређеног материјалног и процесног права.

Реч је, дакле, о пријатељском суду, који формирају странке у намери да спор реше брже и ефикасније него на суду. Предности овог начина решавања - једностепеност, конфиденцијалност и мање формалан поступак - убедљиво објашњавају повећану улогу и популарност трговинске арбитраже.

Излагање о појму међународне трговинске арбитраже је, међутим, непотпуно ако га не прати покушај утврђивања правне природе овог института. Један број правника мисли да расправа о правној природи није неопходна, да је чак и сувишна и без посебног значаја за прагматичне захтеве живота и праксе. Не слажући се са овим, подржавамо оне, који у дискусији о правној природи једне институције виде заједничку потребу теорије и праксе, односно у томе налазе најбољи одговор на питања дефиниције, специфичности и садржине одређеног појма. Одређивање правне природе такође помаже да се схвати порекло института или утврди његово место у правном систему земље или у међународном праву, као и да се укаже на сличности и разлике, које постоје у односу на друге институте.

Ових неколико претходних напомена у потпуности важе и за наш приступ правној природи међународне трговинске арбитраже. При томе, пре упуштања у различите концепте у вези са овим, треба напоменути да трагамо за правном природом трговинске арбитраже уопште, јер постојање или непостојање елемента иностраности код решавања неког спора не утиче битно на правни карактер ове институције. Ово питање је, као и укупни појам арбитраже, толико дискутовано у свету, да није лако направити прави избор између дефиниција познатих аутора, а још теже овим евентуално додати део својих размишљања.

## 2. Дефиниција трговинске арбитраже

Пођимо од најједноставније дефиниције *Ph. Fouchard*-а: "Код арбитраже странке договорно поверавају спор на решавање лицима које саме изаберу".<sup>1)</sup> *Réné David* даје сложенију дефиницију: "Арбитража је техника усмерена на решавање једног проблема, које интересује два или више лица, и то уз помоћ једног другог лица или више других лица - арбитра или арбитра, који своје овлашћење изводе из приватног договора, без мешања државе у ову мисију ..."<sup>2)</sup>

*Ch. Jarrosson*, опет, каже да је "арбитража институција којом једно треће лице решава спор између два или више лица, остварујући тиме судску мисију, коју су јој ова лица поверила".<sup>3)</sup> *A. Plantey* говори да је "основни карактер арбитраже да буде процедура уговорне природе, чији су принципи и одвијање условљени споразумом уговорних странака и њиховим ангажовањем да поштују тако донету пресуду и омогуће јој пуно извршење".<sup>4)</sup>

*A. Redfern* оцењује да је арбитража "приватни метод решавања спора, које су странке себи изабрале".<sup>5)</sup> *P. Bernadini* сматра да се ради "о инструменту приватне јурисдикције, којима арбитар покушава да оствари правду у конкретном случају, користећи принципе *bona fides* и помирења у односу на круту примену правних норми".<sup>6)</sup> *A. Redfern* и *M. Hunter* заједно нуде средње решење: "Међународна арбитража је хибрид. Она почиње као правни уговор међу странкама, а наставља се као приватно суђење ..." *B. Oppetit* каже "није спорна правосудна природа арбитраже, чак и ако њено порекло остаје уговорно".<sup>7)</sup>

У праву претходне и садашње Југославије (сада Државне заједнице Србије и Црне Горе) се такође срећу разне дефиниције арбитраже и мишљења о њеној правној природи. *A. Голдшијајн* и *C. Трива* говоре о "аутономном недржавном правосудном органу, заснованом на споразуму странака, којим му оне поверавају доношење мериторне одлуке у своме спору". У наставку они излажу о "цивилитичкој или контрактуалној теорији, односно јурисдикцијској или процесуалној теорији арбитраже" и налазе да у компаративном праву преовладава јурисдикцијска теорија. Сами аутори се опредељују за јурисдикцијску теорију.

1. Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965, n° 11.
2. René David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, p. 9; Опширније о правној природи арбитраже: J. Rubellin - De Vichi, L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne en droit international privé, LGDJ, 1965.
3. Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, n° 785.
4. A. Plantey, L'importance de l'arbitrage international, Међународна привредна арбитража, Стање и перспективе, Београд, 1997., стр. 37
5. A. Redfern, The status of the arbitrator - duties and responsibilities, Међународна привредна арбитража, Стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 111.
6. P. Bernadini, L'arbitrato internazionale, Guiffre editore, 1994, p. 26.
7. A. Redfern, M. Hunter, Law and practice of international commercial arbitration, London, 1991, p. 8; B. Oppetit, Théorie de l'arbitrage, Paris, 1998, p. 28.

*М. Јездић* под спољнотрговинским арбитражама подразумева "установе основане од приватних професионалних удружења, или лица, или од организација полујавног карактера у циљу расправљања оних спорова из спољнотрговинског промета за које је уговорена њихова надлежност". *М. Пак* наводи елементе арбитраже, али избегава да је дефинише <sup>8)</sup> *Д. Митровић* даје следећу дефиницију: "Арбитража као начин и орган за решавање спорова представља приватну јурисдикцију, која је конкуренција државној јурисдикцији, чији су органи судови".<sup>9)</sup>

*Т. Варади* каже: "Арбитраже су алтернатива судском решавању спорова, и оне у начелу функционишу мимо судова", односно "то су недржавне институције за решавање спорова који су им повериле саме странке".<sup>10)</sup> *М. Васиљевић* прецизира: "Арбитража је уговорна, а не правосудна институција". *Ј. Перовић* запажа да се "на јурисдикциону компоненту арбитраже нужно надовезује уговорна компонента". *Г. Кнежевић* налази да се уобичајеној дефиницији о решавању спорова од стране арбитра на основу овлашћења из арбитражног споразума странака мора да дода да "учинак извршности арбитражним одлукама обезбеђује држава својим апаратом принуде".<sup>11)</sup>

### 3. Правосудни концепт

Из цитираних дефиниција произилази да се аутори деле на оне који мисле да је трговинска арбитража правосудне (судске) природе, и оне који верују да је она уговорна институција. Подељености доприносе и различите формулације националних закона о арбитражи, односно образложења арбитражних одлука арбитражних већа. Те две правне школе се и данас сукобљавају, мада се добија утисак да расте број аутора који покушавају да измире два концепта или да се не изјашњавају у корист једног или другог. Од ове расправе треба разликовати расправу око правне природе арбитражног споразума, где се помињу слични критеријуми, али то није предмет овог излагања.

8. А. Голдштајн, С. Трива, Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987, стр. 12 и 17-19; такође: С. Трива (заједно са Б. Познићем, Н. Воргићем и Т. Варадијем у књизи Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. (део О арбитражи и њеној правној природи и арбитражном уговору - у нешто помирљивијем тону између јурисдикције и јурисдикцијске и контрактуалне школе), стр. 5-11; М. Јездић, Међународно приватно право II, Београд, 1979, стр. 139; М. Пак, Међународно приватно право II, Београд, 1985, стр. 107.
9. Д. Митровић, Државни судови и међународне трговинске арбитраже, Правни живот, бр. 9-10/1994, стр. 1335.
10. Т. Варади, Интервенција суда у погледу конституисања арбитраже, Правни живот, бр. 9-10/1994, стр. 1351, такође Међународно приватно право, Нови Сад, 1990, стр. 378.
11. М. Васиљевић, Педесет година Спољнотрговинске арбитраже при привредној комори Југославије у Београду, Међународна арбитража, Стање и перспективе, Београд, 1997, стр. 6; Ј. Перовић, Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998, стр. 18; Г. Кнежевић, Међународна трговачка арбитража, Београд, 1999, стр. 19-20.

Први појам правосудне природе трговинске арбитраже је временски старији и споро попушта пред присталицама уговорне теорије. Он се лако налази у важећим законским текстовима, али и у савременим радовима аутора из области трговинског арбитражног права.

Тако, на пример, француски *Законик о грађанском процесу*, у делу о међународној трговинској арбитражи, каже да "арбитражна пресуда чим се донесе има снагу правоснажне пресуде у односу на спор који је пресудила".<sup>12)</sup> Оволико судских термина у једној реченици очигледно указује на судску природу арбитраже за коју се француски закон опредељује.

Наш *Закон о јарничном поступку* уопште не говори о арбитражи, већ о избраном суду, али ову институцију очигледно сматра правосудном. У швајцарском праву влада јединствено мишљење о арбитражном споразуму као правном уговору. У САД и Енглеској се говори о трговинској арбитражи као о установи која има уговорне и судске елементе.

У Немачкој преовладава процесноправни приступ овој институцији. Један од аргумената у корист овог концепта је и одомаћена употреба судских израза у арбитражном праву, као што су арбитражни суд (*le cour d'arbitrage, Court of Arbitration*) или арбитражно веће (*Tribunal Arbitral, Arbitral Tribunal*), који се употребљавају у два водећа арбитражна језика, француском и енглеском, односно у два постојећа правна система - континенталном и англо-саксонском.

У објашњавању правосудног карактера арбитраже поборници овог става полазе од две ствари - да је арбитражна пресуда обавезна за странке и да је том одлуком пресуђен спор између странака.<sup>13)</sup> Поводом прве карактеристике је већ истичано да странке од самог почетка, од свог арбитражног споразума, рачунају са обавезним прихватањем пресуде, на исти начин као да је реч о судској пресуди (*res iudicata*), што значи да омогућавају примену такве пресуде или знају да ће се ова, ако нема својеволног извршења, принудно наметнути ("*Arbitrum est iudicium*" - "Арбитража има снагу и дејство суђења").

Аргумент за судски карактер арбитраже је и постојање правила, по којима се одвија арбитражни поступак, а још више судбина арбитражне пресуде код међународне трговинске арбитраже, која пре примене у другој земљи мора да доживи признање те земље. Неки аутори у овом последњем виде јасан недостатак воље странака, односно дефект њихове аутономије воља, па би то требало да слови као посебан аргумент против уговорне природе међународне трговинске арбитраже.

12. Члан 1476. Code de procedure civile из 1980. године.

13. О прагматичном аспекту ове расправе логично расуђује шпански аутор Р. Prieto: "Шта више одговара онима који желе предности арбитраже - уговорно-цивилна арбитража или правосудно-процесна арбитража? Одговор ми изгледа јасан: арбитража која је, што је могуће више, уговорно-цивилна и која поштује арбитражни споразум, избор арбитра и арбитражни поступак уопште; такође, арбитража, која је, што је могуће више, правосудно-процесна у материји извршења и ефикасности арбитражне одлуке, којом је ствар пресуђена, без права жалбе против такве одлуке." - Р. Prieto, *Notas sobre la nueva Ley de Arbitraje*, Le Ley, 1989, 1, p. 131.

Чињеница да је арбитражном одлуком пресуђен спор међу странкама за ове ауторе је такође крунски доказ, јер, без обзира на начин формирања и рада арбитражног већа, говори о једном од правосудних начина регулисања спорова. Неки од њих, опет, као шпански професор *Moreno*, тврде да извор ауторитета (власти) арбитраже (арбитра) није воља странака, већ закон који омогућава такву аутономију воље, што такође говори у прилог законске (судске) природе арбитраже.<sup>14)</sup> Овако размишља и *Fenech Navaro*, који каже да трећа лица - арбитра не могу да остварују власт коју немају ("*Nemo dat quod non habet*"), већ је могу добити само од државе.<sup>15)</sup> Могућност поништаја арбитражне пресуде од стране суда у појединим случајевима, по њима, још јасније говори у корист судске природе арбитраже.

#### 4. Уговорни концепт

У прилог другог концепта правног карактера трговинске арбитраже - њеног уговорног концепта - такође постоје значајни аргументи. Овлашћење арбитра да пресуде у једној ствари произилазе из воље странака, из њиховог арбитражног споразума (компромисорне клаузуле) или накнадног договора (компромиса). Та основна карактеристика арбитраже није спорна и рекло би се да ту нема проблема на плану утврђивања правне природе ове институције.

Пример за то би била дефиниција арбитраже по швајцарском праву: "Арбитража је приватни начин регулисања спорова, заснован на договору странака..."<sup>16)</sup> Проблем, међутим, ипак, настаје због неистичања овог елемента или због истурања у први план онога што је напред речено - судске функције арбитраже и нарочито судске функције арбитражне пресуде.

Једна од кристално јасних формулација уговорног карактера трговинске арбитраже изнета је у пресуди француског Касационог суда још 1937. године, када је речено да "арбитражне пресуде имају за основ договор странака, који са пресудом чини јединствено тело и у њој учествује својим уговорним карактером".<sup>17)</sup>

Добија се утисак да је данашња пракса, у којој доминирају велике институционалне арбитраже, умањила овај други - уговорни елемент, стављајући у први план судски ауторитет арбитражне куће. Другим речима, појачана институционализација трговинских арбитража, укључујући и међународне трговинске арбитраже, фаворизује судски ефекат арбитраже, а занемарује њен уговорни карактер, што се јасно одражава на дефиницију и одређивање правне природе институције.

14. Moreno Faustino Cordon, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, 1995, п. 30.

15. Fenech Navaro, *Arbitraje en el Derecho Español en Estudios de Derecho Procesual*, Bosh, Barcelona, 1962, pp. 417 и на даље.

16. Dutoit, Knoefer, Lalive, Mercier, *L'arbitrage international*, Т. 1, п. 241.

17. Req. 27 juill 1937, D. 1938. I. 25. JCP, 1937, II.1 449. Мишљење је изречено поводом једне стране арбитражне одлуке. У једном другом образложењу, овог пута Уставног суда Шпаније из 1993. године, поводом разлика између арбитражне и судске пресуде се каже да је "функција коју обавља арбитар парасудска или квазисудска" и да ту није реч о "јурисдикцији у правом смислу речи". (STC 288/1993)

Данас није мали број спорова у којима због непотпуне или недовољно прецизне арбитражне клаузуле арбитра одређује сама арбитража. С друге стране, иако имају право на то, странке ретко утврђују правила поступка код *ad hoc* арбитража, већ то препуштају арбитрама или се опредељују за примену *UNCITRAL*-ових *правила*, што све смањује уговорни карактер овог облика судовања или бар оптички мења слику о њему.

У правној теорији је присутан и трећи концепт трговинске арбитраже, који заговара мешовиту правну природу - уговорну по карактеру, а јурисдикциону по начину реализовања или по функцији коју организује. Прва компонента почива на арбитражном споразуму, као уговору облигациног права, а друга на правосудној мисији арбитра, као специфичног приватног судије.<sup>18)</sup>

## 5. Закључак

Наше мишљење је да се ради о два елемента једног јединственог концепта правне природе трговинске арбитраже и да сви проблеми долазе од њиховог непотребног раздвајања. Обе карактеристике и функције трговинске арбитраже - уговорна или специфична судска (правосудна) - морају наћи место у дефиницији овог института и бити адекватно наглашене. Између бројних изнетих дефиниција и мишљења, ми се опредељујемо за формулацију да је трговинска арбитража изабрани суд, који странке уговорно формирају, прихватајући да његова пресуда буде за њих коначна и обавезујућа, односно добровољно или судски извршена.

**Miodrag Trajković, Ph.D.**  
**Professor, Faculty of Law, Belgrade**

## The Legal Nature of Commercial Arbitrage

### Summary

*On the first place, the author explains the reasons of the need for establishing notion of the legal nature of commercial arbitration. He continues with numerous definitions of commercial arbitrages, which could be find in domestic and comparative law. The major part of the paper deals with the presentation of the substance of judicial and contractual concept of commercial arbitration, which is disputable among theoreticians and practitioners of arbitration law for many years. In the end, the author orients himself to wider definition, which includes elements of the both concepts.*

**Key words:** *commercial arbitration, arbitration law, legal nature, judicial concept, contractual concept, definition of commercial arbitration.*

18. Ph. Fouchard et autres, op. cit. p. 624; Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage. LGDJ, Paris, 1987, p. 5; J. Перовић, цитирана књига, стр. 18.