

Зоран Срећих

*правни саветник у Канцеларији за придруживање ЕУ
за ишћања хармонизација права са правом ЕУ*

UDC 341.63:339.5

Директна примена *lex mercatoria* као меродавног права за предмет спора пред међународном трговинском арбитражом

Резиме

Данас, највећи број међународних арбитражних институција у својим правилима арбитражног процедура предвиђају овлашћење арбитра да, у одсуству сагласности уговорних страна у погледу меродавног права/правних правила за решавање спора из уговорног односа, непосредно утврди меродавна „равна правила“ које сматра „прикладним“ за предмет спора, заобилазећи при томе било какво колизионо упућивање. Овим се заправо даје могућности директне примене права међународне трговачке заједнице (*lex mercatoria*, *law merchant*) на предмет спора у одсуству изричите воље уговорних страна, чиме се избегава примена спору противречних националних права за која се претпоставља да нарушавају равнопостављеност уговорних односа успостављену у време његовог закључења. Међутим, у правној теорији се поставља питање, да ли је непосредна примена *lex mercatoria* дозвољена, с обзиром на постојање правних схватања која изједначавају његову примену, у одсуству изричите воље уговорних страна, са одлучивањем *amiable compositeurs* без мандата. Аутор, у обраћању за одговором на ову дилему, полази од анализе правне природе *lex mercatoria* и њене релевантности у процедури решавања дојучијености егзекуције на основу правила Њујоршке конвенције о признавању и извршењу страних арбитражних одлука. Истовремено

но, он у циљу решавања овог проблема истражује релевантност сагласности воља сипрана у сипору у погледу избора надлежности арбитражне институције и њених арбитражних правила узимајући у обзир легитимна очекивања међународне пословне заједнице у погледу примене правила *lex mercatoria*. Аутор полази од сипава да је поуздње у материјалноправну доследност арбитражне одлуке исцрпљена у слободном избору арбитражног већа и уложеном поверењу у способност, знање, искриво и неирисипрасност арбитра којем је одлучивање уговором поверено, иипо је ниипа друго до пословни ризик слободно исказане уговорне воље. Сипога, аутор закључује да је ииперес међународне пословне заједнице у сипоровима поводом међународних тирасакција ире инвенсипран у иправну сигурност у погледу процесне судбине арбитражне одлуке него у иповерење у њену иправну доследност. Оипуда, он смипра, уз навођење и других иправних аргументипа, да је неипосредна ипримена *lex mercatoria* у арбитражном одлучивању дозвољена и да се не разликује од ипримене било којег националног иправа, уколико га арбитра, у одсуству сагласних воља сипрана у сипору, смипра најиприкладнијим извором иправних иправила за ипредмет сипора.

Кључне речи: иправила међународне итрговачке заједнице/*lex mercatoria*, ауипономија воље, иправо/иправна иправила, *voie directe, amiable compositeurs*, јавни ипоредак, *ultra vires*, равноипеже иипереса, хипоипеипичка воља, негаипиван избор, легиипимни иипереси.

Увод

Међународна трговинска арбитража као метод решавања спорова из међународних пословних односа прилагођена је, или боље речено, узимајући динамичко својство тих односа, настоји да се прилагођава потребама међународног пословања и његових учесника. У том погледу она делује у приватној свери интереса и њена правна природа и карактеристике одлучујуће су условљене аутономијом воље пословних субјеката у чијем интересу она превасходно постоји.

С друге стране, функција коју врши међународна трговинска арбитража подразумева решавање спора (који проистиче из одређеног пословног односа и чије решавање је обухваћено арбитражним споразумом страна у том односу) доношењем обавезујуће одлуке, применом правних правила изабраног или меродавног права на утврђено чињенично стање. У том погледу она дотиче јавну сферу интереса, која се огледа у заинтересованости држава да се субјективна права пуноважно штите у законом прописаном грађанском судском поступку.

У вагању значаја различитих аспеката ова два интереса развијала су се и национална и међународна правила, која су регулисала међународну трговинску арбитражу, заснована на различитим правним теоријама и концептима које су давале предност једној или другој сфери приликом сагледавања одређених проблема које

је овај институт отварао и које се не могу посматрати изоловано од историјског, друштвеног и економског контекста у којем су настајале.

У том амбијенту поставља се и питање самосталности арбитраже у одређивању меродавног права за предмет спора и граница те самосталности.

У средиште овог проблема налази се питање дозвољености непосредне примене правила међународне трговачке заједнице (*lex mercatoria*, *law merchant*) као меродавног права за решавање међународних пословних односа у одсуству изричитог споразума уговорних страна.

Анализа проблема

Аутономија воље у погледу избора меродавног права који ће регулисати односе уговорних страна у оквиру одређеног уговора опште је прихваћено начело у упоредном праву, међународним конвенцијама и модел законима, као и у правилницима институционалних арбитража и другим аутономним изворима међународног привредног права.

Воља изражена кроз арбитражни споразум странака, односно арбитражна клаузула из уговора којом се решавање спора или спорова поверава арбитражи и истовремено искључује надлежност редовних судова да одлучују о праву у конкретном случају, извор је арбитражног судовања. Истовремено тако изражена воља уговорних страна омеђују и границе арбитражног одлучивања.

Сама аутономија воље је субјективно право које извире из конкретног правног поретка. Доследно томе и њен садржај и домаћај утврђује релевантан правни поредак.

Стога је простор самосталног деловања међународне трговинске арбитраже омеђен, како идентификованом сагласном вољом уговорних страна у конкретном случају, тако и границама објективног права релевантног правног поретка којима оно ограничава аутономију воље.

У том смислу, од схватања правне природе овог института и од конкретних колизионих одредби међународног приватног права које је у конкретном случају меродавно, може зависити обим самосталности арбитраже у утврђивању меродавног права.

Према новом српском **Закону о арбитражи**, арбитражни суд доноси одлуку *применом њрава, односно њравних њравила и обичаја*, док одлуку на основу правде и правичности (*ex aequo et bono*, *amiable composition*) може донети ако су се странке о томе *изричито споразумеле* (Члан 49). **Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи** (у даљем тексту: Европска конвенција) овом услову додаје још један: да су уговорне стране биле на то овлашћене правом које је меродавно за арбитражни поступак.

Исто тако Закон предвиђа да међународна трговинска арбитража одлуку доноси применом *њрава или њравних њравила* које су странке споразумно одредиле као меродавне, а уколико нису учиниле такав споразум *арбитражни суд у међуна-*

родној арбитражи *по право*, односно *правила одређује на основу колизионих правила које оцени прикладним* (чл. 50).

С друге стране, Европска конвенција у члану VII предвиђа да су стране слободне да утврде меродавно право за материју спора, док ће арбитража, у одсуству таквог споразума применити одговарајуће право у складу са колизионим правилом које сматра применљивим у конкретном случају избегавајући при томе израз „правна правила“ који сусрећемо у нашем закону. UNCITRAL Модел закон о међународној трговинској арбитражи (у даљем тексту: Модел закон) пак, предвиђа да су стране слободне да споразумно утврђују меродавна „правна правила“ (rules of law) за предмет спора (члан 28 став 1), међутим, у одсуству таквог споразума арбитар ће према Модел закону бити овлашћен да примени једино „право“ (the law), на које га упуте колизиона правила која сматра применљивим за случај, али не и „правна правила“ (члан 28 став 2).¹⁾

Да ова дистинкција није случајна указује и образложење члана 28 Секретеријата UNCITRAL-а у којем се недвосмислено наводи да је моћ арбитраже да утврђује меродавно право у одсуству изричите воље уговорних страна ограничена једино на проналажење меродавног права, односно националног права, заступајући при томе како сами истичу „традиционалну линију“.²⁾

За разлику од горе поменутих извора који се разликују према томе да ли слободан избор колизионе норме треба да упуту искључиво на меродавно право или дозвољава упућивање и на правна правила Правила арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу (у даљем тексту: ICC Правила) овлашћују арбитражу да у одсуству споразума страна у спору непосредно утврди меродавна „правна правила“ које сматра прикладним за предмет спора (тзв. *voie directe*), заобилазећи колизионо упућивање. Арбитражна пракса институционалне арбитраже МТК непосредне примене *lex mercatoria* заснована је на члану 17 који установљава *voie directe*.

У теорији постоје ставови да *lex mercatoria* не представља право као и да је одлучивање у складу са правилима међународне трговачке заједнице заправо одлучивање *ex aequo et bono* а не у складу са правом.³⁾ Косеквенца доследног извођења овог става је да одлука заснована на правилима *lex mercatoria* не би могла бити извршна јер није заснована на праву.

Стога се поставља се питање самосталности арбитраже да непосредно (или на основу слободног избора колизионе норме) примени *lex mercatoria* у случаје-

1. UNCITRAL правила о арбитражи која су намењена ад хоц арбитражама у члану 33 везује аутономију воље само за избор права али не и правних правила.
2. Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations 1994. par 35.
3. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража* (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003.) стр 129; Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право* (Форум, Нови Сад 2001), стр. 368, 369.

вима када се странке претходно нису сагласиле о меродавном праву и када не постоји мандат за *amiable compositeurs*.

Да би смо покушали да одговоримо на овај став потребно је претходно ближе одредити шта подразумевамо под одредницом *lex mercatoria*.

Lex mercatoria

Претпостављена национална неутралности чињеница да су његова правила обликована од стране оних који се њима служе у пракси - трговаца и да су она прилагођена специфичном окружењу у којем се пословне трансакције одвијају који је различит од уско националног, чине комплекс правила *lex mercatoria* нарочито погодним за регулисање уговора и спорова из међународних пословних трансакција, за разлику од националних права за које се претпоставља да су обликована тако да одговарају економским интересима држава и пословања у границама њихових тржишта.

Међутим, не постоји међународни консензус у погледу прецизног значења *lex mercatoria*. Уколико би се пошло од негативног одређења, полазна тачка би била да није у питању ниједно национално законодавство, већ анационални систем начела, трговачких обичаја и правила која су опште прихваћена у међународној трговачкој заједници.⁴⁾

Разилажења настају када је у питању одређење природе самих тих начела и правила, односно да ли њихову целокупност можемо назвати правом. Другим речима, да ли је *lex mercatoria* право равноправно са правом које проистиче из суверенитета, и да ли је то питање, заиста, практично релевантно када је у питању међународна трговинска арбитража.

Начела и правила која чине скуп норми међународног права трговаца имају различито порекло. *Lex mercatoria* црпи своја правила из националних правних система, али и из праксе пословних субјеката у међународним трансакцијама које своје место редовно налазе у уговорним одредбама које те трансакције регулишу. Различите међународне организације владиног и невладиног карактера настоје да ту праксу идентификују, систематизују и кодификују у збирке правила општег карактера или правила која регулишу одређени посао или правно питање.

Спорно, међутим, није питање одакле *lex mercatoria* црпи своја начела и правила већ одакле црпи обавезност за та правила.

Поборници *lex mercatoria* ослањајући се на релацију правни поредак - заједница, и сматрају да он представља правни поредак који се састоји од правних правила која регулише пословне односе у међународној заједници трговаца и упућују на обичајни карактер његових правила (систем обичајног права) и утемељености на опште прихваћеним правним начелима.⁵⁾ Упућивање на правни поредак требало

4. J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC, Kluwer Law International, Norstedts Juridik AB (Sweden, 2000), стр. 20.

би да реши проблем дихотомије меродавних правних правила/меродавног права, и да омогући систему аутономних правила међународне трговине равноправан третман са правом суверенитета приликом одређивања меродавног права у одсуству изричите воље уговорних страна. Указивање на обичајни карактер *lex mercatoria*, истовремено, даје могућност за његову непосредну примену у арбитражном решавању спора пре меродавног националног права а после одредби уговора, и то на основу изричитих правила међународних конвенција које регулишу одређена материјално-правна и процедурална питања међународне продаје и арбитраже, као и на основу националних прописа који регулишу међународну трговинску арбитражу на трагу Модел закона какав је верујемо случај и са нашим законом (видети члан 8(3) и члан 9 CISG, члан VII Европске конвенције, члан 28(4) Модел закона, члан 50 став 4 Закона о арбитражи).

Противници *lex mercatoria*, пак, указују на његову недовршеност и немогућност да регулише све односе који у једној заједници настају из чега црпе аргумент према којем он не може бити сматран правом. Полазећи од својег схватања правне природе одлуке која се темељи на *lex mercatoria* они долазе до закључка да она није заснована на праву, већ на субјективном тумачењу правних принципа од стране арбитра и њиховом личном осећају за правичност у сваком поједином случају. Стога произилази да је одлучивање према правилима *lex mercatoria* заправо одлучивање *ex aequo et bono*, а не по праву. У том смислу они не само да одбијају могућност непосредне примене *lex mercatoria*, већ доводе у питање и сам изричити избор *lex mercatoria* уговорних страна као меродавног права за уговор уколико је меродавним националним правом ограничена уговорна аутономија у погледу одлучивања по основу правичности. Стога закључују да *уколико колизионе норме долазног права садрже забрану о одлучивању по правичности, тада би и избор lex mercatoria као уговорног система био недопуштен.*⁶⁾

У блажој варијанти истиче се да аутономија воље у погледу *lex mercatoria* заправо није колизионоправне природе већ материјалноправне, односно, с обзиром да је премиса да *lex mercatoria* није право онда уговорно позивање на *lex mercatoria* има дејство инкорпорације његових правила у уговор али не и колизионоправно дејство одређења меродавног права.⁷⁾ Ефекат је да се инкорпорацијом *lex mercatoria* замењују само диспозитивне норме меродавног националног права, док његове императивне норме и даље имају примат. Овакво тумачење, у крајњој линији, доводи до тога да се на различите клаузуле јединственог уговора примењују правила различитих права или правних система што доводи до ефекта „целања уговора“ (*dépeçage*) и правне несигурности.

Требало би напоменути да приликом рационализације својег приступа противници *lex mercatoria* своде транснационално право међународне трговине на

5. Тома Рајчевић, *Lex Mercatoria*, Страни правни живот, Институт за упоредно право (Београд 1999) стр. 13

6. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр 131.

7. Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право*, стр. 368, 369.

фрагментарни и дифузни корпус обичаја, општих правних принципа и спорадичних кодификација. Из тога износи сумњу да је из таквог корпуса правила могуће издвојити правну норму на основу чије примене би могло да се закључи да је одлука арбитраже предвидива и заснована на праву, а не на арбитражности и субјективној процени арбитра.⁸⁾ Тиме износи и своју основну замерку да су применом *lex mercatoria* странке изложене правној несигурности и самовољи арбитра у погледу крајњег материјалноправног резултата.⁹⁾

Међутим, као што смо напоменули на самом почетку, различита схватања и концепти резултат су деловања одређених друштвених и економских чинилаца у времену и простору, и у том смислу вредни су онолико колико одражавају реалне и легитимне потребе одређене заједнице.

Стога, да бисмо правилно размотрили прихватљивост једног становишта у односу на друго потребно је њихове консеквенце тестирати у односу на контекст о којем говоримо, а то је међународна трговина и међународна трговинска арбитража и њена улога у међународним пословним трансакцијама и однос националних правних поредака према тој чињеници.

У наредним редовима, кроз анализу практичних правних питања, покушаћемо да упоређивањем два крајња правна становишта, укажемо на предности и практичност прихватања заснованости правног става о допуштености непосредне примене *lex mercatoria* као меродавног права за предмет спора, имајући у виду претпостављену сврху арбитражне методе решавања међународних трговинских спорова.

Питање непосредне примене *lex mercatoria* са становишта јавног поретка и приговора *ultra vires*

Питање дозвољености непосредне примене *lex mercatoria* на предмет арбитражног спора постаје релевантно оног момента када се страна арбитражна одлука поднесе националном суду ради њеног признања и извршења. Да ли ће арбитражна одлука бити у својој правној снази изједначена са правоснажном пресудом домаћег суда зависи од услова признања које прописује важеће процесно право земље у којој се то признање тражи.

Њујоршка конвенција о признавању и извршењу страних арбитражних одлука (у даљем тексту: Њујоршка конвенција) као универзално прихваћен и обавезујући међународни инструмент (преко 120 чланица) регулише ово питање у члану В где утврђује, односно лимитира разлоге због којих може бити одбијено признање и извршење стране арбитражне одлуке. Разлози које наводи Њујоршка конвенција ограничавају се на питањима: валидности арбитражног споразума; поштовања начела *audiatur et altera pars*; одлучивања у границама предмета арбитражног спора-

8. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр 122, 123.

9. *Ibidem*, стр. 125

зума; сагласности састава арбитраже односно арбитражне процедуре са споразумом странака или (у одсуству споразума) са правом места арбитраже; (не)постојања обавезујуће арбитражне одлуке или одлуке која није поништена или обустављена од стране надлежне власти права под којим је или места где је та одлука донета.¹⁰⁾ Поред тога, суд, сагласно другом ставу члана V, по службеној дужности води рачуна о арбитрабилности спора, као и о томе да ли је признање и извршење арбитражне одлуке супротно јавном поретку државе.

Када размотримо наведене разлоге одбијања егзекватуре примећујемо изостанак правила које би се односило на неправилну или погрешну примену права, који разлог редовно постоји у националним процесним правима када се испитује законитост судских пресуда. Ово решење кореспондира претпостављеном интересу међународне пословне заједнице којој је у међународним трансакцијама важнија правна сигурност у погледу процесне судбине арбитражне одлуке од поверења у њену правну доследност. Сигурност у правну доследност се исцрпљује у слободном избору арбитражног већа и инвестираном поверењу у способност, знање, искуство и непристрасност арбитра којем је одлучивање уговором поверено, што је заправо ризик слободно исказане уговорне воље. У том смислу, правна правилност арбитражне одлуке је домен слободне оцене доказа, правне релевантности чињеница и околности случаја и њиховог квалификовања у меродавна правна правила које одреди арбитар, а све у границама арбитрабилности. Све унутар круга арбитрабилности не би требало да буде интерес националног суда, јер се, у начелу, ради о пресуђивању у правној материји која се налази у приватној сфери унутар које правни субјекти могу слободно располагати.

Ипак, ограничена могућност испитивања правилне примене права код страних арбитражних одлука, па тиме и дозвољености непосредне примене *lex mercatoria*, постоји кроз примену института јавног поретка (*public order*).

Међутим, примена институције јавног поретка ограничена је начелом извршености на којој је заснована Њујоршка конвенција, чија сврха је да охрабри и олакша закључивање арбитражних споразума, уједначи стандарде признања и извршења арбитражних одлука и тиме подржи међународну трговинску сарадњу. Конвенција се, отуда, у члану V, зауставља на питањима арбитрабилности и основним принципима поштовања процедуре и њене контрадикторности, која су најшире прихваћена у свим правним системима.

Широко тумачење и примена институције јавног поретка, стога, не би било у складу са начелом коначности и извесности у међународним пословним трансакцијама на којим вредностима се темељи Њујоршка конвенција.

Тест који мора да прође страна арбитражна одлука односи се на питање дејства, односно да ли су практичне последице њеног признања инкомпатибилне са домаћим (међународним) јавним поретком,¹¹⁾ а не да ли је текстуални садржај примењеног права, односно норме, у нескладу са њим. При томе, домаћи (међуна-

10. О наведеним разлозима суд ће одлучивати само уколико постоји захтев стране против које се тражи признање и извршење арбитражне одлуке и терет доказивања је на тој страни.

родни) јавни поредак се своди на фундаменталне принципе и схватања морала и правде државе признања, односно на фундаментална начела правног и економског поретка,¹²⁾ те у њега не улазе и све норме домаћих прописа принудног карактера (в. фусногу 14). Узимајући у обзир горе наведено, за суд, који у оквиру поступку егзекватуре одлучује о подобности за признање и извршење стране арбитражне одлуке у односу на међународни јавни поредак, је ирелевантно њено образложење у којем је примењено материјално право у меритуму, правно схватање арбитра о његовој садржини и начин на који је дошао до његове применљивости.

Браћајући се на примарно питање овог текста, закључујемо да је учињен избор правних правила од стране арбитра, па тиме и *lex mercatoria* као меродавног права, односно његова директна примена у одсуству споразума уговорних страна, ирелевантан за проблем дозвољеност егзекватуре арбитражне одлуке у складу са чланом V(2)(б) Њујоршке конвенције. Другим речима, суд егзекватуре на основу овлашћења из члана V(2)(б) не би могао да одбије признање и извршење арбитражне одлуке услед примене *lex mercatoria* заснивајући то чињеницом да одлука није донета на основу права, или да је донета на основу правичности мимо воље уговорних страна, јер тиме не би био задовољен критеријум непосредног дејства о којем смо говорили горе. Конкретно правило *lex mercatoria* примењено у конкретном случају само по себи не би могло да се сматра супротно фундаменталним начелима правног поретка земље признања, осим уколико суд не би утврдио да су практични ефекти тако засноване одлуке супротни јавном поретку.

Овакво тумачење је у складу са правном природом контракта. Уговори се у највећем броју случајева извршавају без правосудне асистенције, те ће правни проблем примене *lex mercatoria* доћи до изражаја тек када се пред арбитражима изнесе неки правни спор, односно када треба да се призна и изврши арбитражна одлука која је заснована на *lex mercatoria*. Мимо иницијативе уговорних страна, могу бити спорни само они извршени уговори који су апсолутно ништави и у тим случајевима долази до поништавања свих њихових последица, јер у смислу права такви уговори нису ни настали. У супротном, уговори се исцрпљењем потраживања гасе сами од себе без обзира на правна правила која су хипотетички била меродавна за њих и без штетних последица по друштвено устројство (уколико их има). Стога би било логично и целисходно да се, *ex officio*, спорност примене *lex mercatoria* у поступку признавања и извршења арбитражне одлуке цени једнако као спорност примене било којег меродавног права које није право државе признања и изврше-

11. Нпр. чињеница да се у домаћем правном поретку за неки уговор тражи обавезна форма као услов његовог постојања не значи да ће арбитражна одлука, у којој је примењена норма неког другог права која тај услов не захтева, бити аутоматски неподобна за признавање. Оно што ће бити релевантно, је заправо, да ли ће ефекти признања такве одлуке бити на штету разлога због које је та форма прописана и да ли тај разлог представља фундаментално начело на којем почива домаћи правни поредак.

12. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр. 558.

ња. Другим речима, само у односу према *ordre public* и у границама које одређује Њујоршка конвенција. Према томе, у пракси би било немогуће бранити став да је заснивање одлуке на правним правилима *lex mercatoria* сама по себи супротна јавном поретку, позивањем на одсуство споразума уговорних страна, односно по основу непостојања сагласности за *amiable compositeurs* или на његову спорну правну природу. Мероводно може бити једино да ли су ефекти тако засноване одлуке супротне јавном поретку а не њено образложење.

Поред тога, горе изнето схватање је у складу и са општеприхваћеним правним начелом у међународним конвенцијама и другим изворима арбитражног права да међународна трговинска арбитража нема свој леџ фори у погледу утврђивања колизионих норми. Супротно становиште би непотребно сужавало аутономију воље уговорних страна изражену кроз избор одређене арбитражне институције и њених арбитражних правила која дају мандат арбитрама да *lex mercatoria* огласе меродавним у њиховим приватним односима.¹³⁾

Међутим, спорност питања непосредне примене *lex mercatoria*, односно релевантности правно-теоријске расправе о правној природи међународног система правила трговаца овим није исцрпљено. Подсећамо да члан V(1)(e) Њујоршке конвенције пружа основ да суд егзекватуре, на иницијативу заинтересоване стране, одбије признање и извршење арбитражне одлуке која је поништена или чије је извршење обустављено од стране суда државе у којој или на основу чијег права је арбитражна одлука донета.

То даље значи да коначност арбитражне одлуке, непосредно засноване на *lex mercatoria*, може бити доведена у питање услед негативног правног становишта судова држава порекла арбитражне одлуке, заузетог према правној природи транснационалног права у поступку по тужби за поништај арбитражне пресуде.¹⁴⁾

13. Поред тога, међународни извори арбитражног судовања предвиђају да ће арбитар, без обзира да ли је меродавно правило утврдио на основу колизионе аутономије воље, на основу колизионе норме коју сам одреди у њеном одсуству, или у складу са *voie directe*, приликом решавања спора водити рачуна о одредбама уговора и трговачким обичајима (члан VII Европске конвенције, Члан 28 став 4 Модел закона, члан 17 став 2 ИСС Правила). Став да је одлука заснована на *lex mercatoria* супротна јавном поретку, јер није утемељена на праву, би у том случају могао нарушавати правну сигурност у земљама које су чланице Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (бар када је у питању делокруг овог извора) због дејства члана 9:

- (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
 - (2) *The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned* (курзив аутора).
14. Напомињемо да члан IX Европске конвенције предвиђа да судови егзекватуре могу уважити одлуку суда по тужби за поништај само из разлога који су стипулирани у ставу 1 овог члана, а који не обухвата ордре публиц. При томе у ставу 2 прописује да чланице Европске конвенције које су уједно и чланице Њујоршке конвенције не могу примењивати члан V(1)e Њујоршке конвенције изван основа набројаних у члану IX(1) Европске конвенције.

Проблем настаје у оним правним системима који као услов за пуноважност арбитражне одлуке захтевају да она буде заснована на праву, али не и на правним правилима. Отуда, може бити спорно да ли одлука заснована на *lex mercatoria* задовољава поменути захтев.

У преломном случају *Norsolor*¹⁵⁾ арбитражни суд тумачећи широко овлашћење из клаузуле члана 13¹⁶⁾ ИСС Правилника применило је правила *lex mercatoria* као меродавна, за решење одређених правних питања у спору заобилазећи, истовремено, национална права која су гравитирала као потенцијално меродавна. *Norsolor* је пред француским судом егзекутуре тражио да се одбије признање арбитражне одлуке засноване на *lex mercatoria* позивајући се на члан 1028 тада важећег Закона о грађанској процедури, који је као услов признања арбитражне одлуке захтевао да арбитар мора применити *право* у меритуму. Виши суд у Паризу одбацује овај захтев уз образложење да су „арбитри у складу са чланом 13 Правилника ИСС, применили колизиону норму коју сматрају одговарајућом а која је меродавним одредила *ојшине принципје облигационог права* који се примењују у међународној трговини”.¹⁷⁾

Међутим, *Norsolor* је покренуо тужбу за поништај арбитражне одлуке пред аустријским судом надлежним према месту арбитраже. Бечки арбитражни суд потврђује став француског суда и одбија тужбу наводећи да „је јасно да су, без обзира на два пута употребљен израз ‘правичност’, арбитри применили *правне категорије*. То се нарочито тиче одлуке о накнади штете због раскида уговора јер начела добре вере и лојалности, употребљени у складу са *lex mercatoria*, представљају *ојшине правне принципје*”.¹⁸⁾ Поступајући по жалби, Бечки апелациони суд ипак уважава захтев *Norsolor*-а сматрајући да се арбитражни суд применом *lex mercatoria* позвао на „светско право несигурне важности (и) одбацио меродавност једног националног правног поретка и тиме засновао одлуку искључиво на принципима лојалности и добре вере”.¹⁹⁾ Стога је Париски апелациони суд на основу члана В(1)е Њујоршке конвенције и поштујући принципе међународне хармоније и сарадње морао поништити арбитражну одлуку у делу у којем је примењен *lex mercatoria*.

Коначно аустријски Касациони суд преиначује одлуку Апелационог суда констатујући да су „арбитри применили један принцип приватног права који не умањује нити крши императивне норме закона на снази нити једне од две заинтересо-

15. *Norsolor Case*, ICC award No. 3131, *XII Yearbook of Commercial Arbitration*, 1983, pp. 109-111.

16. Члан 13 ИСС Правилника арбитраже из 1975. овлашћује арбитра да слободно одреди колизиону норму коју сматра одговарајућом ради утврђивања меродавног права (*loi*), али не и правних правила (*régles de droit*) за разлику од члана 17 ИСС Правилника из 1998. који установљава воје директе и изричито и једино упућује на правна правила што је управо резултат утицаја *Norsolor* случаја (Хуан Фернандез-Арместо, *Observations on SCC Case 117/199*, стр 78, http://www.sccinstitute.com/upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf)

17. Навод према Тома Рајчевић, *Lex Mercatoria*, стр. 28.

18. *Ibidem*.

19. *Ibidem*.

ване државе. Примена принципа правичности од стране арбитражног суда без претходне дозволе странака, не представља прекорачење надлежности”.²⁰⁾

Можемо приметити лутање у тумачењима судова у корист непосредне примене *lex mercatoria* као меродавног права, који као да су наслућивали практичне предности пропулзивног тумачења за развој арбитраже, али нису проналазили довољно јако правно утемељење за њега. Позицију судова додатно је отежала употреба израза „правичности“ од стране арбитраже у образложењу одлуке што је могло указивати на одлучивање *ultra vires*. Поред тога, у време када је решаван овај спор нису постојале систематизоване збирке правила *lex mercatoria* попут UNIDROIT Начела међународних трговачких уговора 1994. (са новим главама из 2004; у даљем тексту: UNIDROIT Начела) што је додатно отежавало случај за *lex mercatoria* и опасно га сводила на „лепу“ теоријску конструкцију. Ипак, судови су добро приметили да су на предмет спора примењене „правне категорије”, односно правила која по својој природи могу да се квалификују као правне норме „облигационог права” која при томе не доводе у питање императиве националних правних поредака у питању.

Не улазећи у минуциозну расправу о правној утемељености решења овог спора са тадашњег аспекта, остаје чињеница да је управо случај Norsolor дао значајан подстицај и поуздање за широку непосредну примену *lex mercatoria* од стране арбитража без бојазни због неизвесне правне судбине тако засноване одлуке. Оно што је можда и значајније пружио је смисленост послу неформалне кодификације правних правила *lex mercatoria*, који ће касније предводити UNIDROIT и реализовати са UNIDROIT Начелима као све утицајнијим извором права. Истовремено, он пружа потребно упутство за ревизију арбитражних правила институционалних арбитража и прихватање института *voie directe*, као и за рецептивнији однос националних правних система у законском регулисању међународне трговинске арбитраже према непосредној примени *lex mercatoria*, односно превазилажењу дуализма право/правна правила.²¹⁾

Norsolor је пресекао пупчану вршцу којом је арбитражни метод одлучивања био везан за међународно приватно право ситуса арбитраже и тиме отворио могућност равноправне примене неутралног система транснационалних правила у конкуренцији са локалним правом. То је, даље, омогућило да арбитражи, у одсуству сагласне воље о меродавном праву уговорних страна, примењују систем правила који (поред својег матичног права) најбоље познају. Редовна и једнообразна примена транснационалних правних правила од стране арбитража дозволило је успостављање правне праксе која обезбеђује правну сигурност примене *lex mercatoria* и у материјалном смислу.²²⁾ Кодификацијом правила међународног уговорног

20. *Ibidem*.

21. Члан 17(1) ИСС Правила арбитраже; члан 24 (1) Правилника Арбитраже институције Трговинске коморе у Штокхолму; члан 1054 Холандског законика и грађанској процедури; члан 187 Швајцарског статута о међународном приватном праву; Члан 50 (3) Закона о арбитражи.

права, која обухвата и правила конгентног карактера (уговорне стране не могу споразумно искључити њихово дејство) отклањена је основна критика противника непосредне примене *lex mercatoria* која се односи на његову фрагментарност, општост и правну несигурност у материјалном смислу. С обзиром на све ширу непосредну примену UNIDROIT начела или позивање на њих од стране међународних трговинских арбитража као суплеторног извора меродавних националних правима, јасно је да за пословни свет садржина и правно дејство правила *lex mercatoria* није непознаница и они редовно рачунају са његовом применом када уговарају институционалне арбитраже.

Према томе, аргумент да је непосредна примена *lex mercatoria* мимо аутономије воље *ultra vires* спорна је из најмање два разлога: (1) зато што одлучивање по правилима *lex mercatoria* није одлучивање према правичности, већ је доследна примена корпусу правних правила на правно релевантне чињенице конкретног спора, која правила су, при томе, адекватна да творе правну норму, и која су широко прихваћена од међународне заједнице трговаца као обавезујућа; (2) правила поступка највећег броја институционалних арбитража дозвољавају директ воие, односно примену правних правила (*régles de droit, legal rules*) као меродавних за меритум спора без колизионог упућивања, те се уговарањем њихове надлежности не може говорити о недостатку аутономије воље којом су стране дозволиле могућност примене *lex mercatoria*.

С друге стране, чак иако бисмо одбацили аргумент постојања међународне заједнице трговаца као фикцију, реалност је да правни поредак појединачног суверенитета, из објективних разлога, најчешће није подобан да твори право које одговара потребама пословања у међународном контексту. То је, најчешће случај и када се суверенитети координирају путем закључивања међународних мултилатералних конвенција, која су, уз изузетке, пре израз компромиса него израз правне умешности. Штавише, данас смо сведоци да се ново право ствара претежно у међународном контексту, тамо где се одвијају најкомпликованије трансакције и где се трага за правичним правним решењима која ће пружити правну подлогу за њихово сигурно одвијање. У том погледу мишљења смо да отвореност домаћих правних система према *lex mercatoria* јесте потреба и нужан услов њиховог развоја.

У овом делу текста покушали смо да укажемо на границе непосредне примене *lex mercatoria* у односу на институт јавног поретка и у контексту приговора *ultra vires* у односу на правну природу *lex mercatoria*, односно карактеру одлучивања на основу транснационалних правила међународне трговине. Међутим, констатовали

22. Овде видимо да прихватање аргумента против непосредне примене *lex mercatoria* (због његове правне несигурности) и истовремено спречавање правне могућности да се правна пракса *lex mercatoria* ствара, развија и успоставља, представља зачарани круг који онемогућава развој међународног привредног права. Верујемо да такво схватање заправо иде против правне сигурности међународних трансакција, јер је међународном пословном окружењу важније постојање једног транснационалног система правила који успоставља правну сигурност на транснационалном нивоу.

смо, исто тако, да се овде заправо ради о одбрани става да је *lex mercatoria* право које равноправно конкурише за примену у конкретном спору са правима националних поредака. Стога се поставља питање према којем критеријуму ће се арбитража определити за примену *lex mercatoria* у конкуренцији са националним правима у одсуству изричите воље уговорних страна.

Границе непосредне примене *lex mercatoria* путем *voie directe*

Факт да стране нису уговориле меродавно право за предмет спора поставља арбитра у позицију да одређује право или правна правила која сматра најприкладнијим за његово решење.²³⁾ Али, не само то. Та чињеница арбитражу пружа и одређену информацију о степену сагласности воља уговорних страна у тренутку закључења уговора, односно о њиховим намерама.

Постоје различити разлози због којих уговорне стране не уносе клаузулу о меродавном праву, али једна од најчешћих околности је да стране нису дошле до позитивног споразума о праву које ће најбоље одразити равнотежу интереса успостављену уговором. Природно је да ће свака страна у преговорима о закључењу уговора настојати да наметне своје национално право као меродавно, за које претпоставља да најбоље штити њен интерес, због чега често не долази до споразума о том питању, али ипак долази до закључења уговора. При томе, иако уговорне стране, често, не долазе до позитивног консензуса око меродавног права, уговарањем арбитраже чија правила дозвољавају *voie directe*, оне преносе овлашћење на арбитра да одлучује о правилима која су „најприкладнија” за примену у конкретном случају, што може указивати на прећутни консензус уговорних страна да се на њихов уговор могу применити и правила *lex mercatoria* као меродавна у конкуренцији са националним правима.

Да ли ће се та могућност остварити зависи од процене арбитра која правна правила су најприкладнија за решавање спора у меритуму.

У једном случају пред Арбитражним институтом Штокхолмске привредне коморе²⁴⁾ где стране у спору (једна кинеска и једна европска компанија које су закључиле бартер аранжман чији је предмет била међусобна размена права на одређену интелектуалну својину путем узајамних лиценци) нису претходно одредиле меродавно право, арбитража је на сагласан захтев страна делимичном одлуком решила питање меродавног права/правних правила користећи се овлашћењем *voie directe* из члана 24 Правилника Арбитражног института.²⁵⁾

Арбитража је у образлагању своје одлуке заузела став да, иако члан 24 даје овлашћење да изврши непосредну процену адекватности одређеног права или

23. У овој анализи полазимо од претпоставке да се на случај примењују арбитражна правила институције или *ad hoc* арбитраже која дозвољава *voie directe*, односно даје овлашћење арбитра да одређује меродавно право или правна правила непосредно без ослањања на количину норму.

24. SCC Case 117/1999.

правних правила не значи да се колизиона правила ситуса, односно Шведске могу унапред искључити као пут за изналагање најприкладнијег права/правних правила за предмет спора, полазећи од факта да су уговорне стране одабрале да седиште међународне арбитраже буде у Шведској. Стога је арбитража пошла од Конвенције о меродавном праву за уговорне односе (у даљем тексту: Римска конвенција) које је важеће право у Шведској и од начела најближе везе на којој је она заснована, односно од правне претпоставке најближе везе – седишта носиоца карактеристичне престације (Луксембург). С обзиром да ниједна страна није била носилац карактеристичне престације (узајамно лицензирање без новчане накнаде) арбитражни суд је одбацио ово везивање, јер би оно значило да би за лиценцу чији је давалац европска компанија било меродавно право Луксембурга, док би за лиценцу чији је давалац кинеска компанија било меродавно кинеско право. „У уговори-ма чији је предмет размена лиценци уговорних страна, не би била разумна претпоставка да се наводно кршење уговора једне стране третира другачије од исто таквог прекршаја друге стране, услед примене различитих права или правних правила као меродавних за облигацију сваке од уговорних страна“ закључује арбитражни суд.²⁶⁾

С друге стране, арбитража је одбила и везивање према месту закључења уговора (Кина), закључивши да та тачка везивања не би могла бити одлучна чињеница, с обзиром да тако одређено право „не би било погодно да регулише како лиценцу коју је дао уговарач из Европе, тако и лиценцу коју је примио.“²⁷⁾

Затим је арбитража поново анализирила релевантност избора места арбитраже али са становишта материјално-правног упућивања. Овде се арбитража ослонила на усаглашену праксу међународних трговинских арбитража која ово везивање не сматра поузданим, с обзиром да веома велик број практичних и техничких разлога могу утицати на избор места арбитраже из чега се не може имплицирати сагласна воља око меродавности материјалног права ситуса арбитраже. У овом случају стране су се, према процени арбитраже, определиле за Арбитражни институт SCC због његове праксе и угледа у решавању спорова између компанија са Истока и Запада, а не због њихове преференције ка шведском материјалном праву.²⁸⁾

Након што је исцрпео разлоге због којих би нека од гравитирајућих националних јурисдикција била меродавна за предмет спора арбитража је утврдила правна правила UNIDROIT начела као најприкладнија за његово регулисање што је образложила на следећи начин:

25. За разлику од члана 17 Правилника ICC, Правилник Арбитражног института SCC у члану 24 предвиђа *voie directe* у односу на „право или правна правила“, а не само у односу на правна правила.

26. SCC Case 117/1999 http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf (стр. 64).

27. *Ibidem*.

28. Врло је интересантно да су од тројице арбитра двојица били држављани Шведске.

Са становишта овог Трибунала, очигледно је да су се у овом случају стране *намерно суздржале* од усаглашавања по питању меродавног *права* за њихов Споразум из 1980. који иначе носи обележје једног веома добро припремљеног и стручно сачињеног уговора.... Према мишљењу Трибунала, *разумно је претпоставити* да су уговорне стране *оčekивале* да би право, које коначно буде одабрано као меродавно, штитило њихове интересе на начин за који би *свако нормално пословно лице сматрало одговарајућим и разумним*, узимајући у обзир природу уговора и било које кршење које би отуда проистекло и без било каквих изненађења које би могло проистећи из примене домаћих права која недовољно познају (курзив аутора).

То наводи Трибунал на закључак да се питања која су спорна између страна преваходно морају решавати на темељу, не права било које посебне јурисдикције, већ на правним правилима која су нашла своје место у *међународним кодификацијама* или таквим документима *која уживају широко уважавање међу државама* које су укључене у међународну трговину. Поред међународних конвенција каква је Конвенција о међународној продаји робе (CISG) или друге конвенције које нису непосредно применљиве на споразуме о лиценци, једина кодификација за коју се може сматрати да има овакав статус јесу UNIDROIT начела међународних трговачких уговора (курзив аутора).²⁹⁾

Уколико претресемо мисаони поступак арбитраже видећемо да је она анализирала све могуће индикације постојања прећутног споразума/воље уговорних страна (избор седишта арбитраже, избор места закључења уговора) и одбацивала их полазећи од дејства таквих тачака повезивања, односно од претпоставке да се стране са таквим ефектима (или бар једна од њих) не би сложиле. Заправо, ниједна од тих повезница не би довела до примене права које би било одраз равнотеже интереса успостављеним закључењем уговора.

Другим речима, она је настојала да конструише хипотетичку вољу уговорних страна објективизирајући је путем критеријума *нормалног пословног лица* и претпоставке да су уговорне стране управо *оčekивале* решење какво би на њиховом месту очекивало разумно пословно лице. При томе истраживање хипотетичке воље није значило и истраживање стварног, прећутног споразума, јер је разумно претпоставити да би свака страна прижељкивала да се на предмет спора примени право земље из које долази. Пре се радило о истраживању хипотетичког споразума, тј. сагласности воља до које би дошло да су уговорне стране одустале од својих крајњих позиција. Заправо, хипотетичка воља је воља која би довела до избора он-ог права или правних правила која доводе у равнотежу интересе уговорних страна, односно која би их равноправно штитила имајући у виду предмет уговора.

И поред тога, арбитража је да би појачала своју аргументацију, у светлу свих чињеница, закључила да су се уговорне стране *намерно суздржале од усаглашавања по питању меродавног права*, те према томе одсуство споразума о меродав-

29. *Ibidem*, стр 64-65.

ном праву није било случајно, већ је указивало на јасан „негативан избор“ уговорних страна да се искључе гравитирајућа национална права, којем избору се мора придати једнак значај као било којем „позитивном“ избору.³⁰⁾

Применом стандарда *нормалног пословног лица* и полазећи од негативног консензуса, Трибунал правилно закључио да би правна правила UNIDROIT начела, као међународна кодификација која је широко призната *међу државама које су укључене у међународну трговину*, најадекватније штитила легитимне интересе (очекивања) обе уговорне стране.³¹⁾

То упућује на закључак, да ће, у одсуству изричите воље уговорних страна, приликом анализе предмету гравитирајућих права/правних правила односно њихове прикладности да буду примењена на материјално разрешење спора, арбитража истраживати право/правна правила која најбоље одговарају претпостављеним интересима уговорних страна, односно њиховој равнотежи успостављеној уговором.

Отуда и арбитар приликом одабира најприкладнијег права, односно правних правила, не поступа потпуно волунтаристички, већ је ограничен легитимним интересима уговорних страна, те ће у том погледу и непосредна примена *lex mercatoria* зависити од задовољења поменутог критеријума у сваком појединачном случају.

Закључак

Правни послови су се одувек развијали као правни одговор за економске потребе тржишта. Међутим, тржиште данас, више него икад раније, није феномен везан за границе једне државне заједнице, већ навелико надилази њене уске оквице. Стога данас нова правна решења настају, пре свега у интернационалном контексту (било да представљају рецепцију решења неког светског правног система, националног правног поретка, или њихову мешавину, или чине оригинално решење настало у контексту неке уже или шире међународне заједнице професионалних трговаца), јер се у њему и генеришу нове економске потребе.

Без обзира на разноликости порекла правних решења, оно што им је заједничко, јесте њихова практичност и неутралност, због чега су општеприхваћени од стране међународне заједнице трговаца која их редовно примењује и којих се редовно придржава у пракси. Општеприхваћеност и свест о њиховој обавезности јесу основ због којих скуп тих правних правила творе право које називамо *lex mercatoria*.

30. Herbert Kronke, Observations on SCC Case 117/199, стр 68-69, http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf.

31. По нашем мишљењу, било би довољно да је своје опредељење арбитража засновала било на хипотетичкој вољи, било на истраженој прећутној вољи уговорних страна, уколико ова друга може са разумном сигурношћу да се утврди. Оно што је важно, јесте да избор најприкладнијег права/правних правила буде у складу са легитимним интересима уговорних страна.

Арбитража као метод решавања спорова из међународних трансакција је због своје флексибилности и близине међународној заједници трговаца, најбоље прилагођена да промене у међународном пословању и правним правилима која их регулишу прва идентификује и преточи у правну праксу која даје значајан ниво извесности у исход одређених спорова.

У том смислу *lex mercatoria* је алат међународне трговинске арбитраже у проналажењу правних норми за регулисање међународних трансакција као што су национални прописи инструмент националних судова у истом послу али на другом терену.

Стога смо уверени да, на овом ступњу развоја права, за разлику од признања, управо неприхватање од стране домаћег правног система факта постојања *lex mercatoria* као скупа правних правила које твори право, води ка правној несигурности како у процесном, тако и у материјално-правом смислу.

При томе, увек треба имати у виду, да је основ за непосредну примену *lex mercatoria*, претходна сагласност уговорних страна у погледу избора институције арбитражног судовања и њених процесних правила која дозвољавају директну примену правних правила. Сам избор арбитражне институције је пословни ризик уговорних страна чије последице не би требало да исправљају судови признања и извршења арбитражне одлуке.

Норма новог Закона о арбитражи, садржана у члану 50 став 3, иако не уводи у наш правни систем *voie directe*, отклања дилему око прихватљивости примене *lex mercatoria*, јер дозвољава арбитрама примену „правних правила” путем колизионе норме за коју нађу да је најприкладнија, што представља значајан корак у правцу прогресивног развоја домаћег права.

Zoran Sretić,
Advisor for legal harmonisation,
Serbian European Integration Office

DIRECT APPLICATION OF THE LAW MERCHANT, AS APPLICABLE LAW FOR THE MERITS OF DISPUTE BEFORE THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

At present time, majority of international arbitration institutions' rules of procedure convey the power to the arbitrator to directly determine the applicable "rules of law", which he deems "appropriate" for the merits of dispute, in absence of the explicit will of contracting parties regarding applicable law/rules of law for resolving differences that could arise from the contract, by means of bypassing application of any choice of law rule (voie directe). This, actually, provides possibility of the direct application of the law of the international merchant community (lex mercatoria, law merchant) on the merits of the dispute, in the deficiency of any such agreement, thus avoiding application of national laws that gravitate towards the subject of the legal argument which are assumed to di-

start the balance stroke between the parties at the time of the contract's execution. However, in the legal theory, the question hovers to whether voie directe of law merchant is legally permissive whatsoever, as there are legal opinions that equate its application, in absence of explicit agreement, with ultra vires amiable compositeur. The author, in his quest for the solution of the abovementioned dilemma, sets off from the analysis of the lex mercatoria's legal nature and its relevance under provisions of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards that lay limits for recognition and enforcement of awards. Simultaneously, the author inquires legal consequences of the parties' agreed choice of arbitration institution and its rules of arbitration and bears in mind the legitimate expectations of the international merchant community regarding application of lex mercatoria. The author's stance is that the confidence in the substantial credibility of the arbitral award is exhausted with free choice of the arbitration and with invested trust in the capabilities, knowledge, experience, and impartiality of the arbitrator to whom the decision-making is entrusted, which is nothing more than the business risk of the contractual will. Therefore, the author concludes that the interest of the international merchant community in the international transaction disputes is rather vested in the legal certainty of the procedural fate of the award than into the trust of its legal consistency. Thus, the author argues, while supporting his case with other legal arguments, that the direct application of lex mercatoria in arbitration proceedings is legally permissible since it bears no difference from application of any national law, as long as arbitrator, in absence of agreement of parties in the dispute, finds it as the most appropriate source of rules for the merits of dispute.

Key words: *Rules of international merchant community/lex mercatoria, autonomous will, law/rules of law, voie directe, amiable compositeurs, public order, ultra vires, balance of interests, hypothetical will, negative choice, legitimate interests.*