

УДК: 341.94:[341.63:339.5

CERIF: S 142, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2103397J

Стефан ЈОВАНОВИЋ*

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду,
Србија

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА АРБИТРАБИЛНОСТ ПРЕДМЕТА СПОРА: *LEX FORI*, *LEX ARBITRI* И ЊИХОВЕ АЛТЕРНАТИВЕ

Сажетак

*Имајући у виду да за ишћање арбитрабилности предмета спора не постоји униформно решење из међународних конвенција и Модел закона, као и да различита национална законодавства на друшачије начине решавају ово ишћање, примећује се велики значај правилној одређивања меродавној права за објективну арбитрабилност. У раду су прво анализирани *lex fori* и *lex arbitri*, као класичне тачке везивања, а затим и њихове алтернативе, као што су *lex causae* за уговор, место потенцијалној извршења одлуке и право меродавно за материјалну пуноважност арбитражној споразума, те је разматран и предлој најушћања колизионе технике. Након закључка да је из више разлоја неадекватно на ово ишћање примењивати право меродавно за арбитражни споразум, као и да још увек не може да се сматра да постоји аутономни појам арбитрабилности из Њујоршке конвенције, аутор прекознаје да дефиниција*

* Електронска адреса аутора: stefan.jovanovic@ius.bg.ac.rs; stefanmjovanovic@gmail.com.

објективне арбитрабилности обухвата више аспеката, те да је за сваки од њих поједино засебно одређити право које се примењује.

Кључне речи: Арбитрабилности. – Меродавно право. – *Lex fori*. – *Lex arbitri*. – Принцип најближе везе.

I Подобност спора за арбитражу – постављање проблема

Одређивање меродавног права је у самој сржи међународне арбитраже, с обзиром на то да је по природи ствари обележена елементом иностраности. Имајући у виду да је она увек повезана, на одређени начин, са најмање две државе, постоји потреба да се за различите аспекте спора одговори на питање које право је за тај аспект меродавно. Сваки сегмент арбитраже за који је потребно одредити меродавно право има своје специфичности, те самим тим и потенцијално различита решења. У овом раду пажња ће бити усмерена на подобност спора да буде решаван арбитражом, односно на право меродавно за арбитрабилност предмета спора.

Услов арбитрабилности подразумева да спор има такву природу да може да буде изнесен пред арбитражу на решавање.¹ И поред тога што уговорне стране одређују да ли ће се њихов спор решавати путем арбитраже или не, те имају прилику и да својом вољом обликују већину сегмената овог приватног начина решавања спорова (врше избор одлучилаца, бирају седиште арбитраже и остало, а што се сматра и предношћу оваквог начина решавања спорова), арбитрабилност представља својеврсно ограничење. Тако, српски Закон о арбитражи² чланом 5 у првом ставу прописује да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда. У овој одредби можемо препознати арбитрабилност *ratione materiae*, те арбитрабилност *ratione jurisdictionis*. У следећим ставовима проналазимо решење за субјективну арбитрабилност (*ratione personae*),³ која неће бити предмет разматрања у овом раду, с обзиром на другачија питања

1 Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, Службени гласник, 2013, 101; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, 51; Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 31.

2 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

3 Раздвајање арбитрабилности на субјективну и објективну настало је под утицајем француске доктрине, те је законом из 2006. године уведена и у наш законодавни свет арбитражног права. Више о томе у М. Станивуковић, 106.

која се постављају, те другачија решења у одређивању меродавног права у односу на објективну арбитрабилност.⁴ Значај објективне арбитрабилности огледа се и у томе што је она један од услова надлежности арбитраже, па споразум о арбитражи не производи дејства у односу на решавање спора који није подобан за арбитражу.⁵

Новија судска пракса и права већине држава усвајају суздржанији поглед на неарбитрабилност, напуштајући неповерење у арбитражни процес и потврђујући улогу аутономије воље у међународним арбитражама,⁶ уз постојање донекле претераног схватања да је наступила „смрт неарбитрабилности“.⁷ Ипак, различити арбитражни системи на различите начине дефинишу арбитрабилност спора,⁸ те она и даље итекако омогућава да одређене области остану резервисане за искључиво судско решавање.⁹ Не постоји униформно регулисање овог питања, те

4 О меродавном праву за субјективну арбитрабилност вид. Bernard Hanotiau, „The Law Applicable to Arbitrability“, *Singapore Academy of Law Journal*, Special issue, 2014, 875–878; Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, 736; Милена Петровић, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревизија Којаоичке школе љриродној љрава*, бр. 1/2019, 174–178.

5 ЗА, чл. 10 ст. 1 тач. 1. Споразум о арбитражи не губи дејство дефинитивно уколико је спор неарбитрабилан, већ (п)остаје без дејства у односу на тај спор. Вид.: М. Станивуковић, 102; Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање љословној љрава Србије са љравом Евројске уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2019, 379.

6 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, 1039.

7 Karim A. Youssef, „The Death of Inarbitrability“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 46–67.

8 Тако се у *common law* системима одређивање граница арбитрабилности оставља обичајном праву (*customary law*) и судској пракси, док се у континенталним (*civil law*) системима ово питање решава (претежно) стриктним нормама које су део позитивног права. Вид. више у Alexander J. Bělohávek, „The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute“, *Yearbook of International Arbitration* (eds. M. Roth, M. Giestlinger), Antwerpen – Zurich – Vienna – Graz, 2013, 37.

9 У том смислу, Врховни Касациони суд у одлуци из 2014. године (Прев. 137) препознаје да је уговор о продаји друштвеног капитала друштвеног предузећа у реструктурирању сложен уговор, те да садржи имовинскоправне и статусноправне елементе, додуше не одређујући који су то статусни аспекти у предметном спору који доводе у сумњу арбитрабилност спора. Више о томе видети у В. Павић (2019), 379–380; Стефан Јовановић, „Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси“, *Право и љривреда*, бр. 2/2020, 273–274. Спорови из повреда правила стицања акција на тржишту хартија од вредности су према америчкој Комисији за хартије од вредности неарбитрабилни. У Русији арбитражна клаузула се не може уврстити у оснивачки акт акционарског друштва које има

се код арбитрабилности могу пронаћи различита решења у зависности од државе чије право посматрамо, управо због тога што релевантни међународни извори, као што су Њујоршка конвенција¹⁰ и Европска конвенција,¹¹ те *UNCITRAL* Модел закон,¹² не дефинишу круг спорова које сматрају арбитрабилним. У различитости правила о арбитрабилности¹³ између држава огледа се и значај одређивања меродавног права за ово питање, с обзиром на то да спорови који су арбитрабилни у једној држави – могу бити неподобни за арбитражу у другој.

У овом раду почетна пажња биће посвећена тачкама везивања *lex fori* и *lex arbitri* које се најчешће могу препознати као решења за питање арбитрабилности предмета спора. С обзиром на то да дефиниција објективне арбитрабилности има више аспеката, поставља се питање да ли неке друге тачке везивања могу бити коришћене приликом одређивања меродавног права, те је потребно одговорити на питања њихове оправданости, домашаја и начина примене. На крају, закључићемо на који начин судије и арбитражи могу решавати питање меродавног права за арбитрабилност предмета спора, имајући у виду да се ради о комплексном питању, које потенцијално води до више меродавних права.

више од хиљаду акционара са правом гласа, као ни у оснивачки акт јавног акционарског друштва. Више о томе, као и разлозима којима се државе воде вид. Мирко Васиљевић, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2018, 20. У пракси веома актуелне *mergers and acquisitions* трансакције, у којима се најчешће за случај спорова уговарају арбитраже, отварају такође одређена питања арбитрабилности. Вид. Стефан Јовановић, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни живои*, бр. 11/2019, 498–501.

10 Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*; даље у фуснотама: Њујоршка конвенција)

11 Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи из 1961. године (*European Convention on International Commercial Arbitration*; даље у фуснотама: Европска конвенција).

12 *UNCITRAL* Модел закон о међународној трговинској арбитражи (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; даље у фуснотама: Модел закон).

13 Уједначавање правила о арбитрабилности није лак задатак с обзиром на то да се арбитрабилност често изводи из појма или доводи у везу са јавним поретком, што показује да држава ова правила гради на темељу сопствене социјалне и економске политике. Вид. М. Петровић, 178.

II Класични приступи одређивању меродавног права за објективну арбитрабилност

Питање арбитрабилности спора се поставља у различитим фазама живота једне арбитраже. Прва фаза (*pre-award stage*) у којој може (или мора) доћи до провере подобности спора да буде решаван арбитражом, јесте када странка оспори пуноважност арбитражног споразума на основу неподобности спора пред арбитражним трибуналом или пред националним судом, уколико је и поред постојања арбитражног споразума поднела спор на судско решавање.¹⁴ У тим ситуацијама, и арбитражи и судије морају да увиде да ли је спор арбитрабилан и да ли га могу решавати (арбитражи) или га морају предати на решавање (судије). Следећа фаза (*post-award stage*) у којој се може поставити питање арбитрабилности јесте када незадовољна странка у држави седишта арбитраже покрене поступак за поништај арбитражне одлуке. Крајња фаза, али ни нијансу мање битна, представља обавезу националних судова државе признања и извршења арбитражне одлуке да контролишу арбитрабилност спора онда када је поверилац из одлуке поднесе на признање. Из претходно реченог може се увидети да о арбитрабилности морају да воде рачуна и судије и арбитражи, што само по себи доводи и до обавезе националних судова и арбитража да одређују меродавно право за ово питање. Класичне тачке везивања за питање објективне арбитрабилности су право државе суда и седишта арбитраже.

1. *Lex fori* као меродавно право за арбитрабилност

Схватање које може најчешће да се чује подразумева да национални суд мора да примењује право државе суда (*lex fori*) како би установио да ли је спор подобан за арбитражу или не. Овакво решење је најгласније у свим фазама поступка, како оним пре доношења арбитражне одлуке, тако и оним након одлуке трибунала, пре свега због релевантних међународних конвенција које на такав начин регулишу ово питање. Тако, Њујоршка конвенција предвиђа да признање и извршење арбитражне одлуке може бити одбијено уколико надлежни орган у држави у којој је признање и извршење тражено пронађе да предмет

14 Арбитражни трибунал одређује меродавно право за арбитрабилност онда када, у складу са правилом *Kompetenz-Kompetenz*, одлучује о својој надлежности, с обзиром на то да је питање арбитрабилности, између осталог, питање надлежности арбитраже. Вид. ЗА, чл. 28. Такође, судови могу одређивати меродавно право за арбитрабилност и уколико на основу чл. 30 ЗА суд одлучује о надлежности арбитраже када је трибунал одлучио о приговору ненадлежности као о претходном питању, с обзиром на то да свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању.

спора није подобан да се решава арбитражом према праву те државе.¹⁵ Одређивање права државе суда у којој се тражи признање може се сматрати корисним, с обзиром на то да би се у супротном могло поставити питање да ли арбитрабилност треба процењивати према том праву или према праву државе где је одлука донета, у зависности од тога како суд процењује принцип најближе везе у сваком конкретном случају.¹⁶ У складу са Њујоршком конвенцијом, ЗА предвиђа да ће се одбити признање одлуке уколико по праву Србије спор није подобан за арбитражу, док у члану који одређује поништај домаћих арбитражних одлука прописује да ће суд изрећи поништај одлуке уколико по српском праву предмет спора није подобан за арбитражу.¹⁷ Чини се да изричита правила која су предвиђена у Њујоршкој конвенцији и националном закону у односу на фазе признања и извршења, те поништаја арбитражне одлуке, остављају мали простор за другачија решења, те право државе суда постаје (и остаје) неприкосновена тачка везивања. Штавише, домаћа оваквог решења (а због његовог великог значаја – преживљавања одлуке након контроле државних судова) се често проширује и на друге фазе поступка, па чак и на анализе самих арбитражних трибунала приликом одређивања меродавног права за арбитрабилност.¹⁸

Када се посматра извршење арбитражног споразума, према члану 2 Њујоршке конвенције свака држава чланица признаје арбитражни споразум за спорове, било уговорне или не, чији је предмет подобан да буде решаван арбитражом, али не предвиђа изричито према ком праву се оцењује арбитрабилност.¹⁹ Насупрот томе, изричито решење даје

15 Њујоршка конвенција, чл. 5 ст. 2(а). Није познато много случајева у којима је одбијено извршење одлуке са позивом на овај члан. Ипак, може се навести пресуда белгијског Врховног суда којом је одбијен захтев за извршење арбитражне одлуке која се односила на раскид ексклузивног уговора о дистрибуцији робе, што према белгијском праву није подобно за арбитражно решавање, с обзиром на то да су белгијски судови имали искључиву надлежност према посебном закону који се односио на то питање. Вид. Међународни савет за трговинску арбитражу, *Водич Међународној савешта за трговинску арбитражу (ICCA) за тумачење Њујоршке конвенције из 1958. године*, 2016, доступно на адреси: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/judges_guide_serbian_final_online-cover.pdf, 10. 7. 2021, 114.

16 Marko Jovanović, „Arbitrability of Consumer Disputes“, *Preoblikovanje granica arbitrabilnosti: da li napredujemo?*, Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, 2018, 182.

17 ЗА, чл. 66 ст. 2 тач. 1, чл. 58 ст. 2 тач. 1.

18 Stavros Brekoulakis, „Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex fori“, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 21/2009, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414323, 10. 8. 2021, 100.

19 Међутим, неки аутори аргументују да се путем аналогije са чланом V(1)(а) Њујоршке конвенције, која предвиђа да се пуноважност арбитражног споразума

Европска конвенција, предвиђајући да судови могу одбити признање арбитражног споразума ако се по закону њихове земље тај спор не може решавати путем арбитраже.²⁰

Међутим, поставља се питање да ли је право државе суда увек погодна тачка везивања за одређивање меродавног права за арбитрабилност. У основи сваког колизионог решења лежи принцип најтешње везе, те свака колизиона норма има за циљ да одреди одговарајуће и „право“ меродавно право које највише одговара правној ситуацији са елементом иностраности, те се њом одређује који је правни поредак просторно најближи правној ситуацији у питању.²¹ Стога, поставља се питање да ли је право државе суда увек право најближе везе, те погодно да буде меродавно право за арбитрабилност пред државним судовима. Како би се приликом одговора на ово питање ишло у правом смеру, важно је препознати да уколико би било потребно установити једну генералну колизиону норму за питање арбитрабилности предмета спора, требало би меродавним правом сматрати право оне државе која има *јавни интјерес* везан за сам предмет спора о којем се решава. Као последица јавног интереса, у тој материји бива присутан велики број принудних норми који је регулишу, те државе имају страх да ли ће их арбитради адекватно спровести и заштитити интерес због чијег очувања је тај спор неподобан за арбитражно решавање.

Постоје схватања да *lex fori* не треба примењивати уколико не постоји искључива надлежност домаћег суда.²² Схватање које подра-

(између осталог) процењује у односу на право државе у којој је одлука донесена, може сматрати и као дужност суда да примењује на питање арбитрабилности у фази извршења арбитражног споразума право државе у којој ће одлука бити донета. Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1981, 126.

20 Европска конвенција, чл. 6 ст. 2.

21 Александар Јакшић, *Међународно приватно право: општиа теорија*, Београд, 2017, 93–94; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2018, 87; Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право: општиа гео*, Београд, 2010, 67. Битно је да колизионе норме уреде однос на начин који највише одговара захтевима правног промета, као и заинтересованости форума, садржају потенцијално меродавног материјалног права и анализом законодавних политика. Вид. Владимир Павић, Марко Јовановић, „Еволуција принципа уређивања приватноправних односа са елементом иностраности у српским кодификацијама међународног приватног права“, *Усклађивање њословној права Србије са њравом Евројске уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2020, 434.

22 S. Brekoulakis, 105 и даље. Присутне су и идеје које позивајући се на различите импликације људских права, теорије стечених права, као и доктрине пригушеног ефекта изузетка, иду ка томе да признање и извршење одлуке не би требало одбити са позивом на неарбитрабилност спора уколико је право повериоца да зах-

зумева да уколико не постоји територијална веза предмета спора и странака са државом, те ни њена искључива надлежност – судови не треба да примењују *lex fori*, базира се на приступу да правила о арбитрабилности имају дејство правила о сукобу надлежности, те да су она процесног карактера.²³ Полази се од тога да су државна правила о арбитрабилности у суштини правила о сукобу надлежности која алоцирају искључиву надлежност својим националним судовима у погледу специфичних спорова, а не генералну забрану решавања тих спорова путем арбитраже.²⁴ Међутим, имајући у виду да дефиниција арбитрабилности обухвата *ratione materiae* и *ratione jurisdictionis* аспекте, тешко је једносмерно сврстати арбитрабилност као чисто материјално или као чисто процесно питање. Овако схватање посматра арбитрабилност само у једном сегменту, *ratione jurisdictionis*, док занемарује да спорови бивају подобни за арбитражу само уколико се ради о имовини и уколико странке могу слободно располагати тим имовинским правима.

Стога, сматрамо да судови не треба да ставе фокус само на постојање искључиве надлежности. Међутим, не би било оправдано да прогласе спор неарбитрабилним уколико надлежност арбитраже не могу да замене својом надлежношћу, јер им према сопственим правилима међународног грађанског процесног права недостаје директна међународна надлежност. Постојање барем конкурентне надлежности је нужно, јер у супротном суд може прогласити спор неарбитрабилним, а да не може да обезбеди тужиоцу право на приступ суду, те ће он оста-

тева вредност из одлуке правоваљано настало у другој држави. Наиме, схватање подразумева да јавни поредак (аутори овог схватања арбитрабилност подводе под јавни поредак) има ослабљен ефекат у фази извршења одлуке, док је веома значајан у фази њеног доношења. Уколико арбитраже оцене у фази доношења одлуке да је спор подобан за решавање пред арбитражом, доносе коначну арбитражну одлуку, чиме право на новчану вредност која припада повериоцу из одлуке настаје правоваљано, те победник у спору има оправдани интерес да то право и оствари. Одређени аутори сматрају да уколико одлука мора да се извршава у некој страни држави, поверилац из одлуке има стечена права у другој држави, те држава извршења мора да призна то право, посматрајући потпуно ослабљено питање арбитрабилности као услова за признање одлуке. Више о томе вид. у Ardalan Haghpanah, Nejad Ali Almasi, „Regulations of Determining Law governing to Arbitrability“, *Ius Humani Law Journal*, Nr. 7/2018, 159, 161–162. Сматрамо да је овакво схватање прилично радикално, али да се и поред аутономије странака у арбитражи не могу занемарити важећа људска права у државама које су директно или индиректно повезане са арбитражним поступком и процедуром, те да она могу утицати на ефикасност арбитражних споразума и одлука. Вид. Massimo Benedettelli, „Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience“, *Arbitration International*, Nr. 4/2015, 633–634.

23 М. Петровић, 180.

24 S. Brekoulakis, 102.

ти без могућности правне заштите и остварења својих права. У светлу раније реченог, у случају непостојања чак ни конкурентне међународне надлежности, држава суда очигледно нема никакав јавни интерес који је укључен у предметни спор, те нема ни разлога за применом њеног права и проглашењем спора неарбитрабилним.²⁵ Међутим, наводи се да као меродавно право за арбитрабилност може бити примењено и право државе чији би суд био надлежан у одсуству арбитражног спору.²⁶ У том смислу, уколико домаћи суд није надлежан да решава о предметном спору, могао би да консултује правила о арбитрабилности суда који би био надлежан, поготово оног који је надлежан искључиво, и да у складу са тим упути странке на арбитражу или прогласи спор неарбитрабилним, а све то из разлога да тужиоцу не би био ускраћен приступ и суду и арбитражи.

Још једно важно питање које се поставља јесте да ли постоји обавеза домаћег суда да спор прогласи неарбитрабилним због искључиве надлежности суда неке друге земље. Начелан став права државе суда о неарбитрабилности одређене врсте спорова не ствара обавезу националних судова да преиспитују да ли су ти спорови арбитрабилни у другим државама. У односу на ово питање често се чује да одредбе о надлежности суда неке државе немају прекограничну снагу пред судовима друге државе, док су на нивоу изузетка ситуације у којима се таква обавеза предвиђа.²⁷ У осталим случајевима, уколико таква обавеза не постоји, домаћи суд нема дужност да заштити искључиву надлежност суда неке друге државе.²⁸ Ипак, још се раније говорило о тзв. „рефлексном“ дејству правила о искључивој надлежности у контексту Бриселске конвенције о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године, према којој судови треба да воде рачуна о одредбама о искључивој надлежности страних судова, како не би засновали надлежност према сопственим основима за директну међународну надлежност у спору за који страни суд сматра

25 Једино уколико постоји веза између спора и одређене државе чији судови имају надлежност за решавање тог спора, тај правни систем има интерес да се примене његова правила о неарбитрабилности и да се ускрати могућност решавања пред арбитражом. Вид. Victoria Barausova, „The Law Governing Arbitrability: Problems and Proposals“, *International Commercial Arbitration Review*, Nr. 2/2017, 143–144.

26 Hrvoje Sikirić, „Pravo mjerodavno za objektivnu arbitrabilnost“, *Liber Amicorum Mihajlo Dika* (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb, 2013, 499.

27 Као што је случај у државама које су усвојиле *UNCITRAL* Модел закон о прекограничном стечају, а који предвиђа обавезу суда једне земље да поштује одредбе о искључивој надлежности државе у којој је стечај покренут. Вид. *UNCITRAL* Модел закон о прекограничном стечају (*UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*), чл. 20.

28 S. Brekoulakis, 107.

да је искључиво надлежан.²⁹ *Ratio* ове теорије заснивао се на томе да ће признање и извршење тако донете одлуке бити упитно, с обзиром на то да правила о индиректној међународној надлежности страних држава не дозвољавају признање одлука за које је домаћи суд био искључиво надлежан. Ова теорија је са последњим изменама нашла место у преамбуларном делу Регулative Брисел 1 бис, а у одређеном облику и у неким одлукама Суда ЕУ.³⁰ Ван контекста европског грађанског процесног права, такође се може сматрати да није целисходно игнорисање правила о искључивој директној надлежности страних судова. У међународном приватном праву се вреднује и тзв. интерес државе за реалним одлучивањем, који се састоји у обавези да се домаћи судови старају да одлука може да буде призната и извршена у иностранству.³¹ Према нашем мишљењу, оваква схватања у контексту признања страних судских одлука могла би се у одређеном облику уважити и на терену страних арбитражних одлука. Наиме, како би се избегло доношење одлуке која има малог изгледа да јој се удахне живот у страниој држави у којој ће се признавати, те потпуно беспотребно ангажовање великих ресурса који су често потребни за арбитражно решавање спора, судови би требало да узму у обзир правила о искључивој надлежности страних судова, а не само права државе суда. Ово схватање би ишло у смеру одређивања меродавног права према месту (потенцијалног) извршења одлуке, што ће бити анализирано у другом делу рада.

2. *Lex arbitri* као меродавно право за арбитрабилност

Арбитража нема свој *lex fori*, али право државе седишта арбитраже сматра се значајним, па се од арбитра (а у одређеним ситуацијама и од судија) очекује да о том праву воде рачуна. Арбитража је, пре свега, подвргнута праву државе у којој је њено седиште, с обзиром на то да је то правни поредак којем она припада,³² односно правни дом арбитра-

29 Бриселска конвенција о надлежности и извршавању судских одлука у грађанским и трговачким стварима (*Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*), чл. 16.

30 Тачка 24 неоперативног дела Регулative Брисел 1 (*Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 351, 20. 12. 2012). Вид. Dženana Radončić, Zlatan Meškić, „Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Nova pravna revija*, br. 1/2013, 48, 52.

31 Александар Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, Београд, 2016, 174.

32 Без обзира на то што је правни основ арбитраже аутономија воље странака (арбитражни споразум), погрешно је извучити закључак да се арбитража као си-

же, а највише због тога што је то држава у којој се може захтевати њен поништај. Управо у том светлу, те са таквим образложењем, арбитражно веће Спољнотрговинске арбитраже наводи да се питање арбитрабилности предмета спора оцењује по праву места седишта арбитраже.³³ У већини случајева, арбитраже су одређивале меродавно право за арбитрабилност преко *lex arbitri*, с обзиром на то да су ова правила лака за идентификацију³⁴ и да је у фази решавања спора најчешће једино право за које се са сигурношћу може сматрати да је значајно за живот будуће арбитражне одлуке. Корисно је приметити да, иако се често наводи да су правила о арбитрабилности императивног карактера, те да странке не могу да диспонирају њима, увиђајући значај места седишта арбитраже приликом одређивања меродавног права за арбитрабилност, као и могућност странака да га изабере,³⁵ постоји донекле могућност странака да индиректно изабере меродавно право за арбитрабилност путем избора места седишта арбитраже.

И даље посматрајући право државе седишта арбитраже као меродавно право, може бити спорно да ли су судови других држава дужни да узму у обзир лимите арбитрабилности које поставља *lex arbitri*. Ово питање може да се појави пред судом у два наврата: приликом оспоравања надлежности суда због постојања арбитражног споразума којим је уговорена арбитража у иностранству и када се противник признања позива на неарбитрабилност спора по праву државе седишта арбитраже како би издејствовао непризнање стране арбитражне одлуке.³⁶ Сматра се да у првом наврату решавања о меродавном праву суд

стем приватног судовања налази у правном вакууму, ван сваког националног правног система, с обзиром на то да је сваки уговор приватног права сачињен на темељу и у границама неког одређеног правног система. Вид. Александар Јакшић, *Међународна швајцарска арбитража*, Београд, 2003, 99.

33 Арбитражно веће у овом спору (Т-12/10) констатује да чл. 58 ст. 2 ЗА предвиђа да се у арбитражи чије је место у Србији питање арбитрабилности предмета спора одређује према српском праву. Вид. Привредна комора Србије, *Зборник арбитражне праксе Српског привредног суда Србије 1997–2016*, Београд, 2017, 221.

34 Loukas A. Mistelis, „Arbitrability – International and Comparative Perspectives“, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros Brekoulakis), International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, 13.

35 Осим могућности избора места седишта арбитраже, корисно је поменути и могућност његове промене током трајања арбитражног поступка, при чему се сматра да промена има ретроактивно дејство (осим уколико се процењује пуноважност арбитражног споразума, уколико је *lex arbitri* меродаван за ту оцену, када је о пуноважности већ одлучено). Међутим, питање је какав значај има промена уколико је учињена ради изигравања императивних норми *lex arbitri*, што може бити противно националном јавном поретку. Вид. А. Јакшић (2003), 101–102.

36 М. Станивуковић, 102.

треба да примени како сопствено право, тако и право државе седишта арбитраже, а све то да не би дошло до својеврсног онемогућавања приступа правосудју (*denial of justice*), односно да странка остане без правног средства јер у седишту арбитраже предметни спор није арбитрабилан.³⁷ Што се тиче одређивања меродавног права у поступку признања и извршења, сматра се да постоји могућност одбијања признања и због неарбитрабилности по праву државе седишта арбитраже, с обзиром на то да Њујоршка конвенција, као и ЗА предвиђају да се признање одбија уколико арбитражни споразум није пуноважан (уколико се арбитрабилност посматра као услов пуноважности арбитражног споразума³⁸) према праву земље у којој је донета одлука (уколико странке нису споразум подвргле неком другом праву).³⁹ Ипак, овде постоји додатни услов да странка приговори признању (јер се у том поступку о пуноважности арбитражног споразума не води рачуна *ex officio*), као и да је још у арбитражном поступку истакла приговор да спор није арбитрабилан према праву државе седишта арбитраже, јер се само тада може позивати на ту сметњу у поступку признања стране одлуке.⁴⁰ Из овога следи да се за питање арбитрабилности у поступку признања и извршења кумулативно могу применити две тачке везивања – право државе суда у којој се врши признање, као и право државе седишта арбитраже. Међутим, поставља се питање да ли је оправдано примењивати меродавно право за арбитражни споразум на питање арбитрабилности, о чему ће бити речи у другом делу рада.

Овде се такође може јавити недоумица да ли арбитраже треба да воде рачуна о арбитрабилности спорова према праву неке друге државе, у којој није њено седиште. У складу са тим, у једној одлуци Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије,⁴¹ веће препознаје да арбитража у Србији начелно нема обавезу, према ЗА, да води рачуна о искључивој надлежности судова друге државе. ЗА онемогућава арбитражу у Србији само ако је искључиво надлежан суд у Србији, те законодавац једне земље нема интерес, као ни могућност да брине о искључивој надлежности судова друге земље.⁴² Међутим, као

37 *Ibid.*

38 Да би уговор о арбитражи био пуноважан, он мора бити објективно дозвољен, што подразумева, између осталог, да се односи на материју подобну за арбитражно решавање. Вид. Јелена С. Перовић, *Уговор о међународној шпоровинској арбитражи*, Београд, 2002, 107.

39 Њујоршка конвенција, чл. 5; ЗА, чл. 66 ст. 1 тач. 1.

40 М. Станивуковић, 103.

41 Спор Т-12/10.

42 Првотужени у спору је сматрао да није испуњен услов арбитрабилности зато што су литвански судови искључиво надлежни за спорове првотуженог који је у стечају. Арбитражно веће је било становишта да је услов *ratione jurisdictionis*, односно

што је приказано и у анализи *lex fori* као тачке везивања, можда би било оправдано да се у одређеним случајевима велике извесности места где ће се будућа арбитражна одлука извршавати, уваже и одредбе те државе о арбитрабилности, поготово имајући у виду већу флексибилност којом арбитраже располажу у сваком погледу, па и у оном који се огледа у одређивању меродавног права.

III Алтернативе *lex fori* и *lex arbitri* приликом одређивања меродавног права за арбитрабилност

Након анализе повезница *lex fori* и *lex arbitri*, примећује се да оне и даље имају велику улогу приликом одређивања права меродавног за арбитрабилност предмета спора. Међутим, не може да се не примети да под одређеним околностима не осликавају најбоље принцип најближе везе, те да остаје потреба за даљим одређењем неког другог, адекватнијег права. Такође, с обзиром на то да дефиницију арбитрабилности посматрамо са више аспеката, из ранијих разматрања остаје утисак да су *lex fori* и *lex arbitri* подобни да доведу до меродавног права само за неке од њих. Управо због тога, потребно је одредити која су то права код којих је боље испољен принцип најближе везе, те судови и арбитраже меродавно право за арбитрабилност предмета спора могу одређивати и преко тачака везивања које доводе до тих, са спором ближе повезанијих права.

1. *Lex causae* – право меродавно за уговор

Приликом одлучивања о томе да ли је спор подобан за решавање, потребно је одредити и меродавно право за материјални аспект арбитрабилности. Арбитражни закони најчешће арбитрабилност дефинишу као спорове о правима којима странке могу слободно располагати или захтеве у односу на које странке могу да дођу до поравнања. Постоје схватања да су обе формулације уствари „синоними“.⁴³ Међутим, између критеријума новчане (имовинске) природе спора и могућности слободног располагања правима постоје разлике. Према мишљењу одређених аутора, први критеријум би био скоро самодовољно супстанцијално правило које не захтева решавање сукоба закона, док би се други

критеријум непостојања искључиве надлежности судова, усмерен на искључиву надлежност српског суда, да српски законодавац не може да утиче на искључиву надлежност других судова, те самим тим од тога не може да зависи ни допустивост уговарања арбитраже у Србији. Вид. Привредна комора Србије, 221–222.

43 Krešimir Sajko, „On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5/2010, 963.

критеријум одређивао према правилима меродавног права за право које је у питању (*lex causae*).⁴⁴ То значи да се одговор на питање да ли странке могу слободно да располажу правима која су предмет спора одређује према праву које је за то право, односно уговор из којег то право проистиче, меродавно. Одговор на ово питање захтева примену правила о сукобу закона, односно одређивање материјалног права које се на то право примењује, јер управо оно које је меродавно за то имовинско право може да одговори да ли се њиме може слободно располагати. Швајцарски Закон о међународном приватном праву предвиђа да су арбитрабилни спорови који укључују имовину, шпански Закон о арбитражи предвиђа да су арбитрабилни спорови који се односе на питања којима странке могу слободно располагати,⁴⁵ док српски ЗА предвиђа да су арбитрабилни имовински спорови о правима којима странке могу слободно да располажу (уз додатни критеријум *rationae jurisdictionis*⁴⁶). У складу са претходно реченим, према швајцарском решењу, дефиниција арбитрабилности је постављена прилично широко, те би комплексни проблеми сукоба закона могли да се појаве само код уског круга захтева који не укључују економски интерес. Међутим, дефиниција из шпанског права, као и други део српског решења, који подразумевају овлашћење странака да диспонирају правима која су укључена у спору, захтевају колизионоправну анализу. Ово питање било би пред судовима решено преко колизионих норми државе суда које одређују меродавно право за релевантни правни однос, а пред арбитражама колизионим нормама које арбитраи сматрају прикладним⁴⁷ или директним избором

44 *Ibid.*, 964; М. Станивуковић, 102.

45 Швајцарски Закон о међународном приватном праву (*Loi fédérale sur le droit international privé*); шпански Закон о арбитражи из 2003. године (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*), чл. 2.

46 У теорији се наводи да би појам арбитрабилности било потребно флексибилније одредити путем изостављања критеријума непостојања искључиве судске надлежности, због практичних разлога који се односе на спорове за које је предвиђена искључива месна или међународна надлежност за стварноправне спорове на непокретностима у Србији. Вид. Владимир Павић, Миленка Ђорђевић, „Новине у правном оквиру за АДП у Србији“, *Harmonius*, бр. 1/2014, 257; Маја Станивуковић, Владимир Павић, „Предлог за измене и допуне закона који уређују арбитражу и питања од значаја за арбитражу ради целовитог уређења материје“, *Бранич*, бр. 1/2021, 14. Такође, и на хрватској арбитражној сцени се предлаже отклањање услова *ratione jurisdictionis*, иако се према хрватском Закону о арбитражи тај услов не може потпуно поистоветити са оним из српског Закона о арбитражи. О хрватском решењу и предлозима његове промене вид. Davor Babić, „Prijedlog za novo uređenje arbitralnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Liber Amicorum Mihajlo Dika* (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb, 2013, 531–535.

47 У том смислу, Правилник о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 101/2016, чл. 42 ст. 2.

материјалног права (*voie directe*),⁴⁸ имајући у виду да су то решења која најчешће предвиђају арбитражни правилници. На пример, одговор да ли је арбитрабилан спор који се односи на консултантски уговор у вези са јавним набавкама,⁴⁹ даје право које је меродавно за ту врсту уговора (*lex causae*). Интересантно је напоменути и да уколико је меродавно право за арбитрабилност *lex causae* за спорни однос, онда се омогућава странкама да избором меродавног права за њихов правни однос (уколико је аутономија воље у тој области дозвољена), индиректно врше и избор меродавног права за арбитрабилност.

2. Право места (потенцијалног) извршења одлуке (*lex executionis*)

Као алтернатива за *lex fori* и *lex arbitri*, може се појавити и трећа тачка везивања – место (потенцијалног) извршења одлуке. Наиме, имајући у виду да се за седиште арбитраже често бира држава која је неутрална у односу на обе странке у спору, док у виртуелним арбитражама може још мање имати везе са странкама и спором, најчешће странка која изгуби спор неће имати имовину на којој се може спровести извршење у земљи у којој је арбитражна одлука формално донета (а где бива изједначена са домаћом судском одлуком, те је аутоматски и извршива). Управо због тога, страна арбитражна одлука мора да буде призната у држави у којој дужник из одлуке има своју имовину. Њујоршка конвенција, Модел закон, као и ЗА предвиђају да се одлука неће признати и извршити уколико спор није арбитрабилан према праву државе признања.⁵⁰ Имајући све ово у виду, замисливо је као решење за оцену арбитрабилности предложити право места потенцијалног извршења одлуке, као вид гаранције извршења одлуке.⁵¹ Ово решење било би у складу са тежњом арбитрара да донесу одлуку којој ће бити дата правна снага у држави извршења. Такође, ово решење је и у складу са територијалном повезаношћу спора, те би арбитражи могли да узму у обзир право државе у којој је, на пример, патент регистрован (уколико се ради о спору који подразумева решавање о пуноважности патента), државе у којој постоје

48 UNCITRAL Арбитражна правила (*UNCITRAL Arbitration Rules*), чл. 35; Правилник Београдског арбитражног центра, чл. 34 ст. 2.

49 У одређеним правима, спорови из консултантских уговора који су везани за јавне набавке не могу да буду решавани арбитражом због распрострањености прекомерних провизија за које се сматра да су поткупљене (подмићене). Вид. J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kröll, 190.

50 Њујоршка конвенција, чл. 5 ст. 2(а); ЗА, чл. 66 ст. 2 тач. 1; Модел закон, чл. 36 ст. 1(б).

51 A. Haghpanah, N. A. Almasi, 163.

велике шансе да ће се арбитражна одлука извршавати, а по чијем праву потенцијално постоји искључива надлежност суда, те самим тим и реалан основ да ће одлуци бити ускраћено признање са позивом на неарбитрабилност спора. Као пример у којем је место потенцијалног извршења одлуке у много ближој вези са спором него право државе седишта арбитраже може се навести и право државе где се налази грађевина уколико се спор (а и каснија одлука) односи на предају државине на грађевини или право државе где је регистровано привредно друштво, уколико се спор односи на пренос акција привредног друштва.⁵² Ипак, колико год ово решење звучало обећавајуће, у самој његовој сржи постоје суштински проблеми. Ретки су спорови где је јасна територијална веза спора са одређеном државом у којој ће се одлука највероватније извршавати. У свим осталим случајевима, у којима не постоји таква ситуација, арбитра би морали већ на почетку поступка претпостављати која странка ће бити губитник у спору, те у којим државама она има имовину, а све у циљу одређивања места где ће се арбитражна одлука потенцијално извршавати. Осим прејудицирања исхода спора већ на самом почетку поступка, што се може сматрати неравноправним третирањем странака, проблематично је и процењивање држава у којима би странка која изгуби у спору имала имовину у тренутку потребе за извршењем одлуке. Као резултат мана овог решења, наводи се да је разумно да арбитражни трибунал, уколико је спор арбитрабилан према месту арбитраже, пребаци ризик неизвршења у држави признања одлуке на странке, односно у великом броју случајева на тужиоца.⁵³

Ипак, спорови у којима се поставља питање арбитрабилности често могу имати очигледну блиску везу са одређеним државама, као што је држава регистрације патента и место налажења грађевине, те би било целисходно да судови утврде правила о арбитрабилности државе у којој је патент регистрован или у којој се грађевина налази. Уколико та држава не би признала арбитражну одлуку како би промена у регистру могла да се изврши, јер су према њеним одредбама овакви спорови неарбитрабилни, не би било целисходно да трибунал настави поступак. У том смислу, чини нам се да ова тачка везивања, уколико је могуће одредити са великом прецизношћу до ког права она доводи, може бити погодна за одређивање меродавног права онда када класични начини нису одговарајуће решење.

52 Пример преузет из М. Станивуковић, 103.

53 М. Moses, 69.

3. Право меродавно за арбитражни споразум

Једна од повезница која се пред судовима и трибуналима користи поред *lex fori* и *lex arbitri* за одређивање права меродавног за арбитрабилност јесте право меродавно за (материјалну) пуноважност арбитражног споразума. Штавише, наводи се да су арбитрари најчешће у одлукама арбитрабилност процењивали управо према овом праву.⁵⁴

Према Њујоршкој конвенцији, пуноважност арбитражног споразума се процењује према праву које су странке изабрале за тај споразум, или у одсуству избора – према праву државе у којој је донесена арбитражна одлука.⁵⁵ Међутим, меродавно право за арбитражни споразум се оцењује и у другим фазама, не само у поступку признања стране арбитражне одлуке. Постоје различита схватања о овом питању, која су анализирана у великом броју теоријских радова, као и судских и арбитражних одлука.⁵⁶ Предлагано је да државни суд оцењује ваљаност арбитражног споразума по питању арбитрабилности у односу на право коме су странке подвргле свој арбитражни споразум (*lex voluntaris*), у његовом одсуству према праву државе у којој арбитражна одлука треба да се донесе (*lex arbitri*), а у ситуацијама у којима то није изводљиво – према закону на који укажу колизионе норме земље суда пред којим је покренут судски спор, односно који решава о овом питању (*lex fori*).⁵⁷ Ипак, у светлу нове одлуке енглеског Врховног суда у предмету *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v OOO Insurance Company Chubb*, чија решења се подударају и са ранијим схватањима енглеских судова и такозваним *Sulamérica* тестом,⁵⁸ чини се да на видело испливавају и другачија

54 Н. Sikirić, 499.

55 Њујоршка конвенција, чл. 5 ст. 1(а). У истом светлу и ЗА, чл. 66 ст. 1 тач. 1.

56 Вид. пре свих новију одлуку енглеског Врховног суда у предмету *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v OOO Insurance Company Chubb*, доступно на адреси: www.supremecourt.uk/cases/uksc-2020-0091.html, 26. 7. 2021. Једно од важнијих питања је да ли се избор меродавног права у основном уговору може посматрати и као избор меродавног права за арбитражни споразум. Наведена одлука енглеског Врховног суда одговара потврдно, као и одлука Врховног касационог суда Србије (Решење Врховног касационог суда РС, Прев 58/26 од б. 10. 2016. године) и енглеског Апелационог суда у предмету *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA (2012)*, пар. 26.

57 М. Петровић, 180.

58 У *Sulamérica* одлуци, енглески Апелациони суд установио је тест приликом одређивања меродавног права за арбитражни споразум. Прво се посматра да ли су странке изричито изабрале меродавно право за арбитражни споразум, потом да ли постоји прећутан избор и, на крају, уколико ниједно одређење од стране странака није извршено, примењује се право које има најближу повезаност са арбитражним споразумом. Вид. више у В. Hanotiau, 882.

решења у погледу меродавног права за арбитражни споразум. Осим што би се изричит или прећутан избор меродавног права за основни уговор, чији је део арбитражна клаузула, аутоматски проширивао и на арбитражни споразум, уколико странке нису испољиле аутономију воље, у одсуству било којег поменутог избора странака, решење би требало тражити и у принципу најтешње везе, територијалног конекситета одређене државе и арбитражног споразума, што може бити, али и не мора, право државе седишта арбитраже.

Међутим, поставља се питање да ли је уопште оправдано меродавно право за арбитрабилност процењивати путем меродавног права за арбитражни споразум. Да би се дао одговор на ово питање, претходно би требало установити шта све потпада под правну категорију „пуноважност арбитражног споразума“, па тек онда и тачке везивања за ту правну категорију. Посматрајући све услове који треба да буду испуњени да би арбитражни споразум био пуноважан, може се приметити да се на одређене услове примењује друго право, независно од права које је меродавно за арбитражни споразум. На пример, услов да странке нису имале потребна својства и способност за његово закључење⁵⁹ може се процењивати према праву које је меродавно за странке (*lex nationalis*, *lex domicili*, право меродавно за припадност правног лица). Такође, арбитрабилност можемо посматрати као питање надлежности арбитраже, а не само као питање пуноважности арбитражног споразума, те се додатно смањује утицај меродавног права за арбитражни споразум приликом одређивања права које је меродавно за арбитрабилност. Осим тога, арбитрабилност је императивног карактера, те сматрамо да странкама не треба пружити могућност да избором меродавног права за арбитражни споразум посредно бирају и право меродавно за арбитрабилност.

Оно што наводи многе ауторе, судије и арбитраже да на арбитрабилност примењују право које је меродавно за арбитражни споразум јесте сврставање питања арбитрабилности у пуноважност арбитражног споразума, чиме се оправдава примена чл. 5 ст. 1(а) Њујоршке конвенције, који се односи на непризнање одлуке уколико уговор о арбитражи није ваљан. Као што је већ речено, једна од улога арбитрабилности јесте представљање услова за пуноважност арбитражног споразума, али не одређују се сва питања пуноважности овог споразума по истом праву. Са друге стране, тај исти члан Конвенције у ставу 2(а) одређује да ће се одбити признање одлуке по службеној дужности уколико спор није арбитрабилан према праву државе признања. Поставља се питање зашто би Конвенција у истом члану предвиђала два пута исти услов, те

59 Услов из ЗА, чл. 10 ст. 1 тач. 3.

уз то установљавала и различита меродавна права.⁶⁰ Такво схватање би довело до тога да судови признања морају да процењују арбитрабилност према праву које су странке изабрале или према праву седишта арбитраже (по приговору странке) и према праву државе признања (по службеној дужности). Према свим тим правима, спор би морао бити арбитрабилан, што би, с обзиром на отежавање признања стране арбитражне одлуке, било у супротности са приступом фаворизовања арбитраже (*pro-arbitration*) из Њујоршке конвенције. Иако би било на месту сматрати да је основано захтевати да је спор подобан за арбитражу и према *lex arbitri*, ипак Конвенција не предвиђа ту обавезу. Наиме, уколико арбитрабилност процењујемо према ставу 1(a), *lex arbitri* је само супсидијарна тачка везивања онда када нема избора странака у погледу меродавног права за арбитражни споразум (или главни уговор), уз додатни услов да незадовољна странка уопште приговори признању. Из свих наведених разлога, сматрамо да је приликом испитивања да ли арбитражни споразум производи дејства у односу на конкретан спор, односно да ли је спор арбитрабилан, потребно засебно одређивати меродавно право за арбитрабилност и за арбитражни споразум, те да није оправдано меродавно право за арбитражни споразум „преливати“ и на питање арбитрабилности.

4. Напуштање колизионе технике – аутономни појам арбитрабилности

С обзиром на то да арбитражи нису везани правилима државе седишта арбитраже на начин на који су државни судови везани правилима *lex fori*, те приступу који иде ка потпуној денационализацији арбитраже, постоје и схватања да питање арбитрабилности треба сматрати питањем међународног трговачког обичаја (*lex mercatoria*), те арбитража омогућити да ово питање реше према транснационалним правилима која фаворизују арбитражу и самим тим омогућавају веома широк појам арбитрабилности.⁶¹ Ипак се истиче да би арбитражи то овлашћење могли да црпе само на основу права државе седишта арбитраже, на основу колизионе норме која није изричита, већ прикривена.⁶²

Један од приступа који постоји подразумева третирање члана 2 Њујоршке конвенције као супстанцијалног правила које одређује

60 Одређени аутори такође препознају да је тешко замислити да се постављају два различита концепта у једном те истом инструменту. Вид. V. Barausova, 141.

61 Laurence Craig, William Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 1990, 81.

62 М. Петровић, 182.

аутономни међународни концепт арбитрабилности.⁶³ Тако је суд у Сједињеним Америчким Државама⁶⁴ у једном случају стао на становиште да навођење на једно домаће право, чак и државе у којој ће извршење одлуке бити захтевано, не решава питање да ли је спор арбитрабилан према члану 2 Њујоршке конвенције. Одређивање да ли је спор арбитрабилан мора бити учињено на свеобухватном међународном нивоу, са навођењем на права држава чланица Њујоршке конвенције. С обзиром на то да је сврха те Конвенције да подстиче извршење арбитражних споразума, као и да је федерална политика у корист арбитражног начина решавања спорова, захтева се да изузетак који се односи на арбитрабилност из члана 2 Конвенције буде изузетно уско посматран.⁶⁵

Јасно је да посматрање питања арбитрабилности као међународног трговачког обичаја и супстанцијалног правила које омогућава аутономни појам арбитрабилности не доводи до потребе решавања сукоба закона, с обзиром на то да би хармонизација решења о овом питању укинула различите приступе у упоредном праву. Међутим, аутору се чини да различита национална решења, као и судска и арбитражна пракса, не дозвољавају у великом броју случајева да се арбитрари уздају искључиво у транснационална правила, поготово имајући у виду да државни суд пред којим ће се потенцијално поништавати, односно признавати арбитражна одлука може имати потпуно другачији приступ овом питању и често обавезу да примењује своје право као меродавно за питање арбитрабилности.

IV Закључна разматрања

Одређивање меродавног права за арбитрабилност предмета спора није једносмерно питање – напротив, протеже се у више правца, те као што је већ приказано, доводи до могућности примене више права.

Због изричитих конвенцијских и законских решења, судови и арбитраже ће за питање арбитрабилности увек полазити од права државе суда и места седишта арбитраже, чак и без обзира на флексибилност која је у арбитражном поступку и одлучивању присутна. Ипак, с обзиром на то да арбитрабилност у својој дефиницији има различите аспекте, поставља се питање да ли те разлике доводе и до различитих меродавних права. У том смислу, дефинитивно је да ће се на питање

63 J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, S. Kröll, 192.

64 На овом месту стављамо по страни другачији концепт арбитрабилности према америчком праву.

65 *Meadows Indemnity v. Bacala & Shoop Insurance Services Inc*, 760 F Supp 1036–1045, XVII ZBCA 686 (1992) (EDNY 1991).

да ли постоји искључива надлежност националног суда применити *lex fori* (пред судовима) и *lex arbitri* (пред арбитражама). Установили смо да је потребно да постоји сукоб надлежности између националног суда и арбитраже како би спор био неподобан за арбитражу, у том смислу да је и национални суд макар конкурентно надлежан. Међутим, имајући у виду да дефиниција арбитрабилности има и материјални аспект, као и да је дискутабилно занемарити одредбе о искључивој надлежности суда неке друге државе због потребе да се арбитражна одлука одржи у животу, јавља се потреба и за даљим тражењем одговарајућих меродавних права.

У складу са тим, за питање објективне арбитрабилности јављају се и следеће тачке везивања: (а) право меродавно за уговор који је предмет спора (*lex causae*); (б) право државе чији ће национални судови бити надлежни у одсуству пуноважне арбитражне клаузуле (споразума); (в) право државе где су највеће шансе да ће се арбитражна одлука извршавати; (г) право меродавно за арбитражни споразум; (д) заједнички и основни принципи права, транснационална правила (што представља напуштање колизионе технике) и (ђ) комбинација неких од ових тачака везивања.

Наведено је зашто право меродавно за арбитражни споразум, те комплетно напуштање колизионог метода применом транснационалних правила, није (ово друго макар тренутно) најбоље решење. Међутим, даље се поставља питање улоге осталих предложених тачака везивања у крајњем резултату одређивања меродавног права за арбитрабилност.

Имајући у виду горенаведена решења, којима се наслућује да је реч о комплексном проблему, питању се може приступити на следећи (комбиновани) начин. Уколико бисмо дефиницију арбитрабилности према ЗА раставили на три дела, примећује се како сваки део заправо може имати засебно колизионоправно решење. Тако, на аспект арбитрабилности који се односи на питање да ли је спор имовински или не, најчешће се чује став да се ради о самодовољном супстанцијалном правилу које не захтева одређивање меродавног права. Насупрот томе, на аспект слободе странака да располажу тим имовинским правом (односно да закључе поравнање) примећује се право које је меродавно за уговор или други правни однос из којег то право проистиче. Судови би до тог права долазили преко својих колизионих норми, док би арбитраже примењивале колизионе норме које сматрају прикладним или би вршиле директан избор материјалног права (*voie directe*), као и у мањем броју случајева колизионе норме државе седишта арбитраже. На крају, на аспект арбитрабилности који се односи на питање постојања искључиве судске надлежности, судије примењују право државе суда

(*lex fori*), док арбитраи примењују право државе седишта арбитраже (*lex arbitri*). Међутим, као што је речено, остаје отворено питање да ли судови и арбитраже заиста немају потребу да консултују и одредбе неке друге државе о искључивој надлежности, поготово уколико та друга држава бива много повезанија са спором, те постоји велика могућност да ће се управо ту одлука извршавати. Стога, на овом месту право места (потенцијално) извршења одлуке ступа на сцену.

Уколико би било потребно сумирати сва решења, основни колизионоправни принцип познат у међународном приватном праву, принцип најближе везе, има главну улогу и у одређивању меродавног права за арбитрабилност. Имајући у виду да је овај принцип широк и често тешко ухватљив, јавља се потреба за идентификовањем ближих и конкретнијих смерница за његову примену. Свака од разматраних тачака везивања представља његово испољавање. Руковођени овим принципом, који је подобан да територијално определи одређени спор, арбитраи (на одређени начин и судије) би одређивали меродавно право према праву са којим је спор најближе повезан, односно према којем би било најцелисходније одређивати меродавно право, у складу са питањима где ће се одлука извршавати, чија правила о искључивој надлежности су повређена (те да ли постоји шанса да се одлука извршава у тој држави), али пре свега вођени критеријумом јавног интереса. С обзиром на то да *lex fori* и *lex arbitri* у одређеним ситуацијама не осликавају у пуној мери право које је најближе повезано са спором, дефинисали смо друге тачке везивања које могу помоћи у остварењу овог циља – адекватног одређивања меродавног права за арбитрабилност, а све са циљем одржавања у животу будуће арбитражне одлуке.

Коришћена литература

- Babić Davor, „Prijedlog za novo uređenje arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži“, *Liber Amicorum Mihajlo Dika* (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb, 2013.
- Barausova Victoria, „The Law Governing Arbitrability: Problems and Proposals“, *International Commercial Arbitration Review*, Nr. 2/2017.
- Bělohávek Alexander J., „The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute“, *Yearbook of International Arbitration* (eds. M. Roth, M. Giestlinger), Antwerpen – Zurich – Vienna – Graz, 2013.
- Benedettelli Massimo, „Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience“, *Arbitration International*, Nr. 4/2015.

- Born Gary B., *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014.
- Brekoulakis Stavros, „Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex fori“, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 21/2009, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414323, 10. 8. 2021.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, Београд, 2018. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2018)
- Васиљевић Мирко, „Арбитражни уговор и интеркомпанијски спорови“, *Анали Правној факултетеа у Београду*, бр. 2/2018. (Vasiljević Mirko, „Arbitražni ugovor i interkompanijski sporovi“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2018)
- David Mathew Lew Julian, Mistelis Loukas A., Kröll Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.
- Јакшић Александар, *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 2003. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 2003)
- Јакшић Александар, *Међународно грађанско процесно право*, Београд, 2016. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodno građansko procesno pravo*, Beograd, 2016)
- Јакшић Александар, *Међународно приватно право: општа теорија*, Београд, 2017. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodno privatno pravo: opšta teorija*, Beograd, 2017)
- Jan van den Berg Albert, *The New York Arbitration Convention: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 1981.
- Jovanović Marko, „Arbitrability of Consumer Disputes“, *Preoblikovanje granica arbitrabilnosti: da li napredujemo?*, Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, 2018.
- Јовановић Стефан, „Потенцијални проблеми арбитражних одлука у *mergers and acquisitions* трансакцијама“, *Правни живот*, бр. 11/2019. (Jovanović Stefan, „Potencijalni problemi arbitražnih odluka u *mergers and acquisitions* transakcijama“, *Pravni život*, br. 11/2019)
- Јовановић Стефан, „Решавање о приговору ненадлежности због уговорене арбитраже у судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Jovanović Stefan, „Rešavanje o prigovoru nenadležnosti zbog ugovorene arbitraže u sudskoj praksi“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)

- Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013. (Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2013)
- Mistelis Loukas A., „Arbitrability – International and Comparative Perspectives“, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros Brekoulakis), International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Moses Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Павић Владимир, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање условној права Србије са правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2019. (Pavić Vladimir, „Osvrt na praksu Vrhovnog kasacionog suda u arbitražnoj materiji“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2019)
- Павић Владимир, Ђорђевић Милена, „Новине у правном оквиру за АДР у Србији“, *Harmonius*, бр. 1/2014. (Pavić Vladimir, Đorđević Milena, „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius*, br. 1/2014)
- Павић Владимир, Јовановић Марко, „Еволуција принципа уређивања приватноправних односа са елементом иностраности у српским кодификацијама међународног приватног права“, *Усклађивање условној права Србије са правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2020. (Pavić Vladimir, Jovanović Marko, „Evolucija principa uređivanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti u srpskim kodifikacijama međunarodnog privatnog prava“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2020)
- Перовић Јелена С., *Уговор о међународној провинској арбитражи*, Београд, 2002. (Perović Jelena S., *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002)
- Петровић Милена, „Међународна трговачка арбитража и међународно приватно право“, *Ревизија Копаоницке школе природној права*, бр. 1/2019. (Petrović Milena, „Međunarodna trgovačka arbitraža i međunarodno privatno pravo“, *Revija Kopaoničke škole prirodnog prava*, br. 1/2019)
- Radončić Dženana, Meškić Zlatan, „Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima“, *Nova pravna revija*, br. 1/2013.

- Sajko Krešimir, „On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5/2010.
- Sikirić Hrvoje, „Pravo mjerodavno za objektivnu arbitrabilnost“, *Liber Amicorum Mihajlo Dika* (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb, 2013.
- Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2010. (Stanivuković Маја, Živković Мирко, *Međunarodno privatno pravo: opšti deo*, Beograd, 2010)
- Станивуковић Маја, *Међународна арбитража*, Београд, Службени гласник, 2013. (Stanivuković Маја, *Međunarodna arbitražа*, Beograd, Službeni glasnik, 2013)
- Станивуковић Маја, Павић Владимир, „Предлог за измене и допуне закона који уређују арбитражу и питања од значаја за арбитражу ради целовитог уређења материје“, *Бранич*, бр. 1/2021. (Stanivuković Маја, Pavić Vladimir, „Predlog za izmene i dopune zakona koji uređuju arbitražу i pitanja od značaja za arbitražу radi celovitog uređenja materije“, *Branich*, br. 1/2021)
- Haghpanah Ardalan, Ali Almasi Nejad, „Regulations of Determining Law governing to Arbitrability“, *Ius Humani Law Journal*, Nr. 7/2018.
- Hanotiau Bernard, „The Law Applicable to Arbitrability“, *Singapore Academy of Law Journal*, Special issue, 2014.
- Craig Laurence, Park William, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 1990.
- Youssef Karim A., „The Death of Inarbitrability“, *Arbitrability – International and Comparative Perspective* (eds. Loukas A. Mistelis, Stavros L. Brekoulakis), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

Stefan JOVANOVIĆ

Teaching Associate at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE LAW APPLICABLE TO OBJECTIVE ARBITRABILITY: *LEX FORI*, *LEX ARBITRI* AND THEIR ALTERNATIVES

Summary

Bearing in mind that there is no uniform solution to the issue of arbitrability of the subject matter of a dispute in international conventions and the Model Law, as well as that different national legislations solve this issue in different ways, the great importance of correctly determining the applicable law for objective arbitrability is noticed. The paper first analyses the lex fori and lex arbitri as classic points of attachment, and then their alternatives such as the lex causae for contract, the place of potential enforcement of the award and the law applicable to the material validity of the arbitration agreement, as well as the proposal to abandon the collision technique. After concluding that for several reasons it is inadequate to apply the law applicable to the arbitration agreement to this issue, and that it is still early to consider that there is an autonomous notion of arbitrability from the New York Convention, the author recognizes that the definition of objective arbitrability encompasses several aspects. Accordingly, for each of them it is necessary to determine separately the applicable law.

Key words: *Arbitrability. – Applicable Law. – Lex fori. – Lex arbitri. – The principle of the Closest Connection.*

Датум пријема рада: 19. 8. 2021.

Датум прихватања рада: 10. 9. 2021.