

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Апстракт: Овај рад представља покушај да се питање правног значаја арбитражног споразума размотри из више аспеката – теоријског, практичног, правнотехничког, правнополитичког и компаративноправног. Аутор анализира услове и оправданост одрицања од редовног пута правне заштите пред државним судовима, видове инструмента којим се то чини и начине постизања сагласности на арбитражно решавање спорова. Исто тако, у раду се сажето приказују специфичности у поимању правног значаја арбитражног споразума својствене појединим правним системима и пројектују могуће последице промена у правној политици у правцу интензивирања интервенције државних судова у домену арбитраже.

Кључне речи: Арбитражни споразум, слобода уговарања, интервенција државних судова, арбитражни уговор, арбитражна клаузула

* Асистент за Грађанскоправну научну област на Правном факултету у Нишу

Уводне напомене

Правило да споразум страна о поверавању спора арбитражном суду на решавање има функцију носећег стуба арбитраже представља универзално обележје савременог арбитражног права.¹ Иако специфични значај улоге арбитражног споразума није исти према одредбама закона различитих држава и правилима многобројних међународних арбитражних извора, неспорно је да овај инструмент представља основ успостављања арбитраже као процесног односа у свим правним системима. Супремација арбитражног споразума нарочито долази до изражаја на међународној трговинској сцени, и то преваходно услед непостојања истински наднационалних законодавних и судских ауторитета који располажу инструментима принуде, као и због тога што је на овом пољу нарочито, како један аутор истиче „сигурност битна, униформност пожељна, а предвидљивост апсолутно нужна“². На унутрашњем, националном плану, са друге стране, без обзира на то што је законодавна активност жива, а арбитражни прописи подложни променама, уговорне слободе и принцип консесуализма, који су од самих зачетака арбитраже инкорпорисани у националне арбитражне изворе, несумњиво су током времена задржали и чак повећали свој значај.

1. Општа обележја арбитражног споразума

Арбитражно решавање спорова допуштено је само уколико се заснива на израженој вољи учесника трансакције да одлучивање о својим конфликтима изузму из надлежности државних судова и повере арбитражима.³ Инструмент којим се врши преношење

¹ Тако Закон о арбитражи РС, одредбом чл. 9. ст. 1, предвиђа да „Споразумом о арбитражи странке поверавају арбитражном суду на решавање своје будуће спорове или спорове настале из одређеног правног односа.“

² Видети Lew, J. – *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978. година, стр. 80.

³ Познић повлачи линију разграничења између надлежности државних и арбитражних судова, сматрајући да се „надлежност државних судова базира на закону, а надлежност арбитража на вољи странака“ – видети Познић, Б. – Нека

јурисдикционих овлашћења са државних на недржавне правосудне органе јесте арбитражни споразум. То је именовани уговор материјалног права, али и институт кроз који се рефлектују бројне процесноправне категорије, што намеће потребу за узимањем у обзир и правила и начела процесног права приликом његовог сагледавања.⁴ Овај споразум може се постићи на различите начине. Најчешће се закључује изван самог арбитражног поступка, али је могуће и његово склапање у поступку пред арбитражном институцијом или арбитражним судом. Унутар ограничења које намеће институт арбитрабилности, и уз испуњење услова који се односе на сагласност воља страна уговорница, својства уговорних страна, предмет споразума и форму, арбитражним споразумом решавање спорова из конкретног уговорног односа⁵ може се поверити арбитражном суду.

Будући да се арбитражним споразумом решавање спорова поверава једном специфичном судском органу, у погледу садржине, овај институт веома је близак уговору о пророгацији надлежности.⁶ Разлика између ова два уговора је у томе што у моменту закључења арбитражног споразума, за разлику од пророгације, орган на који се преноси јурисдикциона инвеститура још увек не постоји. То важи чак и за случај да се предвиди решавање арбитражног спора пред арбитражним судом сталне арбитражне институције, с обзиром да сама та институција неће бити носилац функције пресуђења, већ

питања надлежности изабраног суда, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-3, Београд, 1972. година, стр. 461.

⁴ Овакав став преовлађује у нашој процесној теорији. Са друге стране, у Италији, Француској, Енглеској и САД сматра се да је овај уговор искључиво материјалноправне природе, док став о процесној природи преовлађује у Аустрији и Швајцарској. Немачка теорија је негде на средини будући да арбитражни споразум сматра материјалноправним уговором о процесним односима – видети Кнежевић, Г. – *Међународна трговачка арбитража*, Београд, 1999. година, стр. 34.

⁵ Перовић сматра да се арбитражном суду могу поверити и спорови настали из „вануговорних односа“, али овај став, позивајући се на одредбе нашег законодавства и међународних извора, оспоравају Кнежевић, Голдштајн и Трива – видети Перовић, Ј. – *Пуноважност уговора о арбитражи*, *Међународна привредна арбитража – стање и перспективе*, Београд, 1997. година, стр. 123 – 124; Кнежевић, Г. – *Међународна трговачка арбитража*, *op. cit.* стр. 33 – 34. и Голдштајн, А. – Трива, С. – *Међународна трговачка арбитража*, Загреб, 1987. година, стр. 135.

⁶ Тако и Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча, Р. и Петрушић, Н. – *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002. година, стр. 110.

арбитар појединац или арбитражно веће који ће имати надлежност за решавање спора.

Садржина арбитражног споразума може бити различита. Он може, између осталих, садржати и одредбе о саставу арбитражног суда, начину избора арбитра и конституисања арбитражног суда, као и мноштво других елемената, а приликом његовог формулисања треба имати у виду принудне прописе и правила јавног поретка и морала. Уколико се ради о поверавању арбитражног спора институционалном арбитражном суду, потребно је ускладити одредбе арбитражног споразума са општим актима институције, с обзиром да у супротном може доћи до одбијања надлежности.⁷

Пуноважност закључења арбитражног споразума подразумева и испуњење одређених захтева у погледу форме. Писмена форма у већини правних система представља битан услов пуноважности овог инструмента (*ad solemnitatem*),⁸ али се захтеви у погледу форме ублажавају тиме што није неопходно да су сагласне изјаве воље страна уговорница садржане у јединственом писмену које су оне својеручно потписале.⁹ У нашем праву постојање арбитражног споразума може се доказивати само исправама, при чему се појам исправе, с обзиром на могуће начине закључења арбитражног споразума у писменој форми, тумачи у најширем смислу.¹⁰

До закључења арбитражног споразума може доћи и када је арбитражна клаузула садржана у општим условима за закључење правног посла.¹¹ Исто тако, типски уговори често садрже арбитражну клаузулу која упућује на арбитражна правила асоцијације привредника одређене струке.¹²

⁷ Одредбом чл. 23. Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије предвиђено је да ће „арбитража искључити своју надлежности и ако арбитражни споразум садржи одредбе које нису у складу са надлежностима Арбитраже и одредбама овог Правилника“.

⁸ Чл. 12. ст. 1. Закона о арбитражи Србије, Службени гласник РС, бр. 46/2006.

⁹ Чл. 12. ст. 3. Закона о арбитражи РС

¹⁰ Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча. Р. – Петрушић, Н. – оп. cit, стр. 111.

¹¹ Видети, на пример, чл. 12. ст. 4. Закона о арбитражи РС и чл. 7. ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а.

¹² Опширније о општим условима уговора и надлежности арбитражног суда код Вилус, Ј. – Општи услови формуларних уговора, Београд, 1976. година, стр. 82 – 84; Трива, С. – Арбитражна клаузула у опћим увјетима пословања, Опћи

Дакле, уговарањем арбитраже елиминише се право страна да се ради решавања свог спора обратe државном суду. То практично значи да се тим путем стране уговорнице одричу судске заштите коју би им пружили државни судови. Арбитри своја овлашћења за решавање спорова црпу из сагласности воља странака, а не из ауторитета државе.¹³

Питање одрицања од редовног правног пута заштите права има далеко већи значај у националним него у међународним арбитражама, будући да национални прописи, којима су креирани механизми правне заштите и установљени правосудни органи који ту заштиту пружају, ионако нису примерени међународном трговинском правосуђењу.¹⁴ Стога, управо у стварима без елемента иностраности, поверавање спорова арбитражним судовима начелно може имати далекосежнији утицај на заштиту индивидуалних права правних субјеката.

Ипак, пракса примене арбитраже на унутрашњем плану показује да правна заштита која се остварује у арбитражном поступку не заостаје у квалитативном смислу у односу на заштиту пружену у поступцима пред државним судовима. Зато се поуздано може рећи да теза о негативним последицама одрицања од чврсто утемељених процедуралних механизма заштите предвиђених националним прописима, коју неки аутори износе, представља у већој мери теоријску конструкцију него у пракси испољен проблем. Домен арбитраже све се више шири, између осталог, и зато што је парница у многим случајевима потенцијалним странкама практично недоступан метод, а дуготрајност и велики трошкови чине је крајње неатрактивном и непримереном потребама страна у спору.¹⁵ Из свих ових разлога, оправданост тврдње да опредељивањем за арбитражу станке трампе

увјети пословања у међународној и унутрашњој трговини (уредник Голдштајн, А), Загреб, 1970. година, стр. 194. и Познић, Б. – Општи услови уговора и надлежност арбитраже, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1984. година, стр. 670–676.

¹³ Видети Кнежевић, Г. – Поништај одлука спољнотрговинских арбитража, *Међународна трговинска арбитража – стање и перспективе*, Београд, 1997. година, стр. 239.

¹⁴ Видети Carbonneau, T. – *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2002. година, стр. 765 – 767.

¹⁵ Видети предмете *Wilko v. Swan*, 346 U.S., (1953) и *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabric, Inc.*, 271 F.2d (2d Cir.1959).

већи квалитет правне заштите за већу функционалност механизма пресуђења под великим је знаком питања.¹⁶

Арбитражним споразумом, исто тако, делатност решавања спорова у погледу индивидуалних права делегира се на приватну и у великој мери нерегулисану „услугну индустрију.“¹⁷ Избором арбитраже за метод разрешења сукоба заправо се ауторизују приватна лица да делају као судије, тј. да обављају функцију пресуђења. На квалитет услуга које се у овом сектору пружају од пресудног су утицаја, са једне стране, тржишни фактори, тј. тежње вршиоца услуга да привуку кориснике, као и жеља арбитра да изграде репутацију објективних и пожељних ауторитета, а са друге стране, садржина и квалитет институционалне регулативе пружаоца.¹⁸ Чињеница да су арбитражи и арбитражне институције имуни од одговорности за непрофесионалност у спровођењу арбитражног поступка говори у прилог великом значају њихове репутације на арбитражној сцени.¹⁹ Тако, на пример, неизвршење дужности арбитражног суда да поступа у складу са одредбама арбитражног споразума санкционише се једино могућношћу поништења арбитражне одлуке којом је арбитражни поступак резултирао,²⁰ док проблематично понашање арбитра које је довело до манљивости арбитражне пресуде, само по себи, не подлеже никаквој одговорности нити санкцијама које би погодиле саме арбитраже.

¹⁶ Видети Carboneau, T. – *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vand. J. Transnat'l L., бр 36, 2003. година, стр. 1200.

¹⁷ За третирање система арбитражног решавања спорова као индустрије видети Smit, H. – Pechota, V. – *Arbitration Rules – National Institutions*, 1998. година. Но-сиоци ове делатности су велике арбитражне институције, као што су Међународна трговинска комора, Америчка арбитражна асоцијација, Лондонски суд међународне арбитраже, Штокхолмска привредна комора, Циришка привредна комора, Женевска привредна комора, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, Кинеска међународна економска и трговинска арбитражна комисија и Сингапурски центар за међународну арбитражу.

¹⁸ Свака арбитражна институција има сопствена арбитражна правила – видети Kerr, J. – Smit, H. – *Comparison of International Arbitration Rules*, 2002. година и Smit, H. – Pechota, V. – *A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules*, 1998. година.

¹⁹ Видети Lew, J. – *The Immunity of Arbitrators*, 1990. година.

²⁰ Видети Bristow, D. – *The Gathering Storm of Mediator and Arbitrator Liability*, Disp. Res. J., бр. 55, 2000. година, стр. 16, где аутор наводи да је „став о имунитету арбитра у тој мери прихваћен у одштетном праву да се врло ретко оспорава.“

2. Видови арбитражног споразума

У зависности од тога да ли се закључује поводом већ насталог спора или евентуалних спорова из одређеног правног односа, арбитражни споразум може се појавити у два основна вида – арбитражни уговор (компромис) и арбитражна клаузула (компромисорна клаузула).²¹

Историјски посматрано, правни значај ова два вида арбитражног споразума није увек у свим правним системима био исти. У Француској, Португалији и Шпанији, на пример, арбитражна клаузула дуго је имала значај предговора којим се стране обавезују да ће, у случају да дође до спора обухваћеног њиме, закључити главни арбитражни уговор. Ово схватање, међутим, превазиђено је прихватањем концепта једнакости правног значаја оба вида арбитражног споразума на универзалном међународном плану, чиме је дат велики подстицај даљем развоју арбитраже.²²

Ипак, иако данас у већини савремених правних система компромис и компромисорна клаузула имају исти правни значај, постоје одређени практични аспекти у којима се они међусобно разликују.²³ Наиме, арбитражна клаузула, као саставни део главног уговора који настаје истовремено са њим, закључује се у моменту када су односи међу странама хармонични – у релацијама које обежавају задовољство постигнутом сагласношћу воља о предмету

²¹ Закон о арбитражи РС, одредбом чл. 9. ст. 2. предвиђа да „Споразум о арбитражи за решавање будућих спорова може бити садржан у одредби уговора (у даљем тексту: арбитражна клаузула) или у посебном уговору“.

²² Изједначавање правног значаја арбитражне клаузуле и арбитражног уговора предвиђено је и одредбама чл. I. Женевске конвенције, чл. II Њујоршке конвенције и чл. I ст. 2(a) Европске конвенције.

²³ Неке земље, као што су Белгија, Француска и Холандија, постављају строже услове пуноважности компромиса у односу на компромисорну клаузулу. Компромисорном клаузулом, пак, према прописима великог броја земаља, не може се уговорити надлежност арбитраже за све будуће спорове између одређених субјеката (генерална компромисорна клаузула), већ је потребно да настане конкретни правни однос између њих. Ипак, могућност да се арбитражна клаузула нађе и у општим условима пословања, коју предвиђају важнији међународни арбитражни извори, доводи у питање успешност оспоравања ове генералне клаузуле – видети Митровић, Д. – Арбитража, Енциклопедија имовинског права, Београд, 1978. година, стр. 12 – 24.

главног уговора, позитивна очекивања у погледу ефеката закљученог посла и неопредељеност страначких улога у будућем поступку. У таквој атмосфери, учесници правног промета могу објективније да сагледају потенцијалне предности које им опредељење за арбитражу као метод решавања евентуалног спора (за који најчешће верују да неће ни настати) доноси. У највећем броју случајева, међутим, приликом закључења главног уговора, „арбитражна клаузула не привлачи нарочиту пажњу и она заиста може изгледати странама као нешто акцесорно, стављено у уговор за сваки случај...“²⁴

Са друге стране, арбитражни уговор закључује се када је спор већ настао – дакле, у амбијенту нарушених односа између уговорних страна, када је већ јасно ко ће у поступку бити тужилац а ако тужени, и када није реално очекивати да ће се потенцијални тужени одрећи одређених предности које му дуготрајност и скупоћа поступка пред државним судом пружа.

Јасно је, стога, да арбитражна клаузула, као преовлађујуће и знатно ефикасније средство поверавања надлежности за решавање спорова арбитражним судовима у односу на арбитражни уговор има много већи значај за афирмацију и ширу примену арбитраже, као и за развој арбитражног права.

На теоријском плану, проблеми везани за арбитражну клаузулу и питања њене акцесорности, односно аутономности у односу на главни уговор, у највећој мери су допринели напуштању уговорне, и настанку јурисдикционе, публицистичке теорије о правној природи арбитражног суђења и арбитражног споразума, која арбитражну клаузулу чини инструментом потпуно независним од главног уговора. Тако је арбитражна клаузула постала основ заснивања надлежности арбитражног суда чак и у ситуацијама у којима се оспорава пуноважност основног правног посла, и то за решавање спорова који се тичу како тумачења и извршења главног уговора, тако и саме његове пуноважности.²⁵

²⁴ Стојковић, С. – Материјално-правна аутономија арбитражне клаузуле у односу на главни уговор, I Саветовање о спољнотрговинској арбитражи, Београд, 1963. година, стр. 8.

²⁵ Модел закон UNCITRAL-а у чл. 16. ст. 1. предвиђа да арбитражни суд може одлучивати о својој надлежности, као и о сваком приговору у погледу постојања

3. Начини закључења арбитражног споразума

Арбитражни споразум најчешће се закључује изван и пре покретања арбитражног поступка, у писменој форми, изричитом сагласношћу воља уговорних страна, па у том смислу, у погледу његовог закључења, нема посебних разлика у односу на ма који други формални уговор. Међутим, управо је велики правни значај овог инструмента, у стицају са правном политиком проширења примене арбитраже, допринео екстензивној либерализацији правила о начинима његовог закључења.

Тако се захтеви у погледу форме ублажавају правилима о могућности конвалидације неформално закљученог арбитражног споразума. Конвалидација се може постићи подизањем тужбе, у којој се тужилац позива на постојање арбитражног споразума, и давањем одговора на тужбу, којим тужени то не оспорава.²⁶ На истој линији је и правило о преклузији приговора надлежности арбитражног суда, који се може истицати само до упуштања туженог у расправљање о главној ствари, односно до давања одговора на тужбу или противтужбу, чиме се, такође, постиже прећутна конвалидација усмено закљученог арбитражног споразума.²⁷ Могућност прећутне конвалидације може практично бити ограничена аутономним правилима арбитражне институције. Такав је случај, на пример, када је у питању Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, где је тужилац дужан да тужби коју подиже приложи арбитражни споразум.²⁸ Уколико писмени споразум у моменту подизања тужбе не постоји, надлежност арбитражног суда може се засновати само ако тужени изричито пристане на то.²⁹ Међутим,

или пуноважности арбитражног споразума, и да се арбитражна клаузула садржана у одредбама материјалноправног уговора сматра споразумом независним од осталих његових одредаба.

²⁶ Одредбе које омогућавају конвалидацију усмено закљученог арбитражног споразума налазе се, између осталог, у чл. 7. ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а, чл. 12. ст. 5. Закона о арбитражи РС и сл.

²⁷ Ову могућност предвиђају у Европска конвенција (чл. V), Арбитражна правила UNCITRAL-а (чл. 21) и Модел закон UNCITRAL-а (чл. 16), као и наш Правилник СТА (чл. 19)

²⁸ Чл. 20. Правилника СТА

²⁹ Чл. 16. Правилника СТА

према одлуци Т-218/88, од 29. јануара 1991. године, „крајњи тренутак до када тужени може оспорити надлежност арбитраже је почетак усмене расправе. Ако се тужени на усменој расправи упустио у расправљање о предмету спора, сматра се да је конклюдентно прихватио надлежност арбитраже.“³⁰

Арбитражни споразум може се закључити и у току арбитражног поступка. Правило раније садржано у одредби чл. 470. ст. 3. ЗПП, а сада чл. 12. ст. 5. Закона о арбитражи РС, као и чл. 7(2) Модел закона UNCITRAL-а, може представљати правни основ, не конвалидације, већ закључења арбитражног споразума.³¹ Наиме, уколико тужилац тврди да је арбитражни споразум закључен, а тужени не оспори надлежност арбитраже, чак и када тврдња тужиоца није истинита, арбитражни споразум сматраће се закљученим. У том случају, арбитражни споразум не настаје изван и пре арбитраже, већ у току самог поступка – посредством процесноправних механизма – подизањем тужбе и давањем одговора на тужбу, односно упуштањем туженог у расправљање.³² До поверавања решавања арбитражног спора арбитражном суду, дакле, може доћи и на основу пасивног држања туженог, па је оправдано становиште да би овој странци требало указати на могуће последице пропуштања.³³

До закључења арбитражног споразума може доћи и по позиву арбитражне институције. Тако је према Правилнику СТА³⁴ Секретаријат Арбитраже овлашћен да, у случају да ужи састав

³⁰ Видети Зборник арбитражне праксе Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд, 1997. година, стр. 133.

³¹ Има мишљења да се ни овде не ради о закључењу, већ о конвалидацији усмено закљученог арбитражног споразума, с обзиром да је тешко поверовати да би странка, посебно тужени, добровољно предузео ову радњу да претходно није био закључен бар усмени споразум о арбитражи, као и да је у овом случају у питању извршење а не закључење арбитражног споразума – видети Перовић, Ј. – Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998. година, стр. 134. Сматрамо да ово становиште није исправно будући да ће надлежност арбитраже бити успостављена чак и када никакав, па ни усмени споразум о арбитражи, претходно није био постигнут.

³² Према Триви, подношење тужбе арбитражи, када не постоји уговор о њеној надлежности, представља својеврсну понуду за закључење уговора – видети Трива, С. – Избрани суд или арбитража, Привредни вјесник, Загреб, 1975. година.

³³ Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча. Р. – Петрушић, Н. – *op. cit.*, стр. 113.

³⁴ Чл. 16.

Председништва установи да у исправама које је тужилац поднео није садржан арбитражни споразум у смислу одредбе чл. 20. Правилника, позове туженог да се у року од 30 дана од пријема позива изјасни да ли прихвата надлежност арбитражног суда ове институције. У овом случају, за разлику од прећутне конвалидације или закључења, захтева се изричит пристанак туженог на надлежност арбитраже, али се, као и код прећутног закључења арбитражног споразума, техника склапања заснива на процесним инструментима. Арбитражни споразум тада се не закључује сагласним изјавама воља упућеним другој уговорних страни, већ уз посредовање арбитражне институције на коју су усмерене изјаве воље за арбитражно решавање спорова.

Оба начина закључења арбитражног споразума у самом арбитражном поступку, по природи ствари, односе се на арбитражни уговор (компромис).

4. Упоредноправни преглед

Без обзира на чињеницу да арбитражни споразум има велики значај у свим арбитражним системима, приметно је да арбитражна законодавства различитих држава придају неједнаку важност његовој улози. У Јапану, на пример, без обзира на завидно место које ова држава заузима у међународној размени, арбитража се традиционално није сматрала адекватним механизмом решавања спорова. До скоро важећи арбитражни закон ове државе садржао је одредбе које су, углавном, биле позајмљене из немачког Закона о арбитражи из XIX века, а напори да се арбитражна регулатива модернизује и прилагоди потребама савременог правног промета деценијама су били подривани. Снажно изражена традиција решавања спорова путем посредовања или кроз укорене неформалне системе засноване на друштвеној хијерархији, одражавала се чак и на арбитражно решавање међународних трговачких и поморских спорова. Арбитражна процедура у овој земљи, по својој садржини, дужини и броју рочишта, у многоме је подсећала на традиционалну посредничку делатност, без могућности странака да својим споразумом то промене.³⁵ Нови јапански Закон о арбитражи, којим

³⁵ Видети Carbonneau, T. – *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 2002. година, стр. 1187.

је систем арбитражног решавања спорова осавремењен, на снази је тек од маја 2004. године.

У Сједињеним Америчким Државама, са друге стране, арбитражна доктрина и пракса у највећој могућој мери наглашавају значај арбитражног споразума,³⁶ и предвиђају најшири домен уговорних слобода учесника у арбитражи, толеришући и оправдавајући чак и повреде императивних прописа и основних правних принципа учињене постигнутом сагласношћу воља странака.³⁷

У Француској, еволуција арбитражног права представља илустративну рефлексију промена у државној правној политици и правној доктрини. Током осамдесетих година прошлог века развој арбитражног права у овој земљи достигао је своју кулминацију. У то време – дакле, пре него што је низ држава ревидирао и либерализовао своја правила арбитражне процедуре, арбитражна регулатива у Француској представљала је најлибералнији правни оквир арбитражног решавања спорова.

Француски арбитражноправни систем, наиме, изграђен је на постулату да нормативни оквири и законска правила не смеју имати функцију ограничавања слободе преношења јурисдикционих овлашћења са државних на арбитражне судове, нити представљати препреку извршења арбитражних одлука – домаћих или страних.³⁸ Ипак, без обзира на постојање овако либералног арбитражноправног режима, степен уговорних слобода у овој земљи и даље је далеко од

³⁶ У образложењу одлуке Врховног суда САД у предмету *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. (1995) заузет је став да „...проарбитражна политика Федералног арбитражног закона САД не може да функционише без обзирања на жеље уговорних страна. Уколико се странке о томе сагласе... Федерални арбитражни закон обезбедиће извршење споразума према условима предвиђеним у њему чак и када би право неке државе искључило могућност решавања о таквом захтеву у арбитражи“.

³⁷ Видети премете *Volt Info. Sci., Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. (1989) и *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. (1995).

³⁸ Videti Robert, J. – *L'Arbitrage – Droit Interne, Droit International Prive*, 1993. година; Carbonneau, T. – *The Elaboration of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity*, Tul. L. Rev., бр. 55, 1980. година, стр. 1 – 2. и Carbonneau, T. – *The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical Commentary on the Decree of May 14, 1980*, Hastings Int'l & Comp. L. Rev., бр. 4, 1981. година, стр. 273 – 275.

апсолутне слободе уговарања. На пример, у француском праву признаје се могућност одбране туженог на процесноправном терену употребом приговора неарбитрабилности с обзиром на предмет спора (*rationae materiae*). Карактер неарбитрабилних спорова имају, рецимо, спорови поводом стечаја, будући да решавање ових спорова тангира и интересе трећих лица. Исто тако, према француском праву, арбитражна одлука мора бити образложена без могућности споразумевања странака о супротном.³⁹ Такође, регламентација арбитражног поступка у циљу заштите општих интереса и јавног поретка прилично је екстензивна. Дакле, ни у Француској неки елементи законске арбитражне регулативе имају императивни карактер, па не могу бити модификовани арбитражним споразумом, што наводи на закључак да је степен уговорних слобода у арбитражном праву ове земље нижи у односу на право САД.

Енглеско кодификовано арбитражно право, тј. Закон о арбитражи из 1996. године,⁴⁰ одликује се одређеним специфичностима у погледу приступа регулисању арбитражног споразума. Иако је у овом правном извору инкорпорисан принцип слободе уговарања и, истовремено, призната потреба за поштовањем когентних арбитражних прописа, његове одредбе, у претежном броју, представљају израз једног прагматичног приступа формулисању арбитражних правних правила. Закон превасходно тежи да арбитражу учини функционалном, и то пре свега, у оним правним областима у којима за њену примену има највише аргумената. Оваква интенција законодавца исказана је већ у уводним одредбама закона, где се наводи да се основни принцип арбитражног решавања спорова састоји у томе што функцију циља арбитраже представља изналагање правичног решења спора, без сувишних трошкова и непотребних одлагања. Странке су, у оквирима онога што Закон прописује, слободне да се споразумеју о начину решавања свог спора, а њихова слобода може бити ограничено само потребама јавних интереса. Државним судовима је могућност интервенције у арбитражном поступку ограничена једино на законом предвиђене, изузетне случајеве.⁴¹

³⁹ Чл. 1471. Новог кодекса цивилне процедуре Француске.

⁴⁰ *Arbitration Act, 1996*. доступно у LL.M., бр. 36, 1998. година, стр. 158 – 159.

⁴¹ За анализу овог закона видети Harris, B. – Planterose, R. – Tecks, J. – *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, 2000. година; Hunter, M. – Landau, T. – *The*

У Кини се ситуација у погледу међународне трговинске арбитраже уопште, па и у погледу домашња уговорних слобода странака, сматра најнестабилнијом у поређењу са свим осталим државама које се могу сматрати носиоцима међународне трговине. Иако је пред арбитражним судовима Кинеске међународне трговинске коморе (CIETAC) спроведен велики број арбитражних поступака, евидентно је да је број спорова који се поверавају кинеским арбитражним судовима на решавање пропорционално мањи у односу на остале државе са приближно једнаком трговинском снагом, чему је узрок сумња у независност и непристрасност арбитражних институција у овој земљи.⁴²

Уместо закључка

„Владавина уговора“ у многим арбитражним системима заснована је на концепцији која се означава као „судска доктрина“ (*court doctrine*), према којој се функција арбитражног споразума састоји у легитимизацији приватизације функције суђења. Овакав приступ наглашава добровољни карактер арбитраже и истиче предоминантност принципа аутономије воље у односу на све остале арбитражне руководне идеје. Слобода уговарања је, стога, само језгро правног регулисања арбитраже – оно што уговорне стране предвиде својим споразумом, представља право меродавно за арбитражу.⁴³

English Arbitration Act 1996: Text and Notes, 1998. година и Merkin, R. – *The Arbitration Act 1996*, 2000. година.

⁴² Видети Schengchang, W. – *Practical Aspects of Foreign-Related Arbitration in China*, Swedish and International Arbitration, 1997. година, стр. 45 – 47.

⁴³ Приступ заснован на апсолутизацији воља страна у спору нарочито је изражен у САД, где је Врховни суд неретко био у ситуацији да одлучује о пуноважности арбитражних споразума чије су одредбе предвиђале очигледне предности за једну од уговорних страна, засноване на неравноправности преговарачких позиција – нарочито у области радних односа и заштите потрошача. У већини тих прилика највиши судски орган САД позитивно је решавао ово питање – видети предмет *Rodriguez de Quia v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. (1989), где је разматрано питање пуноважности арбитражних клаузула садржаних у типским уговорима, и одлучено позитивно о њему, без обзира на постојање проблема везаних за сагласност воља уговорних страна.

Овлашћења државних судова у арбитражи углавном су лимитирана на одлучивање о пуноважности арбитражног споразума, контролу законитости арбитражних одлука и њихово извршење. У пракси, супервизија је најчешће ограничена и врло уска, и, по правилу, резултира одбијањем захтева за поништај, односно признањем и извршењем арбитражних споразума и одлука, осим уколико постоји фундаментална повреда правила о надлежности арбитражног суда или очигледно прекорачење овлашћења од стране арбитра.⁴⁴ Са правно-политичког становишта посматрано, чак и када би из неког разлога наступио тренд повећане интерференције државних судова у арбитражи, много је изгледније да би се она фокусирала на арбитражну одлуку него на арбитражни споразум. Арбитражном одлуком финализира се процесна делатност учесника арбитраже, па би се, у случају активирања сукоба између правне политике заштите права на правично суђење и потребе за постизањем функционалности решавања арбитражних спорова, одлучујућа битка водила у фази извршења одлуке. Према *Carbonneau*-у, арбитражни споразум, у поређењу са арбитражном одлуком, јесте у много већој мери виртуелни инструмент, чија је функција више симболична. Симболизам се састоји управо у томе што арбитражни споразум представља капију приватног правосуђења и кодификацију интереса странака у погледу начина решавања спорова.⁴⁵ Блокада коју би државни судови поставили на овој инстанци значила би, зато, оспоравање апстрактних фундаменталних принципа на којима се арбитража заснива. Са друге стране, деловање државних судова путем поништења арбитражних одлука било би много примереније потребама уже правно-политичке стратегије привременог интензивирања заштите националних интереса.

⁴⁴ Видети *Carbonneau T.* – *op. cit.*, стр. 48 – 54.

⁴⁵ Видети *Carbonneau, T.* – *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, *Vand. J. Transnat'l L.*, бр 36, 2003. година, стр. 1193.

Dejan Janićijević, LLD, Assistant

LEGAL SIGNIFICANCE OF THE ARBITRATION AGREEMENT

Summary

This paper discusses the issue of arbitration agreement's legal significance from multiple standpoints – theoretical, practical, technical, political, and comparative. The author analyses the terms and justifying reasons for waiver of the regular means of legal protection in front of the state courts, as well as the types of instruments for derogation of the national courts' jurisdiction, and the methods of reaching an agreement to arbitrate. Likewise, the paper briefly reflects the specific features of perception of the arbitration agreement's legal significance inherent to different legal systems, and projects the possible consequences of the policy shifts towards intensifying judicial intervention in arbitration.

Keywords: *arbitration agreement, arbitration clause, contract freedom, judicial intervention*