

*Др Дејан Јанићијевић,**
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 347.925

Рад примљен: 31.03.2014.

Рад прихваћен: 09.04.2014.

САДРЖИНА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА – ФАКУЛТАТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ КАО СРЕДСТВО ИСПОЉАВАЊА УГОВОРНЕ СЛОБОДЕ**

Апстракт: Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, који се одликују порастом комплексности трансакција, настаје и потреба за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, доведена је у питање све већом сложености међународне трговине и растућом софистицираности трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.

Кључне речи: арбитража, арбитражни споразум, арбитражна клаузула, факултативни елементи арбитражног споразума.

1. Уводна разматрања (шта арбитражни споразум мора да садржи)

Листа обавезних елемената садржине арбитражног споразума веома је кратка и своди се на идентификацију спора (или правног односа из којег спор може настати) који ће се решавати у арбитражи и означавање лица (арбитра) која ће одлучивати о захтевима странака. „И најгоре састављен

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

арбитражни уговор треба да има две ствари: опис спора и индикацију ко ће бити арбитар“ (Голдштајн,Трива, 1987: 96)

Поред ових обавезних састојака, арбитражни споразум може садржати и друге елементе којима се регулишу одређења факултативна питања. Када је пропуштено да се у арбитражном споразуму ова питања реше, могуће их је решити на два начина, зависно од тога о којој се врсти арбитражног суда ради. Ако је у питању арбитражни суд *ad hoc*, факултативна питања решаваће се применом суплеторних норми меродавног националног арбитражног процесног права, а ако се решавање спора поверава институционалном арбитражном суду, посегнуће се за аутономним правилима арбитражне институције.

Дакле, први обавезни елемент садржине арбитражног споразума је означавање арбитражног спора, односно, правног односа из којег је спор настао или може настати, који морају бити одређени и у субјективној и у објективној компоненти. Спор може потицати из свих правних односа који могу генерисати спорове који се по закону сматрају арбитрабилним.

Идентификација спора релевантна је само када је реч о арбитражном уговору, будући да у моменту уговарања арбитражне клаузуле, који се подудара са временом склапања главног уговора, спора још увек нема. Зато је, када се ради о компромисорној клаузули, потребно прецизирати правни однос из којег могу настати спорови који ће се решавати у арбитражи.¹ То је најчешће онај правни однос који је настао закључењем главног уговора у који је арбитражна клаузула физички инкорпорисана, а може бити и однос који проистиче из уговора који упућује на арбитражну клаузулу садржану у општим условима за закључење правног посла. Иако правила неких институција предвиђају могућност да арбитражна клаузула обухвати спорове који настају и из већег броја правних односа одређених субјеката,² универзална је тековина арбитражног права да није допуштено уговорати арбитражно решавање свих спорова који би у будућности могли настати у свим пословним односима између страна. Исто тако, арбитражна клаузула не може се односити на све спорове из међусобног правног промета чланова пословних асоцијација, иако се може рећи да је у том случају правни однос одредив, односно, генерички одређен (Голдштајн,Трива, 1987: 141).

Нужност прецизирања спора који ће се решавати у арбитражи, односно, правног односа из којег спор може настати, представља средство оства-

1 Наш Закон о арбитражи говори о „спору из одређеног правног односа или будућем спору“, а сличне формулације садрже и међународни извори, што говори у прилог тврдњи да спор који се решава у арбитражи мора потицати из правног односа који је у арбитражној клаузули индивидуализован.

2 Правилник Сталног изабраног суда при Привредној комори Србије, на пример.

рења правнополитичког циља онемогућавања преношења надлежности за решавање спорова са државних на приватне арбитражне судове на уопштен начин и на непрецизним основама.³

Други нужни елемент арбитражног споразума јесте означање лица која ће бити носиоци функције пресуђења у арбитражном поступку. Обавезност овог елемента развојем арбитраже све се више доводи у питање, будући да се, са једне стране, сматра довољним предвидети и само институцију при којој ће се арбитражни суд формирати, а са друге стране, пуноважним се сматрају и они споразуми чија је садржина ограничена искључиво на прецизирање спора (или правног односа). У таквим ситуацијама, странкама је омогућено да се накнадно сагласе у погледу арбитражног суда, или да се за решавање овог питања обратe неком специјализованом телу,⁴ које их може упутити на одређену институцију или позвати да саме, у одређеном року, изврше именовање арбитра. Исте могућности странама су на располагању и када су оне уговориле решавање спора пред институционалним арбитражним судом, али нису прецизирале састав овог органа (Перовић, 1997: 129).⁵ У ситуацијама када арбитражним споразумом није одређен тип арбитражног суда који ће спор решити, треба претпоставити да су стране у спору имале у виду повремену арбитражни суд (Станковић, Старовић, Кеча, Петрушић, 2002: 123).

У даљем тексту биће представљене могућности страна арбитражног споразума да уговорним регулисањем појединих питања, као што су опредељивање за вид арбитраже који ће бити примењен на решавање њиховог спора, омогућавање учешћа већег броја субјеката са положајем странке у арбитражном поступку, избор и својства арбитра, као и опредељење за меродавно право, арбитражни поступак у што већој мери учине примереним потребама решавања конкретног спора.

3 Ibid, стр. 122.

4 Одредбом чл. IV Европске конвенције предвиђено је да се стране у спору могу обратити председнику надлежне трговинске коморе или специјалном комитету одређеном на начин описан у одредби чл. IV ст. 3 ове конвенције.

5 Предвиђањем ове могућности и благонаклоном праксом државних судова, у ствари се испољава став којим се фаворизује одржавање на снази арбитражног споразума, у чему се иде дотле да се недостаци у погледу његове садржине занемарују ако је из садржине могуће закључити да су странке имале намеру да се спор реши у арбитражи.

2. Опште напомене о факултативним елементима арбитражног споразума

Поред обавезних елемената, арбитражни споразум може садржавати и велики број факултативних састојака, при чему до изражаја долази уговорна слобода странака, која је омеђена оквирима које постављају императивни прописи и правила арбитражних институција. Чак и у случају постојања уговорних одредаба које су противне императивним прописима, у многим државама политика очувања арбитражног споразума довешће до тога да ће се сматрати да проблематичне одредбе нису ни уговорене (Schwab, Wagner, Baumbach, Bosch, 1990: 49).⁶ Ако би, пак, неком одредбом арбитражног споразума била повређена институционална арбитражна правила, арбитражна институција могла би одбити надлежност за решавање спора.⁷

Листа факултативних питања која се могу наћи у арбитражном споразуму практично је неограничена. Иако се формалноправно, у овом смислу, не прави разлика између арбитражне клаузуле и арбитражног уговора, у пракси, из разумљивих разлога, редакција арбитражног уговора (компромиса) много је исцрпнија у односу на арбитражни клаузулу. Попис необавезних елемената арбитражног споразума, између осталог, може укључити ограничење важења арбитражног споразума условом или роком, одређивање састава арбитражног суда, детаљна правила о спровођењу поступка, одлучивању и садржини арбитражне пресуде, као и њеном побијању, као и одредбе о избору меродавног материјалног права, праву трећих лица на интервенцију, условима допуштености спајања арбитражних поступака и овлашћењу арбитражног суда да одлучује као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono*.⁸

6 У немачком праву арбитражни споразум био би ништав само ако се установи да га стране без спорне одредбе не би закључиле. У нашем праву примењује се одредба чл. 105. ЗОО. према којој је арбитражни споразум ништав само ако се установи да је спорна одредба услов и одлучујућа побуда због које је закључен.

7 Према одредби чл. 17. Правилника СТА, арбитражни суд може искључити своју надлежност ако арбитражни споразум садржи одредбе које нису у складу са надлежностима арбитражног суда и начелима арбитражног поступка, односно, ако су захтеви и поступање обе странке у току поступка такви да онемогућавају нормално одвијање арбитражног поступка.

8 Одредбом чл. 47. Закона о изменама и допунама ЗПП (Сл. Лист СФРЈ, 27/90), у ЗПП је унесен чл. 479а, којим се арбитражном суду даје овлашћење да, на основу изричите сагласности странака, одлучује по правичности. До тада је ова могућност била расположива само у међународним арбитражама на основу одредаба ратификоване Европске конвенције и тада важећег Правилника СТА. Данас, Закон о арбитражи РС изричито предвиђа да арбитражни суд може да донесе одлуку на основу правде и

Питање садржине конкретног арбитражног споразума од великог је практичног значаја с обзиром на утицај који његове одредбе могу имати на права и интересе странака арбитражног поступка.

Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, који се одликују порастом комплексности трансакција и потребом за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима, све је евидентнија потреба озбиљнијег теоријског и практичног сагледавања питања садржине арбитражног споразума. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, које се, углавном, свде на формулацију „сваки спор који настане из уговора биће поверен арбитражном суду према правилима одређене арбитражне институције“ доведена је у питање све већом сложенешћу међународне трговине и растућом софистициранешћу трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.⁹

3. Консолидација, интервенција и субјективна кумулација

С обзиром на пораст броја пословних аранжмана који обухватају већи број учесника, као последицу у усложњавања савременог правног саобраћаја, и спорови у којима учествује више од два субјекта све се чешће јављају – нарочито на међународном плану. Учешће већег броја субјеката у уговорном

правичности, и то само ако су се странке о томе изричито споразумеле (чл. 49). У међународним оквирима, одлучивање по правичности предвиђено је одредбом чл. VII ст. 2. Европске конвенције, чл. 23. Арбитражних правила UNCITRAL-а и чл. 28. Модел закона UNCITRAL-а, који поред изричитости воље странака захтевају и да одлучивање по правичности буде допуштено по одредбама надлежног права.

⁹ Наведени став може се илустровати употребом термина спор у америчком праву. Наиме, раније је било довољно у арбитражном споразуму навести да се арбитражном суду поверавају „...сви спорови о правима који настају између страна...“ Међутим, почев од одлуке Врховног суда којом је усвојено гледиште да Федерални арбитражни закон САД не садржи ограничења у погледу права која странама припадају по самом закону, наведена формулација може се односити и на она права која странама припадају по уговору, као и на права која им припадају по закону. Зато је у арбитражном споразуму сада, уколико је намера страна да само уговорне спорове решавају у арбитражи, неопходно изричито искључити могућност арбитражног решавања ове друге врсте спорова – видети предмет *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. (1985).

односу, поводом којег је настао спор, у значајној мери усложњава ситуацију у погледу поверавања таквог спора арбитражном суду на решавање.

Садржајнији и трансакцији примеренији арбитражни споразум, нарочито када се ради о аранжману који обухвата више од два субјекта, требало би да покрије и читав низ проблематичних питања као што су: опредељење за *ad hoc* или институционалну арбитражу, место арбитраже, број и квалификације арбитра, селективна или мешовита апликација институционалних арбитражних правила, правила о извођењу доказа у арбитражном поступку, форма и садржина арбитражне одлуке, меродавно право за арбитражни споразум, спор и поступак, стандарди судске контроле арбитражне одлуке и сл.

Најзначајнији процесни институти кроз чије се учешће више од два субјекта са положајем странке у арбитражном поступку може реализовати су: спајање арбитражних поступака, субјективна кумулација (пандан супарничарству у парничном поступку) и интервенција (мешање). Према преовлађујућем ставу арбитражне теорије и праксе, с обзиром на доминантан значај принципа консесуализма, допуштеност ових института у арбитражном поступку мора бити утемељена арбитражним споразумом („Принудна консолидација наноси неправду оним лицима која одбијају да уговорно пристану на вишестраначку арбитражу“ – Schaeffer, 1988/1989: 498).

Дакле, када су у питању право трећих лица на интервенцију, односно, допуштеност субјективне кумулације или спајања арбитражних поступака, већина теоретичара арбитражног права сматра да ту, заправо и не постоји никакав проблем. Ослањајући се на уговорну конструкцију арбитраже, они сматрају да, уколико се странке арбитражног поступка нису сагласиле на субјективну кумулацију, спајање поступака, или интервенцију, ни државни ни арбитражни судови не могу имати овлашћење да их својом одлуком нареду. Према њиховом аргументима, наредити спајање поступака или омогућити придруживање или интервенцију без сагласности иницијалних странака арбитражног поступка и лица која ће евентуално узети учешће у њему, значило би занемаривање споразума странака и довођење у питање читаве конструкције механизма за решавање спора о којем су странке постигле споразум (Redfern, Hunter, 1991: 186; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494). То значи да, с обзиром да су овлашћења арбитражног суда установљена и ограничена арбитражним споразумом, арбитар нема право да нареди примену института којима се омогућава да

се већи број спорова реши у једном поступку уколико се стране тих спорова експлицитно или имплицитно са тим нису сагласиле.¹⁰

Сагласност на арбитражно решавање спорова насталих из вишестраних или комплексних уговорних односа веома се тешко постиже (Дика, 1991: 111).¹¹ Тешкоће су, компаративно посматрано, веће када се ради о сложеним него када су у питању мултилатерални односи, будући да се релације између учесника у првом случају регулишу већим бројем одвојених уговора.

Како је арбитража добровољни механизам за решавање спорова, а арбитражни споразум инструмент преношења јурисдикционих овлашћења са државних на арбитражне судове, сматра се да сва овлашћења арбитра потичу искључиво из арбитражног споразума (Higgins, 1991: 1542; Motomura, 1988: 38; Stipanovich, 1987: 476 – 477). Арбитар који се суочи са захтевом за спајање поступака, или са проблемом придруживања или интервенције трећег лица у арбитражи, позваће се, најпре, на одредбе арбитражног споразума које се односе на трећа лица, односно спајање поступака, уколико их уопште има. Овде постоје три могућности: а) да арбитражни споразум изричито предвиђа спајање поступака, интервенцију или придруживање трећих лица у арбитражном поступку, б) да их арбитражни споразум изричито искључује и ц) да арбитражни споразум не предвиђа ништа или је нејасан у погледу ових института (Rau, Sherman, 1995: 110 – 118).

Прва ситуација, иако веома ретка, најлакша је за решавање – ако су странке својим споразумом нормирале субјективну кумулацију у ма којој страначкој улози, или су предвиделе могућност консолидације поступака, или су омогућиле трећим лицима да интервенишу под одређеним условима, судови треба само да ефектуирају такве одредбе у споразуму странака, па допуштеноост ових института не представља никакав проблем (Rau, Sherman, 1995: 110 – 111).

Друга и трећа ситуација, разумљиво, стварају много веће проблеме.

10 Овај аргумент не онемогућава државним судовима, чија овлашћења нису ограничена споразумом странака, да нареду придруживање или интервенцију трећих лица.

11 У теорији арбитражног права инсистира се на разликовању мултилатералних и сложених (комплексних) правних односа, при чему се у прву групу убрајају конзорцијуми, *joint ventures*, вишестрани споразум о индустријској кооперацији и сл, док друга група обухвата оне односе који су међусобно повезани, али не и вишестрани. Оваквој подели може се замерити да у систем комплексног односа могу ући и двострани и вишестрани уговори, као и то да је и комплексан однос, интегрално посматрано, вишестран, без обзира што може да га чини већи број двостраних односа (на пример, уговори између наручиоца радова и извођача и између извођача и подизвођача).

Када су арбитражним споразумом спајање поступака, интервенција и субјективна кумулација изричито искључени, несумњиво је да принципи поштовања арбитражног споразума и страначке аутономије воље намећу арбитрама и државним судовима дужност да не повреду ове експлицитне забране. Међутим, иако је готово немогуће оправдати занемаривање такве одредбе арбитражног споразума, закони неких држава, као што је, на пример, држава Масачусетс у САД, предвиђају такву могућност под одређеним условима (Rau, Sherman, 1995: 111).¹² Изричита формулација арбитражног споразума, којом се наведени институти искључују, могла би и у неким другим јурисдикцијама бити игнорисана позивањем на принцип ефикасности, као и на поштовање јавног поретка или принципа правичности (Rau, Sherman, 1995: 111 – 112).¹³

Убедљиво су најчешће ситуације када је арбитражни споразум нем у погледу спајања арбитражних поступака, субјективне кумулације или интервенције трећих лица (Rau, Sherman, 1995: 112 – 113).¹⁴ Иако се арбитрари, у циљу решавања проблема који настају у оваквим околностима, најчешће ослањају на сам арбитражни споразум и правила о његовом тумачењу, примена ових правила, будући да су она често нејасна или контрадикторна, најчешће не представља прави пут установљавања праве воље уговорних страна (Rau, Sherman, 1995: 112 – 118). У међународној арбитражној теорији и пракси тренутно је најзаступљенији став да се, у одсуству изричите одредбе, сматра да стране арбитражног споразума својим ћутањем изражавају негативан став у погледу спајања поступака, интервенције и придруживања (Redfern, Hunter, 1991: 186 – 187; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494) и да је за обезбеђење допуштености ових института у арбитражном поступку потребно накнадно постићи експлицитну сагласност воља свих потенцијалних субјеката арбитражног поступка. Ипак, постоје многа доктринарна мишљења према којима има правно и логички прихватљивих аргумената за ублажавање овако искључивог негативног приступа.

4. Институционална или *ad hoc* арбитража

Учесницима међународног промета, који јурисдикциону инвестицију за решење свог спора желе да повере арбитражном суду, на располагању

¹² *Massachusetts General Laws Annually*, поглавље 251, одељак 2А (West 1988).

¹³ Аутори примећују да су многи судови америчких федералних јединица усвојили овакав приступ, иако се исто не може рећи и за федералне судове САД.

¹⁴ Разлог овоме често је немогућност антиципирања ко све могу бити потенцијално заинтересована лица.

стоје две опције: институционална и *ad hoc* арбитража. *Ad hoc* арбитража се у међународној пракси најчешће спроводи према UNCITRAL-овим правилима о арбитражи, која предвиђају да стране арбитражног спора, уз учествовање у поступку у својству странака, могу истовремено самостално установљавати допунска правила арбитражног поступка и партиципирати у управљању њиме. Ова могућност намеће велики терет странкама – нужност остваривања сарадње у условима постојања несагласности и супротстављених позиција, који, по природи ствари, отежавају било какву комуникацију између њих.

Из тог се разлога, у условима међународног пословања, институционална арбитража, коју одликују изграђена пракса арбитражних институција и постојање дефинисаних административних оквира за спровођење поступка и пратећих активности, чини се као много логичнији избор, који се реализује арбитражним споразумом.

Неки аутори сматрају да све предности институционалних арбитража ипак не оправдавају знатно веће трошкове које оне изазивају, као и да се недостаци *ad hoc* арбитража све више отклањају (Пауновић, 1997: 58). Исто тако, арбитражна одлука, која се донесе под окриљем реномиране арбитражне институције, имаће већу изгледност признања захваљујући репутацији институције. Због тога је, према неким ауторима, у међународној арбитражној арени, истински проблематично не питање опредељења између *ad hoc* арбитраже и институционалне арбитраже, већ питање избора арбитражне институције којој ће се поверити решавање међународног трговинског спора (Carbonneau, 2003: 1207).

Кључни критеријуми у погледу избора арбитражне институције у међународној арбитражи најчешће се односе на доступност арбитражног форума, трошкове поступка и квалитет институционалних услуга. С обзиром на константно увећање броја институција које се, између осталог, баве и пружањем услуга арбитражног решавања спорова, могућности избора за пословне субјекте постају све веће. Поред традиционалних носилаца делатности пружања правне заштите на међународном арбитражном плану, као што су Међународна трговинска комора, Лондонски суд међународне арбитраже, Америчка арбитражна асоцијација и др, учесници међународног промета имају могућност опредељења и за читав низ нових – општих или специјализованих институција. Тако, на пример, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, Интерамеричка комисија за арбитражу, Светска организација за интелектуалну својину, као и многе друге институције, својим корисницима нуде услуге алтернативног решавања спорова.

Трошкови арбитражног поступка могу бити значајан фактор опредељивања за једну или другу арбитражну институцију. Стога би анализа трошкова и користи (*cost-benefit*) требало да буде један од нужних корака приликом опредељивања за одређену арбитражну институцију. Пракса показује да је арбитража коју администрира Међународна трговинска комора најскупљи вид арбитраже.¹⁵ Међународна трговинска комора, са своје стране, снажно се противи својој карактеризацији као најскупље арбитражне институције, истичући да укупна сума плаћена приликом иницијације арбитражног поступка пред органима ове институције износи мање од суме коју би странке платиле ако би се накнада одређивала према броју сати ангажовања институције у случају дуготрајних арбитража.

Можда најважнији критеријум који треба имати у виду приликом избора између различитих арбитражних институција представљају њихова арбитражна правила, која треба добро проучити у циљу установљавања која од њих више одговарају потребама странака (Kerr, Smit, 2002: 41).

Када је реч о мултилатералним споровима, иако су вишестрани и комплексни уговори већ постали уобичајена пракса савременог међународног правног промета, они и даље представљају проблематично доктринарно и практично питање. У контексту арбитражног решавања спорова који из оваквих уговора могу настати, решење за многа спорна питања превасходно се тражи у што детаљнијој редакцији арбитражног споразума, којом се настоје предвидети све могуће проблематичне ситуације. Тако и Водич о вишестраначкој арбитражи према правилима Арбитражног суда МТК¹⁶ препоручује да „када учесници у пројекту желе унапред да предвиде да ће сваки спор који настане између свих, или само неких од њих, бити решен од стране једног арбитражног трибунала у јединственом арбитражном поступку, оне то треба и да предвиде у споразуму.“ Ипак, пракса показује да се ни најисцрпнијом арбитражном клаузулом не могу обухватити сви потенцијални проблеми. Томе сведочи и случај *Euro-Disney*¹⁷ у коме је арбитражна клаузула била састављена на четири стране куцаног текста, па су се ипак појавила питања која њоме нису била обухваћена.

15 Јула 2003. године Међународна трговинска комора ревидирала је своја правила о административним трошковима и накнадама за арбитраже. Према новим правилима и трошкови и накнаде увећани су у односу на претходни период.

16 *ICC Guide on Multiparty Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*, ICC Publication, бр. 404, 1982. година.

17 Одлука Врховног административног суда Француске донесена је 6. марта 1986. године – Ass, Rev. Arb, 1992. година, стр. 397.

У ситуацијама када арбитражним споразумом неко питање није нормирано доћи ће до примене арбитражних правила одређене институције.

Странкама институционалне арбитраже најчешће на располагању стоји могућност уговорне модификације институционалних арбитражних правила. Међутим, иако је неспорно да се правила неких институција могу модификовати, прилагођавати потребама решавања конкретног спора и комбиновати ради успостављања најприхватљивијег правног оквира за спровођење арбитражног поступка, претеране измене институционалних правила могу довести до многобројних административних потешкоћа. Зато је можда најједноставније и најпрактичније решење за странке да се поуздају у професионализам арбитражних институција и арбитрара и да верују да ће они бити у стању да арбитражни поступак прилагоде потребама решавања конкретног спора, уколико за тим настане потреба.

5. Избор и професионална одговорност арбитрара

Селекција арбитрара представља можда најпроблематичнији аспект арбитраже, који је својствен и арбитражном споразуму, будући да се овим инструментом, између осталог, може предвидети и састав арбитражног суда и начин именовања његових чланова (Bishop, Reed, 1998: 14; Carter, 1994: 5). Избор правог арбитра од кључног је значаја за ефикасност арбитраже и квалитет одлуке којом ће она резултирати.

Арбитражним споразумом могу се установити многа правила која се односе на арбитражни суд и арбитра, као што су она о саставу арбитражног суда, процедури именовања арбитра, начину избора председника арбитражног већа, износу накнада за рад арбитра, њиховим неопходним квалификацијама и сл.¹⁸

Поред тога, странке се могу сагласити и у погледу минималних квалификација свих потенцијалних арбитрара. У споразуму о међународној арбитражи, оне се могу споразумети да сваки арбитра, без обзира на то ко је овлашћен да га именује (странке, арбитражна институција или државни суд), треба да познаје одређени језик или да има одговарајућа знања из неког одређеног националног процесног права. Арбитражна институција ће у овим случајевима потврдити именовање само оних арбитра који задовољавају минимум постављених стандарда. Сврха оваквих одредаба је унапређење функционалности арбитражног поступка.

У контексту вишестраначких арбитража, питање именовања арбитрара има нарочито велики значај, и представља можда најозбиљнији проблем арбитражног решавања вишестраних, односно комплексних спорова

18 Нашим Законом о арбитражи именовање арбитрара регулисано је одредбом чл. 17.

у којима учествује већи број лица. Како је равноправност странака арбитражног поступка у погледу именовања арбитра један од кључних принципа арбитражне процедуре, веома је тешко конструисати механизам којим би се обезбедило да већи број лица равноправно партиципира у одређивању носилаца функције пресуђења, али и да сама процедура именовања задржи својства функционалности и ефикасности. Проблем се експоненцијално усложњава могућношћу да трећа лица учешће у поступку узму накнадно – након што је поступак између иницијалних странака већ започет, а арбитражни суд конституисан. Исто тако, у овим оквири-ма намеће се и питање да ли је могуће спајање арбитражних поступака покренутих пред различитим арбитражним судовима, и какав ће бити састав арбитражног суда који ће одлучивати у јединственом поступку.

Одговори на ова, као и на многа друга питања везана за именовање арбитра, само у идеалном случају могу се наћи у арбитражном споразуму. Ипак, како у пракси то најчешће није случај, питања везана за именовање арбитра и конституисање арбитражног суда у вишестраначким арбитражама захтевају детаљнију анализу.

Стране арбитражног споразума имају могућност уговарања одредаба које се односе на професионалну одговорност арбитра (Bristow, 2000: 15; Guzman, 2000: 1279). Овакве уговорне одредбе, међутим, готово да су бесмислене у многим правним системима, будући да се арбитра, као и судије државних судова, према императивним прописима, сматрају иму-ним од оптужби које се односе на професионалност у обављању функције суђења (Lew, 1990: 128). У другим државама, пак, иако се арбитра могу позивати на одговорност, ова могућност је ограничена искључиво на професионалне злоупотребе и у пракси се претежно односи на немар приликом обављања функције. Покушаји да се ове законске или прецедентне одредбе модификују и уведу другачији стандарди професионалне одговорности арбитра самим арбитражним споразумом, вероватно би резултирали немогућношћу проналажења личности која би преузела функцију арбитра, пошто је врло мало вероватно да би се потенцијални арбитра одrekli свог имунитета од професионалне одговорности (Redfern, 1997: 120 – 121).

Непостојање професионалне одговорности арбитра, ипак, наставља да фрустрира и угрожава интересе странака арбитражног поступка. Неделотворност уговорних баријера, у стицају са непостојањем строге судске контроле, арбитра чине практично свемогућим, а странке потпуно зависним од његове перцепције права, правде, правичности и професионалних дужности. „Изабравши арбитражу своју судбину сте предали арбитрама... ово правило временом мора да постане анахронизам.“ (Митровић, 1996: 26). Могућност избора практично се своди на то да странка или верује ар-

битру и нада се најбољем, или да му постави одређена ограничења чије би прекорачење, у најбољем случају, могло довести до враћања дела накнаде под одређеним околностима.

6. Меродавно право

Питање меродавног права веома је битно решити арбитражним споразумом, и то превасходно у циљу отклањања опасности од нејасноћа и недоумица до којих би у супротном могло доћи.¹⁹ Одредбама о избору права потребно је предвидети право по чијим ће се одредбама тумачити арбитражни споразум, као и меродавно материјално и процесно право. Арбитражним споразумом могуће је дефинисати и домен примене арбитражних правила институције под чијим ће се окриљем водити арбитражни поступак. Питања избора права од посебног су значаја за међународну арбитражу, где је проблем непостојања једнозначне одређености правног режима, којем ће се арбитражи повинovati приликом решавања спорова, нарочито изражен. Уговорне стране међународне трансакције требало би да избор меродавног права учине приликом закључења главног уговора – у оквиру арбитражне клаузуле, будући да је у погледу ових питања нарочито тешко постићи сагласност након настанка спора.

Постоје системи у којима законске одредбе дерогирају ма какав споразум којим се странке опредељују за примену одређеног права (Cordero, 1999: 23). Са друге стране, на међународном арбитражноправном плану креирани су бројни акти и системи норми национално-неутралног карактера које учесници међународног трговинског промета могу оптирати као право меродавно за решавање спорова. Таква својства имају, на пример, *lex mercatoria* (Gaillard: 2001: 59 – 61), Конвенција Уједињених Нација о међународној продаји робе,²⁰ UNIDROIT принципи или систем правила UNCITRAL-а.

Питање избора меродавног права у арбитражном поступку са већим бројем учесника са положајем странке додатно се усложњава самом чињеницом да сагласност треба постићи између већег броја лица, која, као свој непосредни интерес, могу видети примену различитих система правила, као и могућношћу накнадног придруживања, односно, интервенције трећих лица која ће стећи положај странке и учествовати у поступку који ће се водити по правилима на чију примену она нису претходно пристала.

19 Одредба чл. 50. Закона о арбитражи РС регулише избор меродавног права.

20 Конвенција донесена 11. 4. 1980. године, U.N. Doc. A/Conf. 97/18.

7. Закључак

Питање садржине конкретног арбитражног споразума од великог је практичног значаја с обзиром на утицај који одредбе овог инструмента могу имати на права и интересе странака арбитражног поступка.

Са развојем међународног правног промета и арбитражне регулативе и праксе, које, између осталог, одликује и растућа комплексност трансакција, коју прати потреба за установљавањем механизма за решавање спорова који из њих произлазе примерених њиховим специфичним својствима, све је евидентнија потреба озбиљнијег теоријског и практичног сагледавања питања садржине арбитражног споразума. Досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, које се, углавном, свде на формулацију „сваки спор који настане из уговора биће поверен арбитражном суду према правилима одређене арбитражне институције“ доведена је у питање све већом сложености међународне трговине и растућом софистицираности трансакција. Савремени арбитражни споразум требало би зато, не само да учини јасном намеру страна да одређени спор повере арбитражном суду на решавање, већ и да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.

Литература

- Голдштајн, А, Трива, С, (1987), *Међународна трговачка арбитража*, Загреб
- Перовић, Ј. (1997), *Пуноважност уговора о арбитражи*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд
- Станковић, Г, Старовић, Б, Кеча, Р. и Петрушић, Н, (2002), *Арбитражно процесно право*, Ниш
- Schwab, K, Wagner, G, Baumbach, A, Bosch, W. (1990)– *Schiedsgerichtsbarkeit*
- Schaeffer, E. (1988/1989), *Compulsory Consolidation of Commercial Arbitration Disputes*, Saint Louis Univ. L. J, бр. 33
- Redfern, A, Hunter, M. (1991), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*
- Rau, A, Sherman, E. (1995), *Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure*, Tex. Int'l L.J. бр. 30
- Stipanovich, T. (1987), *Arbitration and Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions*, Iowa L. Rev, бр. 72

Дика, М. (1991), *Вишестраначка трговачка арбитража – сунарничарство и мијешање трећих особа*, Арбитража и подузетништво, Загреб

Higgins, C. (1991), *Interim Measures in Transnational Maritime Arbitration*, Tul. L. Rev, бр. 65

Motomura, H. (1988), *Arbitration and Collateral Estoppel: Using Preclusion to Shape Procedural Choices*, Tul. L. Rev, бр. 63

Пауновић, М. (1997), *Ad hoc арбитража као средство решавања међународних привредних спорова у савременим условима*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд

Carbonneau, T. (2003), *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vand. J. Transnat'l L, бр. 36

Craig, L, Park, W, Paulsson, J. (1999), *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1999. година

Kerr, J, Smit, H. (2002), *Comparison of International Arbitration Rules*

Bishop, D, Reed, L. (1998), *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Arb. Int'l, бр. 14

Carter, J. (1994), *The Selection of Arbitrators*, Am. Rev. Int'l Arb., бр. 5

Bristow, D. (2000), *The Gathering Storm of Mediator and Arbitrator Liability*, Disp. Res. J, бр. 55

Guzman, T. (2000), *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, Duke L. J., бр. 49

Lew, J. (1990), *The Immunity of Arbitrators*, 1990. година

Redfern, A. (1997), *The Status of Arbitrators – duties and responsibilities*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд

Митровић, Д. (1996), *Међународна трговачка арбитража*, Београд

Cordero, G. (1999), *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*

Gaillard, E. (2001), *Transnational Law: A Legal System or Method of Decision Making?*, Arb. Int'l, бр. 17

Dejan Janićijević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**The Content of Arbitration Agreement:
Facultative Elements as an Instrument for
Exercising Contractual Freedom**

Summary

The content of an arbitration agreement is of great practical importance, given the effect its provisions may have on the rights and interests of the parties in the arbitration proceedings. Beside the mandatory elements, an arbitration agreement may include numerous facultative provisions, where parties express their contractual freedom, limited only by the imperative law and institutional arbitration rules. Even in cases when contractual provisions are contrary to the imperative law, in many states, the policy of maintaining arbitration agreement would result in ignoring the problematic provisions. The list of facultative elements of an arbitration agreement is practically limitless; among other elements, it may include: time limitations on the validity of an arbitration agreement; determinations referring to the composition of the arbitration tribunal; detailed rules pertaining to the procedure, decision-making processes and content of the arbitration award as well as its annulment; provisions on the choice of law; the right of third parties to intervene; joinder, consolidation and the authority of arbitration tribunal to decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono*.

The development of international commerce as well as arbitration legislature and practice, featuring transactions of ever-increasing complexity, have brought about the need to establish dispute resolution mechanisms modulated according to their specific characteristics. The customary practice of concluding arbitration agreements in the form of standardized and simple clauses is being challenged by the growing complexity of international trade. Therefore, not only should a modern arbitration agreement clearly demonstrate the parties' intent to submit a dispute to arbitration but it should also conform the arbitration procedure (as much as possible) to the content of the parties' relationship and the dispute that has emerged or may arise thereof.

Keywords: arbitration, arbitration agreement, arbitration clause, facultative elements