

Др Пејтар М. Бундић, доцент
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА СУШТИНУ СПОРА ПРЕД АРБИТРАЖНИМ СУДОВИМА ИКСИД: ЧЛАН 42(1) ИКСИД КОНВЕНЦИЈЕ И УЛОГА НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА¹

Сажетак: Пословни подух који представља створено улагање је данас најчешће регулисан помоћу три слоја правних правила: одредбама инвестиционог уговора, правилима међународног права (уговорног и обичајног) и законодавством државе пријема улагања. У случају настанка спора поводом улагања, арбитражни суд који делује под окриљем ИКСИД је у обавези да одреди меродавно право за суштину спора применом одредбе из члана 42(1) Конвенције. Иако је јасно да се правни аспекти улагања не могу у потпуности сагледати изван контекста националних процеса државе пријема, у арбитражним споровима већ дуго постоји тенденција занемаривања улоге националног законодавства у користи правила међународног права. Рад се бави еволуцијом тумачења одредбе Конвенције која се односи на одређивање меродавног права у арбитражној пракси. У њему је приказано како су се ова тумачења временом мењала, стално се крећући ка повећању слободе арбитра у погледу одређивања правних правила која ће применити на суштину спора. То је за последицу имало проширивање поља примене међународног на умирб националног права у инвестиционим споровима, сувројно текситу одредбе члана 42(1) Конвенције и намерама њених творца. Резултат тога је да данас још увек не постоји начин на који би држава пријема улагања могла да се заштити од настијања одговорности за повреду права улагача позивањем на чињеницу да је постојала у складу са својим процесима.

Кључне речи: меродавно право, инвестициона арбитража, ИКСИД, двострани споразуми о заштити улагања.

¹ Рад је настао као резултат истраживања у 2017. години у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Једна од најважнијих карактеристика спорова поводом страних улагања је њихова сложеност. То је резултат чињенице да само улагање представља комплексну операцију и подразумева читав низ трансакција различите врсте.² Пословање и положај страног улагача на територији државе пријема су регулисани помоћу три система (три слоја) правних правила. За правни положај улагања од кључне важности су одредбе уговора којим се оно реализује, без обзира да ли је реч о уговору које је закључен са државом пријема (уговор о концесији, на пример) или са другим привредним друштвом (као што је случај са уговорима о заједничком пословном подухвату). Пословање инвеститора се нужно одвија под окриљем националних прописа државе пријема који се односе на закључење и извршење уговора, финансијске подстицаје, опорезивање, издавање административних дозвола различите врсте и сл. Коначно, материјалноправна заштита се пружа инвеститорима у међународном праву, одредбама двостраних и вишестраних уговора о подстицању и заштити улагања (који уређују и право страног улагача да покрене арбитражу против државе пријема у случају њихове повреде) али и правилима међународног обичајног права. Ови слојеви правних правила су међусобно повезани и очигледно је њихово прожимање приликом реализације улагања и у поступку решавања спорова који поводом њих настају. Примера ради, границе слободе уговорања када је реч о уговорима између улагача и државе или другим уговорима који се закључују поводом улагања одређена је националним правом меродавним за уговор. Постојање повреде стандарда третмана страног улагача из двостраног или вишестраног међународног уговора о заштити улагања може да зависи од тога да ли је држава поступала у складу са својим правом приликом усвајања или примене одговарајуће мере, а значење појединих појмова из поменутих међународних уговора који су кључни за њихову примену, као што је, на пример, појам „имовинских права“, нужно зависи од националног законодавства које ће га снабдети одговарајућом садржином.³

Већ овакав сумаран преглед типичног правног оквира за страна улагања јасно говори да их је немогуће посматрати изван контекста националних прописа државе пријема. У међународној инвестиционој арбитражи која данас представља примарни начин решавања инвестиционих спорова, тужена држава природно има интерес да арбитражни суд примени њене прописе

² Вид. R. Dolzer (Долцер), C. Schreuer (Шпројер), *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition, Oxford 2012, 288.

³ О питању интеракције између различитих правних оквира за страна улагања вид. J. W. Salacuse (Салакјуз), *The Three Laws of International Investment (National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital)*, New York 2014, 47, 48.

о страним улагањима. У савременим условима циљ ових прописа није више само да промовишу одређену државу као инвестициону дестинацију, већ све чешће да наметну извесне обавезе страним улагачима и да ограниче одговорност државе према овим субјектима. Емпиријски подаци поткрепљују ову тврдњу. Тако Салакјуз (*Salacuse*) указује на промену тренда у погледу сврхе националних прописа о страним улагањима. За разлику од периода који почиње од средине осамдесетих година XX века и траје до краја другог миленијума, у којем је легислативна интервенција држава ишла готово искључиво у правцу либерализације прилива страног капитала и положаја улагача,⁴ од почетка прве деценије XXI века може се уочити тенденција доношења националних прописа који све више имају за циљ ограничавање и контролу страних улагања.⁵

Без обзира на очигледан значај националног права за страна улагања, у инвестиционој арбитражи приметан је тренд доминантне примене међународног права на питања која чине суштину спора или утичу на надлежност арбитражног суда, док се националном праву државе пријема даје супсидијарни карактер.⁶ У недавно објављеном раду ауторке описују технике које арбитри користе како би искључили примену националног права код појединих питања која се рутински јављају у арбитражи, те покушавају да проникну у разлоге оваквог понашања и мотиве арбитра.⁷ Третман националног права државе пријема улагања од стране арбитражних судова се и у савременој страниј литератури истиче као један од фактора који појачавају неповерење држава у међународну инвестициону арбитражу и доводе у питање интегритет процесног механизма заштите страних улагања.⁸

⁴ *Ibid.*, 37. Аутор наводи да је током 2000. године 70 држава усвојило 150 регулативних промена које се односе на страна улагања, од којих су само три (два процента) рестриктивног карактера.

⁵ *Ibid.* У 2010. години, према статистици Конференције Уједињених нација за трговину и развој (енг. *United Nations Conference on Trade and Development*), 74 државе усвојило је 149 легислативних мера, од којих је 48 (32 процента) било рестриктивног карактера, према оцени ове организације. Може се констатовати да тренд поштравања услова за страна улагања заобилази Републику Србију, будући да решења из Закона о улагањима од 2015. године (*Службени гласник РС* бр. 89/2015) иду у правцу даље либерализације режима страних улагања. Вид. Д. Дивљак, Нови законски оквир за страна улагања у Србији – битне карактеристике и могући ефекти, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2016, 426.

⁶ Вид. С. F. Dugan (Дуган), D. Wallace (Волас), Jr., N. D. Rubins (Рубинс), B. Sabahi (Сабахи), *Investor-State Arbitration*, New York 2011, 201.

⁷ С. Ђајић, М. Станивуковић, Унутрашње право у међународној инвестиционој арбитражи: заборављени и запостављени извор права, *Анали Правног факултета у Београду*, том 65, бр. 2/2017, 70-90.

⁸ Вид. J. Hepburn (Хепбурн), *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford 2017, 7.

Феномен доминантне улоге међународног права приликом решавања инвестиционих спорова није, према томе, незапажен и без контроверзи. Оно што, међутим, није у потпуности јасно је питање како се ова тенденција уклапа, односно на који начин ју је могуће помирити са методолошким оквиром за одређивање меродавног права за суштину спора у инвестиционој арбитражи. Арбитражни суд, као било који други форум за решавање спорова у којем на примену претендује више система правних правила, у инвестиционом спору мора одредити меродавно право за његову суштину. Правила о одређивању меродавног права зависе од тога који арбитражни суд поступа у датом спору и од нормативне основе за његово поступање (арбитражних правила, закона, међународног уговора). Најважније тело које се у савременим условима бави решавањем ове врсте спорова је Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енг. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: ИКСИД), основан Вашингтонском конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: ИКСИД Конвенција или Конвенција).⁹ Конвенција која је широко прихваћена¹⁰ не садржи материјалноправна правила која би арбитражни судови под окриљем ИКСИД примењивали приликом решавања спорова. Уместо тога, члан 42(1) Конвенције предвиђа следеће колизионо решење:

„Суд решава спор према правним правилима о којима су се странке сагласиле. Ако се странке не сагласе о томе, Суд примењује право државе уговорнице која је странка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у датој области.“¹¹

Мало је одредаба Конвенције које су изазвале толико расправа и различитих тумачења у арбитражној пракси и правној доктрини, као што је то случај са поменутом одредбом. Штавише, њено прецизно значење је и данас предмет дебата.¹² Циљ овог рада је да покаже како су се схватања о значењу

⁹ *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006. Према подацима са интернет странице ИКСИД (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>), Република Србија се до сада укупно пет пута јавила у улози тужене државе. Од тога, два спора су окончана, док су три поступка у време настанка овог рада још увек у току.

¹⁰ Према податку са интернет странице ИКСИД (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>), Конвенција има 153 државе уговорнице (податак од 10.11.2017.).

¹¹ Превод са енглеског језика према: М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд 2013, 369. Текст одредбе у оригиналу гласи: *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*

¹² Н. Е. Кјос (Kjos), *Applicable Law in Investor-State Arbitration (The Interplay Between National and International Law)*, Oxford 2013, 87.

ове одредбе у пракси арбитражних судова ИКСИД мењала током времена, константно се крећући у правцу проширивања дискреционог овлашћења арбитра приликом одређивања меродавног права. Анализа би требало да потврди да је управо овакав развој догађаја омогућио арбитрама да прошире домен примене међународног у односу на национално право држава пријема и уз друге факторе, од којих је нарочито важан карактер инструмената који у савременим условима дају надлежност арбитражним судовима, довео до стања ствари које постоје данас.

Будући да централно место у анализи заузима однос између међународног и националног права, од посебне важности за рад је тумачење друге реченице члана 42(1) Конвенције која упућује арбитражни суд на примену оба поменута система правила, у одсуству споразума странака о меродавном праву. Међутим, како до активирања ове одредбе долази само у случају одсуства страначког избора, потребно је прво нешто рећи о основном конвенцијском правилу у погледу одређивања меродавног права за суштину спора.

2. АУТОНОМИЈА ВОЉЕ

Члан 42(1) Конвенције обавезује арбитражни суд да примарно примени правна правила о којима су се сагласиле странке. Начело аутономије воље је чврсто укорено и у арбитражним системима изван ИКСИД који се такође јављају као процесни оквир за решавање инвестиционих спорова.¹³ Поменута формулација не обавезује странке на избор само једног система права, већ им омогућава да комбинују „правна правила“ из различитих система, да се одлуче за примену националног права једне државе, међународног права, националног у комбинацији са међународним правом или да се одреде за примену недржавних правних правила.¹⁴

У време када је предметна одредба формулисана творци Конвенције имали су у виду ситуацију која је заиста и била карактеристична за спорове у периоду када су арбитражни судови ИКСИД почели да обављају своју делатност – арбитражна клаузула је присутна у инвестиционом уговору закљученом директно између улагача и државе пријема.¹⁵ У таквом случају су уговорне стране имале прилику да се непосредно споразумеју и о питању меродавног права за случај спора. Међутим, у савременим условима државе

¹³ Вид., на пример, чл. 35(1) Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (2010), члан 27(1) Арбитражних правила Стокхолмске трговинске коморе (2017) или члан 21(1) Арбитражних правила Међународне трговинске коморе (2017).

¹⁴ Вид. С. Schreuer (Шпојер), *ICSID Convention: A Commentary*, 2nd Edition, Cambridge 2009, 563, 564.

¹⁵ Вид. С. F. Dugan, D. Wallace, Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi, *op. cit.*, 201.

дају свој пристанак на арбитражу са улагачима унапред, путем клаузула присутних у националним прописима о страним улагањима или, што је најчешће случај, у двостраним или вишестраним међународним споразумима о заштити улагања.¹⁶ Тако је од 35 инвестиционих спорова регистрованих у првих седам месеци 2017. године, према подацима Конференције Уједињених нација за трговину и развој, чак 80 процената засновано на двостраним међународним споразумима о заштити улагања (енг. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ).¹⁷ Неки од ових споразума садрже и клаузулу о одређивању меродавног права. На пример, БИТ на снази између Шпаније и Србије, у оквиру члана који говори о арбитражи између државе уговорнице и улагача друге државе уговорнице, предвиђа следеће решење:

„Арбитража се заснива на одредбама овог Споразума, националном праву Уговорнице на чијој територији је извршено улагање, укључујући правила која се односе на сукоб закона, и правилима и општеприхваћеним начелима међународног права која се примењују у датој области.“¹⁸

Поједини споразуми које је Србија закључила садрже клаузуле о меродавном праву које не помињу примену права државе пријема улагања, већ упућују арбитражни суд да примени одредбе самог БИТ¹⁹ или одредбе БИТ и одговарајућа правила међународног права.²⁰ Иако овакве одредбе нису резултат споразума између улагача (тужиоца) и тужене државе, већ између државе пријема улагања и државе порекла инвеститора, у савременој арбитражној пракси неспорно је да улагач једне државе уговорнице покретањем арбитражног поступка на основу БИТ прихвата, између осталог, и одредбу о меродавном праву. Према томе, клаузула БИТ у којој је садржано упутство о томе које право примењује арбитражни суд на суштину спора представља

¹⁶ Вид., П. Ђундић, Пристанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристанка, ограничења и меродавно право, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2013, 359-375.

¹⁷ UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, *IIA Issues Note*, Issue 3/2017, 3. Текст доступан на: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb-2017d7_en.pdf.

¹⁸ Члан 11 став 3 Споразума између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 3/2004). Слична одредба је присутна у члану 11 став 5 БИТ са Азербејџаном (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011).

¹⁹ члан 9 став 3(ц) Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 23/2004).

²⁰ Члан 9 став 5 Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 6/2004). Сличне одредбе садрже БИТ са Канадом (2014) и Грчком (1998).

избор „правних правила о којима су се странке сагласиле“ у смислу прве реченице члана 42(1) Конвенције.²¹

Ако је основ надлежности арбитражног суда БИТ који не садржи клаузулу о меродавном праву, то би требало да сигнализира суду да пређе на примену супсидијарног правила из друге реченице члана 42(1). Међутим, у појединим случајевима ови судови одбијају да прихвате одсуство споразума и инсистирају на фикцији да су странке постигле прећутни споразум о меродавности међународног права (2.1.). Такође, креативност арбитражних судова ИКСИД када су у питању оправдања за решавање спора применом правила међународног права види се и у оним (данас, додуше, малобројним) случајевима у којима су странке изричито уговориле примену само националног права државе пријема (2.2.).

2.1. Прећутни споразум о примени међународног права

Већ у првом спору у којем је БИТ чинио основ за надлежност арбитражног суда ИКСИД, арбитражно веће је на основу понашања странака закључило да постоји прећутна сагласност у погледу примарне примене одредаба БИТ на суштину спора. Реч је о предмету ААПЛ против Шри Ланке.²² Арбитражно веће је прво истакло да због природе инструмента који чини арбитражни споразум (БИТ између Уједињеног Краљевства и Шри Ланке), стране у спору нису имале прилику да унапред постигну споразум о меродавном праву, те да је закључак о томе које је право меродавно могуће извести на основу посматрања њиховог понашања у току арбитражног поступка.²³ Након тога, суд је нашао да су одредбе БИТ примарно меродавне услед чињенице да су обе странке у току арбитражног поступка заснивале своје аргументе на поменутом извору.²⁴

Приступ арбитражног суда у ААПЛ против Шри Ланке изложен је критици. Већ приликом доношења арбитражне одлуке, арбитар Асанте (*Asante*) је у издвојеном мишљењу истакао да се на основу размене аргумената странака у току поступка не може извести закључак да су оне изабрале БИТ као меродавно право, због тога што у контрадикторном поступку туђена држава није могла да изабере, осим на сопствену штету, да не одговори на аргументе тужиоца који су били засновани на овом правном извору.²⁵

²¹ Вид. *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire CIRDI ARB/95/3), Sentence, 10 février 1999, пасуси бр. 94, 96.

²² *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Award, 27 June 1990.

²³ *Ibid.*, пасус бр. 19.

²⁴ *Ibid.*, пасус бр. 20.

²⁵ Samuel K. B. Asante (Асанте), Dissenting Opinion, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, том 6, бр. 2/1991, 577.

У правној доктрини се истиче да је потребно применити строжи стандард приликом закључивања да је постигнут прећутни споразум странака о меродавном праву,²⁶ те да није могуће извести закључак о прећутној аутономији воље ако она није исказана јасно и недвосмислено.²⁷

Начин размишљања сличан оном из ААПЛ против Шри Ланке присутан је и у споровима новијег датума, с тим што се логика оваквог поступања ослања на правну природу инструмента који садржи споразум о арбитражи. Тако арбитражни суд у предмету МТД против Чилеа не оставља простор за дилеме у погледу тога шта га је мотивисало да закључи како су странке постигле споразум о томе да је спор потребно решити применом БИТ између Малезије и Чилеа (1992):

„У овом тренутку, арбитражни суд се ограничава на то да констатује, у сврху примене члана 42(1) Конвенције, да су странке пристале на арбитражу на основу БИТ. С обзиром на то да је овај инструмент међународни уговор, пристанак на арбитражу на основу БИТ захтева од арбитражног суда да примени међународно право.“²⁸

Идентична логика примењена је и у случају АДЦ против Мађарске који се одвијао на основу БИТ између Кипра и Мађарске (1989):

„Према схватању арбитражног суда, пристајући на арбитражу на основу члана 7 БИТ у погледу „*Било којеḡ спорa између Државе Уговорнице и улазача друге Државе уговорнице у вези са експлоатацијом улагања...*“, странке су такође пристале на примену одредаба Споразума, посебно оних које су дате у члану 4...Ове одредбе су одредбе Споразума које спадају у област међународног права. Поменута сагласност спада у домен прве реченице члана 42(1) ИКСИД Конвенције („*Суд решава спор према правним правилима о којима су се странке сагласиле*“). Сагласност се такође мора тумачити тако да обухвата избор општег међународног права, укључујући обичајно међународно право, ако оно, и у мери у којој је то случај, игра улогу у тумачењу и примени одредаба Споразума. Ово због тога што у области сукоба закона важи опште прихваћена претпоставка да су странке, у одсуству изричитог другачијег споразума, изабрале кохерентан систем правних правила које ће регулисати њихов однос, а не више различитих система.“²⁹

²⁶ C. Schreuer, *op. cit.*, 574, 575.

²⁷ Вид. Y. Banifatemi (Банифатеми), *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, у књизи: K. Yannaca-Small (Јанака-Смол) (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements (A Guide to the Key Issues)*, New York 2010, 198.

²⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), Award, 25 May 2004, пасус бр. 87. Закључак арбитражног суда је подржао ад хок Комитет који је одлучивао о поништају арбитражне одлуке. Вид. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), Decision on Annulment, 21 March 2007, пасуси бр. 61, 72.

²⁹ *ADC Affiliate Limited & ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of the Tribunal, 2 October 2006, пасус бр. 290. Нагласак у оригиналу.

Идеја према којој су тужилац и тужени пристали на меродавност одредаба БИТ и међународног права самим тим што је арбитражни поступак покренут на основу овог извора, фактички обесмишљава супсидијарно правило из друге реченице члана 42(1) Конвенције („Суд примењује право државе уговорнице која је странка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у датој области“) које би арбитражни суд морао да примени сваки пут када странке нису јасно и недвосмислено постигле споразум о меродавном праву. Према једном гледишту присутном у литератури, арбитражни суд би могао да закључи како нема споразума о меродавном праву само онда када основ његове надлежности није међународни уговор.³⁰ Тиме би се супсидијарно колизионо решење из Конвенције свело на одредбу која се примењује практично само у ситуацији када је инвестициони спор настао на основу уговора између улагача и државе пријема који садржи арбитражну клаузулу у корист ИКСИД. Такво гледиште се брани разлозима практичне природе – оно се посматра као начин да суд избегне примену „опскурне“ одредбе из друге реченице члана 42(1)³¹ – али је у очигледној супротности са јасним текстом Конвенције и схватањем о месту које су њени творци наменили националном праву државе пријема приликом решавања спорова поводом улагања. Осим тога, оно доводи тужиоце у повлашћени положај, суштински им омогућавајући да сами одреде меродавно право и тако поставе сцену на којој ће се одвијати борба са туженом државом. Познато је, наиме, да је квалификација тужбеног захтева (и у инвестиционој арбитражи) првенствено посао тужиоца. Ако би за примену међународног права било довољно да тужилац квалификује свој тужбени захтев као захтев који проистиче из БИТ, то би могло бити довољно за то да се у погледу кључних питања за решавање спора избегне примена права државе пријема.³²

2.2. Међународно право у случају када су странке изабрале примену права државе пријема

Ако су улагач и тужена држава постигли споразум о томе да је за спор меродавно право државе пријема улагања, на први поглед то би требало да значи да је примена сваког другог система права, укључујући ту и међународно, искључена. Ово је, међутим, у арбитражи под окриљем ИКСИД далеко од сигурног. У Шројеровом (*Schreuer*) ауторитативном коментару Конвенције

³⁰ W. M. Reisman (Рајсман), M. H. Arsanjani (Арсанџани), *Applicable Law Under the ICSID Convention: The Tortured History of the Interpretation of Article 42*, у књизи: M. Kinnear (Кинепар) et al. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn 2015, 9.

³¹ *Ibid.*

³² С. Ђајић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 76, 77.

истиче се да ни јасно опредељење странака у корист примене националног права државе пријема не може да искључи контролну улогу обичајног међународног права.³³ Овакво гледиште се ослања на циљ Конвенције (промовисање протока улагања и узајамног поверења између држава) чије би остваривање, према овом схватању, било угрожено ако би се улагачима дозволило да се одрекну минималних стандарда заштите из међународног обичајног права тако што би пристали на примену права државе пријема – арбитражни суд би морао да прихвати као законите мере државе које су очигледно дискриминаторне или самовољне уколико су предузете у складу са правом државе пријема.³⁴ Као илустрацију тврдње да арбитражна пракса показује „генерално оклевање“ арбитражних судова да искључе примену међународног права онда када су странке постигле споразум о меродавности права државе пријема, аутор наводи ставове судова у случајевима у којима је међу странкама било спорно да ли је споразум о меродавном праву заиста закључен, али су арбитражна већа закључила да је то питање од другоразредног значаја, имајући у виду обавезу да свакако подвргну одредбе националног права контроли на основу међународног права.³⁵

У спору који је недавно окончан пред арбитражним судом ИКСИД, суд је морао да заузме став о статусу међународног права у ситуацији када је недвосмислено утврдио да су странке изабрале право државе пријема као меродавно. Реч је о предмету Каратјуб против Казахстана.³⁶ Надлежност арбитражног суда је била заснована на члану 27 уговора о истраживању и експлоатацији налазишта нафте, закљученом између казахстанског друштва са ограниченом одговорношћу под контролом држављанина САД и Министарства енергетике Казахстана. Поменута одредба је успостављала надлежност за „спорове проистекле из уговора.“³⁷ Према томе, на први поглед је било речи о спору чисто уговорног карактера. Уговор у питању је садржао и клаузулу о меродавном праву у корист права Казахстана, за сам уговор и све остале споразуме закључене у вези са њим.³⁸

Решавајући проблем одређивања меродавног права, суд је прво констатовао да су странке постигле споразум о меродавности казахстанског права.³⁹

³³ C. Schreuer, *op. cit.*, 587.

³⁴ *Ibid.*, 585, 586.

³⁵ Вид., на пример, *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. ("Aucoven") v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Award, 23 September 2003, пасуси бр. 94-100; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), Award on the Merits, 20 May 1992, пасуси бр. 75-85.

³⁶ *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/13/13), Award, 27 September 2017.

³⁷ *Ibid.*, пасус бр. 27.

³⁸ *Ibid.*, пасус бр. 26.

³⁹ *Ibid.*, пасуси бр. 283, 284.

Међутим, арбитражно веће је затим, позивајући се на ставове изнете у Шројеровом коментару Конвенције, закључило да избор националног права као меродавног не искључује примену међународног права, те да мора да примени правила међународног права која допуњују право Казахстана или имају предност у примени у случају њиховог сукоба.⁴⁰

Закључак арбитражног већа у овом случају је кључно утицао на исход спора. Један од аргумената тужене државе односио се на застарелост потраживања из уговора – према казахстанском праву тај рок је износио три године и, по свему судећи, био је истекао пре него што је арбитража покренута. Арбитражни суд је, у складу са претходно изнетим схватањем о меродавном праву, нашао да није везан роковима застарелости из права тужене државе.⁴¹ Оправдање за овакав закључак суд је нашао у арбитражној пракси према којој међународни арбитражни суд није обавезан да примени правила о застарелости потраживања из националног права, када је тужбени захтев заснован на међународном праву.⁴² Да би могао да примени ово правило, арбитражни суд је претходно морао да реши проблем квалификације тужбених захтева – да закључи да ли су захтеви тужиоца засновани на међународном праву (енг. *international claims*) или је реч о захтевима чисто уговорног карактера (енг. *purely contractual claims*), као што је тврдио Казахстан.⁴³ С тим у вези, веће је већином гласова прихватило да се тужбени захтев улагача односи на експропријацију улагања злоупотребом суверених овлашћења државе, противно међународном праву, Закону о страним улагањима Казахстана, уговору и законодавству тужене државе, те да није реч о тужбеном захтеву чисто уговорног карактера за који би *искључиво* било меродавно право Казахстана.⁴⁴ На основу тога, арбитражни суд је закључио да потраживање тужиоца није застарело.⁴⁵

Образложење одлуке у овом предмету је проблематично из више разлога од којих се два посебно истичу. Прво, арбитражни суд није објаснио како је могуће помирити закључак о међународноправној природи тужбеног захтева улагача са арбитражном клаузулом из уговора која јасно каже да надлежност арбитражног суда постоји за све спорове проистекле из уговора (енг. “...*all claims arising from the Contract...*”). Квалификација тужбеног захтева која је примењена за потребе одређивања меродавног права, према томе, управо је супротна оној која је употребљена приликом одлучивања о томе да ли арбитражни суд има надлежност. Друго, исто се може рећи за

⁴⁰ *Ibid.*, пасуси бр. 288-290.

⁴¹ *Ibid.*, пасуси бр. 415, 424.

⁴² *Ibid.*, пасуси бр. 416-420.

⁴³ *Ibid.*, пасус бр. 414.

⁴⁴ *Ibid.*, пасус бр. 415.

⁴⁵ *Ibid.*, пасуси бр. 425, 426.

закључак који је арбитражно веће донело приликом решавања о приговору пресуђене ствари (*res judicata*) тужене државе. Наиме, арбитража о којој је реч није била једина коју је исти тужилац покренуо против Казахстана пред арбитражним судом ИКСИД. Претходно, у току 2008. године, исто привредно друштво је покренуло арбитражу против државе пријема на основу БИТ између САД и Казахстана (1992) која је 2012. године окончана одбацивањем тужбе због ненадлежности.⁴⁶ У другом арбитражном поступку, покренутом 2013. године, Казахстан је истицао како је питање надлежности решено у претходној арбитражи и како оно представља *res judicata*. Одлучујући о овом приговору, арбитражни суд је прво истакао да успешан приговор пресуђене ствари захтева идентитет између правних основа тужбе,⁴⁷ а након тога и да правни основи тужби нису идентични – у првом поступку то је био међународни уговор (БИТ) а у другом уговор између тужиоца и Министарства енергетике Казахстана.⁴⁸ Према томе, то што је тужбени захтев за потребе одређивања меродавног права третирао као доминантно међународноправни, није спречило арбитражни суд да исти захтев квалификује као уговорни приликом одлучивања о основаности *res judicata* приговора Казахстана.

Арбитражна одлука у предмету Каратјуб против Казахстана показује да тужена држава нема готово никакве изгледе да, у материјалноправном смислу, користи сопствено право како би избегла наступање одговорности и обавезе плаћања накнаде пред арбитражним судом ИКСИД, па чак ни онда када је са тужиоцем претходно постигнут јасан и недвосмислен споразум о меродавности њеног права. Остаје да се види да ли ће Казахстан, у року који је остављен чланом 52 Конвенције, захтевати поништај одлуке којом је обавезан да плати готово 40 милиона УСД тужиоцу.

3. МЕРОДАВНО ПРАВО У ОДСУСТВУ СПОРАЗУМА СТРАНАКА

У случају да арбитражни суд под окриљем ИКСИД нађе да стране у спору нису закључиле споразум о одређивању меродавног права, дужан је да примени правило из друге реченице члана 42(1) Конвенције: *Ако се споранке не сагласе о томе, Суд примењује право државе уговорнице која је споранка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у дајој области.*

Према коментару Конвенције, поменуто правило би требало да омогући сигурност, у смислу да ће арбитражни суд бити у прилици да пронађе од-

⁴⁶ *Ibid.*, пасус бр. 91.

⁴⁷ *Ibid.*, пасус бр. 494.

⁴⁸ *Ibid.*, пасус бр. 495.

говарајућа правила која ће применити и онда када странке нису реализовале аутономију воље.⁴⁹ Међутим, одредба је у арбитражној пракси и правној доктрини до сада послужила као инспирација за велики број различитих тумачења. Иако је на основу ње јасно да би примарно место приликом решавања спора требало да има право државе пријема улагања, нејасноће у погледу односа и тачне улоге националног и међународног права подстакло је двоје аутора да констатују како она представља једну од две ствари: „...или производ лошег нормирања или ремек-дело конструктивне двосмислености.“⁵⁰

Без обзира на различита тумачења, историја примене овог правила показује једну тенденцију која је неспорно присутна – стално проширивање поља примене међународног права у односу на законодавство државе пријема улагања. У наставку рада се описује како су арбитражни судови ИКСИД за релативно кратко време прешли дугачак пут: од инсистирања на обавези да се утврди садржина права државе пријема и да се оно примени, до схватања да је арбитражни суд готово апсолутно слободан приликом одлучивања који ће од два система правних правила применити на тужбени захтев.

3.1. Примарна примена права државе пријема улагања

Текст друге реченице члана 42(1) конвенције несумњиво подразумева да би на спор између улагача и тужене државе, у одсуству аутономије воље, требало најпре применити национално законодавство државе пријема. Припремни радови настали приликом усвајања Конвенције подржавају закључак да су њени творци имали намеру да примена права државе пријема улагања буде резидуално решење у случају одсуства споразума странака.⁵¹ Коначна верзија текста одредбе резултат је компромиса између земаља које су инсистирале на примени права државе пријема и оних које су захтевале да у одредби изричито буде поменуто међународно право.⁵²

Схватање о централној улози националног права присутно је у старијој арбитражној пракси. У тој пракси је и формулисана доктрина која је у значајном временском периоду била владајућа када је реч о питању односа између међународног и националног права – доктрина о *дојунској и корективној* улози међународног права.

⁴⁹ C. Schreuer, *op. cit.*, 550.

⁵⁰ W. M. Reisman; M. H. Arsanjani, *op. cit.*, 3.

⁵¹ Вид. W. M. Reisman (Рајсман), *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, том 15, бр. 2/2000, 363, 364. Аутор овакав закључак изводи на основу чињенице да су нацрти поменуте одредбе који су претходили коначном предвиђали слободу арбитражног суда да слободно одлучи да ли ће применити национално или међународно право.

⁵² H. E. Kjos, *op. cit.*, 88.

Сама доктрина је утемељена на одлуци ад хок комитета за поништај арбитражне одлуке у предмету Клокнер против Камеруна.⁵³ Захтев за поништај арбитражне одлуке на основу члана 52(1)(б) Конвенције поднео је немачки улагач који је тврдио како је арбитражно веће донело нападану одлуку уз очигледно прекорачење овлашћења, јер није применило право Камеруна, иако је било обавезно то да учини према другој реченици члана 42(1).⁵⁴ Арбитражна одлука у нападаном делу била је заснована на закључку да је улагач повредио начело присутно у праву тужене државе – начело искреног поступања према другој уговорној страни као манифестацији обавезе поступања у доброј вери.⁵⁵ Међутим, образложење арбитражне одлуке није садржало позивање на конкретну одредбу позитивног права Камеруна која би наметнула поменути обавезу уговорне стране, услове под којима она настаје или се примењује.⁵⁶ Штавише, арбитражни суд се није ослонио ни на један законски текст, судску праксу или на доктрину.⁵⁷ Тумачећи образложење одлуке, ад хок комитет је закључио да је она у суштини заснована на схватању арбитражног већа да уговорна обавеза у питању представља опште правно начело прихваћено од стране цивилизованих народа, у смислу члана 38 Статута Међународног суда правде, те да се не може закључити да је арбитражни суд испунио своју обавезу из члана 42(1) да примени право државе која је страна у спору.⁵⁸

У погледу односа између права државе пријема и међународног права у смислу друге реченице члана 42(1) Конвенције, ад хок комитет је закључио да међународно право има двоструку улогу – оно служи како би се допунило право државе пријема (у случају постојања правне празнине) или како би се национално право кориговало (уколико национално право није у свим тачкама сагласно са начелима међународног права). У наставку образложења ад хок комитет за поништај износи основни закључак:

„У оба случаја, арбитри могу да посегну за „начелима међународног права“ само *након* што су испитали и утврдили садржину права државе стране у спору (које не може да се сведе на *једно* начело, макар оно било и темељно) и *након* што су применили релевантна правна правила ове државе.“⁵⁹

⁵³ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), Decision on Annulment, 3 May 1985. Превод на енглески језик са француском оригинала одлуке објављен у: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, том 1, бр. 1/1986, 89-144.

⁵⁴ *Ibid.*, пасус бр. 57.

⁵⁵ *Ibid.*, пасус бр. 65.

⁵⁶ *Ibid.*, пасус бр. 72.

⁵⁷ *Ibid.*, пасус бр. 71.

⁵⁸ *Ibid.*, пасус бр. 73.

⁵⁹ *Ibid.*, пасус бр. 69. Нагласак у оригиналном тексту.

Према томе, у одлуци о поништају се недвосмислено усваја схватање да је право државе пријема улагања (тужене државе) право које се примарно примењује на решавање спора, док се правилима међународног права даје супсидијарна улога и она се могу применити само након што је арбитражни суд утврдио и анализирао садржину националног права. Ово становиште о односу међународног и националног права подржао је и ад хок комитет за поништај арбитражне одлуке донете у предмету Амко против Индонезије.⁶⁰ Иако проблем односа између два система правних правила није био кључан за одлуку о поништају,⁶¹ ад хок комитет у овом предмету је јасно саопштио свој став о томе:

„Ад хок комитет сматра да је вредно напоменути да члан 42(1) Конвенције овлашћује арбитражни суд ИКСИД да примени правила међународног права *само* како би попунио правну празнину у меродавном националном праву и како би осигурао предност у примени нормама међународног права када су правила меродавног националног права у сукобу са овим нормама.“⁶²

Интересантно је приметити да је доктрина о допунској и корективној улози међународног права изложена критици у правној доктрини због схватања да се међународно право примењује како би попунило правне празнине у националном. Према гледишту критичара, упитно је да ли право државе пријема уопште може да садржи правну празнину која би оправдала прелазак на примену правила међународног права.⁶³ Ако у том систему заиста не постоји прецизно и детаљно правило које би могло да буде директно примењено, арбитражни суд би могао да се ослони на начела датог националног правног поретка и да у њему пронађе правила на основу којих ће попунити правну празнину.⁶⁴ При томе, пропуштање да се пропише правно средство у ситуацији која је предмет спора пред арбитражним судом не значи да постоји правна празнина, већ управо да је ово питање регулисано меродавним националним правом на начин који подразумева изостанак одговорности према том праву.⁶⁵ Овакву могућност изгледа није имао у виду арбитражни

⁶⁰ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on the Application for Annulment, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 (1993). Релевантни део одлуке (пасуси бр. 18-28) репродукован у: R. D. Bishop (Бишоп), J. Crawford (Крофорд), W. M. Reisman (Рајсман), *Foreign Investment Disputes (Cases and Materials)*, The Hague 2005, 643-645.

⁶¹ Ад хок комитет је одлучивао о томе да ли је арбитражни суд претходно очигледно прекорачио овлашћења тако што је засновао одлуку на правди и правичности (*ex aequo et bono*) на основу одредбе члана 42(3) Конвенције, иако се о томе странке нису споразумеле.

⁶² *Ibid.*, пасус бр. 20. Нагласак аутора.

⁶³ Вид. E. Gaillard (Гајар), Y. Banifatemi (Банифатеми), The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, том 18, бр. 2/2003, 394.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Вид. W. M. Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, 371.

суд који је поступао у предмету СПП против Египта.⁶⁶ Египат је у овом спору тврдио да није одговоран за акте појединих званичника, позивајући се на чињеницу да су акти предузети уз прекорачење законских овлашћења непостојећи или ништави према египатском праву.⁶⁷ Арбитражно веће је стало на становиште да ништавост ових аката према националном праву не решава питање одговорности државе овим поводом, те да ако национално право не прописује правно средство које би улагач могао да користи против државе у таквом случају, постоји обавеза арбитражног суда ИКСИД да елиминише правну празнину применом међународног права.⁶⁸ Веће је то учинило применом правила међународног права које успоставља одговорност државе за акте њених званичника предузете уз прекорачење законских овлашћења, уколико су ови субјекти деловали у својству вршилаца јавне власти.⁶⁹ Из образложења одлуке је јасно да је арбитражни суд, иако је тврдио да је применио међународно право у сврху попуњавања правне празнине у египатском законодавству, заправо засновао одлуку на контролној улози међународног права – одлучио је да не примени правило националног права јер је оно било супротно међународном.

У правној теорији се јавило и гледиште да је чак и контролна улога међународног права, онако како се она представља у одлукама о поништају у предметима Крукнер и Амко, схваћена прешироко и да је у супротности са формулацијом и циљем члана 42(1) Конвенције. На пример, према Рајсмановом (*Reisman*) схватању, примена правила међународног права уместо одговарајућих норми националног законодавства није оправдана када једноставно постоји разлика између две групе правила у конкретном случају. Потребно је да постоји директна колизија између међународног и националног правног поретка, односно да правно правило националног права буде супротно императивном правилу међународног права.⁷⁰ У процесу одређивања меродавног право потпуно је очекивано да различити системи правних правила садрже различита решења за поједине друштвене и економске проблеме. Према овом гледишту, ако би се свако разликовање правила националног права у односу на међународно посматрало као разлог да се пружи предност у примени овом другом, нестало би смисао релевантне одредбе Конвенције и арбитражни судови би имали одрешене руке да се у великом броју случајева одлуче за примену међународног на уштрб права државе

⁶⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), Award on the Merits, 20 May 1992.

⁶⁷ *Ibid.*, пасус бр.

⁶⁸ *Ibid.*, пасуси бр. 83, 84.

⁶⁹ *Ibid.*, пасус бр. 85.

⁷⁰ Вид. W. M. Reisman, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*, 375.

пријема.⁷¹ Према становишту овог аутора, сигнал за активирање контролне улоге међународног права није разлика која постоји у односу на национално, већ чињеница да је законодавство државе у директном сукобу са фундаменталним правилом међународног права.⁷²

Међутим, даљи развој догађаја ишао је у смеру који је супротан оваквом гледишту: ка проширивању поља примене међународног права у односу на право државе стране у спору пред арбитражним судом ИКСИД.

3.2. Паралелна примена међународног и националног права

Приступ према којем национално и међународно право представљају две равноправне групе супстанцијалних норми које се примењују паралелно, сваке у сопственом домену, заправо значи да је арбитражни суд слободан да бира да ли ће на конкретно питање применити правило међународног или права тужене државе. Теоријско објашњење да се правила међународног права примењују не због тога што су боља или супериорна у односу на правила националног права, већ због тога што су „одговарајућа“ за дато питање⁷³ не значи много у пракси за државу која се ослонила на претпоставку да ће поштовање сопственог законодавства бити довољно да је заштити од одговорности за плаћање накнаде страном улагачу. Да би се арбитражни судови ИКСИД ослободили обавезе да утврђују и примењују право државе пријема улагања било је неопходно ново тумачење друге реченице члана 42(1) Конвенције. Оно је успостављено у поступку за поништај арбитражне одлуке донете у предмету Вена Хотелс против Египта.⁷⁴

У средишту овог спора били су уговори закључени између улагача из Уједињеног Краљевства и египатског привредног друштва у државној својини о закупу два хотела у Египту. Уговори су садржали клаузулу којом је била предвиђена примена египатског права.⁷⁵ Спор је настао када су запослени египатског привредног друштва, 1991. године, заузели просторије хотела које је закупљивао улагач. Улагач је покренуо арбитражу на основу одредаба БИТ између Уједињеног Краљевства и Египта (1976) и арбитражни суд је нашао да је Египат повредио обавезе правичног и поштеног третмана тужиоца, обавезу пружања пуне заштите и сигурности и обавезу плаћања хитне, адекватне и ефективне накнаде за експроприсану имовину, те одлучио да је држава дужна да плати тужиоцу износ већи од 20 милиона

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ Вид. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, 399.

⁷⁴ *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decisions on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated December 8, 2000, 5 February 2002.

⁷⁵ *Ibid.*, пасус бр. 28.

УСД.⁷⁶ Један од најважнијих аргумената Египта био је да је потраживање тужиоца из уговора о закупу застарело на основу трогодишњег рока из Грађанског законика Египта.⁷⁷ Арбитражни суд је нашао да странке нису закључиле споразум о меродавном праву, у смислу члана 42(1) Конвенције, те да су за спор „примарно“ меродавне одредбе БИТ.⁷⁸ Суд је свој став поткрепио и тврдњом да је ово био и став странака, што је закључак који је извео на основу поднесака и исказа на усменој расправи.⁷⁹ У погледу питања застарелости потраживања, суд је применио правило међународног права – да рокови застарелости из националног права не везују суд који одлучује о тужбеном захтеву заснованом на међународном праву.⁸⁰

У захтеву за поништај, Египат је истицао да је арбитражни суд очигледно прекорачио своја овлашћења због тога што није применио право меродавно на основу члана 42(1) Конвенције. Египат је, наиме, тврдио да су стране у спору извршиле избор меродавног права, односно да је клаузула о меродавном праву из уговора о закупу обавезивала арбитражни суд да примени право Египта.⁸¹ Аргумент је био заснован на тврдњи да је немогуће решити о томе да ли је повређен БИТ без одлучивања о правима и обавезама из уговора, тј. да је однос између улагача и Египта на основу БИТ у свему зависан од односа између уговорних страна код уговора о закупу хотела.⁸²

Ад хок комитет за поништај је започео своју анализу тиме што је утврдио да се две врсте односа разликују у погледу њиховог правног основа и у погледу субјеката: однос између тужиоца и Египта је заснован на обавезама тужене државе из међународног уговора, док је однос између тужиоца и његовог сауговорача заснован на уговорима о закупу и тиче се права и обавеза поводом ових уговора.⁸³ Различита квалификација предмета уговора о закупу у односу на предмет БИТ, нужно је водила закључку да је египатско право изабрано као меродавно само за уговоре, не и за тужбени захтев који је улагач засновао на БИТ.⁸⁴

Комитет је након тога прешао на разматрање односа међународног и националног права у светлу друге реченице члана 42(1) Конвенције. У образложењу одлуке о захтеву за поништај се затим наводе становишта у доктрини и пракси у погледу тачне улоге међународног права, при чему се став ад хок

⁷⁶ *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Award, 8 December 2000, пасуси 133-136.

⁷⁷ *Ibid.*, пасус бр. 79.

⁷⁸ *Ibid.*, пасус бр. 78.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, пасус бр. 107.

⁸¹ *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Annulment, пасус бр. 28.

⁸² *Ibid.*, пасус бр. 34.

⁸³ *Ibid.*, пасуси бр. 31, 35.

⁸⁴ *Ibid.*, пасуси бр. 35, 36.

комитета у предмету Клукнер против Камеруна наводи само као једно од многобројних, различитих мишљења.⁸⁵ Супротно овом мишљењу, став ад хок комитета у случају Вена Хотелс против Египта био је да правило из члана 42(1) које се примењује у одсуству страначког споразума, не повлачи оштру линију раздвајања између поља примене међународног и националног права, односно да арбитражни суд ужива извесну слободу приликом одлучивања о меродавном праву.⁸⁶ Своје становиште комитет је објаснио изјавом коју ће арбитражни судови ИКСИД у будућности готово рутински цитирати:

„Јасно је да смисао и значење преговора који су претходили усвајању друге реченице члана 42(1) дозвољавају да оба правна система имају своју улогу. Право државе пријема заиста може бити примењено у комбинацији са међународним правом ако је то оправдано. Такође, и међународно право *може бити самостално примењено* ако је одговарајуће правило могуће пронаћи у том другом оквиру.“⁸⁷

Овакав приступ пружа арбитражним судовима под окриљем ИКСИД слободу коју до тада нису имали: да једноставно изаберу правно правило које сматрају одговарајућим за конкретно питање, без обзира да ли се оно налази у оквирима националног правног система или међународног права. Судови су ослобођени обавезе да утврђују садржину права државе пријема и да га примене, уз један услов – да претходно констатују како се „одговарајуће“ правило налази у међународном праву. Ова слобода је у суштини неограничена, јер се у образложењу одлуке о захтеву за поништај у овом случају не наводе смернице у погледу тога када би било одговарајуће применити правило из једног или другог оквира. Квалификација спорног правног питања је у искључивој надлежности арбитражног суда. Узимајући у обзир претходно наведену чињеницу – да се највећи број инвестиционих арбитража покреће на основу одредаба двостраних међународних уговора о заштити улагања – није тешко закључити да ће за те судове одговарајућа норме најчешће бити норме самих БИТ и међународног (обичајног) права. Заиста, ово тумачење одредбе члана 42(1) Конвенције дочекано је од стране арбитра са нескривеним ентузијазмом.⁸⁸

⁸⁵ *Ibid.*, пасуси бр. 38, 39.

⁸⁶ *Ibid.*, пасус бр. 39.

⁸⁷ *Ibid.*, пасус бр. 40. Нагласак аутора.

⁸⁸ Вид., на пример, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability, 3 October 2006, пасус бр. 96; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, 12 May 2005, пасус бр. 116; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Award, 28 September 2007, пасуси бр. 235, 236; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, 14 July 2006, пасус бр. 66; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), 14 December 2012, пасус бр. 179; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2), Award, 16 September 2015, пасус бр. 91.

Ад хок комитет за поништај у предмету Вена Хотелс против Египта упућује арбитражне судове на још један фактор који би требало узети у обзир приликом разматрања односа националног и међународног права. Наиме, у образложењу се наводи могућност да право државе пријема улагања дозвољава својеврсно узвраћање (*renvoi*) на правила међународног права.⁸⁹ Аргумент је био заснован на чињеници да је, у конкретном случају, Устав Египта предвиђао да потврђени међународни уговори имају снагу закона, те да су у египатској судској пракси постојала тумачења како ова одредба значи да међународни уговори имају предност у примени у односу на законе државе пријема.⁹⁰ Потребно је нагласити да је овакво оправдање за примену међународног права у нескладу са основном тезом која је нешто раније постављена – међународно и национално право су два равноправна система супстанцијалних правила и одлука о томе које ће право бити примењено зависи од претходне одлуке о томе које је право одговарајуће у конкретном случају.⁹¹ Другим речима, према техници утврђивања меродавног права која је овде предложена, када једном арбитражни суд утврди да је релевантно („одговарајуће“) правно правило присутно у националном праву, потрага би требало да буде завршена, а свако упућивање на други систем правних норми искључено. Наравно, друга реченица члана 42(1) каже да законодавство државе стране у спору обухвата и њена правила о сукобу закона (колизионе норме). Међутим, анализа ад хок комитета се не односи на примену колизионих норми египатског права (нити се „правила о сукобу закона“ уопште помињу у контексту одређивања меродавног права) већ на питање хијерархије извора у овом правном систему.⁹²

Тумачење друге реченице члана 42(1) Конвенције из одлуке о захтеву за поништај у предмету Вена Хотелс против Египта даје у пуном смислу међународном праву карактер система супстанцијалних норми који је равноправан са националним правом, у смислу да његова примена не зависи од претходног утврђивања садржине права државе пријема.⁹³ Поступање арбитражних судова који га усвајају се, у практичном смислу, назива прагматичним.⁹⁴ Међутим,

⁸⁹ *Wena Hotels, Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Annulment, пасус бр. 42.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Вид. W. M. Reisman; M. H. Arsanjani, *op. cit.*, 7.

⁹² Иако је схватање према којем право државе домаћина може да упуту на примену међународног права, тако што му даје предност у примени, проблематичан са методолошким становишта који се наћелно усваја у поменутој одлуци, може се закључити да је он примењен од стране бар једног арбитражног суда. Вид. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, пасус бр. 65: „Арбитражни суд даље констатује да, према Уставу Аргентине, Устав и међународни уговори закључени са другим државама имају статус врховног права и да међународни уговори имају примат у односу на законе.“

⁹³ Вид. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, 408, 409.

⁹⁴ C. Schreuer, *op. cit.*, 628-630.

проблем је у томе што примена таквог тумачења у пракси одриче праву државе пријема управо онај карактер који пружа међународном – карактер равноправног система супстанцијалних норми. Питање које се поново поставља је да ли тужена држава, у систему који пружа готово неограничену слободу арбитрима да изаберу правно правило које ће применити, може да избегне наступање одговорности према улагачу позивајући се на чињеницу да је поступала у складу са сопственим правом?

Чињеница да је унутрашње право државе пријема формално равноправно са међународним не значи готово ништа ако је арбитражни суд увек у стању да одређено питање квалификује као питање међународног права. На пример, у средишту инвестиционог спора се врло често налази уговор који је улагач закључио у циљу реализације свог улагања. У таквом случају питање да ли је држава повредила своју уговорну обавезу се неминовно јавља као предмет исказа странака. Према ставу који је заузет у чувеној одлуци по захтеву за поништај у предмету Вивенди против Аргентине, за питања која се тичу права и обавеза из уговора неспорно је меродавно национално право којем је уговор подвргнут.⁹⁵ Са друге стране, приликом разматрања да ли је повређен БИТ се примењује међународно право.⁹⁶ Држава може повредити обавезу из међународног уговора иако није повредила обавезу из уговора са страним улагачем и обрнуто.⁹⁷ Другим речима, ако арбитражни суд квалификује тужбени захтев улагача као захтев заснован на БИТ (међународном праву), чињеница да је поступање државе као уговорне стране било у складу са меродавним националним правом губи на значају. Чак и када је арбитражни суд закључио да је примена националног права одговарајућа за питања која се односе на уговор (у смислу друге реченице члана 42(1), оно се у суштини третира као чињеница у контексту примене материјално-правног стандарда из међународног уговора који ће у крајњој консеквенци одредити исход спора.⁹⁸ На примеру који се тиче односа између улагача и тужене државе у погледу инвестиционог уговора, овај приступ у суштини значи следеће: на питање да ли су уговорне стране поступале у складу са обавезама из уговора мора се применити меродавно национално право, али какав је значај чињенице да ли држава повредила уговорну обавезу у контексту тог права одређује искључиво БИТ (међународно право).⁹⁹ На тај начин се националном праву фактички негира карактер материјалноправних правила која се могу применити на суштину спора.

⁹⁵ *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Annulment, 3 July 2002, пасус бр. 96.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, пасус бр. 95.

⁹⁸ Вид. С. Ђајић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 76-78.

⁹⁹ Вид. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Decision on Annulment, пасуси бр. 72, 75.

4. ЗАКЉУЧАК

Тумачење одредбе члана 42(1) Конвенције иде у правцу пружања безмало неограничене слободе арбитрама да одлуче да ли ће на поједина питања применити право државе пријема или норму међународног права. Арбитражни судови су, при томе, неосетљиви на чињеницу да занемаривање улоге националног права тужене државе није у складу са текстом ове одредбе нити са намером њених творака. Према садашњем стању ствари, готово да не постоји начин да тужена држава заснује материјалноправну одбрану на поштовању сопственог права, чак ни онда када је постигла споразум са улагачем да је то право искључиво меродавно у случају спора. Практични разлози за то што арбитражи теже примени међународног на уштб националног права у инвестиционом спору заиста могу да буду различити. То може бити чињеница да су арбитражи неспремни да се ухвате у коштац са задатком утврђивања и примене норму која потиче из њима непознатог система националног права или жеља да прошире своју моћ применом правила правног поретка на којем је таква моћ заснована.¹⁰⁰ Међутим, оно што оваквом понашању даје привид оправданости је промена која се временом одиграла у погледу правних инструмената који представљају основ надлежности арбитражних судова у инвестиционим споровима. Док је у првим споровима који су се јавили пред арбитражним судовима ИКСИД основ за њихово поступање био инвестициони уговор између улагача и тужене државе, који увек има утемељење у одређеном националном праву, данас је основни инструмент пристанка државе на арбитражу међународни уговор. Управо због тога се може говорити о природној тежњи арбитрара да на суштину спора примене материјалноправне одредбе извора који представља основу њихове надлежности, иако занемаривање улоге националног права у овом процесу није у складу са одредбом члана 42(1) Конвенције. Вероватно једини начин да се ситуација у овом погледу промени јесте да државе промене модалитет пружања своје сагласности на арбитражу са улагачима. Постоје извесне назнаке да су државе свесне овог проблема. Тако је, на пример, Аустралија 2011. године најавила како намерава да у међународне споразуме о заштити улагања које буде закључивала убудуће не укључује одредбе о арбитражи са страним улагачима.¹⁰¹ Остаје да се види да ли ће се овакав тренд наставити и да ли ће очигледно незадовољство које постоји у одређеном кругу држава у односу на третман националног права у арбитражи под окриљем ИКСИД успети да произведе било какве последице.

¹⁰⁰ Вид. С. Ђајић, М. Станивуковић, *op. cit.*, 85.

¹⁰¹ Вид. J. Hepburn, *op. cit.*, 6.

Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Law Applicable to the Substance of the Dispute before an ICSID Arbitral Tribunal: Article 42(1) of the ICSID Convention and the Role of National Law

Abstract: *Business transaction which represents a foreign investment is today most commonly regulated by three different layers of legal rules: provisions of an investment contract, rules of international law (treaties and rules of customary international law) and the legislation of the Host State. In the event of a dispute arising out of an investment, a tribunal working under the auspices of ICSID must determine the law applicable to the merits through the application of article 42(1) of the Convention. Although it is clear that one cannot fully comprehend all legal aspects of an investment dispute without the context of the Host State's national legislation, there is a strong tendency in arbitral disputes of neglecting such municipal legal rules in favor of international law. The paper concentrates on the evolution in interpretations of the choice of law provision from the Convention in the practice of ICSID tribunals. It shows the way in which those interpretations have changed during the course of time, leading to the broadening of arbitrators' freedom to decide on the applicable law. This trend resulted in constant widening of the scope of application of international law, contrary to the text of article 42(1) and intentions of the Convention's makers. As a consequence, there is today almost no way in which a state could shield itself from the liability for the breach of the investor's rights by invoking the fact that it acted in accordance with domestic legislation.*

Keywords: *applicable law, investment arbitration, ICSID, Bilateral Investment Treaties.*

Датум пријема рада: 04.12.2017.