

Senad Bajrić

**ARBITRAŽA U ANGLOSAKSONSKOM I
KONTINENTALNOM PRAVU, S POSEBNIM OSVRTOM
NA PRAVNE SISTEME ENGLJSKE I NJEMAČKE**

**ANGLO SAXON AND CONTINENTAL LAW
APPROACHES TO ARBITRATION WITH AN
OVERVIEW OF INTERNATIONAL CONVENTIONS
AND RESEARCH OF LEGAL SYSTEMS
IN ENGLAND AND GERMANY**

Sažetak

Savremeni pravni sistemi sporne odnose među strankama rješavaju pred državnim sudovima stvarne i mjesne nadležnosti, izabranim sudovima (arbitražama) ili pred posebnim tijelima (zakonom utemeljenim) koja vrše funkciju posredovanje među strankama.

U pravnoj teoriji i praksi poznato je da se spor može riješiti na dva načina: adjudikativnim ili neadjudikativnim postupcima. Adjudikativni postupci su oni koji se vode pred državnim sudom ili arbitražom, oba su ovlaštena da donesu obvezujuću odluku za stranke koja ima snagu izvršne isprave, dok neadjudikativni postupci spadaju u različite oblike alternativnog rješavanja sporova, kao što su mirenje i posredovanje.

Naime, arbitražno sudovanje isključivo se temelji na volji stranaka. Arbitražno sudovanje zasigurno ima svoje prednosti u odnosu na državne sudove, a te prednosti su, prije svega, u mogućnosti izbora stručnih osoba koje će voditi arbitražu, bržem provođenju postupka, mogućnosti sporazuma o mjerodavnom pravu te u povjerljivosti postupka i dokumentacije koja se koristi u postupku. Kod većine ugovora (međunarodnog karaktera), kao što su kupoprodaja, distri-

bucija, licence, zajednička ulaganja, ugovorne strane imaju bojazan da se primjenom domicilnog načela u određivanju mjerodavnog prava (u slučaju spora) favorizira jedna od strana, čime je u međunarodnoj ekonomiji arbitraža zadobila veliki značaj. Vrlo bogatu tradiciju u postupcima arbitražnog sudovanja možemo naći u pravnim porecima Engleske (anglosaksonsko pravo) i Njemačke (evropsko/kontinentalno pravo). Za navedene zemlje također je posebno bitno napomenuti da imaju dobro uređenu pravnu regulativu vezanu za arbitražno sudovanje, bilo kroz posebne zakonske akte ili u okviru drugih zakona, a najčešće su to zakoni o građanskom postupku.

Da se arbitražno sudovanje profiliralo kao važan faktor u „uspostavljanju ravnoteže u međunarodnoj ekonomiji“ najbolje ukazuje veliki broj međunarodnih akata koji reguliraju ovu problematiku u okviru arbitražnog prava: Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine, Ženevska konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1927. godine, Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju inostranih odluka iz 1958. godine itd.

Ključne riječi: arbitraža, arbitražni postupak, odluke, međunarodni akti, priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka, arbitražni sporazum

Summary

Disputes between the parties in modern legal systems are resolved in front of state courts, selected courts (arbitration) or in front of specialized bodies (legally enforced) whose function is to intermediate between the parties.

According to the law theory and practice, the dispute can be solved in two different ways: either by adjudication procedures or by non-adjudication procedures.

Adjudication procedures are the ones performed in front of state courts or by arbitration; both are authorized to pass an obligatory decision for parties, which holds an executive competence, while non-adjudication procedures present different alternatives for dispute resolutions such as reconciliation or intermediation.

Arbitration is strictly based on the will of parties. Arbitrage surely has advantages compared to state courts, such as the ability to select a competent individual who is to handle arbitration, faster procedures, possibility to negotiate an agreement in the competent law, and confidentiality of documentation and proceedings. In most agreements with international characteristics such as: selling, distribution, licensing and joined investments, agreed parties are worried about favoring one side while applying domiciling principals to determine the relevant law, which resulted in a rise of importance of arbitration in the international economy. Legal systems in England and Germany are the systems that hold a very long tradition in arbitration proceedings. The aforementioned countries have a well-regulated arbitration legislative, either as separate laws or as a part of some other laws (which are mainly the laws related to civil proceedings).

A significant number of international acts which regulate this issue, such as the 1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses, the 1927 Geneva Convention on Execution of Foreign Arbitrary Decisions, the 1958 New York Convention on Recognition and Execution of Foreign Decisions, etc., are a sign that arbitrage has become an important factor in “making the balance in international economy”.

Key words: *arbitration, arbitration procedures, resolutions, international acts, recognition and execution of foreign arbitration resolutions, arbitration agreement.*

Uvod

*Arbitraža*¹ je institucija vrlo starog porijekla. Nastala je od latinske riječi *arbitrium* (*slobodno suditi*). Arbitraža je pravosudno

¹ Historijski, arbitraža je prvo bila razvijena u antičkoj Grčkoj. Između helen-skih gradova-država okupljenih u saveze (amfiktionije) rješavani su sporovi na nivou njihovih skupština Rimskoj državi arbitraža nije bila primjerena. Rimljani su težili svjetskoj vlasti pa je ta filozofija određivala i sve ostale segmente života. Nadalje, u srednjovjekovnim feudalnim odnosima u Evropi odgovaralo je da sizeren izriče pravdu vazalima.

nedržavno tijelo koje su stranke saglasno i voljno izabrale i povjerile im presuđivanje u njihovom određenom imovinskopравnom konfliktu u kome one mogu slobodno disponirati svojim pravima. Njen razvoj, naročito u srednjem vijeku, pokazao je osnovne karakteristike trgovinske arbitraže, koje je ona u osnovi zadržala i do danas.

Međutim, za razvoj arbitraže u međunarodnoj trgovini karakterističan je period između dva svjetska rata. To je razdoblje širenja arbitraže i jačanja njenog ugleda. Ipak, arbitraža je tek poslije II svjetskog rata dobila zamah kakav u historiji ove institucije nije bio poznat. Mnogostruki su razlozi razvoja arbitražnog suđenja.

Uzroke “prosperiteta” ove institucije treba tražiti u njenim odlukama – pravu koje primjenjuje, sastavu i proceduri. No, osnova za širenje arbitraže nalazi se u intenziviranju međunarodne razmjene i uključivanju novih zemalja u međunarodni promet dobara, te razvoj svjetskog tržišta uopće. Cijeli svijet je postao “susjed” jer su sredstva komuniciranja približila narode svijeta do te mjere da se međunarodna razmjena proširila na sve zemlje.

Kvalitativan porast arbitraže omogućen je stvaranjem novih država. Evropi, kolijevci međunarodne trgovinske arbitraže (posebno mjesto zauzimaju Engleska i Njemačka), i Americi, gdje se arbitraža razvila u razgranatu organizaciju, pridružile su se naročito Azija i Afrika kao partneri u međunarodnoj trgovini. Evropska konstelacija dovela je do velikog razvoja međunarodnih trgovinskih veza na osnovu ravnopravnosti i uzajamne koristi. Povećan je broj transakcija međunarodne kupoprodaje u prvom redu, a zatim usluga kao nužnog pratioca tog osnovnog posla međunarodnog trgovinskog prava. Tako su stvorene opće i specifične arbitraže, koje su svojim radom stekle povjerenje poslovnih krugova u inostranstvu.

Nacionalne po svom značaju, arbitraže su postale poznate kao međunarodne jer su rješavale sporove stranaka drugih nacionalnosti. Tim razlozima širenja treba dodati još jedan. Alternative između kojih se ugovorne strane u međunarodnoj transakciji mogu opredijeliti jesu: udarni sud (često zemlje tuženog) ili arbitraže. U zemljama u kojima su arbitraže rješavale međunarodne trgovinske sporove arbitraže uživaju veliki ugled zbog prednosti presudbenosti udarnih sudova. Osim ovih prednosti, arbitraže predstavljaju i psihološki povoljniji izraz jer bivšim zavisnim zemljama omogućuju izbor

između državnog suda i arbitraže, čiji je ugled to veći što su utjecaji stranke na sastav vijeća i internacionalističko prilaženje pravu koje se primjenjuje više naglašeni. Tako države koje su lišene u poslovnim transakcijama imuniteta u imovinskim (trg.) stvarima radije prihvaćaju arbitražu nego redovni sud. Imajući u vidu važnost arbitraže kako u anglosaksonskom tako i u evropskom (kontinentalnom) pravu, u nastavku će biti prikazano arbitražno sudovanje u pravnim sistemima Engleske i Njemačke.

Anglosaksonsko arbitražno sudovanje

Primarni oblik izabranog suda (arbitraže) u anglosaksonskim zemljama bila je Common Law arbitraža. Ovaj stari oblik arbitražnog sudovanja nije mogao postati efikasnim sredstvom rješavanja sporova, pa ga, kao velika pomorska i trgovinska zemlja u međunarodnoj trgovini, prva napušta Engleska donošenjem Arbitražnog zakona (The Arbitration Act) 1889. godine, dok su to Sjedinjene Američke Države učinile dosta kasnije. Taj proces u Engleskoj najbolje možemo pratiti kroz rad Londonskog međunarodnog arbitražnog suda (The London Court of International Arbitration), kao jednog od najstarijih arbitražnih centara u Evropi, pa sve do donošenja Arbitražnog zakona (The Arbitration Act) iz 1997. godine.²

Moderno arbitražno sudovanje kod pravnih sistema koji pripadaju anglosaksonskom pravu predstavlja vrlo značajno i efikasno sredstvo u rješavanja spornih odnosa među strankama. Arbitražno sudovanje u ovim zemljama je manje ili više slobodno, broj slučajeva koji se mogu rješavati pred arbitražom je izuzetno veliki, arbitražni izvori nisu samo međunarodni ugovori i zakoni, već značajno mjesto zauzimaju pravila institucionalne arbitraže, arbitražna praksa, sudska praksa, pravna nauka.

Specifičnosti arbitražnog sudovanja u anglosaksonskom pravu najbolje su uočljive kroz kratki prikaz i analizu međunarodne trgovinske arbitraže u pravnom sistemu Engleske.

² O tome više: M. Trifković, S. Omanović, Međunarodno poslovno pravo i arbitraže, Sarajevo, 2001, str. 516.

Međunarodna trgovinska arbitraža u engleskom pravu

U engleskom pravu arbitraža je vrlo raširen oblik rješavanja trgovačkih sporova. Paralelno sa sudskim sistemom, ona postoji više od trideset godina, što ukazuje na veoma dugu tradiciju i veliko iskustvo u rješavanju kako domaćih tako i međunarodnih trgovačkih sporova.

Engleska pripada krugu zemalja u kojima su propisi o arbitraži sadržani u posebnim zakonima, i to: Arbitration Act 1889, Arbitration ACT(aa) 1950, Arbitration Act 1975, Arbitration Act 1979, Arbitration Act 1997. Niti jedan od navedenih zakona se ne primjenjuje na cijelom području Ujedinjenog Kraljevstva. Jedinstvenu primjenu oni imaju u Engleskoj i Velsu, a samo izvjesne odredbe se primjenjuju u Škotskoj i Sjevernoj Irskoj, koje inače imaju vlastite arbitražne zakone. Jedina vrsta arbitraže koju spomenuti zakoni priznaju je “pravna arbitraža” (Judicial Arbitration), jer se od arbitara zahtijeva da odluku donose striktno poštujući pravo, čime je ispoljen negativan stav prema formi „amiable compositeur“ i uopće vanpravnim standardima.

Lista izvora arbitražnog prava u Engleskoj dosta je široka. Ako bismo htjeli da navedemo njihovu hijerarhiju, redoslijed bi bio sljedeći:

1. Ugovor – ako je u skladu s prinudnim propisima,
2. Pravila institucionalne arbitraže – ako su stranke ugovorile njenu nadležnost,
3. Zakonski propisi: a) međunarodni ugovori, b) ostali domaći zakonski propisi,
4. Sudska praksa,
5. Arbitražna praksa,
6. Pravna nauka.

Pretpostavke za konstituiranje arbitraže

Da bi došlo do konstituiranja arbitraže, neophodno je postojanje određenih pretpostavki. Prvo mora postojati spor. Čak i kada se arbitražnim sporazumom određuje arbitraža za buduće sporove, arbitraža nije moguća dok spor stvarno ne nastane. Ako se stranke sporazumiju da prihvate postupak mirenja, na njega se neće primi-

jeniti Zakon o arbitraži s obzirom na to da on takvu mogućnost ne predviđa, pa samim tim i ne regulira.

Drugo, mora postojati arbitražni sporazum. On može biti u obliku arbitražne klauzule sadržane u ugovoru o osnovnom poslu koja se odnosi na buduće sporove koji iz tog ili u vezi s tim ugovorom mogu nastati ili u obliku ugovora o arbitraži, posebnog pismenog akta koji stranke sačine tek kad je spor nastao.³

Treće, arbitražu treba razlikovati od *valuation* situacije, kada se dvije osobe slože da trećoj osobi povjere da utvrdi po svom vlastitom sudu i iskustvu npr. koja je najpravednija cijena koju treba platiti.

Takva osoba, po engleskom pravu, nije arbitar, već *valuer*, budući da on ne donosi odluku, jer pravog spora među strankama i nema, nego samo daje svoje mišljenje.

Najzad, arbitar mora o sporu odlučivati “pravno”. Dakle, na osnovu odredaba ugovora, činjenica datog slučaja, dokaza stranaka, on se mora ponašati i postupak voditi na način kako to zahtijeva relevantan zakon i pravila “prirodnog prava”, onako kako ga tumači englesko pravo.⁴

Dopustivost arbitraže

Zakon o arbitraži ne regulira pitanje dopustivosti arbitraže, što se uostalom i moglo očekivati, ali se iz pravne literature zaključuje da je arbitraža dopustiva ako se radi o sporu koji se može voditi u građanskom postupku i ako se radi o predmetu spora o kome se stranke mogu nagoditi. Ako je predmet spora nezakonit, arbitraža nije dopustiva.

Arbitražni sporazum

„Arbitration agreement“ kao pismeni sporazum kojim se postojeći ili budući sporovi podvrgavaju arbitraži bilo sa ili bez indikacije ko će biti arbitar.

³ Triva–Belajac–Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 688.

⁴ D. Mitrović, M. Petrović, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1996, str. 10-11.

Očito da je „arbitration agreement“ generički opći pojam koji obuhvata i arbitražnu (kompromisornu) klauzulu u glavnom ugovoru za buduće sporove koji bi iz tog ili u vezi s tim ugovorom mogli nastati i ugovor o arbitraži (kompromis) koji se zaključuje u pogledu određenog spora koji je već nastao. Ipak, budući da se radi o dvjema različitim stvarima preporučuje se da se prvi slučaj označava kao „agreement to refer“, a drugi kao „submission“.

Arbitražni sporazum mora biti sastavljen u pismenom obliku, pri čemu to može biti formalna isprava, ali to može biti i razmjena pisama, telegrama, telefaksa ili drugih dokumenata.

Broj arbitara

Broj arbitara određuju stranke shodno principu autonomije volje. On može biti paran ili neparan.

Ako arbitražnim sporazumom nije drugačije određeno ili nije uopće određen broj arbitara, smatra se da je ugovoreno suđenje jednog arbitra, što je inače uobičajeno u engleskoj arbitražnoj praksi.

Ako su stranke predvidjele dva arbitra, smatra se da arbitražni sporazum uključuje odredbu da će arbitri imenovati *umpire* neposredno poslije svoga imenovanja, odnosno da ga mogu imenovati u svako vrijeme.

Ako arbitražni sporazum predviđa tri arbitra, odluka se donosi većinom glasova.

Imenovanje arbitara

Izbor arbitara je prvenstveno stvar stranaka.

U slučaju da jedan od imenovanih arbitara odbije da sudi, da je nesposoban, ili umre, stranka koja ga je imenovala može imenovati novog arbitra na njegovo mjesto.

Ako jedna od stranaka propusti imenovati arbitra (a predviđena su dva ili tri), a to ne učini ni u roku od sedam dana od dana kad ga je druga stranka, koja je izvršila imenovanje, upozorila da učini isto, druga stranka može svog arbitra imenovati kao arbitra pojedinca i njegova odluka će obavezivati obje stranke, kao da je od obje imenovan.

Arbitre može imenovati i sud.

Imenovanje arbitara sud čini uzimajući u obzir, koliko god je to moguće, prirodu ugovora, okolnosti spora, nacionalnost, sjedište i jezik stranaka.

Ponekad arbitra može imenovati treća osoba, koja nije ni stranka u sporu ni postojeći arbitar, kao npr. privredna komora.

Da bi imenovanje bilo valjano, potrebno je obavijestiti drugu stranu i samog arbitra, koji treba potvrditi da prihvata imenovanje.

Kvalifikacija i dužnost arbitara

Englesko pravo nema općih ograničenja u pogledu izbora arbitara. Osnovno pravilo je da je arbitar prirodno i pravno kvalificiran za vršenje te funkcije, da je častan i nepristrasan, da nema neke veze sa strankama, niti interes u sporu. Dakle, to su osnovne karakteristike koje treba da posjeduje arbitar. Zato svaki arbitar prilikom imenovanja potpisuje izjavu da ne postoje činjenice koje bi mogle dovesti u opravdanu sumnju njegovu nepristrasnost i nezavisnost i da će saopćiti arbitražnom sudu i svim strankama ako se one pojave poslije tog momenta, a prije zaključenja arbitražnog postupka.⁵

Arbitri pojedinci, ili *umpire*, mogu biti sudije Commercial Courta ili High Courta, ali će u takvom slučaju biti samo arbitri i neće imati posebna ovlaštenja zbog toga što su sudije.

Arbitri su dužni da se striktno pridržavaju sporazuma stranaka ako on nije u suprotnosti s određenim privrednim propisima i pravilima javnog poretka sjedišta arbitraže.

Arbitar mora odlučiti na osnovu dokaza koje su stranke prezentirale. On nije ovlašten da poziva svjedoke sam, bez ovlaštenja stranaka. On mora odlučiti u skladu sa zakonskim pravima stranaka. On je vezan istim općim pravima dokazivanja kao i engleski sudovi, mada ne bezuvjetno svim.

Arbitar je odgovoran za propuštanje odnosno neobavljanje dužnosti arbitra, kao i za prijevarne radnje

⁵ D. Mitrović, M. Petrović, op. cit. str. 12-19.

Izuzeće arbitara

Pravilo je da su ovlaštenja arbitara neopoziva sve dok High Court ne odredi drugačije i pod uvjetom da drugačije nije predviđeno arbitražnim sporazumom, a sud će odobriti opoziv arbitra samo ako za to postoje valjani razlozi i odgovarajući zahtjev stranaka.

Stranka može tražiti izuzeće arbitra koga je sama imenovala, ili je učestvovala u imenovanju, samo iz razloga za koje je doznala nakon njegovog imenovanja.

Zahtjev za izuzećem, koji mora biti sačinjen u pisanom obliku, stranka dostavlja sudu, a dužna je o tome obavijestiti drugu stranku, arbitra čije izuzeće traži, kao i ostale članove arbitraže.

Razlozi za izuzeće su različiti: dijelom su propisani zakonom, a djelom imaju osnova u sudskoj praksi. U svakom slučaju, oni mogu biti:

1. nedostatak nepristrasnosti i nezavisnosti,
2. diskvalifikacija arbitara,
3. nedostatak razumne brzine arbitra u započinjanju ili vođenju postupka te donošenju odluka,
4. eksces u suđenju ili odbijanje arbitra da ga vrši,
5. prijevarne radnje prema stranci.

Mjerodavno materijalno pravo

Propisi o primjeni materijalnog prava ne spadaju u procesno-pravno područje, tako da ih nijedan od engleskih zakona o arbitraži ne sadrži.

Naime, ovo pitanje je razmatrano i interpretirano u mnogim sudskim odlukama, tj. o njemu postoji stav suda koji obavezuje da se na osnovu tih sudskih odluka kao i pravne doktrine ipak ima potpuna slika o ovom pitanju.

Arbitraža primjenjuje materijalno pravo koje su stranke izabrale. Ako je ono strano pravo, tretirat će se kao faktička činjenica koju stranke moraju dokazati, a njegova pogrešna primjena isključuje pravo žalbe High Courtu.

Ako stranke nisu izričito odredile mjerodavno pravo, izbor engleske arbitraže bio je dugo vremena uvjerljiva i čak neoboriva pretpostavka o prešutnom izboru engleskog materijalnog prava.

Međutim, ovaj princip je izgubio na značaju poslije slučaja *Compagnie d' Armement Matitime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SAQ*, kada je sud konstatirao da izbor sjedišta arbitraže nosi sa sobom pretpostavku o izboru prava te zemlje, ali da to nije nužan i neoboriv zaključak, već samo jedna od činjenica o prešutnom izboru materijalnog prava koja mora biti podržana nizom drugih.

Ako stranke nisu odredile mjerodavno pravo, niti se sa sigurnošću može utvrditi koje su pravo imale na umu, mjerodavno pravo će odrediti arbitri u skladu sa kolizijskim normama.⁶

Kontrolu nad provođenjem arbitražnog postupka, kao i same odluke, može vršiti High Court.

High Court može i dalje odlučivati o pravnim pitanjima, bilo u toku postupka, bilo u vezi s odluke koja je već donijeta, ali samo pod sljedećim uvjetima:

- da je zahtjev upućen uz saglasnost arbitra ili *umpirea* i svih stranaka, ili uz saglasnost svih stranaka u postupku,
- da je sud odobrio takav zahtjev,
- da će se odlukom suda o pravnom pitanju uštedjeti troškovi stranaka.

High Court može naložiti arbitru da obrazloži odluku ako je stranka uputila takav zahtjev arbitru, ili ako postoje posebni razlozi.

Stranke mogu isključiti kontrolu suda bilo time što će isključiti pravo žalbe na odluku ili što će isključiti pravo suda da odlučuje o određenom pravnom pitanju u toku arbitražnog postupka. To se čini tzv. *exclusion agreementom*, koji mora biti u pisanom obliku i u kome namjera stranaka mora biti izražena jasno i izričito.

Kod međunarodnih arbitraža odnosno međunarodnih ugovora situacija je drugačija. Stranke imaju pravo da *exclusion agreementom* isključe sudsku kontrolu unaprijed, dakle prije nastanka spora, izričitom odredbom unesenom u tekst ugovora ili samu arbitražnu klauzulu.

Svrha *exclusion agreementa* je da englesku arbitražu odnosno njen postupak približi arbitražama drugih zemalja s obzirom na to da je sud lišila onih nadležnosti koje su u poslovnim krugovima bile predmetom najžešćih kritika.

⁶ E. Muminović, *Osnovi međunarodnog prava*, Sarajevo, 1997, str. 166.

Arbitražni postupak

U skladu s principom autonomije volje, stranke mogu same odrediti postupak pred arbitražom.

Arbitar mora voditi postupak u skladu s arbitražnim sporazumom, ali bez obzira na to koji su postupak stranke izabrale njegova pravila ne smiju biti u suprotnosti s engleskim javnim poretkom ako se na njenoj teritoriji nalazi sjedište arbitraže.

Ako stranke nisu iskoristile ovlaštenje da odrede postupak, ili su jednostavno propustile to da učine, o postupku će odlučiti arbitri, koji u tom pogledu imaju vrlo široka ovlaštenja.

Prvi korak u arbitražnom postupku je notifikacija da je arbitar imenovan, da bi se potom zatražio pismeni pristanak arbitra. Dokument iz kojeg proizlazi ovlaštenje da bude arbitar šalje se arbitru na potpis.

Kod institucionalnih arbitraža notifikaciju vrši sekretarijat arbitražnog suda. Prihvatanjem dužnosti, imenovanje arbitra se smatra izvršenim.

U praksi engleskih arbitraža uobičajeno je da arbitar prije održavanja rasprave sazove jedan ili više preliminarnih sastanaka sa strankama. Ova metoda po svojoj prirodi odgovara onoj u sudskom postupku koja se koristi s ciljem da se prethodno razjasni u čemu su osnovna sporna pitanja.

Svrha prethodnog sastanka je da se na neformalan način utvrde pitanja o kojima će se odlučivati, kao i bolje upoznavanje sa spornim pitanjima.

Usmena rasprava. Pravilo engleskog arbitražnog postupka je da se održi usmena rasprava, ali ona nije apsolutno obavezna. Odluku o tome donose same stranke, a mogu je prepustiti i arbitru, koji će u svakom slučaju slijediti praksu koja je dotada postojala. Tako npr. u sporovima oko kvaliteta, u kojima nisu sporna pravna pitanja, uobičajeno je da se odluka donese bez održavanja rasprave, samo na osnovu dokumenata.

Osobe koje imaju pravo da prisustvuju raspravi su same stranke, njihovi zastupnici, svjedoci i vještaci.

Ako jedna od stranaka ne dođe na raspravu ili odbije učestvovati u postupku, arbitar je ovlašten da nastavi postupak u odsutnosti takve stranke i na osnovu toga donese odluku.

Uobičajeni postupak rasprave je sljedeći:

- tužilac otvara raspravu izlažući tužbeni zahtjev i navodeći sredstva koja namjerava koristiti za dokazivanje svojih navoda,
- tužilac poziva svoje svjedoke i vrši glavno ispitivanje,
- svjedoke tužbe odmah poslije toga može unakrsno da ispituje tuženi,
- tužilac stavlja na uvid i ako je potrebno dokazuje svaki dokument koji potkrepljuje tužbu,
- tuženi izlaže svoj zahtjev,
- tuženi poziva svoje svjedoke i vrši njihovo ispitivanje, kasnije može unakrsno,
- tuženi prilaže dokumente, kao dokaze – ako postoje,
- tuženi ima završnu riječ,
- tužilac ima svoju završnu riječ.

Dokazi. U pogledu dokazivanja arbitraže slijede ista pravila koja važe i za redovan sud. Ako stranke u tom pogledu nisu nešto drugo odredile, odluka mora biti zasnovana na dokazima.

Iako smatra da raspolaze dovoljnim dokazima, arbitar treba da izvede sve dokaze koje su stranke predložile, jer je pravilo da strankama treba dati razumnu mogućnost za dokazivanje. Arbitar ima diskreciono pravo odlučivanja o broju dokaza koji će se izvesti, ali odbijanje da prihvati dokaz, posebno ako je potreban, može biti delikatan korak koji će bitno utjecati na odluku.

Ako stranke nisu nešto drugo ugovorile, smatra se da saslušanje svjedoka treba da se izvrši pod zakletvom ako arbitar smatra to potrebnim.

Odluka

Arbitražna odluka može biti u pisanom obliku, a može biti i usmeno saopćena, što zavisi od sporazuma stranaka.

Praksa engleskih arbitraža je da odluka bude u pisanom obliku, da je arbitri potpišu, a njihov potpis potvrdi svjedok.

Da bi bila punovažna, odluka mora ispunjavati sljedeće:

1. mora slijediti arbitražni sporazum, tj. mora se odnositi samo na stvari koje su u njemu sadržane,

2. mora biti određena i jasna, što znači da ne smije biti sumnji u pogledu onoga što je arbitar namjeravao, posebno u pogledu prirode i domašaja obaveza koje se nameću strankama,
3. mora biti konačna, jer će u protivnom biti vraćena arbitru na ponovno razmatranje,
4. mora biti razumna, zakonska i moguća.

Ako odluku donosi više arbitara i u pogledu spornih pitanja ne mogu da se slože, donijet će se većinska odluka. Ako ni ona nije moguća, odluku će donijeti predsjednik arbitražnog vijeća.⁷

Englesko arbitražno pravo ne obavezuje arbitra da dadne obrazloženje odluke, ali i ne isključuje tu mogućnost. Ipak, ono se najčešće ne daje.

Evropsko (kontinentalno) arbitražno sudovanje

Arbitražno sudovanje kod pravnih sistema koji pripadaju evropskom (kontinentalnom) pravu različito je zastupljeno, i to idući od zemalja kao što su Njemačka, Francuska, kod kojih je ovaj oblik rješavanja spornih slučajeva vrlo raširen, pa sve do zemalja bivše Jugoslavije, zatim Češke, Slovačke, kod kojih se ovaj oblik rješavanja sporova tek počeo razvijati. Pored zakona, arbitražne prakse, sudske prakse, veliki značaj kod izvora evropskog arbitražnog prava ima i Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 1961. godine.⁸

Specifičnosti arbitražnog sudovanja u evropskom (kontinentalnom) pravu bit će prikazan kroz pravni sistem Njemačke.

Međunarodna arbitraža u njemačkom pravu

Arbitraža u Njemačkoj ima dugu tradiciju i nesumnjivo veliko iskustvo u rješavanju kako domaćih tako i inozemnih sporova, nastalih iz različitih ugovornih odnosa.

Veliki broj arbitražnih centara nalazi se upravo u Njemačkoj. Uglavnom se radi o institucionalnim arbitražama organiziranim pri

⁷ Ibid.

⁸ V. Kapor, *Konvencije i pravilnici o spoljnotrgovinskim arbitražama*, Beograd/Zagreb, 1991, str. 38.

trgovačkim i industrijskim komorama, stručnim udruženjima ili berzama.

Posebno treba istaći Hamburšku arbitražu za mirenje, tzv. Hamburšku prijateljsku arbitražu, osnovanu 1927. godine, i Arbitražni sud Trgovinske komore Hamburga, osnovan 1948. godine.

Pored ovih arbitraža općeg tipa, postoji veliki broj specijaliziranih arbitražnih institucija osnovanih pri trgovačkim asocijacijama, koje rješavaju sporove iz određenih branši, kao npr. trgovina pamukom, drvetom, voćem itd.

Sve one imaju vlastita arbitražna pravila i rješavaju sporove kako iz domaćih tako i međunarodnih transakcija, mada nijedna od njih nema značaj kao npr. GAFTA arbitraža u Londonu.

Unapređenju razvoja njemačke arbitraže svakako doprinose, i to u velikoj mjeri, Njemački odbor za arbitražu sa sjedištem u Bonu, koji organizaciju i rad arbitraže regulira statutom i arbitražnim pravilima, te Njemački institut za arbitražu sa sjedištem u Kölnu, koji se arbitražama bave i s praktičnog i s teoretskog aspekta.

Za sve arbitraže se može reći da su slobodne onoliko koliko to mogu biti, odnosno da su nezavisne u svom radu u mjeri koju određuju dobri običaji i javni poredak.

Uloga državnih sudova svodi se na pomoćnu i nadzornu funkciju, i to pri imenovanju i mijenjanju arbitara, provođenju arbitražnog postupka, poništenju, priznanju i izvršenju arbitražnih odluka.

Sud intervenira uglavnom zbog procesnopравnih pitanja, i to zbog toga što arbitraža izvjesne procesne radnje, koje u sebi involviraju funkciju suvereniteta, ne može da sama provede.

Kontrolna funkcija suda isključivo je ograničena na poštovanje osnovnih načela njemačkog prava i ne odnosi se na primjenu prava, jer je materijalno preispitivanje odluke isključeno.

Izvori arbitražnog prava

Njemačka pripada krugu zemalja koje nemaju posebne zakone o arbitraži. Važeći zakonski propisi nalaze se u Zakonu o građanskom postupku iz 1877. godine, čije odredbe, u principu, nisu bitno mijenjane do danas.

Značajan izvor prava za organizaciju i rad arbitraža nesumnjivo predstavljaju pravilnici institucionalnih arbitraža.

S obzirom na to da su oni redovno nepotpuni, u slučaju praznina, po pravilu, primjenjuju se procesna pravila sjedišta arbitraže, osim u slučaju da su se stranke sporazumjele o primjeni inostranog procesnog prava.

Pravila kojih se njemačke arbitraže pridržavaju sadržana su u brojnim međunarodnim konvencijama koje je Njemačka potpisala, a to su prije svega Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, Evropska konvencija o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961. godine, UNCITRAL arbitražna pravila iz 1976. godine, kao i niz bilateralnih sporazuma koje je Njemačka zaključila.

Oskudnost propisa mjerodavnih za arbitražu ima za posljedicu da sudska i arbitražna praksa u ovom području dobiju izuzetno veliki značaj.

Imajući u vidu da su izvori prava različiti, a da u oblasti arbitraže vlada načelo slobode ugovaranja, prvenstvo u primjeni ima ugovor, zatim pravila institucionalne arbitraže, ako je njena nadležnost ugovorena, pa zakonski propisi, od kojih prvo dolaze u obzir međunarodni ugovori, a zatim domaći zakonski propisi, i na kraju sudska i arbitražna praksa.⁹

Dopuštenost arbitraže

Prema zakonu o sudskom postupku, arbitraža je dopustiva ako je predmet spora podoban da se riješi nagodbom. Šta objektivno može biti predmetom nagodbe određuje građansko pravo. Predmetom nagodbe ne mogu biti bračne stvari, stavljanje pod starateljstvo i sl.

Arbitražni sporazum

Arbitražnim sporazumom se može predvidjeti nadležnost arbitraže u pogledu određenog spora koji je već nastao ili u pogledu

⁹ D. Mitrović, M. Petrović, op. cit., str. 75.

budućih sporova koji mogu nastati iz, ili u vezi sa određenim pravnim poslom.¹⁰

Arbitražni sporazum mora biti zaključen izričito i u pisanoj formi.

Pod ovim se podrazumijeva da arbitražni sporazum mora biti nesumnjiv i jasan, i da je sadržan u ispravi koju su potpisale obje strane. Nedostatak forme u vezi s potpisom, izričitošću o postojanju posebne isprave, neutralizira se upuštanjem u spor bez isticanja prigovora nenadležnosti.

Arbitražni sporazum neće biti punovažan ako stranka koja ga je potpisala nije potpuno poslovno sposobna, ako predmet nije arbitraran, ako sporazum nije jasan i razumljiv, ili ako je jedna stranka iskoristila svoju ekonomsku i socijalnu nadmoć pri određivanju njenog sadržaja.

Broj arbitara

Po principu slobode ugovaranja, o broju arbitara odlučuju stranke. One se mogu opredijeliti za jednog ili više arbitara. Ako arbitražni sporazum nema odredaba o imenovanju arbitara, predviđa se da svaka stranka bira po jednog arbitra.

Ako se ima u vidu da se odluka donosi većinom glasova, razumljivo je da sastav od dva arbitra nije dobro rješenje. U praksi njemačkih arbitraža se isključivo nalaze arbitri pojedinci ili, što je češći slučaj, posebno kod institucionalnih arbitraža, tročlani arbitražni sud, što je u skladu s međunarodnom arbitražnom praksom.

Imenovanje arbitara

Arbitre mogu imenovati stranke, sud ili neka treća osoba – ovlaštenik za imenovanje.

¹⁰ S. Triva: Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1980., str. 667.

a) Imenovanje od strane stranaka

U slučaju tročlanog arbitražnog suda svaka stranka imenuje po jednog arbitra. Stranka koja je insistirala na arbitražnom postupku pismeno obavještava drugu stranku o arbitru koga je imenovala, poziva je da i ona učini to u roku od 7 dana. Ako druga stranka to ne uradi u ostavljenom roku, imenovanje će izvesti nadležni sud na zahtjev stranke koja je već učinila imenovanje.

U slučaju pojedinca, stranke se moraju saglasiti o njegovom imenovanju. Ako sporazuma nema, o njegovom imenovanju će odlučiti neko treći – Privredna komora, Zemaljski sud i sl.

b) Imenovanje od strane trećeg

Imenovanje arbitra stranke mogu povjeriti trećoj osobi, ovlašteniku za imenovanje, već u arbitražnom sporazumu. Ta treća osoba može biti predsjednik trgovačke komore, predsjednik nekog stručnog udruženja itd.

Ovlaštenik za imenovanje nije obavezan prihvatiti i izvršiti tu obavezu, zato stranke mogu predvidjeti supsidijarno treću osobu.

c) Imenovanje od strane suda

Arbitra može imenovati i sud, i on će to učiniti ako su se same stranke tako sporazumjele, ako je stranka pozvana da izvrši imenovanje pa je to propustila izvršiti u roku od 7 dana, ako je arbitar umro, odbio da preuzme i vrši tu funkciju, ili je postao neaktivan i nepodoban da vrši postavljenu funkciju.

Mjerodavno materijalno pravo

U skladu s principima međunarodnog privatnog prava, kao i rješenjima usvojenim međunarodnim konvencijama o arbitraži, arbitraža primjenjuje materijalno pravo koje su stranke izabrale.

Ako je to strano pravo, ono se saznaje i primjenjuje kao pravo, a ne kao faktička činjenica. Da bi saznala sadržinu strane pravne norme, njemačka arbitraža se može služiti svim izvorima koje smatra neophodnim i korisnim.

Arbitražni sud je dužan primijeniti pravo koje su stranke izabrale, što je u skladu s načelom stranačkog izbora. U slučaju

da arbitri primijene pravo koje su stranke isključile u sporazumu, postoji prekoračenje ovlaštenja, što je osnova za poništenje odluke.

Pod primjenom prava podrazumijeva se i primjena trgovačkih običaja.

U slučaju da stranke nisu izričito odredile mjerodavno pravo, niti se sa sigurnošću može utvrditi koje su pravo imale na umu, mjerodavno će pravo biti ono koje odrede arbitri u skladu s kolizijskim normama sjedišta arbitraže.¹¹

Arbitražni postupak

Arbitražni postupak određuju stranke u sporazumu. One se u principu mogu odlučiti za inostrano procesno pravo kao mjerodavno za spor, međutim u praksi je takav izbor veoma rijedak.

Njemačka arbitražna praksa, kao i međunarodna, pokazuje da su arbitražni centri privrženi sistemu koji je mjerodavan za njihovo sjedište, pa se i autonomija koristi uglavnom u okviru tog sistema.

Ako stranke nisu iskoristile mogućnost da same odrede postupak, što u praksi one to ne čine, niti u tom pravcu mogu da odrede sve, onda će postupak odrediti arbitri po slobodnoj ocjeni. Oni mogu odrediti postupak u cijelosti ili samo njegov dio.

Osnovne karakteristike postupka u praksi su da se spor rješava u okviru jedne ili više usmenih rasprava, što zavisi od složenosti konkretnog slučaja, da arbitražni sud vodi postupak na aktivan način jer su arbitri više nego zastupnici stranaka odgovorni za prikupljanje i provjeru dokaznog materijala, da je postupak u pripremnoj fazi pismen, a kasnije usmen, odnosno da su skupa pisani podnesci i usmena rasprava uobičajeni, mada je moguće da postupak bude samo pismen ako arbitri odluče da je usmena rasprava nepotrebna, da su arbitri slobodni da vode postupak na neformalan način i da to obično čine, da se pridržavaju dogovorenih pravila postupka.

Osnova arbitražnog postupka je pravo stranaka na saslušanje. Ono podrazumijeva ne samo dužnost da se strankama omogući iznošenje svega što smatraju potrebnim nego i dužnost da im se da prilika da se izjasne o svim činjenicama i dokaznim sredstvima.

¹¹ E. Muminović, op. cit., str. 167.

U pogledu dokaznog postupka osnovno načelo je pravo stranaka da budu prisutne pri izvođenju dokaza. Pri utvrđivanju činjeničnog stanja i izvođenju dokaza arbitražni sud nije ograničen onim što su predložile stranke. On može saslušati svjedoke i vještake po svojoj ocjeni, izvoditi dokaze na bilo koji način.

Arbitraža, kao i sud, može tražiti vještačenje po vlastitoj ocjeni ili na zahtjev jedne od stranaka. U izboru vještaka arbitražni sud nije ograničen na službeno imenovane vještake. On je slobodan da učini vlastiti izbor, po slobodnoj ocjeni, zavisno od vrste spora.

Arbitražna odluka

Nakon uredno provedenog postupka donosi se arbitražna odluka. Ako odluku donosi više arbitara, mjerodavna je apsolutna većina glasova, ako arbitražnim sporazumom nije drugačije određeno.¹²

Odluka je u osnovi pisana, mora biti obrazložena, pa je nedostatak obrazloženja razlog poništenja odluke, osim ako su se stranke drugačije dogovorile.

Odluka među strankama proizvodi djelovanje od momenta kada im je dostavljena, pa se od tog momenta ne može mijenjati ni povući. Ona je konačna i obavezna za stranke, kao što je i sudska odluka.

Ona mora sadržavati imena stranaka i njihovo prebivalište/sjedište, imena i prebivalište njihovih zastupnika (ako su pravne osobe), imena arbitara, činjenično stanje, odluku o međusobnim pravima, obrazloženje, datum donošenja i potpis arbitra.

Arbitražni sud treba odlučiti ko će snositi troškove postupka i o tome donijeti odluku. Postupak je u načelu jednostepen, ali stranke mogu ugovoriti i žalbenu instancu, što je rijedak slučaj.

Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka

Za izvršenje arbitražne odluke nije dovoljno što je ona proglašena konačnom i pravosnažnom, već mora biti proglašena izvršnom od nadležnog redovnog suda posebnom odlukom.¹³

¹² Ibid.

¹³ Jezdić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1989, str. 102.

Kad se govori o međunarodnim konvencijama, nema sumnje da je Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine u tom pogledu najznačajnija i među državama članicama u primjeni.

Međutim, njene odredbe ne sprječavaju stranku da koristi odredbe neke druge konvencije.

Prema njemačkom procesnom pravu izvršenje arbitražne odluke može biti odbijeno u sljedećim slučajevima:

- ako je arbitražna odluka pravno nevažeća,
- ako bi se priznanjem i izvršenjem strane arbitražne odluke postigao rezultat suprotan moralu i javnom poretku,
- ako stranka u arbitražnom postupku nije bila pravno zastupana,
- ako stranci u postupku nije osigurano zakonsko pravo da bude saslušana, odnosno nije joj bila pružena mogućnost odbrane.

Postupak izvršenja stranih arbitražnih odluka vezan je za postupak izvršenja domaćih arbitražnih odluka, i on je moguć samo ako odluka ispunjava sve propisane uvjete i ako postoji veza s domaćom državom.

Prigovori protiv zahtjeva za izvršenjem mogu biti istaknuti u postupku izvršenja samo ako su razlozi nastali nakon trenutka u kome su, u arbitražnom postupku, najkasnije mogli biti istaknuti.

Izuzetak važi za kompenzaciju, kada se prigovor može istaknuti čak i kada je kompenzacijska situacija postojala u momentu donošenja arbitražne odluke.

Zaključak

Tradicija sudovanja pred arbitražama održana je kroz višestoljetni razvoj prava sve do savremenog doba.

Ekonomska globalizacija i razvoj društveno-ekonomskih odnosa utjecali su da arbitražno rješavanje sporova postane vrlo značajnim sredstvom u rješavanju spornih slučajeva, kako u anglosaksonskom tako i u evropskom (kontinentalnom) pravu. Volja stranaka u izboru arbitara, prava koja će primijeniti na njihov slučaj, kao i izbor drugih parametara, dovoljni su razlozi da i propisi Evropske unije vrlo značajno mjesto daju arbitražnom sudovanju. Najbolju ilustraciju modernog arbitražnog sudovanja daju pravni poreci Engleske i

Njemačke, te se navedene zemlje s pravom smatraju kolijevkom modernog arbitražnog sudovanja.

Engleske propise koji reguliraju materiju arbitraža karakterizira nepotpunost, što uostalom nije nikakva specifičnost ovog prava, već opća karakteristika najvećeg broja nacionalnih propisa u ovoj materiji. Činjenica je da se ne radi o nemogućnosti da se propiše sve, već o želji zakonodavca da reguliranje svede na onu mjeru koja treba da osigura poštovanje onih načela procesnog prava od kojih se nipošto ne smije odstupiti.

Na taj način se ostavlja prostora i samoj arbitraži. Međutim, raznovrsnost i brojnost situacija u kojima engleski sud može intervenirati u arbitražnom postupku, bilo u vidu pomoći ili nadzora, pokazuje da je njegova uloga u arbitraži mnogo veća nego što je to slučaj u arbitražama kontinentalnog prava, što automatski utječe i na autonomiju arbitraže.

U tom smislu, poslije brojnih kritika u Engleskoj je izvršena reforma donošenjem Arbitration Acta 1979. godine, koji je u velikoj mjeri reducirao sudsku kontrolu arbitraže i time je učinio pogodnijom i atraktivnijom za strance.

Za njemačke arbitraže se može reći da su slobodne onoliko koliko to mogu biti, odnosno da su nezavisne u svom radu u mjeri koju određuju dobri običaji i javni poredak.

Uloga državnih sudova svodi se na pomoćnu i nadzornu funkciju, i to pri imenovanju i mijenjanju arbitara, provođenju arbitražnog postupka, poništenju, priznanju i izvršenju arbitražnih odluka.

Sud intervenira uglavnom zbog procesnopравnih pitanja, i to zbog toga što arbitraža izvjesne procesne radnje, koje u sebi involviraju funkciju suvereniteta, ne može sama provesti.

Kontrolna funkcija suda isključivo je ograničena na poštovanje osnovnih načela njemačkog prava i ne odnosi se na primjenu prava, jer je materijalno preispitivanje odluke isključeno.

Stepen autonomnosti i slobode arbitraža određuje sam zakonski okvir. Međutim, ipak treba podsjetiti da velika, neograničena sloboda ugovaranja u arbitražnom postupku pogoduje onima koji su moćniji i koji mogu da nametnu svoje uvjete. Prevelika sloboda može da dovede do anarhije, što neposredno ukazuje na to da određeni, manji ili veći stepen kontrole, treba biti nužan.

Literatura

1. D. Mitrović, M. Petrović, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd, 1996.
2. M. Trifković i S. Omanović, *Međunarodno poslovno pravo i arbitraže*, Sarajevo, 2001.
3. E. Muminović, *Osnovi međunarodnog privatnog prava*, Sarajevo, 1997.
4. Jezdić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1989.
5. V. Kapor, *Konvencije i pravilnici o spoljnotrgovinskim arbitražama*, Beograd/Zagreb, 1991.
6. Triva-Belajac-Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986.
7. S. Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1980.
Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine.
Ženevska konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1927. godine.
Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju inostranih odluka iz 1958. godine.
Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine.
Vašingtonska konvencija o rješavanju investicionih sporova između države i građana drugih država iz 1965. godine.