



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Кристина Р. Стевановић

**ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ
ЦЕНТРОМ ЗА РЕШАВАЊЕ
ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID)
КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИ
СИСТЕМ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2019.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



Kristina R. Stevanović

**INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT
DISPUTES (ICSID) – ASSISTED DISPUTE
RESOLUTION PROCEDURE AS A
FUNCTIONAL APPELLATE SYSTEM**

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2019.

Подаци о докторској дисертацији

Ментор:

Др Александар Ђирић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет
Др Предраг Цветковић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет

Наслов:

Поступак пред Међународним центром за решавање
инвестиционих спорова (ICSID) као функционално апелациони
систем

Резиме:

Резиме докторске дисертације

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID) је замишљен као деполитизован форум за ефикасну заштиту права инвеститора у односима са државама пријема капитала. Синоним је преласка на квалитативно другачији вид заштите права појединца на међународној сцени. ICSID је систем који садржи све неопходне елементе за ефикасно функционисање, са јединственим одредбама којима је уређено извршење одлука и специфичним механизмом за њихову контролу унутар самог система. Као *specificum* у међународном праву уопште, ICSID негује концепт релативне коначности одлука, који се огледа у прописивању посебних пост-арбитражних поступака: поступци за исправку, допуну, тумачење, ревизију и поништење одлуке. Посебност система се нарочито огледа у поступку за поништење одлука (који је уређен чланом 52. ICSID Конвенције), као механизму против „слепог“ извршења. Кроз изграђивање праксе у оквиру ICSID-а, иницијално замишљен као изузетан правни лек, за случајеве флагрантног кршења процедуре, поступак за анулирање одлуке је почео да поприма карактеристике апелационог поступка. Овај тренд се идентификује у проширивању овлашћења *ad hoc*

комитета, односно домета разматрања одлука у поступку за њихово поништење. Начин рада *ad hoc* комитета се описује као стварање апелационог поступка у оквиру *ICSID*-а, пред којим су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе. Упоредо са оваквим развојем процедура креираних *ICSID* Конвенцијом, исходи спорова, размере њихових вредности, као и свеукупна клима у међународном економском окружењу, довеле су до преиспитивања легитимитета овог Центра. Имајући у виду да се поступак за поништење одлуке развијао на начин који „измиче“ ограничењима постављеним текстом *ICSID* Конвенције, дисертација настоји да испита да ли је начин рада *ad hoc* комитета у узрочно-последичној вези са кризом легитимитета *ICSID*-а. Истраживање указује да се природа инвестиционих спорова од стварања *ICSID*-а до савременог доба изменила на начин који укључује јавно-правне елементе. Овако схваћена правна природа *ICSID*-а указује да је прерастао из класичне арбитраже у механизам кроз који се разматрају питања од националног значаја, конкретно, суверене регулаторне слободе државе. *Ad hoc* комитети се намећу као органи, који кроз основну улогу додељену *ICSID* Конвенцијом, разматрају јавне политике држава и сугеришу начине за њихово креирање и спровођење. Тиме се позиционирају као средство индиректне контроле држава. На основу посматрања управног права у националним система, изградио се теоријски став који његову основну улогу опредељује као контролу државног апарата. Имајући то у виду, *ICSID* се описује као најсавршенији механизам глобалног управног права. Правна доктрина на тај начин настоји да понуди концептуални оквир за поступање *ad hoc* комитета, који преузимајући функцију *soft law* инструмента, надограђује дух *ICSID* Конвенције и даје легитимни ауторитет измењеној улози органа који поступају у оквиру овог Центра. Теоријска концептуализација рада *ad hoc* комитета намеће суштинско питање: да ли је потребно „исправљати“ систем који

је функционалан и у фази развоја и проналажења адекватног места у сфери међународних инвестиционих односа уопште? Полазећи од таквог схватања, дисертација настоји да прикаже да рад *ad hoc* комитета, који залази ван строгих граница постављених *ICSID* Конвенцијом, не представља признање несавршености система, већ методу прилагођавања промењеним околностима.

Научна област:

Право

Научна
дисциплина:

Међународно трговинско право

Кључне речи:

ICSID, поступак за поништење одлуке, апелациони поступак, глобално управно право

УДК:

339.52:341.6(043.3)

CERIF
класификација:

S 144 Привредно и трговинско право

Тип лиценце
Креативне
заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral
Supervisor:

Dr Aleksandar Ćirić, full professor, University of Niš, Faculty of law

Dr Predrag Cvetković, full professor, University of Niš, Faculty of
law

Title:

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) –
assisted Dispute Resolution Procedure as a Functional Appellate
System

Abstract:

Text of the Abstract

The International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) was created as a depoliticized forum for the effective protection of investors' rights. It stands as a synonym for the transition to a qualitatively different type of individual rights' protection in the international scene. ICSID is a self contained system which consists of the entire necessary requirement for properly functioning, with the unique enforcement of the awards regulations, and a specific mechanism for the control of the awards within the system. As *specificum* in international law in general, ICSID fosters the concept of relative finality of the awards, which is reflected in prescribing post-arbitration procedures. The particularity of the system is reflected in the annulment procedure (Article 52 of the ICSID Convention), which is observed as a mechanism against "blind" enforcement. Through the development of ICSID practice, although initially conceived as an exceptional legal remedy, the annulment process began to gain the characteristics of the appeal procedure. This trend is identified in the *ad hoc* committees' assumption of extensive authority, and in the standard for the review of the awards. This process is described as appeal on procedural basis.

Along with such development of procedure, faced with outcomes of the disputes and the value of awarded compensations, the overall climate in the international economic environment has led to the questioning of the legitimacy of ICSID. Bearing in mind that the annulment procedure has exceeded the original constraints set by the ICSID Convention, the dissertation aims at examining whether the practice of *ad hoc* committees bears any relevance to legitimacy crisis. The conducted research suggests that the legal nature of investment disputes has evolved in a manner that places them in realm of public law issues. This explains ICSID overgrowth of classical commercial arbitrations to a system which entails considering essential state interests, and in particular, sovereign regulatory freedoms. *Ad hoc* committees are positioned as bodies which assume the power to suggest the creation, as well as ways for implementation of public policies of the States. This places *ad hoc* committees as means for the indirect control of the States. Based on the theoretical understanding of administrative law in the national systems, its essential role is determined as the control of the governing apparatus of the State. By comparison, ICSID is described as the finest mechanism of global administrative law. This is how the legal doctrine creates a conceptual framework for the work of *ad hoc* committees, which, by functioning as a *soft law* instrument, renews the meaning of the ICSID Convention and gives the legitimacy to the changed authority of this Center. Theoretical conceptualization of the work of the *ad hoc* committees imposes the essential question: is it necessary to fix the functioning system that is still developing and appears not to be broken? Starting from such an understanding, the dissertation aims to show that the fact that *ad hoc* committees are assuming the authority that goes beyond the strict limits of the ICSID Convention, stands not as recognition of system imperfections, but rather as a method for adapting to changed circumstances.

Scientific Field: Law

Scientific Discipline: International trade law

Key Words: ICSID, annulment procedure, appeal, Global Administrative Law

UDC: 339.52:341.6(043.3)

CERIF Classification: S 144 Industrial and commercial law

Creative Commons License Type: CC BY-NC-ND

Списак основних термина и појмова

1. ICSID - Центар за решавање инвестиционих спорова између држава чланица и држављана других држава чланица (енг. „*International Centre For Settlement of Investment Disputes*“). Настао је под окриљем Светске банке. Основ настајања је међудржавни споразум, односно Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (енг. „*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*“, у даљем тексту: ICSID Конвенција). Центар је креиран 1965. године са задатком да кроз организациону структуру и друге стручно-техничке услове пружи олакшице за посредовање и арбитражу инвестиционих спорова између држава потписница и држављана других држава.

2. Административни савет је орган ICSID-а. Састоји се од по једног представника сваке државе потписнице ICSID Конвенције. Председник Светске банке је уједно и председник Административног савета. ICSID Конвенција уређује надлежности и овлашћења овог органа ICSID-а. Поред осталих, има значајну улогу у доношењу арбитражних правила, затим у постављању лица на листу арбитра, као и у конституисању трибунала за решавање конкретних случајева који се износе пред ICSID.

3. Секретаријат је орган ICSID-а. На челу Секретаријата је генерални секретар који, између осталог, има овлашћења у фази регистрације спора који је поднет за решавање пред ICSID-ом.

4. Инвестиција. Под овим појмом, генерално говорећи, подразумева се свако улагање капитала од кога се може очекивати стицање профита. У Републици Србији је донет Закон о улагањима („Службени гласник Републике Србије“ број 89/2015), којим се појам улагање дефинише на следећи начин (члан 3. Закона):

„улагање јесте:

- а) привредно друштво или огранак привредног друштва које је основао улагач, у складу са законом којим се уређују привредна друштва у Републици Србији;

- б) удео у привредном друштву, акције друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва у смислу закона којим се уређује тржиште капитала у Републици Србији;
- в) права која је улагач стекао на основу уговора о јавно-приватном партнерству у складу са законом којим се уређује јавно-приватно партнерство у Републици Србији;
- г) права својине, службености, залогe и друга стварна права на покретним стварима и непокретностима које се налазе на територији Републике Србије која је улагач стекао за потребе обављања делатности;
- д) права интелектуалне својине, која имају заштиту по важећем праву Републике Србије;
- ђ) права на обављање делатности која се обавља на основу дозволе или одобрења државног органа, стечених у циљу обављања делатности улагача на територији Републике Србије, у складу са законом.“

ICSID Конвенција не садржи дефиницију појма инвестиције. У пракси трибунала, као и у правној доктрини, развиле су се теорије које настоје да најпотпуније објасне шта се може сматрати елементима појма „инвестиција“. Један од општеприхваћених тестова је такозвани „*Salini*“ тест (дат на основу схватања трибунала у ICSID случају *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4*), који за одређивање инвестиције подразумева испуњење четири елемента:

1. постојање улагања (у новцу или у раду);
2. дужина пословања;
3. учешће у сношењу ризика и
4. допринос економском развоју државе домаћина.

5. Инвестициони спор за чије решавање је надлежан ICSID је спор правне природе који мора да произилази директно из инвестиције.

6. Регулаторни спор - у литератури се појављује као назив за врсту инвестиционог спора који на основу терминолошког прецизирања треба да определи разлику у предмету инвестиционих спорова у традиционалном контексту и предмета ових спорова у модерној етапи развоја међународних економских односа. Регулаторни спор се може схватити као спор између државе и инвеститора, који проистиче из измене правног третмана инвестиције проузроковане актима државе предузетих у

капацитету суверена, а у коме се одређује њихова законитост у конкретном случају, са могућом импликацијом за вршење јавних овлашћења државе, уопште.

7. Арбитража је метод за решавање спора вансудским путем. Поред тога, овај појам може означавати и саму институцију у оквиру које се спор решава. ICSID представља институционализовану арбитражу, што значи да има уређену организациону структуру, правила, тела и органе који поступају у сваком конкретном случају, односно који пружају подршку у арбитражном начину решавања инвестиционих спорова.

8. Трибунал је тело које се у оквиру ICSID-а формира ради решавања сваког конкретног спора који по поднетом захтеву за арбитражу генерални секретар региструје као *prima facie* арбитрабилни спор. ICSID Конвенцијом је уређен поступак за конституисање трибунала, као и органи овог Центра који имају надлежности у том поступку.

9. Поступак за поништење одлуке је уређен чланом 52. ICSID Конвенције. Представља посебан пост-арбитражни поступак у коме се врши контрола донетих одлука у оквиру ICSID-а. Наиме, странка у поступку може поднети захтев за поништење поступка у року прописаном Конвенцијом и то на основу пет основа које Конвенција, методом *numerus clausus*, прописује.

10. Ad hoc комитет је тело које се у оквиру ICSID-а формира ради поступања по поднетим захтевима за поништење одлука ICSID трибунала. Састав, начин конституисања, као и делокруг рада *ad hoc* комитета су уређени ICSID Конвенцијом.

11. Апелациони поступак је другостепени поступак који се у оквиру судских процедура за решавање спорова редовно предвиђа и уређује националним законодавствима. Подразумева контролу донетих одлука и њихово преиспитивање из материјалних и процесно-правних разлога и то пред органом више инстанце.

12. БИТ – билатерални споразум о узајамном подстицању и заштити улагања. Закључује се између државе порекла капитала и државе пријема капитала. Садржи стандарде третмана инвестиције, којима се гарантује одређени квантум и заштита права

инвеститора у периоду реализације инвестиције на територији државе пријема капитала. Приликом покретања спора пред ICSID-ом, захтеви страна су базирани на наводима о кршењу неког стандарда третмана инвестиције садржаном у БИТ-у.

13. Извори права „Soft Law“ или извори права меког нормативитета је појам који стоји насупрот конвенцијском праву. За разлику од међународних конвенција које подразумевају одређену процедуру за доношење, ступање на снагу или измену, правни режим успостављен „Soft Law“ инструментима се састоји од правила понашања која не испуњавају формалне услове за ступање на снагу и имају различит степен обавезности. „Soft Law“ извори права имају значај у области међународног права, па и у области међународног права страних инвестиција због снаге решења која нуде, на основу чега се ствара свест о рационалности, односно оправданости њихове употребе и поштовања у међународним пословним односима. Када је реч о „Soft Law“ нормативитету, може се сматрати да се ради о фактичком извору права који одговара динамици развоја односа у међународној економској сфери.

САДРЖАЈ

УВОД

1. О настанку ICSID-а.....	1
2. Поступак пред ICSID-ом.....	3
3. Опште карактеристике решавања спорова пред ICSID-ом и проблеми његовог даљег развоја	7

ГЛАВА I

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ICSID-а И ЗНАЧАЈУ ЊЕНОГ ОДРЕЂИВАЊА ЗА РАД AD HOC КОМИТЕТА

1. ICSID као институција са елементима јавно-правног карактера.....	12
1.1. Начин заснивања надлежности ICSID-а као извор јавно-правних елемената	15
1.2. Овлашћење за покретање спора као извор јавно-правних елемената	21
1.3. Предмет инвестиционих спорова као извор јавно-правних елемената	22
1.3.1. Историјска позадина – амбијент у коме су настали спорови у „Argentine Gas Cases“.....	25
1.3.2. Анализа “necessity defense” кроз случајеве из групе „Argentine Gas Cases“ и идентификовање јавно-правних елемената у предмету инвестиционог спора	29
1.4. Јавно-правни елементи инвестиционог споразума који је предмет спора.....	36
1.5. Правна природа надокнаде страном инвеститору као извор јавно-правних елемената	39
1.6. Карактер неизвршења одлуке коју је донео ICSID трибунал као извор јавно-правних елемената	40
1.7. Финансирање трошкова арбитраже од стране трећих лица као извор јавно-правних елемената	43
2. Јавно-правни карактер ICSID система у контексту рада <i>ad hoc</i> комитета	48

ГЛАВА II

ЕЛЕМЕНТИ АПЕЛАЦИОНЕ ФУНКЦИОНАЛНОСТИ ПОСТУПКА ПРЕД ICSID-ом

ОДСЕК I

РЕЛАТИВНОСТ КОНАЧНОСТИ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА ДОНЕТИХ У ОКВИРУ ICSID-а

1. Значај коначности арбитражних одлука донетих у оквиру ICSID-а	55
2. Могућности за пост-арбитражно испитивање одлука донетих према ICSID Конвенцији.....	59
2.1. Поступак за исправку одлуке	60
2.2. Поступак за доношење допунске одлуке.....	62
2.3. Поступак за тумачење одлуке.....	64
2.4. Поступак за ревизију одлуке	66
2.5. Поступак за поништење одлуке – основне карактеристике	67

ОДСЕК II

ПОНИШТЕЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ КАО ИЗВОР КОНТРОВЕРЗИ У ПОСТ-АРБИТРАЖНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ICSID-ом

1. Поступак за поништење одлуке као проблем.....	73
2. Историјат усвајања текста ICSID Конвенције којим је уређен поступак за поништење одлуке.....	77
2.1. Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право из 1958. године.....	77
2.2. Прелиминарни нацрт ICSID Конвенције – 1963. година.....	78
2.3. Регионални консултативни састанци – 1964. година.....	79
2.4. Први нацрт Конвенције – 1964. година.....	80
2.5. Коначни и усвојени текст ICSID Конвенције.....	80
3. Разграничење поступка за поништење одлуке у ICSID систему од апелационог поступка у општем правном режиму.....	81
3.1. Предмет испитивања поступка за поништење одлуке и апелационог поступка.....	82
3.2. Исход поступка за поништење одлуке и апелационог поступка.....	84
3.3. Овлашћења странака у поступку за поништење одлуке и у апелационом поступку.....	84
4. Пракса <i>ad hoc</i> комитета.....	85
4.1. Непрописно образовање трибунала.....	86
а. Уводне напомене.....	86
б. Правила која се примењују на конституисање трибунала.....	87
в. Случајеви у којима су <i>ad hoc</i> комитети решавали о поништењу одлука по основу непрописно образованог трибунала.....	92
г. Стандард за испитивање непристрасности арбитра у поступку за поништење арбитражне одлуке.....	100
д. Кршење обавезе арбитра према ICSID-у као разлог за поништење одлуке по основу непрописно образованог трибунала.....	102
ђ. Принцип <i>Res iudicata</i> у захтевима за изузеће арбитра као елемент за одлучивање да ли је трибунал прописно конституисан.....	105
е. Анализа.....	110
4.2. Очигледно прекорачење овлашћења трибунала.....	113
а. Уводне напомене – два облика испољавања очигледног прекорачења овлашћења трибунала.....	113
б. Примењивање погрешног права као облик прекорачења овлашћења трибунала.....	115
б.1 Меродавно право према ICSID Конвенцији.....	115
б.2. Пракса <i>ad hoc</i> комитета.....	116
б.3. Анализа.....	139
в. Надлежност ICSID-а.....	147
в.1. Надлежност ICSID-а према Конвенцији.....	147
в.2. Пракса <i>ad hoc</i> комитета.....	148
в.3. Анализа.....	155

в.4. Случај <i>Patrick Mitchell</i> као специфичан пример праксе <i>ad hoc</i> комитета.....	157
в.5. Закључна разматрања о пракси <i>ad hoc</i> комитета у одлучивању о поништењу одлука по основу питања надлежности <i>ICSID</i> -а	162
4.3. Корупција члана трибунала	164
4.4. озбиљно кршење основних правила процедуре.....	166
а. Значај принципа поштовања основних правила процедуре.....	166
б. Решења <i>ICSID</i> Конвенције	167
в. Практика <i>ad hoc</i> комитета	169
г. Анализа.....	178
4.5. Изостанак разлога на којима се заснива одлука трибунала.....	179
а. Решења <i>ICSID</i> Конвенције	179
б. Практика <i>ad hoc</i> комитета.....	182
в. Однос поступка за поништење одлуке на основу члана 52.1.е. према другим пост-арбитражним поступцима прописаним <i>ICSID</i> Конвенцијом	187
г. Анализа.....	191
5. Разлике у трендовима приступа <i>ad hoc</i> комитета у примени члана 52. <i>ICSID</i> Конвенције.....	199

ГЛАВА III

УТИЦАЈ РАДА *AD HOC* КОМИТЕТА КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИХ ТЕЛА НА ЛЕГИТИМИТЕТ *ICSID*-а

ОДСЕК I

РАЗЛОЗИ *PRO ET CONTRA* ФОРМАЛНОГ УВОЂЕЊА АПЕЛАЦИОНОГ ПОСТУПКА У АРБИТРАЖНУ ПРОЦЕДУРУ ПРЕД *ICSID*-ом

1. Уводне напомене	211
2. Формално увођење апелационог поступка у арбитражну процедуру пред <i>ICSID</i> -ом	212
3. Циљеви увођења апелационог поступка у арбитражни поступак пред <i>ICSID</i> -ом	215
3.1. Конзистентност у одлучивању	216
а. Чешки случајеви	217
б. <i>SGS</i> случајеви у <i>ICSID</i> -у	219
в. Анализа праксе у Чешким и <i>SGS</i> случајевима у контексту очувања конзистентности у одлучивању	223
3.2. Исправљање материјалних грешака у донетим одлукама	229
3.3. Апелациони поступак у функцији повећања ауторитета донетих одлука ...	235

ОДСЕК II

КРЕИРАЊЕ ТЕОРИЈСКО-ПРАВНОГ ОКВИРА ЗА ЛЕГИТИМИЗАЦИЈУ ДАЉЕГ РАДА *AD HOC* КОМИТЕТА

1. Уводна разматрања	237
2. Функционисање <i>ICSID</i> -а: теоријски концепти	239

2.1. Нови конституционализам и јудикализација инвестиционих арбитража	240
2.2. Глобално управно право.....	250
<i>а. Систем управног права и контроле управе у главним националним системима</i>	251
<i>б. Компаративна анализа карактеристика управног права у националним системима и глобалног управног права</i>	255
<i>в. Контуре глобалног управног права</i>	261
3. Одрживост теоријских концепата о ICSID-у	267
3.1. Транспарентност и учешће трећих лица у процесу за доношење одлука	284
3.2. Правна предвидивост	285
3.3. Одговорност тела који учествују у доношењу одлука	288
3.4. Процедурална правда и механизми за преиспитивање донетих одлука	291
<i>а. Упоредно-правна анализа система у оквиру СТО и ICSID-а</i>	293
4. Ad hoc комитети и ставови доктрине: перспективе даљег развоја	302
ЗАКЉУЧАК	313
ЛИТЕРАТУРА	321
БИОГРАФИЈА АУТОРА	332

УВОД

1. О настанку ICSID-а

У правној држави, материјално и процесно право чине нераскидиву заједницу, која у узајамном дејству обезбеђује владавину права, сигурност и стабилност поретка. Материјално право нема употребну вредност уколико не постоји ефикасан систем његове заштите. Оваква тврдња важи за класично схватање начина функционисања правног система уопште, а глобални тренд интернационализације друштвених, па тако и правних односа, показује да се може пренети и на терен међународног права. Област Међународног инвестиционог права посебно је добар пример за илустровање потребе успостављања јединства материјалног и процесног у заштити инвеститора, односно интереса држава у области страних инвестиција.

Историјски посматрано, до Другог светског рата права инвеститора су се штитила кроз механизме дипломатске заштите.¹ Овај облик заштите је подразумевао низ мера превентивног или репресивног карактера, које су биле предузимане сагласно правилима међународног јавног права. Међутим, овај вид заштите, посматрано са аспекта права инвеститора, показао се као недовољно ефикасан. Предузимање мера дипломатске заштите је у диспозицији државе порекла капитала.² Опредељење државе је претежно засновано на политичким премисама. Чак и уколико држава оптира да покрене овај механизам, не постоји гаранција да ће бити успешна у заштити инвеститора, јер у крајњем, то није опредељено правном карактеризацијом насталог спора. Основни недостатак дипломатске заштите је у томе што је њено покретање ван сфере на праву заснованих интереса инвеститора.

Други облик заштите, који је такође у диспозицији државе домаћина, је покретање поступка пред Међународним судом правде, у коме се држава појављује као „агент“ инвеститора. Иако овај вид заштите показује елементе система који почива на

¹ Ђуровић, Р., А. Ђирић. "Међународно трговинско право-посебни део." *Центар за публикације Правног факултета у Нишу* (2005). стр. 356.

² Cvetković, Predrag. "Međunarodno pravo stranih investicija." *Beograd: Zadužbina Andrejević* (2007). str. 59.

правно уређеном механизму за решавање спорова (енг. *rule-based*)³, могу му се ставити суштинске примедбе сличне онима који се указују и по питању дипломатске заштите.

Дипломатска заштита се посматра као рудиментарни облик решавања инвестиционих спорова, а поступци између државе порекла и државе домаћина који се покрећу пред Међународним судом правде су ретки.⁴ Разлог томе лежи у глобалним политичким променама шездесетих година прошлог века. Прилив страног капитала у облику директних инвестиција се сматрао погодним финансијским инструментом за економски развој, па је овај период обележен експанзијом инвестиционих подухвата у неразвијене, односно у земље у развоју. Имајући у виду да се ради о државама карактеристичним по нестабилним политичким уређењима, односно неизграђеним правним системима, инвеститори су били подложни некомерцијалним ризицима. Због неизвесности у погледу реализације инвестиција и остваривању дугорочног интереса инвеститора, овај период је уједно обележен и тежњом земаља извозница капитала да инвеститорима обезбеде ефикасан начин заштите права. Ове тежње су, конкретно, биле усмерене ка интернационализацији⁵ поступка за решавање спорова између инвеститора и држава домаћина, и креирању непристрасног, неутралног и функционалног модела.

Напори земаља извозница капитала су резултирали у стварању Центра за решавање инвестиционих спорова између држава чланица и држављана других држава (енг. „*International Centre For Settlement of Investment Disputes*“, на даље: *ICSID*). Центар је основан под окриљем Светске банке, 1965. године, и то Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (енг. „*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*“, на даље: *ICSID* Конвенција).⁶ *ICSID* Конвенција је ступила на снагу 14. октобра

³ У области решавања међународних трговинских и међународних инвестиционих спорова, користи се дихотомија: *power-based system* и *rule-based system*, да би се описале промене, односно развој права у овој области. *Power-based system* подразумева решавање спорова путем преговора заинтересованих страна. У таквом систему исход спора зависи од преговарачке моћи учесника у овом процесу. Насупрот томе је *rule-based system* као представник вишег степена развоја међународног права у овој области. Овај систем подразумева решавање спора на основу унапред утврђених правила (процесно-правне и материјално-правне природе) и на начин да се стране у спору третирају као међусобно равноправне..

⁴ Видети: Svetković (2007.), *Supra* 2, str. 60.

⁵ „Теорија „интернационализације“ захтева да права и обавезе инвеститора и државе домаћина буду регулисане правилима и принципа међународног карактера. Тиме се страна инвестиција „транслатује“ изван сфере утицаја државе домаћина и позиционира у поље деловања норми међународног карактера. На тај начин спречава се мешање државе у инвестициони однос, мимо оквира и услова предвиђених инвестиционим споразумом.“.Дефиниција дата према: Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge university press, 2010., str. 289.

⁶ Доступна на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>

1966. године, након што је ратификовало првих 20 држава потписница. Конвенцију је ратификовало 153 држава, укључујући и нашу.⁷

У наредном делу ће бити укратко описан поступак пред *ICSID*-ом, а затим ће бити указано на основне, опште карактеристике решавања спорова пред овим Центром као и на опредељење предмета истраживања дисертације.

2. Поступак пред *ICSID*-ом

ICSID Конвенцијом је прописано да је задатак овог Центра да пружи олакшице за посредовање и арбитражу инвестиционих спорова између држава потписница и држављана других држава потписница.⁸ За реализацију утврђеног задатка Центра, Конвенција уређује органе *ICSID*-а, како се утврђује надлежност за поступање у сваком конкретном случају, затим основне контуре поступка за решавање спора, као и извршење и контролу одлука.

Главни органи *ICSID*-а су Административни савет и Секретаријат.⁹

У саставу Административног савета је по један представник из сваке државе потписнице *ICSID* Конвенције. Председник Светске банке је председавајући Савета. Поред осталих надлежности, значајно је споменути да Административни савет доноси правила арбитраже, а има и овлашћења у формирању трибунала који имају задатак да реше конкретни спор изнет пред овај Центар.¹⁰

Секретаријат има генералног секретара, кога бира Административни савет на рок од шест година, са могућношћу реизбора. Генерални секретар, поред других овлашћења, у фази регистрације спора одлучује да ли спор чије се решавање захтева пред Центром *prima facie* потпада под његову јурисдикцију.¹¹

ICSID има листу арбитра. Свака држава потписница Конвенције може именовати по четири особе за листу, а председник Административног савета десет лица.¹² Лица на листи арбитра морају да испуњавају одређене услове прописане *ICSID* Конвенцијом: то морају бити лица високих моралних карактеристика и признате компетенције у области права, трговине, индустрије или финансија, које су у стању да

⁷ Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава ("Службени лист СЦГ – Међународни уговори" број 2 од 12. маја 2006. године)

⁸ Члан 2. став. 2 *ICSID* Конвенције

⁹ Члан 3. *ICSID* Конвенције

¹⁰ Чланови 4, 6. и 39. *ICSID* Конвенције

¹¹ Чланови 10,11. и 36. *ICSID* Конвенције

¹² Члан 13. *ICSID* Конвенције

донесу независну и непристрасну одлуку. ICSID Конвенција посебно прописује да је стручност у области права од нарочитог значаја код лица на листи арбитра.¹³

ICSID Конвенција установљава три фазе у процедури решавања инвестиционих спорова:

1. фазу регистрације,
2. фазу арбитражног решавања спора и
3. фазу контроле донете одлуке.¹⁴

1. Спор пред ICSID-ом се покреће слањем писаног захтева генералном секретару Центра с циљем његове регистрације и отпочињања арбитражне процедуре. Генерални секретар може да одбаци захтев за регистрацију захтева уколико на основу информација у њему садржаних нађе да је спор очигледно изван јурисдикције Центра. Одлука генералног секретара да одбије регистрацију спора није предмет жалбе или било које друге контроле. Генерални секретар може одбити да региструје спор само ако је изван сваке сумње да спор не спада у надлежност Центра.¹⁵ Уколико *prima facie* не може да одлучи, генерални секретар је дужан да региструје спор, а коначну одлуку о надлежности доноси трибунал.¹⁶

2. Уколико генерални секретар утврди да се *prima facie* може сматрати да спор спада у надлежност ICSID-а, дужан је да региструје захтев и конституише трибунал што је пре могуће.¹⁷

Трибунал сачињава један арбитар или ма који непаран број арбитра одређених споразумом странака. Ако се странке не споразумеју о броју арбитра и начину њиховог одређивања, трибунал ће сачињавати три арбитра, од којих ће по једног одредити странке, а трећег, који ће бити председник трибунала, одредиће странке споразумно.¹⁸ Ако се трибунал не образује у року до 90 дана од дана када је генерални секретар регистровао спор, или у року које су странке одредиле, на захтев једне или друге странке и пошто се консултује са обе странке уколико је то могуће, председник Административног савета ће одредити арбитра односно арбитра који нису именовани. Арбитри које одреди председник не смеју бити држављани државе потписнице која је странка у спору или државе потписнице чији је држављанин странка у спору.¹⁹

¹³ Члан 14. ICSID Конвенције

¹⁴ Наведено према: Цветковић (2007.), *Supra* 2, стр. 65.

¹⁵ Члан 36. ICSID Конвенције

¹⁶ Члан 41. ICSID Конвенције

¹⁷ Члан 37. став 1. ICSID Конвенције

¹⁸ Члан 37. ICSID Конвенције

¹⁹ Члан 38. ICSID Конвенције

Арбитри који чине већину не смеју бити држављани државе потписнице која је странка у спору или државе потписнице чији је држављанин странка у спору, осим у случају када је арбитар појединац или су сви чланови трибунала одређени споразумом странака.²⁰ Арбитри се могу одређивати ван листе арбитра, изузев кад их одређује председник Административног савета. Арбитри одређени ван листе арбитра морају испуњавати услове из члана 14. ICSID Конвенције.²¹

Трибунал сам решава о својој надлежности.²² Да би се засновала надлежност ICSID-а потребно је кумулативно испуњење три услова:

- сагласност страна,
- услов „*ratione materiae*“: спор мора бити правни спор који произилази директно из инвестиције,
- услов „*ratione personae*“: једна страна у спору мора бити држава потписница Конвенције, а друга страна мора бити држављанин друге државе потписнице.²³

Члан 44. ICSID Конвенције уређује која ће се процедурална правила применити за решавање сваког конкретног спора изнетог пред овај Центар. Према одредбама овог члана, арбитражни поступак води се у складу са правилима ICSID Конвенције и правилима процедуре са којима су се стране сагласиле. Ако не постоји сагласност странака, процедура се уређује одредбама Конвенције и арбитражним правилима Центра на снази у време кад су странке пристале на арбитражу. Ако се појави неко процедурално питање које није обухваћено Конвенцијом или арбитражним правилима Центра или правилима на које су се странке сагласиле, трибунал ће решити такво питање.

Када је у питању меродавно материјално право, члан 42. ICSID Конвенције прописује да ће трибунал решити спор према правним правилима на које се сагласе странке. Ако се странке не сагласе о томе, трибунал ће применити право државе потписнице која је странка у спору (као и њене прописе о сукобу закона) и одговарајуће прописе међународног права.²⁴

²⁰ Члан 39. ICSID Конвенције

²¹ Члан 40. ICSID Конвенције

Више о конституисању трибунала видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.

²² Члан 41. ICSID Конвенције

²³ Надлежност Центра је уређена чланом 25. ICSID Конвенције. Теоријско опредељење да се ради о три кумулативно предвиђена услова је наведено према: Цветковић (2007.), *Supra* 2, стр. 67. Више о питањима надлежности ICSID-а видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

²⁴ Више о проблемима у примени меродавног материјалног права видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.б.

У поступку решавања спора, ако се странке не договоре другачије, трибунал може, ако сматра за потребно, у свакој фази поступка позвати странке да поднесу документе или друге доказе и посетити место повезано са спором и тамо извршити испитивања која сматра потребним.²⁵ Ако странка не дође или не изложи свој случај у ма којој фази поступка, друга странка може тражити од трибунала да расправи питања која су му поднета и донесе одлуку. Али ако странка не дође и не изнесе свој случај, то се неће сматрати као признање навода друге странке.²⁶ Трибунал одлучује већином гласова својих чланова. Одлука трибунала мора бити у писменој форми и морају је потписати сви чланови трибунала који су гласали за њу. Уколико странке нису на то пристале, одлука трибунала се не објављује.²⁷

3. Према члану 26. ICSID Конвенције, пристанак странака на заснивање надлежности овог Центра за решавање спора искључује примену било ког другог правног средства. Поред тога, члан 53. став 1. Конвенције прописује да је одлука обавезна за обе стране и не подлеже жалби или било ком другом правног леку, изузев оних које предвиђа Конвенција. Из наведених одредби Конвенције проистиче да стране у спору немају на располагању могућност преиспитивања донете одлуке пред националним органима. У ICSID режиму, у сврху контроле одлуке, члан 52. Конвенције уређује поступак за поништење одлуке. Према овој одредби Конвенције, странка може поднети захтев за поништење одлуке позивајући се на неки од следећих основа:

1. трибунал није био прописно образован,
2. трибунал је очевидно прекорачио своје овлашћење,
3. корупција члана трибунала,
4. озбиљно кршење основних правила поступка; или
5. у одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива.

За поступање по поднетом захтеву за поништење одлуке, у сваком конкретном случају, формира се *ad hoc* комитет, на начин уређен чланом 52. Конвенције.²⁸

²⁵ Члан 43. ICSID Конвенције

²⁶ Члан 45. ICSID Конвенције

²⁷ Члан 48. ICSID Конвенције

²⁸ Више о овом поступку видети у деловима дисертације: Глава II, Одсек I: 2.5. и Глава II, Одсек II

3. Опште карактеристике решавања спорова пред *ICSID*-ом и проблеми његовог даљег развоја

ICSID је замишљен као деполитизован форум.²⁹ То је специјализована, међународна арбитража, кроз коју се балансира интерес инвеститора и држава домаћина. *ICSID* Конвенција креира комплетан и затворен систем, изолован од националних правних поредака.³⁰ Тиме се наглашава неутралност овог Центра, као једна од његових најзначајнијих карактеристика. Независност од утицаја националних правних поредака се остварује кроз:

- самостално утврђивање правила процедуре,
- самостално одређивање надлежног материјалног права,
- искључење сваког другог правног средства за заштиту права, уколико постоји пристанак странака на заснивање надлежности *ICSID*-а, коначност одлуке Центра.³¹

Формирање *ICSID*-а је обележио прелаз на квалитативно другачији систем заштите права инвеститора. *ICSID* Конвенцијом је предвиђен механизам у коме је инвеститор овлашћен да поднесе захтев за арбитражу директно против државе домаћина.³² Тиме се институционализује инвеститор, односно појединац, као субјекат међународног права, што није уобичајено за недржавне актере.³³

У релевантној литератури се истиче да је *ICSID* специфичан, јер ниједан други међународно-правни институт не пружа могућност да:

- појединац истакне захтев за заштиту свог права пред међународним форумом без обавезе претходног исцрпљивања домаћих правних путева;
- да појединац покрене спор на основу кршења права сувереним актом државе;
- као исход тог спора добије прецизно одређену надокнаду;

²⁹ Pauwelyn, Joost. "At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed." *ICSID Review* 29.2, 2014: 372-418. str. 393.

³⁰ Broches, Aron. "Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: binding force, finality, recognition, enforcement, execution." *ICSID review* 2.2, 1987: 287-334. str. 288.

³¹ Тирић, Александар Љ. "Међународно трговинско право-општи део." *Центар за публикације Правног факултета у Нишу* (2010). стр. 357.

³² Чланови 25. и 36. *ICSID* Конвенције

³³ Tienhaara, Kyla. "Once BITten, twice shy? The uncertain future of 'shared sovereignty' in investment treaty arbitration." *Policy and Society* 30, no. 3 (2011): 185-196. str. 185.

- исход спора буде одлука која је међународно призната и може се извршити на имовини државе чијим актом су повређена права инвеститора³⁴.

ICSID се описује као систем који садржи све неопходне елементе за ефикасно функционисање (енг. „*self-contained*“). Ова карактеристика се посебно огледа у начину на који је уређено извршење одлука. *ICSID* Конвенција усваја правило према коме је држава потписница дужна да призна и изврши одлуке као да су коначне пресуде суда те државе.³⁵ Даље, наведена одлика система се исказује и кроз посебне пост-арбитражне поступке који опредељују *ICSID* као *specifikum* у области арбитражног начина решавања спорова. Ови поступци треба да допринесу правној прецизности и начелно имају корективну улогу. Њихова функција је у обезбеђивању јасно формулисаних одлука, које стране у спору не доводе до недоумица у погледу извршења и које су базирани на свим релевантним чињеницама. Ради се о поступцима за исправку, допуну, интерпретацију и ревизију одлуке.³⁶

У оквиру пост-арбитражних поступака, посебно место у *ICSID* систему заузима поступак за поништење одлуке.³⁷ У овом поступку се огледа јединственост *ICSID-a*. Наиме, у међународном праву, генерално, постоји пракса да се контрола донетих арбитражних одлука врши пред националним органима. Примера ради, Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука предвиђа могућност да надлежни органи земље, под прописаним условима, одбију признање и извршење одлуке.³⁸ *ICSID* систем искључује такву могућност и преиспитивање одлука пребацује у надлежност органа који функционишу унутар самог Центра. У питању су *ad hoc* комитети који се формирају за разматрање сваког појединачног поднетог захтева за поништење одлуке. Тиме се њима у *ICSID* систему даје посебна функција, иначе некарактеристична у области међународног права.³⁹ Постоји генерално схватање да је *ICSID* креиран на начин да подржава атмосферу узајамног поверења између држава и

³⁴ Van Harten, Gus, and Martin Loughlin. "Investment treaty arbitration as a species of global administrative law." *European Journal of International Law* 17, no. 1 (2006): 121-150. str. 149.

³⁵ Члан 54. *ICSID* Конвенције

³⁶ Уређени члановима 49, 50 и 51. *ICSID* Конвенције. Више видети о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек I

³⁷ Члан 52. *ICSID* Конвенције

³⁸ Члан V Њујоршке Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")
Доступна на:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

³⁹ Више о овом поступку видети у делу дисертације: Глава II, Одсек I: 2.5.

страних инвеститора.⁴⁰ Ипак, савремени развој односа у области међународног економског права је дао повода дискусијама о кризи легитимитета овог Центра. Полазећи од чињенице да је у основи ауторитета који овај Центар ужива у области решавања инвестиционих спорова пристанак држава, проналажење узрока ове кризе и њено сузбијање се поставља као задатак од посебног значаја за даље функционисање *ICSID*-а.

Релевантна јуриспруденција идентификовала је померање овлашћења *ad hoc* комитета изван граница формално дефинисаних *ICSID* Конвенцијом. Спроведене анализе сугеришу да је дошло до фактичког проширивања надлежности *ad hoc* комитета, услед чега поступак за анулирање одлуке присваја правне карактеристике апелационог поступка. Овај рад истражује да ли су наведене тврдње истините, затим настоји да објасни релевантне околности и правне појаве који утичу на рад *ad hoc* комитета.

Први део дисертације опредељује правну природу *ICSID*-а као и значај изучавања овог питања за рад *ad hoc* комитета.⁴¹ Полазећи од идеје да *ad hoc* комитети разматрају питања која се тичу јавног интереса држава домаћина, предмет истраживања дисертације је фокусиран на елементе којима су се инвестициони спорови приближили домену јавног права. Теоријско конципирање правне природе спорова који се воде пред *ICSID*-ом опредељује схватање мандата трибунала, а нарочито *ad hoc* комитета. Другим речима, одређивање природе и значаја интереса о ком се одлучује, представља упориште за схватање о одговорности арбитра који поступају у оквиру трибунала, односно *ad hoc* комитета: да ли је њихова одговорност искључиво према странама у спору, према *ICSID*-у као институцији у оквиру које делују, или према широј међународној заједници? Усвојени концепт условљава схватање о границама овлашћења трибунала и *ad hoc* комитета. Степен одговорности који се намеће *ad hoc* комитетима сугерише и какав капацитет им је потребно доделити да поступају адекватно у односу на додељену одговорност.

Други део дисертације истражује да ли је валидан став да *ICSID* прераста у функционално апелациони систем. У овом делу се, најпре, описују пост-арбитражни поступци уређени *ICSID* Конвенцијом.⁴² Затим се поставља теоријско разграничење поступка за поништење одлука у *ICSID* режиму од апелационог поступка у општем

⁴⁰ Видети: Тирић (2010.), *Supra* 31, str. 355.

⁴¹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I

⁴² Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек I

правном режиму, како би се поставиле основе за анализу да ли *ad hoc* комитети преузимају прерогативе апелационог тела. Након утврђених елемената за разликовање две врсте поступка, теоријска разматрања се тестирају кроз анализу праксе *ad hoc* комитета.⁴³ На основу овог истраживања, изводе се закључци о начину функционисања поступка за поништење одлуке у постојећем режиму рада у оквиру ICSID-а.⁴⁴

Дисертација истражује који разлози су довели до појаве елемената апелационе функционалности поступка пред ICSID-ом, као и какве последице то може имати на легитимитет овог система уопште. У том циљу се у дисертацији, најпре, објашњава које циљеве би требало да испуни апелациони систем уколико би дошло до његовог формалног увођења у ICSID.⁴⁵ На основу анализе правног карактера овог Центра, у раду се разматра идеја да се његово опредељење као механизма за решавање спорова са елементима јавно-правног карактера се практично испољава кроз могућност утицања на јавне политике држава, оцену и ограничавање националних легислатива, односно, уопште кроз разматрање питања од јавног интереса. У раду *ad hoc* комитета се препознаје оваква манифестација теоријског концепта о ICSID-у као делу јавног права. Имајући у виду одредбу ICSID Конвенције о надлежности *ad hoc* комитета,⁴⁶ која не даје формални легитимитет таквом проширивању овлашћења ових тела, у раду се, даље, разматрају идеје које треба да дају основ за легитимизацију њиховог рада. Ради се о структурирању, односно, објашњавању надлежности *ad hoc* комитета кроз теоријске концепте јудикализације и глобалног управног права.⁴⁷ Елементи ових појмова се објашњавају кроз начин функционисања ICSID-а и анализу решења која усвоја ICSID Конвенција. Након такве анализе, идентификује се у служби којих циљева је потребно објашњавати рад *ad hoc* комитета кроз теоријски концепт глобалног административног права. Компарација ових циљева са онима који би требало да се постигну кроз увођење апелационог поступка у ICSID, треба да послужи за извођење закључака о томе да ли подвођење рада *ad hoc* комитета под адекватан теоријски концепт може да послужи као фактичка „*soft law*“ измена система уређеног ICSID Конвенцијом.

ICSID се посматра као правна творевина која би требало да буде одраз друштвених односа у којима егзистира. Због тога се кроз анализу текста *ICSID*

⁴³ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II делови 3. и 4.

⁴⁴ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II део 5.

⁴⁵ Више о томе видети у делу дисертације: Глава III, Одсек I

⁴⁶ Члан 52. ICSID Конвенције

⁴⁷ Више о томе видети у делу дисертације: Глава III, Одсек II

Конвенције, начина поступања *ad hoc* комитета и теоријску надоградњу, посматра да ли је дошло до еволуције иницијалне идеје која је довела до настанка овог Центра Схватање о еволутивном току у функционисању *ICSID*-а је у суштинској вези са одређивањем улоге *ad hoc* комитета у даљем раду овог Центра. Другим речима, потребно је размотрити да ли као основу њихове надлежности треба усвојити императив очувања изворне замисли која је у основи поступка за поништење одлуке? Или се може прихватити идеја да промене у области међународних инвестиционих односа оправдавају измене у тумачењу одредби *ICSID* Конвенције. Суштина идеје о еволутивном току функционисања *ICSID*-а се огледа у схватању да институционализација заштите јавног интереса у оквиру овог Центра креира терен за легитимизацију фактичког проширивања овлашћења *ad hoc* комитета. Са друге стране, текст *ICSID* Конвенције, сугерише да за то не постоји правни основ. Због тога се у објашњење начина рада *ad hoc* комитета уведе теоријски концепти који настоје да формулишу оквир за њихово поступање које би било прихваћено од стране међународне заједнице. У том контексту се говори о јудикализацији *ad hoc* комитета, односно о *ICSID*-у као институцији глобалног административног права.

Покушај да се понуди адекватан теоријско-правни оквир за рад *ad hoc* комитета заокружује истраживање у дисертацији. Кроз креирање овог оквира рад настоји да пружи одговор на круцијално питање: да ли је начин поступања *ad hoc* комитета у узрочно-последичној вези са кризом легитимитета *ICSID*-а, и ако јесте, да ли је потребно и на који начин модификовати поступак за поништење одлука?

ГЛАВА I

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ICSID-а И ЗНАЧАЈУ ЊЕНОГ ОДРЕЂИВАЊА ЗА РАД *AD HOC* КОМИТЕТА

1. ICSID као институција са елементима јавно-правног карактера

ICSID је институционализована арбитража. То значи да има организациону структуру, правила поступка и друге техничке услове који треба да омогуће заинтересованим странама решавање инвестиционог спора. Управо и ICSID Конвенција ово идентификује као задатак Центра. Члан 1. став 2. Конвенције прописује да ICSID треба да пружа олакшице за арбитражу инвестиционих спорова између држава потписница и држављана других држава потписница. Чињеница да се ради о Центру који пружа могућност за арбитражно решавање спора, сугерише да је реч о механизму приватно-правног карактера. Наиме, арбитраже се редовно описују као метод за решавање спорова који је алтернативни судском, као приватни модел у коме се мандат арбитра исцрпљује решавањем конкретног случаја. Арбитар нема јавну функцију као судија, а решење спора има *inter partes* карактер. Конкретне одредбе ICSID Конвенције указују на то да Центар почива управо на идејама приватно-правног концепта решавања спорова. Наиме, како је указано,⁴⁸ трибунали се формирају на *ad hoc* основама, за сваки појединачни случај. Затим, члан 53. став 1. ICSID Конвенције прописује да је одлука обавезна за обе странке, одређујући тиме значај и домет исхода спора.

Основна идеја на којој почива креирање ICSID-а, такође указује да се ради о механизму који има приватно-правни карактер. Најпре, као идејни оквир за рад и функционисање овог Центра, треба узети у обзир циљ у формирању ICSID-а, а то је обезбеђивање механизма за заштиту неометаног тока приватних инвестиција.⁴⁹ Даље, ICSID је институционализовао схватање међународне заједнице о томе да страним инвеститорима треба пружити квалитативно другачију заштиту права у односу на ону коју су до тада уживали. Конкретно, ICSID обележава напуштање дипломатске

⁴⁸ Више видети о томе у делу дисертације: Увод, део 2.

⁴⁹ Orlu Nmehielle, Vincent O. "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)." *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 7 (2001): 21-48, str. 3.

заштите и формализацију приватног захтева за заштиту права. Члан 27. ICSID Конвенције прописује да држава потписница не може пружити дипломатску заштиту или покренути међународни спор у вези са споровима за који су се њен држављанин и држава потписница сагласили да изнесу или су изнели на арбитражу пред овај Центар. Искључивање дипломатске заштите из механизма заштите страних инвестиција, обележава напуштање модела у коме се као стране у спору појављују државе, што је главно обележје спорова у домену јавног права. Како се у литератури истиче, у напуштању дипломатске заштите се може посматрати настојање да се спречи ширење правног контекста конкретног спора у арену глобалног економског интереса на начин који превазилази два национална ентитета датог случаја.⁵⁰

Међутим, у литератури се истиче и схватање да ICSID нема приватно-правни карактер.⁵¹ Овако схватање проистиче из чињенице да је основ његовог настанка међудржавни споразум, а да Центром управља међународна организација, односно Светска банка.

ICSID је креиран ради решавања инвестиционих спорова. Међутим, специфичност односа поводом којих настају ови спорови уноси и један додатни елемент у арбитражни процес.⁵² Тај елемент потиче од околности да се у оквиру овог Центра не решавају спорови засновани на такозваним „one-off“ трговинским уговорима, базираним, по правилу, на краткотрајним пословним односима. Напротив, инвестициони подухвати подразумевају дуготрајно ангажовање инвеститора у држави домаћину ради реализације инвестиције. Природа пословања на основу трговинског уговора и страних директних инвестиција условљава разлике у положају компанија које оптирају за један или други правни основ на коме заснивају своју пословну операцију. Такође, разликује се и ангажовање које инвеститор има у привредном и свеукупном животу државе одреднице капитала. За разлику од учешћа у трговинским односима који подразумевају право приступа страним тржиштима, инвестициони подухвати подразумевају право присуства инвеститора на тржишту државе домаћина.⁵³ Другим речима, страна инвестиција има ефекта који превазилазе чисто економску сферу односа, што се као специфична

⁵⁰ Choi, Won-Mog. "The present and future of the investor-state dispute settlement paradigm." *Journal of International Economic Law* 10, no. 3 (2007): 725-747. str. 736.

⁵¹ Видети: Ћирић (2005.), *Supra* 1, str. 357 и Sornorajah (2010.) *Supra* 5, str. 331.

⁵² Martinez, Elizabeth. "Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases." *Duke J. Comp. & Int'l L.* 23, 2012: 149-186., str. 181.

⁵³ Schneiderman, David. "Investment rules and the new constitutionalism." *Law & Social Inquiry* 25, no. 3 (2000): 757-787. str. 759.

карактеристика надограђује и на обележја спора који настаје поводом њене реализације.

Постоји значајна разлика између трговинских и инвестиционих арбитража, које се могу објаснити међусобним разликама у њиховој правног природи. У трговинским арбитражама арбитри се појављују као приватни пресудиоци, чије обавезе егзистирају искључиво према странама које су уговориле овај начин за решење спора. Њихово формирање и функционисање почива на начелу аутономије воље, кроз које се испољава контрола страна у спору над процесом решавања спора. Ослањајући се на начело аутономије воље, стране у спору имају могућност да изаберу процесна правила која ће се применити за решавање спора, меродавно право, као и арбитре који спор треба да реше. Овако конципиране арбитраже се могу схватити као део приватно-правног поретка са елементима уговора о налогу. У том односу, стране у спору се појављују као налогодавци (принципали), а арбитри налогопримци (агенти), са специфичним налогом: да реше конкретни, тачно одређени спор између страна које их именују за обављање тог задатка. Као основне карактеристике трговинских арбитража могу се узети следеће: *inter partes* природа односа из кога спор проистиче и *inter partes* природа односа који су везани за процес решавања спора, *ad hoc* обим јурисдикције трибунала и *ad hoc* састав трибунала, као и коначност донетих арбитражних одлука.⁵⁴ У трговинским арбитражама је наглашен приватно-правни карактер односа.

Насупрот арбитражама са приватно-правним карактером, које су фокусиране на решење конкретног спорног односа између страна, главно обележје инвестиционих арбитража се огледа у томе што укључују јавни интерес, због чега се у њиховом функционисању препознаје хибридан процес, који их сврстава у модел арбитраже са јавним карактером.⁵⁵ Ова специфична надоградња на одлике класичне трговинске арбитраже, опредељује да се инвестиционе арбитраже опишу као процес у коме се сусрећу две различите функције: решавање спора и формулисање јавних вредности.⁵⁶

Обележје ICSID-а као „хибридног процеса“ није страно у релевантној литератури. Оно је сагласно схватању да процедура која се у оквиру њега спроводи

⁵⁴ Stone Sweet, Alec. "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier." *Law & Ethics of Human Rights* 4, no. 1 (2010): 48-76. str. 70.

⁵⁵ Ten Cate, Irene M. "International arbitration and the ends of appellate review." *NYUJ Int'l L. & Pol.* 44 (2012): 1109-1399., str. 1114.

⁵⁶ *Ibid.* str. 1110-1117. Више о томе како се ове две функције манифестују кроз функционисање ICSID-а видети у делу дисертације: Глава III, Одсек II: део 2.

комбинује две врсте система: један који је базиран на приватном уговору и други који је заснован на међудржавном споразуму.⁵⁷ Сврставање инвестиционих арбитража у домен јавног права се описује и као процес у коме арбитражни начин решавања инвестиционих спорова „калеме“ приватне међународне механизме за решавање спорова на међународне споразуме из домена јавног права.⁵⁸

На основу прегледа релевантне литературе, у структури ICSID-а и правним инструментима који су релевантни за његов рад (под тим се, пре свега, мисли на међудржавне инвестиционе споразуме), елементи јавно-правног карактера могу се идентификовати у:

1. начину заснивања надлежности ICSID-а,
2. овлашћењима за покретање спора,
3. правној природи предмета инвестиционих спорова,
4. садржини инвестиционих споразума поводом чијег кршења настаје спор,
5. правној природи надокнаде која се добија решењем спора,
6. карактеру неизвршења одлуке коју је донео ICSID трибунал,
7. начину финансирања арбитражног спора.

У наредном делу дисертације ће бити објашњени сви наведени елементи кроз анализу релевантних одредби ICSID Конвенције и схватања правне доктрине о њиховом правном карактеру. Затим следи расправа о томе какав значај конципирање ICSID-а као механизма за решавање инвестиционих спорова са елементима јавног права има за рад трибунала и нарочито *ad hoc* комитета, те зашто се овај проблем изучава у контексту истраживања елемената апелационе функционалности поступка пред ICSID-ом.⁵⁹

1.1. Начин заснивања надлежности ICSID-а као извор јавно-правних елемената

Тачка 10. Преамбуле и члан 25. ICSID Конвенције прописују да је за заснивање надлежности Центра потребно да постоји сагласност страна у спору – државе и инвеститора. У литератури се наводи да постоје три основе форме ове сагласности:

⁵⁷ Brower, Charles N., and Shashank P. Kumar. "Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It?." *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 30, no. 1 (2014): 35-55. str. 36.

⁵⁸ Roberts, Anthea. "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system." *American journal of international law* 107, no. 1 (2013): 45-94. str. 46.

⁵⁹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: део 2.

- сагласност садржана у клаузули уговора државе и инвеститора или компромису закљученом након настанка спора;
- сагласност државе инкорпорирана у њено инвестиционо законодавство;
- сагласност државе садржана у билатералним и мултилатералним споразумима о заштити и третману страних инвестиција.⁶⁰

Од природе правног акта у коме је садржана сагласност за заснивање надлежности ICSID-а зависиће и да ли се ICSID арбитража може рећи да садржи елементе јавно-правног карактера.

Када надлежност Центра проистиче из уговорне клаузуле, држава се појављује као партнер у пословном односу, у ком случају се сагласност на арбитражу заснива на акту државе учињеном у капацитету *de jure gestionis*. Тада се може говорити да се арбитража базира на односу реципроцитета, у коме се стране у спору могу посматрати као било која два учесника на тржишту, без обзира што је једна страна држава. Значајна одлика оваквог начина давања сагласности, која је битно разликује од наредна два, је у томе што се односи на спорове које су настали или могу настати из конкретног односа државе и инвеститора, садржаног у уговору у коме се појављују као две равноправне уговорне стране.⁶¹ Тиме овај начин изражавања сагласности на арбитражу опредељује спор као део приватно-правног односа. Он има одлике класичног пословног односа, па тако образоване арбитраже не одступају много од одлика трговинских арбитража, из којих су се и развиле. Код њих начело аутономије воље долази до пуног изражаја, јер су стране у спору слободне да самостално уређују њихов међусобни пословни однос, укључујући и начин на који ће се решавати спор који из тог односа проистекне.⁶²

Уколико је сагласност на заснивање надлежности ICSID-а изражена у међународном споразуму (билатералном или мултилатералном), приватност је искључена, пре свега јер се ради о актима који су по својој природи јавни. Још значајније, посматрано са формално-правног аспекта, карактер приватно-правног односа је овим начином заснивања надлежности искључен, јер закључивање међународног споразума држава може вршити једино у капацитету *de iure imperii*. Уколико је садржина тог споразума усмерена на креирање надлежности инвестиционе арбитраже, онда се и пристанак на ту арбитражу, која је дата у облику

⁶⁰ Видети: Цветковић (2007.), *Supra* 2, стр. 68.

⁶¹ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34. str. 142.

⁶² *Ibid.* str. 140.

међународног споразума, мора сматрати сувереним актом државе.⁶³ Како се у литератури истиче, одлука државе да делегира овлашћење за решавање спора међународним трибуналима, је суверена одлука. На тај начин се употреба инвестиционе арбитраже, као посебног метода одлучивања инкорпорира у владајући апарат државе.⁶⁴

На основу закљученог билатералног међународног споразума (енг. „Bilateral Investmet Treaty“, такође и БИТ) и у њему изражене сагласности за заснивање надлежности ICSID-а, инвеститори стичу могућност да покрећу спорове против суверених држава позивајући се директно на његове одредбе. Међутим, како се истиче, ово није била намера креатора ICSID Конвенције, већ да се на основу генералне одредбе о форуму за решавање спора из БИТ-а, закључивањем посебног уговора државе са инвеститором, сагласност на арбитражу конкретизује. Инвестициони споразум је међународни инструмент који креира обавезе између држава. Због тога, да би се засновала надлежност ICSID-а, потребан је додатни правни акт којим би се створио однос између државе и инвеститора, а у коме би била изражена сагласност за решавање спора који између њих настане.⁶⁵ Ипак, током времена, заснивање надлежности директно на основу БИТ-а, постала је стандардна пракса.⁶⁶ У литератури се наводи да је заснивање надлежности ICSID-а на основу конкретних уговора између државе и инвеститора, превазиђена пракса и да се по правилу као општеприхваћени инструменти у ту сврху користе БИТ-ови. У том смислу, може се сматрати да пракса држава показује прећутну сагласност да инвестиционе арбитраже имају другачији „третман“ у односу на трговинске арбитраже.⁶⁷ Такав метод изражавања сагласности на арбитражу и успостављање јурисдикције ICSID-а, опредељује да спорови који се воде у оквиру овог Центра воде порекло из инструмената јавног права. Због тога се процеси пред ICSID трибуналима називају „арбитраже без приватности“.⁶⁸ С обзиром на то да се пристанак на арбитражу сматра сувереним актом државе, консеквентно, основа за ауторитет арбитра је базирана на јавном мандату који им је поверен међународним

⁶³ Schill, Charles N. Brower and Stephen W. "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law." *Chi. J. Int'l L.* 9, 2008: 471-498., str. 472.

⁶⁴ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 145.

⁶⁵ Sornorajah, 1997, 132-33, Sornarajah, M. 1997. Power and Justice in Foreign Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 14:103-40. наведено према Schneiderman (2000.), *Supra* 53, str. 770.

⁶⁶ Видети: Brower, Kumar (2015.) *Supra* 57, str. 44.

⁶⁷ *Ibid.* str. 127.

⁶⁸ Видети: P. Joost (2014.), *Supra* 29, str. 401.

уговором.⁶⁹ На основу изложеног проистиче да у случају када се сагласност на арбитражу изражава кроз међународни споразум, због његове правне природе која га сврстава у домен јавног права, елементи овог права се трансплантују на терен одређивања правне природе арбитраже у целисти.

Случај када је сагласност на арбитражу инкорпорирана у инвестиционо законодавство државе, може се посматрати на исти начин као и случај када је она садржана у међудржавном споразуму. То се објашњава тиме да законодавна моћ у структури поделе власти припада највишим органима државе и спада у део вршења суверених овлашћења ове власти. Када сагласност на заснивање надлежности ICSID-а проистиче из акта државе у коме она наступа у сувереном капацитету, капацитет арбитраже да реши инвестициони спор проистиче директно из употребе јавних овлашћења.⁷⁰

Ове две врсте начина заснивања надлежности арбитража – на основу међународног споразума или кроз национално законодавство, карактерише то што је у њима садржан генерални пристанак државе на надлежност ICSID-а. Генерални пристанак се односи на неодређени број свих будућих спорова са непознатим бројем инвеститора. Овим се посебно наглашава напуштање сфере приватно-правних односа, који се заснивају између тачно одређених лица са акцентом на *inter partes* природи решавања спора.

Генерални пристанак на заснивање надлежности ICSID-а представља далекосежно оптерећење за државу. Тиме она постаје подложна покретању спора од стране било ког инвеститора који буде пословао на њеној територији, поводом било каквог инвестиционог подухвата који буде реализовао. Поред тога, члан 25. ICSID Конвенције прописује да спор мора да проистиче непосредно из инвестиције, али се не уређује шта се може сматрати инвестицијом. На тај начин се ствара простор за екстензивно тумачење ове одредбе, па се заштита инвеститора и овлашћења трибунала могу проширити на неограничено широк дијапазон аката и мера државе.⁷¹

Из претходне анализе проистиче да се према правном инструменту на основу кога се заснива надлежност ICSID-а за решавање инвестиционог спора, као и према

⁶⁹ Видети: Brower, Schill (2008.) *Supra* 63, str. 490.

⁷⁰ *Ibid.* str. 142.

⁷¹ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 130.

правном инструменту којим је уређен инвестициони однос поводом кога спор настаје, инвестициони спорови могу појавити у два облика:

- у облику уговорног спора (када је држава једна од уговорних страна у уговору о улагању),
- у облику спора због кршења међународних обавеза (када држава није уговорна страна, али страни улагач покреће спор на основу тврдњи да је држава прекршила неки од стандарда третмана инвестиције предвиђених инвестиционим споразумом).⁷²

Ова два облика инвестиционих спорова се у релевантној литератури називају и „*contract claims*“ (уговорни спорови) и „*treaty claims*“ (спорови због кршења међународних обавеза).⁷³

Подела на ова два појавна облика инвестиционих спорова има практични и теоријски значај. Разлике између „*contract claims*“ и „*treaty claims*“ нарочито долазе до изражаја у два случаја: приликом одлучивања трибунала о надлежности за решавање конкретног спора и приликом одређивања меродавног права, а посебно у случају када је инвестициони однос регулисан и посебним уговором између државе и инвеститора, а поред тога инвеститор ужива и заштиту на основу инвестиционог споразума, односно БИТ-а.⁷⁴ Одређивање надлежности трибунала за решавање конкретног спора се у „*treaty claims*“ одликује комплексношћу у односу на „*contract claims*“. Најпре је потребно утврдити постојање свих елемената за заснивање надлежности *ICSID*-а, прописаних *ICSID* Конвенцијом.⁷⁵ При том, како се у литератури истиче, трибунал мора водити рачуна о намери страна које су имале приликом уговарања форума за решавање спора, а која се битно разликује код ова два облика инвестиционих спорова.⁷⁶ Код уговорних спорова, приликом формулисања арбитражне клаузуле, стране су имале у виду специфичан инвестициони однос регулисан тим конкретним уговором. Тиме се сугерише да би трибунал требало да узме у обзир субјективне елементе који се базирају на специфичним потребама конкретног инвестиционог односа у питању, а посебно када се ради о утврђивању да ли се ради о спору који је

⁷² Наведена два облика инвестиционих спорова су дата према: Станивуковић, Маја. "Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања". *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића, Београд* (2007). 514-532, стр. 517.

⁷³ Више видети о томе у: Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitrations: are there differences?." (2004): 189-221.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Члан 25. *ICSID* Конвенције. Више о условима за заснивање надлежности *ICSID*-а видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

⁷⁶ Видети у: Kaufmann-Kohler (2004.), *Supra* 73, str. 206.

настао непосредно из инвестиције.⁷⁷ Са друге стране, начин изражавања сагласности за заснивање надлежности у „*treaty claims*“ сугерише да одлучивање о овим питањима има објективни карактер. Надлежност трибунала се установљава на основу тумачења и примене одредби инвестиционог споразума, при чему се не може установити намера страна у погледу конкретног спора, јер је сагласност дата у форми генералног пристанка.⁷⁸ Комплексност у одређивању надлежности у „*treaty claims*“ нарочито долази до изражаја када је потребно да трибунал одреди однос између захтева инвеститора изнетих у спору који су засновани на БИТ-у и оних који су засновани на уговору. Посебно питање је шта се дешава ако ови правни инструменти садрже одредбе којима се не предвиђа надлежност истог Центра за решавање спорног односа између инвеститора и државе.⁷⁹ Сличан проблем се јавља и код утврђивања меродавног права за решавање спора.⁸⁰

Значај разликовања два појавна облика инвестиционих спорова у контексту одређивања јавно-правних елемената у *ICSID*-у је релативизиран.⁸¹ Према овом схватању, на основу генералног пристанка државе израженог у „*treaty claims*“, ствара се могућност да исте мере државе буду предмет инвестиционих спорова у неодређеном броју случајева.⁸² Решавање таквих спорова резултира у разматрању јавних питања државе и бављењу осетљивим политичко-социјално-економским проблемима који имају знатно шири домет од решавања конкретног спора.⁸³ Са друге стране, како се истиче, овај проблем није у потпуности стран и уговорним споровима. Разлика је у томе што у такозваним „*contract claims*“ спор настаје поводом тачно одређене мере државе предузете у односу на конкретну инвестицију која је предмет уговорног односа између државе и инвеститора. Према садржини односа који се разматрају приликом решавања конкретног спора, оба појавна облика инвестиционих спорова имају

⁷⁷ Један од услова за заснивање надлежности *ICSID*-а прописан чланом 25. *ICSID* Конвенције

⁷⁸ Видети у: Kaufmann-Kohler (2004.), *Supra* 73, str. 206.

⁷⁹ Нарочито илустративан пример о практичним импликацијама постојања уговорних спорова и спорова на основу кршења међународних обавеза државе, када је у питању одређивање надлежности *ICSID* трибунала, је случај Vivendi: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (*ICSID* Case No. ARB/97/3). Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

⁸⁰ Практични аспект коегзистенције уговора између државе и инвеститора и БИТ-а у погледу одређивања меродавног права је посебно анализиран на примеру случаја Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (*ICSID* Case No. ARB/98/4). Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

⁸¹ Видети у: Kaufmann-Kohler (2004.), *Supra* 73, str. 214-221.

⁸² Пример видети у делу дисертације: Глава I:1.3. и Глава II, Одсек II: 4.2.

⁸³ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I:1.3.

потенцијал да садрже елементе јавно-правног карактера.⁸⁴ Међутим, са аспекта теоријског идентификовања јавно-правних елемената у *ICSID*-у, подела на два облика инвестиционих спорова је значајна. Апстраховањем правног инструмента у коме је изражена сагласност на заснивање надлежности овог Центра, као једног од елемената за сврставање у одређени домен права, ствара се основ за аргумент да инвестиционе арбитраже излазе из приватне сфере и улазе у сферу јавног права.

1.2. Овлашћење за покретање спора као извор јавно-правних елемената

Члан 25. *ICSID* Конвенције прописује да надлежност Центра обухвата спорове између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице. Тиме се признаје право инвеститора, као појединца, да приступи међународном форуму и предузимајући правну радњу, самоиницијативно покрене поступак против државе. Ово право се даље конкретизује чланом 36. *ICSID* Конвенције којим се уређује захтев за арбитражу и изричито прописује да држављанин државе потписнице може да покрене арбитражни поступак.

Кроз ове одредбе се исказује специфичност и јединственост *ICSID* Конвенције у међународном праву уопште. Како се у литератури истиче, признајући право појединцу да самостално иступи против државе, препознаје га као субјекта међународног права, што је статус који се уобичајено не додељује недржавним актерима.⁸⁵

Могућност директног приступа инвеститора форуму пред којим може покренути спор против државе, *Gus Van Harten* и *Martin Loughlin* називају принципом индивидуализације. У претходном делу дисертације је објашњено њихово мишљење о томе како генерални пристанак државе на арбитражу може имати далекосежне последице у контексту наметања неубичајено великих ограничења држави.⁸⁶ Такав ефекат се може препознати и у принципу индивидуализације. Наиме, не само да инвеститор може директно да иступи против државе, већ ова могућност није условљена на конвенционални начин, својствен међународним системима у другим областима права. Ово се посебно односи на искључење обавезе инвеститора да

⁸⁴ Видети у: Kaufmann-Kohler (2004.), *Supra* 73, str. 219.

⁸⁵ Видети: Tienhaara (2011.), *Supra* 33, str. 185.

⁸⁶ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: 1.1.

претходно исцрпи домаћа правна средства. Даље, ICSID Конвенција прихвата систем директне извршности одлука, без уплива националних судова. Ове особености система уређеним ICSID Конвенцијом указују на изузетно ограничену могућност контроле државе домаћина уз широка, и у међународном праву, специфична овлашћења инвеститора.⁸⁷ Тиме се потврђује схватање да се механизам за решавање инвестиционих спорова у оквиру овог Центра удаљава од класичних арбитража насталих за решавање трговинских спорова.

1.3. Предмет инвестиционих спорова као извор јавно-правних елемената

Традиционално су инвестиционе арбитраже служиле за решавање питања економски мотивисаних експропријација. Суштински, систем који се изградио у оквиру ICSID-а започео је развој од следеће принципијелне идеје: имовину странаца треба заштитити од могуће нелегалне експропријације.⁸⁸ Међутим, почев од деведесетих година прошлог века, ове експропријације су махом добиле форму индиректних и све мање су мотивисане економским разлозима, већ су намењене очувању јавних добара, као што су животна средина, јавно здравље, национална безбедност и слично.⁸⁹ У релевантној литератури постоји генерална сагласност да се током времена променила правна природа спорова који се решавају у оквиру ICSID-а. То више није заштита страних инвеститора од експропријације, већ разматрање регулаторних овлашћења државе.⁹⁰ Овакво опредељење предмета инвестиционих спорова проистиче, пре свега, из дуалне улоге државе. Држава има улогу да гарантује права инвеститора, међутим, истовремено, има и улогу суверена, који има одговорност и према својим грађанима у областима које се не базирају на искључиво економским интересима. Коришћењем *de iure imperii* ауторитета, држава може изменом националног законодавства променити правни режим инвестиције, што може резултирати у ограничавању или кршењу права инвеститора.⁹¹ Уколико се

⁸⁷ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 127-131.

⁸⁸ Видети: P. Joost (2014.), *Supra* 29, str. 408.

⁸⁹ Cai Congyan, China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, 12 J. INT'L ECON. L. 457, 477 (2009), наведено према: Burke-White, William W., and Andreas Von Staden. "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations." *Yale J. Int'l L.* 35 (2010): 283-346. str. 289.

⁹⁰ Видети: P. Joost (2014.), *Supra* 29, str. 408.

⁹¹ Видети: Brower, Kumar (2015.) *Supra* 57, str. 38.

регулаторним мерама државе крши неки од загарантованих стандарда третмана инвестиције, инвеститор има могућност да пред ICSID-ом покрене спор. Приликом одлучивања о покренутом спору, трибунал ће разматрање морати да прошири ван граница конкретних права и обавеза инвеститора и да се упусти у разматрање регулаторне активности државе која представља повод спора. Због тога се овакви спорови називају и регулаторни спорови. Регулаторни спор се може схватити као спор између државе и инвеститора, који проистиче из измене правног третмана инвестиције проузроковане актима државе предузетих у капацитету суверена, а у коме се одређује њихова законитост у конкретном случају, са могућом импликацијом за вршење јавних овлашћења државе, уопште.⁹²

Изграђујући се кроз специфичности инвестиционих односа, улога ICSID-а се данас описује као обезбеђивање заштите инвеститора од могуће штете која би настала приликом вршења јавних овлашћења државе. Овако схваћен предмет инвестиционог спора утиче на знатно шире поимање домета надлежности ICSID трибунала. Уговарање надлежности ICSID-а се може схватити као акт државе којим се она одриче дела свог суверенитета да би успоставила арбитражу као механизам кроз који се процењује регулаторна активност и моћ државе.⁹³ На тај начин, кључни аспект инвестиционих арбитража уопште, па и ICSID-а, постаје преношење приватно-правног модела за решавање трговачких спорова у област јавног права.⁹⁴ У литератури се наводи да су арбитраже које могу да се класификују као део јавног права оне у којима се као исход процеса решавања инвестиционог спора одређује власт, ауторитет и обим суверених овлашћења, као и правна заснованост и легалност регулаторне активности које је држава преузела у јавном интересу.⁹⁵ У степену у ком се арбитраже баве основним вредностима и питањима идентитета државе и фундаменталних права, а не само чињеницама и једноставним питањима одговорности за штету, ови спорови су спорови са карактеристикама јавног права.⁹⁶

Надлежност трговинских арбитража не укључује разматрање регулаторне активности државе које произилазе из вршења јавне власти државе. Кључно обележје инвестиционих арбитража је да оне премештају овај приватно-правни

⁹² Дефиниција дата на основу схватања регулаторних спорова датих у: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34. str. 125, 144, 148.

⁹³ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34. str. 142.

⁹⁴ *Ibid.* str. 126.

⁹⁵ Burke-White, William W., and Andreas Von Staden. "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations." *Yale J. Int'l L.* 35 (2010): 283-346. str. 288.

⁹⁶ *Ibid.* str. 291.

модел решавања спорова из комерцијалне сфере у област државне власти, дајући тиме приватно уговореним арбитрама ауторитет да доносе одлуке, које по својој суштини имају одлике аката органа државних власти.⁹⁷

Приказ ставова о правној природи инвестиционих спорова из релевантне литературе, може се објаснити кроз опис репрезентативних случајева који су се водили против Аргентине. Управо ови случајеви се наводе као добра илустрација тврдњи да су инвестициони спорови регулаторни, односно зашто се говори о легислативној експропријацији.

Случајеви покренути против Аргентине су производ економских околности у којима се нашла држава и последица мера предузетих као начин изласка из кризе. Донете одлуке у аргентинским случајевима и реакције које су изазвале у јавности, осликавају не само међународно-правну јуриспруденцију, већ и политичко опредељење међународне заједнице у односу на могуће исходе решавања економске кризе, као и у односу на регулаторну слободу држава коју могу да уживају у бављењу националним друштвено-економским питањима. Ови случајеви опредељују схватање концепта који омогућава државама да остану чувари националног социјалног мира и безбедности, а инвеститорима да послују у складу са разумним и на међународним споразумима заснованим очекивањима.

За анализу су одабрани такозвани „*Argentine Gas Cases*“.⁹⁸ Ради се о случајевима који су се водили против Аргентине, а у вези су са инвестицијама у гасној индустрији. Са теоријског аспекта, посебно су интересантни јер су базирани на готово истом чињеничном стању, а одлуке које су у њима донете се битно разликују. То их чини погодним за критичку и компаративну анализу начина рада ICSID трибунала и *ad hoc* комитета. У „*Argentine Gas Cases*“ спадају следећи случајеви: *CMS*,⁹⁹ *ENRON*,¹⁰⁰ *SEMPRA*¹⁰¹ и *LG&E*.¹⁰²

⁹⁷ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34. str. 126.

⁹⁸ Назив случајева дат према: Martinez (2012), *Supra* 52.

⁹⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)

¹⁰⁰ Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3)

¹⁰¹ Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16)

¹⁰² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1)

1.3.1. Историјска позадина – амбијент у коме су настали спорови у „*Argentine Gas Cases*“

Аргентина је почетком деведесетих година отворила гасну индустрију за приватне компаније, дајући приватном сектору дозволе за рад у области транспорта и дистрибуције природног гаса. Тако је гасна индустрија Аргентине постала одредиште страних инвестиција. На основу овог економско-политичког подухвата аргентинске владе, бројни инвеститори, укључујући *CMS*, *ENRON*, *SEMPRA* и *LG&E* компаније (све из САД), стекли су значајне власничке уделе у домаћим фирмама које су добиле дозволе за рад у овој области. Определујући фактори за прилив иностраног капитала, није била само атрактивност ове гране индустрије, већ и створена инвестициона клима, која је подразумевала стабилне тарифе везане за долар, као и обећање аргентинске владе да неће укинути, нити на други начин изменити издате дозволе за рад.¹⁰³

Током деведесетих година, аргентинска привреда је уживала поверење страних инвеститора и уследио је прилив страног капитала у облику инвестиција, али у доброј мери и у облику зајмова аргентинским компанијама и појединцима. Међутим, крајем деведесетих до 2002. године, економска криза у Аргентини је кулминирала. Монетарна политика по којој је вредност аргентинског пезоса била чврсто везана за вредност америчког долара, показала се неодрживом. Курс није пратио захтеве тржишта па је аргентински извоз постао неконкурентан, гурајући земљу у рецесију. Економија је слабила и страни инвеститори су губили поверење, што је водило одливу страних фондова и банкарској кризи. Аргентина је дошла у позицију да није у могућности да врати зајмове страним кредиторима. Као одговор на кризу у држави, аргентинска влада је увела непопуларне мере, међу којима је било лимитирање износа који се може повући из банке, као и валутни пад, јер је било неодрживо чувати курс од једног пезоса за један долар. Промена курса је, услед задуживања у доларима, довела многе компаније и до банкрота. У гасној индустрији, криза је резултирала у укидању бројних прописа који су поговали инвеститорима, укључујући и режим прилагођавања тарифа у односу на долар.

Пол Кругман описује наслове у новинама током преговора о аргентинском дугу, који су гласили: „Аргентина поручује кредиторима: па, тужите нас“.¹⁰⁴

То се и десило.

¹⁰³ Видети: Martinez (2012.), *Supra* 52 стр. 153.

¹⁰⁴ Krugman, Pol. "Povratak ekonomije depresije i svetska kriza 2008." *Heliks, Smederevo* (2010), стр. 102-104

Мере које је предузела Аргентина као одговор на решавање економске кризе биле су повод за покретање арбитражних поступака пред ICSID Центром у „*Argentine Gas Cases*“. Инвеститори су у овим случајевима тврдили да Аргентина није испоштовала своју обавезу очувања повољне инвестиционе климе, чиме је повредила одредбе билатералног инвестиционог споразума закљученог између Америке и Аргентине. Трибунали су у овим случајевима донели одлуке у корист страних инвеститора. То је довело Аргентину у изузетно неповољну ситуацију, поготову у периоду опоравка економије од кризе. Чак постоје предвиђања да неће бити у могућности да исплати одређену надокнаду инвеститорима. То доводи Аргентину у парадоксалну ситуацију, у којој мере које је предузела ради опоравка домаће привреде из кризе, воде у још веће финансијске обавезе.

Аргентина је у свим наведеним случајевима поднела захтев за поништење донетих одлука. Има мишљења да је то било не само правно већ и политичко стратешко опредељење Аргентине, јер је тиме продужила период до доношења коначне одлуке и утврђивања износа надокнаде.

У свим наведеним случајевима, одбрана Аргентине се базирала на такозваној нужној одбрани (енг. „*necessity defence*“). Суштина ове одбране је у томе да економска криза ескулпира државу за предузете мере, јер је очување националног интереса и социјалног мира у таквим околностима примарна брига државе. На основу ове одбране, држава настоји да прерогативе суверена задржи на позицијама које превазилазе економску улогу, и примат дају обавезама према својим грађанима. Према схватању Аргентине, *necessity defence* има правни основ у два различита извора права:

1. у међународном обичајном праву али и
2. у билатералном инвестиционом споразуму закљученом између Америке и Аргентине.

По питању извора права, Аргентина, страни инвеститори који су покренули поступак пред ICSID-ом, као и трибунали и *ad hoc* комитети који су у овим случајевима одлучивали, били су сагласни да је међународно обичајно право кодификовано у Нацрту правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација.¹⁰⁵ Конкретно, *necessity defence*, на коју се позива Аргентина, садржана је у члану 25. Нацрта правила¹⁰⁶.

¹⁰⁵ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> [accessed 16 January 2017]

Када је у питању САД-Аргентина БИТ, члан XI садржи одредбу да тај уговор неће преклудирати ниједну страну уговорницу да примени мере нужне за одржавање јавног реда, испуњавање обавеза у погледу очувања или одржања међународног мира и безбедности, или мере нужне из сопствених есенцијалних безбедносних разлога (енг. „*Non Precluded Measures*“, такође и NPM).¹⁰⁷

Одлуке ICSID трибунала, као и *ad hoc* комитета који су поступали у „*Argentine Gas Cases*“ битно се разликују, без обзира на готово идентично чињенично стање и исте правне изворе на основу којих је одлучивано. Описане околности указују да се у „*Argentine Gas Cases*“ могу идентификовати две врсте проблема која треба размотрити. Ови проблеми су опредељени природом питања која су разматрана приликом решавања спора и околностима у којима су спорови настали. Једна група питања је правне природе, а друга политичке.

Питања која су у основи правне природе почивају на разликама у схватању трибунала и *ad hoc* комитета о односу између различитих извора права, односно тумачења приоритета њихове примене на конкретне случајеве. Ради се о односу у примени између члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и члана XI САД-Аргентина БИТ-а („*Non Precluded Measures*“). Одлуке донете у „*Argentine Gas Cases*“ нуде палету могућих тумачења о томе које је извор права требало применити и којим редоследом.¹⁰⁸

Питања која су политичке природе, односе се на разлике у схватањима о стандардима за примену института *necessity defence* на који се Аргентина позива. Суштински, то подразумева процену економске стварности Аргентине – да ли је криза

Adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session.

¹⁰⁶ Члан 25. Нацрта правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација, у оригиналу на енглеском језику, гласи:

1. „*Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:*
 - (a) *is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and*
 - (b) *does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.*
2. *In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*
 - (a) *the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or*
 - (b) *the State has contributed to the situation of necessity.*“

¹⁰⁷ Члан XI САД-Аргентина БИТ-а, у оригиналу на енглеском језику гласи:

“*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.*”

¹⁰⁸ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.б.

била таква да оправдава мере којима се задире у загарантована права инвеститора. При том, значајно је истаћи да са аспекта државе, процена размера кризе се не може заснивати искључиво на економским параметрима. Она нужно укључује социјалну димензију, одржавање јавног реда и мира и питање одговорности државе за добробит и благостање грађана на њеној територији. *Necessity defence* је увек нужно везана за околности сваког појединачног случаја, међутим, одређивање домета њене примене је од општег значаја за међународну заједницу. Ово питање опредељује схватање о слободи државе да на својој територији предузме мере у циљу контроле одређених ванредних околности. У случају Аргентине, то је била тешка економска ситуација. Јасно је зашто одговор на то питање има глобалне размере, ако узмемо у обзир да је већ 2008. године дошло до светске економске кризе. То је околност која означава могућност да бројне државе, циљна места иностраног капитала, могу предузимати мере којима ће тангирати интересе инвеститора. Са аспекта заштите права инвеститора основано је поставити питање коју регулаторну слободу ће имати државе и у којој мери могу очекивати да њихова правна ситуација, предвиђена инвестиционим споразумом неће бити измењена. Са друге стране, са аспекта интереса државе, основано је разматрати и да ли ће је брига о основним националним интересима и мере за излазак из кризе, довести до кумулације спорова, односно даљим тешким финансијским обавезама које се огледају у додељеним компензацијама. Даље, питање регулаторне слободе државе у контексту очувања права инвеститора, од значаја је не само у време кризе. Као општи проблем се поставља питање да ли држава, због закључења инвестиционог споразума треба да буде ограничена да се бави питањима неинвестиционог карактера, због бојазни од губитака у евентуалним споровима. Дакле, да ли држава има права да на својој територији мења прописе, самим тим и услове у којима се реализује инвестиција, или, једном уговорени стандарди третмана треба да воде у такозвани *regulatory freeze*, иако економски интерес инвестиције, по правилу, може да буде дугорочан.

Политичка питања дају извесну тежину споровима који се решавају пред ICSID трибуналима и *ad hoc* комитетима и додатно оптерећују антагонизам супротстављених интереса између државе домаћина и инвеститора. Пред трибунале и *ad hoc* комитете се поставља задатак инкорпорирања политичких питања у правна разматрања за решење спора између две стране. Без обзира што немају чисто правни карактер, та питања су од суштинског значаја за очување социјалног легитимитета ICSID система.

1.3.2. Анализа “*necessity defense*” кроз случајеве из групе „*Argentine Gas Cases*“ и идентификовање јавно-правних елемената у предмету инвестиционог спора

У овом делу ће случајеви из групе „*Argentine Gas Cases*“ бити анализирани да би се приказала суштина такозване “*necessity defense*” на коју се у овим случајевима позивала Аргентина. Кроз тај приказ, биће указано на специфичности правне природе питања која су разматрали трибунали приликом решавања ових спорова.

Суштина “*necessity defense*” се у основи заснива на балансирању између две обавезе: обавезе државе да поштује права инвеститора, на шта се обавезала закључивањем међудржавног споразума, са једне, и обавезе да води рачуна о националним питањима од јавног значаја, са друге стране. Дакле, ова одбрана подразумева да објективне околности, које нарушавају или прете да наруше јавни интерес државе, дају приоритет есенцијалним националним питањима, као што су безбедност, јавни ред и мир... “*Necessity defense*” служи да укаже да је опасност која прети држави била таква да оправдава привилеговање националног интереса и служи да ескулира државу од одговорности за штету коју је проузроковала инвеститорима предузимајући мере којима се национални интерес у питању штити.

Ради јасног методолошког приказа случајева, потребно је указати на њихово теоријско груписање које су дали *William W. Burke-White* и *Andreas von Staden*.¹⁰⁹ Према овим ауторима случајеви који су се водили против Аргентине се могу поделити у две категорије:

- у прву категорију ране јуриспруденције спадају прва три случаја: *CMS*, *Enron* и *Sempra*,
- а у другу категорију спада каснији случај *LG&E*.

У овом делу дисертације, као репрезентативни, биће описани случајеви *CMS* и *LG&E*. Случај *CMS* ће бити описан као репрезентативни пример прве групације по ауторима *Burke-White* и *Von Staden*, а *LG&E* као пример друге групације.

Случај *CMS* је предмет анализе од стране бројних аутора који се баве изучавањем ICSID-а, и има мишљења да се може сматрати контроверзним представником јуриспруденције у оквиру овог Центра, што се види и кроз начин примене различитих правних извора међународног права и тумачења одредби члана 52.

¹⁰⁹ Видети: *Burke-White, Von Staden (2010.), Supra 95. str. 297.*

ICSID Конвенције.¹¹⁰ Имајући у виду значај изучавања овог случаја у оквиру анализе поступка за поништење одлуке, односно, узимајући у обзир одјек који овај случај има у стручној јавности, потребно је размотрити и схватања трибунала о примени *necessity defense*. *LG&E* је опредељен као репрезентативни случај, због његове карактеризације као извесне прекретнице у схватању трибунала. Он је описан као случај од нарочитог значаја за даље опредељење Аргентине и њене јавне политике, због тога што је трибунал показао посебно разумевање за тежину стања кризе у овој земљи.¹¹¹

У оба случаја чињенично стање је практично идентично. Страни инвеститори су покренули спор тврдећи да је Аргентина, предузимајући мере за излазак из кризе током 2001. односно 2002. године, повредила одредбе инвестиционог споразума, а пре свега фер и правичног стандарда третмана (енг. „*Fair and Equatable Treatment*“, такође и *FET*). Аргентина се позвала на *necessity defense*.

Ова одбрана се базира на два извора права: на члану 25. Нацрту правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација и на члану XI САД-Аргентина БИТ-а.

Према члану 25. Нацрта правила о међународној одговорности држава:

1. „*necessity*“ не може да буде употребљена као основ за искључење противправности аката или мера државе које нису сагласне са међународном обавезом те државе, осим ако је тај акт, односно мера:

- a) једини начин да држава одбрани есенцијалне националне интересе против озбиљне и непосредне опасности; и
- b) ако се тиме озбиљно не нарушава интерес других држава према којима је установљена обавеза, односно, према међународној заједници као целини.

2. У сваком случају на „*necessity*“ се не може позивати уколико је:

- a) међународна обавеза државе таква да искључује могућност позивања на „*necessity*“, или
- b) ако је држава допринела стању које карактерише као „*necessity*“.¹¹²

¹¹⁰ О начину поступања трибунала и *ad hoc* комитета који су поступали у случају *CMS* више видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.б.

¹¹¹ Kasenetz, Eric David. "Desperate Times Call for Desperate Measures: The Aftermath of Argentina's State of Necessity and the Current Fight in the ICSID." *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 41, 2009: 709-747., str. 732, 733.

¹¹² Члан 25. Нацрта правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација, у оригиналу на енглеском језику, гласи:

3. „*Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:*
(c) *is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and*

Када је у питању САД-Аргентина БИТ, члан XI садржи одредбу која се назива „*Non Precluded Measures*“. Ова одредба прописује да тај уговор неће онемогућити ниједну страну уговорницу да примени мере нужне за одржавање јавног реда, испуњавање обавеза у погледу очувања или одржања међународног мира и безбедности, или мере нужне из сопствених есенцијалних безбедносних разлога.¹¹³

У раду трибунала у случајевима *CMS* и *LG&E* се разликује тумачење и начин примене и члана 25. Нацрта правила о одговорности држава и члана XI САД-Аргентина БИТ-а.

У случају *CMS*, Аргентина је, позивајући се на “*necessity defense*” своју одбрану засновала на следећим елементима:

- да је економска криза била таква да је представљала тешку и непосредну опасност,
- да Аргентина није суштински допринела стварању таквог стања,
- да је ситуација настала у највећем делу под утицајем спољашњих фактора,
- да су мере које је усвојила Аргентина биле једине мере подобне да одбране есенцијалне економске интересе које је криза погодила,
- и да усвајањем ових мера Аргентина није ни дискриминисала стране инвеститоре нити прекршила интересе других држава.¹¹⁴

Трибунал који је одлучивао у овом случају, сматрао је да је дошло до кршења одредби БИТ-а, а да размере економске кризе нису биле такве да би оправдале примену “*necessity defense*” која би отклонила противправност предузетих мера у односу на гарантована права инвеститора.¹¹⁵

Трибунал у случају *CMS* је најпре разматрао које су биле размере економске кризе и на који начин је утицала на привредни и јавни живот у Аргентини. Ценио је да ли је економска криза била таквог карактера и размера да се може сматрати да представља озбиљну и непосредну опасност по државу. Према схватањима изнетим у

-
- (d) *does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.*
 - 4. *In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*
 - (c) *the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or*
 - (d) *the State has contributed to the situation of necessity.*“

¹¹³ Члан XI САД-Аргентина БИТ-а, у оригиналу на енглеском језику гласи:

“*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.*”

¹¹⁴ *Supra* 99, *CMS Award* para. 312.

¹¹⁵ *Ibid.* paras. 315-78.

одлуци трибунала, ситуација је била таква да је разумљиво да је држава предузела одређене мере да би је предупредила, али је трибунал сматрао да није била довољно тешка да би искључила њихову противправност.¹¹⁶

Трибунал се, даље, упутио у оцену мера које је држава предузела, да би утврдио да ли су биле једине могуће да се оконча криза. Трибунал је у својој одлуци истакао да ово питање није једноставно, јер чак ни стручњаци у овој области не би могли да понуде једнозначан одговор на то које мере је било најбоље предузети. Да би донео одлуку, трибунал се одлучио да примени стандард изражен у схватању Међународног суда правде.¹¹⁷ Према овом стандарду за примену “*necessity defense*” потребно је да су предузете мере биле једине на располагању, односно, није од значаја да ли су друге мере биле лошије или адекватније за примену под конкретним околностима, већ само да ли су уопште постојале. Применом овог схватања на конкретну ситуацију у Аргентини, трибунал је сматрао да није испуњен услов за активирање члана 25. Нацрта правила о одговорности држава.¹¹⁸

Аргентина је изнела тврдње да су узроци кризе били претежно спољашњи. Трибунал је у оцени овог навода Аргентине изнео мишљење да када су у питању околности у којима се нашао ова држава, као и када су у питању кризне ситуације уопште, треба узети да су корени кризе и у спољашњим и у унутрашњим факторима. Према схватању трибунала, то је неизбежна последица глобалне економије у којој домаћи и интернационални фактори нужно показују узајамно дејство. Трибунал је сматрао да је због тога потребно установити да ли је допринос кризи Аргентине довољно значајан (енг. „*sufficiently substantial*“). Трибунал је сматрао да ово јесте случај. Корене кризе је пронашао у државној политици која је вођена још осамдесетих година, настављена у деведесетим, а кулминирала 2002. године. Иако је трибунал сматрао да спољашњи фактори јесу допринели размери кризе, они нису једини њен узрок, већ је и Аргентина значајно допринела таквом стању. Због тога се допринос тих спољашњих фактора не може сматрати основом за искључење одговорности Аргентине.¹¹⁹

Имајући у виду да је трибунал заузео становиште да је потребно да сви услови предвиђени чланом 25. Нацрта правила о одговорности држава буду кумулативно

¹¹⁶ *Ibid.* paras. 320-322.

¹¹⁷ Наведено према: *CMS award* para. 324.

¹¹⁸ *Supra* 99, *CMS Award* paras. 323, 324

¹¹⁹ *Ibid.* paras. 328,329.

испуњени да би се сматрало да се може искључити противправност аката Аргентине, а то није случај, одлучио је да нема места примени “*necessity defense*”.¹²⁰

Супротно налазима у случају *CMS*, трибунал који је одлучивао у случају *LG&E* усвојио је ставове који иду у корист Аргентине, иако су околности случаја, као и одбрана Аргентине, практично идентични.

Пре свега, трибунал који је одлучивао у случају *LG&E*, релевантне изворе права је применио на другачији начин у односу на онај који је одлучивао у случају *CMS*.¹²¹ Овај трибунал је спровео посебну анализу предузетих мера Аргентине и у светлу Нацрта правила о одговорности држава и у светлу члана XI Аргентина-САД БИТ-а. Трибунал је најпре анализирао да ли је могуће применити члан XI Аргентина-САД БИТ-а да би се искључила одговорност за кршење обавезе предвиђених БИТ-ом. Након тога је испитао да ли Нацрт правила о одговорности држава подржава налазе трибунала о могућностима за искључење противправности предузетих мера Аргентине.¹²² На основу такве анализе, трибунал је закључио да је Аргентина прекршила поједине одредбе БИТ-а, али се искључује њена одговорност за мере предузете током кризе, на основу примене оба извора права.¹²³

Компанија *LG&E* је у својим поднесцима ситуацију у Аргентини описала као период економских проблема, који су проистекли из флукуације пословног циклуса, али не као кризу. На основу презентованог случаја, трибунал је закључио другачије. Сматрао је да је у току економске кризе Аргентина била у стању највишег степена јавних нереда, и да су услови били такви да су претили есенцијалним безбедоносним интересима државе.¹²⁴ Трибунал је сматрао да су до децембра 2001. године сви главни економски индикатори достигли катастрофалне пропорције.¹²⁵ Економска криза је покренула и социјалне немире, протесте и насилне демонстрације. Трибунал описује ово стање као околности разарајућих економских, политичких и социјалних услова, који сви заједно, дају основ за примену члана XI Аргентина-САД БИТ-а, ради очувања реда и контролне цивилних нереда.¹²⁶

¹²⁰ *Ibid.* para. 331.

¹²¹ Више о примени Нацрта правила и члана XI Аргентина-САД БИТ-а у *CMS* случају, видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.6.

¹²² *Supra* 102, *LG&E Decision on Liability*, paras. 204-206, 245.

¹²³ *Ibid.* paras. 226-266.

¹²⁴ *Ibid.* para. 231.

¹²⁵ *Ibid.* para. 232.

¹²⁶ *Ibid.* para. 237.

Приликом анализе да ли је могуће применити члан 25. Нацрта правила о одговорности држава, трибунал је нашао да се децембра 2001. године Аргентина суочила са изузетно озбиљном претњом њеном политичком и економском опстанку, могућности одржавања основних функција и очувања унутрашњег мира. Трибунал је, даље, сматрао да нема доказа који указују на то да је Аргентина допринела таквом стању, на начин који онемогућава примену члана 25. Нацрта правила о одговорности држава. Такође, имајући у виду да овај члан прописује да је потребно да су предузете мере биле једино могуће средство да се избегне ситуација у којој се држава нашао, трибунал је сматрао да је и овај услов испуњен. Поред тога, трибунал је сматрао да предузетим мерама нису озбиљно нарушена права других држава.¹²⁷

Трибунал је сматрао да је могуће применити члан 25. Нацрта правила о одговорности држава, односно да су испуњени услови за позивање на “*necessity defense*”. Због тога је одлучио да треба искључити одговорност државе за штету насталу предузетим мерама за време кризе.¹²⁸ Претрпљена штета и губици настали за време „*state of necessity*“ треба да падну на терет инвеститора. Међутим, након изласка из периода који се може окарактерисати као „*state of necessity*“, Аргентина је била дужна да успостави режим пословања какав је био пре овог периода. Имајући у виду да то није учинила, биће одговорна за компензацију насталу у периоду након утврђеног стања „*state of necessity*“.¹²⁹

Када је у питању примена члана XI БИТ-а, односно његовог домета и значаја у заштити права инвеститора, тумачења трибунала у случајевима *CMS* и *LG&E* се, такође, разликују.

За трибунал у случају *CMS*, БИТ је закључен са циљем заштите права инвеститора. У том смислу, чак и *NPM* клаузула (члан XI) садржана у оваквом споразуму, не може се тумачити и примењивати тако да представља значајно ограничење за заштиту права инвеститора. То је због тога што се клаузула одређеног споразума мора тумачити сагласно циљу ради кога је он закључен.¹³⁰

Трибунал у случају *LG&E* је сматрао да БИТ, у основи, служи да би балансирао супротстављене интересе инвеститора и државе домаћина. То укључује и балансирање између заштите права инвеститора и регулаторне слободе државе. Тако посматрано, *NPM* клаузула у БИТ-у представља експлицитно формулисан правни инструмент који

¹²⁷ *Ibid.* para. 257.

¹²⁸ *Ibid.* para. 259.

¹²⁹ *Ibid.* paras. 264, 266.

¹³⁰ *Supra* 99, *CMS Award* para. 357.

омогућава да се трошкови регулаторних мера предузетих у изузетним околностима, пребаце са државе на инвеститоре.¹³¹

Овако различита схватања природе и функције *NPM* клаузуле је основ за дивергентни интерпретативни приступ трибунала.¹³²

Трибунали у случајевима *CMS* и *LG&E* су донели различите одлуке поступајући у случајевима у којима су одлучивали узимајући у обзир: исто стање у држави, у истом временском периоду и исте мере које су предузете ради сузбијања стања у питању.

CMS случај приказује изузетно строг стандард који је трибунал применио да би утврдио да ли је могућа примена "*necessity defense*". Суштински, такав стандард *de facto* чини да позивање на клаузулу инвестиционог споразума, која треба да искључи противправност предузетих мера државе (енг. „*Non Precluded Measures*”, такође и *NPM*), буде правна немогућност. Такође, има мишљења да је трибунал у овом случају занемарио да узме у обзир економску стварност и шири контекст из којег су настале околности на којима се базирају чињенице спора. Уместо да препозна јавно-правну природу спора који је решавао, овај трибунал је поступао као да су једина права и интереси који треба узети у обзир, они који су на страни инвеститора, и као да је његов мандат да спроведе приватни уговор између страна у спору, не стављајући га у контекст јавног интереса.¹³³

Трибунал у случају *LG&E* је имао другачији приступ, кроз који се демонстрира знатно већа осетљивост на суштинске проблеме државе и њену потребу да их регулише. Може се рећи да је поступао са дозом попустљивости према ономе шта је Аргентина одредила као нужне акције које треба предузети ради заштите основних безбедоносних интереса и очувања јавног реда. Овај трибунал је, суштински, препознао елементе јавног права у спору, као и чињеницу, да поред права која су инвеститорима гарантована закљученим инвестиционим споразумом, приликом одлучивања мора постојати генерално разумевање да се овде ради о значајном националном јавном интересу.¹³⁴

¹³¹ *Supra* 102, *LG&E Decision on Liability*, para. 205., видети и: Burke White William, Von Staden Andreas. "Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties." *Virginia Journal of International Law* 48, 2007: 307, str. 399.

¹³² Burke White William, Von Staden Andreas. "Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties." *Virginia Journal of International Law* 48, 2007: 307, str. 400.

¹³³ Видети: Burke-White, Von Staden, "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations" (2010.), *Supra* 95. str. 297.

¹³⁴ *Ibid.* str. 299.

Одлука трибунала у случају *LG&E* нуди значајан помак у корист Аргентине. Интерпретација озбиљности кризе са којом се ова држава суочила коју је усвојио трибунал у овом случају, даје Аргентини подлогу за формулацију добрих аргумената у свим будућим случајевима који се евентуално против ње буду водили. Може се схватити да одлука у случају *LG&E* изражава став да, дугорочно посматрано, инвеститори не могу имати легитимна очекивања да ће њихови ставови, као приватних актера, бити меродавни за оцену питања јавног државног интереса, јавног реда и мира и слично.¹³⁵

Одлуке које су доносили трибунали приликом разматрања услова за примену “*necessity defense*” јасно показују да се у њима разматрају питања од општег интереса за државу, односно, питања која превазилазе уговорни однос између две пословне стране. Трибунали су имали дужност да оцене размере кризе у држави, озбиљност нередица и општег друштвеног стања. Даље, морали су да се упусте у оцену регулаторних мера државе које она предузима у капацитету суверена и претходних политика које је водила, како би утврдили да ли је допринела настанку кризе. Заузимање општих ставова трибунала о томе коју слободу држава може имати у регулисању питања од јавног интереса на уштрб права инвеститора, функционално илуструје опис инвестиционих арбитража као двокомпонентног процеса у коме поред решавања спора трибунал има улогу у формулисању јавних вредности.¹³⁶ Тиме се потврђује тврдња да су спорови у оквиру ICSID-а регулаторни спорови и да предмет инвестиционог спора у арбитражни процес уноси јавно-правне елементе.

1.4. Јавно-правни елементи инвестиционог споразума који је предмет спора

Чињеница да реализација инвестиционог пројекта подразумева, по правилу, дуготрајни временски период, указује на то да је немогуће изоловати њене економске ефекте од других категорија на које неминовно има утицај. Очигледан пример је радно право, заштита права потрошача, као и заштита животне средине. Ово су значајне области, које спадају у питања од општег значаја, чиме се функционално одређује да инвестициони споразум задире у односе који спадају у јавно право државе домаћина.

¹³⁵ *Ibid.* str. 406.

¹³⁶ *Ibid.* str. 1110-1117.

Ово се може сматрати општим одређењем елемената јавно-правног карактера кроз садржину инвестиционих споразума.

Поред тога, ови споразуми редовно садрже и конкретне одредбе које се могу сврстати у јавно право. Таква одредба је стандард третмана инвестиције који је, по правилу, увек интегрални део инвестиционог споразума: фер и правичан третман.¹³⁷ Овај стандард утиче на начин на који држава уређује, односно мења правни оквир под којим је инвестиција учињена. У литератури¹³⁸ се истиче да барем пет елемената чине материјалну садржину овог стандарда:

1. стабилност, правна предвидивост и конзистентност правног оквира;
2. заштита легитимних очекивања инвеститора;
3. обезбеђивање правичног процеса за инвеститоре;
4. транспарентност;
5. пропорционалност.

Ових пет елемената који су садржани у стандарду фер и правичног третмана се у националним системима препознају као суб-елементи владавине права.¹³⁹ Тиме се даље потврђује идеја да се кроз инвестиционе споразуме уводе елементи јавног права.

У споровима који су се водили против Аргентине, иако је њихов повод био сет регулаторних мера које је предузела држава као решење за излаз из кризе, конкретне захтеве инвеститори су базирали на тврдњама да је Аргентина нарушила *FET* стандард из закљученог БИТ-а. Тако посматрано, улога овог стандарда се може третирати као одлучујућа у сузбијању илегалних и нелегитимних акција државе. Чак, домет овог стандарда се у скоројој јуриспруденцији сматра изузетно широким, нарочито имајући у виду често неодређени и непрецизно формулисани текст којим се у инвестиционим споразумима овај стандард уређује. На тај начин, путем екстензивног тумачења, како се у литератури истиче, овај стандард има потенцијал да ограничи вршење суверених овлашћења државе и то лимитирајући рад сваког појединачног дела државне власти: националних судова, управних органа, па чак и законодавне власти. У контексту инвестиционих спорова, а што се може закључити из аргентинског примера, кроз мере које утичу на права инвеститора, трибунали могу вршити контролу над регулаторном

¹³⁷ Franck, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions." *Fordham L. Rev.* 73, 2004: 1521-1625. str. 1523.

¹³⁸ Kingsbury, Benedict, and Stephan W. Schill. "Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law." *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 146 (2009): 1-53. str. 10.

¹³⁹ *Ibid.*

улогом државе уопште. Примера ради, *FET* захтева да буде испуњен принцип правне сигурности, заштите легитимних очекивања, да се процедуре пред домаћим органима спроводе у сагласности и у границама релевантних процесних закона, да постоји могућност приступа овим органима ради заштите права појединаца, да постоји могућност преиспитивања аката које доносе органи државне власти... Повезаност између заштите и доследног поштовања стандарда садржаних у инвестиционим споразумима и промоције инвестиционих токова, надограђује се идејом о повезаности владавине права и економског развоја. То треба схватити на следећи начин: позитиван економски утицај је везан за подстицајну структуру која се огледа у владавини права, односно, поштовање *FET* стандарда се посматра као елемент повољне инвестиционе климе. Оно што је приметно у начину примене овог стандарда и круцијално за одговарајуће разумевање улоге инвестиционих арбитража, је чињеница да с обзиром на то да оне преузимају интерпретативну функцију приликом решавања спора, дата им је централна улога у обликовању контура структуре односа између инвеститора и државе пок окриљем овог третмана. Имајући ово у виду, *FET* се посматра као део инвестиционих споразума који се са материјалног и процедуралног аспекта може окарактерисати сагласан принципима јавног права.¹⁴⁰

Имајући у виду значај случајева који су се водили против Аргентине за објашњење начина функционисања и легитимитета ICSID-а, као нарочит илустративни пример клаузуле инвестиционог споразума која спада у домен јавног права, потребно је анализирати САД-Аргентина БИТ. Приликом разматрања појединачних случајева који су пред ICSID-ом покренути против Аргентине, указано је да БИТ који је ова држава закључила са САД садржи такозване „*Non Precluded Measures*“.

Ове мере су садржане у члану XI БИТ-а који прописује да инвестициони споразум неће онемогућити ниједну страну уговорницу да примени мере нужне за одржавање јавног реда, испуњавање обавеза у погледу очувања или одржања међународног мира и безбедности, или мере нужне из сопствених есенцијалних безбедносних разлога.

Предмет ове одредбе су питања од општег интереса за државу и спадају у основне области у којима постоји суверено право државе да се стара о њиховој заштити и очувању. Садржински, ова одредба спада у домен јавног права. Посматрано

¹⁴⁰ Више о томе видети у: Jacob, Marc, and Stephan W. Schill. "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method." In *International Investment Law*, pp. 749-812. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015.

са процесно-правног аспекта, трибунали су у аргентинским случајевима морали да одлуче да ли има основа за примену члана XI БИТ-а, у ком случају би била искључена одговорност Аргентине за штету која је настала предузимањем регулаторних мера за излазак из економске кризе. Међутим, као предуслов за утврђивање примењивости овог члана у конкретном случају, трибунали су, између осталог, одлучивали о томе да ли се радило о основним интересима безбедности у Аргентини (што је услов прописан самим чланом XI БИТ). Ово питање спада у кључне одлике суверене власти државе и њене примарне функције. Шире посматрано, могућност државе да развије политички и економски одговор на изузетан финансијски колапс, обухвата способност државе да се стара о основним потребама својих грађана и осигура њихова фундаментална права. У најмању руку, ови спорови осликавају сукоб две основне вредности: права инвеститора која су загарантована БИТ-ом и могућност државе да спроводи своје базичне циљеве који се састоје у обезбеђивању јавног реда и мира, као и стабилности. До степена у ком инвестиционе арбитраже супротстављају ове две врсте вредности и баве се разматрањем основних питања државног идентитета и фундаменталних права, уместо питањима компензације, ови спорови су се могу сматрати делом јавног права.¹⁴¹

1.5. Правна природа надокнаде страном инвеститору као извор јавно-правних елемената

У литератури се може пронаћи и мишљење да се јавно-правни елементи могу сагледати и кроз сам исход спора.¹⁴² У инвестиционим арбитражама страни која добије спор се увек додељује одређени износ компензације, која има функцију надокнаде штете настале регулаторним мерама државе. Одређивањем правног карактера исхода спора као надокнаде штете, наглашава његов приватно-правног карактера, са *inter partes* ефектом. Ово управо проистиче из чињенице да се надокнада штете тиче страна у спору, нарочито оштећене стране и по правилу, не укључује шири, јавни интерес.

¹⁴¹ Видети: Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations (2010.), *Supra* 95, str. 291.

1. ¹⁴² Michael Farchakh, Reflections on Investor-State Arbitration as Global Governance, Paris-Est Créteil Val-de-Marne University, 2014-2015, доступно на адреси https://www.researchgate.net/publication/301806452_Reflections_on_Investor-State_Arbitration_as_Global_Governance?enrichId=rgreq-cfcff309-d63c-4556-97dd-26bfe89de9ed&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMTgwNjQ1MjtBUzozNTc3ODY0MjE2MTI1NTBAMTQ2MjMxNDMzODQxMw%3D%3D&el=1_x_2, 04.05.2016, str.13.

Ово је конвенционално схватање надокнаде која се додељује у арбитражним поступцима. Дакле, она нема казни карактер, нити је предвиђено да њена улога буде таква да служи као пример другим државама о могућим последицама предузимања мера које резултирају у таквој компензацији. Ипак, у случају Аргентине, износ надокнаде по основу кумулације поднетих захтева против ње, прети немогућношћу извршења. То указује да приликом спровођења јавних политика државе морају да воде рачуна о очекивањима инвеститора. Односно, државе морају да узму у обзир ограничења која се могу наметнути тумачењем међудржавних споразума које су закључивале. То се назива „одвраћајућим ефектом“. Кроз овај ефекат, као инструмент утицаја међународне арбитраже на формирање јавних политика и регулаторних мера држава, сагледава се надокнада као инструмент јавног права.¹⁴³

1.6. Карактер неизвршења одлуке коју је донео ICSID трибунал као извор јавно-правних елемената

Члан 54. ICSID Конвенције прописује да ће свака држава потписница признати као обавезну одлуку донету на основу ове Конвенције и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда те државе.

Анализу система за решавање спорова у оквиру ICSID-а, неопходно је посматрати кроз његову специфичност која се огледа у самосталности система, који садржи све потребне елементе у себи (енг. „*self-contained*“). Ова карактеристика ICSID-а се нарочито огледа у одредбама којима је уређено признање и извршење донетих одлука. *Schreuer*¹⁴⁴ је коментарисао да је члан 54. ICSID Конвенције којим је уређено ово питање, једна од најважнијих одредби Конвенције, кроз коју се огледа јединственост ICSID-а.¹⁴⁵ Има и мишљења да би арбитражна одлука била само инструмент који садржи запис о одлуци арбитра, да не постоји ефикасан механизам њене примене.¹⁴⁶

¹⁴³ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 131-133.

¹⁴⁴ Професор међународног права, који је већи део каријере посветио међународном инвестиционом праву. Панелиста је на ICSID листи арбитра и посредника, и члан других међународних арбитража. Поред већег броја академских чланака и књига посвећених инвестиционом праву и арбитражама, његов највећи допринос је коментар ICSID Конвенције, под називом „*The ICSID Convention: A Commentary*”

¹⁴⁵ Schreuer, Christoph H. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge University Press, 2009, str. 1117.

¹⁴⁶ Mistelis, Loukas A. "Award as an investment: The value of an arbitral award or the cost of non-enforcement." *ICSID review* 28, no. 1 (2013): 64-87. str. 65.

У правној литератури се истиче да члан 54. ICSID Конвенције у формалном смислу обезбеђује одлукама највећи степен правног ауторитета.¹⁴⁷ То се објашњава чињеницом да овај члан искључује било какву могућност додатне ревизије одлуке у поступку њеног признавања и извршења од стране домаћих органа. Поред тога, овакав систем извршења даје ICSID-у највећу моћ принуде у односу на било који други међународни систем за решавање спорова.¹⁴⁸

Приликом креирања текста Конвенције, постојало је генерално убеђење да извршење одлука од стране држава потписница неће бити проблем.¹⁴⁹ *Christian J. Tams* је, говорећи о ауторитету донетих одлука, сматрао да поред формалне стране треба да буде испуњен и додатни услов, који се огледа у практичном аспекту, односно у мери у којој се стране у спору заиста повинују донетим одлукама. Његов закључак, који је изнео у раду из 2009. године, био је да не постоји проблем са извршењем одлука које доносе трибунали у оквиру ICSID система.¹⁵⁰

ICSID систем предвиђа одређене гаранције за извршење одлуке. Најпре сам члан 54. Конвенције усваја принцип директне извршивости одлука, без додатног преиспитивања. Друга гаранција је више политичког карактера и односи се на очување међународног рејтинга држава. Претпоставка је да ће се државе добровољно повиновати одлукама које доносе ICSID трибунали, јер тиме показују спремност за поштовање права инвеститора, као и међународних обавеза уопште. Такође, не треба занемарити и чињеницу да је ICSID настао под окриљем Светске Банке, па поштовање одлука трибунала може индиректно да утиче на статус државе и у оквиру ове међународне организације. Као последњи степен у механизму за обезбеђивање извршења одлука је могућност покретања дипломатске заштите. Ова могућност се треба схватити као крајње средство, јер је она, начелно, искључена у случају неометаног функционисања ICSID механизма. Члан 27. ICSID Конвенције изричито искључује могућност пружања дипломатске заштите у вези са споровима за који су се њен држављанин и држава потписница сагласили да изнесу или су изнели на арбитражу сагласно Конвенцији. Међутим, та могућност је доступна, уколико се та

¹⁴⁷ Tams, Christian J., *Is There a Need for an ICSID Appellate Structure?* (February 11, 2009). The international convention for the settlement of investment disputes: taking stock after 40 years, Hofmann, Tams, eds., Nomos, Baden-Baden, 2007. str. 241.

Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1341268>

¹⁴⁸ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34. str. 135.

¹⁴⁹ Goodman, Charity L. "Uncharted Waters: Financial Crisis and Enforcement of ICSID Awards in Argentina." *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 28 (2007): 449-485. Str. 465.

¹⁵⁰ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 243.

држава потписница није повиновала и спровела одлуку донету у том спору. Под истим условима је допуштено да држава порекла капитала покрене међународни спор против државе домаћина која није извршила одлуку.

Неизвршење одлуке коју донесе ICSID трибунал има двојаки карактер.

Најпре, неизвршењем одлуке се крши обавеза према другој страни у спору, у чију корист је одлука донета.

Поред тога, за одређење карактера неизвршења обавезе, потребно је узети у обзир специфичности система ICSID-а као институционализоване арбитраже. Наиме, један од услова за заснивање надлежности ICSID-а је да се спор води против државе потписнице.¹⁵¹ Дакле, заснива се на чињеници чланства које се стиче приступањем Конвенцији. Због тога се у литератури може наћи мишљење да неизвршење одлуке има карактер кршења међународне обавезе према свим другим државама потписницама.¹⁵² Тиме се дејство решења спора преноси из односа страна у спору, на однос одређене заједнице која је креирана потписивањем и ратификацијом ICSID Конвенције.

У Коментару ICSID Конвенције, *Schreuer* додатно прецизира карактер неизвршења обавезе и одређује га као директно кршење одредби ICSID Конвенције.¹⁵³

Наиме, члан 53. Конвенције прописује да су обе стране у спору дужне да се повинују и спроведу одредбе донете одлуке. Уколико страна која је у спору изгубила не изврши одлуку, тиме се њено понашање може окарактерисати као кршење наведеног члана. Даље, члан 54. прописује да одлука може бити извршена на територији државе која је страна у спору, државе порекла инвеститора, али и на територији било које друге државе потписнице ICSID Конвенције. При том, страна која је добила спор има право избора места извршења одлуке, према сопственој оцени шта највише погодује њеним интересима. Уколико се страна у спору није повиновала одлуци, она крши члан 53. Конвенције, а ако је поред тога одлуку требало извршити на њеној територији, па је то било безуспешно, онда је дошло и до кршења одредбе члана 54. Конвенције.

Schreuer истиче да и у случају када је требало извршити одлуку на територији неке друге државе потписнице Конвенције, која није била страна у спору, па је то било безуспешно, онда је и та држава одговорна за кршење одредбе члана 54. ICSID

¹⁵¹ Члан 25. ICSID Конвенције

¹⁵² Lin, Tsai-Yu, Systemic Reflections on Argentina's Non-Compliance with ICSID Arbitral Awards: A New Role of the Annulment Committee at Enforcement? (May 31, 2012), Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 5, No. 1, pp 1-22, May 2012, доступно на адреси: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2115553>, 10.04.2016, 4.

¹⁵³ Видети: Schreuer, The ICSID Convention: a commentary (2009.), *Supra* 145, str. 1125.

Конвенције. Овим се посебно наглашавају јавно-правни елементи у систему за извршење одлуке, јер могућност да исход једног конкретног спора резултира одговорношћу државе која у њему нема никакав правни интерес, дерогира *inter partes* карактер донете одлуке. Овакво тумачење члана 54. ICSID Конвенције је сагласно одредбама члана 69. који прописује да је свака држава потписница дужна да предузме потребне законодавне или друге мере да одредбе Конвенције постану пуноважне на њеној територији. У случају да трећа држава прекрши обавезу прописану чланом 54, а која је у вези са чланом 69. ICSID Конвенције, могуће је покренути мере дипломатске заштите, односно покренути спор пред Међународним судом правде и против ове државе, сагласно члану 27. ICSID Конвенције.

Из анализе наведених одредби ICSID Конвенције које се тичу извршења одлука, несумњиво произилази да је ово питање од изузетног значаја за целокупни ICSID систем. Оне опредељују његову специфичност и јединственост у односу на друге форуме за решавање спорова, и посебно наглашавају ефикасност и самодовољност система. Свакако да функционисање ових одредби у пракси одређују његов социјални легитимитет, као и употребну вредност овог механизма за решавање спорова.

Имајући у виду да се неизвршење одлуке може окарактерисати као директно кршење одредби ICSID Конвенције (чланова 53, 54. или 69.), као међудржавног споразума, из тога произилази схватање о елементима јавног права као својственим ICSID систему.

1.7. Финансирање трошкова арбитраже од стране трећих лица као извор јавно-правних елемената

Финансирање трошкова арбитраже од стране трећих лица је релативно нов институт у арбитражној пракси, али је у последњих десетак година изазвао велико интересовање, како потенцијалних учесника арбитражног поступка, тако и академске јавности. Мишљења у теоријским разматрањима овог института су подељена: заговорници његове примене истичу да доприноси остваривању начела приступа правди, док супротни аргументи заступају тезу да води порасту броја неоснованих тужби и стварању једне нове врсте индустрије, спекулативне по свом карактеру.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Више о томе видети у: Garcia, Frank J., Leo Gargne, Hyun Ju Cho, Tara Santosuosso, Randall Scarlett, and Rachel Denae Thrasher. "The Case Against Third-Party Funding in ISDS: Executive Summary." *Boston College*

Финансирање арбитражних трошкова од стране трећих лица се може дефинисати као облик улагања у коме лице које нема правни интерес за вођење конкретног поступка преузима да уместо странке у поступку сноси све трошкове вођења арбитраже или њихов део, а заузврат остварује одређену финансијску корист.¹⁵⁵ Ради се о уговорној форми улагања, у којој су субјекти у послу корисник финансирања (странка у арбитражном поступку) и финансијер. У овом правном послу, финансијер не ступа на место корисника финансирања, није странка у поступку и није везан арбитражним споразумом.¹⁵⁶

Институт финансирања трошкова арбитражног поступка од стране трећег лица може бити од значаја у контексту одређивања елемената који у ICSID уносе карактер јавно-правног система за решавање инвестиционих спорова. Ово би нарочито био случај када би држава финансирала трошкове које инвеститор има за вођење поступка пред овим Центром. Од значаја за анализу овог проблема могу се издвојити две врсте питања: она која су правног и она која су политичког карактера.

Питање правног карактера је одређивање утицаја института финансирања трошкова поступка пред ICSID-ом од стране државе на заснивање надлежности овог Центра. Конкретно, потребно је размотрити да ли овај институт доводи до трансформације спора у модел у коме су обе стране државе. На тај начин би се инвестициони спор пренео директно у сферу јавног права, али би истовремено дошло до искључења надлежности ICSID-а, јер према члану 25. ICSID Конвенције, пред овим Центром воде се спорови између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице.

Овако постављен проблем има, наочиглед, једноставно решење. Наиме, у поступку пред ICSID-ом није могућа суброгација захтева тако да се држава појави као странка пред Центром у поступку који се води против друге државе.¹⁵⁷ То би било у супротности са изричито стипулисаним одредбом члана 25. ICSID Конвенције. Овакво схватање проистиче и из одређења правне природе посла финансирања трошкова арбитраже од стране трећих лица, према коме финансијер не ступа на место корисника финансирања.¹⁵⁸

Law School–PUC University of Chile, Working Group on Trade & Investment Law Reform, Third-Party Funding Task Force (2018), 1-9.

¹⁵⁵ Јовановић, др Марко. „Кључне одлике финансирања трошкова арбитраже од трећих лица.“ *Право и привреда*, 4-6, 2017: 493-509. 496

¹⁵⁶ *Ibid.*, str. 496-498.

¹⁵⁷ Kunštek, Eduard. *Arbitražna nadležnost i ICSID*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002. стр. 171.

¹⁵⁸ Видети: Јовановић (2017.), *Supra* 155, стр. 496-498.

Међутим, финансирање трошкова арбитражног поступка од стране трећих лица је институт који још увек није уређен прецизним правним правилима, те правна теорија нуди и комплексније гледиште о питању који се тиче утицаја на поступак пред ICSID-ом.

Члан 25. ICSID Конвенције, између осталих услова, прописује да је за заснивање надлежности овог Центра потребно испуњење услова *ratione personae*, односно спор се може водити између државе потписнице и инвеститора који се држављанин друге државе потписнице. У случају финансирања трошкова арбитраже од стране трећег лица поставља се питање да ли се инвеститор који прихвата значајна средства у циљу покретања поступка, може сматрати ефективним, односно стварним иницијатором покренутог спора.¹⁵⁹ Ради се о проблему такозване „*de facto* стране у поступку“, којом се обележава стварна странка насупрот номиналне. Наиме, финансирање трошкова арбитражног поступка је форма улагања, те финансијер, иако формално-правно није странка у поступку, има интерес да утиче на вођење поступка. Уговором о финансирању уређују се значајни елементи овог правног посла, као што су поступак који ће бити финансиран, износ трошкова које финансијер треба да покрије, као и удео у додељеној надокнади, уколико спор буде успешан и слично. Овим уговором могу да се уреде и други елементи који су од значаја за однос финансијера и корисника финансирања, између осталог и степен и начин утицаја финансијера на вођење спора.¹⁶⁰ Уколико је уговором о финансирању предвиђено да финансијер има права на контролу вођења поступка, укључујући доношење стратешких одлука, или уколико је уговорено да финансијер стекне изузетно висок удео у досуђеном износу у случају да корисник финансирања успе у спору, посматрано са аспекта интереса за вођење спора, суштински је финансијер заменио номиналну странку. Ово је случај који се описује као стицање статуса *de facto* странке у поступку од стране финансијера. Таква ситуација утиче на надлежност ICSID-а на два начина: у погледу одређивања стварног интереса за покретање спора и у погледу одређивања националности странке у поступку.¹⁶¹

У међународном праву, само стварни (енг. „*beneficial owner of the claim*“), а не и номинални власник захтева којим се покреће поступак може да има статус странке у поступку. Ослонац за овакав аргумент је у схватању *ad hoc* комитета који је поступао у

¹⁵⁹ Smith, Ryan. “Tempering With Gambler’s Nirvana. A review into the issues of and regulation of Third Part Funding in Investment Treaty Arbitration.” *Uppsala Universitet, Department of Law*, 2018: 1-55. str. 21

¹⁶⁰ Видети: Јовановић (2017.), *Supra* 155, стр. 496, 497.

¹⁶¹ Видети: Smith (2018.), *Supra* 159, str. 22.

случају *Occidental v. Ecuador*¹⁶². *Ad hoc* комитет у овом случају је сматрао да је трибунал прекршио своје овлашћење јер је доделио 100% компензације подносиоцу захтева који је власник само 40% инвестиције. Иако се ова одлука тиче додељене компензације, основ је за утврђивање овлашћења трибунала. Дакле, уколико је могуће доделити надокнаду само за део инвестиције који је у стварном власништву подносиоца захтева, онда је могуће да странка у спору буде само она која штити сопствени интерес подношењем захтева, али не и интерес трећег лица. Имајући то у виду, према овом схватању, није могуће засновати надлежност ICSID-а на основу *de facto* статуса странке стеченог на основу овлашћења за управљање поступком из уговора о финансирању трошкова арбитражног поступка. Чак и у случају да трибунал одлучи супротно, у корист заснивања надлежности, према овом схватању, у најмању руку, надокнада која би била додељена у случају евентуалног успеха у спору, морала би да буде пропорционална интересу корисника финансирања а не интересу финансијера.¹⁶³

Са друге стране, инвеститор мора испуњавати и услов који се тиче његове националности да би се могло сматрати да су испуњени услови прописани чланом 25. ICSID Конвенције за заснивање надлежности овог Центра. Наиме, спор се води између државе чланице и инвеститора који је држављанин друге државе чланице. Пратећи исту логику као у претходном разматрању, *de facto* статус странке у спору стечен на основу уговора о финансирању трошкова поступка може утицати на одређивање испуњености услова који се тиче националности странке. Основ за овај аргумент је у одлуци трибунала донетој у случају *Teinver v. Argentina*, у коме је трибунал сматрао да пренос користи у спору на финансијера има значаја за утврђивање националности странке, нарочито уколико финансијер не испуњава овај услов за заснивање надлежности ICSID-а.¹⁶⁴

У садашњем правном режиму института финансирања трошкова арбитражног поступка од стране трећег лица, не постоји обавеза странке у поступку да трибуналу или другој странци обелодани чињеницу да има финансијера, нити да на увид поднесе уговор о финансирању. У том смислу, трибунал неће увек бити у могућности да утврди

¹⁶² *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (*Occidental v. Ecuador*), Decision on Annulment of the Award dated 2 November 2015, Paragraphs 262- 268. Наведено према: Smith (2018.), *Supra* 159, str. 22.

¹⁶³ Видети: Smith (2018.), *Supra* 159, str. 22.

¹⁶⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction dated 21 December 2012, Paragraph 256. Наведено према: Smith (2018.), *Supra* 159, str. 23

да ли постоји треће лице коме би се могао приписати статус *de facto* странке, односно, да ли је дошло до фактичке суброгације захтева. Имајући то у виду, могући уплив јавно-правних елемената у поступак пред ICSID-ом кроз финансирање трошкова поступка од стране државе, треба посматрати на индиректан начин. Наиме, елементи јавно-правног карактера могу доћи до изражаја кроз настојање државе да контролише начин вођења спора, без обзира на то да ли тиме стиче статус *de facto* странке или не. Од значаја ће бити карактер мешања државе у руковођење поступком. За одређивање овог карактера, може се узети у обзир тест који је дао *Aron Broches*, а који се примењује у поступку одређивања надлежности ICSID-а у случају када је једна од страна у спору правно лице које је у државној својини.¹⁶⁵ Овај тест је комплементаран такозваним „Сантајго принципима“ (енг. „*Santiago Principles*“).¹⁶⁶ Узимајући у обзир тест који је осмислио *Broches* и „Сантјаго принципе“, потребно је утврдити да ли би финансирање трошкова спора од стране државе било засновано на комерцијалним основама, односно предузето у *de jure gestionis* капацитету, или би се радило, директно или индиректно, о ширењу геополитичких циљева владе, чинећи овај инструмент делом њене основне јавне политике. У суштини, питање уплива јавно-правних елемената у поступак пред ICSID-ом на индиректан начин, може се посматрати као питање политичког карактера. У контексту функционисања овог Центра и очувања његовог легитимитета, приликом оцене оваквог утицаја института финансирања трошкова арбитражних поступка од стране трећих лица, потребно је узети у обзир циљ ICSID Конвенције. Наиме, њоме је креиран механизам за решавање инвестиционих спорова чија улога је првенствено у томе да квалитативно употпуни међупростор између два различита модела: то су поступци који се воде између приватних лица и поступци који се воде између држава.¹⁶⁷ Поред тога, нужно је водити рачуна о циљу ICSID Конвенције израженом у њеној Преамбули, а то је унапређење приватних, а не

¹⁶⁵ *Broche*-ов тест се користи за одређивање да ли се предузеће у државној својини може појавити као странка у поступку, односно да ли се ради о суштински приватној или јавној инвестицији. Према овом тесту, ради се о приватној инвестицији уколико инвеститор није деловао као заступник државе или обављао изразито државне радње. Наведено према: Kunštek (2002.), *Supra* 157, str. 170.

¹⁶⁶ Ови принципи су договорени 2008. године, од стране држава чланица Међународног монетарног фонда, а односе се на установљавање циљева и начела на којима државна предузећа која учествују у међународним инвестиционим подухватима треба да заснивају своје пословање, да би се сматрало да испуњавају основне захтеве добре инвестиционе праксе. Наведено према: Feldman, Mark. "The standing of state-owned entities under investment treaties." *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2011 (2011). 615-637. стр. 635.

¹⁶⁷ Feldman, Mark. "The standing of state-owned entities under investment treaties." *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2011 (2011). 615-637. стр. 635.

јавних инвестиција.¹⁶⁸ Према томе, ако држава кроз финансирање трошкова поступка преузме улогу *de facto* странке у поступку, поставља се питање да ли се остварује сврха и циљ ICSID Конвенције.

Као политичко питање, јавно-правни елементи који се јављају у финансирању трошкова арбитраже од стране државе, могу се посматрати и кроз питање политичке економије. Како се у литератури истиче, финансирање би морало да се врши из буџета државе.¹⁶⁹ Како се истиче, на тај начин долази до значајног трансфера средстава од грађана ка инвеститорима. У том случају се поставља питање социјалног оправдања оваквог уплива државе у инвестициони спор.¹⁷⁰

На основу изложене анализе, закључује се да институт финансирања арбитражних трошкова од стране трећих лица у случају када држава финансира трошкове инвеститора може довести до уплива елемената јавно-правног карактера у поступак пред ICSID-ом, нарочито кроз остваривање циљева јавне политике државе кроз утицај на вођење поступком, као начелно правно могућом улогом финансијера у односу насталом на основу уговора о финансирању.

2. Јавно-правни карактер ICSID система у контексту рада *ad hoc* комитета

ICSID је творевина друштвене и економске стварности једне временске епохе. Међутим, контуре процеса који се у оквиру њега спроводе треба да буду одређене природом односа чијим уређењу су намењене. Изучавање ICSID-а као механизма за решавање инвестиционих спорова који спада у домен јавног права је одговор доктрине на промењене околности у међународној заједници.

У основи креирања ICSID-а је идеја о потреби заштите имовине странаца. Било је потребно омогућити механизме за ефективну гаранцију права инвеститора који су, по правилу, из развијених, правно уређених режима, усмеравали капитал ка неразвијеним државама у којима принципи владавине права и њихово спровођење нису били на завидном нивоу.

¹⁶⁸ *Ibid.*, str. 621.

¹⁶⁹ Видети: Garcia et al. (2018.), *Supra* 154, str. 3.

¹⁷⁰ Видети: Garcia et al. (2018.), *Supra* 154, str. 7.

У литератури се може пронаћи схватање о томе да су разлози који су оправдавали стварање ICSID-а, односно принципијелну идеју на којој почива његово функционисање превазиђени.¹⁷¹

У самом зачетку ICSID је морао да буде осмишљен на начин који му омогућава да помири различите интересе великих групација земаља: развијених и неразвијених. Ради привлачења капитала инвеститора из развијених земаља у неразвијене, било је потребно осигурати њихову ефективну заштиту, нарочито имајући у виду да се радило о инвестирању у нестабилне правно-политичке системе. Са друге стране, неразвијене државе су имале интерес да страни инвеститори, на основу своје економске снаге, не задиру у унутрашња питања неразвијених држава. Идеја о креирању деполитизованог форума за решавање спорова који могу настати поводом инвестиција је представљала адекватан компромис између интереса развијених и неразвијених земаља. ICSID је јединствени систем који јасно опредељује одвојеност различитих правних путева за решавање инвестиционог спора: решавање спора према моделу држава према држави (енг. “*State-to-State*”), са једне стране, а са друге стране модел инвеститор према држави (енг. “*Investor-to-State*”). Овај механизам не служи само да уреди оно што би се у класичном схватању поступка за решавање спора определило као процесна легитимацију страна у спору, већ да јасно укаже на равноправност државе у односу на инвеститора. Наиме, издвајањем спорова из домена уплива државне власти тежило се избегавању његове политизације на међународној сцени и тежило се омогућавању његовом решавању са акцентом на конкретним, специфичним околностима спора, ограничавајући се на економска питања реализације спорног инвестиционог односа. На тај начин се тежило неутрализацији асиметричног односа страна у спору, односно, онемогућавању ангажовања суверене власти државе у поступку за решавање спора. Међутим, како се у литератури истиче, држава показује активну улогу у “*Investor-to-State*” моделу за решавање инвестиционог спора. Уношење одредби о решавању спорова у инвестиционе споразуме се посматра као одраз генералне тенденције држава да дају суштински другачији правни квалитет овом механизму. На тај начин се релативизује схватање ICSID-а као деполитизованог форума за решавање спорова, у коме учесници наступају по примарном принципу правне једнакости.¹⁷²

¹⁷¹ Katz, Rebecca Lee. "Modeling an International Investment Court After the World Trade Organization Dispute Settlement Body." *Harv. Negot. L. Rev.* 22 (2016): 163-188. str.167.

¹⁷² *Ibid.* str. 168.

Даље, од институционализованог међународног система за решавање спорова се очекивало да произведе такозване “*spill-over*” ефекте. Конкретно, ради се о идеји да систем који симболизује гаранцију очувања права инвеститора треба позитивно да утиче на јачање принципа владавине права и стабилизовање правних система уопште. Релевантна пракса није пружила доказе који би поткрепили оваква очекивања, односно, непоткрепљене су тврдње о томе да постоји узрочно последична веза између уговарања овог форума за решавање инвестиционих спорова и унапређивања система правне заштите у националним легислативама.¹⁷³

ICSID подразумева директан приступ инвеститора међународном трибуналу за решавање спора, без обавезе претходног исцрпљивања домаћих правних лекова. На тај начин се ICSID успоставља као својеврсна брана између инвеститора и домаћих судова, који се *a priori* не перципирају као непристрасни и недискриминаторни у односу на заштиту права инвеститора насупрот права домаћих грађана. У суштини, ICSID треба да послужи као форум који страном инвеститору пружа правну сигурност и стабилност и омогућава му да послује на принципу поштовања на међународном споразуму заснованих очекивања. Ипак, реалност је да и овај систем не обезбеђује апсолутну правну предвидивост. Само пример Аргентине показује могућност доношења различитих одлука у споровима базираним на практично идентичном сету чињеница и то применим истих правних извора као меродавног права.¹⁷⁴ Даље, исцрпљивање домаћих правних лекова у пракси значи дуготрајне процесе. Директан приступ међународном форуму за решавање спора треба да буде симбол ефикасности и с обзиром на то, посебне погодности у пословним односима. Међутим, поступак у оквиру ICSID-а се све више описује као дуготрајан и скуп, па се поставља питање његове предности у односу на поступке пред домаћим органима у погледу ефикасности.¹⁷⁵

Коначно, идеја приликом креирања ICSID-а је била да ће као гаранција сигурности права инвеститора подстаћи инвестиције у неразвијене земље, односно земље са нестабилним правним и политичким системима. Међутим, не постоје поуздани подаци који би на несумњив начин показали да је одабрани систем за решавање спорова утицао на повећан прилив страних инвестиција.¹⁷⁶

¹⁷³ *Ibid.* str. 169.

¹⁷⁴ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: 1.3. и Глава II, Одсек II: 4.2.6.

¹⁷⁵ Видети: Katz (2016.), *Supra* 171. str. 170.

¹⁷⁶ *Ibid.* str. 171.

Неспорно је да су друштвени односи подложни променама. Најзад, то је суштина развоја и напретка. Међутим, творевине које из њих проистичу треба да их прате и коегзистирају у тој еволуцији. ICSID не треба да буде изузетак. Правна доктрина се може посматрати као настојање да, указујући на специфичности инвестиционих арбитража у односу на класичне, трговинске арбитраже, систем у оквиру ICSID-а усагласи са насталим променама. Теоријски приказ промењене правне природе инвестиционих арбитража која их сврстава у хибридную творевину са елементима приватног и јавног права је реакција на развој у међународним економским односима. Капитал се више не креће искључиво од развијених ка неразвијеним земљама, напротив, приметно је инвестирање развијених у друге развијене земље. Стандарди третмана инвестиције се сучељавају са супериорнијим правним режимима. Тиме је дошло до потребе измене у квалитету заштите права инвеститора. Нарушавање права инвеститора не резултира из насилних преврата или рушења режима у нестабилним државама, већ из реформи које држава спроводи у оквиру области од националног значаја, као што су заштита животне средине, радно право и слично. Регулаторне мере држава могу бити последица потреба постизања виших стандарда у овим областима или да резултирају из обавеза које проистичу из чланства у различитим регионалним и међународним организацијама (примера ради – усаглашавање законодавства ради приступања Европској унији). Подједнако важно, могу бити одговор на кризне ситуације. Како показује пример Аргентине, криза и заштита есенцијалних интереса грађана не подразумева само непосредну ратну опасност или немире, већ и околности економског карактера. Регулаторне мере у том случају могу бити и фискалног карактера, или са циљем опоравка привреде могу се тицати и других области у којима се третирају неекономски интереси, те примат давати социјалној улози државе. Тиме се показује да модерни инвестициони спорови у основи имају битно различит разлог настанка у односу на оне који су водили креирању ICSID-а.

У критикама ICSID режима се истиче да трибунали задиру у суверенитет држава ограничавајући их да поступају у корист јавног благостања. Третирање ICSID-а као инструмента са карактеристикама јавног права настоји да обезбеди његов легитимитет у промењеним околностима. Такође, такво конципирање ICSID-а нема само политичку улогу, већ је од значаја и са правног аспекта.

Наиме, прихватање чињенице да ICSID трибунали приликом решавања спорова разматрају питања од јавног значаја, опредељују потребу квалитативно другачијем приступу у њиховом раду. Без обзира на опредељеност државе да учествује на

међународном тржишту и одржи међународни рејтинг извршавањем међународно признатих обавеза, фундаментално обележје суверене власти било које државе се огледа у заштити националних интереса. Фокусирање на брзо решавање чисто економског питања инвестиције нема довољан капацитет да одговори на легитимна питања као што су јавни проблеми државе у које инвестициони подухват залази.¹⁷⁷

ICSID показује јединственост зато што је систем који препознаје потребу компромиса између коначности донетих одлука и интегритета система, па ICSID Конвенција садржи одредбе о пост-арбитражним поступцима.¹⁷⁸ Као један од њих, поступак за поништење одлука, показује највећи искорак у правцу помирења ова два контрадикторна захтева. Као посебан поступак за контролу легалности поступка за доношење одлука пред трибуналима, поступак за поништење одлука је посебно уређен ICSID Конвенцијом.

Због уплива јавно-правних елемената у ICSID, у литератури се истиче да овај Центар није класична арбитража у којој стране у спору имају пуну слободу да поставе стандарде за процес доношења одлука и могу да контролишу начин на који се спор решава.¹⁷⁹ Ова идеја утиче на схватање улоге ICSID-а у поступку за решавање спорова уопште, домета донетих одлука, као и овлашћења арбитра. Наиме, класификација инвестиционих арбитража међу правне институте јавног права захтева усвајање другачијег концепта овлашћења арбитра. Арбитри имају много више слободе и независности у спровођењу својих овлашћења, јер је њихов задатак да непристрасно реше спор између државе и инвеститора, али и да допринесу кредибилитету обавеза између страна утврђених међународним инвестиционим споразумом, посебно кредибилитету државе.¹⁸⁰ У том смислу, аутономија воље страна у спору није више једини елемент за одређивање надлежности арбитра који поступа у конкретном спору, већ се оправдано може поставити питање – у којој мери су арбитри налогопримци страна у спору а у којој мери они, заправо, заступају интересе и права шире међународне заједнице?¹⁸¹

Опредељење правне природе спорова који се воде пред ICSID-ом утиче на схватање о томе на који начин трибунали и *ad hoc* комитети треба да конципирају своје

¹⁷⁷ Feldman, Mark B. "The annulment proceedings and the finality of ICSID arbitral awards." *ICSID review* 2, no. 1, 1987: 85-110. str. 98.

¹⁷⁸ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек I

¹⁷⁹ Видети: Brower, Schill. "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law." (2008). *Supra* 63. str. 492.

¹⁸⁰ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58 str.63.

¹⁸¹ Видети: Stone Sweet (2010.), *Supra* 54, str. 54.

даље функционисање у оквиру овог Центра. Другим речима, потребно је установити да ли је исправна идеја да је њихов примарни задатак у томе да осигурају примену одредби ICSID Конвенције на начин који одговара оригиналној намери њених креатора.¹⁸² Или се може прихватити идеја о томе да измена односа чијем уређивању је ова Конвенција намењена, утиче на измену самог духа Конвенције, што резултира у измењеном начину тумачења и примене њених одредби.

Идеја да ICSID трибунали кроз решавање спорова процењују сагласност националне легислативе са међународним правом и опште-прихваћеним међународним стандардима, сврстава овај Центар у инструмент јавног права који утиче на јавне политике држава. Тако конципиране основе његовог функционисања, покрећу питање демократског легитимитета у поступку за доношење одлука.¹⁸³ Теоријски, питање демократичности, односно легитимитета процеса који се у оквиру ICSID-а спроводе, може се посматрати са процесно-правног и са материјалног аспекта. Када је у питању процедурални аспект, демократичност и легитимитет се огледа у могућности за преиспитивање донетих одлука, ради процене њихове ваљаности и процесне исправности.¹⁸⁴ Са друге стране, легитимитет и демократичност процеса се не могу посматрати искључиво кроз процесно-правни аспект, већ је потребно укључити и материјални елемент. У том смислу, легитимитет обезбеђује прихватање одговарајућег стандарда за преиспитивање одлука. У литератури се може идентификовати прихватање стандарда који операционализује принцип нормативне супсидијарности (енг. "*normative subsidiarity*"). Пренето на терен рада ICSID-а, конкретно на разматрање јавних политика и регулаторних мера државе, овај принцип би се поједностављено могао објаснити као обавеза трибунала да решавање спорова не заснивају искључиво на економским аспектима инвестиције и обавеза одређивања адекватног простора за дискреционо одлучивање државе о питањима од јавног интереса.¹⁸⁵

Разлози изучавања правне доктрине која позиционира ICSID у област јавног права су у одређивању његовог правилног функционисања које поседује капацитет да на адекватни начин одговори на захтеве легитимитета. Имајући то у виду, овај рад се фокусира на посебна обележја ICSID процедуре, кроз која се најбоље може

¹⁸² Видети: Feldman (1987.), *Supra* 177. str. 109.

¹⁸³ Више о томе у: Von Staden, Andreas. "The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review." *International journal of constitutional law* 10, no. 4 (2012): 1023-1049.

¹⁸⁴ *Ibid.* str. 1029.

¹⁸⁵ *Ibid.*

анализирати одрживост ових захтева. Најпре, идентификовани процесно-правни захтев за преиспитивањем донетих одлука се сагледава кроз принцип релативизације коначности одлука у корист интегритета система, са посебним освртом на поступак за поништење одлуке.¹⁸⁶ Под утицајем учења о јавно-правном карактеру ICSID-а, дисертација испитује да ли *ad hoc* комитети показују другачију вредносну оријентацију у свом раду и како се то функционално конкретизује у случајевима у којима су поднети захтеви за поништење одлука.¹⁸⁷ На основу тих анализа, почивајући на елементима јавног права и материјалног стандарда легитимитета, дисертација настоји да конципира теоријски оквир за начин рада који би подржао ове захтеве.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Поступак за поништење одлуке је регулисан чланом 52. ICSID Конвенције

¹⁸⁷ Видети више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II

¹⁸⁸ Видети више о томе у делу дисертације: Глава III, Одсек II

ГЛАВА II

ЕЛЕМЕНТИ АПЕЛАЦИОНЕ ФУНКЦИОНАЛНОСТИ ПОСТУПКА ПРЕД ICSID-ом

ОДСЕК I

РЕЛАТИВНОСТ КОНАЧНОСТИ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА ДОНЕТИХ У ОКВИРУ ICSID-а

1. Значај коначности арбитражних одлука донетих у оквиру ICSID-а

ICSID је институционализована арбитража. То значи да је одликују све карактеристике ове врсте механизма за решавање спорова. Од оснивања, овај Центар је претендовао да се уклопи у тврдњу да су као модел система за решавање спорова који настају поводом страних инвестиција, арбитраже постале први избор,¹⁸⁹ односно преовлађујући модел у пословном свету.¹⁹⁰

Основна идеја ICSID-а је да буде неутрални форум, што га опредељује као погоднији механизам од националне мреже судова. Такође, замишљен је као деполитизована платформа за решавање спорова, у којој решавање сукоба различитих интереса (сукоб интереса различитих националности и сукоб интереса државе и инвеститора) почива на принципу једнакости учесника у спору. Овај Центар је замишљен као минималистички пројекат ослобођен идеолошких расправа.¹⁹¹

ICSID нуди странама у спору и друге погодности, као што су флексибилност и прилагодљивост њиховим специфичним потребама. Тако, према ICSID Конвенцији, стране могу својим споразумом да утврде меродавно право за решавање спора¹⁹², као и процедурална правила која ће се примењивати¹⁹³.

¹⁸⁹Franck, Susan. "Role of International Arbitrators", *12 ILSA J. Int'l & Comp. L.* (2005): 502-521.

¹⁹⁰Lalive, Pierre. "Absolute finality of arbitral awards." *Revista internacional de arbitragem e Conciliação* 2008 (2008), Portuguese Arbitration Association, предавање доступно на:
http://www.arbitration-icca.org/media/0/12641359550680/lalive_absolute_finality.pdf

¹⁹¹ Видети: P. Joost (2014.), *Supra* 29.

¹⁹² Члан 42. ICSID Конвенције

¹⁹³ Члан 44. ICSID Конвенције

Арбитраже, генерално говорећи, сматрају се механизмима за решавање спорова које одликују експедитивност и економичност. Са правом се истиче да глобализовани односи, у којима расте економско-политичко-социјална конкуренција, чине да се спорови који се износе на решавање пред арбитраже, усложњавају.¹⁹⁴ Та околност резултира у перцепцији умањених капацитета арбитража у погледу времена трајања и смањења трошкова за решавање спора.¹⁹⁵ Без обзира на то, експедитивност арбитража се и даље сматра њиховом компаративном вредношћу, која се чува основним принципима арбитражног права, као што је коначност арбитражних одлука.¹⁹⁶ Осбеност ICSID процедуре, која предвиђа пост-арбитражне поступке,¹⁹⁷ релативизује овакав начин посматрања предности арбитража у корист квалитета донетих одлука, односно интегритета система.

Постоји генерални консензус да је арбитража процес чији циљ је коначна и обавезујућа одлука којом се решава спор.¹⁹⁸ И када је ICSID у питању, има мишљења да је коначност одлука централно питање у очувању сврхе Центра као неутралног одредишта за решавање инвестиционог спора.¹⁹⁹

У арбитражном праву, традиционално, постоји тензија између примене фер процедуре и доношења правичних одлука, са једне стране, и тежње за очувањем одређених погодности арбитражног начина решавања спорова. Ипак, коначност арбитражних одлука се сматра једном од најбитнијих предности у односу на судске процесе који се, у сврху решења инвестиционог спора, могу водити пред судовима државе домаћина.²⁰⁰ Последица тога је да се стране у спору свесно уздржавају примене одређених процесно-правних института, који обично служе као својеврсни чувари материјалне исправности донетих одлука. Институт који у ову сврху има најширу примену у националним правним системима јесте поступак по жалби, односно апелациони поступак.

¹⁹⁴ Видети: Lalive (2008.), *Supra* 190, стр. 505.

¹⁹⁵ Видети: Feldman (1987.). *Supra* 177.

¹⁹⁶ *Ibid.* str. 88.

¹⁹⁷ Чланови 49, 50, 51. и 52. ICSID Конвенције. Објашњење ових поступака видети у делу дисертације: Глава II, Одсек I: део 2.

¹⁹⁸ Caron, David D. "Framing the Work of ICSID Annulment Committees." *World Arbitration & Mediation Review*, Institute for Transnational Arbitration, the Center for American and International Law, vol. 6, no. 2 (2012): 173-199.

¹⁹⁹ Walsh, Thomas W. "Substantive review of ICSID awards: is the desire for accuracy sufficient to compromise finality." *Berkeley J. Int'l L.* 24 (2006): 444.

²⁰⁰ Zhaohua, M. E. N. G. "Development and Changes of the Value Orientation of the Finality of Awards System of International Commercial Arbitration." *Canadian Social Science* 9, no. 6 (2013): 147-151.

Судски поступци редовно подразумевају много комплекснију „правну машинерију“ од арбитражног начина решавања спорова. Апелациони поступак, који прописују националне легислативе, стоји као гаранција за правично остваривање права страна у спору. Међутим, овај поступак се може посматрати и као механизам који води ка дуплирању неизвесности исхода спора и продужавању времена у коме се стране у спору могу вратити у редовне пословне токове. Некад, управо временски оквир у коме се спор решава може бити од суштинског значаја за реализацију инвестиције. Такође, дужи ток поступка може водити до кумулирања тужбених захтева и вођења даљих спорова, посебно по питањима „тихе“ експропријације,²⁰¹ правичног третмана, стандарда минималног третмана, као и права на суђење у разумном року.²⁰² Коначност арбитражних одлука доприноси правној сигурности. Ова карактеристика даје утемељеност и основаност очекивањима инвеститора да однос поводом кога је настао спор и који је изнет на решавање пред арбитражу, неће бити оптерећен оваквом надоградњом захтева о којима треба да се одлучује. У том смислу, несумњив је допринос који коначност одлука даје ефикасности решавања инвестиционог спора: у погледу брзине, поједностављења поступка, извесности у погледу структуре захтева о којима треба да се решава, као и стабилности правних односа на којима се заснива инвестициони подухват у питању.

Развој арбитража почива на претпоставци да стране у спору радије бирају њихове погодности, између осталог и коначност одлука, без обзира што одсуство даље контроле одлуке повећава ризик од тога да било каква грешка арбитра може проћи неисправљена.²⁰³ Коначност одлука, као основни принцип арбитражног права, се посматра као начело које стоји у супротности са захтевом за контролом донетих одлука, која би осигурала њихову правичност и материјалну исправност.

У светлу континуиране тензије између ова два принципа, ICSID Конвенција показује своју специфичност. Овај Центар креира комплетан и затворен (енг. „*self-contained*“) систем.²⁰⁴ Ова карактеристика се огледа у томе што се као основни принцип у ICSID режиму прихвата коначност одлука, али се ипак прописују одређени

²⁰¹ „Тиха“ експропријација „је онакоја се реализује кроз серију акција са кумулативним дејством лишавања инвеститора од права на инвестицију и смањења њене вредности.“ Наведено према: Ђуровић Ђирић (2005.), *Supra* 1, стр. 347.

²⁰² Ради се о стандардима који обезбеђују одређени третман инвеститора у држави домћину. Они обезбеђују да држава домаћин не може оспорити одређени квантум права страним субјектима, затим једнакопоступања државе у односу на све привредне субјекте на њеном тржишту, као и основно право на ефикасну заштиту права инвеститора. Објашњење дато на основу: Ђирић (2010.), *Supra* 31, стр. 150-155.

²⁰³ Видети: Feldman (1987.), *Supra* 177, стр. 90.

²⁰⁴ Видети: Broches (1987.), *Supra* 30, стр. 287-334.

механизми за њихову контролу. Контрола донетих одлука се врши у оквиру ICSID система, тако да нема уплива домаћих судова, нити било каквих „спољних“ ауторитета који би се бавили оценом донетих одлука.

Принцип коначности одлука је изражен кроз члан 53. ICSID Конвенције, који прописује да је Одлука трибунала обавезна за обе странке и да су оне дужне да се повинују и спроведу њене одредбе. Конвенција даље прописује да ће свака држава потписница признати као обавезну донету одлуку и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе.²⁰⁵ Кроз ову одредбу се најбоље приказује схватање о ICSID-у као затвореном систему. Наиме, није дозвољено преиспитивање одлука ICSID трибунала пред домаћим судовима. Органи државе домаћина су дужни да одлуку признају и да је изврше.²⁰⁶

Члан 53. ICSID Конвенције, поред тога што прописује да је донета одлука обавезна за обе странке, има и додатну одредбу којом се прецизно наводи да одлука не подлеже жалби или ком другом правном леку, изузев оних које предвиђа Конвенција. На овај начин је искључена двостепеност у одлучивању, чиме се посебно потврђује опредељење Конвенције за очување коначности арбитражних одлука као основног принципа арбитражног права. Ипак, Конвенција уређује да одлука подлеже одређеним правним лековима који су предвиђени самим њеним текстом.²⁰⁷

У литератури се ово тумачи као правно стање у коме заправо не постоји тензија између два антагонистичка принципа која у арбитражном поступку треба да буду остварена. Односно, не постоји „борба“ између коначности поступка и тежње за успостављањем система контроле донетих одлука који ће увећати њихову материјалну исправност. У ICSID режиму, Конвенцијом је већ уређен овај однос.²⁰⁸

Због тога што се даје на значају коначности одлука, али се поред тога прописују и одређени пост-арбитражни поступци, може се говорити о релативној коначности арбитражних одлука у ICSID систему. Релативност се огледа у могућности примене посебних пост-арбитражних поступака, а нарочито у поступку за поништење одлуке, који дозвољава ограничену контролу донетих одлука. Тиме се ICSID успоставља као

²⁰⁵ Члан 54. ICSID Конвенције

²⁰⁶ Више о извршењу одлука у ICSID режиму видети у делу дисертације: Глава II, Одсек I:2.5. и Глава II, Одсек II

²⁰⁷ Поступак за исправку одлуке (члан 49.), поступак за доношење допунске одлуке (члан 49.), поступак за тумачење одлуке (члан 50.), поступак за ревизију одлуке (члан 51.) и поступак за поништење одлуке (члан 52. ICSID Конвенције).

²⁰⁸ Giannakopoulos, Charalampos. "Reconceptualizing 'Failure to State Reasons' as a Ground for Annulment under Article 52 (1)(e) of the ICSID Convention." *Journal of International Dispute Settlement* (2015): idv026: 1-30.

специфичан и јединствен механизам, окарактерисан као „*self-contained*“ режим за решавање инвестиционих спорова

2. Могућности за пост-арбитражно испитивање одлука донетих према ICSID Конвенцији

Иако ICSID Конвенција као основни принцип прописује коначност донете арбитражне одлуке, која је обавезујућа за стране у спору, узима се у обзир да донета одлука треба да испуни одговарајућу сврху. Она треба да буде у служби јасног и прецизног уређивања међусобних права и обавеза страна у спору. Такође, таквом одлуком, на подлози свих познатих а релевантних чињеница, треба да се реше сва спорна питања која су изнета пред трибунал.

Конвенција садржи одредбе којима се ово постиже, омогућавајући примену посебних процедура кроз које се може сачинити исправка, допуна, тумачење или ревизија одлуке. Може се сматрати да ови посебни поступци имају корективну улогу и треба да допринесу правној прецизности. С обзиром на то да члан 53. став 2. Конвенције прописује да су одлуке о исправци, тумачењу или ревизији арбитражне одлуке њен саставни део, јасно је да ови поступци, у правном смислу посматрано, не иду на уштрб коначности одлуке.

Концепт релативне коначности арбитражне одлуке се нарочито исказује кроз посебну врсту пост-арбитражног поступка у ICSID систему, а то је поступак за поништење одлуке. Управо овај поступак карактерише ICSID као специфичан систем, који поред механизма за решавање спора, садржи и сопствену и самосталну процедуру за контролу донетих одлука. Овај механизам се може схватити и као процедура која штити од такозваног „слепог“ извршења одлука.²⁰⁹

Дакле, ICSID Конвенција предвиђа следеће пост-арбитражне поступке:

1. поступак за исправку одлуке,
2. поступак за доношење допунске одлуке,
3. поступак за тумачење одлуке,

²⁰⁹ Baetens, Freya. "Enforcement of Arbitral Awards: To ICSID or Not to ICSID is Not the Question." *Investment Treaty Arbitration and International Law, Juris Arbitration Series 5* (2011): 211-228.

4. поступак за ревизију одлуке и
5. поступак за поништење (анулирање) одлуке.

Приказ наведених пост-арбитражних поступака ће бити дат у складу са систематиком коју предвиђа ICSID Конвенција (поступци су уређени члановима 49 – поступак за исправку одлуке и поступак за доношење допунске одлуке, 50 – поступак за тумачење одлуке, 51 – поступак за ревизију одлуке и чланом 52. Конвенције је уређен поступак за поништење одлуке).

2.1. Поступак за исправку одлуке

Одлуке које доносе ICSID трибунали су често правни текстови на више од стотинак страна. Објективно, постоји могућност да дође до грешака у таквом тексту. ICSID Конвенција нуди могућност да се одређене грешке исправе у посебном поступку.

Члан 49. ICSID Конвенције прописује да трибунал може исправити сваку правописну, аритметичку и сличну грешку у одлуци.

ICSID Конвенција садржи процедуралне одредбе којима се уређује ко је овлашћен да поднесе захтев за исправку одлуке, у ком року, као и какав поступак је потребно да трибунал спроведе да би донео исправку.

Исправка одлуке се може учинити на захтев стране у спору. Страна у спору може поднети захтев у року од 45 дана од доношења одлуке. ICSID Конвенција, истим чланом, прописује и када се сматра да је одлука донета. Према члану 49. став 1. Конвенције, Генерални секретар мора одмах доставити странкама оверен препис одлуке. Сматра се да је одлука донета на дан кад су оверени преписи послати. Од тог тренутка почиње да тече рок од 45 дана за подношење захтева за исправку одлуке.

Трибунал је дужан да о поднетом захтеву обавести и другу страну у спору. Тек након тог обавештења може исправити грешку у донетој одлуци.

Исправком одлуке, која се тиче правописних и језичких грешака, најпре се постиже прецизност у одлукама. Имајући у виду да је правни језик, по природи, строго формалан, као и да арбитражима често језик на коме се одлука израђује није матерњи,

исправка грешака у одлуци није занемариво питање. Ипак, ова могућност може имати и далеко већи значај од једноставних језичких корекција.²¹⁰

ICSID Конвенција, такође, предвиђа могућност исправљања аритметичких грешака. У поступцима који се воде пред ICSID-ом, исход спора је, увек, додељивање компензације страни која је била успешна у спору. Имајући у виду текст ICSID Конвенције, основано се може поставити питање да ли је трибуналима дозвољено да у поступку за исправку одлуке мењају утврђену висину компензације. Нема релевантне праксе која би могла да понуди одговор на ово питање. Међутим, приликом тумачења текста Конвенције мора се узети у обзир значај питања о коме је реч, односно циљ који овом одредбом треба да се постигне. Компензација је од круцијалног значаја за стране у спору. Због тога, претпоставка да трибунали имају толико широка овлашћења да могу мењати њен износ приликом исправке одлуке, чини се неодрживом.

Значај компензације се јасно може илустровати схватањем *ad hoc* комитета у случају *MINE*.²¹¹ У овом случају је поднет захтев за поништење одлуке, који се, између осталог, управо бавио питањима додељене компензације, утврђене висине, обрачунског метода као и ширине овлашћења трибунала да самостално изабере начин на који ће израчунати колика компензација треба да буде.²¹² Даље, питање висине компензације, поред тога што укључује директни интерес страна у спору, од кога зависи њихово будуће пословање, може бити и значајно политичко питање, од интереса за целокупну међународну заједницу.²¹³

Имајући у виду значај питања која се могу појавити као предмет захтева за исправку одлуке, може се закључити да се овај поступак може користити само онда кад се исправком не мења суштина донете арбитражне одлуке, односно, њоме утврђене међусобне обавезе страна у спору.

²¹⁰ Примера ради, у управном поступку у Републици Србији, дозвољено је исправљање грешака у бројевима и рачунању (Члан 144. Закона о општем управном поступку „Службени гласник Републике Србије“ број 18/2016). Конкретно, ова одредба се примењује и да би се у донетим решењима пореских органа исправиле грешке у обрачуну висине дуговања пореских обвезника.

²¹¹ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4)

²¹² Више видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.6.2.

²¹³ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.6.2.4.1.

2.2. Поступак за доношење допунске одлуке

Члан 49. ICSID Конвенције предвиђа могућност за доношење допунске одлуке.

На захтев стране у спору, трибунал може, пошто о томе обавести другу страну, решити свако питање које је пропустио да реши у одлуци. Рок за подношење захтева је 45 дана од доношења одлуке. Допунска одлука је саставни део одлуке и доставља се странкама на исти начин као и одлука. Рокови који су предвиђени ICSID Конвенцијом, а који се односе на друге дозвољене процесне радње странака, почињу да теку од дана када је донета допунска одлука.

Иако су поступак за исправку одлуке и поступак за доношење допунске одлуке регулисани истим чланом, ICSID Конвенција прави разлику не само у задатку, већ и у овлашћењима трибунала која имају у ова два поступка. За правилно разумевање ових разлика потребно је анализирати начин формулисања члана 49. ICSID Конвенције. Наиме, када се говори о поступању трибунала у вези са захтевом за исправку одлуке, користи се термин који упућује да је то обавеза трибунала (енг. „*shall*“), односно да мора поступити по таквом захтеву стране у спору. Иако се ради о могућности која је уређена истим чланом, за доношење допунске одлуке се употребљава термин који одређује да трибунал може одлучивати (енг. „*may*“). То значи да трибунал има одређено дискреционо право да у сваком конкретном случају одлучи да ли се ради о питањима која су подесна за разматрање у поступку за доношење допунске одлуке.²¹⁴ Одлучивање о допунској одлуци као део пост-арбитражног поступка може се уско повезати са другим одредбама предвиђених ICSID Конвенцијом, па је потребно направити њихово међусобно разграничење.

Члан 48. став 3. ICSID Конвенције прописује да се у одлуци расправљају сва питања изнета пред трибунал и излажу разлози на којима се она заснива. Због начина на који је формулисан овај члан, има схватања да је санкција за његово непоштовање предвиђена чланом 52.1.e. Конвенције. Овом одредбом је предвиђена могућност поништења одлуке уколико у њој нису изнети разлози на којима се она заснива. *Ad hoc* комитети су увели праксу по којој се под овим основом за поништење одлуке могу разматрати и случајеви у којима је трибунал пропустио да одлучи о свим питањима.²¹⁵ Поред тога, има мишљења да уколико је трибунал пропустио да одлучи о свим питањима која су истакнута у захтеву странке, одлука се може поништити по основу

²¹⁴ Видети: Schreuer, „The ICSID Convention: a commentary“ (2009.). *Supra* 145, str. 853.

²¹⁵ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.

члана 52.1.б. ICSID Конвенције. Овом одредбом је предвиђено да се одлука може поништити ако је трибунал очевидно прекорачио овлашћење, а у литератури се наводи да се овај основ за поништење односи на две групе разлога: када је дошло до примене погрешног материјалног права и када је у питању надлежност трибунала да одлучује у конкретном случају. Уколико трибунал није одлучио о свим питањима изнетим у захтеву странке, има мишљења да се то може сматрати прекорачењем овлашћења трибунала које се односи на његову надлежност.²¹⁶

Свакако да оваква пракса и тумачење ICSID Конвенције захтевају одређивање у којим случајевима се може користити процедура за доношење допунске одлуке а у којим процедура за поништење одлуке. Процедура за доношење допунске одлуке треба да користи странама у спору када је до пропуштања да се реши о одређеном питању дошло услед ненамерног превида трибунала техничког карактера, и када је вероватно да се покретањем овог механизма такав превид може исправити. Треба направити разлику у односу на случај када је такво пропуштање резултирало из процеса озбиљног већања и разматрања свих околности спора и има утицаја на основе расуђивања трибунала о решењу спора. Примера ради, уколико је трибунал сматрао да је неки аргумент стране у спору ирелевантан, или је решење неког конкретног питања безначајно, односно невезано за решење главне ствари поводом које је настао спор, тада се не може узети да се ради о материји која треба да буде предмет одлучивања у поступку за доношење допунске одлуке, Подеснији би био поступак за поништење.²¹⁷

Иако се такорећи може направити степеновање значаја питања која се могу решавати у поступку за поништење одлуке, односно у поступку за доношење допунске одлуке, то не треба схватити као могућност за занемаривање процедуралних одредби којима је уређен поступак који се бави питањима мање „тежине“. Другим речима, члан 49. Конвенције, иако не детаљно, ипак уређује поступак за доношење допунске одлуке. Непоштовање овог поступка може довести до озбиљних последица. Практика *ad hoc* комитета познаје случај у коме је дошло до поништења одлуке због пропуста трибунала учињеним управо у овом поступку. У случају *Amco II* трибунал је спровео процедуру за доношење допунске одлуке на основу поднетог захтева једне стране, без омогућавања другој страни да изнесе своја запажања по том питању. У поступку за анулирање одлуке, *ad hoc* комитет је сматрао да треба поништити одлуку јер је

²¹⁶ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

²¹⁷ Видети: Schreuer, „The ICSID Convention: a commentary“ (2009.). *Supra* 145, str. 854 i 860.

трибунал озбиљно прекршио основна правила процедуре (сагласно члану 51.1.д. Конвенције).²¹⁸

2.3. Поступак за тумачење одлуке

Чланом 50. ICSID Конвенције је прописан поступак у коме странке могу тражити тумачење одлуке. Наиме, ако међу странкама дође до спора око тумачења или обима одлуке, свака странка може упутити генералном секретару писмену молбу и тражити тумачење одлуке.

Молба за тумачење одлуке се доставља трибуналу који је донео одлуку. То решење је свакако најрационалније и најцелисходније. Трибунал који је одлучивао у конкретном спору најбоље зна шта је суштина онога што је у одлуци изнето и најбоље може дати било какво тумачење или додатна појашњења. Међутим, уколико није могуће да молбу разматра трибунал у истом саставу као онај који је донео одлуку, образоваће се нови трибунал са задатком да сачини тумачење одлуке. Без обзира на то што овај трибунал неће имати задатак да реши спор, нити ће имати задатак да изнова утврђује чињенично стање, нови трибунал ће бити образован сагласно одредбама ICSID Конвенције којима је уређено формирање трибунала у регуларном поступку за решавање спорова.

Трибунал може обуставити извршење одлуке док не донесе решење, ако сматра да то захтевају околности.

Члан 50. Конвенције не прописује рок за подношење молбе за тумачење одлуке. Имајући у виду да је могуће да се деси ситуација у којој се за тумачење више не може окупити трибунал у оригиналном саставу, стиче се утисак да овај институт подразумева да од доношења одлуке до њеног тумачења може проћи извршан дужи временски период. Свакако да је тумачење одлуке од значаја за њено извршење. Међутим, чак и ако се узму у обзир одредбе ICSID Конвенције којима је уређено питање извршења (чланови 53-55. Конвенције), не може се аналогном применом доћи до закључка у погледу релевантног рока за подношење молбе за тумачење одлуке. Конвенција не прописује рок у коме одлука трибунала треба да се изврши. Ипак, покретање поступка за тумачење одлуке не може се користити као средство за

²¹⁸ Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia II (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Annulment, 3 December 1992, 9 ICSID Reports, pp. 55-56, paras. 9.05-9.10.

неоправдано одуговлачење извршења. Имајући то у виду, разумно је очекивати да се молба за тумачење подноси у кратком року након доношења одлуке трибунала.

Тумачење одлуке се може користити искључиво ради појашњења утврђених обавеза страна које резултирају из решења спора. Односно, не може се користити да би се издејствовало решење питања која нису била предмет спора или додатне погодности за страну која подноси захтев за тумачење одлуке.

Случај *Wena*²¹⁹ илуструје покушај употребе поступка за тумачење одлуке ван граница његове намене. Конкретно, у овом случају је хотел *Wena* тражио тумачење налаза о томе да је његова инвестиција експроприсана. Заправо, тражио је појашњење о томе да ли утврђена експропријација подразумева да је дошло до трајног лишавања управљачких права на основу уговора о закупу хотела. Иако је Египат (против кога је био покренут спор пред ICSID-ом у овом случају) испунио новчане обавезе утврђене одлуком трибунала, остала је недоумица у погледу будућег третмана инвестиције. Приликом тумачења одлуке, трибунал је утврдио који је домет експропријације на могућност вршења права компаније *Wena* у вези са вршењем управљачких права у односу на експроприсану инвестицију. Међутим, поднети захтев за тумачење одлуке је садржао и питање разјашњења последица експропријације на односе компаније *Wena* према трећим лицима. Са друге стране, сматрао је да не може дати тумачење поводом обима одговорности компаније *Wena* која поводом експропријације може настати у односу према трећим лицима, јер то питање није било предмет разматрања оригиналне одлуке трибунала чије се тумачење захтева.²²⁰

У поступку за тумачење одлуке, странка може захтевати од трибунала да одреди одлагање извршења. Ово решење је целисходно, јер омогућава да се одлука изврши тек онда када су обавезе страна утврђене на несумњив начин и тако да код странака не стварају никакве неодумице.

У складу са чланом 53. став 2. ICSID Конвенције, решење о тумачењу је саставни део одлуке.

²¹⁹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4)

²²⁰ *Wena Decision on Interpretation*, paras. 91/129. Наведено према: Schreuer, „The ICSID Convention: a commentary“ (2009.). *Supra* 145, str. 868, 869.

2.4. Поступак за ревизију одлуке

Члан 51. ICSID Конвенције предвиђа процедуру за ревизију одлуке, који може служити странкама да издејствују измену донете одлуке на основу новооткривених чињеница.

Поступак за ревизију одлуке се покреће захтевом странке. Странка упућује захтев генералном секретару. Према члану 51. став 1. Конвенције, да би се покренуо поступак за ревизију одлуке, потребно је кумулативно испуњење три услова:

1. откривање неке чињенице која битно утиче на одлуку,
2. трибунал и подносилац захтева нису знали за ту чињеницу кад је одлука донета,
3. чињеница није остала непозната подносиоцу захтева из његовог нехата.

Без обзира што ревизија одлуке треба да доприноси исправности и заснованости одлука, овај поступак продужава рок до коначног решавања спора. Због тога Конвенција предвиђа одређене услове чије је испуњење неопходно за покретање поступка ревизије. Начин на који су стипулисани ови услови указује на опредељеност ICSID система ка ефикасности поступања. Ово проистиче најпре из одредбе да новооткривена чињеница, на основу које се може покренути овај поступак, мора да буде таква да може битно да утиче на одлуку. Дакле, потребан је квалификован облик процене значаја те чињенице на решење спора, који се описује правним стандардом да је нова чињеница могла да доведе до другачијег исхода спора, у случају да је била позната трибуналу. Терет доказивања значаја новооткривене чињенице је на подносиоцу захтева за ревизију одлуке.²²¹ Затим, Конвенција прописује захтев да новооткривена чињеница није остала непозната подносиоцу захтева из његовог нехата. Другим речима, потребно је да странке у арбитражном поступку поступају са дужном пажњом приликом изношења свих релевантних околности везаних за спор. У супротном, не могу се користити механизмом за ревизију одлуке. Странкама није допуштено да на основу сопственог немара, односно, поступајући супротно начелу *bona fides* приликом руковођења процесним радњама у арбитражном поступку, одуговлаче доношење коначне одлуке.

Субјективни рок за подношење захтева за ревизију одлуке је 90 дана, а објективни, три године од дана када је одлука донета.

²²¹ Видети: Schreuer, „The ICSID Convention: a commentary“ (2009.). *Supra* 145, str. 883.

Захтев се доставља трибуналу који је донео одлуку. Као и у претходном случају, у поступку за тумачење одлуке, ово решење је најрационалније. Трибунал који је донео одлуку је већ упознат са свим претходно утврђеним чињеницама и ценио је њихов значај за доношење одлуке. У том смислу, биће најпозванији да цени какав значај за целокупно чињенично стање може имати новооткривена чињеница, као и како може утицати на донету одлуку. Међутим, ако није могуће да о захтеву за ревизију одлуке решава трибунал у првобитном саставу, образоваће се нови. Нови трибунал ће се образовати сагласно одредбама ICSID Конвенције којима је уређено образовање трибунала као да први пут треба да решава о неком спору (одељак 2 ICSID Конвенције).

У поступку за ревизију одлуке може доћи до одлагања извршења, по процени трибунала или на захтев странке. Трибунал ће, по сопственој процени, обуставити извршење одлуке, ако сматра да то захтевају околности. *Schreuer* истиче да нема значајније праксе одлагања извршења одлуке која је везана за поступак за ревизију одлуке.²²²

Ако подносилац захтева за ревизију одлуке тражи да се обустави извршење одлуке, извршење ће се обуставити привремено, док трибунал не одлучи о поднетом захтеву за ревизију.

У складу са чланом 53. став. 2. ICSID Конвенције, решење о ревизији одлуке је саставни део одлуке.

2.5. Поступак за поништење одлуке – основне карактеристике

Члан 52. ICSID Конвенције прописује процедуру за поништење (анулирање) одлуке. Овај члан по принципу *numerus clausus* прописује разлоге из којих се може тражити поништење одлуке, као и процедуру за поступање по захтеву за поништење.

Прописани разлози за поништење одлуке су следећи:²²³

1. трибунал није био прописно образован,
2. трибунал је очевидно прекорачио своје овлашћење,
3. корупција члана трибунала,
4. озбиљно кршење основних правила поступка; или
5. у одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива.

²²² *Ibid.* str. 887.

²²³ Члан 52. став 1. ICSID Конвенције

Захтев за поништење одлуке може поднети свака странка, тако што упућује писани поднесак генералном секретару. Захтев за поништење одлуке мора да има одређену садржину: у њему мора да буде идентификована одлука чије се поништење тражи, мора да буде означен датум подношења захтева за поништење и мора тачно да се наведе по ком основу од оних прописаних чланом 52. ICSID Конвенције се тражи поништење одлуке.

Рок за подношење захтева за поништење је 120 дана од дана доношења одлуке, осим ако се захтев подноси због наводне корупције члана трибунала. У том случају прописани су посебни рокови. Субјективни рок износи 120 дана од дана открића корупције, а објективни рок је три године и почиње да тече од дана доношења одлуке. Генерални секретар мора да одбије пријем, односно регистрацију неблаговременог захтева за поништење одлуке.²²⁴

Захтев за поништење се мора односити на одлуку коју је донео ICSID трибунал. Иако се у току спровођења процедуре до доношења ове одлуке, могу предузети извесне процесне радње, односно могу бити донети одговарајући закључци који се тичу те процедуре, они не могу да буду засебни предмет захтева за поништење. Рецимо, одлука трибунала о надлежности или одлука о захтеву за изузеће арбитра. Ове одлуке, које имају процесни карактер и доносе се у току поступка, сматрају се интегралним делом коначне арбитражне одлуке, и тек у тренутку када та одлука буде донета, могу бити предмет захтева за поништење.

По пријему благовременог захтева за поништење одлуке, председник Административног савета ICSID-а ће одмах одредити *ad hoc* комитет.²²⁵ *Ad hoc* комитет се састоји од три арбитра са листе ICSID-а. Члан комитета не може бити:

1. члан трибунала који је донео одлуку чије се поништење тражи,
2. држављанин исте државе као и члан тог трибунала,
3. држављанин државе која је страна у спору,
4. лице које је једна или друга од ових држава ставила на листу арбитра,
5. или га је примила као посредника у том спору.

На листи арбитра може бити лице које има висока морална својства и признату стручност у области права, трговине, индустрије или финансија и бити таква да се

²²⁴ Члан 52. став 2. ICSID Конвенције

²²⁵ Члан 52. став 3. ICSID Конвенције

може рачунати да ће независно одлучивати. Стручност у области права је од нарочитог значаја код лица на листи арбитра.²²⁶

Имајући у виду да се чланови *ad hoc* комитета постављају са листе арбитра, то значи да сваки до њих, мора испуњавати ова својства. Наведена правила треба да осигурају да чланови *ad hoc* комитета буду непристрасни и да одлучују искључиво на основу чињеница конкретног случаја и меродавног права.

Када је у питању именовање чланова трибунала, уз пристанак страна у спору, то могу бити и лица која нису на листи арбитра ICSID-а.²²⁷ Међутим, када је у питању образовање *ad hoc* комитета, именовање његових чланова је ограничено искључиво на ову листу.

Поред ових услова који су прописани ICSID Конвенцијом, приликом именовања чланова *ad hoc* комитета, узимају се у обзир и додатне околности, које су од практичног значаја. Примера ради, водиће се рачуна о језику који је коришћен у поступку пред трибуналом и оном који би се највероватније користио у поступку пред *ad hoc* комитетом. Затим, релевантно ће бити искуство сваког члана *ad hoc* комитета, као и њихово претходно и тренутно ангажовање у ICSID панелима. Пре него што се именује члан *ad hoc* комитета, секретаријат ICSID-а истражује да ли у конкретном случају постоји конфликт интереса. Уколико се утврди да нема конфликта интереса, тражи се од кандидата за члана *ad hoc* комитета да потпише изјаву којом то потврђује. Овом изјавом потврђује и да има времена и воље да учествује и да се посвети поступку за поништење одлуке, као члан *ad hoc* комитета. ICSID Конвенција не прописује обавезу председника да консултује стране у спору око кандидата које има намеру да постави као чланове *ad hoc* комитета. Без обзира на то, по правилу, странкама се доставља обавештење о овим кандидатима, као и њихова биографија. То омогућава странкама да одреагују уколико сматрају да предложени кандидати не испуњавају неки од услова за постављење за члана *ad hoc* комитета, или уколико сматрају да постоји конфликт интереса. У изузетним случајевима се може десити да се постави неки други кандидат, а не онај који је био примарни избор председника.²²⁸

ICSID Конвенција прописује да се одредбе чланова 41-45, 48, 49 и 53. примењују *mutatis mutandis* у поступку пред *ad hoc* комитетом. Овим члановима су

²²⁶ Члан 14. став 1. ICSID Конвенције

²²⁷ Члан 40. ICSID Конвенције

²²⁸ Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID, 2012. Str. 16-17

доступан на:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Report%20on%20Annulment_English.pdf

уређена конкретна правила поступка, односно поступање *ad hoc* комитета од именована до доношења одлуке. Ови чланови садрже и одредбе који се тичу саме одлуке *ad hoc* комитета, исправке и допунске одлуке, као и обавезујуће снаге донете одлуке о поништењу.²²⁹

С обзиром на то да члан 52. став 4. ICSID Конвенције спецификује које одредбе Конвенције се могу примењивати у поступку пред *ad hoc* комитетима, поставља се питање да ли то искључује могућност за аналогну примену осталих одредби, које, у зависности од околности конкретног случаја могу наћи адекватно место и у поступку за поништење одлуке. Конкретно, у питању је примена члана 47. Конвенције који предвиђа могућност одређивања привремених мера ради заштите права странака. Такође, у поступку пред трибуналима, могуће је користити захтев за изузеће члана трибунала, уколико странка сматра да очигледно не испуњава услове прописане чланом 14. ICSID Конвенције.²³⁰ Могућност за подношење захтева за изузеће члана трибунала је прописана чланом 57. ICSID Конвенције. Према томе, недоумица је да ли је његова примена искључена за чланове *ad hoc* комитета. Оваква рестриктивна тумачења су одбачена у поступцима који су се водили пред *ad hoc* комитетима у два случаја: *Vivendi I*²³¹ и *Nations*²³². Без обзира на то што су у оба случаја одбијени захтеви за изузеће, од значаја за примену одредби ICSID Конвенције је околност да су *ad hoc* комитети протумачили да су и у поступку за поништење одлуке ови захтеви допуштени и прихватили су да о њима одлучују.²³³

У поступку за поништење одлуке, *ad hoc* комитети, по правилу, одлучују на основу доказа који су прикупљени у поступку који се водио пред трибуналом и на којима је базирана одлука о чијем се поништењу одлучује. Међутим, *ad hoc* комитет може прикупити и нове доказе.²³⁴

У поступку за поништење одлуке, може се одложити извршење, према самосталној оцени *ad hoc* комитета, или на захтев странке.²³⁵ *Ad hoc* комитет може обуставити извршење одлуке док не донесе одлуку о поништењу, ако сматра да то захтевају околности. Ако странка захтева обустављање извршења, извршење ће се

²²⁹ Члан 52. став 4. ICSID Конвенције

²³⁰ Видети више у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.

²³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3)

²³² *Nations Energy, Inc. and others v. Republic of Panama* (ICSID Case No. ARB/06/19)

²³³ Видети: Background paper (2012.). *Supra* 175, str. 18

²³⁴ *Ibid.* str. 19

²³⁵ Члан 54. став 5. ICSID Конвенције

привремено обуставити док *ad hoc* комитет не реши о захтеву за поништење одлуке. Конвенција не уређује ближе које су то околности услед којих *ad hoc* комитет може обуставити извршење одлуке трибунала. Schreuer је кроз праксу *ad hoc* комитета издвојио извесне критеријуме који могу послужити за идентификацију релевантних околности за обуставу извршења.²³⁶ Овај аутор наводи следеће:

- правна снага аргумената на којима се заснива захтев за поништење одлуке,
- да ли страна која тражи поништење одлуке истовремено нуди обезбеђење извршења,
- ризик повраћаја датог на име компензације у случају поништења одлуке,
- да ли је захтев за одлагање извршења мотивисан неоправданим одуговлачењем плаћања додељеног износа компензације,
- могућност промптог извршења одлуке у случају да захтев за поништење одлуке буде одбијен,
- могућност настајања непоправљиве штете дужнику у случају извршења одлуке.

Ad hoc комитет доноси одлуку о поништењу. Одлучујући по захтеву за поништење, *ad hoc* комитет може:

1. одбити захтев за поништење, што значи да одлука трибунала остаје на снази;
2. одлуку трибунала делимично поништити и
3. одлуку трибунала поништити у целости.

Поступак за поништење одлуке може да се оконча и пре него што *ad hoc* комитет донесе своју одлуку. То се може десити у случају да стране постигну поравнање, односно ако нека од страна у спору не плати одговарајуће надокнаде за спровођење поступка.

Одлука *ad hoc* комитета о поништењу одлуке трибунала не може бити предмет даљег разматрања, односно не може и сама бити предмет новог захтева за поништење. Иако није исто што и одлука трибунала, у смислу њене обавезујуће снаге и за потребе признања и извршења, оне су изједначене. Одлука коју донесе *ad hoc* комитет треба да буде сагласна члану 48. ICSID Конвенције. Између осталог, овим чланом је уређено да се у одлуци расправљају сва питања изнета пред трибунал, односно, у овом случају, пред *ad hoc* комитет. Међутим, захтеви за поништење одлуке, по правилу, заснивају се на више разлога прописаних чланом 52. Конвенције. Практика појединих *ad hoc* комитета

²³⁶ Видети: Schreuer, „The ICSID Convention: a commentary“ (2009.). *Supra* 145, str. 1071.

показује, да када *ad hoc* комитет нађе да је основано поништити одлуку по једном од разлога истакнутих о захтеву, нема потребе да даље расправља о осталим разлозима.²³⁷

Члан 52. став 3. ICSID Конвенције прописује да је *ad hoc* комитет овлашћен да поништи одлуку, односно део одлуке, из ма ког разлога прописаног овим чланом. Ова одредба се тумачи тако да *ad hoc* комитет има дискреционо право да у сваком конкретном случају процењује да ли одлуку треба поништити или не. Другим речима, то значи да постојање неког од разлога за поништење, не значи да комитет, по принципу аутоматизма треба да донесе такву одлуку. Напротив, стављајући случај предвиђен нормом Конвенције у контекст околности о којима одлучује, процениће да ли је оправдано поништити одлуку или не.²³⁸

Ако се одлука поништи, на захтев било које од страна, формира се нов трибунал који има задатак да поново решава спор у питању. ICSID Конвенција не ограничава број поништења једне одлуке, а консеквентно ни број поновљених арбитражних поступака за решавање истог спора.

²³⁷ Такво је било поступање *ad hoc* комитета у случају *MINE, Supra* 211, Annulment decision para. 6.109; и у случају *Vivendi I, Supra* 231, Annulment decision, paras. 115, 116.

²³⁸ Видети: Bascground paper (2012.), *Supra* 228, str. 23.

ОДСЕК II

ПОНИШТЕЊЕ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ КАО ИЗВОРКОНТРОВЕРЗИ У ПОСТ-АРБИТРАЖНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ICSID-ом

1. Поступак за поништење одлуке као проблем

Кроз поступак за поништење одлуке се реализује контролна функција ICSID система. Она треба да допринесе његовом перципирању као режима који поред поштовања основног принципа арбитражног права, коначности одлуке, показује отвореност ка другачијој вредносној оријентацији – доношење одлука засновано на легитимним процесима.²³⁹ Поступак за поништење одлуке, такође, има значај за карактерисање ICSID-а као затвореног и комплетног система. Поред тога, овај поступак опредељује ICSID као неутрални форум за решавање спорова, јер контрола донетих одлука остаје ван домашаја органа националне власти. На овај начин се потврђују циљеви изражени у преамбули ICSID Конвенције, посебно они који опредељују међународне методе решавања инвестиционих спорова погоднијим од националних.

Поред ове значајне друштвено-политичке функције, поступак за поништење одлука има и практични значај. Он је у служби одређивања оптималног односа између антагонистичких принципа коначности одлука и принципа контроле исправности одлука.

Као што је приказано, поступак за анулирање одлуке се може покренути из разлога прописаних методом *numerus clausus*.²⁴⁰ Због начина на који су прописани основи за поништење одлуке, у литератури се сматра да се морају врло уско тумачити, што опредељује поступак поништења као изузетан, те стога условима ограничен правни лек. Одлуке које доносе *ad hoc* комитети морају се сматрати проценама

²³⁹ Видети у делу дисертације: Глава III

²⁴⁰ Члан 52. ICSID Конвенције. Више о томе видети у делу дисертације Глава II, Одсек I: 2.5.

пуноважности донете одлуке, а не усвојеног решења спора.²⁴¹ Овакво схватање правне природе и домета поступка за поништење одлуке није изузетак. По правилу, аутори прихватају концепт по коме контрола арбитражних одлука треба да буде ограниченог карактера и да до поништења одлуке треба да дође само у изузетним случајевима.²⁴²

Свакако да постоји генерални консензус да поштовање принципа коначности одлука не треба да наруши основе правичности у решавању спорова. Ипак, уколико би се као правило поставило одступање од коначности, то би се могло посматрати као негирање основа на коме почива арбитража.²⁴³

Са друге стране, ICSID је створен међународном конвенцијом. Његово функционисање почива на пристанку држава и на одређеној репутацији, односно на социјалном легитимитету који ужива у међународној заједници. Тако посматрано, тешко је замислити да су државе пристале да ратификују и примењују Конвенцију која их лишава коришћења домаћих средстава контроле одлука, уколико једини лек против неисправних одлука које Конвенција нуди, постоји само као теоретска могућност без стварног ефекта.²⁴⁴

Традиционално схватање које подржава коначност одлука је успостављено на претпоставци да коначност арбитражних одлука погодује странама у спору више него што би им погодовала било каква предност судског поступка. Ипак, таква претпоставка би била прихватљива само у два случаја: да арбитар никад не направи грешку у доношењу одлуке или, уколико почини неку грешку, да је она безначајна у односу на тежњу за ефикасношћу поступка.²⁴⁵ С обзиром на то да је објективно могуће да поступање трибунала иде ван два описана случаја, *ad hoc* комитети треба да преузму корективну улогу.

Секретаријат ICSID-а је сачинио студију о поступку поништења одлука.²⁴⁶ Ова студија садржи анализу рада *ad hoc* комитета, на основу које је дато инструктивно мишљење о томе како треба тумачити одредбу Конвенције која уређује овај поступак. Према овој студији, обезбеђивање коначности арбитражних одлука је основи циљ ICSID Конвенције. Као резултат тога, поступак за анулирање одлука је циљано креиран да додели ограничени обим контроле који ће стајати као брана кршењу

²⁴¹ Collins, David. "ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?." *Journal of International Arbitration* 30, no. 4 (2013): 333-343.

²⁴² Видети: Lalive (2008.), *Supra* 190, стр. 14.

²⁴³ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, стр. 149.

²⁴⁴ Видети: Lalive (2008.), *Supra* 190 стр. 16.

²⁴⁵ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, стр. 149.

²⁴⁶ Видети: *Supra* 175.

фундаменталних принципа права који треба да руководе поступак пред трибуналима. Према томе, овај правни лек се тиче процесних мана поступка одлучивања, а не испитивања материјалне стране одлуке. Поступак за поништење није апелациони поступак и не нуди странама могућност да покрену испитивање одлуке на бази погрешне примене материјалног права или погрешно утврђеног чињеничног стања. Према схватању израженом у студији Секретаријата ICSID-а, овај правни лек има ограничен и изузетан карактер. У студији се ближе опредељује шта то конкретно значи. Према томе, приликом примене поступка за поништење одлуке, треба имати у виду следеће одлике:

1. основи за поништење одлуке прописани чланом 52. ICSID Конвенције су једини разлози из којих се одлука може поништити;
2. поступак за поништење одлуке је изузетан и уско ограничен правни лек, а улога *ad hoc* комитета је лимитирана;
3. *ad hoc* комитети нису апелациони судови, поступак за поништење одлуке није правни лек против материјалне неисправности одлуке и *ad hoc* комитет не може да замени одлуку трибунала о меритуму ствари;
4. *ad hoc* комитети своје дискреционо право треба да користе сагласно циљу и сврси правног лека и тако да не наруше обавезујућу снагу и коначност одлука;
5. члан 52. ICSID Конвенције треба да се тумачи сагласно његовом циљу и сврси, нити рестриктивно, нити екстензивно;
6. разлози за поништење одлуке су прописани чланом 52. ICSID Конвенције, али *ad hoc* комитет има дискреционо право да у оквиру тих разлога, у сваком конкретном случају, одлучи да ли ће да поништи одлуку, делимично или у целости.

Теоријске расправе, као и изнета инструктивна студија, дају јасно опредељење начина на који треба тумачити и примењивати члан 52. ICSID Конвенције, који би требало да оправда целисходност његовог уношења у текст Конвенције. Међутим, пракса *ad hoc* комитета, према схватањима аналитичара, даје основ за оштре критике и за разматрање да ли су они нашли адекватно место, односно улогу у ICSID систему.

За првих 20 година од ступања на снагу ICSID Конвенције није било захтева за поништење одлуке. Данашња слика је потпуно другачија. У литератури се указује на „инфлациону“ природу захтева за анулирање одлука, затим екстензивно тумачење

прописаних основа за поништење и хиперактивне *ad hoc* комитете.²⁴⁷ Из тога је проистекла критика да је лакше издејствовати поништење одлуке пред *ad hoc* комитетом, него одбијање извршења одлуке ван ICSID режима.²⁴⁸ На основу таквог схватања, у пракси се јавља претензија за повећаним бројем захтева за поништење, чак и без оправданог разлога. У оваквом амбијенту, може се разматрати основаност мишљења да уколико је коначност одлуке сврха и мотив за избор арбитраже као начина решавања спора, стране би требало да потраже неки други систем, сем ICSID-а.²⁴⁹

Критика ICSID поступка за поништење одлуке се може сажети кроз опис да је постао стандардна форма апелационог поступка, правни лек који се користи више као правило, него као изузетак. Имајући то у виду, нужно се намеће питање да ли је таква екстензивна примена овог поступка уопште била предвиђена приликом креирања ICSID Конвенције, односно, да ли су државе, приликом сачињавања, потписивања и ратификовања Конвенције, имале намеру да поступку за поништење одлуке дају такав домет и начин примене.²⁵⁰

Критика рада *ad hoc* комитета која се може пронаћи у релевантној литератури и стручној јавности указује да је приметно њихово поступање ван граница одређених Конвенцијом. Заобилажење одредби Конвенције које проистиче изнутра, односно из самог ICSID система, утиче на ауторитет овог Центра као међународног форума за решавање инвестиционих спорова. Због тога је неопходно одговорити на питање у којим случајевима, под којим условима и из којих разлога се јавља такво понашање *ad hoc* комитета. Уколико су критике оправдане, потребно је анализирати на који начин поступање *ad hoc* комитета утиче на легитимитет ICSID-а у целини и како се такав проблем може превазићи.

За потребе такве анализе, нужно је кренути од сагледавања историјата усвајања текста ICSID Конвенције, да би се одгонетнуло која идеја је била у основи уградње поступка за поништење одлуке у ICSID систем. То је потребно да би се утврдио циљ који је руководио доношење и усвајање Конвенције, а који треба да буде примарни

²⁴⁷ Schreuer, Christoph. "From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 10, no. 2 (2011): 211-225.

²⁴⁸ *Ibid.* str. 225.

²⁴⁹ Padilla IV, Sabino B. "Some Available Options to Save the Viability of ICSID Arbitration in the Light of the Annulment Awards in *Klockner v. Cameroon* and *Amco Asia v. Republic of Indonesia*." *Phil. LJ* 63 (1988): 321-362. (343).

²⁵⁰ Видети: Baetens (2011.), *Supra* 209. стр. 217.

елемент за тумачење и адекватну примену њених одредби.²⁵¹ Даље, имајући у виду да критика указује да *ad hoc* комитети претендују да преузимају овлашћења која су иманентна апелационом поступку, потребно је, најпре, поставити теоријску разлику између ова два поступка.²⁵² Тек након што се прецизно одреди шта је суштина поступка за анулирање одлуке, а шта апелационог поступка, може се разматрати да ли је поступање *ad hoc* комитета примерено једном, односно другом од ова два поступка. Најзад, установљена теоријска разграничења треба тестирати кроз конкретну праксу *ad hoc* комитета.²⁵³ Тек на основу тако изведеног истраживања, може се дати анализа функционисања овог дела процедуре прописане ICSID Конвенцијом.

2. Историјат усвајања текста ICSID Конвенције којим је уређен поступак за поништење одлуке²⁵⁴

2.1. Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право из 1958. године

Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава је усвојена 1965. године. Коначном тексту Конвенције је претходио петогодишњи рад, који се састојао у припремном раду, преговорима и ревизијама иницијалног предлога.

У току рада на ICSID Конвенцији, мењао се и текст којим се уређује поништење одлуке. Оригинална идеја, измене, као и коначни текст, треба да илуструју циљ за који је намеравано да се постигне овим делом процедуре.

Поступак поништења одлуке је у ICSID Конвенцију унет по угледу на Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право из 1958. године.²⁵⁵

²⁵¹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II:2.

²⁵² Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 3.

²⁵³ Више о томе видети у делу дисертације Глава II, Одсек II: 4.

²⁵⁴ Овај део дисертације је приређен на основу материјала изнетог у Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID (2012.), *Supra* 228. Поступак за поништење одлуке је описан у делу дисертације: Глава II, Одсек I: 2.5.

²⁵⁵ ILC Model Rules on Arbitral Procedure (1958): "Report of the International Law Commission on the work of its tenth session, 28 April - 4 July 1958" (UN Doc. No. A/3859) in Yearbook of the International Law

Задатак овог Модела закона је био да кодификује постојећу праксу у међународном праву у арбитражним поступцима који се заснивају на моделу „Држава према Држави“. Иако се у овом Моделу закона препознаје да је основна идеја арбитражног поступка коначност донете одлуке, остављен је простор за изузетан правни лек. Овај правни лек треба да буде у служби очувања праксе да трибунали доносе одлуке правног карактера, засноване на вољи страна, као извора надлежности. Према таквом схватању, било је потребно увести механизам, који управо треба да помири коначност одлука са потребом за спречавање очигледних неправди или екцеса у поступању трибунала. Имајући у виду нужду да се помире два начелно различита интереса, Модел закона је усвојио могућност испитивања валидности одлука али само под одређеним стриктно утврђеним условима. Модел закона предвиђа независно тело, Међународни суд правде, које би имало надлежност да одлучује о поништењу одлуке.

Члан 35. Модела закона о арбитражним правилима предвиђа следеће разлоге као могући основ за поништење одлуке:

1. да је трибунал прекорачио своја овлашћења,
2. да је дошло до корупције члана трибунала,
3. да је дошло до кршења основних правила процедуре, укључујући пропуштање трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао своју одлуку.

Према томе, пропуштање трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао своју одлуку, је могућност која је дата као пример, односно посебан облик кршења основних правила процедуре. Сем навођења овог примера, приликом усвајања текста Модела закона, усвојено је становиште да, с обзиром на изузетан значај коначности одлуке, не треба проширивати предвиђене основе за поништење одлуке.

2.2. Прелиминарни нацрт ICSID Конвенције – 1963. година

Првобитни нацрт ICSID Конвенције из 1962. године уопште није предвиђао поступак за поништење одлуке. Овај поступак је, ипак, у прелиминарном нацрту из 1963. године, под утицајем Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право, пронашао своје место.

Commission 1958, vol. II (New York: United Nations, 1958) at 83 (A/CN.4/SER.A/1958/Add.1). This document is available on the International Law Commission website at:
http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/10_1_1958.pdf&lang=EF

Према овом нацрту, поништење одлуке је било могуће засновати на следећим разлозима:

1. да је трибунал прекорачио своја овлашћења,
2. да је дошло до корупције члана трибунала,
3. да је дошло до кршења основних правила процедуре, укључујући пропуштање трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао своју одлуку.

Дискусије које су вођене поводом овог нацрта текста Конвенције, указују да иако је основни принцип да су арбитражне одлуке коначне, услед непоштовања неких фундаменталних правила, страна у спору може тражити да се одлука прогласи неважећом. При том, као на значајну одлику ове процедуре, посебно је указано на то да се не ради о апелационом поступку. Поступак за поништење одлуке не захтева улажење у меритум ствари, већ једноставно афирмативну или негативну одлуку о једном од наведених основа за поништење.

2.3. Регионални консултативни састанци – 1964. година

Aron Broches, идејни творац ICSID-а, посебно је истицао идеју да поступак за поништење одлуке треба да буде лимитирани правни лек, а да је основни принцип који треба спровести обавезујућа снага донете арбитражне одлуке.

И заиста, историјат сачињавања текста ICSID Конвенције показује да предвиђање поступка за поништење одлуке ни у једном тренутку није подстицао дебату око генералне идеје која би требало да руководи примену овог дела процедуре. Њена сврха, као и домет нису довођени у питање, нити је било сматрано да може да доведе до било каквих контроверзних исхода. Дискусије које су вођене биле су техничког карактера и тицале су се детаља око конкретних основа за поништење одлуке.

Током преговора око текста Конвенције, створена је идеја да разлоге за поништење треба одредити тако да буду још рестриктивнији. Дебате су водиле ка томе да прекорачење овлашћења мора да буде квалификовано, односно очигледно (енг. „*manifest*“).

Такође, сматрано је да непоштовање основних (енг. „*fundamental*“) правила поступка треба да буде озбиљно (енг. „*serious*“) да би се могло сматрати довољним разлогом за поништење одлуке. Још тада је у дискусијама указивано да овај разлог за поништење одлуке подразумева поступање трибунала које би ишло изван граница

постављених арбитражним споразумом. Даље, и примена погрешног права је идентификована као разлог који би могао да се подведе под ове основе. Направљена је разлика између погрешне примене права и примене погрешног права, при чему би једно било разлог на основу кога би се водио апелациони поступак, а друго основ за поступак за поништење одлуке.

2.4. Први нацрт Конвенције – 1964. година

У првом нацрту Конвенције, били су предвиђени следећи разлози за поништење одлуке:

1. трибунал није прописно конституисан,
2. трибунал је очевидно прекорачио овлашћење,
3. корупција чланова трибунала,
4. озбиљно кршење основних правила процедуре,
5. пропуштање трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао одлуку, осим ако су се стране супротно споразумеле.

Расправе које су вођене о предложеном тексту Конвенције су се тичале могућности да се прецизније дефинишу поједини основи за поништење одлуке.

Када је у питању основ који се тиче корупције члана трибунала, било је идеја да се израз корупција замени неким другим појмом. Рецимо, да се ради о недостатку интегритета, дефекту у моралном карактеру, незаконитом понашању и слично. Такође, било је и дискусија да се захтева да акт корупције мора да буде доказан судском одлуком или другим ваљаним доказом. Ипак, ове идеје су одбачене великом већином.

Озбиљно кршење правила процедуре је постао самосталан и независан разлог за поништење одлуке. Што се тиче обавезе трибунала да изнесе разлоге на којима је одлуку засновао, иницијална идеја је била да се ова обавеза ублажи могућношћу страна да се договоре да образложење одлуке није потребно. Ипак, у каснијим ревизијама текста Конвенције, од ове идеје се одустало.

2.5. Коначни и усвојени текст ICSID Конвенције

У коначном тексту ICSID Конвенције, члан 52. на следећи начин уређује основе за поништење одлуке:

1. трибунал није био прописно образован,

2. трибунал је очевидно прекорачио своје овлашћење,
3. корупција члана трибунала,
4. озбиљно кршење основних правила поступка; или
5. у одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива.

Рад на изради текста ICSID Конвенције показује да поништење одлуке треба да буде специјални правни лек који се користи у изузетним ситуацијама. Дискусије на састанцима који су држани поводом нацрта Конвенције показују да је током њене израде преовладало такво схватање. Такође, преглед понуђених решења, како би требало да гласе основи за поништење одлуке, показује да су ревизије текста вршене тако да се домет ове одредбе ограничава на очигледне, озбиљне, фундаменталне мане у процесним радњама трибунала.

3. Разграничење поступка за поништење одлуке у ICSID систему од апелационог поступка у општем правном режиму

Сличност између поступка за поништење (анулирање) одлуке уређеног чланом 52. ICSID Конвенције и апелационог (жалбеног) поступка се састоји само у томе што се обе ове процедуре баве преиспитивањем донете одлуке. Међутим, суштински се ради о два потпуно другачија процеса. Ове две врсте поступка могу се разликовати на два начина:

1. први се тиче предмета испитивања,
2. а други се тиче исхода процеса испитивања.²⁵⁶

Одлука коју је донео *ad hoc* комитет у случају *MINE*²⁵⁷ нуди још један елемент за разликовање поступка за поништење одлуке од апелационог поступка, и он се тиче активности које су странама у спору допуштене да предузимају у поступку за анулирање одлуке.²⁵⁸

²⁵⁶ Caron, David D. "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal." *ICSID Review* 7, no. 1 (1992): 21-56, 43.

²⁵⁷ *Supra* 160.

²⁵⁸ У овом делу дисертације (Глава II, Одсек II: 3) описана је разлика између апелационог поступка и поступка за поништење одлуке у режиму ICSID Конвенције, на основу теоријских ставова изражених у релевантној литератури. У наредном делу дисертације (Глава II, Одсек II: 4) теоријски објашњене разлике између ове две врсте поступка се анализирају кроз релевантну праксу *ad hoc* комитета. За сваки од основа за поништење одлуке прописан чланом 52. став 1. ICSID Конвенције, посебно, описани су

У наредном делу биће приказан сваки од наведених начина за теоријско разграничење поступка за поништење одлуке у ICSID режиму од основних обележја апелационог поступка у општем правном режиму.

3.1. Предмет испитивања поступка за поништење одлуке и апелационог поступка

Поступак за поништење одлуке има узак предмет испитивања, који се фокусира на легитимитет процедуре која је претходила доношењу одлуке. Легитимитет процедуре се односи на оквир који дефинише начин на који треба поступати да би се одлука донела, укључујући надлежност и формирање трибунала, као и основна правила процедуре.²⁵⁹ Од нарочитог значаја је околност да *ad hoc* комитети у поступку за поништење одлуке не могу да испитују налазе трибунала који се тичу утврђеног чињеничног стања или примењеног права.²⁶⁰

Поступак за анулирање одлуке дозвољава поништење одлуке на основу тачно одређених, строго прописаних разлога. То је израз идеје да поништење одлуке треба да буде изузетан правни лек. У литератури се може наћи следећи опис овог поступка: „Решења о поништењу одлука су управо то – поништење одлуке, а не решење спора. Она су, или би требало да буду, процене валидности одлуке коју је донео трибунал, а не процена валидности решења самог спора.“²⁶¹

Апелациони поступак се, такође, тиче процедуре у којој је донета одлука. Међутим, за разлику од поступка за поништење одлуке, у апелационом поступку је предмет разматрања и сама садржина одлуке. Апелациони поступак се тиче суштинског, мериторног испитивања. Испитивање материјалне исправности одлуке подразумева разматрање да ли је исправно утврђено чињенично стање и да ли је исправно примењено право на тако утврђене чињенице.²⁶² Ово су уобичајени основи за жалбени поступак, који се редовно прописују националним легислативама. Примера

репрезентативни случајеви у којима су поднети захтеви за поништење одлука, анализиран начин поступања *ad hoc* комитета и објашњено како се у њиховом практичном раду препознају описане теоријске разлике између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка.

²⁵⁹ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, стр. 447.

²⁶⁰ Видети: Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011.), *Supra* 247, стр. 212.

²⁶¹ Видети: Collins (2013.), *Supra* 241, стр. 336.

²⁶² Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, стр. 23-34 и 43-44.

ради, наш Закон о парничном поступку²⁶³ као разлоге за изјављивање жалбе, односно побијање пресуде, прописује:

1. битне повреде одредаба парничног поступка;
2. погрешно или непотпуно утврђеног чињенично стање;
3. погрешну примену материјалног права.

Дакле, жалбени поступак се тиче и процесних и материјалних околности из којих је произашла донета одлука. Конкретно, он се заснива на три групе питања које се могу разматрати, самостално или кумулативно. Најпре, у жалбеном поступку се може испитивати да ли су исправно примењене одредбе процесног права које уређују начин на који одлука треба да буде донета. Затим, испитује се да ли је потпуно утврђено чињенично стање. Да би донета одлука била адекватна, потребно је да је суд баратао свим релевантним и потребним чињеницама, на основу којих је могао да створи праву слику ствари које упућују на решење спора. Поред тога, чак и ако је суд имао пред собом све чињенице, основ за жалбени поступак може бити нетачно утврђено чињенично стање. Ово је израз начела утврђивања материјалне истине у поступку. Коначно, на потпуно и исправно утврђене чињенице, суд мора да примени одговарајуће материјално право. Потребно је посебно истаћи да је редовно основ за жалбу погрешна примена материјалног права. За разлику од жалбеног поступка, у поступку за поништење, одлука се може поништити због примене погрешног права, али не и због погрешне примене меродавног права. Апелациони поступак подразумева строже и потпуније испитивање донете одлуке, које треба да доведе до вишег степена прецизности и исправности у правном разматрању првостепеног органа.²⁶⁴

Поступак за поништење одлуке у режиму ICSID Конвенције, у односу на апелациони поступак, знатно ограничава предмет и обим испитивања одлуке трибунала, Испитивање се своди на једну групу питања: да ли је одлука трибунала донета на начин да одражава основе процесне исправности? Творци Конвенције су проценили да се ова врста исправности огледа кроз пет посебно прописаних основа за поништење, које члан 52. уређује методом *numerus clausus*.²⁶⁵

²⁶³ Члан 373. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ број 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014)

²⁶⁴ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, стр. 447.

²⁶⁵ Члан 52. став 1. ICSID Конвенције

3.2. Исход поступка за поништење одлуке и апелационог поступка

Друга врста разлика између поступка за поништење одлуке у ICSID режиму и апелационог поступка се тиче њиховог исхода. Ово питање се може посматрати и као циљ које стране желе да постигну покретањем једног или другог поступка.

Циљ апелационог поступка је да доведе до другачијег исхода спора. То значи да другостепени орган који поступа по жалби, може да измени донету одлуку и да самостално одлучи о захтевима странака. Другим речима, тиме је признато право другостепеном ограну да понуди сопствени налаз о околностима спора у питању и правно гледиште о томе како треба да буде решен.

За разлику од апелационог, у поступку за поништење, одлука може само да буде поништена, делимично или у целости. *Ad hoc* комитети не могу одлуку да замене својим схватањима о томе како треба решити спор. Уколико се одлука поништи, ствара се правна ситуација у којој се узима као да она није ни донета. У таквим околностима, спор може бити поново поднет на решавање, испочетка. Поништење одузима правну снагу одлуци и враћа странке (у делу у коме је одлука поништена) у њихову првобитну „парничну“ позицију.²⁶⁶

Резултат поништења одлуке се огледа у фикцији да спор није ни решен. У апелационом поступку странке претендују да исходују другачије решење спора.

3.3. Овлашћења странака у поступку за поништење одлуке и у апелационом поступку

Овај елемент за разликовање поступка за поништење и апелационог поступка проистиче из схватања које је изнео *ad hoc* комитет у случају *MINE*. Он се тиче овлашћења које странке могу имати у ове две врсте поступака. Проистиче из опредељења да поступак за поништење одлуке не може да се користи да би се поново разматрао спор.

У том смислу, *MINE ad hoc* комитет јасно наглашава да стране немају права да износе нове аргументе, или истичу нове наводе који се тичу спора, а које су могли да понуде трибуналу у арбитражном поступку, али су то пропустили. Такође, поступак за поништење не може служити странкама ни да накнадно допуњују празнине у

²⁶⁶ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, str. 24.

аргументима изнетим у поступку пред трибуналом.²⁶⁷ У поступку за анулирање одлуке, аргументи се могу тичати једино радњи трибунала, односно пропуста трибунала који се могу подвести под неки од прописаних основа за поништење.

Супротно томе, у апелационом поступку, странка треба да убеди другостепени орган да је првостепени погрешно решио спор. Према томе, ако се грешка првостепеног органа састоји у погрешном или непотпуно утврђеном чињеничном стању, странка треба да понуди довољно доказа којима јасно показује да је сачињен такав пропуст. Исти случај је и када је у питању погрешно примењено процесно или материјално право. Странци је допуштено да понуди нове аргументе. Чак, у овом поступку је циљ да странка изнесе наводе који се тичу самог спора, а који ће бити убедљивији и боље засновани, управо да би показала да постоји основ да се одлука измени.

Посматрано са теоријског становишта, постоји јасна разлика између поступка за поништење и жалбеног поступка. У ове две врсте поступка се разликује предмет испитивања, исход и циљ које странке теже да постигну. Међутим, пракса *ad hoc* комитета ублажава теоријска разграничења ове две врсте поступка. Апелациони поступак се практично подводи под поступак за поништење одлуке, јер се сматра да одлука која је у потпуности материјално неисправна, може бити показатељ нелегитимног процеса који је претходио њеном доношењу.²⁶⁸

Да би се дошло до закључка на који начин и из којих разлога долази до брисања граница између два, потпуно различита поступка, потребно је анализирати релевантну праксу *ad hoc* комитета.

4. Практика *ad hoc* комитета

Опис начина на који су поступали *ad hoc* комитети по захтевима за поништење одлука, треба да резултирају материјалом који ће бити јасан показатељ да ли пракса прати теоријско опредељење разлика између поступка за поништење одлука од апелационог поступка.

²⁶⁷ *Supra* 211, MINE annulment decision para. 4.04.

²⁶⁸ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, стр. 43 и 45.

Ради систематичности у истраживању материјала из праксе *ad hoc* комитета, сваки од основа за поништење одлуке, прописаних чланом 52. ICSID Конвенције, биће сагледан појединачно. Случајеви који ће се анализирати су одређени методом узорка. Као репрезентативни случајеви су, зависно од основа за поништење који се посматра, узети: или они у којима је о конкретном основу једино одлучивано, или они који су кроз академске радове окарактерисани као најбоља илустрација рада *ad hoc* комитета. Објашњење узорка ће бити презентирано посебно, приликом самосталног разматрања сваког од основа за поништење.

За сваки од прописаних основа за поништење одлуке најпре ће бити разматран текст ICSID Конвенције. Ова анализа треба да укаже, пре свега, на који начин треба тумачити одредбе Конвенције. Затим, треба и да покаже која правила ICSID Конвенције штити сваки од основа за поништење одлуке, па их нужно треба узети у обзир приликом утврђивања да ли *ad hoc* комитети поступају сагласно свом мандату који им је додељен у ICSID режиму.

Након анализе текста Конвенције, биће изнет преглед релевантних случајева.

На основу анализе текста Конвенције и релевантне праксе, узимајући у обзир историјат сачињавања Конвенције, као и теоријску расправу о разликовању апелационог од поступка за поништење одлука, биће дата анализа начина поступања *ad hoc* комитета.

4.1. Непрописно образовање трибунала

а. Уводне напомене

Члан 52. став 1. тачка (а) ICSID Конвенције као један од основа за поништење одлуке прописује да је трибунал непрописно образован.

Анализа овог основа за поништење одлуке подразумева – разматрање текста ICSID Конвенције, која треба да пружи смернице у одређивању у којим случајевима се одлука може поништити по овом основу. Затим, истраживање случајева у којима су *ad hoc* комитети разматрали захтев за поништење одлуке базиран на овом разлогу.

Тек на основу свих ових елемената, биће дата анализа да ли се може сматрати да овај основ за поништење одлуке има тенденције прерастања у апелациони поступак.

б. Правила која се примењују на конституисање трибунала

б.1. Правила о конституисању трибунала предвиђена ICSID Конвенцијом

ICSID Конвенција ближе не уређује шта се сматра непрописно образованим трибуналом. Због тога, да би се одредило право значење наведеног члана ICSID Конвенције, морају се узети у обзир друге релевантне одредбе којима је уређено образовање трибунала - састав, начин конституисања, услови које арбитри морају да испуњавају. У ту сврху, потребно је посебно размотрити чланове 37-40. ICSID Конвенције у одељку 2 („Образовање трибунала“) и чланове 56-58. Конвенције у глави V („Замена и изузеће посредника и арбитра).

За правилно образовање трибунала који треба да поступа у сваком конкретном случају, од значаја су следећи елементи:

1. споразум страна у спору,
2. уколико не постоји споразум:
 - држављанство именованих арбитра и
 - њихове личне квалификације.

Одредбама ICSID Конвенције ови елементи су уређени на следећи начин:

1. ICSID Конвенција прописује да је основно полазиште приликом конституисања трибунала – споразум страна у спору. Према члану 37. ICSID Конвенције, трибунал сачињава један арбитар или ма који непаран број арбитра одређених споразумом страна.

2. Ако се стране у спору не споразумеју о броју арбитра и начину њиховог одређивања, ICSID Конвенција предвиђа суплеторна правила, која у том случају треба применити. Према томе, трибунал ће се састојати од три арбитра, од којих ће по једног одредити стране, а трећег, који ће бити председник трибунала, одредиће стране споразумно. Према члану 38. ICSID Конвенције, ако се трибунал не образује у прописаном року, након што се консултује са обе стране, ако је то могуће, председник Административног савета ICSID-а ће одредити арбитра, односно арбитре који нису именовани.

За конституисање трибунала, поред одредби процесног карактера, који уређују број арбитра и овлашћење за њихово постављење да одлучују у конкретном спору, од значаја су и одредбе којим се уређују каква својства они морају имати. Конкретно, ове одредбе се односе на њихову националност и на извесне личне карактеристике.

Члан 38. ICSID Конвенције одређује да арбитри које одреди председник не смеју бити држављани државе потписнице која је страна у спору или државе потписнице чији је држављанин страна у спору. Поред тога, члан 39. прописује да арбитри који чине већину не смеју бити држављани државе потписнице која је странка у спору или државе потписнице чији је држављанин странка у спору. Ово правило се неће примењивати ако је арбитар појединац или су сви чланови трибунала одређени споразумом страна.

Очигледно је да ICSID Конвенција поклања изузетну пажњу механизмима који треба да буду у служби очувања неутралности решавања спорова пред његовим трибуналима. Управо се у овим одредбама огледа покушај да се спор изолује од уплива националних легислатива. Одређивање да о спору треба да суди лице које нема држављанство као стране у спору треба да онемогући постојање одређених предубеђења арбитра, заснованих на околностима од значаја за државу домаћина, а које су суштински изван спора који се решава. Лице које нема директни интерес у питањима која могу проистећи из реализације једне инвестиције у земљи домаћину, по правилу, ће на рационалнији и правичнији начин моћи да оријентише своја разматрања ка чињеницама везаним за сам спор. И обрнуто. Механизам ICSID Конвенције који одређује националност арбитра треба да служи и као гарант инвеститорима да неће бити „таоци“ земље домаћина.

Арбитри морају испуњавати и одређене услове које се тичу њихових личних квалификација. Члан 12. ICSID Конвенције предвиђа да се у оквиру овог Центра формира листа арбитра, која се састоји од квалификованих лица. Чланом 14. је прописано које услове мора да испуњава једно лице да би могло да буде на листи арбитра. Према томе, арбитри морају имати морална својства и признату стручност у области права, трговине, индустрије или финансија и бити такви да се може рачунати да ће независно одлучивати. Стручност у области права је од нарочитог значаја код лица на листи арбитра.

У складу са чланом 40. ICSID Конвенције, арбитри се могу одређивати ван листе арбитра, изузев кад њих одређује председник Административног савета у складу са чланом 38. Конвенције. Од значаја је одредба Конвенције којом је прописано да арбитри одређени ван листе арбитра морају испуњавати исте услове као и арбитри који се налазе на листи арбитра.

На основу анализе релевантних одредби ICSID Конвенције, може се закључити да је трибунал непрописно образован ако су испуњени један или више од следећих елемената:

1. трибунал није образован у складу са споразумом страна о његовом саставу, односно,
2. ако споразум није постојао, трибунал није образован у складу са прописаном процедуром,
3. именовани арбитри не испуњавају услове у погледу држављанства, односно,
4. именовани арбитри, према личним квалификацијама, не испуњавају услове прописане чланом 14. став 1. ICSID Конвенције, са посебним нагласком на непристрасности и независности арбитра.

б.2. Изузеће арбитра

Поступак образовања Трибунала, који је прописан наведеним одредбама ICSID Конвенције, детаљније и прецизније је уређен у ICSID Арбитражним правилима²⁶⁹. У овим Правилима се уређује поступак за именовање арбитра, рокове и надлежности у поступку, услови које арбитри морају да испуњавају, као и механизам који треба да омогући независност и непристрасност арбитра у одлучивању.

Детаљним уређивањем поступка за образовање трибунала, ICSID Конвенција и ICSID Арбитражна правила доприносе стварању правне сигурности и стабилности система, дајући формално-правну гаранцију основном постулату правилног спровођења арбитражног поступка – адекватно конституисаном органу који одлучује. Поред тога, анализа одредби ICSID Конвенције којима се ово питање уређује, показује да је као питање од изузетног значаја било стварање формалног оквира који треба да буде у служби гаранције неутралности и непристрасности одлучивања. Управо томе служи одредба да трибунал мора да се састоји од непарног броја арбитра, затим да арбитри не смеју да имају исто држављанство као стране у спору, као и да морају да испуњавају услове којима се посебно наглашава способност независног одлучивања.

²⁶⁹ На основу члана 44. ICSID Конвенције, арбитражни поступак се води према одредбама Конвенције и, ако се странке друкчије не договоре, према Правилнику о арбитражи који је био на снази на дан кад су странке пристале на арбитражу. У складу са овлашћењима из члана 6. став 1. тачка ц) ICSID Конвенције, Административни савет је донео Правилник о арбитражи (енг. „*The Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (the Arbitration Rules) of ICSID*“, на даље: ICSID Арбитражна правила). Ова Правила су доступна на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>

За случај да ове одредбе не буду поштоване, ICSID Конвенција предвиђа корективна правила. Наиме, стране у спору су овлашћене да, процесним радњама које могу предузимати пред трибуналом, активно учествују у очувању правилне примене формално-правног оквира којима је уређено образовање трибунала, и то током читавог поступка.

ICSID Конвенција (чланови 57. и 58.) и ICSID Арбитражна правила (члан 9.) предвиђају могућност да било која од страна у спору поднесе захтев за изузеће арбитра ако он очигледно не испуњава услове из члана 14. став 1. ICSID Конвенције, или ако не испуњава услове да буде члан трибунала предвиђене у одељку 2. Глава IV Конвенције.

Дакле, да би члан трибунала могао да буде изузет, треба да постоји нека чињеница из које се види да арбитар очевидно не испуњава услове прописане чланом 14. став 1. Конвенције. Конвенција је одредила стандард по коме неиспуњавање услова мора да буде очигледно, када се оно односи на личне карактеристике, односно на морална својства, стручне квалификације и/или непристрасност у одлучивању.

Страна у поступку може, осим тога, предложити изузеће због тога што он не испуњава услове за члана који су прописани одредбама Конвенције којима је уређено образовање трибунала. Ове одредбе се односе на број арбитра у трибуналу, начин на који се они постављају и на њихово држављанство. У овом случају, Конвенција не захтева постојање чињенице из које се види да арбитар очевидно не испуњава прописане услове. Вероватно због тога што се ради о правилима који се лакше доказују (држављанство арбитра), или им је сама природа таква да се очевидно манифестују (рецимо, постављење арбитра као четвртог члана трибунала).

Решење о предлогу за изузеће арбитра доносе остали чланови трибунала, а ако је у питању арбитар појединац, или већина арбитра, онда решење доноси председник Административног савета. Уколико је захтев за изузеће основан, арбитар ће бити замењен у складу са одредбама Конвенције којима је уређено именовање арбитра.

б.3. Изјава арбитра

ICSID Арбитражна правила потврђују да у ICSID режиму решавања инвестиционих спорова, независност и неутралност одлучивања арбитра има посебан значај.

Према члану 6. ових Правила, пре првог рочишта, сваки арбитар је дужан да потпише изјаву о својим квалификацијама и опредељењу о начину на који ће поступати приликом рада у трибуналу. Потписивањем ове изјаве, арбитра потврђују

да, према њиховом сазнању, не постоји разлог да не учествују у раду трибунала који је образован за решавање конкретног случаја. Даље, обавезују се да се старају о поверљивости података до којих дођу током свог ангажовања у трибуналу. Изјавом се арбитри обавезују да суде правично и да не прихватају било какве инструкције или компензацију за свој рад, осим оне на коју имају права у складу са правилима ICSID-а. Изјавом се посебно обавезују да доставе све податке о било каквој прошлој или садашњој професионалној, пословној или вези друге врсте са било којом од страна у спору, као и податке о свим другим околностима које могу да доведу у питање поузданост у самосталност трибунала. У изјави се изричито наводи да арбитар преузима одговорност да, уколико у току спровођења процедуре дође до таквих околности, о томе без одлагања обавесте Генералног секретара ICSID-а.²⁷⁰

У тексту ICSID Конвенције, као и у ICSID Арбитражним правилима се користи израз независан арбитар, односно независно одлучивање (енг. „independent“). У литератури се наводи да овај израз треба тумачити као стандард којим се означава независност и непристрасност у одлучивању.²⁷¹

Овакво тумачење значења употребљеног израза у Конвенцији указује да је очување репутације ICSID-а као неутралног форума за решавање инвестиционих спорова, један од основних задатака које правила поступка треба да очувају. Управо се ова карактеристика арбитражног начина решавања спорова може сматрати једном од значајних предности у односу на друге методе. Неутрални и независни арбитри управо треба да буду ослонац ICSID-у у неговању такве предности.²⁷²

Дакле, ICSID Арбитражна правила предвиђају обавезу арбитра да посвете посебну пажњу свим околностима које могу довести у сумњу њихову непристрасност.

²⁷⁰ Текст изјаве у оригиналу на енглеском језику гласи:

“To the best of my knowledge there is no reason why I should not serve on the Arbitral Tribunal constituted with respect to a dispute between _____ and _____.

I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceeding, as well as the contents of any award made by the Tribunal.

I shall judge fairly as between the parties and shall not accept any instruction or compensation with regard to the proceeding from any source except as provided in the Administrative and Financial Regulations of the Centre.

Attached is a statement of (a) my past and present professional, business and other relationships (if any) with the parties and (b) any other circumstance that might cause my reliability for independent judgment to be questioned by a party. I acknowledge that by signing this declaration, I assume a continuing obligation promptly to notify the Secretary-General of the Centre of any such relationship or circumstance that subsequently arises during this proceeding.”

²⁷¹ Marian, Cornel. "Who Guards the Guardians? Contracting States and Available Safeguards for Ensuring Arbitrators' Impartiality and Absence of Bias in the ICSID Convention Compared to the Framework in the New York Convention." *Romanian Journal of Arbitration (Revista Română de Arbitraj)* 28 (2013), pp. 1-13.

²⁷² *Ibid.* стр. 1.

О томе морају водити рачуна не само приликом преузимања обавезе да буду члан трибунала за решавање конкретног спора, већ и током целог поступка. Према садржини изјаве коју су у обавези да потпишу, дужни су да о свим околностима који могу утицати на њихову непристрасност без одлагања обавесте Генералног секретара.

На основу анализе члана 6. ICSID Арбитражних правила, и узимајући у обзир циљ који треба да се постигне овом одредбом, може се основано узети у разматрање идеја да потписивањем ове изјаве арбитар заснива посебну обавезу, не само према странама у спору, већ и према ICSID-у, као институцији под чијим окриљем треба да делује.

в. Случајеви у којима су ad hoc комитети решавали о поништењу одлука по основу непрописно образованог трибунала

У четири случаја у којима су *ad hoc* Комитети одлучивали о поништењу арбитражних одлука, страна у спору је поднела захтев за поништење истичући као један од основа непрописно образовање трибунала (члан 52. став 1. тачка (а) ICSID Конвенције). Реч је о случајевима

1. *Vivendi II*²⁷³,
2. *Azurix*²⁷⁴,
3. *Sempra*²⁷⁵,
4. *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic*²⁷⁶.

За три случаја су објављене одлуке *ad hoc* комитета (*Azurix*, *Vivendi II* и *Sempra*). У случају *Sempra*, *ad hoc* Комитет је поништио одлуку трибунала ослањајући се на друге основе прописане чланом 52. став 1. ICSID Конвенције, тако да није разматрао основаност захтева истакнутог у погледу непрописног образовања трибунала. Имајући то у виду, пракса овог *ad hoc* Комитета није релевантна за разматрање у овом случају.

Предмет анализе ће бити одлуке *ad hoc* комитета по захтевима за поништење одлука у два случаја: *Azurix* и *Vivendi II*.

²⁷³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3

²⁷⁴ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12

²⁷⁵ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16

²⁷⁶ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic* ICSID Case No. ARB/04/5

в.1. Случај Azurix

Трибунал је у поступку пред ICSID-омдонео одлуку против Аргентине у спору који је покренула компанија Azurix.

Аргентина је 2006. године поднела захтев да се ова одлука поништи. Један од основа за поништење, који је Аргентина навела у свом захтеву, је непрописно конституисање трибунала.

Образложење за постојање овог основа, Аргентина је засновала на тврдњи да председник трибунала *Dr. Andrés Rigo Sureda*, није испуњавао услове прописане чланом 14. став 1. ICSID Конвенције. Аргентина је навела да је у случају председника трибунала постојао конфликт интереса који баца озбиљну сумњу на његову непристрасност, тако да се према стандарду разумне особе не може са сигурношћу рачунати да је независно одлучивао.²⁷⁷

Аргентина је наводе истакнуте у захтеву за поништење одлуке засновала на чињеницама да *Dr. Andrés Rigo Sureda* ради као консултант за правну фирму која је била заступник супротне стране у другом спору који се водио против Аргентине (*Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28 - “the Duke case”). Затим, ова правна фирма је пружала правне савете компанији Azurix у другим правним стварима у току трајања спора са Аргентином, и то док је *Dr. Andrés Rigo Sureda* био председник трибунала који је спор решавао. Такође, та правна фирма је била ангажована за правне ствари које се тичу компаније *Enron*, која је мајка-фирма компанији Azurix.

Ad hoc комитет је разматрао наводе Аргентине на којима је засновала захтев и одлучио да се по овом основу не може поништити одлука трибунала. Разлози на којима је *ad hoc* комитет у овом случају засновао своју одлуку су превасходно процесно-правне природе и из њих се може закључити схватање *ad hoc* комитета о правној природи и домету поступка за поништење одлуке прописаним чланом 52. ICSID Конвенције. Такође, из образложења који је дао *ad hoc* комитет у овом случају, може се закључивати и о схватању *ad hoc* комитета о односу два правна института која су уређена Конвенцијом: о захтеву за изузеће члана трибунала (члан 57. Конвенције) и непрописном образовању трибунала (члан 52. став 1. тачка (а) Конвенције).

Имајући у виду да ICSID Конвенцијом није прописано у којим случајевима ће се сматрати да трибунал није прописно образован, *ad hoc* комитет је најпре дао тумачење

²⁷⁷ *Supra* 274, Azurix annulment decision, para. 249.

које одредбе ICSID Конвенције се морају узети у обзир да би се то утврдило. Као релевантне је одредио чланове 37-40. Конвенције у одељку 2 – Образовање трибунала и чланове 56-58. Конвенције у глави V – Замена и изузеће посредника и арбитра.²⁷⁸

Ad hoc комитет је у свом даљем образложењу изнео схватање на који начин се треба тумачити члан 52. став 1. тачка (а) Конвенције, односно, који елементи треба да се утврде да би се сматрало да је дошло до непрописног образовања трибунала.

Ad hoc комитет је навео да Аргентина тврдњу да суд није прописно образован, заснива искључиво на наводном постојању чињеница које указују да председник трибунала није испуњавао услове из члана 14. став 1. Конвенције. Према схватању *ad hoc* комитета, постојање чињеница које указују да било ко од арбитра не испуњава прописане услове није основ за поништење одлуке. У овом случају, *ad hoc* комитет је истакао јасну разлику између различитих института предвиђених ICSID Конвенцијом и дао прецизно језичко тумачење текста Конвенције. *Ad hoc* комитет наводи да је постојање чињеница које указују да арбитар очигледно не испуњава услове из члана 14. став 1. Конвенције, основ за истицање захтева за изузеће арбитра, што је могућност прописана чланом 57. Конвенције. Основ за поништење одлуке према члану 52. Конвенције је непрописно образовање трибунала²⁷⁹. Даље, *ad hoc* комитет је навео следеће: процедура за образовање трибунала, као и процедура за одлучивање о захтеву за изузеће арбитра, прописане су ICSID Конвенцијом.²⁸⁰ Уколико у раду одговарајућих тела у оквиру ICSID-а није дошло до кршења ових процедуралних одредби, према схватању *ad hoc* комитета, може се сматрати да је за потребе тумачења домета одредбе члана 52. Конвенције, трибунал прописно конституисан.²⁸¹

Ad hoc комитет је свој став даље образложио изношењем схватања о односу између захтева за изузеће арбитра и захтева за поништење одлуке. Указао је на то да ако странка није у арбитражном поступку поднела захтев за изузеће арбитра, у том случају се не би могло сматрати ни да постоји основ за поништење одлуке у контексту

²⁷⁸ *Ibid.*, para. 276.

²⁷⁹ „Article 52 does not state that “any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14” will constitute a ground of annulment. Rather, the ground of annulment in Article 52(1)(a) is that the tribunal was “not properly constituted”“

²⁸⁰ *Supra* 274. Azurix annulment decision, para. 279.

²⁸¹ „The procedure for constituting the tribunal, including the procedure for challenging arbitrators on grounds of a manifest lack of the qualities required Article 14(1), is established by other provisions of the ICSID Convention. If the procedures established by those other provisions of the ICSID Convention have been properly complied with, the Committee considers that the tribunal will be properly constituted for the purposes of Article 52(1)(a).“

чланова 57. и 58. Конвенције.²⁸² Овакав став *ad hoc* комитета се може објаснити схватањем да приликом разматрања постојања основа за поништење одлуке треба процењивати да ли је дошло до кршења одредби Конвенције процесног карактера. Уколико захтев за изузеће арбитра није поднет, није ни дошло до примене релевантних одредби Конвенције, тако да би даље разматрање *ad hoc* комитета било беспредметно.

Схватање *ad hoc* комитета се базира на чињеници да је Аргентина тражила поништење одлуке јер је сумњала у непристрасност одлучивања арбитра. Међутим, преиспитивање непристрасности арбитра је могла да тражи и у поступку пред трибуналом. Како то није учинила, може се сматрати да није имала примедбе на поштовање процесних одредби којима је уређено образовање трибунала. Због тога је *ad hoc* комитет нашао да је неоснован захтев за поништење одлуке који се базира на истим чињеницама које су постојале и у време спровођења процедуре пред трибуналом.²⁸³ Према изнетом схватању *ad hoc* комитета, његова улога је да испитује да ли је дошло до кршења прописане процедуре, а Аргентина је својим нечињењем показала да је сагласна да до овог кршења није дошло.

Суштински, овакав став се може засновати на одредбама члана 27. ICSID Арбитражних правила, којим је прописано да уколико страна која је знала или је морала знати за повреду било које одредбе ICSID Конвенције, није одмах уложила приговор по том основу, сматраће се да се одрекла права да на ту повреду приговара. Према томе, како Аргентина није у арбитражном поступку истакла захтев за изузеће арбитра, може се сматрати да се одрекла права да истиче приговоре који се тичу његове пристрасности.

Међутим, *ad hoc* комитет показује извесну строгост у разматрању. Према мишљењу *ad hoc* комитета у случају *Azurix*, чак и ако је странка чињенице на којима би заснивала захтев за изузеће арбитра, члана трибунала, сазнала након што тај трибунал донесе коначну одлуку, те новооткривене чињенице би могле да буду од значаја искључиво за ревизију одлуке према члану 51. Конвенције, али не могу бити основ за истицање захтева за поништење одлуке према члану 52. став 1. тачка (а) Конвенције.

И у свом даљем разматрању, *ad hoc* комитет јасно опредељује став у погледу стандарда за разматрање одлука. Према овом ставу, уколико је истакнут захтев за изузеће арбитра у складу са чланом 57. и донета је одлука о захтеву за изузеће у складу са чланом 58. Конвенције, *ad hoc* комитет не може да испитује да ли је та одлука тачна.

²⁸² *Supra* 274. *Azurix annulment decision* para. 281.

²⁸³ *Ibid.*

Наиме, задатак *ad hoc* комитета није да разматра да ли су релевантне чињенице утврђене тачно и потпуно, да ли је правилно примењено право, као ни да ли је на основу тако утврђених чињеница и примењеног права донета логична и одговарајућа одлука.²⁸⁴ Ако је донета одлука у складу са процедуром прописаном чланом 58. Конвенције, а странка поднела захтев за поништење одлуке који се заснива на истим чињеницама и околностима које су биле истакнуте у захтеву за изузеће арбитра, *ad hoc* комитет не може да се упушта у разматрање ових чињеница и околности, јер би то значило давање странкама могућност да *de novo* истичу исти захтев, који је већ једном одбијен.²⁸⁵ Према мишљењу *ad hoc* комитета, то би водило изједначавању поступка поништења одлуке са апелационим поступком.²⁸⁶

Ad hoc комитет је навео примере у којим случајевима се може сматрати да постоји основ за поништење одлуке према члану 52. став 1. тачка (а) Конвенције: уколико је странка поднела захтев за изузеће арбитра али о њеном захтеву никад није одлучено, или ако је захтев поднет а о њему је одлучила особа, односно тело у оквиру ICSID-а, супротно одредбама Конвенције. У таквим случајевима би постојала правна ситуација у којој нису поштоване одредбе ICSID Конвенције о образовању трибунала, па би мога да буде поништена одлука по основу непрописног конституисања.²⁸⁷

Ad hoc комитет, узимајући у обзир образложење наведено у захтеву који је поднела Аргентина, сматрао је да се одлука не може поништити по основу непрописно образованог трибунала.

в.2. Случај Vivendi II

У случају *Vivendi II*, донета је одлука против Аргентине. Аргентина је поднела захтев за поништење одлуке, који је *ad hoc* комитет уважио и одлука је поништена. У поновљеном спору, такође је донета одлука против Аргентине и Аргентина је још једном поднела захтев за поништење одлуке. Један од основа за поништење је непрописно образовање трибунала, који је засновала на тврдњи да један од арбитра, професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler*, није испуњавала услове да буде арбитар у конкретном случају.

Професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* је била члан управног одбора банке која је уједно и акционар компаније *Vivendi*, па је, према мишљењу Аргентине, имала интерес

²⁸⁴ *Ibid.*, para. 282.

²⁸⁵ *Ibid.*, para. 280.

²⁸⁶ *Ibid.*, para. 282.

²⁸⁷ *Ibid.*

за пословање ове компаније, а самим тим и за исход спора у коме је одлучивала као члан трибунала. Међутим, професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler*, није обавестила трибунал о овим околностима.

Аргентина је истакла да професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* није обавестила трибунал и стране у спору о чињеницама које би могле да доведу у питање њену непристрасност. На тај начин је онемогућила адекватну примену процедуре за избор арбитра. Њена способност да учествује у раду трибунала није била процењена, па образовање трибунала није било у сагласности са Конвенцијом и основним принципима права. Такође, због таквог држања овог члана трибунала, није било могуће покренути поступак за изузеће арбитра.²⁸⁸

Аргентина је сматрала да због чињенице да члан трибунала није изнео све потребне податке о подобности за учешће у његовом раду, ценећи према стандарду разумне особе, може се сматрати да постоји озбиљна сумња у пристрасност одлучивања. Аргентина је навела и да се не може сматрати да је трибунал прописно образован ако је један од арбитра пропустио да обавести о постојању чињеница које могу да угрозе резултат и транспарентност арбитражног поступка.²⁸⁹

У случају *Vivendi II*, као и у случају *Azurix*, захтев за поништење одлуке је заснован на околностима које указују на пристрасност арбитра, члана трибунала, који је донео арбитражну одлуку. Ипак, резонавање два *ad hoc* комитета, која су одлучивала у ова два случаја, битно се разликује. У случају *Vivendi II*, *ad hoc* комитет је своју улогу у процесу за поништење одлуке схватио квалитативно другачије и усвојио је приступ који се разликује од примењеног у случају *Azurix*.

Ad hoc комитет у случају *Azurix* је своја разматрања свео на питања процесно-правне природе, ограничавајући испитивање основаности захтева за поништење одлуке на питања поштовања процедуре. Не само да није утврђивао постојање непристрасности арбитра, већ је сматрао да би то било супротно сврси и природи поступка поништења одлуке, затим, да би то пружило страни у спору могућност да *de novo* истиче исти захтев, што би поступак за поништење одлуке претворио у апелациони поступак.²⁹⁰ Супротно томе, у случају *Vivendi II*, *ad hoc* комитет се упустио у испитивање основаности навода о пристрасности арбитра.

²⁸⁸ *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, para. 19.

²⁸⁹ *Ibid.*, para. 23.

²⁹⁰ *Supra* 274, *Azurix* annulment decision, paras. 279-282.

У случају *Vivendi II* није био поднет захтев за изузеће арбитра јер је страна у спору чињенице на којима би могла да заснује свој захтев, сазнала тек након доношења арбитражне одлуке. Ипак, уколико би се на ову ситуацију применио начин мишљења *ad hoc* комитета који је поступао у случају *Azurix*, чак ни тада страна не би могла да тражи поништење одлуке, већ само ревизију одлуке, што би значило да би захтев за поништење *a priori* требало да се одбије, без даљег испитивања навода у захтеву. *Ad hoc* комитет у случају *Vivendi II*, није прихватио овакво схватање и применио је суштински другачији стандард за оцену навода из захтева за поништење одлуке.

У случају *Vivendi II*, *ad hoc* комитет је најпре утврдио чињенично стање, и то: да је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* заиста у управном одбору банке која је уједно и акционар компаније *Vivendi*, као и да у току процедуре није обавестила о томе ни трибунал ни стране у спору. *Ad hoc* комитет је даље изнео мишљење да члан управног одбора има фидуцијарну одговорност према својим акционарима и мора да ради у интересу банке. Ова обавеза је у супротности са улогом независног и непристрасног арбитра и у таквим ситуацијама би требало поступати са посебним опрезом.²⁹¹ Поред тога, *ad hoc* комитет је навео да сматра да постоји обавеза арбитра да испита да ли постоји конфликт интереса, односно веза између његових већ преузетих обавеза и постављења за арбитра, и да о томе информише трибунал и стране у спору.²⁹² Такође, *ad hoc* комитет је изнео схватање да савремени економски односи указују на велики степен вероватноће да лица која се налазе на функцијама у водећим светским банкама, уједно имају интерес у мултинационалним компанијама које се појављују као стране у арбитражним поступцима. Због тога треба узети да арбитра на таквим функцијама, морају да поступају са додатним степеном пажње, уз континуирану обавезу да испитују и обавештавају стране у спору о могућем конфликту интереса.²⁹³

Ad hoc комитет је нашао да арбитра, професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler*, у овом случају, није показала довољну пажњу у поступању којим би могла да доведе у сумњу њену могућност да независно одлучује. Ипак, према мишљењу *ad hoc* комитета, само понашање арбитра односно показана пажња у поштовању одредби Конвенције, није довољно као основ да се одлука поништи. Заправо, *ad hoc* комитет је заузео становиште да према члану 52. став 3. Конвенције, комитет има дискреционо право да одлуку поништи или не, и може да узме у обзир и друге факторе да би оценио да ли

²⁹¹ *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, para. 219.

²⁹² *Ibid.*, para. 204.

²⁹³ *Ibid.*, para. 222.

понашање и показани ставови арбитра у конкретном случају представљају довољан основ за поништење одлуке.²⁹⁴ Имајући то у виду, *ad hoc* комитет је истражио да ли је понашање арбитра у конкретном случају довело до нарушавања независног одлучивања прописаног стандардом у члану 14. став 1. ICSID Конвенције.²⁹⁵ *Ad hoc* комитет је пронашао да то није случај, јер је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* сазнала за везу између банке и компаније *Vivendi* тек након што је донета одлука, тако да та веза није била од утицаја на њено одлучивање у случају. Према томе, *ad hoc* комитет је сматрао да не постоји основ за поништење одлуке због непрописно образованог суда у складу са чланом 52. став 1. тачка (а) Конвенције.

Аргентина је сматрала да чланови 14, 40. и 57. ICSID Конвенције посебно наглашавају значај квалитета арбитра, нарочито њихове независности и непристрасности у одлучивању, поготову узимајући у обзир утицај инвестиционих арбитража на питања од јавног интереса.²⁹⁶ На основу таквог схватања, Аргентина је дала мишљење о стандарду за испитивање непристрасности арбитра. Према овом мишљењу, потребно је да постоји апсолутна непристрасност арбитра. Она се не цени само у односу на постојање конкретно демонстриране непристрасности у одлучивању, већ је довољно да постоје околности које указују на могућност да ће одлучивање арбитра бити непристрасно²⁹⁷.

Ad hoc комитет у својој одлуци, очигледно није усвојио стандард који је предложила Аргентина. По мишљењу *ad hoc* комитета за поништење одлуке није било довољно то што је арбитар својим понашањем створио ситуацију у којој је постојала сумња у непристрасност одлучивања, већ је у обзир узео захтевнији стандард и ценио је да ли је у одлучивању арбитра до непристрасности заиста и дошло. *Ad hoc* комитет је оценио да овде то није случај, па је одлучио да нема основа за поништење одлуке.

²⁹⁴ *Ibid.*, para. 223.

²⁹⁵ *Ibid.*, para. 238.

²⁹⁶ *Ibid.*, para. 76.

²⁹⁷ *Ibid.*, para. 77: „Argentina notes that absolute impartiality refers not only to the subjective impartiality of an arbitrator’s judgment, but also to the objective appearance of impartiality on the part of the arbitrator before third parties.“

г. Стандард за испитивање непристрасности арбитра у поступку за поништење арбитражне одлуке

ICSID Конвенција не нуди решење у погледу стандарда процене да ли је арбитар био непристрасан. Члан 14. став 1. Конвенције прописује само да арбитар мора бити такав да се може рачунати да ће независно одлучивати. Значење ове одредбе се тумачи у контексту члана 57. Конвенције, који се односи на изузеће арбитра, према коме, да би могао да се поднесе захтев за изузеће треба да постоји нека чињеница која показује да арбитар очигледно не испуњава услове из члана 14. став 1. Конвенције.

С обзиром на то да је непристрасност арбитра било предмет одлучивања у само два случаја, нема праксе *ad hoc* комитета из које се може апстраховати одређени стандард по коме треба поступати у оваквим случајевима. Са друге стране, *ad hoc* комитети су оценили да је поступак за изузеће арбитра у нераскидивој вези са поступком за поништење одлуке. На основу анализе одлучивања у овим поступцима, у литератури су идентификована три могућа стандарда на основу којих је могуће ценити да ли у конкретном случају постоји непристрасност арбитра:²⁹⁸

1. страна у спору треба да покаже постојање очигледне непристрасности арбитра. Овакав приступ поставља терет доказивања на јако висок ниво. Страна у спору мора да понуди објективне чињенице које несумњиво показују да постоји непристрасност у одлучивању арбитра²⁹⁹;
2. страна у спору треба да покаже постојање основане сумње у непристрасност арбитра;
3. довољно је да страна покаже само могућност да суд не буде непристрасан.

У случају *Vivendi II* истакнуто је мишљење да је стандард за поништење одлуке на основу недостатка непристрасности арбитра захтевнији од стандарда за изузеће арбитра по истом основу.³⁰⁰ Имајући у виду да се ради о изузетном правном леку, потребно је да се покаже озбиљно непоштовање одредби Конвенције да би се одлука поништила. То је могуће утврдити само ако се покаже да је непоштовање процедуре такво да лишава страну у спору заштите у чију сврху је та процедура креирана.³⁰¹

Овакво мишљење успоставља најстрожи стандард за испитивање основаности захтева за поништење одлуке. У литератури се наводи да традиционално схватање

²⁹⁸ Horn, Peter. "Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration, A." *NYUJL & Bus.* 11 (2014): 349-395., стр. 377.

²⁹⁹ *Ibid.*, стр. 363.

³⁰⁰ *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, para. 106.

³⁰¹ *Ibid.*, para. 107.

стандарда који су постављени члановима 14. став 1. и чланом 57. Конвенције, поставља много виши стандард за доказивање непристрасности арбитра у оквиру ICSID-a у односу на стандарде који се примењују у оквиру других система за арбитражно решавање инвестиционих спорова.³⁰² Са друге стране, основано се може поставити питање да ли је заиста у духу ICSID Конвенције поставити тако висок стандард доказивања независности арбитра, који је готово немогуће достићи, поготову ако се има у виду да је Конвенција креирана управо зато да би се инвеститорима и државама домаћинима омогућио међународни механизам за решавање спорова на терену који нуди највише гаранције законитости, правичности и непристрасности, односно неутралности у одлучивању.³⁰³

Приликом доношења одлука и опредељивања за одговарајући стандард испитивања постојања непристрасности арбитра, као основа за поништење одлуке, морају се у обзир узети елементи који превазилазе околности само једног случаја. Мора се водити рачуна да усвојени стандард омогућава да прописани основ за поништење одлуке не буде норма без ефекта. Истовремено, овај стандард мора да захтева довољно висок терет доказивања непристрасности да већ сам по себи буде препрека за злоупотребу права на поништење одлуке. Стандард који се усваја треба да одговара схватању да је задатак *ad hoc* комитета, пре свега, да чува интегритет система, што је посебно истакнуто у схватању комитета у случају *Vivendi II*.³⁰⁴ Са друге стране, приликом реализације овог задатка мора се узети у обзир чињеница да цео ICSID систем треба да буде у служби његових корисника – држава потписница Конвенције и инвеститора, њихових држављана, као и да тумачење одредби ICSID Конвенције треба да буде вођено заштитом њихових права, уважавајући подједнако конкурентне интересе обе стране. Поред тога, *ad hoc* комитети не могу да занемаре да одлуке који доносе имају одјек у међународној заједници и морају водити рачуна и о окружењу и тенденцијама у схватању заштите права инвеститора, којима дају свој печат. У том смислу, не сме се дозволити да примена појединих института из Конвенције захтева неупоредиво више стандарде од других међународних механизма који теже да служе истој сврси. Јер у том случају, не може се избећи стварање општег утиска да суштинска заштита права и правда које се нуде странама у спору могу бити сужене, односно квалитетније, једноставним оптирањем за одговарајућа процесна правила која се нуде у

³⁰² A Vasani, Baiju S., and Shaun A. Palmer. "Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?." *ICSID Review* (2014): siu021. стр. 4, 18, 22

³⁰³ *Ibid.*, стр. 5

³⁰⁴ *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, para. 200

оквиру различитих система за решавање инвестиционих спорова.³⁰⁵ На тај начин се нарушава интегритет не само ICSID-а, већ система за решавање спорова између инвеститора и држава у целини. Без претендовања да се терет усклађивања различитих система пренесе искључиво на *ad hoc* комитете, не треба се занемарити значај искуства које се управо из њих може пренети. Узимајући у обзир да пракса *ad hoc* комитета није богата у овој области и да још увек нису изграђени стандарди за примену одредбе члана 52. став 1. тачка (а) Конвенције, драгоцен је сваки материјал који може помоћи у доношењу одговарајућих одлука и формирању одрживих образложења.

д. Кршење обавезе арбитра према ICSID-у као разлог за поништење одлуке по основу непрописно образованог трибунала

У случају *Vivendi II*, *ad hoc* комитет је усвојио строг стандард за оцену непристрасности арбитра и донео одлуку којом се не усваја захтев Аргентине. Разматрајући све релевантне околности, *ad hoc* Комитет се осврнуо и на посебне обавезе арбитра али је, у извесном смислу, занемарио њихов значај приликом доношења коначне одлуке. Наиме, ради се о изјави коју су арбитражи у обавези да потпишу сагласно члану 6. ICSID Арбитражних правила.³⁰⁶ Потписивањем ове изјаве, арбитражи преузимају на себе обавезу да обавесте трибунал о свим околностима које могу да доведу у питање њихову непристрасност, са посебном обавезом да доставе податке о могућем конфликту интереса, односно о било каквој вези коју могу имати са било којом од страна у спору. Поред тога, арбитар преузима обавезу да о овим околностима води рачуна током читавог арбитражног поступка, и да о томе трибунал редовно обавештава, чим сазна за такве околности. Уколико арбитар не потпише ову изјаву до краја прве расправе, сматраће се да се је поднео оставку.

Ad hoc комитет је у случају *Vivendi II* препознао да професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* није поступила у складу са преузетом обавезом предвиђеном чланом 6. ICSID Арбитражних правила. Према схватању *ad hoc* комитета, постоји континуирана обавеза арбитра да током целе процедуре испитује да ли постоји конфликт интереса и о томе обавештава трибунал и стране у спору.³⁰⁷ На основу анализе датог образложења *ad hoc* комитета може се закључити да се значај ове обавезе

³⁰⁵ Видети: Baiju S. Vasani, Shaun A. Palmer (2014.), *Supra* 302. стр. 22

³⁰⁶ Више о наведеној изјави видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.б.

³⁰⁷ *Supra* 273, *Vivendi II annulment decision*, paras. 204, 222.

арбитра посебно наглашава. У образложењу се чак разматрају економски односи на међународном тржишту и указује на растуће могућности да водеће светске банке имају интерес у мултинационалним компанијама које се појављују као стране у спору. Зато би чланови управних одбора, односно лица која заузимају водеће функције у таквим банкама, требало да поступају са посебним опрезом приликом прихватања улоге арбитра у споровима са таквим компанијама.³⁰⁸ *Ad hoc* комитет је јасно навео да професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* није поступила са таквом пажњом.

Ипак, приликом одлучивања о основаности захтева за поништење одлуке, *ad hoc* Комитет је, узимајући у обзир да има дискреционо право да одлучи о поништењу одлуке, и ценећи и друге околности, дошао до закључка да у конкретном случају, понашање професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* није резултирало у нарушавању независног одлучивања.

За правилно расуђивање о дometу одредбе ICSID Конвенције која предвиђа могућност санкционисања непрописног образовања трибунала (члан 52. став 1. тачка (а) Конвенције), на овом месту је потребно поново размотрити схватање *ad hoc* Комитета у случају *Azurix*. Овај комитет је заузео став да је приликом одлучивања о основаности захтева за поништење одлуке потребно размотрити да ли је дошло до кршења процедуралних одредби којима је уређено образовање трибунала. Уколико у раду одговарајућих тела у оквиру ICSID-а није дошло до непоштовања прописане процедуре, може се сматрати да је трибунал прописно образован.³⁰⁹ Питање које се намеће на основу анализе два случаја (*Vivendi II* и *Azurix*) је следеће: ако је арбитар изричито преузео обавезу која се тиче начина његовог рада као арбитра, потписивањем изјаве у складу са чланом 6. ICSID Арбитражних правила и *ad hoc* комитет у конкретном случају утврди да је арбитар ту обавезу прекршио, да ли се може сматрати да је дошло до кршења одредби ICSID правила у мери која чини основаним захтев за поништење одлуке? Другим речима, да ли је арбитар, непоштовањем обавезе коју је преузео потписивањем поменуте изјаве, учинио кршење правила процедуре, које је довољан и самосталан разлог за поништење одлуке?

Циљ изјаве коју арбитри потписују у складу са чланом 6. ICSID Арбитражних правила је да пружи гаранцију непристрасности и независности арбитра који поступају у конкретном случају. Исти циљ имају и одредбе члана 14. став 1, чланова 57. и 58. ICSID Конвенције, а у служби његовог остваривања, може бити и члан 52. став 1. тачка

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 219.

³⁰⁹ *Supra* 274, *Azurix annulment decision*, para. 279.

(a) Конвенције. Независност арбитра се може обезбедити инсистирањем на поштовању наведених одредби ICSID Конвенције. Имајући то у виду, поставља се питање који је суштински значај изјаве предвиђене Арбитражним правилима? ICSID Арбитражним правилима се ближе уређују и прецизирају решења усвојена у ICSID Конвенцији. У том смислу, изјава се може схватити као средство у служби спровођења одредби Конвенције, односно инструмент за ближе одређивање и конкретизовање обавезе на независно одлучивање. Ипак, ниједна друга одредба из ICSID Конвенције или ICSID Арбитражних правила не захтева потписивање посебне изјаве којом би се садржина њихових одредби додатно потврдила. Издвајање ове изјаве као посебног инструмента у односу на остале процесне норме које се тичу образовања и рада трибунала, може се схватити и као напор да се посебна пажња усмери на значај неутралности арбитра, као једног од фундаменталних принципа за рад ICSID-а.

У строго формалном смислу, потписивање изјаве предвиђене чланом 6. ICSID Арбитражних правила, као обавезног елемента у образовању трибунала, може се сматрати давањем једностране изјаве воље којом арбитра преузимају посебну, самосталну обавезу према ICSID-у као институцији. Кршење ове обавезе треба да буде санкционирано. У правном режиму предвиђеном ICSID Конвенцијом не постоји посебна могућност за утврђивање одговорности арбитра за кршење обавезе према Центру. Узимајући у обзир циљ преузете обавезе, треба прихватити могућност да се њено кршење санкционише кроз поништење одлуке, по истом основу по ком се санкционише непоштовање одредби ICSID Конвенције које имају исти циљ, односно на основу непрописно образованог трибунала.

Примена оваквог тумачења би значила да када *ad hoc* комитети одлучују о основаности захтева за поништење одлуке, кршење обавезе преузете у складу са чланом 6. ICSID Арбитражних правила не може се посматрати само као један од елемената за утврђивање непристрасности арбитра. Напротив, треба се узети као посебан разлог за поништење одлуке. Са друге стране, непоштовање обавезе преузете у складу са чланом 6. ICSID Арбитражних правила, заједно са свим другим релевантним околностима, може се узети у обзир као околност која доказује да ли је арбитар испуњавао услове из члана 14. став 1. ICSID Конвенције.

Из овог разматрања следи да треба направити јасну границу између две категорије:

- а) начина рада арбитра и,
- б) посебно преузетим обавезама арбитра према ICSID-у.

Арбитри могу својим начином рада да крше одредбе ICSID Конвенције или да крше преузете обавезе према ICSID-у. *Ad hoc* комитети треба посебно да одлучују о постојању ове две околности и обе треба да узму у обзир као основ за поништење одлуке.

Овакав начин поступања би био у складу са схватањем *ad hoc* комитета у случају *Vivendi II*, о улози коју имају у оквиру ICSID-а, а то је очување интегритета ICSID система за решавање инвестиционих спорова.³¹⁰ У овом случају, *ad hoc* комитет је, ценећи објективне критеријуме (чланство у управном одбору банке које има акције у компанији која је страна у спору, није показала одговарајући степен пажње да испита да ли постоји веза између ње и стране у спору, нити се са одговарајућом пажњом понела према обавези извештавања о томе), утврдио да професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* није испунила обавезу преузету потписивањем изјаве предвиђене чланом 6. Арбитражних правила. Без обзира на утврђене чињенице и на схватање о улози коју има у ICSID систему, *ad hoc* комитет је нашао да у овом случају нема основа за поништење одлуке.

ђ. Принцип Res iudicata у захтевима за изузеће арбитра као елемент за одлучивање да ли је трибунал прописно конституисан

У случају *Vivendi II*, компанија *Vivendi* је сматрала да је недозвољено да *ad hoc* комитет испитује основаност захтева за поништење одлуке на основу непрописно образованог трибунала, имајући у виду да се ради о већ пресуђеној ствари – *res iudicata*. Према наводима компаније *Vivendi*, Аргентина је у другом случају (*Suez*)³¹¹ поднела истоветни захтев за изузеће професора *Gabrielle Kaufmann-Kohler* која је била арбитар и у случају *Vivendi II*. Чланови трибунала који су одлучивали о овом захтеву за изузеће (у случају *Suez*) су га одбили и нашли су да није очигледно да професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* неће независно одлучивати (према члану 14. став 1. Конвенције). Као на значајне околности за одлучивање, указано је на то да је трибунал у случају *Suez* разматрао исте чињенице, исте аргументе, исте стандарде прописане ICSID Конвенцијом, против истог арбитра и у односу на исту Компанију (*Vivendi*).³¹²

³¹⁰ *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, para. 200.

³¹¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19)

³¹² *Supra* 273, *Vivendi II* annulment decision, paras. 108, 109.

Ad hoc комитет је нашао да се принцип *res iudicata* не може применити у овом случају.³¹³ *Ad hoc* комитет разматрање овог питања није ограничио само на формалистичко испитивање да ли се, генерално узевши, може сматрати везаним одлуком која је донета у неком другом случају. Напротив, разматрао је конкретне околности случаја и донео одлуку на подлози предочених чињеница. *Ad hoc* комитет је сматрао да се не може радити о примени принципа *res iudicata* јер је у тренутку одлучивања још увек био у току поступак за поништење одлуке у случају *Suez*, на који се компанија *Vivendi* позвала. Ипак, *ad hoc* комитет се није задржао само на разматрању процедуралних питања, већ је испитао суштину ствари. Навео је да се трибунал у овом случају бавио, пре свега, испитивањем везе између банке *USB* у којој је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* члан управног одбора и компаније *Suez*. Иако се, према навођењу *ad hoc* комитета, компанија *Vivendi* појављује као страна и у овом спору, свака веза мора да се испита појединачно. Према мишљењу *ad hoc* комитета, постојање везе између банке и компаније је само један од елемента који се мора узети у обзир приликом оцене да ли је постојала непристраност код арбитра. Разлике у уделима банке у овим компанијама (*Vivendi* и *Suez*), такође могу бити од значаја за доношење одговарајуће одлуке. Дакле, *ad hoc* комитет је сматрао да не постоји истоветност чињеничног стања, нити истоветност субјекта, да би се могло сматрати да се може применити принцип *res iudicata*.³¹⁴

Поред наведених аргумената, *ad hoc* комитет јасно истиче да ICSID Конвенција нема одредби које уређују питање које је морао да реши у овом случају, а да није вероватно да су стране које су поднеле свој спор на решавање ICSID арбитражи имале намеру да прихвате примену принципа *res iudicata* у ситуацији као што је ова.³¹⁵

У литератури има мишљења да принцип *res iudicata* спада у један од основних и универзално признатих принципа права.³¹⁶ Поред прихватања значаја принципа, развијен је и механизам за његову примену, који се назива „*triple identity test*“, према коме је потребно да кумулативно буду испуњена три услова:

1. истоветност страна у спору,
2. истоветност предмета спора и
3. истоветност правног основа.

³¹³ *Ibid.*, para. 216.

³¹⁴ *Ibid.*, para. 214.

³¹⁵ *Ibid.*, para. 215.

³¹⁶ Martinez-Fraga, Pedro, and Harout Jack Samra. "Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration, The." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 32 (2011): 419-450., стр. 423

Имајући у виду овакво схватање значаја принципа *res iudicata*, не сме се занемарити ни могућност његове примене приликом доношења одлука у арбитражном поступку. Поготову ако се узме у обзир мишљење да би примена принципа *res iudicata* отклонила трошкове и време трајања арбитражног поступка и унапредила његову ефикасност.³¹⁷ Поред тога, примена овог принципа би допринела правној извесности.

Приказана литература заступа екстензивни приступ у примени принципа *res iudicata*, који се фокусира на суштински идентитет потребна три елемента „*triple identity*“ теста, уместо на формалистичко-механички концепт, који се строго држи формализованих стандарда за оцену испуњености потребних услова примене.

Према другом мишљењу, арбитражни начин решавања спорова је ствар договора између страна у спору.³¹⁸ Консеквентно - примена било ког принципа на решавање спора, укључујући и примену принципа *res iudicata*, мора да буде ствар договора између страна. Према том схватању, примена принципа *res iudicata* није искључена у арбитражама, али је она пре свега ствар манифестоване аутономије воље страна, односно ствар уговора, а не ствар права и примене универзалних правних законитости. Да би се у једној ствари могао применити овај принцип, потребно је да су се стране претходно споразумеле о његовој примени.³¹⁹ Схватање *ad hoc* комитета у случају *Vivendi II*, који је изричито изнео да није вероватно да су стране имале намеру да се у конкретној ствари принцип *res iudicata* примени, сагласан је овом мишљењу.

Међутим, изражено схватање природе арбитражног поступка је потребно поставити у шири контекст и тек онда изводити закључке о примени појединих института, односно принципа у току спровођења тог поступка. Теоријска подлога схватања израженог у пронађеној литератури, као и у схватању *ad hoc* комитета у случају *Vivendi II*, заснована је на разлици између решавања спора у судском поступку и у арбитражном поступку. При том, судско решавање спорова је представљено као поступак са друштвеним и институционалним елементима који га сврставају у поступке од изузетног јавног значаја. Са друге стране, арбитраже се посматрају као део приватно-правног поретка, однос који је заснован на уговору и тиче се искључиво страна у спору. Међутим, савремени међународни инвестициони спорови укључују

³¹⁷ *Ibid.*, стр. 447.

³¹⁸ Gordon, Randy D. "Only One Kick at the Cat: A Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commerce Arbitration." *Fla. J. Int'l L.* 18 (2006): 549-596.

³¹⁹ *Ibid.*, стр. 571.

разматрање питања од јавног интереса и претендују да буду део јавно-правног поретка,³²⁰ па се наведено мишљење аутора мора прихватити са резервом.

Даље, у одлуци *ad hoc* комитета није образложено на који начин је утврђена намера страна о примени принципа *res iudicata*, већ је *ad hoc* комитет у одлуци само дао констатацију о томе, представљајући је као са сигурношћу утврђену околност из које је следила коначна одлука о примени овог принципа у конкретном случају. Поред тога, *ad hoc* комитет у својој одлуци јасно наводи да сматра да његова улога превазилази задатак решења спора између две стране и да је превасходно дужан да води рачуна о заштити интегритета система за решавање спорова у оквиру ICSID-а.³²¹

Имајући у виду све наведене околности, чини се да је *ad hoc* комитет показао извесну недоследност у разматрању могућности примене принципа *res iudicata* у конкретном случају. Прихваћена шира улога *ad hoc* комитета, управо значи да приликом одлучивања мора показати и извесну независност у односу на изражену намеру страна у спору. Поготову, као што је овде случај, ако та намера није изричито изражена, а у одлуци нису наведене околности из којих она несумњиво проистиче. Иако је значајно што је *ad hoc* комитет заузео став и по овом наводу стране у спору, разлози на којима се базира закључак о питању примене принципа *res iudicata*, делују неутемељено и неубедљиво.

Анализа могућности примене принципа *res iudicata* у случају *Vivendi II* је требало да узме у обзир одговарајуће детаље процесно-правне природе, који уопште нису споменути у разматрању *ad hoc* комитета. Наиме, ради се о позивању на пресуђену ствар у потпуно различитим поступцима, који се воде по различитим правним основима предвиђеним ICSID Конвенцијом. У случају *Suez* се радило о захтеву за изузеће сагласно члану 57. ICSID Конвенције. *Ad hoc* комитет у случају *Vivendi II*, одлучивао је у поступку за поништење одлуке сагласно члану 52. Конвенције. Иако је чињеница да је предмет разматрања у оба случаја да ли арбитар испуњава услове предвиђене чланом 14. став 1. ICSID Конвенције, не треба се занемарити да се ипак ради о два различита правна института.

Оно што се може закључити из анализе текста ICSID Конвенције је да се ради о различитим правним поступцима, који су уређени потпуно различитим деловима Конвенције. Схватање *ad hoc* комитета о дometу разматрања и одлучивања у поступку поништења одлуке у случају *Azurix* је у складу са оваквим тумачењем. Примењујући

³²⁰ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I

³²¹ *Supra* 273, *Vivendi II annulment decision*, para. 200.

резонovanje овог *ad hoc* комитета, не би се могло закључити да постоји идентичност правног основа, јер како је у овој одлуци наведено, основ за изузеће је да арбитар очигледно не испуњава услове из члана 14. став 1. Конвенције, а основ за поништење одлуке – непрописно образовање трибунала.³²² Шта више, према мишљењу овог *ad hoc* комитета у поступку поништења одлуке, уопште нема места разматрању да ли је арбитар испуњавао услове из члана 14. став 1. ICSID Конвенције, већ само да ли је спроведена прописана процедура од стране за то овлашћених лица, односно тела ICSID-а. Имајући у виду овакав став, не само да би се могло закључити да не постоји идентичност правног основа, него уопште нема места разматрању да ли се у конкретном случају може применити принцип *res iudicata*.

Истакнуто мишљење у случају *Vivendi II*, да поништење одлуке подразумева много захтевније стандарде од одлучивања о захтеву за изузеће,³²³ доводи у питање истоветност ова два поступка не само у формалном, већ и у суштинском смислу. Наиме, компанија *Vivendi* је за испуњеност услова „*triple identity*“ теста, према коме треба да постоји истоветност правног основа, поједностављујући ствари, навела да се одлучује о истом стандарду предвиђеном чланом 14. став 1. ICSID Конвенције. Ипак, према схватању *ad hoc* комитета израженом у случају *Vivendi II*, чак и у материјалном смислу, два правна института, поништење одлуке и изузеће арбитра, захтевају различите стандарде поступања, па се ни процедурално ни суштински не може сматрати да постоји идентичност правног основа.

Може се само сматрати да у два случаја, које је у свом захтеву за примену принципа *res iudicata* упоређивала компанија *Vivendi* (*Vivendi II* и *Suez*), постоји истоветност циља који се жели постићи. Да ли је то довољно за задовољење захтева постављеним „*triple identity*“ тестом, ствар је схватања *ad hoc* комитета и спремности да се прихвати строго или екстензивно тумачење у примени принципа *res iudicata*.

У оваквим случајевима креативна улога *ad hoc* комитета је наглашена, с обзиром на то да питање примене принципа *res iudicata* није изричито регулисано ICSID Конвенцијом. Имајући то у виду, чини се умесним да се приликом тумачења домета примене овог принципа, узме у обзир мишљење да је принцип *res iudicata*, у основи везан за начело правичности и почива на идеји да се сваком да једна шанса за истицање једног истог захтева.³²⁴

³²² *Supra* 274, *Azurix annulment decision* para. 279.

³²³ *Ibid.* para. 106.

³²⁴ Видети: Gordon (2006.), *Supra* 318, стр. 575.

e. Анализа

Пракса *ad hoc* комитета који су одлучивали у захтевима за поништење одлука по основу непрописно образованог трибунала из члана 52.1.a. ICSID Конвенције, није довољна да би се могла извести уопштавања којим би могао да се објасни водећи тренд у примени ове одредбе. Као што је приказано, овај основ за поништење одлуке је разматран само у два случаја, а *ad hoc* комитети који су у њима поступали су показали другачија схватања о суштини границе њихових овлашћења у овом поступку.

Тврдње да је трибунал непрописно образован су се у оба случаја базирала на наводима да је неко од чланова трибунала демонстрирао или учинио основаном сумњу у пристрасност у одлучивању. Због те околности, поступак за поништење одлуке је доведен у везу са поступком за изузеће арбитра. Међутим, из само два случаја не може се извести закључак о постојању праксе која би потврдила правило о односу ова два поступка. Наиме, способност за непристрасност у одлучивању се, као посебна карактеристика арбитра, захтева чланом 14. ICSID Конвенције. Изузеће арбитра се базира, између осталих, управо на изостанку овог услова који сваки арбитар треба да испуни. Конкретна два случаја за поништење одлуке, такође су се базирала управо на овој истој одредби ICSID Конвенције. Због тога се може поставити питање какав је однос између ова два поступка? Односно, да ли поступак за изузеће арбитра може имати утицаја на поступак за поништење одлуке, и какав?

Одговор на ова питања је од суштинског значаја из више разлога. Пре свега, потребно је дати одговарајући ефекат свакој одредби Конвенције. У том смислу, мора се одредити домен примене сваког посебног поступка који је предвиђен Конвенцијом и утврдити његово адекватно место и циљ који њиме треба да се постигне у ICSID систему генерално.

Кроз решење овог питања може се пратити потенцијал поступка за поништење одлуке на основу члана 52.1.a. Конвенције, да се кроз рад *ad hoc* комитета трансформише у разматрање одлука који суштински одговарају апелационом поступку. Ову бојазан је истакао *ad hoc* комитет у случају *Azurix*.³²⁵ Овај *ad hoc* комитет се определио за приступ који разматрање у поступку за поништење одлуке своди на строго формално оцењивање сагласности рада трибунала са прописаном процедуром. Према томе, *ad hoc* комитет је сматрао да уколико је страна у спору истакла захтев за изузеће арбитра и о том захтеву је одлучено, не може да оспорава

³²⁵ *Supra* 274, *Azurix annulment decision*, paras. 280-282.

непристрасност у одлучивању арбитра и у захтеву за поништење одлуке. Образлажући овакав став, *ad hoc* комитет је изразио схватање суштинске разлике између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка. Дакле, ако странка поднесе захтев за поништење одлуке на основу чињеница које је већ изнела у поступку за изузеће арбитра, то би значило давање странкама могућност да *de novo* истичу исти захтев. Управо би то водило изједначавању поступка за поништење апелационом. *Ad hoc* комитет у случају *Azurix* је у својим разматрањима показао извесну строгост која се посебно види у инсистирању на томе да је задатак поступка за поништење одлуке у разматрању правила процедуре. У том смислу, овај *ad hoc* комитет је изнео исправно схватање.

Задатак *ad hoc* комитета у поступку за поништење одлуке није да утврђује чињенице, нити да оцењује да ли је трибунал исправно утврдио чињенично стање, нити да ли донета одлука трибунала проистиче из утврђених чињеница конкретног случаја. Уколико би се омогућило да странка захтев за поништење одлуке базира на истим чињеницама које је већ истицала пред трибуналом у поступку за изузеће арбитра, *ad hoc* комитету би се суштински доделио управо задатак који не спада у његов делокруг рада. У том случају би *ad hoc* комитет морао да оцени чињенице које је већ ценио трибунал и уколико би дошао до закључка да треба поништити одлуку, суштински би то значило да *ad hoc* комитет сопственим мишљењем замењује одлуку трибунала. А то је управо основно обележје апелационог поступка у коме другостепени орган сопственом замењује одлуку првостепеног органа.

Ad hoc комитет у случају *Azurix* је дао схватање и како треба поступити уколико би странка истакла захтев за поништење одлуке на основу нових чињеница. У том случају би могао да покрене поступак за ревизију одлуке.

Ad hoc комитет у случају *Azurix* је водио рачуна да одлучивање сведе само на питања процедуре. Према томе, до поништења одлуке би могло да дође, рецимо, ако уопште није одлучено о захтеву за изузеће арбитра. Али разлог поништења би у том случају било непоштовање прописане процедуре за изузеће, а не оцена чињеница на којима се изузеће заснива. Овакав став *ad hoc* комитета јасно опредељује границе између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка и ограничава потенцијал да један прерасте у други.

Ad hoc комитет у случају *Vivendi II* је испитао чињенице случаја. Конкретно, утврдио је да је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* била члан управног одбора банке која има удео у компанији *Vivendi*. Затим је *ad hoc* комитет дао сопствену оцену ове

чињенице и утврдио да члан трибунала није поступио са пажњом коју захтевају ICSID Конвенција и ICSID Арбитражна правила. Затим је, на основу утврђених чињеница и њихове карактеризације у смислу да ли су сагласни Конвенцији, ценио да ли су довољан разлог за поништење одлуке. Да ли се може сматрати да је овим поступање *ad hoc* комитета прерасло у задатак који би био адекватнији апелационом поступку? Односно, да ли је заиста поступање овог *ad hoc* комитета суштински различито од оног из случаја *Azurix*?

Утврђивање чињеница и њихова оцена, не смеју се *a priori* узети као радње иманентне искључиво апелационом поступку. У случају *Vivendi II* странка се позвала на околности које јој нису биле познате у време трајања поступка пред трибуналом. Али ове чињенице су се односиле не само на то да ли је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* испуњавала услове прописане чланом 14. ICSID Конвенције, већ и на то да ли је прекршила обавезу преузету сагласно чланом 6. ICSID Арбитражних правила. Ова питања спадају у домен процесних одредби и не могу се сматрати испитивањем материјалне исправности одлуке трибунала. Према томе, у овом делу, ни *ad hoc* комитет у случају *Vivendi II* није преузео овлашћења која би имао да је поступао у апелационом поступку.

У овом случају би се могло говорити о томе да ли је ово питање требало да се решава у поступку за ревизију одлуке, јер се базира на новим чињеницама. Такво мишљење је изнео *ad hoc* комитет у случају *Azurix*. За решење сукоба различитих врста поступака предвиђених ICSID Конвенцијом, значајан је циљ који њима треба да се постигне. Схватање поступка за поништење одлуке као изузетног правног средства које треба да штити од процесних недостатака треба да определи да ли се нове чињенице могу износити пред *ad hoc* комитет. *Ad hoc* комитет у случају *Vivendi II* је изнео мишљење да је његова улога да штити интегритет система, али је сматрао прихватљивим да узме у обзир нове чињенице (односно који је професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler* имала према компанији *Vivendi*).³²⁶ Разматрање нових чињеница не сме да води у упуштање у меритум ствари. У поступку за поништење одлуке, *ad hoc* комитет не може да их разматра са циљем да утврди да ли је спор требало решити на другачији начин. То би водило изједначавању поступка за поништење одлуке са апелационим. Ово питање, свакако, зависи од околности сваког конкретног случаја. Међутим, *ad hoc* комитет који је поступао у случају *Vivendi II* је нове чињенице

³²⁶ *Supra* 273, *Vivendi II annulment desision*, para. 200.

разматрао да би утврдио да ли је члан трибунала прекршио обавезу преузету чланом 6. ICSID Арбитражних правила. Према томе, његово разматрање нових чињеница се не односи на решење спора, већ на утврђивање да ли је поштована прописана процедура.

Анализа одредби ICSID Конвенције, ICSID Арбитражних правила и одлуке које су донели *ad hoc* комитети у случају *Azurix* и случају *Vivendi II*, показују да поништење одлуке по основу непрописно образованог трибунала има потенцијал да прерасте у суштински апелациони систем. Ово је нарочито наглашено чињеницом да су *ad hoc* комитети у оба случаја морали да одлучују о поштовању одредби члана 14. ICSID Конвенције, који је по својој природи изразито материјалног, а не процесног карактера. Без обзира на то, иако је пракса у поступању по овом основу за поништење одлуке незнатна, показује да је могуће поставити јасне границе између ове две врсте поступка.

4.2. Очигледно прекорачење овлашћења трибунала

а. Уводне напомене – два облика испољавања очигледног прекорачења овлашћења трибунала

Члан 52. став 1. тачка (б) ICSID Конвенције, као основ за поништење одлуке прописује да је трибунал очевидно прекорачио своје овлашћење. Конвенција нема одредби којима се ближе уређује када се може поништити одлука по овом основу. Да би се то одредило, најпре се мора утврдити каква овлашћења трибунали у ICSID систему имају уопште.

Члан 25. ICSID Конвенције прописује да се надлежност Центра заснива на писменој сагласности странака да свој спор изнесу на решавање пред ICSID. Према томе, извор ауторитета и овлашћења трибунала је пре свега воља страна у спору. Ова одредба је јасна последица природе система решавања спорова у оквиру ICSID-а, који је суштински арбитража. Имајући у виду значај воље страна за одређивање надлежности Центра, може се сматрати да је поступање трибунала ван те воље, прекорачење овлашћења. У даљим одредбама Конвенције је садржано одређење подручја деловања трибунала у коме може доћи до прекорачења изражене воље страна у спору. То су питања која су уређена чланом 42. Конвенције који као меродавно право прописује оно на које су се сагласиле стране. Даље, према члану 44. стране могу да се

договоре и о процесним правилима у складу са којима ће трибунал поступати приликом решавања спора.

Поред уважавања значаја сагласности страна као конститутивног елемента у заснивању арбитраже као форума за решавање конкретног спора, потребно је имати у виду да је ICSID институционализована арбитража, па трибунали морају водити рачуна и о правилима које поставља сам Центар. У том смислу, нужно је размотрити члан 25. Конвенције у целости. Овим чланом је уређена надлежност Центра, која обухвата сваки правни спор између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар. Уколико у сваком конкретном случају нису испуњени сви прописани елементи којима је опредељена граница надлежности, сматраће се да је трибунал прекорачио овлашћења.

Наведене одредбе ICSID Конвенције опредељују две групе питања у којима може доћи до прекорачења овлашћења трибунала: одређивање меродавног права и надлежност трибунала. Према томе, захтеви за поништење одлуке по основу члана 52.1.б. могу се базирати на ова два разлога.

Овакво схватање је прихваћено у Студији о поступку поништења одлука коју је припремио Секретаријат ICSID-а, релевантној литератури, а потврђује се и кроз поднете захтеве за поништење одлуке и праксу *ad hoc* комитета.³²⁷

Овај основ за поништење одлуке је карактеристичан због тога што захтева квалификовани облик понашања трибунала као разлог за поништење одлуке. Према формулацији текста Конвенције, није довољно да се утврди да је дошло до прекорачења овлашћења трибунала, већ је потребно да такво прекорачење буде очигледно (енг. “*manifest*”). Прелиминарни нацрт текста Конвенције није предвиђао да прекорачење треба да буде очигледно. Ова одредба је додата након одржаних регионалних консултативних састанака и ушла је у први нацрт Конвенције из 1946. године. Проистекла је из идеје да поништење одлуке треба да буде изузетан правни лек, те да основе за поништење треба рестриктивно уредити. Сагласно томе, свако прекорачење овлашћења трибунала не сматра се сматрати довољним разлогом за анулирање одлуке, већ само оно које је очигледно. На тај начин, поништење одлука треба да се ограничи на оне случајеве у којима је дошло до изразитог и грубог кршења правила процедуре.

³²⁷ Видети: Background paper (2012.). *Supra* 228. str. 42-46. Практику *ad hoc* комитета и мишљења из релевантне литературе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.

Анализа релевантне праксе *ad hoc* комитета показује широк спектар питања која се могу подвести под овај основ и јако добро илуструју комплексност међународног инвестиционог и међународног права уопште. Одлуке које су у овим случајевима доносили трибунали, а потом *ad hoc* комитети, осликавају не само тренутни степен развоја права, већ и економско-политичке околности у којима је спор настао и у којима ће његово решење производити дејство. Због тога је нарочито значајно установити правилно тумачење и начин примене ове одредбе ICSID Конвенције.

У значајном делу литературе овај основ за поништење одлуке се сматра „критичним“ по питање легитимитета рада *ad hoc* комитета. Има схватања да разматрање прекорачења овлашћења трибунала има нарочит потенцијал да се из поступка за поништење одлуке трансформише у поступак за контролу одлуке аналогном оној која се врши у апелационом поступку.³²⁸ Бројне одлуке су изложене критици управо због екстензивног тумачења овлашћења додељених чланом 52. ICSID Конвенције, за које се сматра да није у сагласности са основним концептом система за решавање спорова у оквиру овог Центра.

Начин поступања *ad hoc* комитета ће бити приказан кроз релевантну праксу, за сваку групу питања посебно: за питања примене меродавног права и за питања надлежности трибунала.

б. Примењивање погрешног права као облик прекорачења овлашћења трибунала

б.1 Меродавно право према ICSID Конвенцији

Чланом 42. ICSID Конвенције је прописано које право треба применити да би се решио спор. Према овој одредби, трибунал ће решити спор према правним правилима на која се сагласе странке. Ако се странке не сагласе о томе, трибунал ће применити право државе потписнице која је странка у спору (као и њене прописе о сукобу закона) и одговарајуће прописе међународног права.

Прекорачење овлашћења трибунала може постојати уколико је поступио супротно овој одредби. То значи да се одлука може поништити ако трибунал уопште не примени меродавно право. Погрешна примена права се не може сматрати кршењем текста Конвенције, па се према томе, не може сматрати ни основом за поништење

³²⁸ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, стр. 38-41.

одлуке. *Ad hoc* комитети би требало да оцењују да ли је трибунал идентификовао које право треба применити у конкретном случају, као и да ли је то право заиста и применио. Разматрање правних схватања трибунала, тумачења права, начин на које је правни пропис примењен на утврђено чињенично стање, оцена правне експертизе коју је дао трибунал, није задатак *ad hoc* комитета. Супротно схватање би поступак за анулирање одлуке приближио апелационом поступку. У томе је њихова значајна разлика. Поступак за поништење одлуке подразумева испитивање да ли је примењено одговарајуће право. Апелациони поступак редовно предвиђа разматрање да ли је дошло до погрешне примене материјалног права.

Међутим, теоријско опредељење није увек тако једноставно спровести у пракси. *Ad hoc* комитети су, у одређеним случајевима, без обзира на јасно и стриктно одређивање граница у којима треба да разматрају одлуку трибунала, поступали тако што су проширивали сопствена овлашћења. Како су одлучивали *ad hoc* комитети биће приказано кроз разматрање доступне праксе.

б.2. Пракса *ad hoc* комитета

Непримењивање меродавног права је основ за поништење одлуке на који се захтеви врло често ослањају, чак 26 од 30 одлука о поништењу су базиране управо на њему.³²⁹ У овом раду ће бити анализирани одређени репрезентативни случајеви, кроз које се може приказати начин рада *ad hoc* комитета у различитим периодима постојања и функционисања ICSID-а.

Christoph Schreuer је у свом раду „*Three generations of ICSID annulment proceedings*“³³⁰ дао категоризацију ICSID случајева, поделивши их на три генерације. Ова подела је постала општеприхваћена и у литератури се користи као уобичајена систематика кроз коју се анализира пракса *ad hoc* комитета.

Припадност случаја одређеној „генерацији“ је опредељена на основу израженог схватања *ad hoc* комитета о границама својих овлашћења, односно о стандарду испитивања одлука трибунала. Случајеви су класификовани према „склоности“ *ad hoc* комитета да се упусте у суштинско, материјално испитивање одлука трибунала, које претендује да се приближи стандарду за испитивање одлука конзистентном оном које се примењује у апелационом поступку. За сваку „генерацију“ случајева одређени су

³²⁹ *Supra* 228, Background Paper on Annulment, стр 46.

³³⁰ Schreuer, Christoph. "Three generations of ICSID annulment proceedings." *Annulment of ICSID Awards*. Juris Publishing, New York (2003): 1-42.

представници, односно случајеви кроз које се најбоље може приказати општи тренд размишљања *ad hoc* комитета. Према наведеном критеријуму, подела је извршена на следећи начин:

1. случајеви прве генерације: *Klöckner I*³³¹ и *Amco I*³³².
2. случај друге генерације: *MINE*³³³,
3. случајеви треће генерације: *Vivendi I*³³⁴ и *Wena*³³⁵.

Наведена подела је од значаја за развој теорије, јер даје систематичан приказ начина поступања *ad hoc* комитета и омогућава оцену функционисања овог дела ICSID поступка. Одабрани репрезентативни случајеви јасно приказују да ли постоји одређени тренд у схватању *ad hoc* комитета.

Међутим, десетак година након доношења одлуке у случају *Wena*, који је одређен као репрезентативни представник последње генерације случајева, пракса *ad hoc* комитета је наставила да изазива полемике. Преиспитивање да ли је пронађена адекватна мера у оквиру које треба да се креће контрола арбитражних одлука, није почело да јењава. Нису окончане дебате о томе да ли пракса може да подржи теоријска разматрања о разграничењу апелационог од поступка за поништење одлуке.

Од нарочитог значаја су случајеви који су се водили против Аргентине.³³⁶ У теоријском смислу, наведени случајеви се могу посматрати као доктринарни следбеници прве три генерације. На подлози истражене праксе и теоријских анализа везаних за прве три генерације случајева, случајеви везани за Аргентину, могу послужити као основ за предвиђање у ком правцу ће ићи даље функционисање ICSID система. За анализу у овом делу су одабрани такозвани „*Argentine Gas Cases*“.³³⁷ Ради се о случајевима који су се водили против Аргентине, а везани су за инвестиције у гасној индустрији. Са теоријског аспекта, посебно су интересантни јер су базирани на готово истом чињеничном стању, а одлуке које су у њима донете се битно разликују.

³³¹ Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ICSID Case No. ARB/81/2)

³³² Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1)

³³³ Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/84/4)

³³⁴ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)

³³⁵ Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4)

³³⁶ Значај ових случајева је описан у делу дисертације: Глава I:1.3.

³³⁷ Излагање о томе који случајеви спадају у групу „*Argentine Gas Cases*“, као и објашњење историјске позадине, односно амбијента у коме су настали ови спорови, дати су у делу дисертације: Глава I:1.3. На овом месту се поново указује на то који случајеви улазе у групу „*Argentine Gas Cases*“ из методолошких разлога, односно да би излагање у овом делу дисертације била комплетна и заокружена целина. .

То их чини погодним за критичку и компаративну анализу начина рада *ad hoc* комитета. У литератури се може пронаћи њихово сврставање у четврту генерацију случајева.³³⁸ У „*Argentine Gas Cases*“ спадају следећи случајеви:

1. *CMS*³³⁹
2. *ENRON*³⁴⁰
3. *SEMPRA*³⁴¹
4. *LG&E*³⁴²

Анализа случајева ће бити дата у складу са усвојеном поделом на три генерације случајева, а затим ће бити дат и преглед одлука донетих у „*Argentine Gas Cases*“.

б.2.1. *Случајеви прве генерације: Klöckner I и Amco I*

Одлуке донете у овим случајевима су оштро критиковане због прекорачења овлашћења применом широког тумачења њихове контролне функције. Сматра се да су у овим случајевима су *ad hoc* комитети занемарили границе између поступка анулирања одлуке и апелационог поступка.³⁴³

б.2.1.1. *Случај Klöckner I*

У случају *Klöckner I*, предмет инвестиционог подухвата је била изградња и менаџмент фабрике ђубрива у Републици Камерун. Спор који се водио пред ICSID трибуналима се тичао начина извршења обавеза поводом руковођења фабрике.

Случај *Klöckner I*, у коме је решено у спору између немачке компаније *Klöckner* и Републике Камерун, је први случај у историји ICSID-а у ком је поднет захтев за поништење одлуке на основу члана 52. Конвенције.³⁴⁴

Један од основа на коме се темељио овај захтев за поништење одлуке је да је трибунал прекорачио овлашћење тако што није применио меродавно право.

³³⁸ Bishop RD, Marchili SM. Annulment under the ICSID Convention. Oxford University Press; 2012., at ¶¶ 3.40- 3.41, navedeno prema: Tsolakidis, Nikolaos. "35 ICSID Annulment Standards: Who Has Finally Won the Reisman v. Broches Debate of Two Decades Ago?." In *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, pp. 828-852. Brill, 2015., str. 843.,

³³⁹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)

³⁴⁰ Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3)

³⁴¹ Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16)

³⁴² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1)

³⁴³ Видети: (Walsh 2006.), Supra 199, стр. 453. и Schreuer, Christoph. "ICSID annulment revisited." *Legal Issues of Economic Integration* 30, no. 2 (2003): 103-122. стр. 106.

³⁴⁴ Supra 331, Klöckner I annulment decision introductory note

У одлуци о поништењу *ad hoc* комитет је, најпре изнео опште схватање о томе шта се може сматрати адекватним разлогом за поништење одлуке по овом основу, односно, који стандард њеног испитивања треба усвојити и шта је задатак *ad hoc* комитета. Истакао је да се "*error in iudicando*" не може прихватити као основ за поништење одлуке. То би значило индиректну примену стандарда разматрања одлуке трибунала који би био еквивалент апелационом разматрању. Према члану 52. ICSID Конвенције, задатак *ad hoc* комитета није да оцени да ли је у конкретном случају трибунал ваљано одлучио, већ само да ли одлука треба да буде поништена.³⁴⁵

Ad hoc комитет је, разматрајући одлуку трибунала, пронашао да је трибунал исправно идентификовао право које треба да се примени у конкретном случају.³⁴⁶ То је право Камеруна. Међутим, трибунал није применио ово право.

Према схватању *ad hoc* комитета, трибунал није одлуку базирао на праву, већ на одређеном правном принципу. Трибунал је нашао да је компанија *Klöckner* прекршила принцип потпуног обелодаљивања (енг. „*full disclosure*“) у обављању менаџерских дужности.³⁴⁷ На основу тога је сматрао да треба да пресуди против ове компаније. Трибунал је изнео мишљење да се ради о општем правном принципу, који се примењује у међународном праву и на коме се темеље национална законодавства. Узимајући у обзир схватање о природи правног принципа, трибунал је сматрао, да би начелно, он могао да буде садржан у праву државе Камерун, као што је то случај са другим националним легислативама са којима је трибунал упознат. Међутим, није се бавио испитивањем да ли је то заиста случај.³⁴⁸

Ad hoc комитет је имао другачије мишљење. Наиме, изнео је да постоји разлика између правних правила и правних принципа, а члан 42. ICSID Конвенције се односи на правна правила. *Ad hoc* комитет је у својој одлуци изнео схватање да када се одлучује о меродавном праву, примена правних принципа се може употребити само у два случаја: као допунски извор права када постоји *lacunae* у праву које треба да се примени, и као корективни извор, у случају да примењиво право није у складу са принципима међународног права. У оба случаја, трибунал може применити правне принципе тек након што је идентификовао примењиво право и садржину овог права, као и након што је применио релевантне одредбе тог права на случај који решава.³⁴⁹

³⁴⁵ *Ibid.*, para. 61.

³⁴⁶ *Ibid.*, paras. 63-66.

³⁴⁷ *Ibid.*, para. 65.

³⁴⁸ *Ibid.*, para. 66.

³⁴⁹ *Ibid.*, paras. 68, 69.

Ad hoc комитет је закључио да је налаз о кршењу правног принципа од стране компаније *Klöckner* био одлучујући у формирању коначне одлуке трибунала, и то као примарни извор права за решавање спора, а не као допунски или корективни. С обзиром на значај овог принципа на исход спора, *ad hoc* комитет је окарактерисао необјашњивим да је трибунал поступио на основу претпоставке о постојању таквог принципа, без утврђивања каква је његова садржина као и каква су правила његове примене.³⁵⁰

Ad hoc комитет је одлучио да трибунал није применио право Републике Камерун, односно право државе потписнице која је страна у спору, сагласно члану 42. ICSID Конвенције. Уместо тога, трибунал је своје правно разматрање ограничио на претпоставку о постојању и примењивости одређеног правног принципа, без показивања да је такав принцип заиста и садржан у праву које се треба применити.³⁵¹

Закључујући да постоји разлика између претпоставке о постојању релевантног правног принципа који се треба применити, и испитивања да ли такав принцип заиста постоји и која је његова садржина и стандарди примене, *ad hoc* комитет је одлучио да трибунал није применио прописано право.³⁵²

Ad hoc комитет је показао изузетну строгост у оцени поступања трибунала. *Ad hoc* комитет је изнео становиште да правни принцип који је Трибунал применио представља основу свих правних система. То значи да се ради о принципу чија је примена универзално прихваћена. Према томе, поставља се питање какво испитивање овог правног принципа је *ad hoc* комитет сматрао да трибунал треба да спроведе. Општеприхваћеност једног правног принципа говори у прилог томе да његово постојање не мора да се посебно утврђује у сваком конкретном случају, као и да је његова садржина довољно одређена, те да се може применити за доношење одлуке. Даље, *ad hoc* комитет је у потпуности занемарио околност да је трибунал дао преглед чињеница које је утврдио у конкретном случају, а затим објашњење како је те чињенице подвео под примењени правни принцип. На тај начин, трибунал је изразио своје правно схватање о начину и домету примене правног принципа у питању, као и о његовој садржини. Схватање о рестриктивној природи поступка поништења одлука намеће закључак да је *ad hoc* комитет требало да покаже већи степен толеранције

³⁵⁰ *Ibid.*, para. 78.

³⁵¹ *Ibid.*, para. 79.

³⁵² Kim, Dohyun. "Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in Icsid Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System, The." *NYUL Rev.* 86 (2011): 242-262.

према правном становишту трибунала, нарочито имајући у виду чињеницу да се ради о универзално прихваћеном принципу.³⁵³

У литератури се наводи мишљење о томе да трибунал у овом случају није пропустио да примени прописано право, већ је пропустио да у довољној мери поткрепи своје схватање о примени адекватног права.³⁵⁴

Ad hoc комитет је у овом случају применио екстензивно тумачење сопствених овлашћења. Одлуку трибунала је поништио јер није заснована на прописаном праву, већ на одређеном правном принципу. Међутим, критика коју је изразио према поступању трибунала би могла да се примени и на рад самог *ad hoc* комитета. Приликом доношења одлуке о поништењу, *ad hoc* комитет није испитао да ли је правни принцип у питању заправо могао да произилази из правних правила државе Камерун, или је на њима заснован. Да је то био случај, могло би се сматрати да је примењено право ове државе. Према томе, *ad hoc* комитет није сачинио адекватну анализу о томе да ли је правни принцип који је применио трибунал био меродавно право. Тиме је показао немарност у одређивању основа за поништење одлуке.³⁵⁵

Ad hoc комитет је у овом случају практично негирао да трибунал има одређену меру дискреционог права у одлучивању о меродавном праву. Трибуналу треба признати одређен степен слободе да о овом питању да сопствено схватање, да изнесе интерпретацију одговарајућих правних правила или принципа и самостално утврди однос између различитих извора права. Поступање *ad hoc* комитета је посебно тешко бранити ако се узме у обзир да је трибунал одлучивао на основу правног принципа који има карактер универзално прихваћеног, односно основног у националним правним порецима и у међународном праву. Управо карактер примењеног правног принципа би требало да потврђује правило о дискрецији трибунала, а не да га дерогира.

Релевантна литература приказује схватање да трибунал уопште није погрешно у избору права које је требало применити. Без обзира, *ad hoc* је, истичући другачије схватање, одлуку поништио заснивајући је на разликовању принципа и правила, без суштинског испитивања права које је заиста примењено. *Ad hoc* комитет је заправо, схватање трибунала у овом питању, заменио сопственим. Члан 52.1.б. ICSID Конвенције не овлашћује *ad hoc* комитет на такво поступање. Његов задатак није да

³⁵³ Видети: Padilla (1988.), *Supra* 249, стр. 339.

³⁵⁴ Видети: Schreuer, ICSID annulment revisited (2003.), *Supra* 343, стр. 106.

³⁵⁵ Reisman, W. Michael. "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration." *Duke Law Journal* 1989, no. 4 (1989): 739-807. стр. 768.

изнесе на који начин би решио спорно питање, већ да ли је трибунал поступио сагласно члану 42. Конвенције.

Поред тога, *ad hoc* комитет није приказао у чему се састоји очигледност прекорачења овлашћења трибунала, што је посебан квалификовани облик поступања који се захтева као неопходан услов за анулирање одлуке. Тиме је *ad hoc* комитет занемарио рестриктивну природу прописаног основа за поништење и присвојио ширину у овлашћењима, која не произилази из одредбе члана 52.1.б. ICSID Конвенције.

б.2.1.1. Случај Amco I

У овом случају, компанија *Amco* је ушла у пословни однос (*joint venture*) ради изградње хотела у Индонезији. Партнер у пословном подухвату је била индонезијска корпорација, која има јаке везе са војском. У току овог пословног подухвата, дошло је до спора око руковођења хотелом, након чега га је индонезијска компанија, уз помоћ војске, преузела. Убрзо после тога, дозвола на основу које је инвестиција била започета, а коју је компанији *Amco* доделила индонезијска влада, укинута је. Компанија *Amco* је покренула и добила спор пред ICSID-ом. Уследио је захтев за поништење одлуке који је поднела Индонезија.

У овом случају, *ad hoc* комитет је нашао да трибунал није применио прописано право.³⁵⁶ У литератури се може наћи мишљење да је трибунал идентификовао право које треба применити (право Индонезије), да је анализирао садржину овог права, али да је приликом сачињава обрачуна о висини компензације, утврдио погрешну суму.³⁵⁷ Међутим, то не значи да одговарајуће право није примењено, већ значи да поједине његове одредбе, на основу којих је одређена висина одштете, нису правилно примењене.³⁵⁸

Упуштање *ad hoc* комитета у испитивање утврђене висине компензације значи разматрање материјалне садржине донете одлуке. То није питање утврђивања меродавног права, већ испитивање начина на који је трибунал утврдио чињенично

³⁵⁶ *Supra* 232, *Amco I* annulment decision paras. 111,112.

³⁵⁷ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352. стр. 242.

³⁵⁸ Видети: Schreuer, ICSID annulment revisited (2003.), *Supra* 343, стр. 106.

стање. Другим речима, *ad hoc* комитет је предузео *de novo* разматрање меритума ствари.³⁵⁹

У овом случају *ad hoc* није показао уважавање за постојање разлике између непримењивања прописаног права и погрешне примене одговарајућег права. Редовно се погрешна примена материјалног права истиче као разлог за испитивање одлуке у апелационом поступку. У основи, бављење начином примене права спада у испитивање меритума одлуке, и иде изван граница овлашћења *ad hoc* комитета.³⁶⁰

б.2.2. *Случај друге генерације: MINE*

Друга генерација случајева представља квалитативни прелаз у поступању *ad hoc* комитета. Схватање ширине овлашћења показује да је напуштено екстензивно тумачење и да се иде у корист очувања донете одлуке трибунала. Према томе, поступак поништења се поставља у границе рестриктивног правног лека. Такође, друга генерација случајева приказује да постоји разумевање о разликама између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка.³⁶¹

Репрезентативни случај за другу генерацију је *MINE*, у коме се јасно приказује преокрет у начину примене члана 52. ICSID Конвенције у односу на прву генерацију случајева.

б.2.2.1. *Случај MINE*

У овом случају, *ad hoc* комитет је сматрао да нема елемената за поништење одлуке по основу очигледног прекорачења овлашћења.³⁶²

У случају се радило о спору компаније *MINE* са Гвинејом. ICSID трибунал је донео одлуку у корист компаније, против које је Гвинеја поднела захтев за поништење. У захтеву за поништење одлуке, Гвинеја је истакла околност да Трибунал није применио прописано право. Према наводима Гвинеје, ова чињеница се огледа у томе да се у одлуци Трибунал нигде није позвао на одговарајући правни акт, односно није навео прописе на којима се одлука заснива, осим на једном месту, у фусноти.³⁶³

³⁵⁹ Видети: Padilla (1988.), *Supra* 249, стр. 343.

³⁶⁰ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, стр. 264.

³⁶¹ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, стр. 453.

³⁶² *Supra* 333, MINE annulment decision para. 6.43.

³⁶³ *Ibid.*, para. 6.38.

Ad hoc комитет је испитао које право је требало применити, као и да ли је Трибунал заиста то право и применио и закључио је да то јесте случај. *Ad hoc* комитет је нашао да је трибунал направио грешку у начину цитирања правног прописа који је применио приликом доношења одлуке.³⁶⁴ Међутим, стил у сачињавању писмене исправе која чини одлуку не може да буде једина одлучујућа чињеница за доношење одлуке *ad hoc* комитета. Суштински је одговарајуће право примењено, па је *ad hoc* комитет одбио да поништи одлуку на основу онога што сматра техничком грешком.³⁶⁵

Одлука овог *ad hoc* комитета је обележила, као репрезентативни представник, „другу генерацију“ случајева у којима су донете одлуке о поништењу. Схватање комитета се битно разликује од оних из „прве генерације“.

У случају *Klöckner I*, одлука *ad hoc* комитета је заснована на разликовању правних принципа и правних правила, без испитивања да ли је примењено право такво да се суштински може сматрати као одговарајуће у конкретном случају.³⁶⁶ *ad hoc* комитет у случају *MINE* је поступио управо супротно. Одбацио је строги формалистички приступ и није сматрао да су пропусти који не лишавају суштинског ефекта одредбе примењивог права, довољан основ за поништење одлуке. На тај начин је *ad hoc* комитет потврдио да је анулирање одлука правни лек са изузетно озбиљним последицама, па се мора заснивати и на таквим разлозима. Одлука у овом случају представља афирмацију значаја коначности арбитражних одлука и правног ауторитета трибунала.

б.2.3. Случај треће генерације: *Wena*

Случајеви треће генерације потврђују правац размишљања који је определио случај *MINE*. Одређивање граница поступања *ad hoc* комитета, тако да постоји разграничење између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка је актуелно и у овој групи случајева.³⁶⁷

У овом делу ће бити анализирана одлука коју је *ad hoc* комитет донео у случају *Wena*, јер јасно илуструје тенденције у поступању *ad hoc* комитета који прате тренд установљен у другој генерацији случајева. Одлука која је донета у случају *Vivendi I*, иако се сврстава у трећу генерацију, биће предмет анализе приликом истраживања прекорачења овлашћења трибунала која су везана за питања надлежности. Одређивање

³⁶⁴ *Ibid.*, para. 6.40.

³⁶⁵ Видети: Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330. стр.28.

³⁶⁶ *Supra* 331. Klöckner annulment decision paras. 61-89.

³⁶⁷ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199. стр. 453.

који део ће се бавити којим случајем засновано је на предмету захтева који су *ad hoc* комитети разматрали у овим случајевима, као и на репрезентативности случаја да најбоље илуструје начин поступања *ad hoc* комитета по одређеном основу за поништење одлуке.

б.2.3.1. Случај Wena

Предмет овог спора су обавезе настале на основу уговора о закупу хотела у Египту, који је био склопљен између компаније *Wena* и египатског државног предузећа, као закуподавца. После несугласица између ових пословних партнера, хотели су заплењени. Компанија *Wena* је покренула спор пред ICSID-ом тврдећи да је Египат нарушио обавезе предвиђене БИТ-ом, односно да није применио начело правичног третмана према инвеститору. Сматрајући хотеле експроприсаном вредношћу, компанија *Wena* је навела да су повређене одредбе БИТ-а, јер Египат није за њих исплатио компензацију. Трибунал је одлучио у корист компаније *Wena* и определио одређени износ компензације за хотеле на терет Египта.

Египат је поднео захтев за поништење одлуке трибунала. У свом захтеву, између осталог, наводи се да је трибунал прекорачио овлашћења на тај начин што уопште није применио право Египта, као право државе потписнице која је страна у спору, што је супротно члану 42. ICSID Конвенције. Супротно томе, трибунал је приликом решавања спора, применио одговарајућа правила међународног права.

Ad hoc комитет је, разматрајући овај случај, најпре прецизно утврдио однос који је предмет спора који се решава пред ICSID-ом, као и из ког правног инструмента он потиче.

Према схватању *ad hoc* комитета, компанија *Wena* је пословала у Египту на основу уговора о закупу хотела, са предузећем *ЕНС*, компанијом у власништву државе. Односи између пословних партнера који произилазе из овог уговора, јесу предмет регулисања права државе домаћина. Међутим, спор који се води пред ICSID-ом се не тиче уговора о закупу, већ односа који инвеститор има са државом домаћином, на основу инвестиционог споразума. У захтеву којим је пред ICSID-ом компанија *Wena* покренула спор, позвала се на кршење стандарда правичног третмана и спроведену експропријацију без компензације. Ради се о стандардима третмана инвестиције, што је однос који потиче из инвестиционог споразума, за који је одговоран Египат, као држава домаћин, а не однос који потиче из комерцијалног уговора закљученог са

компанијом која има самостални правни капацитет (без обзира што је у власништву државе). На основу тога, *ad hoc* комитет је оценио да уколико је неко право примењиво на комерцијални однос настао на основу уговора о закупу хотела, то не значи да се аутоматски треба сматрати да је то изабрано право за решавање спора насталог на основу кршења инвестиционог споразума од стране државе домаћина, у смислу члана 42. ICSID Конвенције, без обзира што се у оба случаја као страна појављује иста компанија (*Wena*).³⁶⁸ *Ad hoc* комитет је сматрао да приватна, комерцијална улога *ЕНС* компаније не може да буде поистовећена са атрибутима државе која делује у оквиру свог јавно-правног капацитета. Према томе, комерцијалне активности државног предузећа и акти државе су два одвојена и различита питања.³⁶⁹ *Ad hoc* комитет је определио да се предмет уговора о закупу који је уређен правом Египта, разликује од предмета спора који је покренут пред ICSID-ом на основу инвестиционог споразума. Због тога, не може се сматрати да је због чињенице да египатско право уређује уговор о закупу, то исто право истовремено и изабрано право за решавање спора у смислу члана 42. ICSID Конвенције.³⁷⁰

У овом случају, *ad hoc* комитет је показао већу обазривост и није усвојио исувише строг приступ као *ad hoc* комитети у случајевима *Klöckner I* и *Amco I*.³⁷¹ У разматрању захтева за поништење донете одлуке, *ad hoc* комитет није улазио у меритум ствари. Напротив, комитет је сматрао да трибунал има одређена дискрециона овлашћења у идентификацији права које треба применити. *Ad hoc* комитет је у одлуци показао схватање о интернационализацији инвестиционих односа, спорова и права које ове односе уређује. Према схватању *ad hoc* комитета, није постојала сагласност страна око права које ће се примењивати на решавање спора који је између њих настао. У том случају, сагласно члану 42. ICSID Конвенције, трибунал треба да примени право државе потписнице која је странка у спору и одговарајуће прописе међународног права. *Ad hoc* комитет је нагласио међународни карактер инвестиционог односа и сматрао да оба правна поретка, домаћи и међународни, имају улогу у регулисању односа између страна у спору, али да у случају несагласности, међународно право треба да превагне. На основу таквог схватања, *ad hoc* комитет је нашао да трибунал

³⁶⁸ *Supra* 335, *Wena* annulment decision, para. 31.

³⁶⁹ *Ibid.*, para. 35.

³⁷⁰ *Ibid.*, para. 36.

³⁷¹ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, стр. 265.

није прекорачио своја овлашћења када је спор решио на основу правила међународног права.³⁷²

У овом случају, *ad hoc* комитет је потврдио правни ауторитет донете арбитражне одлуке кроз став да не може бити поништена из техничких разлога. Такође, учврстио је схватање да на основу члана 52. ICSID Конвенције има ограничен мандат који му не допушта да поништи одлуку на основу материјалног преиспитивања одлуке.³⁷³ Тиме је јасно опредељена граница поступка за анулирање одлуке и адекватно разграничена од апелационог поступка.

б.2.4. Група случајева „*Argentine Gas Cases*“

„*Argentine Gas Cases*“ су посебно интересантни јер су засновани на практично истом чињеничном стању, а донете одлуке се међусобно битно разликују.³⁷⁴ Иако трибунали и *ad hoc* комитети нису у обавези да се придржавају ставова и правних схватања из претходно донетих одлука, ипак се не може избећи утисак велике неконзистентности. Свакако, то се осликава на функционисање ICSID система у целини.

Анализа групе случајева „*Argentine Gas Cases*“ ствара основ за разматрање у којој мери и под којим околностима *ad hoc* комитети треба да узимају у обзир одлуке донете у другим случајевима. Поред тога, они су од значаја и за истраживање да ли су *ad hoc* комитети остали верни правцу поступања који је генерисан кроз „три генерације случајева“. Кроз ове одлуке се може даље пратити развој праксе поступања *ad hoc* комитета у поступку за поништење одлуке и испитати да ли постоји тенденција за проширивање овлашћења у разматрање одлука на начин који више одговара апелационом поступку.

У свим случајевима који спадају у групу „*Argentine Gas Cases*“ чињенично стање је практично идентично. Страни инвеститори су покренули спор тврдећи да је Аргентина, предузимајући мере за излазак из кризе током 2001. односно 2002. године, повредила одредбе инвестиционог споразума, а пре свега фер и правичног стандарда третмана (енг. „*Fair and Equitable Treatment*“, такође и *FET*). Аргентина се позвала на *necessity defense*.

³⁷² Видети: Schreuer, ICSID annulment revisited (2003.), *Supra* 343, стр. 122.

³⁷³ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, стр. 265.

³⁷⁴ Више о историјској позадини у којој су настали ови случајеви и о чињеничном стању на коме се случајеви базирају, видети у делу дисертације: Глава I: 1.3.

Ова одбрана се базира на два извора права: на члану 25. Нацрту правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација и на члану XI САД-Аргентина БИТ-а.

Према члану 25. Нацрта правила о међународној одговорности држава:

1. „*necessity*“ не може да буде употребљена као основ за искључење противправности аката или мера државе које нису сагласне са међународном обавезом те државе, осим ако је тај акт, односно мера:
 - a) једини начин да држава одбрани есенцијалне националне интересе против озбиљне и непосредне опасности; и
 - b) ако се тиме озбиљно не нарушава интерес других држава према којима је установљена обавеза, односно, према међународној заједници као целини.
2. У сваком случају на „*necessity*“ се не може позивати уколико је:
 - a) међународна обавеза државе таква да искључује могућност позивања на „*necessity*“, или
 - b) ако је држава допринела стању које карактерише као „*necessity*“.³⁷⁵

Када је у питању САД-Аргентина БИТ, члан XI садржи одредбу која се назива „*Non Precluded Measures*“. Ова одредба прописује да тај уговор неће онемогућити ниједну страну уговорницу да примени мере нужне за одржавање јавног реда, испуњавање обавеза у погледу очувања или одржања међународног мира и безбедности, или мере нужне из сопствених есенцијалних безбедносних разлога.³⁷⁶

Кроз анализу праксе трибунала и *ad hoc* комитета у овим случајевима може се сагледати различит начин тумачења шта је меродавно право за одлучивање, као и који извор права у конкретним односима има примат у примени.

³⁷⁵ Члан 25. Нацрта правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација, у оригиналу на енглеском језику, гласи:

5. „*Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:*
 - (e) *is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and*
 - (f) *does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.*
6. *In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*
 - (e) *the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or*
 - (f) *the State has contributed to the situation of necessity.*“

³⁷⁶ Члан XI САД-Аргентина БИТ-а, у оригиналу на енглеском језику гласи:
“*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.*”

У овом делу дисертације биће размотрени случајеви *CMS*, *Sempra* и *Enron*. LG&E, иако спада у ову групу случајева, неће бити предмет разматрања, јер у том случају није донета одлука о поништењу.

б.2.4.2. *Случај „CMS“*

У овом случају, трибунал је у својој одлуци најпре изнео мишљење да је за искључење одговорности Аргентине, потребно утврдити да ли је њено понашање такво да испуњава услове предвиђене међународним обичајним правом.³⁷⁷ Заузео је становиште да услови прописани чланом 25. УН Нацрта правила о одговорности држава треба да буду испуњени кумулативно и размотрио је да ли су околности конкретног случаја такве да одговарају стандардима сваког прописаног елемента уређеног овом одредбом. На крају ове анализе, трибунал је закључио да услови предвиђени овим прописом нису у потпуности испуњени, тако да не искључују противправност мера које је предузела Аргентина³⁷⁸.

Након разматрања да ли су испуњени услови за примену члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава, трибунал је констатовао да расправа о *necessity defence* није ограничена само на међународно обичајно право, већ се и одређене одредбе БИТ-а баве овим питањем³⁷⁹. Конкретно, трибунал је идентификовао члан XI БИТ-а као релевантан у овом случају.

Да би се уопште могло утврђивати да ли се може применити одредба БИТ-а у околностима конкретног случаја, трибунал је сматрао да најпре треба установити да ли циљ и сврха БИТ-а искључују примену *necessity defence*³⁸⁰. Према схватању трибунала, очигледно је да је БИТ закључен да би заштитио инвестиције, чак и у време економских тешкоћа и у другим ситуацијама које би могле да доведу до увођења нежељених мера од стране државе домаћина. Ипак, изнео је мишљење да се, уколико су околности такве да воде потпуном економском и друштвеном колапсу, одредбама БИТ-а може дати другачије значење. Практично, то значи допуштеност оцене да ли су предузете мере државе биле нужне за очување националне сигурности, те да ли је ескулирају од одговорности. Процена је трибунала да криза у Аргентини, иако озбиљна, није била таквих размера да би могла да оправда овакво тумачење и примену

³⁷⁷ *Supra* 339, CMS award, para. 319.

³⁷⁸ *Ibid.*, para. 331.

³⁷⁹ *Ibid.*, para. 332.

³⁸⁰ *Ibid.*, para. 353.

одредби БИТ-а. То значи да ће обавезе државе према инвеститорима утврђене одредбама споразума, имати примат у односу на изјашњење о нужности предузетих мера.

Од значаја је да трибунал експлицитно наводи да се оправданост аката Аргентине мора сагледавати у контексту члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава,³⁸¹ мада у објашњењу својих налаза, даље наводи да је потребно утврдити да ли стање у земљи испуњава и услове предвиђене БИТ-ом, да би искључивало противправност предузетих мера државе.³⁸²

У литератури се може пронаћи анализа методологије коју је применио трибунал у случају *CMS* да би определио однос два различита извора права (међународног обичајног права и БИТ-а) и начин њихове примене.

Alberto Álvarez Jiménez у чињеници да трибунал констатује да *necessity defence* треба да испуњава услове предвиђене међународним обичајним правом и БИТ-ом, налази да је према овом схватању потребно да ови услови, које предвиђају оба извора права, буду кумулативно испуњени.³⁸³

William W. Burke-White и *Andreas von Staden*, позивајући се на параграф 357. Арбитражне одлуке, сматрају да је трибунал усвојио методологију према којој се анализа члана XI БИТ-а спроводи уз изричито ослањање на међународно обичајно право, односно члан УН Нацрта правила о одговорности држава. При том, за успешну примену БИТ-а потребно је да буду испуњени сви елементи прописани чланом УН Нацрта правила о одговорности држава.³⁸⁴ Управо због оваквог схватања, трибунал је детаљно анализирао да ли је Аргентина испунила услове према члану 25. УН Нацрта правила о одговорности држава³⁸⁵ и да ли би се на основу испуњавања тих услова могла позвати на искључење своје одговорности према „*Non-Precluded Measures*“ – члану XI БИТ-а³⁸⁶.

Према још једном мишљењу,³⁸⁷ трибунал је посматрао члан XI БИТ-а и члан 25. УН Нацрта правила о одговорности држава, као одредбе које се баве истим питањем.³⁸⁸

³⁸¹ *Ibid.*, para. 357.

³⁸² *Ibid.*, para. 374.

³⁸³ Jiménez, Alberto Álvarez. "The interpretation of necessity clauses in bilateral investment treaties after the recent icsid annulment decisions." *Páginas: Revista académica e institucional de la UCPR* 94 (2014): 5-32. стр. 11

³⁸⁴ Видети: Burke-White, Andreas Von Staden, „Investment protection in extraordinary times“ (2007.). *Supra* 132. Стр. 395.

³⁸⁵ *Supra* 339, CMS Award paras. 320-330

³⁸⁶ *Ibid.*, paras. 355-358

³⁸⁷ Видети: Martínez (2012.), *Supra* 52. стр. 164.

Због тога је било основано, са становишта трибунала, да се испуњеност услова за примену одредби једног правног извора анализира применом елемената из другог правног извора. Према наведеној литератури, одредба БИТ-а је оцењена на основу критеријума предвиђених међународним обичајним правом. Трибунал није изричито навео у својој одлуци да је применио овакву методологију, али је *ad hoc* комитет, у одлуци о поништењу, управо на овакав начин тумачио одлуку *CMS* Трибунала.

Ad hoc комитет је изнео схватање да је трибунал у случају *CMS* изједначио услове потребне за примену члана XI БИТ-а са оним за примену члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава.³⁸⁹

Трибунал у случају *CMS* је навео да се члан XI БИТ-а и члан 25. УН Нацрта правила о одговорности држава баве истим питањима. Међутим, према *ad hoc* комитету, иако постоји нека аналогија у тексту употребљеном у ова два прописа, они су суштински различити и подразумевају различиту примену. Према схватању *ad hoc* комитета, уколико су испуњени услови за примену члана XI БИТ-а, не може се сматрати да је уопште дошло до кршења његових одредби, па се уопште не треба упуштати у разматрање да ли је у конкретном случају могуће применити правила међународног обичајног права за искључење одговорности државе. Члан XI БИТ-а уређује могућност да држава предузме одговарајуће мере у сврху очувања реда и мира и својих основних јавних интереса, одузимајући таквим мерама карактер противправних аката иако могу да ограниче или искључе права инвеститора предвиђена осталим одредбама споразума. Дакле, уколико су испуњени услови за примену овог члана БИТ-а, то значи да се држава понашала сагласно његовим одредбама. Тек уколико би се утврдило да је држава прекршила одредбе БИТ-а (нема услова за примену члана IX), може се применити члан 25. Нацрта правила, да би се установила могућност искључења одговорности државе. У том смислу одредбе БИТ-а се могу сматрати примарним правилима (која уређују обавезе и права учесника у међународном промету), а одредбе УН Нацрта правила о одговорности држава су секундарна правила која уређују правне последице у случају кршења преузетих обавеза.³⁹⁰ Трибунал је, према томе, погрешно применио право.

Према схватању *ad hoc* комитета, одредбе члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и члана XI БИТ-а имају другачију садржину и примену, па је

³⁸⁸ *Supra* 339, *CMS Award* para. 332.

³⁸⁹ *Supra* 339, *CMS annulment decision*, para. 128.

³⁹⁰ *Ibid.*, paras. 129-134

било неопходно да трибунал у својој одлуци заузме став о њиховом међусобном односу, па да на основу тога одлучи да ли се оба могу применити у датом случају. Трибунал није сачинио такву анализу, већ је своју одлуку засновао на претпоставци да се ради о одредбама које се баве истом ствари по истом основу.³⁹¹ Чинећи тако, трибунал је сачинио још једну погрешну примену права.

Приликом доношења одлуке о поништењу *ad hoc* комитет је узео у обзир да је трибунал идентификовао Нацрт правила о одговорности држава и БИТ као меродавно право, као и да је разматрао њихов међусобни однос, начин примене и садржину њихових одредби. *Ad hoc* комитет је сматрао да је трибунал дошао до погрешних закључака и да је дошло до погрешне примене права. У својој одлуци, *ad hoc* комитет је дао оштру критику резоновања трибунала, наводећи да је право примењено на несхватљив и мањкав начин (енг. „cryptically and defectively“).³⁹² Без обзира на то што је право погрешно примењено, сматрао да је трибунал ипак применио прописано право. Узимајући у обзир да има ограничену надлежност према члану 52. ICSID Конвенције и да не може заменити одлуку трибунала својим схватањима о примени права нити оцени чињеница, *ad hoc* комитет није поништио одлуку трибунала у овом случају.

б.2.4.3. Случај *Sempra*

У овом случају трибунал је најпре указао да је *necessity defence* изузетно правно средство и мора бити подвргнуто строгим условима примене. Према мишљењу трибунала и члан 25. УН Нацрта правила о одговорности држава прописује да се држава не може позивати на ову одбрану да би искључила своју одговорност, уколико нису испуњени услови прописани тим чланом.³⁹³ Трибунал је, затим, анализирао да ли је Аргентина у конкретном случају испунила те услове. Након спроведене анализе, закључио је да је потребно да сви услови прописани чланом 25. Нацрта правила буду кумулативно испуњени и закључио да то није случај у конкретним околностима.³⁹⁴

Трибунал је анализирао и могућност примене члана XI БИТ-а. Сачињавајући ову анализу, трибунал изричито наводи да БИТ не дефинише услове и начин за примену члана XI.³⁹⁵ Из тог разлога, могућност позивања на члан XI БИТ-а, мора се

³⁹¹ CMS award, para. 131.

³⁹² CMS annulment decision, para. 136.

³⁹³ *Supra* 341, *Sempra* award, para. 345.

³⁹⁴ *Ibid.*, para. 355.

³⁹⁵ *Ibid.*, para. 375.

тумачити у складу са условима садржаним у члану 25. УН Нацрта правила о одговорности држава. Трибунал даље објашњава свој став и наводи да је одредба БИТ-а уско повезана са међународним обичајним правом у погледу стандарда за њену примену.³⁹⁶ Такав став је, према мишљењу трибунала, оправдан управо зато што међународно обичајно право дефинише елементе за примену института *necessity defence*, а БИТ ближе не уређује ни његову садржину ни услове за примену.

Трибунал је сагласан са схватањем да је сврха БИТ-а да пружи већу заштиту права инвеститорима у односу на стандарде третмана инвеститора предвиђене међународним обичајним правом, али и да уједно омогући државама домаћинима слободу да одговори на претње националној сигурности. Начелно, трибунал сматра да правни режим БИТ-а, који садржи специфична правила, треба да има примат у примени у односу на генерална правила међународног обичајног права.³⁹⁷ У том смислу, правни режим БИТ-а је специјализован за материју односа који се стварају поводом реализације инвестиције. Ипак, у конкретном случају, БИТ не нуди ближа правила која би уредила на који начин треба применити одређену његову одредбу, па се међународно обичајно право користи као средство тумачења услова примене те одредбе. Трибунал сматра и да чињеница да члан XI БИТ-а не упућује изричито на међународно обичајно право, не значи да овај извор права не може да се примени.

Имајући у виду овакво схватање садржине и односа различитих правних извора међународног права, трибунал је сматрао оправданим да се за оцену испуњености услова за примену члана XI БИТ-а, анализирају елементи садржани у члану 25. УН Нацрта правила о одговорности држава. На основу оваквог схватања, трибунал даље констатује да, с обзиром на то да је у претходној анализи³⁹⁸ утврдио да нису испуњени услови прописани чланом 25. УН Нацрта правила о одговорности држава за позивање на стање нужде, нема потребе да даље посебно испитује да ли се може искључити противправност аката Аргентине по основу члана XI БИТ-а.³⁹⁹

Ad hoc комитет је у овом случају поништио одлуку по основу прекорачења овлашћења јер је сматрао да трибунал уопште није применио члан XI БИТ-а, што значи да није применио право које је требало да примени у конкретном случају.⁴⁰⁰

³⁹⁶ *Ibid.*, para. 376.

³⁹⁷ *Ibid.*, para. 378.

³⁹⁸ *Ibid.*, para. 355.

³⁹⁹ *Ibid.*, para. 388.

⁴⁰⁰ *Sempra annulment decision*, paras. 159, 165, 175.

Ad hoc комитет је сматрао да приоритет у примени треба да имају одредбе БИТ-а, јер су се странке сагласиле да то буде примењиво право за уређивање њихових међусобних права и обавеза.⁴⁰¹ Трибунал, са друге стране, није сматрао да је потребно да анализира да ли се може применити члан XI БИТ-а и то из два разлога: зато што овај члан не прописује услове за његову примену, већ се мора применити на основу стандарда прописаних чланом 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и зато што је претходно, на основу анализе економске кризе у Аргентини, искључио могућност примене овог члана. Иако *ad hoc* комитет начелно прихвата да се приликом тумачења одредби БИТ-а може узети у обзир међународно обичајно право, не сматра да то значи да су њиме прописани услови за примену БИТ-а. Заправо, за стране у спору ће бити обавезујуће само норме *ius cogens* карактера садржане у међународном обичајном праву, а у свим другим случајевима стране су овлашћене да међународним споразумом уреде међусобне односе на начин како то њима одговара, независно од садржине међународног обичајног права.⁴⁰² *Ad hoc* комитет је у својим даљим разматрањима сачинио упоредну анализу текста члана XI БИТ-а и члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и на основу ње дошао до закључка да члан 25. Нацрта правила чак ни не садржи упутство за интерпретацију члана XI БИТ-а. Једино се може рећи да ове две одредбе садрже сличне изразе.⁴⁰³ *Ad hoc* комитет у овом случају, имао је исто мишљење о садржини и примени ова два извора права као и *ad hoc* комитет у *CMS* случају – да примена члана XI БИТ-а искључује противправност акта државе, а тек уколико не може да се примени овај члан, може се разматрати могућност примене члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава, ради искључења одговорности државе за противправни акт који је починила.⁴⁰⁴ Према томе, задатак трибунала је био да најпре утврди да ли је дошло до повреде одредби БИТ-а, па тек ако утврди да јесте такав случај, да разматра да ли је могуће применити члан 25. Нацрта правила о одговорности држава.⁴⁰⁵

С обзиром на то да је трибунал усвојио приступ по коме је идентификовао члан 25. Нацрта правила о одговорности држава као примарна правила, као и да је изричито навео да је утврдио да Аргентина не испуњава услове за примену члана 25. Нацрта правила па да зато нема потребе да разматра да ли су испуњени услови за примену

⁴⁰¹ *Ibid.*, para. 189.

⁴⁰² *Ibid.*, para. 197.

⁴⁰³ *Ibid.*, paras. 198, 199.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, para. 200.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, para. 203.

члана XI БИТ-а, *ad hoc* комитет је сматрао да трибунал није идентификовао, ни применио право које је требало применити у овом случају.⁴⁰⁶

Ad hoc комитет је, након што је утврдио да је трибунал прекорачио овлашћења, наставио са утврђивањем да ли се то прекорачење може окарактерисати као очигледно, јер је то услов за поништење одлуке према члану 52. став 1. тачка (б) ICSID Конвенције. *Ad hoc* је разматрао два могућа приступа – први који подразумева два степена: најпре утврђивање да ли је дошло до прекорачења овлашћења и други степен у коме се утврђује да ли је такво прекорачење очигледно. Према другом приступу, потребно је утврдити да се *prima facie* може сматрати да је прекорачење овлашћења било очигледно, без потребе за даљом анализом. *Ad hoc* комитет се одлучио за први приступ.⁴⁰⁷

Ad hoc комитет је нашао да је дошло до прекорачења овлашћења јер трибунал није применио право које је требало применити, односно није применио члан XI БИТ-а. Затим је *ad hoc* Комитет разматрао да ли је то прекорачење било очигледно. Да би се то сматрало, овакав карактер мора да буде евидентан и без детаљне анализе текста одлуке трибунала. С обзиром на то да је трибунал изричито изнео да сматра да пошто се не може применити члан 25. Нацрта правила о одговорности држава, нема потребе да уопште испитује да ли се може применити члан XI БИТ-а,⁴⁰⁸ *ad hoc* комитет је сматрао да прекорачење овлашћења јесте било очигледно.

Према мишљењу *Elizabeth Martinez*, трибунал у случају *Sempra* је посматрао примену члана XI БИТ-а и члана 25. Нацрта правила као два одвојена питања, али, како БИТ није предвидео конкретна правила за примену одредбе члана XI, узео је у обзир члан 25. Нацрта правила о одговорности држава за адекватну анализу начина примене овог прописа. Међутим, иако се може узети да је целисходно коришћење члана 25. Нацрта правила о одговорности држава као водич за интерпретацију БИТ-а, то не значи да међународно обичајно право садржи коначну дефиницију и услове примене одредби инвестиционог споразума.⁴⁰⁹ Требало је да трибунал утврди да ли се може применити члан XI БИТ-а, па ако то није могуће, тек онда разматрати могућност примене члана 25. Нацрта правила. *Ad hoc* комитет је поништио одлуку, јер је сматрао да је применом члана 25. Нацрта правила као стандарда за утврђивање могућности

⁴⁰⁶ *Ibid.*, paras. 207-209.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, paras. 211-219.

⁴⁰⁸ *Sempra* award, para. 388.

⁴⁰⁹ *Sempra* annulment decision, para. 197.

примене члана XI БИТ-а, трибунал у потпуности искључио примену БИТ-а као уговореног права и тиме прекорачио своја овлашћења.⁴¹⁰

И *William W. Burke-White* и *Andreas von Staden* одлуку трибунала тумаче на исти начин. Трибунал је захтеве садржане у члану 25. Нацрта правила применио да тестира да ли је Аргентина испунила услове за примену члана XI БИТ-а.⁴¹¹ То значи да трибунал није ушао у самосталну анализу одредбе члана XI БИТ-а, што суштински потврђује мишљење *ad hoc* комитета да трибунал није применио право које је у конкретном случају требало применити. А то је довољан основ за поништење одлуке.

б.2.4.4. Случај *Enron*

У овом случају, Аргентина се у својој одбрани, као и у претходним случајевима, позвала на члан 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и на члан XI БИТ-а. Зато је трибунал разматрао елементе за примену *necessity defence* прописане овим правилима.

У одлуци трибунала се најпре наводи да је испитао да ли постоји могућност да се примени члан 25. Нацрта правила.⁴¹² Трибунал је детаљно анализирао све елементе утврђене овим правилима и утврдио да нема основа за искључење противправности аката Аргентине.

Трибунал је затим, даље у одлуци, испитивао могућност примене члана XI БИТ-а. Трибунал најпре констатује да се приликом анализе оваквих одредби, морају узети у обзир циљ и сврха БИТ-а. Према схватању трибунала, инвестициони споразум има намену да се примењује и у тешким економским и другим кризним ситуацијама. Сврха споразума је управо у томе да обезбеди поштовање права и обавеза које се њима уређују. Зато се одредбе које искључују примену било којих обавеза, односно права, утврђених овим споразумима, морају тумачити рестриктивно. У супротном, инвестициони споразуми би били лишени садржине и свели би се на пуку форму.⁴¹³ Трибунал је, даље, нашао да члан XI БИТ-а не уређује конкретно одређење језичких израза у њему садржаним, нити услове за његову примену, па се они морају пронаћи у другим изворима права.⁴¹⁴ С обзиром на то да не постоји споразум страна којим се

⁴¹⁰ Видети: *Martinez* (2012.), *Supra* 52. стр. 164, 171, 173.

⁴¹¹ Видети: *Burke-White, Andreas Von Staden*, „Investment protection in extraordinary times“ (2007.), *Supra* 132. стр. 395.

⁴¹² *Supra* 340, *Enron award*, paras. 303-313.

⁴¹³ *Ibid.*, paras. 331, 332.

⁴¹⁴ *Ibid.*, para. 333.

упућује на релевантан извор права у том смислу, трибунал је сматрао да је због тога нужно да се ослони на члан 25. УН Нацрта правила о одговорности држава и на основу елемената садржаних у њима оцени да ли је могуће применити члан XI БИТ-а. Трибунал је у овом случају уважио да је правни режим утврђен инвестиционим споразумом различит од оног које предвиђа међународно обичајно право, зато што се ради о *lex specialis*-у. Начелно, трибунал сматра да ће конкретне и специфичне одредбе инвестиционог споразума увек превагнути у примени у односу на одредбе општег типа садржане у међународном обичајном праву. Ипак, у конкретном случају, трибунал успоставља другачији однос у погледу два извора права: САД-Аргентина БИТ-а и УН Нацрта правила о одговорности држава. Према мишљењу Трибунала, члан 25. УН Нацрта правила се у овом случају не може применити као допунско правило. Као што је у претходном делу одлуке трибунал утврдио, члан XI БИТ-а не садржи прецизне дефиниције употребљених термина, односно правних концепата у њему садржаним, нити услове за њихову примену, па зато овај члан постаје неодвојив од међународног обичајног права у погледу стандарда за његову примену. А као што је трибунал већ закључио, разматрајући основаност примене члана 25. Нацрта правила о одговорности држава, ти стандарди у конкретном случају, нису испуњени.⁴¹⁵

У одлуци о поништењу, *ad hoc* комитет је сматрао да је трибунал, утврђујући услове за примену члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава, разматрао да ли су мере које је предузела Аргентина биле једини начин да се одговори на текућу кризу. Ослањајући се на мишљење експерата, трибунал је одлучио да предузете мере нису биле једине могуће које је Аргентина имала на располагању. Према мишљењу *ad hoc* комитета, трибунал оваквим начином резоновања није узео у обзир бројна питања круцијална за оцену да ли је испуњен услов за примену одређеног прописа.⁴¹⁶ Према усвојеном становишту *ad hoc* трибунала, трибунал се ослонио на мишљење економиста, који су експерти за своју област. Међутим, они нису експерти да утврде правна питања релевантна за оцену да ли су испуњени услови за примену одређеног правног прописа. Трибунал је у својој одлуци морао да се бави и правним елементима члана 25. УН Нацрта правила о одговорности држава, јер су она одлучујућа за коначну одлуку. *Ad hoc* Комитет је идентификовао који су то елементи и утврдио да се трибунал, у својој одлуци, њима уопште није бавио.⁴¹⁷ *Ad hoc* Комитет је сматрао да

⁴¹⁵ *Ibid.*, para. 334.

⁴¹⁶ Enron annulment decision, para. 368.

⁴¹⁷ *Ibid.*, paras. 369-373.

ово значи да је трибунал базирао своју одлуку на мишљењу експерата из области економије, а не на правним прописима, што консеквентно указује да међународно обичајно право није ни примењено, према чему трибунал уопште није применио право које је требало применити у овом случају.⁴¹⁸

Према мишљењу *ad hoc* Комитета, требало је да трибунал узме у обзир мишљење експерата да би утврдио чињенично стање. На тако утврђене чињенице, требало је да примени анализу правних елемената члана 25. УН Нацрта правила, па тек на основу те анализе да дође до закључка да ли је могуће применити овај члан или не. Трибунал је прескочио други корак у резонувању из кога је требало да следи одлука.⁴¹⁹ На тај начин трибунал уопште није ни применио право, што значи да, према мишљењу *ad hoc* Комитета, постоји основ за поништење одлуке.

Када је у питању мишљење трибунала о односу два извора права, члана XI БИТ-а и члана 25. УН Нацрта правила, *ad hoc* комитет је заузео став који се специфично разликује од схватања изражених у претходна два случаја. Иако се у свом разматрању позива на мишљење *ad hoc* комитета у случају *CMS* о другачијој садржини ова два извора права, *ad hoc* комитет у случају *Enron* је сматрао да је у контексту његовог задатка у поступку поништења одлуке, то питање ирелевантно. Према мишљењу *ad hoc* комитета, приликом одлучивања треба прихватити као утврђену чињеницу да је трибунал оценио да нема основа за примену члана XI БИТ-а.⁴²⁰ Како је трибунал дошао до тог закључка, да ли је његово мишљење у том смислу исправно, начин на који је тумачио садржину конкретне одредбе и да ли је дошло до суштинске грешке у примени права, није у надлежности *ad hoc* комитета да испитује. Задатак *ad hoc* комитета је да испита да ли је пропис примењен. С обзиром на то да је трибунал донео одлуку на основу мишљења експерата, а не на основу примене одговарајућег прописа, *ad hoc* комитет је сматрао да трибунал није применио право.⁴²¹

⁴¹⁸ *Ibid.*, para. 377.

⁴¹⁹ *Ibid.*, para. 393.

⁴²⁰ *Enron award*, para. 334.

⁴²¹ *Enron annulment decision*, paras. 400-405.

б.3. Анализа

Klöckner I је први случај у историји ICSID-а у коме је дошло до поништења одлуке. Донета је још 1985. године. Приликом оцене поступања *ad hoc* комитета у овом случају, мора се узети у обзир и та околност, као и историјско-економске прилике у којима је спор настао. То је израз схватања да међународно инвестиционо право не постоји изоловано и независно од друштвених односа у којима се развија. Оне неминовно утичу на тумачење правних норми и њихову примену у одређеном временском периоду.

Године након Другог светског рата су биле обележене борбом земаља у развоју да обезбеде капитал за финансирање опоравка и напретка својих привреда. У доброј мери су се ослањале на финансијске приливе из иностранства, које су користиле за финансирање домаћих инвестиција. Коришћење штедње богатијих земаља је довело до нагомилавања великих дугова према остатку света, који су проузроковали неколико међународних дужничких криза. Почетком осамдесетих година светска привреда је запала у дубоку рецесију, која је, поред осталих фактора, подстакла дужничку кризу земаља у развоју. Криза је почела 1982. године када је Мексико објавио да је његова централна банка потрошила девизне резерве и да више не може да исплаћује спољни дуг. Уочавајући потенцијалне сличности између Мексика и других дужника, највећи приватни зајмодавци (банке у развијеним земљама), борили су се да смање ризик тако што су престали да одобравају нове кредите и захтевали исплату претходно одобрених зајмова. Резултат је била све већа неспособност земаља у развоју да испуне обавезе по основу претходних задужења.

Овакво стање у економским односима је показало да, поред тога што је било потребно извршити реформе економске политике и економског система уопште, када су у питању земље у развоју, било је потребно пронаћи алтернативне облике финансијског прилива.⁴²²

Стране директне инвестиције су биле погодан облик за прилив капитала. Међутим, пословни подухвати који су се предузимали у том периоду, били су обележени несталним и још увек финансијски несигурним околностима. У циљу превазилажења недостатака инвестиционе климе, као и дужничког јаза, инвеститори, у сарадњи са државама домаћинима, прибегавали су новим модалитетима за

⁴²² Више о међународним економским односима видети у: Krugman, Paul R., and Maurice Obstfeld. *Међународна економија: Теорија и политика*. DATA STATUS, Beograd, 2009. и Spero, Joan Edelman, and Jeffrey A. Hart. *The politics of international economic relations*. Cengage Learning, 2009.

обезбеђивање капитала.⁴²³ Од посебног интереса су биле такозване „нове форме инвестиција“. Предмет нових форми инвестиција је пренос нових технологија и вршење услуга у држави домаћину, коришћењем уговорних инструмената. Уговори којима се реализују су најчешће уговор о лиценци, уговор о услугама и уговор „кључ у руке“ кад се ради о техничком, а код уговора о вођењу предузећа о предузетничком „*know how*“. Нарочито је била заступљена сарадња у облику *joint ventures*, који подразумевају заједничко улагање материјалних и нематеријалних имовинских права у опремање и модернизацију погона за производњу, не само ради производње, већ и ради пласмана робе на тржиште и остварења најбољих пословних и финансијских ефеката за обе стране заједничког пословног подухвата.⁴²⁴ За реализацију ових форми инвестиција, предузећа у државном власништву су посматрана као одговарајући партнери, који би погодовали интересима инвеститора, а уједно имали потенцијал за остваривање развојних циљева. У случају недовољних ресурса, држава која у контролисаним привредама практично има монопол над финансијским средствима, кроз таква предузећа је могла да предузме водећу улогу у стварању могућности које би биле подршка домаћој економији. У том смислу, форма која је погодовала сарадњи државе увознице капитала и страног инвеститора, била је *joint venture*, која се остваривала кроз државна предузећа, односно предузећа која су на други начин имала јаке везе са домаћом владом.

У случајевима *Klöckner* и *Amco*, спорови су били засновани управо на овим формама инвестирања. За схватање рада трибунала и *ad hoc* комитета, мора се узети у обзир да у том тренутку међународна економска заједница још увек није имала изграђене принципе за реализацију ових форми. Односно, још увек није био изграђен оквир који би адекватно определио како приликом решавања спора треба ценити интерес инвеститора, а како националне интересе и потребе за капиталом, који су потенцијално могли да покрену економску кризу светских размера.⁴²⁵

Даље, *ad hoc* комитет је, приликом одлучивања, био свестан чињенице да поступа по првом захтеву за поништење одлуке икад поднетим пред ICSID, па је преузео задатак да изнесе правна схватања и образложења, која ће служити за будуће случајеве, и бити у вишем интересу ICSID система.⁴²⁶ Међутим, ово није задатак који је постављен пред *ad hoc* комитете чланом 52. Конвенције. У случајевима када *ad hoc*

⁴²³ Видети: Padilla (1988.), *Supra* 249, стр. 7-9

⁴²⁴ Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, стр. 322.

⁴²⁵ Видети: Padilla (1988.), *Supra* 249, стр. 7-9

⁴²⁶ *Supra* 331, Klöckner annulment decision para. 96.

комитет преузима едукативну улогу, покушавајући да постави опште смернице за даљи рад, описује се хиперактивним.⁴²⁷ Свакако, такав опис је елемент за критику рада и прекорачења задатака *ad hoc* комитета. Посматрано у контексту конкретне одлуке, донете у случају *Klöckner I*, у литератури се истиче да у настојању да постави правне принципе за рад *ad hoc* комитета, ова одлука је у деловима импресивна и бриљантна, али обележена тенденцијом за „цепидлачењем“ (енг. „*hair-splitting*“).⁴²⁸ Поред тога што је *ad hoc* комитет идентификовао недостатке у одлуци трибунала за које је сматрао да оправдавају поништење, комитет је донео кључне закључке о одређеним правним питањима која залазе у меритум ствари, а за које је закључио да могу бити од користи будућим трибуналима.⁴²⁹ Одлука *ad hoc* комитета, према изнетом мишљењу, демонстрира неуспех у конципирању контролне функције поступка за поништење одлука. Она може послужити као прецедент који отвара врата повећаном степену поништења одлука, без одговарајућег повишеног степена ауторитета у контролном механизму.⁴³⁰ Овако оштру критику одлуке *Klöckner I ad hoc* комитета, поставио је *Michael W. Reisman*. Она се односи и на поступање *ad hoc* комитета у случају *Amco I*, који такође, припада „првој генерацији“ случајева.

У литератури се може наћи одговор на *Reisman*-ову критику, који је дао *Aron Broches*. *Broches* је одбио да посматра *Klöckner I* и *Amco I* одлуке као знаке институционалне кризе ICSID система. Према њему, оне су фаза у којој систем тек треба да разради принципе функционисања. Позивајући се на одлуку коју је *ad hoc* комитет донео у случају *MINE*, демонстрирао је свој став о постављању поступка поништења одлуке у лимитиране границе одлучивања сагласне сврси у коју је поступак креиран ICSID Конвенцијом.⁴³¹

Мишљење које је изнео *Aron Broches*, потврдио је у даљим анализама *Christoph Schreuer*. Након донете одлуке у случају *Wena*, представнику „треће генерације“ случајева, он је писао да случајеви друге и треће генерације демонстрирају да је ICSID контролни механизам постављен на одговарајуће место.⁴³²

Литература „*Reisman – Broches*“ дебату описује као пример који илуструје суштину сукобљених мишљења о поступку поништења одлуке – да ли је дошло до

⁴²⁷ Видети: Schreuer, *From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope* (2011.), *Supra* 247. стр. 222.

⁴²⁸ Видети: Reisman (1989.), *Supra* 355, стр. 760, 761.

⁴²⁹ *Ibid.*, стр. 765.

⁴³⁰ *Ibid.*, стр. 769.

⁴³¹ Broches, Aron. "Observations on the Finality of ICSID Awards." *ICSID Review* 6, no. 2 (1991): 321-380.

⁴³² Видети: Schreuer, *Three generations of ICSID annulment proceedings* (2003.), *Supra* 330, стр. 42.

прелажења поступка за анулирање одлуке у апелациони поступак? Иако друга и трећа генерација одлука у којима је дошло до поништења показују да је *Broches* имао исправнија предвиђања, „*Argentine Gas Cases*“, показују да бојазан коју је исказао *Reisman* није била неоправдана.⁴³³

Теоријска дебата, двадесет година касније, није окончана.

Andreas von Staden истиче да *CMS*, *Sempra* и *Enron*, представници „*Argentine Gas Cases*“ представљају значајан напредак у погледу теоријског одређивања и могуће употребе поступка за поништење одлуке.⁴³⁴

Ad hoc комитет у случају *CMS* је посебно нагласио ограничену надлежност у поступку анулирања одлуке, која не допушта да сопственим схватањем о околностима случаја, замени оно које је изнео трибунал. Тако је *ad hoc* комитет оценио да је трибунал погрешно применио право, али због чињенице да је меродавно право ипак примењено, није поништио одлуку.⁴³⁵ У критици оваквог поступања *ad hoc* комитета, наводе се мишљења по којима је оправдано, у појединим случајевима, поништити одлуку због погрешне примене права. Тако у случају *Soufraki*⁴³⁶, *ad hoc* комитет наводи да грешка у примени права може да буде тако велика и значајна (енг. „*gross and egregious*“) да се суштински може сматрати да до примене тог права није ни дошло.⁴³⁷ Такође, у случају *M.C.I.*,⁴³⁸ *ad hoc* комитет је дао мишљење по коме слобода трибунала у начину примене одређеног права није неограничена и да се може као основ за поништење узети одступање трибунала од правног принципа или правне норме који су у тој мери јасно одређени, да се не може прихватити другачије тумачење трибунала, од оног какво се у пракси иначе појављује.⁴³⁹

Због наведених мишљења о домету механизма за поништење одлуке по основу очигледног прекорачења овлашћења, има схватања да је *ad hoc* комитет у случају *CMS* имао довољно разлога за поништење одлуке.

Ипак, у конкретном случају, можда би било исправније размотрити следеће питање – да ли је *ad hoc* комитет, без обзира што је изнео схватање о јасним границама сопствене надлежности и због тога оставио на снази одлуку трибунала, ипак ишао ван

⁴³³ Видети: Tsolakidis (2015.) *Supra* 338, стр. 828-852

⁴³⁴ Von Staden, Andreas. "Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decisions." *Czech Yearbook of International Law* 2 (2011): 207-229, стр. 211.

⁴³⁵ *Supra* 339, CMS annulment decision para. 61.

⁴³⁶ Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates (ICSID Case No. ARB/02/7)

⁴³⁷ Soufraki annulment decision para. 86.

⁴³⁸ M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/03/6)

⁴³⁹ M.C.I. annulment decision paras. 43, 51.

граница својих овлашћења? *Ad hoc* комитет је у овом случају изнео сопствено схватање о томе како је требало одредити однос између два извора права и како их применити. Ово схватање *ad hoc* комитета се не поклапа са оним које је изнео трибунал. Самим тим је указао да је трибунал сачинио грешку приликом доношења одлуке. А затим је, *ad hoc* комитет изнео и директну критику правног схватања трибунала, описујући га несхватљивим и мањкавим.⁴⁴⁰

Анализа поступања *ad hoc* комитета у овом случају треба отићи даље од формалистичког указивања на поступање сагласно ограниченом карактеру поступка поништења одлука и размотрити стварне ефекте образложења донете одлуке о поништењу. *Ad hoc* комитет се није бавио само утврђивањем да ли је меродавно право примењено, већ детаљном анализом начина примене права од стране трибунала. Такав стандард испитивања донете одлуке одговара апелационом поступку. Поред тога, као што је већ изнето, *ad hoc* комитет је детаљно навео сопствено схватање о томе како је требало одлучити у овом случају. Према томе, иако је *ad hoc* комитет формално, приликом доношења одлуке, поступио у границама овлашћења предвиђених поступком за поништење одлуке, фактички је поступао као да има улогу органа у апелационом поступку.

Даље, истицање мана у одлуци трибунала, без обзира на њено формално-правно одржање на снази, значи умањивање њеног правног ауторитета. Страна која је сматрала да одлука није исправна и зато поднела захтев за поништење и даље ће имати такав утисак. То само може допринети стварању отпора за извршење такве одлуке. У таквим околностима, потврђује се мишљење да контролна функција ICSID-а не испуњава своју сврху. Консеквентно, то може водити и стварању отпора за коришћење ICSID-а као форума за решавање спорова. У релевантној литератури се потврђује овакав став. *David Caron*, истиче да тенденција *ad hoc* комитета да указује на фундаменталне проблеме које садржи одлука трибунала, без обзира што се не могу узети као основ за поништење одлуке, показују суштинско препознавање могућег утицаја одлуке *ad hoc* комитета на легитимитет одлуке трибунала. Такође, ни могућности да се овакво образложење одлуке *ad hoc* комитета одрази на извршење одлуке, ако не као правног питања, онда као фактичког.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ *Supra* 339, CMS annulment decision para. 61.

⁴⁴¹ Видети: Caron, Framing the work of ICSID annulment committees (2012.), *Supra* 198, стр. 183.

Schreuer је, сагледавајући *CMS* одлуку, изнео да се брише разлика између примене погрешног права и погрешне примене права.⁴⁴² Такво схватање се потврђује и у критици одлуке *ad hoc* комитета донетих у случајевима *Sempra* и *Enron*. У литератури су подељена мишљења о томе како треба окарактерисати поступања *ad hoc* комитета у ова два случаја. Међутим, према једном схватању, они компромитују, уместо да штите сигурност будућих страних улагања. *Ad hoc* комитет у случају *Sempra* је имао основа да утврди да је, као у случају *CMS*, трибунал погрешно применио члан XI САД-Аргентина БИТ-а, уместо да га није уопште применио. Одлука какву је донео, отвара врата схватању да свака погрешна примена права потенцијално може бити основ за поништење одлуке, јер се погрешна интерпретација тог права, може изједначити са ситуацијом у којој то право уопште није примењено.⁴⁴³

У литератури се истиче да је начин на који су *ad hoc* комитети у случајевима *Sempra* и *Enron* дошли до коначног суда о одлуци трибунала заснован на екстензивној анализи, која суштински значи испитивање одлуке адекватно оном какво би се спровело у апелационом поступку.⁴⁴⁴ Међутим, има мишљења да овакво схватање мора бити одбачено. Приликом тумачења основа за поништење одлуке, мора се руководити начелом према коме свакој одредби треба дати ефекат: *effet utile* или *Ut res magis valeat quam pereat*. То значи да се *ad hoc* комитетима мора одобрити извесна ширина у примени овог основа за поништење. У супротном, одлуке би могле да буду поништене само у очигледним случајевима где трибунал није чак ни уочио које право је меродавно. Објективно, не може се очекивати тако грубо и апсурдно занемаривање права које треба применити. Поготову ако се узме у обзир да ICSID Конвенција води рачуна о томе да арбитри буду стручњаци у области права (члан 14. Конвенције). Сем тога, ово мишљење сматра да се мора узети у обзир суштина, а не само формалистичко одређивање значења одредби Конвенције. У том смислу, не може се као разлог за поништење одлуке прихватити само строго формални случај у коме се трибунал уопште, ни на који начин, није позвао на одредбе меродавног права, већ се мора размотрити да ли је суштински то право примењено. Овакво схватање се посматра и као сагласно намери страна које су пристале на решавање спора пред ICSID-ом. Без обзира да ли су стране постигле споразум о меродавном праву, или ће оно бити одређено посредством примене члана 42. ICSID Конвенције, стране су на конкретно

⁴⁴² Видети: Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011.), *Supra* 247, стр. 216-221.

⁴⁴³ Видети: Martinez (2012.), *Supra* 52, стр. 277.

⁴⁴⁴ Видети: A. V. Staden (2011.), *Supra* 434, стр. 223.

примењиво право пристале јер су имале у виду његову садржину и значење, а не зато да би омогућиле да одлука трибунала задовољи формални критеријум исправности.⁴⁴⁵ Овакво схватање би могло да се узме у обзир и приликом одбране поступања *ad hoc* комитета у случају *CMS*. Барем у делу који се тиче истраживања начина на који је трибунал применио право. Изнето схватање би определило поступање *ad hoc* комитета допуштеним и примереним поступку за поништење одлуке.

Дакле, у одговору на мишљења да су *ad hoc* комитети у случајевима *Sempra* и *Enron* спровели екстензивну анализу поступања трибунала, која није адекватна поступку за поништење одлуке, наводи се да су они суштински и садржајно исправно поступили. Односно, да су ове одлуке коректне и да су засноване на одговарајућој примени поступка за поништење одлуке.⁴⁴⁶ Као аргумент за овакво опредељење, може се навести схватање да задатак трибунала да примени одговарајуће право није само површни захтев, већ треба да обезбеди да је арбитар препознао, схватио и применио то право. *Ad hoc* комитет мора имати довољну ширину да приликом испитивања одлуке трибунала суштински определи ово питање. Због тога се у литератури наводи да се анализа коју су спровели *ad hoc* комитети у случајевима *Sempra* и *Enron* може сматрати адекватном, а не оном која би зашла у стандард испитивања одлуке каква се примењује у апелационом поступку.⁴⁴⁷

Andreas von Staden износи идеју да случајеви *CMS*, *Sempra* и *Enron* дају допринос напретку у погледу извесних теоријских појашњења.⁴⁴⁸ Међутим, може се узети да је то само у погледу односа између међународног обичајног права и права садржаног у инвестиционим споразумима. Свакако да је то од великог значаја, јер омогућава одређену сигурност инвеститорима у погледу правне стабилности и предвидљивости. Тиме ови случајеви дају квалитативни допринос развоју међународног инвестиционог права уопште. Ипак, мора се узети да је допринос у овој сфери ограниченог дејства. Ови случајеви укључују разматрање значајног политичког питања, односно, на који начин применити *necessity defense*. Решење тог питања није важно само за одређивање могућности државе да реагује у кризним временима, већ уопште, за опредељивање регулаторне слободе држава. Међутим, не може се рећи да *CMS*, *Sempra* или *Enron*, дају одговарајући допринос у овом пољу. Напротив. Према

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ *Ibid.*, стр. 211.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, стр. 224.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, стр. 211.

схватању *William W. Burke-White* и *Andreas von Staden*,⁴⁴⁹ трибунали су у одлукама навели да су за примену *necessity defense* сматрали одлучујућом намеру страна о опсегу важења и садржини одредбе члана XI САД-Аргентина БИТ-а (*Non Precluded Measures*). Међутим, из донетих одлука трибунала се може видети да ниједан није предузео озбиљан рад да ту вољу заправо и утврди, као ни да прецизно одреди услове за примену члана XI САД-Аргентина БИТ-а. Недостатак озбиљности у тумачењу одредбе инвестиционог споразума, као и разилажење у ставовима трибунала, представљају изазов за легитимитет ICSID система уопште.

Такође, не може се сматрати да су ови случајеви дали значајнији допринос у одређивању одговарајућих граница за поступање *ad hoc* комитета, односно, за постављање стандарда за испитивање одлука трибунала, који суштински одговара поступку за поништење одлуке, насупрот апелационом поступку. Мишљења о томе да ли су *ad hoc* комитети исправно поступали се битно разликују. Аргументи на страни критике и на страни оних који њихово поступање одобравају, су подједнако убедљиви.

Критичка анализа требало би да узме у обзир, као и код случајева *Klöckner I* и *Amco I*, да су одлуке донете у случајевима који су сврстани у “*Argentine Gas Cases*”, истовремено последица заузетих правних становишта, али и одговор на специфичне економске околности. Суштински различита решења у споровима који су засновани на практично идентичном чињеничном стању, могу се објаснити као последица тога да се још увек није изградио став према томе на који начин се треба односити према економској кризи, односно, према третирању кризе од стране државе. Овакво виђење донетих одлука се може бранити и околношћу да је ICSID превасходно настао као посебан облик заштите права инвеститора. Чињеница да се у инвестиционим споровима стране третирају на основу начела једнакости, почивају на идеји да се држава у њима појављује као пословни партнер, по основу аката које имају карактер *jure gestionis*. Случајеви у којима се као примарно питање ставља заштита суверених права државе домаћина (слобода регулаторног уређивања односа на сопственој територији) се знатно разликују од традиционалног схватања предмета инвестиционих спорова. У томе се може наћи оправдање зашто ICSID трибунали и *ad hoc* комитети нису успели да поставе и очувају адекватну конструкцију на којима заснивају своје надлежности и мандат за одлучивање.

⁴⁴⁹ Видети: *Burke-White, Andreas Von Staden, “Investment protection in extraordinary times” (2007.)*, *Supra* 132. стр. 400.

Поред тога што се кроз сагледавање начина рада *ad hoc* комитета приликом одлучивања о овом основу за поништење одлуке, манифестује изразит уплив економско-политичких околности, показује се још једна специфичност. Донете одлуке, као и образложења изнета у једном делу литературе, уважавају став да основи за поништење одлука у ICSID систему не подразумевају само строго формални тест. Напротив, ствара се тенденција схватања да *ad hoc* комитети морају да спроведу испитивање да ли је суштински дошло до примене одговарајућег права. Другим речима, ствара се теоријска подлога за легитимизацију рада *ad hoc* комитета постављену на широким овлашћењима, која излазе из оквира схватања поступка за поништење одлуке као изузетног правног лека, заснованог на рестриктивно постављеним условима.

в. Надлежност ICSID-а

в.1. Надлежност ICSID-а према Конвенцији

Члан 25. ICSID Конвенције прописује да надлежност Центра обухвата сваки правни спор између државе потписнице (или саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавестила Центар) и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар. Према наведеној одредби, Конвенција предвиђа три кумулативна услова за заснивање надлежности Центра⁴⁵⁰:

1. сагласност страна;
2. услов *ratione materiae*: спор мора бити правни спор који произилази директно из инвестиције;
3. услов *ratione personae*: једна од страна у спору мора бити држава која је приступила Конвенцији, а друга мора бити држављанин друге државе уговорнице.

У релевантној литератури се може пронаћи мишљење да су приговори пред ICSID трибуналима, који се тичу недостатка надлежности, ретко имали успеха.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Видети: Цветковић (2007.), *Supra* 2. стр. 67.

⁴⁵¹ Turman, W. Michael. "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes." *International and comparative law quarterly* 35, no. 04 (1986): 813-838. str. 835.

Према члану 41. ICSID Конвенције, трибунал сам решава о својој надлежности, а случајеви у којима су определили да не могу да решавају, нису чести у пракси.

Christoph Schreuer указује да се приликом одлучивања о поништењу одлуке на основу надлежности трибунала, могу разматрати две врсте питања. Наиме, према овом аутору, одлуке се могу поништити ако су трибунали одлучивали када нису имали надлежност, али и онда када нису решили сва питања која су била у њиховој надлежности.⁴⁵² У наредном делу дисертације се анализира релевантна пракса *ad hoc* комитета која приказује начин на који су *ad hoc* комитети разматрали наведена питања.

в.2. Практика *ad hoc* комитета

Истраживање овог основа за поништење је донекле могућ кроз анализу случајева по *Schreuer* подели на три генерације случајева. Конкретно, од значаја је случај *Klöckner I* (као случај прве генерације) и случај *Vivendi I* (као случај треће генерације). У случају *MINE*, представнику друге генерације случајева, *ad hoc* комитет није расправљао питања надлежности.

Наведена два случаја (*Klöckner I* и *Vivendi I*) показују да решавање о надлежности, кроз различите генерације случајева, не показује исте тенденције у схватању *ad hoc* комитета, као код разматрања питања примене погрешног права. Конкретно, не може се прихватити став да постоји значајно другачија оријентација *ad hoc* комитета, кроз различите генерације случајева, у опредељивању граница својих овлашћења, када је у питању одлучивање о поништењу одлуке на основу јурисдикције трибунала. Чак, може се узети да је случај *Klöckner I* карактеристичан у том смислу, јер је *ad hoc* трибунал показао потпуно другачији приступ када је разматрао питања меродаваног права у односу на приступ усвојен приликом разматрања питања надлежности трибунала.

Случај *Vivendi I* се може посматрати као најзначајнији случај у коме је разматрано о разликама у надлежности која је заснована на основу инвестиционог споразума (склопљеног између државе порекла капитала и државе домаћина) и на основу уговора између инвеститора и државе домаћина. Односно, *Vivendi I* је најзначајнији случај који се водио пред ICSID-ом, а који се тиче односа између одговорности на основу међународног споразума и одговорности на основу пословног

⁴⁵² Видети: Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330, стр. 25-28.

уговора.⁴⁵³ Додуше, и у случају *Klöckner I, ad hoc* комитет је имао прилике да заузме став о овом питању.

Одлуке *ad hoc* комитета у ова два случаја ће бити размотрене ради сачињавања систематског приказа да ли овај основ за поништење одлуке показује тенденције да рад *ad hoc* комитета из поступка за поништење одлуке прерасте у апелациони поступак.

в.2.1. Случај Klöckner I

У случају *Klöckner I*, држава Камерун је тражила поништење на основу очигледног прекорачења овлашћења, заснованог на непостојању надлежности ICSID трибунала да одлучује у конкретном случају.

Камерун је у свом захтеву за поништење одлуке, навео да трибунал није имао надлежност, јер је Уговором о управљању (енг. „*Management Contract*“), којим су регулисана права и обавезе у вези са управљањем хотелима, уговорена надлежност Међународне трговинске коморе (енг. „*International Chamber of Commerce*“). Трибунал је у конкретном случају засновао надлежност на Протоколу о споразуму (енг. „*Protocol of Agreement*“), у коме је уговорена надлежност ICSID-а. Према схватању Камеруна, овај Протокол садржи само обавезу уговорних страна да у будућности закључе Уговор о управљању којим ће детаљно уредити међусобне односе, па према томе, решавање спора који настане у вези са било којим правом или обавезом из тог односа, треба да буде решен пред форумом уговореним тим Уговором, а то је Међународна трговинска комора. Према схватању трибунала, Протокол садржи самосталне и независне одредбе (енг. „*self-executing*“) и трибунал има надлежност у односу на њих.

Одлучујући о захтеву за поништење по овом основу, *ad hoc* комитет је размотрио однос између Протокола и Уговора о управљању.⁴⁵⁴ У истраживању тог односа, постављају се суштинска питања која су од значаја за утврђивање надлежности. Протокол је закључен пре Уговора о управљању, па се поставља питање зашто је трибунал негирао могућност да су уговорне стране, након протекла одређеног времена, решиле да на другачији начин уреде међусобне односе, те да је уговарање надлежности другог форума за решавање спора био израз воље уговорних страна. *Ad hoc* комитет је утврдио да се трибунал ниједног тренутка није бавио овом могућношћу. Даље, када је могуће две различите клаузуле применити на исту ситуацију, она која је

⁴⁵³ Schreuer, Christoph. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims—the Vivendi I Case Considered." *T. Weiler, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May, London (2005)..* 281-323. стр. 281

⁴⁵⁴ *Supra* 331, Klöckner I annulment decision, paras. 4-56.

касније закључена имплицитно дерогира претходну. Међутим, трибунал није истражио ни ову могућност.⁴⁵⁵

Ad hoc комитет је као суштинско питање за процену да ли је постојала надлежност трибунала или не, узео у обзир да ли два споразума (*Protocol of Agreement* и *Management Contract*) имају различито поље примене. Уколико је то случај, могуће је уговорити два различита форума за решавање спорова, при чему би сваки имао надлежност само за однос из уговора којим је уговорен.⁴⁵⁶

Камерун је сматрао да *Protocol of Agreement* не регулише услове управљања, односно садржину међусобних права и обавеза, већ само услове под којим Уговор о управљању треба да буде склопљен. Према овом схватању, *Protocol of Agreement* не може истовремено да буде и оквирни споразум и споразум који садржи конкретне, прецизно дефинисане међусобне обавезе (енг. „*framework and implementing agreement*“). Међутим, трибунал је као доказ да је *Protocol of Agreement* уговор који је *self-executing*, навео околност да је *Klöckner* обављао менаџерске дужности и пре закључивања Уговора о управљању, што значи да су овакве обавезе произишле из Протокола. Супротно томе, Камерун је сматрао да су менаџерске активности могле да се обављају и без било каквог писаног споразума.

Трибунал је усвојио мишљење према коме Протокол прописује обавезу (обављање менаџерских дужности), а да Уговор о управљању садржи *modus operandi*, начин на који та обавеза треба да буде извршена. Дакле, према схватању Трибунала, Протокол садржи самосталну обавезу, па о садржини те обавезе, као и да ли је и на који начин прекршена, може да одлучује. За односе који су уређени Уговором о управљању, трибунал је прогласио да нема надлежност да одлучује.

Ad hoc комитет је испитивао да ли је трибунал заиста могао у конкретном случају да донесе одлуку без испитивања садржине међусобних права и обавеза, које су уређене Уговором о управљању. Према налазу *ad hoc* комитета, трибунал је био пажљив у начину на који је формулисао одлуку и ни на једном месту не постоји цитирање или директно позивање на одредбе Уговора о управљању, али да свакако није могао да образложи своје схватање без било каквог реферисања на Уговор.⁴⁵⁷

Ad hoc комитет је, узевши у обзир аргументе страна у спору, након испитивања текста арбитражних клаузула у Протоколу и Уговора о управљању, изнео схватање да

⁴⁵⁵ *Ibid.*, paras. 14, 18, 37.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, para 16.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, para 42.

његов задатак није да утврђује да ли је интерпретација ових клаузула које је усвојио трибунал најбоља могућа, чак ни да ли је тачна, већ само да ли је трибунал прекорачио своја овлашћења. Што се тиче питања да ли је трибунал, приликом одлучивања, ипак имплицитно применио одредбе Уговора о управљању, иако је јасно да није имао овлашћење да то учини, *ad hoc* комитет је направио јасну разлику између примене одредби уговора и разматрања одредби уговора у циљу тумачења и примене одредби Протокола. Према *ad hoc* комитету, трибунал није имао права да користи прву опцију, али је свакако могао да узме у обзир Уговор о управљању ради интерпретације одредби Протокола. Не само што је имао права, већ је *ad hoc* комитет сматрао да је то стандардна пракса у примени прописа, уобичајена и потпуно примерена. Што се тиче тумачења да ли Протокол има карактер *self-executing* уговора, који садржи одредбе које се имају применити самостално и независно од Уговора о управљању, па да на основу тога трибунал има јурисдикцију над односима регулисаним овим Протоколом, *ad hoc* комитет је сматрао да је могуће изнети различита схватања по овом питању. Међутим, у случају сумње које схватање је најисправније, *ad hoc* комитет је сматрао да треба поступити сагласно принципу *in favorem validatis sententiae*.

Ad hoc комитет је у одлуци навео да се може сматрати да је тумачење трибунала неубедљиво, или неадекватно. Међутим, како није задатак *ad hoc* комитета да испитује тачност донете одлуке, а нашао је да се схватања трибунала чине одрживим и да нису произвољна, *ad hoc* комитет је сматрао да трибунал није прекорачио своја овлашћења.⁴⁵⁸

в.2.2. Случај *Vivendi I*

У овом случају спор се тичао инвестиције учињене у снабдевање водом и канализацију у аргентинској провинцији *Tucumán*. Ова инвестиција се реализовала на основу концесионог уговора који је француска компанија склопила са провинцијом. Спор је настао, јер је, према инвеститору, ова провинција спровела низ мера којима је онемогућила нормално пословање и које су окарактерисане као кршење третмана прописаног БИТ-ом, склопљеним између Аргентине и Француске. У овом случају постојале су две групе захтева о којима је требало да се одлучује: такозване “*federal claims*”, а друга група су “*Tucumán claims*”.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, para. 52.

“*Federal claims*” се односе на одговорност Аргентине, односно централне власти, јер није предузела мере којима би спречила провинцију *Tucumán* да предузима мере којима може нанети штету инвестицији. “*Tucumán claims*” се, такође, односе на одговорност Аргентине, али по другом основу. Суштина ових захтева је у томе да је локална власт провинције *Tucumán* предузела одређене мере којима се крши међудржавни споразум, али да у међународном промету, држава (Аргентина) одговара за њих, као за акте сопствене власти.

Аргентина је сматрала да ICSID трибунал нема јурисдикцију да одлучује у овом спору, јер концесиони уговор подразумева надлежност локалних органа провинције *Tucumán* за решавање спорова који проистекну из овог уговора. Према мишљењу Аргентине, у спору се радило управо о правима и обавезама заснованим на концесионом односу, насталим на основу концесионог уговора.

Трибунал је, у овом случају, најпре одлучивао о надлежности и нашао је да има надлежност да одлучује у конкретном спору. Трибунал је сматрао да третман инвеститора који је повод за спор представља обавезе које су предвиђене БИТ-ом, а не Концесионим уговором. Даље, према правилима међународног права, акте које предузимају локални органи власти територијалних јединица државе, у смислу међународне одговорности, могу се приписати актима те државе. Сагласно томе, Аргентина не може на основу федералне структуре државног уређења да се ослободи одговорности по основу међународних уговора које је закључила. Без обзира што су локални органи провинције *Tucumán* надлежни за решавање спорова који су проистекли из концесионог уговора, тиме се не може ограничити надлежност ICSID-а за решавање спорова који су проистекли из БИТ-а.⁴⁵⁹

У поступку по захтеву за поништење одлуке, *ad hoc* комитет је делимично поништио одлуку трибунала.

Ad hoc комитет је, најпре, утврдио да је трибунал исправно одлучио о томе да ли има надлежност да одлучује у овом спору. Према схватању комитета, трибунал је овлашћен да одлучује о свим питањима која се тичу одредби БИТ-а.⁴⁶⁰ *Ad hoc* комитет је узео у обзир члан 25. став 1. ICSID Конвенције, којим је прописано да спор пред ICSID-ом може да се води и против саставне области или органа државе потписнице о којима је та држава обавестила ICSID. Чињеница да провинција *Tucumán* није посебно опредељена као област против које се може покренути спор, не значи да спор спада ван

⁴⁵⁹ *Supra* 334, Vivendi I award, paras. 50-53.

⁴⁶⁰ Vivendi I annulment decision, para. 60.

домашаја БИТ-а. *Ad hoc* комитет је сматрао да се примењује правило по коме је Аргентина одговорна за акте које су предузели локални органи одређеног дела те државе, тако да се може сматрати да је спор покренут између инвеститора и државе уговорнице, у смислу члана 25. ICSID Конвенције. Суштински, по питању односа одговорности на основу БИТ-а и одговорности на основу концесионог уговора, као и по питању одговорности за акте које су предузели органи федералне власти, *ad hoc* комитет се сложио са налазима трибунала.⁴⁶¹

Schreuer налази да је овај случај значајан због тога што у праксу *ad hoc* комитета уводи посебан случај у коме се може поништити одлука на основу очигледног прекорачења овлашћења. То је такође питање јурисдикције трибунала, али у случају када пропусти да одлучи о одређеном питању, односно, случај када трибунал не врши своју надлежност.⁴⁶² *Ad hoc* комитет је заузео генерални став по овом питању и у одлуци констатовао да је трибунал прекорачио овлашћења ако је вршио надлежност коју, сагласно важећем споразуму, односно ICSID Конвенцији, није имао, али и у случају да је пропустио да врши ту надлежност. Међутим, пропуштање вршења надлежности, према *ad hoc* комитету, може се сматрати очигледним прекорачењем овлашћења само у случају када је та чињеница очито од значаја за исход спора.⁴⁶³

У одлуци о поништењу, *ad hoc* комитет је посебно размотрио да ли је трибунал одлучио о обе врсте захтева које су биле истакнуте у спору и о “*Federal claims*” и о “*Tucumán claims*”.

Ad hoc комитет је нашао да је трибунал размотрио “*Federal claims*”, утврдио све релевантне чињенице и одлучио о њима, па је одбио је да поништи одлуку по овом основу.⁴⁶⁴

Међутим, када су у питању “*Tucumán claims*”, *ad hoc* трибунал је имао другачије мишљење.⁴⁶⁵ *Ad hoc* комитет је сматрао да је, када је у питању надлежност за одлучивање у конкретном спору, могуће да држава прекрши БИТ, а да истовремено не прекрши одредбе концесионог уговора, имајући у виду да се ради о два посебна правна инструмента. *Ad hoc* комитет је указао да је сагласан са правилом да ће у међународном промету држава бити одговорна за акте које почине органи њене локалне власти. Међутим, сматрао је да држава неће бити одговорна за испуњење

⁴⁶¹ *Ibid.*, paras. 72-80.

⁴⁶² Видети: Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330, стр. 26.

⁴⁶³ *Supra* 334, Vivendi I annulment decision, para. 86.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, paras. 89-92.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, paras. 93-115.

комерцијалних уговора које локалне власти закључују на основу сопственог правног капацитета (у овом случају, то би био концесиони уговор). Према схватању комитета, уколико ICSID трибунал има надлежност да решава о одређеној одредби БИТ-а, пропуштање да тако учини не може заснивати на сумњи да ли је о том питању требало да се изјасни одређени национални орган. Трибунал има обавезу да изврши испитивање спорног питања сагласно ICSID Конвенцији, БИТ-у и међународном праву. Такво испитивање, принципијелно није одређено, нити преклудирано, било којим питањем домаћег права, укључујући споразум страна о том праву.⁴⁶⁶ Према овом схватању *ad hoc* комитета, карактеризација одређеног акта државе као противног међународном споразуму, не може бити дерогирана споразумом о надлежности домаћих судова из концесионог уговора. Другим речима, држава не може да се ослања на ексклузивност јурисдикционе клаузуле у овом уговору, уколико су акти које је предузела окарактерисани као супротни међународном споразуму, односно, у овом случају БИТ-у. Трибунал је био у праву што је сматрао да нема надлежност да одлучује о питањима која су уређена концесионим уговором. Међутим, имао је права да узме у обзир специфичне услове уговора да би могао да утврди да ли је БИТ прекршен. У том случају би концесиони уговор користио као помоћно средство у тумачењу БИТ-а.⁴⁶⁷ *Ad hoc* комитет је нашао да трибунал, позивајући се на то да су “*Tucumán claims*” засноване на односу који проистиче из концесионог уговора, није одлучио о овој групи захтева. *Ad hoc* комитет је у својој одлуци посебно цитирао став трибунала изражен у параграфу 79 одлуке, у коме наводи да није могуће одредити који акти провинције *Tucumán* су предузети у капацитету суверене власти, а који у капацитету уговорне стране концесионог уговора, јер се добар део презентованих доказа тиче управо поштовања његових одредби. Овакво схватање трибунала, *ad hoc* комитет је окарактерисао као пропуштање трибунала да одлучи о такозваним “*Tucumán claims*”.⁴⁶⁸ *Ad hoc* комитет је, даље нашао, да је такво пропуштање носило озбиљан терет по исход целог спора, тако да је прекорачење овлашћења било очигледно (енг. „*manifest*“), па је одлучио да поништи део одлуке Трибунала којим се бавио овим питањима.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ *Ibid.*, para. 102.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, para. 105.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, para. 111.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, para. 115.

в.3. Анализа

На основу анализе случајева „Klöckner I“ и „Vivendi I“ може се закључити да су трибунали показали тенденцију која иде у корист заснивања надлежности, базирану на ставовима који иду даље од правног формализма. Конкретно, трибунали су, да би засновали надлежност, водили рачуна о економској реалности инвестиције: да се ради о подухвату који типично укључује више различитих компанија, да се домаћа компанија углавном појављује као средство реализације инвестиције и да су односи поводом ње често уређени бројним, међусобно повезаним уговорима, закљученим са различитим партнерима. Ови партнери могу бити домаће компаније, као и органи домаће власти, али се они у сваком случају тичу одређеног инвестиционог подухвата. Без обзира што у таквим околностима питање надлежности постаје изузетно комплексно, традиционално, трибунали су користили екстензивно тумачење споразума који се тичу инвестиције, тако да би „покрили“ све аспекте пословања и заинтересованим странама пружили најпотпунију заштиту под окриљем ICSID Конвенције. То је у складу са израженим мишљењем у релевантној литератури, према коме у пракси трибунала, ограничења надлежности која су успостављена ICSID Конвенцијом, не представљају значајну препреку да би одлучили да имају права да одлучују у конкретном случају. Говори се о фактичком постојању претпоставке у корист надлежности ICSID трибунала, те њеном заснивању на основу постојања индиректних околности које упућују на испуњеност *ratione personae* или *ratione materiae* услова.⁴⁷⁰

Када је у питању случај *Klöckner I, ad hoc* комитет у донетој одлуци о поништењу није сакрио сумње у начин на који је трибунал образложио заснивање надлежности. Ипак, није заменио схватање трибунала сопственим, и одлучио је да није испуњен основ за поништење одлуке. *Reisman* сматра да се оваква одлука *ad hoc* комитета чини врло либералном и толерантном.⁴⁷¹ У светлу остатка одлуке о поништењу, нејасан је приступ који је *ad hoc* комитет применио одлучујући по овом питању. Овај аутор сматра питање јурисдикције најпроблематичнијим делом одлуке трибунала. *Ad hoc* комитет је прогласио тумачење које је трибунал дао „одрживим“, али је ипак изнео својеврсну критику усвојеног схватања. Према мишљењу које износи *Reisman*, супротна одлука би много више допринела очувању коначности и функционисању контролног механизма у оквиру ICSID-а. Сем тога, *ad hoc* комитет

⁴⁷⁰ Видети: Turman (1986.), *Supra* 451, стр. 840.

⁴⁷¹ Видети: Reisman (1989.), *Supra* 355, стр. 765-770.

није био доследан у примени принципа *in favorem validatis sententiae*. У делу одлуке који се односи на разматрање да ли је трибунал применио право које је било прописано за решавање спора, имао је строжи приступ. На основу толерантног третмана по питању надлежности, основано би било очекивати да би резоновање трибунала по питању примењивог права могло да задовољи стандарде *ad hoc* комитета. Ипак, то није био случај.

Било је прихватљиво да у овом случају ICSID трибунал прихвати ограничену надлежност. Међутим, овим се потврђује мишљење изнето у литератури: у случају када постоје импликације да трибунали могу бити лишени надлежности, примениће широко тумачење одредби ICSID Конвенције, како би је установили у своју корист.⁴⁷²

Одлука која је донета у случају *Vivendi I* се сматра најзначајнијом одлуком у контексту налажења праве мере односа између захтева заснованих на међународном споразуму и оних заснованих на уговору између инвеститора и државе (*treaty claims v. contract claims*). Међутим *Schreuer* сматра да ова одлука има много већи значај. По њему, овај случај је посебно битан за схватање јурисдикције међународних трибунала. Према његовом схватању и испитивању праксе ICSID трибунала и *ad hoc* комитета, клаузула о избору форума за решавање спора садржана у уговору између државе и инвеститора не утиче на компетенцију трибунала засновану на БИТ-у. Утврђивање одговорности државе на основу кршења ова два различита правна извора, мора се међусобно разликовати јер је засновано на различитим актима државе, односно има различите узроке, без обзира што они могу почивати на истом чињеничном стању. Клаузуле садржане у уговору су креиране тако да се баве питањима кршења тог уговора, док су ICSID трибунали, који своју надлежност заснивају на закљученом БИТ-у, надлежни за спорове проистекле уз тог међудржавног споразума. Ипак, без обзира на овакво разликовање, то не значи да међународни трибунали никад немају надлежност да одлучују о захтевима заснованим на домаћем праву, односно о уговорним споровима проистеклим из уговора између инвеститора и државе. Такав је случај када кршење уговора истовремено представља и кршење међународног права, конкретно БИТ-а. *Schreuer* сматра да се такво схватање имплицитно види управо у одлуци *ad hoc* комитета у случају *Vivendi I*.⁴⁷³ Други случај у коме се може сматрати да постоји надлежност трибунала, постоји када је она дефинисана широко и тиче се свих

⁴⁷² Видети: Tumpman (1986.), *Supra* 451, стр. 836.

⁴⁷³ Видети: Schreuer, *Investment treaty arbitration and jurisdiction over contract claims* (2005.), *Supra* 453, стр. 295.

питања везаних за инвестицију. У том случају, трибунал је надлежан и за питања која су везана искључиво за уговор (а не истовремено и за БИТ), управо зато што се тичу инвестиције.⁴⁷⁴ Трећа ситуација, је постојање “*umbrella clause*”,⁴⁷⁵ чије дејство је управо да све захтеве базиране на уговору трансформише у захтеве које се тичу самог међународног споразума.⁴⁷⁶

Испитивање донетих одлука у случајевима *Klöckner I* и *Vivendi I*, као и релевантне стручне литературе која се њима бавила, од значаја је за разумевање начина на који се генерално третира питање надлежности у оквиру ICSID-а. Очигледно је да се усваја екстензивно тумачење, које омогућава трибунаlima широке могућности за пружање заштите странама које су показале опредељење да спор изнесу пред ICSID. Са друге стране, нема богате праксе *ad hoc* комитета који су одлучивали о поништењу одлука на основу питања јурисдикције. Без обзира на то, остаје питање да ли овај основ за поништење има потенцијал да помера природу поступања *ad hoc* комитета од поступка за анулирање одлуке ка апелационом поступку.

Да би могао да се да адекватан одговор на ово питање, потребно је, поред анализе претходна два случаја, истражити још један, који излази из оквира теоријске класификације на „три генерације случајева“. Ради се о случају *Patrick Mitchell*,⁴⁷⁷ који је од значаја јер је један од ретких случајева у којима је дошло до поништења одлуке јер је *ad hoc* комитет нашао да трибунал није имао надлежност.

в.4. Случај Patrick Mitchell као специфичан пример праксе ad hoc комитета

Случај *Patrick Mitchell* је посебно карактеристичан јер је у овом случају први пут пред ICSID-ом одлучивано поводом пословања правне фирме.⁴⁷⁸ Поред тога, у поступку за анулирање одлуке, *ad hoc* комитет је одлучио да је потребно поништити одлуку зато што је трибунал одлучивао иако није имао надлежност.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, стр. 296-299.

⁴⁷⁵ „Кишобран клаузулом се утврђује обавеза страна уговорница међудржавног споразума да поштују обавезе које су преузеле у односу на држављане друге државе уговорнице (у случају да је клаузула уговорена у БИТ-у), односно држављане других страна уговорница (у случају мултилатералних споразума). Тиме се обавезе утврђене уговором државе и страног инвеститора подижу на ниво међународноправне обавезе, а кршење услова и границија садржаних у том уговору сматра се кршењем билатералног односно мултилатералног споразума у питању, са последицом да се уподобљава деликту међународног права.“ Наведено према: Цветковић (2007.), *Supra* 2. стр. 44.

⁴⁷⁶ Видети: Schreuer, *Investment treaty arbitration and jurisdiction over contract claims* (2005.), *Supra* 453, стр.299.

⁴⁷⁷ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/99/7)

⁴⁷⁸ *Ibid.* para. 34.

У овом случају *Patrick Mitchell* је основао правну фирму у Конгу. Када му је фирма затворена услед војне акције, на основу БИТ-а закљученог између САД и Заира, чији је Конго правни следбеник, *Patrick Mitchell* је покренуо спор пред ICSID-ом. У спору је тврдио да је дошло до нелегалне експропријације његове инвестиције, што је супротно одредбама овог БИТ-а. Трибунал је одлучио у корист *Patrick Mitchell*-а и доделио компензацију.

У захтеву за поништење одлуке, Конго је истакао да је дошло до очевидног прекорачења овлашћења трибунала, јер није имао надлежност да одлучује у овом спору.

Према члану 25. ICSID Конвенције, да би трибунал имао надлежност, спор мора да произилази из инвестиције. Конго је сматрао да се у овом случају није радило о инвестицији у смислу одредби БИТ-а, односно ICSID Конвенције.

Приликом разматрања захтева, *ad hoc* комитет је најпре навео генерално схватање о поступку поништења, посебно наводећи да то није и не може се употребљавати као апелациони поступак, иако се у захтевима страна врло често истичу наводи који се управо тичу меритума ствари.⁴⁷⁹ *Ad hoc* комитет је даље навео да не може да поништи одлуку ако није дошло до суштинског кршења правила које се штити чланом 52. ICSID Конвенције. Такође, одлука се не може поништити осим ако прекорачење овлашћења није очигледно. Да би постојао разлог за поништење, такву очигледност *ad hoc* комитет мора да утврди непосредно и са сигурношћу, без потребе да се упусти у детаљну анализу одлуке трибунала.⁴⁸⁰

Ad hoc комитет је најпре утврдио да ICSID Конвенција, као ни САД-Конго БИТ не дају дефиницију инвестиције. Затим је кроз анализу случајева који су се решавали пред ICSID трибуналима и анализу правне доктрине идентификовао основне карактеристике овог појма, које треба да послуже за утврђивање да ли се у конкретном случају може сматрати да се ради о инвестицији. Ове карактеристике су:

1. постојање улагања (финансијско, кроз рад, као *know-how*),
2. дуготрајни карактер,
3. економски ризик и
4. допринос економском развоју државе домаћина.

Према *ad hoc* комитету, управо допринос економском развоју треба да се посматра као кључна карактеристика приликом утврђивања да ли је реч о

⁴⁷⁹ *Ibid.*, para. 19.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, para. 20.

инвестицији.⁴⁸¹ При том, за утврђивање надлежности није потребно да се утврђује стварна вредност таквог доприноса.⁴⁸²

Ad hoc комитет наводи да је трибунал идентификовао следеће елементе који опредељују рад *Patrick Mitchell*-а као инвестицију:

1. постојање покретне имовине фирме,
2. чињеница да има право да обавља своје активности у Конгу, као и да поседује *know-how*,
3. уплате регистроване на рачунима *Patrick Mitchell*-а у Америци, а које проистичу из надокнада добијених обављањем правних послова у Конгу.⁴⁸³

Трибунал је навео да се из текста БИТ-а може схватити да инвестиција подразумева било коју услугу коју пружа страни инвеститор. *Ad hoc* комитет је сматрао да текст БИТ-а спомиње било које врсте инвестиција, укључујући и услуге, а не било које врсте услуга. Даље, сматрао је да трибунал није образложио зашто, с обзиром на текст БИТ-а, сматра да се пословање *Patrick Mitchell*-а може сматрати инвестицијом.⁴⁸⁴

Ad hoc комитет је био мишљења да је правна фирма неуобичајена пословна операција, са становишта концепта инвестиције, и потребно је да допринос економском развоју, или барем интересима државе домаћина, буде присутан у овој пословној операцији. Да је ово случај, могло би се говорити о инвестицији. Међутим, одлука трибунала уопште не разматра ово питање. Одлука трибунала је непотпуна и неразговорна у погледу тога шта се сматра инвестицијом: указује на разне фрагменте пословне операције, без коначног навођења разлога зашто је сматра инвестицијом и без навођења било каквог објашњења о вези између фирме *Patrick Mitchell*-а и Конга (осим што послује на њеној територији). Према схватању *ad hoc* комитета, тако неадекватно образложење има посебну тежину, јер отвара врата злоупотребама, према којима се као инвеститор може квалификовати било која правна фирма, односно фирма која има седиште у страниој држави, на тај начин јој омогућавајући приступ ICSID систему.⁴⁸⁵

Ad hoc комитет је даље разматрао елементе за које је трибунал сматрао да одређују инвестицију. Трибунал говори о заради коју је *Patrick Mitchell* имао на основу обављања своје делатности. Међутим, *ad hoc* комитет је изнео да се у БИТ-у спомиње реинвестирање зараде као елемент инвестиције, а не сама зарада. Поред тога, трибунал

⁴⁸¹ *Ibid.*, para. 27.

⁴⁸² *Ibid.*, para. 33.

⁴⁸³ *Ibid.*, para. 35.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, paras. 37,38.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, paras. 39,40.

је јасно навео да се ради о заради која је евидентирана на рачунима у Америци. *Ad hoc* комитет је посебно навео да не може да санкционише погрешно тумачење одредби БИТ-а. Међутим, узимајући у виду да трибунал није дао образложење на коме базира одређивање послова *Patrick Mitchell*-а као инвестиције, као и да се кроз одлуку, на више места, зарада третира као битан елемент инвестиције, што није сагласно БИТ-у, *ad hoc* комитет је био мишљења да се не може сматрати да се овде ради о несмотрености трибунала (енг. „*inadvertence*”) у тумачењу одредби БИТ-а. Напротив, *ad hoc* комитет је сматрао да је трибунал наметнуо концепт инвестиције у конкретном случају, са циљем да позитивно одлучи о сопственој надлежности. Другим речима, у овом случају, *ad hoc* комитет је сматрао да има основа да одлучи да је дошло до прекорачења овлашћења трибунала. Због тога што трибунал изричито разматра зараду која је евидентирана на рачунима у Америци, као инвестицију у Конгу, *ad hoc* комитет је сматрао да је прекорачење овлашћења очигледно.⁴⁸⁶

ICSID Конвенција не дефинише шта се сматра инвестицијом, али кроз праксу трибунала се могу издвојити две главне теорије на основу којих се може одредити појам инвестиције.⁴⁸⁷ Према субјективној теорији, за одређивање шта је инвестиција меродавно је оно што су стране утврдиле. Дакле, начин на који су оне дефинисале овај појам. Међутим, није нужно да у споразуму страна постоји изричита дефиниција инвестиције. Према овом схватању, може се сматрати да чињеница да су стране уговориле ICSID као форум за решавање спора, то значи да су сматрале да је пословни однос у коме оне учествују, инвестиција. Према објективној теорији, за заснивање надлежности није довољан само пристанак страна, већ инвестиција мора да задовољава извесне објективне критеријуме, да би се сматрала таквом. Када су у питању елементи за одређивање инвестиција, често се цитира одлука донета у случају *Salini*⁴⁸⁸. Дакле, да би се одређени пословни подухват сматрао инвестицијом, мора да испуни четири елемента:

1. постојање улагања (у новцу или у раду);
2. дужина пословања;
3. учешће у сношењу ризика и

⁴⁸⁶ *Ibid.*, paras. 42-48.

⁴⁸⁷ Hamida, Walid Ben. "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control—Ad Hoc Committee’s Decision in *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*." *Journal of International Arbitration* 24, no. 3 (2007): 287-306., str. 289-291.

⁴⁸⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4)

4. допринос економском развоју државе домаћина.⁴⁸⁹

Међутим, трибунал у случају *Patrick Mitchell*, који је најпре одлучивао о својој надлежности, применио је субјективну теорију.⁴⁹⁰ Најпре је узео у обзир да се из текста САД-Конго БИТ-а може закључити да термин инвестиција има широко значење, те да се, на основу идентификована три елемента⁴⁹¹ и пословање *Patrick Mitchell*-а може сматрати инвестицијом (енг. „*smaller investment*”). Конго је у свом поднеску оспоравао овакво одређивање и навео је да недостају неки од основних „*Salini* елемената“ који једну пословну операцију могу да одреде као инвестицију, рецимо: дуготрајност пословања, допринос економском развоју државе домаћина, односно, навео је да се не ради о таквом подухвату који би се могао издвојити као инвестиција у односу на обичне комерцијалне подухвате. Међутим, трибунал је сматрао да ове елементе не треба схватати као формалноправне, обавезујуће захтеве за утврђивање да је реч о инвестицији.

Ad hoc комитет који је одлучивао у овом случају, за одређивање појма инвестиције применио је објективну теорију.⁴⁹² Дакле, иако је начелно потребно кренути од онога што је дефинисано у инвестиционом споразуму, или у споразуму између инвеститора и државе домаћина, потребно је да појам инвестиције у конкретном случају буде подобан ономе што се може сматрати инвестицијом у контексту ICSID Конвенције. То значи да се мора установити постојање „*Salini* елемената“. *Ad hoc* комитет је у овом случају, чак, ставио посебан акценат на захтев да инвестиција мора да допринесе економском развоју државе домаћина, што је елемент који се не може пронаћи у пословању фирме *Patrick Mitchell*-а. *Ad hoc* комитет је сматрао да је трибунал у овом случају наметнуо концепт инвестиције да би одлучио у корист своје надлежности, иако није имао основа за то.⁴⁹³

Када је у питању обим преиспитивања одлуке трибунала, може се сматрати основаним што је *ad hoc* комитет разматрао да ли се у конкретном случају ради о инвестицији. Овакав став се може поткрепити и схватањем које је изнео *Schreuer* да било који од услова за заснивање надлежности ICSID-а, прописаних чланом 25. Конвенције, може бити основ за подношење захтева за поништење одлуке.⁴⁹⁴ С обзиром на то да Конвенција изричито прописује да спор мора да проистиче из

⁴⁸⁹ Salini, Decision on Jurisdiction, paras. 50–58.

⁴⁹⁰ Видети: Hamida (2007.), *Supra* 487, стр. 292.

⁴⁹¹ *Supra* 477, Patrick Mitchell annulment decision, para. 35.

⁴⁹² Видети: Hamida (2007.), *Supra* 487, стр. 293.

⁴⁹³ Patrick Mitchell annulment decision, paras. 46,47.

⁴⁹⁴ Видети: Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330, стр. 25.

инвестиције, прихватљиво је да је *ad hoc* комитет исправно поступио што се бавио овим питањем. Међутим, да ли је било исправно резонување *ad hoc* комитета које је довело до тога да се поништи одлука, је сасвим друго питање. Као што је напред изнето, у пракси трибунала у оквиру ICSID-а, прихваћене су и субјективна и објективна теорија приликом утврђивања шта се може сматрати инвестицијом. ICSID Конвенција нема ограничења у погледу тога када се може применити једна или друга теорија. Према томе, има мишљења да је у овом случају одлука о поништењу одлуке, када је у питању надлежност трибунала, била исувише строга.⁴⁹⁵ Још значајније од питања примењене ригидности у одлучивању *ad hoc* комитета је следећа околност: *ad hoc* комитет је могао да најпре утврди да је трибунал одлучио да примени субјективну теорију, а затим да одреди да ли су испуњени сви услови који се овом теоријом траже да би се успоставила надлежност. Уместо тога, *ad hoc* комитет је применио сасвим другу теорију за утврђивање појма инвестиције, што значи да је заправо приликом одлучивања схватање трибунала заменио сопственим решењем конкретног спорног питања. Овакав начин разматрања, суштински није својствен поступку за анулирање одлуке. У поступку поништења *ad hoc* комитет треба да изнесе оцену поступања трибунала, односно да утврди да ли је дошло до грешке и да ли је та грешка таква да оправдава поништење. Нема места засебном решавању спорног питања којим се трибунал бавио од стране *ad hoc* комитета. Изношење другог решења у односу на оно које је трибунал установио, чак и ако је оно у функцији указивања на грешку трибунала, више личи на начин поступања ограна у апелационом поступку.

в.5. Закључна разматрања о пракси ad hoc комитета у одлучивању о поништењу одлука по основу питања надлежности ICSID-а

Ако се узме у обзир да литература идентификује да трибунали генерално примењују екстензивно тумачење одредби ICSID Конвенције када је у питању одређивање надлежности, може се говорити о извесном неписаном правилу, односно о општем концепту ICSID система, који се изградио кроз праксу. Свакако, ради се о концепту који се очигледно наметнуо као општеприхваћени, односно као својеврсни вид „*soft law*“ средства за интерпретирање ICSID Конвенције. Ако се на тај начин схвати одређивање надлежности, може се узети да остаје скучен простор *ad hoc* комитетима за поништење одлука по овом питању. Такође, на овај начин би се могло

⁴⁹⁵ Видети: Hamida (2007.), *Supra* 487, стр. 303.

објаснити зашто *Schreuer* сматра да се одлука може поништити ако трибунал није решио питање које је било у надлежности да решава. Поготову ако се узме у обзир да ICSID Конвенција предвиђа посебан поступак за доношење допунске одлуке (члан 49.). Одлука у случају *Vivendi I* је делимично поништена управо из тог разлога.

Пракса *ad hoc* комитета показује да је тек у четири случаја дошло до поништења одлука по овом основу (два делимична поништења и два поништења у целости).⁴⁹⁶ Тиме се потврђује склоност ка благонаклоном гледању на проширивање надлежности ICSID трибунала. Суштински и одлука *ad hoc* комитета у случају *Patrick Mitchell* потврђује овакав став, осим што се прецизира да екстензивно тумачење не треба да буде пут којим се отвара могућност за злоупотребе.⁴⁹⁷ Овакав приступ је од значаја за очување интегритета ICSID система.

Што се тиче потенцијала за прерастање поступка за поништење одлуке у апелациони, не може се сматрати да је подједнако велики као када је у питању примена меродавног права. Ово је опредељено најпре природом питања о којима се решава у ове две подгрупе основа за поништење уређеним чланом 52.1.б. ICSID Конвенције. Такође, логично је сматрати да пракса екстензивног тумачења одредби које се тичу надлежности ICSID трибунала, сужава могућности у којима ће се одредити да је дошло до њихових прекорачења. Ипак, то не значи да се може рећи да су *ad hoc* комитети, кроз праксу, несумњиво утврдили стандарде поступања приликом одлучивања о анулирању одлука по основу питања јурисдикције.

Најпре, потребно је сагледати критику одлуке коју је донео *ad hoc* комитет у случају *Klöckner I*. Како *Reisman* исправно закључује, *ad hoc* комитет није успео да утврди јединствени стандард одлучивања и доследно га примени на све основе за поништење одлуке које је разматрао. Тако је приликом одлучивања о надлежности трибунала показао изузетан степен толеранције, неконзистентан ставу заузетом приликом одлучивања о прекорачењу овлашћења везаном за примену меродавног права. Поред тога, *ad hoc* комитет је изнео својеврсну критику резоновања трибунала. Без обзира што одлука није поништена по овом основу, већ по другом, треба узети да је *ad hoc* комитет сачинио сличну грешку као и онај у случају *CMS*. Одлучивање да резоновање трибунала није такво да оправдава поништење одлуке, уз његову истовремену критику, умањује правни ауторитет одлуке и легитимност изнетих ставова трибунала. На тај начин, *ad hoc* комитет, уместо да допринесе учвршћивању

⁴⁹⁶ *Supra* 228, Background Paper on ICSID Annulment, стр. 45.

⁴⁹⁷ *Supra* 477, Patrick Mitchell annulment decision, paras. 39,40.

правних ставова трибунала, заправо умањује њихов значај. Тиме се свакако увећава потенцијал за отпор приликом извршења одлука.

Случај *Patrick Mitchell*, иако шаље значајну поруку о томе да екстензивно тумачење појединих одредби Конвенције не значи могућност за злоупотребу њихове примене, такође показује да *ad hoc* комитети и даље нису успели да на адекватан начин установе своју улогу у поступку за поништење одлуке. *Ad hoc* комитет је у овом случају изнео сопствено решење спорне ствари, што није његов задатак. Свакако, одређивање границе за поступање *ad hoc* комитета у овом случају је додатно отежано природом питања којима се бавио у овом случају. *Ad hoc* комитет у случају *Patrick Mitchell* је за решавање питања процесног карактера (питања надлежности), морао да определи питање које је суштински материјалног карактера (шта се може сматрати инвестицијом). Приликом одређивања општих карактеристика поступка за поништење одлуке се посебно наводи да је у њему искључено разматрање материјалних питања. У овом случају се управо решење материјалног питања појављује као предуслов за доношење коначног суда о питању чисто процесног карактера. Свакако да је то значајна специфичност случаја *Patrick Mitchell*, која се може узети у обзир приликом објашњавања правне природе питања којима могу да се баве *ad hoc* комитети. Међутим, ова специфичност се не може узети у обзир да би оправдала методологију коју је *ad hoc* комитет применио у својој одлуци: давање сопственог суда о начину на који је требало решити конкретно питање не може се сматрати задатком *ad hoc* комитета.

4.3. Корупција члана трибунала

Члан 52. став 1. тачка ц. ICSID Конвенције као основ за поништење прописује корупцију члана трибунала. Као и за остале основе за поништење одлуке, не постоји ближе одређивање у којим случајевима се може сматрати да је дошло до корупције.

Приликом израде текста Конвенције, биле су разматране могућности да се уместо термина „корупција“, унесу термини као што су „недостатак интегритета члана трибунала“, „непрофесионално понашање“, или „недостатак морала“. Ипак, од ових идеја се одустало. Такође, из коначног текста Конвенције је изостала идеја да чињеница да је дошло до корупције треба да буде доказана судском пресудом. На тај

начин је проширена могућност за истицање захтева за поништење одлуке по овом основу.⁴⁹⁸ Међутим, у пракси, до сада није било захтева који су се базирали на корупцији члана трибунала.

Може се спекулисати о разлозима зашто *ad hoc* комитети још увек нису имали прилике да одлучују о овом основу за поништење. Може бити да тај основ заиста никада није ни постојао, а можда су стране сматрале да га је изузетно тешко доказати. Са друге стране, можда су сматрале да им одредбе Конвенције и ICSID Арбитражних правила, које се штите чланом 52.1.а. ICSID Конвенције, пружају довољну заштиту и у погледу могуће корупције. *Ad hoc* комитети су се, разматрајући основ за поништење који се односи на непрописно формирање трибунала, бавили моралним карактеристикама чланова трибунала, затим постојањем основа за пристрасност у одлучивању, као и могућ конфликт интереса.⁴⁹⁹ Свакако да је корупција много тежа квалификација, али како пракса показује није било потребе за покретањем механизма који би штитио странке од таквог облика непрописног поступања чланова трибунала.

Приликом разматрања основа за поништење одлуке који се тиче непрописно образованог трибунала, посебно је анализиран члан 6. ICSID Арбитражних правила. Према овом члану, сваки арбитар је дужан да потпише изјаву којом се, између осталог, обавезује да суди правично и да не прихвата било какве инструкције или компензацију за свој рад, осим оне на коју има права у складу са правилима ICSID-а. Потписивање ове изјаве је размотрено као заснивање посебне обавезе, не само према странама у спору, већ и према ICSID-у, као институцији под чијим окриљем арбитар треба да делује. Због тога, размотрена је могућност да кршење ове обавезе може да се посматра као засебан разлог за поништење одлуке, подведен под непрописно образовање трибунала. У случају *Vivendi II*, *ad hoc* комитет није прихватио овакво схватање.⁵⁰⁰ Међутим, у Студији о поступку поништења одлука коју је сачинио Секретаријат ICSID-а, наводи се да кршење изјаве дате у складу са чланом 6. ICSID Арбитражних правила може водити поништењу одлуке на основу члана 51.1.ц. Конвенције.⁵⁰¹

Наведена Студија не може се сматрати документом који везује *ad hoc* комитете приликом одлучивања. У самом тексту ове Студије је наведено такво опредељење. Такође, у оквиру ICSID-а не важи систем прецедената и одлука која је донета у случају *Vivendi II* не мора да се примењује на све будуће случајеве. Ипак, чињеница је да се у

⁴⁹⁸ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 2.

⁴⁹⁹ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.

⁵⁰⁰ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.

⁵⁰¹ *Supra* 228, Background Paper on ICSID Annulment, стр. 46.

Студији на различите начине сагледава значај изјаве коју предвиђају Арбитражна правила. Разлог томе се може тражити у чињеници да не постоји пракса *ad hoc* комитета по питању корупције члана трибунала као основа за поништење одлуке. Без обзира на то, несумњиво је да се ова изјава мора сматрати битним елементом приликом одлучивања.

Корупција је питање коме се посвећује велики значај у међународној заједници. О томе сведочи и Конвенција Уједињених нација против корупције, која је усвојена у Њујорку 2003. године.⁵⁰² Она указује на то да је ово питање добило глобалне размере и да представља основ за процесе који треба да буду засновани на владавини права. У преамбули ове Конвенције се изричито наводи да уважава рад других међународних и регионалних организација у овој области, укључујући активности Афричке уније, Савета Европе, Савета за царинску сарадњу (такође познатог као Светска царинска организација), Европске уније, Лиге арапских држава, Организације за економску сарадњу и развој и Организације америчких држава. Наша држава је донела Закон о ратификацији ове Конвенције.⁵⁰³

Имајући у виду универзални међународни значај борбе против корупције, може се сматрати да је у том смислу ICSID Конвенција била визионарска, јер је предвидела изузетно строги правни лек уколико се установи да је постојала корупција. Остаје да се изгради пракса која ће показати да ли је ова одредба Конвенције делотворна.

4.4. Озбиљно кршење основних правила процедуре

а. Значај принципа поштовања основних правила процедуре

Члан 52.1.д. као основ за поништење одлуке прописује да је дошло до озбиљног кршења основних правила поступка.

Питање поштовања фундаменталних правила поступка се сврстава у домен принципа природног права, односно правде. Он се садржински може посматрати као интегрални део принципа правичног процеса (енг. “*due process*”). У правним

⁵⁰² The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) is a multilateral treaty negotiated by member states of the United Nations (UN) and promoted by the UN Office on Drugs and Crime (UNODC). It is one of several legally binding international anti-corruption agreements.

Доступна на:

<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

⁵⁰³ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције („Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“ бр. 12/2005)

системима који почивају на владавини права, овај принцип се намеће као основни постулат којим се морају руководити сви органи процесног права. Обезбеђивање минималног процесног стандарда третмана, може се посматрати као начело међународног права са већ изграђеном традицијом. У свим законодавствима модерних држава се признаје право страна у спору да имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права. Овај основ за поништење одлуке треба да буде у служби заштите и адекватне реализације управо тог достигнућа савремених правних система.⁵⁰⁴

У случају *Fraport*⁵⁰⁵, *ad hoc* комитет је, указујући на суштину ове одредбе ICSID Конвенције, прихватио управо овакво објашњење.⁵⁰⁶ *Ad hoc* комитет у случају *Fraport* истиче да је овај основ за поништење одлуке у ICSID Конвенцији сачињен по угледу на Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право из 1958. године. Коментар овог Модела закона објашњава значај наведене одредбе. У њему је изражено схватање да обавезујућа снага арбитражне одлуке не почива искључиво на сагласности страна у спору. Чињеница да се трибунал руководио фундаменталним принципима права је оно што јој коначно даје правни ауторитет. Из тога произилази да одлука која је донета на основу кршења таквих принципа, неће бити обавезујућа за стране у спору. Коментар Модела закона овакву одредбу сматра изузетно афирмативном. Ипак, да би кршење процедуре могло да лиши одлуку обавезујућег дејства, мора бити озбиљно и да се тиче фундаменталних правила.

б. Решења ICSID Конвенције

*Travaux preparatoires*⁵⁰⁷ ICSID Конвенције указују на то да под правило члана 52.1.д. не може да се подведе било које кршење процедуре. Напротив, дејство ове одредбе Конвенције се ограничава само на принципе природне правде, укључујући

⁵⁰⁴ Scherer, Matthias. „ICSID Annulment Proceeding Based on Serious Departure from Fundamental Rule of Procedure (Article 52(1)(d) of the ICSID Convention).“ *Czech and Central European Yearbook of Arbitration: The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration Vol. 1, Juris Publishing, Inc.* (2011): 211-226, str. 212.

⁵⁰⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25)

⁵⁰⁶ *Fraport annulment decision*, paras. 180-187.

⁵⁰⁷ Термин „travaux preparatoires“ се односи на званични запис преговора, дискусија и припрема текста ICSID Конвенције. Доступни су на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>

Генерална примедба у овом делу тексту је преузета из описа поступка за поништење одлука дата у: *Background Paper on Annulment, Supra.* 228.

право да обе стране у спору изнесу своје аргументе и да свакој треба пружити адекватну могућност за изношење противаргумената.

Без обзира на значај принципа чија доследна примена треба да се чува одредбом члана 52.1.д., ICSID Конвенција није ближе уредила шта се све може сматрати ваљаним разлогом за поништење одлуке по овом основу.

Тумачење текста Конвенције упућује да се мора водити рачуна о два елемента:

1. кршење процедуре мора да се тиче основних (енг. „fundamental“) правила поступка,
2. кршење ових правила мора да буде озбиљно (енг. „serious“).

Овакво тумачење је дао и *ad hoc* комитет у случају *MINE*. Овај *ad hoc* комитет је најпре дао тумачење стандарда који мора да буде испуњен да би одлука могла да се поништи по основу непоштовања процедуре. Према *ad hoc* комитету у случају *MINE*, одступање од процедуре мора да буде озбиљно. Ово се мора сматрати и квантитативним и квалитативним критеријумом: непоштовање правила процедуре мора да буде знатно и мора да буде такво да лишава страну заштите коју то правило треба да јој пружи.⁵⁰⁸ Друго одређење се тиче термина основно (енг. „fundamental“). Чак ни озбиљно скретање од правила процедуре неће бити основ за поништење одлуке, ако то правило није „основно“. Према схватању *ad hoc* Комитета, неће се сва прописана правила процедуре садржана у ICSID документима сматрати основним. Као пример основних правила процедуре, *ad hoc* комитет је навео члан 18. *UNCITRAL* Модела закона о међународној комерцијалној арбитражи, који прописује да стране морају једнако да се третирају и да ће свака имати прилику да изнесе све чињенице и околности везане за случај који је изнет на решавање пред арбитражу.⁵⁰⁹

Тумачење текста ICSID Конвенције и изнето схватање *ad hoc* комитета у случају *MINE* дају само уопштено одређење који стандард треба да буде испуњен да би одлука могла да се поништи по овом основу. За практичну примену, потребно је ближе конкретизовати која су то фундаментална правила процедуре.

Ad hoc комитет у случају *Wena* је изнео схватање шта се све може подвести под основна правила процедуре. Према овом *ad hoc* комитету, одредбом члана 52.1.д. ICSID Конвенције се штити скуп минималних стандарда процедуре који треба да се поштују као одредбе међународног права. Од суштинског је значаја да свакој странци буде дато право да буде саслушана пред независним и непристрасним трибуналом. То

⁵⁰⁸ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, para. 5.05.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, para. 5.06.

укључује и право странке да изнесе свој захтев или одбрану, да понуди аргументе и доказе којима их поткрепљује. Ово основно право мора бити осигурано подједнако за обе странке, на начин који омогућава свакој да адекватно одговори на наводе и доказе друге стране.⁵¹⁰

Schreuer издваја поједине видове појавних облика озбиљног скретања од фундаменталних правила процедуре, који се, начелно, поклапају са схватањем изнетим у случају *Wena*.⁵¹¹ Ради се о следећим облицима:

1. пристрасност неког од чланова трибунала,
2. трибунал није омогућио страни у спору да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења,
3. трибунал није разматрао изнете аргументе страна у спору приликом одлучивања,
4. неадекватно поступање трибунала у поступку доказивања, а нарочито погрешна алокација терета доказивања.

Текст ICSID Конвенције оставља пуно простора за тумачење шта се може сматрати основним правилима поступка, као и какво понашање трибунала се може окарактерисати као озбиљно одступање од тих правила. Ипак, позивање страна на овај основ за поништење није тако учестало као што је то случај са претходним, а успех у поступцима за поништење одлука по овом основу је готово занемарив.

в. Пракса ad hoc комитета

Анализа праксе *ad hoc* комитета која је везана за овај основ за поништење одлуке, може се спровести у складу са категоризацијом на „три генерације случаја“ коју је дао *Schreuer*. Поред тога, до сада је у само једном случају дошло до поништења одлуке по овом основу,⁵¹² па ће и он бити анализиран.

в.1. Случај Klöckner I

У захтеву за поништење одлуке у овом случају, компанија *Klöckner* је навела да је дошло до кршења прописане процедуре. Као разлози којима се поткрепљује захтев за поништење одлуке, наводи се следеће:

⁵¹⁰ *Supra* 335, *Wena* annulment decision, para. 57.

⁵¹¹ Видети: *Schreuer*, *Three generations of ICSID annulment proceedings* (2003.), *Supra* 330, стр. 29-33.

⁵¹² Ради се о случају *Fraport*, *Supra* 505.

1. није било озбиљног већања чланова трибунала приликом доношења одлуке о спору;
2. дошло је до процедуралних нерегуларности које укључују непоштовање принципа правичног процеса,
3. очигледни недостатак непристрасности арбитра.

Ad hoc комитет је изнео схватање да одлука треба да буде донета на подлози озбиљног већања чланова трибунала о предмету спора и да се то може сматрати основним правилом процедуре. Такво разматрање спора мора да буде стварно а не само привидно. Међутим, поставља се практично питање како одлучити да ли је дошло до „нормалног“ процеса већања међу арбитрама, поготову ако се узме у обзир да се ради о тајном процесу. Поред тога, *ad hoc* комитет је узео у обзир и околност да ни подносилац захтева за поништење одлуке није изнео на чему заснива наводе да до таквог већања није дошло. Подносилац захтева је изнео поређење текста одлуке и издвојеног мишљења једног од чланова трибунала и на томе је засновао свој захтев.

Ad hoc комитет је нашао да је захтев заснован на субјективној концепцији процеса већања и одлучивања и функције издвојеног мишљења. Према схватању *ad hoc* комитета, захтев за поништење одлуке је конципиран на идеји да, с обзиром на то да постоји издвојено мишљење, није дошло до сучељавања ставова арбитра, у коме би кроз дискусију могли да се сложе око утврђених чињеница, праву које треба применити и консеквентно о одлуци какву треба донети. Суштински то значи да није било истинског већања о спору међу арбитрама.

Ad hoc комитет је одбацио горе наведени концепт и испитујући текст одлуке и издвојеног мишљења, пронашао да у одлуци има позивања на издвојено, мањинско мишљење. Иако се овим не може доказати квалитет расправе коју су приликом одлучивања водили арбитраи, свакако доказује да је она постојала, јер су арбитраи упознати са међусобним ставовима по питању спора који су решавали. Поред тога, *ad hoc* комитет је сматрао да није ни могло бити неког већег подударња текста одлуке са издвојеним мишљењем. ICSID процедура је структурирана тако да се ово мишљење треба припремити и изградити у истом временском оквиру као и одлука. Према томе, арбитраи немају могућност да посебно проуче текст издвојеног мишљења приликом сачињавања текста одлуке. Али чињеница да олука уопште упућује на овај текст, значи да је о њему вођена расправа.⁵¹³

⁵¹³ *Supra* 331, Klöckner I annulment decision, paras. 84-86.

Приликом разматрања захтева за поништење одлуке, *ad hoc* комитет је узео у обзир и члан 34. ICSID Арбитражних правила. Овим чланом је прописано да ако страна која је знала или је морала знати да се одредба ових Арбитражних правила или било којих других правила која се могу применити на поступак у току, не поштује, пропусти да о томе изнесе приговоре без одлагања, сматраће се да се одрекла права да приговара. У овом случају подносилац захтева за поништење одлуке, није благовремено, у току расправе, поднео приговор за оцену неправилности, на које се жали у поступку за поништење одлуке.⁵¹⁴ Та чињеница је довољна за одлучивање о поднетом захтеву за поништење, односно за одређивање да ли уопште подносилац захтева има права да се позива на било који од изнетих разлога.

Разматрајући остале наводе у захтеву за поништење одлуке који се тичу нерегуларности у спроведеној процедури, *ad hoc* комитет је нашао да су непрецизни и лишени суштине.⁵¹⁵ Према *ad hoc* комитету, процедура пред трибуналом је имала нормалан ток, а стране су имале прилику да изнесу аргументе и представе доказе којима поткрепљују свој положај у спору.

Ad hoc комитет посебно наводи да је допуштено да трибунал, разматрајући спор који му је изнет на решавање, одлуку заснује на разлозима које није изнела ни једна од страна у спору. Односно, трибунал може да изабере сопствене аргументе на којима ће засновати одлуку коју донесе. Уколико трибунал током већања и одлучивања, на основу изнетих аргумената страна, унесе нову „тезу“ на којој ће базирати одлуку, остаје питање експедитивности да ли ће поново отворити расправу и дати странама у спору право да се изјасне о тој тези. У таквој ситуацији, право питање је да ли је трибунал, приликом формулисања сопствених аргумената, изашао из правног оквира који су поставиле стране у спору. Уколико је остао у оквирима овлашћења које су поставиле стране у свом арбитражном споразуму, трибунал има права да одлуку формира на аргументима које нису изнеле стране у спору, јер кроз њих изражава сопствено схватање правне ситуације о којој решава. Такво поступање трибунала је правно могуће, допуштено и у сагласности са правилима процедуре и одражава основне принципе концепта правичног процеса. Супротно схватање би водило парализовању арбитражног начина решавања спора.⁵¹⁶

⁵¹⁴ *Ibid.*, para. 88.

⁵¹⁵ *Ibid.*, para. 87.

⁵¹⁶ *Ibid.*, para. 91.

У захтеву за поништење одлуке по основу озбиљног скретања од основних правила поступка, као још један од разлога се наводи пристрасност арбитра.⁵¹⁷ Подносилац захтева је изнео да се такав утисак стиче на основу анализе текста одлуке трибунала. Према наводима у захтеву за поништење одлуке, у самој одлуци се на више места истиче какво је било понашање компаније *Klöckner* током реализације инвестиције, из чега је изведен закључак да није испунила своје обавезе. Са друге стране, истакнуто је да текст одлуке показује да трибунал није у довољној мери, подједнако критички, сагледао обавезе владе Камеруна. *Ad hoc* комитет је нашао да текст одлуке не нуди доказе о томе да је било пристрасности арбитра.

Међутим, иако је одбио захтев за поништење по овом основу, *ad hoc* комитет је дао критику одлуке трибунала. *Ad hoc* комитет је у овом делу цитирао енглеску изреку, по којој „Није довољно да правда буде задовољена, већ мора очигледно да се види да јесте.“⁵¹⁸ Према томе, неопходно је истаћи да одлука није задовољила сврху ако код једне од страна у спору ствара утисак неједнаког третмана и неправде.⁵¹⁹

в.2. Случај *MINE*

У овом случају је захтев за поништење одлуке поднела Гвинеја, истичући да је дошло до озбиљног кршења основних правила процедуре јер стране нису имале прилику да изнесу своје ставове и аргументе о свим битним питањима у спору.

Предмет спора у конкретном случају било је питање избора методе за обрачун висине компензације који је применио трибунал. Обе стране су понудиле одређену методу за обрачун. Трибунал је, уместо да прихвати неку од понуђених, усвојио трећу методу, сагласно сопственим схватањима шта би било адекватно и целисходно применити у конкретном случају. Међутим, трибунал није дао странама у спору прилику да се изјасне о одабраној обрачунској методи. У захтеву за поништење одлуке је та околност окарактерисана као непоштовање права странке да се изјасни о свим битним околностима које су од утицаја на решење спора. Са друге стране, компанија *MINE* је навела да је трибунал одлуку донео на основу доказа и информација којима су обе стране имале приступ.

Коначни избор обрачунског метода, који је очигледно базиран на понуђеним доказима, спада у дискреционо право трибунала. У том смислу се може применити већ

⁵¹⁷ *Ibid.*, paras. 93-113.

⁵¹⁸ „It is not enough that justice be done, it must be seen manifestly to be done.“

⁵¹⁹ *Supra* 331, Klöckner I annulment decision, para. 111.

утврђено схватање *ad hoc* комитета који је одлучивао у случају *Klöckner I*, према коме трибунал има права да одлуку заснује на сопственим аргументима, различитим од оних које су изнеле странке, а до којих је дошао у процесу већања и разматрања расположивог материјала које су оне презентирале у спору.⁵²⁰

Иако је *ad hoc* комитет у овом случају дао теоријско опредељење о томе како треба тумачити одредбу члана 52.1.д. ICSID Конвенције, није приказао схватање о начину супсумирања околности конкретног случаја под прописану норму. У том смислу, допринос *ad hoc* комитета у случају *MINE* није значајан.

Ad hoc комитет је питање које се тиче избора одговарајуће обрачунске методе, детаљно разрадио приликом одлучивања да ли се одлука може поништити по основу пропуштања трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао своју одлуку. С обзиром да је нашао да се одлука по том основу може поништити, сматрао је да нема разлога да се изјашњава о другим основима за поништење одлуке.⁵²¹

в.3. Случај *Vivendi I*

У овом случају, трибунал је разматрао питања јурисдикције и након тога, решио да о њима одлучи уз одлуку о меритуму ствари, када је дао исцрпно образложење својих ставова.

Према наводима у захтеву за поништење одлуке, оваква одлука трибунала је била ненајављена и неочекивана. Због тога страна у спору није имала прилику да изнесе своје аргументе који се тичу одбацивање надлежности, а који имају везе и са самим меритумом ствари.

Ad hoc комитет је сматрао да се овакво поступање трибунала не може сматрати основом за поништење одлуке и да је трибунал поступио у границама свог дискреционог права. Образложење према коме су питања јурисдикције и меритума ствари уско повезана, па је трибунал здружио одлучивање о њима, није без преседана у пракси међународних трибунала. Такође, *ad hoc* комитет је нашао да су странке у сваком тренутку процедуре имале прилику да изнесу сопствене ставове и аргументе, па се не може поништити одлука по овом основу.⁵²²

⁵²⁰ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, paras. 6.94-6.96.

⁵²¹ *Ibid.*, para. 6.109.

⁵²² *Supra* 334, *Vivendi I* annulment decision, paras. 82-85.

в.4. Случај Wena

Ad hoc комитет у случају Wena је дао тростепену формулу по којој треба разматрати да ли постоје разлози за поништење одлуке по основу озбиљног кршења основних правила процедуре.⁵²³ Да би одлука могла да се поништи по овом основу, страна која свој захтев за поништење на њему заснива треба да:

- идентификује правило поступка које је од суштинског значаја за спровођење процедуре,
- покаже да је дошло до озбиљног кршења овог правила од стране трибунала и
- да покаже да је кршење тог правила било одлучујуће да трибунал донесе одлуку која се суштински разликује од онога што би одлучио да је поступао сагласно идентификованом правилу поступка.

У овом случају захтев за поништење одлуке је био базиран на разлозима који се тичу доказа у поступку. У захтеву је изнето да је трибунал погрешно применио правила о терету доказивања. Међутим, *ad hoc* комитет је нашао да подносилац захтева није идентификовао конкретно правило о терету доказивања на коме заснива свој захтев за поништење одлуке. Даље, *ad hoc* комитет је оценио да се захтев за поништење у овом делу бави искључиво разматрањем утврђених чињеница, а то је ирелевантно у контексту испитивања сагласности са минималним стандардом процедуре. Поред тога, *ad hoc* комитет је узео у обзир да трибунал има овлашћења да суди о доказној моћи изнетих доказа у поступку, тако да нема основа за поништење одлуке.⁵²⁴

Поред тога, у захтеву се наводи да је трибунал пропустио да позове кључног сведока да понуди свој исказ о случају. Према *ad hoc* комитету, члан 43. ICSID Конвенције прописује да трибунал може, ако сматра потребним, позвати странке да поднесу документе или друге доказе. Из те одредбе произилази да трибунал има дискреционо право да процени које доказе је потребно извести у сваком конкретном случају. Даље, у захтеву се наводи да је саслушање сведока било одлучујућег значаја за исход спора, а ипак, сама странка га није предложила као доказ који треба да се изведе. Према члану 40. Арбитражних правила, који се тиче правила о прикупљању доказа, свака страна је дужна, да у одговарајућим роковима, поднесе информације о доказима које намерава да пружи и за које намерава да тражи од трибунала да буду изведени. Према томе, свака страна, без обзира што и трибунал може да одреди

⁵²³ *Supra* 335, Wena annulment decision, paras. 56-58.

⁵²⁴ *Ibid.*, paras. 59-61.

извођење додатних доказа, мора да води рачуна и да буде одговорна за пружање свих релевантних информација и доказа које су од значаја за доношење ваљане одлуке. Имајући у виду наведена правила процедуре, као и понашање саме стране у спору, *ad hoc* комитет је и у овом случају одлучио да у поступцима трибунала који се тичу извођења доказа, није било озбиљног кршења основних правила процедуре.⁵²⁵

в.5. Случај Fraport

Спор је у овом случају настао између немачке компаније *Fraport* која је инвестирала у филипинску компанију *PIATCO*. Влада Филипина је филипинској компанији доделила концесију да конструише и руководи путничким терминалом на аеродрому у Манили. Компанија *Fraport* је током реализације концесије, услед потешкоћа у финансирању пројекта које је *PIATCO* имао, стекла већинско учешће у овој компанији. Филипинска влада је 2003. године прогласила да је уговор о изградњи терминала ништав, позивајући се на питања од јавног значаја за Филипине. Компанија *Fraport* је, на основу билатералног споразума Немачке са Филипинима, 2003. године покренула поступак пред ICSID-ом. У току 2004. године, када је поступак пред ICSID-ом већ био у току, влада Филипина је покренула поступак експропријације који се тичао додељене концесије.

У процедури пред ICSID-ом влада Филипина је истакла да ICSID није надлежан да решава овај спор. Јурисдикција се тичала питања надлежности *ratione materiae*, односно, наводи да *Fraport* није имао инвестицију и смислу одредби БИТ-а, а надлежност ICSID-а се не може засновати ако се спор не тиче инвестиције.

Трибунал је у овом случају дошао до одлуке да заиста нема надлежност да одлучује. Своју одлуку је засновао на чињеници да је *Fraport*, улагао у *PIATCO* на основу тајних споразума, сачињеним на начин да се заобиђе право Филипина. Трибунал је сматрао да се, с обзиром на то да се ради о улагању које је у супротности да правом државе домаћина, не може сматрати да се ради о инвестицији у смислу одредби БИТ-а. Према томе, ICSID трибунал нема надлежност да одлучује у овом спору.⁵²⁶

Fraport је поднео захтев за поништење ове одлуке. Свој захтев је засновао на три прописана основа за поништење: да је трибунал очигледно прекорачио овлашћења,

⁵²⁵ *Ibid.*, paras. 71-73.

⁵²⁶ *Supra* 505, *Fraport annulment decision*, paras. 1-32.

да је дошло до озбиљног кршења основних правила процедуре и да одлука не садржи разлоге на којима је заснована.

У захтеву за поништење компанија *Fraport* је навела да се озбиљно кршење основних правила процедуре састоји у томе што је ICSID трибунал занемарио базичне принципе кривичног права а то су *nullum crimen sine lege* и *in dubio pro reo*. Затим, *Fraport* је истакао да није имао могућности да изнесе своје аргументе у расправи пред трибуналом. Према наводима у захтеву за поништење, трибунал је одлуку засновао на доказима који потичу из истражног поступка који је водио филипински јавни тужилац против *Fraport-a*. Ове доказе је трибунал прихватио након закључене расправе, тако да *Fraport* у поступку пред ICSID-ом није имао прилику да се о њима изјасни, односно да понуди противаргументе.⁵²⁷

Ad hoc комитет је одбацио аргументе који су засновани на примени принципа *nullum crimen sine lege* и *in dubio pro reo*.⁵²⁸ Сматрао је да се ради о принципа који не могу наћи примену у арбитражи која се бави инвестиционим питањима, нити има такве установљене праксе у међународни арбитражама овог типа. За принцип *nullum crimen sine lege*, *ad hoc* комитет је сматрао да није процедуралан по свом карактеру, већ се примењује за утврђивање садржине материјалног права. А за принцип *in dubio pro reo*, *ad hoc* комитет је изнео схватање да је у супротности са основном идејом на којој почива однос страна у споровима који се воде пред ICSID трибуналима. Дакле, овај принцип служи да у кривичним поступцима који се воде против појединца, одржава противтежу принудним прописима државе, која у тим случајевима наступа са позиција ауторитета јавне власти. У арбитражама које решавају инвестиционе спорове између државе и инвеститора, поштује се начело једнакости страна, без обзира што са једне стране наступа инвеститор а са друге држава. Сем тога, предмет правних питања на која се примењују ови принципи (*nullum crimen sine lege* и *in dubio pro reo*) и предмет арбитражног спора се суштински разликују, па се питање поштовања основних правила процедуре у арбитражи не може оцењивати њиховом применом.

Ad hoc комитет је оценио да је суштинско питање на које треба да одговори у овом случају следеће: да ли је омогућено *Fraport*-у, као страни у спору, да изнесе своје ставове у поступку пред трибуналом. Закључио је да то није био случај и да је дошло до озбиљног скретања од основних правила процедуре.⁵²⁹

⁵²⁷ *Ibid.*, para. 120.

⁵²⁸ *Ibid.*, paras. 188 – 196.

⁵²⁹ *Ibid.*, para. 218 – 247.

Ad hoc комитет је разматрао важне датуме у процедури коју је водио трибунал, а који су од значаја за разматрања процесног положаја *Fraport*-а. Трибунал је 2006. године прогласио да је расправа окончана, с тим што је оставио могућност Филипинима да обавесте трибунал о исходу процеса експропријације. Међутим, 2007. године, трибунал је огласио да је завршена презентација случаја за обе стране и да је поступак окончан у потпуности. То је значило да стране више нису имале права да се обраћају трибуналу и износе нове чињенице које се тичу случаја. Ипак, касније у току 2007. године, након окончања поступка, влада Филипина се обратила трибуналу са новим детаљима који су се тicali истражног поступка који је водио јавни тужилац Филипина. *Fraport* је одмах одреаговао, наводећи да изнете чињенице нису потпуно и исправно предочене трибуналу. Имајући то у виду, трибунал је, без отварања расправе, наложио Филипинима да доставе комплетну документацију која се тиче навода из овог накнадног обраћања. Без обзира на индикације да је трибунал овим само хтео да комплетира доказни материјал који се тиче случаја, у одлуци се на више места позива управо на ту документацију и наводи да су поједини закључци, на којима је и базирао одлуку, изведени управо на основу ње. У одлуци *ad hoc* комитета се ово чак карактерише као издашно коришћење ове документације од стране трибунала (енг. “*extensive use*”).⁵³⁰

Fraport је упорно инсистирао на томе да документација која се тиче истражног поступка који је водио јавни тужилац није комплетна, те да не показује верно чињенично стање. То је чак признала и влада Филипина. Без обзира на то, трибунал није тражио од страна да се изјасне о адекватности обелодањених чињеница из досијеа јавног тужиоца, нити је, у било ком тренутку, индицирао значај чињеница које се из те документације могу утврдити.⁵³¹

Ad hoc комитет је сматрао да информација о томе коју документацију уопште поседује јавни тужилац Филипина није била поуздана. Према томе, трибунал није могао да одлучи да ли је за одлучивање било потребно прикупљање и извођење додатних доказа, без саслушања страна у спору о тим околностима.⁵³² Без обзира на то, трибунал је узео у обзир достављени материјал приликом доношења одлуке, а обавестио је странке да неће прихватити никакве додатне поднеске који ће садржати наводе везане управо за тај материјал.

⁵³⁰ *Ibid.*, para. 224.

⁵³¹ *Ibid.*, para. 225.

⁵³² *Ibid.*, para. 227.

Ad hoc комитет је сматрао да је у овом случају дошло до испитивања чињеница које су биле одлучујуће за исход спора у тренутку када је расправа већ била окончана. Исправно би било да је трибунал поново отворио расправу и омогућио странама да се изјасне о тим чињеницама, што није учињено. Имајући то у виду, *ad hoc* комитет је сматрао да је трибунал прекршио фундаментално право процедуре.⁵³³

г. Анализа

На основу анализе одабране праксе, може се закључити да приликом одлучивања да ли је дошло до озбиљног кршења основних правила процедуре, *ad hoc* комитети не показују тенденцију да усвајају улогу органа који поступају у апелационом поступку.

Не треба занемарити да је начело правичног процеса, као минимални стандард третмана, незаобилазни принцип и у националним легислативама, као и у међународном праву. Као општеприхваћени и универзални принцип са традицијом, може се сматрати да су се већ довољно искристалисали елементи који га суштински сачињавају, односно који у пракси могу да буду његов појавни облик. Можда су зато недоумице око његове примене знатно редуковане, посматрано у контексту осталих основа за поништење одлуке. Такође, члан 14. ICSID Конвенције предвиђа да арбитар може да буде лице које има признату стручност у области права. Имајући то у виду, оправдано је очекивати да ће се арбитар таквих квалификација придржавати примене фундаменталних правних принципа.

Уношење у текст ICSID Конвенције могућност да се одлука поништи због непоштовања основних правила процедуре, свакако није сувишно и оправдано је. Дакле, ради се основном начелу које се изучава и као део природног права, па је нужно да и сама ICSID Конвенција штити његову примену. Поред тога, као што је приказано, у пракси је ова одредба добила ефекат.

У одлуци *ad hoc* комитета који је одлучивао у случају *Klöckner I*, без обзира што је нашао да се не може поништити одлука по овом основу, налази се критика правног схватања трибунала.⁵³⁴ Овај *ad hoc* комитет је усвојио строжи принцип, истичући да поступање трибунала треба да буде такво да се чак не ствара ни утисак неправедног

⁵³³ *Ibid.*, paras. 230-232.

⁵³⁴ *Supra* 331, *Klöckner I* annulment decision, para. 111.

третмана једне од страна у спору. У том смислу је изнео извесне сумње у рад трибунала, разматрајући наводе да ли се може сматрати да је показана пристрасност у одлучивању, односно наглашавање обавеза само једне од страна у спору (компаније *Klöckner* у односу на обавезе које је имала држава Камерун у инвестиционом односу). Критика израженог схватања трибунала, чак иако донета одлука остане на снази, није прихватљива са аспекта одржања ауторитета и социјалног легитимитета донете одлуке. *Ad hoc* комитет је овакав третман одлуке имао и приликом одлучивања о могућности поништења по основу питања надлежности трибунала. Тиме *ad hoc* комитет превазилази задатак који има у поступку за поништење одлуке. Свакако, треба имати у виду да се ради о првом случају у коме је одлучивано о захтеву за поништење одлуке, те да не треба да превагне строгост у критичкој анализи. Остаје чињеница, као што је то изразио *Schreuer*, да је *ad hoc* комитет у овом случају покушао да преузме едукативну улогу и да постави смернице за поступање у будућим случајевима, па је могуће да је то утицало на екстензивност у давању образложења на коме је засновао сопствену одлуку.⁵³⁵ Од значаја за даље функционисање ICSID система је да одлуке *ad hoc* комитета у каснијим случајевима не показују тенденције ка проширивању овлашћења и прихватају ограничен задатак да истражују да ли је дошло до кршења правила процедуре од стране трибунала, конкретно, да ли су та правила фундаментална и да ли је њихово кршење било озбиљно. Поред тога, пракса указује да већ постоји изграђен корпус знања о томе које су то конкретне одредбе чије кршење се може сматрати довољним и адекватним разлогом за поништење одлуке.

4.5. Изостанак разлога на којима се заснива одлука трибунала

а. Решења ICSID Конвенције

Чланом 52. став 1. тачка е. ICSID Конвенције је као један од разлога за поништење одлуке прописано да у одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива. У иницијалном предлогу текста ICSID Конвенције, овај разлог за поништење

⁵³⁵ Видети: *Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011.)*, *Supra* 247, стр. 222.

није био укључен. Сматрало се да овај основ може да се подведе под озбиљно кршење основних правила поступка (члан 52.1.д. Конвенције). Међутим, у коначном тексту, пропуштање трибунала да у одлуци наведе разлоге на којима се она заснива је постао посебан основ за поништење одлуке. Међутим, *travaux preparatoires*, као ни сам текст Конвенције не дају ближа одређења о томе када се може сматрати да је наступио случај у коме се може сматрати да је оправдано поништење одлуке.

Овај основ за поништење одлуке је у директној вези са чланом 48. Конвенције којим је прописано да се у одлуци расправљају сва питања изнета пред трибунал и излажу разлози на којима се она заснива. Историјат припреме текста ICSID Конвенције упућује на значај овог члана. Приликом израде Конвенције, разматрана је могућност да стране у спору споразумом ослободе трибунал од обавезе образлагања одлуке. У коначан текст Конвенције није ушла ова одредба, тако да чак и ако би арбитражни споразум садржао овакав договор страна, то ипак не би била препрека да стране траже поништење одлуке позивајући се на члан 52. став 1. тачка е. ICSID Конвенције.⁵³⁶

Несумњиво је да је према ICSID Конвенцији питање образложења одлуке посебно важно. Међутим, поставља се питање како треба примењивати одредбу члана 52.1.е. Конвенције. Да би се дао адекватан одговор, нужно је узети у обзир начин на који је формулисана ова одредба, али и њен нарочит значај који је додељен приликом креирања Конвенције.

Најпре се морају узети у обзир одредбе Бечке конвенције⁵³⁷, којима је уређено тумачење уговора. Према члану 31. Бечке конвенције, опште правило је да се уговор мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору. С обзиром на то да ICSID Конвенција прописује да се одлука може поништити ако у њој нису изнети разлози на којима је заснована, применом језичког тумачења, следи закључак да је потребно да у одлуци уопште нису дати било какви разлози, да би се могло сматрати да је наступио случај прописан чланом 52.1.е. Конвенције. Ако би се применило овакво тумачење, домен примене овог основа за поништење би био ограничен у тој мери да практично не би имао ефекта. То је у супротности са начелом *effet utile*.

⁵³⁶ *Supra* 333, MINE annulment decision, para. 5.10. (History of the Convention, Vol. 11, p. 816)

⁵³⁷ Бечка конвенција о уговорном праву, потписана 23. Марта 1969. Године у Бечу, ратификована Уредбом о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми“ број 30/72)

Vienna convention on the law of treaties signed at Vienna 23 may 1969, доступна на:

<http://www.oas.org/legal/english/docs/vienna%20convention%20treaties.htm>

Бечка конвенција даље прописује да се употребљени изрази морају тумачити у њиховом контексту и у светлу његовог предмета и циља. Дакле, за одређивање значења неке одредбе, поред језичког тумачења, може се користити и циљно.

Опредељивање за врсту тумачења члана 52.1.е. ICSID Конвенције, у овом случају значи избор стандарда за примену поменуте одредбе.

Дакле, могуће је применити формалистички приступ, који се заснива на језичком тумачењу. Он подразумева строго држање текста ICSID Конвенције. Практично, значи примену формалног теста за оцену испуњености услова за поништење одлуке. Овај тест би се састојао у строго формалистичком испитивању да ли су у одлуци разлози садржани или их уопште нема.

Према другачијем приступу, који би се заснивао на циљном тумачењу текста Конвенције, члан 52.1.е. мора да има стварни ефекат чијом применом се обезбеђује примена члана 48, односно установљена обавеза да одлука мора бити образложена. Овакав приступ омогућава шири домен примене, који подразумева да се донекле зађе у суштинско испитивање да ли су у одлуци понуђени разлози или нису. Конкретно, то би значило да је дозвољено испитивање да ли су изнети разлози у одлуци недовољни и неадекватни, контрадикторни, као и да ли је трибунал одлучио о свим питањима изнетим у захтеву странке.⁵³⁸

Овај екстензивни приступ води у опасност да се поступак за поништење одлуке перципира као апелациони поступак. Чак, има мишљења да управо могућност да *ad hoc* комитет зађе у испитивање одлуке које није строго формално, чини да овај основ за поништење има највећи потенцијал да прерасте у апелациони.⁵³⁹ И заиста, поступак за поништење одлуке не дозвољава *ad hoc* комитетима да дају критику резоновања трибунала, нити да њихово тумачење допуњују или замењују сопственим. Ако се, ради давања ефекта одредби ICSID Конвенције, од *ad hoc* комитета очекује да оцени да ли су дати разлози адекватни, зар то није управо испитивање материјалне исправности одлуке, која спада у домен апелационог поступка?

Имајући у виду могућност различитог тумачења ове одредбе ICSID Конвенције, значај правила који се њеном применом штити, затим чињеницу да се захтеви за поништење одлука врло често базирају на овом основу, али су ретко када успешни, оправдано је размотрити да ли је овај основ за поништење одлука пронашао одговарајуће место, односно домен примене у ICSID систему.

⁵³⁸ Видети: Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330, стр. 33-37

⁵³⁹ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, стр. 34

Ради комплетне анализе начина примене овог основа за поништење одлуке, потребно је, најпре, анализирати релевантну праксу *ad hoc* комитета. Поред тога, потребно је сагледати и однос поступка за поништење одлуке на основу члана 52.1.е. према другим пост-арбитражним поступцима предвиђених ICSID Конвенцијом. Сагледавање овог односа је од посебног значаја, јер илуструје како *ad hoc* комитети тумаче опсег питања о којима треба да одлучују у поступку за анулирање одлуке.

б. Пракса ad hoc комитета

Да би се сачинила потпуна анализа начина примене члана 52.1.е. ICSID Конвенције, поред разматрања врсти тумачења њеног текста које је могуће употребити сагласно Бечкој конвенцији, потребно је сагледати релевантну праксу *ad hoc* комитета. Ради праћења потенцијала овог основа да поступак за анулирање функционално изједначи са апелационим поступком, пракса ће бити сагледана користећи систематику разврставања случајева на „три генерације“ коју је дао *Schreuer*.

б.1. Случајеви Klöckner I и Amco I

У овом случају *Klöckner I*, *ad hoc* комитет је прихватио схватање по коме је прихватљиво да се контрадикторни разлози подведу под категорију предвиђену чланом 52.1.е. Конвенције, односно под случај у коме уопште нису дати разлози на којима се одлука заснива. Према схватању *ad hoc* комитета, контрадикторни разлози се међусобно поништавају, зато се може сматрати као да их нема. Међутим, постојање контрадикторних разлога не мора увек да буде довољан разлог да се одлука поништи. *Ad hoc* комитет је сматрао да је потребно утврдити да ли постојање контрадикторних разлога изнетих у одлуци заиста представља недостатак који штети странци која је поднела захтев за поништење одлуке. Даље, треба узети у обзир још један критеријум. А то је да ли поред контрадикторних разлога, одлука садржи још неко образложење које је у крајњем чини основаном и довољно поткрепљеном.⁵⁴⁰

Друго питање које је потребно размотрити, према израженом схватању *ad hoc* комитета, је да ли је могуће повезати неадекватност изнетих разлога са основом за поништење одлуке који подразумева да трибунал није изнео разлоге на којима је

⁵⁴⁰ *Supra* 331, *Klöckner I* annulment decision, para. 116.

засновао одлуку.⁵⁴¹ *Ad hoc* комитет је ово објаснио чињеницом да разлоге треба схватити као основ донете одлуке, тако да је потребно да они буду довољни (енг. „*sufficient*”). Међутим, процедура за поништење одлуке не треба да буде прикривени апелациони поступак. Због тога не треба усвојити ни екстензивно ни рестриктивно, већ уобичајено тумачење ICSID Конвенције. Члан 48. став 3. Конвенције прописује да се у одлуци морају изложити разлози на којима се она заснива. Према схватању *ad hoc* комитета, то не значи навођење било каквих, привидних или чисто формалних разлога, већ суштинских, оних који омогућавају читаоцу одлуке да утврди који су закључци трибунала и на основу како утврђеног чињеничног стања и примењеног права је до њих дошао.⁵⁴²

Проблем настаје када треба утврдити која квалификација изнетих разлога је довољна да би се сматрало да образложење одлуке задовољава потребан стандард.⁵⁴³ *Ad hoc* комитет је разматрао да ли је могуће да то буду „очигледно релевантни“ разлози (енг. „*apparently relevant*“). Закључио је да би такви разлози лишили могућности контроле легалности одлуке коју члан 52. Конвенције треба да пружи. Са друге стране, потрага за релевантним разлозима (енг. „*relevant reasons*“) би претворила поступак за поништење одлуке у апелациони поступак, који би омогућио *ad hoc* комитетима да замене схватање трибунала о релевантности разлога, сопственим. Средње схватање би био захтев за постојањем довољно релевантних разлога (енг. „*sufficiently relevant*“), тј. оних разлога који су рационално способни да оправдају резултат до кога је дошао трибунал.

У случају *Amco I*, *ad hoc* комитет је прихватио схватање *ad hoc* комитета који је поступао у случају *Klöckner I*.⁵⁴⁴

Одлуке које су донете у ова два случаја су оштро критиковане, због схватања да су *ad hoc* комитети прекорачили границе својих овлашћења и да су занемарили разлике између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка.⁵⁴⁵ Инсистирање на потреби да изнети разлози у одлуци имају одређену квалификацију, односно одговарајући степен јачине у образлагању одлуке, отвара врата њеном суштинском испитивању. *Ad hoc* комитет би, у том случају, морао да истражи какве је разлоге трибунал понудио и да слободно оцени да ли их сматра задовољавајућим у односу на

⁵⁴¹ *Ibid.*, paras. 117-120.

⁵⁴² *Ibid.*, para. 119.

⁵⁴³ *Ibid.*, para. 120.

⁵⁴⁴ *Supra* 332, *Amco I* annulment decision, para. 43.

⁵⁴⁵ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208, стр. 4.

околности спора. То значи бављење чињеницама, начином на који их је трибунал интерпретирао и објашњењем зашто је сматрао да воде баш оном решењу које је усвојио у донетој одлуци. То су разлози на којима се заснива апелациони поступак. Јасно је да инсистирање на одређеном квалитету изнетих разлога врло лако може да обрише разлику између поступка за поништење и апелационог поступка.

б.2. Случај *MINE*

Ad hoc комитет који је одлучивао о захтеву за поништење одлуке у овом случају је применио другачији стандард за испитивање када је оправдано поништити одлуку по основу члана 52.1.е. ICSID Конвенције.

Према схватању овог *ad hoc* комитета, захтев да су у одлуци изнети разлози на којима је заснована, подразумева да странка може из образложења да утврди налазе трибунала о примењеном праву и у утврђеном чињеничном стању, затим закључцима који су из њих логички изведени. *Ad hoc* комитет сматра да овај члан ICSID Конвенције значи то и ништа више, односно садржајније од тога. Адекватност изнетих разлога није примерен стандард за испитивање примењивости члана 52. Конвенције, јер готово неизбежно води у суштинско испитивање донете одлуке, која одговара апелационом поступку.⁵⁴⁶

Ad hoc комитет сматра да одлука треба да буде образложена тако да омогући странци да прати како је трибунал дошао од тачке А до тачке Б и евентуално како је дошао до закључака изнетих у одлуци. Чак и ако су изнети закључци погрешни, ако је дошло до погрешне примене права или је погрешно утврђено чињенично стање, то није основ за поништење одлуке у смислу члана 52.1.е. Конвенције.⁵⁴⁷

Дакле, *ad hoc* комитет који је поступао у случају *MINE* захтева минимум услова под којима се може сматрати да је трибунал у одлуци изнео разлоге.

б.3. Случај *Wena*

У одлуци која је донета у овом случају, *ad hoc* комитет се, најпре, изричито позвао на мишљење *ad hoc* комитета који је поступао у случају *MINE*. Затим је дао своје схватање, истичући да испитивање одлуке трибунала ради утврђивања да ли испуњава услове за примену члана 52.1.е. ICSID Конвенције, не укључује разматрање да ли су разлози трибунала примерени или довољно убедљиви. *Ad hoc* комитет је

⁵⁴⁶ *Supra* 333, *MINE* annulment decision para. 5.08.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, para. 5.09.

сматрао да основ за поништење подразумева испитивање да ли је испуњен „минимум услова“ (енг. „*minimum requirement*“). То значи да је трибунал дужан да идентификује правне и фактичке премисе које су га довеле до одлуке коју је донео.

Ad hoc комитет сматра да се овом основу за поништење одлуке мора дати лимитиран домет, јер би у супротном довео до конфузије са другим правним средствима која су предвиђена ICSID Конвенцијом. Примера ради, *ad hoc* је навео да уколико наведено образложење у одлуци доводи странке у сумњу у његово значење, странке могу покренути механизам предвиђен чланом 50. Конвенције, који предвиђа могућност тумачења одлуке. Такође, стране имају и могућност да поднесу захтев за доношење допунске одлуке, уколико је трибунал пропустио да реши о неком питању, сагласно члану 49. Конвенције. Али ови случајеви не могу уједно бити и основ за истицање захтева за поништење одлуке.

При том, треба имати у виду да ни члан 48. став 3. Конвенције, ни члан 52.1.е., не прописују начин на који треба да се изнесу разлози на којима је одлука заснована. Циљ оба ова члана је, према виђењу *ad hoc* комитета, да омогући странама у спору да разумеју донету одлуку, односно примењено правно схватање трибунала. У том смислу, уколико је могуће тај циљ постићи на други начин, није нужно да сви разлози буду изричито наведени у одлуци. Они могу бити дати и на посредан начин, рецимо, могу бити садржани у опису већања чланова трибунала, или у закључцима трибунала, уколико то омогућава странкама да разумеју изнето образложење.⁵⁴⁸

Одлука *ad hoc* комитета у случају *Wena* одражава приступ који је прихваћен у случају *MINE*. Приметно је усвајање формалног стандарда за испитивање испуњености услова за поништење одлуке, који тежи томе да онемогући испитивање исправности материјалне садржине одлуке, или квалитета датог образложења у одлуци. *Ad hoc* комитет у овом случају иде и корак даље, јер указује на јасне границе између поступка за поништење одлуке, који је прописан чланом 52. ICSID Конвенције, и других правних средстава предвиђених овом Конвенцијом, као што су тумачење одлуке (предвиђено чланом 50.) и допунска одлука (предвиђена чланом 49.).

⁵⁴⁸ *Supra* 335, *Wena annulment decision*, paras. 75-82.

б.4. Случај *Vivendi I*

Изнето схватање *ad hoc* комитета у овом случају је у литератури описано као резиме разматрања *ad hoc* комитета из претходних случајева.⁵⁴⁹ Такође, овај *ad hoc* комитет установљава стандард који је најмање захтеван у погледу тога када се може сматрати да је трибунал дао образложење одлуке.⁵⁵⁰

Ad hoc комитет сматра да члан 52.1.е. ICSID Конвенције захтева да је трибунал у одлуци изнео разлоге на којима заснива своју одлуку. Даља разматрања у погледу тога да ли су изнети разлози исправни или убедљиви, не спада у надлежност *ad hoc* комитета. С тим у вези, комитет даје јасно опредељење да поступак за поништење одлуке није апелациони поступак. Уколико образложење које је дао трибунал може да се прати и у логичној је вези са истакнутим захтевима о којима је трибунал решавао, *ad hoc* комитет се мора задовољити да не постоји основ за поништење одлуке.⁵⁵¹

Значајан допринос одлуке *ad hoc* комитета у случају *Vivendi I* огледа се у томе да што се посебна пажња посвећује интернационалном карактеру спорова који се воде пред ICSID трибуналима. Наиме, *ad hoc* комитет је узео у обзир да се у саставу трибунала могу наћи арбитри који потичу из различитих правних система, што неминовно може да утиче на конципирање образложења одлуке. У одлуци *ad hoc* комитета се изричито наводи да образложење може бити дато детаљно или језгровито, јер се различите правне традиције међусобно разликују у модалитетима давања образложења. Зато се трибуналима мора одобрити изванредан степен дискреционог права у погледу избора начина стипулисања образложења одлука.⁵⁵²

Ad hoc комитет у случају *Vivendi I* је овом основу за поништење дао изузетно узак домет примене.⁵⁵³ До поништења одлуке може доћи само уколико се са сигурношћу може утврдити да одлука нема образложење (енг. „*in a clear case*“). Даље, да би се одлука поништила морају да буду испуњена два услова:

1. да пропуштање да се изнесу разлози у одлуци има за последицу да неки део одлуке суштински нема никакво образложење;
2. да је управо тај део био нужен за доношење коначне пресуде трибунала.

⁵⁴⁹ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208 стр. 5.

⁵⁵⁰ Mullen, Stephanie, and Elizabeth Whitsitt. "Quantum, annulment and the requirement to give reasons: analysis and reform." *Arbitration International* 32, no. 1 (2016): 59-80, стр.65.

⁵⁵¹ *Supra* 334, *Vivendi I* annulment decision, para. 64.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ *Ibid.*, para. 65.

Ad hoc комитет иде корак даље и објашњава на који начин се морају третирати контрадикторни разлози, уколико их има у образложењу одлуке трибунала.⁵⁵⁴ *Ad hoc* комитет је кренуо од тога да је општеприхваћено да уколико има контрадикторних разлога, треба сматрати као да у одлуци разлози нису ни изнети. Међутим, *ad hoc* комитет сматра да овом случају треба приступити са извесном дозом обзира. Мора се имати у виду да трибунали у својим одлукама, приликом давања образложења, морају да балансирају контрадикторна разматрања обе стране у спору приликом одлучивања. Оно што може изгледати као контрадикторност изнетих разлога у одлуци, заправо може бити само експресија сагледавања изнетих контрадикторних аргумената странака.

в. Однос поступка за поништење одлуке на основу члана 52.1.е. према другим пост-арбитражним поступцима прописаним ICSID Конвенцијом

в.1. Уводна разматрања

Члан 48. став 3. ICSID Конвенције не прописује само да трибунал у одлуци мора да изнесе разлоге на којима је одлука заснована. Поред тога, ова одредба прописује и да се у одлуци расправљају сва питања која су изнета пред трибунал. Међутим, члан 52.1.е, који се посматра као санкција за непоштовање члана 48. став 3, не садржи изричиту одредбу која прописује могућност за поништење одлуке уколико трибунал није у одлуци изнео став по свим питањима које су стране у спору изнеле у својим захтевима. Поред тога, ICSID Конвенција предвиђа и посебан поступак за доношење допунске одлуке. Члан 49. став 2. Конвенције уређује да на захтев странке трибунал може решити свако питање које је пропустио да реши у одлуци. Решење ових питања представља саставни део одлуке.⁵⁵⁵

Међутим, пракса показује да су *ad hoc* комитети, приликом разматрања захтева за поништење одлуке на основу члана 52.1.е. Конвенције, узимали у обзир не само случај када у одлуци нису изнети разлози на којима се заснива, већ и случајеве када трибунал није решио о свим питањима која су пред њега изнети на решавање. Овакво тумачење примене члана 52.1.е. Конвенције почива на схватању да је овај члан предвиђен у циљу заштите, односно у циљу обезбеђења примене члана 48. Конвенције.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ Видети о томе више у делу дисертације: Глава II, Одсек I: 2.2.

Због тога постоји тенденција да се заштита прошири на одредбе члана 48. Конвенције у целисти, а не само на један део овог члана, без обзира на формулацију која је употребљена у члану 52.1.е. Овакво решење би било у складу са концептом рационалности одлучивања.⁵⁵⁶

Такође, разматрање случајева у којима трибунал није решио о свим питањима о којима је требало да реши, може се разматрати и у оквиру питања надлежности трибунала. Као што је већ указано, пропуштање трибунала да у потпуности „искористи“ своју надлежност, односно пропуштање да реши о свим питањима која су у његовој надлежности, може бити основ за поништење одлуке према члану 52.1.б. Конвенције.⁵⁵⁷

Дакле, према пракси трибунала и *ad hoc* комитета, случај у коме трибунал није решио о свим питањима који су пред њега изнети на решавање, ужива заштиту у оквиру ICSID система. Да би се одредио начин на који је могуће уживати ову заштиту, потребно је сагледати релевантну праксу *ad hoc* комитета.

в.2. Практика *ad hoc* комитета

в.2.1. Случај *Klöckner I*

За овај *ad hoc* комитет, чињеница да постоји поступак за доношење допунске одлуке није био релевантан у поступку за поништење одлуке. Према схватању овог *ad hoc* комитета, члан 52.1.е. предвиђа последицу за непоштовање члана 48.3. у целисти. У том смислу, приликом разматрања да ли је трибунал пропустио да изнесе образложење одлуке, треба размотрити и да ли је одлучио о сваком питању које је страна у спору изнела на одлучивање. *Ad hoc* комитет је сматрао да може постојати изузетак од оваквог схватања. У случају ако је пропуштање трибунала да одлучи о свим питањима такво да се може сматрати да је тиме озбиљно прекршио озбиљна правила поступка, може се разматрати поништење одлуке на основу члана 52.1.д. Конвенције.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ О концепту рационалности одлучивања видети више у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.г.

⁵⁵⁷ Видети више о томе више у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

⁵⁵⁸ *Supra* 331, *Klöckner I annulment decision*, para. 115.

в.2.2. Случај *Amco I*

Овај *ad hoc* комитет је изнео мишљење да члан 49.2. предвиђа поступак који има ограничено дејство и да се може користити за мање омашке трибунала, које су квалитативно другачије од оних пропуста које као правни лек захтевају поништење одлуке.⁵⁵⁹

в.2.3. Случај *MINE*

Ad hoc комитет у овом случају је сматрао да одредба члана 49.2. ICSID Конвенције пружа одговарајућу заштиту странама у спору уколико није одлучено о свим питањима које су стране изнеле пред трибунал. У том смислу, ово не може бити разлог за поништење одлуке.⁵⁶⁰ Међутим, овај *ad hoc* комитет није усвојио исувише строго и формализовано схватање одредби ICSID Конвенције у овом случају, већ је оставио могућност да уколико пропуштање трибунала да одлучи о одговарајућим питањима доведе до тога да одлука буде неразумљива, може се разматрати у светлу основа за поништење одлуке.⁵⁶¹

в.2.4. Случај *Wena*

У овој одлуци, *ad hoc* комитет је само изнео да у случају да је трибунал пропустио да одлучи о неком питању, страна у спору може покренути процедуру за доношење допунске одлуке.⁵⁶² Међутим, није дао даље тумачење о односу ова два правна института предвиђена ICSID Конвенцијом, односно, да ли је могуће поништити одлуку у случају да трибунал није одлучио о свим питањима као ни под којим условима.

в.3. Закључак о односу поступка за поништење одлуке на основу члана 52.1.е. према другим пост-арбитражним поступцима прописаним ICSID Конвенцијом

На први поглед делује као да ICSID Конвенција нуди странама у спору посебну процедуру уколико је трибунал пропустио да одлучи о свим питањима (члан 49. Конвенције којим је уређен поступак за доношење допунске одлуке). *Prima facie*, то значи да није допуштено истицање захтева за поништење одлуке по том основу.

⁵⁵⁹ *Supra* 332, *Amco I* annulment decision, para. 32.

⁵⁶⁰ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, paras. 5.11, 5.12.

⁵⁶¹ *Ibid.*, para. 5.13.

⁵⁶² *Supra* 335, *Wena* annulment decision, para. 80.

Међутим, овај случај могућег преклапања различитих поступака, показује да примена одговарајућих одредби Конвенције зависи од начина на који се тумачи циљ који њима треба да се постигне.

Конвенција није прописала директну везу између члана 48.3. и 52.1.е) у смислу да постоји конкретна санкција за непоштовање одредбе којом је уређено да се у одлуци расправљају сва питања изнета пред арбитражу и излажу разлози на којима се она заснива⁵⁶³. Јуриспруденција је изградила овај став, који је наишао на општу прихваћеност у одлукама *ad hoc* комитета о поништењу одлука. Међутим, то не значи да се члан 48.3. не може довести у везу са другим одредбама ICSID Конвенције, који сви чине целину и треба да воде испуњењу једног заједничког циља – а то је ефикасно решавање спора. Уколико се страни у спору нуди могућност да покретањем одређене процедуре исправи пропуст трибунала, који не би могао да резултира радикалном последицом, као што је поништење одлуке, свакако да треба применити ту могућност.

Међутим, у којим све случајевима треба прибегавати процедури која је прописана чланом 49.2. Конвенције? Сам текст овог члана даље говори о могућности трибунала да у овој процедури исправи правописне, аритметичке и сличне грешке у одлуци. То говори у прилог томе да је намена овог члана да омогући исправљање очигледних омашки у одлуци, које су више техничке природе. Не би се могао прихватити став да се институт допунске одлуке може користити да би се одлучило о неком питању о коме је трибунал пропустио да одлучи, а које би било од пресудног значаја за исход спора. То би захтевало озбиљније консеквенце за пропуштања у раду трибунала, па би било адекватније покренути захтев за поништење одлуке.

Међутим, уколико би пропуштање трибунала било такво да буде од утицаја на исход целог спора, могло би се говорити о постојању разлога за поништење спора по још једном основу предвиђеном чланом 52.1.д – да је дошло до озбиљног скретања од основних правила поступка, као што је то изнео *ad hoc* трибунал у случају *Klöckner I*.

Такође, исправно је схватање *ad hoc* комитета у случају *MINE*, да уколико је пропуштање трибунала да одлучи о одређеном питању довело до тога да је одлука неразумљива, онда то може бити разлог за поништење одлуке по основу члана 52.1.е.

Примена процедуре за доношење допунске одлуке и поступка за поништење одлуке ће зависити од околности сваког конкретног случаја и од значаја које је пропуштање трибунала имало на конкретну одлуку. Међутим, ко треба да процени

⁵⁶³ Члан 48. став 3. ICSID Конвенције

тежину пропуштања трибунала? Од одговора на ово питање зависи одговор да ли се ради о конкурентним поступцима или комплементарним. Другим речима, да ли страна у спору, кад год сматра да трибунал није одлучио о свим питањима треба да покрене поступак за доношење допунске одлуке. Па тек ако се у том поступку утврди да се ради о исувише значајним питањима, да се упути на покретање поступка за поништење. Да ли би се тиме практично прејудицирало решење у поступку за анулирање одлуке? Даље, уколико странка није претходно покренула поступак за доношење допунске одлуке, да ли њен захтев за поништење одлуке треба да буде одбачен из процедуралних разлога?

Пракса не нуди одговоре на ова питања, међутим, општи утисак је да *ad hoc* комитети нису исувише формализовали приступ страна у спору одређеним процедурама које су предвиђене ICSID Конвенцијом. У прилог томе говори и изражено мишљење да треба правити разлику између случаја када је трибунал пропустио да одлучи о неком питању и када је одлучио о свим питањима, али је о некима дао имплицитне закључке у самом образложењу одлуке. У другом случају се не би могао користити поступак за доношење допунске одлуке, јер се може сматрати да је трибунал одлучио о свим питањима.⁵⁶⁴ Овакав став комитета се чини исправним. Најзад, уколико захтев за поништење одлуке буде успешан, последица је да стране морају да поднесу спор на решавање изнова и поново пролазе кроз целу процедуру. Очекује се да би стране тежиле задовољењу у поступку одлучивања о поднетим захтевима на начин који изискује мање времена и пара. Такође, либерализован приступ страна у спору процедурама које су предвиђене ICSID Конвенцијом би био у складу са концептом рационалности одлучивања, који управо одбацује исувише формалистичко тумачење одредби Конвенције, већ тежи да њене одредбе спроводе држећи се суштине – решити спор тако да он задовољи стране у спору и оправда њен легитимитет рада Центра.

2. Анализа

У случајевима такозване „прве генерације“, *Klöckner I* и *Amco I*, пристуно је усвајање стандарда за испитивање одлуке трибунала које карактерише сукоб између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка. Ово је основна карактеристика

⁵⁶⁴ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, стр. 25.

поступања *ad hoc* комитета у овим случајевима, на основу које су и класификовани у одређену групацију. Очигледно да њихово поступање и по овом основу за поништење одлуке није изузетак.

Случај *MINE*, као представник „друге генерације“ случајева садржи приступ који је квалитативно другачији у односу на претходне одлуке. Према мишљењу *ad hoc* комитета у случају *MINE*, уколико странка може из текста одлуке да утврди да је трибунал изнео закључке који су мотивисали донету одлуку, релевантан је квалитет изнетих разлога, као и схватања трибунала о утврђеном чињеничном стању, праву које треба применити и начину његове примене.⁵⁶⁵ Стандард за примену члана 52.1.е. ICSID Конвенције који примењује *ad hoc* комитет у случају *MINE* подразумева формални тест за испитивање испуњености услова за поништење одлуке.⁵⁶⁶ Такав формални приступ је конзистентан са језичким тумачењем ICSID Конвенције, које омогућава *ad hoc* комитетима да испитују искључиво да ли у одлуци трибунала разлога има или нема. Иако овакав приступ онемогућава, или барем своди на минимум опасност од прерастања поступка за поништење одлуке у апелациони поступак, у литератури су подељена мишљења о томе да ли је он одговарајући.

Према једном мишљењу у релевантној литератури⁵⁶⁷ одлука донета у случају *MINE* треба да буде пример како се на правилан начин примењује члан 52.1.е. ICSID Конвенције. Према овом мишљењу, на основу самог текста Конвенције, за поништење одлуке по основу тога што трибунал није изнео разлоге на којима је засновао одлуку потребно је применити једноставни формални тест: уколико нису дати разлози значи да је поступљено супротно члану 48. став 3. Конвенције, из чега треба да резултира поништење одлуке. Одлука *ad hoc* комитета у случају *MINE* правилно осликава управо тај формални стандард, у коме нема места за конфузију са другим врстама поступака који би омогућили испитивање материјалне садржине одлуке.

У овом случају, који је компанија *MINE* повела против Гвинеје, трибунал је доделио одштету компанији због кршења уговорних обавеза. Трибунал је, такође, доделио одређену суму одштете и Гвинеји, поступајући по њеном против-захтеву. Међутим, Гвинеја је поднела захтев за поништење одлуке, између осталог, позивајући се на то да трибунал није дао образложење одлуке. У захтеву је Гвинеја конкретизовала своје наводе, износећи да је трибунал, без објашњења, одбио примену

⁵⁶⁵ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208 стр. 4.

⁵⁶⁶ Видети: Mullen and Whitsitt (2016.), *Supra* 550, стр. 8.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

методе за обрачунавање компензације које су понудиле стране у спору, већ је применио трећу методу по сопственом избору. Према наводима Гвинеје, трибунал није дао никакво образложење зашто је изабрао баш ту методу обрачуна.

Ad hoc комитет је, одлучујући по захтеву Гвинеје, утврдио да има основа за поништење одлуке. Свака од страна у спору је понудила обрачунску методу за коју је сматрала да треба да буде примењена у конкретном случају. Међутим, трибунал је одбио и једну и другу, сматрајући их спекулативним. Затим је применио трећу методу, за коју је, према сопственој процени, сматрао да је најцелисходнија. Међутим, примењена обрачунска метода, коју је изабрао трибунал, је и сама спекулативног карактера. Према томе, *ad hoc* комитет је сматрао да трибунал није дао образложење зашто је, између различитих метода, свих спекулативног карактера, изабрао баш ону коју је применио.

У литератури има мишљења да је *ad hoc* комитет, поступајући на овај начин, демонстрирао како исправно треба примењивати поступак за поништење одлуке.⁵⁶⁸ *Ad hoc* комитет није својом одлуком дирао у право трибунала да самостално одабере обрачунски метод за утврђивање висине одштете. Такође, није утврђивао да ли је тај избор био исправан, ни да ли је обрачунски метод исправно примењен. Поред тога, *ad hoc* комитет није ни покушао да наметне сопствено схватање о томе који метод је требало изабрати у конкретном случају. Та питања су остала ван домета разматрања *ad hoc* комитета. Напротив, узета је у обзир околност да трибунал није објаснио зашто методе које су понудиле стране у спору нису одговарајуће, као ни како се определио за конкретну методу коју је у конкретном случају применио. Због тога је овај случај опредељен као „упоредна референца“ за будући рад *ad hoc* комитета. Он се посматра као прецедент који нуди адекватан стандард за разматрање да ли су у одлуци изостали разлози на којима се она заснива и да ли има основа за поништење одлуке.

Ипак, има и другачијих схватања.

Schreuer је дао критику одлуке *ad hoc* комитета донете у случају *MINE*. Сматрао је да аргументи које је изнео *ad hoc* комитет нису убедљиви. Према овом схватању сваки метод за израчунавање изгубљеног профита носи у себи одређени степен спекулативности. То је у природи саме суштине ствари. Према томе, одабир једног

⁵⁶⁸ *Ibid.*

метода у односу на неки други, који у себи носи мањи степен спекулативности, суштински није контрадикторно.⁵⁶⁹

У релевантној литератури која се бави анализом одлуке коју је донео *ad hoc* комитет у случају *MINE*, може се пронаћи и мишљење да је критика коју је изнео *Schreuer* погрешна.⁵⁷⁰ Према овом мишљењу, *ad hoc* комитет треба само да испитује да ли је трибунал дао образложење за своју одлуку. Према томе, да ли је изабрао методу за обрачун одштете која је мање или више спекулативна, као и да ли је тај избор био исправан, је у овом случају ирелевантно. *Ad hoc* комитет нема улогу да оправда начињен избор трибунала, већ да утврди да ли је сам трибунал то учинио, односно, прецизније, да ли је понудио разлоге свог избора (без обзира на то да ли ти разлози заправо такав избор оправдавају). Трибунал у конкретном случају то није учинио, па је одлука *ad hoc* комитета исправна. Из тога проистиче закључак да је критика одлуке *ad hoc* комитета коју је дао *Schreuer*, помешала дискрецију трибунала да изабере одговарајући обрачунски метод, са улогом *ad hoc* комитета у фази поништења одлуке.

Schreuer је у својој критици одлуке *ad hoc* комитета заправо покушао да понуди образложење, односно оправдање за избор који је сачинио трибунал приликом опредељења за конкретну обрачунску методу. Он је сматрао да је избор трибунала био оправдан и да је требало да *ad hoc* комитет то узме у обзир. Међутим, такав приступ значи разматрање материјалне исправности донете одлуке. Поред тога, тиме би се практично признало право *ad hoc* комитету да преузме активну улогу и да даје сопствено мишљење о питањима које су стране у спору изнеле на решавање пред трибунал. Има аутора који критикују приступ *Schreuer-a* и сматрају да *ad hoc* комитети, поступајући сагласно члану 52. ICSID Конвенције, немају овлашћења да дају свој суд о могућем решењу спора. Активну улогу *ad hoc* комитета илуструју примером у случају *Wena*, који описују као фундаментално погрешну примену (енг. “*fundamental misapplication*”) поништења одлуке на основу пропуштања трибунала да изнесе разлоге на којима је засновао своју одлуку.⁵⁷¹ *Ad hoc* комитет у случају *Wena* је навео да је сврха овог основа за поништење одлуке да омогући странама у спору да разумеју одлуку трибунала. Уколико одлука не испуњава минимум захтева у погледу датог образложења, то не значи нужно да спор треба да буде поново поднет новом трибуналу. Напротив, уколико је то могуће на основу сазнања о спору, *ad hoc* комитет

⁵⁶⁹ Christoph Schreuer and others, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd, CUP 2009) 90. 1012-3. Наведено према: Mullen and Whitsitt (2016.), *Supra* 550, стр. 9.

⁵⁷⁰ Видети: Mullen and Whitsitt (2016.), *Supra* 550, стр. 9.

⁵⁷¹ *Ibid.*, стр. 7.

може и сам да образложи донету одлуку трибунала.⁵⁷² Управо овакав приступ показује шта није овлашћење које је додељено *ad hoc* комитетима чланом 52. ICSID Конвенције.

Пракса показује да се стране редовно позивају на овај основ у својим захтевима за поништење одлука, али ретко када успешно. Начин примене показује несагласност око тога како треба тумачити текст Конвенције. Просто језичко тумачење прети да онемогући примену начела *effet utile*, јер подразумева да у одлуци уопште нису дати било какви разлози. Тешко је замислити случај у пракси у коме арбитри, као лица која имају признату стручност у области права,⁵⁷³ могу сачинити одлуку која нема никакво образложење. Према томе, овакав начин тумачења одредби члана 52.1.e) ICSID Конвенције, би значио фактичко онемогућавање поништења одлуке на основу изостанка разлога на којима је заснована. Зато су неки *ad hoc* комитети усвојили приступ према коме изнети разлози морају да имају одређени квалитет да би се могли узети као разлози који испуњавају захтеве члана 48. став 3. ICSID Конвенције. Управо тај приступ је усвојен у одлукама *ad hoc* комитета који припадају такозваној „првој генерацији“ ICSID случајева. Стандард квалитета који морају имати изнети разлози у одлуци је *ad hoc* комитет у случају *Klöckner I* определио као довољно релевантне разлоге (енг. „*sufficiently relevant*“).⁵⁷⁴ Покушај да се одреди какав квалитет треба да имају изнети разлози трибунала на којима је засновао своју одлуку, према критици, воде у већи ризик од конфузије поступка са анулирање одлуке са апелационим поступком.

Ad hoc комитет у случају *MINE*, који је представник „друге генерације“ случајева, уводи другачији приступ. Овај основ за поништење се усваја као формални тест, који не треба да иде даље од утврђивања да ли су у одлуци изнети разлози или не. Односно, треба утврдити да ли је образложење такво да омогућава странама у спору да схвате како је трибунал дошао до своје одлуке.⁵⁷⁵ Међутим, чак ни *ad hoc* комитет у овом случају није у потпуности изоловао своје разматрање од тога да ли изнети разлози у одлуци имају одређени квалитет. Само што је овај „квалитативни услов“ формулисао знатно мање захтевно од *ad hoc* комитета у случају *Klöckner I*. *Ad hoc* комитет у случају *MINE* је сматрао да контрадикторни и фриволни разлози, који немају

⁵⁷² *Supra* 335, Wena annulment decision, para. 132.

⁵⁷³ Члан 14. став 1. ICSID Конвенције

⁵⁷⁴ *Supra* 331, Klöckner I annulment decision, para. 120

⁵⁷⁵ *Supra* 333, MINE annulment decision, para. 5.08.

неку сврху, односно вредност у образложењу одлуке, не испуњавају минимум захтева у погледу постојања образложења одлуке трибунала.⁵⁷⁶

Ad hoc комитет у случају *Vivendi I* успоставља минимум захтева за установљивање да ли је трибунал изнео разлоге на којима је засновао одлуку. Не само да посматра овај захтев као формални тест, већ даје могућност да се уваже различите правне традиције у давању образложења, затим различита пракса арбитара и различити стилови правне технике. Овакво схватање би могло да оправда поништење одлуке по овом основу тек у веома ретким случајевима, или готово никада, што му даје врло узан домет примене.

Иако се инсистира на томе да је поништење одлуке изузетан правни лек, има мишљења према којима се ова тенденција оцењује као погрешна.⁵⁷⁷ Према овом виђењу, полази се од генералног принципа да разлози на којима трибунали заснивају своју одлуку морају да имају одређени квалитет, јер у супротном, члан 52.1.е. ICSID Конвенције би био без икакве садржине. Основна бојазан на којој се заснива сужавање домета примене овог основа за поништење је антагонизам између поступка за анулирање и апелационог поступка. Да тумачење одредбе Конвенције не би *a priori* било одређено искључиво овим антагонизмом, *Charalampos Giannakopoulos*, као решење уводи концепт рационалности одлучивања (енг. „*context of the rationality condition of adjudication*“).⁵⁷⁸ Према овом концепту, *ad hoc* комитети у свим анализираним случајевима, направили су грешку, јер нису на одговарајућим премисама засновали одређивање стандарда за ревизију донетих одлука трибунала у контексту утврђивања постојања основа за поништење одлуке сагласно члану 52.1.е. ICSID Конвенције. Конкретно, стандард испитивања су засновали на разлици између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка. Та разлика се огледа у различитим аспектима одлуке које ови поступци испитују. Поступак за анулирање испитује легитимитет процедуре, а апелациони поступак испитује материјалну исправност одлуке. Међутим, концепт рационалности одлучивања, захтева од *ad hoc* комитета да разликовање између аспекта одлуке који се испитује, одвоји од стандарда за испитивање одлуке, јер су то две потпуно различите ствари. У том смислу, није довољно да се утврди само да ли су просто формално, односно механички, у одлуци изнети разлози, већ је потребно да *ad hoc* комитет утврди какви су то разлози којима се

⁵⁷⁶ *Ibid.*, para. 5.09.

⁵⁷⁷ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208, стр. 4.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, стр. 7.

испуњава захтев да одлука мора да буде образложена. Најзад, изнети разлози, пре свега другог, јесу предмет разматрања овог основа за поништење.

Ad hoc комитет у случају *MINE* је изнео извесну прокламацију која иде у прилог концепту рационалности одлучивања. *Ad hoc* комитет је навео да не сматра ни да се члан 52. ICSID Конвенције треба тумачити строго, нити треба применити либерални приступ и дати овом члану широку примену. Напротив, члан 52. Конвенције треба примењивати у складу са његовом сврхом и циљем, који, с једне стране, искључује упуштање у меритум ствари, а с друге стране, искључује неоправдано одбијање давања пуног ефекта овој одредби у уској али изузетно значајној области којој је намењен.⁵⁷⁹ Међутим, *ad hoc* комитет није отишао даље у разјашњењу овог става, па не постоји ближе објашњење на који начин треба дати одговарајући ефекат овом основу за поништење одлуке. Иако је *ad hoc* комитет у случају *MINE* исправно препознао да примена одређене одредбе ICSID Конвенције није само питање формалног опредељења за екстензивно или рестриктивно тумачење, већ је потребно, применом на случај који се решава, дати јој дух и одредити њену суштинску садржину, није то до краја спровео. Без обзира на учињени искорак у коме је *ad hoc* комитет препознао да контрадикторни или фриволни разлози не могу да се сматрају испуњењем обавезе трибунала у смислу члана 48. став 3, ипак је захтеве члана 51.1.е. Конвенције свео на формални тест.

Задатак очувања принципа *effet utile* приликом тумачења и примене одредби ICSID Конвенције је суштина улоге *ad hoc* комитета. Примена норми њиховим свођењем на строго формални тест би се могло посматрати као огољење Конвенције, занемаривање њене сврхе, и не би нужно захтевало експерте као чланове комитета.

Иако *Charalambos Giannakopoulos* своје налазе поставља као нови концепт рада *ad hoc* комитета и примене и значења члана 51.1.е. ICSID Конвенције, питање је да ли заиста нуди нешто ново?

Коју врсту тумачења одредби Конвенције треба применити, зависи од циља за који се сматра да сама Конвенција треба да постигне.

Концепт рационалности одлучивања полази од тога да примена поступка за поништење одлуке треба да изађе из оквира антагонизма између коначности арбитражног поступка и материјалне исправности одлуке. Према том мишљењу, та расправа је беспредметна, јер је ICSID Конвенција већ уредила значај оба ова начела и

⁵⁷⁹ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, para. 4.05.

дала им одговарајуће место у ICSID систему. Коначност одлука јесте једна од главних карактеристика арбитража, али прописивањем поступка анулирања, даје се значај контроли одлука које се доносе и њиховој основној формалној исправности.

Уколико је Конвенцијом предвиђен овај поступак, он мора да има и одговарајући ефекат. Његова улога је да се тестира легитимитет процеса за доношење одлука. Међутим, то је незамисливо ако се не испитају разлози који су произвели одлуку која је предмет испитивања. Према таквом схватању, минимум разлога које одлука треба да садржи су они који обезбеђују легитимитет арбитражног одлучивања у оквиру ICSID система.⁵⁸⁰

Има аутора који сматрају да овај основ за поништење одлуке има корективну улогу. Треба да обезбеди да се члан 48. став 3. ICSID Конвенције доследно примењује. Према њима, то је неопходан услов за постизање транспарентности поступка, што консеквантно води ка повећању легитимитета.⁵⁸¹

Начин на који се тумачи домет овог основа за поништење одлуке треба да буде, између осталог, опредељен значајем одредби да одлука мора да садржи разлоге на којима је заснована. Има мишљења да је давање образложења одлуке круцијални аспект вршења овлашћења арбитра у оквиру ICSID трибунала.⁵⁸² Ауторитет који има донета одлука почива управо на датом образложењу. Изнети разлози у одлуци трибунала, могу да играју двоструку улогу: могу да играју улогу у јачању функционисања унутрашњег система и да доприносе јачању легитимитета према спољним актерима (енг. „*external stakeholders*”).

Изнети разлози у одлуци имају примарну улогу да омогуће странама у спору да схвате зашто су изгубиле, односно добиле одређени спор. Такође, на тај начин добијају увид у то да је трибунал утврдио релевантно чињенично стање као и да је одлука заснована на меродавном праву. Образложење одлуке стоји као оправдање изнетог схватања трибунала за одлуку коју је донео и сведочи против пристрасности и арбитражности у поступку одлучивања. Стране у спору тако могу да утврде да су имале фер третман, што доприноси очувању система за решавање спора и његовом даљем функционисању као ауторитативне платформе у материји решавања инвестиционих спорова. Такође, одлуке које уживају поверење страна у спору се лакше спроводе, што додатно иде у прилог њиховог правног ауторитета у међународној заједници.

⁵⁸⁰ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208, стр. 29.

⁵⁸¹ Видети: Mullen and Whitsitt (2016.), *Supra* 550, стр. 75-80.

⁵⁸² Ortino, Federico. "Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures." *Journal of International Dispute Settlement* 3, no. 1 (2012): 25-46. стр. 28.

Ако се вратимо на терен испитивања да ли овај основ за поништење има потенцијал да поступак за поништење одлуке функционално приближи апелационом поступку, није без основа што је још *Caron*⁵⁸³ истакао да је овде он нарочито приметан. Поред тога, као посебна карактеристика овог основа за поништење одлуке, показује се да су *ad hoc* комитети поступали тако да се сужава домет примене ове одредбе, док је доктрина настојала да развије теоријске поставке које би оправдале екстензивно тумачење.

5. Разлике у трендовима приступа *ad hoc* комитета у примени члана 52. ICSID Конвенције

Поступак за поништење, уређен чланом 52. ICSID Конвенције, методом *numerus clausus*, прописује основе који могу да резултирају анулирањем одлуке.⁵⁸⁴

Међу *ad hoc* комитетима који су поступали по захтевима за поништење одлука, постоји генерални консензус да поступак за поништење није исто што и апелациони поступак, као и да не треба на тај начин да се у пракси примењује. *Ad hoc* комитет у случају *Vivendi II*, нарочито наводи да постоји општа сагласност око ове суштинске карактеристике поступка за поништење одлуке.⁵⁸⁵ Чак, овакво опредељење се, на почетку сваке одлуке о поништењу, посебно истиче. Аутори то описују као „мантру“ која се редовно понавља и на чијим основама треба да почива поступак за поништење одлука.⁵⁸⁶

Међутим, *ad hoc* комитети, ни у једном случају, нису посебно наводили у чему конкретно треба да се огледа разлика између ове две врсте процедура. Нити су покушали да објасне какве конкретне импликације на начин на који ће разматрати одлуку трибунала и одлучивати, треба да има. У том смислу, најдаље иде *ad hoc* комитет у случају *MINE*, који изричито опредељује да поступак за поништење није

⁵⁸³ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256.

⁵⁸⁴ Члан 52. став 1. ICSID Конвенције

⁵⁸⁵ *Supra* 334, *Vivendi II annulment decision*, para. 247.

⁵⁸⁶ Bottini, Gabriel. "Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?." *ICSID Review* 31, no. 3 (2016): 712-727. Стр. 715, и Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope 2011, *Supra* 193, стр. 216.

правни лек против нетачно решеног спора.⁵⁸⁷ И *ad hoc* комитет у случају *Amco II* посебно истиче на шта није овлашћен, а чиме се суштински опредељује разлика између његове улоге и улоге органа који би поступао у апелационом поступку. Овај *ad hoc* комитет истиче да је нужно узети у обзир да *ad hoc* комитету није дозвољено да исправи одлуку трибунала или да поништи неправедну одлуку.⁵⁸⁸ *Ad hoc* комитет у случају *Sempra* наводи чак да приликом рада *ad hoc* комитета, не постоји претпоставка у корист очувања донете одлуке, односно, неће се поступати сагласно начелу *in favorem validatis*.⁵⁸⁹

Такође, постоји и генерална сагласност око тога да члан 52. *ICSID* Конвенције не треба да се тумачи ни сувише рестриктивно, ни сувише екстензивно. Тумачење ове одредбе Конвенције, односно њена примена, треба да буде сагласна циљу Конвенције. У том смислу, *ad hoc* комитет у случају *MINE* наводи да поступак за поништење одлуке није изузетан правни лек у односу на то на који начин га треба тумачити, већ у односу на чињеницу да се одлука може поништити искључиво позивајући се на пет основа који су лимитативно прописани Конвенцијом.⁵⁹⁰

Међутим, још је *Caron* оценио да теоријско разграничење поступка за поништење одлуке и апелационог поступка, не значи да се они могу тако прецизно одвојити и у пракси.⁵⁹¹ То се потврђује и кроз праксу *ad hoc* комитета, која показује да постоји тенденција да присвајају већа овлашћења од оних које им је *ICSID* Конвенција доделила.

Ad hoc комитет у случају *Klöckner I* је двојачко проширио сопствена овлашћења: пре свега, усвајајући приступ по коме чим утврди да постоји неки од основа прописаних чланом 52. Конвенције, до поништења одлуке треба да дође по аутоматизму. Други начин проширивања овлашћења је показао кроз исувише широко тумачење прописаног основа за поништење.⁵⁹² Усвајање оваквог приступа би определило поступак за поништење одлуке преосетљивим, који би омогућио поништење и на најмањи подстицај, без разматрања какав утицај има на донету одлуку и спроведену процедуру уопште.⁵⁹³

⁵⁸⁷ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, para. 4.04.

⁵⁸⁸ *Supra* 332, *Amco II* annulment decision, para. 1.18.

⁵⁸⁹ *Supra* 341, *Sempra* Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the *ICSID* Arbitration Rules), para. 76. Наведено према: Bottini (2016.), *Supra* 586, стр. 716.

⁵⁹⁰ *Supra* 333, *MINE* annulment decision, para. 5.09.

⁵⁹¹ Више о томе видети: Caron (1992.), *Supra* 256.

⁵⁹² *Ibid.* str. 45 и 47.

⁵⁹³ *Ibid.*, str. 47.

Схватање *ad hoc* комитета о томе на који начин треба поступати у поступку за поништење одлуке, које је дато у случају *MINE*, сматра се квалитативним напретком. *Caron* опредељује да се кроз концепцију поступка за поништење одлука, на начин који је дао овај *ad hoc* комитет, може посматрати зашто је анулирање одлука пожељан и значајан механизам у ICSID систему.⁵⁹⁴ Другим речима, *ad hoc* комитет у случају *MINE* је поставио поступак за поништење одлуке на основе које му омогућавају адекватно вршење контролне функције, којој је и намењен. Пре свега, овај *ad hoc* комитет је сматрао да има одређено дискреционо право приликом одлучивања да ли у конкретном случају одлуку треба поништити. Тако, чак и када оцени да постоји неки од разлога за поништење одлуке, треба да процени да ли је у датом случају оправдано активирати тако строгу последицу. Поред тога, овај *ad hoc* комитет је утврдио другачији начин тумачења посебних основа за поништења, успостављајући границе њиховог домета.⁵⁹⁵ То указује да је прелазак из „прве генерације случајева“ у „другу генерацију случајева“ по категоризацији коју је дао *Schreuer*, обележен схватањем о сужавању улоге *ad hoc* комитета.⁵⁹⁶ Међутим, како поступање *ad hoc* комитета у случајевима који су уследили након случаја *MINE* показује, ово опредељење се није доследно спроводило ни у пракси, нити је теорија увек била доследна у подржавању таквог мишљења.

Најпре, потребно је указати на то да свођење поступка за поништење одлуке на строго процедурална питања, не сме да иде на уштрб принципа *effet utile*.⁵⁹⁷ Због тога је било покушаја оправдања екстензивног рада *ad hoc* комитета.

Сваки од основа за поништење одлуке показује извесне слабости у погледу могућности за трансформисање у апелациони поступак. Код неких основа за поништење одлуке, овај потенцијал је очигледан, а код неких се показује као неки модалитет у коме *ad hoc* комитети проширују свој мандат и поступају ван граница овлашћења које су у оквирима поступка за поништење одлуке. Даље, у одређеним случајевима, *ad hoc* комитети су показали тенденцију проширивања овлашћења која суштински није иманентна ни апелационом поступку, али се не може сматрати ни задатком који је предвиђен чланом 52. ICSID Конвенције.

Одлучивање о поништењу одлуке на основу непрописно образованог трибунала показује извесне могућности за прерастање у апелациони поступак. То је због тога што су се захтеви засновани на овом основу заправо базирали на члану 14. ICSID

⁵⁹⁴ *Ibid.*, str. 48.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, str. 45.

⁵⁹⁶ Више о томе видети: *Schreuer*, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), *Supra* 330.

⁵⁹⁷ Видети: *Bottini* (2016.), *Supra* 586, стр. 719.

Конвенције. Овим чланом је уређено које карактеристике морају да имају чланови трибунала да би могли да поступају у том својству. Несумњиво, то је питање које спада у домен материјалног, а не чисто процесног права, па је јасно зашто постоји бојазан да поспешити испитивање материјалне садржине одлуке трибунала. Без обзира на то, пракса *ad hoc* комитета је показала да је могуће установити одговарајуће границе између ове две врсте поступка. Ипак, ова пракса није довољна да би се извеле одређене генерализације и да би могао да се утврди неки општи тренд у поступању *ad hoc* комитета.

Даље, поред овог „потенцијала“ за конфузију две врсте различитих поступака, *Schreuer* је у једном од испитаних случајева пронашао други модалитет проширивања улоге *ad hoc* комитета. Назвао га је едукативном улогом.⁵⁹⁸ У случају *Vivendi II*, централно питање је било да ли је један од чланова трибунала, професор *Gabrielle Kaufmann-Kohler*, испоштовала обавезу изношења чињенице о односу који је имала према компанији *Vivendi*, а који би могао да се окарактерише као конфликт интереса и консеквентно доведе до пристрасности у одлучивању. *Ad hoc* комитет се није ограничио искључиво на испитивање да ли се то може сматрати основом за поништење одлуке. Напротив, указао је да је обавеза обавештавања чланова трибунала о оваквим околностима од великог значаја за интегритет *ICSID* система, и упустио се у расправу о етици у раду трибунала.⁵⁹⁹ Другим речима, према схватању које износи *Schreuer*, већи део одлуке се не односи на то шта се може сматрати основом за поништење одлуке, већ на указивање шта је примерено и исправно понашање чланова трибунала, сагласно *ICSID* Конвенцији и *ICSID* Арбитражним правилима. На тај начин је покушао да установи смернице за даљи рад свих *ad hoc* комитета који буду одлучивали о оваквим питањима.⁶⁰⁰ Овако је поступио и *ad hoc* комитет у случају *Klöckner I*. Приликом одлучивања, овај *ad hoc* комитет је узео у обзир да поступа по првом захтеву за поништење одлуке икад поднетом пред *ICSID*, па је преузео задатак да изнесе правна схватања и образложења која ће служити за будуће случајеве, и бити у вишем интересу

⁵⁹⁸ Видети: *Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope* (2011), *Supra* 247, стр. 223.

⁵⁹⁹ Више о начину поступања *ad hoc* комитета у овом случају видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.1.

⁶⁰⁰ Видети: *Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope* (2011), *Supra* 247, стр. 224. .

ICSID система.⁶⁰¹ Случај када *ad hoc* комитет преузима едукативну улогу, покушавајући да постави опште смернице за даљи рад, описује се хиперактивним.⁶⁰²

Да ли се ово може сматрати прерастањем у апелациони поступак? Не може се прихватити тако строга категоризација. Ипак, остаје чињеница да је *ad hoc* комитет на себе преузео задатак који није предвиђен *ICSID* Конвенцијом, чиме показује спремност за излагање ван оквира контролне функције коју треба да врши у *ICSID* систему.

Захтеви за поништење одлука се редовно заснивају на више основа за поништење. Конкретно, углавном се ради о три основа која се најчешће истичу у овим захтевима:

1. очигледно прекорачење овлашћења трибунала (члан 52.1.б.),
2. озбиљно кршење фундаменталних правила поступка (члан 52.1.д.),
3. трибунал није изнео разлоге на којима је засновао одлуку (члан 52.1.е.).

Како је анализирана пракса *ad hoc* комитета показала, два од наведених разлога имају највећи потенцијал да доведу до прерастања поступка за поништење одлуке у апелациони поступак. То су: очигледно прекорачење овлашћења⁶⁰³ и случај када трибунал није изнео разлоге на којима је засновао своју одлуку.⁶⁰⁴ Као што је приказано, пракса је очигледно прекорачење овлашћења трибунала определила на две врсте разлога: случај када трибунал није применио меродавно право и случај када трибунал није поступао сагласно сопственој надлежности.⁶⁰⁵

Непримењивање меродавног права је „критични“ случај у погледу схватања граница поступања *ad hoc* комитета. Управо је поступање *ad hoc* комитета по овом основу дало разлога да се случајеви категоришу на „три генерације“ сагласно њиховој склоности да преузимају прерогативе органа апелационог поступка. Прва генерација случајева је према томе окарактерисана тако да у њима нема јасно опредељених граница поступања *ad hoc* комитета. Начин њиховог рада је довео до тога да *Reisman* пише о слому контролне функције о *ICSID* систему. *Broches* је ово покушао да оповргне, наводећи да је то тек почетак рада и да је *ICSID*, касније, успео да оправда постојање поступка за поништење одлуке, постављајући га на адекватно место.⁶⁰⁶ Друга и трећа генерација случајева су показале да су се *ad hoc* комитети определили за

⁶⁰¹ *Supra* 331, Klöckner I annulment decision para. 96.

⁶⁰² Видети: Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011), *Supra* 247, стр. 222.

⁶⁰³ Члан 52. став 1. тачка б) *ICSID* Конвенције

⁶⁰⁴ Члан 52. став 1. тачка е) *ICSID* Конвенције

⁶⁰⁵ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.

⁶⁰⁶ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.

сужено тумачење одредби члана 52. *ICSID* Конвенције, дајући тиме и својим овлашћењима обележја која повлаче јасну границу између две посебне врсте поступка: поступка за анулирање одлуке и апелационог поступка. Међутим, “*Argentine Gas Cases*“ показују да се такав тренд није одржао. Чак, ови случајеви заслужују строжу критику, јер је у њима решавано у тренутку када су пракса *ad hoc* комитета и теоријска надоградња, биле знатно богатије. Без обзира на то, унели су много конфузије у одређивање како треба конципирати поступак за поништење одлуке.

Поништење одлуке по основу очигледног прекорачења овлашћења се, у циљу поједностављивања анализе, може свести на опредељивање разлике између примене погрешног права и погрешне примене права. Први разлог је основ за поништење одлуке, док је други – основ по коме се може поднети жалба у апелационом поступку.

Пронаћи праву меру када се може сматрати да трибунал уопште није применио право које је требало применити у конкретном случају, практично је питање на коме се заснива оцена рада *ad hoc* комитета. Међутим, откривање формуле за одговор на ово питање је још више отежано идејом да трибунал може применити одговарајуће право на тако погрешан начин, да се може сматрати да га уопште није ни применио.⁶⁰⁷ У том случају, погрешна примена права се практично трансформише у основ за поништење одлуке. У том контексту, потребно је размотрити поступање *ad hoc* комитета у случају *CMS*. У овом случају одлука није поништена, јер је према схватању *ad hoc* комитета трибунал применио меродавно право. Ипак, према оцени *ad hoc* комитета, право је примењено на несхватљив и мањкав начин (енг. „*cryptically and defectively*“).⁶⁰⁸ Да ли је било оправдано у овом случају поништити одлуку? Или је *ad hoc* исправно поступио када је одлуку оставио на снази, али је непрописно спровео поступак за поништење одлуке, јер није допуштено да износи своје схватање о начину примене права, што је учинио критикујући рад трибунала?

Са друге стране, бавећи се истим питањем, *ad hoc* комитет у случају *Sempra*, нашао је да има основа за поништење одлуке. У овом случају, као и у претходном, радило се о начину примене *necessity defense*, која је окосница свих “*Argentine Gas Cases*”. У свим овим случајевима, као релевантни извори права, идентификовани су Нацрт правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација и члан XI Аргентина-САД БИТ-а. У случају *CMS*, *ad hoc* комитет је нашао да је трибунал погрешно интерпретирао и применио

⁶⁰⁷ Видети: Bottini (2016.), *Supra* 586, стр. 722.

⁶⁰⁸ *Supra* 339, *CMS annulment decision*, para. 136.

право, али да га је ипак применио, па нема основа за поништење одлуке. У случају *Sempra, ad hoc* комитет је нашао да је трибунал погрешно оценио да се примарним правом у овом случају треба сматрати УН Нацрт правила о одговорности држава, а не одредба БИТ-а. Због тога, трибунал је погрешно идентификовао и применио меродавно право, па има основа за поништење одлуке.⁶⁰⁹

Schreuer је оценио да је наведено поступање *ad hoc* комитета у спору *Sempra* засновано на две погрешне премисе:

1. пропуштање трибунала да примени одређену одредбу меродавног права, *ad hoc* комитет је изједначио са пропуштањем да примени меродавно право у целисти, у смислу пропуштања које резултира у прекорачењу овлашћења трибунала,
2. грешка која се састоји у интерпретацији меродавног правила уз помоћ неког другог, изједначио је са непримењивањем меродавног правила.

Према *Schreuer* -у, на овај начин *ad hoc* комитет у случају *Sempra* поништио је границу између непримењивања меродавног права и погрешне примене права.⁶¹⁰

У случају *Enron*, строгост *ad hoc* комитета је још очигледнија. У овом случају, одлука је поништена јер је *ad hoc* комитет сматрао да је трибунал одлучио на основу налаза експерта у области економије, а не на основу права – због тога је било очигледно да меродавно право није примењено. Међутим, како, чини се исправно, истиче *Schreuer*, трибунал је у овом случају исправно идентификовао меродавно право. Затим, исправно је идентификовао и одређено правило које је део тог права, а које треба применити у конкретном случају. Међутим, *ad hoc* комитет је одлуку поништио због тога што није био сагласан са начином на који је трибунал интерпретирао то правило. Конкретније, одлука је поништена због процеса резоновања, који је, по схватању *ad hoc* комитета, био погрешан. У прилог проширивању овлашћења *ad hoc* комитета, иде и чињеница да овај аргумент уопште није истакла Аргентина у свом захтеву за поништење одлуке, већ га је *ad hoc* комитет самостално нашао, разматрајући да ли постоји основ да се одлука поништи. И овај облик проширивања овлашћења *ad hoc* комитета *Schreuer* описује као њихову хиперактивност.⁶¹¹

Према схватању које износи *Schreuer*, тренд поступања *ad hoc* комитета који се показује кроз “*Argentine Gas Cases*”, може се представити на начин који указује да се

⁶⁰⁹ Видети: *Schreuer, From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011.)*, *Supra* 247, стр. 218.

⁶¹⁰ *Ibid.*, стр. 219.

⁶¹¹ *Ibid.*, стр. 220, 222, 223.

одлука може поништити по основу примене погрешног права и у следећим случајевима:

1. меродавним правом се сматра одређено и конкретно правило из тог корпуса права;
2. примена меродавног права мора да буде адекватна, односно исправна у материјалном, суштинском смислу.⁶¹²

Очигледно је екстензивно тумачење одредбе *ICSID* Конвенције, које се може схватити на начин да овлашћује *ad hoc* комитете да испитују одлуке према стандарду адекватном апелационом поступку.

Када се ради о питањима надлежности, као разлогу да се поништи одлука на основу очигледног прекорачења овлашћења трибунала, показује се да оставља мање простора *ad hoc* комитетима да скрену од основних карактеристика поступка за поништење. То се може схватити као очигледна последица околности да се ради о строго формалном, процесном питању. Међутим, с обзиром на то да се захтев за поништење може истаћи позивајући се на било који од елемената који условљавају заснивање надлежности *ICSID* трибунала, ово питање може добити и другачији одговор. Наиме, одређивање јурисдикције се може тичати и решавања питања које спада у домен материјалног. Односно, успостављање надлежности *ICSID* трибунала је могуће само ако се спор тиче инвестиције. Због тога се може јавити потреба да се утврди да ли се у конкретном случају ради о инвестицији. Као што је показао случај *Patrick Mitchell*, могуће је да *ad hoc* комитет зађе у домен утврђивања да ли је трибунал на исправан начин решио ово питање. У наведеном случају, *ad hoc* комитет је одлуку о поништењу донео заснивајући је на другачијем опредељењу за одговарајућу теорију помоћу које се може одредити појам инвестиције. У формално-правном смислу *ad hoc* комитет није сопственом одлуком заменио одлуку трибунала. Међутим, очигледно је да је приликом одлучивања схватање трибунала заменио сопственим. Али поништење одлуке зато што *ad hoc* комитет сматра да је његово виђење начина на који је требало решити спорно питање у конкретном случају исправније, спада у домен апелационог поступка, код кога је овакав исход редовна околност.⁶¹³

Поступање *ad hoc* комитета приликом одлучивања о озбиљном кршењу основних правила процедуре се показује најмање проблематичним. Поштовање

⁶¹² *Ibid.*, стр. 221.

⁶¹³ Више о овоме видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

минимума процедуралних права спада у основне правне принципе, како у домаћим легислативама, тако и у међународном праву. Трибунали и *ad hoc* комитети су већ изградили праксу кроз коју се могу идентификовати појавни облици кроз које се показује шта су то основна правила поступка. Испитивање да ли је поступање трибунала било сагласно њима, не показује тенденције ка залажење у основе апелационог поступка.

Међутим, чак ни овај основ за поништење није у потпуности ослобођен бојазни од могућег проширивања овлашћења *ad hoc* комитета, односно од исувише екстензивног тумачења домета поступка за поништење одлуке. *Schreuer* сматра да *ad hoc* комитети не поклањају увек потребну пажњу откривању да ли се заиста ради о правилу које има карактер фундаменталног у спроведеној процедури.⁶¹⁴ Односно, он истиче бојазан да концепт „основно правило процедуре“ може врло лако да се прошири. Уколико је било које правило процедуре, које је трибунал прекршио, било садржано у споразуму странака, може се повезати да је оно у конкретном случају било фундаментално, јер је његовим нарушавањем пољуљан основни принцип аутономије воље страна. У том смислу, без обзира како је тривијално процедурално правило у питању, може бити окарактерисано као фундаментално, јер се посматра као израз нарушавања другог, основног правног принципа. Чак, *Schreuer* сматра да се било које правило на неки начин може подвести под неки шири, основни правни принцип. На тај начин, свако правило процедуре може се сматрати фундаменталним и бити основ за поништење одлуке. *Schreuer* овакво схватање илуструје поступањем *ad hoc* комитета у случају *Enron*. У овом случају Аргентина је изнела да је извештај експерта о питањима која су предмет спора, поднет трибуналу ван рока који је био предвиђен споразумом страна. *Ad hoc* комитет је сматрао да би непоштовање споразума страна о процедуралним правилима значило кршење начела аутономије воље страна, што представља фундаментални принцип у правним порецима уопште. У конкретном случају је *ad hoc* оценио да нема основа за поништење одлуке по основу озбиљног кршења основних правила процедуре, али овај случај илуструје како је лако образложити да било које правило спада у домен одредбе 52.1.д. *ICSID* Конвенције.

Основ за поништење одлуке прописан чланом 52.1.е. *ICSID* Конвенције, да у одлуци нису изнети разлози на којима је заснована, нуди најширу могућност за

⁶¹⁴ *Ibid.*

трансформисање *ad hoc* комитета у апелационе органе.⁶¹⁵ Таква могућност је најупечатљивија у „првој генерацији случајева“, посебно у случају *Klöckner I*, где је постављено као стандард да изнети разлози у одлуци морају да имају одређени квалитет. У овој одлуци је *ad hoc* комитет утврдио да разлози морају да буду довољно релевантни (енг. „sufficiently relevant“).⁶¹⁶ Испитивање да ли су разлози довољни релевантни, неминовно залази у материјално, односно суштинско испитивање одлуке.

Опредељивање за одговарајући степен квалитета изнетих разлога, заправо се може схватити као одређивање мере у којој је *ad hoc* комитету дозвољено да се бави испитивањем суштине.

Овакав приступ је напуштен у следећим генерацијама случајева, али се не може тврдити да су и они у потпуности изоловали разматрање од квалитативног стандарда. Тако је било и у случају *MINE*. Овај *ad hoc* комитет је сматрао да контрадикторни и фриволни разлози, који немају неку сврху, односно вредност у образложењу одлуке, не испуњавају минимум захтева у погледу постојања образложења одлуке трибунала.⁶¹⁷

У случају *Wena*, *ad hoc* комитет је сматрао да је могуће да самостално, уколико му сазнања о случају то допуштају, образложи одлуку, односно допуни дато образложење трибунала.⁶¹⁸ Не постоји ниједна одредба *ICSID* Конвенције која прописује овакво овлашћење за поступање *ad hoc* комитета. То је и формално и суштински стандард поступања који одговара карактеристикама апелационог поступка.

Са друге стране, *Bottini* идентификује обавезу изношења разлога у одлуци на којима је заснована, односно члан 48. и члан 52.1.е. *ICSID* Конвенције, као једну од фундаменталних карактеристика *ICSID* система.⁶¹⁹ У том смислу, нужно је омогућити овим одредбама Конвенције примену сагласно принципу *effet utile*. Као што је напред показано, просто језичко тумачење, које примену овог правила своди на формални тест, не би у потпуности то омогућило. Механичко испитивање да ли су у одлуци разлози уопште изнети, односно да ли их има или нема, се не може прихватити као суштинска примена ове одредбе Конвенције. Због тога се у правној доктрини појављују схватања која у овом случају оправдавају екстензивно тумачење, односно шира овлашћења *ad hoc* комитета приликом разматрања овог основа за поништење одлуке. Увођење принципа рационалности одлучивања се може посматрати као

⁶¹⁵ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.

⁶¹⁶ *Supra* 331, *Klöckner I annulment decision*, para. 120.

⁶¹⁷ *Supra* 333, *MINE annulment decision*, para. 5.09.

⁶¹⁸ *Supra* 335, *Wena annulment decision*, para. 83.

⁶¹⁹ Видети: *Bottini* (2016.), *Supra* 586, стр. 724.

постављање теоријске подлоге за оправдање увођења *ad hoc* комитета у стандард апелационог разматрања донете одлуке.⁶²⁰

Очигледно је да тензија између ове две врсте поступка кулминира у овом основу за поништење одлуке и још увек није пронашла адекватан модалитет за њихово помирење. Заправо, теорија нуди компромис и ствара образложење зашто је у овом случају пожељно ублажити разлике између ове две врсте поступка, уместо да се оне јасно одреде.

Најзад, као једна од главних разлика између поступка за поништење одлуке и апелационог поступка, наводи се исход ових поступака. У поступку за поништење, одлука може бити поништена, делимично или у целости, или може остати на снази, у оном облику како је трибунал донео. У апелационом поступку, суштина је да страна издејствује другачије решење спора, односно, апелациони орган има надлежност да одлуку измени.

Међутим, *Bottini* истиче пример у коме и ова разлика између поступака бледи. Говорећи о томе у делу свог рада, који, врло илустративно и симптоматично, носи назив „Изван поступка за поништење одлуке“ (енг. “*Beyond annulment*”), *Bottini* разматра случај *Occidental Petroleum*.⁶²¹ У овом случају је *ad hoc* комитет изменио износ обрачунате штете. Истина, то није назвао изменом одлуке трибунала, већ само променом износа, тако да се унесе тачно обрачунат. *Ad hoc* комитет је сматрао да би генерално требало признати овакво право у поступцима за поништење, под условом да је могуће установити тачан износ без додатних поднесака странака и извођења доказа. Овакво схватање је оправдао принципом процедуралне економичности. Чини се да овај аргумент има заснованост у основним принципима арбитражног права. Зашто би стране биле принуђене да поново подносе спор на решавање да би се утврдио тачан износ одштете, када *ad hoc* комитет то може да учини извођењем просте аритметичке операције? Међутим, остаје суштинско питање нарушавања одредби *ICSID* Конвенције којима је уређен поступак за поништење одлуке и мандат *ad hoc* комитета.⁶²²

Ad hoc комитети, у зависности од основа за поништење одлуке о коме одлучују, показују различиту склоност за преузимање улоге апелационог органа. Ипак, ова тенденција је присутна. Углавном се показује кроз начин испитивања одлуке

⁶²⁰ Више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.г.

⁶²¹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11)

⁶²² Видети: *Bottini* (2016.), *Supra* 586, стр. 726.

трибунала. Ипак, пример приказан кроз случај *Occidental Petroleum*, указује на директни вид трансформације поступка за поништење одлуке у апелациони.

Поред тога, проширивање улоге *ad hoc* комитета ван оне која је предвиђена чланом 52. ICSID Конвенције се манифестује и кроз друге појавне облике. Тако, *ad hoc* комитети се упуштају у изношење критике правног схватања трибунала кроз коју нуде сопствено виђење начина на који је требало решити спорно питање. Даље, преузимају едукативну улогу, кроз коју, решавајући конкретан спор, залазе у обимна образложења, са намером да поставе смернице за даљи рад. Хиперактивни *ad hoc* комитети не осликавају схватање поступка за поништење одлуке као строго лимитираног поступка.

Међутим, оно што је карактеристично и од посебног значаја за анализу како поступање *ad hoc* комитета може утицати на даље функционисање ICSID система, јесте реакција теоријских разматрања овог проблема. Посебно видљиво у разматрању прекорачења овлашћења по основу примене погрешног права, пропуштања трибунала да у одлуци изнесе разлоге на којима је заснована, као и у конкретном примеру случаја *Occidental Petroleum*, теорија покушава да пронађе оправдање оваквог начина поступања *ad hoc* комитета. Зависно од конкретног основа за поништење ово оправдање је засновано на захтеву давања приоритета суштинском испитивању одлука над формалним,⁶²³ на концепту рационалности одлучивања,⁶²⁴ односно на принципу економичности поступка.

Да ли ово треба схватити у смислу да је дух времена и односа у међународној заједници унет у *modus operandi ad hoc* комитета и да је то довело до суштинских измена у схватању значења Конвенције, без формално-правног мењања њених одредби?

Одговор на ово питање треба истражити кроз испитивање разлога који су довели до тога да поступање *ad hoc* комитета које је функционално прерасло у апелациони поступак. Такође потребно је истражити какве последице то може имати на легитимитет ICSID система уопште. Затим, треба одговорити и на који начин треба на даље конципирати функционисање овог начина за решавање инвестиционих спорова. Претходне анализе дају основ за даље истраживање овог проблема.

⁶²³ Видети више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.6.3.

⁶²⁴ Видети више о томе у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.г.

ГЛАВА III

УТИЦАЈ РАДА *AD HOC* КОМИТЕТА КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИХ ТЕЛА НА ЛЕГИТИМИТЕТ ICSID-а

ОДСЕК I

РАЗЛОЗИ *PRO ET CONTRA* ФОРМАЛНОГ УВОЂЕЊА АПЕЛАЦИОНОГ ПОСТУПКА У АРБИТРАЖНУ ПРОЦЕДУРУ ПРЕД ICSID-ом

1. Уводне напомене

Анализа рада *ad hoc* комитета приказује да се границе њиховог одлучивања функционално опредељују као пандан апелацији. Због тога се ICSID описује као режим у коме постоји апелациони поступак коме су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе.⁶²⁵

На основу поређења одредби ICSID Конвенције и фактичког стања, пост-арбитражна фаза процедуре, може се определити као нерегулисана и неорганизована, који почива на емпиријској методи „покушаја и грешке“, без планске и циљне подлоге. Систем који се развија на такав начин лако може крајњим корисницима да делује неодговарајуће, односно нефункционално.⁶²⁶

Логички се намеће питање зашто се онда и формално у ICSID не уведе апелациони поступак?

⁶²⁵ Gal-Or, Noemi. "The concept of appeal in international dispute settlement." *European Journal of International Law* 19, no. 1 (2008): 43-65. str. 52.

⁶²⁶ *Ibid.* str. 53.

2. Формално увођење апелационог поступка у арбитражну процедуру пред ICSID-ом

Први и очигледни аргумент против увођења апелационог поступка у арбитражну процедуру пред ICSID-ом је изричито ограничење прописано самом Конвенцијом. На основу анализе текста Конвенције, као и историјата њеног доношења, намеће се закључак да двостепеност, односно могућност преиспитивања донетих одлука није била намера креатора Конвенције. Нити је то био циљ њеног усвајања. Чињеница је да Конвенција прописује одређене пост-арбитражне поступке.⁶²⁷ Ипак, њихова функција је да донета одлука буде технички исправна (поступак за исправку одлуке), јасна (поступак за тумачење одлуке), односно заснована на свим релевантним чињеницама (поступак за ревизију одлуке). Они су прописани у корист коначности одлуке, али узимајући у обзир потребу обезбеђења њеног највећег степена ваљаности, као инструмента који уређује односе међу странама у спору. Тиме се доприноси идеји да одлука треба прецизно да дефинише последице настале спорне ситуације, на начин да нема недоумица међу странама и тако да одржи генерални концепт правичности, заснованости и одрживости. Поступак за поништење одлуке, као једна врста пост-арбитражног поступка, подржава такво функционисање ICSID-а. Иако се може ставити примедба да ова врста поступка само продужава процес до доношења коначне одлуке, у литератури се истиче да нема места дискусији о антагонизму између коначности одлука и њихове контроле,⁶²⁸ јер је однос ова два принципа већ одређен одредбама Конвенције која им даје одговарајуће место у ICSID систему. У том смислу, поступак за поништење одлуке стоји као тачка прекретница која помера концепт коначности ка концепту релативне коначности.

Ипак, приметно је да Конвенција кроз низ процесних одредби негује коначност, упркос прописаној могућности за покретање поступка за анулирање одлуке.⁶²⁹ Најпре, поступак се може покренути искључиво у прописаном року, може се одредити да странка унапред плати очекиване трошкове поступка и друге таксе, затим да положи гаранцију у висини компензације која је додељена одлуком трибунала. Привремене одлуке не могу да буду самостални предмет захтева за поништење (рецимо одлука о

⁶²⁷ Чланови 49 (поступак за исправку одлуке и поступак за доношење допунске одлуке), 50 (поступак за тумачење одлуке), 51 (поступак за ревизију одлуке) и 52. (поступак за поништење одлуке) ICSID Конвенције

⁶²⁸ Више о томе видети у: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208.

⁶²⁹ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199 str. 454.

јурисдикцији). Најзад, чак и када *ad hoc* комитет нађе да постоји основ за поништење, има дискреционо право да одлучи да ли је у конкретном случају то довољан разлог да одлука буде анулирана. *Ad hoc* комитет који је поступао у случају *MINE* је истакао да не треба да се одобри поништење одлуке у случају када то очигледно није неопходно за исправљање процедуралне повреде, односно када би поништење неоправдано нарушило обавезујућу природу и коначност донете одлуке.⁶³⁰ *Ad hoc* комитет у случају *Vivendi* је закључио да је, између осталог, његова улога да штити против поништења одлука из тривијалних разлога.⁶³¹

Из овога се изводи други аргумент против увођења апелационог поступка у арбитражну процедуру пред ICSID-ом. Наиме, апелација се може посматрати као директно везана за нарушавање принципа коначности арбитражног начина решавања спорова. Увођење читавог новог дела процедуре, који би се „надоградио“ на досадашњи, би значило продужавање процеса до коначне одлуке. Овај аргумент се чини очигледним. Међутим, има мишљења која га не подржавају и оспоравају његову суштину. Образложење против увођења апелације, које се заснива на потреби очувања ефикасности у решавању спорова, неодрживо је, јер ни поступак за анулирање одлуке не пружа брзи правац деловања.⁶³² Даље, одлуке које су материјално погрешне иду директно против циља и сврхе Конвенције и не доприносе коначном решењу спора. Због тога је потребан механизам који суштински води ка коначности, односно који укључује и захтев за исправним решењем спора, а који не узима у обзир само формалну страну опредељену временским оквиром за спровођење целокупне процедуре.⁶³³

Идеја о увођењу апелационог поступка у ICSID није новина. Октобра 2004. године ICSID Секретаријат је објавио Студију о могућим побољшањима ICSID оквира за арбитражу.⁶³⁴ Студија је била подлога за дискусију о потребама промене ICSID структуре и правцу у ком би требало да се покрене. Њоме је у окриље ICSID система званично уведена идеја о формалном увођењу апелационог поступка.

⁶³⁰ *Supra* 333 *MINE* annulment decision, para. 4.10.

⁶³¹ *Supra* 334, *Vivendi I* annulment decision, para. 63.

⁶³² Huang, Xian Yu, and David Chi Yu Cheng. "Protection of International Investment-The Study of Establishing Appellate Mechanisms in International Investment Arbitration." *International Review of Management and Business Research* 3, no. 4 (2014): 1819-1827. str. 1825.

⁶³³ *Ibid.* str. 1825.

⁶³⁴ Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, *ICSID Secretariat Discussion Paper* (2004.)

Доступно на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf#search=Possible%20improvements>

У Студији ICSID Секретаријата предлаже се креирање Апелационог тела, чије функционисање и начин поступања би био уређен посебним правилима, које би усвојио Административни савет ICSID-а. Ово тело би заснивало своју надлежност на посебним клаузулама садржаним у инвестиционим споразумима, или на споразумима закљученим између страна у спору, а којима би било уговорено да одлуке које доносе ICSID трибунали подлежу жалби у апелационом поступку.

Овако предвиђен начин увођења апелације у ICSID систем, очигледно представља компромис између одредби ICSID Конвенције и жеље да се унесе промена у структуру процедуре за решавање спорова. ICSID Конвенција чланом 53. став 1. прописује да одлуке трибунала не подлежу жалби. Према томе, да би се у ICSID систем увео апелациони поступак, као редовни правни лек, морала би да се измени Конвенција. Међутим, измена текста Конвенције, сагласно члану 66, подразумева да предложени амандман ратификују, прихвате или одобре све државе потписнице, без изузетка. Предлог за увођење апелационог поступка на основу посебне клаузуле садржане у инвестиционом споразуму, настоји да заобиђе неопходни пристанак свих држава потписница Конвенције, односно гломазан и дуготрајан механизам за њену измену. У том смислу, правила о Апелационом телу које би усвојио Административни савет, служила би као вид институционалне подршке апелационом поступку. Она би служила и као основ за уједначавање праксе поступања у сваком конкретном случају. Међутим, надлежност овог тела би почивала на добровољној основи, односно на појединачним сагласностима садржаним у инвестиционим споразумима или у уговорима закључених између страна у спору и морала би увек посебно да се уговара. Другим речима, предлог је да се уведе апелационо тело које би било засновано на *ad hoc* основама.

Посматрано у контексту члана 53. став 1. ICSID Конвенције, овакво решење је правно допуштено. Најпре, на основу члана 6. став 1. тачка ц) Конвенције, у надлежности Административног савета је доношење правила поступка арбитраже. Поред тога, овакво решење је сагласно члану 41. Бечке конвенције, којим се уређују споразуми који имају за циљ да измене вишестране уговоре у односима само између неких чланица. Према овој одредби, две или више потписница ICSID Конвенције могу закључити споразум који има за циљ да измени Конвенцију само у погледу њихових узајамних односа:

- а) ако је могућност такве измене предвиђена Конвенцијом; или
- б) ако ова измена није забрањена Конвенцијом под условом:

- 1) да не иде на уштрб уживања права која остале државе потписнице изводе из уговора и извршавања обавеза; и
- 2) да се не односи на одредбу од које се не може одступити а да не дође до несагласности са ефективним остварењем предмета и циља Конвенције у целини.

Према одредбама Бечке конвенције, државе потписнице које би имале намеру да закључе споразум о уговарању апелационог поступка, требало би да обавесте остале државе потписнице ICSID Конвенције о овој намери, као и о изменама које се на тај начин уносе у процедуру решавања спора.

Поред тога што се предлог Секретаријата ICSID-а појављује као својеврстан компромис између садашњих одредби Конвенције и потребе за њеном изменом, *modus operandi* који би почивао на посебним споразумима се нуди као флексибилни алтернативни модел за заштиту права учесника у спору. Међутим, овакав начин увођења апелационог поступка у ICSID систем, нужно мора да одговори на питања који циљ треба да постигне двостепеност у одлучивању, као и да ли предложени модел може на адекватан начин да одговори на захтеве тако постављеног циља.

3. Циљеви увођења апелационог поступка у арбитражни поступак пред ICSID-ом

У наведеној Студији Секретаријата ICSID-а се наводи да ван ICSID система већ постоје склопљени међудржавни инвестициони споразуми који уводе апелациони поступак у структуру решавања спорова, па треба размотрити да ли постоји шира потреба међународне заједнице за реформисање инвестиционе арбитраже. Студија идентификује да је циљ апелационог поступка да подстиче кохерентност и конзистентност у пракси која произилази из спорова проистеклих из инвестиционих споразума.⁶³⁵ Додуше, у овој Студији се наводи да неконзистентност у тренутку покретања расправе о потреби увођења апелационог поступка није проблем у оквиру ICSID-а, али да постоји реална опасност да у будућности то постане.

⁶³⁵ *Ibid.* str. 14.

Годину дана након објављивања Студије, 2005. године, ICSID Секретаријат је објавио Радни материјал о предложеним променама ICSID правила и процедура.⁶³⁶ У овом материјалу се одбацује идеја о увођењу апелационог поступка, као преурањена. Овакав став намеће питање да ли је Студија из 2004. године правилно идентификовала циљеве које треба постићи увођењем апелационог поступка.

Christian Tams је као могуће предности од увођења апелационог поступка идентификовао:

1. неговање конзистентности у одлучивању,
2. повећану материјалну исправност одлука и
3. повећање ауторитета донетих одлука.⁶³⁷

3.1. Конзистентност у одлучивању

Уколико би се анализирао свеукупна пракса трибунала, несумњиво је да се могу пронаћи одређене неконзистентности у донетим одлукама. Њихови појавни облици могу бити различити. Неконзистентности се, најпре, могу идентификовати у одлукама у којима је у сличним околностима дошло до потпуно различитих исхода спора. Затим, могу се јавити и у мање очигледним формама. Рецимо, у облику оштре критике претходно донетих одлука, односно раније заузетих ставова и правних мишљења, која доводи у сумњу њихов ауторитет и евентуално легитимитет.

Проблем неконзистентности није везан искључиво за функционисање ICSID система, већ је ангажовао интересовање јавности која је усмерена ка функционисању међународних форума за решавање спорова уопште. Покретачи дискусије о питању неконзистентности у одлучивању су такозвани „Чешки случајеви“ или *Lauder cases*.⁶³⁸ Ради се о случајевима у којима су два арбитражна трибунала, један у Стокхолму, а други у Лондону, ушла у историју арбитражног начина решавања спорова, по томе што су донели битно другачије одлуке у ствари која је суштински идентичан спор.⁶³⁹

⁶³⁶ Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, *Working Paper of the ICSID Secretariat* (2005.)
Доступно на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf#search=Suggested%20Changes>

⁶³⁷ Видети више о томе: Tams (2009.). *Supra* 147.

⁶³⁸ СМЕ Czech Republic B.V. v. The Czech Republic и *Lauder v. Czech Republic*

⁶³⁹ Видети: Franck “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”. (2004.) *Supra* 137, str. 1559.

Рад ће се најпре бавити Чешким случајевима, да би се указало зашто се јавила идеја о томе да је неконзистентност одлучивања проблем у оквиру међународног система за решавање спорова. Затим ће бити приказана и анализирана релевантна пракса у оквиру ICSID-а.

а. Чешки случајеви

Ronald S. Lauder, амерички финансијер, почетком деведестих година је хтео да оснује прву приватну телевизију у Чешкој Републици. Компанија *Central European Development Corporation* ("*CEDC*"), појављује се као његово средство за реализацију инвестиције. Преко ње је хтео да уложи средства у телевизијску станицу са дозволом за емитовање програма. Улагање је требало да буде у форми директне инвестиције (енг. "*Foreign Direct Investment*", такође и „*FDI*“) и да се реализује кроз сарадњу и заједничко управљање са локалним партнером *Central European Television 21* ("*CET 21*").

Међутим, лиценца за емитовање програма је коначно одобрена само компанији *CET 21*, а компанија *CEDC* није могла да учествује кроз форму директне инвестиције, већ кроз *joint venture* компанију *CNTS*. *Joint venture* би имао три учесника: 1) *CET 21*, као носиоца лиценце; 2) *CEDC*, који треба да обезбеди финансије, учешће у програмским активностима и *know-how*; 3) и чешка банка, која треба да обезбеди даље финансирање.

Ова телевизијска станица је кренула са радом као врло профитабилна већ у првој години свог пословања. Међутим, 1995. године, Чешка је изменила законе у области медија и покренула административне процедуре против *CNTS-а*, позивајући се на то да је корпоративна структура таква, да према важећим прописима, *CNTS* послује без лиценце. Покренути су и кривични процеси који су се тicali права на емитовање програма. Услед растућих притисака, промењена је структура у компанији *CNTS*, као и међусобне обавезе и одговорности које се тичу емитовања програма, иако су партнери тврдили да се њихов међусобни однос, који почива на комерцијалном послу, није изменио. Иако су сви процеси који су били покренути против компаније *CNTS* били прекинути након ових измена, власник компаније *CET 21* је то искористио да прекине дотадашње пословне односе са компанијом *CEDC*. Наводећи да њихова међусобна права и обавезе не почивају на елементима ексклузивности, покренуо је сарадњу са другим компанијама и коначно, 1999. године, почео је да емитује програм преко

потпуно друге компаније, која је била под његовом контролом. Чешке власти се нису противиле оваквом следу догађаја.

Ronald S. Lauder је покренуо спорове пред арбитражама у Лондону и Стокхолму, тврдећи да су прекршене одредбе БИТ-а закљученог између Америке и Чешке, као и одредбе БИТ-а између Холандије и Чешке (компанија преко које је вршио инвестицију је била холандска). Иако су се процеси пред овим трибунаlima водили на основу два различита БИТ-а, суштински су се тицали истог спора. Међутим, ове две арбитраже су донеле одлуке које се међусобно знатно разликују по бројним заузетим ставовима о стандардима третмана инвестиције.

Арбитража у Лондону и арбитража у Стокхолму су се поводом овог случаја сложиле само у погледу става да инвеститор не сме да буде дискримисан.

Арбитража у Лондону је сматрала да је дискриминација постојала само у периоду од 1992. до 1993. године, када је *Ronald S. Lauder* био онемогућен да реализује свој пословни интерес у форми стране директне инвестиције. Према овој арбитражи, одлука да инвестиција мора да буде реализована у форми *joint venture* је заснована искључиво на околности да се ради о страном инвеститору, па је због тога дискриминаторска.

Арбитража у Стокхолму је сматрала да је током 1996. и 1999. године, када су одговарајућа тела Чешке Републике одлучивала о пословању *CNTS-a*, лишавајући је ексклузивних права, постојао третман инвестиције који се може ценити као неразуман (енг. „*unreasonable*“). Међутим, овај трибунал у предузетим активностима државе домаћина није препознао да је било дискриминаторног третмана, па није сматрао да је дошло до кршења одредби БИТ-а.

Разлике у схватањима трибунала се могу пронаћи и у односу на низ других стандарда третмана инвестиције, односно у односу на друге одредбе инвестиционих споразума. Рецимо, трибунал у Лондону је сматрао да није дошло до експропријације, за разлику од трибунала у Стокхолму. Даље, трибунал у Лондону је сматрао да није дошло до кршења фер и правичног третмана, док је трибунал у Стокхолму дошао до супротног закључка. Неслагање два трибунала се види и у погледу примене начела пуне заштите и сигурности, при чему је лондонски трибунал сматрао да нема кршења овог начела, а онај у Стокхолму је нашао супротно. Разлика у одлукама два трибунала је и у кршењу минималног стандарда третмана, где је опет, лондонски сматрао да нема кршења, а стокхолмски да има.

Невероватно је да су ова два трибунала имала толико различито виђење о томе како треба тумачити чињенично стање настало у Чешкој Републици. Неподударање у правним схватањима се може пратити кроз низ ставова којима се утврђује положај инвеститора, односно државе домаћина у питању. Оно што је посебно упечатљиво у овим случајевима је, најпре, околност да се не ради о сличном чињеничном стању или приближно истим околностима из којих је настао спор, већ се ради о једном те истом спору. Друга карактеристика је да се разматрања трибунала тичу одређених принципа који се у међународном инвестиционом праву већ препознају као стандардни и уобичајено се уносе у текст инвестиционих споразума. То значи да већ постоји одређени опус праксе, као и теоријских радова, који ближе описују или упућују на то која је материјална садржина ових принципа и који домет у заштити права инвеститора они начелно треба да имају.

У таквим околностима се неподударност заузетих ставова два трибунала тешко може објаснити.

Пандан Чешким случајевима у оквиру ICSID-а су *SGS* случајеви: Пакистан⁶⁴⁰ и Филипини⁶⁴¹.

б. SGS случајеви у ICSID-у

У пракси ICSID трибунала се као случајеви кроз које се илуструје неконзистентност у донетим одлукама, идентификују такозвани „*SGS*“ случајеви. Ради се о случајевима које је компанија *SGS* повела против Пакистана и против Филипина, на основу практично истих околности случаја.

У случају *SGS*-Пакистан, трибунал је први пут разматрао начин примене кишобран клаузуле (енг. “*umbrella clause*”) у инвестиционом споразуму. Питање које су арбитри морали да реше је да ли се кршење комерцијалног уговора, посредством ове клаузуле, претвара у кршење инвестиционог споразума. У овом случају, трибунал није потврдно одлучио.

Околности спора су у вези са услугама које је компанија *SGS* пружала Пакистану, у оквиру царинских процедура. Заузврат, Пакистан је био у обавези да плаћа одређену надокнаду. Уговор на основу кога су вршене ове услуге (*Preshipment*

⁶⁴⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13)

⁶⁴¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6)

Inspection Agreement - the "PSI Agreement") је добро функционисао неколико година, док коначно није окончан због неадекватног извршења међусобних обавеза.

PSI Уговор је садржао клаузулу којом се за решавање спорова проистеклих из тог уговора, одређује надлежност судова Пакистана. Међутим, компанија SGS је покренула спор пред ICSID-ом тврдећи да је у конкретном случају дошло до кршења БИТ-а закљученог између Швајцарске и Пакистана. Покретање спора пред ICSID-ом се заснивало на томе да Швајцарско-Пакистански БИТ садржи одредбу којом се држава домаћин обавезује да гарантује поштовање свих обавеза које је преузела према страним инвеститорима, а који се тичу њихове инвестиције.⁶⁴² Према схватању компаније SGS, Пакистан није коректно испуњавао обавезу плаћања надокнада по PSI Уговору, затим, противправно је окончао овај Уговор, чиме је прекршио преузете обавезе према инвеститору. Тиме је нарушио стандард третмана инвестиције на који се обавезао на основу инвестиционог споразума. Дакле, наведену одредбу БИТ-а, компанија SGS је третирао као „кишобран клаузулу“ чији ефекат је да кршење одредби PSI Уговора уподоби кршењу одредби БИТ-а, чиме се стичу услови за покретање спора пред ICSID-ом.

Трибунал је закључио да се не може сматрати да се у конкретном случају ради о одреди БИТ-а са ефектом „кишобран клаузуле“. Иако трибунал начелно сматра да исто чињенично стање може довести до истовременог кршења и домаћег и међународног права, држава домаћин може прекршити одредбе инвестиционог споразума и без кршења комерцијалног уговора, и обрнуто.⁶⁴³ Трибунал је нашао да се ради управо о таквом случају.⁶⁴⁴

Трибунал је узео у обзир да обавезе које је држава домаћин дужна да гарантује нису лимитиране искључиво на оне које су предвиђене комерцијалним уговором. Међутим, овако формулисана одредба БИТ-а не треба исувише широко да се тумачи, јер би то могло да доведе до практично бесконачне експанзије захтева који би се покретали по аутоматизму, без одговарајуће квалификације, а наметали би неоправдани терет државама домаћинима.⁶⁴⁵

Трибунал је сматрао да у оваквим случајевима није довољно применити језичко тумачење текста БИТ-а, већ је увео захтевнији стандард интерпретације одредби

⁶⁴² Текст у оригиналу на енглеском језику гласи:

„each Sovereign shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the Investors from the other Sovereign.”

⁶⁴³ *Supra* 640, *SGS-Pakistan award* paras. 147, 148.

⁶⁴⁴ *Ibid.* paras. 164, 165.

⁶⁴⁵ *Ibid.* paras 166,167.

инвестиционог споразума. Према томе, мора да постоји јасан и убедљив доказ о намери државе да кршење комерцијалног уговора прихвати као облик кршења БИТ-а.⁶⁴⁶ Узимајући у обзир овакво тумачење, трибунал је сматрао да се спор на основу инвестиционог споразума може покренути само поводом радњи државе на које се примењују правила о одговорности суверена.⁶⁴⁷

Критика овог схватања сматра да је, тумачећи БИТ на овај начин, трибунал наведену одредбу инвестиционог споразума практично свео на „аномалију“ у тексту. Тиме је занемарио да додели одговарајући ефекат одредби које су државе споразумно изричито унеле у текст БИТ-а. Са друге стране, трибунал је увео ново правило о доказивању, према коме је потребно утврђивати намеру државе о значењу одређених одредби Уговора. Овакав стандард у доказивању није унет у сам текст споразума, односно, не може се сматрати да су га стране уговориле.⁶⁴⁸

Случај *SGS v. Philippines* се заснива на практично истом чињеничном стању, али се одлука трибунала значајно разликује.

Компанија *SGS* је склопила уговор са Филипинима о вршењу услуга који се тичу царинских процедура. Након измена правила у оквиру Светске трговинске организације, услед којих је и влада Филипина изменила своје прописе, пропустила је да обнови уговор закључен са компанијом *SGS*. Као резултат тога, није платила одговарајуће надокнаде овој компанији за пружене услуге.

И у овом случају, као и у претходном, уговор је садржао клаузулу којом је за решавање спорова проистеклих из уговора предвиђена надлежност локалних судова Филипина. Међутим, компанија *SGS* је покренула спор пред ICSID-ом, позивајући се на кршење одредби БИТ-а закљученог између Швајцарске и Филипина.

Свој захтев је засновала на одредби БИТ-а којом је прописано да ће држава домаћин поштовати било коју обавезу преузету у вези са конкретном инвестицијом коју је на њеној територији учинио инвеститор из друге државе уговорнице.⁶⁴⁹ Употребљени текст се незнатно разликује од оног који је садржан у Швајцарско-Пакистанском БИТ-у. Трибунал је у овом случају одлучио да употребљени израз „да ће држава домаћин поштовати обавезе“, указује на постојање материјалног, суштинског

⁶⁴⁶ *Ibid.* para. 167.

⁶⁴⁷ *Ibid.* para.166.

⁶⁴⁸ Видети: Franck, “Role of International Arbitrators” (2005.), *Supra* 189, str. 1572.

⁶⁴⁹ Текст у оригиналу на енглеском језику гласи:

“Sovereign shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Sovereign.”

права инвеститора насупротив преузетим обавезама државе домаћина. Даље, трибунал је сматрао да опредељивање да држава домаћин треба да поштује „било коју преузету обавезу“, означава да таква обавеза може да проистекне и из локалног права, односно из комерцијалног уговора.⁶⁵⁰ Трибунал је своје резоновање образложио тиме да је легитимно интерпретирати одредбе БИТ-а у корист заштите инвестиција које су њиме покривене.⁶⁵¹

Филипински трибунал је покушао да направи разлику између сопствене одлуке и оне које је донео пакистански трибунал, наводећи да се разликују текстови БИТ-ова који су примењени у сваком појединачном случају. Такође, сматрао је да је формулација релевантне одредбе из Швајцарско-Пакистанског БИТ-а знатно неодређенија. Ипак, изнео је критику донете одлуке у случају Пакистан. Критика указује да је пакистански трибунал одлуку засновао на страху од бесконачне експанзије употребе „кишобран клаузуле“, затим на презумпцији против екстензивног тумачења одредби БИТ-а, као и на пропуштању да одредби БИТ-а да суштинско значење.⁶⁵² Филипински трибунал је сматрао да наведена одредба БИТ-а има ефекат „кишобран клаузуле“ и да се кршење уговора закљученог између државе домаћина и инвеститора може сматрати кршењем инвестиционог споразума.⁶⁵³

Филипински трибунал је велики значај дао језичком тумачењу релевантне одредбе БИТ-а. Такође, пажњу је усмерио и на то да се свакој одредби мора дати одговарајући ефекат, имајући у виду да су је уговорне стране намерно унеле у текст споразума.

Разлике између две одлуке се могу објаснити тиме што постоје и разлике у формулацији текста одредби које је требало да преузму улогу „кишобран клаузуле“. Даље, Филипински трибунал је узео у обзир и разматрао одлуку коју је донео Пакистански трибунал. Међутим, сматрао је да ставови овог трибунала нису довољно засновани и одлучио је да их одбаци. Имајући у виду да трибунали нису везани претходно донетим одлукама, ово се може сматрати добрим објашњењем различитог исхода решења домета и примене „кишобран клаузуле“ под готово идентичним условима.

Свакако, друго објашњење би било да једна од ове две одлуке није исправна.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ *Supra* 641, *SGS-Philippines* award para. 115.

⁶⁵¹ *Ibid.* para. 116.

⁶⁵² *Ibid.* paras. 121-126.

⁶⁵³ *Ibid.* para. 128.

⁶⁵⁴ Видети: S. Franck, „Role of International Arbitrators” (2005.), *Supra* 189, str. 1574.

в. *Анализа праксе у Чешким и SGS случајевима у контексту очувања конзистентности у одлучивању*

Иако Студија којом се отвара дебата о увођењу апелационог система у ICSID⁶⁵⁵, наводи да проблем неконзистентних одлука још увек не постоји, Генерални секретар ICSID-а је након *SGS* случајева јавно уперио пажњу на ово питање.

Постала су актуелна предвиђања о могућностима опстанка система у коме коегзистирају супротне одлуке. Такве одлуке ремете перцепцију о владавини права и основних постулата правичности. Указивање на значај овог проблема иде дотле да описује постојање конфликтних одлука као претендента да наруши схватање о корисности употребе арбитража као модела за решавање спорова. Различити исходи спорова који се базирају на идентичном чињеничном стању или практично истим одредбама инвестиционих спорова, према томе, имају потенцијал да наруше међународни правни поредак.⁶⁵⁶

Владавина права је есенцијална за учеснике у глобалној економији. Уколико нема сигурности и конзистентности у погледу садржине правила, као и у погледу начина њихове примене, постоји штетан утицај на оне који треба тим правилима да се повинују, односно на њихову вољу да поступају сагласно тим правилима. Ако правном оквиру мањка стабилност, учесници у међународним пословним односима не могу да предвиде шта значи поступати сагласно важећим правилима, односно, не могу да усмеравају своје пословање и планирају пословну будућност. Тиме се умањује легитимитет тог правног оквира у целини.

Апелациони поступак као средство за очување кохерентности и конзистентности у решавању појединачних случајева, допринео би и унификацији фрагментираног инвестиционог права. На тај начин би се повећао потенцијал инвестиционог права да се позиционира као оквир у коме учесници на тржишту могу да заснивају основана очекивања.

У време када се ради на повећаној транспарентности, питања неконзистентних одлука добија још више на значају.

Након анализе Чешких случајева, као и *SGS* случајева, *Christian J. Tams* је дошао до закључка да у ICSID-у не постоји проблем неконзистентности. Према његовом схватању одређена доза неподударности одлука у оквиру система као што је ICSID је неизбежна, али то не треба посматрати као проблем који нарушава систем у

⁶⁵⁵ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634.

⁶⁵⁶ *Ibid.* str. 1583.

целини. То је одраз природе инвестиционог права, као и природе функционисања арбитража као механизма за решавање спорова.⁶⁵⁷

Најпре, растући број случајева који се решава пред ICSID трибуналима ствара фактичке основе да не буду сви решавани у истом маниру. ICSID сведочи о „експоненцијалној експлозији поднетих захтева.“⁶⁵⁸ Процењује се да је осамдесетих година у просеку био подношен један захтев годишње. До 2001. године, тај просек се повећао на један захтев месечно и стално расте. Такве околности отежавају захтев за доследним спровођењем конзистентности у свим могућим случајевима.

Међународно инвестиционо право је по својој природи фрагментирано и садржано у неколико хиљада различитих инвестиционих споразума. ICSID трибунали у свом раду управо примењују тај велики број различитих споразума. У међународној пракси су постали уобичајени одређени стандарди третмана инвестиције који се редовно уносе у ове споразуме. Међутим, не треба занемарити чињеницу да је сваки БИТ засебан правни документ. У том смислу, један исти стандард третмана може бити другачије језички формулисан, чиме се његова садржина уређује на битно другачији начин. Инвестициони споразуми углавном садрже одредбе које су неодређене и остављају доста простора да се њиховим тумачењем дође до конкретног значења. Примењујући такву одредбу на различит сет чињеница, могуће је да њена интерпретација варира. То не мора аутоматски и нужно да значи да није правно заснована и исправна.

ICSID трибунали се образују на *ad hoc* основама. То значи по потреби, за сваки појединачни случај посебно. Не постоји континуитет у персоналном саставу трибунала, јер то нису стална тела у оквиру ICSID-а. Тиме се повећава могућност да дође до различитих тумачења одредби споразума и различитог начина примене правних инструмената. Најзад, арбитри који учествују у решавању спорова су различитих националности и потичу из правних система који негују другачије праксе правног мишљења и начина поступања. Иако је њихов рад оријентисан на питања међународног права, неминовно је очекивати да ће правна традиција, начин рада који се негује у националном правном систему њиховог порекла, индиректно бити пренети и у њихов рад у оквиру међународног панела. Различитости у начину поступања и одлучивања арбитра које почивају на том основу, такође се не могу сматрати

⁶⁵⁷ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 235.

⁶⁵⁸ Видети: S. Franck *Role of International Arbitrators* (2005.), *Supra* 189, str. 1539.

неисправним, или као суштински недостатак система. Напротив, оне су неизбежне и одраз су реалности природе међународних односа.

Очување конзистентности, конципирано у строгом смислу апсолутне доследности, захтева одређен степен персоналног и институционалног континуитета. ICSID процедуре не пружају такву врсту подршке. Посматрано на овај начин, не може се сматрати да у оквиру ICSID-а постоји неконзистентност у одлучивању као проблем.⁶⁵⁹

Даље, поставља се питање и да ли би апелациони поступак могао да реши неконзистентност у одлучивању који постоји на садашњем нивоу.

Одговор на то питање зависи, најпре, од тога какав би био састав апелационог тела. *Christian J. Tams* је сматрао да је унапређење система кроз увођење апелационог поступка могуће само ако постоји на јединствен начин организовано апелационо тело, које би постојало као стални и професионализован орган у оквиру ICSID-а.⁶⁶⁰ Секретаријат ICSID-а је, отварајући дебату о овом питању, предвидео другачије решење.⁶⁶¹ Тако конципирано, не би могло да отклони недостатке у функционисању процедура које евентуално могу да воде неконзистентности у одлучивању. Формирање апелационог тела на добровољној бази, које не би било обавезујуће за све, са арбитрама који се такође именују на *ad hoc* основи, само би поновило све потенцијалне опасности које онемогућавају доследност и истоветност у поступању различитих трибунала.

Даље, у критици приступа који заговара постојање апелационог поступка, истиче се да то није гаранција за доношење истоветних одлука. Конкретно, посматрано у контексту Чешких случајева, има мишљења да би више ефекта за обезбеђивање доследности у одлучивању, имало здруживање случајева.⁶⁶² Према овом мишљењу, и другостепеност може да резултира недоследним одлукама. Сем тога, као и код разматрања утицаја фрагментираних међународног инвестиционог права на одлуке које доносе трибунали, исти аргумент се може ставити против апелационог органа. Непоткрепљена је претпоставка да ће чланови неког вишег тела моћи у потпуности доследно да надгледају рад трибунала заснован на хиљадама инвестиционих

⁶⁵⁹ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 235.

⁶⁶⁰ *Ibid.* str. 235-240.

⁶⁶¹ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634. Више о начину на који ова Студија предлаже да се уреди увођење апелационог поступка у ICSID видети у делу дисертације: Глава III, Одсек I: 2.

⁶⁶² Laird, Ian, and Rebecca Askew. "Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System." *J. App. Prac. & Process* 7 (2005): 285-302. str. 301.

споразума. Најзад, чини се да мишљења која заснивају потребу увођења апелационог тела на неконзистентним одлукама занемарују чињеницу да су чланови ICSID трибунала увек стручњаци у области права. Односно, ICSID систем је конципиран тако да води рачуна о квалитету арбитра који се ангажују.⁶⁶³ Према томе, може се говорити о томе да ICSID има механизме који треба да превенирају доношење неконзистентних одлука.

Потреба за увођењем апелационог тела, као начина за решавање неконзистентности у одлучивању, се, између осталог, заснива и на погрешној претпоставци о значају прецедената.

ICSID се посматра као децентрализован систем за решавање спорова. Ово је због тога што трибунали нису стална тела, већ се оснивају на *ad hoc* основама и не постоји тело, више у хијерархијском смислу, које би вршило контролу материјалне исправности донетих одлука. Тако конципиран систем одбија успостављање прецедената као извора права.⁶⁶⁴ Такође, немогуће је инсистирати на обавезујућој снази претходно донетих одлука ако не постоји обавеза њиховог објављивања.

Међутим, практично, у одлукама које доносе трибунали и *ad hoc* комитети, редовно се цитирају мишљења арбитра изнета у претходним одлукама. Акумулација поновљених и доследних одлука, воде ка стварању одређеног стандарда који опредељује како треба одлучивати у свим будућим сличним ситуацијама.⁶⁶⁵ Било би погрешно мишљење да тако формирана пракса трибунала не ствара извесна очекивања страна у спору.

Постојање прецедената се посматра као један од предуслова за очување конзистентности одлучивања у оквиру неког правног система. Заправо, прецедентно право се посматра као хоризонтална конзистентност.⁶⁶⁶ Ова врста конзистентности се објашњава као правна ситуација у којој права и обавезе остају идентични и универзални кроз различите временске периоде и предмете спорова, имајући у виду да се појављују у различитим споровима и то под варијабилним околностима.

Према овом концепту, вертикална конзистентност се остварује кроз хијерархијски уређен систем органа за решавање спора.

⁶⁶³ *Ibid.* str. 302.

⁶⁶⁴ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 235.

⁶⁶⁵ Видети: Gal-Or (2008.), *Supra* 625, str. 54.

⁶⁶⁶ *Ibid.* str. 47.

Обе врсте конзистентности, вертикална и хоризонтална, интегрисано представљају уједначеност и, консеквентно, појачавају сигурност у систем у целини. То промовише задовољство донетим одлукама и доприноси коначности.⁶⁶⁷

Са једне стране, ICSID се појављује као систем који не подразумева право прецедената као обавезујуће, а са друге стране, фактички се међународно право управо на тај начин развија. Ово представља парадоксалну ситуацију која подрива конзистентност и интегритет. Има мишљења да порицање постојања прецедената сугерише да је право *ad hoc* карактера, пристрасно, фрагментирано, непредвидиво, па чак и ирелевантно, јер не постоји ништа према чему би учесници у промету могли да оријентишу своје понашање. Са друге стране, идеја апелационог поступка, односно процена претходно донетих одлука, подразумева постојање следбеног низа међу одлукама, које су повезане управо због њихове обавезујуће природе.⁶⁶⁸

Посматрајући праксу трибунала и *ad hoc* комитета, аутори сматрају да у оквиру ICSID-а постоји прецедентно право у облику *soft law* инструмента. Иако се формално-правно прецедентни не могу сматрати обавезујућим, њихова улога у формирању судова следствених трибунала није занемарива. Прецеденти се посматрају као незаобилазни фактор у постизању конзистентности.

Истиче се да, узимајући у обзир упоредно-правну анализу са националним системима који почивају на прецедентном праву, не може се рећи да су у потпуности имуни на контрадикторне одлуке. Ако се крене од процене да неконзистентност још увек није проблем у оквиру ICSID-а⁶⁶⁹, као и да овај систем негује *soft* прецеденте, може се сматрати да се у оквиру овог система већ развија концепт који негује доследност у одлучивању.⁶⁷⁰ Овакво стање указује да је преурањено разматрати да је ICSID као модел за решавање спорова покварен (енг. „*broken*“) на основама неконзистентности донетих одлука.⁶⁷¹

Када је у питању потреба за увођењем апелационог тела због унапређења конзистентности у одлучивању, постоји извесна подељеност мишљења у стручној јавности. Она се не огледа само у предвиђањима да ли је конзистентност, односно њен недостатак, проблем, већ у суштинском опредељењу коме треба да користи увођење овог дела поступка. Аутори који заговарају апелациони поступак на основама

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ *Ibid.* str. 54.

⁶⁶⁹ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634

⁶⁷⁰ Видети: Askew (2005.), *Supra* 662, str. 298.

⁶⁷¹ *Ibid.* str. 300.

конзистентности, суштински овај посебан степен у процедури за решавања спорова, стављају у службу очувања интегритета система. Због тога се посебно наглашава очување стабилности, правне предвидивости, неговање легитимних очекивања страна инвестиционих споразума.

Има мишљења да би исти ефекат могао да се постигне увођењем и неговањем концепта који је назван интерпретативна доследност (енг. „*interpretive determinacy*“).⁶⁷² Према овом схватању, владавина права је основна за све учеснике у међународном промету. Она се огледа кроз јасноћу и конзистентност, манифестованим у два вида: кроз дефинисање правила и кроз начин њихове примене. Уколико не постоји квалитет у погледу доследности, то може имати негативан ефекат на спремност учесника у промету да се повинују постојећим правилима. Одређеност, односно јасно опредељење права и обавеза, значи употреба прописаних правила у циљу креирања легитимних очекивања учесника у промету. У домену инвестиционог права, то би конкретно значило да инвестициони споразуми треба да садрже изричито и експлицитно уређене међусобне односе, јасно дефинисаним и прецизно прописаним правилима. Ипак, то није случај. Напротив, инвестициони споразуми, по правилу, садрже неодређене стандарде третмана, које конкретном садржином испуњава међународна пракса у тој области, односно, специфичне околности конкретног односа на који се ти стандарди имају применити. Непостојање јасних граница за поступање држава, односно инвеститора, ствара простор за избегавање поштовања установљених правила, односно, за стварање аргумената и образложења којим се то понашање оправдава. Тиме се нарушава легитимитет система у целини.

Ипак, чињеница да међусобни односи нису уређени правним инструментом који је јасан и прецизан, не значи да је он *per se* нелегитиман. Уколико је међународна заједница препознала ауторитет (у овом случају ICSID) коме је поверила право да интерпретира таква правила понашања, њихов значај и начин на који треба да се примене, тиме се тумачењем поправљају недостаци настали услед недовољне одређености у начину формулисања примењивог права. У том смислу се као кључни елемент за очување легитимитета система појављује “*interpretive determinacy*”.

Уколико би се овај концепт неговао у оквиру ICSID-а, функционално би могао да замени идеју о потреби увођења апелационог тела ради постизања веће конзистентности у одлучивању. Тиме би се осигурало да међународна заједница, као

⁶⁷² Видети: Franck, *Role of International Arbitrators*” (2005.), *Supra* 189, str. 1585.

потенцијални корисник апелационог поступка, ужива бенефите које би очекивала и од овог посебног дела процедуре. Концепт “*interpretive determinacy*” кроз конкретизовање и одређивање садржине односа између држава и инвеститора, може да има улогу у обликовању контура материјалног инвестиционог права.

Посматрано са аспекта директних корисника система, односно страна у спору, значајна функција коју би требало да постигне апелациони поступак је у могућности исправљања материјалних грешака у донетим одлукама.

3.2. Исправљање материјалних грешака у донетим одлукама

У литератури се могу наћи мишљења да се највећи значај увођења апелационог поступка одгледа у користима које би могао да пружи директним корисницима система, односно, странама у спору који се решава пред ICSID тубуналима. Таква функција апелационог система се огледа кроз доношење материјално исправних одлука, односно кроз могућност да се одлука измени.⁶⁷³

Овако постављен непосредни циљ који би могао да се постигне увођењем апелационог тела, треба посматрати у контексту циља због кога је створен ICSID. Примарна идеја приликом формирања овог Центра је била да се унапреди механизам путем кога страни инвеститори могу да штите права и свој пословни интерес док реализују инвестицију на територији државе домаћина. То би значило да док год преовлађује успех инвеститора у споровима, нема интереса за увођење апелационог поступка. Ово опредељење је јасно, јер нема интереса да се уводи могућност за измену одлука које су донете у корист субјеката, чијих права је заштита приоритет система.⁶⁷⁴

Поред тога, како истиче *Christian J. Tams*, и даље постоји поверење странака у једностепени систем решавања спорова и одлуке које се доносе у оквиру тако уређеног система, генерално се могу сматрати материјално исправним одлукама. Према њему, аргумент који се заснива на могућности исправке и доношења исправније одлуке, није убедљив. Он почива на апстрактној претпоставци о релативној предности апелационог поступка, чија функционалност или примењивост у оквиру ICSID система није показана. Заснованост овог аргумента треба посматрати и са становишта корисника овог форума за решавање спорова. Показатељ потребе за креирањем механизма који ће

⁶⁷³ Видети: Walsh (2006.), *Supra* 199, str. 457.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

довести до исправнијих, тачнијих одлука треба да буде постојање генералног незадовољства системом. Према овом аутору, то није случај. То се може сагледати кроз објективне показатеље: и даље постоје државе које приступају Конвенцији, велики број инвестиционих споразума садржи арбитражну клаузулу која предвиђа надлежност ICSID-а, спремност инвеститора да покрену спор пред ICSID-ом, као и спремност држава да спроведу донете одлуке. Иако постоје изузеци (државе које су иступиле из ICSID-а, као и одређени проблеми у спровођењу одлука), и даље преовлађује општи утисак поверења у систем, који се показује кроз наведене чиниоце.⁶⁷⁵

Са друге стране, посматрано у контексту тврдње да се ICSID показује као систем који суштински има апелациони поступак, али у коме су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе, као један од његових највећих недостатака истиче се да страна у спору нема могућности да се брани од погрешне примене права.⁶⁷⁶ Апелација се показује као процес који би непосредно служио отклањању овог недостатка. Судске и друге процедуре, које редовно укључују другостепени поступак, као један од основа за жалбу подразумевају погрешно примењено материјално право. То је управо основ који недостаје поступку за поништење одлуке а који омогућава исправку погрешне одлуке у суштинском, материјалном смислу.

Ако се узме у обзир да приликом решавања спорова трибунали морају да примењују на хиљаде различитих инвестиционих споразума, потенцијал за погрешну примену права није занемарив. Такође, значај који погрешно примењено право може имати на коначну одлуку, може бити од круцијалног утицаја на исход спора. У том смислу, није без основа разматрати ово питање.

Овај проблем адекватно илуструје случај *CMS*, из групације “*Argentine Gas Cases*”.⁶⁷⁷ *Ad hoc* комитет у случају *CMS* је изричито навео да није апелациони суд и да се његове компетенције односе искључиво на поништење одлуке на основу једног од основа прописаних чланом 52. ICSID Конвенције. Даље, у уводном делу одлуке је истакао да је у свом поднеску којим се обратила *ad hoc* комитету, Аргентина навела да се ради о првом случају у коме је одлучено против ове земље, па да се у поступку за поништење одлука мора разматрати и преиспитивати са посебном строгошћу. *Ad hoc* комитет је навео да треба уважити такве околности, али да се то може учинити само

⁶⁷⁵ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 240.

⁶⁷⁶ Видети: Kasenetz (2009.) *Supra* 111, str. 733.

⁶⁷⁷ Назив групације случајева дат према: Martinez (2012.), *Supra* 52. Више о томе који случајеви спадају у ову групацију видети у делу дисертације: Глава I: 1.3.

имајући у виду да у поступку за анулирање одлуке има ограничену функцију.⁶⁷⁸ Тиме је потврдио схватање о природи поступка за поништење одлуке и лимитираних граница овлашћења *ad hoc* комитета. Описујући улогу коју треба да има у покренутој процедури, *ad hoc* комитет у случају *CMS* се позвао на мишљење које је дао *ad hoc* комитет у случају *MTD v. Chile*⁶⁷⁹, и навео да не може сопственим схватањем заменити одлуку о меритуму ствари коју је утврдио трибунал. Такође, не може ни да даје смернице трибуналу на који начин треба да реши спор уколико би дошло до поновног покретања захтева услед поништења одлуке. Једино што спада у овлашћење *ad hoc* комитета је поништење одлуке трибунала, односно укидање дејства *res iudicata*. Принцип који би био више интервенционистички по питању меритума свари би повлачио ризик обнављања циклуса подношења захтева и поновног рада трибунала и *ad hoc* комитета, какав се десио у случајевима *Klöckner* и *Amco*.⁶⁸⁰

У *CMS* случају, *ad hoc* комитет је нашао да је дошло до погрешне примене права. *Ad hoc* комитет је, утврђујући грешке у поступању трибунала, чак истакао да када би имао мандат да поступа као апелациони суд, морао би да поново размотри донету одлуку трибунала. Међутим, у образложењу своје одлуке се и у погледу ових конкретних околности подсетио ограничене надлежности у оквиру поступка уређеним чланом 52. ICSID Конвенције и навео да нема права да замени одлуку трибунала сопственим схватањем о интерпретацији или начину примене права, као ни о оцени чињеничног стања на подлози које је донета одлука. *Ad hoc* комитет је истакао да је трибунал право применио на несхватљив и мањкав начин (енг. „*cryptically and defectively*“).⁶⁸¹ Али, упркос идентификованим грешкама и пропустима, меродавно право је ипак примењено. Због тога је *ad hoc* комитет нашао да нема повода за поништење одлуке по основу очигледног прекорачења овлашћења трибунала.⁶⁸²

Ова одлука је двојако проблематична. Најпре, овакво образложење *ad hoc* комитета јасно показује мањкавост одлуке трибунала. Суштински, постоји неизвесност у погледу тога како би спор био решен да је меродавно право примењено на адекватан начин. То значи да донета одлука трибунала није истинска мера односа између страна у спору након што је процес окончан.

⁶⁷⁸ *Supra* 339, *CMS* annulment decision, paras. 43, 44.

⁶⁷⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7)

⁶⁸⁰ *MTD v. Chile* annulment decision para. 54, наведено према *CMS* annulment decision para. 44 (*Supra* 339).

⁶⁸¹ *Supra* 339, *CMS* annulment decision, para. 136.

⁶⁸² *Ibid.* paras. 135, 136.

Са друге стране, и поред утврђених недостатака, одлука је остала на снази, јер ICSID Конвенција не пружа могућност за поништење на основу погрешне примене права. *Ad hoc* комитет је био доследан улози коју је определио на почетку својих разматрања и поступио је сагласно формално-правном оквиру овлашћења у оквиру којих може да поступа.

Међутим, да ли је на овај начин сачуван интегритет система и да ли су стране у спору добиле право разрешење конфликта? Тешко да би такав аргумент могао да опстане, ако се узме да је и сам *ad hoc* комитет оценио да је поступање трибунала било погрешно.

Имајући у виду овакав проблем, поједини *ad hoc* комитети су сматрали да се у одређеним случајевима погрешна примена права може сматрати основом за поништење одлуке који спада у оквир члана 52. ICSID Конвенције. То се објашњава тиме да погрешна примена права може бити таквог карактера да указује на суштинске мањкавости у спроведеној процедури које нарушавају њен легитимитет на начин да је оправдано применити механизам који треба да штити од оваквих пропуста, а то је поступак за поништење одлуке.⁶⁸³

Посматрано у светлу потребе очувања интегритета и легитимитета процеса која се спровде у оквиру ICSID-а, од круцијалног је значаја размотрити да ли дискреционо право *ad hoc* комитета њима заправо даје оволику слободу у тумачењу Конвенције. *Ad hoc* комитет у случају *CMS* је сматрао да то није случај. Иако је увидео недостатке одлуке и отворено је критиковао начин на који је поступио трибунал, сматрао је да нема формалних овлашћења да одлуку поништи. Чак, *ad hoc* комитет је посебно нагласио разлику између поступка за анулирање одлуке и жалбеног поступка, наглашавајући да би његова одлука била другачија да поступа у капацитету апелационог суда.

Према томе, остаје питање како је у ICSID систему могуће исправити одлуку која има такве мањкавости да је очигледно проблематично њено уважавање као коначног правног инструмента којим се решава спор (иако формално она то јесте). Очигледно решење би било увођење апелационог поступка. У супротном, ICSID се може сматрати системом који ауторизује могућност трибунала да константно погрешно примењују право. Такво мишљење је исказано кроз став да није изненађујуће

⁶⁸³ Примера ради у случају *Soufraki, Supra* 436, annulment decision para. 86.

што су у случајевима *CMS* и *Sempra* донете одлуке против Аргентине, јер су два од три члана *Sempra* трибунала, били чланови и у *CMS* трибуналу.⁶⁸⁴

Ипак, потребно је критички сагледати и овакав став, јер се чини прилично једностраним.

То се може сагледати кроз пример *ad hoc* комитета који је поступао у случају *CMS*. Наиме, иако је овај комитет упутио критику поступању трибунала, и сама одлука *ad hoc* комитета је била на мети критичара. Без обзира што је *ad hoc* комитет изнео схватање о томе које су његова овлашћења и начелно је остао доследан таквом опредељењу, ипак је проширио границе свог поступања и није се ограничио да разматра искључиво да ли одлуку треба поништити или не. Чињеница је да је *ad hoc* комитет у овом случају дао карактеризацију поступања трибунала и мимо прописаних основа из члана 52. ICSID Конвенције. Критиковање начина на који је трибунал применио право се може сматрати подривањем ауторитета донете одлуке. Задатак *ad hoc* комитета није да утврђује грешке трибунала ван основа за поништење, а посебно није да их коментарише у образложењу одлуке у мери више него што је то потребно да објасни заузети став поводом захтева за поништење. У супротном, поставља се питање каква је правна природа, као и каква је функција изнете критике. Осим негативног утицаја који може имати на социјални легитимитет донете одлуке, у ICSID систему није предвиђено овакво поступање *ad hoc* комитета.

У литератури се може наћи мишљење да коментарисање одлука трибунала и изношење у каквој мери су погрешно применили право, не представља врсту институционализованог проблема у оквиру ICSID-а.⁶⁸⁵ Овакво мишљење се образлаже чињеницама да је *CMS* само један, издвојени случај у оквиру богате праксе ICSID *ad hoc* комитета. Поред тога, имајући у виду његову „изложеност“ јавној критици, постоји значајна литература које је поставила добре и јасне аргументе зашто образложење које је дао *CMS ad hoc* комитет не треба да буде модел за будуће случајеве.

Што се тиче могућности да се члановима трибунала дозволи да у неограниченом броју случајева доносе одлуке на бази погрешне примене права, треба, најпре, уважити ICSID Конвенцију са прописаним механизмима који се могу определити као превентивни. То се односи на услове које Конвенција прописује да би неко лице могло да буде постављено као арбитар. Између осталих услова, то је и призната стручност у области права. Овај услов стоји као гаранција за исправну

⁶⁸⁴ Видети: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str. 734.

⁶⁸⁵ *Ibid.* str. 735.

идентификацију меродавног материјалног права и његову исправну примену. ICSID се, према томе, препознаје као систем који води рачуна о квалитету лица која у оквиру њега поступају. Иако је могуће да се тиме не елиминише апсолутно свака могућност грешке, од значаја је што ICSID има системско решење којим се утиче на превенирање таквих случајева.

Даље, у циљу смањења евентуалних грешака, треба размотрити идеју о улози ICSID-а као институције, односно о улози органа овог Центра. Наиме, ради се о овлашћењима председника Административног савета који има приликом постављења арбитра. Користећи се тим овлашћењима, може утицати на персонални састав трибунала и *ad hoc* комитета. Председник има могућност индиректног и директног утицаја на персонални састав трибунала.

Најпре, сагласно члану 13. ICSID Конвенције, председник Административног савета може да одреди десет лица за листу арбитра (док свака држава потписница може да одреди по четири). У овом овлашћењу се огледа могућност индиректног утицаја, јер се стварају услови да неко од лица које је он поставио на листу арбитра, буде постављен да поступа у неком конкретном случају.

Могућност директног утицаја на персонални састав трибунала се огледа у члану 38. ICSID Конвенције. Према овом члану, уколико се у прописаном року не образује трибунал, председник ће одредити арбитра.

Caron је у својим радовима посебно описао начин на који функционише овакав утицај председника Административног савета и његов истински значај за начин поступања *ad hoc* комитета. Разматрајући, најпре, одлуке које су донели *ad hoc* комитети у случајевима *Klöckner* и *Amco*, као представницима прве генерације случајева, а затим одлуку *ad hoc* комитета у случају *MINE*, у раду из 1992. године, *Caron* је дошао до закључка да је дошло до помака у начину резоновања *ad hoc* комитета. Тај помак се управо огледа у одлуци донетој у случају *MINE*. Његова предвиђања о изгледима да таква промена у начину поступања комитета заживи, базирана су на избору чланова *ad hoc* комитета, односно на персоналном саставу који треба да омогући одржавање *MINE* приступа.⁶⁸⁶ Десет година касније, у раду из 2012. године, *Caron* потврђује своја предвиђања и напуштање првог таласа одлука за поништење из осамдесетих година, објашњава поновним постављањем за чланове *ad*

⁶⁸⁶ Више о томе видети у: Caron, „Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal (1992.)”, *Supra* 256.

нос комитета лица која су се, како истиче, показала најпогоднијим за обављање поверених задатака.⁶⁸⁷

Овакво схватање има основа у чињеници да је ICSID институционализована арбитража. Овај Центар треба посматрати као посебан систем у оквиру кога функционишу различита тела, која сва треба да обављају своје делатности са истим циљем. То је очување система као неутралног форума у оквиру кога се доносе материјално исправне и правно засноване одлуке, које одражавају стварно стање ствари и коначно решавају спор између страна. Ипак, у литератури се истиче да је овај приступ непомирљив са идејом ICSID-а која је егзистирала током рада на припреми текста Конвенције. Конкретно, указује се да су *travaux preparatoires* преплетени идејом да ни председник Светске Банке, који је уједно председник Административног савета ICSID-а, ни Генерални секретар не треба да имају било какав утицај на суштинску садржину процеса који се воде пред Центром.⁶⁸⁸ Било какав уплив би се могао сматрати неовлашћеним утицајем на арбитре, односно на исход спора. Тиме се нарушава њихова независност и директно утиче на перцепцију легитимитета система у целини. Управо због тога се сматра да је идеја о сталном телу које може да преиспитује донете одлуке кроз транспарентни процес, погоднија за испуњење циљева ICSID Конвенције. Апелација се посматра као вид поступка кроз који оваква идеја најбоље може да се изрази.

3.3. Апелациони поступак у функцији повећања ауторитета донетих одлука

Приликом разматрања ове идеје нужно је истаћи да у правном смислу, одлуке које доносе ICSID трибунали имају највећи могући ауторитет. То је због тога што су оне коначне, обавезујуће и директно извршиве на територији држава чланица.⁶⁸⁹ На тај начин, одлуке ICSID трибунала су изједначене са одлукама које доносе највиши судови у националним системима.

Суштински, ауторитет одлука се исказује кроз степен њихових извршења, односно кроз спремност држава да се њима повинују.

⁶⁸⁷ Више о томе видети у: Caron, Framing the Work of ICSID Annulment Committees (2012.), *Supra* 198.

⁶⁸⁸ Видети: Bottini (2016.), *Supra* 586, str. 726.

⁶⁸⁹ Члан 54. ICSID Конвенције

Заправо, идеја да би апелациони поступак могао да допринесе већем ауторитету одлука се односи на институционални престиж. Тиме се означава схватање да уколико неко, по хијерархији више тело, потврди донету одлуку, тиме она добија већи углед, односно социјални легитимитет. Ово због тога што се, по правилу, сматра да одлука коју донесе виши орган има већи реноме од одлуке првостепеног. Тиме се обележава и међународни статус или имиџ институције. Суштински, апелациони поступак се ставља у функцију промовисања ове врсте начина за решавање спорова.

Christian J. Tams налази да у националним системима хијерархијско устројство даје овакве ефекте. Такође, сматра да је могуће постићи их и у међународном окружењу. Међутим, према њему, право питање је да ли је увођење овакве функције у ICSID систем неопходно. Његови закључци су да ICSID Конвенција обезбеђује највећи степен формално-правног ауторитета донетих одлука, а да у пракси, генерално узевши, нема проблема са њиховим извршењем.

Због тога сматра да није нужно унети овако велику и озбиљну измену постојеће процедуре, да би се постигао ефекат за којим, у датим околностима, не постоји нужна потреба.⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ Видети: Tams (2009.), *Supra* 147, str. 241-243.

ОДСЕК II

КРЕИРАЊЕ ТЕОРИЈСКО-ПРАВНОГ ОКВИРА ЗА ЛЕГИТИМИЗАЦИЈУ ДАЉЕГ РАДА *AD HOC* КОМИТЕТА

1. Уводна разматрања

Идеја о формалном увођењу апелационог поступка у ICSID систем, која се званично појавила у Студији о могућим побољшањима ICSID оквира за арбитражу из 2004. године,⁶⁹¹ напуштена је већ следеће. У Радном материјалу о предложеним променама ICSID правила и процедура из 2005. године⁶⁹², ова идеја је окарактерисана као преурањена.

У релевантној литератури постоји начелна сагласност око тога које функције би извршавао апелациони поступак. Без обзира на то, постоје подједнако јаки аргументи у корист и против увођења овог дела процедуре у ICSID систем. Део литературе који се залаже против измена садашње структуре ICSID-а, предлаже могуће алтернативе апелационом поступку, које би подједнако ефективно, можда и успешније, извршавале улогу која би иначе била пренета на овај поступак. Такве идеје се крећу од неформалних захтева за давање већег значаја правној теорији у овој области, која би била у функцији уједначавања праксе трибунала и *ad hoc* комитета. Затим, идеја о прецедентима у оквиру ICSID-а добија централну улогу. Она се показује као компатибилна са повећаним захтевима за транспарентношћу и публикавањем одлука и других материјала у оквиру ICSID-а. Такође, прецеденти се посматрају као елемент са капацитетом за постизање конзистентности у одлучивању трибунала. Поред тога, има и идеја које су формално-процесног карактера. Таква је, рецимо, идеја о здруживању поступака, према којој би исти арбитри одлучивати у поступцима где се решава о истим интересима и сл.⁶⁹³

Напуштање идеје о формалном увођењу апелације у арбитражни поступак у оквиру ICSID-а, као и разматрања у научној и стручној јавности која подржавају такво

⁶⁹¹ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634

⁶⁹² Видети: Suggested changes to the ICSID rules and regulations (2005.), *Supra* 636.

⁶⁹³ Више видети у делу дисертације: Глава III, Одсек I.

опредељење, затим, могући механизми замене за функцију овог поступка, говоре у прилог томе да је ова фаза процедуре непотребан корак. Парадокс је онда зашто је начин поступања *ad hoc* комитета такав да се функционално изједначава са апелационим телима,⁶⁹⁴ односно, зашто се ICSID описује као систем у коме постоји апелациони поступак у коме су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе.⁶⁹⁵

Теоријске анализе опредељују ICSID као механизам за решавање спорова са елементима јавног права.⁶⁹⁶ Наредни део дисертације настоји да сагледа како се овакво одређење правне природе ICSID-а манифестује кроз формално-правне оквире за поступање рада *ad hoc* комитета, одређених чланом 52. ICSID Конвенције. Оваква анализа је нужна због тога што промењена природа овог Центра, односно спорова који се пред њим решавају, представља суштински елемент у опредељењу начина примене одредби Конвенције. Механизми ICSID-а морају да имају капацитет да препознају и одговоре на промене у односима чијем уређивању су намењени. Због тога се начин функционисања мора посматрати кроз јединство оригиналне концепције поступака уређених Конвенцијом и њихове промењене правне природе.

Анализа рада *ad hoc* комитета са аспекта њиховог одређења као инструмента јавног права је неопходан елемент ради одговора на питање постављено на почетку овог рада: да ли је њихова улога у чврстом очувању намере креатора ICSID Конвенције, или у томе да примену њених одредби прилагоди промењеним околностима?⁶⁹⁷

Опредељење ICSID-а као дела јавног права се манифестује кроз утицање на јавне политике држава и процењивање националних легислатива.⁶⁹⁸ Како показује анализа у претходном делу дисертације, таква функција се огледа и у раду *ad hoc* комитета.⁶⁹⁹ Имајући у виду циљ оснивања овог Центра изражен у преамбули ICSID Конвенције,⁷⁰⁰ а то је решавање инвестиционих спорова, оправдано се поставља питање да ли трибунали и *ad hoc* комитети поступају сагласно задацима који су им поверени. Анализа у наредном делу дисертације настоји да понуди концепт за

⁶⁹⁴ Више видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II.

⁶⁹⁵ Видети: Gal-Or (2008.), *Supra* 625, str. 52.

⁶⁹⁶ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I

⁶⁹⁷ Више о томе видети у делу дисертације: Увод: 3.

⁶⁹⁸ Више о томе видети у: Van Staden, „The democratic legitimacy of judicial review beyond the state“ (2012.), *Supra* 183.

⁶⁹⁹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II.

⁷⁰⁰ У преамбули ИЦСИД Конвенције се наводи: „... имајући у виду могућност да настану спорови у вези са инвестицијама; увиђајући да ... међународни методи решавања могу бити погодни...“

легитимизацију овако схваћених проширених овлашћења *ad hoc* комитета. Најпре се описују теоријски појмови јудикализације и глобалног административног права, кроз приказ начина на који се надовезују на формални оквир надлежности *ad hoc* комитета. Затим се даје анализа о одрживости ових теоријских концепата о *ICSID*-у. Ова анализа је конципирана на следећи начин: најпре се идентификују циљеви који би требало да буду испуњени уколико би се рад *ad hoc* комитета уредио сагласно теоријским елементима који се идентификују у концепту глобалног административног права. Следећи корак у анализи је компарација циљева проистеклих из теорије о глобалном управном праву са циљевима које би требало да испуни увођење апелације у арбитражни поступак пред *ICSID*-ом.⁷⁰¹ Оваква анализа треба да послужи као основ за процену утицаја јавно-правних елемената на рад *ad hoc* комитета, као и за идентификовање узрока функционалног изједначавања поступка за поништење одлука са апелационим поступком. На основу тога се нуди и теоријско-правни оквир који треба да определи даљи рад *ad hoc* комитета.

2. Функционисање *ICSID*-а: теоријски концепти

Идеја да се у инвестиционим арбитражама одлучује о јавном интересу државе,⁷⁰² који нужно укључује лица која нису директни део инвестиционог односа из кога спор потиче, утабала је пут теоријским расправама које објашњавају да није дошло само до промене правне природе предмета спорова који се решавају пред овим арбитражама, већ и до измењене правне природе инвестиционих арбитража. За разумевање суштине овако постављеног проблема, као и последица које би могао да има по даље функционисање *ICSID*-а, потребно је сагледати шире теоријске идеје у области међународних економских односа, а које су концептуално повезане са схватањем о померању инвестиционих арбитража у домен јавног права. За сваки од релевантних теоријских концепата биће приказано на који начин се може објаснити кроз функционисање *ICSID*-а, као и које су њихове заједничке карактеристике које се могу свести на образлагање *ICSID* система.

⁷⁰¹ Идентификованих у делу дисертације: Глава III, Одсек I: 2.

⁷⁰² Више о томе видети у делу: Глава I.

2.1. Нови конституционализам и јудикализација инвестиционих арбитража

У области међународних економских односа се говори о транснационалном режиму за заштиту и промоцију страних инвестиција као систему у настајању. У основи овог режима лежи идеја која има потенцијал да постави ограничења за националне економске политике, преносећи овлашћења за њихово усмеравање на међународне форме.⁷⁰³ Посматрано са аспекта теоријских концепата, глобализација у економском смислу почива на идејама учења о економском либерализму. Као својеврсна теоријска надоградња, може се посматрати идеја о „новом конституционализму“ (енг. „*New Constitutionalism*“). Ради се о новом процесу који се јавља у оквиру међународних економских односа, а који се описује као покушај да се глобализује економски либерализам и уједно елиминишу остале могуће оквирне политике за социјални и економски развој (које би почивале на принципима постојања јавне својине, односно укључивања неекономских интереса у ову сферу односа). Он се схвата као процес који управља стратегије развоја у правцу либералнијих, тржишно оријентисаних политика, односно ка односима у којима тржиште, тржишне силе и тржишне вредности имају доминантну улогу, не само у економској сфери, већ у друштву уопште. Како се истиче, оваква конструкција иде много даље од покушаја да успостави стабилан *de facto* устав за глобални капитализам. У основним аспектима, нови конституционализам има за циљ да „фиксира“ (енг. „*to lock in*“) права и слободе капитала, и да их осигура од политичких ризика, односно од претензије државе да та права наруши у име интереса шире популације.⁷⁰⁴

Нови конституционализам се схвата као процес кроз који се лимитира учешће државе у регулисању кључних аспеката економског живота и истовремено долази до институционализације међународних форми које наглашавају значај тржишне ефикасности. То подразумева да се кроз међународне инструменте намећу ограничења актерима који су иначе задужени за креирање фискалних, монетарних, трговинских и инвестиционих политика. Централно питање за разумевање појма новог конституционализма је наметање дисциплине државним институцијама, са циљем заштите својинских права инвеститора, односно интереса капитала. Концепт новог конституционализма се рађа кроз пролиферацију механизма за стварање нових

⁷⁰³ Видети више о томе: Schneiderman (2000.), *Supra* 53.

⁷⁰⁴ Gill, Stephen, and Isabella Bakker. "New constitutionalism and the social reproduction of caring institutions." *Theoretical Medicine and Bioethics* 27, no. 1 (2006): 35-57. str. 36

правила понашања, као и средстава за њихово спровођење, уз истовремено спречавање могућности државе да интервенише на тржишту.⁷⁰⁵

Нови конституционализам се односи на специфичан тип механизма управљања који је дизајниран тако да пружа правни основ за такозвани тржишни поредак у коме се у потпуности штите приватна економска права. Нарочито укључује форме као што су трговински и инвестициони споразуми, који гарантују права и слободе инвеститора за обављање пословних операција у држави домаћину и истовремено забрањују ограничавања ових права кроз акције државе (као што је случај, рецимо, са експропријацијом).

Као типичан представник концепта новог конституционализма се наводи Светска трговинска организација. Кроз овај пример се илуструје како се нови конституционализам *a priori* перципира као форма економског глобалног управљања, али суштински задире много даље и опсежније од фокуса на чисто економска питања. Рецимо, Општи споразум о трговини услугама (енг. “*General Agreement on Trade in Services*”) има за циљ да либерализује трговину услугама, што подразумева и рад јавних служби чија делатност је у области која се баве питањима од општег националног интереса, као што је рецимо, здравствена заштита или систем образовања.⁷⁰⁶

Као интегрална компонента новог конституционализма се посматрају правила у области страних инвестиција, као и структуре кроз које се та правила спроводе.⁷⁰⁷ Конкретно, под тим се подразумевају инвестициони споразуми, којима се утврђује основна садржина односа државе домаћина и инвеститора, а затим, инвестиционе арбитраже, дакле и ICSID, као крајња инстанца за спровођење правила у области страних инвестиција.

Нови конституционализам се посматра као доминантни политички и правни оквир који регулише светски капитализам. Имајући у виду да је његова примарна намена да обезбеди обавезивање тржишном поретку, подразумева коришћење форми које су дуготрајне и тешко се мењају, као и оне форме које имају ефективну могућност да ограниче уплив државе у функционисање овог поретка.⁷⁰⁸ Овакав приступ се назива и „дисциплинарни нео-либерализам“.⁷⁰⁹ Инвестициони споразуми се наводе као

⁷⁰⁵ Видети: Schneiderman (2000.), *Supra* 53, str. 758.

⁷⁰⁶ Видети: Gill, Bakker (2006.), *Supra* 704, str. 37.

⁷⁰⁷ Видети: Schneiderman (2000.), *Supra* 53, str. 759.

⁷⁰⁸ Видети: Gill, Bakker (2006.), *Supra* 704, str. 42

⁷⁰⁹ *Ibid.*

погодан инструмент за постизање оваквог учинка, јер се закључују са дугим роком трајања, нису подложни честим изменама и садрже одредбе којима се уређују права инвеститора, као и начин за примену ових права, кроз уговарање механизма за решавање спора који из тих споразума проистекну.⁷¹⁰

Рад *Alec Stone Sweet*-а упућује на идеју по којој, да би овај концепт функционисао, кључни елемент је делегација знатних овлашћења телима која би вршила судску функцију. Начин функционисања и обим овлашћења описује кроз илустровање разлика са класичним арбитражним односом. Наиме, конвенционално, успостављање надлежности арбитраже подразумева правну конструкцију која се заснива на принципал-агент односу. Већ је указано да се у њему могу идентификовати елементи уговора о налогу. Међутим, како овај аутор истиче, овакав модел губи релевантност у модерном систему конституционалне правде (како га он описује). У новом систему, арбитража треба да делује као повереник принципала (енг. „*trustee*“), који има овлашћења да управља чак и самим принципалом.⁷¹¹

Ова идеја се може сагледати кроз тренд јудикализације арбитража. У релевантној литератури се разматрање овог појма поставља у шири контекст, у коме судови, генерално, добијају све већа овлашћења. Овај тренд се спомиње у контексту јудикализације политике. Објашњава се као процес који карактерише ослањање на судове и судска средства за решавање основних моралних предиспозиција, питања јавне политике и политичких контроверзи. Иначе се описује као један од најзначајнијих феномена владе двадесетог и раног двадесет првог века.⁷¹² Генега тренда јудикализације се објашњава кроз различите фазе које су допринеле јачању функција судова, односно већег уплива судова у јавни живот државе уопште. На најапстрактнијем нивоу, јудикализација се односи на широку употребу судског жаргона, специфичног начина говора, који се инфилтрира у практично сваки аспект модерног живота. То резултира у томе да стварање нових правила, креирање јавне политике, као и предузимање других акција, добијају квази-судску форму, а на питања која су раније била решавана неформалним путем, примењују се судске процедуре. Друга форма јудикализације је конкретнија и има везе са процедуралном правдом. Односи се на могућност појединца да иницира процедуре кроз које се преиспитује

⁷¹⁰ Видети: Schneiderman (2000.), *Supra* 53, str. 763.

⁷¹¹ Sweet, Alec Stone, and Jud Mathews. "Proportionality balancing and global constitutionalism." *Colum. J. Transnat'l L.* 47 (2008): 72-164. str. 85.

⁷¹² Hirschl, Ran. "The judicialization of politics." (2008). *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Edited by Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, and Keith E. Whittington

јавна политика, или друге врсте државних аката. Трећи облик се односи на уплив судија у оцену питања која се називају „мега-политика“. Ради се о фундаменталним питањима која представљају срж читавих система, односно колективног идентитета једног народа. Иако се може поставити питање зашто је суд уопште изабран као орган који се може бавити оваквим питањима, као реалност модерног доба се наводи околност да свако питање од јавног значаја временом постане судски предмет.⁷¹³

Пренето на терен арбитража, јудикализација обележава процес у коме оне стичу карактеристике судског система у националним легислативама. У литератури се наводи да се овај процес огледа и кроз правну снагу донетих одлука, па се оне описују као „*de facto* и *de jure* судске одлуке са транснационалним ефектом“.⁷¹⁴ Оваква функција инвестиционих арбитража условљава схватање о промењеној улози арбитра, која се мора посматрати тако да има прерогативе судске власти. Судије имају посебан положај у националним системима, зато што представљају отелотворење једног посебног дела државне власти. Кроз њихов рад се не исказује само уређивање међусобних односа странака у конкретном спору који је изнет на решавање, већ је наглашена јавна функција – судије су чувари државног поретка, закона и других прописа, служе за спровођење јавне политике државе до појединачних учесника у националној социјалној структури. Према класичном схватању арбитра не мају овакву улогу. Међутим, јудикализација се не односи само на арбитражни процес у контексту предмета и исхода спора, већ и на учеснике у њему. Концепт јудикализације се најбоље осликава кроз могућност да инвестиционе арбитраже утичу на очекивања инвеститора и на понашање држава и изван спора који им је поверен на решавање. Уместо да буду лимитиране само на решавање спора *ex post*, трибунали поступају као судови, који проспективно имају потенцијал да обликују понашање страна. Могућност да ограничава и обликује понашање држава које се изражава кроз вршење јавних овлашћења на основу суверених моћи опредељује да се природа овлашћења које примењују арбитра посматра као да је у сфери јавног права. Процес јудикализације се може схватити и као претварање инвестиционих арбитража у орган који поприма карактеристике јавног правосудног тела.⁷¹⁵

⁷¹³ Више о томе видети у: Hirschl, Ran. "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide." *Fordham L. Rev.* 75 (2006): 721 - 753.

⁷¹⁴ Видети: Mistelis (2013), *Supra* 146, str. 70.

⁷¹⁵ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, str. 255.

На основу базичних карактеристика теоријских поставки које се обележавају као нови конституционализам и тренд јудикализације, може се направити упоредна анализа са основним обележјима функционисања ICSID система.

Irene M. Ten Cate истиче да се кроз инвестиционе арбитраже остварују две различите функције: решавање спора и формулисање јавних вредности.⁷¹⁶ Овај опис најбоље указује на то како треба схватити манифестацију тренда јудикализације кроз ICSID. Функција кроз коју се реализује решавање спора је јасна и представља основну сврху оперисања ICSID-а. Посматрано кроз објашњење различитих фаза у развоју јудикализације, ICSID је најбољи пример који илуструје како се на међународном нивоу остварује процедурална правда. Овај појам је објашњен као могућност појединца да иницира преиспитивање предузетих мера државних органа. У том смислу се исказује јединственост ICSID-а, који је креиран управо да би омогућио ефикасан механизам који обезбеђује појединцу, односно инвеститору, могућност директног покретања спора против државе домаћина.

Формулисање јавних вредности, како то описује *Irene M. Ten Cate*, представља својеврстан вид надоградње, специфичан за инвестиционе арбитраже. Имајући у виду обзир објашњене фазе у тренду јудикализације, може се узети да се кроз овај облик исказује фаза која се тиче регулисања „мега-политика“. Овај концепт је јасан ако се узме у обзир расправа о промењеној природи предмета спора. Пример Аргентине и разматрање могућности примене „*necessity defense*“ најбоље илуструју ово схватање.⁷¹⁷ Трибунали у овим случајевима су имали задатак да оцењују мере које предузима држава поступајући у капацитету суверена. Шта више, не ради се само о потреби апстрактне оцене мера, већ о њиховом сагледавању кроз различите услове прописане чланом 25. Нацрта правила о одговорности држава. То значи да су трибунали морали да мере сагледају на начин који им омогућава да дају конкретне одговоре у погледу различитих аспеката предузетих акција државе.

На основу структуре члана 25. Нацрта правила о одговорности држава може се закључити да је за примену „*necessity defense*“ потребно испуњење два сета услова. Први се обележава као сет „позитивних“ услова и односи се на балансирање конфликтних услова државе домаћина и инвеститора. Састоји се од пет елемената:

1. постојање есенцијалног интереса државе,

⁷¹⁶ Видети: Ten Cate (2012.), *Supra* 55, str. 1110-1117.

⁷¹⁷ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: 3.1.

2. претња таквом интересу од стране значајне и непосредне опасности,
3. мања вредност интереса који се жртвује у поређењу са оним који се чува,
4. мера која се предузима је једина могућа да би се очувао интерес у питању,
5. постојање адекватног баланса интереса на билатералном или мултилатералном нивоу, или у односу на међународну заједницу као целину.

Други сет услова је преклузивне природе, и захтева одсуство два елемента:

1. неподобности међународне обавезе да буде прекршена у стању нужде и
2. доприноса државе ситуацији коју описује као „*necessity*“.⁷¹⁸

Трибунали морају да утврде да ли је испуњено свих седам елемената кумулативно, да би одлучили да је у конкретном случају дозвољено применити „*necessity defense*“. Сви ови елементи дају основ трибуналима да процењују питања која спадају у основе државних суверених овлашћења. Нарочито је потребно указати на нека, посебно осетљива.

Трибунали се најпре појављују у улози тела које треба да одлучи шта је есенцијални интерес државе, односно, треба да утврди да ли је држава то питање правилно оценила. Нацрт правила о одговорности држава не уређује шта се може подвести под овај појам, већ је то остављено тумачењу, на основу околности сваког конкретног случаја. Као пример шта се може сматрати есенцијалним интересом државе се наводе: политички или економски опстанак државе, обезбеђивање континуираног функционисања јавних служби, очување јавног реда и мира, обезбеђивања опстанка популације државе, заштита животне средине... Има мишљења да Нацрт правила о одговорности држава објективизује појам есенцијалног интереса државе. Међутим, с обзиром на то да је остављено да се то питање процењује у сваком појединачном случају, Нацрт правила уређује да је процена шта се може сматрати есенцијалним карактером интереса државе, подложна преиспитивању. Субјективна оцена државе у питању није довољна да би се утврдило да је карактер интереса који се чува такав да подразумева употребу

⁷¹⁸Vasiljevic, Mirko, and Marko Jovanovic. "Necessity as a ground for precluding wrongfulness in international investment law." *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.* (2016): 5-24.str. 9

„*necessity defense*“.⁷¹⁹ На овом месту је посебно истаћи као ствар општег консензуса, да систем међународног права уопште, представља изазов за традиционални концепт суверенитета држава. Као што се у знатном делу литературе наводи, државе су део суверених овлашћења добровољно пренеле на арбитраже давањем сагласности за заснивање њихове надлежности. Ипак, питање је да ли се арбитраже могу посматрати као тело које је у хијерархијском смислу више од државе, те да има капацитет да процењује карактер и значај националног јавног интереса државе. Треба имати у виду да ово спада у фундаментална питања, која опредељују идентитет једне земље. Такође, како се у литератури истиче, одлуке трибунала немају, нити могу имати такав карактер да замењују одлуке државне власти.⁷²⁰ Због тога се приликом одређивања овог питања показује изузетно висок ниво концентрације јавно-правних овлашћења у рукама арбитра.

Када је у питању опасност која прети есенцијалном интересу државе, треба имати у виду да се ради о квалификованом облику опасности, јер она треба да буде значајна и непосредна. Ово је важно питање за утврђивање граница примене „*necessity defense*“. Овај елемент подразумева да трибунали треба да одреде да ли је држава правилно проценила степен опасности која јој прети. Иако се и ово питање може ценити на основу извесних објективних критеријума, треба имати у виду да су честе критике које се упућују арбитрама такве да они нису део средине о којој одлучују, тако да немају адекватно познавање стварних околности у којој се држава налази, нити довољан степен осетљивости за процену реалности социјалне ситуације.⁷²¹

Као посебно осетљив услов за примену „*necessity defense*“ је потребно нарочито указати на захтев да држава није допринела стању кризе која је била повод предузимању мера које су предмет спора. Да би се примена „*necessity defense*“ сматрала основаном, потребно је да постоји значајан а не било какав допринос стварању кризе. У погледу ове квалификације су сагласни трибунали, као и правна доктрина. То се објашњава чињеницом да фактори који изазивају кризу у држави могу бити многобројни и мешовитог карактера, у смислу да могу потицати од многобројних чинилаца и актера. Такође, може се говорити и о узроцима кризе који трају у дужем временском периоду, па их је немогуће сагледати изоловано, без

⁷¹⁹ *Ibid.* str. 10.

⁷²⁰ Видети: Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations (2010.), *Supra* 95, str. 333.

⁷²¹ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str.148.

одговарајуће међусобне интеракције. Због тога је оправдано захтевати да допринос који је држава имала у стварању кризе буде суштински.⁷²² Ово се може посматрати као извесна олакшица за државе. Без обзира на то, овај елемент подразумева сагледавање не само конкретног сета мера која је држава предузела у односу на тачно одређен догађај (ради изласка из економске кризе која је у току), већ сагледавање читавог економског система, јавних политика, регулаторних мера (фискалне, монетарне политике и осталих прописа који утичу на пословање инвеститора), који су претходили кризи.

Имајући у виду овакву анализу задатка трибунала који се испољава кроз функцију решавања спора, лакше је објаснити њихову улогу у формулисању јавних вредности. Кроз оцену опредељења државе у предузимању мера за очување онога што је сматрала својим есенцијалним интересом, трибунали опредељују схватање граница ограничења суверене власти државе, посматрано кроз призму обавезивања инвестиционим споразумима. Кроз решење спора, трибунали износе и ставове о појединачним, конкретним питањима, која су од значаја не само за одређени спор, већ за све државе које се у будућности могу наћи у сличним околностима. Тако, решење спорова који су се водили против Аргентине, државе могу узети као меру за оријентисање сопствених „кризних“ јавних политика.

Комплементарна функцији формулисања јавних вредности, чак може се сматрати и њеним интегралним делом, јесте улога у генерисању правила материјалног права. *Irene M. Ten Cate* управо има у виду ову улогу инвестиционих арбитража и користи је да би на јасан начин разликовала овај модел за решавање спорова од класичних, трговинских арбитража. Овај аутор полази од схватања да се у поступању инвестиционих арбитража примећује поштовање неке врсте „soft“ прецедената. Поред тога, узима у обзир и околност да инвестициони споразуми садрже бројне одредбе за које су употребљене непрецизне, широке, отворене (енг. „open-ended“) формулације. Када трибунали примењују овакве одредбе, морају да узму у обзир какво им значење дају релевантни учесници у арбитражном процесу. Интерпретација правних схватања претходних трибунала игра улогу у обликовању контура материјалног права.⁷²³ Овоме доприноси и околност да арбитражи у споровима дају себи дискреционо право да решавају и о питањима која нису истакнута у захтеву странке, на сопствену иницијативу. Тиме се удаљавају од

⁷²² Видети: Vasiljević, Jovanović (2016.), *Supra* 718, str.20.

⁷²³ Видети: Ten Cate (2012.), *Supra* 55, str. 1195.

приватно-правног концепта контроле страна у спору, проширују предмет спора, самостално идентификују елементе у којима треба да износе правна схватања, ауторитативно одређујући шта су све питања од значаја за расправљање и интерпретацију, и тиме дају нову димензију сопственој креативној улози.⁷²⁴

И у радовима других аутора се може пронаћи овакво схватање. *Alec Stone Sweet* наводи да је овакав начин стварања права примарни механизам прогресивне изградње међународног права у савременим условима. Арбитри стварају право као „нуспродукт“ њихове функције да реше спор, кроз тумачење инвестиционих споразума и других извора права који се могу применити на решење конкретног случаја.⁷²⁵ Према њему, државе индиректно делегирају међународним арбитражама моћ да стварају право, на тај начин што закључују инвестиционе споразуме који често садрже неодређене одредбе. Имајући у виду обавезу трибунала да спор реше примењујући одредбе таквог инвестиционог споразума, њихова дужност се проширује и на обавезу да их испуне конкретном садржином. Најбољи пример за то је *FET* стандард третмана. Овај стандард је садржан у готово сваком инвестиционом споразуму, инвеститори готово сваки поднет захтев против државе заснивају на кршењу овог стандарда, и трибунали су одлучујући у корист инвеститора, пронашли да је овај стандард нарушен у знатно већем броју случајева него било који други стандард. Инвестициони споразуми, по правилу, не садрже никаква ближа одређена у погледу тога на који начин треба тумачити овај стандард третмана, већ се то оставља арбитражном процесу. Примењујући овај стандард кроз велики број случајева, трибунали су били у прилици да одреде његов конкретан домет примене у сваком посебном спору који је изнет на решавање. Временом су трибунали створили богату јуриспруденцију о начину, садржини и домету примену *FET* стандарда третмана, која се развила у интегративни део међународног права.⁷²⁶

Овакав систем права се није развио на плански и системски начин, већ се постепено стварао из серија случајева. Додуше, међународно инвестиционо право се и без обзира на то да ли арбитри учествују у његовом стварању или не, описује као фрагментирани систем, који често укључује „*soft law*“ инструменте. То није систем права који карактерише чврст сет правила, која су кодификована у

⁷²⁴ *Ibid.* str. 1120.

⁷²⁵ Sweet, Alec Stone, and Giacinto Della Cananea. "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez." *NYUJ Int'l L. & Pol.* 46 (2013): 911-929.str. 911.

⁷²⁶ Sweet, Alec Stone, Michael Yunsuck Chung, and Adam Saltzman. "Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor-State Arbitration." *Journal of International Dispute Settlement* (2017): 1-31. str. 3.

јединственом правном инструменту. Напротив, може се сматрати децентрализованим системом, који оповргава традиционална схватања правних концепата. Међународно инвестиционо право је посебан правни корпус, који омогућава одређену дозу флексибилности која има улогу да се прилагоди потреби балансирања конфликтних интереса учесника у процесу арбитражног начина решавања инвестиционих спорова.⁷²⁷

Трибунал ствара право само до оне границе до које се може сматрати да одлуке које доноси представљају додатак корпусу нормативног материјала које ће арбитраи узети у обзир у будућим случајевима. У том смислу, за остварење креаторске функције трибунала, потребно је да се у одговарајућем систему поштују прецеденти. У оквиру ICSID-а, трибунали нису везани претходно донетим одлукама. Међутим, како се истиче, и у оквиру овог Центра, као један од принципа у арбитражном праву, развила се *de facto* доктрина прецедената.⁷²⁸ То значи да без обзира што нису обавезни, трибунали, по правилу, приликом давања образложења и објашњавања заузетих правних ставова, наводе претходно донете одлуке, као део аргументације која води ка решењу спора какво је донето. Међутим, одлуке трибунала ће се сматрати прецедентним правом само у оној мери у којој су њихови аргументи убедљиви, разумни, засновани. Истиче се да у ICSID систему постоји обавеза да се у одлуци изнесу разлози на којима је одлука заснована. Међутим, не прописује се какав квалитет ти разлози морају да имају. Дакле, на основу тумачења текста ICSID Конвенције, стиче се закључак да образложења које трибунали нуде не морају нужно да имају такозвани „*persuasive authority*“, односно ауторитативну снагу доброг прецедента. Процењује се да уплив јавно-правних инструмената у инвестиционе спорове утиче на стварање интереса код трибунала да доносе одлуке кроз које ће развијати материјално право, које ће имати способност да координира између различитих инвестиционих споразума, трибунала и кроз различите периоде времена. Сматра се да би коришћење тако генерисаног права дало кредибилитет будућим одлукама. Арбитраи се у том смислу посматрају у улози учесника колективног процеса чији циљ је креирање одрживог оквира кроз који се филтрирају „добре“ одлуке, чија образложења нуде снагу аргумената који претендују да дуготрајно обликују систем међународног инвестиционог права. Арбитражна јуриспруденција, према оваквим схватањима, служи за очување

⁷²⁷ Видети: P. Joost (2014.), *Supra* 29, str. 375.

⁷²⁸ Видети: Sweer Stone, Chung, Saltzman (2017.), *Supra* 726, str. 4.

основних вредности као што су: правна сигурност, системска кохерентност, легитимитет, владавина права и правда.⁷²⁹ При том, наводи се да у модерном систему, арбитри стоје као чувари ових вредности у име шире друштвене заједнице.⁷³⁰ У овоме се у најширем смислу исказује околност да су се инвестиционе арбитраже преместили у домен јавног права.

Што више се модел инвестиционе арбитраже удаљава од свог порекла из трговинских арбитража, све више се укључују заинтересовани актери према којима ће инвестициони трибунали имати одговорност, или како се истиче, фидуцијарну дужност. У трговинским арбитражама, ова дужност је постојала само према странама у спору. У томе се огледала уговорна природа арбитражног процеса. Током времена, основне карактеристике овог процеса су се ремоделовале, тако да фидуцијарна дужност постоји и према самом арбитражном центру, као и према ширем режиму. Исход ових процеса је да се арбитри појављују као главни учесници у механизму транснационалног управљања.⁷³¹

2.2. Глобално управно право

Идеја о процесу јудикализације инвестиционих арбитража на основу предмета спора је конзистентна са идејом о претварању ових арбитража у форму глобалног управљања.

Оба процеса имају у основи заједничку идеју о могућности утицања на понашање држава, при чему се инвестициона арбитража посматра као погодан инструмент за операционализацију ове контролне функције. Да ли се може сматрати да се ради о терминолошким разликама у описивању истих односа? Поред овога потребно је конкретизовати улогу ICSID-а у овим процесима. Тек на основу функционалног позиционирања ICSID-а у оквире теоријских поставки је могуће сагледати значај уплива јавно-правних елемената у његов *modus operandi*.

Систем глобалног управљања се може посматрати као структура која се ствара упоредо са феноменом глобализације и као средство за контролу међународног

⁷²⁹ *Ibid.* str. 5

⁷³⁰ *Ibid.* str. 6

⁷³¹ Sweet, Alec Stone. "Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy." (2017): 1- 28. str. 2.

система уопште. Овај концепт се не заснива на униформном, хијерархијски устројеном, централизованом систему, већ на слободном скупу механизма који појединачно утичу на акте које предузимају суверене државе. У глобалном административном простору не може се говорити о стриктно уређеним институцијама, односно органима и границама у којима су овлашћени да поступају. Напротив, глобално управљање се може описати као мешавина различитих учесника који поступају на различитим нивоима, укључујући међународне организације, транснационалне мреже, као и домаће органе који оперишу у инерационалним режимима, или имају овлашћења да предузимају мере које имају ефекте и ван граница једне државе.

Терминолошко опредељење „глобално управљање“ треба да створи свест о томе да се подразумева одређени вид контроле, што је управо суштина овог концепта. Са друге стране, када је у питању терминологија, истиче се да је „глобално управљање“ више политички термин, који је дао концептуалне основе за стварање правног појма које се одређује као „глобално управно право“ (енг. „*Global Administrative Law*“).⁷³²

Идеја о глобалном управљању намеће мисао да глобално управно право подразумева одговарајући вид контроле. Поставља се питање каква је то контрола и шта је њен предмет разматрања?

Глобално административно право се значајно разликује од традиционалних концепата међународног права, према којима се оно што је међународно углавном схвата као међудржавно, и постоји јасна граница између онога што се сматра међународним и онога што је домаће.⁷³³ Консеквентно, ово право се може описати као децентрализовано и не нарочито систематично. Ипак, да би се на адекватан начин схватила суштина увођења глобалног управног права на међународну сцену, односно његови контролни механизми, потребно је определити суштинска разликовања управног права и начина контроле управних аката у различитим националним системима.

а. Систем управног права и контроле управе у главним националним системима

Главни системи управног права су настали током 19. века и обележавају идеју о трипартитној подели власти на законодавну, извршну и судску. Успостављање управне као дела извршне власти, односно управног права као посебне гране права, играло је

⁷³² Видети: Farchakh (2015.), *Supra* 142. str. 8.

⁷³³ Видети: Kingsbury, Schill (2009.), *Supra* 138, str. 5.

значајну улогу у обликовању режима у коме ће различити делови власти моћи да ограничавају једна другу. Систем по коме судови врше контролу управе, обележава спровођење ове идеје у пракси. Судска надлежност се тиме успоставља над актима који су превасходно политичког карактера, односно који представљају израз вршења конкретних функција једне гране власти. Приликом дефинисања управног права, нарочито се поклања пажња истицању контролне улоге која се успоставља овом врстом права.⁷³⁴ *Sabino Cassese* сматра да управно право служи за успостављање дисциплине над јавном администрацијом у њеним односима са приватним лицима.⁷³⁵ *Martin Shapiro* сматра да у европским правним системима постоји универзално схватање о томе да управно право има примарну функцију у контролисању вршења јавних овлашћења, што је феномен који описује као „везана влада“ (енг. „*bounded government*“).⁷³⁶ У литератури се може наићи и на слично мишљење о томе да управно право подразумева грану права која уређује начин контроле власти. Као срж и примарна улога овог права се истиче одржавање овлашћења власти у његовим границама, као и заштита појединаца од злоупотребе власти.⁷³⁷

Управно право нема у свим системима исто место у подели на правне гране и у државном систему уопште. У том смислу, постоји значајна разлика између англосаксонског и континентално-европског правног система.

У европско-континенталном систему права, постоји јасна подела на јавно и приватно право, при чему се управно право издваја као посебна грана права, која спада у део јавног права. У систему континенталног права постоје два посебна типа судске контроле управе: француски систем и германски систем.

Стварање француског система контроле управе је било под јаким утицајем француске револуције које је јачала идеју грађанства и слободе, као и Монтеѕкјеових идеја о подели власти. Под утицајем тих идеја, у овом систему управна власт је одвојена од судске власти, те због тога судови опште надлежности немају права да се мешају у рад управе. Контролу управе врше посебни управни судови, који у систему

⁷³⁴ Harlow, Carol. "Global administrative law: the quest for principles and values." *European journal of international law* 17, no. 1 (2006): 187-214. str. 191.

⁷³⁵ S. Cassese, *Istituzioni di Diritto Amministrativo* (2004), at 1: il diritto amministrativo è quell ramo del diritto che disciplina la pubblica amministrazione e i suoi rapporti con i privati. Compare Piva, 'An Introduction to Italian Public Law', 2 *European Public Law* (1995) 299, at 300., наведено према: Harlow (2006.), *Supra* 734, str. 191.

⁷³⁶ M. Shapiro, 'Administrative Law Unbounded', 8 *Indiana J Global Legal Studies* (2001) 369., наведено према: Harlow (2006.), *Supra* 734, str. 191.

⁷³⁷ H.W.R. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th edn., 2000), at 4–5., наведено према: Harlow (2006.), *Supra* 734, str. 191.

поделе власти, спадају у управну. У германском систему постоје посебни управни судови, који су у функционалном и организационом смислу одвојени од управе. Управни судови у овом систему чине део судске а не управне власти.

Англосаксонски систем није правио традиционалну поделу на јавно и приватно право, већ су и држава и појединци, регулисање односа између појединаца, затим односа државе према појединцу и међусобни односи између различитих органа државне власти, подведени под систем општег права (енг. „*common law*“). У таквом систему, управно право не постоји као посебна грана права, већ опште право регулише управу као и приватно-правне односе између појединаца. Контролу управе врше судови опште надлежности. Оваква схватања се полако напуштају и ствара се свест о томе да је управа посебан део права, који нужно треба да уређује специфичан сет правних норми. Тиме је спроведена институционализација управног права и у англосаксонском систему.⁷³⁸

Систем поделе власти постоји и у систему Сједињених Америчких Држава, с тим што функционише применом читавог низа механизма који омогућавају да један део власти утиче на други, како би се власт која им припада одржавала у уставом одређеним границама. У овом систему акти које предузима извршна власт подлежу законодавној и судској контроли. Законодавну власт врши Конгрес, а судску судови опште надлежности, с тим што највећу улогу у вршењу ове контроле има Врховни суд. Конгрес може утицати на начин поступања извршне власти доносећи опште прописе у истој области, чиме се практично укидају донети акти управе. У литератури се истиче да Конгрес има највеће могућности утицаја на управу, али ефикасност ове контроле подлеже спорим процедурама за доношење одговарајуће легислативе. У систему САД, могуће је вршити и судску контролу управе. Ово право припада, најпре, Врховном суду, као и другим редовним судовима, који спадају у судове опште надлежности. Врховни суд врши контролу уставности закона, као и контролу уставности и законитости општих аката извршне власти.⁷³⁹

Судска контрола управе проистиче из њене институционализације, односно, увођења управе у државне поретке и систем јавне власти. Судови су успостављени да би штитили права грађана. Проширивање њихове надлежности на заштиту права појединаца од аката управне власти се сматра једном од функција правне државе.

⁷³⁸ Више о томе видети у: Radošević, Ratko. "Systems of judicial review of administration." *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 47, no. 3 (2013): 459-473.

⁷³⁹ Више о томе видети у: Stevandić, Danilo. "Izvršne uredbе predsednika Sjedinjenih Američkih Država." *Legal Records/Pravni Zapisi* 3, no. 1 (2012): 198-216.

У систему Републике Србије постоји двојака могућност вршења контроле управе.

Устав Републике Србије⁷⁴⁰ члановима 166-175. прописује да у правном систему државе постоји Уставни суд. Према члану 166. Устава, Уставни суд је самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе. Основна надлежност Уставног суда је оцена уставности и законитости општих аката. Уставом се конкретно опредељује, да поред осталих овлашћења, Уставни суд може да врши контролу рада управе и то како општих аката које доноси управа, тако и под одређеним условима и појединачних аката и радњи државних органа. Наиме, Уставни суд одлучује о сагласности са Уставом и законом општих аката јединица локалне самоуправе, као и општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења.⁷⁴¹ Ове одредбе се директно односе на контролу општих аката управе. Поред тога, предвиђена је могућност изјављивања уставне жалбе, која је средство за покретање механизма контроле појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења. Уставна жалба се може изјавити уколико се актом или радњом државног органа повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.⁷⁴²

Поред тога, у правном поретку Републике Србије предвиђена је контрола рада управе од стране посебног управног суда. Закон о управним споровима⁷⁴³ обезбеђује судску заштиту појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим Уставом и законом предвиђеним појединачним стварима.⁷⁴⁴ Предмет управног спора је законитост коначног управног акта. То подразумева постојање појединачног акта управе којим се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу.⁷⁴⁵

Оно што је заједничко свим овим системима је то да управно право подразумева сет норми који уређују начин поступања државне власти и одређују начин њене контроле. Како истиче *Carol Harlow*, контрола управе чини срж ове гране права. Управно право се примарно развијало кроз процесне норме, тако да су принципи на којима почива изразито процедуралног карактера. Конкретно, то значи да органи

⁷⁴⁰ „Службени гласник Републике Србије“ број 98/2006

⁷⁴¹ Члан 167. став 1. тачке 4. и 6. Устава Републике Србије

⁷⁴² Члан 170. Устава Републике Србије

⁷⁴³ „Службени гласник Републике Србије“ број 111/2009

⁷⁴⁴ Члан 1. став 2. Закона о управним споровима

⁷⁴⁵ Члан 3. Закона о управним споровима

власти морају да поступају у границама легалности, односно не смеју да прекораче своја овлашћења.⁷⁴⁶

б. Компаративна анализа карактеристика управног права у националним системима и глобалног управног права

Као што је приказано, суштина управног права се сагледава у контролисању државне власти у модалитетима који омогућавају да она остане у границама законитости. Тако одређена улога управног права у националним легислативама опредељује и идеју на којој се базира концепт глобалног управног права и на којој почива улога инвестиционих арбитража у овом концепту. Инвестиционе арбитраже су приказане кроз ICSID, који се идентификује као њихов институционализовани представник.

У литератури се истиче да су инвестиционе арбитраже једини прави представник глобалног управног права који је до сада створен на међународној сцени.⁷⁴⁷

Овакво схватање се може објаснити најпре упоредно-правном анализом система управног права у националним легислативама и оног који се јавља кроз рад инвестиционих арбитража, конкретно ICSID-а. Ова анализа може бити двојака:

1. може бити заснована на структуралним елементима и
2. може бити материјалног карактера, исказана кроз одлике предмета инвестиционих спорова.

1. Анализа заснована на структуралним елементима ICSID-а илуструје тврдњу да се *prima facie* може сматрати да он представља форму глобалног административног права. Ти елементи наликују онима кроз који се исказује јавно-правни карактер инвестиционих арбитража: директни приступ инвеститора механизму кроз који може покренути спор непосредно против државе, форма генералног пристанка на заснивање надлежности ICSID-а и правна природа надокнаде која се добија решењем спора.⁷⁴⁸

Основна одлика домаћег управног права је у томе што нуди појединцима механизам кроз који могу захтевати оцену законитости предузетих радњи и донетих аката државних органа. У овоме се огледа најочигледнија сличност између управног

⁷⁴⁶ Више о томе: Harlow (2006.), *Supra* 734, str. 192.

⁷⁴⁷ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 122.

⁷⁴⁸ О овим карактеристикама више видети у делу дисертације: Глава I

права и ICSID-а.⁷⁴⁹ У оквиру овог Центра је креиран неуобичајени поступак за схватања међународног права којим је дата могућност појединцу, односно инвеститору, да покрене спор директно против државе.⁷⁵⁰ При том, ICSID Конвенција искључује исцрпљивање домаћих правних средстава као предуслов за покретање захтева пред овим Центром,⁷⁵¹ чиме се додатно ставља акценат на непосредност приступа овом форуму за решавање инвестиционих спорова. Поред тога што је у систему за решавање спорова инвеститорима додељен овакав статус у погледу могућности за истицање захтева против државе, и узимајући у обзир да држава, по правилу, даје генералну сагласност на заснивање надлежности ICSID-а, тиме практично прихвата да тела образована на међународном нивоу, разматрају законе, управне и судске акте државе, примењујући међународне стандарде.⁷⁵² *Van Harten* и *Loughlin*, описујући аналогију са домаћим системима, посебно наглашавају да је ова могућност директног истицања захтева за преиспитивање аката суверене власти државе, као и у националном управном праву, настала у режиму који је успоставила сама држава закључивањем инвестиционих спорова.⁷⁵³

Следећа сличност са домаћим управним правом се исказује кроз начин на који држава изражава пристанак на арбитражу. По правилу се ради о форми генералног пристанка који је садржан у међудржавном споразуму. Овај генерални пристанак значи да је држава сагласна да се преко арбитраже реши неодређен број будућих случајева, који могу да проистекну из свих односа који се могу подвести под појам инвестиције. У тренутку закључавања инвестиционог споразума, односно у тренутку давања ове сагласности, држава није могла знати за које све спорове је пристала да се решавају пред арбитражом. Због тога се истиче да форма генералног пристанка доводи до тога да држава више не контролише какви спорови се износе пред арбитражу, и још значајније, не контролише каква правна питања се поверавају арбитрама на решавање. У овом неодређеном пристанку се види значајан изузетак у односу на друге режиме арбитражног права који као једну страну у спору укључују државу. На тај начин се систем који је креиран у оквиру ICSID-а приближава домаћем правном систему, у коме је могућност за покретање контроле против аката државне власти заснована на одредбама општег типа. Генерални пристанак и могућност директног приступа

⁷⁴⁹ Видети: Farchakh (2015.), *Supra* 142, str.10.

⁷⁵⁰ Члан 25. и 36. ICSID Конвенције

⁷⁵¹ Члан 26. ICSID Конвенције

⁷⁵² Видети: Farchakh (2105.), *Supra* 142, str.11.

⁷⁵³ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 144.

инвеститора ICSID-у се посматрају као јасни елементи који опредељују овај Центар као манифестацију глобалног управног права.⁷⁵⁴ И *Van Harten* и *Loughlin* препознају околност да се успостављање надлежности ICSID-а врши у форми генералног пристанка. Та форма излаже државу могућности за покретање спорова на основу широког спектра регулаторних мера, које на било који начин могу да дирају у права или интересе инвеститора. На тај начин, генерални пристанак на будуће арбитражање инвестиционих спорова, претвара међународну арбитражу из механизма за решавање спора у врсту судске контроле власти државе.⁷⁵⁵ Аналогија међународне арбитраже са судском контролом извршне власти, која се формира кроз генерални пристанак државе, исказује се и кроз околност да инвеститор, користећи се режимом који је успоставила сама држава, може да покрене спор кроз који ће захтевати да се преиспитају акти које доноси држава у вршењу суверене власти.⁷⁵⁶

Захтев инвеститора се односи на стицање права на компензацију због штете коју је претрпео услед државних мера. Ни у једној другој области у међународном систему права се не признаје право појединцу да директним захтевом тражи од државе надокнаду штете. Због тога се у литератури наводи да никада раније међународно право није уживало толики степен овлашћења над регулаторном улогом државе и то на сталним основама и без претходне интервенције домаћих органа. На овај начин се инвестиционе арбитраже ефективно претварају у форму глобалног управљања.⁷⁵⁷ Прави се паралела између нарушавања стандарда третмана инвеститора који су загарантовани инвестиционим споразумом, које резултира у захтеву за надокнаду штете, и противправним поступањем државних органа које резултира у контроли управе у домаћим системима. Из тога се ствара концепт који третира правну природу компензације као правни лек са јавно-правним дејством.⁷⁵⁸ На ову карактеристику је указано приликом разматрања кроз које елементе се опредељује карактер инвестиционих арбитража као јавно-правног механизма.⁷⁵⁹ Међутим, та околност је од значаја и за утврђивање циља који треба да се постигне компензацијом, као посебне карактеристике која инвестиционе арбитраже уподобљава управно-правном систему у националним системима. Наиме, приликом спровођења судске контроле управе, циљ је

⁷⁵⁴ Видети: Farchakh (2105.), *Supra* 142, str. 11.

⁷⁵⁵ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 143.

⁷⁵⁶ *Ibid.* str. 144.

⁷⁵⁷ Montt (S.), *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2012, p. 15, наведено према: Farchakh (2105.), *Supra* 142, str. 12.

⁷⁵⁸ Видети: Farchakh (2105.), *Supra* 142, str. 12.

⁷⁵⁹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I

да се успостави режим у коме су акти које доносе органи власти у границама закона. Дакле, циљ је сузбијање *ultra vires* радњи државних органа. У инвестиционим арбитражама, такође се може сматрати да постоји истоветни циљ. Ово се огледа у такозваном „одвраћајућем ефекту“.⁷⁶⁰ Према томе, износ додељене компензације, који суштински изражава оцену регулаторних мера државе и последица које су те мере произвеле, треба да укаже држави да ли су такве мере одрживе у контексту балансирања националног јавног интереса и гарантованих права инвеститора. Уколико износи компензације покажу суштинско неслагање међународног трибунала са предузетим мерама, то би требало да укаже какве треба да буду будуће политике те државе.

За упоредно-правну анализу се у литератури узима још један елемент, а то је систем извршења одлука. Као што је приказано, у домаћим управним системима, контролу над управом спроводе судови (судови опште надлежности или посебни управни судови). Одлуке које они доносе подлежу аутоматском извршењу, јер се ради, такође, о одлукама државне власти и не прети им опасност да се одбије њихово извршење позивајући се на имунитет, домаћи јавни поредак и сл. У међународном систему овакав модел за признавање и извршење одлука, начелно, није правило. У том смислу, ICSID показује специфичност и даље приближавање моделу управног права, кроз принцип директне извршивости одлука изражен у члану 54. ICSID Конвенције.⁷⁶¹

2. ICSID се опредељује као форма глобалног управног права, не само на основу структурне анализе већ и на основу суштинских одређења природе питања која се расправљају пред трибуналима. До оваквог опредељења се долази на основу анализе материјалне садржине, односно на основу предмета инвестиционог спора.

Као што је објашњено у претходном делу дисертације,⁷⁶² спорови који се воде пред инвестиционим арбитражама се називају и регулаторни спорови због тога што се ради о кршењу права инвеститора који проистичу из законодавних или управних аката државне власти. Кроз те спорове, да би се утврдила одговорност државе у конкретном случају, трибунали разматрају управо акте суверене власти државе, као акте кршења инвестиционих спорова. Тиме се они стављају у улогу тела које процењује усвојену регулативу државе коју она предузима у својству суверена. У литератури је креиран нови назив за нарушавање права инвеститора до кога дође на овај начин, који

⁷⁶⁰ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 131-133.

⁷⁶¹ Видети: Farchakh (2105.), *Supra* 142, str. 15.

⁷⁶² Видети у делу дисертације: Глава I

илуструје степен даље у развоју и промени природе инвестиционих спорова. Историјски, најпре се радило о економски мотивисаним експропријацијама. Следећи степен су биле индиректне или „тихе“ експропријације. Оне се још називају и *de facto* експропријације и настају кроз сет акција државе, које у кумулативном дејству лишавају инвеститора права на инвестицију или смањују њену вредност. При том, није нужно да свака мера понаособ има карактер „тихе“ експропријације, већ да њихов кумулативни ефекат резултира у нарушавању права инвеститора.⁷⁶³ Даље се у литератури може наћи назив „легислативне експропријације“, које се могу сматрати врстом индиректне, али код којих је нагласак на томе да приликом решавања спора укључују и разматрање и оцену регулаторних мера државе од стране трибунала, на основу којих је експропријација у питању настала.⁷⁶⁴ Типичан представник регулаторних спорова јесу случајеви који су се водили против Аргентине и у којима је она применила такозвану „*necessity defense*“.⁷⁶⁵ Због тога што порекло води из аката јавне власти, инвестициона арбитража укључује разматрање питања од јавног интереса, која суштински имају далеко већи домет од предмета спора који би се ограничио искључиво на чињеницу уласка државе у комерцијални однос са инвеститором. Кроз решавање такозваног регулаторног спора, одлучује се о легалности вршења јавне власти у конкретном случају, и често се односи на акције које предузима власт у целини. Из тог разлога, вероватноћа је да ће регулаторни спор кроз решавање укључивати и питања од јавног интереса.⁷⁶⁶

Обавезивањем држава на решавање спора који проистиче из аката суверене власти пред међународном арбитражом, инвестициони споразуми успостављају инвестиционе арбитраже као механизме за контролу вршења јавних овлашћења државе. Ова одлика се изводи из предмета инвестиционог спора и у њој *Van Harten* и *Loughlin* виде разлог за упоређивање инвестиционих арбитража са домаћим управним правом.⁷⁶⁷ У управном праву, предмет разматрања су акти извршне власти. Односно, управни суд, на захтев појединца, разматра законитост и исправност донетих управних

⁷⁶³ Видети: Đurović, Ćirić (2005.), *Supra* 1, str. 347.

⁷⁶⁴ Овај израз се, као општеприхваћени у бројној литератури, примера ради у: Fernández-Bermejo, Dolores Utrilla. "The multilevel protection of the right of property in Europe." *China-EU Law Journal* 4, no. 1 (2015): 75-103; Slade, Bradley V. "Compensation for what? An analysis of the outcome in Arun Property Development (PTY) LTD v Cape Town City." *PER: Potchefstroomse Elektroniese Regsblad* 19, no. 1 (2016): 01-25; Rodríguez, Noemi Dans. "Country risk in foreign direct investment: similarities and differences with country risk in exports." *Nómadas* 49 (2016): 1.

⁷⁶⁵ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: 1.3.

⁷⁶⁶ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 144.

⁷⁶⁷ *Ibid.* str. 147.

аката - дакле аката које доносе управни органи, као функционални делови извршне власти. У инвестиционим арбитражама, предмет разматрања неће бити акти извршне власти, већ државе у целости. Принцип међународног права о јединству државе и њених органа, омогућавају да се држава сматра одговорном без обзира на то који орган власти је предузео радњу која је предмет разматрања у спору, односно без обзира на то да ли се ради о органима државне, локалне власти, или власти јединица које су у саставу државе и чине њен конститутивни део (примера ради федеративне јединице).⁷⁶⁸ Овај принцип одражава и ICSID Конвенција у конкретнима одредбама. Најпре у члану 25. којим се одређује да се надлежност Центра односи на спор са државом потписницом, што укључује и њене саставне области или органе о којима је та држава обавестила Центар. Овај принцип се изражава и кроз члан 54. Конвенције којим се уређује извршење одлука и којим је прописано да држава потписница која има федерално уређење може извршити одлуку преко свог савезног суда, а може предвидети да савезни судови поступају са таквом одлуком као да је она коначна пресуда суда државе чланице.

ICSID Конвенција прописује да надлежност Центра обухвата спорове који настану непосредно из инвестиције.⁷⁶⁹ *Van Harten* и *Loughlin*, као и многи други аутори, у чињеници да ICSID Конвенција ближе не уређује шта се може сматрати инвестицијом, оставља простор за широко тумачење питања која се могу сматрати надлежношћу ICSID-а. Тиме се даје легална форма проширивању обима овлашћења трибунала из класичних комерцијалних односа на јавну сферу, укључујући и спорове који се тичу регулаторних овлашћења државе. Формално-правно подвођење експанзије ауторитета ICSID трибунала под окриље Конвенције, означава се рађањем инвестиционе арбитраже као манифестације глобалног административног права. Према овим ауторима, управо ICSID је играо интегралну улогу у стварању овог концепта, зато што је отворио врата употреби арбитраже у сврху контроле вршења јавних овлашћења државе.⁷⁷⁰

Структурна анализа и анализа материјалне садржине воде ка закључку да се концепт ICSID-а као део глобалног управног права заснива на елементима који овај Центар карактеришу као арбитражу која припада домену јавног права.

⁷⁶⁸ *Ibid.* str. 146.

⁷⁶⁹ Члан 25. ICSID Конвенције

⁷⁷⁰ Видети: *Van Harten, Loughlin* (2006.), *Supra* 34, str. 127.

в. Контуре глобалног управног права

Према *Burke White*-у и *Van Staden*-у, време је да се препозна да савремена инвестициона арбитража није тек посебна форма трговинске арбитраже у којој је једна страна држава. Оне су исправно посматране као творевине које спадају у односе приватног права, међутим пролиферација инвестиционих споразума током деведестих година и на даље, отворила је врата инвестиционим арбитражама у којима се решавање спорова преноси на квалитативно другачији ниво. Инвестиционе арбитраже се појављују као форма решавања спора која оперише на терену јавног права.⁷⁷¹ Према класичним схватањима, међународне норме се усвајају на међународном нивоу, али државе остају слободне у опредељивању да ли ће их усвојити или не, с обзиром на то да њихов обавезујући карактер зависи од ратификације.⁷⁷² Међутим, почев од деведесетих година, инвестиционе арбитраже су постале снажно средство за контролу државне моћи. Питања јавно-правне природе пред трибунале постављају задатак да разматрају и одлучују о основним правима државе као суверена, домета до кога држава може да регулише питања од јавног интереса, као и капацитет државних органа да сачине основне социоекономске и политичке изборе.

Међутим, како ови аутори, с правом, истичу, није увек једноставно направити јасну разлику између јавног и приватног права, посебно у правним системима који не прате традиционалну поделу из римског права. Већ је и приликом објашњавања система контроле управе у националним легислативама указано да англосаксонско право познаје другачију поделу. Међутим, посматрано са аспекта инвестиционих арбитража, није нужно правити прецизне дистинкције између ове две врсте права. Уместо тога, потребно је идентификовати спорове у којима се разматрају питања од јавног значаја. Арбитраже које би могле да се класификују као јавно-правне су оне у којима одлука о исходу спора зависи од одређења државне моћи и правног овлашћења да предузме меру од јавног интереса.⁷⁷³ Примера ради, у обичним трговинским арбитражама, улога трибунала се може састојати рецимо у утврђивању да ли је држава учинила неку конкретну исплату на коју је била обавезана, или да ли је испунила неку обавезу из комерцијалног уговора.

⁷⁷¹ Видети: *Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str. 285.

⁷⁷² *Krisch, Nico and Benedict Kingsbury. "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order". The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 (2006): 1-13. str. 4.*

⁷⁷³ Видети: *Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str.288.

У свим случајевима у којима је предмет спора опредељен тако да спада у домен јавног права, може се говорити да је арбитражни трибунал преузео улогу управних или регулаторних функција. Дакле, може се говорити о стварању сета правила кроз интерпретативну улогу и процену легалности предузетих мера државе, као и примену тих правила кроз доношење одлуке којом се решава спор, од стране тела која немају карактер органа чија је то примарна улога (трибунала). У националном правном окружењу не би било сумње да се ради о начину функционисања који спада у управно право, али је у међународном окружењу теже „доделити“ овакав карактер јер почива на интернационализованим односима. Међутим, овако категорична дистинкција појмова би суштински била беспредметна у модерним правним системима, што је условљено глобализацијом односа. Питања националног и међународног су нужно испреплетена и у односу су међузависности. Због тога, када се говори о инвестиционим арбитражама као манифестацији глобалног административног права, не треба се опредељивати на основу устаљених дефиниција и традиционалних концепата, већ на основу функције коју обављају.⁷⁷⁴

Дакле, основна карактеристика концепта глобалног управног права јесте да се успоставља систем контроле за акте државне власти, односно могућност да инвестиционе арбитраже утичу на будуће понашање држава.

Посматрано са аспекта начина функционисања глобалног административног права кроз механизме ICSID-а, може се узети да је овај теоријски концепт конзистентан са основним поставкама тренда јудикализације инвестиционих арбитража. Најпре, идеје потичу из исте околности која се тиче уплива јавно-правних елемената у арбитражу и измене правне природе питања која се пред њима разматрају. Јудикализација, као тренд претварања арбитраже у тело са карактеристикама судске власти, се може схватити као описани национални систем судске контроле управе. Имајући у виду да је суштина овог концепта управо у могућности контролисања, односно утицаја на понашање држава, долази се до закључка да се ради о фазама у креирању нечега што би се могло описати као систем глобалног управног права, односно, као терминолошке разлике у описивању истих односа.

Када се говори о могућностима утицаја одлука инвестиционих арбитража на државе, он може бити двојак.

⁷⁷⁴ Видети: Krisch, Kingsbury (2006.), *Supra* 772, str. 3.

Пре свега, одлуке утичу на понашање државе која је страна у спору. Чињеница је да арбитраже немају овлашћења да меру државе укину или измене, међутим утицај се остварује кроз такозвани „одвраћајући“ ефекат.

Индијектно, арбитражне одлуке могу имати утицај и на друге државе које имају закључене инвестиционе споразуме са истим или сличним одредбама као држава страна у спору. Примера ради, ако се приликом решавања спора разматра одређени регулаторни акт државе, у мери у којој одлука трибунала примора државу да акт у питању измени, односно да своју јавну политику усагласи са израженим схватањима трибунала, у тој мери ова одлука утиче на све појединце на које се акт у питању односи. Даље, оваква одлука може имати одјек на инвестиционе споразуме који садрже одредбе сличне оној која је разматрана у конкретној одлуци трибунала. Та одлука онда може утицати не само на понашање државе чија мера је била предмет разматрања, већ и на креирање јавних политика других држава за које, због сличне садржине инвестиционих уговора које су оне склапале, тумачење трибунала може бити од значаја у евентуалним будућим споровима.⁷⁷⁵ На овај начин, инвестиционе арбитраже се понашају као тела која остварују своја овлашћења кроз концепт глобалног управљања у глобалном административном простору.⁷⁷⁶ Решавајући одређени спор, трибунали примењују широко формулисана међународна стандарда третмана инвеститора, који се у сличном облику појављују у већини међународних инвестиционих споразума. Њиховом интерпретацијом их испуњавају конкретном садржином. Имајући у виду да се трибунали баве решавањем регулаторних спорова, кроз примену појединачних одредби међународних споразума на оцену понашања државе, трибунали дефинишу стандарде добре праксе, односно доброг државног управљања и успостављају правила које инвеститори могу да примењују против њих.⁷⁷⁷

Концепт јудикализације се најбоље осликава управо кроз могућност да инвестиционе арбитраже утичу на очекивања инвеститора и на понашање држава и изван спора који им је поверен на решавање. Уместо да буду лимитиране само на решавање спора *ex post*, трибунали поступају као судови, или, још боље као управни судови, који проспективно имају потенцијал да обликују понашање страна. Природа овлашћења које примењују арбитражи се на тај начин посматра као да је у јавној сфери,

⁷⁷⁵ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, str. 253.

⁷⁷⁶ *Ibid.* str. 254.

⁷⁷⁷ Видети: Kingsbury, Schill (2009.), *Supra* 772, str. 2.

зато што ограничава и обликује понашање држава које се изражава кроз вршење јавних овлашћења на основу суверених моћи државе. Процес јудикализације се може схватити и као претварање инвестиционих арбитража у орган који поприма карактеристике јавног правосудног тела.⁷⁷⁸

Benedict Kingsbury и *Stephan Schill*, описујући инвестиционе арбитраже као форму глобалног управљања, износе практично идентичну идеју. Арбитраже у којима се решава спор између инвеститора и државе нису само механизми за решавање спора. Оне се могу сматрати делом структуре глобалног управљања. Према овом мишљењу, публикавање одлука које доносе трибунали у инвестиционим арбитражама је допринело томе да мишљења која су у њима изражена помажу у обликовању специфичних принципа глобалног административног права и постављању стандарда према којима државе треба да уреде своје унутрашње процесе. Арбитраже у којима се решавају спорови између инвеститора и државе функционишу као ревизиони механизми у којима се, у сваком конкретном случају процењује да ли је држава успела да успостави баланс између потребе заштите права инвеститора и других јавних интереса. Поред тога, одлуке које трибунали доносе *ex post* у погледу тог баланса, могу утицати на начин одлучивања од стране наредних трибунала, и могу *ex ante* утицати на понашање држава и инвеститора.⁷⁷⁹

Према *Van Harten*-у и *Loughlin*-у, у основи, изједначавање инвестиционих арбитража са комерцијалним, резултира у мешању јавног ауторитета са приватним.⁷⁸⁰ Ови аутори посебно истичу да инвестиционе арбитраже не треба да се посматрају као огранак трговинских арбитража, већ као јединствени, међународно-организовани део система административног међудржавног права. Посматрано као врста глобалног административног права, инвестиционе арбитраже морају да се третирају као полу-аутономна међународна тела која разматрају акте државе и контролишу њихово понашање у јавној сфери. Трибунали су полу-аутономни јер су одлуке које доносе изузете из судске контроле. Међународни су јер своју надлежност и овлашћења црпе из међународног уговора. Могу се сматрати агенцијама за ревизију, јер решавају регулаторне спорове. Имајући у виду да су конституисане на међународном нивоу у

⁷⁷⁸ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, str.255.

⁷⁷⁹ Видети: Kingsbury, Schill (2009.), *Supra* 772, str. 1

⁷⁸⁰ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 142.

циљу дисциплиновања држава, инвестиционе арбитраже се оформљују као нова и јединствена екстензија концептуалне архитектуре административног права.⁷⁸¹

Посматрајући могућности трибунала за утицање на понашање држава које је објашњено кроз опис процеса јудикализације и кроз мишљење аутора *Kingsbury* и *Schill*, занимљива је идеја коју представљају *Van Harten* и *Loughlin* о начину на који овај утицај постаје глобалан, односно, начину на који претендује да добије статус универзално примењивог. Наиме, број поднетих захтева пред ICSID-ом указује на спремност мултинационалних компанија да подношењем тужби против држава у којима траже разматрање њихове законодавне активности, избегавају примену домаћих прописа и траже компензације које проистичу из вршења јавних овлашћења државе. Узимајући у обзир овакво опредељење компанија, *Van Harten* и *Loughlin*, даље, разматрају број инвестиционих споразума који предвиђају арбитражу за решавање спорова, затим географску покривеност овим споразумима, односно, кореспондирајућу доступност инвестиционих арбитража. На основу тих елемената, долазе до закључка да су инвестиционе арбитраже прерасле од једноставне колекције процедура сабраних по различитим споразумима и постале су међународни механизам као врста судског преиспитивања активности држава у регулаторној сфери.⁷⁸²

Burke White и *Van Staden* иду корак даље у описивању природе инвестиционих арбитража. Према овим ауторима, у најмању руку, добар део инвестиционих арбитража данас се мора схватити као део јавног управног права. Описујући савремени развој инвестиционих арбитража, они уважавају и становиште *Van Hartena* и његов опис арбитража као јединствено интернационализовану продужену руку државног апарата, који употребљава арбитражу у сврху преиспитивања и контроле вршења јавне власти, што резултира у јединственој форми пресуђивања у области јавног права. С обзиром на то да се у овим арбитражама не решавају само индивидуални спорови између приватних страна на бази реципроцитета, већ се ради о регулаторним споровима, инвестиционе арбитраже се опредељују као део свеобухватног управног права.⁷⁸³ Међутим, имајући у виду специфичности предмета спорова који се решавају пред инвестиционим арбитражама, односно питања која се у њима разматрају, *Burke White* и *Van Staden* сматрају да неке инвестиционе арбитраже могу и да надмаше

⁷⁸¹ *Ibid.* str. 149.

⁷⁸² *Ibid.* str. 124.

⁷⁸³ Видети: *Van Harten, Loughlin* (2006.), *Supra* 34, str. 123, наведено према: *Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str.289.

схватање о њиховом карактеру као манифестацији глобалног управног права, и да добију функцију који они описују као квази-конституционалну. Према томе, они схватају да модерне арбитраже могу да превазиђу питања чак и индиректне експропријације или националног третмана, који спадају у регулаторне спорове, већ задиру у разматрање спорова који могу да легитимизују, односно обеснаже вршење суверених овлашћења државе, и у екстремним случајевима нарушавају чак и фундаментална права грађана у оквиру те државе.⁷⁸⁴

У споровима који су се водили против Аргентине *Burke White* и *Van Staden* виде пример управо оваквих спорова: квази-конституционалних. При том, како ови аутори истичу, елементе конституционализма не треба посматрати на традиционални начин, у смислу разматрања уставних питања основног уређења државе, односно не треба сматрати да спорови имплицирају потребу промена устава једне државе. Одлике квази-конституционалног су садржане у суштинском, садржинском елементу и односе се на промене у економском и социјалном систему (енг. „*state’s economic and social constitution*“) државе у мери која иде и ван онога што су заступали и описивали *Van Harten* и *Loughlin*. Могућност државе да развије политички и економски одговор на изузетан финансијски колапс, обухвата способност државе да се стара о основним потребама својих грађана и осигура њихова фундаментална права. У најмању руку, аргентински случајеви осликавају сукоб две основне вредности: права инвеститора која су загарантована БИТ-ом и могућност државе да спроводи своје базичне циљеве који се састоје у обезбеђивању јавног реда и мира, као и стабилности. До степена у ком инвестиционе арбитраже супротстављају ове две врсте вредности и осврћу се на основна питања државног идентитета и фундаменталних права, уместо на питања компензације, ови спорови су део јавног права који показују основе пресуђивања у односима квази-конституционалног квалитета.⁷⁸⁵

Инвестициони споразуми нуде државама широки спектар одбране који дозвољава трибуналима да вагају примарне вредности, пресуђују фундаментална права и узимају у обзир основне социјалне и културне политике. У споровима који се могу сматрати квази-конституционалним, у питање се доводе есенцијални интереси државе, а исход спора може имати утицај на социо-економски живот читаве државе.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Видети: *Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str.289.

⁷⁸⁵ *Ibid.* str. 291.

⁷⁸⁶ *Ibid.* str. 294.

Посматрано са аспекта последица које инвестициони спор може имати по јавни живот државе, може се сматрати да су основе концепта јудикализације и глобалног административног права, својеврстан вид оправдања за проширивање овлашћења трибунала. Објашњења која уводе инвестиционе арбитраже у домен јавног права, такође. Њима се ствара покушај легализовања уплива у нетрадиционалне сфере арбитражног деловања.

Међутим, да ли могу опстати овакве теоријске конструкције у смислу очувања легитимитета ICSID-а?

3. Одрживост теоријских концепата о ICSID-у

Претходне анализе, које објашњавају прелаз инвестиционих арбитража у домен јавног права и које кроз теоријске конструкције дају концептуални оквир том прелазу, сугеришу да постоји генерални консензус да су арбитраже овлашћене на проширивање овлашћења приликом решавања спора.

Карактеризација система као дела јавног права је покушај институционализације одређеног типа стандарда за разматрање спорова, вредности које нужно треба узимати у обзир приликом доношења одлука, врсте експертског знања која је потребна... односно, има циљ да одреди начин функционисања система и да постави основни принцип по коме се треба равнати улога различитих актера у њему.⁷⁸⁷

Кроз начин функционисања ICSID-а се може приказати како је његова концептуализација као дела јавно-правног поретка утицала на уношење измена у његове процедуре. Поред тога што се кроз различите механизме могу разматрати елементи јавног права,⁷⁸⁸ *Anthea Roberts* указује да из њих проистичу додатне особености овог система. Јавна наспрам приватно-правне природе, инвестиционе у односу на трговинску арбитражу, објашњава зашто се оне нарочито разликују када се ради о питањима транспарентности и учешћа трећих лица у арбитражним процесима. Трговинске арбитраже су, по правилу, затвореног типа, карактерише их поверљивост и затворене су за учешће трећих лица, јер се сматра да се тичу приватно-правних питања која су релевантна искључиво за стране у спору. Са друге стране, с обзиром на то да се

⁷⁸⁷ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 8,13.

⁷⁸⁸ Видети у делу дисертације: Глава I

инвестиционе арбитраже сматрају делом јавног права, тичу се питања од општег значаја. Због тога су изражени захтеви за транспарентношћу и учешћем цивилног друштва, кроз *amici curiae*.⁷⁸⁹

ICSID показује управо карактеристике система који је опредељен као део јавно-правног поретка. *Amicus curiae* се може превести као „пријатељ суда“ и односи се на треће лице или организацију, различиту од страна у спору, које има интерес да узме учешће у процесу за решавање конкретног спора, а које може допринети процесу одлучивања. 2006. године, ICSID Арбитражна правила су промењена тако да дозвољавају укључивање *amicus* поднесака који се тичу околности у оквиру предмета спора. Приликом одлучивања да ли да овакве поднеске допусти, трибунал треба да размотри:

1. да ли би овакав поднесак помогао трибуналу да утврди чињенично или правно питање изношењем релевантних околности на начин различит од оног које нуде стране у спору;
2. да ли се *amicus brief* односи на питања која спадају у предмет спора;
3. да ли *amicus* има значајан интерес везан за конкретан спор.

Поред тога, трибунали су дужни да воде рачуна да овакви поднесци не одуговлаче решавање спора као и да не представљају претерано оптерећење, односно не стварају неправичне предрасуде у односу на било коју од страна у спору.⁷⁹⁰

У одређеним случајевима, који се за сада показују пре као изузеци него као стандардна пракса, ICSID трибунали су прихватили и другачије форме учешћа јавности у процесу за решавање спора.⁷⁹¹ Наиме, трибунали су дозволили увид у списе предмета у случајевима: *Micula*,⁷⁹² *Piero Foresti*⁷⁹³ и *Infinito Gold*.⁷⁹⁴

Као последица опредељивања ICSID-а као дела јавног права је и захтев за транспарентношћу процедура. У области арбитражног права иначе се говори о тенденцијама ка повећаној транспарентности, што се огледа у Правилима о

⁷⁸⁹ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 20.

⁷⁹⁰ Lamb, Sophie, Daniel Harrison, and Jonathan Hen. "Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration." *Indian J. Arb. L.* 5 (2016): 72- 92. str. 75, 76.

⁷⁹¹ *Ibid.* str. 90.

⁷⁹² This was ascertained from the Award in the case; the relevant procedural order is not publicly available, наведено према: Lamb, Harrison, Hen (2016.), *Supra* 790, str. 90.

⁷⁹³ Piero Foresti, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Letter from ICSID to The Legal Resource Centre and the International Commission of Jurists (Oct. 5, 2009), наведено према: Lamb, Harrison, Hen (2016.), *Supra* 790, str. 90.

⁷⁹⁴ Infinito Gold, ICSID Case No. ARB/14/5, Procedural Order No. 2 (June 1, 2016), наведено према: Lamb, Harrison, Hen (2016.), *Supra* 790, str. 90.

транспарентности које је донео UNCITRAL.⁷⁹⁵ ICSID прати овакав тренд. Транспарентност се генерално односи на публикавање информација о процесима који су у току, документације везане за спорове као и донетих одлука, а односи се и на присуство јавности током расправе пред трибуналом. Такође, у литератури се указује на случај у коме је ICSID трибунал показао изузетну осетљивост за питање транспарентности. У случају *Vattenfall v. Germany*⁷⁹⁶ трибунал је, на иницијативу странака у спору, одлучио да рочишта буду јавна, иако формално ова обавеза није предвиђена ни примењивим инвестиционим споразумом ни арбитражним правилима у оквиру ICSID-а.⁷⁹⁷

На основу изнетих схватања, проистиче да на основу структуралних и функционалних карактеристика, ICSID показује да усваја поступке и трендове који су својствени области јавног права.

Међутим, улога ICSID трибунала, па затим и *ad hoc* комитета, која проистиче из овакве концепције, је у тој мери далекосежна да се с правом може поставити питање да ли је приликом потписивања ICSID Конвенције намера држава била да им повере овакав задатак.⁷⁹⁸ Другим речима, пракса треба да покаже да ли постоји општеприхваћен став о примерености подређивања јавних политика држава трибунаlima.

Ради илустровања могућег одговора на ово питање, потребно је, још једном, сагледати пример Аргентине.

ICSID-у је поднето више од 40 захтева против Аргентине. Већина ових случајева резултира из мера предузетих као решење за излаз из кризе са почетка 21. века. Процењује се да уколико Аргентина изгуби ове случајеве, прете јој компензације у износима од стотине милијарди долара.⁷⁹⁹ У литератури се истиче да су се аргентински званичници јавно огласили, наводећи да Аргентина неће бити у могућности да плати дугове настале на основу спорова решених пред ICSID-ом.⁸⁰⁰ Резултирајући из оваквих околности, Аргентина је покренула идеје које се описују као супротстављање ICSID

⁷⁹⁵ The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the "Rules on Transparency"), ступили су на снагу: 1. априла 2014 .године. доступни на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

⁷⁹⁶ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12 (in September 2016, two other hearings were made open to the public. However, this was pursuant to the terms of the applicable investment agreements (both of which involved Canada) that laid down a requirement for public hearings), наведено према: Lamb, Harrison, Hen (2016.), *Supra* 790, str. 90.

⁷⁹⁷ Видети: Lamb, Harrison, Hen (2016.), *Supra* 790, str. 90.

⁷⁹⁸ Видети: Tienhaara (2011.), *Supra* 33, str. 186.

⁷⁹⁹ Видети: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str. 710.

⁸⁰⁰ Видети: Goodman (2007.), *Supra* 149, str. 453.

систему правним и политичким начинима који су ван његовог оквира (енг. „*from outside of its framework*“).⁸⁰¹

На који начин став Аргентине може утицати на ICSID систем уопште?

Најпре, у пракси се показује повећан број захтева за поништење одлука. Ово се може схватити не само као правно већ и политичко-стратешко одређење Аргентине, јер тиме продужава период до доношења коначне одлуке и утврђивања износа компензације. Посматрано са аспекта значаја за ICSID као систем за решавање спорова, оваквом праксом се нарушава ефикасност у процесу за доношење одлука. Тиме се поспешују расправе о продубљивању јаза између коначности одлука и пост-арбитражних поступака у оквиру ICSID-а. Посебно се наглашава мишљење које већ фигурира у литератури да поступак за поништење одлука иде насупрот принципу брзог и ефикасног решења спора.⁸⁰² Такође, такво понашање држава резултира у схватањима о томе да је поступак за поништење одлука почео да личи на стандардну форму другостепеног поступка, пут у процедури који се користи више као правило, него као изузетни правни лек.⁸⁰³ Овакви описи једног дела ICSID процедуре симболизују схватања да не функционише на начин који је био предвиђен приликом његовог креирања. Уколико се узме да је поступак за поништење одлука замишљен као изузетан правни лек, то значи да би захтеви за поништење требало да се појављују само у спорадичним случајевима. Исувише честа употреба ове могућности с правом намеће питање да ли је то у складу са ICSID Конвенцијом. Учесталост захтева за поништење одлука се може посматрати и као злоупотреба примене овог правног инструмента. На основу таквих дебата, у литератури се може наићи и на идеју да доступност поступка за поништење одлуке захтева формирање посебног етичког већа које би се бавило прекомерном употребом овог поступка и давало своје препоруке о његовом спровођењу у конкретним случајевима.⁸⁰⁴ Уплив етичких питања у међународну арбитражу отвара врата за разматрање проблема који традиционално не спадају у област инвестиционог права и трансформишу арбитраже у модел за решавање спорова, који се све више удаљава од повољног механизма, креираног да задовољни потребе пословног света. Такође, инклузија питања етике у арбитражу,

⁸⁰¹ Fach Gómez, Katia, Latin America and ICSID: David versus Goliath? (November 12, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1708325> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1708325>, 1-49. str. 9.

⁸⁰² Видети: Huang, Chi Yu Cheng (2014.), *Supra* 632, str. 1825.

⁸⁰³ Видети: Baetens (2011.), *Supra* 209, str. 217.

⁸⁰⁴ Видети: Nmehielle (2001), *Supra* 49, str. 46.

покреће питање о стандардима за оцену поднетих захтева за поништење одлуке, што консеквентно даље продубљује бојазан од арбитрерности и најзад, од губљења квалитета неутралности. Такође, тиме се покреће и питање усложњавања процедуре и нарушавања принципа коначности. Као саставни аспект тог проблема, може се разматрати и како повећан број захтева за поништење одлука утиче на имиџ система у међународној заједници: зар је могуће да трибунали толико греше?

Аргентина је у одређеној фази економске историје државе, приоритет дала националном интересу, односно опстанку своје привреде. Предузимајући низ мера којима је реализовала такво политичко опредељење, проузроковала је покретање бројних случајева пред ICSID-ом, чији исход би, парадоксално, могао да је доведе у још гору економску ситуацију од оне која је до спорова довела. У случајевима који су се водили против ње, Аргентина је применила такозвану „necessity defense“, према којој тешка економска криза у земљи, праћена социјалним нередима и насилним протестима, ескулпира државу од одговорности за мере које је предузела да би ту кризу спречила. Међутим, ICSID трибунали су имали различита тумачења ове правне могућности.

Посматрано са аспекта политичких тенденција, аргентински став се третира као неонационалистички одговор на ICSID одлуке. Суштински, такво схватање се може сматрати компатибилним са Калво доктрином, која је била широко прихваћена посебно у државама Латинске Америке. Носи назив према аргентинском правном теоретичару Карлосу Калву. Према овој доктрини, као изразу правног национализма, надлежност за решавање инвестиционих спорова се може поверити искључиво локалним органима државе домаћина.

Калво доктрина је била усмерена ка онемогућавању злоупотребе дипломатске заштите, чиме је требало да се обезбеди суштинска једнакост страних и домаћих инвеститора. Јасно је зашто су неразвијене земље биле присталице оваквог схватања. Читава економска историја међународних односа је обележена бојазни неразвијених држава од уплива развијених сила, одакле су углавном потицали инвеститори, у њихова економска питања. Међу осталим државама и Аргентина је пратила праксу укључивања такозване Калво клаузуле у међународне инвестиционе споразуме. Тиме је настојала да осигура суверенитет и независност ауторитета над сопственим интересима који се тичу инвестиција.⁸⁰⁵ Имајући у виду да су земље Латинске

⁸⁰⁵ Видети: Goodman (2007.), *Supra* 149, str. 470.

Америке, међу њима и Аргентина, ушле у међународну трку за привлачење приватног капитала у облику страних инвестиција, од осамдесетих година напустиле су употребу националистичке Калво клаузуле. Заправо, од осамдесетих година, земље Латинске Америке су отпочеле процес приватизације у енергетском сектору, затим кренуле да закључују БИТ-ове ради привлачења инвеститора и приступиле ICSID Конвенцији и арбитражном начину решавања спорова који је посматран као јефтинији, флексибилнији и као ефикаснија алтернатива процесима пред локалним судовима.⁸⁰⁶ ICSID систем конкретно, сматрао се елементом у креирању повољне инвестиционе климе и привлачењу страних инвеститора, односно перципирао се као „*investor-friendly*“.

Иако се Аргентина није формално вратила примени Калво доктрине, у пракси се јављају идеје о заштити ове државе од извршења ICSID одлука, које наликују оној која је ова доктрина пружала (тзв. „*Calvo-like protections of sovereignty*“).⁸⁰⁷

У литератури се, најпре, може наћи идеја да је повећани број међународних спорова приморао државе широм света, а нарочито у Латинској Америци, да поново размисли о приступу либерализацији инвестирања генерално, а конкретно о прихватању међународних инвестиционих арбитража као форума надлежних за решавање спорова. Ова предвиђања су везана за шира посматрања у којима се наводи да неолиберализам више није доминантна идеологија која руководи међународним тржиштем и стварањем међународног инвестиционог права, већ се јавља балансиранији, конзервативнији приступ који негује про-националистичке обзире. Овим се илуструје концепт враћања Калво доктрини. Заправо, у контексту међународних инвестиција садашњице, ова доктрина се представља кроз однос државног суверенитета према такозваном корпоративном суверенитету. При том, корпоративни суверенитет се посматра кроз интерес јаким мултинационалних компанија, као отелотворења страних инвестиција и као материјализација приватног интереса као супротна страна на линији конфликта са државним, односно јавним интересом.⁸⁰⁸

На примеру Аргентине се могу приказати идеје за спровођење Калво доктрине кроз примену ICSID механизма којима је уређено извршење одлука.

⁸⁰⁶ Видети: Gómez (2010.), *Supra* 801, str. 2-3.

⁸⁰⁷ Видети: Goodman (2007.), *Supra* 149, str. 471.

⁸⁰⁸ Shan, Wenhua. "From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 27 (2006): 631-664. str. 62.

Члан 54. став 3. ICSID Конвенције прописује да за извршење одлуке важе прописи о извршењу пресуде који су на снази у држави на чијој се територији тражи извршење. Уколико се извршење буде тражило на територији Аргентине, то значи да ће бити примењени њени национални прописи. Њима је утврђена могућност за домаће органе да процењују да ли су одлуке чије се извршење тражи сагласни јавном поретку државе. Уколико нису, може се одбити извршење. Аргентински прописи не праве изузетак у погледу ICSID одлука, па се може сматрати да су и оне подложне оваквим овлашћењима националних органа. Према тумачењу које нуди Аргентина, овакав начин примене члана 54. ICSID Конвенције, не одступа од верног тумачења њеног текста. Наиме, према овом схватању, члан 54. став 1. Конвенције, који прописује да донета одлука мора да се призна и изврши на територији државе потписнице као да је то коначна пресуда суда те државе, овлашћује државу потписницу Конвенције да утврђује валидност, односно пуноважност донете одлуке. Међутим, став 3. овог члана, супсумира одлуку под домаће прописе. Имајући у виду да национални прописи Аргентине захтевају да одлука буде сагласна јавном поретку државе, проистиче да национални судови имају овлашћење да одлучују о сагласности одлуке националним прописима за извршење.⁸⁰⁹

Чињеница је да ICSID Конвенција прописује да за извршење одлуке важе прописи о извршењу пресуде који су на снази у држави на чијој се територији тражи извршење.⁸¹⁰ Међутим, како *Schreuer* у Коментару ICSID Конвенције износи, приликом дефинисања оваквог текста, узето је у обзир да међу државама потписницама постоје различите правне традиције и правни системи, који подразумевају другачије технике извршења, те да због тога Конвенција не прописује неки одређени и конкретан начин извршења одлука који би био обавезујући за све државе. Напротив, управо из разлога практичности, ово је остављено специфичностима правног система сваке државе потписнице понаособ. *Schreuer* нарочито истиче и наглашава да историјат настајања члана 54. став 3. ICSID Конвенције, као и његов контекст јасно указују да се употребљени термин „прописи о извршењу пресуде сваке државе потписнице“ односи искључиво на прописе процедуралне природе. Ова одредба не дерогира обавезу сваке државе да изврши одлуке, нити може да служи за увођење поновног испитивања

⁸⁰⁹ Видети: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str.740.

⁸¹⁰ Члан 54. став 3. ICSID Конвенције

донете одлуке. Дакле, не може се тумачити нити применити на начин да нарушава коначност одлуке.⁸¹¹

Имајући у виду наведено, не може се прихватити као заснован став да домаћи прописи који се тичу извршења одлука овлашћују Аргентину да преиспитује ICSID одлуке и процењује да ли су сагласни њеном јавном поретку.

Уосталом, примену члана 54. ICSID Конвенције, треба тумачити у контексту члана 69. који прописује да свака држава потписница треба да донесе потребне законодавне и друге мере да одредбе Конвенције постану пуноважне, а не да их дерогира.

Процењује се да ће Аргентина остати усамљена у оваквој интерпретацији одредаба ICSID Конвенције и обавези извршења донетих одлука.⁸¹²

Међутим, тиме није исцрпљен покушај Аргентине да оправда могуће неизвршење донетих одлука. Позивајући се на императив очувања домаћег јавног поретка, нуди се још идеја као основ за одбијање извршења арбитражне одлуке.

Чињеница да Аргентина можда неће бити у могућности да исплати додељене новчане обавезе, указује на недостатак кредибилитета система у целини. Овакво мишљење је износио *Horacio Rossati*, бивши аргентински министар правде. Он је сматрао да Аргентина, као и земље у сличној ситуацији, треба да искажу политичко опредељење које јасно декларише да систем који није у могућности да се носи са реалношћу економске кризе, не може да буде одржан. И да је у том смислу је ICSID изразито неповољан форум за решавање спорова. Из оваквог става је настала „*Rossati*“ доктрина. *Horacio Rossati* се залагао за реформу система на тај начин, да се из јурисдикције Центра искључи имовина која се користи за извршавање јавних циљева државе. Такође, он је истицао да питања која се тичу јавне политике државе, не могу да буду решавана у споровима који се воде пред ICSID трибунаlima. Из оваквих ставова се искристалисала доктрина према којој одлуке које доносе трибунали не могу да имају већу правну снагу од Устава државе. Конкретна последица ове доктрине је да ICSID одлукама, које не подлежу додатном преиспитивању пред националним органима, може бити одузета ова јединственост. Наиме, наведена доктрина је била основ за стварање аргументације према којој може да се одбије извршење одлука које су донете

⁸¹¹ Видети: Schreuer, *The ICSID Convention: a commentary* (2009.), *Supra* 145, str. 1149.

⁸¹² Видети: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str. 742.

против Аргентине, а које држава сматра противне уставом загарантованим правима и слободама.⁸¹³

Ово схватање указује на хијерархију у погледу извора права у Аргентини. Међународни споразуми (у које спадају и БИТ-ови), сматрају се делом националног права и имају примат у примени у односу на домаће прописе. Међутим, Устав је највиши правни акт у држави и консеквентно има већу правну снагу и од међународних докумената. Сагласно томе, да би нека међународна одлука могла да се изврши на територији Аргентине, она мора бити у складу са основним принципима које штити устав државе. Домаћи органи морају да поступају као чувари уставног поретка државе и морају да одбију извршење одлуке која би била противна овом правном акту. Ова идеја је сагласна принципима *Rossati* доктрине и присутна је у ставовима аргентинске владе. Још значајније, Врховни суд Аргентине је донео одлуку којом је потврдио овај приступ, наводећи да локални судови имају права да преиспитују арбитражне одлуке чак и у случају када се странке изричито одрекну права на жалбу, односно други правни лек.⁸¹⁴ Овакву одлуку је Врховни суд Аргентине донео 2004. године, поступајући у домаћем случају *Jose Cartellone Construcciones Civiles S. A. v. Hidroelectrica Norpatagonica S.A.* Суд је посебно навео да арбитражне одлуке могу да се преиспитују пред домаћим судовима, посебно ако су неуставне, неразумне или нелегалне (енг. “*unconstitutional, unreasonable or illegal*”). Ова одлука Суда је наишла да велико интересовање аутора, који су је цитирали сматрајући да такав став може да се примени и на одлуке које доносе ICSID трибунали.⁸¹⁵

Сматра се да међународна заједница неће подржати овакво тумачење ICSID Конвенције. Наочито ако се узме у обзир доминантан интерес земаља порекла капитала да се извршавају одлуке донете у корист њихових инвеститора. Такође, истиче се да ће овакво тумачење наићи на отпор и у оквиру ICSID-а, јер у том случају би овај Центар био сведен на арбитра без икакве објективне моћи да реши спор.⁸¹⁶

Поред тога, и према тумачењу које је дао *Schreuer* у Коментару ICSID Конвенције, оваква интерпретација је погрешна. Члан 54. ICSID Конвенције прописује да су државе потписнице дужне да изврше одлуку као да је то коначна пресуда суда те државе. *Schreuer* наводи да је ова одредба члана 54. Конвенције била повод дебата и

⁸¹³ Видети: Goodman (2007.), *Supra* 149, str. 453.

⁸¹⁴ See Carlos E. Alfaro, *Argentina: ICSID Arbitration and BITs Challenged By the Argentine Government*, MONDAQ (Dec. 21, 2004), <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=30151> (emphasis added)., наведено према: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str. 742.

⁸¹⁵ Видети: Gómez (2010.), *Supra* 801, str. 10.

⁸¹⁶ Видети: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str. 742.

различитих идеја. *Travaux preparatoires* показују да је било идеја да се задржи одређена могућност држава на чијој територији је потребно извршити одлуку, да примене неку врсту њеног преиспитивања. Идеје су се кретале од захтева да се омогући одбијање извршења под истим условима које су предвиђене у Њујоршкој Конвенцији о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, до захтева да се државама одобри макар могућност да одбију извршење позивајући се на *ordre public*. Ипак, преовладала је идеја о ICSID-у као „*self-contained*“ режиму, према коме домаћи судови имају право да утврђују валидност донете одлуке, али немају дискрецију да је поновно разматрају у материјалном смислу. Имајући у виду дебату везану за ову одредбу и *travaux preparatoires*, Schreuer наводи да иако је било идеја да се омогући државама позивање на *ordre public*, таква могућност није ушла у коначни текст Конвенције, према томе, од те идеје се одустало. Дакле, држава на чијој се територији тражи извршење одлуке не може то извршење одбити позивајући се на *ordre public*, односно на јавни поредак у држави. Чак, како се посебно наводи, не може се одбити извршење позивањем на међународни јавни поредак (енг. „*international public policy*“), или генерално на међународно право у целини. Идеје које се у Аргентини јављају да је могуће одбити извршење одлука позивајући се на домаћи Устав, биле би супротне обавезама које је Аргентина преузела у оквиру ICSID Конвенције.⁸¹⁷

Поред тога, има мишљења да би позивање на устав са циљем избегавања примене одредби ICSID Конвенције, представљало и кршење Бечке Конвенције. Према овом схватању, са становишта међународног права, оног тренутка када је неки међународни споразум ратификован, било какви приговори, чак и они који у основи имају уставни поредак државе, постају ирелевантни. Чињеница ратификације је од значаја јер се тиме показује да је држава самостално и добровољно одлучила да међународни споразум, односно конвенцију примењује на својој територији. Поред тога, указује се да је приликом примене одредби неког међународног документа, у овом случају ICSID Конвенције, потребно поступати сагласно одредбама члана 27. Бечке Конвенције. Овим чланом је прописано да се једна чланица не може позвати на одредбе свог унутрашњег права да би оправдала неизвршавање уговора. Имајући у виду да је Аргентина ратификовала Бечку Конвенцију и ова одредба је преклудира у позивању на

⁸¹⁷ Видети: Schreuer, *The ICSID Convention: a commentary* (2009.), *Supra* 145, str. 1140-1141.

било који домаћи пропис, укључујући и Устав, да би се ослободила примене одредби ICSID Конвенције.⁸¹⁸

Конвенција је створена са интенцијом да доведе у однос равноправности инвеститоре и државе домаћине, односно да пружи инвеститорима ефективан механизам заштите. Међутим, у литератури се појављује тренд мишљења да се кроз систем за решавање спорова баланс у овој равнотежи померио и да ICSID демонстрира суштинску пристрасност у корист инвеститора.⁸¹⁹

Овакво мишљење је изнео и *Horacio Rossati*, али је у њему нашао основ за одбијање извршења донетих одлука. Према овом аутору, Аргентина има могућност да одбије извршење ICSID одлуке, позивајући се на околност да ICSID систем додељује страним инвеститорима илегалне привилегије и дискриминише против домаћих инвеститора.⁸²⁰

Аргентина тврди да су одлукама које су донели ICSID трибунали страни инвеститори доведени у бољу позицију од домаћих, што се може тумачити као вид дискриминације. Наиме, одлуке су донете на основу мера из 2002. године које је држава предузела доношењем посебних законских аката ради изласка из економске кризе. При том, економска криза и државне мере су на исти начин погодиле инвеститоре који су обављали делатност на територији Аргентине, независно од њихове националне припадности. Страни инвеститори су поднели захтеве пред ICSID трибуналима, позивајући се на то да је Аргентина тим мерама прекршила стандарде третмана инвестиције гарантоване склопљеним инвестиционим споразумима. Међутим, домаћи инвеститори нису имали право приступа ICSID трибуналима, нити могућност да на било који начин штите своје инвестиције од предузетих мера државе. На тај начин је ICSID поставио стране инвеститоре у повлашћени положај у односу на домаће који могу да се ослањају искључиво на домаће механизме заштите.⁸²¹

Имајући ово у виду, Аргентина истиче да у случају великог јавног дуга, државе генерално имају опцију да преговарају о смањењу дуга, или о могућим олакшавајућим начинима његове отплате, док у случају дуга који настане према страним инвеститорима на основу арбитражних одлука, та могућност је искључена. Без обзира

⁸¹⁸ Marzorati, Osvaldo J. "Enforcement of Treaty Awards and National Constitutions (the Argentinian Cases)." *Bus. L. Int'l* 7 (2006): 226-247. str. 241.

⁸¹⁹ Видети: Brower, Schill (2008.), *Supra* 63, str. 474.

⁸²⁰ See Horacio Rosatti, *Transnational dispute management, globalization, Statism and law (ARGENTINA AND ICSID)* 18 (2004) (quoting Const. ARG. § 31). Rosatti is the former justice minister of Argentina., наведено према: Kasenetz (2009.), *Supra* 111, str.743.

⁸²¹ Видети: Goodman (2007.), *Supra* 149, str 478.

на то што величина дуга може бити подједнако велика и подједнако оптерећивати економију те државе. У таквим околностима, Аргентина је приморана да отплату дуга намеће својим грађанима, који су и без тога већ у неповољнијем положају, јер, као што је истакнуто, немају могућност приступа ICSID-у и подједнаком намирењу, које су претрпели под утицајем истих околности на истој територији. Због тога Аргентина истиче да је нужно признати држави право да:

1. доноси акте националне легислативе и предузима мере којима се обезбеђује опстанак домаће економије;
2. уколико су мере предузете сагласно начелу једнакости између домаћих и страних инвеститора, међународна заједница нема права да се бави проценом предузетих мера државе, односно њене одговорности која из тих мера проистиче.⁸²²

Суштински и неравноправност страних и домаћих инвеститора се може подвести под *Rosatti* доктрину, према којој се може одбити извршење одлуке уколико је противна Уставу државе. Према овом аутору, дискриминација по основу националности је супротна уставним начелима Аргентине, која предвиђају једнак третман страних и домаћих инвеститора.⁸²³

Поред тога што се у правној литератури јављају идеје које покушавају да оправдају кршење одредби ICSID Конвенције, проблем неизвршења одлука има још једну димензију. Наиме, може се поставити питање да ли је у духу ICSID Конвенције донети серију одлука против једне државе којом се она доводи у незавидну економску ситуацију?

Ово спада у политичко питање. Посматрано са аспекта права, ICSID трибунали се постављају на *ad hoc* основи, да би решили један конкретан спор. Решење тог спора треба да има *inter partes* дејство, и трибунали нису везани претходно донетим одлукама, односно, у систему ICSID-а прецеденти нису извор права.

Међутим, Бечка Конвенција прописује да се међународни споразуми морају тумачити у светлу њиховог предмета и њиховог циља. Ово правило треба применити и када су у питању одредбе ICSID Конвенције.

Због тога је потребно подсетити се који је циљ настајања и усвајања ове Конвенције. То је стварање ефикасног система заштите права инвеститора, да би се промовисале стране инвестиције. У Извештају Директора Светске Банке о ICSID

⁸²² *Ibid.* str. 479.

⁸²³ Видети: Gómez (2010.), *Supra* 801, str. 10.

Конвенцији, посебно се наглашава потреба промовисања глобалног економског развоја кроз прилив приватних међународних инвестиција.⁸²⁴ Дакле, постојање неутралног форума за решавање спорова између инвеститора и држава домаћина је било средство за промовисање токова инвестиција, чија примарна улога треба да буде економски развој. У том духу је и сачињена преамбула ICSID Конвенције, у којој се посебно истиче: „с обзиром на потребу међународне сарадње у економском развоју...“.

Уколико је крајњи циљ приликом доношења ICSID Конвенције био економски развој, да ли се може сматрати да је довођење државе чланице у ситуацију у којој је њен економски опстанак доведен у питање супротно одредбама ове Конвенције, односно да је дошло до погрешног тумачења и примене њених одредби, супротно члану 31. Бечке Конвенције? Овакав приступ указује да је нужно да трибунали, као и *ad hoc* комитети приликом решавања појединачних спорова узму у обзир свеукупност ситуације из које је спор настао, односно да покажу обзир према стању државе у целисти.

Исходи спорова и начин на који се оцењује свеукупно понашање Аргентине, почев од мера које су довеле до њиховог настајања, све до пост-арбитражног периода, показује да међународна заједница очекује да Аргентина промени начин руковођења насталом ситуацијом. Међутим, у литератури се наводе мишљења да је незадовољство држава ICSID-ом, и то не само Аргентине, већ уопште држава Латинске Америке, очекивано и у потпуности разумљиво, поготову када се ради о случајевима који су се водили на основу БИТ-ова закључених са САД. Наиме, овај став се објашњава тиме што су САД овим држава наметнуле сопствени модел БИТ-а, са одредбама које нису прилагођене правном поретку, односно тренутном степену правног развоја држава Латинске Америке. Кроз те одредбе, САД су „пресадиле“ део свог правног поретка у ове државе. Овакви правни трансфери се сматрају новом формом унилатерализма. Посматрајући из те перспективе, ICSID се појављује као механизам за решавање спорова који је сагласан правном поретку САД-а, али у државама Латинске Америке, он представља наметнут правни трансфер, који нема реални основ да прерасте у легитимни део правног поретка ових држава.⁸²⁵

Овакво схватање се може компарирати са извесном критиком концепта глобалног административног права. *Carol Harlow* је, покушавајући да истражи порекло

⁸²⁴ Report of the Executive Directors on the ICSID Convention, доступно на: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/REPORT-OF-THE-EXECUTIVE-DIRECTORS-ON-THE-ICSID-CONVENTION.aspx>

⁸²⁵ Видети: Gómez (2010.), *Supra* 801, str. 33

овог концепта, као и принципе и правне традиције које га уобличавају, дошла до закључка да се не може сматрати да је глобално административно право формиран систем, који има изграђен сет принципа и правила који би били генерално примењиви. Шта више, она истиче да је концепт глобалног административног права творевина западних економија и претендујући да има универзално важење системски занемарује традиционалне вредности и оријентације другачијих система. Поред тога, тиме се директно утиче на погодовање тачно одређених економских интереса, насупрот истицања јавно-правног карактера који би требало да промовише јавни интерес грађанства уопште.⁸²⁶

Реакције Аргентине, као и наведене критике система су политичка одређења, која не представљају новине у области међународног инвестиционог права, имајући у виду да је стварано на конфликтној линији између сучељавајућих интереса неразвијених и капиталистичких земаља.

Ипак, општи утисак је да Аргентина сматра да ICSID систем није показао довољни степен разумевања за чињеницу да су спорови који су се водили против ње укључивали питања од јавног интереса. Ово се поготову може рећи за прве случајеве у којима је одлучено против Аргентине, а који демонстрирају концепт који више наликује приватно-правном карактеру арбитраже. По њему постоји апсолутна једнакост између страна у спору и нема основа за давање приоритета неком одређеном интересу. Уколико се прихвати схватање по коме је ICSID део јавног права, онда овакав исход спорова одређује мишљење да су трибунали примењивали погрешне стандарде за одлучивање, што је консеквентно довело до погрешних одлука.

Стандард према коме се одлучује о одговорности држава за неизвршење обавезе из неког уговора, знатно се разликује у приватном од оног у јавном праву. У јавном праву се, начелно, признаје право државе да мења своју регулативу, чак и у ситуацијама када то може проузроковати извесну штету њеном становништву, односно, у овом случају, инвеститорима који обављају делатност на њеној територији. *Santiago Montt* износи идеју да држава поседује уставом загарантовано право да редефинише и преуређује односе између приватног и јавног интереса. Другим речима, има право да алоцира намете и користи кроз различите социјалне, односно пословне структуре, кроз сталну тежњу за очувањем јавног добра. Константно узнемиравање стања *status quo* спада у срж овлашћења државе. Ово се описује као легитимно право

⁸²⁶ Видети: Krisch, Kingsbury (2006.), *Supra* 772, str. 9.

државе да нанесе штету лицима која оперишу на њеној територији. Због тога што на легалан начин одлуке државне власти, односно предузете регулаторне мере државе, могу да наруше права грађана, односно инвеститора, сама чињеница настале штете није довољна да се успостави одговорност државе.⁸²⁷

Према томе, опредељивање ICSID-а као механизма из домена јавног права, треба да легитимизује као основну премису у решавању спорова, да права инвеститора нису апсолутна права и да се не може очекивати да ће правни режим инвестиције остати непромењен. Односно, држава није дужна да се уздржи од било каквих покушаја предузимања мера у циљу очувања јавног благостања. Другим речима, концепт јавног права захтева од трибунала да покажу већи степен разумевања за проблеме од општег националног интереса. Указивања литературе на реакције аргентинске власти поводом извршења одлука приказује схватање да ово није био случај. Због тога се идеје о могућим легалним начинима одбијања извршења одлука у контексту аргентинске неуспеле „*necessity defense*“ може схватити као симбол системског проблема у функционисању ICSID-а.

Према *Van Harten-у* и *Loughlin-у*, употреба модела за решавање спорова који је правни инструмент приватног права, за односе који спадају у домен јавног права, уноси тензије у односу на инвестиционе арбитраже уопште.⁸²⁸ У том смислу је опредељено и мишљење аутора *Burke White* и *Van Staden*, који истичу да разматрање питања од јавног интереса кроз механизме и принципе приватно-правног карактера утичу на перцепцију легитимитета ICSID-а.⁸²⁹ *Sergio Puig*, износи практично исто мишљење, када срж спорова који се воде пред ICSID-ом описује као „приватна права, а јавни проблеми“.⁸³⁰ *Anthea Roberts* износи мишљење да је систем инвестиционог права између билатерализма и мултилатерализма, и између *ad hoc* и систематичне методе за решавање спорова.⁸³¹

Наведена мишљења илуструју да постоји генерална сагласност аутора да се кроз ICSID демонстрира јаз између приватно-правног и јавно-правног. Услед тога, долази до умањења његовог легитимитета, односно долази до својеврсног отпора систему, као

⁸²⁷ Santiago Montt, *State liability in investment treaty arbitration: global Constitutional law and Administrative law in the BIT generation* (2009). at 7-8, наведено према: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 21.

⁸²⁸ Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 147.

⁸²⁹ Видети: Burke White, Von Staden, *Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str. 286.

⁸³⁰ Енг. „*private rights, public problems*“, наведено према: Puig, Sergio. "Emergence & dynamism in international organizations: ICSID, investor-state arbitration & international investment law." *Geo. J. Int'l L.* 44 (2012): 531-607, str. 566.

⁸³¹ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 8.

што се десило у случају Аргентине. Иако се у релевантној литератури наводи да се ради о издвојеном примеру, који не претендује да добије ширу подршку у међународној заједници, истовремено се истиче да су Боливија и Еквадор повукле своје чланство из ICSID-а. Тиме се ипак на суптилан начин указује да има латентних проблема које нарушавају склад у функционисању механизма система. Са друге стране, у литератури има и анализа које дају више оптимистичне прогнозе. Примера ради, *Alec Stone Sweet* и *Florian Grisel* наводе да би требало да постоји претпоставка у корист легитимитета арбитражног система, због тога што ужива подршку значајних, економски снажних сила, углавном земаља извозница капитала, које имају интерес да очувају арбитражни поредак.⁸³² Такође, *Alec Stone Sweet* и група аутора, анализирали су два сета података: јавно доступне одлуке донете током 2016. године и јавно доступне БИТ-ове закључене између 2002. и 2015. године. На основу спроведене анализе, закључили су да не постоји основ за тврдње према којима постоје предрасуде система у корист инвеститора. Они посебно истичу да се у великој већини случајева показује да су трибунали уложили *good faith* напоре да узму у обзир регулаторно право државе да уређује односе на својој територији.⁸³³

Како одредити које тврдње носе већу тежину по даљи развој ICSID-а?

Имајући у виду да се ICSID описује као манифестација глобалног административног права, потребно је узети у обзир схватања о томе какво то право уопште треба да буде. Затим је потребно сагледати критичку анализу појединих елемената у структури ICSID-а, који посебно показују недостатак капацитета да се уклопе у предвиђене оквире идеалног модела. Тек тада се може одредити који су то кључни недостаци ICSID-а.

Основно питање које је нужно размотрити је, по ком основу, уколико неки уопште постоји, се тренутни систем решавања спорова између државе и инвеститора може нормативно оправдати? У ту сврху, потребно је размотрити основне нормативне концепције о улози глобалног управног права уопште. Оно се схвата као категорија која оперише појмовима као што су: друштвено благостање, демократија и правда. Имајући то у виду, остављају простор за разматрање да ли је глобално управно право у облику у којем се описује, уопште способно да промовише овакве вредности. Алтернатива је знатно редукован задатак који би се састојао у очувању

⁸³² Видети: Stone Sweet, Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy (2017.), *Supra* 731, str. 1.

⁸³³ Више о томе видети у: Stone Sweet, Chung, Saltzman, Arbitral Lawmaking and State power: An Empirical Analysis (2017.), *Supra* 726.

административног реда и одговорности тела која доносе одлуке. Из оваквих полазних основа, могу се идентификовати три основне нормативне концепције које се односе на управно право као форму глобалног управљања, и могу бити релевантни и за инвестиционе арбитраже као форму овог концепта, а то су:

1. промовисање демократије тако што међународне институције и одлуке које доносе постају видљивије и подложне критици јавности и преиспитивању од стране домаћих политичких структура,
2. промовисање одговорности у процесу одлучивања - наглашава се организациона и политичка функционалност режима, као и његов интегритет, чиме се успоставља као међународни модел за промовисање административног реда,
3. заштита приватних права и права држава. Ово се обезбеђује кроз њихово учешће у релевантним процедурама и кроз доступност механизма за преиспитивање одлуке, како би се потврдила њена легалност. Заштита права држава је од посебног значаја јер глобално управно право може да осигура очување јавног интереса и јавно-правног карактера питања о којима се решава, формирајући се на начин који омогућава њихову непристрасну и предвидиву примену.⁸³⁴

Овако посматрано, глобално управно право у идеалном облику, би требало да се ослања на идеје транспарентности, рационалних и добро заснованих одлука, партиципације и механизма за преиспитивање донетих одлука, које заједно треба да повећају степен одговорности оних који учествују у њиховом доношењу.⁸³⁵ У том смислу, глобално управно право се може схватити као сет правних механизма, принципа и праксе, који укључујући друштвену подршку, промовишу и утичу на одговорност тела која учествују у доношењу одлука.⁸³⁶

Уколико се претходни опис схвати као пожељан оквир за начин рада институција које представљају форму глобалног управног права, из њега се могу извући појединачни захтеви који су од значаја за њихово функционисање. Пренето на терен инвестиционе арбитраже, они се кроз механизме ICSID-а, могу свести на следеће елементе:

⁸³⁴ Видети: Kingsbury, Schill (2009.), *Supra* 138, str. 50.

⁸³⁵ *Ibid.* str. 44.

⁸³⁶ Benedict Kingsbury, Nico Krisch and Richard Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", 68 *Law & Contemp. Probs.* 15 (2005, nos. 3-4)., наведено према: Kingsbury, Schill (2009.), *Supra* 138, str. 5.

1. транспарентност и учешће трећих лица у процесу за доношење одлука,
2. правна предвидивост,
3. одговорност тела која учествују у доношењу одлука,
4. процедурална правда и механизми за преиспитивање донетих одлука.

3.1. Транспарентност и учешће трећих лица у процесу за доношење одлука

Када су у питању транспарентност и учешће трећих лица у процесу за доношење одлука, у овом делу рада је већ изнето да је ICSID у своје процедуре изнео одговарајуће измене којима би се ови захтеви испунили.⁸³⁷ На тај начин је поступио сагласно генералним захтевима који су се јавили у арбитражној заједници уопште, као и оним посебним, који произилазе из оквира глобалног управног права. Овакво функционисање ICSID-а се може схватити управо као последица његовог концептуалисања као дела јавно-правног поретка и начина изражавања специфичности које су њему иманентне. Отвореност ка међународној заједници, односно подложност оцени јавности су први услов за уклапање у идеју о глобалном управном праву. Јавност у раду трибунала је нужан услов за остварење низа посебних идеја: стварање *de facto* доктрине прецедената, утицање на понашање држава, како оних које су страна у спору, тако и других од којих се очекује да своје понашање уподобе са правним схватањима изнетим у донетим одлукама. Даље, јавност у раду је потребна да би се индиректно утицало на одговорност свих учесника у поступку. Стално преиспитивање инвестиционих политика неке државе утиче на њен међународни рејтинг. Исто је и са оценом начина рада, односно принципа на којима инвеститор заснива своје пословање. То, примера ради, може бити од значаја приликом формулисања појединачног пословног уговора између државе и инвеститора. Најзад, могућност уплива јавности је од значаја и за рад самих трибунала, јер утиче на формирање строжих захтева у погледу њихове одговорности у процесу одлучивања и рационалног образлагања заузетих ставова. Транспарентност би, тако посматрано, имала капацитет да утиче на легитимитет не само донетих одлука, већ система страних инвестиција уопште. Наравно, овакво схватање је донекле утопијско и исувише једноставно, али показује да

⁸³⁷ Више о томе видети у делу дисертације: Глава III, Одсек II: 3.

је ICSID учинио корак напред да би осигурао дејство позитивних ефеката транспарентности.

Слично је и са институтом *amicus curiae*. Пре свега њиме се посебно наглашава да карактер спорова који се решавају пред ICSID-ом нема искључиве *inter partes* одлике. Даље, он је у линији посматрања да се кроз спорове не решава само о питањима која проистичу из уско пословног односа државе и инвеститора. Напротив, омогућава уплив и неинвестиционих интереса, који, како је приказано, чине интегрални део реализације инвестиционог подухвата, а који, у моделу трговинских арбитража, нису улазили у опус излагања страна у спору. На тај начин се легализују доприноси који су у саставу општег појма јавни поредак, односно општи интерес, јер се кроз ову правну форму дозвољава трибунаlima да буду отворени за уплив питања која иду даље од навода странака у спору, изнетих сагласно њиховој „једнократној“ потреби да победе у спору. Ово би се могло схватити као исувише једнострано посматрање института *amicus curiae*, и није искључено да може да доведе и до негативних ефеката, од којих су неки потенцијално евидентни – одуговлачење процеса, рецимо. Ипак, оно што је значајно у овој анализи, јесте генерална оријентација ICSID-а и увођење института којим се иде у корак са захтевима глобалног управног права, односно концепта “*good governance*”⁸³⁸.

3.2. Правна предвидивост

Потреба за правном предвидивошћу се може објаснити као тежња за осигурањем извесне стабилности у погледу тога на који начин ће се тумачити обавезе држава, односно инвеститора. То се огледа кроз материјални елемент у раду трибунала.

Да би се илустровало стање у ICSID-у поводом овог питања, потребно је, још једном, нагласити расправе које се тичу Аргентине. Примери случајева који се воде против Аргентине су од нарочитог значаја зато што су у жижи интересовања академске и стручне јавности, као и зато што су трибунали на основу практично истог чињеничног стања, узимајући у обзир исте изворе права, донели одлуке које се

⁸³⁸ Термин „*good governance*“ се може објаснити као одговорно руковођење државом које у процесу доношења одлука узима у обзир друштвене потребе. Ово објашњење је дато на основу значења појма дефинисаног у *Cambridge English Dictionary*.
<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/good-governance>

међусобно значајно разликују. Због тога је добар део простора посвећен управо њиховој анализи. Приликом разматрања рада *ad hoc* комитета, описани су и анализирани „*Argentine Gas Cases*“, кроз које су приказане разлике у погледу тумачења међусобног односа два извора права: Нацрта правила о одговорности држава и Аргентина-САД БИТ-а.⁸³⁹ Они су оличење неконзистентности у одлучивању, односно у основама општих правних ставова. У литератури се истиче да се теоријском анализом ових случајева може доћи до правила које могу служити као смернице за даљи рад трибунала:

1. примена правила из инвестиционог споразума, због тога што се може третирати као *lex specialis*, има примат у односу на правила међународног права, осим када се ради о одредбама које имају *ius cogens* карактер,
2. постоји разлика између примарних правила, која утврђују садржину обавезе, и секундарних правила, који уређују последице у случају кршења обавезе,
3. приликом решавања спора, потребно је посебно сагледати и независно интерпретирати одредбе и релевантног инвестиционог споразума и међународног права.⁸⁴⁰

При том, потребно је нагласити да је ово став доктрине, представљен кроз сумирање теоријских анализа бројних аутора који су се бавили разматрањем „*Argentine Gas Cases*“. Саме одлуке трибунала не показују овакве правилности.

Даље, кроз анализу ових случајева, објашњено је на који начин је у различитим случајевима употребљена „*necessity defense*“.⁸⁴¹ Том приликом је указано да су *Burke White* и *Von Staden* груписали случајеве у две категорије, тако да показују разлике у схватањима о границама ове посебне врсте одбране државе у инвестиционом праву.⁸⁴² Прва група случајева (*CMS*, *Sempra* и *Enron*) показује изузетну строгост у оцени испуњавања услова прописаних чланом 25. Нацрта правила о одговорности држава. Може се рећи да су трибунали у овим случајевима третирали предмет спора као да је у потпуности лоциран у области приватног права, занемарујући у потпуности квази-конституционалне елементе који леже у њиховој сржи.⁸⁴³ У другој групи случајева (*LG&E* и *Continental Casualty*) се показује промењен став трибунала и уважавање

⁸³⁹ Више о специфичностима случајева који спадају у групацију „*Argentine Gas Cases*“ видети у деловима дисертације: Глава I: 1.3. и Глава II, Одсек II: 4.2.

⁸⁴⁰ Видети: A. V. Staden (2011.), *Supra* 434, str. 126

⁸⁴¹ Више о томе видети у делу дисертације: Глава I: 1.3.

⁸⁴² Видети: Burke White, Von Staden, *Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str. 297.

⁸⁴³ *Ibid.* str. 298.

потребе за очувањем специфичног јавног интереса државе. Оно што ови случајеви показују је да је ICSID креирао контрадикторну јуриспруденцију, којој недостаје теоријска подлога и повезаност, а функционисање базира на заостатку приватно-правне концепције арбитража.

Студија о могућим побољшањима ICSID оквира за арбитражу, коју је припремио Секретаријат ICSID-а,⁸⁴⁴ као и *Christian Tams*⁸⁴⁵ указују да неконзистентност у одлучивању још увек није питање које би се могло сматрати проблемом у оквиру ICSID-а. Међутим, пример Аргентине сугерише да није изграђен јединствени приступ који би јасним аргументима и прецизно одређеним основним концептима, могао на адекватан начин да усмерава рад трибунала. Такво схватање указује да постоје суштински, унутрашњи недостаци система, који превазилазе околности неког, конкретног, издвојеног случаја. Неизграђена, неутемељена и недоследна јуриспруденција даје допринос таквом стању. Наведене околности утичу на то да се у сумњу доводи не само легитимитет ICSID-а, већ и квалитет јуриспруденције која се у оквиру њега развија.⁸⁴⁶ Као опште одређење у разматрању механизма који су креирани ICSID Конвенцијом, стоји аргумент да овај систем води рачуна о квалитету персоналног састава трибунала. То је исказано кроз члан 14. став 1. Конвенције којим је прописано да арбитражи морају имати одговарајуће личне карактеристике и стручност, да би могли да буду именовани као чланови трибунала. У том контексту, критике које се односе на праксу трибунала могу знатно нарушити значај и функционисање овог Центра у будућности.

Насупрот оваквим предвиђањима, *Alec Stone Sweet* и *Florian Grisel*, усађујући идеју о јудикализацији у основе функционисања ICSID-а, тврде да у мери у којој је се судски начин решавања спорова институционализује као арбитражни метод, неконзистентност у одлучивању ће се појављивати као (излечива) патологија система.⁸⁴⁷

Имајући у виду да се арбитражни процес посматра као систем за генерисање материјалног права, доследност у правним схватањима трибунала је нужан услов да би се наметнула свест о обавезности тако створених правила. Односно, ефективност било

⁸⁴⁴ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634.

⁸⁴⁵ Више о томе видети у: Tams (2009.), *Supra* 147, као и у делу дисертације: Глава III, Одсек I.

⁸⁴⁶ Видети: Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations (2010.), *Supra* 95, str. 300.

⁸⁴⁷ Видети: Stone Sweet, Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy (2017.), *Supra* 731, str. 2.

ког система захтева заједничко схватање о значењу правила која треба применити.⁸⁴⁸ У литератури се истиче да је потребно установити кохерентни низ тумачења истих или сличних одредби инвестиционих споразума (енг. „*interpretative deretminacy*“), да би се то могло сматрати неком врстом правног система.⁸⁴⁹ Ово се описује и као потреба за стварањем *la jurisprudence constante*.⁸⁵⁰ На тај начин, и кроз прихватање идеје о *de facto* доктрини прецедената, арбитражне одлуке постају доказ садржаја међународног инвестиционог права.⁸⁵¹

3.3. Одговорност тела који учествују у доношењу одлука

Према *Van Harten*-у и *Loughlin*-у од посебног значаја су питања која проистичу из чињенице да се у ICSID систему као арбитрасти постављају приватно уговорена лица. Учешће у раду трибунала њима није функција, мандат, или стално запошљење као судијама, већ тренутни посао који обављају од тренутка постављења до решавања спора. Њихов интерес у спору је комерцијалне природе и има карактер обављања делатности ради стицања профита. Другим речима, арбитрасти ће тежити да у међународној заједници буду препознати као лица која су успешно окончала неки спор и која стоје на располагању да буду постављена као чланови и следећих трибунала. Комерцијализација ове улоге оставља скучен простор за препознавање интереса од општег значаја, за који је показано да је нужно узети у обзир приликом решавања инвестиционог спора.⁸⁵² Има мишљења да због тога што арбитрасти имају значајан финансијски подстицај да се баве тим послом, стално проширују границе онога што спада у делокруг њиховог рада.⁸⁵³ Донекле се ова тенденција може сагледати кроз одлучивање трибунала о сопственој надлежности, када је указано да су ретки случајеви у којима је закључено да немају права да разматрају неки спор.⁸⁵⁴

Поред тога, природа питања којима се трибунали баве схваћена као проблем од јавног значаја, отвара потребу за стварањем другачијих стандарда за рад арбитраста. Неопходно је да се кроз решавање спора искаже већи сензибилитет за питања која су

⁸⁴⁸ Видети: Martinez (2012.), *Supra* 52, str. 183.

⁸⁴⁹ Видети: Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration* (2004.), *Supra* 137, str. 1585.

⁸⁵⁰ Видети: Stone Sweet, Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy (2017.), *Supra* 731, str. 2.

⁸⁵¹ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str.17.

⁸⁵² Видети: Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34, str. 147.

⁸⁵³ Видети: Tienhaara (2011.), *Supra* 33, str. 190.

⁸⁵⁴ Више о томе делу дисертације: Глава II, Одсек II:4.2.в.

неинвестиционе природе. У садашњем систему арбитрама често недостаје одговарајућа стручност да сачине одговарајуће процене ових питања. Ово због тога што немају познавање и разумевање за јавне политике и социјалне тежње које треба да процењују кроз детаље односа везане за инвестицију.⁸⁵⁵

Даље, арбитраи потичу из различитих правних система и кроз свој рад показују обележја правних традиција које су обликовале њихово претходно искуство. Такође, могу бити специјализовани из различитих области, што повлачи различита схватања правних института, другачији начин тумачења извора права, као и разумевања интереса које треба узети у обзир приликом решавања спора. При том, не постоји неко више, ауторитативно тело које би постојало да реши ове дивергенције. Због тога се систем инвестиционог арбитража уопште описује као концептуална збрка (енг. „conceptual mess“).⁸⁵⁶

Alec Stone Sweet сматра да уплив јавно-правних елемената доводи до преиспитивања неких основних принципа арбитражног права. Као један од тих принципа се истиче начин именовања чланова трибунала. ICSID Конвенција чланом 37. овлашћује странке да одреде арбитра. Међутим, поред тога, члан 14. став 1. Конвенције прописује да арбитра морају бити такви да се може рачунати да ће независно одлучивати. Међутим, у светлу расправе о комерцијализацији улоге арбитра, наводи се да ће арбитар кога је именovala страна у спору бити посебно мотивисан за сагледавање навода баш те странке. Без обзира да ли се инвестициона арбитража сматра механизмом за разматрање питања од јавног интереса, чињеница је да ће страна у спору покушати да именује арбитра који одговара њеним конкретним интересима: то није осигурање идеала непристрасности, већ победа у спору. Даље, ако се говори о томе да арбитар има одговорност према широј заједници, а не само према страни у спору која га је именovala, постоји потреба да арбитар буде лице у које обе стране у спору имају пуно поверење. Међутим, поставља се питање да ли је то изводљиво имајући у виду да једног арбитра поставља опонент у спору који тражи задовољење супротстављеног интереса.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ Видети: Burke White, Von Staden, *Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations* (2010.), *Supra* 95, str. 286.

⁸⁵⁶ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 4.

⁸⁵⁷ Видети: Stone Sweet, Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy (2017.), *Supra* 731 str. 6,7.

Alec Stone Sweet је изнео и схватање да арбитражи не треба да буду агенти страна у спору, већ међународне заједнице у целини.⁸⁵⁸ Уколико би се њихова улога схватила на тај начин, тиме би се предупредила питања могуће непристрасности на основу ангажовања. Ова идеја се може надовезати на разматрања о одговорности чланова трибунала. Имајући у виду да трибунали имају улогу у стварању права, успостављање режима одговорности за њих се показује као нужност. Наиме, у националним системима, због генералне доктрине о подели власти и „кочница и равнотежа“, постоји систем контроле које међусобно различите врсте власти спроводе једна над другом. Тиме се омогућава да ниједна власт не злоупотреби своја овлашћења. Међутим, инвестиционе арбитраже су аутономна тела, па се њихова нормативна активност одвија без икакве формалне провере. Не постоји нека противтежа која би гарантовала демократичност у процесу одлучивања, односно одговорност трибунала широј међународној заједници за опште ставове које заузимају приликом решавања спорова.⁸⁵⁹

У националним судским системима, судије обављају јавну функцију и суштински су инвестирани у спровођење јавне политике и националних интереса своје државе. Међутим, арбитражи немају формалну везу са државом чије се мере разматрају. Са једне стране, то је изричито прописано ICSID Конвенцијом и у служби је обезбеђења непристрасности. Са друге стране, занемарив је степен одговорности арбитра за нарушавање јавног интереса државе до кога може доћи у процесу решавања спора.

Даље, као мана система се може посматрати и околност да се једно лице у једном спору може појавити као арбитар, а у наредном као правни саветник. Ова појава се описује као *double hatting*. Процењује се да је интересовање јавности за *double hatting* започело онда када је шире прихваћен концепт о инвестиционим арбитражама као делу јавно-правног поретка. Како се истиче, ова појава се не може сматрати проблемом у класичним, трговинским арбитражама, због њихове *one-off* природе. Међутим, када је у питању ICSID, ово питање је нужно другачије разматрати. У релевантној литератури, ово питање се тек испитује, и тек се појављују први подаци о томе у којој мери је заиста раширена ова појава. Такође, још увек нема чврстих закључака о томе да ли се *double hatting* заиста представља проблем. Ипак, у контексту разматрања очувања легитимитета институције, сваки утицај који може утицати на схватање о могућој

⁸⁵⁸ Више о томе: Stone Sweet, *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier* (2010.), *Supra* 54.

⁸⁵⁹ Видети: Farchakh (2015.), *Supra* 142, str. 26.

пристрасности, или уплив фактора који нису везани за меритум спора који се решава, нису пожељни у систему.⁸⁶⁰

Јавно-правни карактер инвестиционих спорова, односно позиционирање ICSID-а као дела глобалног управног права, може захтевати даље удаљавање од основног модела какав је креиран за решавање трговинских спорова.⁸⁶¹

3.4. Процедурална правда и механизми за преиспитивање донетих одлука

За очување процедуралне правде у ICSID систему, од великог је значаја поступак за поништење одлука.⁸⁶² Као посебна процедура за анулирање поступака трибунала којима се грубо крше основна правила процедуре, поступак за поништење одлука је управо конципиран као механизам за успостављање процесне дисциплине. Међутим, посредством јавно-правних аргумената, овај поступак се перципира као средство којим се не успоставља довољан ниво контроле за рад трибунала. Имајући у виду повећане захтеве за одговорношћу органа који одлучују, прави се паралела са другим системима који функционишу у области међународног економског права. Упоредно-правном анализом се настоји доћи до стварања најбољег модела за остваривање овакве функције.

У теорији се истиче да је Светска трговинска организација (у даљем тексту и: СТО) пример глобалног управљања.⁸⁶³ Описује се и као организација која прераста у вид министарства трговине.⁸⁶⁴ Чињеница је да она функционише у области трговине, што условљава значајне разлике у односу на област страних инвестиција. Ипак, имајући у виду да су инвестиционе арбитраже настале из трговинских, корисно је узети ову организацију као *tertium comparationis*.

⁸⁶⁰ Више о томе: Langford, Malcolm and Behn, Daniel and Lie, Runar, The Ethics and Empirics of Double Hatting (July 24, 2017). ESIL Reflection Vol. 6 No. 7. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3008643>, 1-12.

⁸⁶¹ Видети: Farchakh (2015.), *Supra* 142, str. 29.

⁸⁶² Уређен чланом 52. ICSID Конвенције. Више о овом делу поступка видети у деловима дисертације: Глава II, Одсек I: 2.5. и Глава II, Одсек II.

⁸⁶³ Видети: Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations (2010.), *Supra* 95, и Van Harten, Loughlin (2006.), *Supra* 34.

⁸⁶⁴ Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, str. 304

У овом делу ће бити укратко описане основе система за решавање спорова у оквиру СТО.⁸⁶⁵ Прегледом овог механизма ствара се основа за даљу структуралну анализу и упоређивање два система: СТО и ICSID.

Правни оквир за решавање спорова у оквиру СТО је успостављен Договором о правилима и процедурама за решавање спорова (енг. „*Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes*“, такође и Споразум DSU). Предмет спора који се може изнети на решавање пред органе СТО се тиче повреде права и обавеза предвиђених споразумима СТО. Сагласно овим правилима, функцију Органа за решавање спорова обавља Генерални савет СТО. Орган за решавање спорова оснива два органа: панел – који разматра конкретан спор и може се схватити као трибунал у ICSID систему; и Апелациони орган који поступа као другостепени. Орган за решавање спорова, поред тога што именује панеле и апелациони орган, разматра и оцењује њихове извештаје. Такође, има улогу и у примени санкција у случају неизвршења одлука.

Панели су надлежни за решавање спора у првом степену. Одлука о спору се даје у форми коначног извештаја, који усваја Орган за решавање спорова. Уколико панел утврди да нека мера државе чланице није сагласна споразумима СТО, препоручиће тој држави предузимање друге мере, која није у супротности са конкретним споразумом. Такође, панел може да предложи државама и начине за усаглашавање политике и предузетих мера са споразумима СТО.

Стране у спору имају право на жалбу Апелационом органу ради преиспитивања извештаја панела. У апелационом поступку се могу преиспитивати правна питања, односно њихова тумачења, која су садржана у извештају панела. Извештај панела у апелационом поступку може бити потврђен, измењен или укинут.

Упоредно-правна анализа два система: СТО и ICSID је потребна да би се утврдило да ли ICSID има капацитете да пружи одговарајући ниво процедуралне правде и одговорности трибунала у раду којим уређују јавне политике држава. Уколико то није случај, потребно је оценити да ли СТО даје пример добре праксе и да ли су њени механизми примењиви за рад ICSID органа. Рад ће се даље бавити оценом ICSID-а у контексту режима СТО.

⁸⁶⁵ Преглед процедуре за решавање спорова у оквиру СТО је дат на основу Ћирић (2010.), *Supra* 31, str. 542-565.

a. Упоредно-правна анализа система у оквиру СТО и ICSID-а

Одредбе ICSID Конвенције су непромењене. Без обзира на то, померање у домен јавног права, као оквир кроз који треба да се схвате структуре овог Центра, даје основ за њихово сагледавање кроз другачију призму. На тај начин се откривају нови аспекти рада који, или показују извесне недоследности у функционисању, или преузимају улогу која није била предвиђена приликом креирања Конвенције.

Доктринарни став је да се ICSID може посматрати као форма глобалног управног права. Како је изнето, ради се о теоријској концепцији која треба да уобличи обим овлашћења која преузимају трибунали, као и стандарде који треба да руководе балансирање односа између држава и инвеститора. Другим речима, ради се о попуњавању одредби ICSID Конвенције новим садржајем, сагласно идеолошкој подлози, која треба да буде у основи његовог рада.

Објашњење ICSID-а кроз овакве конструкције би, у идеалним околностима, требало да легитимизује све недостатке и предупреди отпор његових корисника. Међутим, разложно је поставити питања да ли има капацитет за тако нешто.

Имајући у виду да се СТО посматра као модалитет глобалног управљања, али у области трговине, потребно је размотрити које разлике показују ова два велика система и да ли компаративне предности СТО само продубљују схватање о манама ICSID-а.

Прва и основна разлика је у томе да је Светска трговинска организација самостална и аутономна међународна организација, док је ICSID део групе Светске банке. Сагласно члану 2. ICSID Конвенције, седиште Центра је у главним просторијама Међународне банке за обнову и развој. Чланице Центра су државе чланице Светске банке, које су и земље уговорнице Конвенције. Центар има Административни савет и Секретаријат, при чему је председник Банке по свом положају и председник Административног савета (према члану 5. ICSID Конвенције).

Даље, СТО има изграђен систем материјалног права. Сматра се телом за израду и усвајање базичних правних правила у области међународне трговинске политике и њена правила чине правно-регулаторни оквир светске трговине. При том, СТО се не бави регулисањем приватно-правних појединачних пословних односа. Њена улога је у хармонизацији националних интереса. Тежња ове организације је да се створе унификована правила, која би успоставила јединствени систем регулисања

међународног промета.⁸⁶⁶ Регулаторна улога СТО се описује и као „стварање устава глобалне привреде света“.⁸⁶⁷ Иако се у литератури могу наћи различите карактеризације правне природе права СТО, чињеница је да ова организација управља споразумима у области трговине робом, услугама и трговинским аспектима права интелектуалне својине.

ICSID трибунали тек добијају теоријску подлогу која настоји да их „устоличи“ у улози креатора материјалних норми инвестиционог права. Оно иначе има карактер фрагментираних и децентрализованих, стихијски насталих система норми. У оквиру СТО најпре је настало материјално право, а затим су се развиле процедуре за решавање спорова. Супротно томе, креирање права кроз рад ICSID-а се појављује као последица решавања спорова, а не као примарна функција, односно први корак у развоју нормативног оквира.

У оквиру СТО се решавају спорови који имају међудржавни „*State-to-State*“ карактер. У оквиру ICSID-а решавају се спорови по „*Investor-to-State*“ механизму. У суштини, ова карактеристика представља окосницу развоја теорије о заједничким карактеристикама са управним правом, какво постоји у националним системима. Могућност да инвеститор покрене спор државе против инвеститора се посматра као акт признања правног субјективитета појединцу у оквиру међународног права и представља пандан праву приватних лица да иницирају процедуре за контролу аката државне власти у домаћем управном праву. Ова одлика ICSID-а заиста представља специфичност и јединственост овог Центра, и оличава прогрес у развоју међународног права и схватања улоге институција које оперишу на међународном тржишту.

СТО функционише као механизам који је овлашћен да утиче и надзире економске политике држава чланица. У непосредне задатке СТО спада уређивање јавно-правних аспеката међународне трговине, као и праћење трговинске политике земаља. У ту сврху, СТО се појављује као орган надзора над применом споразума СТО и као орган контроле примене конкретних економских политика, на које се ови споразуми примењују: као што је, рецимо, политика државне помоћи коју држава чланица пружа својим привредним субјектима. СТО се појављује као регулатор рада влада држава чланица у области међународне трговине. У оквиру СТО система, предвиђене су санкције у случају нарушавања његовог нормативног система.⁸⁶⁸ Даље,

⁸⁶⁶ Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, str. 282, 266-315.

⁸⁶⁷ Renato Ruđijeri, генерални секретар СТО, наведено према: Ћирић (2010.), *Supra* 31, str. 305.

⁸⁶⁸ Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, str. 266-315

једна од конкретних функција СТО је и администрирање Механизма испитивања трговинских политика (енг. „*Trade Policy Review Mechanism*“), што подразумева редовно оцењивање политика држава чланица у оквиру међународне трговине. Генерални савет СТО врши функцију Органа за испитивање трговинских политика (енг. *Trade Policy Review Body*), који сачињава извештај у коме се јавно износи да ли државе усвајају регулативе које су конзистентне са правом СТО. Како се износи, Механизам испитивања трговинских политика није предвиђен да буде метод за спровођење обавеза из СТО споразума, нити је врста процедуре за решавање спорова. Такође, не може коришћен у сврху наметања нових обавеза државама чланицама. Међутим, услед јавности изнетих налаза Органа за испитивање трговинских политика, врши се притисак на државе да своје политике усагласе са његовим ставовима.⁸⁶⁹

У оквиру ICSID-а оваква функција није прописана, него се изводи из концептуалног померања улоге овог Центра из приватно-правног у област јавно-правног.

Коначно, решавање спорова у оквиру СТО се сматра њеним централним механизмом и посматра се као важан фактор укупне стабилности ове организације, али и светске привреде. У овом систему, за разлику од ICSID-а, исход спора се не састоји само у додељивању компензација. Напротив, држави се може наложити да своје политике усагласи са споразумима СТО, при чему панел може предложити начине и дати препоруке како да се то постигне. Донете одлуке су обавезне за стране у спору, а предвиђен је и систем санкција за њихово неиспуњење. Истиче се да се не може посматрати као класичан трговински модел за решавање спорова, већ као механизам јавно-правне природе.⁸⁷⁰ У литератури се СТО механизам за решавање спорова описује тако да „функционише као међународни привредни суд: има установљену јурисдикцију; спорови се решавају применом правних норми; одлуке су обавезујуће за стране; предвиђене су санкције за непоштовање одлука“.⁸⁷¹ Оно што је значајна одлика овог система је то да има Апелационо тело, које поступа као другостепени орган. Ово тело има стални карактер. Састоји од седам чланова, који су независни од утицаја било које државе чланице. Апелациони поступак се спроводи по поднетој жалби једне од страна у спору. Тиче се правних питања која су садржана у извештају панела, као и питања њиховог тумачења. Апелационо тело нема права да државама чланицама

⁸⁶⁹ Cvetković, Predrag N. *Uvod u pravo Svetske Trgovinske Organizacije*. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije, 2010. str. 29.

⁸⁷⁰ Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, str. 542-565.

⁸⁷¹ Видети: Cvetković, *Uvod u pravo Svetske Trgovinske Organizacije* (2010.), *Supra* 869, str. 15.

призна мања или већа права у односу на она која су предвиђена мултилатералним споразумима у оквиру СТО, али поступајући по жалби, може да потврди, измени или укине извештај панела.⁸⁷²

ICSID, насупротив томе, прописује да одлуке не подлежу правном леку. Иако се прописује да постоји поступак за поништење одлуке, он треба да се схвати као изузетан правни лек, који се може активирати само у случајевима изричито прописаним Конвенцијом.

Суштински, карактеристике које су од значаја за одређивање одлика глобалног управног права, у систему СТО су институционализоване, а у систему ICSID-а (са изузетком могућности појединца да покреће спор директно против државе) се извлаче из ширег контекста и последица су екстензивног тумачења улоге које овај Центар треба да има у систему међународног инвестиционог права. Чини се оправданим да се ово схвати као разлог због чега ICSID пати од дефицита легитимитета.

Даље, потребно је посебно указати на још једну разлику која се у литератури истиче. Наиме, постоји разлика између формалног и социјалног легитимитета. Формални легитимитет се заснива на чињеници формалне ратификације ICSID Конвенције и правних инструмената у којима се исказује пристанак на заснивање његове надлежности. Социјални легитимитет се може схватити као квалитет система, услед кога га његови корисници доживљавају као оправдани ауторитет, чије одлуке се прихватају као легитиман исход спора.⁸⁷³

Несумњиво да је трибунали и *ad hoc* комитети морају да воде рачуна о правном легитимитету. То је у основи функционисања било ког система уопште. Међутим, није занемарива ни улога социјалног легитимитета. Пре свега, ICSID је креиран међународном конвенцијом. Дакле, зависи од пристанка држава. Социјални легитимитет утиче и на поштовање донетих одлука. Ово због тога што се управо односи на стварање свести о потреби добровољног повиновања арбитражи, усвојеним исходима спора, систему уопште.

Коначно, изнета запажања о концепту глобалног управног права, проблематичних елемената које овај концепт производи у функционисању ICSID-а, као и компаративна анализа са СТО системом, намећу следећи закључак: концептуални оквир који треба да оријентише деловање ICSID-а као дела јавно-правног поретка

⁸⁷² Видети: Ćirić (2010.), *Supra* 31, str. 554, 562.

⁸⁷³ Видети: Kim (2011.), *Supra* 352, str. 255.

покреће иста питања на која је указано и приликом идеја на којима се заснива потреба за увођењем апелационог поступка:

1. идеја је да би апелациони поступак допринео очувању конзистентности одлучивања. Концепт глобалног управног права такође поставља овај захтев, поготову имајући у виду улогу трибунала у формулисању одредби материјалног права;
2. код апелационог поступка се говори о потреби за доношењем материјално исправних одлука, у систему глобалног управног права се истиче да је потребно успоставити контролу рада трибунала, тако да буду одговорни за одлуке које доносе;
3. а све то треба да резултира у повећаном ауторитету донетих одлука, односно легитимитету ICSID система у целини.

У делу дисертације који се бавио питањима *pro et contra* формалног увођења апелационог поступка у ICSID, указано је да је у литератури начелно оцењено да изнети проблеми представљају изузетак, а не стандардну праксу поступања трибунала, као и да се другим средствима могу постићи исти или слични ефекти као и увођењем апелационог поступка. Другим речима, оцењено је да апелација није нужна надоградња ICSID процедурама. И ICSID је оценио да је идеја о увођењу апелационог поступка преурањена.⁸⁷⁴ Међутим, како додатна анализа показује, тиме није стављена тачка на питања рада трибунала и *ad hoc* комитета.

Након што је у оквиру ICSID-а проглашено да је предлог за увођење апелационог поступка преурањен, упркос дискусијама у академској јавности и указивањима на недостатак легитимитета, од 2005. године није било *follow-up* ове идеје. Међутим, идеја о увођењу апелације на начин како је предвиђено у Студији о могућим побољшањима ICSID оквира за арбитражу, коју је припремио Секретаријат ICSID-а,⁸⁷⁵ не би могла да одговори и реши проблеме који су се показали као кључни у функционисању овог Центра. О томе је, чини се исправно, говорио и *Christian J. Tams*. Он је као три проблема који би требало да се реше кроз увођење овог дела процедуре навео: питање неконзистентности, повећану материјалну исправност одлука и повећани ауторитет донетих одлука.⁸⁷⁶ Ипак, уколико би се апелација предвиђала на

⁸⁷⁴ Видети у делу дисертације: Глава III, Одсек I.

⁸⁷⁵ Видети: Possible improvements of the framework for ICSID arbitration (2004.), *Supra* 634. Више о начину функционисања апелационог поступка у оквиру ICSID-а који предлаже ова Студија видети у делу дисертације: Глава III, Одсек I: 1.

⁸⁷⁶ Видети више о томе: Tams(2009.), *Supra* 147.

основу посебно склопљених уговора, које би обавезивале само поједине државе, без увођења централног апелационог тела, ове проблеме је немогуће решити. Минимални захтев би био успостављање јединственог апелационог тела. Иако би успостављање апелационог механизма на основу посебно закључених, појединачних споразума било релативно лако постићи, то би значило поновно креирање система на *ad hoc* основама. Иако *Tams* истиче да би овако креирано апелационо тело могло да утиче на начин примене и тумачења споразума из којег је настао, његов домет је дотле ограничен. Посматрано са аспекта ICSID-а, као институционализоване арбитраже, овакав приступ би био контра-продуктиван, зато што би било која друга апелациона структура могла да дође до потпуно другачије одлуке. Тиме би се само даље продубило питање неконзистентности у одлучивању. Да би апелациони поступак допринео стварању свеобухватног система, који може утицати на начин рада првостепених трибунала, мора да има формални капацитет да решава по жалби макар у великој већини случајева. Другим речима, успостављање механизма који дозвољавају странама у спору и/или трибуналима да оптирају за конзистентност, не доприноси стабилности система у целини. Систем који усваја апелацију „на комад“ (енг. „*piecemeal*“), доприноси конзистентности у истом обиму.

Следећи захтев који би морао да буде испуњен јесте да апелационо тело буде стални орган у оквиру ICSID-а, кроз који се исказује одређени персонални и институционални континуитет.⁸⁷⁷

СТО је једини систем у области међународних економских односа који функционише на начелима арбитражног пресуђивања, у коме се решавање спора поверава трећој страни – у овом случају панелу (енг. „*third party adjudicative body*“), а који је уређен као двостепени, односно који има оперативни апелациони поступак. Због тога је нужно схватити СТО као систем који треба да инспирише стварање апелационог механизма у области инвестиционих арбитража.⁸⁷⁸ СТО апелациона структура се показала успешном у обезбеђивању сигурности и правне предвидивости у области међународне трговине, због ефикасности и брзине којом функционише, као и због броја извештаја панела које је успешно испитала и решила.⁸⁷⁹ У литератури се наводи да је око 30% извештаја панела предмет жалбе. Таква статистика указује

⁸⁷⁷ *Ibid.* str. 237-230

⁸⁷⁸ Ngangjoh-Hodu, Yenkong, and Collins C. Ajibo. "ICSID annulment procedure and the WTO appellate system: the case for an appellate system for investment arbitration." *Journal of International Dispute Settlement* 6, no. 2 (2015): 308-331. str. 308.

⁸⁷⁹ *Ibid.* str. 317.

ефикасност апелационог система у оквиру СТО, али и на поверење које ужива од стране држава чланица.⁸⁸⁰

Споразум *DSU* представља прекретницу у систему СТО, због тога што представља прелазак са „*power-oriented*“ на „*rule-oriented*“ систем. У овом систему се одлучује на основу права и указује на напуштање система „институционалног ценкања“.⁸⁸¹ На таквим основним карактеристика почива и ICSID. Овај Центар је замишљен као специјализовани, „*rules-based*“, деполитизовани међународни трибунал.⁸⁸²

У поређењу са СТО, ICSID Конвенција предвиђа поступак за поништење одлуке, који треба да чува систем од грубог кршења основних елемената процесне правде. Међутим, ригидност овог поступка значи да чак и ако постоји основана примедба на рад трибунала, он не може бити исправљен уколико је ван уско дефинисаних основа прописаних чланом 52. ICSID Конвенције. Даље, основи за поништење су рестриктивно прописани, не само у погледу питања која могу доћи на разматрање у оквиру овог поступка, већ и погледу дискреције које *ad hoc* комитети имају приликом одлучивања. Ситуација је отежана и чињеницом да се одлуке које *ad hoc* комитети доносе карактеришу као неконзистентне и непредвидиве. Консеквентно, то води преиспитивању легитимитета ICSID-а и уопште адекватности оквира за решавање спорова који је њиме успостављен. Такви услови су повод идеја за увођење апелационог система у ICSID.⁸⁸³

У оквиру СТО, предмет жалбе могу да буду правна питања садржана у извештају панела, а Апелациони орган може да потврди, измени или укине правне налазе и закључке панела. Налази о чињеницама нису предмет испитивања у поступку пред апелационим органом. Утврђивање питања која се тичу домаћег закона државе чланице се сматрају чињеничном основом извештаја панела, међутим, процена тих закона да би се утврдило да ли су сагласни праву СТО је правна карактеризација, те може бити предмет жалбе.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ *Ibid.* str. 314.

⁸⁸¹ Енг. „*Institutional bargaining*“ A phrase used by Keohane et al. at the beginning of the 21st century to describe a more diplomatic and flexible type of dispute resolution mechanism. See Robert O. Keohane et al., *International Organization* (2000), p. 457., наведено према: Ngangjoh-Hodu, Ajibo (2015.), *Supra* 878, str.312.

⁸⁸² Видети: Broches (1987.), *Supra* 30, str. 288.

⁸⁸³ Видети: Ngangjoh-Hodu, Ajibo (2015.), *Supra* 878, str. 316.

⁸⁸⁴ *Ibid.* str. 314.

Приликом изношења компаративне анализе, потребно је указати на још једну специфичност у оквиру система СТО, а која може бити од значаја за решавање спорова у којима ICSID трибунали треба да одлучују о акцијама државе. Панели имају задатак да објективно процене чињенице случаја, на основу чега могу да одлуче о усаглашености конкретне мере државе са правом СТО. У оквиру обављања таквог задатка потребно је одредити право панела и апелационог тела да оцењују налазе и мишљења органа држава чланица у спору. У релевантној литератури се наводи да постоје два принципа да би се одредило ово право, а то су:

1. начело поштовања налаза и мишљења овлашћених државних органа (енг. „*total deference principle*“) – које подразумева да панел и апелационо тело не треба да улазе у испитивање чињеничног стања утврђеног тим налазима, осим ако они нису „очигледно неразумни“;
2. и „*de novo*“ принцип, који подразумева процесни активизам и овлашћује панеле и апелационо тело да разматрају доказе и чињенице које нису биле предмет оцене националних органа, као и да оцењују њихова мишљења и ставове.⁸⁸⁵

ICSID је систем у коме страна у спору нема правну могућност да истакне правни лек против погрешног тумачења и погрешне примене материјалног права. Поступак за поништење одлуке нема могућности да исправи омашке у примени права, чак и када утврди да је до њих дошло. Пример такве ситуације је одлука *ad hoc* комитета у случају *CMS*.⁸⁸⁶ Ситуација у којој страна у спору мора да поднесе терет погрешне интерпретације права, али нема могућност жалбе, представља сметњу ономе што се у литератури назива предвидљиви правосудни прогресивизам у инвестиционим арбитражама (енг. „*predictable jurisprudential progressivism in investment arbitration*“).⁸⁸⁷

Поступак за поништење одлуке у оквиру ICSID-а се уско фокусира искључиво на питање да ли је одлука резултат легитимног процеса. Уколико је то случај, донета одлука, без обзира на грешке у примени права, остаје ван домета дискреционог права *ad hoc* комитета. СТО апелациона процедура, супротно томе, пружа могућности које се показују као дефицит ICSID система. Оваква мана поступка за поништење одлуке може да доведе до перцепције системског неспровођења правичности у одлучивању.⁸⁸⁸

⁸⁸⁵ Видети: Cvetković, Uvod u pravo Svetske Trgovinske Organizacije (2010.), Supra 869, str. 25,26.

⁸⁸⁶ Више о начину рада *ad hoc* комитета у случају *CMS* видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II:4.2.б.

⁸⁸⁷ Видети: Ngangjoh-Hodu, Ajibo (2015.), Supra 878, str. 321.

⁸⁸⁸ Ibid. str. 323.

Овим се разматрање поново враћа на питање социјалног легитимитета ICSID-а, које, за разлику од ситуације када је СТО у питању, представља срж критике рада овог Центра. Парадоксално је да, иако трговина и инвестиције припадају широј групи међународног економског права, СТО је створила завидан механизам за решавање спорова, лишен кризе легитимитета са каквом се ICSID суочава.⁸⁸⁹ Кредибилитет неке институције не зависи искључиво од формалног легитимитета, већ и од тога на који начин је перципира међународна заједница. То се описује кроз једноставну сентенцу: „Не само да правда мора да буде спроведена, већ се мора и видети да је то учињено“.⁸⁹⁰ Према томе, предрасуда о постојању пристрасности, иде у срж питања кредибилитета. Другим речима, интерес за рад ICSID трибунала и *ad hoc* комитета, немају само стране у спору, већ и они који се налазе ван круга лица са правним интересом за предмет конкретног спора. У савременом развоју арбитражног начина решавања спорова они се морају посматрати као заинтересована лица, односно „*stakeholders*“, па због тога њихова процена донетих одлука има тежину за даљи рад Центра. Међународни форум за решавање спорова, где ICSID није изузетак, да би имао кредибилитет и легитимитет, мора да извршава своје задатке сагласно релевантним правилима и процедурама, али и на начин да задовољава критеријум разумног посматрача који је ван интересне сфере спора који је изнет на решавање. Правне институције, по правилу, настоје да помире ове, наизглед контрадикторне, а заправо комплементарне захтеве. За ICSID се наводи да није успео ово да постигне до задовољавајућег степена.⁸⁹¹

У оквиру СТО, апелациони орган функционише као стално тело. Чланови апелационог тела имају мандат у трајању од четири године, са могућношћу поновног избора. Кроз поверење у начин рада овог органа се најбоље показују предности колективне стручности и дуготрајније везе између чланова тела.⁸⁹²

⁸⁸⁹ *Ibid.* str. 326.

⁸⁹⁰ Енг. ‘not only must justice be done; it must also be seen to be done’, noted in the well-known old case of *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy, R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233), наведено према: Ngangjoh-Hodu, Ajibo (2015.), *Supra* 878, str. 324.

⁸⁹¹ Видети: Ngangjoh-Hodu, Ajibo (2015.), *Supra* 878, str. 324.

⁸⁹² *Ibid.* str. 325.

4. *Ad hoc* комитети и ставови доктрине: перспективе даљег развоја

Спроведена анализа указује да, уколико би се оптирало за увођење апелационог поступка у ICSID структуру, то би требало да буде учињено на начин да се измени ICSID Конвенција. Било који други модалитет овог дела процедуре не би могао да одговори на идентификоване функционалне проблеме. У овом тренутку се предвиђа да је мало вероватно да дође до таквог развоја догађаја. Без обзира на то, чињеница да инвестиционе арбитраже функционишу на основама промењене правне природе, која се огледа у низу елемената, померају је у сферу јавног права. Услед немогућности стварања формалне подлоге која би нормативно уоквирила *de facto* измене система, као последица се јавља креирање теоријских конструкција, које имају улогу да уклопе ICSID у одговарајући идејни концепт.⁸⁹³

На терену решавања инвестиционих спорова, ови концепти се препознају као јудикализација арбитража и рађање глобалног административног права. Њихова улога је да објасне све што функционално излази из постојећег нормативног оквира, да оправдају такво поступање и тиме му дају социјални легитимитет. То се може посматрати као примарна улога. Даље, концептуални оквир служи и за усмеравање даљег рада трибунала и *ad hoc* комитета. Суштински, теорија прилагођава праксу стварности односа у сфери инвестиционог права. Дефинисањем задатака који су поверени арбитражама, уобличавањем улоге различитих тела, препоручивањем стандарда понашања, доктринарни ставови ефективно постају носиоци прогресивног развоја инвестиционих арбитража.

Приликом анализе теоријских расправа у којима је описана јудикализација арбитража и глобално управно право, указано да је оба ова концепта почивају на истој идеји преношења инвестиционих арбитража из домена приватног у јавно право. Они се могу посматрати и као различите фазе у развоју легитимизације рада трибунала и *ad hoc* комитета. При том, концепт глобалног управног права је нарочито погодан за оправдање вршења утицаја, односно контроле над понашањем држава. Концепт јудикализације, са друге стране, јасно објашњава зашто је легитимно да се трибунали

⁸⁹³ Schill, Stephan W., 'Shared Responsibility': Stopping the Irresponsibility Carousel for the Protection of Public Interests in International Investment Law (February 23, 2017). In August Reinisch et al (eds), International Law and ...: Select Proceedings of the European Society of International Law (Oxford:Hart Publishing, 2016) 160-169; Amsterdam Center for International Law No. 2017-10; Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2922536> str. 1-16. Str. 11.

понашају као судски органи а да *ad hoc* комитети преузимају улогу другостепеног органа.

Приликом разматрања система у оквиру СТО, указано је да не пати од недостатка легитимитета као што је то случај са ICSID-ом. Поред тога, Апелациони орган се посматра као тело које успешно функционише у овом систему, ужива поверење држава чланица и доприноси јачању кредибилитета правног поретка СТО. У преговорима који укључују јаке регионалне блокове, стварају се идеје о формирању Међународног инвестиционог суда. Овакав механизам је већ укључен у *CETA* споразум између ЕУ и Канаде. Поред тога, ова идеја је била присутна у *TTIP* преговорима, који су вођени између ЕУ и САД. Иако се у овом тренутку не може говорити о будућности ових преговора, не може се ни избећи значај предложеног механизма. Модел за решавање спорова који овлашћује инвеститора да подноси захтев директно против државе, односно „*Investor-State Dispute Settlement*“ (*ISDS*), је наишао на оспоравање у оквиру ових преговора. Услед тога, Европска комисија је изнела предлог о формирању Инвестиционог суда, који би функционисао као двостепени, са апелационим ограном формираним као стално тело.⁸⁹⁴ Практично, овакав Међународни инвестициони суд би требало да се посматра као својеврсна гаранција државама да решавање спорова неће ићи на уштрб њихових интереса.

Анализе указују да је за легитимитет ICSID-а неопходно обезбедити већу транспарентност, затим демократичност процеса и конзистентност. Објашњено је и како се у оквиру ICSID-а ови захтеви испуњавају. Међутим оно што се појављује као заједнички именоватељ свих анализа, како позитивних, тако и оних критичких, јесте улога арбитра, односно трибунала и *ad hoc* комитета, као кључна за даље функционисање овог Центра. У релевантној литератури се стално провлачи основна идеја да арбитражи морају да се старају о томе се очува перцепција система као непристрасног, затим да њихов задатак превазилази границе решавања конкретног спора, те да имају фидуцијарну дужност према међународној заједници и слично.

Stephan Schill ово питање поставља на другачији начин, али суштински изражава оно што се исказује у свим споменутих критикама. Наиме, према овом аутору, нејасно је, у садашњем систему, чија обавеза је да се стара о јавном интересу.⁸⁹⁵ Имајући у виду да је систем плуралистички, то значи да постоји мноштво

⁸⁹⁴ Butler, Nicolette, and Surya Subedi. "The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?." *Netherlands International Law Review* 64, no. 1 (2017): 43-72. str. 56.

⁸⁹⁵ Више о томе: Schill, *Shared Responsibility* (2017.), *Supra* 893.

актера који би могли да преузму ову одговорност. Са друге стране, тренутни механизми инвестиционог права, укључујући и механизам за решавање спорова, допуштају могућност да се одговорност пребацује са једног на другог учесника у овим односима. *Schill* ову појаву назива рингишпил неодговорности (енг. „*irresponsibility carousel*“), и као решење предлаже концепт подељене одговорности између: државе домаћина, државе порекла капитала, инвеститора, трибунала и међународне заједнице у целини.⁸⁹⁶ Несумњиво је да би овај концепт представљао идеалан модел. Учесће свих наведених актера у формирању оквира који би се сматрао прихватљивим за однос права инвеститора и јавног интереса, би значао *ex ante* креирање легитимних очекивања, стварање услова за правну сигурност, стабилност и предвидивост. Ово су идентификоване циљне вредности које систем међународног инвестиционог права тежи да постигне.

Међутим, да ли је могуће овакав модел постићи и у пракси је сасвим друго питање. Одређивање одговорности за старање о јавном интересу треба посматрати у контексту основне премисе на којој се заснива читав систем овог права. То је заштита инвеститора. Даље, међународно инвестиционо право није уређен систем садржан у међудржавној мултилатералној конвенцији која би на ауторитативан начин уређивала принципијелни однос између свих односа од интереса у овој сфери. Напротив, одредбе које чине *corpus* овог права су садржане у великом броју инвестиционих споразума, који су, сваки за себе, склапани тако да одразе тренутне, појединачне интересе држава потписница. Сем тога, они су, по правилу, израз жеље неразвијених држава да прикажу тржишту капитала спремност за креирање повољне инвестиционе климе. Са друге стране, они су уједно одраз тежње развијених земаља да својим инвеститорима пруже заштиту у погледу политичких ризика којима су изложени у још нестабилним, нормативно неизграђеним подручјима. Дакле, у основи међународног инвестиционог права је потреба за гаранцијама заштите инвеститора, који се, након уласка на страну тржиште и почетка реализације инвестиције, сматрају таоцем државе домаћина. Таквом систему недостаје одређење места и значаја јавног интереса. У регулаторним инвестиционим споровима, како је приказано на примеру Аргентине, постоји тенденција истицања аргумента да се одређена слобода државе подразумева, иако није посебно уговорена. То би требало да проистиче из својства државе коју одликује суверенитет на сопственој територији. Међутим, на основу чињенице да држава

⁸⁹⁶ *Ibid.* str. 2.

приликом утврђивања текста инвестиционог споразума није одредила домет легитимног нарушавања права инвеститора у корист неког општег циља, одговорност за тај циљ се трансферише на трибунале.

Трибунали се на овај начин позиционирају као кључни чиниоци не само у систему решавања спорова, већ у области међународног инвестиционог права уопште. Креаторска улога коју им додељују концепт јудикализације, односно концепт глобалног управног права, у овом контексту долази до пуног изражаја.

Такво место трибунала у систему, поставља захтев да одлуке које се доносе морају представљати правичну расподелу ризика и трошкова између страна. Уједно, систем као институција, у овом случају ICSID, мора показати да постоји механизам који обезбеђује одговорност тела које такве одлуке доносе, односно да постоји механизам који превенира, односно решава девијације у систему.

Неприхватљиво је схватање према коме трибунал може свести своју улогу искључиво на разрешење конкретног спорног питања између страна, без узимања у обзир свеукупност односа из којих је спор настао. Такође, у систему арбитражног одлучивања у коме се говори о јудикализацији, неприхватљив је и став по коме трибунали сматрају да су одговорни искључиво за примену меродавног права, а то је конкретан инвестициони споразум. Тиме се сугерише да уколико овакав споразум не садржи одржавајуће механизме за заштиту државног интереса, трибунал неће сносити одговорност што тај интерес није узео у обзир приликом решавања спора.⁸⁹⁷

Модерни развој инвестиционог права и система за решавање спорова из ове области, црпу легитимитет из правилно концептуализоване улоге трибунала, консеквентно и *ad hoc* комитета.

Оваква разматрања објашњавају зашто се рађају идеје о стварању Међународног инвестиционог суда у чијем окриљу би поступали стални, практично судски органи. У националним системима, судови који учествују у контроли рада државних органа, ауторитет стичу из правила домаћег јавног права. Арбитрима недостаје таква почетна основа за образлагање овлашћења која преузимају у арбитражању инвестиционих спорова.⁸⁹⁸ Постављење инвестиционих судија на сталну функцију би повећало перцепцију о потребној одговорности за обављање таквих послова. Тиме би се предупредило и питање комерцијализације решавања спорова, које се посматра као арбитражна професија, погодна за остваривање материјалних и/или политичких

⁸⁹⁷ *Ibid.* str. 8.

⁸⁹⁸ Видети: Brower, Schill (2008.), *Supra* 63, str. 489.

интереса појединаца. Такође, то би допринело и перцепцији о непристрасности и неутралности система. Образовање сталних тела би представљало институционализацију јавног у решавању инвестиционих спорова. Таква конструкција треба да служи обликовању тенденција за узимање у обзир и неинвестиционих питања. Међународни инвестициони суд би требало да води и већој конзистентности. Трибунали треба да створе свест о томе да одлуке које доносе утичу на читаву међународну инвестициону заједницу, те да воде рачуна о трендовима у правним схватањима, као и о конкретном садржају којим су претходни трибунали испунили исте или сличне одредбе инвестиционих споразума. То би био и прилог стварању материјалног права на основама кохерентног система, који би прерастао у макар квази-системско нормативно уређивање.

Има аутора који ове идеје не сматрају нарочито значајним за даљи развој система решавања инвестиционих спорова. Примера ради, *Doak Bishop*, разматрајући ТТИР преговоре, износи да се порука коју ЕУ покушава да пренесе, према којој би Међународни инвестициони суд значио поновно стварање система, али таквог који почива на основним идејама одговорности и кредибилитета, чини претераном и са негативним утицајем на већ постојећа правила. На тај начин се, према овом аутору, потхрањује јавна осуда инвестиционог арбитражног система уопштено, уместо да га смањује.⁸⁹⁹ Другим речима, прерастање арбитража у судску институцију не би донело такве новине какве се очекују, али би ишло на уштрб легитимитета садашњих арбитражних механизма, па и ICSID-а. И *Daniel Hewitt*, разматрајући наведене преговоре између ЕУ и САД, говори о томе како установљивање Међународног инвестиционог суда у облику какав се предлаже, претендује да се позиционира као нова форма *Investor-to-State* механизма за решавање спорова. Међутим, предложене измене у систему, би према овом аутору, суштински врло мало учиниле да заправо промене постојећи систем арбитражног начина решавања спорова.⁹⁰⁰

Како је истакнуто, у садашњој политичкој оријентацији у погледу међународних економских односа, није сигурно каква ће бити будућност ових ТТИР преговора. Међутим, као о представнику нове струје у схватањима о даљем развоју система за решавање инвестиционих спорова, у овом делу је на њих указано како би се

⁸⁹⁹ Bishop, Doak. "Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground?." *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 30, no. 1 (2014): 1-9. Str. 7.

⁹⁰⁰ Више видети у: Hewitt, Daniel. "Investor Protection in the Transatlantic Trade and Investment Partnership." (2017). Available at: http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1916&context=student_scholarship

у фокус ставио наглашени значај улоге трибунала, а самим тим и *ad hoc* комитета. Оно што је несумњиво потребно јесте креирање механизма за ефективну контролу рада трибунала, како би се увећао кредибилитет одлука које доносе и легитимитет ICSID-а у целини. Поступак за поништење одлуке, као специфична форма пост-арбитражног разматрања одлуке, нема капацитет да успостави овакав ниво контроле рада трибунала. Међутим, имајући у виду да је за измену структура ICSID-а потребно изменити међународну конвенцију, поставља се питање да ли је могуће на други начин обезбедити потребне измене система? Ради теоријског заокруживања анализе, потребно је сагледати да ли рад *ad hoc* комитета осликава управо ову потребу?

Покушај формалне измене ICSID Конвенције, на овом степену развоја међународних економских односа, не би уродио плодом. Ипак, чињеница остаје да је дошло до суштинске промене у природи односа чијем уређивању је она намењена. Поступак за поништење одлуке проистиче из приватно-правног концепта арбитражног решавања инвестиционих спорова.⁹⁰¹ Дакле, његова примена на начин како је то строго уређено Конвенцијом, не показује примереност процеса за одлучивање у контексту јавног интереса. Са друге стране, што су већи улози учесника у поступку, то је повећан захтев за одговорношћу оних који тим улозима манипулишу. Ово се посебно односи на јавни интерес државе као улог у инвестиционим односима, односно на управљање тим интересом кроз решавање спора.

Поступак за поништење одлуке је предвиђен као изузетан правни лек. Ипак, како се у литератури истиче, према броју поднетих захтева за поништење, прерастао је у редован правни пут.⁹⁰² Та околност, као и начин поступања *ad hoc* комитета по појединачним захтевима за поништење одлука, условили су околности да су они фактички преузели место другостепеног органа.

Иако ово није прописано ICSID Конвенцијом, у литератури се могу пронаћи бројне идеје које указују да се управо кроз такво поступање *ad hoc* комитета може легитимизовати функционисање овог Центра.

Пре свега, истиче се идеја да би трибунали, односно *ad hoc* комитети могли да допринесу реформи система изнутра, на тај начин што би се старали да образложења одлука буду добро аргументована и убедљива.⁹⁰³ ICSID Конвенција прописује да у

⁹⁰¹ Видети: Caron (1992.), *Supra* 256, str. 27.

⁹⁰² Видети: Baetens (2011.), *Supra* 209, str. 217.

⁹⁰³ Више о томе видети у: Paine, Joshua, Some Comments on Recent Proposals to Legitimize Investment Treaty Arbitration by Improving the Quality of Reasoning in Arbitral Awards (June 17, 2014). SIEL Working

одлуци морају бити изнети разлози на којима је заснована. У супротном ће постојати основ за поништење одлуке. Конвенција не прописује какав треба да буде квалитет изнетих разлога. Међутим *ad hoc* комитети и релевантна литература су се бавили овим питањем.⁹⁰⁴ Тако је *ad hoc* комитет у случају *Klöckner* сматрао да у одлуци морају бити изнети суштински разлози, који омогућавају читаоцу одлуке да утврди из образложења трибунала његове налазе и по питању утврђеног чињеничног стања и по питању права.⁹⁰⁵ Такође, према схватању овог *ad hoc* комитета, потребно је да они буду довољно релевантни (енг. „*sufficiently relevant*“).⁹⁰⁶ Услед критика да је овакав приступ показао исувише екстензивну примену члана 52.1.е. ICSID Конвенције, која поистовећује поступак за поништење одлука са апелационим, развила се друга генерација случајева. *Ad hoc* комитет који је поступао у случају *MINE*, као представник ове генерације, усвојио је гледиште према коме није релевантно да ли су изнети закључци трибунала погрешни, да ли је на прави начин утврђено чињенично стање или је дошло до погрешне примене права. У контексту поступка за поништење одлуке и у тим случајевима се може сматрати да је одлука образложена.⁹⁰⁷ Овакав тренд покушаја *ad hoc* комитета да задрже одлучивање у строго постављеним границама члана 52. ICSID Конвенције се показује и у другим одлукама.

Међутим, теоријске расправе о овом питању су покренуле јак сет аргумената у корист усвајања другачијег приступа у раду *ad hoc* комитета. Таква је идеја о концепту рационалности одлучивања (енг. „*context of the rationality condition of adjudication*“).⁹⁰⁸ Према овом концепту, минимум захтева је да одлука треба да садржи оне разлоге који обезбеђују легитимитет арбитражног одлучивања у оквиру ICSID система.⁹⁰⁹ Даље, јављају се расправе које посматрају образлагање одлука као круцијални аспект вршења овлашћења арбитра у оквиру ICSID трибунала.⁹¹⁰ *Kurtz* истиче да државе на основу образложења одлуке морају не само да схвате већ и да прихвате зашто су изгубиле спор. Консеквентно, инсистирање на таквом квалитету образложења арбитражних одлука треба да омогући државама да предвиде на који начин различити инвестициони

Paper No. 2014/16. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2455992> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2455992> str. 1-14.

⁹⁰⁴ Више о томе видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.5.

⁹⁰⁵ *Supra* 331, *Klöckner* annulment decision para. 119.

⁹⁰⁶ *Ibid.* paras. 117-120.

⁹⁰⁷ *Supra* 333, *MINE* annulment decision para. 5.09.

⁹⁰⁸ Видети: Giannakopoulos (2015.), *Supra* 208, str. 7.

⁹⁰⁹ *Ibid.* str. 29.

⁹¹⁰ Видети: Ortino (2012.), *Supra* 582, str. 34.

споразуми могу да произведу њихову одговорност за предузете мере којима дирају у права инвеститора.⁹¹¹

Тренд јудикализације се кроз рад *ad hoc* комитета манифестује као проширивање предмета њиховог разматрања на меритум ствари.⁹¹² Управо схватање да се трибунали, затим и *ad hoc* комитети, не могу више посматрати као агенти страна у спору, већ као тела одговорна међународној заједници, настоји да ублажи околност да ICSID Конвенција не дозвољава испитивање материјалне стране одлуке у поступку за поништење.⁹¹³ Манифестација ове тенденције се може илустровати кроз рад *ad hoc* комитета у случају CMS. *Ad hoc* комитет је остао у границама формалног и одлучио је да у конкретним околностима, имајући у виду основе за поништење прописане чланом 52. ICSID Конвенције, нема основа да одлуку поништи. Ипак, у образложењу је дата екстензивна критика правног схватања трибунала. Овакво поступање *ad hoc* комитета претрпело је значајне критике, при чему се посебно истиче да је тиме нарушен ауторитет одлуке и умањен њен социјални легитимитет. Може се рећи да су ове критике донекле исправне. Међутим, кроз овакво поступање *ad hoc* комитета се приказује стварање тенденције која је сагласна концепту јудикализације. *Ad hoc* комитет је, дајући критику изнетог правног схватања поступао као да је у улози вишег органа. Кроз то се може посматрати тежња да се на ауторитативан начин поставе основе за поступање будућих трибунала, односно да се детаљним образлагањем утврди основа за стварање *stare decisis-a*.

Комплементарна идеја овој је посматрање *ad hoc* комитета у едукативној улози. *Schreuer* је описује као давање образложења која се не односе искључиво на основе за поништење одлуке.⁹¹⁴ Односно, ово се опредељује као поступање *ad hoc* комитета на начин да дају правна уопштавања, генерализације, покушавају да формулишу и уобличе општа правила која би могла да служе као смернице за даљи рад трибунала. Чињеница је да ово излази ван оквира строго уређеног мандата постављеног чланом 52. ICSID Конвенције, али управо је то оно што је урадио и *ad hoc* комитет у случају CMS и што се може приписати концептуланом оквиру јудикализације.

⁹¹¹ Kurtz, Jürgen, Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and the Identification of Applicable Law (September 12, 2013). Zachary Douglas, Joost Pauwelyn and Jorge Vinuales, eds., The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory Into Practice (Oxford University Press, 2013, Forthcoming; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 670. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2325189> 1-51. str. 23.

⁹¹² Видети: Collins (2013.), *Supra* 241, str. 342.

⁹¹³ Видети: Roberts (2013.), *Supra* 58, str. 63.

⁹¹⁴ Видети: Schreuer, From ICSID Anulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope (2011.), *Supra* 247, str. 223.

Овај концепт објашњава и зашто се у одлукама *ad hoc* комитета појављују образложења из којих се види да су одлуку донели тако што су схватање трибунала заменили сопственим. Ово се, примера ради, десило у случају *Patric Michell*⁹¹⁵ у коме је одлука поништена јер је *ad hoc* комитет имао другачије схватање од трибунала о томе на који начин се може одредити шта све спада у појам инвестиције. У формално-правном смислу *ad hoc* комитет није сопственом одлуком заменио одлуку трибунала. Али, поништење одлуке је засновано на околности да је *ad hoc* комитет сматрао да је његово виђење начина на који је требало решити спорно питање исправније. Суштински, у томе се препознају основи класичног другостепеног поступања.

Наведени примери показују како се концепт јудикализације преноси на рад *ad hoc* комитета, легитимизујући њихово поступање ван формално-правног оквира.

Након што је приказано да поступак за поништење одлуке функционише као апелациони, али у коме су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе,⁹¹⁶ указано је да захтеве за званичним увођењем овог дела процедуре у ICSID треба тражити у разлозима ван његовог система. Они су видљиви у политичко-социјалним факторима. Генерално говорећи, концентрисани су на то како се овај Центар перцепира у заинтересованој јавности. Односно, фокусирани су на односе који условљавају његов социјални легитимитет. Анализе показују да су ти односи такви да захтевају одређене измене система. Практично, те измене се већ дешавају. *Ad hoc* комитети то показују. Постављање инвестиционе арбитраже у домен јавно-правних односа, затим конструисање појма јудикализације и глобалног административног права, настоје да објасне да је начин поступања *ad hoc* комитета, иако формално-правно ван граница члана 52. ICSID Конвенције, суштински у функцији њене легитимизације и даљег развоја на основама савремених економско-политичких тенденција. Рад *ad hoc* комитета се појављује као функционални одговор на захтеве међународне инвестиционе заједнице за повећаном одговорношћу и контролом органа који контролишу – трибунала.

У претходном делу дисертације, након анализе рада *ad hoc* комитета, постављено је питање да ли они оличавају идеју да је дух промењених односа у међународној заједници унет у *modus operandi ICSID-a*, чиме је обележена њена суштинска измена и без формално-правног мењања њених одредби? Коначно се на ово питање може дати потврдан одговор.

⁹¹⁵ Видети у делу дисертације: Глава II, Одсек II: 4.2.в.

⁹¹⁶ Видети: Gal-Or (2008.), *Supra* 625, str. 52.

У литератури се приликом разматрања могућности званичног, формалног увођења апелационог поступка у ICSID говори о измени члана 53. Конвенције којим је прописано да су одлуке обавезујуће и да не подлежу жалби. При том, оно на шта се посебно указује јесте то да измена овог члана не би била сагласна намери креатора Конвенције. Међутим, да ли је то заиста аргумент који би био против увођења било каквих новина? Било који правни акт, према томе и међународна конвенција, треба да буде одраз стања у друштвеним односима чијем је уређивању намењена. Према томе, уколико је 1965. године било процењено да постоји потреба за креирањем одређеног система за решавање инвестиционих спорова који је резултирао у ICSID Конвенцији, да ли то значи да педесет година касније треба очекивати да тај исти систем остане непомичан у времену? Сама суштина глобализације, чије деловање је у основи стварања овог система, је у променама, пре свега у економским, а затим и у другим друштвеним односима. Чему онда схватање о ICSID-у као о непомерљивом горостасу?

Најзад, потребно је начин рада овог Центра посматрати сагласно природи међународног права и института у међународно-правном простору, уопште. Генерално говорећи, они излазе из традиционалних схватања појединих института и дају им нове облике. С тим у вези, у области међународног права се прихвата уређивање појединих области „*soft law*“ инструментима. „*Soft*“ концепт се може пренети на рад *ad hoc* комитета.

То се може илустровати на следећи начин.

Приликом анализе начина поступања *ad hoc* комитета, говори се о извесним трендовима, односно променама у њиховом схватању. Тако је *Schreuer* поделио случајеве у којима су поднети захтеви за поништење одлука на три генерације. Кроз ту поделу је сагледано у којој мери су *ad hoc* комитети својим начином рада приближили поступак за поништење одлуке апелационом.⁹¹⁷ Даље, у теоријском смислу, од великог значаја су „*Argentine Gas Cases*“ и уопште, сви случајеви који су се водили против Аргентине. Пре свега, они се посматрају као доктринарни наставак категоризације на три генерације случајева, при чему би они обележили четврту.⁹¹⁸ Даље, кроз ове случајеве *Andreas Von Staden* је изводио законитости у погледу приоритета у примени одредби инвестиционог споразума као *lex specialis*-а у односу на права међународног права.⁹¹⁹ *Burke White* и *Von Staden* ове случајеве деле на две групе, у зависности од тога

⁹¹⁷ Више о томе у: *Schreuer, Three generations of ICSID annulment proceedings (2003.), Supra 330.*

⁹¹⁸ Наведено према: *Tsolakidis (2015.), Supra 338, str. 843.*

⁹¹⁹ Више о томе у: *Von Staden (2011.), Supra 434.*

колику осетљивост за питања квази-конституционалне природе показују.⁹²⁰ Дакле, у свим наведеним примерима се говори о приказивањима одређеног померања (енг. „*shift*“) које у свом раду демонстрирају трибунали и *ad hoc* комитети, при чему нема формалне основе за тако нешто. Ово је на терену конкретног. На терену апстрактног, појавили су се теоријски концепти који имају циљ да објасне, образложе и даље обликују њихов рад. То су концепт јудикализације и глобалног управног права.

И у области конкретно-практичног и теоријски-апстрактног ради се о „*soft*“ променама структура ICSID-а. Иако рађање ових идеја могу да буду индикатор потреба за процено-правним *shift-ом*, док се у међународној заједници не створи консензус око тог питања, ICSID треба да функционише као модел чији органи прате померање ка социјалном легитимитету, без промена његових механизма.

⁹²⁰ Више о томе у: Burke White, Von Staden, Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations (2010.), *Supra* 95.

ЗАКЉУЧАК

ICSID је институционализована арбитража, чији основни задатак је да пружи организациону, као и стручну подршку у решавању инвестиционих спорова. Иако је овај Центар један вид арбитраже, развој поступака који се у оквиру њега спроводе, удаљава га од класичног поимања арбитражног начина решавања спорова. Разлике проистичу, најпре, из самих одредби ICSID Конвенције. Наиме, кроз решења усвојена у овој Конвенцији, показују се специфичне карактеристике ICSID система, каквих нема у другим арбитражама на међународној сцени:

- захтеви који се подnose пред овај Центар нису подложни уобичајеним ограничењима која се препознају у другим међународним системима (као што је, примера ради, потреба да се исцрпе домаћа правна средства);
- појединац може директно да поднесе спор против државе;
- одлуке су подложне контроли која се врши унутар самог система;
- одлуке Центра су извршне директно, без потребе за спровођење посебне процедуре признања у земљама извршења.

Посебна одлика овог Центра се огледа у уређивању пост-арбитражних поступака, а то су: поступак за исправку одлуке, поступак за доношење допунске одлуке, поступак за тумачење одлуке и поступак за ревизију одлуке. Намена ових поступка је доношење технички исправних одлука, које на основу решавања свих спорних питања, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности, јасно и прецизно уређују односе између страна у спору. Од нарочитог значаја је поступак за поништење одлуке, уређен чланом 52. ICSID Конвенције, који подразумева могућност контроле одлуке унутар самог система. Овај поступак представља карактеристику ИЦИСД-а која је обележава као *specificum* у области међународног права, у коме, по правилу, одлуке подлежу контроли пред националним органима. Разлози за поништење одлуке су методом *numerus clausus* прописани Конвенцијом. Узимајући у обзир језичко тумачење текста члана 52. Конвенције, као и *travaux preparatoires*, поступак за поништење одлуке се карактерише као изузетан правни лек, који треба да служи за корекцију грубог кршења фундаменталних процесних одредби од стране трибунала и у служби је очувања легитимитета поступка за доношење одлука.

Међутим, пракса *ad hoc* комитета показује фактичко проширивање надлежности ван оквира предвиђених чланом 52. ICSID Конвенције, које се описује као прерастање

ICSID-a у функционално апелациони систем. На основу спроведене анализе начина одлучивања и изношења правних ставова *ad hoc* комитета, закључујемо да се елементи апелационе функционалности показују кроз различите модалитете, почев од начина испитивања одлука трибунала који залази у разматрање њихове материјалне садржине, до примера директне модификације ставова трибунала. У зависности од предмета спора и садржине захтева за поништење одлуке, ови модалитети се манифестују кроз следеће примере:

- критиковање ставова, правних аргумената и оцене чињеничног стања које је изнео трибунал и изношење сопственог схватања *ad hoc* комитета о томе на који начин је требало решити спор у питању,
- давање тумачења о односу и начину примене различитих извора меродавног права, различито од оног које је изнео трибунал,
- трансформација погрешне примене права у основ за поништење одлуке тумачењем да се може сматрати да је трибунал сачинио такву омашку у примени меродавног права, да се може сматрати да до његове примене није ни дошло,
- изношење неслагања са одлуком трибунала, кроз шта се умањује њен ауторитет и указује странкама на схватање да донета одлука није права мера уређивања њиховог међусобног односа након решења спора,
- измена обрачунатог износа компензације када *ad hoc* комитет сматра да је дошло до обрачунске грешке, а има довољно елемената да самостално утврди исправну цифру,
- утврђивање садржине материјалних елемената спора на основу оптирања за другачији теоријски модел у коме су садржани елементи за анализу (примера ради – приликом одређивања појма инвестиције, или приликом избора методе за обрачунавање висине штете које је инвеститор претрпео),
- поништење одлуке без упуштања у оцену да ли је приликом кршења правила поступка од стране трибунала, прекршено правило имало карактер основног,
- изношење захтева да разлози који су изнети у одлуци трибунала имају одређени квалитет (рецимо да буду довољно разумни – „*sufficiently reasonable*“),
- изношење сопственог образложења донете одлуке трибунала у случају када у њој нису изнети сви разлози на којима је заснована, а *ad hoc* комитет сматра да у

материјалу на основу кога одлучује има довољно елемената да објасни правне ставове и решења до којих је трибунал дошао...

У пракси *ad hoc* комитета могу се идентификовати још неки модалитети рада који се не могу квалификовати као пандан апелационом поступку, али ипак представљају проширивање овлашћења у односу на надлежност предвиђену чланом 52. ICSID Конвенције. Они се могу приказати кроз следеће примере:

- преузимање едукативне улоге у којој *ad hoc* комитети, уместо да изнесу да ли има разлога из којих се може поништити одлука позивајући се на један од прописаних основа за поништење, дају екстензивна тумачења спорних правних питања која произилазе из спора и начина деловања трибунала, кроз која настоје да утврде правне принципе и стандарде у виду смерница за рад будућих трибунала и *ad hoc* комитета,
- поништење одлуке на основу разлога које странка није истакла у свом захтеву за поништење одлуке, већ је *ad hoc* до њих самостално дошао испитивањем одлуке трибунала,
- поништење одлуке чим се утврди да постоји неки од прописаних основа за поништење, без утврђивања од каквог значаја је то било за одлуку, односно исход спора у конкретном случају.

Овакво поступање *ad hoc* комитета даје основ правној теорији за став да ICSID поприма карактеристике система у коме постоји апелациони поступак у коме су разлози за жалбу засновани на елементима процесно-правне природе. Описане тенденције у раду *ad hoc* комитета се потврђују кроз одлучивање о различитим основама за поништење одлуке и то кроз различите временске периоде. Иако ICSID Конвенција чланом 52. не даје формални легитимитет таквом проширивању овлашћења, од изузетног значаја за схватање развоја ICSID-а је околност да теоријске расправе оправдавају овакав начин поступања *ad hoc* комитета, кроз концепт рационалности одлучивања, остваривање принципа *effet utile* или кроз принцип економичности поступка.

Да би се дала оцена функционисања ICSID-а након спроведених анализа о раду *ad hoc* комитета, узимају се два опречна схватања: једно да они имају негативна ефекат на перцепцију легитимитета овог Центра, а друго да је проширивање овлашћења позитивна појава. Према првом схватању, *ad hoc* комитети, као тела која свој мандат црпе из Конвенције, не поступају сагласно њеним одредбама, преузимајући

надлежност која им не припада. На тај начин се унутар система ствара својеврсни парадокс, јер тела која треба да буду крајњи чувари легитимитета процеса који се одвијају у окриљу *ICSID*-а, нарушавају управо оно што треба да штите. Друго схватање полази од чињенице да правна доктрина даје образложење, односно оправдање оваквог начина рада *ad hoc* комитета, што указује да је то пожељна појава у систему.

Полазећи од двојакних ставова о тренутном начину рада тела која функционишу у оквиру *ICSID*-а, дисертација као круцијално питање истражује да ли је дошло до измене конвенцијског режима *soft law* инструментима и ако јесте, да ли се то може легитимизовати у оквиру *ICSID* система. За закључивање о овако постављеном проблему у обзир је узето спроведено истраживање доктринарних ставова који објашњавају промене настале у *ICSID*-у.

Изнето је да се *ICSID* као арбитража не уклапа у традиционална схватања арбитражног начина решавања спорова. Ова карактеристика се исказује најпре кроз одредбе *ICSID* Конвенције. Затим, битан је став правних теоретичара који износе да иако арбитража, *ICSID* нема приватноправни карактер. То проистиче из чињенице да је формиран на основу међународне конвенције, а затим и да њиме управља међународна организација. Поред тога, кроз различите елементе, идентификоване у ставовима правне доктрине, закључујемо да је *ICSID* установа са овлашћењима која имају јавно-правни карактер. Ови елементи су следећи:

- начин заснивања надлежности *ICSID*-а,
- овлашћење за покретање спора,
- правна природа предмета инвестиционих спорова,
- садржина инвестиционих споразума поводом чијег кршења настаје спор,
- правна природа надокнаде која се добија решењем спора,
- карактер неизвршења одлуке коју је донео *ICSID* трибунал,
- начин финансирања арбитражног спора.

Одређивање *ICSID*-а као механизма за решавање инвестиционих спорова са елементима јавно-правног карактера се практично манифестује у материјалном проширивању овлашћења *ad hoc* комитета, које се огледа у разматрању регулаторних мера држава, оцењивању стања у националним системима који превазилази конкретне односе настале поводом инвестиције, утицање на формирање јавне политике држава. Суштински, кроз решавање инвестиционог спора одлучује се о сувереним правима и овлашћењима држава.

Легитимизација рада *ad hoc* комитета који показују тенденције процесно-правног и материјално-правног проширивања овлашћења ван граница утврђених ICSID Конвенцијом има полазиште у формалним идејама званичног увођења апелационог поступка у овај систем и у теоријским концептима јудикализације и глобалног управног права.

Формално увођење апелационог поступка у ICSID структуру је у истраживањима које је спровео Секретаријат ICSID-а оцењен као преурањена идеја. Без обзира на то, теоријска анализа циљева које треба остварити кроз увођење овог поступка идентификује: конзистентност у одлучивању, материјалну исправност и повећани ауторитет донетих одлука. Спроведено истраживање показује да се овако идентификовани циљеви могу остварити и без формалног увођења апелационог система у ICSID, односно кроз конципирање рада ад хок комитета на основама теоријских идеја о јудикализацији и глобалном управном праву.

Јудикализација указује да се улога арбитра може посматрати као функционално приближавање судској. Тиме се легитимизује проширивање овлашћења трибунала и *ad hoc* комитета. На основу спроведене анализе је установљено да постоје три степена у развоју овог концепта: први се односи на јачању судске функције и улоге судова у јавном животу државе, уопште, други се тиче елемената процедуралне правде и коначно, последњи се односи на управљање такозваним „мега-политикама“. Наведени степени се могу препознати и кроз функционисање ICSID-а. Број поднетих и решених спорова пред овим Центром сведочи о јачању његове улоге на међународној сцени. Процедурална правда се огледа у могућности директног приступа појединца арбитражи, пред којом може тражити преиспитивање јавне политике државе, а затим и кроз механизам кроз који се стране у спору могу штитити од грубог кршења фундаменталних процесних права. Управљање „мега-политикама“ добија свој израз у упливу јавног интереса у инвестициони спор, чиме се институционализује утицај *ad hoc* комитета на понашање држава.

Концепт глобалног управног права указује да, не само да трибунали и *ad hoc* комитети могу да утичу на понашање држава, већ могу и да га контролишу. Овај концепт извлачи сличности из управних права у националним системима, чија се суштина испољава кроз могућност судске контроле управе. У концепту глобалног управног права, трибунали и *ad hoc* комитети добијају овлашћења да врше контролу не само управе, као једног дела државне власти, већ државе у целини. Утицај на понашање држава, а који се конкретизује кроз решавање регулаторних спорова, може

бити двојак: директни и индиректни. Директни утицај значи да решење конкретног спора у коме трибунал оцењује мере државе домаћина кроз додељени износ компензације инвеститору показује да такве мере нису прихватљиве у међународној заједници. Индиректни утицај значи да донета одлука приказује генерални став о односу приватног и јавног интереса, према коме све државе могу да одреде своју будућу јавну политику.

Да би наведени теоријски концепти могли да функционишу у ICSID режиму, потребна је њихова операционализација кроз конкретне принципе, а то су:

- транспарентност и учешће трећих лица у процесу за доношење одлука,
- правна предвидивост,
- одговорност тела која учествују у доношењу одлука,
- процедурална правда и механизми за преиспитивање донетих одлука.

Ови циљеви су комплементарни онима који би требало да се остваре увођењем апелационог поступка у ICSID. Дакле, истраживање идеје о надоградњи ICSID-а додавањем другостепеног жалбеног поступка, као и идеја које настоје да понуде теоријски оквир за легитимизацију рада *ad hoc* комитета, даје основ за извођење закључака о циљевима, односно вредносним принципима на којима даљи рад овог Центра треба да почива. За испуњење ових циљева, ICSID је кроз системска решења унапредио транспарентност поступака (примера ради увођењем института *amici curiae*). Када је у питању остваривање осталих принципа: правна предвидивост у оквиру које се као један од модалитета појављује захтев за конзистентношћу правних ставова у одлучивању, одговорност тела која учествују у доношењу одлука и остваривање ефективне контроле донетих одлука, круцијална је активна улога трибунала и *ad hoc* комитета и адекватно схватање њихових овлашћења и ICSID систему.

Бројни аутори указују да је недостатак легитимитета у ICSID-у последица јаза између приватног и јавног, односно околности да је овај Центар приватно-правни механизам који треба да делује у области јавног права. Заправо, не постоји системско решење за то ко треба да има одговорност за старање о јавном интересу. У садашњим условима, највећи терет се додељује трибуналима и *ad hoc* комитетима. Чак, имајући у виду да се у инвестиционим споровима решава о питањима од националног значаја, те да се кроз рад тела ICSID-а остварује утицај на понашање држава, појачан је захтев за контролом донетих одлука и успостављањем система одговорности трибунала за

одлуке које доносе. Тиме се *ad hoc* комитети суштински стављају у улогу стуба легитимитета ICSID-а. Са друге стране, они нису носиоци функције, као што су то судије у националним системима, већ су приватно-уговорена лица, која ангажовање посматрају као испуњење сопствених, једнократних интереса. Тиме се утиче на перцепцију легитимитета система у целини. Поступак за поништење одлуке, какав је предвиђен ICSID Конвенцијом, нема формални капацитет да удовољи оваквим проблемима.

На основу изнете досадашње анализе, као и истраживања спроведеног и описаног у овој дисертацији закључујемо да *ad hoc* комитети кроз проширивање надлежности показују елементе апелационе функционалности, затим, да је ради очувања формалног легитимитета ICSID-а размотрена идеја о увођењу апелационог поступка у овај Центар, али се од те идеје одустало. Ипак, циљеви који би се испунили увођењем овог дела поступка, кроз рад *ad hoc* комитета већ се фактички спроводе у оквиру постојећих решења обухваћених ICSID Конвенцијом. Разлоге за такво поступање аутори су настојали да нађу у још неразвијеној јуриспруденцији која је још увек покушавала да нађе правилан начин тумачења члана 52. ICSID Конвенције, те да се проширивање овлашћења *ad hoc* комитета може сматрати тек случајним девијацијама, које нису правило, већ повремени и издвојени изузетак. Међутим, истраживање узорка апелационе функционалности у ICSID-у ван система, напротив, показује да се такав начин рада *ad hoc* комитета може посматрати као оправдан и пожељан и да суштински одговара појачаним захтевима за контролом донетих одлука, које се посматрају као отелотворење механизма глобалног управног права.

Другим речима, ова дисертација нуди идеју да, иако долази до нарушавања система изнутра, због чињенице да *ad hoc* комитети не поштују дословце одредбе ICSID Конвенције, не ради се о симптому краха система и дефицита његовог легитимитета, већ о реакцији на промењене потребе његових корисника, односно држава и страних инвеститора. Односно, *ad hoc* комитети се показују као инструменти за стварање *soft law* инструмента којима се мења ICSID Конвенција. Промена се не може посматрати кроз призму формалне измене одредби конвенцијског права, већ кроз давање новог духа његовим одредбама, нове идеолошке позадине у складу са којом треба да оперише и новим премисама на којима ће се заснивати тумачење и примена решења у њему садржаним.

Фузија апелационог и поступка поништења у почетку рада *ad hoc* комитета је оштро критикована. Чак, описивана је и као симбол слома система. Међутим, концепти

јудикализације и глобалног управног права, покушавајући да уоквире рад трибунала и *ad hoc* комитета у *soft* границе легалног, указују да уочене мане нису нужно проблем који треба третирати изменом постојеће структуре.

Примена *soft law* инструмената у овом контексту представља изазов за очување принципа легалности, односно, у овом случају, за питање граница дискреционог поступања *ad hoc* комитета. Према нашем мишљењу, идентификовани модалитети кроз које се препознају елементи функционалне апелације умањују ризик слабљења конвенцијског права које даје формалне контуре ICSID систему. Ради се о идеји да *ad hoc* комитети негују принцип интерпретативног детерминизма и *de facto* доктрине прецедената. Због тога преузимају улогу едукатора и кроз образложења својих одлука дају смернице за рад будућих трибунала и *ad hoc* комитета. Даље, тиме се објашњава поништење одлука из разлога који нису изнети у захтеву странке. Из истог разлога *ad hoc* комитети критикују правна схватања и ставове трибунала и износе сопствено виђење о начину који је требало решити спор или чак, утврдити садржину материјалних елемената спора (као што је рецимо, одређивање шта спада у појам инвестиције). Тиме се утиче на уједначавање праксе у оквиру система и снагом изнетих аргумената ствара модел за примену у даљем раду. Иако се не може говорити о обавезности схватања *ad hoc* комитета, она претендују да код корисника система створе свест о потреби њихове примене. Суштински, то и јесте начин на који *soft law* утиче на измену и стварање права на међународној сцени. Кроз тенденцију разматрања одлука трибунала на начин који превазилази ограничења прописана чланом 52. ICSID Конвенције, *ad hoc* комитети интензивирају контролу донетих одлука и индиректно утичу на повећање одговорности трибунала и њихово фактичко учешће у стварању *opinio iuris*-а у погледу *soft* измена одредби Конвенције.

Рад *ad hoc* комитета мора да рефлектује захтеве и формалног и социјалног легитимитета. Наше је мишљење да њихов рад представља својеврстан вид измена постојећег система створен као одговор на захтеве спољашњих *stakeholders-a*. Начин поступања *ad hoc* комитета је инструмент уношења измена у дух ICSID Конвенције према потребама нових друштвених односа савременог периода.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге и монографије:

Ђирић, Александар Љ. *Међународно трговинско право-општи део*. Ниш: Правни факултет, Центар за публикације, 2010.

Cvetković, Predrag. *Međunarodno pravo stranih investicija*. Beograd: Zadužbina Andrejević, 2007.

Cvetković, Predrag. *Uvod u pravo Svetske Trgovinske Organizacije*. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije, 2010.

Hart, Joan Edelman Spero and Jeffrey A. *The politics of international economic relations*. Cengage Learning, 2009. Krugman, Pol. *Povratak ekonomije depresije i svetska kriza 2008*. Smederevo: Helix, 2010.

Kunštek, Eduard. *Arbitražna nadležnost i ICSID*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002.

Obstfeld, Paul Krugman and Maurice. *Međunarodna ekonomija: Teorija i politika*. Beograd: DATA STATUS, 2009.

Радомир Ђуровић, Александар Љ Ђирић. *Међународно трговинско право-посебни део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005.

Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge university press, 2010.

Научни чланци:

Ajibo, Collins C. and Yenkong Ngangjoh-Hodu. "ICSID annulment procedure and the WTO appellate system: the case for an appellate system for investment arbitration." *Journal of International Dispute Settlement* 6, no. 2.2015: 308-331.

Askew, Rebecca and Ian Laird. "Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System." *J. App. Prac. & Process* 7, 2005: 285-302.

Baetens, Freya. "Enforcement of Arbitral Awards: 'To ICSID or Not to ICSID' is Not the Question." *Investment Treaty Arbitration and International Law, Juris Arbitration Series* 5, 2011: 211-228.

Baiju S. Vasani, Shaun A. Palmer. "Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?" *ICSID Review*, 2014: 1-25.

Bakker, Stephen Gill and Isabella. "New constitutionalism and the social reproduction of caring institutions." *Theoretical Medicine and Bioethics* 27, no. 1, 2006: 35-57.

Bishop, Doak. "Investor–State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground?" *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 30, no. 1, 2014: 1-9. Bottini, Gabriel. "Present and Future of ICSID Annulment: The Path to an Appellate Body?" *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 31, no. 3, 2016: 712-727.

Broches, Aron. "Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: binding force, finality, recognition, enforcement, execution." *ICSID review* 2.2, 1987: 287-334.

Broches, Aron. "Observations on the Finality of ICSID Awards." *ICSID Review* 6, no. 2, 1991: 321-380.

Butler, Nicolette, and Surya Subedi. "The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?." *Netherlands International Law Review* 64, no. 1 (2017): 43-72. str. 56.

Cananea, Alec Stone Sweet and Giacinto Della. "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez." *NYUJ Int'l L. & Pol.* 46, 2013: 911-929.

Caron, David D. "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal." *ICSID Review* 7, no. 1, 1992: 21-56.

Caron, David D. "Framing the Work of ICSID Annulment Committees." *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 6, no. 2, 2012: 173-199.

Cate, Irene M. Ten. "International arbitration and the ends of appellate review." *NYUJ Int'l L. & Pol.* 44, 2012: 1109-1399.

Cheng, Xian Yu Huang and David Chi Yu. "Protection of International Investment-The Study of Establishing Appellate Mechanisms in International Investment Arbitration." *International Review of Management and Business Research* 3, no. 4, 2014: 1819-1827.

Choi, Won-Mog. "The present and future of the investor-state dispute settlement paradigm." *Journal of International Economic Law* 10, no. 3 (2007): 725-747.

Collins, David. "ICSID Annulment Committee Appointments: Too Much Discretion for the Chairman?" *Journal of International Arbitration* 30, no. 4, 2013: 333-343.

Farchakh, Michael. Reflections on Investor-State Arbitration as Global Governance, Paris-Est Créteil Val-de-Marne University, 2014-2015, доступно на адреси https://www.researchgate.net/publication/301806452_Reflections_on_Investor-State_Arbitration_as_Global_Governance?enrichId=rgreq-cfcff309-d63c-4556-97dd-26bfe89de9ed&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMTgwNjQ1MjtBUzozNTc3ODY0MjE2MTIINTBAMTQ2MjMxNDMzODQxMw%3D%3D&el=1_x_2, 04.05.2016, str.1-13.

Feldman, Mark B. "The annulment proceedings and the finality of ICSID arbitral awards." *ICSID review* 2, no. 1, 1987: 85-110.

Feldman, Mark. "The standing of state-owned entities under investment treaties." *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2011 (2011). 615-637.

Franck, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions." *Fordham L. Rev.* 73, 2004: 1521-1625.

Franck, Susan. "Role of International Arbitrators." *12 ILSA J. int'l & Comp. L.*, 2005: 502-521.

Gal-Or, Noemi. "The concept of appeal in international dispute settlement." *European Journal of International Law* 19, no. 1, 2008: 43-65.

Garcia, Frank J., Leo Gargne, Hyun Ju Cho, Tara Santosuosso, Randall Scarlett, and Rachel Denae Thrasher. "The Case Against Third-Party Funding in ISDS: Executive Summary." *Boston College Law School–PUC University of Chile, Working Group on Trade & Investment Law Reform, Third-Party Funding Task Force* (2018), 1-9.

Giannakopoulos, Charalampos. "Reconceptualizing 'Failure to State Reasons' as a Ground for Annulment under Article 52 (1)(e) of the ICSID Convention." *Journal of International Dispute Settlement*, 2015: 1-30.

Gómez, Fach Katia, Latin America and ICSID: David versus Goliath? (November 12, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1708325> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1708325>

Goodman, Charity L. "Uncharted Waters: Financial Crisis and Enforcement of ICSID Awards in Argentina." *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 28 (2007): 449-485

Gordon, Randy D. "Only One Kick at the Cat: A Contextual Rubric for Evaluating Res Judicata and Collateral Estoppel in International Commerce Arbitration." *Fla. J. Int'l L.* 18, 2006: 549-596.

Hamida, Walid Ben. "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control—Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo." *Journal of International Arbitration* 24, no. 3, 2007: 287-306.

Harlow, Carol. "Global administrative law: the quest for principles and values." *European journal of international law* 17, no. 1, 2006: 187-214.

Hewitt, Daniel. "Investor Protection in the Transatlantic Trade and Investment Partnership." (2017). Available at: http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1916&context=student_scholarship

Hirschl, Ran. "The judicialization of politics." (2008). *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Edited by Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, and Keith E. Whittington

Hirschl, Ran. "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide." *Fordham L. Rev.* 75, 2006: 721-753.

Horn, Peter. "Matter of Appearances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration, A." *NYUJL & Bus.* 11, 2014: 349-395.

Jiménez, Alberto Álvarez. "The interpretation of necessity clauses in bilateral investment treaties after the recent icsid annulment decisions." *Páginas: Revista académica e institucional de la UCPR* 94, 2014: 5-32.

Јовановић, др Марко. „Кључне одлике финансирања трошкова арбитраже од трећих лица.“ *Право и привреда*, 4-6, 2017: 493-509.

Kasenz, Eric David. "Desperate Times Call for Desperate Measures: The Aftermath of Argentina's State of Necessity and the Current Fight in the ICSID." *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 41, 2009: 709-747.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitrations: are they differences?." (2004): 189-221.

Katz, Rebecca Lee. "Modeling an International Investment Court After the World Trade Organization Dispute Settlement Body." *Harv. Negot. L. Rev.* 22 (2016): 163-188.

Kim, Dohyun. "The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System." *NYUL Rev.* 86, 2011: 242-279.

Krisch, Nico and Benedict Kingsbury. "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order". *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.1 (2006): 1-13.

Kumar, Charles N. Brower and Shashank P. "Investomercial Arbitration: Whence Cometh It? What Is It? Whither Goeth It?" *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 30, no. 1, 2014: 35-55.

Kurtz, Jürgen, Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and the Identification of Applicable Law (September 12, 2013). Zachary Douglas, Joost Pauwelyn and Jorge Vinuales, eds., *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory Into Practice* (Oxford University Press, 2013, Forthcoming; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 670. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2325189> str. 1-51.

Lalive, Pierre. *Absolute finality of arbitral awards*. Portuguese Arbitration Association, 2008. (2008), Portuguese Arbitration Association, предавање доступно на: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12641359550680/lalive_absolute_finality.pdf

Langford, Malcolm and Behn, Daniel and Lie, Runar, The Ethics and Empirics of Double Hatting (July 24, 2017). ESIL Reflection Vol. 6 No. 7. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3008643>, 1-12.

Lin, Tsai-Yu, Systemic Reflections on Argentina's Non-Compliance with ICSID Arbitral Awards: A New Role of the Annulment Committee at Enforcement? (May 31, 2012), Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 5, No. 1, pp 1-22, May 2012, доступно на адреси: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2115553>, 10.04.2016, 4.

Loughlin, Gus Van Harten and Martin. "Investment treaty arbitration as a species of global administrative law." *European Journal of International Law* 17, no. 1, 2006: 121-150.

Marian, Cornel. "Who Guards the Guardians? Contracting States and Available Safeguards for Ensuring Arbitrators' Impartiality and Absence of Bias in the ICSID Convention Compared to the Framework in the New York Convention." *Romanian Journal of Arbitration (Revista Română de Arbitraj)*, v. 28, 2013: 1-13.

Martinez, Elizabeth. "Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases." *Duke J. Comp. & Int'l L.* 23, 2012: 149-186.

Marzorati, Osvaldo J. "Enforcement of Treaty Awards and National Constitutions (the Argentinian Cases)." *Bus. L. Int'l* 7, 2006: 226-247.

Mathews, Alec Stone Sweet and Jud. "Proportionality balancing and global constitutionalism." *Colum. J. Transnat'l L.* 47, 2008: 72-164.

Mistelis, Loukas A. "Award as an investment: The value of an arbitral award or the cost of non-enforcement." *ICSID review* 28, no. 1, 2013: 64-87.

Nmehielle, Vincent O. "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)". *Annual Survey of International & Comparative Law* volume 7, issue 1 (2001): 20-48.

Ortino, Federico. "Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures." *Journal of International Dispute Settlement* 3, no. 1, 2012: 25-46.

Padilla IV, Sabino B.. "Some Available Options to Save the Viability of ICSID Arbitration in the Light of the Annulment Awards in *Klockner v. Cameroon* and *Amco Asia v. Republic of Indonesia*." *Phil. LJ* 63, 1988: 321-362.

Paine, Joshua, Some Comments on Recent Proposals to Legitimize Investment Treaty Arbitration by Improving the Quality of Reasoning in Arbitral Awards (June 17, 2014). SIEL Working Paper No. 2014/16. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2455992> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2455992> str. 1-14.

Pauwelyn, Joost. "At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed." *ICSID Review* 29.2, 2014: 372-418.

Pedro Martinez-Fraga, Harout Jack Samra. "The Role of Precedent in Defining Res Judicata in Investor-State Arbitration." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 32, 2011: 419-450.

Puig, Sergio. "Emergence & dynamism in international organizations: ICSID, investor-state arbitration & international investment law." *Geo. J. Int'l L.* 44 , 2012: 531-607.

Radošević, Ratko. "Systems of judicial review of administration." *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 47, no. 3, 2013: 459-473.

Reisman, Michael W. "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration." *Duke Law Journal* 1989, no. 4, 1989: 739-807.

Roberts, Anthea. "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system." *American journal of international law* 107, no. 1, 2013: 45-94.

Scherer, Matthias. "ICSID Annulment Proceedings Based on Serious Departure from a Fundamental Rule of Procedure (Article 52(1)(d) of ICSID Convention)." *Czech and Central European Yearbook of Arbitration: The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration, Vol. 1*, 2011: 211-226.

Schill, Stephan W., 'Shared Responsibility': Stopping the Irresponsibility Carousel for the Protection of Public Interests in International Investment Law (February 23, 2017). In August Reinisch et al (eds), *International Law and ...: Select Proceedings of the European Society of International Law* (Oxford:Hart Publishing, 2016) 160-169; Amsterdam Center for International Law No. 2017-10; Amsterdam Law School Research Paper No. 2017-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2922536> str. 1-16.

Schill, Benedict Kingsbury and Stephan W. "Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law." *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009: 1-53.

Schill, Charles N. Brower and Stephen W. "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law." *Chi. J. Int'l L.* 9, 2008: 471-498.

Schill, Marc Jacob and Stephan W. "Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method." *International Investment Law Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG*, 2015., 2015: 749-812.

Schneiderman, David. "Investment rules and the new constitutionalism." *Law & Social Inquiry* 25, no. 3, 2000.: 757-787.

Schreuer, Christoph. "From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope." *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 10, no. 2, 2011: 211-225.

Schreuer, Christoph H. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge University Press, 2009.

Schreuer, Christoph. "ICSID annulment revisited." *Legal Issues of Economic Integration* 30, no. 2, 2003: 103-122.

Schreuer, Christoph. "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims—the Vivendi I Case Considered." *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, January 1, 2005: 281-323.

Schreuer, Christoph. "Three generations of ICSID annulment proceedings." *Annulment of ICSID Awards*. Juris Publishing, New York, 2003: 1-42.

Shan, Wenhua. "From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 27, 2006: 631-664.

Smith, Ryan. "Tempering With Gambler's Nirvana. A review into the issues of and regulation of Third Part Funding in Investment Treaty Arbitration." *Upsala Universitet, Department of Law*, 2018: 1-55.

Sophie Lamb, Daniel Harrison, and Jonathan Hen. "Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration." *Indian J. Arb. L.* 5, 2016: 72-92.

Staden, Andreas Von. "Towards Greater Doctrinal Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decisions." *Czech Yearbook of International Law* 2, 2011: 207-229.

Staden, Andreas Von. "The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review." *International journal of constitutional law* 10, no. 4 (2012): 1023-1049.

Staden, William W. Burke-White and Andreas Von. "Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties." *Virginia Journal of International Law* 48, 2007: 307.

Staden, William W. Burke-White and Andreas Von. "Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations." *Yale J. Int'l L.* 35, 2010: 283-346.

Stanivuković, Maja. "„Arbitraža između države i ulagača na osnovu dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja “." *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića, Beograd* (2007)., 514-532

Stevandić, Danilo. "Izvršne uredbe predsednika Sjedinjenih Američkih Država." *Legal Records/Pravni Zapisi* 3, no. 1, 2012: 198-216.

Stone Sweet, Alec. "Ch. 6-The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy." 1-28. 2017.

Stone Sweet, Alec. "Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier." *Law & Ethics of Human Rights* 4, no. 1, 2010: 48-76.

Stone Sweet, Alec, Michael Yunsuck Chung, and Adam Saltzman. "Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor–State Arbitration." *Journal of International Dispute Settlement*, 2017: 1-31.

Tams, Christian J., Is There a Need for an ICSID Appellate Structure? (February 11, 2009). The international convention for the settlement of investment disputes: taking stock after 40 years, Hofmann, Tams, eds., Nomos, Baden-Baden, 2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1341268>

Tienhaara, Kyla. "Once BITten, twice shy? The uncertain future of ‘shared sovereignty’ in investment treaty arbitration." *Policy and Society*, 2011: 185-196.

Tsolakidis, Nikolaos. "35 ICSID Annulment Standards: Who Has Finally Won the Reisman v. Broches Debate of Two Decades Ago?" *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Feb 12, 2015: 828-852.

Tupman, W. Michael. "Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes." *International and comparative law quarterly* 35, no. 04, 1986: 813-838.

Vasiljevic, Mirko and Marko Jovanovic. "Necessity as a ground for precluding wrongfulness in international investment law." *Annals Fac. L. Belgrade Int'l Ed.*, 2016: 5-24.

Walsh, Thomas W. "Substantive review of ICSID awards: is the desire for accuracy sufficient to compromise finality." *Berkeley J. Int'l L.* 24, 2006: 444.

Whitsitt, Stephanie Mullen and Elizabeth. "Quantum, annulment and the requirement to give reasons: analysis and reform." *Arbitration International* 32, no. 1, 2016: 59-80.

Zhaohua, M.E.N.G. "Development and Changes of the Value Orientation of the Finality of Awards System of International Commercial Arbitration." *Canadian Social Science* 9, no. 6, 2013: 147-151.

Међународне конвенције:

Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (ICSID Конвенција)

Доступна на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>

Њујоршка Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука
Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")

Доступна на:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Модел закона о арбитражним правилима Комисије за међународно право из 1958.

ILC Model Rules on Arbitral Procedure (1958): "Report of the International Law Commission on the work of its tenth session, 28 April - 4 July 1958" (UN Doc. No. A/3859) in Yearbook of the International Law Commission 1958, vol. II (New York: United Nations, 1958) at 83 (A/CN.4/SER.A/1958/Add.1). This document is available on the International Law Commission website at:

http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/10_1_1958.pdf&lang=EF

Нацрт правила о међународној одговорности држава за противправне акте Комисије за међународно право Уједињених нација

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html> [accessed 16 January 2017]

Adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001). Extract from the Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session.

Конвенција Уједињених нација против корупције, која је усвојена у Њујорку 2003.

The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) is a multilateral treaty negotiated by member states of the United Nations (UN) and promoted by the UN Office on Drugs and Crime (UNODC). It is one of several legally binding international anti-corruption agreements.

Доступна на:

<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

Бечка конвенција о уговорном праву, потписана 23. марта 1969. године у Бечу, ратификована Уредбом о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми“ број 30/72)

Vienna convention on the law of treaties signed at Vienna 23 may 1969, доступна на:

<http://www.oas.org/legal/english/docs/vienna%20convention%20treaties.htm>

Правилима о транспарентности које је донео UNCITRAL

The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the "Rules on Transparency"), ступили су на снагу: 1. априла 2014 .године. доступни на:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

Документи Секретаријата ICSID-а:

Background Paper on Annulment For the Administrative Council of ICSID, 2012. Str. 16-17
доступан на:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Report%20on%20Annulment_English.pdf

Студија о могућим побољшањима ICSID оквира за арбитражу

Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, *ICSID Secretariat Discussion Paper* (2004.)

Доступно на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf#search=Possible%20improvements>

Радни материјал о предложеним променама ICSID правила и процедура

Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations, *Working Paper of the ICSID Secretariat* (2005.)

Доступно на:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf#search=Suggested%20Changes>

ICSID случајеви анализирани у дисертацији:

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/84/4)

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia II (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Annulment, 3 December 1992, 9 ICSID Reports, pp. 55-56, paras. 9.05-9.10.

Vivendi: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)

Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12

Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16

Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic ICSID Case No. ARB/04/5

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19)

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (ICSID Case No. ARB/81/2)

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4)

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8)

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3)

Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1)

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4)

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25)

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic и Lauder v. Czech Republic

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6)

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9)

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Кристина Стевановић је рођена 27. јуна 1982. године, у Нишу, где је завршила Основну школу „21. мај“, и гимназију „Бора Станковић“. Правни факултет у Нишу је завршила 2006. године, као један од најбољих студената у генерацији. Докторске студије на Правном факултету у Нишу похађа од 2008. године, од када се бави изучавањем области Међународног трговинског права. Од почетка докторских студија је објавила више научних радова на српском и енглеском језику и учествовала је на међународним научним скуповима. Професионалну каријеру је започела и даље остварује на Универзитету у Нишу.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Изјављујем да је докторска дисертација, под насловом

ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ЦЕНТРОМ ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID) КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИ СИСТЕМ

која је одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да ову дисертацију, ни у целини, нити у деловима, нисам пријављивао/ла на другим факултетима, нити универзитетима;
- да нисам повредио/ла ауторска права, нити злоупотребио/ла интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци, који су у вези са ауторством и добијањем академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада, и то у каталогу Библиотеке, Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Нишу, као и у публикацијама Универзитета у Нишу.

У Нишу, 14.06.2019. године

Потпис аутора дисертације:



Др Кристина Р. Стевановић

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА
ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ**

Наслов дисертације:

**ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ЦЕНТРОМ ЗА РЕШАВАЊЕ
ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID) КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИ
СИСТЕМ**

Изјављујем да је електронски облик моје докторске дисертације, коју сам предао/ла за уношење у **Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу**, истоветан штампаном облику.

У Нишу, 14.06.2019. године

Потпис аутора дисертације:



Др Кристина Р. Стевановић

ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Никола Тесла“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу унесе моју докторску дисертацију, под насловом:

ПОСТУПАК ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ЦЕНТРОМ ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА (ICSID) КАО ФУНКЦИОНАЛНО АПЕЛАЦИОНИ СИСТЕМ

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском облику, погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију, унету у Дигитални репозиторијум Универзитета у Нишу, могу користити сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons), за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
- 3. Ауторство – некомерцијално – без прераде (CC BY-NC-ND)**
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прераде (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

У Нишу, 14.06.2019. године

Потпис аутора дисертације:



Др Кристина Р. Стевановић