

СИГНАТУРА  
M-1754

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

МОДУЛ: МЕЂУНАРОДНО-ПОСЛОВНИ

МАСТЕР РАД

ЈАВНИ ПОРЕДАК И МЕЂУНАРОДНА  
ТРГОВИНСКА АРБИТРАЖА

Универзитет у Нишу  
Правни факултет  
Др Дејан Јанићијевић  
Проф. др Дејан Јанићијевић  
Број индекса: М025/11

Ментор:

Проф. др Дејан Јанићијевић

Кандидат:

Марко Стојановић  
Број индекса: М025/11

Ниш, Септембар 2014. године

ИНВЕНТАР  
Бр. 29210



# ЈАВНИ ПОРЕДАК И МЕЂУНАРОДНА ТРГОВИНСКА АРБИТРАЖА

## УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Арбитражни поступак најчешће се завршава одлуком којом се, као и пресудом државног суда, коначно решава о истакнутим захтевима странака. Код највећег броја арбитражних одлука уопште се и не јавља проблем њиховог признања или потврде с обзиром да се странке добровољно понашају у складу са њиховим диспозитивом.<sup>1</sup>

Ипак, најбољи показатељ сврсисходности вођења арбитражног поступка јесте његова способност да исходи одлуком која ће, уколико је то неопходно, бити призната од сваког релевантног националног суда. Арбитражна одлука није судска пресуда,<sup>2</sup> нити је пут до њеног принудног извршења индетичан поступку извршења одлука државних судова. За извршење стране арбитражене одлуке потребно је активирати принудни државни механизам извршења који припада јурисдикцији различитој од оне којој припада орган који је донео одлуку и само уколико постоји могућност за успешно извршење арбитражне одлуке у оваквом амбијенту, странка која је у арбитражном поступку постига успех моћи ће да рачуна на то да ће заиста и остварити оно што је наложено диспозитивом.<sup>3</sup>

Имајући ово у виду а у циљу подстицања арбитражног решавања међународних трговинских спорова, Њуроршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука<sup>4</sup> је у члану III установила претпоставку извршности страних арбитражних одлука која подлеже само ограниченом броју изузетака таксативно наведених у члану V.

<sup>1</sup> Видети Lalive, *Enforcing Awards in ICC, 60 Years of ICC Arbitration* (1984) („добровољно придржавање арбитражних одлука превазилази 90 процената“).

<sup>2</sup> Случај *Fotochrome, Inc. vs Coral Co., Ltd* (1975) „страна арбитражна пресуда се не може сама по себи третирати као страна судска пресуда.“

<sup>3</sup> *Born and Westin* („извршење арбитражне одлуке односи се на имплементацију принудних механизма од стране националних судова или других носиоца власти у циљу ефектуације одлуке“).

<sup>4</sup> Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука донета је 10. Јуна 1958. Године у Њу Јорку, и до сада ју је ратификовало, приступило јој или је наследило 136 држава.

Један од ових изузетака од општег начела извршности је и јавни поредак, који је уз арбитрабилност спора, вољом креатора овог правног акта, подигнут на виши степен значаја у односу на остале, с обзиром на то да суд признања једино о постојању ове две врсте недостатака води рачуна по службеној дужности.

Као предмет теоријских разматрања и упоредноправне анализе науке међународног арбитражног права, јавни поредак заслужује посебну пажњу услед неуниформне одређености свога садржаја и праксе различитог тумачења од стране судова различитих националних припадности. Кроз призму јавног поретка као института међународног арбитражног права преламају се опречни интереси држава пред чијим се судовима јавља проблем примене и то, са једне стране, интерес државе као носиоца суверене власти да на својој територији спречи извршење одлуке која се противи домаћим прописима и вредностима, а са друге стране, интерес државе као дела међународне заједнице да поштује коначност старних арбитражних одлука у складу са потребама међународног правног саобраћаја и тиме да допринос афирмацији међународне арбитраже.

У трагању за решењем овог проблема законодавства и судови појединих држава су се определили за решење да на стране арбитражне одлуке примењују концепт јавног поретка ужег домета (или бар другачијег садржаја) него што је онај који се примењује на домаће арбитражне одлуке.<sup>5</sup>

Концепт јавног поретка, примењљив на стране арбитражне одлуке, често се означава као интернационални јавни поредак или *ordre public international*. Назив интернационални мого би да наведе на закључак да је реч о једном наднационалном инструменту. Ипак, како се у највећем броју случајева практично не ради ни о чему другом до јавном поретку односне државе примењеном на стране одлуке чија садржина и примена зависе од сваке државе појединачно, о истинској интернационалности, а поготову супранационалности, не може бити ни говора.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Посебну анализу резултата примене јавног поретка, као резултат вишегодишњег истраживања, изнео је Комитет за међународну трговинску арбитражу Међународне правне асоцијације (International Commercial Arbitration Committee of International Law Association (ILA)), чије су препоруке усвојене на седмместој конференцији Међународне правне асоцијације у Њу Делхију априла 2002. године

<sup>6</sup> У погледу јавног поретка који се примењује на стране одлуке и оног коме подлежу одлуке домаћих арбитражних судова, француски судови су развили теорију „ублажавајућег ефекта јавног поретка“ или „*effet attenué de l'ordre public*“. Овде се заправо ради и о повлачењу разлике између, са једне стране, реакције јавног поретка на ефекте права које је већ стечено у иностранству, и са друге стране, реакције јавног поретка

## 1. ПОЈАМ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Прилично је тешко дати довољно прецизну и садржајну дефиницију јавног поретка. Проблем дефинисања још више се компликује у контексту признања и извршења страних арбитражних одлука. Без обзира на то, јавни поредак био је бројних покушаја дефинисања од стране теоретичара који су се бавили овом материјом, као и нисилаца судске власти у различитим земљама. Најчешће цитирана дефиниције јавног поретка је она судије *Joseph-a Smit-a*, изложена у његовом образложењу одлуке у предмету *Parsons and Wittrmore v. Societe Generale de l'Industrie du Papier RAKTA and Banck of America*<sup>7</sup> из 1974. године, где је он навео да извршење стране арбитражне одлуке може бити ускраћено на темељу јавног поретка „само када би оно вређало најосновнија схватања морала и правде државе форума“.

Према интерпретацији Енглеске куће лордова из 1853. године, јавни поредак представља „правни принцип који предвиђа да ниједан субјект не може законито радити оно што има тенденцију да буде штетно по јавност, или противни јавном добру“.<sup>8</sup> У контексту извршења арбитражне одлуке, Енглески Апелациони суд је у случају *D.S.T v. Rakoli*<sup>9</sup> из 1987. године заузео став да „питања јавног поретка никада не могу бити довољно исцрпно објашњена и да им треба увек приступити са екстремним опрезом... Потребно је да се покаже да постоји неки елемент незаконитости или да би извршење одлуке било недводмислено штетно за јавно добро или, што је исто тако могуће, да би извршење било потпуни уврдљиво за обичног и добро информисаног припадника јавности у чије име се врше овлашћења државе“.

Немачки суд (*Bundesgerichtshof*) је 1990. године такође дефинисао јавни поредак рестриктивно, користећи се појмовима основних правних правила и идеје правде и то на овај начин: „Повреда есенцијалних принципа Немачког права (*ordre public*) постоји само

---

на стицање права у Француској. У првом случају, захтеви јавног поретка могу бити умањени или ублажени, али у другом они се примењују са пуном својом снагом. *Fouchard*, међутим, сматра да овој теорији нема места у међународном арбитражном праву стога што се судска контрола поштовања јавног поретка спроводи у врло малом обиму чак и кад се одлука донесе у Француској па тако не остаје ни мало простора та даља ублажавања кад су у питању одлуке које су донесене у иностранству. Са друге стране, Професор *Mayer* сматра да је међународни јавни поредак ужи од унутрашњег јавног поретка (зато што се први фокусира само на најфундаменталије норме).

<sup>7</sup> 508F. 2d 969 (Second Circuit, 1974)

<sup>8</sup> Случај *Egerton vs Brownlow*.

<sup>9</sup> Случај *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrergesellschaft mbh vs Ras Al Khaiman National Oil Company* (1987).

ако се арбитражна одлука противи правилу које је основно за јавни или комерцијални живот, или ако је у контрадикцији са немачком идејом правде у фундаменталном смислу. Обична повреда норми материјалног или процесног права учињена од стране арбитражног трибунала није довољна да конституише такву поведу.“<sup>10</sup>

*El-Ahdab*<sup>11</sup> у свом делу „општи увод у арбитражу у европским земљама пише да је у муслиманском праву „принцип јавног поретка заснован на поштовању општег духа шеријатског права и његових извора“, као и на принципу да „појединци морају поштовати своје споразиме осим ако они не забрањују оно што је дозвољено или дозвољавају оно што је забрањено“.

Анализе арбитражне праксе показује да позивање на јавни поредак ретко доводи до одбијања признања и извршења арбитражних одлука, што је по *Van den Bergu*<sup>12</sup> узрочно повезано са линјом разграничења која се повлачи између домаћег и међународног јавног поретка.

Међународни јавни поредак најчешће се схвата уже у односу на домаћи, унутрашњи јавни поредак. Свако правно правило које припада унутрашњем јавном поретку (*ordre public interne*) није обавезно и део спољног (*ordre public externe*), или међународног јавног поретка (*ordre public international*). *Sanders* пише да се „међународни јавни поредак, према опште усвојеној доктрини, своди на повреде уистину фундаменталних концепата правног поретка у датој држави“.<sup>13</sup> Међународни јавни поредак (на супрот унутрашњем јавном поретку) све више налази примену као значајан концепт у законодавствима и судским одлукама у великом броју земаља. На пример у Француској, један од таксативно наведених основа за одбијања признања арбитражних одлука је и чињеница да је одлука противна „*ordre public interne*“<sup>14</sup>, а и у праву Португала постоји слична одредба.<sup>15</sup> Међутим, у својим коментарима Француске легислативе, *Fouchard, Gaillard* и *Goldman* запажају да „Међународни јавни поредак који се односи на

<sup>10</sup> Одлука донета 12.07.1990. године

<sup>11</sup> *El-Ahdab, General Introduction on Arbitration in Arab Countries*, International Handbook on Commercial Arbitration (1988), Види такође *El-Ahdab, Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Countries* (1995).

<sup>12</sup> *Van der Berg, Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few* (1999).

<sup>13</sup> *Sanders, „Commentati“ in 60 Years of ICC Arbitration – A Look at the future.*

<sup>14</sup> Чланови 1498 и 1502 наслова V Новог француског кодекса цивилне процедуре (1981); Види *Mayer, La Sentence contraire a l'ordre public au fond* (1994) и *Fouchard, Gaillard and Goldman, On International Commercial Arbitration* (1999).

<sup>15</sup> Члан 1096(ф) португалског Кодекса цивилне процедуре (1986).

признање и ивршење станих арбитражних одлука може само да значи Француски концепт међународног јавног поретка, или, другим речима, скуп вредности чију повреду Француски правни поредак не може да толерише, чак ни у међународним предметима“. Како португалско законодавство изричито говори о „принципима португалског међународног јавног поретка“, садржина и примена међународног јавног поретка у Француској и Португалији остају зависни од схватања националних судова ових земаља, па се не може рећи да је иједно од ових законодавстава испољило тежњу ка хармонизацији и примени међународних стандарда у овој материји.

Концепт транснационалног или истински интернационалног јавног поретка има још ужи садржај, али у погледу домета, њега карактерише тежња ка универзалној примени, у којој до изражаја долазе фундаментална начела природног права, принципи универзалне правде, *ius cogens* међународног приватног права и општа правила морала усвојена од стране оног корпуса држава који се називају цивилизованим нацијама.<sup>16</sup>

Иако нису познати примери судских одлука где је експлицитно примењен концепт „транснационалног јавног поретка“, постоји неколико одлука где се судови недвосмислено, иако прећутно, позивају на овај концепт. Тако је на пример Милански Апелациони суд заузео став да је јавни поредак на који се односи члан V(2) Њујоршке конвенције, у ствари међународни јавни поредак,<sup>17</sup> односно „корпус универзалних принципа који деле нације сличних цивилизацијских нивоа, које теже заштити фундаменталних људских права, често отелотворених у међународним декларацијама и конвенцијама“. Исто тако, Швајцарски федерални трибунал је, у једном предмету који датира из 1994. године,<sup>18</sup> заузео став у корист „универзалне концепције јавног поретка“ којег одлука вређа уколико је у супротности са фундаменталним моралним принципима признатим у свим цивилизованим друштвима.

---

<sup>16</sup> Видети Goldman, *Les Conflictes des Lous dans l' arbitrage international de drouit prive* (1963 и Buchanan, *Public policy and International Commercial Arbitration* (1988).

<sup>17</sup> Одлука од 04. децембра 1992. године

<sup>18</sup> Одлука од 30. децембра 1994. године, (1995), Bulletin, ASA 217.

## 2. РЕГУЛИСАЊЕ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Ниједан од међународних правних извора који се односе на извршење арбитражних одлука не говори изричито о међународном или транснационалном јавном поретку, што указује на непостојање тежње за хармонизацијом концепта јавног поретка на универзалном међународном плану. Упркос томе, без обзира на специфичности које су приметне у формулацијама које постоје у различитим националним законодавствима, а које се крећу од изричитог упучивања на међународни јавни поредак па све до позивање на домаће, националне норме, судска пракса великог броја држава, уопштено говорећи, заузела је позицију да у односу на стране арбитражне одлуке треба примењивати рестриктивни концепт јавног поретка.

### 2.1. МЕЂУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Доношењу Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године, као носећег стуба међународне трговинске арбитраже, предходила је израда прелиминарног нацрта коју је обавила Међународна трговинска комора. Током година рада закључено је да систем установљен Женевском конвенцијом о извршењу арбитражних одлука из 1927. године више не задовољава нарасле потребе међународне трговине. Економски и социјални савет Уједињених нација је стога, оформио *ad hoc* комитет који је припремио нацрт конвенције који је, изворно, за регулисање питања јавног поретка препоручио одредбу која је примену јавног поретка ограничила на одлуке „јасно некомпатибилне са јавним поретком и фундаменталним правним принципима (*ordre public*) земље у којој се на одлуку позива“, која се у ствари, заснива на формулацији Женевске конвенције. Иако оваква формулација није у потпуности прихваћена<sup>19</sup>, Комитет је у свом извештају навео да је, коришћењем речи „јасно“ и „фундаментално“, у ствари, намеравао да ограничи примену ове одредбе на случајеве у којима би признање или извршење били „значајно противно основним принципима правног система земље у

<sup>19</sup> Члан V(2), у облику у коме је усвојен говори о „одлукама које су противне јавном поретку те земље“. Било је извесних дебата о питању да ли је ова промена проширила или сузила домен примене јавног поретка (види Van den Berg, *The New York Convention of 1958* (1981)).

којој се на одлуку позива.<sup>20</sup> Коначна формулација члана V(2) конвенције гласи „јавни поредак односне државе“ што говори о томе да се креатори конвенције нису бавили хармонизацијом концепта јавног поретка и установљавањем заједничког међународног стандарда.

Женевска конвенција из 1927. године<sup>21</sup> садржала је одредбу да ће одлука бити извршива уколико није „противна јавном поретку или правним принципима земље у којој се на њу позива“ (члан I(e)). За разлику од Њујоршке конвенције, одредба ове конвенције изричито је предвиђала „правне принципе“ као основ одбијања признања и извршења страних арбитражних одлука. Панамска конвенција из 1975. године<sup>22</sup>, примењује формулацију „јавни поредак те државе“, Конвенција из Монтевидеа из 1979. године<sup>23</sup> иде нешто даље па захтева да одлука мора бити „манифестно противна принципима и законима јавног поретка (*orden publico*) државе извршења“ (члан 2(x)), Ријадска Конвенција из 1983. године<sup>24</sup> предвиђа да извршење може бити одбијено уколико је одлука „противна шеријатском праву<sup>25</sup>, јавном поретку или добром моралу“ земље потписнице у којој се извршење захтева (члан 37), а Аманска конвенција из 1987. године<sup>26</sup> помиње једноставно „јавни поредак“.

Вашингтонска (ICSID) конвенција из 1965. године<sup>27</sup> је специфична јер не говори експлицитно о јавном поретку већ члан 52 установљава различите основе за поништење арбитражних одлука који обухватају корупцију арбитражног суда, озбиљно одступање од фундаменталних правила процедуре, као и пропуштање арбитражног трибунала да образложи одлуку. Иако је јасно да прва два разлога невосмислено спадају у домен

<sup>20</sup> Извештај комитета за извршење међународних арбитражних одлука од 28.03.1955. године, UN doc. E-AC.42-4 Rev.1.

<sup>21</sup> Конвенција о извршењу страних арбитражних одлука, донета у Женеви 1927. године, од стране Лиге Народа.

<sup>22</sup> Интер-Америчка конвенција о међународној трговинској арбитражи, донета у Панами 1975. године. Ова конвенција је заснована на нацрту Њујоршке конвенције и ратификована од стране петнаест Латинско-Америчких земаља и Сједињених Држава.

<sup>23</sup> Интер-Америчка конвенција о екстратериторијалној важности страних пресуда и арбитражних одлука, донета у Монтевидеу 1979. године.

<sup>24</sup> Конвенција о судској сарадњи између држава Арапске лиге, донета у Ријад у 1983. године, која је требало да наследи Конвенцију Арапске лиге из 1952. године. Ранија конвенција је још увек на снази у многим земљама јер оне још увек нису ратификовале конвенцију из 1983. године.

<sup>25</sup> Шеријатско право се не помиње у ранијој одлуци из 1952. године

<sup>26</sup> Конвенција Арапске лиге о извршењу арбитражних одлука, донета у Аману 1987. године. Ова конвенција није ступила на снагу, јер још увек није ратификована од стране стипулисаног минимума од седам држава.

<sup>27</sup> Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, донета 1965. године.



међународног јавног поретка, извршење одлуке донете по правилима ICESD-а не може бити оспорено пред судовима државе извршења различите од државе припадности арбитражне одлуке.

Модел закона UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи је усвојен 1985. године и њиме је предвиђен јавни поредак као основ поништења арбитражне одлуке од стране суда у држави места арбитраже (члан 36), што је, у основи, у складу са чланом V(2) Њујоршке конвенције.

OHADA (*L'Oraganitation pour l' Harmonisation du Droit des Affers*) је организација за хармонизацију права отворена за земље чланице Организације Афричког јединства, и до данас се њих шеснаест придружило овој организацији<sup>28</sup>. 11. марта 1999. године, Савет министра OHADA-е усвојио је Униформни арбитражни закон (*Uniform Arbitration Law*) чији члан 31 предвиђа да се признање и извршење арбитражних одлука има одбити уколико је „одлука манифестно противна правилима међународног јавног поретка држава чланица“<sup>29</sup>. Овај закон, у ствари, представља један од ретких покушаја да се хармонизује јавни поредак у оквиру групације од неколико суверених држава.

Могло би се рећи да је Бриселска конвенција о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима<sup>30</sup>, која се не односи непосредно на арбитражне одлуке, са циљем постизања хармонизације у овој области, установила сличан режим тиме што је предвидела, да се питања јавног поретка, између осталих, поверавају на решавање Европском суду правде. У предмету *Krombach vs Bamberski* (март 2000. године), Европски суд правде је, позивајући се на циљеве конвенције, међу којима је и јединствена примена права, навео следеће: „Иако на суду није да дефинише садржину јавног поретка државе уговорнице, ипак се од њега захтева да преиспита границе у оквиру којих судови држава уговорница могу да се позивају на тај концепт у сврху одбијања признања пресуде коју је донео суд друге државе уговорнице“.

<sup>28</sup> Бенин, Буркина фасо, Камерун, Чад, Централноафричка Република, обала Слоноваче, Конго, Камори, Габон, Гвинеја, Гвинеја Бисау, Екваторијална Гвинеја, Мали, Нигер, Сенегал и Того.

<sup>29</sup> Члан 26 предвиђа да одлука може бити поништена „Ако је арбитражни трибунал повредио правило међународног јавног поретка државе потписнице споразума.“

<sup>30</sup> *Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.*

## 2.2 НАЦИОНАЛНА ЗАКОНАДАВСТВА

Начини означавања јавног поретка као препреке признања и извршења страних арбитражних одлука су различити у националним законодавствима различитих држава а ове термилошке разлике имају значајне практичне импликације.

Законодавства Француске<sup>31</sup>, Португала<sup>32</sup> и неких других земаља изричито користе формулацију „принципи међународног јавног поретка“, наглашавајући на тај начин дистинкцију између домаћег и међународног јавног поретка. Слична интенција разграничења између јавног поретка који се примењује на домаће одлуке и јавног поретка који се примењује на стране арбитражне одлуке, манифестована је и у Румунском законодавству<sup>33</sup>.

Највећи број законодавстава говори о јавном поретку (*ordre public*) „односно државе“ (што је уједно и формулација њујоршке конвенције), док се у неким државама користи формулација „јавни поредак“ (*ordre public*) и добар морал“ (Јапан)<sup>34</sup>, а законодавства већине арапских држава упућују на јавни поредак и Шеријатско право.

Постоји одрађени број држава чије законодавство експлицитно и не помиње јавни поредак. На пример, Аустријско право повлачи оштру разлику између обавезујућих закона<sup>35</sup> и „основних принципа аустријског правног система“<sup>36</sup>, шведско законодавство стипулише да извршење стране одлуке може бити одбијено кад суд нађе да би „било очигледно инкопатибилно са основним идејама шведског система да се таква одлука призна и изврши“<sup>37</sup> а пољско законодавство предвиђа да одлука неће бити извршена ако

<sup>31</sup> Члан 1502 Наслова V Кодекса цивилне процедуре (1981).

<sup>32</sup> Члан 1096 (ф) Наслова V Кодекса цивилне процедуре

<sup>33</sup> Чланови 168(2) и 174 Закона 105-1992 о уређивању односа из области међународног приватног права, који предвиђају да ће се извршење одбити ако одлука „вређа јавни поредак румунског међународног приватног права“

<sup>34</sup> Члан 118(3) Кодекса цивилне процедуре (1996), који каже да страна одлука не може бити противна јавном реду или добром моралу у Јапану.

<sup>35</sup> Члан 6 Федералног статута о међународном приватном праву из 1978. године предвиђа да „одредба страног закона не сме бити примењена кад би њена примена довела до резултата непомирљивих са основним начелима аустријског јавног поретка.“

<sup>36</sup> Члан 595 (1).6 Кодекса цивилне процедуре из 1983. године. Услучају из 1983. године аустријски суд је заузео став да члан V(2)(б) Њујоршке конвенције не увиђа разлику између домаћег и међународног јавног поретка, пошто он упућује јасно на случајеве када је одлука противна јавном поретку државе где ће се одлука извршити. У два скорашња случаја судови су усвојили став да је право ЕУ део аустријског јавног поретка.

<sup>37</sup> Шведски арбитражни закон из 1999. године

она „вређа легалитет и друштвену коегзистенцију у Народној Републици Пољској“<sup>38</sup>. Законодавство Републике Кореје захтева да страна одлука буде у сагласју са „добрим моралом и друштвеним редом Републике Кореје“,<sup>39</sup> док је у Кини, предвиђено да ће се извршење одбити уколико је одлука „противна социјалним и јавним интересима“<sup>40</sup>.

На самом карају овог спектра, како у погледу терминологије која се користи у националним прописима, тако и у погледу примене, законодавство Бразила предвиђа да ће извршење стране арбитражне одлуке бити одбијено ако „одлука вређа национални јавни поредак“,<sup>41</sup> чиме се недвосмислено указује на то да у овој земљи нема ни говора о примени било каквих интерационалних норми и принципа у овој материји.

### 2.3. СУДСКА ПРАКСА

Судска пракса и стручни и научни коментари показују да судови многих држава примењују рестриктивни концепт међународној јавног поретка у односу на домаћи јавни поредак.

У државама *Civil Law* система, поред већ поменутих законодавстава Француске и Португала који се изричито позивају на „међународни јавни поредак“, судови већине европских држава у својој пракси недвосмислено примењују овај концепт (Немачка, Данска, Холандија, Шпанија, Швајцарска, Шведска и др.).

И земље *Common Law* система су ограничиле домашај концепта јавног поретка у међународним предметима. Сједињене Америчке Државе, које су у скорије време законодавно ефектуирале Њујоршку и Панамску конвенцију<sup>42</sup>, примењују рестриктивни концепт јавног поретка. У том смисли илустративна је одлука судије *Smith-a* у чувеном случају *Parsons and Whittmore* из 1974. године, у чијем је образложењу речено да

<sup>38</sup> Чланови 712 (1)(4), 1146 и 1150 Кодеска цивилне процедуре из 1964. године. Аутори ипак примењују да се овим одредбама мора дати веома уско тумачење и да се имају применити само у случај у повреди примарних правила пољског правног система

<sup>39</sup> Члан 203 Кодекса цивилне процедуре из 1991. године

<sup>40</sup> Члан 206 поглавља 28 Закона о цивилној процедури из 1991. године. Види Houzhi and Shengchang, *Peoples Republic of China, Handbook* из 1998. године, где аутори наводе следеће: „јавни и социјални интрес је за сада подложен стриктној интерпретацији и што се тиче кинеске домаће арбитраже и комерцијалне арбитраже са елементом иностраности (међународне). Концепт међународног јавног поретка још увек није развијен у одлукама кинеских судова. Види такође Wang, *One Country, Two Arbitration Systems* (1997).

<sup>41</sup> Члан 39 II Закона број 9.307-1996. Бразил није потписник Њуроршке конвенције. Види Netto, *Brazil, Handbook* из 1998. године, где аутор наводи да је у Бразилу појам мађународног јавног поретка непознат.

<sup>42</sup> US Federal Arbitration Act, секције 201 и 301.

извршење стране арбитражне одлуке треба бити одбијено „када би оно повредило најосновнија схватања моралности и правде државе форума“. Исте године, Врховни суд САД је у случају *Scherk vs Alberto-Culver CO.*<sup>43</sup>, одбио захтев за поништење арбитражног споразума који се односио на међународни трговину, иако би арбитражно решавање таквог спора представљало повреду јавног поретка САД да се радило о унутрашњој трговини, чиме је практично потврђено постојање разлике између унутрашњег и међународног јавног поретка САД. И у Енглеској, иако арбитражни закон (*English Arbitration Act*) из 1996. године предвиђа да признавање одлуке која подлеже правилима Њујоршке конвенције може бити одбијено ако „би било противно јавном поретку да се одлука призна и изврши“<sup>44</sup>, судови су у пракси прихватили рестриктивни концепт јавног поретка.<sup>45</sup>

### 3. САДРЖИНА ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Прецизан одговор на питање која правила и норме спадају у домен јавног поретка у међународном арбитражном праву врло је тешко пронаћи. Јавни поредак обухвата како материјално правне (супстативне), тако и процедуралне категорије<sup>46</sup>, а потврда тога налази се у коментарима садржаним у извештају комисије UNICENTRAL-а из 1985. године.<sup>47</sup>

У ограничењу концепта јавног поретка, односно примени стандарда мађународног јавног поретка, судови су препознали и признали значај коначности арбитражне одлуке која се и сама сматра аспектом јавног поретка. Како претерано широко тумачење јавног поретка обезвређује концепт поштовања коначности арбитражне одлуке и онемогућава

---

<sup>43</sup> 417 U.S 506 (1974)

<sup>44</sup> Секција 103(3), а одлуке које подлежу правилима Женевске конвенције регулише секција 99 овог акта и II део Арбитражног акта из 1950. године, укључујући и секцију 37 која предвиђа да „извршење стога не сме бити противно јавним поретком и европским законима“.

<sup>45</sup> Видети Mustill and Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (1989), Sutton, Ken-Dail and Gill, *Russel on Arbitration* (1997), и Meakin, *Arbitration Law* (1997). Скорији случајеви који се односе на ову материју су: *Soleimany vs Soleimany* (1998), *Wescare Investments Inc. vs Jugoimport-SDPR Holding Co* (1999), *Omnium de Traitement et de Valorisation SA vs Hilmarton Ltd* (1999), *Minmetals Germany GmbH vs Ferco Steel Ltd* (1999).

<sup>46</sup> Француски касациони суд недавно је потврдио да француски међународни јавни поредак обухвата захтеве, како супстативне, тако и процедуралне природе (у том конкретном случају захтев непристрасности): *Excelzior Film TV, Srl vs UGC-PHOA*, одлука од 24. марта 1998. године.

<sup>47</sup> UN Doc. A-40-17, параграф 297 и 303.

остваривање циљева арбитражног решавања међународних спорова, концепт јавног поретка конструисан је врло уско.

Јавни поредак како основ ускраћивања признања и извршења страних арбитражних одлука установљен је у члану V(2)(б) Њујоршке конвенције и члану 36 (1)(б)(i) UNCITRAL-овог Модел закона, који предвиђају да ће се признање и извршење стране арбитражне одлуке одбити ако је „спор неподобан за решавање у арбитражи по законима те државе“<sup>48</sup>. Неки теоретичари чак сматрају да арбитрабилност представља део јавног поретка, те да је стога члан V(2)(а) Њујоршке конвенције сувишан<sup>49</sup>.

### 3.1 МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ ЕЛЕМЕНТИ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Супстантивни (материјали) јавни поредак (*ordere public au fond*) у најширем смислу, у контексту признања и извршења страних арбитражних одлука, налази своју примену када се доведе у питање сагласност садржине арбитражне одлуке са релевантним јавним поретком. У материјалноправне елементе јавног поретка теорија и пракса најчешће сврставају императивне прописе, националне интересе државе у међународним односима, фундаменталне правне принципе и моралне принципе.

#### 3.1.1 Императивни прописи (*lois de police*)

Императивно правило у међународној трговини професор Mayer описује као „једну императивну правну норму која се мора применити на један међународни однос, без обзира на то које је право меродавно за тај однос. Речено на други начин, императивна правна правила су елементи јавног поретка (*ordre public*), штавише, они рефлектују јавни поредак тако снажно да морају бити примењени чак и кад правни систем којем припадају није компетентан по релевантном правилу о сукобу закона.<sup>50</sup> Јавни поредак може поставити захтев да се право које се примењује на регулисање једног односа потчини императивним прописима земље форума или императивном прописима меродавног права или супранационалног правног система. Међу најчешће у овом контексту примењеним

<sup>48</sup> Видети Bockstiegel, *Public Policy and Arbitrability*.

<sup>49</sup> Видети Van den Berg, *The New York Convention of 1958* (1981).

<sup>50</sup> Mayer, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration* (1986) и Mayer, *La Sentence Contraire a l'ordre Public au Fond* (1994).

императивним прописима налазе се прописи о праву конкуренције, прописи о контроли валуте, прописи о заштити животне средине, прописи о мерама ембарга, блокаде и бојкота, као и прописи имају за циљ заштиту оне стране за коју се претпоставља да је приликом закључења арбитражног споразума била у подређеној преговарачкој позицији.

Париски апелациони суд је заузео став да и „прописи који се односе на јавну контролу страних инвестиција изражавају идеју међународног економског јавног поретка због тога што ова правила имају за циљ одржавање равнотеже економских и финансијских односа једне државе са остатком света у јавном интересу, контролом кретања капитала преко границе једне земље.“<sup>51</sup>

Илустративан пример императивног прописа као елемента јавног поретка јесте члан 81 Амстердамског споразума од 2. октобра (члан 85 Римске конвенције),<sup>52</sup> који забрањује праксу која ограничава и онемогућава конкуренцију између правних субјекта са националношћу држава Европске Уније. према члану 81(2), споразуми којима се то чини су ништави, осим ако се тади о изузетку предвиђеном у члану 81(3). Европски суд правде је ово правило подигао на ниво међународног јавног поретка унутар држава чланица, па би арбитар који примети да је дошло до повреде члана 81 требало да на сопствену иницијативу одбије узимање предмета у рад, а национални судови земаља чланица Европске Уније би требало, када се сусретну са арбитражном одлуком која је супротна члану 81 конвенције, да одбију извршење на основу примене јавног поретка или да предмет препусте Европском суду правде према члану 234 конвенције.

Аустријски врховни суд је у две своје одлуке из 1988. године заузео став да је било која одредба права Европске Уније која је директно примењива на државе чланице, захваљујући својој супремацији у односу на унутрашња законодавства држава чланица, аутоматски и део аустријског националног јавног порека. Стога би, по мишљењу овог суда, арбитражну одлуку која је у конфликту са директно примењивим правом Европске Уније, требало поништити. (Први такав случај у пракси се односио на право конкуренције, иако Аустријски врховни суд никад до тада аустријско картелско право није сматрао делом аустријској јавног поретка,<sup>53</sup> а други на одредбу шесте VAT директиве).<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Случај *Courreges Design vs Courreges* (1990).

<sup>52</sup> Римски споразум замењен Амстердамским споразумом од 02. октобра 1997. године, у коме је члан 85 сада члан 81а а члан 177 је сада члан 234.

<sup>53</sup> 3 Об. 115-95 од 23. фебруара 1998. године.

### 3.1.2 Национални интереси државе

Принципи који се односе на мере ембарга, блокаде или бојкота представљају израз националних интереса државе. Међутим, како су ове мере исовремено обухваћене и императивним прописима државе признања и извршења арбитражне одлуке, може се рећи да оне представљају подручје преклапања сфера императивних прописа и националних интереса као супстативних категорија јавног поретка.

Ипак, који год значај једна држава придавала својим националним интересима у међународним односима, потреба за афирмацијом арбитражног решавања спорова проистеклих из међународне трговине не дозвољава сувише широко тумачење и примену националних интереса као елемента јавног поретка. О таквој пракси сведоче и бројне одлуке суда широм света. У случају *Parsons & Wittemore* из 1974. године, Апелациони суд Сједињених Америчких Држава је стао на становиште да се јавни поредак не може поистовећивати са „националном политиком“ те стога није одбио извршење арбитражне одлуке донесене у корист египатског држављана само из разлога тада постојећих политичких тензија између Египта и Сједињених Америчких Држава. Овај принцип је несумњиво потврђен и у каснијем случају *National Oil Comp. vs Libian Oil Comp.* из 1990. године<sup>54</sup>, када је суд одбио приговор којим је оспорено извршење одлуке, који се заснивао само на чињеници да је одлука била у корист Либије „државе за коју се зна да спонзорише међународни тероризам“ и заузео став да би „ примена јавног поретка као парохијског инструмента који штити националне политичке интересе озбиљно поткопала сврсисходност Њујоршке конвенције чије одредбе немају за циљ оправдање хирова међународне политике под паролом јавног поретка“. У случају *Dalmia Dairy Industries Ltd vs National Bank of Pakistan* из 1978. године.<sup>55</sup> енглески Апелациони суд је одбацио аргумент да би било противно енглеском јавном поретку да енглески суд изврши одлуку арбитражног суда Међународне арбитражне коморе донесену у Швајцарској у спору између држављана две земље које су међусобно биле у рату (Индије и Пакистана), када су обе те земље задржале добре односе са Великом Британијом. Ипак, енглески судови имали су другачији приступ поводом уговора где је једна од уговорних страна

---

<sup>54</sup> 3 Об. 2372-96 од 05. маја 1998. године.

<sup>55</sup> 733 F.Supp. (1990)

<sup>56</sup> (1978) 2 Lloyds Rep. 233.

држављанин непријатељске земље, или уговора који за јасан циљ има повреду интереса неке пријатељске владе.

### 3.1.3. Фундаментални правни принципи

Императивни прописи се могу али и не морају сматрати различитом категоријом од основних правних принципа. Ипак неки судови радије користе термин правни принципи за означавање општијих руководних идеја наго за означавање неких специфичних законских одредби. Пример тога је Швајцарска пракса где је странка која жели да се позове на повреду неког од основних правних принципа када захтева поништење арбитражне одлуке, по Швајцарском закону о међународном приватном праву, дужна да конкретно наведе који је фундаментални правни принцип повређен предметном арбитражном одлуком.<sup>57</sup> Такви принципи били би: забрана злоупотребе права (поготову у *civil law* земљама), принцип поступања у доброј вери, *pacta sunt servanda*, забрана дискриминације, забрана експропријације брз накнаде као и принцип заштите неспособних лица.

Анализа казних одштета у грађанским стварима може илустровати принцип функционисања фундаменталних правних принципа као категорије јавног поретка. Законодавство већине држава не дозвољава досуђување казних или екземпларних одштета (*punitive and exemplary damages*). У случају Међународне трговинске коморе No. 5946, захтев за досуђење казнене одштете био је одбијен у арбитражи чије је место одржавања било у Женеви, иако је меродавно право било право државе Њу Јорк којим су казнене одштете предвиђене, на основу става да свака одштета која превазилази износ компензације представља казнену меру што је противно швајцарском јавном поретку. Изузетак су Сједињене Америчке Државе,<sup>58</sup> где је Федерални арбитражни закон предвидео да арбитражни суд може досудити казнену одштету.<sup>59</sup> За такав приступ у овој земљи се сматра да је у складу са политиком афирмације арбитраже као истинске алтернативе

<sup>57</sup> Видети Briner, *Switzerland, Handbook* (1992).

<sup>58</sup> Екземпларна одштета је исто тако била досуђивана од стране аустралијских судова због преваре (*XL Petroleum NSW Pty Ltd vs Caltex Oul (Aust.) Pty Ltd* (1985) као и због намерне погрешне изјаве у полиси осигурања (*Lamb vs Cotogno* (1987).

<sup>59</sup> *Willis vs Shearson and American Express Inc.* (1983).



парници. У складу са оваквом политиком, федерални судови ће извршити и страну арбитражну одлуку којом се одређује казнена одштета.<sup>60</sup>

Случај *Laminoirs-Trefilerijes-Cablerijes de Lens SA vs Sothwire Co.* из 1980. године<sup>61</sup> представља један од неколицине случајева о којима је извештено, а у којима су судови Сједињених Америчких Држава одбили да изврше страну арбитражну одлуку која подлеже Њурошкој конвенцији на основу повреде јавног поретка, а због досуђивања казнене одштете. Тад је суд Џорџије закључио да арбитражна одлука да би каматне стопе трбало да се повећају за додатних пет процената после протеча два месеца од дана доношења одлуке, што је у складу са француским законом, представља казну у већој мери него компезацију, па тај део одлуке не може бити извршен. Али будући да, као што је већ речено, федерални судови Сједињених Америчких Држава дозвољавају извршење одлука у којима се досуђују казнене одштете, одлука донесена у овом предмету не може се сматрати извором права.

#### 3.1.4. Морални принципи

Пиратерија, тероризам, педофилија, промет опојних дрога, ропство, кријумчарење и геноцид су активности које се у већини земља у свету сматрају *contra bonos mores*. Било какав споразим или одлука који подржавају такву активност сматрају се противним јавном поретку, па стога и неизвршним, без обзира на то шта предвиђа право меродавно за уређивање односа уговорних страна. У случају *Soleymani vs Soleymani* из 1998. године,<sup>62</sup> Енглески апелациони суд је одбио да изврши одлуку Јевреског *Beth Din* суда (Суда главног рабина у Лондону), којом је признат ефекат уговора између оца и сина, који се односио на кријумчарење тепиха из Ирана, што је представљало повреду Иранских прописа о приходима и контроли извоза. Париски апелациони суд је 1993. године заузео став да је „уговор чија је сврха и циљ куповина утицаја кроз плаћање мита противан француском међународном јавном поретку, као и етици међународне трговине како је

<sup>60</sup> Видети *Barbier vs Shearson* (1991) где се судија Ward J, у држави New York позива на одлуку *Garrity vs Lyle Stuart Inc.* где је Њујоршки апелациони суд одобрио одлуку о казненој одштини на основу тога што је била *contra bonos mores* за домаћу арбитражу.

<sup>61</sup> 484 F. Supp. 1063 (ND Ga, 1980)

<sup>62</sup> (1998) 3 WLR 811. За свеобухватан преглед проблема незаконитости и јавног поретка у енглеском праву види *Chitty on Contracts* (1998). Види исто тако *Illegal Transactions: The Effects on Contracts and Torts* (1998), UK Law Commissions, Consultation Paper.

схвата велика већина држава у међународној заједници.<sup>63</sup> Исто тако, према енглеском праву, уговор где једна страна обећава да ће платити извесну суму новца за услуге посредовања и у подмићивању неког јавног тела са циљем закључења неког пословног аранжмана, сматра се незаконитим и ништавим *ab inito*<sup>64</sup> (такође се и сама чинидба посредника може сматрати незаконитом, због чега он не може реализовати своје потрживање према наручиоцу услуга посредовања).

Пракса судова у овој области, ипак значајно варира. У неким случајевима спорови где једна од страна захтева извршење уговора којим је предвиђено плаћање мита сматрани су неарбитрабилним;<sup>65</sup> у другим трибунали су заузимали став да постоји њихова надлежност да решавају спор, али да је сам споразум незаконит;<sup>66</sup> у трћој групи случајева захтев за „накнадама“ бивао је усвојен уколико је до закључења уговора дошло пре доношења прописа који су такву праксу забранили;<sup>67</sup> док су у четвртој групи случајева судови повлачили линију разграничења између споразума о примени личног утицаја и споразума о плаћању мита.<sup>68</sup>

### 3.2 ПРОЦЕДУРАЛНИ ЕЛЕМЕНТИ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

У процедуралне елементе јавног поретка могу се сврстати она правила процедуре која су од тако фундаменталног значаја да би њихова повреда представљала универзално прихватљив основ одбијања признања и извршења извршења арбитражних одлука, без обзира на тенденцију афирмације међународне арбитраже. У теорији међународног арбитражног права постоје различита мишљења о томе која од процесних правила спадају у домен јавног поретка, чему је узрок непостојање јединства у интерпретацији и примени овог института. Управо према критеријуму своје универзалности у примени елемената јавног поретка, све процедуралне категорије јавног поретка које су евидентирани у

---

<sup>63</sup> *European Gas Turbines SA vs Westman International Ltd* (1993)

<sup>64</sup> Видети *Chitty on Contracts* (1999).

<sup>65</sup> На пример, одлука судије *Lagergren* из 1993. године

<sup>66</sup> На пример, предмет 3916 Међународне трговинске коморе из 1983. године о коме су писали *Rossel* и *Prager* (*Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof* (1999)) где је трибунал покренуо питање незаконитих накнада и приметио у својој одлуци да је незаконит карактер уговора о плаћању мита и да арбитражи могу оправдано у таквим случајевима засновати своју одлуку на општим правним принципима или транснационалном јавном поретку.

<sup>67</sup> На пример, *Northrop Corp. vs Triad* (1984).

<sup>68</sup> На пример, *Westcare Investments Inc. vs Jugoinport-SDPR Holding Co Ltd* (1999).

извештају комисије ILA (Међународне асоцијације правника)<sup>69</sup>, могу се поделити у две групе:

- 1) Оне које се несумљиво сматрају елементима јавног поретка (прописи о објективности арбитра, *res iudicata*, и прописи о забрани преваре и корупције);
- 2) Оне које представљају несумљив основ одбијања признања и извршења страних арбитражних одлука али не спадају искључиво у домен јавног поредака (оне могућавање станици да расправља, и поништење арбитражне одлуке у држави порекла);
- 3) Оне које се веома ретко примењују као основ одбијања признања и извршења станих арбитражних одлука (манифестно занемаривање права и манифестно занемаривање чињеница).

### 3.2.1. Необјективност арбитра

Најшире је прихваћен став да недостатак у погледу објективности који постоји на стани арбитражног суда представља повреду јавног поретка и основ за одбијање извршења арбитражних одлука<sup>70</sup>. Ипак, у много већој мери је уобичајено да се питање недостатка објективности суда покрене пред арбитражном институцијом која администрира арбитражно решавање спора у време започињања арбитражног поступка, односно у фази именовања арбитра, или пред судом који врши контролу арбитражне одлуке на националном плану, него да се овај проблем отвара у фази признања и извршења.

### 3.2.2. *Res iudicata*

Извршење арбитражне одлуке било би супротно јавном пореку уколико је претходно донета одлука државног суда у истом предмету. Ово питање је на експлицитан

<sup>69</sup> Извештај Комитета за међународну трговинску арбитражу Међународне асоцијације правника (International Law Association-ILA) презентован на конференцији одржаној у лондону 2000. године .

<sup>70</sup> На пример, одлука Француског касационог суда у случају *Excelsior Film TV, Srl vs UGC-PHO* од 24. марта 1998. године, где је потврђено да недостатак објективности представља повреду француског јавног поретка. Исто то је учинио и Апелациони суд у Цируху у случају из 1995. године, када је заузео став да клаузула која је сваки евентуални спор упућивала на заступника једне од странака вређа швајцарски јавни поредак.

начин решено у законодавствима неких земаља, као што је на пример Египат.<sup>71</sup> Енглески судови су такође подржали став да правило *res iudicata* представља део јавног поретка,<sup>72</sup> а у Индији је одлука којом је игнорисана или повређена пресуда Индијског високог суда која се односи на исти спор, схваћена од Индијског врховног суда као потенцијално противна јавном поретку.<sup>73</sup>

### 3.2.3. Превара и корупција

Постоји несумљиви међународни консензус о томе да извршење арбитражне одлуке треба одбити ако је на њено доношење имала утицаја или је до њеног доношења довела превара или корупција. У извештају комисије UNCETRAL-а<sup>74</sup> наводи се следеће: „Схваћено је да термин јавни поредак, који је коришћен у Њујоршкој конвенцији из 1958. године и многим другим међународним споразумима, обухвата фундаменталне правне принципе и принципе правде, како у супстантивном, тако и у процедуралном смислу. Због тога, појаве као што су корупција, мито и превара и слични недостаци престављају основ за одбијање признања.

Аустрија, Нови Зеланд, Индија и Зимбабве су у својим арбитражним прописима инкорпорисали модификоване верзије UNCITRAL-овог Модел закона, које предвиђају да ће се „из разлога избегавања сумње“ и „без ограничења општости“ чланова 34 и 36 Модел закона, арбитражна одлука сматрати противном јавном поретку ако је „доношење одлуке изазвано или је на њега имала утицај превара или заблуда“. ICSID Конвенција, као један од основа одбијања признања арбитражне одлуке, наводи и „постојања корупције на страни члана арбитражног трибунала“. (члан 52(ц))

Постоје разлике у мишљењима по питању да ли се мора показати да су ове појаве заиста биле од утицаја на исход арбитражног поступка да би се одлуци арбитражног суда могло ускратити признање и извршење. У већој мери прихваћено је мишљење да је одлука неизвршива уколико је повреда постојала, без икакве потребе за доказивањем њених ефеката.

<sup>71</sup> Члан 58(2) Закона који се односи на арбитражу у грађанским и комерцијалним стварима. Види EL Ahdab, *The New Egyptian Arbitration Act in Civil and Commercial Matters* (1995).

<sup>72</sup> Случајеви *Vervake vs Smith* (1983) и *E. D. and F. man (Sugar) Ltd vs Haryanto* (1991)

<sup>73</sup> Поменути случај *Renusagar*.

<sup>74</sup> UN Doc. A-40-17.

### 3.2.4. Онемогућавање странци да расправља

Извршење арбитражне одлуке може бити одбијено у случају када је у поступку постојала повреда законитости или „природне правде“ која се огледа у онемогућавању странци да се изјасни о предмету спора. Члан V(1)(б) Њујоршке конвенције предвиђа да се извршење арбитражне одлуке може одбити ако странци на чију је штету одлука донета није достављено обавештење о формирању или индетитету арбитражног трибунала или о арбитражном поступку, или јој је на други начин онемогућено да презентује свој случај. Како је овај разлог предвиђен као посебан изузетак од начела извршивости страних арбитражних одлука, у овом случају заправо и није реч о повреди јавног поретка. Ипак Аустралија, Нови Зеланд и Зимбабве су својим модификованим верзијама UNCIRAL-овог Модел закона, предвиделе да је „због избегавања сумње“ и „без оганичавања општости“ чланова 34 и 36 UNCIRAL-овог Модел закона, арбитражна одлука противна јавном поретку ако је „дошло до повреде правила природне процедуралне правде“. Правила природне правде представљају не баш најаснију категорију јавног поретка и тако дефинисаном категоријом може бити обухваћен дословно сваки разлог незадовољста неуспеле странке у арбитражном поступку. Ипак, постоји концензус да мора постојати „озбиљна нерегуларност“<sup>75</sup> да би дошло до примене овог института, па ICSID Конвенција у разлоге одбијања признања арбитражне одлуке укључује и „постојање озбиљног одступања од фундаменталних правила процедуре“ (члан 53(д)).

*Schwebel* и *Lahne* су приметили да су фундаментални захтеви јавног поретка у погледу одвијања арбитражне процедуре, у ствари, очигледни и, као такви, врло ретко контроверзни<sup>76</sup>. Ови принципи који, које они представљају као опште принципе „међународног *due process*“ укључују: равноправан третман странака, обавештење странака (како о именовању арбитра, тако и у вођењу поступка) и обезбеђивање постојања фер и равноправне могућности презентације доказа од стране обеју странака. Тако је у добро познатој одлуци *Dutco* из 1992. године, Француски Касациони суд, поводом захтева за поништење арбитражне одлуке стао на становиште да непоштовање принципа

<sup>75</sup> На пример Московски градски суд је заузео став да минорне повреде поступка у арбитражи нису релевантне за јавни поредак

<sup>76</sup> Видети *Schwebel and Lahne, Public Policy and Arbitral Procedure*.

равноправности станака, конкретно, равноправности у именовану арбитра, представља повреду француског међународног јавног поретка.

### 3.2.5 Поништење одлуке у земљи порекла

Иако члан V(1)(e) Њујоршке конвенције предвиђа да се признање и извршење арбитражне одлуке могу одбити ако је одлука поништена у месту арбитраже, Париски апелациони суд је у случају *The Arab Republic of Egypt vs Chromalloy Aeroservices Inc.*<sup>77</sup> заузео став да признање у Француској одлуке која је поништена од стране судова у месту арбитраже не би поведило француски међународни јавни поредак<sup>78</sup>. Кад је суд у овом случају признао арбитражну одлуку не осврћући се ни на изричиту одредбу Њујоршке конвенције која се непосредно односи на поништење одлуке у земљи порекла, Париски апелациони суд је показао висок степен дискреције, али и благонаклоност у односу на старане арбитражне одлуке.

### 3.2.6 Манифестно занемаривање чињеница

Судови у великом броју земаља одбацују аргумент да нетачна интерпретација материјалног права од стране арбитражних судова представља довољан разлог за стављање у функцију института јавног поретка и одбијање признања и извршења страних арбитражних одлука. Такву праксу следе судови Швајцарске<sup>79</sup>, Француске<sup>80</sup>, Енглеске<sup>81</sup>, Филипина<sup>82</sup> и Немачке.<sup>83</sup>

Ни доношење одлуке засноване, не на законским нормама, већ на неким другим основама, не сматра се противним јавном поретку. На пример, Аусријски Врховни суд је

<sup>77</sup> Одлука од 14. јануара 1997. године

<sup>78</sup> До сличног резултата се дошло у Француској у случају *Omnium de Traitment et de Volarization vs Hillmarton* (1997) где је извршење швајцарске одлуке која је предходно поништена од стране швајцарског уставног суда одобрено. У Сједињеним Државама у случају *Chromalloy vs Arab Republic of Egypt* из 1996. године учињено је исто, али у случајевима *Baker Marine vs Chevron* из 1999. године и *Spier vs Calzaturificio Tehnica S.p.A* из исте године судови су одбили извршење арбитражних одлука поништених у земљама њиховог порекла.

<sup>79</sup> Одлуке Врховног суда: AFT 11 II 105, ATF 115 II 291, ATF, 116 II 634

<sup>80</sup> На пример *Andre vs Multitrade* из 1994. године.

<sup>81</sup> Случај *Adams SA vs Cape Industries ple* (1990).

<sup>82</sup> BGN NJW 1990, 3210.

<sup>83</sup> Одлуке врховног суда: *Assest Privatization Trust vs Court of Appeals* из 1998. године и *Natinonal Steel Corporation vs The Regional Trail Court of Lanao de Nostro* из 1999. године

сматрао да повреда јавног поретка није постојала у случају када је арбитражни трибунал Међународне трговинске коморе, заседајући у Бечу, применио „међународни *lex mercatorija*“, <sup>84</sup> а и француски судови дошли су до сличних закључака. <sup>85</sup>

Међутим, пракса Енглеских судова је до 1996. године је у овом погледу била неконзистентна. У случају *D.S.T vs Rakoli* из 1987. године <sup>86</sup>, Енглески апелациони суд је одбацио аргумент да извршење одлуке засноване на „међународно прихваћеним принципима права којима се уређују уговорени односи“ (или ближе, уобичајеној пракси у међународним арбитражама, посебно у области концесија за вађење нафте), уместо на било ком националном правном систему, треба бити одбијено на темељима повреде јавног поретка. Међутим, у својој одлуци у предмету *Home and Overseas Insurance Co.Ltd vs Mentor Insurance Co.* из 1989. године, овај суд је стао на позицију да клаузула која је предвиђала да независни арбитри одлучују независно од правних правила, а према свом сопственом схватању правде и поштења, није правно ваљана. Коначно, одељак 46(1)(б) Енглеског арбитражног акта из 1996. године, који предвиђа да се странке могу споразумети око правила на основу којих ће арбитражни трибунал решити спор, отклонио је све недоумице поводом питања да ли енглески судови могу сматрати одлуке засноване на *lex mercatorija* <sup>87</sup> или правилима које установљавају саме странке <sup>88</sup> или које се доносе *ex aequo et bono*, противним јавном поретку.

У Сједињеним Америчким Државама, иако позивање на „манифестно занемаривање закона“ представља средство одбране од извршења арбитражне одлуке предвиђено Федералним арбитражним законом, федерални судови су стали на становиште да ово није валидно средство одбране према Њујоршкој конвенцији и да стандард манифестног занемаривања права не потпада под домен члана V(1)(б) <sup>89</sup>. Ипак у једном скорашњем случају, Апелациони суд друге области заузео је став да стандарди Федералног арбитражног закона, укључујући и манифестно занемаривање права, имају и

---

<sup>84</sup> Случај *Norsolar SA vs Pabalk Ticaret Ltd.* (1984).

<sup>85</sup> Случај *Compania Valenciana de Cementos Portland vs Primary Coal Inc.* из 1991. године.

<sup>86</sup> (1987) 2 *Lloyd's Report* 246.

<sup>87</sup> Видети Lando, *The Lex Mercatoria un Internacional Commercial Arbitration* (1985), Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five Years* (1988), Lowenfeld, *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* (1990), Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria* (1999).

<sup>88</sup> Видети Christie, *Amiable Compositioning French and English Law* (1992).

<sup>89</sup> Видети *M & C Corp. vs Erwin Behr GmbH* из 1996. године, *International Standard Electric Corp. vs Brides Sociedad Anonima Petrolera, Industrial Y Comercial* (1990) и *Brendies Instel Ltd vs Calabrian Chemical Corp.* (1987)

примену и на не-домаће арбитражне одлуке у САД.<sup>90</sup> За поништење одлуке из разлога манифестног занемаривања закона, сматра се да треба да постоји нешто више и нешто што је другачије од уобичајене грешке у примени права или пропуста арбитра да правилно разуме или примени право. Грешка мора да је очигледна и таква да је непосредно може уочити просечна особа квалификована да суди као арбитар. Шта више и сам термин занемаривање имплицира да арбитар уочава постојање очигледно примењљивог принципа или правила али доноси одлуку да тај принцип игнорише.

#### 4. МЕРОДАВНИ ЈАВНИ ПОРЕДАК

Проблем индетификације меродавног јавног поретка приликом одлучивања о признању и извршењу сране арбитражне одлуке од великог је значаја. Питање је може ли се од суда признања и извршења тражити да, осим јавног поретка државе којој припада, узме у обзир и јавни поредак неке друге државе чијим је законодавством регулисан арбитражни поступак, или да примени супранационални јавни поредак или јавни поредак државе на чијој се територији налази место арбитраже. Готово универзаан одговор на ово питање је да је релевантан само јавни поредак форума тј. земље о којој се одлучује о признању и извршењу. О овом питању изјасили су се и правна теорија и судска пракса. Тако на пример у Француској, *Fouchard* сматара да ниједан суд не би требало да узима у обзир правила националног јавног поретка иностране јурисдикције, професор *Bockstiegel* пише да у Немачкој повреда иностраних закона или јавних поредака не може бити повод за поништење арбитражне одлуке, а у Индији, у случају *Renusagar Power Co. Ltd vs General Electric CO*<sup>91</sup>, Врховни суд Индије је заузео став да речи „јавни поредак“ уместо „јавни поредак Индије“ не значе да је суд слободан да испитује пуноважност одлуке процењујући да ли она врђа јавни поредак земље у којој је донесена или земље чијим је правом уређен уговорни однос између странака.

Тенденција развоја праксе у земљама чланицама Европске Уније, представља одступање у том погледу, које се међутим, испољава само унутар правних система држава чланица. Реч је о већ поменуте две одлуке аустријског Врховног суда у којима је изнет

<sup>90</sup> Случај *Yusuf Ahmed Alghanim and Sons, WLL vs Toys 'r' Us, Inc.* из 1997. године.

<sup>91</sup> AIR 1994 SC 860.



став да је било која одредба права Европске Уније која је директно применљива у земљама чланицама аутоматски и део аустријског националног јавног поретка<sup>92</sup>.

И позиција судова у Енглеској је у неку руку изузетак у том смислу што енглески судови неће извршити уговор за који је меродавно право стране пријатељске државе, или којим је предвиђено извршење уговорних обавеза у таквој држави, ако је извршење уговорне обавезе незаконито према праву такве државе<sup>93</sup> (реч је о поменутом случају *Soleimani vs Soleimani* из 1998. године). Ипак, у пракси је врло мало оваквих случајева и они су били ограничени на ситуације где је извршење уговорних обавеза било незаконито како према праву места извршења тако и према енглеском праву. Енглески судови ће, исто тако, узети у обзир јавни поредак места извршења уговора када се од њих захтева извршење уговора чија је моралност оспорена (на пример уговор о куповини личног утицаја). Међутим и уговори који се односе на подмићивање и корупцију, трговину опојним драгама и тероризам (као и одлуке којима се оваквим уговорима признаје дејство) представљају повреду јавног поретка Енглеске шта год да прописује право којим се уређује уговорни однос страна или право места извршења уговора, па ни у овим случајевима нема одступања од општег правила о релевантном јавном поретку.

Што се временске димензије тиче, и јавни поредак је, као и многе друге правне категорије, подложен променама и може еволуирати (што се, додуше, у пракси одвија врло споро). У овом погледу, за релативни јавни поредак се обично узима онај јавни поредак који је на снази у време доношења одлуке о признању или извршењу арбитражне одлуке. Међутим, у теорији се сматра да ако се након доношења арбитражне одлуке донесу нови обавезујући закони (*lois de police*), које би одлука евентуално кршила, то не би требало да буде препрека њеном признању и извршењу.

---

<sup>92</sup> 3 Ob. 115-95, од 23. фебруара 1998. године и 3 Ob. 2372-96 од 5. маја 1998. године

<sup>93</sup> Видети *Rally Bros. vs Compania Naviera Sota y Aznar* (1999) и *Regazzony vs K.C. Sethua Ltd* (1998).

## 5. ИСПИТИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ПОВРЕДЕ ЈАНОГ ПОРЕТКА

Судећи према формулацији члана V(2) Њујоршке конвенције,<sup>94</sup> суд признања и извршења стране арбитражне одлуке може испитивати постојање повреде јавног поретка како по приговору странке, тако и по службеној дужности (*ex officio*), водећи при томе рачуна и о супстантивним и о процедуралним категоријама овог института.

Да би се утврдило да ли ће признање или извршење арбитражне одлуке представљати повреду супстантивног јавног поретка, суд у највећем броју случајева неће морати да у свом испитивању иде даље од саме арбитражне одлуке. Са тим у вези, околности под којима би суд био овлашћен да поново отвори разматрање чињеничних питања када се противник признања и извршења позива на повреду материјалног права, односно корупцију, биле су предмет разматрања у предмету о којем су решавали енглески судови – *Westacare Investments Inc. Vs Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd* из 1999. године. Извршење арбитражне одлуке арбитражног суда Међународне трговинске коморе донете у Женеви применом швајцарског права било је оспорено на основу тврдње да је уговор о консултативним услугама из којег је проистекао спор, између осталог, укључивао и подмићивање кувајтских државних службеника од стране консултаната, са циљем закључења закључења уговора о продаји наоружања, што је представљало повреду кувајтског права и јавног поретка. Из тог разлога извршење арбитражне одлуке донете у корист консултаната било би у супротности са енглеским јавним поретком. Арбитражни трибунал је једногласно утврдио да незаконитост не постоји, али пошто је захтев за поништење арбитражне одлуке одбијен од стране Швајцарског федералног суда, тужени је желео да изнесе нове доказе у прилог своје тврдње о постојању мита пред енглески суд у поступку признања и извршења. По питању да ли суд треба да дозволи поновно отварање разматрања чињеничних питања, судија *Colman* је, решавајући у првостепену поступку, закључио да снага принципа јавног поретка, која се огледа у поштовању коначности арбитражне одлуке у највећој могућој мери и на тај начин одржавања на снази међународних арбитражних одлука и обесхрабљивања релитигације, у овом конкретном предмету надмашује принцип јавног поретка који се односи на сузбијање међународне

---

<sup>94</sup> „Признање и извршење арбитражне одлуке може бити исто тако одбијено ако надлежни ауторитет у земљи где се признање и извршење захтева утврди ....“

корупције. Овај судија је нагласио да овај његов закључак не би требало тумачити као индикацију става да комерцијални арбитражни суд треба да затвори очи пред корупцијом у међународној трговини, већ пре као израз поверења у то да су међународни арбитражни судови великог калибра, као што је међународни арбитражни суд Међународне арбитражне коморе, којима је питање незаконитости уговора из разлога корупције поверено на решавање, на адекватан начин решили то питање, па би у светли Њујоршке конвенције, било потпуно непримерено да се суд извршења позива на поновно пресуђење о овом правном питању у контексту подобности арбитражне одлуке за признање и извршење<sup>95</sup>. Већина судија судског већа Апелационог суда сложила се са судијом *Colman*-ом у ставу да би у овом случају поново отварање разматрања чињеничних питања било неоправдано.

Париски апелациони суд је по свему судећи, у већој мери спреман на вршење контроле у пуном обиму. У предмету *European Gas Turbines vs Westman International Ltd* из 1993. године, *European Gas Turbines* је захтевао поништење одлуке арбитражног суда Међународне трговинске коморе донете у Паризу на основу тога што су одлуком признати ефекти уговора чији је стварни предмет био трговина утвицајем и мито. Суд је стао на становиште да контрола једне међународне арбитражне одлуке од стране домаћег суда према члану 1502.5 Кодеска цивилне процедуре (који се односи на *ordre public international*) обухвата све правне и чињеничне елементе, укључујући и процену пуноважности уговора.

Одлука Женевског апелационог суда у предмету *Hilmarton vs OTV* је специфична у овом погледу с обзиром да је суд у овом случају, противно одлуци арбитражног тибунала, закључио да не постоји повреда јавног поретка. Наиме арбитражни трибунал је нашао да је уговор о консултативним услугама између странака био противан швајцарском јавном поретку услед тога што је у лобирању за добијање уговора *Hilmarton* прекршио императивне порписе алжирског права који су забрањивали било какву интервенцију посредника у добијању јавног уговора. Женевски апелациони суд је поништио ову одлуку на основу става да је донета арбитражно. У одсуству доказа о постојању мита или корупције, према швајцарском праву које је у овом случају било изабрано као меродавно материјално право, уговор овакве садржине није представљао повреду јавног поретка.

---

<sup>95</sup> Апелациони суд је заузео исти став у предмету *Sonic SACI vs Novokuzneck Alumunium Plant* (1998)

Оваква одлука Апелационог суда је потврђена и на вишој инстанци, пред Швајцарским федералним судом.

Повреда процедуралног јавног поретка је такође разлог одбијања признања и извршења стране арбитражне одлуке о којем суд води рачуна *ex officio*. У предмету *Minmetals Germany GmbH vs Ferco Steel Ltd* из 1999. године, *Ferco* је покушао да се супростави извршењу арбитражне одлуке позивајући се на повреду процедуралног јавног поретка, конкретно на повреду правила процедуре која се огледа у немогућавању увида у доказни материјал којим су утврђене чињенице на којима се заснивала арбитражна одлука овој странци (између осталог и подацима о квантификацији штете у одлуци донетој у предходном повезаном предмету). *Ferco* је изјавио правни лек Пекиншком суду који је потврдио арбитражну одлуку, а у поступку пред енглеским судом судија *Colman* је заузео став да странка која као разлог оспоравања истиче чињеницу да је арбитражна одлука манљива или да је арбитражни поступак непрописно спроведен мора претходно да искористи сва правна средства која су јој на располагању према прописима места арбитраже, а да се придржавање овог принципа мора схватити као једно од налзначајнијих начела политике енглеских судова која се односе на извршење страних арбитражних одлука. Судија је навео следећа питања која су од значаја када се одбрана од извршења темељи на истицању повреде правила процедуралног јавног поретка:

А) природа процедуралне неправилности;

Б) Да ли је противник извршења искористио сва правна средства која су му била на располагању према прописима места арбитраже;

В) Да ли је противнику извршења у месту арбитраже било на располагању конкретно средство које користи да би се одбранио од извршења арбитражне одлуке;

Г) Да ли су судови стране јурисдикције у поступку по правном средству које је противник извршења искористио дефинитивно одлучили да одрже на снази арбитражну одлуку;

Д) Ако је противних извршења пропустио да искористи средство које му је било на располагању у месту арбитраже, да ли је то пропуштање последица његовог немара.

У предмету *Westacre*, један од разлога противљења извршењу арбитражне одлуке био је тај што је одлука донета на основу фалсификованих доказа и као таква противна јавном поретку. Енглески суд је, међутим, заузео став да се странци неће дозволити да у

поступак пред енглеским судом уведе додатне доказе којима би поткрепила своју тврдњу о постојању повреде уколико се не утврди да странка која тврди да постоји превара није имала могућности да се позове на повреду у току арбитражног поступка, и да су докази којима се поткрешљују наводи о постојању кривоклетства у тој мери уверљиви да би било разумно очекивати да би то било од одлучујућег значаја приликом доношења арбитражне одлуке. Овај суд је изнео и додатни захтев који се односи на недоступност доказа странци у време када је било могуће исте искористити у поступку пред судом контроле у месту арбитраже да би се њима поткрепио захтев за поништење арбитражне одлуке, уколико је такав поступак био странци на располагању. Међутим, по овом питању не постоји дрфинитиван и општеприхваћен став, на шта указује и то што се ни све судије већа које је одлучивало у овом предмету нису сложиле са овако установљеним правилима.

Ипак, у једном предмету, у којем је, овога пута, одлучивао амерички суд, предвиђен је сличан тест. То је случај *Bonar vs Dean Witter Renolds Inc.* из 1988. године,<sup>96</sup> где су устанољена следећа правила:

- А) Кривотворење мора бити установљено јасним и убедљивим доказима;
- Б) Мора се показати да је превару било немогуће открити уз поклањање дужне пажње пре и у току арбитражног поступка; и
- В) Мора се показати да је повреда материјално повезана са предметом арбитраже.

Ова одлука и даље представља важећи прецедент у праву Сједињених Америчких Држава.

Нведене одлуке судова САД и Енглеске указују на то да, без обзира на дужност суда да о постојању повреда јавног поретка води рачуна по службеној дужности, странка у арбитражном поступку може изгубити право на позивање на постојење јавног поретка. И Француски суд у случају *Gemanco vs SAEPА, SA Paris*, из 1989. године, као и апелациони суд САД у случају *AAOT Foreing Economic Association (VO) Trchnostory Eksport vs Interational Development and Trade services, Inc.*<sup>97</sup> где се поражена странка противила извршењу арбитражне одлуке Руског арбитражног суда у САД из разлога што је поседовала доказе да су службеници арбитражне институције која је именовала арбитра били корумпирани, при том се ослањајући на члан V(2)(b) Њујоршке конвенције,

<sup>96</sup> 835 F. 2d 1378 (11 th Сигс., 1988).

<sup>97</sup> 139 F. 3d 980 (2<sup>nd</sup> Сигс., 1998).

потврдили су становиште да се, уколико је пропуштена могућност оспоравања арбитражне одлуке из ових разлога пред арбитражним судом који је решавао о спорној ствари, приговор више не може истицати.

Уколико суд признања и извршења утврди постојање повреде јавног поретка он ће, према широко прихваћеној пракси, одбити признање и извршење арбитражне одлуке само у оном делу у коме се вређа јавни поредак а признати и извршити одлуку у преосталом делу.

### ЗАКЉУЧАК

Лакша извршивост арбитражних одлука у државама различитим од државе арбитражног суда или државе порекла арбитражне одлуке једна је од неспорних предности арбитражног решавања спорова проистеклих из међународних трансакција у односу на подступке пред државним судовима. Стога неки теоретичари сматрају да би прописи Њујоршке конвенције који се односе на јавни поредак могли да онемогуће ширу примену арбитражног решавања међународних трговиских спорова и тиме поткопају основни циљ Конвенције.

Јавни поредак представља магловиту категорију непрецизно одређене садржине, што судовима извршења омогућава дискреционо тумачење и примену овог института руковођену уско националним интересима. Међутим, неспорно је да су креатори Конвенције, у складу са несумљивом интенцијом што шире афирмације међународне арбитраже, тежили да ограниче домен јавног поретка колико је то било могуће<sup>98</sup>. И међународна арбитражна пракса показује да су покушаји одбране од извршења арбитражне одлуке позивањем на јавни поредак ретко кад били успешни.<sup>99</sup> Ипак мора се признати да неконзистентност у тумачењу и примени јавног поретка заиста пружа неуспешној странци могућност да још једном покуша да избегне извршење обавеза наметнутих одлуком донетом на њену штету.

Као прихватљиве начине превазилажења проблема везаних за тумачење и примену јавног поретка, извештај Комитета за међународну трговинску арбитражу Међународне

<sup>98</sup> О томе сведочи и изјава председавајућег радног тела (UN Doc. E-CONF. 26- sr. 17).

<sup>99</sup> Видети van den Berg, *Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958.: The Unfortunate Few* (1999)

асоцијације правника (Interational Law Association – ILA) презентован на конвенцији одржаној у Лондону 2000. године наводи два могућа решења. Прво је, у ствари, преузето из теорије и односи се на предлог *Holtzmann* и *Schwebela* за оснивање „Међународног суда за арбитражне одлуке“ (*Interetional Court of Arbitral Awards*)<sup>100</sup> који би се између осталог, бавио и питањима извршивости арбитражних одлука. Међутим стварање оваквог суда би од стране многих држава било схваћено као ограничење њиховог суверенитета и из тог разлога се сматра да оваква идеја не би наишла на ширу подршку међународне заједнице. Други, можда лакше остврљив начин постизања веће предвидивости и правне сигурности на овом плану било би да, по питању које би изузетне околности оправдале одбијање признања и извршења арбитражних одлука од стране националних судова, међународна арбитражна заједница кроз изградњу арбитражне праксе постигне универзални консезус који би национални судови поштовали. Тако би се „необуздани коњ“, како је још 1824. године један један енглески судија окарактерисао јави поредак,<sup>101</sup> ставио под контролу и усмерио ка остваривању општеприхваћених циљева.

---

<sup>100</sup> Видети *Holtzmann, A Task for the 21 st Century: Creatung a New Interational Court for resolving Dusputes on the Enforceability of Arbitral Awards* (1995), и *Schwebel, The Creation and Operation of Interational Court of Arabitral Awards* (1995).

<sup>101</sup> У предмету *Ruchardson vs Mellish* (1824. година).