

## INVESTICIONA ARBITRAŽA KAO DOPRINOS NACIONALNOJ VLADAVINI PRAVA

### Apstrakt

*Investiciona arbitraža ima veliki potencijal da unapredi vladavinu prava na nacionalnom nivou, pod uslovom da cilj decentralizovane mreže investicionih tribunala prestane da bude nezahvalan zadatak izgradnje „novog upravnog prava” na međunarodnom nivou ili prosto prihvatanje najšire diskrecije arbitara kao neminovnosti. Stoga je potrebno preusmeravanje normativnog fokusa u investicionim arbitražama. Nacionalni pravni sistem i vladavina prava na domaćem nivou su u načelu daleko značajniji za stranog investitora i dugoročno privlačenje stranih ulaganja od oslanjanja na investicionu arbitražu. Doprinos njihovom jačanju, pored elementa zaštite konkretnog investitora u pojedinačnom slučaju, je stoga kompletniji i legitimniji način ostvarivanja ciljeva međunarodnog investicionog prava.*

**Ključne reči:** pravo zaštite stranih ulaganja, međunarodna arbitraža, vladavina prava.

### 1. Uvod

Osnovna ideja ovog rada je da bi arbitri u investicionim arbitražama između stranih investitora i država trebalo da iskoriste visok stepen diskrecionog odlučivanja koji im je omogućen na način koji omogućava jačanje vladavine prava i dobrog upravljanja u tuženim državama. Shvatanje vladavine prava i uopšte relevantnog pravnog okvira bi, u meri u kojoj je to opravdano moguće, trebalo da prati shvatanja koja preovlađuju u samoj državi domaćinu – nasuprot pokušajima forsiranja nejasnih i kontroverznih „transnacionalnih” ideja o ovim konceptima. Jačanje vladavine prava na ovaj primarno (mada ne potpuno) institucionalni i instrumentalni način omogućava potpunije i promišljenije ostvarivanje sveukupnih ciljeva

<sup>1</sup> Doktorant; Istraživač – saradnik u Institutu za uporedno pravo, Beograd; e-mail: velimir85@yahoo.com

međudržavnih sporazuma o zaštiti stranih investicija (BIS).<sup>2</sup> Takva promena u shvatanju investicione arbitraže omogućava i ostvarivanje dodatnih ciljeva. Prvo, može u izvesnoj meri doprineti poboljšanjima administrativnog okruženja i za domaće investitore, druge strane investitore i građane. Drugo, može doprineti procesu ponovne „legitimizacije” investicionih arbitraža i međunarodnog investicionog prava (MIP) uopšte, što je proces koji se čini neophodan sa stanovišta kontroverznog porekla i razvoja ovih oblasti.

U relativno kratkim crtama, ovaj rad će biti posvećen nekim od osnovnih načela gore navedenog pristupa, pogotovo značenju vladavine prava u ovom kontekstu (II) pre razmatranja samog procesa unapređenja (III) i zaključnih napomena (IV).

## 2. Investiciona arbitraža i vladavina prava - kog prava?

### *- Dvostruka priroda ideje vladavine prava*

U literaturi je moguće naći tvrdnje da su odredbe BIS, poput potrebe za „fer i pravednim” tretmanom i zabrane eksproprijacije bez odgovarajućeg postupka i naknade zapravo manifestacija ideje vladavine prava i način sprečavanja arbitrarnih postupaka.<sup>3</sup> Međutim, kako bi bilo moguće analizirati kompleksan odnos investicione arbitraže i vladavine prava na međunarodnom i nacionalnom nivou, potrebno je nakratko pozabaviti se određenim osnovnim idejama i pojmovima.

Potrebno je odmah napomenuti da se u ovom radu kao data uzima pretpostavka da su vladavina prava i dobro upravljanje (bez obzira na razlike u definisanju ovih pojmova) privlačni za strane investicije. Mada postoji dosta kontroverzi u pogledu ove pretpostavke, posebno u ekonomskoj literaturi,<sup>4</sup> za potrebe ovog rada dovoljno je ostati u okvirima konvencionalne i u velikoj meri zdravorazumske pretpostavke da strani investitori preferiraju poslovanje u zemljama sa solidnom vladavinom prava.

Sa ovim u vidu, potrebno je istaći da u temeljima MIP i investicione arbitraže postoji tenzija između dve bitne činjenice. Prva činjenica je da domaće, nacionalno pravo, više ili manje direktno, reguliše određenu stranu investiciju od njenog nastanka do eventualnog završetka. Druga je da pravna zaštita te iste investicije, a pogotovo rešavanje spora kroz investiciju

<sup>2</sup> Skraćenica BIS koja će biti dalje korišćena u ovom radu označava bilateralne investicione sporazume, što je uobičajen naziv. Ono što je potrebno imati u vidu je da sporazumi ne moraju biti isključivo bilateralni, ali s obzirom na njihovu predominantnost skraćenica BIS je dovoljno precizna.

<sup>3</sup> Videti za jedan od primera, Stephan W Schill, ‘Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law’ u S.W. Schill (ur.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010.

<sup>4</sup> Videti, na primer, diskusiju u A.Santos, ‘World Bank’s Uses of the “Rule of Law” Promise in Economic Development’ u D.Trubek and A. Santos (ur.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* Cambridge, 2006.

arbitražu, može svesti to isto nacionalno pravo na nivo „činjenice” ili dovesti do potpunog zanemarivanja uloge domaćeg prava. Pogotovo nakon odluke u sporu *Wena Hotels*,<sup>5</sup> „čisto” međunarodno pravo može biti proglašeno kao potpuno dovoljno za donošenje odluke u sporu, bez potrebe za analizom ili primenom nacionalnog prava kao „prava” a ne jedne od potencijalno relevantnih činjenica.

Shodno tome, teoretski je moguće formiranje dva paralelna izvora pravila koje bi država trebalo da poštuje u odnosu sa stranim investitorom. To je s jedne strane domaće a sa druge međunarodno pravo, a pogotovo MIP kao njegov sastavni deo. Ovo nije preterano iznenađujuće i u skladu je sa idejom da hijerarhijski nadređeno međunarodno pravo može uticati na način na koji se domaće pravo stvara i primenjuje. Države su generalno u velikom broju slučajeva suočene sa dualitetom pravnih režima, i opšti princip (kodifikovan u pogledu međunarodnih ugovora u članu 27. Bečke konvencije o pravu ugovora) je da u slučaju sukoba, međunarodnopravne obaveze preovlađuju. U tom slučaju, država može biti međunarodno odgovorna i postupci mogu biti pokrenuti pred odgovarajućim institucijama, već u zavisnosti od konkretne obaveze koja je prekršena.

Konkretni problemi nastaju usled određenih jedinstvenih osobina MIP i investicione arbitraže. Naime, MIP kao deo međunarodnog prava, karakterišu dve izuzetne osobine – skoro neograničen doseg krajnje neodređenih odredbi koje obavezuju državu i mogućnost da kršenje tih odredaba bude direktno i efikasno sankcionisano kroz mehanizam investicione arbitraže.

#### - *Vladavina prava u investicionoj arbitraži*

Kao rezultat, arbitri imaju moć, često nespутanu usled ograničenog ili nepostojećeg drugostepenog nadzora, da ocenjuju čitave oblasti domaćeg prava kroz prizmu standarda kao što su „fer” ili „postojanje legitimne javne potrebe” a da pritom *ne* smeju odlučivati *ex aequo et bono*.<sup>6</sup> Stoga je ovim neodređenim standardima potrebno dati konkretno pravno jezgro, nasuprot shvatanju da predstavljaju priliku za odlučivanje po pravdi i pravednosti.

U neku ruku paradoksalno, domaći pravni sistemi od kojih MIP pokušava da „oslobodi” (ili makar delimično zaštititi) strane investitore su objektivno daleko pogodniji da daju konkretan pravni sadržaj zaštiti stranih investicija. Iako i u domaćim i međunarodnom pravu važi pretpostavka njihove potpunosti (u smislu neprihvatljivosti *non liquet* presuda), međunarodno pravo ni u kom smislu ne može po detaljnosti parirati

<sup>5</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (Odluka u postupku poništaja od 28. januara 2002).

<sup>6</sup> Ovakvo odlučivanje je moguće samo u slučaju izrazite saglasnosti strana, a takav slučaj još uvek nije zabeležen u javno dostupnim arbitražnim odlukama.

domaćim pravima u pogledu regulisanja odnosa između hijerarhijski nadređenog javnog organa vlasti i entiteta pod čijom je nadležnošću (u ovom slučaju stranog investitora). Međunarodno javno pravo se, tokom najvećeg dela svoje istorije, jednostavno nije razvijalo u pravcu regulisanja takvih odnosa. Pitanja koja u mnogo čemu podsećaju na upravno ili ustavno pravo nisu nešto što je odgovarajuće za odnose suverenih entiteta koji su makar nominalno jednaki na svetskoj sceni.

Naravno, odnosi države i privatnih entiteta jesu tema u međunarodnom javnom pravu, pogotovo u pogledu zaštite stranih državljana i u pogledu uvek kontroverznog minimalnog standarda tretmana stranaca. Ali bilo bi nerealno smatrati da pravila u ovim oblastima, pogotovo ona koja su postojala pre „eksplozije” investicionih arbitraža, mogu da pruže zadovoljavajući nivo pravne sigurnosti i predvidljivosti. Ne samo da je klasično shvatanje minimalnog standarda tretmana u znamenitom slučaju *Neer* ozbiljno dovedeno u pitanje,<sup>7</sup> ali čak i da se smatra nespornim autoritetom, pitanje je kako standardi poput „očiglednog pravnog nasilja”, „grube nesavesnosti” ili „razumnog i nepristrasnog čoveka” mogu da služe kao dovoljno detaljan vodič i time usmere diskreciju arbitara.<sup>8</sup>

Sa ovim u vidu, potrebno je pažljivo ponovno razmotriti posledice upliva međunarodnog prava u domen upravnih odnosa i novog statusa privatnih lica kao subjekata međunarodnog prava. Sa naglim porastom investicionih arbitraža, odlučivanje u ovim domenima je postala redovna, skoro svakodnevna pojava. Prošla je era kada su čuvene arbitražne odluke bile retke, sa godinama ili čak decenijama pauze između njih, i gde su tribunali gradili još uvek validne temelje međunarodnog prava i međunarodnog rešavanja sporova. Danas stotine tribunala sprovode, kako je dobro obrazloženo u literaturi, administrativnu reviziju i često odlučuju u pitanjima upravnopravnog karaktera.<sup>9</sup> Tema iznenadnog porasta broja tela koja nastoje da primene, tumače i dalje razvijaju međunarodno javno pravo je interesantna kao nezavisno polje istraživanja, ali je ovde od posebnog značaja razmotriti kako bi arbitri mogli da sprovedu navedenu reviziju sa objektivno vrlo malo konkretnih smernica koje postojeći principi i pravila pružaju.<sup>10</sup>

Jedan mogući odgovor bi bio da se na međunarodnom nivou autonomno stvori paralela upravnom pravu. Drugi je da se takav

<sup>7</sup> J. Paulsson, G. Petrochilos, ‘*Neer-ly Mised?*’ (2007) 22 ICSID Review 242.

<sup>8</sup> Dodatnu konfuziju unose skorašnje odluke koje dalje razvodnjavaju shvatanje minimalnog tretmana. Videti, na primer, *Bilcon of Delaware v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04 (Odluka o nadležnosti i odgovornosti od 17. marta 2015).

<sup>9</sup> G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford 2008.

<sup>10</sup> Primer do čega ovo može dovesti je standard prvi put primenjen u slučaju *Tecmed* protiv Meksika, gde se zahteva potpuno predvidljivo i transparentno ponašanje države. Takav standard je sa odobravanjem primenjen u mnogim kasnijim odlukama, ali je sa stanovišta ostvarivosti u praksi vrlo problematičan.

ambiciozni poduhvat u praksi zameni prihvatanjem (od strane svih aktera) činjenice da će arbitri jednostavno imati visok stepen diskrecije u odlučivanju, što ističe jedinstvenost svakog slučaja ponaosob. Koji je od ova dva moguća odgovora preovladao u praksi nije lako zaključiti. Mnoge odluke izričito govore o izgradnji pravnog režima na međunarodnom nivou, mnoge ne a brojne osciliraju između (makar nominalne) primene postojećeg međunarodnog prava, domaćeg prava i prostog korišćenja slobode u odlučivanju bez prevelikog napora da se pojasni priroda i međusobni odnosi primenjenih pravila. Mada bi i ove specifičnosti same po sebi bile interesantan predmet akademskog istraživanja, potencijal koji arbitražne odluke imaju da krucijalno utiču na nacionalne budžete<sup>11</sup> ovim razmatranjima daje vrlo konkretan praktičan značaj i zahteva ponovno razmatranje ovih pitanja u praksi i teoriji.

Da li bi stoga neki oblik *međunarodne* vladavine prava bio odgovarajući cilj, kako bi se u materiji MIP uneo zadovoljavajući stepen pravne predvidljivosti i omogućilo efikasnije i legitimnije disciplinovanje država? Mnogi pozivi na reformu, i brojni radovi u ovoj oblasti, neizostavno kritikuju manjak konzistentnosti u odlučivanju i predlažu različite načine postizanja jednoobraznosti koja bi mogla pomoći državama da koriguju svoje ponašanje pre izbijanja spora. Međutim, ključno pitanje ostaje na stolu – koja konkretna supstantivna rešenja bi trebalo da budu vodilja za jednoobraznost? Zašto bi jedna u nizu formalno nepovezanih odluka u decentralizovanom sistemu rešavanja sporova kao što je arbitraža trebalo da bude vredna dalje primene u vidu precedenta? Kako se ističe u teoriji, konstantna primena lošeg rešenja ni po čemu suštinski nije bolja od različitih, ali manje predvidljivih odluka.<sup>12</sup>

Čak zanemarujući zabrinutost sa stanovišta legitimnosti u pogledu ovakvog kreiranja prava od strane arbitara, pitanja, iznosi i posledice koje su u igri (kao i dosadašnje iskustvo) nameće odbijanje pomalo darvinističke ideje da će „najbolje” odluke preživeti kao fokus izgradnje pravnog režima. Posle četvrt veka stalnog porasta broja slučajeva, ideja jasnih i predvidljivih pravila za države jednostavno nije ostvarena. Ostvarenje ideala vladavine prava, a ne vladavine pravnika još uvek je daleko.<sup>13</sup> Trebalo bi shvatiti da činjenica da određena država ostaje u mreži BIS nije dovoljno opravdanje

<sup>11</sup> Potrebno je imati u vidu da su presude u nekim slučajevima bile u iznosima preko 1,5 milijarde dolara, zanemarujući pritom najveću presudu u istoriji međunarodne arbitraže u slučaju Jukosa protiv Rusije od preko 50 milijardi dolara, koja je nedavno dovedena u pitanje poništavajućom presudom nadležnog holandskog suda.

<sup>12</sup> T. Schultz, 'Against Consistency in Investment Arbitration' u Z. Douglas, J. Pauwelyn and J. E. Vinuales (ur.) *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford 2014.

<sup>13</sup> Videti, na primer, J. Pauwelyn, 'The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus' (2015) 109 AJIL 761.

za očekivanje da će takođe biti spremna da bude zamorče za višedecenijsko eksperimentalno razvijanje „međunarodnih” ili „transnacionalnih” standarda, suočavajući se pritom sa finansijski drastičnim presudama. U situaciji koja sa pravom može biti ocenjena kao problematična, rezonovanje u presudi protiv države može biti dovoljno detaljno da bi se izbeglo poništavanje te odluke, ali da sa druge strane bude potpuno ignorisano (ili oštro kritikovano) u daljem razvoju MIP.<sup>14</sup> Obaveza države da plati, pak, u svakom slučaju ostaje netaknuta.

- *Normativni obrt*

U paketu sa novim predloženim ili postojećim institucionalnim i proceduralnim reformama, u investicionoj arbitraži je potreban normativni obrt u odlučivanju kroz ponovno promišljanje pravih ciljeva koje je potrebno ostvariti. Potrebna je spremnost da prioritet ne bude izgradnja novog režima MIP i/ili nekritičko prihvatanje diskrecije arbitara u kvazi-*aequo et bono* maniru. Primenljivo pravo, shvaćeno u potpunosti, bi trebalo da omogući jačanje vladavine prava i dobrog upravljanja u cilju podizanja privlačnosti te države za dalji priliv stranih ulaganja.

Neophodno je donekle pojasniti koncept *vladavine prava* u ovom kontekstu. Shvatanja pojma vladavine prava mogu biti smeštene između više različitih polova.<sup>15</sup> S jedne strane, moguće je razlikovati *institucionalno* shvatanje (gde se akcenat stavlja na usaglašenost akata sa pravom i pravilima, bez razmatranja same supstance tih pravila) i *supstantivno* (gde se postojanje određenog koncepta „prave” vladavine prava vezuje za postojanje konkretnih vrednosti ili garantovanih prava). S druge strane, moguća je podela na *instrumentalno* (gde se vladavina prava vidi kao oruđe u ostvarivanju određenog cilja u konkretnoj državi) i *samodovoljno* shvatanje (gde je vladavina prava pozitivna vrednost sama po sebi, bez obzira na „upotrebnju vrednost”).

Pristup predložen u ovom radu je pre svega u saglasju sa institucionalnim i instrumentalnim shvatanjima. Institucionalni koncept je znatno prilagođeniji zadatku arbitara i primeni domaćeg prava. Zahtevanje postojanja određenih supstantivnih kvaliteta u domaćem pravu vodi u kontroverze u pogledu ideologije, što bi trebalo izbeći ukoliko ne postoje dovoljno jasne smernice u primenjivanom BIS-u ili drugim relevantnim

<sup>14</sup> Postoji, naravno, i druge legitime opcije na raspolaganju državama. Modifikacija ili zvanična interpretacija BIS ili pak napuštanje sistema MIP u potpunosti su neke od njih. U ovom radu, za razliku od mnoštva drugih u ovoj oblasti, se ne razmatraju te opcije. U meri u kojoj BIS ostaju sastavni deo svakodnevice u međunarodnom pravu, i dokle god je to slučaj, potencijal MIP za unapređenje nacionalne vladavine prava bi trebalo da bude prepoznat i iskorišćen.

<sup>15</sup> Videti A. Santos, 258-259.

instrumentima. S druge strane, instrumentalno shvatanje je u velikoj meri određeno često izričitim ciljevima BIS, a to su priliv stranih investicija i ekonomski razvoj.

S druge strane, supstantivni upliv u odlučivanju ne može biti do kraja isključen. Standardi sadržani u BIS sadrže mogućnost fleksibilnog i diskrecionog odlučivanja koje, mada ne bi smelo da ima početni prioritet, svejedno treba da postoji kako bi bilo kontrateža potpuno institucionalnoj viziji vladavine prava. Sve što država odluči ne može biti prihvatljivo samo zato što je legalno, jer je to onda vladavina *pravom* a ne vladavina prava. U situacijama kada je to potrebno, mora postojati mogućnost da se utvrdi kršenje odredaba BIS i na osnovu supstantivnih razloga, bez obzira na eventualnu saglasnost određenog problematičnog akta sa ostatkom domaćeg prava.

Arbitražna odluka bi u idealnom scenariju trebalo da na ubedljiv način pokaže jednu od tri stvari: 1) da je ponašanje države bilo u suprotnosti sa domaćim pravom, i to u dovoljnom intenzitetu da zavređuje međunarodnu odgovornost; 2) da je ponašanje države bilo u saglasnosti sa domaćim pravom, ali da postoji odgovornost jer je to pravo samo po sebi u nesaglasju sa međunarodnim pravom (uz mogućnost upotrebe gorepomenute diskrecione moći) ili 3) da je ponašanje bilo u saglasnosti i sa domaćim i sa međunarodnim pravom. U slučajevima 2) i 3), od velike je važnosti da arbitri prepoznaju objektivni manjak preciznosti mnogih pravila međunarodnog prava i da obuzdaju preterani entuzijazam za „progresivnim razvojem” tih pravila po svaku cenu. I usvajanje i odbijanje zahteva investitora bi trebalo da nužno bude praćeno sistematičnom i rigoroznom argumentacijom, o čemu će sada biti nešto više reči.

### 3. Unapređenje nacionalne vladavine prava

Preokret u shvatanju svrhe investicione arbitraže počiva na tri osobine: a) ponovnom razmatranju najboljeg načina za ostvarivanje ciljeva zaštite stranih ulaganja; b) potpunijem shvatanju primenljivog prava i v) posebnoj posvećenosti kvalitetu i ubedljivosti rezonovanja.<sup>16</sup>

#### - Ponovno razmatranje ciljeva

U najkraćim crtama, promena u sveukupnom pristupu arbitara prema ciljevima BIS i MIP bi trebalo da obuhvata prestanak shvatanja pojedinačne zaštite individualnih investitora kao apsolutnog prioriteta i dovede do

<sup>16</sup> Važno je napomenuti da reorijentacija u normativnom smislu ne podrazumeva i napuštanje svih dosadašnjih dostignuća u praksi investicionih tribunala. Različite odluke pružaju primere u skladu sa iznetim idejama i fokus bi u tom slučaju trebalo da bude na njihovom daljem razvoju.

stavljanja akcenta na doprinos odluke konstantnom unapređenju vladavine prava. Kao cilj, ovo bi zapravo trebalo da omogući (kroz unapređenje ponašanja države) izbegavanje budućih tužbi, makar u određenoj oblasti delovanja.

Primenjujući, uz manje izmene, čuvenu izreku, može se reći da prevashodni cilj ne bi trebalo da bude se „ribo“ (pravnom zaštitom) nahrani samo konkretni investitor, već da se pomogne u tome da država dosledno „peca“ (privuče i zadrži investitore kroz vladavinu prava i dobro upravljanje). Svakako, pojedini autori u ovoj oblasti smatraju da postojeće arbitražne odluke, kroz odgovarajuću naknadu štete, već doprinose tome da država bude opreznija u budućnosti. Međutim, imajući u vidu gore pomenute probleme u predvidljivosti supstantivnih pravila, neophodno je dublje razmatranje kako ključni elementi ubedljivosti rezonovanja i omogućavanja odgovarajućeg ponašanja države u budućnosti mogu da dobiju primarnu ulogu.

#### *- Potpuniji pristup merodavnom pravu*

Unapređenje vladavine prava zahteva vrlo konkretnu analizu, diskusiju i primenu merodavnog prava u sporu, obuhvatajući i domaću i međunarodnopravnu komponentu. Ono što je potrebno je formiranje potpune liste relevantnih domaćih i međunarodnih pravila koja su imala (ili bi trebalo da su imala) uticaja na ponašanje države u konkretnoj pravnoj situaciji koja je dovela do spora. Formiranje takve liste pravila je odraz međuzavisnosti i komplementarnosti domaćeg i međunarodnog prava u ovoj materiji, nezavisno od konkretnog instrumenta na osnovu koga je pokrenut spor.<sup>17</sup>

U zavisnosti od specifičnosti konkretnog slučaja (na primer, relevantnosti pitanja ljudskih prava) analiza čisto domaće komponente primenjivog prava može obuhvatiti ustav, zakone i podzakonske akte, kao i domaću sudsku praksu. Međunarodnopravne obaveze države mogu biti nađene u bilo kom od izvora iz člana 38. Statuta Međunarodnog suda pravde, posebno imajući u vidu odredbe Bečke konvencije o pravu ugovora i generalno poželjnom cilju ostvarivanja jedinstva međunarodnog prava. Štaviše, ovakva analiza je u skladu sa najvećim brojem odredaba o merodavnom pravu u investicionoj arbitraži.<sup>18</sup>

Stoga je ne samo moguće, nego i potpuno opravdano, proglasiti državu odgovornom za eventualno kršenje odredaba svih ovih instrumenata, iako možda u praksi neke od tih odredbi obično nisu deo

<sup>17</sup> H.E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford 2013) 302.

<sup>18</sup> Ukratko, u slučajevima kada odredbe postoje, BIS u načelu predviđaju primenljivost i domaćeg i međunarodnog prava. U slučajevima kada nema odredbe, član 42(2) Vašingtonske konvencije (u slučajevima ICSID arbitraža) i pravila skoro svih relevantnih arbitražnih institucija predviđaju ili omogućavaju isti ishod.



razmatranja u investicionim sporovima, niti ih država u praksi poštuje u svom odnosu prema domaćim entitetima. Unikatan položaj i moć investicione arbitraže može biti upotrebljen za ovakvo „disciplinovanje”, ali uvek imajući u vidu potrebu za pažljivim obrazlaganjem.

Upravo spremnost tribunala da se uhvate u koštac sa svim ovim odredbama može potencijalno dovesti do unapređenja vladavine prava u tuženoj državi. Potpuno, sistematično i ubedljivo obrazlaganje odluka ne doprinosi samo prihvatljivosti potencijalno negativnog ishoda za državu, već omogućava pružanje „signala dobrog upravljanja” za budućnost.<sup>19</sup>

### - Ubedljivost rezonovanja

Važno pitanje je kako investicioni tribunal može dostići zadovoljavajući nivo ubedljivosti u razmatranju merodavnog (pogotovo domaćeg) prava i da se nametne kao autoritet čije odluke će biti prihvaćene kao legitimne od strane obe strane u sporu, ali pogotovo tužene države.

Dva aspekta ovog pitanja zavređuju pažnju. Prvi je da li tribunali mogu pokazati zadovoljavajući nivo poznavanja izvora i principa domaćeg prava. Sa te strane, može se reći da dosadašnja praksa investicionih tribunala pruža primere da ovo može biti učinjeno ubedljivo i efikasno, nezavisno od relativne „opskurnosti” pojedinih pravnih sistema.<sup>20</sup> Mada saznavanje odredaba pojedinih, arbitrima slabo poznatih, pravnih sistema nije bez izazova, investicioni arbitri su u načelu dovoljno iskusni profesionalci čije sposobnosti u ovom pogledu ne bi trebalo potcenjivati.

Intrigantniji aspekt je postizanje uverljivosti i legitimnosti kada je u pitanju presuda da je određena odredba domaćeg, demokratski stvorenog, prava neprihvatljiva jer je u neskladu sa relevantnim standardom u BIS. Poseban izazov je da takva odluka ne bude viđena kao previše subjektivna ili kao previše zavisna od objektivno dosta neodređenih principa međunarodnog prava.

U ovakvim situacijama, oslonac na uporedno pravo i praksu bi trebalo da igra značajnu ulogu. Kako se ističe u literaturi, odluka tribunala će biti razumljivija i prihvatljivija ako se oslanja na analizu ponašanja drugih država, a ne isključivo na mišljenja članova tribunala koji su i sami delimično postavljeni kao predstavnici suprotstavljenih strana i stoga stvaraju inicijalni privid neobjektivnosti ka drugoj strani.<sup>21</sup> Pažljivo izabrani pravni sistemi za uporednopravne argumente, pre

<sup>19</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (Odvojeno mišljenje Tomasa Valdea od 1. decembra 2005.) 123. Videti takođe 16 istog mišljenja.

<sup>20</sup> Videti, na primer, analizu islamskog prava Jemena u odluci *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17 (Odluka od 6. februara 2008.) 207.

<sup>21</sup> T. Cole, *The Structure of Investment Arbitration*, London 2013., 51.

svega na osnovu opravdanih veza i sličnosti sa sistemom tužene države, kao i dovoljno sistematična uporedna analiza, mogu značajno doprineti legitimnosti odluke tribunala ali i pružiti određene smernice državi ka potencijalnoj reformi u cilju izbegavanja budućih sporova.

- *Izazovi*

Neophodno je, naravno, imati u vidu objektivna ograničenja investicione arbitraže kao oruđa za unapređenje vladavine prava. Mogućnost ostvarivanja rezultata zavisi od niza faktora. Očigledan faktor je uopšte postojanje spora, ali od jednake važnosti je i priroda pitanja koja se razmatraju. Pitanja poput zakonodavne aktivnosti, pravnog okvira, ljudskih prava ili dobrog upravljanja ne javljaju se u svakom sporu – neki od njih su pre svega bazirani na (konceptualno jednostavnijem) tumačenju odredaba konkretnih ugovora. Konačno, presuda koja se zapravo bavi pitanjima vladavine prava, i to na ubedljiv i sistematičan način, ne mora nužno steći dovoljan publicitet u pravnim krugovima (ili široj javnosti) kako bi mogla postati predmet diskusije ili inspiracija za reforme u tuženoj državi.

Makar u pogledu ovog poslednjeg izazova, reorijentacija u supstantivnom pogledu je komplementarna proceduralnim reformama. Naime, skorašnje reforme u pogledu jačanja transparentnosti postupaka u investicionoj arbitraži pokazuju da je tajnost postupaka (ostatak nasleđa trgovinske arbitraže u razvoju sistema MIP) u definitivnom opadanju. Dostupnost podnesaka i samih odluka je preduslov za širu diskusiju, koja bi mogla da sa sadašnjih dosta kritičkih tonova prema investicionoj arbitraži pređe u sferu razmatranja unapređenja vladavine prava. Jačanje transparentnosti omogućava sve veći broj učesnika u ovom procesu.

#### 4. Zaključne napomene – pogled unapred

Investiciona arbitraža ima veliki potencijal da unapredi vladavinu prava na nacionalnom nivou, pod uslovom da cilj decentralizovane mreže investicionih tribunala prestane da bude nezahvalan zadatak izgradnje „novog upravnog prava” na međunarodnom nivou ili prosto prihvatanje najšire diskrecije arbitara kao neminovnosti. Mada su napori ka izgradnji međunarodnog pravnog poretka možda i očekivana „profesionalna deformacija međunarodnih pravnika”,<sup>22</sup> i široka diskrecija može delovati privlačno za arbitre, osobine i istorijat MIP, kao i potencijalne finansijske posledice odluka na države i njihovo stanovništvo, ukazuju da odlučivanje mora biti praćeno oprezom i rigoroznom sistematičnošću.

<sup>22</sup> M.Kumm, ‘Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement’ u Sujit Choudhry (ur), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge 2006., 260.

Stoga bi arbitražno odlučivanje u ovim sporovima trebalo da bude praćeno preusmeravanjem normativnog fokusa. Nacionalni pravni sistem i vladavina prava su u načelu daleko značajniji za stranog investitora i dugoročno privlačenje stranih ulaganja od razvoja samog MIP. Doprinos njihovom jačanju, pored elementa zaštite konkretnog investitora, je stoga potpuniji i legitimniji način ostvarivanja ciljeva BIS. U svetlu različitih skorašnjih dešavanja i debata u pogledu budućnosti MIP, vreme je za nove ideje kako da nacionalna vladavina prava preuzme prioritet u odnosu na vladavinu investicionog prava.

**Velimir Živković,**

LL.M, MJur (Oxford), PhD Candidate

Associate Researcher, Institute of Comparative Law, Belgrade

## **INVESTMENT ARBITRATION AS A CONTRIBUTION TO THE NATIONAL RULE OF LAW**

### Summary

Investment arbitration has an enormous potential to enhance the rule of law at the national level, provided that the atomized investment tribunals network foregoes the perilous task of attempting to single-handedly build ‘new administrative law’ on the international plane or to consider exercise of broad discretion as a normatively satisfactory type of reasoning in awards. Arbitral decision-making should thus turn its normative focus. A national legal system and the rule of law is generally a more immediate concern for a foreign investor and arguably far more relevant for the attraction of foreign direct investment in the long term. The contribution to its enhancement in addition to providing piecemeal protection is thus a more complete and legitimate pursuit of international investment agreements’ aims, in addition to other incidental benefits.

**Keywords:** law on protection of foreign investments, international arbitration, rule of law.