

Др Сања Ђајић*

Др Маја Станивуковић**

УНУТРАШЊЕ ПРАВО У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ: ЗАБОРАВЉЕНИ И ЗАПОСТАВЉЕНИ ИЗВОР ПРАВА

Унутрашње право је само по себи врло важан извор за решавање међународних инвестиционих спорова: спорови у тој области најчешће настају из приватноправних или привредноправних уговора за које је, по правилу, меродавно унутрашње право. Бројна питања која се јављају у спору могу бити последица примене унутрашњег права, тако да је оцена тог права готово неизбежна. Надаље, основни извори права међународне инвестиционе арбитраже не искључују примену унутрашњег права као меродавног, а понекад, као у случају ИКСИД конвенције и већине међународних двостраних уговора о заштити страних улагања, изричито и налажу његову примену. Упркос таквом правном оквиру у којем се јављају спорови између страних улагача и држава домаћина, међународни арбитри у инвестиционој арбитражи врло ретко примењују правила унутрашњег права. Циљ овог рада је да укаже на феномен ретке примене унутрашњег права у контексту у којем је његова примена очекивана, прописана и пожељна. Ауторке овог рада указују на различите технике које користе међународни арбитри да би избегли примену унутрашњег права: постојање разлика између међународног и унутрашњег права у таквој мери да је искључена примена унутрашњег права, избегавање примене доктрина пресуђене ствари и литиспенденције, избегавање примене услова који се односи на локалне правне лекове и друге. Разлози за такав приступ међународних арбитра су вишеструки и посебно су обрађени у раду: начин избора арбитра и састав колегијума међународних арбитра; чињеница да су земље у развоју најчешће тужене и да се избегава примена релативно непознатог унутрашњег

* Ауторка је редовни професор на Катедри за међународно право Правног факултета Универзитета у Новом Саду, sdjajic@pf.uns.ac.rs

** Ауторка је редовни професор на Катедри за међународно право Правног факултета Универзитета у Новом Саду, M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

права; тенденција да се међународно право у конкретном спору одреди као меродавно и посебан облик расподеле моћи наметањем примене међународног права уз искључивање унутрашњег права.

Кључне речи: *Меродавно право у инвестиционој арбитражи. – Инвестициона арбитража. – Захтеви на основу међународног уговора. – Захтеви на основу приватноправног уговора. – Национално (унутрашње) право у међународној арбитражи. – Политичка моћ међународног правосуђа.*

1. УВОД

Унутрашње право се намеће као први избор за решавање инвестиционих спорова: спорови у тој области најчешће настају из приватноправних или привредноправних уговора за које је по правилу меродавно унутрашње право неке државе. Бројна питања која се јављају у спору могу бити последица примене унутрашњег права, тако да је његова оцена готово неизбежна. Међутим, уколико се страни улагач определи за међународну инвестициону арбитражу, тај правни оквир, чини се, постаје неважан. Вреди напоменути да основни извори права међународне инвестиционе арбитраже не искључују примену домаћег права као меродавног, а неки, као ИК-СИД конвенција и већина међународних двостраних уговора о заштити страних улагања, изричито и налажу његову примену. Упркос таквом правном оквиру или таквим околностима у којима се јављају спорови између страних улагача и држава домаћина, међународни арбитражи у инвестиционој арбитражи врло ретко примењују правила унутрашњег права. Циљ овог рада је да укаже на феномен ретке примене унутрашњег права у контексту у којем је његова примена очекивана, прописана и пожељна. Ауторке овог рада указују на различите технике које користе међународни арбитражи када избегавају примену унутрашњег права: постојање разлика између међународног и унутрашњег права у таквој мери да је искључена примена унутрашњег права, избегавање примене доктрина пресуђене ствари и литигиспенденције, избегавање примене услова који се односи на локалне правне лекове и друге. Разлози за такав приступ међународних арбитража су вишеструки и посебно су обрађени у раду: начин избора арбитража и састав колегијума међународних арбитража; чињеница да су најчешће тужене земље у развоју и да се избегава примена релативно непознатог унутрашњег права; тенденција да се међународно право одреди као меродавно за конкретан спор и посебан облик расподеле моћи наметањем примене међународног права уз искључивање унутрашњег права.

У раду ће прво бити дат преглед теоријског приступа односу међународног и унутрашњег права и његов значај за међународну инвестиционог арбитражу и примену унутрашњег права, за којим следи преглед положаја унутрашњег права у оквиру међународног инвестиционог права, ИКСИД конвенције и међународних споразума о заштити страних улагања. У наредном поглављу биће обрађени примери техника и аргумената којима се искључује примена унутрашњег права, а затим ће бити изнети критика и преглед негативних последица које наступају због такве праксе. На крају ће бити објашњени разлози за такву праксу и изведени закључци о положају унутрашњег права у међународном инвестиционом праву.

2. ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

О односу међународног и унутрашњег права много је написано.¹ Углавном се том питању приступа са становишта две теорије, монизма и дуализма: према првој, међународно и унутрашње право део су јединственог правног поретка, док су, према другој, дуалистичкој, та два правна поретка потпуно одвојена јер се суштински разликују по субјектима, изворима и пољу примене.² Питање сукоба се у другом случају и не поставља јер унутрашње и међународно право обитавају у различитим сферама. Сукоб се у случају монизма решава по различитим обрасцима, а најчешће постављањем хијерархије правних норми. Појавиле су се и нове теорије, попут плурализма, по којем међународно и унутрашње право није могуће посматрати као целовите области већ се тај однос разграђује у више појединачних и зависи више од врсте извора и предмета норме него од јединственог статуса међународног права у унутрашњем правном поретку.³ Међутим, те теорије, које се чине неизбежним у свакој расправи о примени међународног права у домаћем правном поретку, али и *vice*

¹ Вид. *Monism & Dualism* (ed. M. Novaković), Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2013.

² „Монисти тврде да постоји само један правни систем у којем је међународно право само један његов део заједно са другим гранама домаћег права. За монисте међународно право је део домаћег правног поретка на исти начин као и радно право, уговорно право итд. Дуалисти тврде да су они два различита правна система која постоје једно поред другог са различитим пољем примене – на међународном плану и на унутрашњем плану.“ – R. Higgins, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, OUP, Oxford 2003, 205.

³ С. Ђорђевић, „Однос унутрашњег и међународног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 4–6/1997, 354–395; С. Ђајић, *Међународни судови: од сукоба до сарадње*, Нови Сад 2003, 9; Р. Етински, С. Ђајић, *Међународно јавно право*, 6. издање, Нови Сад 2014, 125.

versa, често имају мали практични значај.⁴ Већи практични значај има место на којем се о том односу одлучује: да ли је то неки домаћи суд или пак међународни. Вреди напоменути да су наведене теорије настале у вези са уношењем међународног права у унутрашњи правни систем и са његовом применом у том систему.⁵ Другим речима, иако су теорије монизма, дуализма и плурализма створене из тог разлога, као део унутрашњеправне аргументације, њихова логика се преноси и у домен међународноправне аргументације.

Наиме, у појединим случајевима, међународни арбитри користе терминологију која је блиска аргументима појединих теорија. Притом далеко чешће користе дуалистичку аргументацију којом искључују релевантност домаћег права у међународном арбитражном спору, тачније у околностима када се расправља о међународној одговорности државе. Често у образложењима својих одлука инсистирају на разлици између међународног и домаћег правног поретка. Арбитри не користе теоријске ознаке нити себе називају плуралистима или дуалистима, али учесталост таквих аргумената сведочи о потенцијалном значају теоријских образаца.

Један од најстаријих примера у међународној пракси који су дали повода таквом приступу унутрашњем праву био је управо инвестициони спор. Реч је о одлуци Сталног суда међународне правде у предмету *Српских зајмова* у којем је Француска, као тужилац, тражила од Суда да установи да је тужена држава повредила уговоре о зајму.⁶ Пошто су уговори били приватноправног карактера, били су уређени унутрашњим правом, па се пред Судом поставило питање значаја унутрашњег права. Суд је нашао да је унутрашње право у међународном спору само чињеница, али такође да је надлежан да расправља о приватноправном уговору.⁷ Ово је један ти-

⁴ Н. Е. Кјос, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, OUP, Oxford, 2013, 1; Н. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers – 1. General Works* (ed. E. Lauterpacht), Cambridge University Press, Cambridge 1970, 153.

⁵ R. Etinski, S. Đajić, „Direct Effect of the European Convention on Human Rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015, 91–96; D. J. Bederman, *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, GA, Athens 2006, 141.

⁶ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes)*, PCIJ, Ser. A, no. 20, Пресуда Сталног суда међународне правде од 12. јула 1929.

⁷ „Суд се прво бавио претходним питањем надлежности: да ли може да има надлежност у спору који је у суштини уговорни, између власника обвезница и суверене државе, чак и када је Француска преузела захтев и када су се обе стране споразумеле да спор изнесу пред Суд?... Суд је ипак одлучио да установи надлежност. Тиме је отворио врата за стварање новог режима међународног права – које је до тог тренутка постојало само за државе које су га и стварале – у којем је могуће

пичан дуалистички аргумент: међународни суд има надлежност, али притом не признаје никакво правно дејство домаћем праву јер он делује у другом правном поретку. Спор је значајан за нас не само зато што укључује Србију и тадашњу Краљевину Југославију већ и зато што се сматра претечом међународног режима заштите страних инвестиција.⁸

3. СТАТУС УНУТРАШЊЕГ ПРАВА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ О РЕШАВАЊУ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА И СПОРАЗУМИМА О ЗАШТИТИ СТРАНИХ УЛАГАЊА

Конвенција о решавању инвестиционих спорова (ИКСИД конвенција)⁹ у чл. 42 предвиђа могућност примене домаћег права у међународном арбитражном поступку:

„Суд решава спор према правним правилима о којима су се странке сагласиле. Ако се странке не сагласе о томе, Суд примењује право државе уговорнице која је странка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у датој области.“¹⁰

Већ на основу језичког тумачења те одредбе чини се да је оправдан закључак да примена домаћег права има предност и да је пре правило него изузетак. Могло би се тврдити да је примена унутрашњег права на основу ИКСИД конвенције обавезна.¹¹

одлучивати о приватним уговорним захтевима под условом да их подржава држава тако да Суд има надлежност као да је реч о међудржавном спору. До 2005. године ова изузетна и спорна могућност ће постати широки пут који су прво прошириле различите послератне мешовите комисије, потом ИКСИД конвенција из 1965, а затим и Иранско-амерички суд, након којег следе различите Комисије УН за накнаду штете (почевши од инвазије НАТО-а на Ирак 1990. године); и коначно захваљујући широко доступној међународној инвестиционој арбитражи на основу међународних уговора између 200 држава које су уступиле право заштите за све захтеве приватних инвеститора/зајмодаваца.“ – T. Wälde, „The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?“, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID* (ed. T. Weiler), Cameron May, London 383–423, 393.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (1965), Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/06.

¹⁰ Превод је преузет из монографије М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Сл. гласник, Београд 2013, 369.

¹¹ На основу припремних радова ИКСИД конвенције може се закључити да је примена домаћег права била замишљена као примарна за решавање инвестиционих

У двостраним међународним инвестиционим споразумима неретко се упућује на унутрашње право. Већи број споразума не садржи одредбу о меродавном праву за случај спора¹² те би се применила правила из чл. 42 ИКСИД конвенције ако би спор био изнет пред ИКСИД арбитражу. У сваком случају, нису нам познати споразуми који изричито искључују примену унутрашњег права.

Двострани инвестициони споразуми готово увек услов заштите страног улагања повезују са условом да је улагање законито стечено, што се има оцењивати у складу са унутрашњим прописима државе домаћина.¹³

4. СТАТУС УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ ИКСИД-а

Упркос таквом правном оквиру, примена унутрашњег права у арбитражној пракси ИКСИД-а врло је ограничена и практично искључена.¹⁴ У мањини су они предмети у којима су арбитражни судови применили унутрашње право као релевантно за неко питање у спору.¹⁵ Чак је и у тим случајевима примена унутрашњег права

спорова: „У погледу овог питања нарочито указујемо на ИКСИД конвенцију где су током израде нацрта представници неколико држава нагласили потребу да се у одсуству споразума страна примени домаће право државе домаћина. Значај, а свакако и приоритет права државе домаћина је подржао и председавајући, Ерон Брошис: ‘међународни суд на првом месту мора да консултује домаће право, пошто је однос инвеститора и државе домаћина у првом реду уређен домаћим правом.’ Нешто касније додао је и да ‘је сасвим јасно да право државе домаћина има првенство и да међународно право мора на првом месту да на њега упућује’.“ – Н. Е. Кјос, 167–168.

¹² Y. Banifantemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. K. Yannaca-Small), Oxford 2010, 197.

¹³ Тако, на пример, у члану 1, ст. 1 *Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања* који је закључен између Грчке и СР Југославије 1997. године (*Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/1998), улагање је дефинисано као „свака врста средства коју улагач једне Стране уговорнице улаже на територији друге Стране уговорнице, у складу са њеним законима...“. Реч је о одредби и услову који је типичан за споразуме о заштити страних улагања, што значи да ће провера услова законитости, а самим тим и примена унутрашњег права, бити могући у готово сваком инвестиционом спору.

¹⁴ „Упркос јасној формулацији члана 42, арбитражни судови ИКСИД-а нису увек следили метод који је њиме предвиђен.“ – С. Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, CUP, Cambridge 2009, 554.

¹⁵ *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. the Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Одлука од 25. фебруара 1988, пасус 5.02; *Genin v. Estonia*, Одлука од 25. јуна 2001, пасус 350; *MCI v. Ecuador*, Одлука од 31. јула 2007, пасус 217; *Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola SA ('Semos') v. Republic*

била ограничена на процену да ли је дошло до повреде поштеног и правичног третмана (*Генин против Естоније*)¹⁶ или на усаглашеност унутрашњег права са обавезама државе из међународног споразума (*МЦИ против Еквадора*)¹⁷. У предмету *Азпетрол против Азербејџана* арбитражни суд је применио енглеско право, али само ради утврђивања значаја изјаве о вансудском поравнању.¹⁸

У предмету *Алфа Пројектхолдинг против Украјине*, арбитражни суд је домаће право изједначио са чињеницама:

„Арбитражни суд закључује да се одговор на питање да ли је дошло до повреде међународног двостраног споразума (*UABIT*) може добити само на основу одредаба *UABIT*-а. Арбитражни суд ће применити одредбе *UABIT*-а и тумачиће их у складу са међународним обичајним правом. Надаље, тамо где украјинско право дефинише права и обавезе страна на основу различитих уговора, таква питања ће бити решена као чињенична питања.“¹⁹

Питање у том спору било је да ли је пропуст хотела у државном власништву да плати аустријском инвеститору за реновирање хотела недозвољена експропријација или нека друга повреда међународног двостраног споразума о заштити страних улагања (*UABIT*). Тај међународни споразум није садржао одредбу о меродавном праву за случај спора.²⁰ Арбитражни суд се потпуно оградио од приватноправног уговора (који је био инвестиција и чија је наводна повреда представљала основ за покретање међународног спора): „Да ли је тужилац могао да своја права заштити пред локалним судовима, и да ли је ЈАА [уговор] и даље на снази како то тврди тужени, потпуно је неважно за овај спор.“²¹

Значај унутрашњег права ће зависити од претходне квалификације тужбеног захтева о којој увек одлучује арбитражни суд. Ако је захтев, према мишљењу арбитражног суда, заснован на међународном уговору, онда ће он бити међународноправни уговорни зах-

of Mali (ICSID Case No. ARB/01/5), Одлука од 25. фебруара 2003, пасуси 122–125; *World Duty Free Company Limited v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Одлука од 4. октобра 2006, пасус 158; *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No ARB/05/14, Одлука од 13. марта 2009, пасуси 12–13.

¹⁶ *Genin v. Estonia*, Одлука од 25. јуна 2001, пасус 350.

¹⁷ *MCI v. Ecuador*, Одлука од 31. јула 2007, пасус 217.

¹⁸ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Одлука од 8. септембра 2009, пасус 49.

¹⁹ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Одлука од 8. новембра 2010, пасус 233.

²⁰ *Ibid.*, пасус 228.

²¹ *Ibid.*, пасус 411.

тев (*treaty claim*) и као такав изузет од примене домаћег права. Ако је захтев по својој природи приватноправног карактера (*contract claim*), унутрашње право је онда меродавно за решење спора. Проблем се своди на квалификацију захтева.²² Пракса показује да арбитражни судови врло лако прихватају квалификацију тужиоца²³ или усвајају концепт одвојености две врсте захтева,²⁴ док неки испитују „суштински основ захтева“ да би утврдили његову праву природу.²⁵ Ипак, може се поставити питање зашто би квалификација захтева утицала на обавезу из чл. 42 ИКСИД конвенције да се примени домаће право јер је оправдано претпоставити да су творци конвенције имали на уму захтеве на основу међународног уговора.

Релевантност унутрашњег права не може се свести само на питања приватног уговорног права. Страни инвеститори су подвргнути домаћем праву државе пријема у целини, што значи да се на њих примењују правила и из других правних области, на пример, управноправни и порески прописи. Другим речима, поједини захтеви инвеститора, али и тужених држава, могу бити засновани и на другим нормама домаћег права.²⁶ У предмету *Инсејса против Салвадора*²⁷ спор је био поводом тога да ли је страни улагач стекао улагање преваром и противно домаћем праву и да ли та незаконитост може имати последице на надлежност међународног арбитражног суда. Арбитражни суд је ускратио надлежност и притом се позвао

²² S. Djajic, „Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses“, *International Arbitration Law Review* 5/2011, 164.

²³ На пример, арбитражни суд у предмету *С. Г. С. против Парагваја* образлаже:

„128. По мишљењу арбитражног суда, разлика између захтева заснованих на међународном и на приватноправном уговору је јасна и односи се на суштину приговора туженог. Тужилац је свој захтев засновао на повреди БИТ-а закљученог између Швајцарске и Парагваја: он тврди да је СГС претрпео непоштен и неправичан третман као повреду члана 4 става 2 БИТ-а; да је његова инвестиција претрпела штету неоправданим и дискриминаторним мерама Парагваја супротно члану 4 става 1 БИТ-а; и да је Република Парагвај пропустила да константно гарантује извршење обавеза које је преузела у вези са инвестицијом СГС супротно члану 11 БИТ-а.

129. Тужилац није тражио од арбитражног суда да одлучи о захтевима СГС на основу приватноправног уговора или због повреде тог уговора...“ – *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Одлука о надлежности од 12. фебруара 2010, пасуси 128–129.

²⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Одлука о надлежности од 19. новембра 2005, пасус 148.

²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Одлука о надлежности од 29. јануара 2004, пасус 153.

²⁶ Н. Е. Кјос, 176–180.

²⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. v Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Одлука од 2. августа 2006.

на међународно право и општа правна начела,²⁸ али не и на домаће право туженог Салвадора, иако су у БИТ-у као меродавна за спор предвиђена правила међународног и домаћег права.

У претходном случају би резултат био исти и да је примењено право Салвадора. Ипак, постоје примери у којима избор права може да буде одлучујући за исход спора. У предмету *Азурикс против Аргентине*²⁹ поставило се питање да ли инвеститор има право на једностранни раскид уговора о концесији због тога што давалац концесије није извршио уговор. Арбитражни суд је о раскиду уговора решавао без примене аргентинског права као меродавног права за уговор. Мада према аргентинском закону концесионар није имао могућност да једнострано раскине уговор, нашао је да је то супротно начелу *exceptio non adimpleti contractus*.³⁰ Међутим, како то примећује Закари Даглас, право меродавно за уговор познаје концепт француског права о административним уговорима, који заиста искључује примену начела *exceptio non adimpleti contractus*.³¹ Да је арбитражни суд применио меродавно право на предметни уговор, не би могао доћи до закључка да је наступила повреда међународног споразума. Иначе, поменути БИТ између САД и Аргентине и није садржао одредбу о меродавном праву за решавање спора насталог на основу БИТ-а.

Исти аутор критикује искључивање домаћег права као меродавног за решавање међународних инвестиционих спорова: „Ослонац на доктрину по којој је домаће право само чињеница за међународни суд омета развој међународног инвестиционог права јер умањује суштинску улогу које домаће право има као извор права која чине инвестицију.“³² Оно што ће чинити инвестицију представља заправо збир права које страни улагач стиче на основу унутрашњег права без којег не би ни било инвестиције.³³ Без инвестиције нема ни тужбеног захтева, ни спора пред ИКСИД-ом.

²⁸ *Ibid.*, пасус 179.

²⁹ *Azurix Corp. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/1, Одлука од 14. јула 2006.

³⁰ Од примене меродавног права арбитражни суд је одустао следећом реченицом: „Требало би уговор о концесији тумачити у складу са одредбама [аргентинског] закона. С друге стране, суд не може да занемари практичан исход таквог тумачења.“ – *Ibid.*, пасус 260.

³¹ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge 2009, 72.

³² *Ibid.*, 72, пасус 120.

³³ Саторова објашњава релевантност унутрашњег права на следећи начин: „За разлику од неких других области међународног права у којима међународно јавно право већ традиционално има искључиву улогу и где је унутрашње право сведено на питање чињеница, међународни инструменти о заштити инвестиција

5. ТЕХНИКЕ КОЈИМА СЕ ОТКЛАЊА ПРИМЕНА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ

Упркос таквом правном оквиру и бројним билатералним споразумима који на различите начине упућују на унутрашње право, међународни арбитри са лакоћом искључују његову примену. У инвестиционој арбитражи судови имају надлежност да одлучују о томе да ли су одређена чињења и нечињења државе домаћина у складу са њеним обавезама из међународног инвестиционог споразума да пружи одговарајући третман страном улагачу и његовом улагању. Из чињенице да је заштита страног улагања предмет одлучивања произлази да је целокупан унутрашњи правни оквир третмана страног улагања предмет контроле арбитражног суда. У том погледу се положај и надлежност међународног инвестиционог арбитражног суда не разликују много од других међународних судова где појединац располаже самосталним правним средством, тужбом, против државе. Разлика се може пронаћи у положају унутрашњег правног поретка у којем и долази до потенцијалне повреде међународног стандарда: ако међународни суд захтева претходну исправку повреде у унутрашњем правном систему, помоћу правила о локалним правним лековима или на неки други начин, тиме признаје правно дејство унутрашњем праву. Уколико не признаје правило о локалним правним лековима,³⁴

предвиђају другачији међусобни однос међународних и унутрашњих правних норми. Упркос свом међународном карактеру, инвестициони спор може, а то је често и случај, отворити чињенична и правна питања која се морају оцењивати упућивањем на унутрашње право државе домаћина, где се држави даје могућност да више утиче на решење инвестиционог спора чак и када је судско решавање поверено међународним судовима. Најбољи пример је постојање права или *'sovereign benefit'*, када инвеститор тврди да је био лишен права мером државе или неким њеним пропустом који је супротан стандардима из међународног уговора о заштити инвестиција. Иако међународни уговори и међународно обичајно право регулишу третман страних инвеститора тако што постављају одређене стандарде у форми забране дискриминације, арбитражног поступања, клаузуле највећег повлашћења и поштењег и правичног третмана, унутрашње право државе домаћина је оно које одређује овлашћење инвеститора које је он стекао на основу уговора или стицањем имовине. Међународно право не садржи норме о стицању имовине, о уговорима и другим сличним правима, тако да од унутрашњег права зависи важење и само постојање права улагача на одређену имовину или корист.“ – М. Sattorova, „Return to the Local Remedies Rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2012, 240–241.

³⁴ „Пристанак странака на арбитражу сходно овој конвенцији сматра се пристанком на ту арбитражу с искључењем сваког другог правног средства, изузев ако је друкчије уговорено. Држава уговорница може захтевати да се исцрпи унутрашња административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу сходно овој конвенцији.“ – Чл. 26 ИКСИД конвенције.

тима искључује потенцијалну ремедијалну улогу унутрашњег права. Уколико ни у меритуму не признаје дејство унутрашњем праву, тима одузима унутрашњем праву сваки значај, и то управо у контексту какав је инвестициони, где је оно најзначајније.

Једна од уобичајених техника је да исте чињенице могу послужити као основ за две различите тужбе, „међународну“ („*treaty claim*“) и „уговорну“ („*contract claim*“), тако да једна другу не искључују нити на било који начин утичу једна на другу. У предмету *Вивенди против Аргентине* арбитражни суд је то формулисао на следећи начин:

„У складу са овим општим начелом (које је несумњиво израз општег међународног права), питања да ли постоји повреда двостраног међународног споразума и да ли постоји повреда приватноправног уговора различита су питања. Сваки од ових захтева се оцењује према свом меродавном праву – у случају двостраног споразума према међународном праву, а у случају уговора о концесији према праву утврђеном у уговору...“³⁵

У предмету *Азурикс против Аргентине* арбитражни суд закључује:

„Чак и када спор, како га је изнео тужилац, укључује и тумачење и анализу чињеница у вези са извршењем уговора о концесији, арбитражни суд сматра да, у мери у којој су та питања значајна за повреду обавеза тужене државе на основу међународног инвестиционог споразума, они не могу *per se* трансформисати спор на основу међународног споразума у уговорни спор.“³⁶

У предмету *Импрегило против Пакистана* арбитражни суд је закључио да „супротно ставу Пакистана, чињеница да је реч о захтеву на основу приватноправног уговора не значи да не постоји такође – чак и одвојено – захтев на основу међународног уговора. Ако се та два захтева и потпуно поклапају, они и даље остају различити, а самим тим захтевају и другачије испитивање“.³⁷

У предмету *АЕС против Аргентине* арбитражни суд је нашао да арбитражна клаузула у концесионом уговору којом се поверава искључива надлежност административним судовима Аргентине има

³⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Одлука о поништају од 3. јула 2002, пасус 96.

³⁶ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Одлука о надлежности од 8. децембра 2003, пасус 76.

³⁷ *Impregilo S.p.A v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Одлука о надлежности од 22. априла 2005, пасус 258.

дејство само у њеном домаћем поретку и да та клаузула не спречава тужиоца да користи своје право из БИТ-а и ИКСИД конвенције.³⁸

У предмету *СГС против Пакистана* арбитражни суд је, водећи се налазима Комитета за поништај у предмету *Вивенди I*, закључио да исти чињенични склоп може „послужити као основ за различите захтеве који своје основе имају у различитим правним порецима: унутрашњем и међународном правном поретку“.³⁹

Сви ти примери илуструју начине на које међународни арбитражи повлаче разлику између међународног и унутрашњег права. Исти метод се користи у различите сврхе: за разликовање међународноправних од приватноправних уговора, за ускраћивање дејства уговореном форуму за решавање спорова из приватноправног уговора, за ускраћивање дејства унутрашњем праву иако је оно предвиђено као меродавно за решење спора релевантним БИТ-ом, за ускраћивање дејства другим арбитражним одлукама којима је одлучено о истим правним питањима као што су она о којима расправља међународни арбитражни суд, за ускраћивање дејства процесној препреци литиспенденције итд.⁴⁰ Тиме се ограничава правностваралачка и судска власт државе домаћина и негира аутономија воље уговорних страна у основном инвестиционом послу.

Другим речима, таквим техникама међународни арбитражи проширују своју надлежност, не само у односу на унутрашње правне системе и националне редовне и арбитражне судове већ и у односу на друге међународноправне режиме. На пример, међународни инвестициони судови не тако ретко долазе у ситуацију да одлучују о људским правима: у предмету *Суец Вивенди против Аргентине* арбитражни суд је закључио да људско право на воду не може да послужи као основ за искључење обавезе, а тиме и одговорности, на основу БИТ-а.⁴¹ Такође, у другим случајевима у којима су се људска права појавила као аргумент тужене државе у спору, односно као потенцијални основ за ограничење права из међународног инвести-

³⁸ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, пасус 93.

³⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Одлука арбитражног суда о приговорима ненадлежности од 6. августа 2003, пасус 147.

⁴⁰ М. Станивуковић, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, *Transnational Dispute Management, CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution*, TDM 4/2014, 16.

⁴¹ „Аргентина има две врсте међународних обавеза, оне на основу људских права и оне на основу међународних уговора, и мора их једнако поштовати.“ – *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), Одлука о надлежности од 30. јула 2010, пасус 262.

ционог споразума, арбитри су такав аргумент одбијали⁴² или су се супротстављали налазима, на пример, Европског суда за заштиту људских права.⁴³

6. ПРОБЛЕМИ КОЈИ НАСТАЈУ ИСКЉУЧИВАЊЕМ УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Један од значајних проблема у савременом међународном систему решавања спорова јесте и удвостручавање поступака када се два поступка, национални и међународни, воде истовремено поводом исте правне ствари:

„Данас је постало уобичајено да се покрене поступак пред међународним судом који се преклапа са поступком пред националним судом. Тиме се отвара питање приоритета и јаче правне снаге, а непостојање систематског приступа том питању представља све већи проблем.“⁴⁴

Један од узрока тог негативног феномена поједини аутори виде у дуалистичком приступу арбитражних судова ИКСИД-а:

„Предмети пред ИКСИД-ом о којима је било речи, који се односе на сложене пословне спорове, показују и неке нежељене последице које настају услед примене традиционалног концепта правног дуализма и хијерархије која одређује однос унутрашњих и међународних механизма за решавање спорова.“⁴⁵

Утисак је да већина међународних арбитрара приступа врло формалистички питању постојања паралелног поступка⁴⁶ или друге

⁴² M. Hirsch, „Investment tribunals and human rights treaties: a sociological perspective“, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective* (ed. F. Baetens), CUP, Cambridge 2013, 85–105.

⁴³ *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Одлука од 20. јула 2012, пасус 82.

⁴⁴ G. Biehler, *Procedures in International Law*, Springer, Berlin – Heidelberg 2008, 313.

⁴⁵ Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, OUP, Oxford 2007, 64.

⁴⁶ Једино су арбитражни судови у предметима *СГС против Филипина* и *БИ-ВАК против Парагваја* дозволили прекид поступка пред ИКСИД-ом док се не оконча поступак пред уговореним форумом. – *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Одлука о надлежности од 29. јануара 2004; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Одлука о приговорима ненадлежности од 9. октобра 2012. Други арбитражни судови су углавном одбацивали овакве захтеве. У

арбитражне или судске одлуке, односно да врло строго оцењује процесне препреке *res judicata* и *lis pendens*.⁴⁷ У случајевима када основни приватноправни уговор предвиђа искључиву надлежност неког другог форума, међународни арбитражни судови захтевају да се испуни тзв. тест троструког идентитета (*triple identity test*), односно да постоји идентитет страна, предмета спора и основа тужбених захтева.⁴⁸ Имајући у виду специфичности међународне инвестиционе арбитраже, у коју су често укључени субјекти из више држава, где постоји више правних инструмената и могућност ланчаног власништва и бескрајног низа индиректних инвеститора, те услове је тешко испунити. Захтевајући немогуће, арбитражни судови само наизглед примењују основна процесна начела пресуђене ствари и литиспенденције, а у ствари увек такве приговоре одбијају. Понекад се приговори те врсте одбијају и зато што је наводно реч о два потпуно различита система, тако да један на други не могу ни да утичу.⁴⁹

Разликовање међународних и других поступака је понекад тешко одрживо и неосновано.⁵⁰ Последице могу бити непожељне јер се на тај начин занемарују интереси странака у другим поступцима и повећава ризик доношења различитих одлука, а самим тим и угрожавају правна сигурност и једнакост.

7. РАЗЛОЗИ КОЈИ СУ ДОВЕЛИ ДО ИСКЉУЧИВАЊА УНУТРАШЊЕГ ПРАВА У МЕЂУНАРОДНОЈ ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ

Пракса је показала да су овлашћења међународних арбитрара врло широка. Могућност преиспитивања скоро свих видова државне власти готово је без преседана у међународном правосуђу.⁵¹ Ако се таквим овлашћењима придружи чињеница да су најчешће тужене

предмету *Бајиндир против Пакистана* арбитражни суд је констатовао да би то било могуће само ако постоје „стварно убедљиви разлози“. – *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Одлука о надлежности од 14. новембра 2005, пасус 271.

⁴⁷ Вид. М. Станивуковић, „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, *Transnational Dispute Management, CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution, TDM*, 4/2014.

⁴⁸ *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Одлука о надлежности од 8. децембра 2003.

⁴⁹ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Одлука о надлежности од 25. јула 2005.

⁵⁰ G. Biehler, 337.

⁵¹ С. Ђајић, *Међународно правосуђе*, Сл. гласник, Београд 2012, 122.

државе у развоју, а да тужиоци долазе из развијених држава, онда цео систем добија обележје неједнакости и неравноправности.⁵² Шанса да се обим надлежности прошири, коју пружа примена међународног права, представља додатни мотив арбитрама да у сваком предмету претпоставе међународно право унутрашњем.

У таквом контексту је посебно значајна чињеница да су арбитра углавном из развијених држава, одакле долазе и инвеститори као потенцијални тужиоци.⁵³ Осим тога, занимљиво је да је колегијум арбитра који одлучују у тим споровима мали, те да, сходно томе, доношење великог броја важних одлука припада уском кругу људи.⁵⁴ То је значајно из два разлога. Прво, заједничко наслеђе и заједнички интереси могу да утичу на тренд доношења одлука – реч је о социолошкоправном приступу анализи међународних одлука.⁵⁵ Тим арбитрама нису позната правила унутрашњег права тужених држава и можда је природно очекивати да имају отпор према примени непознатих правила. Друго, такав састав илуструје неједнакост коју тај систем негује: у саставима арбитражних судова арбитра из земаља у развоју или земаља трећег света права су реткост.

⁵² „ИКСИД је створен имајући у виду земље у развоју (као тужене) и главне мултинационалне компаније (као тужиоце). Уз неколико изузетака државе које учествују у ИКСИД поступцима углавном су државе у развоју. Тако су и тужиоци углавном компаније које контролишу држављани из Европе и САД.“ – S. Puig, „Social Capital in the Arbitration Market“, *European Journal of International Law* 2/2014, 395.

⁵³ „Неравнотежа је очигледна и у погледу држављанства. Иако је чак 87 држава представљено путем именованих арбитра, већина арбитра је из тачно одређених развијених земаља. Појединци из седам држава (Нови Зеланд, Аустралија, Канада, Швајцарска, Француска, Уједињено Краљевство и САД) чине више од половину именована.“ – S. Puig, 405.

„Већина именовања припада арбитрама из тачно одређених развијених држава, што указује на то да постојање конкуренције између европских ‘седих мудраца’ и англоамеричких ‘арбитра технократа’, како су их пре неколико година и назвали Гарт и Дезалеј, представља добро објашњење овакве расподеле.“ – *Ibid.*, 407.

⁵⁴ „*Свет је мали*: у мрежи арбитра доминира мала и чврсто повезана група чији се чланови не могу одупрети ставовима кључних чланова групе, али се зато могу одупрети онима које налазе на њеној периферији.“ – S. Puig, 418.

„Мрежа међународних професионалних арбитра зависи од малог броја друштвено истакнутих појединаца.“ – *Ibid.*, 423.

⁵⁵ Социолошки приступ у новије време често користе аналитичари међународне инвестиционе арбитраже: M. Hirsch, „Investment tribunals and human rights treaties: a sociological perspective“, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective* (ed. Freya Baetens), CUP, Cambridge 2013, 85–105; E. Sussman, „Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them“, *American Review of International Arbitration* 3/2013, 487–514; A. Roberts, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *American Journal of International Law* 1/2013, 45–94.

8. МЕЂУНАРОДНО И УНУТРАШЊЕ ПРАВО: ОДНОС МОЋИ И НЕЈЕДНАКОСТИ

Једна од тема које прате међународну инвестициону арбитражу јесте и питање да ли арбитражни судови проширењем надлежности, екстензивним тумачењем стандарда из међународних споразума и искључивањем примене унутрашњег права заправо теже да себи прибаве значајну правосудну моћ.⁵⁶ Познат је цитат једног арбитра који илуструје ширину овлашћења и обим моћи које су за себе претпоставили међународни арбитражни судови:

„Када се пробудим ноћу и размишљам о арбитражи, не престаје ме чудити чињеница да су суверене државе уопште пристале на међународну арбитражу. (...) Три лица су добила овлашћење да преиспитују, без било какве контроле у форми жалбеног поступка, све радње држава, све одлуке њихових судова и све законе и прописе које доносе њихови парламенти.“⁵⁷

Поједини аутори критикују систем због његове наводне пристрасности⁵⁸ и због тога што избегава да унутрашњем праву призна одговорајуће дејство користећи се доктрином „интернационализованих уговора“.⁵⁹ Други, попут Мавлуде Саторове, тврде да је постојеће међународно инвестиционо право извор неравноправности, а да систем за решавање спорова само продубљује разлике између држава. Она се придружује критичарима начина на који се поступа са унутрашњим правом у међународној инвестиционој арбитражи и сматра да тај поступак доводи до асиметрије моћи.⁶⁰ Њена критика је заснована на анализи примене правила о локалним правним лековима и одступања од примене од тог правила јер у оба случаја приступ арбитра фаворизује међународну инвестициону арбитражу у односу на национално и транснационално правосуђе. Према њеном мишљењу, и примена и одступање од примене правила о локалним правним лековима показују да „међународна правила могу да буду инструментализована за легализацију неједнакости“.⁶¹ Према томе,

⁵⁶ M. Sornarajah, „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration* 3/1997, 103–140.

⁵⁷ Хуан Фернандез-Арместо (Juan Fernández-Arместо). Наведено према: http://corporateeurope.org/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators#footnote1_h0xj6pq, 16. јануар 2017.

⁵⁸ A. A. Shalakany, „Arbitration and the Third World: Bias under the Scepter of Neo-Liberalism“, *Harvard International Law Journal* 2/2000, 419–468.

⁵⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, CUP, Cambridge 2010, 289–299.

⁶⁰ M. Sattorova, 224.

⁶¹ *Ibid.*, 240 (цитира: N. Krisch, „International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 3/2005, 389).

ни однос међународног и унутрашњег права ни однос националних и међународних арбитражних судова нису у равнотежи и у коначном резултату су неправични. Строго разликовање и међусобно искључење примене међународног и унутрашњег права није у складу са захтевима чл. 42 ИКСИД конвенције нити са природом инвестиционих спорова.⁶²

9. ЗАКЉУЧАК

Међународни инвестициони спорови настају из приватних инвестиција и привредног пословања страних инвеститора. Међународно инвестиционо право представља комбинацију приватноправних и јавноправних норми,⁶³ а поједини аутори сматрају да је оно постало посебна правна грана са својим специфичним обележјима.⁶⁴ Такође, ИКСИД конвенција и бројни инвестициони споразуми прихватају примену унутрашњег права као меродавног за неке аспекте међународног инвестиционог спора. Упркос томе, у међународној инвестиционој арбитражи практично не постоји примена унутрашњег права као меродавног за решење спора, или неких аспеката спора. Уобичајила се пракса да је међународно право увек меродавно. Имајући у виду приватни и привредни карактер инвести-

⁶² „Иако је однос међународног и унутрашњег права другачије уређен међународним инвестиционим уговорима у односу на традиционалну претпоставку да је домаће право само чињеница, арбитражни судови нису јединствени када утврђују меродавно право за решавање различитих аспеката инвестиционог спора. Упркос чињеници да основни извори права за арбитражу захтевају примену унутрашњег права заједно са релевантним одредбама међународног инвестиционог споразума, арбитражни судови су и даље невољни да примене унутрашње право (и признају конкурентну надлежност националних судова), инсистирајући на приоритету међународног права чак и за питања за која не постоје никаква меродавна међународноправна норма.“ – *Ibid.*, 241–242.

⁶³ „Међународно инвестиционо право се састоји од неколико сегмената: општег међународног права, општих стандарда међународног привредног права и посебних правила која су специфична за ту област. Изучавање те области значи да се морају узети у обзир и консултовати сва три сегмента. Штавише, већ одавно постоји становиште да правила међународног инвестиционог права нужно укључују и поједине аспекте права државе домаћина. Зависно од околности конкретног случаја и питања, међуоднос релевантних правила унутрашњег права државе домаћина и меродавних правила међународног права може бити кључно питање за анализу случаја; на пример, унутрашњеправна дефиниција улагања, унутрашња правила о надлежности међународних судова и о држављанству могу одредити природу али и крајњи одговор на постављено питање.“ – R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, 3.

⁶⁴ M. Vasiljević, M. Jovanović, „Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016, 6.

ционог пројекта, који најчешће почива на уговору на основу којег се врши инвестирање, необично је да унутрашње право буде тако лако уклоњено као релевантно за решење спора. Приватни спорови се, тако, решавају без примене приватног права. Разлози које наводе арбитражни судови су углавном они исти на основу којих се повлачи строга, а често и вештачка разлика између међународног и унутрашњег права. Последице умеју бити негативне јер се таквим поступањем неоправдано удвостручавају поступци и занемарују интереси различитих субјеката и аутономије воље страна у основном инвестиционом уговору. Негативне последице су потенцијално и шире јер се искључивањем примене њиховог унутрашњег права тужене државе стављају у неповољан положај – права која су оне евентуално задржале за себе на основу инвестиционог уговора или која су за себе задржали други домаћи субјекти не могу добити заштиту у међународном поступку. На тај начин међународни арбитри у инвестиционим споровима за себе задржавају искључиву надлежност да одлучују о питањима унутрашњег права и тако обезбеђују висок степен политичког утицаја на државе у развоју.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Baetens, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective*, CUP, Cambridge 2013.
- Bederman, David J., *The Spirit of International Law*, University of Georgia Press, GA, Athens 2006.
- Biehler, G., *Procedures in International Law*, Springer, Berlin – Heidelberg 2008.
- Dolzer, R., Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, OUP, Oxford 2008.
- Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge 2009.
- Djajić, S., „Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses“, *International Arbitration Law Review* 5/2011.
- Ђајић, С., *Међународни судови: од сукоба до сарадње*, Нови Сад 2003. (Ђајић, S., *Međunarodni sudovi: od sukoba do saradnje*, Novi Sad 2003)
- Ђајић, С., *Међународно правосуђе*, Сл. гласник, Београд 2012. (Ђајић, S., *Međunarodno pravosuđe*, Sl. glasnik, Beograd 2012)
- Ђорђевић, С., „Однос унутрашњег и међународног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 4–6/1997. (Ђорђевић, S., „Odnos

- unutrašnjeg i međunarodnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4–6/1997)
- Etinski, R, Đajić, S., „Direct Effect of the European Convention on Human Rights“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2015.
- Етински, Р., Ђајић, С., *Међународно јавно право*, Нови Сад 2014.⁶ (Etinski, R., Đajić, S., *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad 2014⁶)
- Higgins, R., *Problems & Process: International Law and How We Use It*, OUP, Oxford 2003.
- Kjos, H. E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, OUP, Oxford 2013.
- Krisch, N., „International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order“, *European Journal of International Law* 3/2005.
- Lauterpacht, H., *International Law: Collected Papers – 1. General Works* (ed. E. Lauterpacht), CUP, Cambridge 1970.
- Novaković, M. (ed.), *Monism & Dualism*, Institute of International Politics and Economics, Belgrade 2013.
- Puig, S., „Social Capital in the Arbitration Market“, *European Journal of International Law* 2/2014.
- Roberts, A., „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *American Journal of International Law* 1/2013.
- Sattorova, M., „Return to the Local Remedies Rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law“, *Legal Issues of Economic Integration* 2/2012.
- Schreuer, C., et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, CUP, Cambridge 2009.
- Shalakany, A. A., „Arbitration and the Third World: Bias under the Scepter of Neo-Liberalism“, *Harvard International Law Journal* 2/2000.
- Shany, Y., *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, OUP, Oxford 2007.
- Sornarajah, M., „Power and Justice in Foreign Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration* 3/1997.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, CUP, Cambridge 2010.
- Stanivuković, M., „Investment Arbitration: Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute“, *Transnational Dispute Management*, CILS – Biennial Symposium on International Arbitration and Dispute Resolution, *TDM* 4, 2014.

- Станивуковић, М., *Међународна арбитража*, Сл. гласник, Београд 2013. (Stanivuković, M., *Međunarodna arbitraža*, Sl. glasnik, Beograd 2013)
- Sussman, E., „Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them“, *American Review of International Arbitration* 3/2013.
- Vasiljević, M., Jovanović, M., „Necessity as a Ground for Precluding Wrongfulness in International Investment Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2016.
- Wälde, T., „The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?“, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID*, (ed. Todd Weiler), Cameron May, London 2004.
- Yannaca-Small, K. (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford 2010.

Sanja Đajić, PhD

Full Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

Maja Stanivuković, PhD

Full Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

DOMESTIC LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: AN OVERLOOKED SOURCE OF LAW

Summary

Domestic law would seem to be a natural first choice for settling international investment disputes: investment disputes generally originate from private or commercial contracts which most often provide for applicability of domestic law. A number of issues in dispute may result from the application of domestic law, which makes the analysis of domestic law practically indispensable. Furthermore, sources of law regulating international investment arbitration do not exclude the application of national law, and some of them, like the ICSID Convention or a number of bilateral investment treaties, even require its application under certain circumstances. Despite such legal framework, international investment

tribunals rarely if ever apply rules of domestic law. The aim of this article is to highlight this phenomenon of avoiding application of domestic law within the context where its application is expected, required and even desirable. The authors have singled out various techniques applied by investment arbitrators for excluding the application of national law: alleged differences between national and international law which arguably results in the exclusion of domestic law, the rejection of doctrines of *res iudicata* and *litispendentio*, non-application of the local remedies rule, etc. The causes and reasons for avoiding application of domestic law are numerous: methods of appointment of arbitrators, composition of the international arbitration collegium, the fact that respondents are usually developing countries whose law may seem too distant for international arbitrators; tendency to opt for international law as applicable for the dispute in the absence of an explicit agreement of the parties; specific power-sharing between international and national arbitration arenas.

Key words: *Applicable law in investment arbitration. – Investment arbitration. – Treaty claims. – Contract claims. – National law in international arbitration. – Political power of international judiciary.*

Article history:

Received: 22. 1. 2017.

Accepted: 4. 4. 2017.