

*Dr Kristina Stevanović**

UTICAJ MEĐUNARODNIH INVESTICIONI ARBITRAŽA NA PRAVNE TRANSPLANTE

Kretanje stranog kapitala i privlačenje stranih investicija su jedni od ključnih elemenata razvoja modernih međunarodnih ekonomskih odnosa. Takva klima utiče na dinamični razvoj međunarodnog prava stranih investicija, kao i mehanizama za rešavanje investicionih sporova. U literaturi koja se bavi ovom oblašću prisutna je ideja da se kroz rad međunarodnih investicionih arbitraža stvara korpus materijalnog prava. Donete arbitražne odluke državama domaćinima kapitala nameću pravna shvatanja o sadržini materijalno-pravnog položaja stranih investitora na njenoj teritoriji. Ovaj rad nastoji da predstavi ideju da takvi pravni transplantati nisu nužno planski i poželjni, jer ne uvažavaju pravni i uopšte društveni kontekst države u kome treba da budu realizovani. Kroz ilustriranje ovog aspekta problema pravnih transplanata proisteklih iz rada međunarodnih investicionih arbitraža, rad ujedno ukazuje na značaj planskog opredeljivanja investicione klime u državi.

Ključne reči: *Strane investicije. – Investicione arbitraže. – Pravna tradicija.*

1. UVODNE NAPOMENE

„Pozajmljivanje“ pravnih normi, usvajanje rešenja drugih nacionalnih legislativa, zatim praksi koje su uspešno funkcionisale, govori o ideji koja ima potencijal za pozitivne efekte u smislu evoluiranja pravnih sistema koji pravne transplante prihvataju. U ovom slučaju se radi o planskom razvoju prava, koji ima u vidu trenutne potrebe društva, a pravne norme preuzima iz bliskih pravnih sistema. Međutim, bez obzira na globalizaciju, kao sveobuhvatnom procesu koji pretenduje da briše prostorne granice i harmonizuje odnose u svim sferama društva, razlike među nacionalnim sistemima i dalje postoje. To su, najpre, one

* Viši stručni saradnik na Univerzitetu u Nišu, kandjelic@gmail.com (Republika Srbija)

očigledne. Recimo, ako se porede pravni sistemi razvijenih država, i dalje postoji suštinski različit način primene pravnih normi i stvaranja korpusa materijalnog prava u državama *common law* i *civil law* sistema. Dalje, bavljenje komparativnim pravom nužno mora uzeti u obzir shvatanja sredine, konkretne odnose u kojima nastaje pravo, uključujući tradiciju, kulturu, socijalne relacije i uopšte društveni pokret iz koga proističe potreba za normativnim uređivanjem odnosa. Različita društva imaju ukorenjena shvatanja o tome na koji način i u kojoj meri odnosi među njihovim članovima treba da budu uređeni, na koji način treba rešavati eventualne konflikte i slično. Ideja da pravo može postojati samostalno i nezavisno od socijalnog konteksta koji služi kao ideološka podloga njegovom razvoju, može dovesti do njegove neadekvatnosti, pa samim tim i gubitka socijalnog legitimiteta i socijalnog autoriteta. Međutim, razvoj društvenih odnosa ne teče na principu ovako pojednostavljenih primera i diskusija. Ovaj rad nastoji da opiše jedan aspekt problema pravnih transplanata, koji nastaje u kontekstu razvoja međunarodnih ekonomskih odnosa i konkretno, fenomena opšte trke za privlačenjem stranih direktnih investicija. U radu se predstavlja ideja da u oblasti međunarodnog prava stranih investicija, arbitri, tribunali i uopšte međunarodne arbitraže kojima je povereno rešavanje investicionih sporova, imaju značajnu ulogu, kao svojevrsni generatori korpusa materijalnog prava. Pojedini autori, kako će biti objašnjeno, govore o arbitražnom pravnom poretku i normativnom uređenju koje se razvija upravo kroz pravne transplante između nacionalnog i međunarodnog prava, odnosno između različitih domaćih legislativa.¹ U radu se ukazuje da ovakav vid transfera prava pokazuje specifične nedostatke koji se tiču ne samo pojedinih država, već čitavih grupacija, koje prema svojoj pravnoj kulturi i tradiciji ostaju van „vladajućih“ pravnih sistema na međunarodnoj sceni.

2. MEĐUNARODNE INVESTICIONE ARBITRAŽE U ULOZI KREATORA PRAVA

Moderno doba je obeleženo procesom globalizacije, fenomenom koji je uticao na različite aspekte društvenog života država uopšte: na ekonomiju, pravo, kulturu, socijalne odnose, vrednosne sisteme, čak i

1 R. Michaels, „State Law as a Transnational Legal Order“, *UC Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.* 1/2016, 144.

na nacionalnu tradiciju. U sferi ekonomskih odnosa, u skladu sa idejom na kojoj globalizacija počiva, centralno mesto zauzima otvorenost tržišta i slobodno kretanje kapitala. Strane investicije, pod uticajem ovog procesa, postaju jedan od značajnih ekonomskih činilaca, privlačne ne samo za zemlje u razvoju, već i za razvijene. Stvaranje povoljne investicione klime, koja podrazumeva stabilnost i pravnu sigurnost, postaje ključni element javnih politika država. Na nivou međunarodnih odnosa, shvatanje o značaju stranih investicija se manifestuje kroz stvaranje institucija i modela za zaštitu prava stranih investitora. Međunarodne arbitraže za rešavanje investicionih sporova stiču autoritet kao mehanizmi koji u poslednjoj instanci treba da budu čuvari stabilne realizacije stranih investicija na teritoriji država domaćina. U skladu sa tom idejom, ugovaranje nadležnosti nekog međunarodnog foruma za rešavanje investicionih sporova postaje standardna praksa država. Sprovedena istraživanja pokazuju da ne postoje podaci koji bi sa sigurnošću pokazali da je izbor nekog određenog međunarodnog foruma za rešavanje investicionih sporova uticao na povećani priliv stranih investicija.² Bez obzira na to, pod uticajem sila globalizacije, na međunarodnom planu je postignut visok stepen globalne participacije u arbitražnim procesima i zajedničkim naporima ka harmonizaciji arbitražnih i institucionalnih pravila.³

Od šezdesetih godina prošlog veka nastojanja država da privuku strane investicije se ogleda u ekspanziji zaključenih bilateralnih sporazuma o podsticanju i zaštiti stranih investicija (u daljem tekstu: BIT). Ovakva praksa se smatrala poželjnom, kao i jednom od osnovnih elemenata stvaranja povoljne investicione klime. Kao rezultat toga, međunarodno pravo stranih investicija je fragmentirano i sadržano u hiljadama ovakvih sporazuma. Po pravilu, oni imaju standardizovanu formu koja podrazumeva da se za uređenje materijalno-pravnog režima strane investicije ugovaraju određeni standardi tretmana investicije, kao što su: princip pravičnog i jednakog tretmana investicije (engl. „*fair and equitable treatment*“ – FET), princip pune zaštite i sigurnosti investicije (engl. „*full protection and security*“), princip nediskrimina-

2 R. Lee Katz, „Modeling an International Investment Court After the World Trade Organization Dispute Settlement Body“, *Harvard Negotiation Law Review* 22/2016, 171.

3 K. Fan, „Globalization of International Arbitration-Rethinking Tradition: Modernity and East-West Binaries Through the Lens of China and Japan“, *University of Pennsylvania Asian Law Review* 2/2017, 283.

cije (engl. „*non-discrimination*“), princip najpovlašćenije nacije (engl. „*most favoured nation clause*“ – MFN), minimalni standard tretmana itd.⁴ Jezičke formulacije ovih standarda tretmana su često uopštene, neodređene i široko definisane (engl. „*open-ended*“), tako da se njihova sadržina suštinski opredeljuje tek tokom primene.

Već i samo zaključivanje BIT-a podrazumeva vid pravnog transfera. Država se obavezuje da sopstveni pravni sistem otvori realizaciji međunarodnih standarda ponašanja prema stranom investitoru, koji ponekad mogu biti zahtevniji od principa na kojima počiva domaći pravni okvir. Takav efekat, primera radi, ima načelo minimalnog standarda tretmana. Sadržina ovog standarda je sporna. Ima mišljenja da ovo načelo treba da uspostavi minimalni kvalitet statusa investitora u stranoj državi: da mu omogući pristup mehanizmima zaštite, pravičnost procesa, jednakost sa domaćim privrednim subjektima i sl. Suština ovog načela je da se ispunjava sadržinom u svakom konkretnom slučaju, a njegovo dejstvo je takvo da se investitor može pozvati na kršenje prava koja su njime zagarantovana, čak i kada pravne norme relevantne za njegovo ulaganje (norma domaćeg zakonodavstva i primenljivih međunarodnih sporazuma) ne sadrže odredbe kojima se ta prava štite.⁵ Dalje, pravni transplant na koje utiče zaključivanje BIT-ova mogu se ilustrovati i kroz način formulisanja odredbi nacionalnog zakonodavstva. Primera radi, naš nekada važeći Zakon o stranim ulaganjima je sadržao odredbu po kojoj ukoliko međunarodni ili bilateralni sporazum čije su članice naša država i država stranog ulagača, predviđa tretman koji je za stranog ulagača ili njegovo ulaganje povoljniji od tretmana predviđenog zakonom, primenjuje se tretman predviđen takvim sporazumom.⁶ Ovakvom odredbom država se obavezuje da u sopstveno zakonodavstvo inkorporira međunarodne propise, radi potpunije zaštite stranog investitora.

U oblasti prava koje uređuje strane investicije, do pravnih transfera može doći i kroz rad međunarodnih tribunala koji se bave rešavanjem investicionih sporova. Manifestacija ideje o značaju efikasne međunarodne zaštite stranih investitora, kao i način na koji se standar-

4 P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd 2007.

5 *Ibid.*, 25.

6 Čl. 7 Zakona o stranim ulaganjima, *Službeni list SRJ*, br. 3/2002 – prestao da važi nakon donošenja Zakona o ulaganjima, *Službeni glasnik RS*, br. 89/2015 i 95/2018.

di tretmana ispunjavaju konkretnom sadržinom, mogu se ilustrovati kroz primer Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (u daljem tekstu: ICSID).⁷ Ovaj Centar je institucionalizovana investiciona arbitraža, koja je osmišljena kao ISDS (engl. „*Investor to State Dispute Settlement*“) mehanizam za rešavanje sporova. To znači da ICSID Konvencija podrazumeva mogućnost da strani investitor samostalno i neposredno pokrene spor protiv države. U sporu strani investitor nastoji da pokaže da je država prekršila neki od standarda tretmana strane investicije na koji se obavezala potpisivanjem BIT-a sa zemljom porekla kapitala. Tribunali koji se konstituišu radi rešavanja investicionog spora, tumače neodređene i široko formulisane odredbe BIT-a, ispunjavajući ih na taj način konkretnom sadržinom. U ovlašćenjima koja su tribunalima data ICSID Konvencijom, može se prepoznati dvojaka funkcija: prva je očigledna – radi se o rešavanju sporova, a druga je generisanje pravila materijalnog prava.⁸ Prema ovom shvatanju, iako je nadležnost tribunala da reši konkretan spor za koji je i konstituisan i nije vezan prethodno donetim odlukama, u okviru ICSID-a se formira svojevrsna doktrina *de facto* precedenata. Tribunali opredeljuju sadržinu i domet konkretnih odredbi bilateralnih investicionih sporazuma, odnosno ugovorenih standarda tretmana investicije uzimajući u obzir značenje koje im daju relevantni učesnici u arbitražnom procesu. Kroz obrazlaganje sopstvenih stavova, interpretiraju i shvatanja prethodnih tribunala.⁹ Pored toga, tribunalni samostalno identifikuju elemente u kojima treba da iznose pravna shvatanja, autoritativno određujući šta su sve pitanja od značaja za raspravljanje i interpretaciju, i time daju novu dimenziju sopstvenoj kreativnoj ulozi.¹⁰ Postupajući na taj način, tribunalni pretenduju da zainteresovanoj javnosti ponude opšte stavove i pravne generalizacije, koje bi poslužile kao osnov za tumačenje sadržine odredbi investicionih sporazuma koji ugovaraju uobičajene standarde tretmana investicije.

U relevantnoj literaturi se može pronaći shvatanje da je ovakav način stvaranja prava primarni mehanizam progresivne izgradnje

7 Osnovan 1965. godine Konvencijom o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (ICSID Konvencija).

8 I. Ten Cate, „International arbitration and the ends of appellate review“, *NYU Int'l L. & Pol.* 44/2012, 1110–1117.

9 *Ibid.*, 1195.

10 *Ibid.*, 1120.

međunarodnog prava u savremenim uslovima. Tribunali stvaraju pravo kroz tumačenje BIT-ova i drugih izvora prava koji se mogu primeniti na rešenje konkretnog slučaja.¹¹ Ovakva ovlašćenja tribunala se izvode iz okolnosti da države zaključuju investicione sporazume koji sadrže neodređene odredbe, pa na taj način indirektno delegiraju arbitražama moć da stvaraju pravo. S obzirom na to da su tribunalni obavezni da spor reše primenjujući odredbe takvog sporazuma, njihova dužnost se proširuje i na obavezu da ih ispune konkretnom sadržinom.¹²

U relevantnoj literaturi se može naći ideja o tome da tribunalni imaju interes da razvijaju materijalno pravo. Ono treba da bude takvo da može da koordinira između različitih investicionih sporazuma, odluka i pravnih shvatanja različitih tribunala i kroz različite periode vremena. Smatra se da bi korišćenje tako generisanog prava dalo kredibilitet budućim odlukama. Tribunalni se u tom smislu posmatraju u ulozi učesnika kolektivnog procesa čiji cilj je donošenje odluka sa obrazloženjima koja snagom iznetih argumenata pretenduju da oblikuju materijalne norme međunarodnog prava stranih investicija. Arbitražna jurisprudencija u tom smislu služi za očuvanje osnovnih vrednosti kao što su: pravna sigurnost, sistemska koherentnost, legitimitet, vladavina prava i pravda.¹³

Ima autora koji, polazeći od opšte prihvaćenosti međunarodnih arbitraža kao modela za rešavanje investicionih sporova, trenutni stepen razvoja i način njihovog rada opisuju kao stvaranje arbitražnog pravnog poretka.¹⁴ Moderne investicione arbitraže se opisuju kao transnacionalne.¹⁵ Ova ideja je komplementarna shvatanju o transnacionalnom pravu, kao fenomenu koji nastoji da prevaziđe nedostatke postojećih pravnih sistema: nacionalni pravni poreci se bave domaćim pitanjima, a međunarodno pravo se bavi odnosima među državama.¹⁶ Međunarodne investicione arbitraže se bave upravo odnosima između država i pojedinaca– stranih investitora. Dalje, prilikom rešavanja

11 A. Stone Sweet, G. Della Cananea, „Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez“, *NYUJ Int'l L. & Pol.* 46/2013, 911.

12 A. Stone Sweet, M. Yunsuck Chung, A. Saltzman, „Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor-State Arbitration“, *Journal of International Dispute Settlement* 2017, 3.

13 *Ibid.*, 5.

14 K. Fan, *op. cit.* fn. 3, 249.

15 *Ibid.*

16 R. Michaels, *op. cit.* fn. 1, 144.

konkretnog spora, dužne su da okolnosti spornog odnosa nastalog u nacionalnom normativnom okruženju podvedu pod standarde međunarodnih pravnih pravila uokvirenih zaključenim investicionim sporazumom. Transnacionalno pravo se opisuje kao proces koji nastaje kroz pravni transfer između nacionalnog i internacionalnog prava, ili različitih domaćih prava. Procesi koji stvaraju ovo pravo proističu iz uzajamnog dejstva i dinamične tenzije lokalnog, nacionalnog, internacionalnog, javnog i privatnog, smeštene u jedan analitički okvir. U toj tenziji učesnici angažovani u transnacionalnim pravnim procesima pronalaze način da utiču na domaću legislativu i način primene prava, dok nacionalne pravne norme, njihove adaptacije ili način na koji odolevaju promenama, pružaju model za transnacionalno stvaranje prava.¹⁷ Takvo pravo se stvara kroz aktivnost privatnih aktera, među kojima su i međunarodni tribunali.¹⁸

Razvoj i jačanje značaja i uloge međunarodnih arbitraža se posmatra i kao proceduralna verzija vladavine prava. Ovo shvatanje nudi ideju da u sferi međunarodnih odnosa osnovni vrednosni koncepti i pravila pretenduju da se verifikuju kroz mehanizme za rešavanje sporova i na taj način steknu autoritet, ako ne uvek i legitimitet.¹⁹

3. PROBLEMI PRAVNIH TRANSPLANTA PROISTEKLIH IZ RADA TRIBUNALA

U prethodnom delu rada opisana je ideja da tribunali koji rešavaju međunarodne investicione sporove imaju udela u stvaranju pravila kojim se uređuje materijalno-pravni položaj stranih investitora, kao i prava i obaveze koje nasuprot tome imaju države receptori kapitala. Na primeru ICSID-a, kao institucionalizovane međunarodne investicione arbitraže, biće ukazano na to kako normativna aktivnost tribunala može uticati na pravne transplantate do kojih dolazi kroz odluke kojima se rešavaju sporovi.

ICSID je zamišljen kao neutralni forum za rešavanje investicionih sporova.²⁰ Odredbe ICSID Konvencije kojima je uređeno konsti-

17 *Ibid.*, 151.

18 *Ibid.*, 144.

19 C. Harlow, „Global administrative law: the quest for principles and values“, *European journal of international law* 1/2006, 208.

20 A. Broches, „Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: binding force, finality, recognition, enforcement, execution“, *ICSID review* 1987, 288.

tuisanje tribunala ukazuju da je ICSID sistem kreiran tako da se stara o neutralnosti, nezavisnosti i nepristrasnosti prilikom odlučivanja.²¹ Pored toga što se ICSID Konvencijom uređuje način na koji se postavljaju članovi tribunala, značajne su i odredbe koje propisuju kakva svojstva oni moraju imati. Za neutralnost ICSID-a i njegovu izolovanost od nacionalnih pravnih poredaka bitna su pravila koja se odnose na nacionalnost članova tribunala. Konkretno, član 38 ICSID Konvencije propisuje da članovi tribunala koje odredi predsednik ne smeju biti državljani države potpisnice koja je strana u sporu ili države potpisnice čiji je državljanin strana u sporu. Pored toga, član 39 propisuje da članovi tribunala koji čine većinu ne smeju biti državljani države potpisnice koja je stranka u sporu ili države potpisnice čiji je državljanin stranka u sporu. Državljanstvo članova tribunala koje treba da se razlikuje od onog koje imaju strane u sporu služi da se izbegne postojanje eventualnih predrasuda i pristrasnosti zasnovanih na potrebama nacionalnog interesa, a koji je izvan spora koji se rešava. Generalno govoreći, neutralnost međunarodnih arbitraža se posmatra kao njihova komparativna prednost u odnosu na domaće organe. Rešavanje sporova koje se bazira isključivo na relevantnim činjenicama, ogoljenim od upliva državnih javnih pitanja, treba da obezbedi pravičnost ishoda spora i principijelnu jednakost strana u sporu.

Međutim, bez obzira na procesne odredbe koje imaju za cilj da obezbede neutralnost tribunala koji rešavaju sporove, nemoguće je da se njegovi članovi u potpunosti izoluju od upliva nacionalne pravne kulture iz koje potiču. Naime, njihovo prethodno obrazovanje, iskustvo, kao i shvatanje društvenih modela, proizvod su određene pravne tradicije. Neminovno se prepoznaju u radu članova tribunala kroz način tumačenja prava, stil u rukovođenju postupkom, kroz pravnu tehniku koju koriste prilikom izrade odluke. Ovakvu mogućnost prepoznaju i organi koji postupaju u okviru ICSID-a. Primera radi, u postupku za poništenje odluke u slučaju *Vivendi I*²², *ad hoc* komitet²³ je prilikom ocene da li su u donetoj odluci izneti razlozi na kojima se ona zasniva, uzeo u obzir internacionalni karakter sporova koji se vode pred ICSID

21 Čl. 37–40, Odeljak 2 („Obrazovanje tribunala“), ICSID Konvencija i čl. 56–58, Glava V („Zamena i izuzeće posrednika i arbitara“), ICSID Konvencija.

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

23 Čl. 52 ICSID Konvencije: Organ koji je nadležan da postupa u postupku za poništenje odluke.

tribunalima. Naime, *ad hoc* komitet je cenio okolnost da se u sastavu tribunala mogu naći arbitri koji potiču iz različitih pravnih sistema, što može da utiče na koncipiranje obrazloženja odluke. U odluci *ad hoc* komiteta se izričito navodi da pod uticajem različitih pravnih tradicija, obrazloženje može biti dato detaljno ili jezgrovito. Zato se tribunalima mora odobriti izvestan stepen diskrecionog prava u pogledu izbora načina na koji formulišu obrazloženje odluka.²⁴

Kompleksnost predmeta sporova koji se vode pred ICSID-om povod je kritici apsolutne neutralnosti tribunala, odnosno činjenice da nisu uključeni u probleme staranja o javnom interesu država domaćina, te rešavanja spora isključivo na osnovu ekonomskih aspekata konkretnog investicionog odnosa. Naime, odnosi koji nastaju povodom realizacije investicije na teritoriji države domaćina po pravilu su dugotrajni. Za razliku od klasičnog komercijalnog odnosa koji podrazumeva pravo pristupa tržištu države domaćina, investicioni odnos podrazumeva pravo prisustva.²⁵ Kao takav on angažuje interese u svim, a ne samo u ekonomskoj sferi društvenih odnosa, pa se od tribunala očekuje da spor reši imajući u vidu složenost uticaja koji strana investicija može imati u sveukupnom životu nacionalne države. Pored toga, značajan deo literature ukazuje da je promenjena pravna priroda predmeta sporova koji se vode pred ICSID-om i da su oni od ekonomski motivisanih eksproprijacija prerasli u regulatorne sporove.²⁶ Ovi sporovi proističu iz izmene pravnog tretmana investicije prouzrokovane regulatornim merama države. Prilikom rešavanja spora, tribunali procenjuju zakonitost ovih mera u konkretnom slučaju, pri čemu pokazuju tendenciju da kroz iskazana pravna shvatanja utiču na vršenje javne vlasti države, uopšte. Dakle tribunali, da bi odlučili o pojedinačnom pravu stranog investitora, procenjuju akte države koje ona preduzima u kapacitetu suverena, motivisana opštim i javnim ciljevima od značaja za sopstvenu zemlju. Iako sporovi treba da se rešavaju na osnovu objektivnih kriterijuma i činjenica, smatra se da tribunali koji nisu deo sredine o kojoj odlučuju, ne mogu na adekvatan način da ispituju stvarne okolnosti u kojoj se država nalazi, kao i zašto je spor nastao. Odnosno, u uslovima izolovanosti tribunala od nacionalnog okruženja u kome se investicija

24 Vivendi I Annulment decision, para. 64.

25 D. Schneiderman, „Investment rules and the new constitutionalism“, *Law & Social Inquiry* 3/2000, 759.

26 P. Joost, „At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed“, *ICSID Review* 2014, 408.

realizovala, oni nemaju dovoljan stepen osetljivosti za procenu realnosti socijalne situacije koja može biti od značaja za rešenje spora.²⁷

Kroz donete arbitražne odluke, tribunalni iskazuju na koji način treba primenjivati pravo, tumačiti sadržinu i domet standarda tretmana stranih investitora, pritom orijentišući vrednosne stavove na kojima počiva balans nacionalnog interesa i interesa stranog kapitala. Kada bi se pravni stavovi tribunala posmatrali kao filter idealne interakcije domaćih legislativa i međunarodnih standarda, oslikanih u nastojanjima za harmonizaciju sadržine široko formulisanih odredbi investicionih sporazuma, doprinos investicionih arbitraža pravnim transplantima bi bio poželjan. Ipak, ovaj proces je znatno kompleksniji.

Harmonizacija prava kroz rad međunarodnih arbitraža se posmatra u povratnoj sprezi u kojoj se u globalne standarde unose lokalne norme. Međunarodni procesi koji nastaju na globalnoj sceni se inkorporiraju u lokalne okolnosti, u kom slučaju se govori o „lokalizovanoj globalizaciji“ (engl. „*localized globalism*“) ili o „mikro-globalizaciji“. Sa druge strane, lokalne ideje, praksa i institucije se projektuju na globalnu scenu, kada je reč o „globalizovanoj lokalizaciji“ (engl. „*globalized localism*“) ili „makro-globalizaciji“.²⁸ Suština ove ideje je u tome da kultura i tradicija države koja učestvuje u globalnim procesima utiče na njih. Način primene, tumačenje pravnih normi i uopšte stvaranje materijalnog korpusa prava kroz interpretaciju otvorenih formulacija odredbi investicionih sporazuma, mora da ima dovoljno fleksibilnosti za uvažavanje različitih analitičkih okvira. Ne samo da potpuna izolacija od nacionalnog okruženja nije moguća, već ona u apsolutno čistom vidu nije ni poželjna. Rešavanje sporova na međunarodnom nivou podrazumeva da se kroz donete arbitražne odluke nacionalnim legislativama nameću pravna shvatanja o dometu, sadržini i značenju pravnih instrumenata na podlozi kojih je spor rešavan. Na taj način se vrši vrsta vertikalnog pravnog transplanta. Ukoliko članovi tribunala spor rešavaju uzimajući u obzir samo ekonomske elemente koji se tiču investicionog odnosa, zanemarujući širi društveni kontekst u kome se ta investicija realizuje, to znači da se prilikom pravnog transplanta pravo odvaja od njegove svrhe i okolnosti iz kojih je nastalo. U literaturi se ističe da je jedan deo pravnih transplanata diktiran spolja,

27 G. Van Harten, M. Loughlin, „Investment treaty arbitration as a species of global administrative law“, *European Journal of International Law* 1/2006, 148.

28 K. Fan, *op. cit.* fn. 3, 253.

a neki se prihvataju jer se smatra da generišu legitimitet.²⁹ U oblasti međunarodnih investicija to je moguće ili kroz donete arbitražne odluke, ili čak i u ranijoj fazi, nametanjem teksta investicionog sporazuma od strane ekonomski jače države ugovornice. U tom slučaju, moguće je da pravni sistem države koja prihvata takav sporazum nije u dovoljnoj meri sofisticiran da može da ispuni obaveze njima uređene, odnosno da se zaista primenjuje u društvenoj realnosti te zemlje. Ipak, ideja o povoljnim efektima privlačenja stranog kapitala, kao i nemogućnost da se uvek pregovara o uslovima takvih sporazuma, dovodi do njihovog prihvatanja. Sa druge strane, zaključivanje takvih sporazuma treba da pokaže spremnost države da stvori stabilnu i povoljnu investicionu klimu, privlačnu stranim investitorima.

Kritika ukazuje na mane ovakvog sistema generisanja materijalnog prava u oblasti stranih investicija. Naime, govori se o procesu koji poprima oblike zapadnoevropskog stila,³⁰ odnosno o amerikanizaciji međunarodnih arbitraža.³¹ Ističe se da komparativno pravo, pravna teorija i uopšte izučavanje procesa globalizacije ne uzimaju u obzir druge pravne sisteme, njihovu tradiciju i pravnu kulturu.³² Iako na međunarodnoj sceni, u oblasti arbitraža, procesna pravila sve više postaju standardizovana, međunarodne arbitraže još uvek nisu prevazišle jaz između pravnih sistema zapadnoevropskih zemalja i onih koji ne pripadaju toj grupi.³³

Ovakva pristrasnost u korist anglo-američkog pravnog sistema se opisuje kao dupla kolonizacija.³⁴ Prva se sastoji u usvajanju vrednosnog sistema koji kao konceptualni okvir oblikuje pravnički stil kroz koji se izražava pristup u rešavanju sporova, način rukovođenja pokrenutim sporom, tumačenje i primena različitih pravnih izvora. Drugi vid kolonizacije se sastoji u pravnom transplantu, procesu u kom se pravni principi prenose iz jednog sistema u drugi, pri čemu se pretenduje da upravo „amerikanizovani“ treba da prevladaju i budu implementirani u druge pravne sisteme.

29 C. Harlow, *op. cit.* fn. 19, 210.

30 *Ibid.*, 211.

31 K. Fan, *op. cit.* fn. 3, 249.

32 *Ibid.*, 251.

33 *Ibid.*, 283.

34 C. Harlow, *op. cit.* fn. 19, 209.

4. ZAKLJUČAK

Preuzimanje pravnih koncepata, pravila koja su u praksi dobro funkcionisala i rešenja koja doprinose kvalitetu pravnog poretka mogu se shvatiti kao pozitivan produkt procesa globalizacije. Ipak, posmatrati pravo odvojeno od društvenih odnosa koje treba da reguliše, znači oduzimati mu upravo taj kvalitativni element koji mu daje socijalni legitimitet i autoritet. Zaključivanje investicionih sporazuma sa državama koje imaju superiornije pravne sisteme može imati pozitivne efekte. Oni mogu doprineti razvoju nacionalnog sistema kroz pokušaje prilagođavanja sopstvenih institucija u cilju očuvanja standarda tretmana investicije koji su predviđeni tim sporazumom. Sa druge strane, negativni efekti se mogu ogledati u tome što su preuzete obaveze takve da država nema dovoljan kapacitet da ih ispuni, te predstavljaju vid tereta za državu. Taj teret se može konkretizovati kroz dosuđene kompenzacije u sporovima koje investitori pokrenu pred investicionim arbitražama ukoliko ne ispune međunarodno preuzete obaveze.

Na međunarodnom nivou, stvaranje institucionalizovanih arbitraža treba da vodi ka uspostavljanju globalne vladavine prava. Takođe, od ovakvog sistema za rešavanje sporova se očekivalo da proizvede takozvane „*spill-over*“ efekte, odnosno da pozitivno utiče na stabilizovanje nacionalnih pravnih sistema. Relevantna praksa ukazuje da su nepotkrepljene tvrdnje o tome da postoji uzročno posledična veza između ugovaranja foruma za rešavanje investicionih sporova i unapređivanja sistema pravne zaštite u nacionalnim legislativama.³⁵ Ipak, kako pokazuje primer ICSID-a, sadašnji sistem međunarodnog prava stranih investicija i rad međunarodnih investicionih arbitraža dovode do pravnih transplanata. Međutim, ne uzima se nužno u obzir društveni kontekst u kome ovi transplanti treba da budu realizovani. Ovakve okolnosti treba da signaliziraju državi da je potrebno da kreira strateški okvir za privlačenje stranih investicija koji će negovati dozu opreza, odnosno uključivati u planiranje dugoročni nacionalni interes. Države, najpre, treba da zauzmu kritičniji odnos prema BIT-ovima koje zaključuju i da ih sadržinski prilagode stvarnim potrebama domaće privrede. Široko formulisane standarde tretmana treba ograničiti i preciznije definisati, opredeljujući unapred suštinski okvir materijalno-pravnog

35 R. Lee Katz, *op. cit.* fn. 2, 169.

položaja investitora u državi. Sa druge strane, imajući u vidu kritiku da tribunali u svom radu pokazuju izvesnu nespremnost za uvažavanje različitih pravnih tradicija, zatim pravnog i uopšte društvenog okruženja u državama o kojima odlučuju, postoji bojazan da državama manjkaju instrumenti za stvaranje stabilnog pravnog okvira u pogledu načina na koji treba primenjivati odredbe iz pravnih instrumenata kojima se štite prava investitora.

Ukoliko idejna podloga koja oblikuje arbitražne odluke i materijalno pravo koje se kroz njih generiše ne odgovara kulturi i shvatanjima čitavih grupacija naroda, onda sistem kao takav ne može da pretenduje da bude opšteprihvaćen. Harmonizacija prava u tom slučaju može biti moguća samo do granica tolerancije pravnih sistema koji se zanemaruju u okviru sistema međunarodnog rešavanja sporova. Ovo pitanje nije od značaja samo za pojedinačne nacionalne sisteme, već pitanje koje traži odgovor na globalnom nivou, jer može uticati na dalji tok razvoja čitave ove oblasti prava, kao i proceduralnih mehanizama za rešavanje investicionih sporova.

Kristina Stevanović, PhD

Senior Legal Officer at the University of Niš

THE IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION ON LEGAL TRANSPLANTS

Summary

The flow of foreign capital and the attraction of foreign investment are the key features of modern international economic relations. Such climate affects the dynamic development of international foreign investment law, as well as the mechanisms for resolving investment disputes. Relevant literature suggests that the *corpus* of substantive investment law is created through the work of international investment arbitration. Legal reasoning of the arbitral awards impose upon host countries the content of substantive rights awarded to foreign investors. This paper seeks to present the idea that such legal transplants are not necessarily desirable because they do not respect the legal and

social context of the country in which they are to be realized. By illustrating this aspect of the issue of legal transplants realized through the work of international investment arbitrations, the paper also points out to the importance of planning the *ambiance* in which the investment climate in the country is created.

Key words: *Foreign investments. – Investment arbitration. – Legal tradition.*