

## Institut arbitrabilnosti u crnogorskom Zakonu o arbitraži: kritički osvrt i prijedlozi reformi

Nema transcendentnog određenja pojma arbitrabilnosti, već je on definisan na osnovu njegovog uređenja u pojedinim pravnim porecima i teorijskog određenja njegovih mogućih sadržaja. Jedan od načina na koje možemo definisati arbitrabilnost je da je to složen pojam kojim se definiše šta može da bude predmet arbitraže (arbitrabilnost *ratione materiae*) i ko mogu biti strane potpisnice arbitražnog ugovora (arbitrabilnost *ratione personae*).

Imajući u vidu da je pitanje arbitrabilnosti pitanje koje zauzima centralno mjesto u modernom arbitražnom pravu, jasno je da je od značaja za cjelokupno arbitražno pravo jedne zemlje da arbitrabilnost i njene granice budu pažljivo i valjano regulisane. Cilj ovog rada proistekao je iz brige autorke usmjerene upravo ka tome, pa je rad strukturisan tako da će se, nakon što ponudi teorijski osvrt na pitanje arbitrabilnosti, usko opredijeliti za analizu crnogorskog pravnog sistema i predstaviti način na koji je crnogorski zakonodavac riješio ovo pitanje. Kroz uporednopravni pristup i pregled izdvojenih pozitivnopravnih rješenja arbitražnog prava u regionu — u Srbiji, Hrvatskoj i Sloveniji — nastojaće se da se objasne manjkavosti crnogorskog rješenja pitanja arbitrabilnosti i biće predložene njegove odgovarajuće reforme.

*Ključne riječi:* arbitrabilnost, granice arbitrabilnosti, arbitraža, arbitražni tribunal, autonomija volje

### Uvod

Različiti autori definisali su arbitražu na različite načine pa opšteprihvaćena definicija još uvijek ne postoji, za šta najvjerojatnije možemo kriviti njenu dugu istoriju i obimnu primjenu, koja pokazuje pretenziju stalne ekspanzije.<sup>1</sup> Ako krenemo od najjednostavnijih i najočiglednijih karakteristika, reći ćemo da je arbitraža jedan od alternativnih načina rješavanja sporova. Sa druge strane, najsazetije bismo je, uzimajući u obzir uređenje instituta u većini pravnih sistema, uključujući i crnogorski, definisali kao privatno suđenje.

I zaista, stranke se u slučaju arbitraže sporazumijevaju da svoje nastale ili buduće sporove povjere na rješavanje privatno imenovanoj, neutralnoj trećoj strani, koja će o njima donijeti odluku. Ta arbitražna

\* Asistentkinja na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta Donja Gorica; *email:* andrea.micanovic@udg.edu.me

<sup>1</sup> Janićijević, D. (2011). *Arbitraža*. Niš: Pravni fakultet, Centar za publikacije, str. 3.

odluka pravno je obavezujuća i praktično jednako izvršna kao i odluka u redovnom sudskom postupku. Ona je i jednako konačna, ili čak i „više konačna”<sup>2</sup> u odnosu na sudsku odluku, s obzirom na to da se u odnosu na većinu sudskih presuda može uložiti žalba. U tom smislu, istinska arbitraža predstavlja istinsku alternativu sudskom postupku.<sup>3</sup> Na sličan način arbitražu definiše i akademik Siniša Triva, i to kao „rješavanje sporova između dvije ili više stranaka od strane treće osobe (ili trećih osoba), arbitra (ili arbitara), koji svoja ovlaštenja izvodi iz sporazuma stranaka i čija je odluka obavezna za njih i ima, u većini poredaka, učinke koji korespondiraju učincima sudskih odluka”<sup>4</sup>.

Kada je riječ o razlikama između arbitražnog i redovnog sudskog postupka, s aspekta ovog rada najvažnija je ona koja se ogleda u tome da sudija može rješavati sve sporove iz svoje nadležnosti, između svih stranaka, bez obzira na njihova posebna svojstva, dok je krug sporova koje može rješavati arbitar, a koje nazivamo arbitrabilnim sporovima, višestruko ograničen s obzirom na različite kriterijume koji će biti analizirani u nastavku. Ovo pitanje, tj. pitanje arbitrabilnosti spornih odnosa, jedno je od najznačajnijih u arbitražnom pravu (ako ne i najznačajnije), o čemu možda najbolje govori činjenica da je upravo ispunjenost kriterijuma arbitrabilnosti uslov punovažnosti arbitražnog sporazuma, a nearbitrabilnost konkretne pravne stvari može biti razlog za poništaj odluke arbitražnog tribunala ili za odbijanje priznanja i izvršenja (strane) arbitražne odluke.

U prvom dijelu ovog rada predmet istraživanja biće upravo pitanje arbitrabilnosti i njenih granica, koje, u odnosu na kakvoću, mogu biti objektivne, subjektivne, institucionalne i teritorijalne. Iz teorijske perspektive, biće objašnjena svaka od pomenutih granica arbitrabilnosti pojedinačno, nakon čega slijedi analiza crnogorskog pravnog sistema i predstavljanje načina na koji je crnogorski zakonodavac riješio ovo pitanje. Kroz uporednopravni pristup i pregled izdvojenih pozitivnopravnih rješenja arbitražnog prava u regionu — u Srbiji, Hrvatskoj i Sloveniji — nastojaćemo da objasnimo manjkavosti crnogorskog rješenja pitanja arbitrabilnosti i predložiti njegove odgovarajuće reforme.

## 1. Pojam arbitrabilnosti

Jedan od načina na koji možemo definisati arbitrabilnost je kao „višeznačan, složen pojam kojim se određuje što može biti predmet arbitraže (arbitrabilnost *ratione materiae*) i tko mogu biti stranke

<sup>2</sup> Arbitražna odluka konačna je u prvom stepenu i ona se može pobijati samo vanrednim pravnim lijekovima (vidi član 44 stav 1 Zakona o arbitraži Crne Gore).

<sup>3</sup> Jagtenberg, R. i de Roo, A. (2018). Employment Disputes and Arbitration. An Account of Irreconcilability, With Reference to the EU and the USA. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 68 (2), str. 180. Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/200531>.

<sup>4</sup> Triva, S. (1983). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, str. 647.

arbitražnog ugovora (arbitrabilnost *ratione personae*), pa se stoga može reći da je arbitrabilnost pretpostavka valjanosti arbitražnog ugovora.<sup>5</sup> Drugim riječima, „arbitražni sporazum se mora odnositi na spor koji je arbitrabilan. Ovo je opšteprihvaćeno pravilo, a pod njim se podrazumeva da je zaključen između stranaka kojima je dopušteno da ugovore arbitražno rešavanje sporova (arbitrabilnost *ratione personae*) i da se odnosi na materiju koja je podobna za arbitražno rešavanje (arbitrabilnost *ratione materiae*)”<sup>6</sup>.

Prema navedenom, arbitrabilnost ima svoje granice, koje mogu biti objektivne — s obzirom na predmet spora koji se može riješiti pred arbitražnim tribunalom, i subjektivne — s obzirom na subjekte (fizička i pravna lica) koji svoje međusobne sporove mogu rješavati u arbitražnom postupku. Međutim, ukoliko pitanje arbitrabilnosti i njenih granica posmatramo šire, opravdano se nameću još i pitanja da li je određene pravne stvari moguće rješavati isključivo pred domaćim ili i pred međunarodnim arbitražnim tribunalom, i da li postoje ograničenja u pogledu vrste arbitražne institucije koja može rješavati konkretnu pravnu stvar, pa je važno pomenuti još dvije vrste granica arbitrabilnosti: teritorijalne (arbitrabilnost *ratione territorii*) i institucionalne (arbitrabilnost *ratione institutionis*).

### 1.1. Objektivne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione materiae*)

Objektivne granice arbitrabilnosti su one koje su postavljene s obzirom na predmet spora koji se (ne) može arbitražno rješavati. Dakle, ova vrsta arbitrabilnosti odnosi se na dopuštenost ugovaranja arbitraže s obzirom na svojstva predmeta spora i uslovljava podobnost samog spora da bude podvrgnut rješavanju u arbitražnom postupku.<sup>7</sup> Drugim riječima, arbitrabilnost *ratione materiae* daje odgovor na pitanje kakva moraju biti svojstva spora da bi on mogao biti predmet ugovora o arbitraži.

U nacionalnim zakonodavstvima odgovore na ova pitanja najčešće tražimo u posebnim zakonima o arbitraži (tzv. *lex arbitri*).<sup>8</sup> „Ukoliko se apstrahuju postojeće razlike u nacionalnim pravima u pogledu pojedinosti načina koji se koriste za određivanje arbitrabilnosti

<sup>5</sup> Knol Radoja, K. (2015). Svršishodnost arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova s posebnim naglaskom na sporove proizašle iz razvoda braka. *Pravni vjesnik*, 31 (1), str. 87. Preuzeto sa: <https://hrcak.srce.hr/145488>.

<sup>6</sup> Petrović, M. (2013). Punovažnost arbitražnog sporazuma. *Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu”*, str. 487. Preuzeto sa: <https://www.pravni.ues.rs.ba/Download/Zbornik-Harmonizacija/HGPV4.pdf>.

<sup>7</sup> Janićijević, op. cit., str. 76.

<sup>8</sup> U nekim zakonodavstvima takvi zakoni inkorporirani su u zakonike o parničnom postupku. Takav je slučaj sa njemačkim ili austrijskim zakonima o parničnom postupku, a tako je bilo i sa jugoslovenskim zakonima o parničnom postupku iz 1956. i 1976. godine. Takođe, odredbe o međunarodnoj arbitraži moguće je u nekim zemljama pronaći i u zakoncima o međunarodnom privatnom pravu, kao što je slučaj u Švajcarskoj.

*ratione materiae*, dolazi se do zaključka da se u većini slučajeva ona određuje tako što se prvo sistemom generalne klauzule određuje krug sporova koji se mogu arbitražno rješavati, da bi se potom posebnim korektivnim mehanizmima tako određen krug sporova širio ili sužavao.<sup>9</sup> Uzmimo za primjer rješenje u Zakoniku o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke<sup>10</sup> (dZPO):

U članu 1030 stav 1 dZPO, njemački zakonodavac je pitanje arbitralnosti regulisao upravo prema objašnjenoj formuli. Prvo je u formi pozitivno formulisane generalne klauzule široko stipulisao da se arbitraža može ugovoriti za rješavanje imovinskih sporova, da bi potom korektivnim klauzulama prvo proširio, a zatim i suzio krug arbitralnih sporova. U nastavku člana 1030 stav 1 dZPO navodi se da se, pored imovinskih, pred arbitražnim tribunalom može odlučivati i o neimovinskim sporovima, ali pod uslovom da o njihovom predmetu stranke mogu zaključiti poravnanje. Nadalje, u stavu 2 i 3 odnosnog člana stipulisano je da: a) arbitražni sporazum neće proizvoditi pravno dejstvo ukoliko se tiče pravnih sporova u vezi sa zakupom stambenog prostora na teritoriji Savezne Republike Njemačke (bez obzira na to što su u pitanju imovinski sporovi), te da: b) ostaju na snazi sve odredbe koje su stipulisane u drugim zakonima, a koje predviđaju nearbitralnost pojedinih (imovinskih) sporova, ili predviđaju njihovu arbitralnost jedino ukoliko su ispunjeni tačno određeni uslovi.

Korektivne klauzule kojima se sužava polje arbitralnosti uglavnom su formulisane na dva načina — ili zakonodavac po sistemu *numerus clausus* eksplicitno i taksativno (dakle, na direktan način) navodi koji sporovi se ne mogu rješavati pred arbitražnim tribunalom<sup>11</sup>, ili na posredan način koriguje prethodno generalnom klauzulom definisano polje objektivne arbitralnosti. Drugi način, dakle,

<sup>9</sup> Knežević, M. (2008). O pojmu i značaju arbitralnosti. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 42, br. 1–2, str. 878. Preuzeto sa: <https://zbornik.pf.uns.ac.rs/en/zbornici/2008/zbornik-1-2/o-pojmu-i-znacaju-arbitralnosti/>.

<sup>10</sup> Cijeli tekst Zakonika o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke (dZPO) na engleskom jeziku dostupan je na: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html).

<sup>11</sup> Primjer za ovaj način formulisanja korektivne klauzule kojom se sužava polje arbitralnosti je upravo njemački Zakonik o parničnom postupku, u čijem članu 1030 stav 2 je zakonodavac eksplicitno naveo da sporovi u vezi sa zakupom stambenog prostora na teritoriji Savezne Republike Njemačke nisu arbitralni. Isti normativni sistem koristi i austrijski zakonodavac kada u članu 582 stav 2 Zakonika o parničnom postupku (ÖZPO) određuje da su nearbitralni sporovi u oblasti porodičnog prava, svi oni koji proizilaze iz ugovora koji su, pa barem i djelimično, podložni Zakonu o zakupu (njem. *Mietrechtsgesetz*) ili Zakonu o neprofitnoj stambenoj djelatnosti (njem. *Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*), kao i oni koji se tiču zaključenja, postojanja, raskida i pravne karakterizacije takvih ugovora, te sporovi u vezi s etažnom svojinom.

Tekst Zakonika o parničnom postupku Republike Austrije (ÖZPO) dostupan je na: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV\\_2006\\_1\\_7](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erv&Dokumentnummer=ERV_2006_1_7).

podrazumijeva da se određenim posrednim kriterijumom dolazi do korekcije prethodno u načelu određene arbitrabilnosti *ratione materiae*.

Tipičan primjer za to jeste korišćenje kriterijuma nadležnosti su-  
da, odnosno kriterijuma *ratione jurisdictionis*, koji ne daje direktan  
odgovor na pitanje koji sporni odnosi nisu arbitrabilni, već onaj ko  
to pitanje postavi mora prethodno pronaći odgovor na još jedno —  
*Za rješavanje kojih spornih odnosa je predviđena isključiva sudska nad-  
ležnost?* Iz toga proizilazi da se radi o indirektnoj metodi, zato što se  
„posrednim, indirektnim putem dolazi do odgovora na pitanje koji  
sporovi, bliže o kojim pravima, nisu arbitrabilni. Posrednik putem  
kojeg se dolazi do takvog odgovora jeste institut isključive nadležno-  
sti”<sup>12</sup>, koji je uspostavljen imajući u vidu da je arbitraža alternativni  
način rješavanja sporova koji izaziva posljedice po javnu politiku, pa  
su neke vrste sporova tradicionalno u isključivoj nadležnosti sudova.<sup>13</sup>  
Drugim riječima, granice arbitrabilnosti *ratione jurisdictionis* odre-  
đuju kao nearbitrabilne sve one sporove za koje je predviđena isklju-  
čiva sudska nadležnost i služe da suze generalnom klauzulom defi-  
nisano polje arbitrabilnosti *ratione materiae*, pa se mogu posmatrati  
kao njen korektiv.<sup>14</sup> U tom smislu, arbitrabilnost *ratione iurisdictio-  
nis* samo je dio arbitrabilnosti *ratione materiae*.

## 1.2. Subjektivne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione materiae*)

Pridjev *subjektivan* u ovom kontekstu znači *ličan*, *onaj koji se ti-  
če ličnosti*, pa je pravilno zaključiti da su subjektivne granice arbitra-  
bilnosti one koje su postavljene s obzirom na to ko (ne) može izni-  
jeti predmet spora pred arbitražu, tj. zaključiti arbitražni sporazum.  
Dakle, ova vrsta arbitrabilnosti odnosi se na svojstva potpisnika ar-  
bitražnog sporazuma i njen nedostatak može prouzrokovati njego-  
vu ništavost.

S obzirom na kompleksnost pravne prirode arbitražnog sporazu-  
ma, nije jednostavno dati odgovor na pitanje koja svojstva mora da  
posjeduje određeni pravni subjekt da bi ga mogao zaključiti, bez bo-  
jazni da će se kasnije, usljed nesposobnosti ugovornih strana, dovesti  
u pitanje njegova pravna valjanost. Ako se uzme u obzir da je u kon-  
tekstu arbitražnog sporazuma riječ o materijalnom ugovoru sa pro-  
cesnopравnim dejstvima, onda se sposobnošću za njegovo zaključ-  
enje može obuhvatiti i građanskopravna i procesnopravna sposobnost.  
Drugačije, „za sve one koji arbitražu shvataju kao ugovornu institu-  
ciju, za zaključenje arbitražnog sporazuma potrebno je da stranke

<sup>12</sup> Knežević, *op. cit.*, str. 882.

<sup>13</sup> Deskoski, T., Dokovski, V. (2018). Notes on Arbitrability — Focus on Objec-  
tive Arbitrability. *Faculty of Law: Journal Articles*. Skoplje: Pravni fakultet  
„Iustinianus Primus” Univerziteta svetog Ćirila i Metodija, str. 1. Preuzeto sa:  
<https://repository.ukim.mk/handle/20.500.12188/9450>.

<sup>14</sup> Janićijević, *op. cit.*, str. 77.

posjeduju pravnu i poslovnu sposobnost. Sa druge strane, za one koji ističu jurisdikcioni karakter arbitraže, pored ove sposobnosti, neophodno je da stranke posjeduju i stranačku i parničnu sposobnost<sup>15</sup>.

Ovdje treba istaći da pojam stranačke sposobnosti u građanskom procesnom<sup>16</sup> i arbitražnom pravu nije nužno identičan, u smislu da u arbitražnom pravu vrlo često nije dovoljno da određeno fizičko ili pravno lice posjeduje pravnu sposobnost kako bi mu se priznala i sposobnost da bude strana u arbitražnom postupku, već je neophodno i da posjeduje neke druge kvalitete, koji se, između ostalog, mogu ticati prebivališta ili uobičajenog boravišta fizičkog, a sjedišta pravnog lica, itd. Primjera radi, crnogorski zakonodavac je stipulisao da je unutrašnja arbitraža ona kojoj je na rješavanje povjeren spor u kojem su stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, odnosno pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore, a da je međunarodna arbitraža ona koja rješava sporove s elementom inostranosti koji se ogleda u tome da je jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u drugoj državi, odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi.<sup>17</sup>

To znači da crnogorski Zakon o arbitraži (u daljem tekstu: ZA CG) ne stipuliše mogućnost stranim licima da ugovaraju arbitražu u Crnoj Gori, tj. on, s aspekta unutrašnje arbitraže, odriče stranačku sposobnost u arbitražnom postupku pravnim subjektima koji imaju prebivalište, uobičajeno boravište ili sjedište u drugoj državi, ukoliko barem jedna od strana u arbitražnom sporazumu nije domaći pravni subjekat. Dakle, dva strana lica ne mogu rješavanje spornog odnosa povjeriti arbitraži čije je mjesto na teritoriji Crne Gore, bez obzira na to što su pravno i poslovno sposobna i što im pravila parničnog postupka priznaju stranačku i parničnu sposobnost<sup>18</sup>.

Sa druge strane, poređenja radi, srbijansko pozitivnopravno rješenje o subjektivnim granicama arbitrabilnosti takvo je da izjednačava pojam stranačke sposobnosti u građanskom procesnom i arbitražnom pravu. Ono predviđa da arbitražu može da ugovori svako

<sup>15</sup> Petrović, *op. cit.*, str. 492.

<sup>16</sup> Prema zakonskoj definiciji, stranka u postupku može biti svako fizičko i pravno lice, koje može biti nosilac procesnih prava i dužnosti, a biće to ako podnese tužbu — tužilac, odnosno ako bude tužen. Time nijesu određeni i drugi kvaliteti stranke. Vidi: Čizmović, M. i Đuričin, B. (1997). *Građansko procesno pravo*. Podgorica: Kulturno-prosvjetna zajednica, str. 146.

<sup>17</sup> Član 2 stav 1 Zakona o arbitraži, Sl. list CG br. 47/2015.

Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/D8DA34E6-67CF-4B80-8A6C-6A50DBF0477A>.

<sup>18</sup> Član 77 stav 1 Zakona o parničnom postupku, (Službeni list Republike Crne Gore, br. 022/04 od 2. 4. 2004, 028/05 od 5. 5. 2005, 076/06 od 12. 12. 2006, Službeni list Crne Gore, br. 073/10 od 10. 12. 2010, 047/15 od 18. 8. 2015, 048/15 od 21. 8. 2015, 051/17 od 3. 8. 2017, 075/17 od 9. 11. 2017, 062/18 od 21. 9. 2018, 034/19 od 21. 6. 2019, 042/19 od 26. 7. 2019, 076/20 od 28. 7. 2020, 108/21 od 12. 10. 2021). Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/3AB1E7EB-F3F3-425E-9B74-564497792AE4>.

ko, u skladu s odredbama zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku<sup>19</sup>. Ovo znači da različita zakonodavstva različito postavljaju subjektivne granice arbitrabilnosti i da je praksa da se za zaključenje arbitražnog sporazuma i kasnije učešće u arbitražnom postupku zahtijeva posjedovanje i drugih svojstava osim pravne i poslovne sposobnosti.

I na međunarodnom planu i danas postoje „brojna ograničenja koja se tiču svojstava potpisnika arbitražnog sporazuma. Tako, neke konvencije i autonomni izvori koji regulišu međunarodnu arbitražu ograničavaju domen svoje primjene na sporove u kojima strane imaju domicil ili boravište u različitim državama”.<sup>20</sup> Za takvo rješenje opredijelila se, recimo, Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine (u daljem tekstu: Evropska konvencija), u kojoj se navodi da je polje njene primjene ograničeno na „sporazume o arbitraži sklopljene radi rješavanja sporova koji nastaju iz međunarodne trgovine između *fizičkih ili pravnih osoba koje imaju, u vrijeme sklapanja sporazuma, svoje uobičajeno boravište ili svoje sjedište u različitim državama ugovornicama*”<sup>21</sup>.

U kontekstu subjektivne arbitrabilnosti, važno je i pitanje da li subjekti javnog prava mogu zaključiti arbitražni sporazum. Evropska konvencija daje pozitivan odgovor na ovo pitanje<sup>22</sup>, pri čemu omogućava svakoj državi da prilikom potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja ovoj konvenciji izjavi rezervu u odnosu na takvo rješenje, tj. predvidi mogućnost arbitražnog rješavanja samo onih sporova koji su nastali između subjekata privatnog prava<sup>23</sup>. Ovu mogućnost, primjera radi, nije iskoristila Republika Hrvatska koja je u ZA HR transponovala upravo predstavljeno pravno rješenje, prema kom ona i njene jedinice lokalne samouprave i jedinice područne (regionalne) samouprave mogu zaključiti ugovor o arbitraži i biti stranke u sporu pred arbitražnim sudom<sup>24</sup>; kao ni Republika Srbija, čiji je zakonodavac stipulisao da svako fizičko i pravno lice, uključujući i državu, njene organe, ustanove i preduzeća u kojima ona ima svojinsko učešće može da zaključi sporazum o arbitraži<sup>25</sup>.

Konačno, ovdje još treba istaći da pravna lica javnog prava mogu zaključiti arbitražni sporazum samo pod uslovom da to čine kao privatna lica (lat. *jure gestionis*), a ne kao javna vlast (lat. *iure imperii*). Na primjer, ZA CG predviđa da stranke u arbitražnom postupku mogu, između ostalih, biti državni organ, organ državne uprave,

<sup>19</sup> Član 5 stav 2 ZA CG.

<sup>20</sup> Janićijević, op. cit, str. 77.

<sup>21</sup> Član 1 stav 1 tačka (a) Evropske konvencije. Dostupna na: [https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=22&subid=A&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=22&subid=A&clang=_en).

<sup>22</sup> Član 2 stav 1 Evropske konvencije.

<sup>23</sup> Član 2 stav 2 Evropske konvencije.

<sup>24</sup> Član 7 stav 2 Zakona o arbitraži Republike Hrvatske (Narodne novine br. 88/01). Dostupan na: <https://www.zakon.hr/z/250/Zakon-o-arbitra%C5%BEi>.

<sup>25</sup> Član 5 stav 2 Zakona o arbitraži Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 46/2006). Dostupan na: [https://www.paragraf.rs/propisi/zakon\\_o\\_arbitrazi.html](https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_arbitrazi.html).

drugo pravno lice koje vrši javna ovlaštenja i organ lokalne samouprave, pa to, u skladu sa prethodno navedenim, znači da ova lica, prilikom zaključenja arbitražnog sporazuma i kasnije u arbitražnom postupku, ne uživaju imunitet koji im garantuje javno pravo (tzv. načelo restriktivnog imuniteta), jer tim povodom ne istupaju kao javna, već kao privatna lica.

### 1.3. *Institucionalne granice arbitrabilnosti* (*arbitrabilnost ratione institutionis*)

Da bismo razumjeli šta predstavljaju institucionalne granice arbitrabilnosti, nužno je napraviti razliku između institucionalne (stalne) i *ad hoc* arbitraže. Univerzalna definicija ove dvije vrste arbitraže ne postoji, ali se na osnovu odredbi različitih nacionalnih i međunarodnih propisa može zaključiti šta su glavne tačke mimoilaženja ova dva pojma. Na primjer, za potrebe Model zakona UNCITRAL-a arbitraža je definisana kao bilo koja arbitraža bez obzira na to da li njome upravlja stalna arbitražna institucija ili ne<sup>26</sup>. Iako se termin *ad hoc* ovdje ne pominje, sugerise se da postoje dvije vrste arbitraže: jedna kojom upravlja stalna arbitražna institucija (administrirana, institucionalna arbitraža) i druga koja proizilazi iz negativne karakterizacije prve, odnosno arbitraža kojom ne upravlja stalna arbitražna institucija, koju ćemo označiti kao *ad hoc* arbitražu, u skladu s univerzalnim nazivom ove vrste arbitraže.<sup>27</sup> Ove prve postupaju uvijek po istim, institucionalno određenim pravilima, dok druge djeluju u skladu sa pravilima koja odrede stranke manifestacijom principa autonomije volje.

Ovo razlikovanje važno je s obzirom na to da granice arbitrabilnosti mogu biti postavljene upravo u odnosu na to da li konkretan spor može biti povjeren na rješavanje i institucionalnoj i *ad hoc* arbitraži, ili samo ovoj prvoj. U drugom slučaju to bi značilo da su pojedini sporovi nearbitrabilni pred *ad hoc* arbitražom, tj. da mogu biti isključivo rješavani u arbitražnom postupku koji se vodi pred stalnom arbitražom i da je, u tom smislu, sužena autonomija volje strana u spornom odnosu. Dakle, prema nekim zakonima o arbitraži, *ad hoc* arbitražni postupci su ili zabranjeni u vezi s određenom vrstom spорова<sup>28</sup>, ili nisu izričito prepoznati, zbog čega je u prvom slučaju moguća jedino institucionalna arbitraža, a u drugom odluka *ad hoc* arbitražnog suda nije arbitražna odluka u smislu arbitražnog akta, jer

<sup>26</sup> Član 2 stav a) Model zakona.

Dostupan na: [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration).

<sup>27</sup> Perales Viscasillas, P. (2014). The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014, str. 31. Dostupno na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2017/0003-25651704028V.pdf>.

<sup>28</sup> Na primjer, na osnovu člana 11 bis. stav 3 Zakona o arbitraži Španije zaključuje se da korporativne sporove nije moguće rješavati pred *ad hoc* arbitražom.

je nije donio arbitražni sud koji pripada instituciji čije je osnivanje statutarno riješeno.<sup>29</sup>

Model zakon UNCITRAL-a pod pojmom „arbitraža” na jednak način podrazumijeva i *ad hoc* i institucionalnu arbitražu, a to čine i Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1958. godine (u daljem tekstu: Njujorška konvencija), te Evropska konvencija. Njujorška konvencija predviđa da pojam „arbitražna odluka” obuhvata kako odluke koje donesu arbitri imenovani za određene slučajeve, tako i one donešene od strane stalnih arbitražnih organa<sup>30</sup>, što znači da ona na vrlo eksplicitan način izjednačava arbitražne odluke *ad hoc* i institucionalnih arbitraža. Istovremeno, Evropska konvencija predviđa da pojam „arbitraža” ne podrazumijeva samo rješavanje sporova od strane arbitara koji su imenovani za konkretne slučajeve (u okviru *ad hoc* arbitraža), već i od strane stalnih arbitražnih institucija<sup>31</sup>. Na ovaj način obje konvencije, zajedno sa Model zakonom UNCITRAL-a daju strankama potpunu autonomiju da slobodnim izrazom svoje volje odaberu pred kojom od dvije vrste arbitraže (*ad hoc* ili institucionalnom) žele da rješavaju svoj sporni odnos.

Institucionalne granice arbitrabilnosti, dakle, postavljaju se s obzirom na pitanje: *Mogu li neki sporovi biti povjereni na rješavanje samo arbitražnim institucijama ili treba omogućiti njihovo rješavanje pred oblicima arbitraža koje nisu unaprijed organizovane — poznate kao ad hoc arbitraže?*<sup>32</sup> Ove granice arbitrabilnosti možemo okarakterisati i kao kompetencijske, tj. ustanovljene s obzirom na isključivu sposobnost, tj. nadležnost određenih vrsta arbitražnih tribunala (*ad hoc* i institucionalnih) da rješavaju određene vrste pravnih stvari.

#### 1.4. Teritorijalne granice arbitrabilnosti (arbitrabilnost *ratione territorii*)

Ove granice arbitrabilnosti postavljene su s obzirom na to da li, s aspekta zakonodavstva konkretne države, rješavanje određene vrste sporova može biti povjereno arbitraži izvan teritorije te države ili isključivo onoj koja djeluje u okviru njenog područja. Primjera radi, ako s ovog aspekta analiziramo ZA HR, vidjećemo da on predviđa da stranke u sporovima sa međunarodnim obilježjem<sup>33</sup> imaju mogućnost da ugovore i arbitražu čije je „mjesto izvan područja Republike

<sup>29</sup> Perales Viscasillas, P. (2014). The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014, str. 34. Dostupno na: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0003-2565/2017/0003-25651704028V.pdf>.

<sup>30</sup> Član 1 stav 2 Njujorške konvencije. Dostupna na: <https://www.newyorkconvention.org/>.

<sup>31</sup> Član 1 stav 2 tačka (b) Evropske konvencije.

<sup>32</sup> Uzelac, A. (2002) New boundaries of arbitrability under the Croatian Law on Arbitration. *Croatian arbitration yearbook*, 9, str. 140.

<sup>33</sup> Prema članu 2 stav 1 tačka 7 ZA HR spor sa međunarodnim obilježjem je onaj spor u kojem je „barem jedna od stranaka fizička osoba s prebivalištem ili

Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj<sup>34</sup>. U tom smislu, ugovaranje inostrane arbitraže (arbitraže čije je sjedište izvan teritorije Republike Hrvatske<sup>35</sup>) — institucionalne ili *ad hoc* — nije dopušteno ni u jednom sporu ako je zakonom propisano da spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj. To bi u većini slučajeva značilo da strana arbitraža nije dopuštena ako je predviđena „isključiva međunarodna nadležnost” suda u Republici Hrvatskoj<sup>36</sup>.

## 2. Pregled relevantnih članova crnogorskog Zakona o arbitraži

U crnogorskom ZA nema člana na osnovu čijeg je rubruma očigledno da se tu imaju tražiti odgovori na pitanja o granicama arbitralnosti koja su u ovom radu do sada teorijski analizirana. Onaj ko nije pravnički potkovan tek pažljivijom analizom teksta ZA CG pronaći će tražene odgovore u članu 2 čiji je rubrum *Arbitraža* i u kojem se, zapravo, daje definicija arbitraže na koju se, u skladu sa članom 3 stav 1 ima primijeniti ovaj zakon, a o granicama arbitralnosti se zaključuje na posredan način. Za potrebe dalje analize sadržinu ovog člana prenosimo u cjelini:

*„Arbitraža podrazumijeva sprovođenje arbitražnog postupka pred arbitražnim tribunalom radi rješavanja spora u kojem su stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, odnosno pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore (unutražnja arbitraža), kao i spora sa elementom inostranosti u kojem je jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u drugoj državi odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi (međunarodna arbitraža).*

*Pravno lice u smislu stava 1 ovog člana je državni organ, organ državne uprave, drugo pravno lice koje vrši javna ovlašćenja, organ lokalne samouprave, privredno društvo, javno preduzeće, javna ustanova, nevladina organizacija, investicioni ili drugi fond, kao i drugo udruženje ili organizacija koje u okviru svog poslovanja stalno ili povremeno ostvaruje ili pribavlja sredstva i njima raspolaze.*

*Pod uobičajenim boravištem iz stava 1 ovog člana podrazumijeva se uobičajeno boravište u smislu zakona kojim se uređuje međunarodno privatno pravo.”<sup>37</sup>*

---

uobičajenim boravištem u inozemstvu, odnosno pravna osoba koja je osnovana po stranom pravu”.

<sup>34</sup> Član 3 stav 2 ZA HR.

<sup>35</sup> U članu 2 stav 1 tačka 2 ZA HR, hrvatski zakonodavac domaću arbitražu definiše kao arbitražu čije je mjesto na području Republike Hrvatske, pa se, *argumentum a contrario*, zaključuje da je inostrana ona arbitraža čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske.

<sup>36</sup> Uzelac, op. cit, str. 152.

<sup>37</sup> Član 2 ZA CG.

Krenimo i ovdje od arbitrabilnosti *ratione materiae*. Crnogorski zakonodavac, naime, predviđa da „arbitraža podrazumijeva sprovođenje arbitražnog postupka pred arbitražnim tribunalom radi rješavanja *spora*”, na osnovu čega se na prvu, bez dileme, zaključuje da arbitražni tribunal može postupati samo u vezi sa spornim pravnim stvarima. I zaista, ova norma naizgled je jasna i jednoznačna, te je, u skladu sa pravilom da jasne tekstove ne treba tumačiti<sup>38</sup> (lat. *In claris non fit interpretatio*) sasvim dovoljno primijeniti metodu jezičkog tumačenja kako bi se razumjela njena sadržina i zaključilo da arbitraža nespornih pravnih stvari u Crnoj Gori nije dozvoljena. Međutim, autorka je mišljenja da će se, ako se ZA CG dublje analizira, primijetiti da jezičko tumačenje nije dovoljno da dovede do ispravnog zaključka i da se navedena norma mora sagledati sistematski, u smislonj povezanosti sa drugim pravnim normama.

Smatramo da će se, ako se to učini, uočiti da ZA CG nešto kasnije predviđa i mogućnost da stranke u toku arbitražnog postupka zaključče poravnanje, o čemu se, na njihov zahtjev, može donijeti i arbitražna odluka<sup>39</sup>, pa treba razmišljati na sljedeći način: S obzirom na to da stranke pred arbitražnim tribunalom mogu da se poravnaju, onda one, *arg. ad analogiam*, pred njim mogu rješavati i druge nesporne pravne stvari. Dodatno, ako prema gore citiranoj odredbi stranke mogu zaključiti arbitražni sporazum i uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala za rješavanje spora, onda, *arg. a maiori ad minus*, to isto mogu učiniti i u odnosu na nespornu pravnu stvar, i to pod uslovom, razumije se, da se ne prevazilaze granice u kojima je dopušteno zaključiti arbitražni sporazum. Drugim riječima, iz svega navedenog treba izvući pouku da je prema ZA CG rješavanje nespornih pravnih stvari pred arbitražnim tribunalom moguće, ali da takva mogućnost ne postoji u odnosu na sve, već samo one nesporne pravne stvari koje se mogu smjestiti unutar granica koje su uspostavljene u pogledu vrste pravnih stvari koje su arbitrabilne.

Međutim, takve granice u ovom zakonu nisu definisane. Crnogorski zakonodavac je, kao što smo rekli, predvidio da se arbitraža provodi povodom rješavanja spora, ali je propustio da, s obzirom na vrstu, ograniči krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala<sup>40</sup>, pa se na osnovu člana 2 ZA CG s pravom konstatuje da su arbitrabilni svi pravni sporovi, bez izuzetka. Istina, član 3 ZA CG predviđa mogućnost da se granice arbitrabilnosti *ratione materiae* uspostave u drugim zakonima, na način što stipuliše: „Arbitraža se ne može sprovesti kad je

<sup>38</sup> Bogišić je u svom Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru rekao: „Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba” (član 994 OIZ).

<sup>39</sup> Član 42 stav 1 ZA CG.

<sup>40</sup> On nije, dakle, slijedio praksu zemalja u regionu koje su, na primjer, predvidjele da su arbitrabilni samo sporovi o pravima o kojima stranke mogu slobodno raspolagati, imovinski sporovi o pravima o kojima stranke mogu slobodno raspolagati i oni za koje nije predviđena isključiva nadležnost suda itd.

drugim zakonom propisano da se pojedini sporovi ne mogu rješavati arbitražom<sup>41</sup>, ali to nije dovoljno da *de facto* otkloni dilemu o tome jesu li, recimo, sporovi o pravima o kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati arbitrabilni ili nisu, ili da li se arbitrabilnim imaju smatrati samo imovinski ili i neimovinski sporovi.

Kada je u pitanju arbitrabilnost *ratione personae*, ni tu crnogorski zakonodavac nije ponudio adekvatno rješenje. Naime, prema citiranom članu 2 ZA CG, unutrašnja arbitraža je moguća povodom rješavanja spora bez elementa inostranosti, a između 1) dva fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem<sup>42</sup> u Crnoj Gori, 2) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori i pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i 3) dva pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore. To znači da se ne može desiti da nadležnost arbitražnog tribunala u Crnoj Gori uspostave stranke od kojih su jedna ili obje strani pravni subjekti, što predstavlja prvu manu crnogorskog pozitivnog pravnog određenja subjektivnih granica arbitrabilnosti, a u kontekstu granica arbitrabilnosti *ratione territorii*.

Sa druge strane, međunarodna arbitraža se prema crnogorskom arbitražnom pravu može ugovoriti povodom rješavanja spora s elementom inostranosti i to samo između 1) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori ili pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i fizičkog lica sa prebivalištem i uobičajenim boravištem u drugoj državi i 2) fizičkog lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori ili pravnog lica koje je osnovano po pravu Crne Gore i pravnog lica koje je osnovano po stranom pravu i čije je sjedište u drugoj državi. Ovdje je crnogorski zakonodavac takođe podbacio, jer ovakvo pravno rješenje podrazumijeva da, u slučaju da ugovore arbitražu u drugoj državi, domaća lica ne mogu predvidjeti primjenu arbitražnog prava Crne Gore.

I treća mana načina na koji su u arbitražnom pravu Crne Gore definisane granice arbitrabilnosti *ratione personae* odnosi se na određene pravne lica. Naime, analizom člana 2 stav 2 u kontekstu člana 2 stav 1 ZA CG, zaključuje se da je crnogorski zakonodavac u pravna lica svrstao državne organe, organe državne uprave, te organe lokalne samouprave i na taj način pojam pravnog lica odredio drugačije u odnosu na njegovo opšteprihvaćeno pravno određenje. On je,

<sup>41</sup> Član 3 stav 2 ZA CG.

<sup>42</sup> Član 2 stav 3 ZA CG upućuje na definiciju uobičajenog boravišta datu u članu 12 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore (Službeni list Crne Gore, br. 001/14 od 9. 1. 2014, 006/14 od 4. 2. 2014, 011/14 od 4. 3. 2014, 014/14 od 22. 3. 2014, 047/15 od 18. 8. 2015), koja glasi: „Uobičajeno boravište fizičkog lica, u smislu ovog zakona, je mjesto u kojem fizičko lice pretežno boravi, nezavisno od upisa u evidenciju nadležnog organa ili odobrenja boravka ili nastanjenja i bez obzira na to da li je boravak vremenski unaprijed ograničen. Prilikom određivanja uobičajenog boravišta treba voditi računa o okolnostima lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa tim mjestom ili na namjeru da se takve veze zasnjuju”. Tekst Zakona dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/9C433C64-9FFB-4B65-AE70-88E401CC217F>.

naime, poistovjetio dva na određeni način subordinirana pojma — pojam pravnog lica i organa pravnog lica. Dok je pravno lice organizacija koja ima svojstvo subjekta prava (imaoca prava i obaveza), organ pravnog lica je jedno ili više fizičkih lica ovlašćenih da izjavljuju volju i preduzimaju pravne poslove pravnog lica, iz čega slijedi da organ pravnog lica nema samostalni pravni subjektivitet<sup>43</sup>, pa samim tim ne može biti ni stranka u (arbitražnom) postupku.<sup>44</sup> U tom smislu, stranka u arbitražnom postupku može biti samo pravno lice — država i jedinica lokalne samouprave, a ne njihovi predstavnički, izvršni i drugi organi.

Kada je u pitanju arbitrabilnost *ratione institutionis*, prvo je važno istaći da ZA CG nije izričit u podjeli arbitraže na *ad hoc* i stalnu arbitražu, ali se takva podjela naslućuje iz nekoliko članova ovog propisa. Prvo, ZA CG predviđa da rad arbitražnog tribunala *može* (dakle — ne mora) da organizuje i obezbjeđuje arbitražna institucija<sup>45</sup>, što sugerije da se može uspostaviti i arbitraža kojom takva institucija ne upravlja — *ad hoc* arbitraža. Zatim, isti zaključak može se izvesti i na drugom mjestu gdje se stipuliše: „Ako su se stranke sporazumjele da organizaciju arbitraže povjere arbitražnoj instituciji, mjesto arbitraže određuje se prema pravilima te arbitražne institucije”<sup>46</sup>. Ovdje je veznik *ako* taj koji indikuje da postoji i druga mogućnost — mogućnost da se organizacija arbitraže ne povjeri arbitražnoj instituciji, u kom slučaju je riječ o *ad hoc* arbitraži.

Bilo kako bilo, crnogorsko arbitražno pravo ne ograničava mogućnost ugovaranja *ad hoc* arbitraže i ne pravi razliku između institucionalne i *ad hoc* arbitraže kako bi uspostavio granice arbitrabilnosti *ratione institutionis*. Na strankama je, dakle, da zajednički, bez obzira na vrstu pravne stvari koju treba riješiti, u arbitražnom sporazumu donesu odluku o tome žele li osnivanje jedne ili druge.

Na kraju, važno je istaći i sljedeće: Crna Gora spada u onu grupu zemalja koje nisu zabranile arbitražno rješavanje potrošačkih sporova, ali je u Zakonu o zaštiti potrošača<sup>47</sup> (u daljem tekstu: ZZZP) predvidjela određeno ograničenje u tom pogledu. Naime, ukoliko analiziramo član 104 stav 1 tačka 19 u kontekstu člana 102 ZZZP CG,

<sup>43</sup> Rašović, Z. (2009). *Gradansko pravo*. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, str. 80–81 i str. 95.

<sup>44</sup> Ovo pravilo slijedi i Zakon o parničnom postupku koji u svom članu 76 stav 1 stipuliše da stranka u parničnom postupku mogu biti samo fizička i pravna lica, a stranačku sposobnost ni na jednom mjestu ne priznaje organima pravnih lica (takvo rješenje ne bi bilo u skladu sa zauzetim teorijskim stanovištem da procesnopravni pojam stranačke sposobnosti odgovara materijalnopravnom pojmu pravne sposobnosti, s obzirom na to da organi pravnih lica ne posjeduju pravni subjektivitet i ne mogu biti nosioci prava i obaveza).

<sup>45</sup> Član 4 stav 3 ZA CG.

<sup>46</sup> Član 32 stav 3 ZA CG.

<sup>47</sup> Zakon o zaštiti potrošača (Službeni list Crne Gore, br. 002/14 od 14. 01. 2014, 006/14 od 4. 2. 2014, 043/15 od 31. 7. 2015, 070/17 od 27. 10. 2017, 067/19 od 11. 12. 2019, 146/21 od 31. 12. 2021, 084/24 od 6. 9. 2024). Dostupan na: <https://www.sluzbenilist.me/propisi/12BF7559-C3D6-4093-ACD1-4297775B7759>.

zaključićemo da je crnogorski zakonodavac predvidio da se ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo može smatrati nepoštenom ako, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, isključuje, ograničava ili otežava pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim organom ili organizacijom, a naročito ako se njome obavezuje potrošač na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena odgovarajućim propisima. On je na ovaj način u crnogorsko pozitivno pravo u originalu transponovao rješenje predviđeno Direktivom Vijeća 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. godine o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima, što će reći da se u procesu usklađivanja sa pravom EU opredijelio za minimum standarda koji je propisan Direktivom, bez nastojanja da potrošačima pruži bilo kakvu strožiju zaštitu.

U Crnoj Gori, dakle, s aspekta arbitrabilnosti, potrošači ne uživaju veći stepen zaštite, pogotovo ako se ima u vidu da je upravo prezentovano rješenje iz ZZP CG formulisano na način koji predviđa da se odredba koja ispunjava gore navedene uslove *može* (dakle — ne mora) smatrati nepoštenom, što ostavlja prostor za različita tumačenja od slučaja do slučaja i proizvodi rizik da će ishod tumačenja najčešće prevagnuti u korist trgovca kao jače strane, koji se kao ugovorna strana i kao stranka u postupku povodom spornog odnosa javlja češće od potrošača (tzv. *repeat player* efekat). Konačno, kada su u pitanju individualni radni sporovi, crnogorski zakonodavac nije predvidio nikakva ograničenja u pogledu njihove arbitrabilnosti.

### 3. *Reforma uređenja instituta arbitrabilnosti u crnogorskom pravu*

Nakon analize (manjkavosti) načina na koji je pitanje arbitrabilnosti regulisano u crnogorskom pravnom sistemu, vrijeme je da ponudimo reformska rješenja koja mogu doprinijeti poboljšanju kvaliteta ZA CG u domenu određenja granica arbitrabilnosti — pitanja koje zauzima centralno mjesto u modernom arbitražnom pravu. Na samom početku, u nomotehničkom smislu, a u kontekstu pitanja arbitrabilnosti, bilo bi dobro preurediti ZA CG na način da se na osnovu rubruma konkretnog člana jasno zaključuje da su unutar njega regulisane (barem objektivne i subjektivne) granice arbitrabilnosti.

Crnogorski zakonodavac to može učiniti po ugledu na slovenačkog, tako što će član u kom je regulisao granice arbitrabilnosti *ratione materiae* i *ratione personae* nasloviti „Predmet i stranke arbitraže”<sup>48</sup>, ili može biti još konkretniji poput hrvatskog zakonodavca i nasloviti ga „Arbitrabilnost”. Možda je i najprikladnije rješenje da se za rubrum tog člana iskoristi sintagma „Podobnost spora za arbitražu (arbitrabilnost)”, jer na taj način crnogorski zakonodavac, poput srbijanskog,

<sup>48</sup> Vidi: Član 4 Zakona o arbitraži Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 45/08). Dostupan na: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5288>.

može biti siguran da će i predstavnik/ca stručne i predstavnik/ca laičke javnosti umjeti da nasluti i razumije njegovu sadržinu.

Nadalje, istakli smo da je crnogorski zakonodavac predvidio da se arbitraža sprovodi povodom rješavanja spora, ali je propustio da, s obzirom na vrstu, ograniči krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala, pa se na osnovu člana 2 ZA CG s pravom konstatuje da su arbitrabilni svi pravni sporovi, bez izuzetka. Ovakvo rješenje je loše, što se vrlo lako zaključuje ako se ima u vidu uloga koju bi princip autonomije volje trebalo da ima u određivanju granica arbitrabilnosti. Naime, disponibilnost materijalnopravnog odnosa i arbitrabilnost spora koji iz nje nastane treba da budu podudarne vrijednosti, u smislu da spor koji nastane iz nedisponibilnog materijalnopravnog odnosa treba da u načelu bude nearbitrabilan, a da sporu koji je proizašao iz materijalnopravnog odnosa koji je disponibilan treba priznati arbitrabilnost.

U skladu sa tim, način na koji je hrvatski zakonodavac regulisao granice arbitrabilnosti *ratione materiae* nameće se kao najadekvatnije pravno rješenje. On je u potpunosti ostao vjeran principu autonomije volje i kao jedini kriterijum za određenje objektivnih granica arbitrabilnosti predvidio disponibilnost spora. Na taj način, ne samo da se priklonio onim zemljama koje su u svom arbitražnom pravu ukazale najveći stepen uvažavanja principu autonomije volje, već je i izbjegao svođenje objektivne arbitrabilnosti na sporove o imovinskim pravima, čime bi, poput srbijanskog zakonodavca, kao nearbitrabilne obilježio mnoge sporove o neimovinskim pravima koji bi, s obzirom na svoju materijalnopravnu disponibilnost, i u procesnom pravnom smislu bili sasvim pogodni za rješavanje pred arbitražnim tribunalom.

Dakle, smatramo da bi i crnogorski zakonodavac trebalo da slijedi zakonodavca iz susjedne Hrvatske kada je u pitanju postavljanje granica arbitrabilnosti *ratione materiae*. U tom slučaju, trebalo bi uzeti da su arbitrabilni svi *sporovi* kojima se može pripisati karakter disponibilnosti, pri čemu treba imati na umu dvije napomene u vezi s ovakvim pravnim rješenjem. Prvo, mada se načelno zaključuje da su arbitrabilni svi disponibilni sporovi, ipak treba imati na umu da iz ovog kruga *ius cogens* može isključiti određene takve sporove. I drugo, iako se, ako slijedimo ovo rješenje arbitrabilnost pripisuje samo spornim pravnim odnosima, ne treba ishitreno zaključiti da je arbitrabilnost oduzeta nespornim pravnim stvarima, tj. da arbitraža ne može biti pandan vanparnici. Naprotiv, ako stranke mogu zaključiti arbitražni sporazum i uspostaviti nadležnost arbitraže za rješavanje spora, onda, *arg. a maiori ad minus*, to isto mogu učiniti i u odnosu na nespornu pravnu stvar, i to pod uslovom, razumije se, da se ne prevazilaze granice u kojima je dopušteno zaključiti arbitražni sporazum, pri čemu kogentno pravo ponovo ima primat.

Takođe, istakli smo da, tumačeći član 2 ZA CG, zaključujemo da se ne može desiti da nadležnost arbitraže u Crnoj Gori uspostave stranke od kojih su jedna ili obje strani pravni subjekti, pri čemu

je *ratio* ovakvog rješenja u potpunosti nedokučiv. S tim u vezi, dobro je slijediti rješenje inkorporirano u hrvatski i slovenački zakon o arbitraži, po kom se ovi pravni propisi primjenjuju na domaće arbitraže, bez obzira na to da li je riječ o sporovima sa ili bez međunarodnog obilježja. Na taj način, sporovi sa i bez međunarodnog obilježja bili bi izjednačeni u pogledu mogućnosti ugovaranja domaće arbitraže.

Istovremeno, smatramo da bi granice arbitrabilnosti *ratione territorii* koje je postavio hrvatski zakonodavac trebalo pratiti do kraja, pa i u dijelu koji se razlikuje u odnosu na rješenje iz ZA SLO, a u pogledu mogućnosti rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja pred stranom arbitražom. Dakle, valjalo bi da i crnogorski zakonodavac predvidi da se pred stranom arbitražom može ugovoriti isključivo rješavanje sporova sa međunarodnim obilježjem, koji su definisani kao sporovi u kojima je barem jedna od stranaka fizičko lice sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u inostranstvu, odnosno pravno lice koje je osnovano po stranom pravu. *A contrario*, povodom rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja, u koje spadaju svi sporovi u kojima su obje stranke fizička lica sa prebivalištem ili uobičajenim boravištem u Crnoj Gori, i/ili pravna lica koja su osnovana po pravu Crne Gore, ne bi trebalo da je moguće ustanoviti nadležnost arbitraže koja se ne nalazi na crnogorskom području. Razlog ovakvog ramišljanja autorke je u očiglednoj potrebi razvoja domaće prakse i kulture arbitražnog rješavanja spornih odnosa u Crnoj Gori.

Kada je riječ o granicama arbitrabilnosti *ratione personae*, istakli smo da se još jedna mana ZA CG ogleda u određenju pravnog lica u članu 2 stav 2, a u kontekstu člana 2 stav 1. Naime, crnogorski zakonodavac je u pravna lica svrstao državne organe, organe državne uprave, te organe lokalne samouprave i na taj način pojam pravnog lica odredio drugačije u odnosu na njegovo opšteprihvaćeno pravno određenje. Poistovijetio je dva na određeni način subordinirana pojma — pojam pravnog lica i organa pravnog lica, a zanemario da stranka u arbitražnom postupku može biti samo pravno lice — država i jedinica lokalne samouprave, a ne njihovi predstavnički, izvršni i drugi organi.

S tim u vezi, crnogorski zakonodavac ovu grešku može ispraviti tako što će se, recimo, osloniti na pravila parničnog postupka i odrediti da arbitražu može ugovoriti svako ko, u skladu sa stipulacijama iz zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku; ili može stipulisati da arbitražu može da ugovori svako fizičko i pravno lice (uključujući subjekte javnog prava — Republiku Crnu Goru, jedinice lokalne samouprave itd).

Dodatno, određene reforme crnogorskog zakonodavstva potrebne su i radi veće zaštite slabije strane (potrošača i zaposlenih) u arbitražnom postupku. U tom smislu, prvenstveno treba mijenjati odredbe ZZP, na način što će, po uzoru na srbijanskog, crnogorski zakonodavac, s aspekta arbitrabilnosti, predvidjeti strožu zaštitu potrošača. Podsjećanja radi, dok crnogorsko potrošačko pravo predviđa da se odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo *mogou* (dakle — *ne*

*moraju*) smatrati nepoštenim ako isključuju, ograničavaju ili otežavaju pravo potrošača da prava iz ugovora ostvari pred sudom ili drugim nadležnim organom ili organizacijom, a naročito ako se njima obavezuje potrošač na rješavanje spora pred arbitražom koja nije predviđena odgovarajućim propisima, srbijanski zakonodavac stipuliše da se takve odredbe *moraju* smatrati nepravičnim bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja.

Konačno, valjalo bi da crnogorski zakonodavac potrošača kao slabiju stranu zaštititi i kroz odredbe ZA CG, sa ciljem da stvori uslove u kojima, s obzirom na njegov nejednak položaj kao slabije, u odnosu na trgovca kao jače strane, neće biti upitno da li je izjava volje potrošača da se sporovi iz ugovornog odnosa s određenim trgovcem rješavaju pred arbitražom bila slobodna i ozbiljna. To može učiniti po uzoru na rješenje iz Hrvatske, na način što će predvidjeti da u slučaju da je spor nastao ili bi mogao nastati iz ugovora u kojem je jedna ugovorna strana potrošač, ugovor o arbitraži mora biti sačinjen u posebnoj ispravi koju su pritom potpisale obje strane, uz napomenu da u toj ispravi, osim ukoliko je sačinjena kod notara, ne smije biti nikakvih drugih utanačenja do onih koja se odnose isključivo na arbitražni postupak.

U ovom dijelu važno je izjasniti se i u odnosu na radne sporove i zaštitu zaposlenih kao slabije strane u kontekstu arbitrabilnosti. Naime, bez obzira na načelnu arbitrabilnost ove vrste sporova, njihova arbitraža u budućnosti bi trebalo da bude restriktivnije uređena posebnim propisima, imajući u vidu njihovu specifičnu strukturu, različit položaj i stepen moći stranaka, izrazitu potrebu za posebnim uređenjem pitanja snošenja troškova postupka, uključujući i aspekt njihovog avansiranja, te s obzirom na potencijalni broj postupaka<sup>49</sup> i sve druge pojedinosti radnih sporova u odnosu na koje je očekivano pažljivije formulisanje granica arbitrabilnosti *ratione materiae*.

### *Zaključak*

Evropski sud u Strazburu više puta je istakao da se termin „zakon” ne odnosi samo na postojanje zakona u formalnom smislu, već i na postojanje kvalitetnog zakona, i da je, kako bi se jedan opšti akt smatrao zakonom i u materijalnom smislu, neophodno da su njegove norme dovoljno precizne, jasne i predvidive. Nužno je, dakle, pratiti i sadržinske kriterijume kako bi se jedan opšti akt svrstao u kategoriju zakona, a kako bismo osigurali ispunjenost tih sadržinskih kriterijuma, zakon moramo u kontinuitetu preispitivati i unapređivati.

Sa tim ciljem, Zakon o arbitraži Crne Gore u ovom radu bio je predmet takve analize, usmjerene ka njegovom sveobuhvatnom

<sup>49</sup> Triva, S., Uzelac, A. (2007). Hrvatsko arbitražno pravo: komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava. Zagreb: Narodne novine, str. 29.

preispitivanju u kvalitativnom smislu i definisanju preporuka za poboljšanje određenih pravnih rješenja koja su u njemu sadržana. Imajući u vidu značaj koji pitanje arbitrabilnosti uživa u sferi arbitražnog prava, njegovo uređenje u crnogorskom arbitražnom pravu stavljeno je u centar analize.

Koristeći se metodom analize sadržaja, normativno-dogmatskom metodom, uporednopravnom, induktivnom i deduktivnom metodom, autorka je došla do zaključka da je crnogorsko pravno uređenje pitanja arbitrabilnosti neophodno unaprijediti, pa je sa tim ciljem dobro učiniti sljedeće:

1. U nomotehničkom smislu, a u kontekstu pitanja arbitrabilnosti, preurediti ZA CG na način da se na osnovu rubruma konkretnog člana jasno zaključuje da su unutar njega regulisane (barem objektivne i subjektivne) granice arbitrabilnosti;

2. S obzirom na vrstu ograničiti krug spornih pravnih stvari u odnosu na koje se može uspostaviti nadležnost arbitražnog tribunala, pritom imajući u vidu da dostupnost materijalnopravnog odnosa i arbitrabilnost spora koji iz njega nastane treba da budu podudarne vrijednosti, u smislu da spor koji nastane iz nedostupnog materijalnopravnog odnosa treba da u načelu bude nearbitrabilan, a da sporu koji je proizašao iz materijalnopravnog odnosa koji je dostupan treba priznati arbitrabilnost;

3. Izjednačiti sporove sa i bez međunarodnog obilježja u pogledu mogućnosti ugovaranja domaće arbitraže;

4. Predvidjeti da se pred stranom arbitražom može ugovoriti isključivo rješavanje sporova sa međunarodnim obilježjem, a da, *a contrario*, povodom rješavanja sporova bez međunarodnog obilježja, ne bi trebalo da je moguće ustanoviti nadležnost arbitraže koja se ne nalazi na crnogorskom području. Razlog za to je u očiglednoj potrebi razvoja domaće prakse i kulture arbitražnog rješavanja spornih odnosa u Crnoj Gori;

5. U pogledu arbitrabilnosti *ratione personae* razgraničiti pojam pravnog lica i organa pravnog lica, te odreći organima pravnih lica sposobnost zaključivanja arbitražnog sporazuma;

6. Zaštititi potrošača kao slabiju stranu kroz odredbe ZA CG, sa ciljem da se stvore uslovi u kojima, s obzirom na njegov nejednak položaj kao slabije, u odnosu na trgovca kao jače strane, neće biti upitno da li je izjava volje potrošača da se sporovi iz ugovornog odnosa s određenim trgovcem rješavaju pred arbitražom bila slobodna i ozbiljna; i

7. Bez obzira na načelnu arbitrabilnost individualnih radnih sporova, ograničiti njihovu arbitražu radi što bolje zaštite zaposlenog kao slabije strane.

Svi navedeni zaključci proistekli su iz uporednopravnog osvrta na pravna rješenja pitanja arbitrabilnosti u zemljama regiona, uključujući i dvije članice EU, čije je zakonodavstvo (pa i u oblasti arbitražnog prava) usklađeno sa standardima EU. Oni ne samo da su usmjereni ka boljem definisanju granica arbitrabilnosti u crnogorskom pravnom sistemu, te boljoj zaštiti potrošača i zaposlenih kao

slabijih strana, već su inspirisani podrškom evropskom putu Crne Gore, na kom je potrebno u kontinuitetu i bezuslovno raditi na usklađivanju njenog unutrašnjeg prava s onim što su standardi pravne tekovine Evropske unije.

### *Literatura*

1. Deskoski, T, Dokovski, V, Notes on Arbitrability — Focus on Objective Arbitrability. *Zbornik radova Pravnog fakulteta „Iustinianus Primus” Univerziteta svetog Ćirila i Metodija*, 2018.
2. Jagtenberg, R. i de Roo, A, Employment Disputes and Arbitration. An Account of Irreconcilability, With Reference to the EU and the USA, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 68 (2), 2018.
3. Janićijević, D, *Arbitraža*, Pravni fakultet, Centar za publikacije, Niš, 2011.
4. Triva, S, *Gradansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1983.
5. Triva, S, Uzelac, A, *Hrvatsko arbitražno pravo: komentar Zakona o arbitraži i drugi izvori hrvatskog arbitražnog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007.
6. Knežević, M, O pojmu i značaju arbitrabilnosti. *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 42, br. 1–2, 2008.
7. Knol Radoja, K, Svrsishodnost arbitrabilnosti obiteljskopравnih sporova s posebnim naglaskom na sporove proizašle iz razvoda braka. *Pravni vjesnik*, 31 (1), 2015.
8. Perales Viscasillas, P, The role of arbitral institutions under the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. *Lima Arbitration*, 6/2014.
9. Petrović, M, Punovažnost arbitražnog sporazuma. *Zbornik radova „Harmonizacija građanskog prava u regionu”*, 2013.
10. Rašović, Z, *Gradansko pravo*, Pravni fakultet, Podgorici, 2009.
11. Uzelac, A, New boundaries of arbitrability under the Croatian Law on Arbitration. *Croatian arbitration yearbook*, 9, 2022.
12. Ćizmović, M, i Đuričin, B, *Gradansko procesno pravo*, Kulturno-prosvjetna zajednica, Podgorica, 1997.

### *Nacionalni propisi i izvori međunarodnog prava*

1. Zakon o arbitraži Crne Gore („Sl. list CG”, br. 47/2015)
2. Zakon o arbitraži Republike Hrvatske („Narodne novine” br. 88/01)
3. Zakon o arbitraži Republike Slovenije („Uradni list RS”, št. 45/08)
4. Zakon o arbitraži Republike Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 46/2006)
5. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, br. 001/14 od 09. 01. 2014, 006/14 od 04. 02. 2014, 011/14 od 04. 03. 2014, 014/14 od 22. 03. 2014, 047/15 od 18. 08. 2015)
6. Zakon o parničnom postupku Crne Gore („Službeni list Republike Crne Gore”, br. 022/04 od 02. 04. 2004, 028/05 od 05. 05. 2005, 076/06 od 12. 12. 2006, „Službeni list Crne Gore”, br. 073/10 od 10. 12. 2010, 047/15 od 18. 08. 2015, 048/15 od 21. 08. 2015, 051/17 od 03. 08. 2017, 075/17 od 09. 11. 2017, 062/18 od 21. 09. 2018, 034/19 od 21. 06. 2019, 042/19 od 26. 07. 2019, 076/20 od 28. 07. 2020, 108/21 od 12. 10. 2021)
7. Zakonik o parničnom postupku Republike Austrije
8. Zakonik o parničnom postupku Savezne Republike Njemačke

9. Zakon o zaštiti potrošača Crne Gore („Službeni list Crne Gore”, br. 002/14 od 14. 01. 2014, 006/14 od 04. 02. 2014, 043/15 od 31. 07. 2015, 070/17 od 27. 10. 2017, 067/19 od 11. 12. 2019, 146/21 od 31. 12. 2021, 084/24 od 06. 09. 2024)
10. Tekst Direktive EU 93/13/EEZ od 5. aprila 1993. o nepoštenim uslovima u potrošačkim ugovorima.
11. Tekst Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961. godine.
12. Tekst Model zakon UNCITRAL-a od 7. jula 2006. godine.
13. Tekst Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 7. juna 1959. godine.

Andrea Mićanović, LL. M.

THE INSTITUTION OF ARBITRABILITY IN THE  
MONTENEGRIN ARBITRATION LAW: A CRITICAL  
VIEW AND REFORM PROPOSALS

There is no transcendental definition of the concept of arbitrability; rather, it is defined through its regulation within individual legal systems and through theoretical interpretations of its possible scope. One way to define arbitrability is as a complex legal concept that determines both what may constitute the subject matter of arbitration (*arbitrability ratione materiae*) and who may be parties to an arbitration agreement (*arbitrability ratione personae*).

Given that arbitrability occupies a central position in modern arbitration law, it is evident that the overall arbitration framework of a given country depends significantly on the careful and coherent regulation of arbitrability and its limits. The purpose of this paper arises from the author's concern precisely in this regard. Accordingly, after providing a theoretical overview of the concept of arbitrability, the paper focuses on an analysis of the Montenegrin legal system and presents the manner in which the Montenegrin legislator has addressed this issue. Through a comparative legal approach and an examination of selected positive-law solutions in the field of arbitration law in the region — specifically in Serbia, Croatia, and Slovenia — the paper seeks to identify the shortcomings of the Montenegrin approach to arbitrability and to propose appropriate reforms.

*Key words:* arbitrability, limits of arbitrability, arbitration, arbitral tribunal, party autonomy