

*Др Душица Палачковић,
професор Правног факултета, Крагујевац*

Доказивање у арбитражном поступку

Важност доказивања у било ком спорном поступку заштите права непотребно је посебно елаборирати. Валидност и егзистирање судске или одлуке другог ауторитета по правилу је резултат консеквентно спроведеног поступка доказивања. Овакво закључивање не односи се на арбитражне одлуке донете применом принципа правичности (*ex aequo et bono, amiable compositeur*), по изричитом овлашћењу странака. Истовремено, мада је циљ доказивања идентичан у свим спорним поступцима не сме се закључивати да за доказивање (као генерички појам) важе у свим поступцима идентични принципи.

Разлике постоје већ и стога што су, компаративно гледано, у примени различити модели - англосаксонски (*Common Law*) и континентални, европски (*Civil Law*), од којих први доследно уважава расправно начело (*Hearing*), односно и усменост, док други прихвата и истражну максиму у ограниченом обиму и писмену форму у значајнијем обиму.¹⁾ Поменуте разлике рефлектују се и на посебне законе о арбитражи, мада је препознатљив процес приближавања.

1. Видети, нпр., Demeyere, L., 1998 *Amendments to Belgian Arbitration Law: An Overview*, *LCIA, Arbitration International*, Vol. 15., No. 3., 1999., p. 301. (и ауторе на које упућује фус-нота 20. овог рада). У литератури налазимо још један посебан модел који је у примени у земљама Арапског Средњег Истока, чији системи копирају у суштини европски, посебно онај из француског *Code of Civil Procedure*, уз неизбежне корекције специфичностима исламског права, нпр., Saleh, S., *Reflection on admissibility of Evidence: Interrelation Between Domestic Law and International Arbitration*, *LCIA, Arbitration International*, Vol. 15. No. 2., 1999., p. 150; за наше право, нпр., Голдштајн, А., Трива, С., Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987., стр. 70.

Надаље, општа је констатација да је неприхватљиво говорити о "међународним арбитражним процесним правилима", чији значајан део чине правила о доказивању. То би било супротно смислу и сврси арбитраже уопште па и решавању спорова пред међународном трговинском арбитражом. Са изузетком малог броја процесних правила садржаних у релевантним мултилатералним конвенцијама и модел-законима, других извора тзв. међународног арбитражног процесног права и нема.²⁾ Стога се говори о "међународним арбитражним процесним правилима".

Следи као прихватљив приступ доказивању у арбитражном поступку (међународне трговинске и институционалне углавном) важност седишта арбитраже, приказ специфичних решења респектабилних извора (доказна средства, начин извођења доказа) и покушај извесних уопштавања (принципи доказивања, асистенције суда (тзв. екстерне процесне норме)).³⁾

Како је избор процесних правила истовремено и имплицитни избор правила доказивања (са изузетком примене, као допунских, по споразуму странака, посебних правила о доказивању, нпр., *IBA Rules*), то је питање од општег значаја утицај седишта арбитраже на одређивање меродавног процесног права, ако је тачно да: (1) странке најчешће у пракси не одређују споразумно меродавна процесна правила, већ то препуштају изабрани(о)м арбитрама, и (2) да странке, опет најчешће у пракси, поверавају спорове институционалним арбитражама стипулирајући тако и примену одредаба њихових статута, односно правилника.

1. Седиште арбитраже и примена процесних правила

Укратко, седиште арбитраже одређују експлицитно или прећутно саме странке, а само у одсуству било какве сагласности овлашћење прелази на арбитрае.⁴⁾ Уколико је реч о прећутно израженој вољи странака избор је учињен одређивањем странака за прихватање правилника једне од бројних институционалних арбитража.

Избор седишта арбитраже двоструко је релевантан: у одређивању меродавног материјалног и, за ово разматрање од интереса, меродавног процесног права. И странке и арбитраи се, свакако, могу одредити за прихватање страног процесног права, али се у пракси то нерадо чини. Наиме, под условом примене Њујоршке Конвенције арбитражна одлука је страна за земљу седишта арбитраже ако је одлука "подвргнута" страном процесном праву,⁵⁾ што имплицира озбиљне проблеме

2. Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.70.

3. У контексту доказивања у прву групу би улазила правила о терету доказивања и доказном поступку, а у другу, помоћ судова у извођењу појединих доказа. Видети о самој подели, Кнежевић, Г. „Значај седишта арбитраже за решавање арбитражних спорова“ Право и привреда, 5-8/99., стр.410-411.

4. Као последња солуција појављује се и место назначено на самој одлуци, али је то од интереса за признање и извршење, а не и за примену процесних правила, Кнежевић Г. оп. цит., стр.414.

5. Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.75.

у њеном признању и извршењу, што свакако није рационално решење за странке, па му оне и не прибегавају.

Без обзира на дијаметрално супротне ставове у теорији о примени процесног права на поступак пред међународном трговинском арбитражом,⁶⁾ који иду у распону од класичног приступа да арбитри примењују процесне норме земље седишта арбитраже (уз могућност примене и страног права, али су и тада арбитри ограничени императивним нормама ове земље), до конзистентног аутономистичког приступа који аутономију у избору процесних норми схвата као потпуно "ослобођење" од унутрашњих норми земље седишта (како императивних, тако и диспозитивних), неспорно је да седиште арбитраже има, генерално гледано, пресудан утицај на процесна правила по којима ће се спровести поступак пред међународном арбитражом.⁷⁾ Сва друга решења имплицирају поменуте проблеме.

Наше процесно право изричито прописује да се норме ЗПП⁸⁾ примењују на изабране судове чије је седиште у СРЈ, ако други савезни закон (а то је ЗРСЗ⁹⁾) или међународна конвенција не предвиди да се избрани суд са седиштем у СРЈ сматра страним (чл.468а ЗПП). ЗРСЗ је, одредбом чл.97. предвидео такву могућност, тј. да се страном сматра одлука избраног суда чије је седиште у СРЈ, али се на поступак примењивало право стране државе, па је и избрани суд овде страни.¹⁰⁾

2. Извори процесног права међународних трговинских арбитража

Они су, пре свега бројни, али је примарни свакако аутономија воље која је ретко апсолутна у смислу да се странке заиста самостално и без позивања на било који релевантан извор правила о поступању међународне арбитраже договоре о свим правилима поступка за "своју" арбитражу.

Покушаји класификације оних извора чија се примена може прхватити своде их на: међународне прописе (Њујоршка Конвенција, Европска Конвенција, Модел-Закон) и препоруке (нпр., Арбитражна правила *UNCITRAL*-а);¹¹⁾ унутрашње, међу којима су закони о арбитражи, грађанским судским поступцима или међународном приватном праву; и правилнике институционалних арбитража.

Не треба занемарити и поменута специфична правила о доказивању, нпр. Правила за спровиђење доказног поступка у међународној трговинској арбитражи (*Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*), из 1999. усвојена од Савета Међународног удружења правника (*International Bar Associa-*

6. Више о томе, Кнежевић, оп.цит., стр.416-417.

7. Видети Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.75. и след., Кнежевић, оп.цит., стр.417.

8. Закон о парничном поступку, Сл.лист СФРЈ, 4/77, са најновијим изменама у Сл.лист СРЈ, 12/98

9. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Сл.лист СФРЈ, 42/82, 72/82 и Сл.лист СРЈ, 46/96

10. Видети Познић Б., Ракић-Водинелић В., ГПП, Београд, 1999., стр. 400.

11. Голдштајн, Трива, оп.цит., стр. 70.

tion Council).¹²⁾ Правилима је донела респектабилна радна група, а примењују се или као допуна правила садржаних у законима или правилницима или као допуна ад хоц правила за арбитражу која су странке изабрале.

Донета су управо стога што правилници и закони не регулишу детаљно доказивање, а посебно су применљива када странке потичу из земаља различите правне традиције. Примењиваће се ако нису противна императивним нормама права које је изабрано. Трибунал је овлашћен да решава спорове о значењу Правила, тумачењем према њиховој сврси и на начин који је најпогоднији за посебну арбитражу. Коначно, трибунал налази решење и применом правила о вођењу арбитраже на погодан начин, у складу са општим принципима Правила. Прецизно је регулисано доказивање путем исправа, сведока (*witnesses of fact*) и вештака (*party-appointed experts*, које одређују странке и *tribunal-appointed experts*, које одређује трибунал), увиђај, као и саслушање самих странака, односно осталих лица на посебној расправи.

Предвиђени су случајеви недопуштености доказа; недостатак релевантности или значаја за спор; законске сметње или привилегије; неразумно (несразмерно) тешко презентирање или извођење доказа; губитак или уништење исправе у обиму који онемогућава доказивање; заштита тајности техничких или трговачких података; када је неки податак класификован као тајна од стране државе или јавних међународних институција и разлози правичног и равноправног третмана странака.

Допунски извор је и пракса институционалних арбитража.

Избор страног права, под претпоставком примене критеријума седишта арбитраже за меродавно процесно право, значи избор закона о арбитражи као примарног, а затим и норми о цивилним судским поступцима односно државе.¹³⁾ Ако поступак одређују арбитри, морају о изабраним правилма обавестити странке, а ни сами то у пракси не чине заиста самостално формулишући правила, већ индиректно-усвајајући решења неког закона или правилника, и то само у неопходној мери да би се поступак спровео. Избор *UNCITRAL*-ових правила није избор страног права.¹⁴⁾

Диспозиција странака и арбитра ограничена је, собзиром на критеријум седишта арбитраже нормама *ius cogens*-а, односно још шире, јавним поретком, који инкорпорише и тзв. процесни јавни поредак, односно државе. Изузетак је прихватање аутономистичког концепта.

12. Овим Правилима претходила су *Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*, из 1983.

13. Видети за француско право, Митровић, Д., Међународна трговинска арбитража у француском праву, Међународнотрговинска арбитража, Страна права и закони, (у даљем тексту Међународна.....), Београд, 1996., стр.40., мада је Француска усвојила аутономистички принцип.

14. Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.75.

2.1. Међународне конвенције као извор процесног права

Од непосредног интереса су одредбе Њујоршке Конвенције, из 1958.,¹⁵⁾ и Европске Конвенције, из 1961.,¹⁶⁾ Арбитражна правила *UNCITRAL*-а, из 1976. и Модел-Закон *UNCITRAL*-а о међународној трговинској арбитражи, из 1985.

2.1.1. Из одредбе чл.В(2) Њујоршке конвенције, као један од посебних разлога за одбијање признања стране арбитражне одлуке, у теорији је издвојен онај о јавном поретку државе признања који инкорпорише и тзв. процесни јавни поредак: када странка није обавештена о арбитражном поступку или је иначе онемогућена да изложи свој случај, и када поступак није био у складу са арбитражним уговором, а у недостатку уговора, у складу са законом земље у којој је арбитража вођена.

2.1.2. Из Европске Конвенције издваја се одредба чл. IV(1), којим је аутономији странака препуштено организовање арбитраже, односно опредељивање за надлежност сталног арбитражног центра (а тиме и његовог правилника) или за *ad hoc* арбитражу (када споразумно именују арбитраре или утврђују начин именовања у случају спора, утврђују седиште арбитраже и правила поступка).

2.2. Међународна правила и модел-закони

2.2.1. Арбитражна правила *UNCITRAL*-а¹⁷⁾ најчешће су у арбитражној пракси прихватана па се из њих могу издвојити и принципи поступка уопште и доказивања. Поред аутономије воље странака (у избору и ових Правила), општи је принцип равноправност странака уз право сваке и у свакој фази поступка да изнесе све елементе спора. Арбитража, у одсуству споразума странака, спроводи поступак на "сврисходан начин" (чл.15/1). У погледу доказивања, обавезно је рочиште за саслушање сведока и вештака на захтев једне странке. Ако то странка не захтева изричито овлашћен је трибунал да одлучи о томе (или да одлучује на темељу исправа и друге процесне грађе). Одредбама чл.16/2,3 као место извођења доказа саслушањем сведока и прегледом робе, других ствари или исправа (увиђај) одређено је свако место које трибунал сматра прикладним.

Подробно су регулисана доказна средства у арбитражном поступку и начин њиховог извођења (чл.24,25,27.) Поред општег принципа (спорних судских поступака) да свака странка мора доказати све чињенице на којима заснива тужбу или одговор на тужбу, странке морају предати сажет преглед (*summary*) свих исправа и осталих доказа које намеравају да изнесу. (Поменут је само атрибут спорности - „*the facts in issue*“, али се подразумева и релевантност). Уз нека "техничка" правила расправе, сведочења, језика и превођења, овлашћује се трибунал да одлучи и о појединачном саслушању сведока и њиховој писменој изјави.

15. Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, ратификована од Српске СФРЈ 1981.

16. Европска конвенција о међународној трговачкој арбитражи, ратификована у СФРЈ 1963.

17. Превод из Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.469

У погледу вештачења (чл.27.) значајно је издвојити само могућност да свака странка на расправу о извештају вештака (*expert's report*), организованој искључиво по захтеву странке, може довести "друге вештаке" (у оригиналном тексту *expert witnesses*, односно "сведоци специфичног знања") који дају своје мишљење о спорним питањима.

О допустивости, важности, значају и доказној снази појединих доказа одлучује слободно трибунал (*admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence* (чл.25/6).

2.2.2. И Модел-Закона *UNCITRAL*-а (чл.19/1) овлашћују странке да се, у границама које он одређује, споразумеју о правилима процедуре. Одредбе овог закона и "прикладност" процесних правила конкретном случају како би се обезбедила беспрекорна процедура (*fairness*) су ограничења слободи арбитара. Арбитари су слободни да одлучују о питањима из чл.25/6 Правила, а идентично оном из Правила је и решење за "место" арбитраже ради извођење доказа (чл.20/2 Модел-Закона) као и за одбијање признања и извршења повредом процесних правила.

У погледу примене начела усмености (расправе) и присмености Модел-Закон сублимује решења Правила, а преузета су и она о вештацима које именује арбитражни трибунал (*experts appointed by arbitral tribunal*, чл.26.), и које доводе странке (чл.26/3). Посебан значај свих ових правила је у инкорпорацији његових решења у националне законе о арбитражи (нпр. Закон о међународној трговинској арбитражи Русије, из 1995., који их усваја у потпуности).¹⁸⁾

2.3. Статути (правилници) међународних арбитража

По природи ствари правилници садрже решења бројних процесноправних питања, у пракси су најчешћи извор и значај им је несумњив. Пажњу заслужују, пре свих, *Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*, из 1998. (*The LCIA Rules*), *American Arbitration Association International Rules*, из 1997. (*AAA Rules*) и *ICC (International Chamber of Commerce, International Court of Arbitration) Rules of Arbitration*, из 1998.

2.3.1. *LCIA Rules*,¹⁹⁾ усвајајући расправно начело, посвећује низ одредаба саслушању странака и сведока. Странке у претходном саопштењу (*notice*) дају податке о идентитету сведока, главној теми сведочења, садржини и важности. Она се доставља трибуналу и другој странци, а трибунал одређује време, место и начин размене међу странкама. Трибунал има овлашћење да прихвати, одбије или ограничи појављивање сведока (*witness of fact* или *expert witness*, чл.20/2), а допуштена је писмена изјава сведока (чл.20/3, потписана или изјава под заклетвом, *sworn affidavit*).

Одредбом чл.20/4 *LCIA Rules* предвиђено је право странака да захтевају усмено саслушање сведока на чије се сведочење ослања друга. Ако, по налогу трибу-

18. Видети, Ђирић А., Међународна трговинска арбитража у праву Русије, Међународна..., оп.цит., стр.995-97.. Текст Закона у истом делу, стр. 485-498.

19. *LCIA Rules*, превод из *Varady, Barcelo, von Mehren, Documents Supplement to International Commercial Arbitration (A Transnational Perspective)*, St.Paul, Minn., 1999.,

нала, овакав сведок без ваљаног разлога не приступи, трибунал је овлашћен да према прикладности у конкретном случају прихвати или одбаци писмену изјаву. Сва ова правила трпе ограничења општим принципима вођења арбитражног поступка (коректност и непристрасност, давање странкама разумне могућности да изложе случај, усвајање правила процедуре прикладних околностима случаја, избегавање непотребног одуговлачења и трошкова уз употребу најефикаснијих процесних могућности, чл.14/1,2).

Сведоке, према традицији *common law*-а испитује свака странка под контролом трибунала, који може постављати питања у свакој фази (уз унакрсно испитивање). Ако то није супротно императивним прописима било ког примењеног права, није неподесно да сваког потенцијалног сведока претходно испитује (*interview*) свака странка или њен заступник, у циљу подношења његове изјаве писмено или усмено у даљем току поступка (чл.20/6). Саслушање сваког лица пред трибуналом о спорним чињеницама или стручним стварима одвија се по општим правилима за саслушање сведока (чл.20/7).

О вештацима *LCIA Rules* садрже општеприхваћена правила (писмени извештај; обавеза странака да дају све битне информације и омогуће приступ, односно дају им све важне документе, добра, узорке, имовину и места, ради инспекције; усмено испитивање вештака од стране странака изузев ако су се договориле супротно), а говори се и о *expert witnesses* (чл.21.)

2.3.2. *AAA Rules*²⁰⁾ изричито предвиђају да трибунал странкама може издати наредбу о предаји прегледа (*summary*) докумената и доказа за које имају намеру да их у поступку поднесу (чл.19/2). У свакој фази поступка трибунал може наложити странкама да поднесу друга документа, предмете (*exhibits*) или друге неопходне или прикладне (оговарајући, *appropriate*, чл.19/3) доказе.

За расправу (чл.20.) је типично претходно достављање имена и адреса свих сведока чије саслушање предлажу странке, као и предмет сведочења и језик на коме ће се вршити. Администратор на захтев трибунала или по споразуму странака одређује аранжман за извођење самог усменог саслушања сведока и његово записничко констатовање. У правилима о тајности расправе, појединачном сведочењу и давању писменог исказа сведока (*written statement*) нема посебности.

О допустивости, важности, значењу и доказној снази, као и у Правилима *UNCITRAL*-а, одлучује трибунал, уз поштовање посебних законских правила (*legal privilege*), нпр., поверљивости у односима адвоката и клијента (чл.20/6).

Једина специфичност вештачења у односу на претходна решења је могућност давања писменог мишљења странака о извештају, уз право на усмено испитивање. За случај пропуштања рокова које трибунал одреди за подношење доказа, без довољно оправданих разлога по оцени трибунала, резервисано је право на одлучивање без узимања у обзир истих.

20. *AAA Rules*. превод *Varady, Bracelo, von Mehren*, оп.цит.

2.3.3. *ICC Rules*,²¹⁾ чл.20., који се односи на формирање чињеничне грађе, предвиђа практично хитност поступања трибунала(ст.1); даље, да трибунал одлучује о усменом саслушавању странака самостално, изузев изричитог захтева странке(ст.2.); одлучује о саслушању сведока, вештака које су одредиле странке (у њиховом присуству или одсуству ако су обавештене благовремено (ст.3.); после консултације са странкама може одредити једног или више вештака, као и термин и предмет вештачења, на захтев странке она може усмено испитати вештаке(ст.4.); може, у било којој фази поступка да позове странку да презентира допунске доказе (ст.5.); може одлучивати искључиво на основу писмених доказа које су поднеле странке (ст.6.); и предузима мере заштите тајни (*trade secrets*) и поверљивих информација (*confidential informations*, ст.7.).

2.3.4. Правилник СТА, правило из чл.38., прихвата расправно-истражно начело. Усменој расправи су посвећене одредабе чл.34-37. са, за правилнике уобичајеном могућношћу, одлучивања искључиво на основу поднесака и писмених доказа (ако ни једна од странака није захтевала одржавање усмене расправе а арбитри су утврдили да су поднесци и писмени докази довољни за одлучивање). Странке споразумом могу искључити одржавање усмене расправе(чл.34/4). Свака странка, у свакој фази поступка може захтевати њено одржавање (ст.5.).

О оцени доказа арбитри одлучују по слободном уверењу(чл.38/2). Обавеза странака да сарађују са арбитрима у извођењу доказа је декларативна у условима непостојања принуде на страни трибунала, па се њена вредност процењује у контексту жеље за успешним окончањем спора.

Доказна средства су саслушање сведока, странака и вештачење (чл.39/1.). Ова одредба мора се, међутим, схватити у контексту односа овог извора права према ЗПП. Уважавајући ранг и интерне односе закључује се о нужности уважавања и одредаба ЗПП, као дела тзв. процесног јавног поретка СРЈ. При том, посебна правила поступка пред изабраним судом не искључују ни једно доказно средство. Исправе нису под сумњом сходно чл.34/2,3,4,²²⁾ а увиђај је у различитим модалитетима прихваћен у релевантним изворима, па одредба чл.39. може, прима фацие, водити погрешном закључку. Вештачење врше само вештаци које одреди арбитар-појединац или арбитражно веће (чл.39/5).

2.4. Национални закони као извор процесних норми за арбитражу

Релевантни су: закони о арбитражи (претежан број земаља), о грађанским судским поступцима (у Француској, Италији,²³⁾ Немачка, Аустрија,²⁴⁾ СР Југославија) или о међународном приватном праву (Швајцарска). Приказ свих њих у раду

21. *ICC Rules*, са Интернет-сајта <http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>

22. Видети, Познић, оп.цит., стр.416. и Трива, Познић, Воргић, Варади, Арбитражно решавање спорова, Н.Сад, 1973., стр.116-117.

23. У Италији су, на основу Законика о грађанском поступку, из 1994., постоје две специфичне врсте арбитража: ритуалне и слободне. Одлука ритуалне арбитраже има исте ефекте као и судска, односно снабдевана је правноснажношћу и извршношћу. Више, Кнежевић Г., Италијанско арбитражно право, Међународна..., оп.цит., стр.49.-50.

овог обима није могућ, а чињеница да је највећи број доступан правничкој јавности²⁵) говори у прилог приказу само извесних решења (на неки начин специфичним). Ту, пре свих, мислимо на ново законодавство Енглеске, кроз тенденцију приближавања различитих доказних система; Француске, као типичног представника аутономистичке теорије; решења која су нам се учинила "егзотичним" и решења које нуди наше право. Општа карактеристика важећих закона о арбитражи свакако је прихватање, у значајној мери, или чак потпуно, *UNCITRAL*-ових решења, посебно оних из Модел-Закона.

2.4.1. Нови Закон о арбитражи Енглеске, из 1996.,²⁶) у одредби чл.34., одређује процедуралне ствари о којима ће одлучивати арбитражни трибунал по овлашћењу странака, од којих су за доказивање значајне оне о овлашћењу трибунала код превођења релевантних доказа; коришћења писмених доказа (где и у којој форми); достављање истих трибуналу и између странака; у којој мери ће се она доцније допуњавати; да ли и, ако то буде потребно, који доказ и врста доказа ће бити презентована у поступку и у којој форми ће то бити чињено, као и у којој фази поступка (укључујући и претходне изјаве); да ли ће се и за која питања тражити одговори од друге стране и када и у ком облику ће то бити чињено; која ће се правила примењивати на допустивост, тежину и значај доказа (усмених, писмених и других); време, значај и облик у коме ће такав материјал бити измењен међу странкама и презентираан трибуналу; да ли ће и у којој мери арбитражни трибунал предузети иницијативу у сазнању чињеница и права; да ли ће и у којој мери доказивање да се врши путем усмених или писмених доказа (чл.34/2). О овим питањима одлучује се наредбом везаном за рок (чл.34/3), а по овлашћењу странака.

Говори се о вештацима, правним саветницима и помоћницима у техничким стварима. Њих именује трибунал, изузев ако се странке нису другачије договориле, може им допустити да присуствују поступку, а странкама мора бити дата разумна могућност да коментаришу сваку информацију, мишљење или савет попуњен од ових лица (чл.37.) Арбитражно веће има овлашћење да издаје наредбе за испитивање сведока под заклетом или потврдом и може овим управљати (чл.38/5, уз примену одредаба *Oaths Act*, из 1978.). Може, и за све друге доказе који су под његовим надзором или контролом, издати налоге странкама како би заштитио

24. Аустријски Закон о грађанском поступку (*ZPO*), из 1895 (1929 су исправљене грешке у издању у Арт.583, пар.3., а 1983 много значајније измењен у сагласности са интенцијом пролагођавања аустријског арбитражног права неопходностима модерне међународне заштите). Његова примена је засве арбитраже са седиштем у Аустрији (а могу се примењивати и правила *Court of Arbitration of the Vienna Stock and Commodity Exchange*), мада принципијелно се не прави разлика између домаће и стране/међународне арбитраже, видети, нпр., *Liebscher, C., Schmid, A., Arbitration Law in Austria, Journal of International Arbitration, Vol.16, No.1., March, 1999* р.25. и след.

25. Књига чији су делови цитирани више пута и у овом раду, "Међународна трговинска арбитража, Страна права и закони," у редакцији Проф.др.Добросав Митровића.

26. Текст Енглеског Закона о арбитражи (*Arbitration Act*), из 1996., преведен из *Varady, Barcelo, von Mehren*, оп.цит.

сврху поступка (чл.37/6). Предвиђена су, у односу на претходну верзију, унеколико редукована правила о улози *High Court*-а у асистенцијама арбитражи, при чему је опште ограничење предвиђено одредбом чл.44/5: да ће суд деловати само и у оној мери ако арбитражни трибунал или друга институција или лица овлашћена од странака немају овлашћења или нису способне да у одређеном року делују ефективно. Ова, уз поменућу одредбу да трибунал, по овлашћењу странака, одлучује да ли ће и у којој мери преузети иницијативу од странака у сазнању чињеница и права, говори у прилог изменама приступу, моделу доказивања.

2.4.2. „Егзотичну” одредбу садржи Закон о арбитражи Тајланда, из 1987.,²⁷⁾ (чл.17.), који, обавезујући трибунал да саслуша странке о предмету спора и да предузима сваку радњу коју сматра одговарајућом (ако странке нису другачије уговориле), „водећи првенствено рачуна о начелу природне правде”.

2.4.3. Ништа мање „егзотичан” није ни законодавац у Јемену. Наиме, Закон о арбитражи Јемена, из 1992.,²⁸⁾ изричито предвиђа (чл.32.) резерву јавног поретка, односно примену Закона о грађанском и трговачком поступку, односно и Закона о доказивању (Law of Evidence, из 1992.). А правила о сведоцима, када су у питању трговачке, посебно финансијске ствари су да сведок мора бити „*праведан и беспрекорног карактера*” (*equitable and irreproachable character*). Неки аутори овај квалитет сведока објашњавају у контексту „виртуелне обдарености” исламском вером, али наилазимо и на „нумеричко” изражавање, нпр. мање од два мушкарца сведока, односно један мушкарац и две жене није допуштено у финансијским стварима (чл.45/4) Закона о доказима).²⁹⁾ Недопуштен је „*hearsay*” доказ (чл.27/1б), као и непријатељство између странке и сведока против које се сведочи (чл.27/1е), односно сведочење са предрасудама које се манифестују кроз сопствене интересе везане за спор (чл.27/1д). У исламској традицији на људску правду се гледа са сумњом - човек је несавршено биће.³⁰⁾ Општост оваког закључивања не губи на важности ни у свим другим правним системима.

2.4.4. У Француској, када се примењује њено процесно право пред међународном арбитражом, следе се одребе новог Законика о грађанском поступку (V Део), из 1981.³¹⁾ Само у недостатку споразума странака, ако је арбитража подвргнута француском праву, примењују се одредбе делова I, II и III Законика, под резервом чл.1493. и 1494. У таквом случају важе и општи принципи процедуре из чл.4-10, 11 (ст.1.) и 13-21. Како је споразум странака одлучујући и за примену процесних правила (чл.1494.), оне га могу одредити директно или позивањем на неки од правилника институционалних арбитража, или на неки од закона о арбитражи. У супротном, арбитражи регулишу поступак директно, без обавезе да следе правила судског поступка, осим ако су се странке другачије споразумеле, и само у потребној мери

27. Текст закона из Међународна трговачка..., стр.523. ис лед.

28. Текст закона из Међународна трговачка..., оп.цит., стр.315. и след.

29. *Saleh*, оп.цит., п.150.

30. Ибидем,

31. Текст Законика из Међународна трговачка..., стр.261. и след.

(1494/2.). И они то могу чинити позивањем на неки арбитражни закон или правилник. Саслушање трећих лица врши се без заклетве (чл.1461.), арбитар може да нареди странци да поднесе исправу коју држи (чл.1460.) и одреди датум за “изношење предмета на вештачење” (чл.1468.), при чему се после тога ни један захтев, средство нити примедба не може изнети ни у погледу доказа, осим ако то не захтева сам арбитар.

2.4.5. У СРЈ одредбе о поступку пред изабраним судовима инкорпорисане су у ЗПП, Глава XXXI (чл.468а-487). За избор правила поступка важи аутономија странака, односно одлука арбитра у недостатку споразума (чл.478.). Имлицитно је одређено да се сведоци саслушавају без полагања заклетве (ч.479/1) и да се према сведоцима, странкама и другим лицима не може спроводити принуда у било ком виду нити изрицати новчане казне (чл.479/2).

3. Општи принципи доказивања

Полазећи од врхунског принципа за арбитражно решавање спорова, принципа аутономије воље, могу се формулисати и бројни други општеприхваћени у арбитражном праву. Један део издваја се из Њујоршке Конвенције: право странака да, ако га нису саме одредиле буду обавештене о арбитражном поступку и право да у потпуности изложе предмет спора и доказе, као и принцип да арбитражни поступак, а то значи и доказини, мора бити у складу са уговором, а ако њега нема, са законом земље у којој се арбитража спроводи.

Други потичу из *UNCITRAL*-ових Правила; принцип сврсисходности правила поступка која бирају арбитри (негде "најприкладнија" правила и сл.) и равноправности странака (право предлагања доказа у свакој фази поступка уз овлашћење арбитра да захтевају од странака додатне доказе).

Расправа, односно посебно рочиште за саслушавање сведока и вештака мора се одржати по захтеву макар једне странке у свакој фази арбитражног поступка. Ако то ни једна странка не захтева, арбитражни трибунал може слободно одлучивати о одржавању рочишта. Усмена расправа може се искључити вољом странака па трибунал одлучује на основу исправа и других докумената (поднесака, изјава). Углавном без изузетка (и у најновијим законима) предвиђено је да се у циљу обезбеђивања поменутих принципа између странака морају разменити сва документа, односно исправе и изјаве које су упућене и трибуналу.

Савесност и непристрасност изабраних арбитра у примени правила поступка су, свакако, и начела доказивања, као и избегавање непотребног одуговлачења и трошкова. Правило да арбитри одлучују о допустивости, важности, значају и доказној снази доказа преузето је из *UNCITRAL*-ових Правила. Грешке арбитра могу водити одбијању захтева за признање одлуке у судском поступку или су разлог за поништај (у енглеском праву је она *misconduct*), уз прихатљиво одрицање од приговора (чл.30. Правила)

Ако се спроводи увиђај од стране трибунала странке морају о томе унапред бити обавештене како би им се пружила прилика да присуствују. У испитивању сведока прихваћен је принцип саслушања и од странака и арбитара, у различитим варијантама редоследа испитивања и непосредног постављања питања. Вештачење је општеприхваћено доказно средство у две варијанте: сви закони говоре о вештацима које одређује арбитражни трибунал, али се у изворима углавном прихватају и *expert-witnesses* (код нас то није случај, нпр.)

Издваја се и тајност поступка, која је код извођења доказа посебно значајна, као и слободна оцена доказа од стране арбитражног трибунала.

4. Асистенција суда у доказном поступку

Општеприхваћено је и правило о могућности обраћања суду ради извођења неког од доказа, али се реализација одвија на два основна начина: обраћањем трибунала и(или) захтевом странке, уз сагласност трибунала. Принцип је садржан у Модел-Закону (чл.27.), уз објашњење да се захтеву "може" удовољити у оквиру надлежности суда, а да се у поступку примењују процесна правила земље суда.³²⁾

Закони који регулишу арбитражни поступак, по правилу, садрже одредбу о помоћи суда у прикупљању и извођењу доказа.³³⁾ Овлашћење арбитара, и то искључиво арбитара, а не и странака, да се обрате редовном суду за извођење појединих доказа предвиђено је одредбом чл.479/3 ЗПП (поновљено чл.39/4 Правилника СТА). "Суд" је овде редовни суд месно надлежан за пружање правне помоћи (Према Закону о судовима³⁴⁾, чл.12/1, то су општински у оба вида правне помоћи).

Други вид асистенције суда чине случајеви његовог ангажовања кроз поступак обезбеђења доказа. Тако, нпр., опасност од уништења доказа или отежаног прибављања убудуће, води ангажовању Народног суда Кине, по захтеву странака за обезбеђење доказа,³⁵⁾ док је трећи примена мера принуде према сведоцима или саслушавање странака под заклетвом или узимање писмених изјава сведока (*affidavit*), односно издавање налога да се поднесу исправе или други релевантни материјали (*discovery*), уз ограничење да не могу захтевати докази који се не могу тражити ни у судском поступку.³⁶⁾

32. Видети за екстерне процесне норме више, Кнежевић, Значај..., оп.цит., стр.417-419.

33. Нпр., чл.458.bis.11. Закона о парничном поступку Алжира, чл.37/3 Закона о арбитражи Мађарске, чл.27. Закона о међународној трговинској арбитражи Русије, чл. 184/2 Закона о међународном приватном праву Швајцарске.

34. Закон о судовима РС, Сл.гласник РС, 46/91.,60/91.,18/92.,71/92.

35. Видети нпр.,чл.46 Закона о арбитражи Кине, упоредити чл.38/4. и 44/2,3,4 Закона о арбитражи Енглеске.

36. Видети нпр., чл.479. ЗПП, чл.358/3 Закона о измени Књ.IV Законика о грађанском поступку Румуније, из 1993., чл.43. Закона о арбитражи Енглеске, пар.7. Закона о арбитражи САД, из 1925, кодификованог 1947, а измењеног 1954. и 1988.(друго поглавље додато 1970.), чл.18. Закона о арбитражи Тајланда, из 1987., а за наше право, Трива, Познић, Воргић, Варади, оп.цит., стр.117.

Извођење доказа понекад се мора извршити изван земље седишта арбитраже. Тада се трибунал, заправо, може обратити молбом надлежном суду (надлежном по закону земље замољеног суда) да, нпр., обави саслушање сведока, или делегирати једног члана (и секретара) који ће, нпр., саслушати сведока у иностранству.³⁷⁾ Потпору овом схватању можемо, нпр., пронаћи у правилима о месту арбитраже, из чл.36/1 Правилника СТА.

Проблеми са замолницом нису мали, обзиром да суд коме је упућена примењује своје процесно право, односно правила грађанског судског поступка. Тако је, нпр., у *Re Application of National Broadcasting Company ("NBC")*,³⁸⁾ по захтеву NBC, као тужене стране пред ICC Арбитражом у Паризу, одбијен захтев за пружање помоћи суда САД (субпоена), који се односио на предају докумената од стране различитих финансијских институција које су трећа лица. Образложење судије Sweet-a је било да се трговинска арбитража (private arbitration) не може подвести под појам "страни или међународни трибунал" из сец.1782a *Federal Judicial Code*. Није постојала одлука арбитраже о таквом захтеву, а примена поменутог члана зависи од тога да су претходно исцрпљене све могућности које пружа изабрано процесно право за арбитражу. У *Re Application of Tehnostroyexport*,³⁹⁾ ова руска фирма поднела је тужбу пред арбитражом у Москви против *International Development and Trade Services Inc. ("ITDS")* из Њујорка, и захтевала да амерички суд саслуша председника и директора (који је и акционар, sole shareholder) ITDS. Захтев је одбијен под образложењем да ова фирма није прво покушала применом правила арбитражног поступка, пре обраћања суду у Њујорку, односно да су заобиђени арбитрари и коришћено директно обраћање суду стране државе, мада је као прихватљива оцењена интенција да sec.1782. обухвати све интернационалне трибунале, па и трговинске арбитраже.⁴⁰⁾ У *Re Application of Midwey Power Limited*,⁴¹⁾ образложење за неприхватање издавања наредбе против трећих лица за поступак који се води у Енглеској и на који се примењује енглески AA 1996., било је да се странка није обраћала суду земље седишта арбитраже, а то је британски суд. Да је овај пут испоштован не би било сметње примени sec.1782.

Дакле, амерички судови ће пружити помоћ међународној арбитражи ако: странка која улаже захтев прво искористи могућност обраћања суду оне јурисдикције где је седиште арбитраже, и(или) када је захтев у сагласности са ставом арбитраже о том питању или са правилима по којима она поступа.

37. Голдштајн, Трива, оп.цит., стр.81.

38. *No M-77 (RWS)*, 1998 U.S. Dist LEXIS 385 (SDNY), January 16., 1998., у *Spencer Underhill, S., Valentin, B., Securing Evidence for Foreign Arbitrations, International Arbitration Law Review*, 1998. (issue 6), п.205. NBC је тужена пред ICC Арбитражом у Паризу од стране *TV Azteca S.A.de C.V.*

39. 853 *F.Supp.* 695 (SDNY), 1994., у *Spencer Underhill, Valentin*, оп.цит., п.206.

40. *Hans Smit, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the USC Revisited*, 25 *Syracuse J. Int'l L. and Com.L.*, цит. према *Spencer Underhill, Valentin*, оп.цит., п.206, Ф.нота 7.

41. 985 *F.Supp.* 402 (SDNY, Novembar 20, 1997.), у *Spencer Underhill, Valentin*, оп.цит., п.206-207.

Енглески судови у принципу пружају помоћ, у складу са чл.2(3)АА 1996., странкама стране арбитраже да добију доказе који су под његовом јурисдикцијом. Но, ограничења су присутна. Основно је да, ако је седиште арбитраже ван Енглеске, Велса и Северне Ирске, чл.43. (обезбеђење присуства, привођење, сведока) и чл.44.(помоћ суда у извођењу доказа сведочењем), помоћ може да се одбије, ако је, по мишљењу суда, стога што је седиште арбитраже ван поменутих територија то "неподесно" (*inappropriate*). Чл.43. односи се и на сведочење и на презентовање писмена, уз дозволу трибунала или на основу сагласности странака и, ако су и сведоци (на) и арбитражни поступак се води (у) Енглеској, Велсу и Северној Ирској. Чл.44/3,4 разликује хитне и друге случајеве: у првом, суд ће деловати ако је то неопходно ради заштите доказа без претходне дозволе трибунала или споразума странака, а у другом, само по дозволи трибунала или писменом споразуму странака. Случајеви неподесности пружања помоћи нису спецификовани у АА, па се узимају у обзир различити фактори као што су: локализација спорне ствари, меродавно право за арбитражни поступак и меритум спора, сагласност странака о асистенцији суда у обезбеђењу доказа, да ли је странка предложила доказе у сврху различитих спекулација и сл.⁴²⁾

42. Spencer Underhill, Valentin, оп.цит., п.208.