

Решавање међународних спорова

Кореспонденција међу странкама у спору као доказ у арбитражном поступку

Често се у међународним споровима пред арбитражним већима и у односу странака у спору поставља питање да ли се као доказ у поступку може употребити комуникација међу странкама односно међу њиховим заступницима. Проблем се изражава кроз питање да ли се на ове контакте страна пре и у току спора примењују одређена правила о поверљивости (*confidentiality rules, confidential communications*) - на пример, да ли се одређена писма, записници са састанака, белешке са разговора и друга документација могу пружити као доказ у арбитражном поступку или су неки документи из ових односа морају остати ван домашаја арбитражног већа?

Нема јединственог одговора на овакво питање. У међународним споровима странке, њихови заступници и сами арбитражи обично долазе из различитих правних "култура" па се не може претпоставити без резерве да ће се увек примењивати тзв. *without prejudice* правило. Ово правило развијено је у неким системима (пре свега *common law*-а), и по њему се комуникација међу странкама, која је усмерена ка мирном решењу спора односно постизању поравнања, не може користити у доказном поступку у случају да се поравнање не постигне. Циљ овог правила је да се странке охрабре да постигну разрешење неспоразума без обраћања арбитражи (или суду) односно да поравнање постигну и онда ако је арбитражни поступак већ покренут.

Недостатак општеприхваћеног правила о дозвољености коришћења аргумената и предлога изнетих у настојању да се постигне поравнање међу странкама доводи до несигурности и, понекад, озбиљних неспоразума међу странкама које су и овако у спору, а и до несугласица у раду арбитражних већа.

У тражењу одговора на питање да ли је могуће да се документација из поверљиве кореспонденције међу странкама, коришћена у сврхе постизања поравнања, може наћи пред арбитражима у доказном поступку, односно да ли је арбитражи могу

узети у обзир, мора се поћи од уобичајеног арсенала правила који странкама и арбитрама стоји на располагању: правила материјалног права чија примена на разрешење спорног питања долази у обзир, правила процесног права које се у поступку примењује, одредби арбитражног споразума (укључујући и арбитражна правила на која се споразум позива); у овом случају долази до потребе да се размотре и етичка правила која уређују праксу и поступање правних заступника странака. Да ли нека од наведених правила пружају задовољавајући одговор на ово питање?

Материјално право које се на уговорни однос, тј. на спор примењује по правилу не садржи и систем норми о дозвољености или прихватљивости појединих доказа. Поред тога, у већини јурисдикција, ово је процесно а не материјалноправно питање.

С друге стране, широко прихваћено је правило да се то што се арбитражни поступак одвија у једној земљи не може узети као одлучујуће да ће се у поступку применити процесно право те земље. Довољно је погледати члан 19. UNCITRAL-овог модел закона о арбитражи, примењеног у многим земљама, који изричито предвиђа право странака да уговоре примену одређеног процесног права, а ако то не учине, арбитрама је остављена широка могућност да поступак воде на начин који сматрају одговарајућим; ово овлашћење укључује и овлашћење арбитражног већа "да одлучује о дозвољености, релевантности, материјалности и значају сваког доказа" (*... the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence*).

Странке врло ретко саме, својим арбитражним уговором, уређују питање доказивања. Поготово је то случај са разрешењем питања да ли се њихови контакти у циљу разрешења спорног питања мимо арбитраже имају у арбитражном поступку сматрати поверљивим. Ни најчешће коришћена правила познатих арбитражних институција (арбитражна правила Међународне трговинске коморе, Лондонског суда за међународну арбитражу и др.) не садрже ниједну норму о овом питању. Исти је случај и са Правилником Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије који не даје упутство у погледу дозвољености коришћења изјава датих у циљу поравнања као доказа у поступку. Напротив, правилници арбитражних институција одређују да арбитражна већа могу утврђивати чињенице свим расположивим средствима и дају арбитрама широка овлашћења да захтевају од странака да поднесу документа и друге доказе, те да одлучују о дозвољености или недозвољености доказа и примени правила поступка на доказивање и оцену доказа.

Јасна је тенденција у праву међународне трговинске арбитраже да се одступа од строге примене правила доказивања у корист општег начела да се арбитрама остављају одрешене руке да одлучују и о томе да ли је неки доказ прихватљив или не и колика је његова доказна снага (па, у том светлу, и о питању да ли се поверљива кореспонденција међу странкама може износити у арбитражном поступку).

У неким земљама тзв. континенталног права (Шпанија, Француска, Белгија, Италија, Луксембург) одговор на питање употребе поверљивих информација у арбитражном поступку налази се у етичким правилима адвокатских удружења односно организација. Ова правила одређују да се кореспонденција и, уопште, контакти међу адвокатима имају сматрати поверљивим. Према томе, ова комуникација се не може користити као доказ у арбитражном поступку ако је означена као поверљива или ако то произилази из њене природе; овакви докази би се могли користити само уз претходно одобрење заинтересоване стране или уз одобрење адвокатске асоцијације којој заступник, који жели да користи одређени доказ, припада. Но, ваља знати да има и земаља у којима правила професионалног понашања адвоката дозвољавају да се чак и она документа размењена међу странкама, која су јасно означена као поверљива, користе као доказно средство у спору (Данска). Кодекс професионалне етике адвоката Адвокатске коморе Југославије не садржи правила о овом питању.

Оно што је сигурно то је да правила која се примењују у међународној трговинској арбитражи не дају јасно, задовољавајуће упутство о употреби података из поверљивих контаката странака усмерених ка постизању поравнања у арбитражном поступку. Очигледно је да је на арбитражним већима одговорност да, у недостатку изричитог уговора странака у том смислу, одлучују о томе да ли су и овакви докази дозвољени односно о томе да ли ће их узети у обзир и колику ће им доказну снагу дати. При том одређено арбитражно веће може питање решити на више начина. Арбитражно веће може, најпре, одбити да прихвати такве доказе и прихватити да је важно да се обезбеди поверљивост међусобне комуникације странака у циљу постизања поравнања, те да таква настојања треба омогућити тиме што би странке биле ослобођене страха да ће њихови предлози у контактима могли бити злоупотребљени. Друга је могућност да арбитражно веће прихвати и такве доказе, али да им прида малу доказну снагу (имајући у виду да у преговорима о поравнању странке дају уступке да би се поравнање постигло). Трећа је могућност да арбитража прихвати као потпуно валидне доказе и оно што су странке размениле у међусобној поверљивој комуникацији.

С обзиром на то да правила и пракса међународне арбитраже не дају довољно сигурности у погледу дозвољености и домашаја коришћења поверљиве комуникације, странке и њихови заступници морају бити пажљиви и осигурати да сви разговори и контакти за које не желе да буду употребљени у доказном поступку, буду искључени посебним уговором који треба закључити у том погледу пре отпочињања поступка поравнања (изричитим договором да ће се комуникације сматрати поверљивим или бар навођењем правила, етичких правила струке или других, која ће се на ово питање примењивати). Када странке тако не поступе, арбитражи не би требало да олако прихватају као доказе документа настала у контактима странака које су имале у намери да поравнањем реше настали спор.

М.П.