

Др Марија КРВАВАЦ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Др Јелена БЕЛОВИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА

Резиме

Привремене мере и мере обезбеђења представљају домен у којем се преплићу надлежности арбитраже и надлежности суда, чиме се отвара питање решавања евентуалне конкуренције надлежности за одређивање тих мера. Права неких земаља искључују могућност изрицања привремених мера у арбитражном поступку, насупрот система који изричито признају, или прихватају овлашћење арбитра да изриче привремене мере, док трећа група националних правила дозвољава странкама да овласте арбитра, било уговором о арбитражи било у тренутку спора, да одреде привремене мере. Међутим, и у земљама где арбитраже могу да изричу привремене мере странке имају могућност да се обрате надлежном суду. Државни судови су у великој мери опрезни у погледу извршења мера које је изрекла арбитража, нарочито кад нема довољно везујућих околности са земљом у којој треба извршити одлуку о привременој мери или мери извршења. За одређивање привремене мере, пре покретања арбитражног поступка или у току самог поступка, надлежан је суд који би био стварно и месно надлежан за извршење одлуке арбитражног суда.

Кључне речи: *привремене мере, арбитража, поступак, суд, странке.*

I Увод

Арбитража представља начин решавања спорова посредством непристрасног лица од поверења које није учесник у спору и које су стран-

ке овластиле да одлучује о спору својом одлуком. Реч је о специфичном облику суђења који овлашћење црпи из споразума странака. Арбитражном суду, састављеном од једног или више арбитра, странке, споразумно и добровољно, поверавају решавање спора и доношење одлуке која за њих има снагу правоснажне судске пресуде. Воља странака чини оквир из кога произлази предмет спора, меродавно процесно и материјално право за суштину спора, при чему споразум мора бити у складу са темељним начелима добро вођеног судског поступка (као што је начело саслушања странака о свим наводима и доказима супротне стране).

Уговарањем арбитражног решавања могућег, или већ насталог спора, странке желе да избегну неефикасност државних судова који неретко примењују застарела и крута правила. Дерогирајући надлежност државног правосуђа странке настоје да осигурају тајност расправљања, једностепеност а самим тим и ефикасност, односно брзину решавања спорова, као и стварање помирљивије климе за настављање пословне сарадње. Ако се томе дода и могућност арбитра да се не везују за одређени правни систем, већ да спор решавају по праву и правичности, или по устаљеним правилима пословних односа странака, разумљиво је зашто су решења савременог арбитражног права одговор учмалим оквирима државног судства.

Насупрот позитивним странама, евидентни су и недостаци арбитражног решавања спорова, имајући у виду тешкоће у конституисању арбитражног суда, несавесност, нестручност и зависност арбитра од странака, непредвидљивост резултата суђења, могућност стварања превеликих трошкова поступка итд. Државно правосуђе, посебно када се ради о домаћим споровима, представља још увек мирно море које строгим материјалноправним и процесноправним оквирима штити странке од „олуја“ неодређености и правне несигурности.

У сфери међународних трговачких спорова недржавно арбитражање добија свој пуни значај, што захтева примену универзално прихваћених правила савременог арбитражног права које странке у случају спора ставља у једнак, или приближно једнак, положај. Процес унификације и хармонизације националних арбитражних правила је далеко одмакао, али разлике још увек нису ни приближно елиминисане. Концепт савременог међународног арбитражног права утемељен је на заједничким начелима који чине основне елементе арбитраже.

Процес унификације арбитражног права означава динамичан процес који још увек траје. Напуштањем оквира процесних гаранција ко-

је дају национална права и релевантне међународне конвенције, добија се одлука ван судског механизма одлучивања. Међутим, то је и даље поступак иза кога стоји одређени правосудни систем.¹ Савремене националне кодификације арбитражног права јасно уређују улогу судства, односно могућност да судови интервенишу у арбитражни поступак, у ситуацијама које предвиђа закон у коме су садржане одредбе о арбитражи. Овакав *interius clausus* спречава да се на основу аналогије са парничним поступком изналазе и стварају могућности за додатну интервенцију судова.² Осим тога приметна је тенденција да се ускрати право жалбе на одређене одлуке судова у вези са арбитражом, како би се спречило да судски поступак поводом арбитраже постане „случај сам за себе“.³ Према Закону о арбитражи (у даљем тексту: ЗА) за доношење арбитражне одлуке домаћи суд, поред осталог, може да одлучи о привременим мерама које затражи странка у поступку (интервенција судова се не ограничава на арбитраже које имају седиште у Србији).⁴

II Историјски осврт на могућност одређивања привремених мера у арбитражном поступку

Комисија Уједињених нација за међународно трговачко право (у даљем тексту: УНЦИТРАЛ), основана је 1966. године као специјализована агенција УН-а са задатком да обавља прогресивну хармонизацију и модернизацију међународног трговачког права у циљу јачања међународне трговине и инвестиција. Након више од 50 година постојања ове агенције много тога је промењено у сфери међународне трговине, а нарочито када је реч о решавању међународних трговачких спорова. У годинама када је настала агенција, арбитражно решавање спорова могло се регистровати само у појединим случајевима, и то најчешће од стране *ad hoc* арбитража. Сада, арбитража представља скоро редован пут за решавање спорова у међународној трговини. Потреба да и арбитража одређује привремене мере последица је јачања капацитета арбитраже, њеног угледа, али и захтева за ефикасним решавањем спорова, које је једно од основних обележја арбитраже. Привремене мере на овај начин пружају ширу аутономију арбитражном трибуналу да ефикасно решава спорове,

1 Ближе Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Досије, Београд, 2009, 125.

2 *Ibid.*, 126.

3 J. Lew, L. Mistelis, S. Kroell, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 359 (запажање Г. Кнежевић, В. Павић, 126).

4 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 15.

не ограничавајући способност доношења одлуке по једном делу захтева. На овај начин посредно се јача и аргументација у прилог јурисдикционе теорије о арбитражи.

Привремене мере представљају правна средства којима овлашћено лице у парничном, ванпарничном и извршном поступку осигурава остварење свог захтева. По први пут могућност одређивања привремених мера у арбитражном поступку, предвиђена је УНЦИТРАЛ-овим Арбитражним правилима из 1976. године.⁵ Иако је постојала одредба о привременим мерама, недостајао је консензус по питању правог смисла и обима у погледу одређивања привремених мера од стране арбитраже.⁶ Израда Модел закона (у даљем тексту: МЗ) о арбитражи 1985. године, значила је да се УНЦИТРАЛ путем наведеног инструмента обраћа државама, а не појединцима, са препоруком да хармонизују своја национална арбитражна правила сходно Моделу. МЗ из 1985. године није предвидео могућност да арбитражни трибунал одреди привремене мере, међутим, „*није неспојиво са арбитражним споразумом, да се странка, пре или за време арбитражног поступка, обрати суду са захтевом за издавањем привремене мере заштите, и да суд такву меру одреди.*“⁷ Тумачење ове одредбе јасно показује скептицизам који је у то време постојао у погледу могућности да арбитражни трибунал одређује привремене мере. МЗ је измењен 2006. године са циљем прилагођавања модерном времену и његовим потребама. Измене су се односиле на форму арбитражног споразума, признање и извршење арбитражне одлуке, и оно што је на овом месту најзначајније, додат је сасвим нови, посебан део који се односи на привремене мере.⁸ Тиме је, по први пут, на детаљан и свеобухватан начин регулисано питање привремених мера у арбитражном поступку.⁹ Многе државе су након 2006. године ускладиле своја национална правила о арбитражи са изменама МЗ-а. По узору на МЗ из 2006. године, УНЦИТРАЛ је ревидирао и Арбитражна правила 2010. године.¹⁰ Иако, за разлику од ранијих Арбитражних правила из 1976. године (чл. 9), чл. 26 Арбитражних правила из 2010. године на детаљнији и свео-

5 Види: чл. 26 UNCITRAL Arbitration Rules, General Assembly Resolution 31/98, доступно на: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

6 L. A. Tucker, „Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty“, *Arbitration Brief*, 2011, 14.

7 Види: чл. 9 Модел закона о арбитражи из 1985. године.

8 Део IV, А.

9 В. Чл. 17, Део IV, А, Модел закона из 2006. године.

10 UNCITRAL, Model Arbitration Rules, 2010, чл. 26, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

бухватнији начин регулише привремене мере, он је свакако мање свеобухватан од Дела IV (A) МЗ из 2006. године. Постоје четири главне области у којима Арбитражна правила 2010, одступају од МЗ 2006, у погледу решења о привременим мерама: 1) за разлику од МЗ-а, Арбитражна правила не садрже одредбу о извршењу привремених мера; 2) Правила садрже детаљнију дефиницију услова и околности под којима су привремене мере дозвољене, уз напомену да режим привремених мера која су установљена Правилима има ширу употребу од МЗ-а; 3) Правила, за разлику од МЗ-а, јасније дефинишу ризик од одговорности за штете проузроковане одређивањем привремених мера; 4) Правила не садрже одредбу о *ex parte* привременим мерама.¹¹

III Привремене мере у арбитражном поступку

У току арбитражног поступка може настати потреба да се односи између странака уреде привремено, док се арбитража не оконча. Реч је о привременим мерама које се у упоредној арбитражној пракси јављају у различитим облицима. Студија УНЦИТРАЛ-а¹² групише различите привремене мере као: *процесно-фацилитацијске и евиденцијске* уколико поспешују вођење арбитражног поступка (нпр. мера којом се налаже једној од странака да допусти извођење доказа и др.); *конзервацијске и превентивне* мере имају за циљ да осигурају одржање постојећег стања до окончања спора (*status quo*), или ако је оно нарушено да постигну враћање у стање које је било пре него што га је једна од странака својим једностранним радњама изменила (нпр. налог извођачу радова да настави радове и поред тога што се у арбитражи позива на право да прекине са извођењем).¹³ Најзад, *егзекуцијско-осигуравајуће* привремене мере иду у прилог

11 L. A. Tucker, 16-17.

12 Settlement of commercial disputes, Possible uniform rules, Report of Secretary General UNCTRAL Doc.A/CN.9WG.II/WP.108, para. 63.

13 Пример једне такве мере налазимо у случају *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction*. Ибвеститор и будући оператер железничког тунела испод Ламанша (*Channel Tunnel, Eurotunnel*) поднео је 1991. године енглеском суду предлог против конзорцијума француских и енглеских компанија (*Trans-Manche Link, TML*), као извођача, ради одређивања привремене мере којом би суд наложио извођачу да настави уговорене радове на систему за хлађење. Извођач је претио да ће радове обуставити због неуредног испуњавања обавезе плаћања од стране инвеститора. У конкретном случају, иако је у образложењу констатовао да је надлежан за одлучивање по предлогу, енглески суд је одбио предлог за одређивање привремене мере, из разлога што мера није примерена предметном случају, и из разлога што би прејудцирала арбитражну одлуку и спречила ефективно деловање арбитраже у оквирима надлежности које су јој странке повериле арбитражним споразумом...“ Више у: Но. J. Edgar Sexton,

олакшању каснијег извршења уколико буде донета кондемпнаторна пресуда, односно у прилог спречавању могућности да тужилац који је добио спор не успе са реализацијом својих права због радњи туженог.

Класична становишта европско континенталних правних система оспоравају могућност арбитра да доноси привремене мере, полазећи од тога да арбитар није орган државне власти, као и да се мере осигурања остварују у извршном поступку, односно специфичном ванпарничном поступку, док се арбитражним уговором одређује само парнична надлежност судова.¹⁴ Учестала мишљења да арбитру треба дозволити издавање привремених мера, уз специфичне резерве, утицала су на решења новијих националних кодификација арбитражне регулативе, међу којима је и наш ЗА. Она у већини допуштају конкурентну надлежност, те странка има могућност да затражи одређивање привремене мере било од арбитраже било од суда.¹⁵ Домаћи суд може да одлучи о привременим мерама које затражи странка у поступку, тако да се интервенција судова не ограничава само на арбитражу са седиштем у нашој земљи.¹⁶

Арбитри добро познају битне елементе спора о коме расправљају, као и странке, што знатно олакшава стварање услова од којих зависи допустивост изрицања мера осигурања и њихов ефекат. Дакле, у случају да се покаже потреба за привременом мером оставља се потенцијалном подносиоцу захтева да се обрати арбитражном суду или редовном државном суду. Надлежност у том случају уговарају странке, тако да арбитража не може изрећи привремену меру према трећим лицима (нпр. банка), као и уколико се потреба за изрицањем привремене мере јави пре покретања поступка, већ привремену меру може да одреди једино суд. Осим чињенице да арбитража мора прво да се конституише да би уопште арбитар/арбитри могао да одлучује о привременим мерама, треба додати и то да арбитража нема ни апарат силе којим би осигурала спровођење привремених мера. Домаћи законодавац је узевши у обзир аргументе у

„Caught between Arbitrators and the Courts: Interim Measures in U.S. International Arbitration“, *Canadian Arbitration and Mediation Journal*, 2012, 36-38.

14 С. Трива, А. Узелац, *Хрватско арбитражно право*, Загреб, 2007, стр. 123.

15 *Службени гласник РС*, бр. 46/06; чланови 15 и 31 ЗА за разлику од периода пре доношења овог закона када се привремена мера могла тражити само од суда.

16 Пресуда Привредног апелационог суда Пж.7679/2012 од 23.08.2012. године. У образложењу пресуде стоји: „Основано се жалбом тужиоца указује и да, према Закону о арбитражи, иако постоји уговорена надлежност арбитраже, постоји и надлежност суда за доношење привремених мера, те да се чл. 15, став 1 овог закона примењује и када се споразум о арбитражи односи на арбитражу чије је седиште у другој држави...“

прилог арбитражних привремених мера изведен из интереса самих странака, предвидео конкурентну надлежност арбитраже и судова, али не и механизам којим би се осигурало да суд изврши арбитражну привремену меру.¹⁷ Привремене мере чије се изрицање тражи од надлежних судова не могу бити неспојиве са наставком деловања арбитраже о основи случаја, нити с постојањем арбитражне клаузуле.¹⁸ Правилник о сталној арбитражи при ПК Србије¹⁹ предвиђа да арбитража на предлог једне странке има могућност да одреди привремену меру коју сматра потребном с обзиром на предмет спора, ако се странке нису другачије споразумеле.

Законодавство мањег броја земаља не допушта арбитрама могућност изрицања привремене мере осигурања (Аустрија,²⁰ Финска, Грчка, Италија, Кина, Словенија и др.), док земље које генерално имају позитиван став, у том погледу, немају истоветна правила. Тако, по данском праву странке могу да се споразумеју и да овласте арбитра да одреде мере осигурања, с тим што ни тада немају право да одреде заплону добара или да издају кондемпнаторне наредбе.²¹ Према енглеском *Arbitration Act* из 1996. странке се могу споразумети о радњама за чије спровођење могу овластити арбитра а арбитар је по закону (осим ако странке споразумно другачије не одреде) овлашћен да наложи тужиоцу да положи осигурање за арбитражне трошкове и др.²² По новом француском Грађанском закону арбитражи могу одређивати привремене мере осигурања, а арбитражни уговор није сметња да и суд одређује привремене мере осигурања.²³ Арбитражи изричу привремене мере посебним међупресудама, а објекат мере мора бити уско повезан са предметом спора. Такође, арбитражи могу одлучити да се арбитражна пресуда привремено изврши, а уколико би подношење правног средства против пресуде представљало препреку за непосредно извршење суд би могао оснажити арбитражну одлуку упркос

17 Г. Кнежевић, В. Павић, 130.

18 В. Philippe Bertin, „L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale“, *Rev. arb.* 1982, 337.

19 *Службени гласник РС*, бр. 101/2016, чл. 37.

20 У складу са одредбама новелираног аустријског Закона о грађанском поступку (пар. 589) арбитражи нису овлашћени одређивати привремене мере осигурања. Арбитар у току поступка може затражити од надлежног суда да изда такве мере. Види: W. Melis, „Austria“, у: *Intl. Handbook on Comm. Arb. Suppl.*, 1. May 1984, 9.

21 Philip, „Denmark“, у: *Handbook on Comm. Arb. Suppl.*, 5. may 1986, 15.

22 Ближе В. Harris, „The Arbitration Act 1996 – A Commentary“, *Planterose R & Tecks J.*, Blackwell Science, 1996, 157-162, 178-181.

23 Cass. civ. 3.6. и 9.7.1979, *Rev. Arb.* 1980, 78.

жалби, или тужби за поништај одлуке.²⁴ Дакле, арбитража може изрећи привремену меру, или меру обезбеђења с тим што је реч о одлуци која не може да се призна и изврши као арбитражна пресуда (наспрот решењима холандског и француског арбитражног права). Сходно новелираном немачком Закону о парничном поступку (садржи нова правила о арбитражи), арбитражни уговор не искључује могућност да суд пре или након покретања арбитражног поступка одреди неку меру осигурања.²⁵

Према члану 8. савезног америчког Закона о арбитражи утврђено је право странке да од суда тражи спровођење привремене мере којом се постиже заплена брода или друге имовине која припада другој страни у спору, уколико је спор настао у вези поморске трговине и пловидбе. Право да нареди спровођење привремених и заштитних мера је иначе спорно у свим осталим случајевима који су предмет арбитраже. У судској пракси забележене су одлуке у којима је одбијено спровођење привремених мера због тога што члан II ст. 3 Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука наводно лишава суд могућности да решава о било чему другом, осим о питању да ли странке треба упутити на арбитражу.²⁶ Врховни суд државе Њујорк пресудио је да у спору у коме долази до примене Њујоршке конвенције суд те државе не би могао наредити попис туженикове имовине. У америчкој арбитражној пракси арбитрама се признају широка овлашћења за издавање привремених мера осигурања, упркос томе што у федералним законима и закона савезних држава нема о њима пуно, или нема уопште изричитих прописа.

У пракси, странке дају предност привременим мерама које изричу судови имајући у виду да су њихови учинци непосреднији од оних које имају одлуке арбитра.

Треба поменути да пракса судова ЕУ бележи одређени број случајева у којима арбитраже привременим мерама налажу обуставу паралелно покренутог судског поступка (*anti-suit injunctions*), што није честа појава и повлачи низ контроверзи.²⁷

24 В. чл. 1479 CPC Code de procedure Civile (Закон о парничном поступку).

25 Пар. 1025-1066 DZPO (Schiedsrichterliches Verfahren).

26 *Mc Creary Tire & Rubber Co. V. CEAT S.p.A.*, 501 F. 2d 1032 (3d Cir.1974); *I.T.A.D Associates Inc. V. Podar Brothers*, 636 F. 2d 75 (4th Cir. 1981).

27 Одлука суда ЕУ у случају *Allianz SpA и Generali Assicurazioni Generali SpA protiv West Tankers Inc.* C-185/07 од 10. фебруара 2009. Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука (Њујоршка конвенција) у чл. II ст. 3. предвиђа да суд државе уговорнице којем је поднесен на решавање спор о неком питању о којем су странке склапиле уговор у смислу овог члана

IV Услови за издавање привремених мера

Издавање привремених мера у арбитражном, односно судском поступку нема значајнијих разлика. Арбитражни суд доноси привремену меру на захтев странке што упућује на закључак да не поступа по службеној дужности када је реч о привременим мерама. Поред тога, арбитра-

упућују странку на арбитражу, на захтев једне од њих, осим ако нађе да је тај уговор престао да важи, да је без дејства или је неприкладан за примену. Уредба ЕУ бр. 44/2001 (Уредба Брисел I) предвиђа да због поштовања међународних обавеза које су преузеле државе чланице ова Уредба не сме утицати на конвенције које се односе на посебна правна подручја чије су државе уговорнице. Сходно члану 1. Уредба се не примењује на арбитражу. *Arbitration Act* из 1996. предвиђа у члану 44 („Судске надлежности за подршку арбитражном поступку“) да суд може, у погледу или у вези са арбитражним поступком, уколико странке не договоре другачије, издавати налоге у актом наведеним подручјима, као и у погледу судских поступака. Између осталих подручја предвиђена је и могућност доношења привремених мера.

Из образложења: „Издавање налога од стране суда једне државе чланице којим се некој особи забрањује покретање или наставак поступка пред судовима друге државе чланице с образложењем да је тај поступак у супротности са уговором о арбитражи неспојиво је с Уредбом (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности, признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.“ У погледу захтева који је у поступку пред судом *High Court of Justice* покренуо *West Tankers* ради утврђења да се према склопљеном уговору о арбитражи њихов спор са *Allianz* и *Generali* треба решавати у арбитражном поступку ... као и да се донесе налог којим се забрањује коришћење неког другог поступка осим арбитражног. *House of Lords* је истакао да решење које се односи на *Allianz* и *Generali* којим им се забрањује да воде неки други поступак осим арбитражног и налаже да наставе поступак пред *tribunale di Siracusa* не може бити у супротности са Уредбом бр. 44/2001 зато што је целокупно подручје арбитраже изван поља примене Уредбе. Поред тога *House of Lords* је упутио на то да судови Уједињеног Краљевства већ пуно година доносе *anti-suit injunctions*. Та пракса је делотворно средство за суд у седишту арбитражног суда који над њим има судску контролу јер обезбеђује правну сигурност и смањује могућност сукоба између арбитражне пресуде и пресуде националног суда. С друге стране превладао је мишљење да *anti-suit injunction* какав је донет у главном поступку противан општем начелу које произлази из судске праксе Суда у вези са Бриселском конвенцијом према којем сваки суд пред којим се покреће поступак сам одређује у складу са правом које је за њега меродавно је ли надлежан за спор који је пред њим покренут. Према томе такав „*anti-suit injunction*“ у супротности је с међусобним поверењем држава чланица у односу на њихове правне системе и органе правосуђа и на којем почива систем надлежности Уредбе бр. 44/2001, јер спречава суд друге државе чланице у коришћењу овлашћења које су му додељене одредбама Уредбе у одлучивању о применљивости исте. Европски суд је одлучио да *anti-suit injunction* какав је донесен у главном поступку није спојив с Уредбом Брисел I. Овај закључак потврђује се одредбом члана II ст. 3 Њујоршке конвенције према којем је суд државе уговорнице којем је поверен на решавање спор о неком питању о којем су странке склопиле уговор о арбитражи онај који упућује странке на арбитражу осим ако не утврди да је тај споразум престао да важи, да је без дејства или је неприкладан за примену. Ближе: С. Jessel-Holst, Н. Sikirić, В. Bouček, D. Babić, *Međunarodno privatno pravo, zbirka odluka suds EU*, Narodne novine, Zagreb, 2014, 445-455.

жни суд мора да је надлежан и да је одлуку донео након саслушања обе стране, имајући у виду преовлађујуће становиште да арбитража не треба да доноси *ex parte* привремене мере.²⁸ Правилник наше сталне арбитраже предвиђа да арбитража по правилу може одредити привремену меру тек пошто противној страни омогући да се изјасни о предлогу за њено одређивање, али арбитражно веће или арбитар појединац може одредити привремену меру и пре изјашњавања друге стране, под условом да странка која тражи њено одређивање учини вероватним да је то нужно ради дејства привремене мере.²⁹

Услови који треба да омогуће изрицање привремених мера јесу: постојање опасности од настанка ненадокнадиве штете за странку која предлаже меру; пропорционалност у издавању мера у односу на интересе предлагача и његовог противника у арбитражном поступку; и веродостојност постојања потраживања. Неопходно је да странка, предлагач привремене мере у арбитражном поступку, учини вероватним да опасност постоји и да је тражена мера нужна да би се спречио настанак штете. Није редак случај да странка која захтева одређивање привремене мере мора да докаже да постоји разумна могућност да она успе у меритуму, при чему утврђивање ове могућности не утиче на слободу арбитражног одлучивања. У арбитражној пракси, арбитри ретко и опрезно приступају одређивању привремених мера, а разлог лежи у томе што не желе да створе утисак да о предмету спора одлучују пре утврђивања чињеничног стања, нити да фаворизују једну од страна.³⁰ Једнако уважавање интереса и једне и друге странке представља услов неопходан за издавање привремених мера, како у арбитражном тако и судском поступку. Изрицањем привремене мере не треба задирати у право онога против кога је управљена више него што је нужно, нити тежити потпуном остварењу тужбеног захтева, већ само осигурању угроженог потраживања. За попут многих других националних арбитражних прописа предвиђа да се одређивање привремених мера може условити полагањем одговарајућег обезбеђења од странке против које је привремена мера уперена. Према Модел-закону УНЦИТРАЛ-а арбитражни суд може од подносиоца захтева тражити одговарајуће осигурање у вези са мером. Ова обавеза је још наглаше-

28 J. Lew, L. Mistelis, S. Kroell, 606-607.

29 В. чл. 37 ст. 3 Правилника.

30 G. Marchac, „Note & Comment: Interim Measures in International Commercial Arbitration under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL RULES“, *The American Review of International Arbitration*, бр. 10/1999, 129.

нија код мера изречених *ex parte*, где редовно арбитражни суд мора затражити полагање обезбеђења потраживања, осим у случајевима када сматра да је то непримерено или непотребно.³¹

Привремена мера производи правно дејство најкасније до доношења коначне арбитражне одлуке, која би требало да одреди и да ли ће она бити укинута или ће бити делимично, односно у целости, инкорпорисана у садржај правне заштите. С друге стране, арбитражи могу привремену меру укинути, изменити или ставити привремено ван правне снаге и раније, на захтев било које странке, када дођу до сазнања да су се околности промениле. Сходно чл. 17 (D) МЗ-а из 2006. године, арбитражни трибунал може, „у изузетним околностима, изменити, обуставити или прекинути привремену меру на сопствену иницијативу, а након претходног обавештења странака“. ЗА не уређује питање измене, обуставе или укидања привремених мера, док Правилник наше Сталне арбитраже у том смислу предвиђа да су арбитражно веће, односно арбитар појединац дужни, чим је то по природи ствари могуће, омогуће противној странци да се изјасни након чега одлуку о привременој мери могу укинути, изменити или привремено ставити ван снаге. Такође, арбитража може и током поступка изменити или привремено ставити ван снаге привремену меру, уколико закључи да околности случаја више не оправдавају њено постојање.³² Временско трајање привремених мера долази посебно до изражаја уколико су оне издате без претходног саслушања друге стране (*ex parte*). Нова УНЦИТРАЛ-ова правила предвиђају да такве мере могу важити највише 20 дана од свог доношења.

V Признање и извршење арбитражних привремених мера

Арбитражна привремена мера може имати одређеног ефекта ван земље порекла на тлу другог суверенитета чије право прихвата могућност домаћег суда да спроведе привремену меру арбитраже са седиштем у иностранству. Реч је о правима која имају уређене механизме којима суд спроводи привремену меру стране арбитраже (нпр. Аустрија, Немачка).³³ Суд треба да призна изречену привремену меру од стране арбитра, али је може и преиначити ако нађе да би то било нужно ради њеног успе-

31 Art. 17 *sexies* ML (rev. 2006).

32 В. чл. 37. ст. 4. Правилника.

33 В. чл. 593(3-6) аустријског ZPO (Zivilprozessordnung – Закон о парничном поступку); пар. 1041. DZPO (deutsche Zivilprozessordnung – немачки Закон о парничном поступку).

шног извршења, а своје решење о извршењу може на захтев странке изменити или укинути.

У складу са новелираним Модел арбитражним правилима УНЦИ-ТРАЛ-а суд у земљи извршења треба да призна и изврши привремене мере арбитраже, без обзира да ли је реч о домаћој или страниј арбитражи, осим ако постоји неки од таксативно набројаних разлога да се такво признање и извршење одбије. Слично признању и извршењу стране арбитражне одлуке о неким условима суд признања води рачуна по службеној дужности, а о већини по приговору, односно на захтев странке. Сходно томе, суд би требао да одбије признање, односно извршење привремене мере на захтев странке уколико арбитражни уговор није био ваљан или је искључивао могућност арбитра да одреди привремену меру; уколико странка није била способна; уколико је странци повређено право на одбрану; ако се привремена мера односи на спор који није предвиђен арбитражним уговором; који није обухваћен његовим одредбама или садржи одлуке о предметима које прекорачују границе овлашћења арбитра; уколико састав или поступак арбитраже нису били у складу са споразумом странака или меродавним правом места арбитраже. На иницијативу странке, треба ускратити извршење привремене мере ако предлагач није положио, у складу са одлуком арбитраже, одговарајуће осигурање или ако је привремена мера укинута или суспендована од стране арбитраже или од стране суда.

По службеној дужности, државни суд може одбити признање и извршење арбитражне одлуке о привременој мери када је она у нескладу са овлашћењима која има суд, осим ако одлучи да преобликује меру тако да је у складу са надлежношћу суда. То може учинити и сам суд, али тако да не задире у суштину изречене привремене мере. Поред тога, суд може по службеној дужности ускратити признање и извршење привремене мере због неарбитрабилности предмета арбитражног спора и супротности јавном поретку.

Нови однос према признању и извршењу арбитражних привремених мера почива на чињеници да су странке повериле споразумно решавање спора арбитражном суду, па би такав избор странака требало поштовати у свим аспектима спровођења поступака. Прихватање оваквог приступа на глобалном нивоу имало је утицај на нова решења МЗ према ревизији из 2006. У делу IV (признање и извршење арбитражних привремених мера, чл. 17) доследно је прихваћен паралелизам између признања и извршења коначних одлука и признања и извршења арбитражних при-

времених мера. У Модел- закону ово правило је изражено и номотетички, формулисањем одредби и упућивањем на сметње признању и извршењу одлуке из чл. 36 МЗ.

VI Закључак

У појединим случајевима, коначна одлука арбитражног трибунала неће дати адекватну сатисфакцију оштећеној страни, нарочито уколико се супротна страна, у међувремену, понаша тако да онемогући извршење арбитражне одлуке. Могућност да арбитражни трибунал одреди привремене мере мора бити предвиђена одредбама меродавног процесног права које споразумом одређују странке, или у одсуству таквог избора, процесним одредбама државе у којој се налази седиште арбитраже. Међутим, сама могућност одређивања привремене мере не значи и заштиту оштећене стране, с обзиром да материјалноправни ефекти привремених мера, у крајњој линији зависе од става националних норми државе у којој привремену меру треба извршити.

Анализа одредаба упоредног и међународног права по питању привремених мера у арбитражном поступку, јасно указује на недостатке домаћих правила у овој материји. Наиме, наш ЗА није усклађен са одредбама МЗ-а ревидираним 2006. године, па стога не садржи део посвећен привременим мерама. Иако пледирамо за уско тумачење одредаба о привременим мерама, и не сматрамо да оне представљају *imperium* за арбитра *vis-a-vis* странкама, сматрамо да би постојање овакве одредбе пружило арбитрама јасне одреднице у правцу могућности за одређивање привремених мера, што би свакако допринело бољем поштовању начела правне сигурности у правном систему Републике Србије. Ако томе додамо и схватање да је прави смисао привремене мере обезбеђење и заштита права, кроз стварање услова за њихово ефективно остварење након завршетка судског или арбитражног поступка, јасно је и да начело правичности налаже потребу за регулисањем овог правног инструмента.

Marija KRVAVAC, PhD

Professor at Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

Jelena BELOVIĆ, PhD

Assistant Professor at Faculty of Law, Kosovska Mitrovica

INTERIM MEASURES IN ARBITRATION PROCEEDINGS

Summary

Interim measures and security measures is the field where arbitration and court jurisdiction are interwoven, and that raises the question of potential resolving of competent jurisdiction in determining these measures. In this respect, some countries exclude the possibility of imposition of interim measures in arbitration proceedings, others explicitly recognize or accept the arbitors' authority to impose the interim measures, and the third group of national rules allow parties to authorize the arbitor, either by arbitration agreement or during the arbitration procedure. In countries where arbitration could impose the interim measures, the parties may approach the court in this respect. State courts are very suspicious in enforcement of interim measures imposed by an arbitration tribunal, especially when there are not many connecting elements with a country that needs to bring a decision on interim or execution measures. The jurisdiction in determining the interim measures, both in relation to the measures before the initiation of arbitral proceeding, or those during the proceeding, belongs to the competent court.

Key words: *interim measures, arbitration, procedure, court, parties.*