

EFIKASNOST ARBITRAŽE I PRAVILA O SVEDOČENJU I VEŠTAČENJU: IMA LI MESTA RACIONALIZACIJI?

Prof. dr. sc. Gašo Knežević *

UDK: 347.918.01

347.918:339.5]

334.788.2(100)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2012.

Za 2 M

Naše je vreme obeleženo imperativom ubrzanja pravozaštitnih postupaka i smanjivanja njihove cene koštanja. Ista je pojava prisutna, manje ili više, kako u domenu "javne", tako i "privatne" pravde. Rad predstavlja pokušaj analize mera racionalizacije vremena i smanjivanja utrošaka novca sadržanih u novim arbitražnim pravilima ICC 2012. Ove mere uređuju (i) ročišta za izvođenje dokaza na kojima se, po pravilu, pojavljuju svedoci i veštaci kao dokazna sredstva za utvrđivanje činjenica slučaja, a ponekad i za utvrđivanje pravnih normi. Kao takvi oni su dragoceni i nezaobilazni činioci u procesu donošenja arbitražne odluke pa se postavlja pitanje isplativosti racionalizacije u ovome domenu. Pitanje je, dakle, mogu li se u dokaznom postupku, najzahtevnijem sa aspekta vremena i utroška novca, postići uštede uz zadržavanje zadovoljavajućeg kvaliteta odluka.

Ključne reči: efikasnost odlučivanja, svedok, veštak, individualizacija postupka, tehnike rukovođenja.

1. EFIKASNOST SISTEMA ZAŠTITE PRAVA KAO NOVI PROCESNI IMPERATIV

Efikasan je onaj pravozaštitni sistem (javni ili privatni servis zaštite ugroženih i/ili povređenih prava) koji u razumnom, a što kraćem roku, uz racionalnu

* Dr. sc. Gašo Knežević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Bulevar kralja Aleksandra 67, Beograd (Srbija).

potrošnju novčanih resursa pruža strankama pravnu zaštitu zadovoljavajućeg profesionalnog nivoa. Proizlazi da su dva lako merljiva kriterija efikasnosti - vreme i novac. Profesionalnost, kvalitet pravne zaštite je treća, pomalo iluzivna kategorija koju je teže kvantifikovati.

Od bolesti neefikasnosti pate ne samo javni pravozaštitni servisi (državni sudovi), što je danas notorno, već i privatni, što vremenom postaje sve lakše dokazivo.¹ Jer i arbitraže su već duže vremena suočene sa problemom efikasnosti te se i njeni korisnici osećaju frustriranim² iako i dalje ubeđeni u nezavisnost, nepristrasnost i neutralnost samog medija te u efikasnost procedure izvršavanja jednom donete odluke.

Pravni blogovi su ta mesta na kojima se frustracije izlivaju. Tekst koji se na blogu Kluwerarbitration pojavio 2010. g. svedoči o pomenutom nezadovoljstvu: CCIAG (*Corporate Counsel International Arbitration Group*) je u anketi sprovedenoj 2010. g. među pravnicima zaposlenim u kompanijama (*in house lawyers*) utvrdila postojanje stoprocentnog nezadovoljstva uslugama arbitraža, pri čemu je 56% anketiranih korisnika bilo veoma nezadovoljno prevashodno vremenskom dimenzijom postupaka, dok je još veći procenat nezadovoljnih cenom arbitražne usluge (69%).³ Istini za volju, treba imati na umu da je veći broj tih arbitraža bio investicionog, a manji trgovačkog karaktera.

Dodatni problem evaluacije jednog pravozaštitnog sistema može nastati kada se među nekim kategorijama korisnika pojavi disbalans između navedenih merljivih kriterija efikasnosti tako da jedan od njih postane nadmoćan, pa čak i isključiv. Tako je, na primer, uvrežena teza među onima koji se profesionalno bave rešavanjem trgovačkih sporova (dakle, raznim pravnim savetnicima, zastupnicima stranaka, sudijama, arbitrima, sudskom i arbitražnom administracijom) da je vreme za trgovce često vrednost veća od novca, pa čak i od prava i istine. Da to nije puka izmišljotina pravnika, koji bi njome da svedu svoj posao, govori činjenica da sličnu tezu zastupaju i oni o čijim se povređenim ili ugroženim pravima radi. Sami trgovci se neretko žale na duži-

¹ Za neke od statističkih podataka i neke od uzroka neefikasnosti arbitraža v. kod: Rivkin, D. W., *Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited*, Arbitration International, vol. 24, br. 3, 2008., str. 375 - 386.

² Kalicki, J. E., *Controlling Time and Costs in Arbitration: A Progress Report*, Part I, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/21/controlling-time-and-costs-in-arbitration-a-progress-report-part-1-of-2/> (3. 5. 2013.).

³ Reed, L., *More on Corporate Criticism of International Arbitration*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/> (3. 5. 2013.).

nu trajanja pravozaštitnih postupaka, o čemu svedoči i pomenuto istraživanje CCIAG. Istina, drugo je pitanje u kojoj je meri ta teza, imanentna prevashodno tužiocima, odraz razumljive i opravdane potrebe za ubrzanjem postupka pravne zaštite, a u kojoj je meri čvrsto zasnovan stav jedne branše. Drugim rečima, dilema je u kojoj bi meri trgovci ostali pri tom stavu da se na pravnom horizontu zaista pojavi opasnost da efikasnost pravne zaštite ugrozi kvalitet odluka i pravo?

S tim u vezi već su pojedini stručni komentari otvorili osetljivo pitanje odnosa kvaliteta pravne zaštite i njene efikasnosti.⁴ Naime, prenatlažavanje efikasnosti i njeno uzdizanje do nivoa neprikosновенosti koji zaslužuje žrtvovanje nekih vrednosti *manjeg* značaja budi podozrenja i strahove čija se blaža varijanta okončava pitanjem: košta li suviše prevelika količina efikasnosti?⁵

U sferi javne pravde (sudovi i drugi adjudikativni državni organi), istorijski posmatrano, uočljivo je da načelo procesne ekonomije nije tvorevina kraja XX i početka XXI veka.⁶ Ali, intenzivitet i učestalost kritika te značaj koji im politička i pravna javnost u poslednje vreme pridaju utiče na savremene zakonodavce i reperkutuje se u tekstovima novih nacionalnih zakona o parničnim postupcima kroz pojavu (1) novih efikasnih metoda rešavanja trgovačkih sporova (medijacija, evaluacija itd.) i (2) novih instrumenata u okviru parničnog postupka čiji je osnovni cilj povećanje efikasnosti postupka, dakle instrumenata koji su usmereni na uštedu vremena i novca. Tako je, na primer, i u novom srpskom Zakonu o parničnom postupku kao pravo stranaka predviđeno pravo na suđenje u razumnom roku⁷ koje je praćeno obavezom suda da definiše tzv. "vremenski okvir" parnice (*time frame*) i sankcijom za njegovo nepoštovanje.

⁴ Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 377.

⁵ Astrigarraga, J. I., *A Few Words on the Tension Between Efficiency and Justice*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/06/02/a-few-words-on-the-tension-between-efficiency-and-justice/> (3. 5. 2013.).

⁶ Načelo procesne ekonomije i ranije je bilo značajno sudsko načelo uporednopravnih sistema pa i pravnog sistema bivše Jugoslavije. V. tako komentar uz član 10. ZPP u: Poznić, B., *Komentar Zakona o parničnom postupku (1976, sa docnijim izmenama i dopunama)*, Beograd, 2009., str. 37 – 38. U arbitražnoj praksi ista briga za efikasnošću postupka ogleda se, na primer, u postojanju *Case Management Techniques* (Appendix IV, 2012 ICC Rules of Arbitration) kao i u postojanju posebne ICC edicije pod nazivom *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*.

⁷ V. Čl. 10. ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011. Drugi i treći stav tog člana glase: "Sud je dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja, u skladu sa prethodno određenim vremenskim okvirom za preduzimanje parničnih radnji (dalje u tekstu: vremenski okvir) i sa što manje troškova. Nepostupanje sudije u vremenskom okviru je osnov za pokretanje disciplinskog postupka u skladu sa odredbama Zakona o sudijama."

Ide i bez reči da su norme nacionalnih zakona koje regulišu parnicu, ali i druge postupke pravne zaštite, neposredno primenljive za sistem javne pravde, dakle samo pred sudovima i sličnim državnim organima.

S druge strane posmatrano, arbitražna zaštita, pa i njen procesni aspekt, kao trasa tzv. privatne pravde, projektovana je prema potrebama trgovaca te unapred kalkuliše sa značajem koje vreme ima u trgovačkim transakcijama. Zbog rečene kalkulacije te veće fleksibilnosti arbitražnog postupka koja je njen pratilac, dijapazon instrumenata koji pospešuju efikasnost arbitražnog odlučivanja je nešto veći. U njih možemo ubrojati višestranačku arbitražu; bifurkaciju postupaka; mogućnost donošenja delimičnih odluka o pojedinim spornim pitanjima koja vodi efikasnijem odlučivanju o sporu u celini; identifikaciju pitanja koja se mogu sporazumno ili putem veštaka rešiti te njihovo izdvajanje; identifikaciju i razmatranje pitanja za čije rešavanje bazu daje postojeća dokumentacija (isprave); striktno ograničenje tema i dužine podnesaka; raspored vremena predviđenog za obavljanje pojedinih procesnih radnji (*procedural timetable* koji se delimično poklapa sa “vremenskim okvirom”); organizovanje telefonskih i video sastanaka umesto *in person* sastanaka; podsticanje ili čak učešće arbitara u sklapanju poravnjanja između stranaka itd.⁸

Čini se da arbitražna javnost inklinira stavu da neefikasnost arbitražne zaštite više pada na dušu stranaka no arbitraže kao sistema odlučivanja i samih arbitara.⁹ Iako ni ovi poslednji nisu potpuno nevini (pre svega zbog prihvatanja novih angažmana uprkos svesti o sopstvenoj preopterećenosti¹⁰ i tome posle-

⁸ V. *Case Management Techniques* u 2012 ICC Arbitration Rules, Appendix IV.

⁹ Anketa koju je sproveo istraživački tim Queen Mary School of International Arbitration 2010. godine potvrđuje ove navode. Naime, čak 31% ispitanika smatra da stranke najviše doprinose dužini postupka, 23% ispitanika smatra da je uzrok u arbitrima, a 21% uzroke nalazi u pravnim zastupnicima stranaka (*external counsels*). V. 2010 *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, str. 32, http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf. (3. 5. 2013.) U istom smislu, istraživanja su pokazala da stranke izborom *najprestižnijih* pravnih zastupnika (ujedno i najskupljih) i *najprestižnijih* arbitara (ujedno i najzauzetijih) značajno doprinose povećanju troškova postupka i produženju njegovog trajanja. V. Kalicki, *op. cit.* u fn. 2, Part 2, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/22/controlling-time-and-costs-in-arbitration-a-progress-report-part-2-of-2/> (3. 5. 2013.) i *CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011*, <http://www.ciarb.org/conferences/costs/2011/09/28/CIArb%20costs%20of%20International%20Arbitration%20Survey%202011.pdf> (3. 5. 2013.).

¹⁰ To je osnovni razlog zbog koga je ICC uveo praksu davanja “izjave o dostupnosti” (*Declaration of Availability*) koja bi imala da upozori arbitre na njihovu obavezu da budu na raspolaganju strankama u pogledu svoga vremena. V. za značaj dostupnost arbitara Bernardini, P., *The Role of the International Arbitrator*, Arbitration Internati-

dičnog sve većeg kašnjenja u donošenju odluka) po mišljenju javnosti stranke su te koje se opredeljuju za tribunal umesto za, po prirodi stvari, efikasnijeg arbitra pojedinca, one su te koje se opredeljuju za svetski najprestižnije, ali i najopterećenije institucije i arbitre na glasu čije je vreme mesecima unapred isplanirano i zauzeto, one su te koje se opredeljuju za strategiju odugovlačenja i taktiku rasprave u kojoj i nebitne činjenice postaju krucijalne i one su te koje proceduralne mogućnosti, svoja procesna prava, koriste do nivoa "zloupotreba".

Međutim, čak i ako je tačna konstatacija da pravda, kao i kvalitetno vino, traži vreme (*good justice, like fine wine, takes time*)¹¹, to ne abolira pravnike, zarad njih samih i zarad njihove profesije, dužnosti da se uhvate u koštac sa problemom efikasnosti u isporučivanju pravde, u krajnjoj liniji efikasnosti u obavljanju svog sopstvenog posla.¹² Tako posmatrana gornja dilema transformiše se u generalnije pitanje koje bi sebi mogli postaviti poslanici svih provincija: mogu li ja efikasnije raditi, a da ne ugrozim kvalitet sopstvenog dela i njegovog proizvoda te time i svoju reputaciju?

U oblasti zaštite prava ovako postavljeno pitanje otvara potrebu za elaboracijom pojma "veština upravljanja sporom" (tzv. *case management skills*). Njemu se može pristupiti sa aspekta stranaka i sa aspekta pravozaštitnog organa.

Posmatran sa aspekta stranaka on obuhvata, pre svega, osnovno opredeljenje stranaka za odabir glavne trase zaštite, tj. puta za koji je najracionalnije opredeliti se: od upotrebe sile i samopomoći preko neposrednih pregovora ili traženja pomoći u pregovorima od strane medijatora pa do opcije za neki od adjudikativnih metoda zaštite među kojima su državni sudovi i arbitraže najčešće.¹³ Srećom po stranke, neke od izabраниh trasa mogu se kumulirati, što inicijalno opredeljenje ne čini konačnim i nepromenljivim.

S druge strane, za svaki od mogućih pravozaštitnih organa *case management skills* ima drugačiju sadržinu. Kada se govori o ovde interesantnim adjudikativ-

onal, vol. 20, br. 2, 2004., str. 120; v i Dika, M.; Maganić, A., *Expedited Arbitration Proceedings – About Some Croatian Experiences*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 18, 2011., str. 13.

¹¹ Prema neobjavljenim podacima beogradske Institucionalne arbitraže pri Privrednoj komori Srbije dužina trajanja postupka, od momenta formiranja tribunala pa do momenta donošenja konačne odluke, nešto je manja od 6 meseci. Ova efikasnost, na prvi pogled frapantna, ima svoje racionalno objašnjenje koje vinu ipak ostavlja vremena da sazri.

¹² V. slično u: Dika, Maganić, *op. cit.* u fn. 10, str. 10.

¹³ V. više o upravljanju sukobima i sporovima u: Knežević, G.; Pavić, V., *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2009., str. 190 - 191 i 204 - 206.

nim arbitražnim organima, pojam obuhvata više tehnika koje su sve usmerene na uštedu vremena i smanjenje troškova postupka, uz implicitnu pretpostavku očuvanja osnovnog imperativa struke: adekvatnog izbora odgovarajuće pravne norme koja primenjena na dobro utvrđeno činjenično stanje vodi ka održivoj odluci.

U tom kontekstu može se problematizovati i potreba i mera učešća pojedinih lica u postupku. Kako je učešće stranaka i njihovih punomoćnika van svake debate, ostaje da se mogućnost racionalizacije pronađe na nivou drugih učesnika arbitražnog postupka među kojima prvo padaju u oči svedoci i veštaci.

2. DOKAZNA SREDSTVA: SVEDOCI I VEŠTACI

Pojava “drugih” učesnika u postupku vezuje se za njegov dokazni deo. Dokazni postupak predstavlja put koji pravozaštitni organ mora preći da bi došao do zaključka o istinitosti neke činjenice.¹⁴ Taj put nije ekskluzivno rezervisan za sudove jer se njime i arbitraže moraju kretati. Izvan kruga stvarnih dokaznih sredstava (podrazumevaju se isprave i predmeti uviđaja), a među ličnim¹⁵ dokaznim sredstvima glavnu ulogu imaju dva personalna nosioca usmenog dokazivanja: svedoci i veštaci.¹⁶

Pod svedokom, ovde i dalje, podrazumeva se fizička osoba koja nije stranka u postupku, a koja se u njemu saslušaava radi pribavljanja obaveštenja o sadržini njenih opažanja o činjenicama koje se utvrđuju, do kojih nije došla kao stručna osoba po nalogu suda.¹⁷ Poznić tome dodaje da se iskaz svedoka odnosi na činjenice koje su se odigrale u prošlosti. Ovo lice pravna književnost naziva svedokom o činjenicama ili samo svedokom (*fact witness*, ponekad *general witness*, ili samo *witness*). Međutim, pored njega je u pravozaštitnom postupku primetna i pojava lica koji svojom stručnošću pomaže, olakšava adjudikativnom telu da donese odluku tako što povodom opaženih i analiziranih činjenica daje svoje mišljenje, tj. iznosi vrednosni sud koji se bazira na pravilima nauke

¹⁴ V. Poznić, B.; Rakić-Vodinelić, V., *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1999., str. 230.

¹⁵ V. terminološki tako Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 558.

¹⁶ Waincymer, V. J., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012., str. 886.

¹⁷ V. Dika, M., *Dokazivanje saslušanjem svjedoka u hrvatskom parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 503.

i struke. Takvo lice se naziva veštak (samo *expert* ili *expert-witness*).¹⁸ U *common-law* tradiciji veštaka imenuje stranka i on predstavlja samo specijalizovani pojavni oblik svedoka budući da svaka strana može da pozove *svog* veštaka koji se zatim svojim iskazima *bore* za poverenje porote i suda¹⁹, dok ga u *civil-law* sistemu uglavnom imenuje sud i on se razlikuje od običnog svedoka. Starija literatura identifikovala je i tzv. svedoka-stručnjaka koji se svojom stručnošću približavao veštaku iako je bio nezamenjiv.²⁰ Dika ga identifikuje pod nazivom "stručni svedok" (*sachverständige Zeuge*), kao osobu s posebnim stručnim znanjem zbog koga bi mogla radi utvrđivanja činjenica o kojima svedoči biti upotrijebljena i kao veštak koji je sam opažao relevantne činjenice, dakle iako mu to sud nije naložio.²¹

Za razliku od drugih polja delatnosti (građevinarstva, farmaceutike, medicine, ekonomije itd.) o pravnim pitanjima veštak se, bar u kontinentalnim pravnim sistemima, načelno ne izjašnjava, o čemu će biti reči kasnije. Ipak, već ovde napominjemo da se potreba za njim može pojaviti i u tom domenu ukoliko se pred sudom (arbitražom) pojavi spor nastao iz tzv. prekograničnih trgovačkih odnosa. Tada mu u dužnost može pasti da asistira u postupku saznanja stranog prava, njegovog dokazivanja i primene.²²

Tako posmatrana tema ovog izlaganja može se ubrojati među neuralgične tačke pravne struke. Naime, ako je isporuka pravde, tj. donošenje pravosnažne (konačne) odluke, ciljani rezultat svake procedure (i sudske i arbitražne) kojom se štite prava pojedinaca, onda postupak koji se sastoji iz dobrog utvrđenja činjeničnog stanja (*praemissa minor*) i adekvatnog izbora odgovarajuće pravne norme pod koju se te činjenice imaju sumpsumirati²³ (*praemissa maior*) postaje centralno, najosetljivije, ranjivo pitanje pravilnog odlučivanja koje je zaštićeno pravnim lekovima. Uloga svedoka i veštaka (pa i pravnih eksperata) vidljiva je na oba pola procesa sumpsumcije: a) i na nivou prava i b) na nivou činjeničnog stanja.

¹⁸ Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 621.

¹⁹ Chase, O., *American Exceptionalism and Comparative Procedure*, American Journal of Comparative Law, 2002., str. 300.

²⁰ V. za termin Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 256; v. i Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 621. Danas se ovaj termin više ne koristi niti je zakonski pojam.

²¹ Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 506.

²² V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646; Dika, M; Knežević, G.; Stojanović, S., *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991., str. 49 - 50; isto i Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 504 sa pozivanjem na čl. 13. hrvatskog ZRSZ.

²³ O sumpsumciji i sudskom silogizmu v., na primer, kod: Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 44 - 45.

Ad a) Na nivou prava u nas važi maksima *iura novit curia* ili *curia novit legem*.²⁴ Iz perspektive lokalnog (domaćeg) prava ovih prostora, njome se ne označava samo da sud (arbitraža) zna pravo ili da ga, kada je ono strano, *ex offio* ima saznati, što je njeno bukvalno značenje, već i da su sudeće sudije (arbitri) ti koji su na bazi svoje edukacije, znanja i iskustva odgovorni za izbor odgovarajuće pravne norme iz koje se izvlači sankcija koja okončava svaki konkretan spor.²⁵ Proizlazi, a već je i naznačeno, da na ovim prostorima pravne norme nisu predmet dokazivanja, sud ih je dužan poznavati, i to, kako norme lokalnog, tako i norme stranog prava koje sud takođe saznaje i primenjuje *ex offio*.²⁶ Ono što je danas zajednički imenitelj svih pravnih sistema je da sud nije ničim ograničen, pa ni od strane stranaka, u svome pravu/dužnosti sumpsumiranja činjenica pod ono pravo (normu) za koju nađe da je adekvatna.²⁷ Sud (arbitraža) je, jednostavno rečeno, gospodar prava.

Ako je, dakle, pitanje sprovodi li se dokazni postupak u sferi primene prava, odgovor je negativan, bar za većinu zemalja *civil-law* sistema, pa i za zemlje ovih prostora. Ipak i u njima se problem da relativizovati. Prvo, ma koliko bili ponosni ili čak zaljubljeni u domaći obrazovni sistem i znanja domaćih pravnika, ipak dozvolimo, bar na akademskom nivou, mogućnost njihove nesavršenosti, objektivno ili subjektivno uzrokovane.²⁸ Ali, svaki potez koji bi zagovarao napuštanje maksime *iura novit curia* smatrao bi se *krvavom revolucijom* u posmatranim pravnim sistemima. Kako smo osetljivi na Darwinov stav o revoluciji kao *noćnoj mori*, ovde se zadovoljavamo sa ukazivanjem na zakonom zasnovanu mogućnost upotreba veštaka na nivou dokazivanja prava: ukoliko je spor nastao iz koje od sve brojnijih međunarodnih poslovnih transakcija

²⁴ O poreklu maksime v. Geeroms, S., *Foreign Law in Civil Litigation: a Comparative and Functional Analysis*, Oxford, 2004., str. 30; v. i Derlén, M., *Multilingual Interpretation of EU Law*, Kluwer Law International, 2009., str. 314.

²⁵ Slično za germanske (pa i druge kontinentalne) sisteme v. Obesshaimmer, P.; Dormej, T., *Germany, Switzerland and Austria*, u: Van Rhee, C. H., *European Traditions in Civil Procedure*, Ius Commune Europaeum, 2005., str. 303. U engleskom pravu je istorijski bilo nešto drugačije – procedura je stranačka, a uloga suda je samo da proglasi pobednika. Danas se situacija unekoliko menja. V. Verkerk, R., *England and Wales*, u: Van Rhee, *op. cit.* u ovoj fn., str. 307 *sqq.*

²⁶ V. u tom smislu i Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.* u fn. 14, str. 235; v. isto u Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 584; v. i Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.* u fn. 22, str. 50.

²⁷ V. Obesshaimmer, Dormej, *op. cit.* u fn. 25, str. 303.

²⁸ V. Barbić, J., *Reforma hrvatskog prava prilagodbom europskom pravu i gospodarstvu*, Pravo u gospodarstvu, br. 4, 2005., str. 33 - 35; u istom smislu v. Knežević, Pavić, *op. cit.* u fn. 13, str. 202.

u kojima sudije (i arbitri) imaju primeniti neko od stranih prava sa kojim se tokom svog obrazovanja nisu upoznali niti su ga u praksi često sretali, oslonac na veštaka pravne provinijencije (*legal expert-witness*) je legitimno ponašanje. Isto važi i kada je u pitanju ne tako retka potreba za primenom trgovinskih običaja.²⁹

Ad b) Maksima koja je bliski *rođak* već pomenutoj *iura novit curia* glasi *da mihi factum, dabo tibi ius* (daj mi činjenice, daću ti pravo).³⁰ Njeno značenje je dvojako: ono obuhvata ne samo stav da je na sudu da odredi pravnu normu koja se ima primeniti (čime se pomenuto blisko srodstvo dokazuje) već i da je dužnost stranaka da snabdeju sud činjenicama. Tako, u okviru kontinentalnog pravnog sistema³¹, ova maksima balansira odnos suda i stranaka: ona distribuira pravna pitanja sudu, dok činjenična zadržava za stranke, uz postepeno jačanje uloge suda i na činjeničnoj strani uspostavljene ravnoteže. U pogledu utvrđivanja činjenica srpsko se pravo kreće u granicama povučenim rešenjima kontinentalnog pravnog sistema: sud razmatra i utvrđuje samo činjenice koje su stranke pred njega iznele. Van kruga ovih činjenica sud može izaći, tj. ovlašćen je da utvrdi i neke druge činjenice samo ako iz rezultata raspravljanja i dokazivanja proizlazi da stranke raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolagati.³² Kako za anglosaksonska prava uglavnom isto važi (stranke su odgovorne za prezentaciju činjenične građe)³³, balans postoji i u ovom pravnom sistemu. Ipak, u oba velika sistema primetno je da i sud ima svoje mesto, skromnu ulogu u postupku prikupljanja činjenične građe, što znači da stranke nisu apsolutni gospodari činjenične građe, ali da jesu predominantni.

Na nivou činjenica potreba za svedocima svih provinijencija je jasna sama po sebi. Dodatno, valja se podsetiti da se u osnovi svakog pravnog spora nalazi ljudski sukob, konflikt, tj. suprotstavljenost interesa pojedinaca koji se svi ne mogu u potpunosti zadovoljiti ili se ne mogu simultano ostvariti.³⁴ Takav je sukob sam po sebi dovoljno moćan ne samo da izazove podozrenje prema navodima suprotne strane već i da deformiše sopstvena sećanja i dovede do

²⁹ V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646.

³⁰ Derln, *op. cit.* u fn. 24, str. 314.

³¹ V. Obesshaimmer, Dormej, *op. cit.* u fn. 25, str. 296.

³² V. čl. 7. i čl. 3. srpskog ZPP, Sl. glasnik RS, br. 72/2011. V. i Poznić, Rakić-Vodinelčić, *op. cit.* u fn. 14, str. 234 - 238.

³³ V. Verkerk, *op. cit.* u fn. 25, str. 311.

³⁴ Buhning-Uhle, C.; Kirchoff, L.; Scherer, G., *Arbitration and Mediation in International Business*, 2. izd., The Hague, 2006., str. 132.

interesne interpretacije činjenica koje su se u prošlosti odigrale. Zbog svega rečenog nije iznenađujuće da stranke u sporu često međusobno osporavaju i činjenične navode te da se utrkuju u predlaganju svedoka koji će dati svoj iskaz o opaženim činjenicama u nadi da će taj iskaz potkrepiti navode stranke koja svedoka predlaže. Pri tome se kao svedoci pozivaju ne samo lica u čijem su se prisustvu činjenice odigrale već i posredni svedoci, tj. lica koja o činjenicama imaju samo posredna saznanja (*testis de auditu*). Istovremeno, suprotne izjave stranaka o činjenicama često motivišu i sam sud (arbitražu) da pomoć potraži u izjavama svedoka.

3. PROBLEM RACIONALIZACIJE

Sa aspekta efikasnosti rešavanja trgovačkih sporova kao legitimno se pojavljuje pitanje principijelne opravdanosti (pre)čestog korišćenja svedoka i veštaka kao dokaznih sredstava u arbitražnom postupku, njihove vrste, broja i slično (nadalje sudski postupak ostaje van opsega izlaganja). Konkretnije, pitanje glasi u kojoj je meri pojava veštaka i svedoka kompatibilna sa novim pravnim imperativom - potrebom za efikasnošću sistema. Pitanje je opravdano jer pojava velikog broja veštaka i svedoka u jednom arbitražnom postupku povećava i vreme njegovog trajanja i njegovu cenu, što optrećuje budžet arbitraže, a pada na račun stranaka, te time prouzrokuje promene u vrednostima koje su relevantne za evaluaciju sistema. Pri tome treba imati u vidu da je dokazni postupak, u budžetskom pogledu, njegov najzahtevniji deo.

S druge strane, pri koncipiranju odgovora ne sme se prenebregnuti osetljivost pitanja: kako se pojava svedoka i veštaka na ovim prostorima javlja uvek na nivou utvrđivanja činjenica slučaja, a ponekad i na nivou odabira pravne norme i njene primene, jasno je da se pravilan zaključak tribunala, odluka u sporu, u velikoj meri oslanja na iskaze upravo ovih lica. Stoga se ona pre mogu smatrati glavnim akterima no statistima arbitražnog postupka. Konstatacija o njihovom velikom značaju odnosi se posebno na veštake: tako je, na primer, primećeno da je veliki broj presuda u čijem je postupku donošenja učestvovao veštak pisan više njegovim rukopisom no rukopisom sudećeg sudije (ovo bar kada je u pitanju srpski sudski pravozaštitni prostor u kome se često, u diskusijama pravnika, problem naglašava).

Najzad, treba se pridružiti preovladavajućem stavu³⁵ da je jednostavnije obezbediti efikasnost postupka pred institucionalnim nego pred *ad hoc* arbitra-

³⁵ V. Dika, Maganić, *op. cit.* u fn. 10, str. 11.

žama. Zbog toga će dalja razmatranja za svoje polazište uzeti neki od postojećih velikih institucionalnih arbitražnih "sistema". Poslednjih desetak godina nekoliko institucija se istaklo svojim angažmanom u pokušajima smanjivanja troškova i vremena trajanja arbitražnih postupaka. Pre svih su to bile ICC (*International Chamber of Commerce*)³⁶, ICDR (*International Centre for Dispute Resolution*)³⁷, kao ogranak AAA i ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*)³⁸. Kako je 2012. stupio na snagu novi ICC pravilnik (dalje u tekstu: ICC 2012 Rules³⁹), ova institucija privlači posebnu pažnju i opravdava fokus.

3.1. Mere racionalizacije u okviru ICC 2012 Rules

Ni arbitraže ICC sistema nisu bile pošteđene kritika usmerenih na preveliku cenu pravde i dužinu postupka potrebnog za njeno ostvarivanje.⁴⁰ Pri tome se, kao opšte mesto, ponavljala teza da nije realno očekivati da će same stranke u sporu uvek podržavati viši cilj – efikasan sistem zaštite, s obzirom na sopstvene interese koji ih ponekad okreću potrebi za kupovinom vremena bez obzira na njegovu cenu.⁴¹ Ovoj tezi se pridružujemo.

Svest o rečenom morala bi težište borbe za racionalizaciju sa stranaka preneti na drugog učesnika u postupku, arbitražnu instituciju i tribunal, kojima

³⁶ U kasnu jesen 2007. donete su *Techniques for Controlling Time and Costs In Arbitration*, ICC Publication, str. 843, a 2012. stupio je na snagu novi ICC Rules 2012.

³⁷ 2008. donete su *Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information*, a 2009. izvršeno je amandiranje Rules. Broj dana potrebnih za okončanje spora pred ovom institucijom opao je značajno, sa 395 u 2006. na 304 u 2010.

³⁸ Niz efikasnih mera doveli su do smanjivanja prosečnog trajanja spora pred ovom institucijom u 2011. u odnosu na prethodnu godinu za čitavih 12 meseci. V. u: Kalicki, *op. cit.* u fn. 2.

³⁹ Dvogodišnji rad ICC Komisije za arbitražu (predsedavajući Peter M. Wolrich), nacionalnih komiteta, samog arbitražnog Suda i određenog broja izabranih arbitara i zastupnika stranaka okončao juna meseca 2011. u Mexico Cityju usvajanjem ICC 2012 Rules.

⁴⁰ Tako Calvo Goller, K., *The 2012 ICC Rules of Arbitration – An Accelerated Procedure and Substantial Changes*, *Journal of International Arbitration*, vol. 29, br. 3, 2012., str. 339.

⁴¹ Tako vidi s pozivanjem na retoričko pitanje Lorda Mustilla postavljeno u *Arbitration: History and Background*, *Journal of International Arbitration*, vol. 6, 1989., v. kod: Fredland, P., *The New ICC Rules: Continuing Evolution of Case Management Powers to Control Costs and Delays in International Arbitration*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/09/13/the-new-icc-rules-continuing-evolution-of-case-management-powers-to-control-costs-and-delays-in-international-arbitration/> (3. 5. 2013.).

je borba za ekspeditivnost i delotvornost procedure mnogo imanentnija. U tom smislu treba čitati redakciju novog člana 22. ICC Rules koji se odnosi na rukovođenje postupkom (marginalni naslov: Conduct of the Arbitration): 1) tribunal i stranke su zajednički odgovorne za ekspeditivno vođenje postupka na troškovno racionalan način (iz stava 1. člana 22. ICC Rules), ali 2) tribunal sam, nakon što konsultuje stranke, donosi proceduralne naloge koje smatra odgovarajućim za racionalno vođenje postupka, a koji nisu suprotni volji stranaka (iz stava 2. člana 22.), dok su 3) stranke obavezne da se ponašaju u skladu sa ovim nalogima tribunala (iz stava 5. člana 22.).

Ovakvo čitanje rečene odredbe odražava pronađeni balans između a) efikasnosti odlučivanja (koji je, pored kvaliteta odluka, najviši cilj institucije⁴²) i b) potrebe da se odluke donete pod okriljem institucije maksimalno zaštite od stranačkog nezadovoljstva, zahteva za poništaj i protivljenje priznanju koji bi mogli uslediti ukoliko se procesna autonomija i procesna prava stranaka ne bi ispoštovala u optimalnoj meri. Otuda se, s jedne strane, stranke uvek konsultuju, ali su one, s druge strane, obavezne da se pridržavaju procesnih naloga tribunala.

U cilju donošenja akata kojima se rukovodi postupkom (iz člana 22.) obaveza je tribunala (a ne samo kako je to bilo ranije - mogućnost) da sazove sastanak sa strankama (tzv. *case management conference*)⁴³ na kome će se raspravljati pitanja efikasnog upravljanja sporom i pronaći mere koje će činiti sadržinu budućih proceduralnih naloga tribunala predviđenih članom 22. Rules. Konferencija može biti organizovana uz lično prisustvo stranaka i članova tribunala, ali i korišćenjem nekog od savremenih sredstava komunikacije (video ili audio). Izbor odgovarajućih mera racionalizacije postupka tribunal vrši sa ponuđenog *spiska* tehnika koji se nalazi u Dodatku IV ICC Rules.⁴⁴ Većina od njih već je pomenuta napred⁴⁵, a zarad kompletiranja ovde se navode drugi mogući nalozi tribunala: za produkciju i dostavljanje papirnih, dokumentarnih dokaza (isprava) na kojima zasnivaju svoj zahtev, ograničavanje naloga stranci za dostavljanje dokumentacije koja nije krucijalna, ograničavanje dokumentacije na bitnu, određivanje razumnog vremena za postupanje po nalogima tribunala,

⁴² Uz konstataciju o nepromenljivosti ciljeva arbitraža Rivkin navodi četiri osnovna cilja arbitražnih institucija: (1) fer i nepristrasan postupak (2) vođen od strane pametnih i iskusnih arbitara, (3) okončan blagovremenom i dobro obrazloženom odlukom (4) koja će se efikasno izvršiti. V. u: Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 376.

⁴³ Iz člana 24(1) ICC 2012 Rules.

⁴⁴ Appendix IV – Case Management Techniques.

⁴⁵ V. u 1. poglavlju ovog izlaganja.

ograničavanje pismenog izjašnjavanja i usmenog izlaganja svedoka i veštaka na krucijalna pitanja i izbegavanje ponavljanja te organizovanje raznih sastanaka pre rasprave (tzv. *pre-hearing conferences*) koje sve imaju za cilj racionalizaciju, usmeravanje stranaka i olakšavanje rasprave u načelu.⁴⁶

Raniji član 18(4) ICC 1998 Rules (pod marginalnim nazivom Terms of Reference; Procedural Timetable) referisao je na “provizorni” ili “privremeni” raspored (*a provisional timetable*) koji je sačinjavao tribunal u saradnji sa strankama, a u cilju vremenskog ograničavanja postupka i definisanja njegove dinamike. Raspored se mogao naknadno, u svako doba, modifikovati, ali se smatralo da moralnom snagom obavezuje i stranke i tribunal.⁴⁷ Danas je, samo simbolično, a ne iz suštinskih razloga, ovaj termin zamenjen (u novom članu 24. ICC 2012 Rules) terminom “proceduralni raspored” (*a procedural timetable*), ali je njegova suština ostala nepromenjena. Kao i “vremenski okvir” koji se danas upotrebljava u sudskim postupcima ili kao raniji “provizorni raspored” on definiše i svojim vremenskim granicama pospešuje dinamiku spora. Nažalost ni u novoj redakciji on nije nepromenljiva kategorija, opet se može iz opravdanih razloga izmeniti, što jasno proizlazi iz stava 3. istog člana. Ovo znači da će i novi *procedural timetable* naslediti dečje bolesti svoga prethodnika. Uzrok ovih “bolesti” je u nepostojanju definisanih razloga koji opravdavaju njegovu modifikaciju, zbog čega su tribunali često, usvajajući zahteve jedne stranke za produženje rokova dostave podnesaka ili zahteve za odlaganje datuma ročišta, prouzrokovali nezadovoljstvo suprotne stranke i tenzije na relaciji stranke - tribunal - sekretarijat suda. Posledično, tenzije su vodile češćem podnošenju zahteva za izuzeće. Ide i bez reči da ove pravne radnje (zahtevi za izuzeće) dodatno *jedu* vreme i troše novac stranaka.

3.2. Dokazni postupak prema ICC 2012 Rules

Osnovni član ICC 2012 Rules koji reguliše dokazni postupak, pa i pitanje ličnih i stvarnih dokaznih sredstava, sada je član 25.⁴⁸, dok je u ranijim Rules isto pitanje bilo regulisano članom 20. Sa sadržinskog aspekta ovi članovi su identični, s tim što je odredba ranije postojećeg stava 7. člana 20. ICC 1998 Rules, koja se odnosila na načelo poverljivosti i zaštitu poslovnih tajni, prebačena u član 22. novih ICC 2012 Rules, a ne u član 25.

⁴⁶ V. za iste mere kod Calvo Goller, *op. cit.* u fn. 40, str. 329.

⁴⁷ V. *ibid.*, str. 328.

⁴⁸ V. član 25. ICC 2012 Rules – Establishing the Facts of the Case.

U starijoj pravnoj književnosti smatralo se da retorika člana 20. ICC 1998 Rules više odgovara istražnom načelu kontinentalnih pravnih sistema nego raspravnom⁴⁹, stranačkom načelu anglosaksonskih prava.⁵⁰ Nema razloga da se i na novi član 25. ne gleda istim očima iako pojedine faze toga postupka (saslušanje svedoka, na primer) imaju jake primese anglosaksonskog sistema. Najkraće, njegova sadržina je kako sledi. Član 25.⁵¹ ovlašćuje tribunal da vremenski efikasno utvrdi činjenice svim raspoloživim dokaznim sredstvima (stav 1.), koja podrazumevaju tužbu (eventualnu protivtužbu) i odgovor na nju (njih), dokumentarne dokaze (isprave) na kojima se oni zasnivaju kao i sve druge pismene podneske stranaka i njihovo usmeno saslušanje (stav 2.) i pismene izjave i usmena svedočenja svedoka i eksperata imenovanih od strane stranaka (stav 3.) ili veštaka imenovanih od strane tribunala (stav 4.). S druge strane, isti taj tribunal je ovlašćen da odluku donese i samo na bazi tužbe (protivtužbe) i dokumentarnih dokaza (isprava) pod uslovom da stranke ne zahtevaju raspravu.⁵² Kako ovaj član u stavu 5. pominje i dodatne dokaze, proizlazi da tribunalu stoje na raspolaganju sva zamisliva dokazna sredstva u širokom opsegu.

Uprkos postojanja, sadržine i intencije stava 6. člana 25. ICC 2012 Rules veoma retko će se stranke odreći ročišta za izvođenje dokaza (*evidentiary hearing*), a što bi one bar načelno mogle. Dakle ovim ročištem *raspoložu* stranke pa, na osnovu njihovog zahteva, ono postaje nezaobilazno čak i ako arbitri smatraju suprotno.

Sa aspekta nama zanimljivih ličnih dokaznih sredstava (svedoka i veštaka) iz teksta novih ICC Rules proizlazi da ih mogu imenovati stranke, ali i tribunal kada se radi o ekspertima te da oni svoje iskaze mogu davati pismeno u vidu izjava, usmeno u dokaznom postupku ili na oba pomenuta načina kumulativno, što će najčešće i biti slučaj. Njihovo ispitivanje je moguće i u unakrsnom vidu, i to kako od strane stranke koja ih je predložila (*direct examination*), tako od strane suprotne stranke (*cross examination*) te tribunala. Često se u praksi dozvoljava i drugi krug ispitivanja svedoka i veštaka (*redirect* i *recross examination*). U Pravilima nema nikakvih ograničenja u pogledu broja ovih lica.

⁴⁹ V. Poznić, Rakić-Vodinelčić, *op. cit.* u fn. 14, str. 134 - 136.

⁵⁰ V. Bernardini, *op. cit.* u fn. 10, str. 117.

⁵¹ V. član 25., stavovi 1., 2., 3., 4. ICC 2012 Rules.

⁵² V. član 25., stav 6. ICC 2012 Rules.

3.3. Tehnike rukovođenja svedocima i veštacima

U arbitražnoj književnosti je već duže vremena prisutan termin “tehnike rukovođenja svedocima” (*witness management techniques*)⁵³ koji se odnosi na obe vrste svedoka iako je primereniji veštacima. Ovim terminom se označavaju tehnike koje tribunalu stoje na raspolaganju kako bi maksimalno racionalizovao način iznošenja svedočanstava kroz svođenje broja svedoka na razumnu meru, fokusiranje svedoka na ključne stvari, identifikaciju i razdvajanje onih pitanja koja su među njima nesporna od onih koja su sporna itsl. Neke od tih tehnika sadržane su u ICC aktima, druge u drugim tekstovima kakav je, na primer, tzv. IBA Rules of Evidence.⁵⁴

Jedna od tih tehnika naziva se “sastanak eksperata” (*Meetings of Experts*)⁵⁵ i ona podrazumeva skup veštaka koji se održava nakon sastavljanja, podnošenja tribunalu te razmene pismenih izveštaja koji sadrže nalaze veštaka. Na njemu eksperti imenovani od strane stranaka ili tribunal pronalaze način da se pre rasprave usaglase o pojedinim pitanjima koja su bila predmet veštačenja te time omogućće da se na usmenoj raspravi diskutuju samo ona pitanja o kojima saglasnost nije postignuta, čime se postiže ušteda vremena i novca.

Sličnu ulogu ima i tehnika usaglašavanja razvijena u Engleskoj koja nosi isti naziv, a koja se sprovodi na posebnim sastancima eksperata, ali bez prisustva stranaka i njihovih zastupnika, što predstavlja ključnu karakteristiku *engleskog* sastanka eksperata. Zadatak eksperata je da na tim sastancima za potrebe tribunala sastave izjavu o tačkama u kojima su postigli saglasnost kao i o onima u kojima nisu. Odsustvo stranaka, s jedne strane, te međusobno poznavanje, reputacija i uvažavanje eksperata, sa druge strane, najčešće vode iznenađujućem uspehu: smanjivanju broja spornih pitanja, što konsekvntno znači i skidanje nespornih pitanja sa liste onih o kojima će se na usmenoj raspravi govoriti.

Najzad “razgovor sa svedocima” (*witness conferencing*)⁵⁶ okuplja sve svedoke i eksperte povezane istim problemom. U toku njihovog simultanog ispitivanja

⁵³ V. Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 383.

⁵⁴ V. u: *Taking of Evidence in International Arbitration*, adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010, International Bar Association.

⁵⁵ Tako t. 70 *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁵⁶ Ovaj vid sastanaka primereniji je ekspertima no svedocima o činjenicama i studije pokazuju da eksperti, kada se nađu oči u oči, lakše usklađuju stavove, daju umerenije izjave i ispravljaju netačna mesta u svojim ekspertizama. V. White & Case, *The 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, Queen Mary, University of London, dostupno na <http://arbitrationpractices.whitecase.com> (2. 5. 2013.), str. 28.

te njihovog međusobnog sučeljavanja i razgovora članovi tribunala se bolje upoznaju i shvataju tačke i razloge nesaglasnosti svedoka i veštaka, s jedne strane, uz istovremeno fokusiranje svedoka na pokušaj postizanja međusobne saglasnosti, s druge strane.

3.4. Otvorena pitanja vezana za učešće veštaka i svedoka u dokaznom postupku

Iako neobavezna faza postupka⁵⁷, ali vremenski i novčano najzahtevnija, ročište za izvođenje dokaza neće se pred arbitražama organizovati samo izuzetno, kako je napred to već rečeno. Ovo ročište je korisno uvek kada su sporna neka činjenična pitanja o kojima je potrebno izjašnjavanje veštaka ili svedoka o činjenicama. S druge strane, može se i bez njega ukoliko su sporna samo pravna pitanja ili je spor nastao u povodu tumačenja ugovora koje ne zahteva svedočenje. Poslednje rečeno, naravno, ne isključuje mogućnost pojave pravnog eksperta kao veštaka za neko pravno pitanje, posebno ako stranke svoj zahtev baziraju na nekom stranom pravu pa predlažu da njihovu pravnu konstrukciju potkrepi stručno lice koje nema nikave veze sa slučajem ili traže da takvo lice svedoči o sadržini merodavnog stranog prava koje se dokazuje ili sadržini trgovinskih običaja.⁵⁸

S obzirom na vremensku i novčanu zahtevnost ročišta za izvođenje dokaza, a u skladu sa načelom racionalizacije, idealno bi bilo minimalizovati njihov broj⁵⁹, dužinu trajanja kao i broj na njima prisutnih lica te dobro izabrati lokaciju koja će, uz najmanju cenu koštanja, garantovati dobre tehničke uslove rada.

S aspekta lokacije, pravilo je da se ročišta održavaju u sedištu arbitraže mada ne postoji pravna obaveza da bude tako. To je, dakle, stvar dogovora svih aktera. Nažalost, sedište arbitraža pa i onih u okviru ICC sistema se, na bazi sporazuma stranaka, najčešće vezuje za neki od poznatih arbitraž-

⁵⁷ Iz člana 25., stav 6. ICC 2012 Rules.

⁵⁸ V. Poznić, *op. cit.* u fn. 6, str. 646; v. i Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.* u fn. 22, str. 49 - 50; isto i Dika, *op. cit.* u fn. 17, str. 504 sa pozivanjem na čl. 13. hrvatskog ZRSZ.

⁵⁹ Iskustvo autora ovih redova je da ICC tribunali poštuju zahtev za racionalizaciju procedure te da se broj ročišta za izvođenje dokaza svodi na jedno koje traje po nekoliko dana. Samo u jednom slučaju iz našega iskustva organizovana su četiri *evidentiary hearings* što je bilo pravdano složnošću slučaja. Stranke su najčešće te koje vrše pritisak i zahtevaju dodatna ročišta.

nih centara (Pariz, Ženeva, Ciri, Beč, London), novčano zahtevnih u svakom pogledu. S druge strane, opredeljenje za neko od takvih centara brani se komunikacijskim prednostima (dostupnost), organizaciono-tehničkim uslovima i podrškom koja se na drugim mestima teško dobija ili je slabijeg kvaliteta. Osim rečenog treba imati na umu da su i sedišta velikih advokatskih kuća pa i domovi najvećeg broja arbitara skoncentrisani upravo u tim gradovima, što donekle snižava troškove postupka (put i smeštaj ovih lica), a što je dodatna olakšavajuća okolnost.

Kao dalja potencijalna opasnost za efikasnost arbitriranja, ovoga sa aspekta vremena i posledično novca, sve češće pominje model, tehnika organizovanja procedure saslušanja svedoka i veštaka. Ukoliko ta tehnika tendira anglosaksonskom rešenju (postupak orijentisan prema strankama, što znači da je on u rukama stranaka, odnosno njihovih zastupnika koji njime upravljaju te sprovode i unakrsno ispitivanje svedoka i veštaka⁶⁰, dok tribunal samo zadržava pravo da na kraju postavlja pitanja), ona je, po definiciji, vremenski pa i ekonomski manje racionalna, ali je stranke preferiraju jer omogućava iscrpnije ispitivanje svedoka i bolju kontrolu postupka od strane stranaka. Isto važi za "razgovore sa svedocima" koji u organizacionom smislu takođe mogu biti u nadležnosti zastupnika stranaka.

Kontinentalni postupak je orijentisan prema tribunalu koji njime rukovodi i poziva stranke da postavljaju pitanja, ali bez mogućnosti vršenja tzv. *direct* i *cross examination*, tj. unakrsnog ispitivanja svedoka druge stranke. On je za tribunal zahtevniji jer traži ozbiljniju pripremu članova tribunala, ali je i vremenski i novčano *jeftiniji*. Strankama je manje prihvatljiv zbog gubitka kontrole nad sprovođenjem procedure i manje detaljnog ispitivanja. *Mutatis mutandis* to važi i za "razgovore sa svedocima".

Ukoliko je vremenska i novčana ušteda u postupku ideal kome se teži, a jeste, tada je ozbiljna priprema ročišta za izvođenje dokaza njegov *condicio sine qua non*. Ona bi imala obuhvatiti iznalaženje odgovora na neka pitanja do kojih bi, zbog specifičnosti arbitražnog postupka, tribunal morao doći kroz dogovor sa strankama. U nastavku navodimo neka od njih, prvo povodom svedoka o činjenicama. Na bazično pitanje da li je u konkretnom sporu pojava svedoka uopšte potrebna odgovor se ima potražiti u prirodi spora. Ukoliko su sporna dominantno pravna pitanja svedoci neće biti neophodni. Ukoliko je van sum-

⁶⁰ Tzv. *Direct Examination and Cross Examination*. Samo u 13% slučajeva pred arbitražama svedoke ispituju članovi tribunala, a u 87% slučajeva primarno ih ispituju zastupnici stranaka. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 25.

nje da je njihovo prisustvo neophodno, pitanje je u kom broju. Smanjivanje ovoga broja zahteva od stranaka i tribunala identifikaciju ključnih činjeničnih pitanja za koja je svedočenje neophodno ili, s druge strane posmatrano, identifikaciju onih pitanja koja nisu činjenično kontroverzna.⁶¹ Dalje se može pitati da li je za svako od spornih pitanja dovoljan jedan ili po jedan svedok svake stranke ili je svakoj stranci potrebno dati mogućnost imenovanja čak više svedoka. Sledi odluka koja se tiče forme svedočenja: prethode li pismene izjave svedoka njihovom usmenom iskazu datom na ročištu ili je dovoljno samo ovo drugo.⁶² Ukoliko se po prethodnoj tački optira i za pismene izjave svedoka, pitanje je koliko "krugova" ovih izjava treba dopustiti, tj. da li su moguće dopunske izjave u kojima bi se svedoci naknadno izjašnjavali na izjave svedoka druge strane.⁶³ Najzad, pitanje je da li zadovoljava video iskaz svedoka ili video konferencija te koliko su takve tehnike kompatibilne sa *direct* i *cross examination*.⁶⁴

S druge strane, dileme imanentne pojavi eksperta-svedoka (veštaka) su sledeće: važi li polazna pretpostavka o njegovoj nepotrebnosti dok se suprotno ne dokaže?⁶⁵ Ukoliko je potreba za njim dokazano nesporna, pitanje je ko ga/ih imenuje (stranke, stranke i tribunal, samo tribunal⁶⁶) i u kom broju (samo izuzetno trebalo bi dozvoliti pojavu više eksperata za jednu oblast ekspertize).⁶⁷ Sledi složeni problem preciznog određivanja mandata ovoga veštaka (njegovog *Terms of Reference*), obima njegovog iskaza, vremena podnošenja (ukoliko je više ekspertiza - podnose li se one simultano ili sukcesivno) te utvrđivanja prava veštaka da se izjasni na kasnije podneto mišljenje svoga kolege.⁶⁸ Dalje bi se

⁶¹ V. tačku 63. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶² Samo u 13% slučajeva pred arbitražama stranke se zadovoljavaju usmenim svedočenjem svedoka na ročištu, a u 87% slučajeva kombinuje se pismeni iskaz svedoka sa usmenim svedočenjem. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 24.

⁶³ V. tačku 64. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶⁴ Zastupnici tužene strane u velikoj većini (90%) podržavaju unakrsno ispitivanje svedoka u arbitražnom postupku smatrajući ga povoljnom formom provere autentičnosti iskaza. V. *op. cit.* u fn. 56, str. 26.

⁶⁵ V. tačku 65. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶⁶ U 90% slučajeva veštake imenuju stranke, a samo u 10% slučajeva oni su imenovani od strane tribunala. V. u *op. cit.* u fn. 56, str. 29.

⁶⁷ V. tačku 68. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁶⁸ V. tačku 69. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

moralo razrešiti pitanje eventualnog sazivanja "sastanka eksperata" (na kome bi oni mogli unapred identifikovati pitanja o kojima među njima nema spora te se adresovati samo u pogledu preostalih spornih⁶⁹) kao i pitanje formata tog sastanka (da li bi na njemu bile prisutne i stranke, tj. njihovi zastupnici). Najzad, bar načelno tribunal bi se mogao dogovoriti sa strankama da jedan ekspert imenovan sa njegove strane ili imenovan od strane stranaka zajednički supstituiše sve druge eksperte imenovane od strane stranaka.

Rečeno predstavlja samo jedan broj pitanja sa kojima se suočava tribunal prilikom organizacije ročišta za prikupljanje dokaza, a o kojima bi imao diskutovati sa strankama i iznaći odgovore. Pažljiviji inventar otkrio bi i druga. To, s jedne strane, dokazuje tezu o složenosti posla organizovanja rasprave pred arbitražom i, sa druge strane, donekle opravdava visoku cenu i dužinu trajanja pravozaštitnog postupka. Misija rešenja sadržanih u ICC 2012 Rules, kao što znamo, trebalo bi da bude racionalizacija utrošaka novaca i smanjenje dužine trajanja postupka. Pitanje je da li je ova misija moguća.

4. PRO ET CONTRA

Pisac ovih redova pretpostavlja da će prva i dominantna impresija čitalaca biti vezana za pojavu velikog broja konferencija, sastanaka, oficijelnih informacija, tehnika, rasporeda i sličnih kategorija koje izvire iz redova koji prethode, a vezuju se za pripremu i sprovođenje dokaznog postupka.⁷⁰ Zasuti njima optimisti bi mogli zaključiti sledeće: ceo set pomenutih tehnika (koje, po mišljenju stratega ICC i kreatora njenih akata, treba da dovedu do racionalizacije utroška vremena i novca) kao i sve brojnije konferencije, sastanci i rasporedi koje tribunal može (ili mora) sazivati ili sačiniti (radi konsultacija sa strankama u postupku pripreme i rukovođenja raspravom) zapravo nisu ništa drugo do dokaz ozbiljnosti uverenja ljudi iz (i oko) ICC o značaju dobre pripreme za efikasniji tok dokaznog postupka. To je istovremeno i pokazatelj postepenog okretanja same institucije pripremnim radnjama kao preduslovu kvalitetne zaštite. Njima ICC samo potvrđuje staro pravilo prisutno i u drugim profesijama i dokazuje sličnost koja postoji između postupka *proizvodnje pravde* i drugih *proizvodnih postupaka* u kojima su pripreme radnje takođe krucijalne za kvalitet

⁶⁹ V. tačku 70. u *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Report from the ICC Commission on Arbitration.

⁷⁰ Tako *Case Management Conference, Case Management Techniques, Pre-Hearing Conference, Terms of Reference, Procedural Timetable, Provisional Timetable, Meetings of Experts, Witness Conferencing, Time Frame, Witness Management Techniques*.

finalnog proizvoda. I dalje će, možda, tvrditi da je prirodno očekivati da će se tribunal, u dogovoru sa strankama, opredeliti za one od tehnika ponuđenih u Dodatku IV ICC 2012 Rules koje odgovaraju zahtevima konkretnog slučaja. Time se vrši individualizacija svakog pojedinog spora, što je dodatni kvalitet odlučivanja.

Dobro obavešteni optimisti mogu primetiti da je istu ideju individualizacije spora ekonomskim rečnikom već ranije obrazložio Rivkin: vreme je, po njemu, da se sa iskustvenog budžetiranja (u kome je prošlogodišnji budžet osnov za naredni koji se potom gradi prostom revizijom) pređe na budžetiranje zasnovano na nuli (*zero-based budgeting*) u kome je osnov budžeta, njegovo polazište - nula - koja se potom nadograđuje planiranim troškovima neophodnim u godini koja sledi. To ne predstavlja okretanje leđa iskustvu, ali jeste razlaz sa rutinom.⁷¹ Kako je rutina najkraći put ka bezličnosti, onda se okretanje od nje logično okončava individualizacijom: svaki konkretan spor dobija svoje ime i prezime, a sva dokazna sredstva i postupak utvrđivanja činjenica oblikuje se prema njemu. Ovo, krojačkim rečnikom, *uzimanje mere* za posledicu bi imalo promenu vokabulara delatnika: izreka majstora "Tri sam puta skraćivao i opet je kratko." izašla bi iz upotrebe. Ponovo dobitak na kvalitetu.

Najzad oni mogu uočiti da pravilan odabir gornjih tehnika iziskuje prethodno upoznavanje tribunala sa slučajem i njegovim specifičnostima čime se, eventualno, dodatno radno opterećuje samo tribunal koji mora dobro proučiti slučaj već u njegovoj pripremnoj fazi, dok stranke ionako već znaju činjenice svoga slučaja. Sve se to, proizlazi, čini u interesu stranaka, što može samo doprineti reputaciji ICC sistema arbitriranja trgovačkih sporova.

Nažalost, ima i pesimista. Oni mogu primetiti da je teško zamislivo da povećanje broja administrativnih i pripremnih radnji, koje uglavnom pogađaju tribunal, može voditi ka uštedi novca i vremena. To povećanje, eventualno, može uticati na kvalitet pravne usluge, ali kvalitetu nije masovno ni prigovara-no dok efikasnosti i ceni jeste.

Kao dokaz tome, oni bi mogli ukazati na sve češću praksu u ICC arbitražama, praksu imenovanja administrativnog sekretara koji pomaže strankama i tribunalu u organizaciono-tehničkim i nekim pravnim pitanjima.⁷² Iako bi, bar

⁷¹ Rivkin, *op. cit.* u fn. 1, str. 377.

⁷² Funkcije administrativnog sekretara su: otpremanje dokumenata i komunikacija u ime arbitražnog tribunala; organizovanje i održavanje datoteka tribunala i svrstavanje dokumentacije; organizovanje rasprava i sastanaka; prisustvo raspravama, sastancima i donošenju odluka; vođenje zabeleški, zapisnika ili vođenje računa o

što se *cene pravde* tiče, kontraargument optimista mogao biti da sve naknade administrativnom sekretaru padaju na teret budžeta tribunala, što znači da se isplaćuju iz mase sredstava namenjenih arbitrima te tako ne utiču na povećavaju ukupne cene arbitraže, ostaje pitanje formiranja budžeta tribunala. Dodatno uključivanje administrativnog sekretara kao njegovog direktnog korisnika će 1) ili uticati na smanjenje naknada arbitrima i predsedniku tribunala ili 2) će se budžet ubuduće formirati prema većem broju korisnika, što ne može voditi novčanoj racionalizaciji. Dalje bi oni mogli primetiti da, bez obzira na cenu koštanja pravde, vreme njenog ostvarivanja biva ugroženo povećanjem administrativno-organizacionih radnji tribunala. Konsekventno proizlazi dilema: šta je skuplje – vreme ili novac.

Najzad i oni bi, po uzoru na optimiste, zbog zahteva za individualizacijom spora legitimno mogli posegnuti za *krojačkom* paralelom: procedura izrade konfekcijskog odela obuhvata manje radnji nego izrada istog kod krojača. Ako ništa drugo, krojač u pripremi svog odela, zarad njegove individualizacije, mora uzeti meru klijentu i organizovati mu probu. Time pesimisti postepeno klize ka pitanju: u kojoj ja to radnji mogu kupiti naručeno, ručno izrađeno odelo koje je jeftinije od konfekcijskog?

5. ZAKLJUČNI RAČUN

Lično smo ekvidistantni od pola, optimističnog i pesimističnog, a veoma bliski oboma te time nesporno nepristrasni. Kada bi neko od nas zahtevao da u engleskom maniru proglašenja pobednika okončamo spor između ovih ekstrema po pitanju efikasnosti rešenja sadržanih u ICC 2012 Rules, a pošto znamo da *odluka* koja se od nas zahteva neće nikada i nigde proizvoditi ni kondemnatorno ni deklaratorno dejstvo, verovatno bi naše svođenje argumenata *pro et contra* dovelo do sledećeg.

Veća individualizacija sporova, kao posledica uvođenja novih ICC 2012 Rules, koja se ostvaruje (i) kroz povećanje broja pripremnih radnji tribunala aktivira zdravu logiku koja me okreće pesimističkom stavu.⁷³ Ovo, naravno, ne znači da smo protivnik temeljne pripreme i individualističkog pristupa svakom

vremenu; sprovođenje pravnih ili sličnih istraživanja; recenziranje i provera navoda, datuma i referenci u proceduralnim naredbama i odlukama kao i ispravljanje tipografskih, gramatičkih ili računskih grešaka.

⁷³ Ima i *optimističnijih* zaključaka. Tako Calvo Goller smatra da je novim ICC setom pravila utrt put ekspeditivnoj arbitraži (i) zbog ekstenzivnosti informacija koje se podnose u inicijalnoj fazi postupka. V. u Calvo Goller, *op. cit.* u fn. 40, str. 323.

slučaju. Dapače. Ali to znači da sumnjamo da oni mogu dovesti do sniženja cene usluga, a još manje do uštede vremena.

Što se cene usluge tiče, opšte je mesto da se ona formira u interakciji ponude i tražnje. Statistički podaci ICC govore o stabilnosti, pa čak i o trendu povećanja tražnje, tj. o povećanom broju zahteva za arbitražama koji se pojavljuju pred ovim telom. Ako su imputi formiranja cene koštanja isti (a za potrebe ovog izlaganja optimistički uzмимо da se ni inflacija u sferi ICC pravne zaštite ne pojavljuje), ali se, zbog promena u tehnologiji odlučivanja, broj radnji potrebnih za donošenje svake pojedine odluke povećava, uz stabilnu tražnju uspeh redaktora ICC pravila bio bi ukoliko se zadrži postojeći nivo cena. Sve drugo je iracionalno i nama neprirodno. Zamislivo je, s druge strane, da se cena neke robe tokom vremena snižava kao posledica ili a) njenog izlaska iz trenda ili b) tehnološke prevaziđenosti ili c) isticanja roka upotrebe. Na ICC arbitražne odluke, nažalost, ni jedan od ova tri uzoka pada cene nije primenljiv.

Što se utroška vremena tiče, prednost koju arbitraže imaju u odnosu na državne sudove već je tolika da dovodi u pitanje samu regularnost njihovog *takmičenja*. Naime, ono što *prodaje* ICC proizvode su činjenice a) da su odluke ove institucije jednostepene, dakle konačne čim su donete, što im na startu daje prednost u odnosu na višestepenu sudsku zaštitu, b) da same odluke sopstvenim kvalitetom i reputacijom, kao njegovom posledicom, obeshrabruju upotrebu onih malobrojnih pravnih sredstava kojima se aktivira njihova eksterna kontrola (tužbe za poništaj, eventualno protivljenje priznanju), c) da se ista ta kontrola, i kada je aktivirana, ograničava uglavnom na proceduralne aspekte odluka, ne zadirući u kvalitet pravnih kvalifikacija i sumsumpcija, što skraćuje vreme potrebno za njeno sprovođenje i d) da im postojanje Njujorške konvencije garantuje efikasni izvršni postupak.

Ovim nećemo reći da su pokušaji redukcije cene i povećavanja ekspeditivnosti arbitraža licemerni, ali ćemo dobronamerno ponovo ukazati na neuralgične tačke pravnog odlučivanja: na pravilno utvrđenje činjeničnog stanja i korektnu kvalifikaciju. Ukoliko navedeno nije sporno, onda je poslednje mesto na kome uštede treba tražiti - ročište za utvrđivanje činjenica. Ono, zajedno sa kvalitetom i nepristrasnošću arbitara na kojima je da sumpsumiraju, garantuje kvalitet odluka i doprinosi daljoj izgradnji reputacije ustanove za koju se odluke vezuju. Kako je izbor arbitara, po pravilu, na strankama, onda je na arbitražama (pa i ICC sistemu) da učine sve kako bi se činjenice dobro utvrdile, pa i uprkos ceni i trajanju dokaznog postupka. Nećemo ništa veliko reći ako ustvrdimo da ništa ne košta više od loše odluke.

Summary

Gašo Knežević *

**EFFICIENCY OF ARBITRATION PROCEEDINGS VERSUS
RULES ON WITNESSES AND EXPERTS –
IS THERE ANY SPACE FOR RATIONALIZATION?**

The necessity of increasing the speed of judicial and para-judicial proceedings and reducing their costs appears as a major concern of all arbitral institutions and represents a priority issue in their agendas. The same is true in the realm of “public” justice and the means for protection of rights before State courts.

Given that ICC arbitration is one of the biggest and the most renowned arbitral institutions in the world, and that it is committed to rendering its proceedings more efficient and less costly, in this paper the author tried to analyze its measures aimed at improving time management and reducing costs of the proceedings introduced in the new 2012 ICC Arbitration Rules. These measures include, inter alia, evidentiary hearings at which both witnesses and experts appear and help establishing the facts of the case and sometimes even the content of the applicable law. Due to their role, witnesses and experts are indispensable actors in the process of making the arbitral decision, so it is necessary to explore the options for rendering their participation more efficient.

Firstly, it is legitimate to assume that a speedier evidence-gathering procedure might have repercussions on the quality of the arbitral awards (good justice, like wine, takes time). In that respect, some commentaries have already opened a sensitive issue of the relationship between the quality and efficiency of legal protection. The author seeks to establish whether the evidentiary procedure, as the most time- and money-consuming stage of the proceedings, may be subject to rationalization while keeping the satisfying level of quality of the awards.

Secondly, the new 2012 ICC Arbitration Rules clearly seek to promote the individualization of disputes by, among other methods, increasing the amount and the scope of preparatory activities of the tribunal (various Case Management Conferences, Case Management Techniques, Pre-Hearing Conferences). This leads to a conclusion that the creators of the ICC 2012 Rules consider that a more thorough preparation of the proceedings and their individualization in the preparatory stage, before evidentiary hearings, will result in hearings that are more efficient. Therefore, a question arises: is the desired result achievable?

* Gašo Knežević, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Beograd, Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade (Serbia).

Despite being an avid supporter of the individualization of disputes, the author provides a skeptical answer to this question. As far as the costs of arbitration services are concerned: if the inputs of pricing are the same and if the demand remains stable, but the number of operations that need to be performed in order to reach a decision increases due to the changes in the technology of decision-making process, there is no place for reduction of costs.

As far as the time-aspect is concerned: the advantage that arbitration has over ordinary courts is already so big that it puts the fairness of their “competition” into question. Namely, what “sells” ICC dispute resolution products is the fact that the awards of this institution are not subject to a second-degree review by any institution and that the New York Convention guarantees their efficient enforcement.

If these observations are correct, then the evidentiary hearing appears not to be the appropriate aspect of the proceedings where possible reduction of costs may be sought. Along with the quality and the impartiality of arbitrators, this guarantees the quality of the awards and contributes to further promotion of the reputation of the institution in the name of which the awards are rendered. As it is usually upon the parties to choose the arbitrators, the arbitral institutions (including the ICC system) should do all they can to allow that all facts are properly established, whatever the costs and the duration of the evidentiary hearing may be.

Keywords: efficiency of decision-making process, witness, experts, individualization of the proceedings, case management techniques.