

Ljubiša Vulić*

PRIHVATANJE PISMENIH SVEDOČENJA U
ARBITRAŽNOM POSTUPKU U SLUČAJU
IZOSTANKA SVEDOKA SA ROČIŠTA:
PROŠLOST ILI BUDUĆNOST?***

Na osnovu dostupne arbitražne prakse, jasno se može uočiti da su se arbitražni tribunali neretko opredeljivali da, umesto usmenog svedočenja, prihvate i uvrste u dokaze pismene izjave svedoka. Štaviše, to je činjeno bez njihovog ličnog pojavljivanja na zakazanom ročištu da sadržinu istih potvrde i budu predmet ispitivanja. Shvativši značaj ove mogućnosti, koja doprinosi efikasnosti arbitražnog postupka, vodeće arbitražne institucije su takvu opciju počele da predviđaju i uključuju u svoja institucionalna pravila. Međutim, ovakvo postupanje arbitražnih tribunala bi potencijalno moglo da ugrozi integritet arbitražnog postupka i jednakost stranaka, posebno imajući u vidu značaj koji se pridaje unakrsnom ispitivanju svedoka u pojedinim pravnim sistemima. Osim toga, pitanje pod kojim okolnostima bi bilo opravdano prihvatanje pismenog svedočenja se dodatno komplikuje usled globalne krize izazvane korona virusom, te je neophodno načiniti izbor: prihvatanje svih pismenih svedočenja ili pronalaženje alternative za fizičko prisustvo svedoka.

Ključne reči: *Arbitraža. – Arbitražni postupak. – Dokaz. – Svedočenje. – Iskaz.*

* Autor je advokatski pripravnik u advokatskoj kancelariji Nalić i student master studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, ljubisamvulic@gmail.com (Republika Srbija)

** Rad je pisan radi učešća na konkursu „Gašo Knežević“ za najbolje radove studenata osnovnih i master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova (arbitraža i medijacija), školske 2020/21 godine.

1. UVOD

Jedna od glavnih karakteristika arbitraže i arbitražnog postupka je znatno veća mogućnost prilagođavanja osobenostima pojedinih slučajeva nego što je to slučaj sa klasičnim sudskim rešavanjem sporova.¹ Upravo je to jedan od razloga koji arbitražu čini privlačnom kada je u pitanju rešavanje međunarodnih sporova. Naime, stranke u ovakvim sporovima uglavnom potiču iz različitih pravnih tradicija i sistema, stoga je logična posledica da one nužno imaju različita očekivanja i shvatanja o tome kako i na koji način rešiti određeni spor.² Različite percepcije stranaka dolaze do izražaja povodom izvođenja dokaza,³ a pod koje se nesumnjivo može svrstati i upotreba pismenih svedočenja. Ovaj rad ide korak dalje te nastoji da pruži odgovor na pitanje da li se mogu prihvatiti pismena svedočenja bez pojavljivanja svedoka na ročištu u arbitražnom postupku. Radi sveobuhvatnog sagledavanja problema, neophodno je imati na umu da prihvatanje pismenih svedočenja podrazumeva da arbitražni tribunali odustaju od usmenog saslušanja svedoka koji na taj način daju svoje iskaze. To praktično znači da bi se u uobičajenim okolnostima na ročištu odmah prešlo na ispitivanje svedoka koji je dostavio svoju izjavu,⁴ ali isključivo pod uslovom da jedna strana to zahteva.⁵ Međutim, u slučaju nedolaska svedoka na ročište ni to nije moguće, pa zato sledi pitanje šta činiti sa ranije dostavljenim svedočenjem. Na to nije lako odgovoriti, ali pre davanja konačnog suda potrebno je uzeti u obzir pomenuta različita shvatanja i osobenosti pravnih tradicija koja se tiču izvođenja dokaza. Naime, u *common law* jurisdikcijama unakrsno ispitivanje se često smatra nezamenjivim instrumentom za utvrđivanje istine.⁶ Pojedinci idu toliko daleko da

1 Tibor Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017¹⁶, 573.

2 Pravila Međunarodnog udruženja advokata su upravo nastala kao odraz tendencija da se postojeće razlike u pravnim običajima i shvatanju, a koje su evidentne među pravnicima koji se bave rešavanjem međunarodnih sporova, prevaziđu na taj način što će se stvoriti set pravila za izvođenje i pribavljanje dokaza tokom arbitražnih sporova.

3 Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža sa odabranim priložima*, Službeni Glasnik, Beograd 2003¹, 231.

4 *Ibid.*, 232.

5 Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009², 120.

6 Garry Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2014², 2283–2284; Margaret Moses, *The Principles and Practice of*

unakrsno ispitivanje smatraju najznačajnim instrumentom koji je ikada izmišljen za otkrivanje istine.⁷ Insistiranje na ideji da je unakrsno ispitivanje nepogrešiv način za otkrivanje istine i promovisanje te ideje doprinelo je tome da, i pored toga što pojedine *civil law* jurisdikcije ne favorizuju unakrsno ispitivanje, ono je danas postalo uobičajeno za arbitražne postupke.⁸ Imajući u vidu da iz prihvatanja pismenih svedočenja bez pojavljivanja svedoka na ročištu proizlazi da nikakvog ispitivanja svedoka na ročištu neće biti, arbitražni tribunali ne bi smeli olako da pismeno svedočenje svedoka koji se nije pojavio na ročištu uvrste u dokaze, već da u svakom konkretnom slučaju donesu posebno zasnovanu odluku. Stoga, cilj ovog rada će biti određivanje u kojim slučajevima je donošenje takve odluke opravdano imajući u vidu procesna pravila. Međutim, kako nijedna procesna odredba nije mogla predvideti dešavanja u 2020. godini odgovor na postavljeno pitanje nije dovoljan, već je potrebno, u svetlu trenutne krize izazvane korona virusom, razrešiti i dilemu: da li se u potpunosti prikloniti vođenju postupka putem pismenih svedočenja ili vršiti ispitivanja svedoka uživo, bilo u fizičkom prisustvu ili putem modernih telekomunikacionih sistema.

2. PRAVNI OKVIR I PREDUSLOVI ZA PRIHVATANJE PISMENIH SVEDOČENJA BEZ POJAVLJIVANJA SVEDOKA NA ROČIŠTU

Imajući u vidu da je prihvatanje pismenih svedočenja bez pojavljivanja svedoka na ročištu procesnopravno pitanje izvođenja dokaza tokom arbitražnog postupka, a ne materijalnog rešenja spora, neophodno je definisati relevantni pravni okvir za ovakvo postupanje arbitražnih tribunala. S tim u vezi, Konvencija o priznanju i izvršenju

International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, New York 2008, 172.

- 7 Roman Mikhailovich Khodykin, Carroll Mulcahy, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2019, 254–255; *U.S. v. Salerno*, 505 U.S. 317, 328 (U.S. S.Ct. 1992) Stevens, J., oprečno mišljenje.
- 8 Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2012, 916–917; Nigel Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015⁶, 404.

inostranih arbitražnih odluka⁹ u čl. 5, st. 1, tačka d predviđa da će priznanje i izvršenje odluke biti odbijeno ukoliko obrazovanje arbitražnog suda ili arbitražni postupak nije bio u skladu sa dogovorom strana, ili, u slučaju da dogovora strana nema, da nije u saglasnosti sa zakonom zemlje u kojoj je sedište arbitraže. Iz čl. 5, st. 1, tač. d Njujorške konvencije nedvosmisleno se može zaključiti da relevantni pravni okvir za arbitražni postupak čini kako zakon zemlje u kojoj je sedište arbitraže (*lex arbitri*), tako i dogovor stranaka koji se tiče arbitražnog postupka¹⁰. Dogovor stranaka će se najčešće ogledati u odabiru pravilnika neke arbitražne institucije¹¹ ili u ugovaranju nekog drugog skupa pravila, poput IBA pravila.¹² Važno je napomenuti da jedno ne isključuje drugo, već da su stranke slobodne da dogovaraju procesna pravila arbitražnog postupka u okviru obavezujućih pravila *lex arbitri*.¹³ Drugim rečima „kogentne norme *lex arbitri* ostaju kao konačni ‘ram’ u kome se postupak odvija“.¹⁴ Iz ovog razloga, kao relevantni pravni okvir za pronalaženje odgovora na postavljena pitanja biće predstavljen *lex arbitri*, tj. zakon države sedišta arbitraže, pravilnici arbitražnih institucija, dok

9 Konvencija o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka – Njujorška konvencija, 10. jun 1958, Zakon o ratifikaciji Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovor*, br. 11/81.

10 Christian Borris, Rudolf Hennecke, „Excess of Competence or Jurisdiction, Article V(1)(c)“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary* (ed. Reinmar Wolff) Verlag C.H. Beck oHG, Munchen 2012, 330.

11 Važno je napomenuti da stranke ne moraju nužno da se opredele za pravilnike neke arbitražne institucije ili neki drugi set pravila već mogu da samostalno kreiraju pravila postupka, naravno u okviru kogentnih normi *lex arbitri*. Međutim, stav autora je da je za odgovor na konkretnu temu rada to manje značajno, posebno ako se uzme u obzir da je, prema Kneževiću i Paviću, u poslednje vreme prisutan trend institucionalizacije *ad hoc* arbitraža tako što je Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (u daljem tekstu: UNCITRAL) stvorila Arbitražna pravila koja su prilagođena *ad hoc* arbitražama. Vid. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 23–24.

12 Pravila međunarodnog udruženja advokata (IBA) o izvođenju dokaza (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) – IBA Pravila, usvojena odlukom Saveta IBA 29. maja 2010. godine.

13 G. Born, *op. cit.* fn. 6, 2132; G. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, Netherlands 2001², 434; New South Wales Supreme Court, *Cargill Int’l SA v. Peabody Australia Mining Ltd*, [2010] NSWSC 887, 12th August 2010, 84.

14 G. Knežević, V. Pavić *op. cit.*, 108.

će se posebna pažnja posvetiti IBA pravilima (2.1). Značaj relevantnog pravnog okvira ogleda se u tome da su njime određena ovlašćenja arbitara i sam tok arbitražnog postupka, ali i odgovor na pitanje kada su preduslovi za prihvatanje pismenih svedočenja bez pojavljivanja svedoka na ročištu ispunjeni (2.2), što će za ovaj rad biti od presudnog značaja. Tek nakon toga je moguće opredeliti se da li će upotreba pismenih svedočenja bez pojavljivanja na ročištu predstavljati prošlost ili budućnost (2.3).

2.1. Pravni okvir

U okviru ovog poglavlja ispitaće se relevantni pravni okvir za davanja odgovora na pitanje kako bi arbitražni tribunal trebalo da postupi u situaciji kada mu je dostavljeno pismeno svedočenje bez pojavljivanja svedoka na zakazanom ročištu, koji čini *lex arbitri*, tj. zakon države sedišta arbitraže (2.1.1), pravilnici arbitražnih institucija (2.1.2), druga kodifikovana pravila – IBA pravila (2.1.3).

2.1.1. *Lex arbitri*

Prema Komisiji UN za međunarodno trgovinsko pravo,¹⁵ UNCITRAL Model zakon o trgovinskoj arbitraži¹⁶ je prihvaćen u 83 zemlje i ukupno 116 jurisdikcija. Imajući u vidu da ovaj rad nema za predmet analizu konkretnog arbitražnog postupka, te da pred sobom nema jasno određeni arbitražni sporazum kojim je izričito predviđeno mesto sedišta arbitraže, u okviru analize ovlašćenja i mogućnosti koje predviđa *lex arbitri* biće obrađen UNCITRAL Model zakon zbog svoje široke prihvaćenosti (2.1.1.1). Dodatno, i pored činjenice da je Zakon o arbitraži (ZA)¹⁷ zasnovan na UNCITRAL Model zakonu, u nastavku će biti proučene i njegove odredbe zbog njegovog značaja za nas (2.1.1.2).

15 United Nations Commission on International Trade Law, *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006*, https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status, 16. septembar 2020.

16 UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, sa amandmanima usvojenim 2006. godine – UNCITRAL Model zakon.

17 Zakon o arbitraži – ZA, *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006.

2.1.1.1. UNCITRAL Model zakon

UNCITRAL Model zakon sadrži 36 članova koji su podeljeni u osam odeljaka, a za analizu je najznačajniji peti odeljak „Vođenje arbitražnog postupka“. Prvim članom tog odeljaka, članom 18, predviđeno je da će stranke biti tretirane jednako i da će svakoj stranci biti omogućeno da u potpunosti iznese svoje stavove. U nastavku, u čl. 19, st. 1 UNCITRAL Model zakona propisano je da su stranke, u skladu sa drugim odredbama, slobodne da uspostave dogovor o pravilima postupka koje će arbitražni tribunal pratiti tokom postupka. Dodatno, isti član u st. 2 ovlašćuje arbitražni tribunal da u nedostatku takvog dogovora, vodi postupak na način koji smatra celishodnim, a ovlašćenje povereno tribunalu uključuju ovlašćenje da odlučuje o dopuštenosti, značaju i dokaznoj snazi svakog dokaza. Imajući u vidu kako je UNCITRAL Model zakon nastao, treba zastati sa analizom i napomenuti da su u prvobitnim predlozima ovog zakona pomenute odredbe člana 18 i 19 činile jedan član.¹⁸ Upravo zbog značaja i namere tvorca zakona da istaknu važnost principa jednakosti strana, kao i nameru da se ovaj princip protegne na ceo arbitražni postupak, odredba člana 18 je izdvojena na način kako danas glasi u samom tekstu zakona.¹⁹ Stoga, o kakvoj god odluci arbitražnog tribunala u toku postupka se radilo (o bilo kom spornom pitanju, pa i onom koje se tiče prihvatanja dokaza), jednakost stranaka se ne sme smetnuti s uma.

Dalje, odredbom čl. 24, st. 1 tribunal je ovlašćen da odluči da li će se održati usmena rasprava ili će postupak biti vođen samo pismenim putem, ali samo u slučaju nedostatka izričitog sporazuma stranaka. Ukoliko jedna strana zahteva da se ista održi, a nema suprotnog sporazuma stranaka, arbitražni tribunal će je održati u odgovarajućem stadijumu postupka. Prema Holcmanu (Holtzmann) i Nojhausu (Neuhaus)²⁰ konačan izgled ove odredbe je pretrpeo određene izmene u odnosu na to kako je prvobitno zamišljeno. Naime, ova odredba je stvorena po uzoru na tadašnji čl. 15, st. 2 Arbitražnih pravila UNCITRAL-a²¹ međutim zbog nesigurnosti o budućem tumačenju i

18 Howard M. Holtzmann, Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston 1994, 550.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*, 670–672.

21 UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Art. 15(2): „If either party so requests at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal shall hold hearings for the

primeni, odlučeno je da ona bude izmenjena, te je konačan izgled ove odredbe kreiran da obuhvati sledeće principe: 1) dogovor stranaka da se ne održi ročište vezuje tribunal; 2) ako nema takvog dogovora, svaka strana može zahtevati ročište; 3) ako nema dogovora ili zahteva, arbitražni tribunal može odlučiti da li da održi ročište ili ne.²² Upravo ova odredba može biti od značaja u budućnosti prilikom odlučivanja arbitražnog tribunala o prihvatanju pismenog svedočenja bez pojavljivanja svedoka jer je njome propisano kada će se ročište uopšte i održati u toku postupka.

Pomenuta jednakost stranaka i mogućnost da stranka u potpunosti iznese svoje stavove, kao i dogovori stranaka koji se tiču procesnih pravila su dodatno zaštićeni i članovima 34 i 36 UNCITRAL Model zakona. Pomenuti članovi predviđaju gotovo istovetne odredbe, s tim što se čl. 34 bavi poništajem arbitražnih odluka, dok čl. 36 propisuje razloge zbog kojih se priznanje i izvršenje arbitražne odluke može odbiti. Posebno treba naglasiti razloge predviđene čl. 34, st. 2, tač. a, podtač. ii, čl. 36, st. 1, tač. a, podtač. ii UNCITRAL Model zakona, kao i razloge predviđene čl. 34, st. 2, tač. a, podtač. iv/čl. 36, st. 1, tač. a, podtač. iv UNCITRAL Model zakona. Prvi propisuje da će se priznanje i izvršenje odbiti/odluka poništiti ako strana koja to zahteva dokaže da nije obaveštena o izboru arbitra ili o arbitražnom postupku ili je na drugi način sprečena da iznese svoj slučaj. Drugi predviđa da će se priznanje i izvršenje odbiti/odluka poništiti ako strana koja to zahteva dokaže da arbitražni postupak nije vođen u skladu sa procesnim pravilima o kojima su se stranke dogovorile, ako takav dogovor nije u suprotnosti sa imperativnim odredbama ovog zakona, ili nije vođen u skladu sa ovim zakonom u slučaju da ne postoji dogovor stranaka. Značajno je istaći da prvobitni predlog UNCITRAL Model zakona nije sadržao deo odredbe „ako takav dogovor nije u suprotnosti sa imperativnim odredbama ovog zakona“.²³ To je pokazatelj da bi tribunal kao i stranke u postupku, ukoliko ne žele da ugroze svoju potencijalnu odluku, morali da obrate pažnju da njihov dogovor oko procesnih pravila nije u suprotnosti sa kogentnim odredbama UNCITRAL Model zakona, kako potencijalna odluka ne bi bila poništena/odbijeno priznanje.

presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the arbitral tribunal shall decide whether to hold such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials“.

22 H. Holtzmann, J. Neuhaus, *op. cit.*, 672.

23 H. Holtzmann, J. Neuhaus, *op. cit.*, 916.

Do sada iznete odredbe ovog zakona bi trebalo izdvojiti kao najznačajnije za davanje odgovora na pitanje da li se mogu prihvatiti pismena svedočenja bez ličnog pojavljivanja svedoka na ročištu, posebno imajući u vidu kako su pojedine odredbe nastajale i kakav značaj im je pridavala radna grupa. Naime, ovim odredbama je izričito propisano da tribunal treba da obezbedi jednakost stranaka i mogućnost da u potpunosti iznesu svoj stavove tokom postupka koji se vodi pred njim, kao i da je i tribunal slobodan prilikom ocene dokaza. Iz rečenog jasno proizlazi da tribunal odlučuje da li će i na koji način ceniti određene dokaze. Da li to znači da bi tribunal mogao da, rukovodeći se diskrecionom procenom o načinu ocene dokaza, konačno poremeti jednakost strana ili dogovor stranaka o proceduri? Odgovor je negativan, budući da bi se tada ona strana kojoj je onemogućeno da ispita svedoka na ročištu pozvala na ovu povredu. Štaviše, nezadovoljna strana bi u takvim okolnostima po okončanju postupka pokušala da promeni ishod i izbegne po nju nepovoljnu odluku kroz postupak poništaja ili protivljenja priznanju i izvršenju. Pomenute odredbe UNCITRAL Model zakona joj, dakle, na prikazani način pružaju pravnu zaštitu od nepravilnog i necelishodnog postupanja tribunala.

2.1.1.2. Zakon o arbitraži

Kao što je rečeno na početku poglavlja, Zakon o arbitraži je zasnovan na UNCITRAL Model zakonu.²⁴ Stoga je očekivano da pojedina rešenja budu identična, međutim postoje i određene osobenosti. Kao i UNCITRAL Model zakonom, strankama je data sloboda da slobodno i sporazumno odrede pravila postupka po kojima će arbitražni tribunal postupati ili da upute na određena arbitražna pravila²⁵. Međutim, u nastavku u čl. 33 ZA propisano je da su stranke ravnopravne i da je arbitražni tribunal dužan da im omogući da iznesu svoje stavove i dokaze, kao i da im omogući da se izjasne o radnjama i predlozima protivne stranke. Ovde treba zastati i konstatovati da ZA konkretizuje odredbu UNCITRAL Model zakona i posebno naglašava obavezu arbitražnog tribunala da obezbedi strankama da se izjasne o radnjama i predlozima protivne strane, što može biti od značaja ukoliko sud ne omogući protivnoj strani da ispita svedoka usmeno nakon dostavlje-

24 Vladimir Pavić, Milena Đorđević, „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 2014, 245.

25 Član 32, stav 1 Zakona o arbitraži.

nog pismenog svedočenja, a tribunal takvo svedočenje prihvati. Dalje, poput čl. 24 UNCITRAL Model zakona, odredba čl. 39 ZA predviđa da je tribunal ovlašćen, ukoliko se stranke nisu drugačije dogovorile, da odluči da li će se održati usmena rasprava, kao i da će održati usmenu raspravu ako to jedna od stranaka zahteva i prethodno takav ishod nije isključen dogovorom stranaka. Zakon o arbitraži odredbama čl. 44 konkretizuje osnovne principe i razrađuje ih na taj način što predviđa da se svedoci saslušavaju na raspravi, a da bi samo u slučaju da stranke pristanu, svedoci mogli biti saslušani i van rasprave. Konačno, članovi 58 i 66 ZA propisuju razloge za poništaj, odnosno odbijanje priznanja i izvršenja. Važno je istaći da razlozi nisu identični kao oni predviđeni UNCITRAL Model zakonom, ali da postoji velika sličnost.²⁶

2.1.1.3. Zaključak analize potencijalnog *lex arbitri*

Nakon uvida u potencijalno značajne odredbe *lex arbitri*, jasno proizlazi da UNCITRAL Model zakon, ne propisuje način na koji će se svedočenje izvršiti. Ovo je logično, imajući u vidu činjenicu da je stvoren od strane komisije UN sa težnjom da obuhvati ono što je zajedničko velikom broju zemalja, naravno, sve s ciljem što lakšeg prihvatanja i usvajanja u velikom broju jurisdikcija, što se na kraju i desilo. Jednakost strana, mogućnost da iznesu spor pred tribunal, kao i dogovor stranaka o procesnim odredbama na osnovu kojih se vodi arbitražni postupak su elementi koji bi mogli biti od koristi prilikom odluke tribunala da li da prihvati u dokaze pismeno svedočenje svedoka koji se ne odazove na ročište. Zakon o arbitraži sa druge strane, odlazi korak dalje i, zadržavajući ista načela kao UNCITRAL Model zakon, propisuje u čl. 44 da se svedoci saslušavaju na raspravi, a da bi samo u slučaju da stranke pristanu i da se tome ne protive svedoci mogli biti saslušani i van rasprave. Imajući na umu ovu odredbu, ali i odredbu čl. 45 ZA iz koje se može zaključiti da su autori zakona bili naklonjeni ideji usmene provere pisanih dokaza pred tribunalom, možemo reći da bi upotreba pismenih svedočenja bila poželjna samo ukoliko se takvo svedočenje potvrdi i pred tribunalom, kao i ako se svedok podvrgne nekoj vrsti unakrsnog ispitivanja. Međutim, kako

26 Zbog iznetih osobenosti Zakona o arbitraži naspram UNCITRAL Model zakona, moguće je pronaći argumentaciju za stav da je, sudeći po određenim odredbama, Zakon o arbitraži ipak potencijalno naklonjeniji standardnom vidu svedočenja pred tribunalom, nego što je prema pismenim svedočenjima. Međutim, ni Zakon o arbitraži ne zatvara vrata takvoj mogućosti.

Zakon o arbitraži ostavlja prostora za autonomiju stranaka, ali i da izričito ne zabranjuje upotrebu pismenih svedočenja svedoka bez pojave na ročištu, potrebno je pozabaviti se i drugim normama koje se mogu primeniti u postupku. Reč je pre svega, o normama sadržanim u pravilnicima arbitražnih institucija.

2.1.2. Pravilnici arbitražnih institucija

Za razliku od *lex arbitri*, pravilnici arbitražnih institucija pokušavaju da pruže jedan kompletan set procesnih pravila koja će omogućiti pravilan tok arbitražnog postupka. Imajući u vidu da trenutno postoji veliki broj arbitražnih institucija i da prikazivanje svakog pravilnika prevazilazi potrebe i kapacitete ovog rada, analiza će biti ograničena na najznačajnije.²⁷ Stoga, redom će biti sumarno analizirani pravilnici sledećih institucija: Međunarodne trgovinske komore (*International Chamber of Commerce – ICC*), Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (*UN Commision for International Trade Law – UNCITRAL*), Arbitražne institucije švajcarske komore (*Swiss Chambers' Arbitration Institution – SCAI*), Londonskog suda za međunarodnu arbitražu (*London Court of International Arbitration – LCIA*), Singapurskog međunarodnog arbitražnog centra (*Singapore International Arbitration Centre – SIAC*) i Beogradskog arbitražnog centra.

Pravilnik Međunarodne trgovinske komore²⁸ ne predviđa izričito upotrebu pismenih svedočenja, ali takvu mogućnost daje član 19 (1) koji ovlašćuje stranke u postupku da svojim dogovorom uredi po-

27 Radi preglednosti analize, uključenja analize *lex arbitri*, a posebno zbog osobnosti koje razlikuju investicionu i trgovinsku arbitražu, u nastavku su analizirani pravilnici najznačajnijih međunarodnih trgovinskih arbitražnih institucija. Međutim, zbog značaja koji investiciona arbitraža ima, postoji potreba da se na ovaj način sumarno prikažu i odredbe pravila Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (International Centre for Settlement of Investment Disputes; u daljem tekstu: ICSID). Naime, u pravilu 35 je predviđeno da će svedoci i veštaci biti ispitani od strane stranaka i tribunala. U nastavku, pravilo 36 predviđa da će, i pored prethodno citiranog pravila, arbitražni tribunal imati diskreciono ovlašćenje da, između ostalog, prihvati i pismeno svedočenje. Da li će se arbitri tokom investicione arbitraže oslanjati na takvu odredbu je upitno, ali prema Rid (Reed), Polsonu (Paulsson) i Blakabiju (Blackaby) to će biti retko (Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2011², 142.

28 International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules, in force as from 1 March 2017.

stupak.²⁹ Na taj način, prema Kregu, Parku i Polsonu,³⁰ omogućena je upotreba pismenih svedočenja ako postoji procesni dogovor stranaka oko toga, ili ukoliko to arbitri omoguće u slučaju da se stranke nisu dogovorile. Upravo će takav procesni dogovor stranaka zaštititi samu arbitražu od napada da upotreba pismenih svedočenja nije bila poznata ili da je u suprotnosti sa pravilima koja važe u sedištu arbitraže.³¹ Međutim, ostaje nerešeno pitanje šta činiti u slučaju nepojavljivanja svedoka na ročištu nakon dostavljanja takvog svedočenja.³²

Dalje, Pravilnik komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo (u daljem tekstu: Pravila UNCITRAL-a)³³ predviđa u čl. 27, st. 3 da se svedočenje svedoka može dostaviti u formi pismene izjave koja je potpisana od strane svedoka. U čl. 28 st. 2 Pravila UNCITRAL-a predviđaju da svedoci, uključujući i veštake, mogu biti saslušani pod uslovima i načinom propisanim od strane tribunala, dok da će se usmena rasprava odvijati *in camera* ukoliko se stranke ne dogovore drugačije. Prema Websteru³⁴ pismeno svedočenje podrazumeva da pismeni iskaz svedoka treba da obavesti drugu stranu i tribunal o dokazima svedoka. Međutim, ovde dolazi do razdora između praktičara iz različitih tradicija jer oni iz kontinentalne pravne tradicije očekuju da takav iskaz pokrije sve dokaze svedoka u kom slučaju će usmeno davanje iskaza biti vrlo ograničeno, dok drugi smatraju da takav iskaz treba da sadrži samo ključne tačke o kojima će se detaljno raspravljati na ročištu, te da

29 ICC Rules, Art. 19 (1): „The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration.“

30 Laurence W. Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications, New York 2000³, 434.

31 *Ibid.*

32 L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.* fn. 30, 433. Prema Kregu, Parku i Polsonu i pored činjenice da je upotreba pismenih svedočenja omogućena na ovaj način, arbitražni tribunali Međunarodne trgovinske komore zahtevaju prisustvo svedoka na ročištu, tj. stavljanje svedoka na raspolaganje za unakrsno ispitivanje, kao uslov za prihvatanje ovakvog dokaza.

33 United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL Arbitration Rules, General Assembly Resolution 31/19, with new article 1, paragraph 4 as adopted in 2013.

34 Thomas H. Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration: Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL Based Arbitration Rules*, Thomson Reuters (Legal) Limited 2010, 391.

ni u kom slučaju unakrsno ispitivanje ne bi smelo da bude propušteno.³⁵ Međutim, prema Kroftu, Kiju i Vajnkaumeru,³⁶ Pravila, UNCITRAL-a imajući u vidu način na koji je formulisana citirana odredba čl. 28, st. 2, ali i prava stranke da zahteva saslušanje svedoka iz čl. 17,³⁷ ne zahtevaju izričito da pismeni iskazi moraju biti dostavljeni, niti zahtevaju da svedok koji da takav iskaz mora biti prisutan na ročištu.

Kada je u pitanju Pravilnik Arbitražne institucije švajcarske komore (u daljem tekstu: Švajcarska pravila),³⁸ njime je u čl. 25, st. 3 propisano da se pre usmene rasprave i u vremenskom roku određenom od strane arbitražnog tribunala, izjava svedoka i veštaka može dostaviti u formi pismene izjave koja je potpisana od istih. Ovakva odredba je odraz prilagođavanja ove arbitražne institucije jer uvrštavaju u svoja pravila ono što je, prema Gajsingeru i Dukreu, opšta prakse arbitražnih tribunala, koja ima za cilj pokušaj smanjenja troškova i utrošenog vremena prilikom održavanja ročištva.³⁹ U Švajcarskoj je omogućeno tribunalima da upravo na osnovu pismenog iskaza svedoka, suprotna stranka, kao i arbitražni tribunal, mogu odlučiti da li je uopšte neophodno ispitati svedoka.⁴⁰ Na taj način je prepušteno tribunalima da procene da li je saslušanje svedoka celishodno.⁴¹ Kada je u

35 T. Webster, *op. cit.*, 391.

36 Clyde Croft, Christopher Kee, Jeffrey Waincymer, *A guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, New York 2013, 311.

37 Konkretno, u pitanju su stav 1: „Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute; i stav 3: If at an appropriate stage of the proceedings any party so requests, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the arbitral tribunal shall decide whether to hold such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials.“

38 Swiss chambers’ Arbitration Institution, Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules), June 2012.

39 Elliott Geisinger, Pierre Ducret, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, Netherlands 2013², 95.

40 *Ibid.*, 96.

41 U odluci švajcarskog Federalnog tribunala posl. br. 4P 196/2003 od 7. januara 2004 odlučeno je da okolnosti slučaja ne bi opravdavale poništenje napadnute odluke imajući u vidu da je arbitražni tribunal u odluci jasno razdvojio sve-

pitanju održavanje ročišta, važno je napomenuti da u sledećem stavu Švajcarska pravila predviđaju da će na ročištu usmene rasprave svedoci i veštaci biti ispitani na način koji odredi arbitražni tribunal (čl. 25, st. 4). Međutim, iako usmeno ročište, kao i saslušanje svedoka na usmenom ročištu,⁴² nije nezamenljiv deo arbitraže po Švajcarskim pravilima, uobičajena je praksa da se svedoci i eksperti ispituju od strane tribunala i pravnih zastupnika na ročištu.⁴³

Najdalje odlazi Pravilnik Londonskog suda za međunarodnu arbitražu (u daljem tekstu: LCIA Pravila)⁴⁴ koji u čl. 20, st. 2 predviđa da se svedočenje svedoka može dostaviti u pismenoj formi, bilo kao potpisana izjava ili kao dokument. Ovom odredbom je prepoznata uobičajena praksa arbitražnih tribunala kada su pitanju iskazi svedoka.⁴⁵ Prema Vejdu, Klifordu i Klanšiju⁴⁶ posao tribunala je da uputi stranke u pojedinosti i zahteve koje takvi iskazi treba da ispune, te ako stranke imaju neka pitanja treba da ih upute direktno arbitražnom tribunalu. U st. 4 istog člana stipulisano je da arbitražni tribunal i jedna od stranaka može zahtevati da se svedok pojavi na usmenoj raspravi. U nastavku tog stava, LCIA Pravila propisuju da ukoliko tribunal naredi strani koja je dostavila pismeno svedočenje da obezbedi prisustvo svedoka, a svedok odbije ili ne uspe da bude prisutan na usmenoj raspravi bez dobrog razloga, arbitražni tribunal će uzeti u obzir to prilikom ocene dokaza ili isključiti sve ili deo pismenog svedočenja tog svedoka.⁴⁷ Upravo je ovim nastavkom prepoznata važnost pružanja mogućnosti da se ispita svedočenje svedoka kroz unakrsno ispitivanje.⁴⁸ U ovom

doke pozvane za činjenice, i stručnjake pozvane da se izjasne o tehničkim i pravnim pitanjima. I pored zahteva druge strane da poslednji budu usmeno saslušani, tribunal to nije dozvolio smatrajući da su se detaljno izjasnili u svojim pismenim iskazima. Iz ovakve odluke švajcarskog Federalnog tribunala, jasno se da zaključiti mogućnost tribunala da odbiju usmeno saslušanje svedoka ako smatra nepotrebnim.

42 U skladu sa čl. 25, st. 4 to može biti učinjeno i putem sredstava koji ne podrazumevaju fizičko prisustvo, npr. korišćenjem video konferencije.

43 George von Segesser, Alexander Jolles, Anya George, *Swiss Rules of International Arbitration*, Thomson Reuters, London 2015, 247.

44 London Court of International Arbitration, LCIA Arbitration Rules, effective 1 October 2014 (LCIA).

45 Shai Wade, Philip Clifford, James Clanchy, *A Commentary on the LCIA Arbitration Rules 2014*, Thomson Reuters, London 2015, 226.

46 *Ibid.*

47 Čl. 20, st. 4 LCIA Pravila.

48 *Ibid.*, 227.

stadijumu, važno je napomenuti da se u LCIA Pravilima prvi put u ovoj analizi pojavljuje standard koji bi trebalo primeniti prilikom prihvatanja pismenih svedočenja svedoka koji se ne pojave na ročištu, a to je standard „dobrog razloga“.⁴⁹

Poput LCIA Pravila, i Pravilnik Singapurškog međunarodnog arbitražnog centra (u daljem tekstu: SIAC Pravila) pravi iskorak ka jasnijem definisanju. SIAC Pravila predviđaju u čl. 25, st. 4 da tribunal može odrediti da svedočenja budu prezentovana u pismenoj formi, bilo kao potpisane izjave ili izjave pod zakletvom. U produžetku iste odredbe, SIAC Pravila predviđaju da, ukoliko svedok ne uspe da se pojavi na ročištu za usmeno ispitivanje, tribunal može ceniti takvo pismeno svedočenje po svom nahođenju, da se ne mora obazirati na takvo svedočenje, kao i da može takvo svedočenje isključiti iz dokaza.

Konačno, imajući u vidu da Beogradski arbitražni centar za nas ima izuzetan značaj, potrebno je ispitati i odredbe njegovog pravilnika. Naime, Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra⁵⁰ (u daljem tekstu: Beogradska pravila) propisuje u čl. 28, st. 2 da stranke mogu dostavljaju pismena svedočenja, ukoliko arbitražni tribunal ne odluči drugačije, međutim dalje od toga ova pravila ne idu.

Imajući u vidu nastavak analize pravnog okvira u ovom pododeljku, ako je i bilo sumnje da li su pismena svedočenja dozvoljena više je nema. Međutim, pravilnici ne daju odgovore na sva pitanja, te ostaje neizvesno kako će se tribunali odnositi prema pismenim svedočenjima svedoka koji se ne pojave na raspravi. Da li će tribunali uvek rešavati ovaj problem kroz ocenu dokaza ili će isključivati takva svedočenja iz dokaza? Kao i uvek, odgovor je *zavisi*. Videli smo da najdalje odlaze LCIA Pravila koja predviđaju posledice ukoliko svedok ne pruži dobar razlog izostanka, konkretno da tribunal to može uzeti u obzir prilikom ocene dokaza, kao i da može isključiti iz dokaza pismeno svedočenje,⁵¹ a slično čine i SIAC Pravila, ali samo u slučaju da svedok ne dostavi sudu dobar razlog za svoj izostanak. To gotovo istovetno povlači pitanje šta će se smatrati dobrim razlogom za izostanak. Nažalost, to LCIA Pravila ne predviđaju, kao što ni ostali pravilnici ne predviđaju posledice nedolaska svedoka pa samim tim ne predviđaju ni u kojim okolnostima je izostanak opravdan.

49 Prevod sa engl. *good cause*.

50 Beogradski arbitražni centar, Pravilnik Beogradskog arbitražnog centra (Beogradska pravila), 1. januar 2014.

51 Maxi Scherer, Lisa Richman, Remy Gerbay, *Arbitrating under the LCIA Rules: A User's Guide*, Kluwer Law International, Netherlands 2015, 230.

Stoga su od značaja IBA Pravila koja detaljnije definišu pravila postupka, zbog čega će ista biti predstavljena u nastavku.

2.1.3. Druga kodifikovana pravila – IBA Pravila

Međunarodno udruženje advokata je krajem prošlog veka sačinilo, uz pomoć arbitara, posebna Pravila međunarodnog udruženja advokata o izvođenju dokaza u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži⁵² koja imaju za cilj da urede pravila postupka kada su u pitanju dokazi i izvođenje dokaza pred arbitražnim tribunalom detaljnije nego što je to uređeno pravilima arbitražnih institucija.⁵³ Ta posebna pravila treba da pomognu arbitražnom tribunalu da, u slučajevima kada pravilnici arbitražnih institucija ne uređuju uopšte, ili uređuju samo delimično pojedina pitanja koja se tiču dokaza i dokaznih radnji, donesu pravilnu odluku.⁵⁴ Od 1999. godine kada su nastala, došlo je do izmena jer su ova pravila promenjena 2010. godine, pa je, pored promene pojedinih odredbi, došlo i do promene imena tako što je reč „trgovinskoj“ izbačena iz naziva pravila s ciljem da se omogući primena ovih pravila i u investicionoj arbitraži.⁵⁵ Imajući u vidu značaj ovaj pravila, ali i činjenicu da arbitražni pravilnici i arbitražni zakoni često ne sadrže detaljne odredbe o svedočenju,⁵⁶ potrebno je posvetiti posebnu pažnju odredbama koje se tiču svedočenja kao dokaza.

Odredbama članova 4 i 8 IBA Pravila uređeno je pitanje svedoka o činjenicama i načina na koji će oni biti ispitani. U nastavku će biti detaljnije analizirane odredbe člana 4 kako bi se dao odgovor na pitanje šta činiti sa pismenim svedočenjem ako se svedok ne pojavi na ročištu, dok za konkretno pitanje odredbe člana 8 imaju manji značaj.⁵⁷ Konkretno, biće analizirane odredbe čl. 4, st. 4 i čl. 4, st. 7

52 Vid. fn. 12.

53 M. Stanivuković, *op. cit.*, 62.

54 Zanimljivo je istaći u kojim okolnostima dolazi do primene ovih pravila. Naime, najčešće će dolaziti do direktne primene IBA Pravila u postupku, tj. arbitražni tribunal će ova pravila primeniti kada su se stranke o tome sporazumele. Međutim, zbog svog značaja, ali i nedostataka koje sadrže pravilnici arbitražnih institucija, ova pravila će se indirektno primeniti na taj način što će arbitražni tribunali najčešće ova pravila upotrebljavati kao smernice prilikom donošenja svojih odluka koje se tiču dokaza.

55 M. Stanivuković, *op. cit.*, 62–63.

56 International Bar Association, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* 2010, 14.

57 Činjenica da su odredbe člana 8 IBA Pravila manje značajne ne znači da nemaju nikakav značaj. Naime, članom 8 st. 1 IBA Pravila je predviđeno da

IBA Pravila.⁵⁸ Naime, čl. 4, st. 4 IBA Pravila, između ostalog, propisano je i da arbitražni tribunal može naložiti svakoj stranci da podnese u određenom roku arbitražnom sudu i drugoj stranci izjave svakog svedoka na čiji iskaz namerava da se pozove. Iz citirane odredbe jasno proizlazi da arbitražni tribunal može narediti strankama da dostave pismena svedočenja.⁵⁹ Na ovaj način se omogućava suprotnoj stranici i arbitražnom tribunalu da se upoznaju sa sadržinom svedočenja, te se i stranke i arbitražni tribunali mogu bolje pripremiti za usmenu raspravu. Dodatno, a što je verovatno i značajnije, skraćuje se vreme trajanja usmene rasprave,⁶⁰ jer svedoci nisu u obavezi da se pojave na usmenoj raspravi sem ukoliko njihovo prisustvo ne zahteva suprotna stranka ili arbitražni tribunal. Dosadašnja analiza IBA Pravila potvrđuje ono što je već viđeno i kada su u pitanju pravilnici većine arbitražnih institucija: pismena svedočenja su dozvoljena i može se desiti da ni stranka ni arbitražni tribunal ne zahtevaju pojavljivanje takvih svedoka na ročištu. Međutim, značaj IBA Pravila je u tome što, poput LCIA Pravila i donekle SIAC Pravila, predviđaju u čl. 4, st. 7 da arbitražni tribunal neće uzeti u obzir pismenu izjavu svedoka, osim ako u izuzetnim slučajevima arbitražni tribunal ne odredi drugačije, ukoliko svedok čije je pojavljivanje zatraženo prema čl. 8, st. 1 bez opravdanog razloga ne dođe da da iskaz na usmenoj raspravi za izvođenje dokaza.⁶¹ To je posebno značajno i zbog toga što IBA Pravila, za razliku od

svaki svedok dolazi da da iskaz na usmenoj raspravi za izvođenje dokaza ako njegov dolazak zahteva neka od stranaka ili arbitražni tribunal. Takođe, ovim stavom je propisano i da svaki svedok dolazi lično osim ako arbitražni tribunal dozvoli korišćenje video-konferencije ili slične tehnologije u pogledu određenog svedoka.

- 58 Od značaja mogu biti odredbe čl. 4, st. 8 i čl. 4, st. 9 IBA Pravila. Prva će biti spomenut kasnije u samom tekstu, dok čl. 4 st. 9 predviđa mogućnost da stranka, ukoliko je suočena sa odbijanjem svedoka da dobrovoljno pristupi na njen zahtev, a isto je neophodno za prikazivanje činjenica, može zahtevati od arbitražnog tribunala da preduzme sve pravno moguće korake radi pribavljanja iskaza tog svedoka ili zatražiti dozvolu da stranka sama preduzme te korake. Ova odredba neće biti detaljnije analizirana jer se njome otvaraju mnogobrojna pitanja koja prevazilaze potrebe i mogućnosti ovog rada.
- 59 International Bar Association, *op. cit.*, 16.
- 60 International Bar Association, *op. cit.*, 16.
- 61 Postoji mogućnost da se usmena rasprava održi i putem video-konferencije ili slične tehnologije, međutim, prema Komentaru IBA Pravila (2010, 17–18), ovakva mogućnost ne bi mogla da se ostvari automatski već je za to potrebno da stranka, koja se oslanja na svedoka koji nije u mogućnosti da pristupi, iznese razloge zašto određeni svedok nije u mogućnosti da pristupi i predloži

pravilnika arbitražnih institucija, predviđaju u čl. 4, st. 8 da sama činjenica da suprotna stranka nije zahtevala dolazak ne znači i da se time saglasila da je sadržaj pismenog svedočenja istinit. Stoga, kao nastavak prvobitnog zaključka koji je iznet u prethodnih par redova, mora se dodati da je svedok u obavezi da se pojavi na usmenoj raspravi ukoliko želi da njegov ili njen iskaz ima bilo kakav značaj prilikom donošenja odluke. Međutim, IBA Pravila ipak ostavljaju prostor da se to desi i u slučaju da se svedok ne pojavi, i to samo ako svedok dostavi opravdan razlog zašto se nije pojavio, ili ukoliko tribunal u izuzetnim okolnostima tako odredi.⁶² Na taj način, identifikovana su još dva standarda čije je tumačenje neophodno kako bi se dao odgovor na postavljeno pitanje i temu ovog rada, a to su „opravdan razlog“ i „izuzetne okolnosti“.

Predočena analiza *lex arbitri*, pravilnika arbitražnih institucija i IBA Pravila je bila potrebna upravo kako bi se identifikovali uslovi pod kojima su pismena svedočenja dozvoljena i pod kojim okolnostima se mogu prihvatiti kao dokaz i u slučaju nepojavljivanja svedoka na ročištima za usmenu raspravu. Nakon što su ti uslovi identifikovani, treba ih dodatno pojasniti i dati primere kada će se smatrati da su ispunjeni, što će upravo i biti predmet sledećeg odeljka.

2.2. Ispunjenost uslova za prihvatanje pismenih svedočenja u slučaju izostanka svedoka sa usmene rasprave

Iz svega što je izneto do sada, jasno proizlazi da odredbe *lex arbitri* ne predviđaju uslove za prihvatanje pismenih svedočenja bez pojavljivanja svedoka na usmenoj raspravi, ali iz njihove analize se mogu izvući određena načela koja dominiraju u *lex arbitri*. Načela, poput npr. obaveze tribunala da obezbedi jednakost stranaka tokom

protokol. S druge strane, odluka tribunala bi trebalo da zavisi od toga da li su izneti razlozi dovoljni, ali i mogućnosti predloženog protokola da održi jednakost i pošten karakter postupka između stranaka kao i da uslovi budu približni svedočenju uživo. Vid. više fn. 37.

62 Joseph Manuel Tirado, Sherina Petit, Michelle Keen, „Chapter 23: Factual Evidence“, *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (eds. Julian David Mathew Lew, Harris Bor *et al.*), Kluwer Law International, Netherlands 2013, 499; Michael Buhler, Carroll Dorgan, „Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration: Novel or Tested Standards?“, *Journal of International Arbitration* 3, 13–16, 20–21, 24–25, 28–29, 14; R. Khodykin, C. Mulcahy, *op. cit.*, 253, 256.

postupka ili da pruži mogućnost strankama u postupku da iznesu svoje stavove, čine okvir unutar kog će se postupak odvijati te će ta načela biti od značaja prilikom donošenja odluke u pojedinim postupcima. S druge strane, pravilnici arbitražnih institucija, koji detaljnije regulišu arbitražni postupak popunjavajući ram koji uspostavljaju odredbe *lex arbitri*,⁶³ uglavnom ne pružaju odgovor na pitanje šta činiti u slučajevima kada se svedoci nakon dostavljanja pismenih svedočenja ne pojave, a to je zahtevala suprotna strana ili arbitražni tribunal. Kao što je već rečeno, izuzetak od ove generalizacije su LCIA Pravila,⁶⁴ konkretno u čl. 20, st. 4 LCIA Pravila.⁶⁵ Nedostatke ostalih arbitražnih pravilnika je potrebno nadomestiti jer će se nesumnjivo pojaviti pitanje vezano za pismena svedočenja u nekom trenutku postupka, što stranke i tribunali rešavaju primenom IBA Pravila. IBA Pravila, kao što je već rečeno, omogućavaju da arbitražni tribunali prihvate pismena svedočenja bez pojavljivanja svedoka čije je prisustvo zahtevano na usmenoj raspravi, ali samo ako tribunal to odredi u „izuzetnim okolnostima“ (*exceptional circumstances*) ili ako svedok dostavi „opravdan razlog“ (*valid reason*) za svoj izostanak. Stoga, u nastavku će biti objašnjeni pomenuti standardi i biće prikazano šta je potrebno za ispunjenje istih, i to sledećim redom: opravdan razlog i izuzetne okolnosti (2.2.1) i dobar razlog (2.2.2).

2.2.1. Opravdan razlog i izuzetne okolnosti (*valid reason and exceptional circumstances*)

Od svedoka koji su dostavili pismeno svedočenje se očekuje da stave sebe na raspolaganje za ispitivanje, osim ukoliko se stranke ne dogovore drugačije.⁶⁶ Stoga, kao što je već rečeno, ukoliko stranka želi da se osloni na pismeno svedočenje, a svedok se ne pojavi, moraće da

63 G. Knežević, V. Pavić *op. cit.*, 108.

64 U ovom kontekstu se ne navode SIAC Pravila zato što ona ne predviđaju pravni standard već ovo pitanje rešavaju tako što daju tribunalima slobodu kroz ocenu dokaza (čl. 25, st. 4 SIAC Pravila).

65 Arbitražni tribunal će uzeti u obzir nepojavljivanje svedoka prilikom ocene dokaza ili isključiti sve ili deo pismenog svedočenja tog svedoka, pod uslovom da svedok ne pruži dobar razlog za taj izostanak.

66 Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2003, 574; Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, New York 2007, 321; Emmanuel Gaillard, John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer

dostavi opravdan razlog za taj izostanak. Odvojeno je pitanje kako će se utvrditi da je izneti razlog zaista i opravdan. Ne postoji jasna definicija jer je izraz koji se koristi „opravdan razlog“ s ciljem stvoren tako da obuhvata širok splet okolnosti. Upravo zbog toga će arbitražni tribunali u svakom pojedinačnom slučaju odlučivati da li postoji opravdan razlog da se pismeno svedočenje prihvati kao dokaz i bez pojavljivanja svedoka na ročištu.⁶⁷ Naravno, na tribunalima je zadatak da, prilikom donošenja odluke da li postoji opravdan razlog u konkretnom slučaju, vode računa da drže visok standard prihvatanja kako bi sprečili zloupotrebu.⁶⁸ Prema Hodikinu i Mulkehiju,⁶⁹ opravdan razlog za izostanak je postojanje neke vrste fizičke nemogućnosti zbog ozbiljne bolesti ili nezgode, kao i potreba da se svedok podvrgne medicinskom tretmanu u određenom roku, ali važno je istaći da bi svi ovakvi navodi trebalo da budu potkrepljeni medicinskom dokumentacijom. Dodatno, teorija smatra da i otežano putovanje praćeno nesrazmernim troškovima podrazuma opravdan razlog.⁷⁰ Stoga, na osnovu izloženih primera se može zaključiti da stranka koja se poziva na opravdan razlog, mora pored svojih navoda i objašnjenja dostaviti i dokaze koji takve navode potvrđuju. Upravo je to potvrda visokog standarda na koji upućuje arbitražna teorija, te tribunali neće olako prihvatiti navode stranaka čiji se svedoci nisu pojavili na usmenoj raspravi,⁷¹ te na taj način sužavaju

Law International, Netherlands 1999, 701; L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, 433.

67 R. Khodykin, C. Mulcahy, *op. cit.*, 256–257.

68 *Ibid.*, 262; Ragnar Harbst, *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2015, 93.

69 R. Khodykin, C. Mulcahy, *op. cit.*, 256–257.

70 Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, New York 2013, 103.

71 Pored arbitražne teorije, i arbitražna praksa je na ovom stanovištu. Naime, u presudi švajcarskog Federalnog tribunala od 19. juna 2006. godine (X. Gesellschaft, Y. Gesellschaft v. Z. Gesellschaft, Tribunal Fédéral, 1ère Cour civile, 4P.74/2006, 19 June 2006) upravo dolazi do izražaja visoki standard za prihvatanje određenih navoda kao opravdanih razloga jer je tribunal odbio da opravda izostanak svedoka jer nije pronašao direktne niti indirektne načine da proveri navode da je svedok bio meta pretnji zbog kojih se navodno nije pojavio (paragraf 6.1). Vrhovni sud države Njujork ide korak dalje, te strah od naknadnog sudskog postupka ne smatra opravdanim razlogom za nedolazak na usmenu raspravu, *Passport Special Opportunities Master Fund, L.P. v. ARY Communications Ltd. et al.*

možnosti da pismena svedočenja svedoka izostalih sa usmene rasprave budu značajna prilikom donošenja odluke.

Ukoliko se svedok ne pojavi na usmenoj raspravi, a ne postoji opravdan razlog za takav izostanak, stranci čiji se svedok nije pojavio preostaje da se osloni na to da će tribunal utvrditi da postoje izuzetne okolnosti koje bi opravdale prihvatanje pismenog svedočenja neopravdano izostalog svedoka. Međutim, prema Hodikinu i Mulkehiju⁷² vrlo je teško utvrditi šta bi predstavljalo izuzetne okolnosti koje bi opravdale bezuslovno prihvatanje pismenih svedočenja u situacijama kada nije naveden opravdani razlog. Stoga će, ako je sudeći po arbitražnoj teoriji, arbitražni tribunali imati gotovo nemoguć zadatak da utvrde postojanje izuzetnih okolnosti kada opravdani razlozi za izostanak ne postoje.

2.2.2. Dobar razlog (*good cause*)

Dobar razlog je preduslov za prihvatanje pismenih svedočenja bez pojavljivanja svedoka na ročištu koji je predviđen članom 20, st. 4 LCIA Pravila. Međutim, LCIA Pravila ne daju definiciju, niti daju neke smernice o tome kako tumačiti ovaj standard. Prema Pravnom informacionom institutu Kornela (*Cornell*), standard „dobar razlog“ predstavlja pravno dovoljan razlog za odluku ili preduzimanje druge radnje od strane sudije. Na istom stanovištu je i Blekov pravni rečnik koji dodatno naglašava da je teret dokazivanja na onoj strani koja se oslanja na ovaj razlog.⁷³ Kako definicije iz pravnih rečnika ne mogu biti od preterane pomoći, arbitražni tribunali će morati u svakom pojedinačnom slučaju da cene okolnosti i navedene razloge kako bi došli do pravičnog ishoda.⁷⁴ U tome im može pomoći dosadašnja arbitražna

72 R. Khodykin, C. Mulcahy, *op. cit.*, 262.

73 Legal Information Institute Cornell Law School, Good Cause. https://www.law.cornell.edu/wex/good_cause#:~:text=A%20legally%20sufficient%20reason%20for,wex%20definitidef, 14. oktobar 2020; Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, London 2019¹¹.

74 Lisa Bosman, „South African Forestry Co Limited v. York Timbers Limited, Supreme Court of Appeal, 406/2001, 19 September 2002“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, Netherlands 2003, 14. Vlad Movshovich, Daniel Rafferty, Kalinka Eksteen, „De Lange v. Presiding Bishop of the Methodist Church of Southern Africa for the Time Being and Another [2015] ZACC 35, Constitutional Court of South Africa, 24 November 2015“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.

teorija, ali i sudska i arbitražna praksa.⁷⁵ Otežavajuću okolnost predstavlja činjenica da teorija smatra da nije dovoljno samo pozivanje na ovaj preduslov već je potrebno da strana, koja se poziva na njega, dostavi i objašnjenje.⁷⁶ Dodatno, a u skladu sa predočenim teretom dokazivanja, suprotno ponašanje stranke bi značilo da će tribunal doneti odluku da ne usliši zahtev iste.⁷⁷ Dosadašnji primeri iz prakse, prema Selimu i Galiju,⁷⁸ uključuju, između ostalog, kratkotrajnu bolest i period žalosti, dok prema pomenutim autorima viša sila i druge okolnosti koje nisu pod kontrolom stranke ne bi morale nužno da predstavljaju dobar razlog. Nakon svega rečenog, možemo zaključiti da bi arbitražni tribunali mogli da prihvate različite okolnosti za ispunjenje ovog preduslova, međutim sve navedeno upućuje na zaključak da bi takvi navodi stranke koja se oslanja na „dobar razlog“ morali da budu potkrepljeni na određen način što bi značilo da, kako je i južnoafrički sud utvrdio,⁷⁹ teret da se dokaže dobar razlog nije lako ispuniti.

2.3. Prošlost ili budućnost?

Nakon predstavljanja odredbi potencijalnog pravnog okvira iz kog nesumnjivo proizlazi da su pismena svedočenja sama po sebi dozvoljena, ali i davanja primera pod kojim okolnostima bi se ona mogla prihvatiti i bez pojavljivanja svedoka na usmenoj raspravi, vreme je da se odgovori na postavljeno pitanje: da li pismena svedočenja mogu zameniti dosadašnja usmena svedočenja i ispitivanje na ročištu, tj. da li ovakvo rešenje predstavlja prošlost ili budućnost međunarodne trgovinske arbitraže? Pre svega, važno je istaći da se odgovor na ovo pitanje daje pod hipotetičkim okolnostima da ne postoji dogovor stranaka da se postupak vodi isključivo pismenim putem ili da ne postoji dogovor stranaka obavezi fizičkog prisustva svedoka na ročištima, tj. zabranje-

75 Ne ograničavajući se na isključivo trgovinsku arbitražu.

76 L. Bosman, *op. cit.*, 17.

77 P. Ashford, *op. cit.*, 98.

78 Ismail Selim, Georges Ghali, *BICDR International Arbitration Review Volume 4 Issue 2* (ed. Nassib Ziadé), Kluwer Law International, Netherlands 2017, 325–326. Pomenuti autori su se u citiranom radu bavili tematikom krnjih tribunala, tj. arbitražnih tribunala kojima je nakon konstituisanja otpao ili prestao da učestvuje u radu jedan član, međutim pošto je u pitanju tumačenje standarda, a ne konkretne primene prava, uključen je i njihov rad.

79 Pro-Khaya Constructions CC v. Strata Civils, Tony Ashford, JDM Drilling (PTY) LTD, *et al.*, High Court of South Africa, 19 November 2019.

nosti ovakvih iskaza, jer u suprotnom ne bi postojala svrha davanja odgovora na pitanja postavljena u ovom radu. Upravo kada ovakav dogovor stranaka ne postoji, na arbitražnom tribunalu je da donese odluku šta činiti ako se svedok, i to nakon zahteva arbitražnog tribunala ili suprotne stranke, ne pojavi na usmenoj raspravi radi ispitivanja. Kao što je već rečeno, tribunal tada ima mogućnost da reši ovo pitanje kroz isključenje ili ocenu pismenog svedočenja ovog svedoka, ako su ispunjeni preduslovi. Međutim, kako je tokom 2020. godine došlo do prilagođavanja arbitražnih tribunala na promenjene okolnosti izazvane korona virusom, od strane nekih uspešno a nekih ne, ne postoji bolji trenutak nego da se sada načini izbor ili da se češće koriste pismena svedočenja ili da se nastavi tradicionalno davanje iskaza i ispitivanje svedoka uživo, bilo fizički ili putem video-konferencije.

Pojedini autori ističu kako su zapravo jedino arbitri ti koji tokom arbitražnom postupka tragaju za objektivnom istinom, te bi postupak trebalo da bude prilagođen tako da arbitri mogu da budu stavljani u poziciju da donose razumne odluke prilikom traganja za istinom.⁸⁰ Ovakvo prilagođavanje treba da bude odraz fleksibilnosti arbitražnog postupka, a prema Berniniju,⁸¹ arbitri su ti koji mogu otkloniti potencijalne rigidnosti. Stoga, ne bi trebalo da postoji nijedna prepreka da se arbitražni tribunal odluči za upotrebu pismenih svedočenja i bez pojavljivanja svedoka na ročištu ukoliko smatra da će na taj način doći do objektivne istine, sve dok ostaje u okviru predložene pravne okvira, posebno ako se uzmu u obzir prednosti upotrebe pismenih izjava svedoka (doprinos efikasnosti arbitražnog postupka),⁸² ali i zamerke

80 Laurence Shore, „Chapter 3: Document Production, Witness Statements, and Cross-Examination: The Enduring Tensions in International Arbitration“, *The Evolution and Future of International Arbitration* (eds. Stavros Brekoulakis, Julian David Mathew Lew, Loukas Mistelis), Kluwer Law International, Netherlands 2016, 44.

81 Giorgio Bernini, „Chapter 3: The Future of Arbitration: Flexibility or Rigidity“, *Arbitration Insights: Twenty years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (eds. Julian David Mathew Lew, Loukas Mistelis), Kluwer Law International, Netherlands 2007, 55.

82 Prema Horvatu, efikasnost postupka je jedan od glavnih razloga zašto se stranke opredeljuju za arbitražu. Autor posebno ističe da je najveća prednost brzo rešenje spora ali i pragmatični i trgovinski pristup rešenju spora. Upravo je trajanje postupka, pored troškova, najveća briga stranaka. Vid. Gunther J. Horvath, „Chapter 13: The Judicialization of International Arbitration“ *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (eds. S. Kroll, L.A. Mistelis, P.

upućene unakrsnom ispitivanju svedoka⁸³. Na taj način bi se izbeglo pitanje koje Knežević postavlja,⁸⁴ a tiče se toga u kojoj meri je pojava svedoka kompatibilna sa novim pravnim imperativom, tj. potrebom za efikasnošću sistema. Naime, vremenska ušteda bi bila značajna ukoliko bi svedocima bilo omogućeno da svoje konačne iskaze daju pismenim putem bez pojavljivanja na ročištu za usmenu raspravu. Uzmimo za primer da je sedište arbitraže u Singapuru ili Atini, da je svedok državljanin Srbije, a da je usmena rasprava i saslušanje svedoka bilo zakazano u julu ove godine. Čak i da pretpostavimo da je svedok krenuo u Atinu dok su još bile otvorene granice, velika je verovatnoća da bi ga u prelasku omela kolona turista na granici te da ne bi stigao da pređe granicu pre uvođenja zabrane ulaska za državljane Srbije, dok do Singapura naš svedok ne bi ni mogao da stigne, imajući u vidu rigorozne mere zaštite i pokušaja sprečavanja širenja korona virusa koje su na snazi u toj zemlji. U takvim okolnostima bi se tribunal neminovno suoči sa pitanjem šta činiti, tj. da li treba odložiti usmenu raspravu dok se ne smiri globalna kriza korona virusa ili pronaći alternative.⁸⁵ Činjenica je da saslušanje svedoka putem video-konferencije, može da reši ovaj problem, međutim teorija upućuje na to da stranke ne treba olako da se oslanjaju na upotrebu video-konferencije.⁸⁶ Prema Šerer i

Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, Netherlands 2011, 256–257.

- 83 U ovom trenutku biće prikazane samo prednosti upotrebe pismenih svedočenja imajući u vidu da zamerke koje se stavljaju na teret pismenih svedočenja nastavljaju davaže bez obzira na okolnosti:
L. Shore *op. cit.*, 41–42. To je pre svega činjenica, prema Šoru, da advokati neretko sastavljaju iskaze, da su iskazi dugačka hronologija dokumenata, i da sadrže nepouzđano prisećanje; jednom rečju-pogrešivost. S tim u vezi, Pudre i Beson skreću pažnju da u pojedinim zemljama etička pravila advokatskih komora zabranjuju i isključuju strankama mogućnost da njihovi advokati diskutuju o slučaju i pripremaju svedoke pre usmene rasprave, sa izuzetkom da se ova pravila neće primeniti u arbitražama u kojima je to dozvoljeno. Vid. Jean-François Poudret, Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet&Maxwell, 2007², 599.
- 84 Gašo Knežević, „Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji?“, *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku: Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe – Liber amicorum Mihajlo Dika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2013, 572.
- 85 Za trenutak treba zastati i podsetiti da upravo ovo predstavlja opravdan razlog za nedolazak svedoka na ročište i otvara mogućnost za prihvatanje svedočenja i bez dolaska prema Ešfordu. Vid. P. Ashford, *op. cit.*, 103.
- 86 M. Scherer, L. Richman, R. Gerbay, *op. cit.* fn. 50, 230; J. Tirado, S. Petit, M. Keen, *op. cit.*, 499.

Rihmanu,⁸⁷ ova alternativa izuskuje dodatan napor koordinacije usmene rasprave, poput npr. načina da se obezbedi prisustvo predstavnika stranaka u prostoriji sa svedokom i pristup svedoka potrebnim dokumentima ili nemogućnost davanja instrukcija od strane pravnog zastupnika. Dodatno, za arbitražni tribunal je daleko neuverljivije davanje iskaza na ovaj način. Na istom stanovištu je i Vajnkejmer.⁸⁸ Stoga je stav autora ovog rada da ta alternativa treba da bude upotreba pismenih svedočenja, a ne upotreba video-konferencije, koji će na taj način značajno učiniti arbitražni postupak efikasnim. U prilog ovakvom stavu, idu i mane načina ispitivanja svedoka. Konkretno, u slučaju da se svedok pojavi na ročištu, najčešće se odigravaju dva scenarija, svedok će samo potvrditi pred sudom svoje pismeno svedočenje, a druga je da će se pristupiti unakrsnom ispitivanju. Prvim se ne postižu spektakularni rezultati jer se na taj način arbitražni tribunal ne može uveriti u tačnost navoda, dok se drugo često smatra nezamenjivim instrumentom za pronalaženje istine.⁸⁹ Međutim da li je zaista tako? I pored činjenice da je unakrsno ispitivanje redovna pojava u međunarodnoj arbitraži, pojedini jurisdikcije ga ne dozvoljavaju, dok arbitri iz takvih jurisdikcija smatraju unakrsno ispitivanje neprikladnim i upitnom strategijom, koja neretko ima za cilj dovođenje u pitanje istinosti iskaza i znanja svedoka.⁹⁰ Drugim rečima ovaj *common law* pristup ima za cilj uništenje verodostojnosti iskaza svedoka.⁹¹ Prema Šoru,⁹² ovakvo ispitivanje se najčešće ni ne izvrši na pravi način, te se svede samo na čitanje dokumenata na zapisnik i navođenje svedoka da se složi sa navodom lica koje ga ispituje. Iz ovoga se može zaključiti da unakrsno ispitivanje u pojedinim slučajevima može više odmoći arbitražnom tribunalu nego mu pomoći da sazna istinu. Stoga, treba omogućiti tribunalu da odstupi od uobičajenog unakrsnog ispitivanja i prihvati pismeno svedočenje bez dolaska svedoka, posebno što se i sami tribunali retko kada isključivo oslanjaju na svedočenje prilikom donošenja odluke već zahtevaju i da se sadržina svedočenja poistoveti sa drugim materijalnim dokazima.⁹³

U situacijama kada arbitražni tribunal odstupi od unakrsnog ispitivanja, suprotna stranka će pokušati da popravi svoje šanse tako što

87 M. Scherer, L. Richman, R. Gerbay, *op. cit.*, 230.

88 J. Waincymer, *op. cit.*, 922–923.

89 G. Born (2014) *op. cit.*, 2283–2284.

90 J. Waincymer, *op. cit.*, 916–917.

91 L. Shore *op. cit.*, 44.

92 *Ibid.*

93 U skladu sa maksimumom *Testis unus, testis nullus*.

će se pozvati na povredu načela jednakosti i pravičnog postupka, koje se smatra jednim od najvažnijih načela UNCITRAL Model zakona. Postoje određeni autori,⁹⁴ kao i praksa,⁹⁵ koji na uopšten način kazuju da bi ovakva povreda zaista mogla da postoji. Međutim ako se uzme u obzir nespornost arbitražnih tribunala da donose odluke isključivo na osnovu svedočenja, kako usmenih tako i pismenih, jasno proizlazi da neće doći do povrede tog načela imajući u vidu da to neće biti jedini dokaz za donošenje odluke, a i suprotna stranka je svakako imala prilike da se o tome izjasni.⁹⁶ Stoga su šanse da suprotna strana postigne značajne rezultate pozivanjem na ovu povredu, veoma male.

3. ZAKLJUČAK

Svedočenje je bilo i trenutno jeste najučestalija dokazna radnja u arbitražnim postupcima zbog čega je teško zamisliti arbitražu u kojoj jedna od stranaka neće predložiti saslušanje svedoka. Dodatno, sve ukazuje na to da ćemo se i u budućnosti zasigurno susretati sa svedočenjima. Upravo zbog te učestalosti je neophodno prilagoditi se promenama i otežavajućim okolnostima izazvanim korona virusom i utvrditi način na koji će se ova svedočenja vršiti u narednom periodu imajući u vidu dobro poznate probleme. Pomenuto prilagođavanje svedočenja promenama izazvanim korona virusom upravo se sastoji u pismenim svedočenjima čija se forma može prilagoditi novonastalim okolnostima, zbog čega ona mogu biti dostavljena u formi pitanja i odgovora, te nakon izjašnjenja suprotne stranke, biti dopunjena.⁹⁷ Naravno, pismena svedočenja nisu jedina zamena za fizičko prisustvo

94 Prema R. Khodykin, C. Mulcahy, *op. cit.*, 255–256; J. Waincymer, *op. cit. fn.* 8 916–917; Matti S Kurkela, Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, New York 2010², 168.

95 Paklito Investment Limited v. Klockner East Asia Limited, HKCU 0613, 15 January 1993, High Court (in Chambers).

96 Na ovom stanovištu se nalazi i Evropski sud za ljudska prava u presudi H protiv Austrije od 14. decembra 1972. godine, ali i Engel i drugi protiv Holandije od 8. juna 1976. godine, para. 91. Potvrda se može da tražiti u ovim presudama jer, prema Libšeru, ne postoji indikacija da pod članom 6 EKLJP mogu biti viši standardi za arbitražu nego za parnični postupak, naglašavajući da je teško zamisliti da ti standardi budu nejednaki. Vid Christoph Liebscher, *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2003, 101.

97 L. Shore, *op. cit.*, 43.

svedoka jer postoji i mogućnost organizovanja ispitivanja svedoka putem video konferencije. Međutim, imajući u vidu predočene prednosti ali i mane upotrebe pismenih svedočenja, u poređenju sa problemima koji su nagovešteni a tiču se korišćenje video-konferencija, a posebno kritike upućene unakrsnom ispitivanju, trebalo bi dati prednost pismenim svedočenjima koja mogu predstavljati budućnost u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži. Ovim radom su prikazane gotovo sve najvažnije odredbe koje mogu određivati način na koje će svedočenje izvršiti, tj. da li su dozvoljena pismena svedočenja i kada se ona mogu prihvatiti čak i bez dolaska svedoka na ročište usmene rasprave. Kada je u pitanju pravni okvir, analizom *lex arbitri*, pravilnika arbitražnih institucija i IBA Pravila dokazano je da su pismena svedočenja nesumnjivo dozvoljena, ali da se ponekad zahteva ispunjenje određenih preduslova kako bi se pismena svedočenja i bez pojavljivanja svedoka na usmenoj raspravi prihvatila. Iako je napomenuto da će arbitražni tribunali često držati visok standard prilikom ocene da li su preduslovi ispunjeni, smatram da bi pod ovakvim okolnostima ipak trebalo preispitati ovakvu procesnu strogoću, posebno ako se uzme u obzir da otežan dolazak u mesto sedišta arbitraže predstavlja opravdan razlog da se pismeno svedočenje prihvati i bez dolaska na usmenu raspravu, čak i kada to suprotna stranka zahteva. U suprotnom, davanjem mogućnosti stranci koja se protivi prihvatanju ovakvog veštačenja da insistira da se svedočenje održi uživo ili putem video-konferencije često bi dovodilo do odugovlačenja i nepotrebnog zastoja u postupku, što nije poželjno ako se uzmu u obzir razlozi zašto se stranke opredeljuju za arbitražu. U takvim prilikama nezadovoljna stranka će se često se pozivati na razloge predviđene Njujorškom konvencijom u čl. 5, st. 1, tač. b i čl. 5, st. 1, tač. d. S tim u vezi, upućujem na Varadija,⁹⁸ koji je postavio pitanje da li postoji mogućnost odstupanja od pravila postupka dogovorenih od strane stranaka, što odabir pravilnika arbitražnih institucija svako predstavlja, i još važnije, da li će nepostupanje arbitražnog tribunala po takvim pravilima imati posledice po odluku. Praksa je podeļjena po tom pitanju i sve zavisi od toga da li će se donosilac odluke o

98 Tibor Várady, „Chapter 25: Can Proceeding „Not in Accordance with the Agreement of the Parties be Condoned: Remarks on Article V(1)(d) of the New York Convention“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (eds. S. Kroll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, Netherlands 2011, 468.

priznanju prikloniti stavu da je važan uticaj na proceduru ili stavu da je važan uticaj na arbitražnu odluku.⁹⁹ Konačno, usmeno svedočenje ima i drugu svrhu, a koja se ne može postići pismenim iskazima. To su pre svega verodostojnost iskaza i držanje svedoka prilikom davanja istog.¹⁰⁰ Međutim, kako iskaze svedoka neretko pripremaju advokati stranaka,¹⁰¹ ali i činjenica da unakrsno ispitivanje često za cilj ima diskreditaciju svedoka, može se zaključiti da svedočenje pred tribunalom ne može biti dovoljno pouzdano. Imajući u vidu da se tribunali uglavnom ne opredeljuju da svoju odluku zasnivaju isključivo na iskazima svedoka, u kojoj god formi isti bili, te da ne postoji odlučujući uticaj na arbitražnu odluku, smatram da postoje značajne šanse da se arbitražna odluka prizna i izvrši čak i pod ovakvim okolnostima, te da pismena svedočenja bez pojavljivanja svedoka treba da budu budućnost.

Ljubiša Vulić

M.A. Student, Faculty of Law University of Belgrade

ACCEPTANCE OF WRITTEN WITNESS
STATEMENTS IN ARBITRATION PROCEEDINGS
IN THE EVENT OF THE ABSENCE OF WITNESSES
FROM THE HEARING: PAST OR FUTURE?

Summary

Arbitral tribunals have accepted the possibility to include as evidence written witness statements of no-show witnesses, but were willing to act in such a manner only if certain preconditions were fulfilled. Having in mind the COVID-19 pandemic that forced many changes to happen in international commercial dispute resolution, this article analysed whether such actions of arbitral tribunal should become more often, i.e. should the tribunals accept written witness statements of no-show witnesses even if there are no valid reasons or exceptional

99 *Ibid.* 485.

100 Marinn Carlson, „The Examination and Cross-Examination of Witnesses“, *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No. 15* (ed. Albert Jan Van Berg), Wolters Kluwer Law&Business, Netherlands 2011, 203.

101 Vid. više: Nigel Blackaby, *Witness Preparation – A Key to Effective Advocacy in International Arbitration* 2011.

circumstances for the absence of witnesses; hence, is there a possibility for the arbitral tribunals to rely on this possibility as a substitute of videoconference hearings in the event that onsite hearings could not be organized. Authors' opinion is that all of the previous questions should be answered positively, as there are no obstacles foreseen in the applicable law, and by doing this, the Tribunal can preserve the efficiency of the proceedings.

Key words: *Arbitration. – Arbitration proceedings. – Evidence. – Witness testimony. – Statement.*

LITERATURA

- Ashford P., *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*, Cambridge University Press, New York 2013.
- Bernini G., „Chapter 3: The Future of Arbitration: Flexibility or Rigidity“, *Arbitration Insights: Twenty years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* (eds. Julian David Mathew Lew, Loukas Mistelis), Kluwer Law International, Netherlands 2007.
- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2015⁶.
- Born G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2014².
- Born G., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, Kluwer Law International, Netherlands 2001².
- Borris. C., Hennecke R., „Excess of Competence or Jurisdiction, Article V(1)(c)“, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary* (ed. Reinmar Wolff), Verlag C.H. Beck oHG, Munchen 2012.
- Bosman L., „South African Forestry Co Limited v. York Timbers Limited, Supreme Court of Appeal, 406/2001, 19 September 2002“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, Netherlands 2003.

- Buhler M., Dorgan C., „Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration: Novel or Tested Standards?“, *Journal of International Arbitration* 3, 13–16, 20–21, 24–25, 28–29.
- Carlson M., „The Examination and Cross-Examination of Witnesses“, *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No. 15* (ed. Albert Jan Van Berg), Wolters Kluwer Law&Business, Netherlands 2011.
- Craig L. W., Park W. W., Paulsson J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York: Oceana Publications, New York 2000³.
- Croft C., Kee C., Waincymer J., *A guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*. Cambridge University Press, New York 2013.
- Gaillard E., Savage J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 1999.
- Garner. B. A., *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, London 2019¹¹.
- Geisinger E., Ducret P., *International Arbitration in Switzerland: A handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, Netherlands 2013².
- Harbst R., *A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.
- Holtzmann H. M., Neuhaus Joseph E., *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston 1994.
- Horvath G. J., „Chapter 13: The Judicialization of International Arbitration“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (eds. S. Kroll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, Netherlands 2011.
- International Bar Association, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, 2010.
- Knežević G., Pavić V., *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009².

- Knežević G., „Efikasnost arbitraže i pravila o svedočenju i veštačenju: ima li mesta racionalizaciji?“, *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku: Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe – Liber amicorum Mihajlo Dika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2013.
- Kurkela M. S., Turunen S., *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, New York 2010².
- Lew J., Mistelis L., Kroll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2003.
- Liebscher C., *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2003.
- Mikhailovich Khodykin R., Mulcahy C., *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2019.
- Moses M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York 2008.
- Movshovich V., Rafferty D., Eksteen K., „De Lange v. Presiding Bishop of the Methodist Church of Southern Africa for the Time Being and Another [2015] ZACC 35, Constitutional Court of South Africa, 24 November 2015“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.
- Pavić V., Đorđević M., „Novine u pravnom okviru za ADR u Srbiji“, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2014.
- Poudret J.-F., Besson S., *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson Sweet&Maxwell, London 2007².
- Reed L., Paulsson J., Blackaby N., *Guide to ICSID Arbitration* Kluwer Law International, Netherlands 2011².
- Scherer M., Richman L., Gerbay R., *Arbitrating under the LCIA Rules: A User's Guide*, Kluwer Law International, Netherlands 2015.
- Selim I., Ghali G., *BCDR International Arbitration Review Volume 4 Issue 2* (ed. Nassib Ziadé), Kluwer Law International, Netherlands 2017.
- Shore L., „Chapter 3: Document Production, Witness Statements, and Cross-Examination: The Enduring Tensions in International Arbitration“, *The Evolution and Future of International Arbitration*

- (eds. Stavros Brekoulakis, Julian David Mathew Lew, Loukas Mistelis), Kluwer Law International, Netherlands 2016.
- Stanivuković M., *Međunarodna arbitraža sa odabranim priložima*, Glasnik, Beograd 2003¹.
- Tirado J. M., Petit S., Keen M., „Chapter 23: Factual Evidence“ *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (eds. Julian David Mathew Lew, Harris Bor *et al.*), Kluwer Law International, Netherlands 2013.
- Tweeddale A., Tweeddale K., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, 2007.
- Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017¹⁶.
- Várady T., „Chapter 25: Can Proceeding „Not in Accordance with the Agreement of the Parties be Condoned: Remarks on Article V(1)(d) of the New York Convention“, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution – Liber Amicorum Eric Bergsten* (eds. S. Kroll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, Netherlands 2011.
- Wade S., Clifford P., Clanchy J., *A Commentary on the LCIA Arbitration Rules 2014*, Thomson Reuters, London 2015.
- Waincymer J. M., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands 2012.
- Webster T. H., *Handbook of UNCITRAL Arbitration: Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL Based Arbitration Rules*, Thomson Reuters (Legal) Limited, London 2010.

