

**AXEL BÖSCH (UR.): PROVISIONAL
REMEDIES
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL
ARBITRATION. A PRACTITIONER
HANDBOOK.**

Berlin & New York, De Gruyter, 1994.

Romantični optimizam ranog razdoblja komunikacije pravnika različitih pravnih sustava, kada se smatralo da je međunarodnim konvencijama i drugim obvezujućim bilateralnim i multilateralnim pravnim aktima moguće harmonizirati i unificirati svjetski pravni poredak, danas je većim dijelom prošlost. Iako je i na razini međunarodnog prava postignut znatan napredak u ujednačavanju sličnoga i ublažavanju inkompatibilnoga, čini se da se instrumenti međusobnog pravnog približavanja mijenjaju - od "konvencijskog prava", čija je rigidnost nerijetko vodila bilo u ispraznost najmanjih zajedničkih nazivnika bilo u nikome zadovoljavajuće i nedorečene kompromise, pretapajući tako vrijedne namjere pravnog fiksiranja zajedničkih načela u njihovo razgrađivanje nizom iznimaka, rezervacija i izuzetaka, prema shvaćanju da je za nesmetan pravni promet izvan garancijskih nacionalnih pravnih sustava ponajprije potrebno temeljito međusobno poznavanje i razumijevanje razlika. Ovaj se pomak može dobro pratiti i na planu izdavačke djelatnosti - najtraženija djela na međunarodnom tržištu pravnih publikacija nisu više obuhvatne sinteze, komentari konvencija i prijedlozi novih, "univerzalnih" rješenja, već radovi koji daju iscrpan pregled različitosti pravnih sustava i omogućuju pravnim praktičarima koji djeluju u više pravnih sustava snalaženje u svakome od njih.

Knjiga *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration* predstavlja pravi primjerak ovog trenda. Već u podnaslovu, ističući da je riječ o priručniku za praktičare, ona se izričito odriče visokih znanstvenih ambicija, ograničavajući se na pružanje onoga što je podjednako potrebno teoriji i praksi: jasne, pregledne i ažurne informacije o različitostima pojedinih nacionalnih pravnih sustava u okviru dane teme. Struktura ove knjige, koju je izdao prestižni izdavač Walter de Gruyter, slijedi provjereni obrazac prema kojem se često

organiziraju međunarodni stručni i znanstveni skupovi: glavni urednik određuje obrazac prema kojemu pojedini autori, provjereni stručnjaci iz određene zemlje, sastavljaju svoje izvještaje. Glavni urednik takve nacionalne izvještaje samo prikuplja i sređuje, a zbirku popraćuje kratkim uvodnim tekstom.

Relativna specifičnost ovog priručnika o privremenim mjerama u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži jest njena naglašena orijentiranost određenom profilu i tržištu. Kako urednik, dr. Axel Bösch, tako i devedeset posto autora pojedinih nacionalnih referata pripadaju redovima odvjetnika - starijih partnera u velikim, nerijetko multinacionalnim odvjetničkim društvima koja u svojoj praksi imaju odjele i eksperte specijalizirane za međunarodnu trgovačku arbitražu. Može se pretpostaviti da je glavna ciljna skupina čitatelja i konzumenata ovog priručnika također iz tog kruga. Zanimljivost ovoga izdanja ne svodi se ipak samo na tzv. pravnike praktičare.

Privremene mjere osiguranja, njihove vrste i uvjeti za njihovo izdavanje bili su trajna tema građanskih procesualista. Još je zanimljivije pitanje njihova odnosa prema arbitražnom postupku - naročito ako je riječ o sporu s međunarodnim elementom. Ugovaranjem arbitražne klauzule intencija stranaka u velikoj je mjeri usmjerena tome da zaobide posebnosti nacionalnog pravosuđa i ustroji fleksibilan, brz i pravičan način rješavanja eventualnih sporova. No, jednako kao i u redovnom sudskom postupku, i tijekom arbitražnog postupka, pa i prije njegova pokretanja, može se pojaviti potreba za provizornom pravnom zaštitom, bilo radi anticipiranja, bilo radi privremenog reguliranja spornih odnosa. Kako je, međutim, barem prema konzervativnom stajalištu u zemljama kontinentalnog pravnog kruga, izdavanje privremenih mjera najvećim dijelom privilegija državnog sudstva, na djelu se mogu pojaviti dva paralelna mehanizma - arbitražni i sudski, čime se na mala vrata uvodi ono što su stranke ugovaranjem arbitraže u prvom redu željele izbjeći isključujući jurisdikciju nacionalnih sudova - nacionalne posebnosti i nepredvidljivosti, koje barem za jednu od stranaka u međunarodnom sporu imaju karakter podvrgavanja stranom pravu i stranim sudovima.

Ova opasnost još je izraženija ako se ima u vidu da privremene mjere i u redovnom sudskom postupku sa sobom nose izvjesne rizike. Najvažniji je od njih, kako ističe Bösch u svojoj uvodnoj studiji, "u praksi nesporn rizik da (...) privremena mjera često postaje faktička pobjeda stranke koja je tražila njeno izdavanje", jer "premda je riječ o odluci provizornog karaktera, njene posljedice nerijetko su nepopravljive" (usp. str. 4). Postoji zbog toga opasnost da strana koja traži izdavanje privremenih mjera zloupotrijebi to svoje ovlaštenje, te da se, umjesto kao sredstvom za osiguranje budućeg namirenja potraživanja, privremenim mjerama koristi kao ofenzivnim oružjem kojim, prijeteći privremenom pljenidbom stvari ili blokadom računa, vrši pritisak na svoga protivnika. U praksi se stoga događa ne samo da se u slučajevima kada se traži izdavanje privremene mjere u vezi s arbitražnim postupkom udvostručuju kapaciteti, standardi i (ne na posljednjem mjestu) troškovi, već i to da se izdavanjem privremene mjere od strane državnog suda faktički u potpunosti

zaobilazi ugovorena privatna metoda rješavanja spora, jer - iako teorijski vremenski ograničena i o glavnom postupku ovisna - provizorna mjera pravne zaštite može stranku protiv koje je izdana natjerati na nagodbu pod nepovoljnijim uvjetima, čineći time arbitražni postupak suvišnim; "stvar je tada faktički riješena državni, a ne neutralni i ugovorom predviđeni izabrani sud" (str. 5).

Neograničene mogućnosti izdavanja privremenih mjera od strane državnih sudova u vezi s arbitražnim postupkom sadrže i druge opasnosti: postupak povodom izdavanja privremene mjere načelno je javan, i u njemu mogu "procuriti" informacije čije su odavanje stranke ugovaranjem arbitražnog postupka željele izbjeći; bez obzira na deklaratornu hitnost, postupak izdavanja privremene mjere može trajati duže vrijeme i onemogućiti brzo okončanje spora; naposljetku i troškovi se u oba slučaja umnažaju, naročito u pravnim sustavima koji priznaju pravo na naknadu troškova postupka stranci koja uspije u sporu. Ukratko širom otvorene mogućnosti izdavanja privremenih mjera od strane državnih sudova u krajnjem slučaju "mogu zaprijetiti da u potpunosti unište sve prednosti arbitraže".

Ako, međutim, pogledamo alternative, pitanja se nanovo umnažaju. Iako ne bi trebao biti sporan interes stranaka da o svim pitanjima koja se tiču njihovih spora odlučuje isto tijelo te iako nije logično da se izbranom sudu dopušta konačno, a brani provizorno odlučivanje o spornim odnosima stranaka, velik broj zemalja u cijelosti odriče arbitražnim sudovima pravo na izdavanje privremenih mjera, smatrajući ih domenom izvršnog prava. Budući da izabrani sud ne može primjenjivati prisilu, pa čak njome ne smije niti prijetiti, samo provođenje privremenih mjera nalazi se isključivo u monopolu državnog aparata prisile. Tako se pokazuje u slučajevima država koje prihvaćaju drugačije poimanje, samo po sebi i ne predstavlja osobit problem, već samo vodi pitanju pod kojim pretpostavkama državni sudovi mogu pružiti asistenciju u izvršenju privremenih mjera koje su naložili izabrani suci.

Rješenja na koja nailazimo u izvještajima iz trideset i tri zemlje (te prikazu prava Evropske zajednice) pokazuju iznenađujuću širinu razlika. Čak zemlje istog pravnog kruga i iste pravne kulture, primjerice Austrija i Njemačka, imaju u ovom pogledu dijametralno suprotna rješenja. Dok austrijski izvještaj kategorički odriče pravo arbitrima da izdaju privremene mjere (str. 53), njemački unatoč tome što pravo o tome nije nedvoznačno, svjedoči o tome da "većinu pravnih znanstvenika smatra arbitražne privremene mjere sukladnima njemačkoj pravu" (str. 277) te da arbitri - no samo ako ih arbitražni sporazum na to ovlašćuje - imaju pravo izdavati privremene mjere. Oko mogućnosti da te mjere budu prisilno izvršene od strane državnih sudova nema, međutim, jedinstveno stajalište ni u Njemačkoj (usp. str. 290-291). Ipak, značajan dio teoretičara smatra da je asistencija državnog pravosuđa moguća ako su privremene mjere sadržane u tzv. privremenoj/preliminarnoj presudi izbranog suda (*interim or preliminary award*). Čini se da se, na taj način, čak i klasično kontinentalno pravo germanskog kruga polako približava rješenjima zemalja *common law* sustava, ko

u pravilu priznaju i izvršavaju privremene mjere izbranih sudova. Time se, međutim, ne dira u paralelizam sustava izdavanja privremenih mjera, kako u Njemačkoj, tako i u većini ostalih zemalja koje priznaju pravo arbitrima da izdaju privremene mjere: one se mogu tražiti i izravno od državnog suda, bez obzira jesu li stranke ovlastile (i) arbitre na njihovo izdavanje. Utoliko, čak i u zemljama koje priznaju arbitrima široko pravo na provizorno uređenje odnosa stranaka, istovremeno jamčeći asistenciju državnog sudstva u takvom uređivanju - primjerice u Engleskoj i Walesu - arbitražni sporazum kojim se strankama zabranjuje da traže izdavanje privremenih sudskih mjera smatra se suprotnim javnom poretku i kao takav ništavim.

U svakom pojedinom slučaju ipak treba biti oprezan; ako se bilo kakva univerzalna pouka može izvući iz mozaika različitosti koji nam nudi zbirka *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*, onda je to pouka da o primjenjivosti privremenih mjera u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži treba raspravljati veoma pažljivo, promatrajući zasebno svaki pojedini slučaj. Općenite je odgovore veoma teško dati. Otežavajući je faktor već i sama nejedinstvena priroda privremenih mjera, kojih u svakom od prikazanih pravnih sustava ima više vrsta, kako s obzirom na njihovu svrhu i funkciju, tako i s obzirom na uvjete njihova izdavanja i njihov učinak. Zbog toga se rijetko arbitražnom sudu priznaje neograničeno pravo na izdavanje privremenih mjera, ili mu se to pravo ne priznaje nikada - i u najpermissivnijim sustavima neke mjere po prirodi stvari ostaju u isključivoj nadležnosti državnog suda. Uz to, dobar dio referata po pojedinim zemljama pokazuje da je pitanje privremenih mjera u arbitražnom postupku veoma oskudno zakonski regulirano. Sudska praksa također, ako postoji, čak i u istim zemljama pokazuje odstupanja, tako da su odgovori u dobroj mjeri izvedeni iz (često i opet divergirajućih) stajališta pojedinih teoretičara. Rasvjetljavanje pojedinih problema i ujednačavanje prakse, čini se, potaknut će tek izdanja poput ove zbirke.

Uniformna struktura zbirke *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration* ovome zadatku u najvećoj mjeri pridonosi. Svaki od priloga u njoj, kako po volumenu, tako i po sadržaju, striktno se drži jedinstvene sheme. Zanimljiva je njezina dijaloška struktura: naime, nakon uvodnog dijela, obrađuju se posebno pitanja koja su u interesu potencijalnih predlagača privremenih mjera, a posebno pitanja koja su u interesu njegovih protivnika. Zadani oblik nacionalnih izvještaja bio je sljedeći:

I. Arbitraža u okviru zadanog nacionalnog pravnog sustava

1. Uvod
 - 1.1. Pravni sustav
 - 1.2. Položaj arbitraže u zadanom zemlji
 - 1.3. Arbitražne ustanove/udruženja
 - 1.4. Arbitražna pravila
 - 1.5. Bilateralne i multilateralne konvencije iz područja arbitraže
 - 1.6. Vrste privremenih mjera u zadanom zemlji

II. Interes predlagača

2. Raspoloživost privremenih mjera
 - 2.1. Ovlasti arbitara za izdavanje privremenih mjera prema nacionalnom pravu
 - 2.2. Ovlasti državnog suda za izdavanje privremenih mjera vezanih uz sporove za čije je rješavanje predviđena arbitraža
 3. Uvjeti za izdavanje privremenih mjera
 - 3.1. Uvjeti za izdavanje privremenih mjera od strane izbranih sudova
 - 3.2. Uvjeti za izdavanje privremenih mjera od strane državnih sudova
 - 3.3. Mogućnost primjene privremenih mjera u odnosu na arbitražni postupak vođen u inozemstvu
 4. Postupak za izdavanje privremenih mjera
 - 4.1. Postupak pred izbranim sudom
 - 4.2. Postupak pred državnim sudom
 - 4.2.1. Nadležni sud
 - 4.2.2. Kratak prikaz postupka
 - 4.2.3. Osiguranje koje treba položiti
 - 4.2.4. Troškovi postupka
 - 4.2.5. Pravni lijekovi predlagača ako zahtjev bude odbijen
 5. Izvršenje privremenih mjera
 - 5.1. Izvršenje privremenih mjera koje je izdao arbitražni sud
 - 5.2. Izvršenje privremenih mjera koje je izdao državni sud
 - 5.3. Izvršenje privremenih mjera koje je izdao strani izbrani ili državni sud

III. Interes protivnika predlagača

6. Važenje arbitražnih sporazuma koji izričito isključuju mogućnost traženja privremenih mjera od strane državnog suda
7. Obavijest ili saslušanje protivnika predlagača prije izdavanja mjere
8. Sredstva protivnika predlagača za sprečavanje izvršenja naredne mjere
9. Pravni lijekovi protivnika predlagača
10. Mogućnost tužbe za naknadu štete u slučaju neopravdanog zahtjeva za izdavanje privremene mjere - odlučuje li arbitar ili sud?
11. Odluka o glavnoj stvari - je li nadležan arbitar ili sud?

Većina prikaza strukturirana je k tome tako da se na pojedino pitanje najprije daje kratak, a potom iscrpan odgovor, što dodatno pridonosi preglednosti ovog izdanja, koje se unatoč svome priručnom karakteru proteglo na impozantnih 818 stranica. Gotovo da je nepotrebno napomenuti da se među prikazane trideset i tri zemlje, "izabrane zbog svojeg značenja kao forumi za provođenje arbitraže ili izdavanje specifičnih privremenih mjera" (str. v) ne nalazi Hrvatska (kao, doduše, niti jedna druga zemlja Središnje i Istočne Evrope). Stoga ova knjiga - kao i gornji sinopsis nacionalnih referata - može poslužiti kao dobrodošao poticaj za obradu ove značajne, u nas još nedovoljno istražene teme.