

Jelena Vukadinović Marković*
Ivana Radomirović**

PRAVO NA NAKNADU ŠTETE KAO POSLEDICA POVREDE RECEPTUM ARBITRI -građansko pravna odgovornost arbitara-

Apstrakt

Ugovor predstavlja sastanak saglasnosti volja ugovornih strana kojim preuzimaju određena prava i stiču obaveze. Sve dok traje period u kom preovladavaju prava ugovornih strana tzv. „renesansni“ period života ugovora, pitanje štete i obaveze naknade se ne postavlja. Pitanje prava na naknadu štete se postavlja trenutkom povrede preuzete obaveze od strane ugovornika. Pravilo naknade štete kao opšte pravilo ugovornog prava nalazi svoju primenu i kod ugovora o arbitraži kao osnovnog pravnog posla kojim se ugovara privatni način rešavanja sporova.

Budući da pripada ugovorima, opšta načela ugovornog prava važe i za ugovore kojima se uspostavlja nadležnost arbitraže kao vansudskog foruma. Sporazum o arbitraži prati i dodatni sporazum - receptum arbitri, zaključen između strana arbitražnog ugovora s jedne i imenovanog arbitra, s druge strane. Ovaj ugovor predstavlja dvostrano obavezujući intuitu personae ugovor koji podleže pravnom režimu ugovornog prava. Povredom preuzetih obaveza od strane ugovornih strana, postavljaju se brojna pitanja koja čine predmet ovog rada.

Uporedno pravnom analizom pravnih izvora arbitražnog i ugovornog prava kao i sistematičnom obradom sudske i arbitražne prakse, autorke rada daju odgovore na pitanja prava na naknadu štete, njen obim i postupak naknade.

Ključne reči: *receptum arbitri, naknada štete, arbitraža, građansko pravna odgovornost arbitra, povreda ugovora*

* Doktor pravnih nauka, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, docent Fakulteta za privredu i pravosuđe Privredne akademije u Novom Sadu.
e-mail: jelena_vuk83@yahoo.com

** Master pravnik, istraživač pripravnik Instituta za uporedno pravo.
e-mail: i.radomirovic@iup.rs

1. Umesto uvoda

Arbitražno rešavanje kao nedržavni način rešavanja sporova poznat je još od najstarijih vremena. U izvorima arbitražnog prava se navodi da je arbitraža kao način rešavanja sporova bila poznata u vreme starih Grka¹.

Koreni „savremene“, trgovačke arbitraže se mogu naći u srednjevekovnoj Zapadnoj Evropi i trgovinskim sporovima iz tog doba. Tako nastale trgovačke sporove su rešavali arbitri birani iz redova trgovaca čije su odluke izvršavane ne iz straha od represivnih sredstava zajednice, već iz uverenja u njihovu pravičnost, shvatanje morala i poštovanje društva. Ovakva arbitraža je više predstavljala instituciju mira i mirenja, čiji je zadatak bio da održi harmoniju u zajednici, a manje instituciju čiji je primarni cilj bio striktno poštovanje pravnih pravila. Kasnije, nakon razvoja zanatstva i internacionalizacije trgovine, tako nastali sporovi su dobili međunarodni karakter, čime su stvoreni uslovi za uspostavljanje međunarodne trgovačke arbitraže. Moderna međunarodna trgovačka arbitraža se kao način rešavanja sporova afirmiše između dva svetska rata.

Kao organ ili telo koje rešava spor, arbitraža predstavlja nedržavno pravosudno telo koje karakteriše posebna ovlašćenja i način rada arbitara pojedinaca ili arbitražnog veća, pa se takvo telo tretira kao „privatni sud“ uspostavljen na osnovu zakonskog ovlašćenja (od strane privatnih lica). Za postojanje arbitraže kao načina rešavanja sporova neophodno je poverenje ugovornih strana. Poverenje koje strane arbitražnog sporazuma imaju u arbitre presudno utiče da svoj spor poveru na rešavanje privatnom telu, a ne državnom sudu. Dok je poverenje subjektivni osećaj svakog pojedinca iskazan u izboru tačno određenog arbitra, poveravanje rešavanja spora ovako odabranim licima pored subjektivnog elementa, sadrži i objektivni element čije su granice objektivizovane i omeđene državnim propisima. Prvo dozvoljavanjem, a kasnije propisivanjem granica podobnosti sporova za arbitražno rešavanje, država sužava ili širi obim pravnih odnosa koji su arbitrabilni i podobni da o njima raspravlja arbitraža, iskazujući na taj način stav prema arbitraži kao privatnom forumu za rešavanje sporova.²

Svoju nadležnost arbitraža zasniva putem arbitražnog sporazuma koji može biti u dve forme (kompromis i kompromisorna klauzula).³ Kompromisorna klauzula čini deo sporazuma o osnovnom poslu, iako sa njim ne delu istu pravnu sudbinu.⁴ Klauzulom se predviđa nadležnost arbitraže sa sporove koje

¹ N. Blackaby *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2015, 4.

² Više o arbitrabilnosti sporova vid. J. Vukadinović, *Uloga arbitrabilnosti u postupku rešavanja sporova pred međunarodnom trgovinskom arbitražom*, doktorska disertacija, Beograd 2016.

³ J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim poslovnim odnosima*, Beograd 2012, 190.

⁴ Pod autonomijom arbitražnog ugovora se podrazumeva njegova pravna samostalnost i odvojenost od osnovnog posla, bez obzira što se može u fizičkom smislu nalaziti u

će nastati iz odođenog pravnog odnosa. Neretko se ova klauzula nalazi pri kraju glavnog ugovora, zajedno sa klauzulom o merodavnom pravu i često je nazivaju „ponoćnom klauzulom“, jer ugovorne strane o njoj često raspravljaju nakon što je glavni posao zaključen, ne pridajući dovoljno pažnje svim odredbama ugovora koji se odnose na forum ili pravo koje se primenjuje.⁵ S druge strane, kompromis predstavlja poseban pravni posao, zaključen nakon što je spor nastao. Okolnosti u kojima nastaje ovaj posao su često praćeni narazumevanjem od strane ugovornih lica, pa izgledi da se dođe do kompromisnog rešenja o načinu imenovanja arbitara, merodavnom pravu ili mestu sedišta arbitraže su smanjeni.⁶

Za otpočinjanje i nesmetano odvijanje arbitražnog postupka pored arbitražnog sporazuma kao inicijalnog i neophodnog uslova konstituisanja nadležnosti arbitraže, potrebno je postojanje i niza drugih ugovora. Situacija je komplikovanija, ukoliko strane arbitražog sporazuma nisu istovremeno i strane arbitražnog postupka, te se postavljaju pitanja pravnog osnova učešća datih lica u postupku kao i ispunjenje propisanih uslova punovažnosti ugovora. Pored navedenog ugovora, za otpočinjanje arbitražnog postupka pred institucionalnom arbitražom, neophodno je zaključenje ugovora između stranaka i određene institucionalne arbitraže. Nakon toga, kao treći u nizu sporazuma, je sporazum između određene arbitražne institucije i arbitra kog su stranke imenovale. Četvrti i konačni sporazum se zaključuje između stranaka arbitražnog ugovora i izabranog arbitra (*receptum arbitri*).

Prvi ugovor, ugovor o arbitraži, je materijalno pravni ugovor koji proizvodi određene procesne posledice. Jedna od posledica je prorogaciono dejstvo ugovora kojim se kreira nadležnost arbitražnog tribunala, derogirajući istovremeno nadležnost nacionalnog suda.

Zaključivanjem arbitražnog sporazuma ugovorne strane se opredeljuju za institucionu ili ad hoc arbitražu. U zavisnosti od učinjenog izbora, zavisice i ugovori kojima se otpočinje postupak rešavanja sporova. Institucionalne arbitraže imaju sopstvena pravila, po kojima se postupak rešavanja sporova vodi pod njihovim otkriljem. Takva pravila kao i celokupna administracija vođenja postupka predstvalja ponudu institucionalne arbitraže koja je usmerena na

njemu kao arbitražna klauzula, ili biti odvojen u drugom dokumentu. Osnovna praktična posledica prihvatanja načela autonomije je stav da arbitražni ugovor može da postoji i proizvodi pravno dejstvo i kad je osnovni posao prestao da postoji ili nije punovažno nastao. Više M. Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd 2000, 266.

⁵ Više o manjkavim klauzulama vid. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i Adr*, Beograd 2010, 65-69.

⁶ U francuskom pravu dugo godina nije priznavano postojanje kompromisorne klauzule, već je zahtevano da nakon nastanka spora ugovorne strane zaključenjem kompromisa potvrde optiranje za arbitražu kao načina rešavanja sporova. Više J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd 2002, 48.

neodređeni broj lica.⁷ Zaključivanjem ugovora sa određenom institucionalnom arbitražom ugovorne strane prihvataju da spor koji je nastao povere u tehničkom i administrativnom smislu određenoj institucionalnoj arbitraži. Institucionalne arbitraže po pravilu sadrže listu arbitara koja može biti otvorenog ili zatvorenog tipa kojom se pruža mogućnost izbora arbitara arbitražnim strankama. Imenovanjem arbitra od strane ugovornih strana, stranke se opredeljuju za tačno određenog arbitra sa kojim institucionalna arbitraža zaključuje poseban ugovor. Takav ugovor predstavljaće pravni osnov za isplatu naknade arbitrima za preuzete obaveze rešavanja sporova i pokrivanje troškova suđenja. Imenovanje arbitra od strane stranaka ne predstavlja bitan element ugovora o arbitraži te će arbitražni sporazum proizvoditi pravno dejstvo i bez ove odredbe. Ukoliko ugovorne strane ne imenuju arbitre, oni će biti izabrani prema pravilnicima institucionalnih arbitraža ili dispozitivnih pravila merodavnog prava u slučaju ad hoc arbitraža.⁸

Četvrti i poslednji ugovor koji se zaključuju prilikom konstituisanja nadležnosti arbitraže je ugovor između, s jedne strane, stranaka arbitražnog postupka i izabranog arbitra, s druge strane. *Receptum arbitri* kao ugovor između stanaka i arbitara svoj osnov ima u arbitražnom sporazumu. On ne nastaje istovremeno kad i arbitražni sporazum već kasnije, kada stranka postupka uputi ponudu arbitru a ovaj je kasnije prihvati.⁹ Nekada će u arbitražnom sprazumu biti predviđene osobine arbitra kao preduslov kasnijeg imenovanje od strane arbitražnih strana.

2. Pravna priroda *receptum arbitri*

Pod *receptum arbitri* se razume sporazum koji sa jedne strane zaključuje obe strane arbitražnog ugovora, a sa druge strane, imenovani arbitar. Ugovor će postojati kada su stranke sporazumno odredile arbitra, ali i u slučaju kada je izbor izvršila samo jedna od strana arbitražnog sporazuma, već imenovani arbitri ili treće lice u svojstvu ovlašćenika za imenovanje.¹⁰ Kako je arbitar izabran zbog svojih ličnih kvaliteta, ovaj ugovor spada u kategoriju *intuitu personae* ugovora. Takav ugovor se ne može preneti na drugo lice iz razloga svojstava ugovornika.¹¹

⁷ E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1999, 602.

⁸ G. Knežević, V. Pavić, 78-100, K. Jovičić, „Pravna priroda odnosa između arbitara i stranaka- *receptum arbitri*“, *Strani pravni život* 1/2020, 17.

⁹ K. Jovičić, 18.

¹⁰ G. Stanković *et al.*, *Arbitražno procesno pravo*, Niš 2002, 78.

¹¹ J. Perović (2012), 134.

Intuitu personae ugovori su ugovori zaključeni s obzirom na lična svojstva ili sposobnosti jednog ili oba ugovornika, tako da je zaključenje ugovora i izvršenje obaveze takvog ugovornika u uskoj vezi sa ugovornikom zbog čijih ličnih svojstava je taj ugovor i zaključen. Kako se *intuitu personae* ugovori zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika, to ne znači da se ugovor zaključuje s obzirom na obe ugovorne strane, iako i to može biti slučaj, kao što je slučaj kod ugovora o doživotnom izdržavanju.¹² Češće će biti slučaj da se ugovor zaključuje s obzirom na ličnost jedne ugovorne strane, kao kada je reč u ugovoru o delu, ugovoru o nalogu ili ugovoru o poklonu. Iako to ni u nije izričito predviđeno Zakonom o obligacionim odnosima, ukoliko je ugovor zaključen s obzirom na lične osobine neke od ugovornih strana ili lične sposobnosti dužnika, obaveza iz ovakvog ugovora neće prestati samo smrću ugovorne strane s obzirom na čije lične osobine ili sposobnosti je ugovor zaključen, već i ukoliko ta ugovorna strana izgubi neko od svojstava ili sposobnosti povodom kojih je ugovor zaključen, pa tako ugovor zaključen *intuitu personae* može prestati i gubitkom poslovne sposobnosti ugovorne strane, gubitkom dozvole ili licence za rad, nastupanjem nemogućnosti obavljanja određene delatnosti ili gubitkom nekih naročitih sposobnosti ili karakteristika. Preciznije rečeno, nastupanje subjektivne nemogućnosti na strani jednog ugovornika dovodi do prestanka ugovora. Zato se kaže da je kod *intuitu personae* ugovora subjektivna nemogućnost izjednačena sa objektivnom nemogućnošću.¹³

Neprenosivost prava i obaveza nije jedino svojstvo *intuitu personae* ugovora. Ovakva tvrdnja zahteva dodatno preciziranje, a imajući u vidu da neprenosivom treba smatrati samo onu obavezu koja je strogo vezana za ličnost ugovornika. Stoga, druga obaveza iz ugovora, a koja nije vezana za ličnost ugovornika, mogla bi biti predmet prenosa ili ustupanja.¹⁴ Ovakva prenosivost druge obaveze iz *intuitu personae* ugovora odnosi se kako na ugovore za koje se po prirodi posla smatra da su zaključeni s obzirom na ličnost ugovornika, tako i na ugovore kojima je izričito predviđeno da se zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika. S druge strane, periodična potraživanja koja su dospela pre smrti poverioca prelaze na njegove naslednike, odnosno, dospeli periodični dugovi prelaze na naslednike dužnika.¹⁵

Pored toga što ličnost ugovornika predstavlja odlučujući deo saglasnosti volje u trenutku zaključenja ugovora, svojstva *intuitu personae* ugovora dolaze do izražaja i prilikom izvršenja lične obaveze iz takvog ugovora. Kako je ugovor zaključen s obzirom na naročita svojstva ili sposobnosti dužnika, poveriocu

¹² S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1986, 232.

¹³ M. Karanikić Mirić, „Otežano ispunjenje ugovorne obaveze“, *Pravo i privreda* 4/2020, 46, fn. 78.

¹⁴ D. Nikolić, „*Obligaciones intuitu personae*“, *Zbornik radova* 25/1991, 204.

¹⁵ J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2007, 179.

nije svejedno ko će obavezu prema njemu izvršiti, već očekuje da ispunjenje primi od lica sa kojim je ugovor i zaključio. Stoga je Zakonom o obligacionim odnosima predviđeno da zabluda koja se odnosi na lice sa kojim se zaključuje ugovor, ako se zaključuje s obzirom na to lice, predstavlja razlog za poništaj ugovora zbog bitne zablude.¹⁶ Takođe, lične obaveze iz *intuitu personae* ugovora ne mogu biti obezbeđene jemstvom, niti mogu biti zamenjene zamenjivim obavezama u izvršnom postupku. U postupku prinudnog izvršenja lične obaveze iz *intuitu personae* ugovora, na dužnika se može samo uticati putem određivanja svote novca koju će biti dužan isplatiti poveriocu za svaki dan zadocnjenja,¹⁷ ili putem izricanja novčanih kazni. Poverilac u svakom slučaju može zahtevati i naknadu prouzrokovane štete zbog neispunjenja ugovorne obaveze.

Podela ugovora na lične i nelične u francuskom pravu proizvodi pravne posledice nalik onim u srpskom pravu. U francuskom pravu je ustanovljena pretpostavka da je dobroćini ugovor *intuitu personae*, zaključen s obzirom na ličnost ugovornika koji stiče korist iz tog ugovora, odnosno poverioca.¹⁸ *Intuitu personae* priroda dobroćinih ugovora opravdava sam ugovor jer objašnjava razlog obvezivanja na dobrično raspolaganje, dok se *intuitu personae* priroda dobroćinih ugovora objašnjava prisustvom ugovornih rizika koji mogu biti vezani za okolnosti pod kojima je ugovor zaključen ili prirodu obaveze koju treba ispuniti.¹⁹ Takođe, izvinjavajuća zabluda o ličnosti ugovornika predstavlja razlog rušljivosti *intuitu personae* ugovora,²⁰ smrt ugovornika s obzirom na čiju ličnost je ugovor zaključen dovodi do prestanka ugovora,²¹ te se obaveze iz ovih ugovora ne mogu prenositi pravnim poslovima *inter vivos* niti *mortis causa*.²²

¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020), čl. 61 st 1.

¹⁷ Čl. 294, st. 1 ZOO.

¹⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz 2019, 119.

¹⁹ D. Krajewski, P. Le Tourneau, *Contrat intuitu personae, Jurisclasseur Contratsdistribution (Fasc. 200)*, Toulouse Capitole Publications, Toulouse 2019, par. 5.

²⁰ Čl. 1134 Francuskog građanskog zakonika (Code Civil), www.legifrance.gouv.fr, datum pristupa 30. 06. 2022.

²¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, 171.

²² U francuskoj doktrini se kao tipičan primer *intuitu personae* ugovora navodi i ugovor o radu, imajući u vidu da se on zaključuje s obzirom na ličnost zaposlenog. Predlog za zaključenje ugovora koji sadrži sve bitne elemente ugovora čijem je zaključenju namenjen se smatra da je dat pod implicitnom rezervom ukoliko je reč o *intuitu personae* ugovoru, pa tako ni prost prihvatanje ponude za zaključenje ugovora o radu nije dovoljan za zaključenje ugovora, a poslodavac ostaje slobodan da izabere među potencijalnim radnicima koji su se odazvali predlogu, pa čak ni da nijednog od njih ne izabere. Vid. *Ibid*, 199-200.

Slično rešenje nalazimo u nemačkom pravu. Osnovno pravilo Nemačkog građanskog zakonika je da treće lice takođe može da izvrši ugovornu obavezu, osim ukoliko obavezu ne mora da ispuni dužnik lično, a poverilac može odbiti ispunjenje obaveze ako se dužnik tome protivi.²³ Da li dužnik mora da obavezu ispuni lično ili ne, zavisi od prirode obaveze i namere ugovornih strana.²⁴ U Posebnom deo Nemačkog građanskog zakonika sporadično sadrži pojedine odredbe o ugovorima koji se po pravilu zaključuju s obzirom na ličnost ugovornika. Takav je slučaj sa ugovorom o pružanju usluga (§ 613), ugovor o mandatu (§ 664) i o depozitu (§ 691). Takođe, lice koje je prilikom davanja izjave namere bilo u zabludi u pogledu njenog sadržaja, ili ne bi dali izjavu ovakve sadržine, može izbeći punovažnost ovakve izjave ako se pretpostavlja da je ne bi dalo da je znalo činjenično stanje i da je bilo svesno pravih okolnosti slučaja.²⁵ Zabluda o svojstvima lica ili stvari koja se smatra bitnim, smatra se zabludom o sadržaju izjave, te takođe može imati uticaj na punovažnost izjave.

Ukoliko je rešavanje spora povereno arbitru pojedincu, zaključuje se jedan ugovor. Ako o sporu odlučuje veće sastavljeno od 3 ili više arbitara, zaključuje se onoliko posebnih ugovora koliko je arbitara u veću. Punovažno zaključen ugovor će postojati ako je zaključen u pisanoj formi, ako je neformalno zaključen, kao i kad je zaključen konkludentnom radnjom. Ugovor će se smatrati da je nastao danom prihvatanja funkcije (imenovanja) od strane arbitra.

Po svojoj pravnoj prirodi, *receptum arbitri* predstavlja teretni dvostranički pravni posao kojim su stranke u postupku preuzele obavezu da isplate troškove naknade (nagrade) arbitru kao i troškove postupka, dok su arbitri preuzeli obavezu da reše sporni odnos. Obaveza isplate naknade će postojati i kad ova obaveza nije eksplicitno predviđena ugovorom. Praksa arbitražnih foruma predviđa da arbitru pripada prikladna (primerena) nagrada i kad nije posebno ugovorena. Prema čl. 41 Arbitražnih pravila UNCITRAL-a, nagrada članova arbitražnog tribunala mora biti primereno određena uzimajući u obzir vrednost predmeta spora, njegovu složenost, vreme koje su arbitri utrošili na rešavanje kao i svaku drugu okolnost koja je od uticaja na određivanje naknade.²⁶ Pravo na nagradu arbitru pripada i kada u sporu nije odlučeno meritornom odlukom, nego je zaključeno poravnanje ili je došlo do obustave postupka izazvanom voljom stranaka. Ova obaveza ne znači da će stranka direktno arbitru isplatiti ugovorenu sumu, već će

²³ § 267 Nemačkog građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

²⁴ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, Oregon 2006, 362.

²⁵ § 119 BGB.

²⁶ V. Uncitral Arbitražna pravila. Dostupno na UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). datum pristupa 27. 6. 2022.

troškove postupka isplatiti nadležnoj institucionoj arbitraži koja će kasnije nagradu isplatiti arbitrima. Ovaj ugovor ima karakter dvostranačkog posla nezavisno od množine lice koja učestvuju na jednoj ili na drugoj strani u arbitražnom postupku.²⁷

Trajanje ugovora je vremenski ograničen na trenutak donošenja odluke. Kako je donošenje arbitražne odluke kojim se rešava nastali spor ostvarena kauzaovog ugovora, donošenje odluke se može smatrati ispunjenjem ugovora. Osim što ugovor *receptum arbitri* (kao i arbitražni sporazum) može prestati ispunjenjem, ugovor može biti i raskinut, zbog različitih razloga koji onemogućavaju ostvarenje cilja zbog kojeg je ugovor nastao. Do prestanka dolazi i po osnovu sporazumnog raskida ugovora. Raskid može zahtevati arbitar ali i ugovorne strane zajedničkom voljom.

Ukoliko tokom trajanja ugovora *receptum arbitri* ugovorne strane svojim postupcima prouzrokuju povredu preuzetih obaveza i nastanak štete drugoj ugovornoj strani, postavlja se pitanje da li druga ugovorna strana ima pravo na naknadu štete i ukoliko ima, koji forum: nacionalni ili arbitražni, je nadležan da utvrdi postojanje prava i visinu naknade štete. O pravnoj prirodi odnosa ugovornih strana iz ugovora *receptum arbitri* u uporednopravnoj teoriji postoje podeljena mišljenja.²⁸ Najšire prihvaćena teorija je ugovorno pravna koja u centar istraživanja stavlja saglasnost ugovornih strana prilikom zaključenja ugovora *receptum arbitri*.²⁹ Pored ugovorne postoje i mišljenja o procesnoj (sudskoj) teoriji koja akcenat stavlja na pravosudsku funkciju arbitara kao lica kojima je priznato pravo da spor reše pravosnažnim putem. U tom smislu, arbitri se u statusnom smislu približavaju sudijama u pravosudnom sistemu. Drugim rečima, procesna teorija, obaveze arbitra koje proizilaze iz zaključenog *receptum arbitri* svrstava u domen javnog interesa.³⁰ Razlika koja postoji između arbitra i sudije ogleda se u mogućnosti (pravu) prihvatanja obezbe rešavanja sporova. Dok arbitri imaju pravo da ne prihvate, odnosno odbiju imenovanje, sudije nemaju mogućnost izbora.

Iz napred navedenog, čini nam se da *receptum arbitri* u sebi prožima delove ugovorne i procesne teorije.³¹ U svom nastanku ovaj ugovor predstavlja

²⁷ Više o višestranačkim arbitražama v. L. Mistelis, "The Judicial Solution to the Arbitrator's Dilemma: Does the 'Extension' of the Arbitration Agreement to Non-Signatories Threaten the Enforcement of the Award?", *Journal of International Arbitration*, V. 39, issue 3, 351-364.

²⁸ K. Jovičić, 20-21.

²⁹ E. Gaillard, J. Savage, 601; J. Perović, "Obligations of arbitrators in international commercial arbitration", *Revija kopaoničke škole prirodnog prava* 1/2019, 132; M. Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd 2013, 181.

³⁰ M. Mustill, S. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd edition, London and Edinburgh, Butterwords 1989, 220.

³¹ K. Jovičić, 18-19.

saglasnost volja određenih lica, dok prema posledicama koje proizvodi ugovor ima određena procesna dejstva. Stoga je najprihvatljivije rešenje po kom *receptum arbitri* predstavlja ugovor *sui generis* pravne prirode, koji je materijalnopravne prirode u osnovi i procesno pravne u svom dejstvu.

Ovaj ugovor je *sui generis* pravne prirode i u odnosu na karakterističnu prestaciju koja postoji u ovom ugovoru. Osnovna obaveza koja proizilazi iz ovog ugovora je presuđivanje sporne stvari od strane arbitra i ispalata naknade od strane arbitražnih stranaka. U pravnoj teoriji, postoje mišljenja da u osnovi ovog ugovora leži nalog³² kog stranke daju arbitru. S druge strane, postoje i mišljenja da ovaj ugovor predstavlja ugovor o pružanju usluga.³³ Za svaku od ovih teorija postoje brojni argumenti koji govore u prilog navedenim mišljenjima. Smatramo da *receptum arbitri* predstavlja *sui generis* pravni posao koji prožima više navedenih teorija bez stavljanja u prvi plan jedne od karakterističnih prestacija.³⁴ Delovanje arbitara označava primenu prava pa u rešavanju sporova arbitar ne sme biti vezan nalogom (uputstvom) stranaka jer u suprotnom on bi bio obavezan nalogom strane koja ga je imenovala. Arbitri bi u tom slučaju morali voditi dnevnik izvršenih naloga-poslova, što bi u ovom slučaju značilo otkrivanje informacija o konkretnom slučaju. Pristalice ugovora o pružanju usluga negiraju postojanje kvazi sudske funkcije arbitra, što čini nam se ne može biti opravdano jer je arbitražna odluka izjednačena sa odlukom suda.

Obaveze arbitra se ne mogu svesti na obavezu pružanja usluge ili izvršenja naloga, već se mogu posmatrati kao principijalne obaveze arbitara koje se, između ostalog, odnose na nepristrasnost i nezavisnost prilikom odlučivanja.³⁵ Nepristrasnost predstavlja subjektivni odnos arbitra prema strankama arbitražnog postupka, dok nezavisnost se tumači kao objektivni kriterijum. Obaveza arbitra odnosi se i na postupanje koje je savesno i efikasno (delotvorno),³⁶ postupajući u skladu sa dogovorenim „zadatkom-rasporedom suđenja“. Pod tim zadatkom, arbitri su u obavezi da primenjuju materijalno i procesno pravo koje su stranke izabrale i da u skladu sa izabranim pravom reše sporni odnos u odgovarajućem vremenskom intervalu.

Obaveza arbitara odnosi se i na čuvanje informacija koje su otkrivene tokom vođenja postupka. Ova obaveza svoj koren ima u načelu tajnosti koje se

³² Y. Hong-Lin, „Who is an arbitrator? A study into the issue of immunity“, *International Arbitration Law Review* 2/2009, 3-10.

³³ E. Gaillard, J. Savage, 605–608; D. Alession, „Enforcing Arbitrator’s Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators’ Liability“, *Journal of International Arbitration* 6/2014, 753-754.

³⁴ O tome pre svih K. Jovičić, 17-28.

³⁵ O nepristrasnosti i nezavisnosti vid. J. Perović, „Nezavisnost i nepristrasnost arbitara u uporednom arbitražnom pravu“, *Pravo i privreda* 5-8/1996, 266.

³⁶ Čl. 22 Zakona o arbitraži RS, *Službeni glasnik RS* br. 46/06.

kao argument u korist arbitraže koristi u poređenju sa sudskim načinom rešavanja sporova. Načelo vođenja fer i poštenog postupka je opšte načelo arbitražnog prava koje se primenjuje na sve postupke pred arbitražnim tribunalom.

U svakom dvostranačkom odnosu, pa tako i u ovom, može doći do povrede preuzetih obaveza. Predmet ovog rada ograničen je samo na povredu obaveze preuzete od strane arbitra i pravnih posledica koje tom povredom nastaju.

U određenim okolnostima arbitri mogu prekršiti, nespuniti preuzete obaveze. Razlozi se mogu tražiti u nepoznavanju pravila merodavnog prava za konkretan materijalni odnos, nedovoljnom znanju jezika na kom se postupak vodi ili, u nedostatku vremena arbitra da se posveti preuzetom slučaju. Ukoliko se sa nekim od ovih razloga arbitar suoči, od njega se očekuje da se sam povuče iz slučaja. U suprotnom, arbitri mogu biti povučeni voljom ugovornih strana arbitražnog ugovora³⁷ ili u odsustvo volje, odlukom nadležnog suda.³⁸ Određeni pravni sistemi predviđaju da će arbitri odgovarati (građansko-pravno) ukoliko se nakon prihvatanja imenovanju povuku sa pozicije arbitra ne navodeći valjane razloge.³⁹

3. Pravne posledice povrede *receptum arbitri* od strane arbitra

Prema opštim pravilima obligacionog prava, svako ko načini štetu drugom dužan je da je nadoknadi, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. Pretpostavlja se da je šteta nastala povredom preuzete obaveze i da postoji veza između takve povrede i štete. U slučaju *receptum arbitri*, u pitanju je šteta nastala povredom ugovora, tj. preuzetih obaveza od strane arbitara ili stranaka arbitražnog postupka. Kršenje preuzete obaveze od strane arbitra može imati za posledicu poništaj arbitražne odluke, ukoliko je takav razlog predviđen merodavnim pravom. Povreda preuzetih obaveza od strane arbitra povlači građanskopravnu odgovornost i prestanak dužnosti arbitra. Odgovornost kao uslov za naknadu štete postoji ako se arbitru može staviti na teret *dolus* ili *culpa lata*.⁴⁰

U određenim okolnostima, povreda obaveze nepristrasnosti i nezavisnosti može kao posledicu imati i krivičnu odgovornost.

Osnovno pitanje koje se postavlja prilikom povrede preuzetih obaveza od strane arbitra je da li arbitar odgovara za nastalu „štetu“ prema pravilima ugovornog prava čija osnova se nalazi u ugovoru ili je izuzet od takve štete po osnovu pravosudne funkcije koju ima kao lice koje presuđuje spor koji je u

³⁷ Čl. 1452. Francuskog zakonika o arbitraži (Code of Civil Procedure).

³⁸ Čl. 1029, st. 2 Holandskog zakona o arbitraži.

³⁹ Čl. 813 para. 2. Italijanskog zakona o arbitraži.

⁴⁰ S. Triva *et al.*, *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad 1973, 78.

toku.⁴¹ Pravosudna funkcija arbitra ogleda se u pravu koje je dato arbitrima da spor reše pravosnažnom odlukom. Sudije nacionalnih sudova uživaju imunitet tokom donošenja presude. U istom smislu, prema pravilima arbitražnog prava arbitri su oslobođeni odgovornosti za odluku koju su doneli, a odnosi se na način na koji su primenili materijalno pravo, ili na koji način su tumačili prezentovane činjenice i dokaze.⁴² Građansko pravna odgovornost arbitra koje se zasniva na imunitetu regulisana je Arbitražnim pravilima MTK arbitraže⁴³ kao i pravilima Londonskog arbitražnog centra (LCIA).⁴⁴ Prema ovim pravilima, arbitri su oslobođeni odgovornosti za postupanje ili nepostupanje u arbitražnom postupku osim ako ovo ograničenje odgovornosti nije zabranjeno prema merodavnom pravu. Prema pravilima LCIA,⁴⁵ između ostalog se navodi da bi postojala odgovornost arbitra potrebno je da je šteta nastala kao posledica svesnog i namernog kršenja preuzetih obaveza.

Načelo imuniteta koje oslobađa arbitre odgovornosti za preuzete postupke je na različite načine tretirano u komunitarnom (zemljama pisanog prava, kontinentalnim zemljama) i anglosaksonskom pravu.⁴⁶ Englesko pravo poznaje isključenje odgovornosti arbitra tokom obavljanja preuzetih dužnosti rešavanja sporova osim u slučajevima da je postupao sa lošom namerom.⁴⁷ Pravni sistemi koji pripadaju kontinentalnoj školi prava, pitanje odgovornosti arbitra rešavaju u skladu sa opštim načelima ugovornog prava i načelu odgovornosti, ostavljajući na slobodi sudovima tumačenje činjenica i okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Izuzetak postoji u Austrijskom građanskom procesnom pravu,⁴⁸ koji predviđa odgovornost arbitra za štetu koju je načinio strankama štetnim ponašanjem tokom postupka kao i kad je doneo odluku probijajući postavljene vremenske okvire.⁴⁹ Prema francuskom pravu načelo imuniteta ne oslobađa arbitre odgovornosti za štetu koja je nastala kao posledica „lične zloupotrebe prava koja se izjednačava sa ozbiljnim nedoličnim ponašanjem, prevarom, grubom nepažnjom ili uskraćivanjem pravde“.⁵⁰

⁴¹J. Lew, *The Immunity of the Arbitrator*, Loyd's of London Press 1990, 29.

⁴²M. Stanivukovic. 181.

⁴³Čl. 41. MTK Arbitražnih pravila iz 2021. godine.

⁴⁴Čl. 31. LCIA Arbitražnih pravila.

⁴⁵Čl. 31.1. LCIA Pravila.

⁴⁶N. Blackaby *et al*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2015, 330.

⁴⁷Čl. 29 Engleskog zakona o arbitraži.

⁴⁸Čl. 594, st. 4. Austrijskog zakona.

⁴⁹Na istom stavu stoji i italijanski Zakon o arbitraži.

⁵⁰Azzran Case, Cass. Ire civ., January 15, 2014, no 11-17.196, *Bull. civ.* 2014, I, no 1.

Analizirajući praksu sudova kontinentalne pravne tradicije⁵¹ može se zaključiti da i u ovim pravnim sistemima postoji poznavanje sistema iminiteta arbitra sa određenim izuzecima.⁵² Izuzeci se odnose na namerne greške ili prevare u ponašanju arbitra prilikom rešavanja sporova.

Neotkrivanjem činjenica koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristrasnost i nezavisnost arbitri, takođe, izazivaju određenu štetu ugovornim stranama. Šteta može biti u vidu dodatnih troškova tokom samog postupku ili u postupku poništaja već donete arbitražne odluke.

Drugim rečima, pravni osnovi za odgovornost arbitra se mogu razlikovati od jednog do drugog pravnog sistema. Kao opšte priznati razlozi za odgovornost arbitra navode se nedostatak nepristrasnosti i nezavisnosti, neotkrivanje okolnosti koje mogu da dovedu do sukoba interesa, povlačenje sa mesta arbitra bez davanja valjanog razloga, značajno odugovlačenje u postupku rešavanja sporova i povreda načela poverljivosti arbitražnog postupka.

Nakon nastanka štete, postavlja se pitanje foruma pred kojim se može postaviti zahtev za naknadu štete. Prema pravilima arbitražnog prava arbitražni ugovor predstavlja autonomni pravni posao čija pravna sudbina neće zavisiti od sudbine glavnog ugovora. Drugim rečima, ukoliko nastane poništaj glavnog posla arbitražni ugovor će preživeti i kreirati nadležnost arbitražnog tribunala kao foruma za rešavanje sporova. Međutim, u okolnostima kada je povreda nastala iz receptim arbitri jedino moguće rešenje za rešavanje spora je priznati nadležnost nacionalnog suda. U suprotnom, arbitražni tribunal bi razmatrao pitanje povrede učinjenog od stane jednog ili više njegovih članova.

Drugi razlog za nadležnost nacionalnog suda leži u osnovu iz kog je proistekla odgovornost arbitra. Naime, arbitri se ugovorom *receptum arbitri* obavezuju prema strankama da će savesno i pošteno voditi postupak i doneti odluku kojom meritorno odlučuju o spornom odnosu. Ovaj ugovor je klasični obligacionopravni ugovor iz kojeg proizilaze međusobna prava i obaveze. Kako u datom ugovoru ne postoji derogaciona klauzula jer bi, s jedne strane predstavljala sukob interesa, dok s druge strane dovela do nepotrebnog prolongiranja rešavanja spora, nadležnost nacionalnog suda se nameće kao jedinog mogućeg foruma.

Kada je u pitanju *receptum arbitri* koji je zaključen između lica iste nacionalnosti bez inostranog elementa, određivanje stvarno i mesno nadležnost suda ne predstavlja predmet diskusije. Situacija je nešto složenija kada u odnosu arbitara i ugovornih strana postoji element inostranosti. U takvim okolnostima treba odrediti koji od nacionalnih sudova poseduje konkurentu nadležnost za rešavanje konkretnog spora. Nadležnost nacionalnih sudova u sporovima sa

⁵¹ Comparative law study, *The Arbitrator's Liability Report from the Club des Juristes*, Ad hoc Committee, June 2017, Paris, 22. Dostupno na CDJ_Rapports_Responsabilité-de-l'arbitre_Juin-2017_UK_web.pdf (leclubdesjuristes.com) datum pristupa 27. 6. 2022.

⁵² J. Perović (2019), 159.

međunarodnim elementom tumačiće se prema pravilima Briselske I bis uredbe.⁵³

Prema Brisel I Uredbi nadležnost suda u stvarima povezanih s ugovorom, tumačiće se prema mestu izvršenja karakteristične prestacije.⁵⁴ Pitanje karakteristične obaveze arbitra u *receptum arbitri* je postavljeno pred Francuskim sudom prve instance kao i pred Francuskim apelacionom sudom u sporu no.21/07623 iz 2021.godine. Francuski sud prve instance, pozivajući se na čl. 7 (1) (b) je pitanje nadležnosti odredio u odnosu na mesto u kom je arbitar sprovodio svoju obavezu, što bi u konkretnom slučaju značilo mesto u kome su se fizički održavala ročišta i veća.

U konkretnom slučaju, mesto sedišta arbitraže i mesto održavanja ročišta je bilo različito što je povlačilo primenu različitog nacionalnog prava. Praktično, to za sobom povlači drugi pravni režim kontrole arbitražne odluke i pomoći arbitražnom sudu.⁵⁵

Ovakva odluka prvog suda je u postupku po žalbi poništena pred Francuskim apelacionom sudom, uz obrazloženje da je sedište arbitraže činjenica koja je pravno relevantna za određivanje nadležnosti nacionalnog suda.⁵⁶

Osim pitanje o stvarno i mesno nadležnom sudu postavlja se i pitanje merodavnog prava. Drugim rečima, prema kom pravu će se tumačiti postojanje građansko pravne odgovornosti arbitra. Vraćajući se na početak ovog rada, ponavljamo da je *receptum arbitri* ugovor *sui generis* pravne prirode koji u osnovi ima volju ugovornih strana. Polazeći od ugovornog osnova, strane ovog ugovora mogu slobodnom voljom izabrati pravo koje će biti merodavno za njihov ugovor i prema kom će se tumačiti odgovornost arbitra. Međutim u praksi ovakav izbor stranaka je redak te se pitanje merodavnog prava rešava prema pravilima međunarodnog privatnog prava.

S obzirom da *receptum arbitrii* ne predstavlja imenovani pravni posao i po svojoj prirodi je *sui generis*, prilikom određivanja merodavnog prava neophodno je identifikovati ugovor koji mu je najbliži.

⁵³ Više o odnosu arbitraže i Briselske uredbe vid. J. Vukadinović Marković, „Položaj arbitražnih tribunala u pravnom sistemu Evropske unije“, *Strani pravni život* 3/2018, 49-61. Prvo se mora odgovoriti na pitanje da li je odlučivanje o arbitražnim pitanjima je isključeno iz Briselske uredbe (čl. 1), te da li se pitanje odgovornosti koje proističe iz *receptum arbitri* može rešavati prema pravilima Briselske uredbe ili spada u arbitražne izuzetke.

⁵⁴ Čl. 7 (a) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

⁵⁵ O značaju koje mesto sedišta arbitraže ima u arbitražnom pravu vid. J. Perović Vujačić, „Značaj sedišta arbitraže“ *Pravo i privreda*, 4-6/2017, 158; A. Nikolić, „Značaj izbora mesta arbitraže“, *Pravo i privreda* 4-6/2018, 442, 449-450.

⁵⁶ CA Paris, 22 June 2021, n. 21/07623. Dostupno na 22.06.2021 – CCIP-CA – RG 21/07623 – Arbitrage international / International arbitration | Cour d'appel de Paris (justice.fr), 30. 06. 2022.

U prethodnim delovima rada, naveli smo da se ovaj ugovor ne može poistovetiti sa ugovorom o nalogu ili ugovorom o pružanju usluga, što bi u krajnjoj liniji prema odredbi čl. 4 (2) Rim I dovelo do primene prava zemlje u kojoj se pruža usluga, odnosno pravo državljanstava arbitra, što je neodrživo u slučaju receptum arbitri.⁵⁷

Ukoliko ugovorne strane nisu odredile merodavno pravo, smatramo da bi se pravo koje se primenjuje na ugovor receptum arbitri trebalo odrediti u skladu sa čl. 4 (3) Rim I Uredbe prema kom pravo zemlje koje je u najtešnjoj povezanosti sa ugovorom treba primeniti. Lex arbitri kao mesto sedišta arbitraže reguliše brojna procesna pitanja postupka i arbitri su vezani mandatornim pravilima zemlje sedišta arbitraže, što upućuje na pravo sedišta arbitraže kao najtešnjem pravu koje se treba primeniti.

Na ovaj način bi se izbeglo da o građanskoj odgovornosti arbitara konkuriše više nacionalnih prava koje mogu imati različita rešenja i obezbedila bi se izvesna pravna sigurnost za ugovorne strane receptum arbitri.

4. Zaključak

Receptum arbitri kao sporazum ugovornih strana arbitražnog sporazuma, s jedne i arbitra, s druge strane predstavlja *intuitu personae* pravni posao. To znači da je ovaj ugovor zaključen s obzirom na naročita lična svojstva arbitra, te da se na njega primenjuju i pravila o *intuitu personae* ugovorima, a u zavisnosti od pravila predviđenih materijalnim pravom koje se ima primeniti u konkretnom slučaju. Na osnovu uporednopravne analize koja obuhvata analizu zakonskih rešenja Republike Srbije, Francuske i Nemačke, uočava se da su pravne posledice zaključenja ugovora s obzirom na ličnost ugovornika regulisane sporadično i najčešće u formi izuzetka od opštih pravila ugovornog prava. Nezavisno od zakonodavne tehnike, u svakom od ovih pravnih sistema predviđeno je da zabluda o ličnosti ugovornika s obzirom na čiju ličnost je ugovor zaključen može uticati na punovažnost ugovora, da su prava i obaveze iz takvog ugovora neprenosivi *inter vivos* i *mortis causa* i ne mogu biti ispunjeni od strane trećeg lica.

Povreda ugovornih obaveza od strane jedne od ugovornih strana ovog ugovora otvara pitanje prava na naknadu štete. Kako je arbitar u izvršenju arbitražnih obaveza u mnogim pitanjima izjednačen sa sudijom nacionalnog suda, njegova odgovornost je delom pokrivena načelom imuniteta. Ovo ne znači da su arbitri izuzeti od građansko pravne odgovornosti, već će se o njihovoj odgovornosti raspravljati od slučaja do slučaja primenom odgovarajućeg materijalnog prava. Kako receptum arbitri predstavlja sui generis pravni posao, pitanje nadležnosti sudova i merodavnog materijalnog prava čini kompleksno

⁵⁷ Više o ovim teorijama vid. doktorsku tezu T. Varapnickas, *Arbitrator's civil liability and its boundaries*, Vilnius 2018.

pravno pitanje. Upravo ova i brojna druga pitanja predstavljaju predmet istraživanja ovog rada.

* * *

***RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE AS A CONSEQUENCE OF
BREACH OF RECEPTUM ARBITRI
-civil liability of the arbitrator-***

Summary

The contract represents a meeting of consent of the contracting parties, by which the contracting parties acquire certain rights and obligations. As long as the period in which the rights of the contracting parties prevail, the so-called “renaissance” period of the life of the contract, the issue of damage and compensation does not arise. The question of the right to compensation for damages is raised by the moment of violation of the obligation by the contracting party. The rule of compensation for damages as a general rule of contract law finds its application in the arbitration agreement as a basic legal transaction that stipulates a private method of dispute resolution.

Being a type of contract, the general principles of contract law also apply to contracts establishing the jurisdiction of arbitration as an extrajudicial forum. The arbitration agreement is accompanied by an additional agreement - *receptum arbitri*, concluded between the parties to the arbitration agreement, on the one hand, and the appointed arbitrator, on the other. This contract is a bilaterally binding *intuitu personae* contract subject to the legal regime of contract law. Violation of the obligations undertaken by the contracting parties raises numerous questions that are the subject of this paper.

Through a comparative analysis of the legal sources of arbitration and contract law, as well as a systematic treatment of court and arbitration practice, the authors of the paper provide answers to the questions of the right to compensation for damages, its scope and compensation procedure.

Keywords: *receptum arbitri*, compensation for damages, arbitration, civil liability of the arbitrator, breach of contract.