

*Гашио Кнежевић,
адвокат, Београд*

Однос арбитра и странака

1. Независност арбитра

Појам државног суда носи у себи елементе припадности одређеној широј групи, која се (овде) назива држава. Припадност суда одређеној групи (држави) изазива подозрење код припадника друге групе (државе), па, рецимо то, и оправдан страх од могуће наклоности. Ако ништа друго утужење суду у пребивалишту туженога чини овог блиским правном окружењу, олакшава му контакте са локалним правним заступницима и смањује трошкове¹). Ако се томе дода да и суд, који има пресудити, припада истој земљи којој и тужени, оправдани страх се увећава због могућих (и политичких) притисака на рад суда, као државног органа. Тиме се да објаснити већа склоност пословног света ка арбитражу, као недржавном решавању спорова, од склоности ка суђењу.

А. У основи читавог система арбитража, као носећи стуб, стоји арбитар-појединац (веће), тј. његова (њихова) **независност**. По Бернинију²) она се састоји из два елемента: неутралности и непристрасности. Неутралност представља објективно стање духа арбитра као појединца и састоји се у једнаком одстојању мисли и делања арбитра од захтева тужбе и одбране, или тужбе и противтужбе. Непристрасност, с друге стране, чини субјективан став арбитра према странкама. Из тога следи да неко може бити непристрасан, а да не буде неутралан, а да нико не мо-

1. Varady, Barcelo, von Mehren, International Commercial Arbitration, St. Paul, Minn. 1999.g. стр. 267 (даље: Varady, Barcelo, Von Mehren).

2. Bernini, Report on Neutrality, Impartiality and Independence, The Arbitral Process and Independence of Arbitrators, (ed: ICC), 1991.g. стр. 31. (даље: Bernini).

же бити неутралан ко се понаша пристрасно. И још, док се неутралност може “изгубити” и у доброј намери (губитак неутралности, тј. једнаке удаљености од странака, може бити резултат разлика у образовоњу, основним вредносним судовима, културолошких разлика, које, по правилу, воде отежаној комуникацији у односу на једну странку, а погодују другој странци³⁾) - она може настати без обзира на ичију кривицу, до пристрасности може доћи само из рђаве намере: или у слеђењу малициозних намера (*dolus*) или због немарљивости или небриге за основне задатке арбитра (*culpa*). У сваком случају, једнак третман обе странке кључ је арбитражне независности. А она се може изгубити због личних (емотивних или финансијских) веза са једном од странака⁴⁾.

Независност арбитра, каже се, може се посматрати на личном и на генералном плану⁵⁾. На личном плану она представља одсуство било каквих фамилијарних или пословних веза са странкама, на општем плану она искључује припадност одређеним ширим групама људи, по религији, држављанству или етничком пореклу. “Док дефинисање неутралности на персоналном нивоу може бити тешко, дотле искључивање индивидуалних чланова групе и концептуализација групних склоности отвара Пандорину кутију”⁶⁾, што јесте тачно. Ипак, бар када је држављанство као та групна веза у питању, поједини правилници не прежу од искључивања могућности арбитража по том основу. Тако правилници ИСС арбитраже и лондонског Међународног арбитражног суда⁷⁾ предвиђају да арбитар појединац или трећи арбитар не могу имати држављанство странака, што представља разумну одлуку усмерену ка одбрани принципа независног арбитража.

Основа доброг арбитража је, поновимо, независност и арбитра-појединца и арбитра странака и председника већа (трећег арбитра). У погледу арбитра странака та независност се може довести у питање још у почетној фази конституисања већа - самим чином именовања: уколико га је именовала једна од странака, може се поставити питање, није ли она то учинила управо зато што је од њега нешто очекивала⁸⁾. Како је његов први задатак да, заједно са арбитром друге странке, именује председника трибунала, можда он за свој избор више дугује свом познанству за жељеним председником, него свом знању, тј. стручној репутацији. И тиме се доводи у питање, такође, дигнитет председника већа. (и заиста смо сведоци, у арбитражној пракси СТА у Београду, све чешће борбе странака, у фази конституисања већа, око избора његовог председника.) У сваком случају, била то борба

3. Bernini, стр. 32.

4. Bernini, стр. 35.

5. Varady, Barcelo, von Mehren, стр. 267.

6. Varady, Barcelo, von Mehren, стр. 268.

7. В. чл. 9(5) ICC Rules и чл. 6(1) Rules of the London Court of International Arbitration. Трива тврди да исто вреди у пракси *ad hoc* арбитража са седиштем у Југославији - председник мора бити из неутралне, стране земље - в. Голдштајн, Трива, Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987.г, стр. 145 (даље: Голдштајн, Трива).

8. B. Lowenfeld, The Party-Appointed Arbitrator in International Contraversies: Some Reflections, Tex. Int. L. J. 59/1995.г, стр. 282. (даље: Lowenfeld).

око арбитра или око председника, дакле за исто, само на различитим нивоима, то је борба за утицај, а против независности арбитража.

Истина, арбитар кога је странка именovala не сме бити ни незаинтересован за судбину његове странке. "...наклоност страначког арбитра према странци која га је именovala није гријех већ у становитом смислу обавеза јер се тиме унапређује систем правосуђења. "Пристрасност" арбитра треба да се ограничи на излагање аргумената"⁹⁾.

Слаба је утеха у речима Бернинија да је његово дубоко убеђење да се арбитар никада неће одрећи своје независности, да би постао пуки слуга странке¹⁰⁾. Свако за себе процењује колико ће ниско пасти. Можда се појединац неће задовољити улогом особе која је изабрана јер улива поверење пуномоћнику и странци и улогом "преводиоца" правних култура (преводиоца са једног правног језика на други)¹¹⁾. Можда ће он тражити више од тога. Праву утеху не треба тражити у свести арбитра, и лепим идејама о њиховом дигнитету, већ у чињеници да су и судије државних судова једнако људи као и арбитра, подложни утицају разних врста. И по врх тога: они су државни чиновници подложни упливима власти. У отсуству додатног утицаја власти очитују се предности арбитража у односу на судовање, то је, чини ми се, главна предност арбитража. Речено важи како за егзотичне земље, у које, нажалост, убрајам и Југославију данас, тако и за цивилизоване земље, које, такође, имају своју тачку кључања, тачку у којој се окрећу националним интересима, па и заштити интереса националних предузећа.

Б. Међутим, у упоредном арбитражном праву позната су и решења по којима су арбитраи странака заправо њихови адвокати, **приврженици**, те нису непристрасни и независни. Независан и непристрасан је (ипак) само председник већа. Оваква концепција арбитраже базира се на мишљењу да је, прихватањем улоге арбитра странке (тзв. *receptum arbitri* – в. касније), тај арбитар закључио неку врсту мандатног уговора (односа) са странком која га је предложила (именовала). Као такав, и у тој улози арбитар и није независан и непристрасан. Те особине, ипак, има бар председник Већа кога су зајенички именовале странке. Ради се о тзв. **umpire** систему англосаксонског права који се и тамо полако напушта¹²⁾. Систем **umpire** има посебна процесна правила по којима председник већа (**umpire**) присуствује расправи али се не меша у ток и вођење поступка. Он само слуша, да би могао, уколико се арбитраи странака разиђу у мишљењу, арбитравати и донети коначну одлуку. Једино он мора бити непристрасан, арбитраи странака то не морају бити.

9. Голдштајн, Трива, стр. 148

10. Bernini, стр. 37.

11. То су основне функције које Lowenfeld приписује "нормалном" арбитрау, в. Lowenfeld, стр. 285

12. Ради детаљних објашњења видети Голдштајн, Трива, стр. 177; Исто код Јелене Перовић, Независност и непристрасност арбитра у упоредном арбитражном праву, часопис Привреда и право, Београд, бр. 5-8/96.г. стр. 268 и-269 - В Саветовање правника у привреди, Врњачка Бања 1996.г (даље: Перовић).

Ц. Континентални (па и југословенски) арбитражни систем све арбитре (и председника Већа и арбитре странака) сматра судијама у пуном смислу те речи, а не адвокатима¹³⁾, па за њих важе правила о судској независности. Они сви, а не само председник већа, суде, а не заступају странке. "Сваки арбитар (појединац или члан већа) стоји у правном односу *према обема* странкама, без обзира на чињеницу што га је именovala само једна страна. Арбитар је зато обавезан да према обема странкама преузету функцију уредно обави". Сви арбитри морају остати независни од странке чији су арбитри. Још више, врхунски експерт у области арбитражног права проф. др. С. Трива констатује - "Када је арбитража конституирана и изабран председник, сваки контакт између арбитра и странке која га је именovala треба да престане"¹⁴⁾.

Треба имати у виду и неспорну чињеницу да разлози за изузеће покривају како захтев да арбитар буде независан, тако и да буде непристрасан. Немачка судска пракса (која има исти концепт арбитражног права као и југословенска) стоји на становишту да је "забринутост због пристрасности оправдана ако са стајалишта странке има довољно објективних разлога који могу изазвати неповерење у погледу непристрасности и у очима разумног човека за то дају повода"¹⁵⁾.

2. *Receptum arbitri* – уговорни или законски однос?

А. Нико није дужан да се прихвати улоге (положаја) арбитра без своје воље. У основи обављања функције арбитра је добровољност. Зато се и захтева од арбитра да он **уговором** (*receptum arbitri*) прихвати своју надлежност. Он то може учинити и конклюдентно¹⁶⁾, што ће бити и најчешћи случај. У сваком случају, између арбитра и странака **постоји уговорни однос** којим су успостављена међусобна права и обавезе¹⁷⁾, и то између сваког арбитра и сваке странке која учествује у једном поступку.

Ову уговорну основу односа арбитра (арбитара) и странака подржавала је немачка судска и арбитражна пракса, са позивом на чл. 1033 немачког ЗПО,¹⁸⁾ који маргинално, једанпут помиње "уговор закључен са арбитрама". Истина, треба рећи да је у Немачкој данас на снази Закон о арбитражи, креиран по узору на UN-

13. в. Голдштајн, Трива, стр. 147. Исто и Перовић, стр. 269

14. Голдштајн, Трива, стр. 148.

15. Цит. према Голдштајн, Трива, стр. 162.

16. В. Сајко, Дика, Арбитражно рјешавање међународних трговинских спорова, Љубљана, 1989.г, стр. 26 (даље: Сајко, Дика).

17. В. Fouchard, Relationships Between the Arbitrator and Parties and the Arbitral Institution, ICC Int. Ct. Arb. Bull. Supp. 1995.г, стр. 12 и даље. (даље: Fouchard, Relationships).

18. У том се члану помиње уговор закључен са арбитрама. Занимљиво је поменути да нови немачки Закон о арбитражи, који је ступио на снагу 1. јануара 1998.г. као десета књига ЗПО, уопште не користи термин "уговор са арбитрама". Исто је приметно у француском и швајцарском арбитражном праву, као и у правилницима главних институционалних арбитража.

CITRAL Модел-закон, који више не користи термин “уговор са арбитрама”. Међутим, горе описан став, представља и превалентан доктринаран став који се заузима у целој арбитражној заједници, и којим се објашњава однос арбитра и странака. Исти је став подржан и у Коначном извештају поднетом од стране Радне групе ICC Комисије о арбитражи која је, са тим циљем, формирана 1992.г. У овом извештају, поднетом маја 1996.г, ова Група заузима коначно становиште да су, свуда у свету, арбитра и странке везани посебним уговором.¹⁹⁾

Међутим, описан став није неприкосновен и једини став који се у књижевности заступа.

Б. Тако, по другом мишљењу, између странака и арбитра (арбитра) се ствара специјални правни однос чију основу даје (представља) закон, а који арбитра (арбитра) ствља у виши ниво у односу на странке.

Овај се став у енглеској књижевности назива “Status approach”, а у немачкој “Amtstheorie”, и браћен је од стране појединих аутора из ове две земље²⁰⁾. Ипак, он данас представља само индивидуални став појединих аутора, без већег одјека на арбитражно мњење.²¹⁾

Ц. По већинском ставу у упоредној књижевности²²⁾ уговор са арбитрама је посебан уговор који се закључује између странака и арбитра. Уколико суди арбитражно трочлано веће, закључују се посебна три уговора, са сваким од чланова већа по један. При томе, ни један од њих не дели судбину арбитражног споразума, било да се ради о компромису, било о компромисорној клаузули. Међутим, ово не значи да не постоји веза између арбитражног споразума и уговора са арбитрама. Прво, садржина арбитражног споразума која се тиче именовања арбитра и процедуре њиховог избора мора бити испуњена од стране странака када закључују уговор са арбитром (арбитрама). Друго, арбитра исе морају понашати у складу са арбитражним споразумом, а по свом уговору закљученом са парничним странкама. Другим речима, да резимирамо – услови арбитражног споразума су, такође и услови уговора са арбитрама.

3. Закључење уговора са арбитрама

Следеће питање које се поставља, а ако између странака и арбитра постоји уговорни однос, је питање закључења тог уговора.

Правне норме које регулишу арбитражни споразум регулишу само именовање арбитра, не описујући манир у коме се закључује уговор са арбитрама. У књижевности се помиње да се тај уговор најчешће закључује *tacito consensu*, са сваким од арбитра. Али како?

19. B. Lionnet, The Arbitrator's Contract, u Arbitration International, vol. 15. no. 2, 1998, стр. 164 (даље: Lionnet).

20. Mustill, Boyd, Commercial Arbitration, (2nd. Ed) 1989.г. стр. 220-223;

21. B. Lionnet, стр. 163, са изношењем аргумената против *status approach*.

22. B. Lionnet, стр. 164-165.

А. Уколико странке врше именовање арбитра има се сматрати да се закључење уговора са арбитрима одвија у три фазе: 1. Прва започиње контактом, најчешће телефонским, између странке и арбитра, у коме странка нуди арбитру да јој буде арбитар (фаза понуде). 2. Друга се састоји од прихвата, често датог у истом телефонском разговору. 3. Како је странка која именује арбитра везана извршеним именовањем тек када за њега сазна супротна странка, то и обавештавање супротне странке треба третирати као део уговорне процедуре, макар као услов за дејство уговора.

Овако закљученим уговором се на арбитра преноси неопозиво пуномоћје, имплиците дато већ потписивањем арбитражног споразума.

Б. Уколико постоји и дела орган именовања (тзв. appointing authority) има се сматрати да он дела као заступник странка (обеју истовремено) на основу пуномоћја које су му (обе) издале прећутно у моменту избора органа именовања²³). Истина, постоји и друго становиште по коме је орган именовања странка у уговору закљученом са именованим арбитрима²⁴), али ово је становиште мањине.

Ц. Исто важи уколико је орган именовања нека арбитражна институција – и тада она именује арбитра у име странака, а не у својству арбитражне институције.

4. Право меродавно за уговор са арбитрима

У основи у књижевности постоји сагласност да су странке слободне да изаберу право које ће се применити за регулисање права и обавеза из њиховог уговора са арбитрима²⁵). Друга је ствар што се у пракси ово решење екстремно ретко среће, и због чињенице да се овај уговор, најчешће, закључују прећутно.

У књижевности се, у отсуству сагласности странака, предлаже примена права које је са уговором у најближој вези. У конкуренцију најближе везе улазе два критеријума: 1. закон домицила арбитра и 2. закон седишта арбитраже.

Други се сматра прихватљивијим из најмање три разлога. Прво, када су три арбитра често им је домицил у различитим земљама, па критеријум домицила не води резултату. Друго, седиште арбитраже је најтешње повезано са арбитражним поступком. Треће, ово решење је у сагласности са чл. V-I Њујоршке конвенције.

И у Југославији би друго супсидијарно мерило за одређивање меродавног права требало сматрати прихватљивијим.

5. Права и дужности арбитра и странака

А. Арбитар (арбитри) је дужан да странкама омогући несметано изношење чињеница и правних схватања и да, при том изношењу, задржи неутралну и непри-

23. Ово је данас доминантан став. В. Baumbach, Lauterbach, Alberts, Hartmann, Commentary to the German Code of Civil Proceedings (1999, 57th. ed.) Appendix to Section 1035, at, no. 3.

24. В. Lionnet, стр. 166.

25. Lionnet, стр. 169.

страсну позицију. Ова обавеза произлази из његовог положаја (он је приватни судија), али и из прихваћеног задатка²⁶⁾.

Друго, арбитар је дужан да испоштује законски или уговорени рок у коме има извршити свој задатак. Он се мора уздржавати од сваког намерног покушаја да паралише рад арбитраже²⁷⁾.

Треће, он мора окончати свој задатак, не сме се повући из арбитраже, бар не без доброг разлога, јер би супротно понашање водило одуговлачењу поступка²⁸⁾. Један згодан пример супротног понашања имамо у случају *Иван Милутиновић ПИМ в. Deutsche Badcock AG*²⁹⁾ који је решавала ICC арбитража са седиштем у Цириху. Веће у саставу Bucher (председник), југословенски арбитар проф. ХУ (као арбитар тужиоца) и Bockstiegel (арбитар туженога) остало је крње, пошто се из њега повукао југословенски арбитар, не слажући се са одлуком већа, донетом већином гласова, да се не дозволи даље извођење доказа које је захтевао тужилац. Затим је уследио захтев за изузећем преостала два арбитра, које је Арбитражни суд одбио, заједно са неприхватањем оставке југословенског арбитра. Финале прве фазе заплета везано је за одбијање југословенског арбитра да буде присутан доношењу делимичне одлуке о меритуму, која је онда донета у крњем саставу већа. Уследили су многобројни судски поступци, окончани одлуком Савезног суда Швајцарске којом је поништена одлука нижег суда и усвојен ПИМ-ов захтев за поништајем одлуке крње арбитраже.

Коментаришући одлуку Савезног суда Швајцарске Schwebel констатује да је резултат бедан, на само зато што подржава један арбитражни поступак који је трајао више од десет година, већ и што дозвољава позивање на своје сопствене грешке. “Ако је проф. ХУ радио независно, зашто би се претпостављало да његово одсуство иде против интереса Милутиновића. Зашто би се претпостављало да је веће мање фер, независно и непристрасно, у одсуству проф. ХУ”³⁰⁾.

И најзад, четврто, арбитар мора чувати као тајну све повељиве информације до којих је дошао у току поступка.

Б. С друге стране, и странка има одређене обавезе према арбитрау. Прво то су обавезе новчане природе и састоје се у накнади трошкова и у плаћању хонорара³¹⁾. Друго, то су обавезе сарадње са арбитрам у току поступка, којима странка омогућава арбитрау да обави свој задатак, који се једино може, без доношења одлуке већа, на други начин, окончати сагласношћу воља странака.

26. О истицању ове обавезе в. чл. 21. Правилника италијанске Арбитражне асоцијације и чл. 16. Правилника арбитражног Института штокхолмске Привредне коморе.

27. В. Fouchard, Relationships, стр. 13.

28. В. у том смислу чл. 1462. француског СРС; чл. 813 италијанског СРС; чл. 1029(2) холандског СРС; чл. 1689. белгијског Закона о судовима.

29. В. у Varady, Barcelo, von Mehren, стр. 330 и даље; В. и Schwebel, The Validity of an Arbitral Award Rendered by a Truncated Tribunal, ICC. Int. Arb. Bull, новмбар 1995.г.

30. В. Schwebel, стр. 339. В. о истом случају и Митровић, Међународна трговачка арбитража, Београд, 1997.г, стр. 26 (даље: Митровић).

31. Тако чл. 814. италијанског СРС.

6. Одговорност арбитра

Одговорност арбитра је тема која је, на данашњем нивоу развоја арбитражног права, доста актуална. Потенцирана је од стране аутора забринутих над чињеницом да су арбитраи апсолутни господари мерутума, који немају контролу другог степеног тела, већ само судску контролу у поступку поништаја и признања и извршења арбитражних одлука, и то само на нивоу јавног поретка³²⁾. “Избравши арбитражу своју судбину сте предали арбитрама.....ово правило временом мора да постане анахронизам.”³³⁾.

И заиста постоје добри разлози да се развија систем који би ограничавао самовољу арбитра, бар за очигледно погрешне арбитражне одлуке, што би сама арбитражна институција имала контролисати. Без увреде арбитра, наравно, јер се савестан не плаши контроле и одговорности за сопствене пропусте³⁴⁾. Међутим, бар за сада, ова је идеја у фази повоја, а до њеног остварења играће се по већ установљеним правилима игре: Арбитражна одговорност је ограничена на повреду дужности при доношењу одлуке учињену намерно, или из крајње непажње. Арбитраи одговарају странкама непосредно. Арбитраи се не могу сматрати одговорним због погрешке у утврђивању чињеничног стања и примени материјалног права³⁵⁾.

Међутим, сматрамо да је, ипак, дошло време да се озбиљно размисли о одговорности арбитра за сопствене одлуке. Уколико се не развије адекватан систем одговорности доћи ће до колапса арбитража, а за то постоје озбиљни докази: све је више арбитражних одлука које се поништавају пред судовима. Уколико је одлука поништена, остаје поново обраћање суду за пружање исте заштите. Ту се губи и „фактор време” које представља основну предност арбитража у односу на судовање.

32. В. Митровић, Међународна, стр. 26.

33. В. Митровић, Међународна, стр. 26.

34. В. Митровић, Међународна, стр. 26. Аутор овога текста имао је прилика да се сретне са арбитражним одлукама Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори СР Југославије које су блиске скандалима. Само добро васпитање приморава га да бројеве одлука и састав већа овде не наводи. Наравно и правила струке воде истом маниру.

35. В. Голдштајн, Трива, стр. 146-147.