

OSTVARIVANJE ARBITRAŽNIH ODLUKA U RIMSKOM PRAVU

Doc. dr. sc. Ivan Milotić *

UDK: 347.918(37)

34(37)

Izvorni znanstveni rad

Priljeno: siječanj 2016.

Arbitražni postupak u rimskome pravu završava arbitrovom odlukom, no funkcija i smisao arbitraže nastaju tek njezinim ostvarivanjem. Najraširenije vrste arbitraža u rimskome pravu bile su ili isključivo ili prevladavajuće privatni postupci koji su završavali arbitrovom odlukom koja nije bila ostvariva prisilom rimske države. Budući da je arbitrova odluka u rimskome pravu sve do 530. godine bila pravno nesankcionirana kategorija, u arbitražnoj praksi razvio se niz mehanizama kojima se posrednim putem postizala vezanost stranaka odlukom arbitra. Time se ujedno na različite načine postizao i temeljni smisao arbitraže u rimskom pravu. U ovome se radu ovisno o pojedinoj vrsti arbitraže rimskoga prava (boni viri i ex compromisso) analizira način ostvarivanja arbitrove odluke.

Ključne riječi: arbitraža, arbitar, arbitražna odluka, rimsko pravo

1. UVOD **

Rimsko pravo u posljednjemu stoljeću Republike i tijekom klasičnog te postklasičnoga razdoblja usporedno je poznavalo dvije osnovne vrste arbitraže. Prva je bila arbitraža koju su provodili *boni viri*. Riječ je bila o *ad hoc*, neformalnom, institucionalno neizgrađenom te strankama i okolnostima potpuno prilagodljivom privatnom načinu rješavanja sporova¹ koji je imao znatna

* Dr. sc. Ivan Milotić, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb; ivan.milotic@pravo.hr

** Ovaj rad sufinancirala je Hrvatska zaklada za znanost projektom "Transformation of Civil Justice under the Influence of Global and Regional Integration Processes. Unity and Diversity" (projekt br. 6988).

¹ Fernández de Buján, A., *Derecho público Romano, recepción, jurisdicción y arbitraje*, 7. izd., Madrid, 2004., str. 398 – 399; Milotić, I., *Arbitral resolution of disputes by good*

koncilijacijska obilježja. Državno pravosuđe u vidu pretorske intervencije nad njome nije ostvarivalo nikakav utjecaj.² Arbitar *bonus vir* imao je objektivan temelj odlučivanja³, koji su činili zakoni, običaji poštenih ljudi te *bona fides* kao korektiv⁴ nad strogom primjenom prava.⁵ Ta vrsta arbitraže bila je povijesno stariji oblik koji se u praksi klasičnog i postklasičnog razdoblja većinom održao kod pravnih odnosa koji su se temeljili na povjerenju, poštenju, trajnom i kontinuiranom poslovanju te dobrim običajima (*societas*⁶, *locatio conductio*⁷, *emptio venditio*⁸, *exhreditatio*⁹, *legatum* i *fideicommissum*¹⁰, *imovinski odnosi proizašli iz obiteljskih odnosa*¹¹, *promissio dotis*¹² i dr.).

Druga vrsta bila je arbitraža *ex compromisso*. To je bila institucijski izgrađena arbitraža u vezi s kojom je pretor u određenoj mjeri mogao obavljati kontrolu

man (bonus vir) in Roman law and European legal tradition, Croatian arbitration year-book, vol. 15, 2008., str. 169 – 189; Milotić, I., *The Pursuit for the Truth and Efficiency in Roman Arbitration Proceedings*, u: Van Rhee, R.; Uzelac, A. (ur.), *Truth and Efficiency in Civil Litigation. Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012., str. 359 – 373; Milotić, I., *Roman Foundations of the Arbitrator's Profession*, u: Van Rhee, R.; Uzelac, A. (ur.), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2011., str. 255 – 266.

- ² *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.* U prijevodu: *Ako je kupac prouzročio da mu se stvar [po dospijeću] ne može tradirati pod njegovu vlast, on (kupac) mora naknaditi troškove hranjenja [životinje ili roba koji su predmet kupoprodaje] prema odluci koja, prema mišljenju Seksta Elija i Druza, a i prema mojem shvaćanju, mora biti najpravičniji pravorijek.* Cels., D.19.1.38.1.
- ³ Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996., str. 529; Roebuck, D.; Loynes de Fumichon, B. de, *Roman Arbitration*, Oxford, 2004., str. 56; Loynes de Fumichon, B. de, *L'arbitrage à Rome*, *Revue de l'arbitrage*, br. 2, 2003., str. 318.
- ⁴ Kaser, M., *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966., str. 139; Kaser, M.; Hackl, K., *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996., str. 56 i dalje.
- ⁵ Horvat, M., *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb, 1939., str. 21 – 22, 27 – 29, 64 – 65; Horvat, M., *Circumscriptio i bona fides kod kupnje*, Wrocław, 1961., str. 31 – 37.
- ⁶ Pomponius, D.17.2.6.; Celsus, D.17.2.75.; Proculus, D.17.2.76.
- ⁷ Paulus, D.17.2.77; Paulus, D.19.2.24pr.
- ⁸ Ulpianus, D.18.1.7pr; C.I.4.38.15; C.I.1.3.23.1.
- ⁹ Plinius, *Epistulae*, 5, 1.
- ¹⁰ Ulpianus, D.30.75pr.; Celsus, D.31.30; Ulpianus, D.33.1.3pr.; Ulpianus, D.32.11.7-8; Ulpianus, D.40.5.46.
- ¹¹ Celsus, D.32.43.
- ¹² Papinianus, D.23.3.69.4; Celsus, D.32.43; Celsus, D.23.3.60.

nad arbitrabilnošću, odvijanjem postupka, određenim postupovnim radnjama i ostvarivanjem arbitrove odluke.¹³ Arbitraža *ex compromisso* temeljila se na usmenome sporazumu (*compromissum*) kojim su se stranke obvezivale podvrći odluci arbitra kakva god ona bila.¹⁴ Premda je takav sporazum u klasičnome pravu bio neformalan (*nudum pactum*) i temelj nastanka naravne obveze, bez njegova postojanja *arbiter* nije mogao djelovati ni donijeti odluku.¹⁵ Za razliku od arbitra *boni viri*, arbitar *ex compromisso*, koji je na temelju *receptum arbitrii*¹⁶ prihvatio biti obranik, odluku je donosio proizvoljnom procjenom, ali pritom – za razliku od arbitra koji je bio *bonus vir* – nije smio pribjeći koncilijaciji, medijaciji, postizanju nagodbe, davanju savjeta i sl. Njegova je odluka bila adjudikacijske naravi i u svojoj se biti svodila na proklamiranje činjenice tko je u pravu, a tko u krivu. Komentirajući shvaćanje pravnika Pedija, narav odluke u arbitraži *ex compromisso* opisana je u jednom Ulpijanovu fragmentu: *Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius libro nono dicit, qui iudicis partes suscepit finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.*¹⁷

Izbor stranaka o tome kojim će od opisanih načina riješiti spor, tj. hoće li pribjeći arbitraži *boni viri* ili će u tu svrhu sklopiti *compromissum*, bitno je utjecao na mogućnost ostvarivanja arbitražne odluke. Izabirući jednu od tih arbitraža stranke su zapravo prihvaćale specifičan rizik glede načina, mogućnosti i izvjesnosti ostvarivanja arbitrove odluke koji je s tom vrstom arbitraže bio

¹³ Weizsäcker, C., *Das Römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem Officium Iudicis*, Tübingen, 1879., str. 88 i dalje; Ziegler, K.-H., *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1976., str. 136; Talamanca, M., *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958., str. 24; Litewski, W., *Das Problem der Bindung des römischen Schiedsrichters durch das materielle Recht*, u: *Iurisprudentia universalis, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln – Weimar – Wien, 2002., str. 409; Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 96 – 98; Ulpianus, D.4.8.3.2.

¹⁴ Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948., str. 440.

¹⁵ Ulpianus, D.4.8.11.1.

¹⁶ *Receptum arbitrii* jest pakt pretorskoga prava kojim je osoba preuzimala dužnost arbitra *ex compromisso*. Ulp. D.4.8.13.2; Eisner, Horvat, *op. cit.* u bilj. 14, str. 439; Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 20, 143 – 152.

¹⁷ *Smatra se da je osoba pristala biti arbitrom, tako kaže Pedije u devetoj knjizi, kada je prihvatila biti sucem između stranaka i privesti spor kraju svojim pravorijekom. Ali ako je on tako postupio da se raspitao može li se spor okončati njegovim savjetom ili savjetom nekog autoriteta, smatra se da nije prihvatio biti arbitrom.* Ulp., D.4.8.13.2. Harries, J., *Law & Empire in Late Antiquity*, Cambridge, 1999., str. 175.

nedjeljivo povezan.¹⁸ U ovome radu stoga će se razmatrati načini ostvarivanja arbitražnih odluka ovisno o tome jesu li se strane sporazumjele o arbitraži *boni viri* ili arbitraži *ex compromisso*. Razmatrat će se i vezanost stranaka arbitražnom odlukom od trenutka njezina donošenja pa do trenutka ostvarivanja.

2. ARBITRAŽA *BONI VIRI*

2.1. Arbitar *bonus vir*

Pojava arbitraže *boni viri* najvjerojatnije je posljedica faktične nemogućnosti pristupa pravosuđu (pretoru) u Rimu. Do Cezarovih vremena jurisdikcija jednog pretora u Rimu protezala se nad područjem cijele Italije.¹⁹ To je stanovnicima udaljenih italskih područja faktički onemogućavalo dolazak u Rim, a time i traženje pravne zaštite. Stoga se u seoskim zajednicama u sporovima među sumještanima koji su se otprije poznavali pojavilo suđenje po privatnim sucima. Takva je pojava bila odraz nezadovoljstva nedostupnošću pravosuđa i faktična posljedica takvoga stanja. Nastojanja za privatnim rješavanjem spороva u seoskim zajednicama treba, također, pripisati starom porivu zatvorenih i udaljenih zajednica da se sporovi rješavaju *sine strepitu forensi*, tj. “pred svojima”, a ne “pred državom”. J. Harries tu težnju pripisuje potrebi suzbijanja pojave različitih podjela i sukoba unutar zajednice koji bi bili posljedica spora.²⁰

Najstariji *arbitri boni viri* bili su sumještani i susjedi. Etimologija riječi *arbiter* upućuje na to da je izvorno riječ o osobi poznatoj strankama u sporu koja im je kao čovjek od povjerenja priskočila u pomoć (*endoplорatus*).²¹ C. Lewis i C. T. Short kao prvo značenje riječi *arbiter* navode: *osoba koja ide nešto vidjeti, gledatelj, svjedok, slušatelj, očevidad*. Pod pojmom *arbitrium* kao prvo značenje navodi se *približavanje, prisutnost*, a spominje se i značenje *autoriteta, gospodstva i vlasti*.²² Plaut tvrdi *arbitri vicini sunt*.²³ Ciceron navodi da su stranke u sporu (*illi qui pugnant*) dale povjerenje susjedima da riješe njihov spor (*vicinorum fidem*

¹⁸ Milotić, I., *Risks Associated with Arbitration Ex Compromisso in Roman Law*, Croatian arbitration yearbook, br. 23, 2016., str. 159 – 174.

¹⁹ Tada je postojalo više pretora, ali samo je jedan rješavao pravne stvari između rimskih građana na području Italije. Bablitz, L., *Actors and Audience in the Roman Courtroom*, New York, 2007., str. 14.

²⁰ Harries, *op. cit.* u bilj. 17, str. 173.

²¹ Milotić, *Arbitral resolution...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 169 – 189.

²² Lewis, C. T.; Short, C., *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879., *arbiter*; Lewis, C. T., *An Elementary Latin Dictionary*, New York – Cincinnati – Chicago, 1890., *arbiter*.

²³ Plautus, *Am. prol.* 16.

implorant).²⁴ Pojam *arbitrator* dolazi od glagola *adbitere*, odnosno *adire* i u oba značenja se odnosi na osobu koja se nalazi u blizini, osobu koja priskače u pomoć i osobu koja prilazi.²⁵ G. Brogginini navodi da je uloga arbitra bila *in rem praesentem ire*, tj. *pribivati kod rješavanja sporne stvari*.²⁶ Iz izvora proizlazi da je u najstarije vrijeme arbitar bio i svjedok.²⁷ Arbitrom se imenovala osoba koja je bila upućena u spor i njegovu narav, tj. osoba koja je otprije poznavala stranke, njihove zahtjeve i odlučne činjenice u sporu.²⁸ S time u uskoj vezi stoji i poznati Horacijev odlomak u "Epistula ad Quintum Tullium" kada si postavlja pitanje tko je *bonus vir*: *Vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat, quo multae magnaevae secatur iudices lites, quo res sponsore et quo causae teste tenetur*.²⁹

Činjenica da je upravo određena osoba imenovana arbitrom upućivala je na shvaćanja stranaka da je riječ o osobi koja će prilikom rješavanja spora postupati u dobroj vjeri (*cuius fidem implorant*). Za njih je ta osoba bila uzoran čovjek (*bonus vir*)³⁰, što je podrazumijevalo njegove neupitne moralne kvalitete³¹, ničim narušeni autoritet i ugled, objektivnost, nepristranost, pravednost, poštenje (po shvaćanju stranaka)³² te dosljednost u odlučivanju (*ne varietur*).³³ Ta svojstva, ali i činjenica da su ga stranke dobrovoljno imenovale prihvaćajući rizik njegova izbora, bit će presudan psihološki čimbenik za pridržavanje arbitrove odluke.³⁴

²⁴ Cicero, Tusc. 3, 50.

²⁵ Brogginini, G., *Iudex Arbitrator, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln – Graz, 1957., str. 40 – 41, 111 – 113; Martino, P., *Arbitrator*, Biblioteca di ricerche linguistiche e filologiche, Università "La Sapienza", vol. 17, 1986., str. 22, 41; Pott, A. F., *Etymologische Forschungen auf dem Gebiet der indo-germanischen Sprachen*, Bd. 1, 2. izd., Lemgo, 1859., str. 691.

²⁶ *Idem*, str. 111.

²⁷ Cicero, Pro Tull. 50; Cicero, In Verr. 2, 1, 129; 2, 5, 186.

²⁸ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 56 – 57.

²⁹ U prijevodu: *Tko li je bonus vir? Onaj tko uvažava senatorska mišljenja, koji poštuje zakone i pravo, onaj pred kime se rješavaju mnogi i veliki sporovi, onaj za kojega smatraju da je jamac [rješenja] sporne stvari i svjedok u pravnom slučaju*. Horatius, *Epistulae* 1, 16, 40. Nehlsen-von Stryk, K., *Die boni homines des frühen Mittelalters*, Berlin, 1981., str. 258.

³⁰ Brogginini, *op. cit.* u bilj. 25, str. 114 – 115.

³¹ Cicero, Disput. Tusc., 2, 22, 53; Cicero, Ad fam. 5, 17, 3 i 5, 18, 1; Cicero, Pro M. Caelio, 5, 11; Cicero, Ad Att., 10, 7, 2; Titus Livius, *Ab urbe condita*, 24, 8, 1 i 2, 38, 6; Lewis, Short, *op. cit.* u bilj. 22, *vir bonus*.

³² Cicero, De off., 3, 19.

³³ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 312.

³⁴ Cicero, De off., 3, 17.

Imenovanje arbitra *boni viri*, tijekom postupka pred njime, odluka i njezino ostvarivanje nisu bili u dosegu rimskoga pravosuđa i pretorove intervencije. *Arbiter bonus vir* kao obranik razlikovao se od suca (*iudex*). *Iudex* u postupku *apud iudicem* nije bio profesionalni sudac, već izabrani laik, poput arbitra *boni viri*. Dok je *iudex* samo utvrđivao činjenice i donosio presudu (*iudicium*)³⁵, djelatnost arbitra *boni viri* bila je znatno šira. *Iudex* u dijelu postupka *apud iudicem* nije imao ovlast odlučivati o pitanjima prava jer je ta ovlast pripadala pretoru. Arbitar *bonus vir*, s druge strane, samostalno je utvrđivao činjenice, pravna pravila i pravila iskustva koja je trebao primijeniti, pa je na temelju toga donosio odluku (*sententia*).

2.2. Ostvarivanje odluka arbitra *boni viri*

Odluka arbitra *boni viri* razlikovala se od odluke suca (*iudex*) jer nije imala autoritet rimske države. Ona se i nije smatrala odlukom s obzirom na to da je postojala isključivo kao nepravna kategorija, što je rezultiralo neutuživošću obveza koje bi za stranke iz nje proizlazile. Neutuživost odluke arbitra *boni viri* proizlazila je, također, iz naravi sporazuma kojim su stranke odredile tu vrstu arbitraže. Taj sporazum nije bio ugovor, već pakt (*nudum pactum, conventio, consensus*)³⁶ u kojemu su strane usmeno izrazile suglasnu volju³⁷ da rješavanje spora prepuste nekoj osobi koja će djelovati u svojstvu arbitra. Bili su to neformalni usmeni dogovori kojima se specificirao predmet spora, provodilo imenovanje arbitra i davala uzajamna obećanja utemeljena na rimskoj *fides*³⁸ da će se odluka arbitra poštovati i ostvariti.

Određujući obveze stranaka u arbitražnoj odluci arbitar *bonus vir* nije stvarao pravnu obvezu za stranke, već su sve iz nje proizlazile *obligationes naturales* jer u rimskome pravu općenito iz običnog pakta ne proistječe utuživa obveza (*nuda pactio obligationem non parit*)³⁹. Kako odluka arbitra *boni viri* nije imala pravnoobvezujuću snagu, zahtjevi pojedine stranke iz takve arbitražne odluke nisu bili ostvarivi sudskim putem, niti je odluka mogla biti ovršni naslov

³⁵ Eisner, Horvat, *op. cit.* u bilj. 14, str. 565 – 566, 583 – 585.

³⁶ Ulpianus, D.2.14.1.2.

³⁷ Ulpianus, D.4.8.11.4.

³⁸ Horvat, *op. cit.* u bilj. 5, str. 21 – 22, 27 – 29, 64 – 65.

³⁹ U prijevodu: *Goli pakt ne stvara pravno ostvarivu obvezu*. Ulpianus, D.2.14.7.4. Guarino, A., *Diritto privato romano, Napoli*, 2001., str. 937 – 939. O pravilu *ex nudo pacto non oritur actio* s uputom na daljnju literaturu vidi Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 508 i dalje, 537 i dalje.

(*titulus executionis*). Doduše, arbitražnom odlukom ovlaštenu subjekt imao je hipotetsko pravo na tužbu pred državnim sudom, no ako je podnio tužbeni zahtjev utemeljen na arbitražnoj odluci *boni viri*, po prigovoru protustranke bio bi odbijen. Dobrovoljno je ispunjenje arbitražne odluke *boni viri* ovisilo isključivo o *fides bona* stranke koja je sklapala arbitražni sporazum.

Unatoč tome, može se pretpostaviti da do posljednjega stoljeća Republike nije postojao problem neispunjavanja arbitražnih odluka *boni viri*. Osobni autoritet arbitra *boni viri* bio je faktična garancija poštovanja odluke.⁴⁰ Imajući u vidu da je *bonus vir*, k tome, bio osoba od autoriteta, zasigurno uzoran i ugledan član nevelike, tradicionalne te razmjerno zatvorene seoske zajednice, čini se logičnim da su stranke ispunjavale njegovu odluku, pa čak i ako je nisu smatrale pravno utemeljenom ili njome nisu bile zadovoljne. U suprotnome Ciceron i Scaevola zasigurno ne bi isticali veliki autoritet arbitraža *boni viri*, niti bi u praksi postojao osam stoljeća dug kontinuitet njihove zastupljenosti.⁴¹

Sporazum o arbitraži *boni viri* sklapao se među ljudima koji su se međusobno poznavali.⁴² Činjenice poput postojanja spora, sporazuma o privatnom sudovanju *boni viri* i donošenja arbitražne odluke bile su poznate svim članovima zajednice. Budući da je arbitražna *boni viri* u sebi objedinila pravičnost, običaj i dobru vjeru kao osnovicu rješavanja spora, krjeposno postupanje u skladu s navedenim načelima bilo je podvrgnuto osobitoj društvenoj kontroli zajednice sumješšana. Ne podvrći se i ne izvršiti odluku arbitra *boni viri*, koji je u zajednici bio na glasu kao neporočan i vrlinom obdaren čovjek, značilo je prizvati na sebe teške posljedice društvene osude i prijezira. Ne ispuniti odluku smatralo bi se neprimjerenim i nemoralnim te bi zasigurno dovelo do etiketiranja stranke kao *turpis personae*. *Turpis persona* bila je osoba osuđena javnim mišljenjem zbog svojih neprimjerenih postupaka.⁴³ Stizala bi je faktična infamija (*infamia facti*), odnosno loš glas te s njim povezan faktični gubitak svih ili dijela

⁴⁰ Kaser, *op. cit.* u bilj. 4, str. 42; Kaser, Hackl, *op. cit.* u bilj. 4, str. 59.

⁴¹ ...*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona...* U prijevodu: *Kvint Scaevola, vrhovni svećenik, govorio je da sva arbitria kojima je pridodano 'u dobroj vjeri' imaju najveći ugled...* Cicero, *de off.*, 3, 70.

⁴² Horvat, *op. cit.* u bilj. 5, str. 45.

⁴³ O infamiji vidi: Ulpianus, *Epitome* 13; Iulianus, D.3.2.1; Ulpianus, D.3.2.2; Gaius, D.3.2.3; Ulpianus, D.3.2.4; Modestinus, D.23.2.42; Paulus, D.23.2.47. Kaser, M., *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, vol. 73, 1956., str. 220 – 278.

prava u matičnoj zajednici (*deminutio*).⁴⁴ To se ogledalo faktičnim smanjenjem poslovne sposobnosti, poimanjem osobe kao poročne i nepodobne biti svjedokom te osobom od povjerenja.⁴⁵

Prvi razmjerno dobro dokumentirani problemi u vezi s ispunjavanjem arbitražnih odluka *boni viri* pojavili se oko 160. godine pr. Kr. kada je Katon napisao djelo "De agri cultura".⁴⁶ U obrazac ugovora o davanju u zakup zimskih pašnjaka Katon je umetnuo odredbu da ako se pojave sporovi (*controversiae*) zbog odluka arbitara *boni viri*, neka se u Rimu donese sudska odluka (*Romae iudicium fiat*).⁴⁷ Ta Katonova tvrdnja upućuje na to da, pravno gledajući, stranke nisu bile pravno vezane odlukom i shvaćanjem arbitra *boni viri* te da su u istoj stvari, ako su bile nezadovoljne arbitražnom odlukom, mogle pokrenuti sudski postupak u Rimu. U vrijeme kada je Katon pisao to djelo od Drugog punskog rata proteklo je pola stoljeća. Tada je rimska država proširila svoje granice, pritom njima obuhvativši brojne etničke skupine koje nisu imale rimsko građanstvo (*civitas Romana*). Prodor doseljenika u tkivo rimske države značio je, ujedno, njihovo infiltriranje u autohtone italske seoske zajednice, čime su one izgubile tradicionalan biljeg, a njihovi novi stanovnici osjećaj susjedstva i poznanstva.⁴⁸ Usporedo s takvim društvenim procesima zasigurno se povlačila i izvorna rimska *fides* te disciplina prilikom ispunjavanja obveza koje su se temeljile na zadanoj riječi i autoritetu mjesnog uglednika (*arbiter bonus vir*). Nestajanjem autohtonih seoskih zajednica nestajao je i pojam faktičnog autoriteta pravno neobvezujućeg sporazuma sklopljenog između sumještana.

Budući da arbitražna odluka *boni viri* nije imala značenje odluke koja bi svojim učinkom bila izjednačena s odlukom sudca (*iudex*), stranka koja ju je smatrala pravno ili činjenično neutemeljenom mogla se u istoj stvari obratiti pretoru. Odluka arbitra *boni viri* tomu nije bila negativna procesna pretpostavka. Kada Katon govori *Romae iudicium fiat*, misli upravo na takvu situaciju.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Nepravne mjere kao sredstvo prisile poznate su i u suvremenosti. Njima se postiže posredna prisila na ispunjenje obveze. To su različite mjere koje udruženja trgovačkih društava primjenjuju prema članovima koji ne ispunjavaju obveze; sastavljanje i objavljivanje crnih lista; neprimanje u članstvo; isključenje iz članstva; određivanje rejtinga i sl. Smisao tih mjera je prokazati takvog subjekta. Vuković, Đ.; Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zagreb, 2005., str. 404, t. 324.

⁴⁶ Za dataciju djela vidi: Škiljan, D. (ur.), *Leksikon antičkih autora*, Zagreb, 1996., str. 336 – 338; *Oxford Classical Dictionary*, 2. izdanje, Oxford, 1970., str. 215.

⁴⁷ Cato, *De agri cultura*, 149.

⁴⁸ Eisner, Horvat, *op. cit.* u bilj. 14, str. 51 – 64.

Nezadovoljna stranka mogla je pokrenuti državni sudski postupak očekujući da će ondje možda uspjeti sa svojim zahtjevima.

Dva i pol stoljeća nakon Katona pravna se narav arbitražnih odluka *boni viri* nije promijenila. U pismu Plinija Mlađeg (63./64. – cca 114. godine) upućenog Aniju Severu opisuje se sličan slučaj. Pomponija Gala iznaslijedila je (*exheredare*) svojega sina Asudija Kurijana te je oporučnim nasljednicima imenovala treće osobe. Oporučnim nasljednikom imenovan je i Gaj Plinije (Mlađi). Želeći se domoći cijelog nasljedstva, tvrdeći da ga je majka neopravdano iznaslijedila, Asudije Kurijan nagovarao je Gaja Plinija (Mlađeg) da mu naslijeđenu imovinu prenese u vlasništvo. Time bi bio ojačao svoj položaj i potkrijepio tvrdnje u parnici koju je namjeravao pokrenuti pred državnim (centumvirskim) sudom radi utvrđenja da nisu postojali opravdani razlozi njegova iznaslijeđenja. Zauzvrat je Gaju Pliniju (Mlađem) ponudio nagradu koja se imala odrediti tajnim ugovorom. Gaj Plinije odbio je taj prijedlog, ali je ponudio Asudiju Kurijanu da kao arbitar po pravičnosti (*quod aequissimum est*) ocijeni opravdanost razloga njegova iznaslijeđenja. Asudije Kurijan pristao je na to, a Gaj Plinije (Mlađi) prizvao je još dvojicu tada vrlo časnih ljudi (*spectatissimos*) rimske države, Kornelija i Frontina, koji su činili vijeće arbitara (*consilium adhibitum*). Trojica arbitara najprije su saslušali Asudija Kurijana. Nakon toga su donijeli odluku (*sententia*) da su razlozi za iznaslijeđenje bili opravdani. Gaj Plinije (Mlađi) u nastavku toga pisma navodi da je Asudije Kurijan, nezadovoljan arbitražnom odlukom, odmah u istoj stvari pokrenuo sudski postupak.⁴⁹

To Plinijevo pismo nije ostalo nezamijećeno u romanistici. Na njega se pozivaju D. Roebuck i B. De Loynes de Fumichon kao dokaz da je *arbiter bonus vir* mogao suditi u stvari u kojoj je imao pravni interes, pa čak i u pravnoj stvari u kojoj je bio stranka. Oni razmatraju to pismo i kao dokaz da su i *boni viri* mogli

⁴⁹ *Legatum mihi obvenit modicum sed amplissimo gratius. Cur amplissimo gratius? Pomponia Galla exheredato filio Asudio Curiano heredem reliquerat me, dederat coheredes Sertorium Severum praetorium virum aliosque splendidos equites Romanos. Curianus orabat, ut sibi donarem portionem meam seque praeiudicio iuvarem; eandem tacita conventionem salvam mihi pollicebatur. Respondebam non convenire moribus meis aliud palam aliud agere secreto; praeterea non esse satis honestum donare et locupleti et orbo; in summa non profuturum ei si donassem, profuturum si cessissem, esse autem me paratum cedere si inique exheredatum mihi liqueret. Ad hoc ille: 'Rogo cognoscas.' Cunctatus paulum 'Faciam' inquam; 'neque enim video cur ipse me minorem putem, quam tibi videor. Sed iam nunc memento non defuturam mihi constantiam, si ita fides duxerit, secundum matrem tuam pronuntiandi.' 'Ut voles' ait; 'voles enim quod aequissimum.' Adhibui in consilium duos quos tunc civitas nostra spectatissimos habuit, Corellium et Frontinum. His circumdatus in cubiculo meo sedi. Gaius Plinius Maior, *Epistulae*, 5, 1 (Annio Severo). Vidi također: Gaius, *Institutiones*, 2, 127; Ulpianus, *Regulae*, 22, 16.*

djelovati u vijeću (*consilium*).⁵⁰ Na to se pismo osvrnuo i K.-H. Ziegler komentirajući položaj arbitra kada djeluje u svojoj stvari (*in re sua*).⁵¹ Napokon, tog se pisma u svojim razmatranjima dotiče i M. Kaser.⁵²

Premda je riječ o neformalnome sporazumu, u onom dijelu Plinijeva pisma u kojemu se opisuje sporazumijevanje, nalazi se nekoliko tipičnih pravnotehničkih pojmova: *cognoscere [res]*⁵³, *adhibui in consilium*⁵⁴, *aequissimum*⁵⁵. Riječ je o pojmovima na koje se redovito nailazi u pravnim izvorima klasičnog doba u kontekstu rješavanja sporova.

Taj predmet odražava prepoznatljiva obilježja arbitraže *boni viri*: pogodnost (*ad hoc* značajke), postupovnu neodređenost, neprimjenu shvaćanja da osoba ne smije postupati i odlučivati *in re sua* te objektivnu osnovicu arbitrova odlučivanja.⁵⁶ Međutim, on istovremeno ukazuje da u klasičnom razdoblju više nije postojala nikakva faktična prisila društvene okoline na ispunjenje odluke *boni viri*. Arbitražna odluka *boni viri* pred državnim sudom nije imala status konačno presuđene stvari (*res iudicata*), niti je imala ikakvu drugu pravnu relevantnost. Krajem I. stoljeća ona nije bila negativna procesna pretpostavka za pokretanje postupka o činjenično i pravno istoj stvari te među istim strankama. Slučaj Asudija Kurijana dokumentira najveći nedostatak arbitraže *boni viri*: ostvarivanje arbitražne odluke ovisilo je isključivo o dobroj volji stranaka, a postojala je i velika mogućnost da je nezadovoljna stranka u cijelosti zanemari te se zbog rješavanja iste stvari obrati državnom sudu. Time bi postupak pred sudom *boni viri* izgubio smisao. Stoga su stranke u sporu, koje su za njegovo rješenje ugovarale arbitražu *boni viri*, cijelo vrijeme bile u neizvjesnosti hoće li stranka koja je izgubila spor dobrovoljno ispuniti arbitrovu odluku. Riječ je o riziku koji su svjesno prihvaćale sporazumijevajući se o tome načinu rješavanja sporova.

⁵⁰ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 62 – 63.

⁵¹ Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 159 – 161.

⁵² Kaser, *op. cit.* u bilj. 4, str. 28, 40, 58.

⁵³ Cicero, *De off.* 2, 32, 82; Cicero, In *Verr.* 2, 2, 48 i 118; Quintilianus, *Inst. orat.* 4, 1, 3 i 11, 1, 77; Ulpianus, D.13.4.4.1. Vidi Elliot, T., *Epigraphic Evidence for Boundary Disputes in the Roman Empire*, (neobjavljeno), University of North Carolina, Chapel Hill, 2004., str. 29 – 30.

⁵⁴ Wilkes, J. J., *Boundary stones in Roman Dalmatia (I. The Inscriptions)*, *Arheološki vestnik*, vol. 25, 1976., str. 265 (br. 16) i str. 266 (br. 17); Milotić, I., *Roman Boundary Stones in Croatia: Legal Content and its Forms in Acts of Dispute Resolution*, u: Draganova, V.; Kroll, S.; Landerer, H.; Meyer, U. (ur.), *Inszenierung des Rechts – Law on Stage*, München, 2011., str. 217 – 232.

⁵⁵ Cato, *De agri cultura*, 144.

⁵⁶ Milotić, *Arbitral resolution...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 169 – 189.

Pravnu neobvezatnost arbitražne odluke *boni viri* izrijekom spominje i rani klasični pravnik Prokul: *Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.*⁵⁷ Prokul razlikuje između arbitra *ex compromisso* te neke druge vrste arbitra čije su odluke, na temelju kriterija obvezatnosti njihova ispunjenja, jednake arbitraži *boni viri* (stranke im se nisu obvezne podvrći). U klasičnom i postklasičnom razdoblju ta je opreka bitno određivala zastupljenost pojedine od spomenutih vrsta arbitraže u pravnoj praksi.

Digesta sadržavaju i sljedeći Prokulov fragment: *In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*⁵⁸ Ispunjenje odluke arbitra *boni viri* ovisilo je o *bona fides* ugovaratelja. Sporovi proizišli iz ugovornih odnosa s uporištem u *bona fides* u klasičnom, pa i postklasičnom razdoblju, rješavali su se arbitražama *boni viri*.⁵⁹ Ogleđan primjer takvog ugovora jest ortaštvo (*societas*). Ako su stranke u dobroj vjeri sklapale ugovor, zasnivale i ispunjavale međusobna prava i obveze, bilo je praktično i u slučaju pojave spora razriješiti ga u postupku čiju je bit činila *fides bona*. Arbitar *bonus vir* gdjekad je mogao imati naglašeniju ulogu suca, gdjekad je mogao biti samo procjenitelj, ponekad je više bio koncilijator i medijator negoli sudac⁶⁰, a mogao je djelovati i kao vještak (*peritus*). U takvim pravnim situacijama arbitraža *boni viri* imala je znatnu prednost pred presudama dr-

⁵⁷ Postoje dvije vrste arbitara, jedni čijim se odlukama moramo podvrgavati neovisno jesu li pravične ili nisu (kada se arbitraža ugovorila *ex compromisso*), drugi čije su odluke poput odluka arbitara *boni viri*, premda je poimence imenovana osoba koja donosi arbitražnu odluku. Proculus, D.17.2.76. Vidi: STEPH., Schol. BS 526/18; BASILIC.12.1.74; Voet, J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1698. – 1704., lib. IV, tit. VIII, II; Fowler, L., *Forms of Arbitration*, u: *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, MIC C/5, Vatican, 1976., str. 133 – 147; Nehlsen-von Stryk, *op. cit.* u bilj. 29, str. 263; Milotić, *Arbitral resolution...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 169 – 189.

⁵⁸ U prijevodu: *U izloženoj situaciji treba izvršiti odluku boni viri, to više što se akcija pro socio temelji na dobroj vjeri.* Proculus, D.17.2.78. Vidi: Nehlsen-von Stryk, *op. cit.* u bilj. 29, str. 263; Albertario, E., *L'arbitrium boni viri' del debitore nella determinazione della prestazione*, Milano, 1924., str. 13 – 14; Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 54 – 55.

⁵⁹ Broggin, *op. cit.* u bilj. 25, str. 119; Milotić, *Arbitral resolution...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 169 – 189.

⁶⁰ Gaius, *Institutiones* 4, 17. Ciceron ga naziva *rei sententiaeque moderator*. Cicero, *De partitione oratoria*, 10. P. Martino okvalificirao ga je kao *intermedijatora*. Usp. Martino, *op. cit.* u bilj. 25, str. 41.

žavnih sudova. One su isključivo glasile na novac (*omnis condemnatio pecuniaria esse debet*)⁶¹, dok odluka arbitra *boni viri* nije poznavala ograničenja takve vrste. Arbitražne odluke *boni viri* temeljile su se na nagodbi, a za prihvaćanje zahtjeva stranaka nije bilo nužno da su oni određeno postavljeni.

Kako se pokazalo, arbitraža *boni viri* ugovarala se kao *nudum pactum* te je takav sporazum (*conventio, consensus*) o arbitraži bio lišen forme kao pravnog razloga nastanka obveze. Staro je pravilo rimskoga prava govorilo da sporazum bez odgovarajućeg oblika ne rezultira postankom obveze. Ako su stranke željele postići utuživost pakta, mogle su ga zaodjenuti u stipulaciju. Time bi jedna naravna obveza *ipso iure* postala utuživom.

Stipulacija bi bila pogodna zbog jednostavnog usmenog oblika kao razloga nastanka obveze koji se u praksi brzo postizao, ali i zbog svoje apstraktnosti. Kako je stipulacija bila stari i utuživi civilni kontrakt, arbitražni sporazum zaodjenut u njezin oblik posredno bi postajao utuživ. Utužujući formalno obvezu iz stipulacije zapravo se utuživala obveza stranke iz arbitražne odluke *boni viri*. Neispunjenje po pretoru dosuđene obveze za sobom je povlačilo imovinsku ovrhu koju bi pretor odredio u formuli.⁶² Stipulacija bi uistinu stvarala sankcionirani pravni odnos (*fomat ipsam actionem*)⁶³. Međutim, pitanje je koliko je pravnoj naravi arbitraže *boni viri* moglo odgovarati zaodijevanje neformalnog sporazuma o arbitraži u stipulaciju. Sporazum o prepuštanju rješavanja spora arbitru *boni viri* temeljio se na povjerenju stranaka u izabranog arbitra kao i na uzajamnim obećanjima utemeljenima na *bona fides* da će poštovati arbitražnu odluku kakva god ona bila. Stipulacija je, s druge strane, bila strogo formalistički kontrakt *stricti iuris* i njezinim se ugovaranjem željela postići utuživost te ovršivost tražbine neovisno o *bona fides* stranaka. Zaodijevanjem sporazuma o arbitraži *boni viri* u stipulaciju otklanjala se *bona fides* iz međusobnog odnosa stranaka. To je značilo da stranke nisu imale povjerenja jedna u drugu da će na temelju *bona fides* doći do dobrovoljnog ispunjenja preuzetih obveza. Takav je postupak bio i neekonomičan jer bi se najprije morao provesti arbitražni postupak pred *boni viri*, a zatim, ako nezadovoljna stranka ne bi htjela dobrovoljno ispuniti odluku arbitra, druga je stranka tužbama iz stipulacije morala pokrenuti postupak pred državnim sudom.

⁶¹ O načelu *omnis condemnatio pecuniaria esse debet* vidi: Kaser, *op. cit.* u bilj. 4, str. 126, 372, 609; Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, München, 1955., str. 409, 417; Kaser, Hackl, *op. cit.* u bilj. 4, str. 495, 512.

⁶² Vidi Paulus, *Sententiae*, 5.7.1.

⁶³ Ulpianus, D.2.14.7.5.

Nizom Justinijanovih carskih konstitucija iz 530. godine pravno se sankcionirala samo arbitraža *ex compromisso*.⁶⁴ Od toga je vremena bilo moguće akcijom *in factum* prisiliti stranku na ispunjenje odluke arbitra *ex compromisso*.⁶⁵ Prema njezinoj pravnoj naravi, koja se ogledala u *ad hoc* značajkama, izostanku pravne sankcije i postupovnoj neodređenosti, Justinijan 530. godine nije pravno sankcionirao arbitražu *boni viri*. Time je ona zadržala svoja tradicionalna obilježja. U prilog točnosti tog tumačenja govore mnogo kasniji – srednjovjekovni – Durantisovi napisi u djelu “*Speculum iudiciale*”. U poglavlju u kojem se nalazi opreka između pojma *arbitrator* i *arbitrator* Durantis, očito po rimskom uzoru, navodi da se za nepridržavanje odluke arbitra (*arbitrium*) ne izriče kazna (*poena*), već se njezino ispunjenje osigurava posredno – ručnim zalogom (*pignus*) i prisegom (*iusiurandum*). U potonjemu je slučaju riječ o izvanprocesnoj dobrovoljnoj prisezi (*iusiurandum voluntarium*) koja se davala prije donošenja odluke (kod sklapanja sporazuma o arbitraži), a primjenjivala za pojačavanje obveze ispunjenja arbitražne odluke. *Arbitrium* bi odgovarao klasičnom *arbitrium boni viri*. Druga je vrsta arbitraža *ex compromisso*, čije nepridržavanje ima za posljedicu plaćanje kazne (*stipulatio poenae*) prethodno ugovorene penalnom stipulacijom.⁶⁶

3. ARBITRAŽA EX COMPROMISSO

3.1. Pravna narav arbitraže *ex compromisso*

Najrašireniji oblik arbitraže u klasičnome pravu bila je arbitraža *ex compromisso*⁶⁷, čiji nastanak vjerojatno treba tražiti u razvijenom obliku arbitraže *boni viri*, u onom njezinu stadiju kada su se uzajamna obećanja stranaka o prepu-

⁶⁴ C.I.2.55.4pr.-C.I.2.55.6. Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 526 – 527; Talamanca, M., *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, Labeo, vol. 20, 1974., str. 86 i dalje; La Pira, G., *Compromissum e litis contestatio formulare*, u: *Studi in onore di S. Riccobono*, vol. II, Palermo, 1936., str. 187.

⁶⁵ C.I.2.55.5.1.

⁶⁶ *Est differentia secundum quosdam inter arbitrium et compromissum. Nam, arbitrium est quod fit sine poena, est tamen pignoribus vel iure-iurando vallatum. Compromissum est quod fit cum poena.* U prijevodu: *Prema nekima postoji razlika između arbitrium i compromissum. Arbitrium je onda kada nema kazne, ali postoji pignus ili prisega. Compromissum je onda kada postoji kazna.* Durantis, G., *Speculum iudiciale*, 1271., I, 1. Vidi Vecchio, R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971., str. 22.

⁶⁷ Vidi D.4.8. O toj vrsti arbitraže vidi: Milotić, I., *Importance of Time Limits in the Roman Arbitration Ex Compromisso*, Croatian arbitration yearbook, br. 19, 2012., str. 279 – 298; Milotić, *Risks...*, *op. cit.* u bilj. 18; Milotić, *The Pursuit for the Truth...*, *op. cit.* u bilj. 1.

štanju rješavanja spora arbitru počela ugovarati u ustaljenom sadržaju i obliku. D. Roebuck i B. de Loynes de Fumichon smatraju da arbitraža *ex compromisso* ima ishodište u uzajamnim obećanjima stranaka zaodjenutima u stipulaciju.⁶⁸ Polovicom II. stoljeća pravnik Sekst Pomponije zapisao je da se *compromissum* opravdano smatra običnim paktom (*recte nudo pacto fiet compromissum*).⁶⁹ Neformalnim usmenim sporazumom (*compromissum*) stranke su određivale da se njihov spor povjeri na rješavanje privatnom sucu. Paulo navodi *compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*.⁷⁰ R. Zimmermann navodi da je sporazum o prepuštanju spora arbitražnom rješavanju bio *nudum pactum* i kao takav neutuživ, ali tvrdi i da pojam *compromissum* upućuje na formalna obećanja stranaka da će poštovati i izvršiti arbitražnu odluku. Takva obećanja dodatno su se mogla pojačati stipulacijama stranaka, no kako ni one nisu bile dovoljne, počela se penalnom stipulacijom ugovarati štetna posljedica za stranku koja ne bi ispunila svoju obvezu iz arbitražne odluke.⁷¹

Uvidjevši glavni nedostatak arbitraže *boni viri* u vezi s izostankom garancije ispunjenja arbitrove odluke, obveze stranaka iz arbitraže *ex compromisso* počele su se pojačavati ugovornom kaznom (*stipulatio poenae*).⁷² Uzajamnim stipulacijama za slučaj neispunjenja obveze ugovarala se *pecunia compromissa*.⁷³ Ako do ispunjenja obveze iz arbitraže ne bi došlo, oštećena stranka mogla je pred sudom, na temelju penalne stipulacije, postaviti zahtjev za plaćanje ugovorne kazne (*petitio poenae*).⁷⁴

Pretorska intervencija nije zadirala u *compromissum* i ugovornu kaznu. Pretor nije obvezivao ni treću osobu da na temelju *receptum arbitrii*⁷⁵ prihvati biti arbitar *ex compromisso*. Ugovarajući arbitražu *ex compromisso* stranke su se morale sporazumjeti o osobi arbitra. Ako to ne bi učinile ili se ne bi složile glede njegove osobe, *compromissum* nije bio valjan (*non valet*). Prema Zimmermannovu shvaćanju *compromissum* je bio ponuda učinjena trećoj osobi da nastupi kao

⁶⁸ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 94.

⁶⁹ Ulpianus, D.4.8.11.3.

⁷⁰ U prijevodu: *Compromissum je sličan sudskoj presudi (iudicium) jer dovodi do okončanja spora*. Paulus, D.4.8.1. Vidi: La Pira, *op. cit.* u bilj. 64, str. 202, 207, 217 i dalje; Talamanca, *op. cit.* u bilj. 13, str. 21 – 23; Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 19 – 20; Weizsäcker, *op. cit.* u bilj. 13, str. 71.

⁷¹ Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 98 – 99, prema Ulpianus, D.4.8.27.7. i *Tabulae Herculenses* 76.

⁷² Vecchione, *op. cit.* u bilj. 66, str. 11.

⁷³ Ulpianus, D.4.8.3.2.

⁷⁴ Ulpianus, D.4.8.2.

⁷⁵ Ulpianus, D.4.8.13.2. Vidi Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 513.

arbitar u sporu⁷⁶ sa svim ovlaštenjima kako su u njemu određena.⁷⁷ Držeći se Ulpijanovih navoda, treća osoba nije bila obvezna prihvatiti biti arbitrom niti ju je pretor na to mogao prisiliti.⁷⁸ Prihvatanje uloge arbitra bila je stvar sporazuma između stranaka i potencijalnog arbitra s druge strane. Kada je neka osoba prihvatila biti arbitrom (*recipere*), situacija se mijenjala.⁷⁹ Glavni razlog pretorove intervencije kojom je arbitra prisiljavao na postupanje u sporu⁸⁰ i donošenje odluke Ulpijan je nalazio u zaštiti privatnosti stranaka (*intima*) i njihovih poslovnih tajni (*secreta negotii*).⁸¹ Jedina iznimka od obveze arbitra da donese odluku postojala bi kada bi stranke tijekom arbitražnog postupka ugovorile drugu arbitražu u istoj stvari. Prema Ulpijanu, to bi bilo uvredljivo postupanje stranaka prema prvom arbitru (*contumeliam hanc fecerunt*), pa ga pretor stoga nije mogao prisiliti na postupanje i donošenje arbitražne odluke.⁸²

Arbitar *ex compromisso* odluku je donosio po vlastitu nahodjenju. Svaki uglavak u *compromissum* kojim bi se arbitru određivala pravila po kojima treba suditi, kakvo pravno mišljenje da daje ili kako da okvalificira spor bio bi ništav (*et ideo si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium*).⁸³ Prihvatajući ulogu arbitra na temelju *receptum arbitrii* osoba je prihvaćala i adjudikacijsku ulogu. Pretor nije ulazio u sadržaj odluke koju je arbitar *ex compromisso* donosio, nego je mogao prisiliti arbitra na donošenje odluke ostavljajući mu na slobodnu prosudbu kakva će ona sadržajno biti. O tome se izrijekom čita u Paulovu osvrtu na jedno Labeovo mišljenje: *Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur*.⁸⁴ Arbitar je bio vezan dužnošću da odlukom razriješi sporove za koje je arbitraža bila određena.⁸⁵

U rimskoj pravnoj praksi navode se vrste sporova koje su bile arbitrabilne pred arbitrima *ex compromisso*: sporovi glede nekretnina⁸⁶, sporovi glede robova i

⁷⁶ *Ibid.*, str. 514.

⁷⁷ *Ibid.* str. 526.

⁷⁸ Ulpianus, D.4.8.3.1. Stein, P., *Roman Arbitration: an English Perspective*, Israel Law Review, vol. 29, 1995., str. 219.

⁷⁹ Ulpianus, D.4.8.3.1. Stein, *ibid.*

⁸⁰ Ulpianus, D.4.8.3pr.

⁸¹ Ulpianus, D.4.8.3.1.

⁸² Ulpianus, D.4.8.11pr.

⁸³ Paulus, D.4.8.19pr. Vidi La Pira, *op. cit.* u bilj. 64, str. 187, 209, 212.

⁸⁴ U prijevodu: *Labeo kaže da se pretora ne tiče kakvu će odluku izreći arbitar, jer je donosi kako mu se čini*. Paulus, D.4.8.19pr. La Pira, *ibid.*

⁸⁵ Paulus, D. 4.8.19.1; Ulpianus, D.4.8.21.6. Fernández de Buján, *op. cit.* u bilj. 1, str. 431.

⁸⁶ *Tabulae Herculanaenses* 79; *Corpus inscriptionum latinarum*, VI, 1268; Scaevola, D.4.8.44. Camodeca, G., *Riedizione delle Tabulae Herculanaenses: gli affari fondiari di L.*

pokretnina⁸⁷ u kojima se *arbitrator ex compromisso* mogao pojaviti i kao sekvestar⁸⁸, sporovi proizašli iz raskida ugovora i neispunjenja ugovornih obveza⁸⁹ te ostali imovinski sporovi.⁹⁰ Osobito ograničenje arbitrabilnosti odnosilo se na slučaj arbitražnog prejudiciranja neke pravne situacije. U izvorima se spominje slučaj prejudiciranja nasljednog prava (*praeiudicium hereditatis*) na temelju odluke arbitra *ex compromisso* o diobi nasljedstva među nasljednicima. D. Roebuck i B. De Loynes de Fumichon na temelju triju fragmenata iz *Digesta* pokušali su rekonstruirati takvu situaciju na jednom hipotetskom slučaju⁹¹: *Posjeduješ Kornelijansko zemljište. Tvrdim da smo kao sunasljednici ujedno i suvlasnici tog zemljišta, što ti poričeš. Ako podnesem tužbu za diobu zemljišta, time prejudiciram da smo sunasljednici, i time suvlasnici zemljišta. Protiv takve tužbe možeš se obraniti prigovorom prejudiciranja (exceptio praeiudicii). Trebao bih najprije vlasničkom tužbom potraživati svoj suvlasnički dio ako je prethodno utvrđeno da sam nasljednik, a tek zatim podignuti tužbu za diobu zemljišta.*⁹² Arbitražom *ex compromisso* moglo se odlučivati je li neka osoba nasljednik i time ovlaštena ostvariti nasljedno pravo. U arbitraži *ex compromisso* moglo se odlučivati i povodom diobenog zahtjeva jedne od strana-ka ako je pravo te stranke bilo nesporno. Međutim, nije bilo dopušteno prepustiti arbitražnom rješavanju neki spor ako bi njegovo rješavanje prejudiciralo određeno rješenje u pogledu nekog prejudicijelnog pitanja.

3.2. Ostvarivanje odluka arbitra *ex compromisso*

3.2.1. Stipuliranje penalne klauzule

Compromissum u klasičnom i postklasičnom pravu nije bio temelj nastanka utužive obveze.⁹³ Arbitražna odluka koja bi iz njega proizašla nije bila prisilno ostvariva. Stoga su stranke, želeći pravno osigurati svoju vezanost arbitražnom odlukom te njezino prisilno ostvarivanje, počele uz temeljni sporazum ugova-

Cominius Primus con P. Comicius Severus, Oebalus, Studi di Campania nell'Antichità, vol. 7, 2012., str. 113 – 142.

⁸⁷ Paulus, D.4.8.32.5.

⁸⁸ Ulpianus, D.4.8.11.2. Talamanca, *op. cit.* u bilj. 13, str. 39 – 40; La Pira, *op. cit.* u bilj. 64, str. 194.

⁸⁹ Paulus, D.44.7.3.1; Iavolenus, D.4.8.39pr.; Marcianus, D.4.8.52; Ulpianus, D.4.8.21.1-3. Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 32; Weizsäcker, *op. cit.* u bilj. 13, str. 88.

⁹⁰ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 105 – 106.

⁹¹ *Ibid.*, str. 105.

⁹² Paulus, D.4.8.32.10.

⁹³ U smislu Ulpianus, D.2.14.1.3. Talamanca, *op. cit.* u bilj. 13, str. 39 – 40.

rati penalnu klauzulu u obliku stipulacije. Time nisu neposredno postigle utuživost uzajamnih neformalnih obećanja, ali su posredno, stipuliranjem penalne klauzule, odredile štetnu imovinsku posljedicu za stranku koja ne bi ispunila svoju obvezu iz arbitražne odluke. R. Zimmermann tvrdi da je penalna klauzula glasila: *Si quid adversus sententiam arbitri factum erit sive quid ita factum non erit, centum dari spondes? Sponedeo!*⁹⁴ Stipulacijom se određivala ugovorna kazna u novčanom ili čisto realnom obliku.

U izvornom su obliku očuvane takve klauzule:

*In controversia qua est inter L. Cominium Primum et L. Appuleium Proculum de finibus fundi Numidiani qui est L. Comini Primi et fundi Strataniciani qui est L. Appulei Proculi quodque L. Appuleium Proculum et L. Cominium Primum de ea controversia invicem sibi deberi praescriptum sit ... deberi ... de ea controversia ita stipulati sunt itaque pacti: quod Ti. Crassius Firmus arbiter ex compromisso inter L. Cominium Primum heredemque eius palam coram utroque praesenti sententiam prove sententiam dicat dicive iubeat et ante dum ante K. Februarias ... si quid adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit HS M probos recte dari dolumque malum huic rei arbitrioque abesse a futurumque esse.*⁹⁵

*... compromiserunt ut stetur sententiae quam dixerit dicive iusserit; si quis adversus ea fecerit sive quis ita fecerit ... quo minus arbiter supra scriptus ... sententiam dicat dicive iubeat, sive alium arbitrum adierit de ea controversia, tum ... HS M probos recte dari: haec ita fieri dari L. Venidius Ennychus stipulatus est, L. Mammius S ... spondit ...*⁹⁶

⁹⁴ U prijevodu: *Ako se nešto učini protiv odluke arbitra ili se ne učini nešto što je njome bilo određeno, obvezuješ li se dati određeni iznos novca/neku imovinu? Obvezujem!* Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 111.

⁹⁵ U prijevodu: *U sporu između Lucija Kominija Prima i Lucija Apuleja Prokula o međama numidijskog zemljišta u vlasništvu Lucija Kominija Prima te stratanicijskog zemljišta u vlasništvu Lucija Apuleja Prokula, u vezi s kojim su Lucije Kominije Primo i Lucije Apulej Prokul sastavili ispravu ... u vezi sa sporom stipulacijom i paktom su ugovorili kako slijedi: da Tiberije Krasije Firmo bude arbitar ex compromisso između Lucija Kominija Prima i njegova nasljednika i drugonavedenog te da donese odluku ili da odredi da njegova odluka bude objavljena u njegovoj prisutnosti i prisutnosti stranaka dan prije 1. veljače ... I ako bilo što bude učinjeno ili se nešto propusti učiniti protivno tim utanačenjima, platit će se 1000 sesteracija u svrhu da se doskoči prijevarnom postupanju u ovoj pravnoj stvari i samom arbitražnom postupku te da tako bude i u budućnosti.* *Tabulae Herculenses* 76. Knütel, R., *Stipulatio poenae: Studien zur Römischen Vertragsstrafe*, Köln – Wien, 1976., str. 27 – 32.

⁹⁶ U prijevodu: *Sporazunijeli su se u obliku compromissum da će ispuniti odluku koju je donio arbitar te ako neka od stranaka učini nešto ili propusti učiniti nešto u vezi s odlukom ili učini*

Stranke su, dakle, stipuliranjem ugovorne kazne mogle izvršiti posrednu imovinsku prisilu na pridržavanje arbitražnog sporazuma (*compromissum*) i odluke (*sententia*). Stipuliranjem ugovorne kazne stranke se sililo na lojalno postupanje i suzdržavanje od radnji kojima bi se onemogućilo provođenje postupka i odlučivanje.

U *Digesta* se nalazi nekoliko odredbi o stipuliranju penalne klauzule:

*Cum, quid ut fiat, stipulemur poenam, sic recte concipiemus: 'Si ita factum non erit': cum quid ne fiat, sic: 'Si adversus id factum sit'.*⁹⁷

*Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatius et elegantius esse labeo ait sic subici poenam: 'si ita factum non erit': at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: 'si adversus ea factum erit': et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic comprehendendum: 'si non feceris, si quid adversus ea feceris'.*⁹⁸

Ugovaranjem penalne klauzule u višestrukoj vrijednosti predmeta spora postizala se posredna imovinska prisila prema objema strankama da ničim ne ometu arbitražni postupak, da ne onemoguće donošenje odluke i da ispune svoje obveze iz arbitražne odluke. Penalna klauzula i u njoj sadržana ugovorna kazna imali su ulogu prethodnog osiguranja. *Stricto sensu* stranke pravno nisu bile dužne poštovati *compromissum*, no tada bi bile obvezne na isplatu ugovorne kazne. Ugovaranjem penalne klauzule ispunjavao se još jedan cilj koji opisuju Modestin. Imovinskom prisilom uperenom protiv stranaka (sadržanom u penalnoj klauzuli) štitili su se ugled i autoritet arbitraža *ex compromisso*. Ugovorna kazna trebala je djelovati generalno preventivno prema svima koji bi sklapali *compromissum* s ciljem da ne ispune obvezu iz odluke ako njome ne budu zadovoljni. Arbitar *ex compromisso* odluku je donosio nevezano na ikakva pravna

nešto, odnosno propusti nešto učiniti tako da arbitar uopće ne može donijeti odluku ... platit će 1000 sestereija. Lucije Venidije Enih to se stipulacijom obvezao dati, a obvezao se i Lucije Mamije. Tabulae Herculanaenses 81; Knütel, op. cit. u bilj. 95, str. 27 – 32.

⁹⁷ U prijevodu: *Kada se stipulira kazna da se nešto ispuni, to se mora učiniti kako slijedi: 'ako to ne bude učinjeno, [platit će se ...]'. Ako se nešto ne bi smjelo učiniti, stipulirat će se: 'Ako se nešto učini protivno tome, [platit će se...]'.* Ulpianus, D.45.1.71.

⁹⁸ U prijevodu: *Ako stipuliramo da se nešto ima učiniti, jasnije je i praktičnije, kaže Labeo, da se kazna ugovori na sljedeći način: 'ako nešto ne bude učinjeno kako je određeno'. Ali kada stipuliramo da se nešto ne učini, tada je izričaj sljedeći: 'ako bude učinjeno protivno tome'. Ako istodobno stipuliramo da se nešto mora učiniti, a da se drugo ne učini, to treba sročiti na sljedeći način: 'ako se ne učini nešto ... ako se učini nešto protivno tome'.* Venonius, D.45.1.137.7.

pravila. Nije bio vezan ni zahtjevima ni tvrdnjama stranaka. Odluka arbitra *ex compromisso* stoga je mogla biti nepovoljna za obje stranke, pa se može zamisliti situacija kada bi u interesu objiju stranaka bilo ne ispuniti obveze iz arbitražne odluke. Modestinus navodi da je u takvome slučaju postojala obveza plaćanja ugovorne kazne u slučaju neispunjenja obveze, čak i ako arbitražna odluka nije bila u interesu druge stranke.⁹⁹ Penalna klauzula mogla se stipulirati i tako da za pojedine vrste povreda arbitražnih odluka budu određene kvantitativno različite ugovorne kazne.¹⁰⁰

Stranke su pravni odnos koji je proizlazio *ex compromisso* mogle učiniti izvjesnim određivanjem roka ispunjenja. No, kako se to u praksi očito nije prakticiralo, pojavilo se pitanje u kojem roku treba ispuniti obvezu iz arbitražne odluke. Riječ je bila o važnom pitanju jer u slučaju neispunjenja ili nepotpunog ispunjenja druga je stranka bila ovlaštena zahtijevati ugovornu kaznu. Među klasičnim je pravicima postojala suglasnost da se arbitražna odluka mora ispuniti u primjerenome vremenu (*modicum tempus*). Tako Ulpijan u jednom fragmentu iznosi sljedeće shvaćanje: *Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, celsus scribit libro secundo digestorum inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest: et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit.*¹⁰¹

3.2.2. Ugovorna kazna kao sadržaj penalne klauzule

U Justinijanovim "Institucijama" kao predmet ugovorne kazne spominje se određena svota novca (*certa pecunia*).¹⁰² Ugovorna kazna određivala se sporazumom stranaka zaodjenutim u stipulaciju, ali na način da njezina visina bude takva da na stranke vrši odgovarajući imovinski pritisak na ispunjenje. Rimsko pravo glede njezine visine nije odredilo ograničenja niti ju je stavljalo u odnos prema vrijednosti predmeta spora. Ugovorna kazna nije služila popravljanju

⁹⁹ Modestinus, D.4.8.38.

¹⁰⁰ Paulus, D.4.8.34.1.

¹⁰¹ *Protekom koliko vremena, ako se stranka ne podvrgne odluci arbitra, može doći do podizanja tužbe iz stipulacije? Ako rok nije određen, Celz u drugoj knjizi Digesta navodi da je riječ o primjerenom vremenskom razdoblju [razumni rok]. Nakon proteka toga vremena može se podnijeti zahtjev iz stipulacije. Ako se obveza ispunji prije negoli se sud upusti u razmatranje, ne može se provoditi postupak povodom zahtjeva iz stipulacije.* Ulpianus, D.4.8.21.12. Vidi Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 111.

¹⁰² I.1.3.15.7.

predvidive štete koja je mogla nastupiti zbog neispunjenja odluke arbitra.¹⁰³ U okvirima arbitraže *ex compromisso* imala je *in terrorem* funkciju.¹⁰⁴ *In terrorem* funkcija¹⁰⁵ ugovorne kazne ostvarivala se njezinim ugovaranjem u znatno većem iznosu negoli je bila prava vrijednost predmeta spora. Ona je imala funkciju svojom visinom, tj. negativnim imovinskim posljedicama, zastrašiti (*terror*) onu stranku koja ne bi izvršila odluku arbitra i onu koja je ne bi izvršila u cijelosti ili *in modico tempore*.

Iz djela rimskih pravnika poznate su situacije kada su stranke pogreškom stipulirale manji iznos negoli je bila vrijednost spora.¹⁰⁶ U tome slučaju smisao i svrha ugovorne kazne ne bi se ostvarili jer arbitar nije imao ovlasti ni na koji način utjecati na sporazum stranaka kojima se ona ugovarala. Tužbom iz stipulacije mogao se potraživati samo stipulirani novčani iznos.¹⁰⁷ Arbitar nije imao ovlast zabraniti jednoj od stranaka potraživati plaćanje ugovorne kazne. Ako bi to učinio, takva odluka bila bi bez učinka.

3.2.3. Ostvarivanje ugovorne kazne

Rimsko pravo do Justinijanove vladavine nije poznavalo način kojim bi se stranke neposredno prisilile na ispunjenje obveze iz odluke arbitra *ex compromisso*. Ugovornom kaznom određenom znatno iznad vrijednosti predmeta spora posredno se postizala imovinska prisila na ispunjenje obveze. Ako ne bi došlo do ispunjenja obveze iz arbitražne odluke, radi prisilnog ostvarivanja ugovorne kazne pokretao se postupak podnošenjem zahtjeva pretoru. Iz izvora se razabire da je postupak o ugovornoj kazni u vezi s arbitražom *ex compromisso* bio ekspeditivan.¹⁰⁸ Kako je visina ugovorne kazne bila određena, pretor je u formuli

¹⁰³ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 121 – 122; Zimmermann, R., *Stipulatio poenae*, South African Law Journal, vol. 104, 1987., 399 – 400, 406 – 407; Knütel, *op. cit.* u bilj. 95, str. 27 – 32, 203; Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 526; Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 136; Guarino, *op. cit.* u bilj. 39, str. 844 – 845.

¹⁰⁴ O funkciji *in terrorem* vidi Papinianus, D.35.1.71.1.

¹⁰⁵ Prema Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 95 – 96.

¹⁰⁶ Paulus, D.4.8.32pr. O tome iscrpno: Finkenauer, T., *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, vol. 126, 2009., str. 327 – 329.

¹⁰⁷ Ulpianus, D.44.4.4.3. O tome vidi: [DOL]VMQVE MALVM HVIC REI AR[BITE] RIO/[QVE] ABESSE AFVTVR[V]MQVE [ESSE]. *Tabulae Herculanenses* 76. Vidi također: Finkenauer, *ibid.*; Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 42; Talamanca, *op. cit.* u bilj. 13, str. 73.

¹⁰⁸ Ulpianus, D.4.8.21.9; Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 99 – 100.

mogao naložiti sucu (*iudex*) da utvrdi pretpostavke valjanosti stipulacije¹⁰⁹ te da zatim usvoji zahtjev. Nakon što se ugovorna kazna prisilno ostvarila sudskim putem, *compromissum* je prestajao postojati, osim ako su bile ugovorene različite ugovorne kazne za pojedine vrste povreda arbitražne odluke.¹¹⁰

3.3. Odnos arbitraže *ex compromisso* prema drugim postupcima

Iz jednog arbitražnog slučaja dokumentiranoga na herkulanskim pločicama čita se: *...ad alium ullum arbitrum interdum denuntiaretur neve iudicium moveretur a me hereleve meo cognitoremne darem procuratoremve meum ad quem ea res pertinet pertinebit: sive quidvis adversus ea factum eirt HS duomilia probos recte dari stipulatus est L. Venidius Ennychus sponondi eadem L. Annius Anicetus.*¹¹¹ Premda među klasičnim pravnicima o tome postoje dvojbe, čini se da *compromissum* nije bio negativna procesna pretpostavka za pokretanje postupka pred državnim sudom.¹¹² U slučaju kada bi jedna od stranaka tužbom pokrenula postupak pred državnim sudom, pretor nije imao mogućnost intervencije jer to nije spadalo u njegovu nadležnost.

Klasični pravnici navode tri situacije kada je pretorova intervencija bila dopuštena: (1) u slučaju ništavosti arbitražnog sporazuma; (2) kada je penalnom

¹⁰⁹ Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 126.

¹¹⁰ Paulus, D.4.8.34.1. Španjolski romanist J. Paricio razloge za izricanje *poena compromissa* svrstao je u nekoliko kategorija: (1) ako stranke ne bi sudjelovale u arbitražnom postupku; (2) ako stranke ne bi ispunile obveze određene pravorijekom; (3) ako se stranke ne bi odazvale arbitražnom ročištu; (4) ako bi stranke ili pojedina od njih prijevorno postupale prema arbitru i drugoj stranci. Paricio, J., *Notas sobre la sentencia del arbitro ex compromisso. Sancion contra el arbitro que no dio sentencia*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, vol. 31, 1994., str. 283 – 306.

¹¹¹ U prijevodu: *...neka se tijekom arbitražnog postupka spor ne iznosi pred bilo kojeg drugog arbitra i neka se [privatni] sudac ne mijenja mojom odlukom ili odlukom mojeg nasljednika ... Ako štogod bude učinjeno protivno ovim sporazumima, trebat će se platiti 2000 sestercija. Stipulacijom su se na to obvezali Lucije Venidije Ennih i Lucije Annije Ancieto. Tabulae Herculanaenses 82.*

¹¹² *Si quis rem, de qua compromissum sit, in iudicium deducat, quidam dicunt praetorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere, quia iam poena non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc optinuerit, futurum est, ut in potestate eius, quem paenitet compromisisse, sit compromissum eludere. ergo adversus eum poena committenda est lite apud iudicem suo ordine peragenda.* U prijevodu: *Ako netko iznese pred sud spor o kojem je sklopljen compromissum, smatra se da pretor neće svojim utjecajem siliti arbitra na donošenje odluke, kao i u slučaju ako je compromissum ispunjen. Ako se to hoće u budućnosti, onaj tko se pridržava compromissum može pred sudom podnijeti tužbu protiv druge strane sa zahtjevom na isplatu ugovorne kazne koja se odredila u compromissum.* Paulus, D.4.8.30.

klauzulom određena ugovorna kazna, ali u obliku koji je neostvariv; (3) kada je *compromissum* prestao zbog proteka vremena, smrti, ispunjenja, sudske presude i sl.¹¹³ Stranka koja bi podnijela tužbu pred državnim sudom bila je obvezna samo na plaćanje ugovorne kazne, a s trenutkom njezina dobrovoljnog plaćanja ili dosuđivanja prestajala je obveza arbitra da donese odluku. Stoga *compromissum* i ugovorna kazna nisu činili negativnu procesnu pretpostavku, ali je ugovorna kazna određena u višestrukoj vrijednosti predmeta spora takav postupak načelno činila neisplativim.

Problem sličan ovome opisuje Ulpijan: *Adversus sententiam arbitri fit, si petatur ab eo a quo arbiter peti vetuit. Quid ergo si a fideiussore eius petatur, an poena committatur? et puto committi, et ita Sabinus scribit: nam ty dunamei a reo petit. Sed si cum fideiussore compromisi et a reo petatur, nisi intersit fideiussoris, non committetur.*¹¹⁴ Ugovorna kazna izricala se samo kada bi se podizanjem tužbe u odnosu na drugu stranku postupalo protivno *compromissum*. Ako bi se tijekom arbitražnog postupka podnijela tužba protiv bilo koje treće osobe koja nije bila obuhvaćena arbitražnim sporazumom, nije dolazilo do izricanja ugovorne kazne jer između tužitelja i tuženika prethodno nije postojao procesni odnos *ex compromisso*.

3.4. Ostvarivanje odluka arbitra *ex compromisso* u Justinijanovu pravu

Pravnu sankciju *compromissum* je dobio 530. godine nizom carskih konstitucija¹¹⁵ kojima je uvedena akcija *in factum* za ostvarivanje zahtjeva iz odluka arbitara *ex compromisso*. Justinijan je carskom konstitucijom od 6. travnja 530. godine odredio da obje stranke moraju vlastoručno potpisati ugovor o arbitraži (*scriptis hoc suis manibus*) ili ga sastaviti pred javnim tijelom (*per publicas personas scripserint*) te da imaju pravo odustati od ugovora u roku od deset dana (svojevrsni *spatium deliberandi*) od njegova potpisivanja. Nakon proteka roka od deset

¹¹³ Paulus, D.4.8.32.3.

¹¹⁴ *Protivno je odluci arbitra ako jedna stranka tužbom nešto zahtijeva od osobe zbog koje je arbitar to zabranio. Što ako stranka tuži svojeg jamca? Dosuđuje li se tada ugovorna kazna? Smatram isto kao i Sabin da se tada dosuđuje ugovorna kazna jer se u biti tuži dužnika. No, ako sklopim arbitražni sporazum s jamcem pa tužim glavnog dužnika, tada se ne izriče ugovorna kazna, osim ako učinci tužbe pogodaju jamca.* Ulpianus, D.4.8.29.

¹¹⁵ C.I.2.55.4pr.-C.I.2.55.6; Nov. 82, c. 11. Ziegler, *op. cit.* u bilj. 13, str. 248 – 249, 152; Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 528; Rotondi, G., *Un nuovo esempio di innovazioni pregiustiniane. L'exceptio veluti pacti ex compromisso*, u: Arangio Ruiz, V. (ur.), *Scritti giuridici, I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano, 1922., str. 284; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto Romano*, Milano, 1990., str. 590; Roebuck, Loynes de Fumichon, *op. cit.* u bilj. 3, str. 171.

dana ugovor ih je pravno obvezivao, a ostvarivao se posebnom tužbom (*actio in factum*).¹¹⁶ Stoga se ugovor o arbitraži sklapao pod uvjetom da nitko u roku od deset dana od njegova sklapanja ne dade izjavu o odustajanju od arbitražnog ugovora.

Justinijanovo je zakonodavstvo isključilo mogućnost sukcesivnog pokretanja najprije arbitraže, a zatim postupka pred sucem. Ako je spor bio presuđen po arbitru *ex compromisso*, Justinijan je tuženiku u državnom sudskom postupku davao prigovor iz *compromissum (exceptio pacti veluti ex compromisso)*. Prigovorom se tuženik (osoba čije su tvrdnje prihvaćene u arbitraži) mogao suprotstaviti tužbi navodeći postojanje arbitrove odluke.¹¹⁷

Razloge priznanja neposredne obvezatnosti arbitražnom sporazumu treba tražiti u promjeni koja je u postklasičnom pravu nastupila glede stipulacije. U postklasičnom pravu uočava se postupno napuštanje penalne klauzule i u njoj sadržane ugovorne kazne te, s druge strane, pridavanje većeg značenja neformalnom sporazumu o arbitraži (*conventio*). Zato R. Zimmermann postklasični *compromissum* naziva *compromissum sine poena*.¹¹⁸ Postklasični je *compromissum* bio pakt u pisanom obliku (*pactum litteris*), što je odraz postklasičnih promjena u stipulaciji, ali i pojave crkvenih arbitraža (*episcopalis audientiae*).¹¹⁹

4. ZAKLJUČAK

Do Justinijanova doba rimsko pravo nije poznavalo neposredno prisilno ostvarivanje arbitražnih odluka. Razlog tome je pravna narav arbitražnog sporazuma, tj. izostanak njegove pravne sankcije neovisno o tome je li se ugovarala arbitraža *boni viri* ili *ex compromisso*. Na prvi pogled takva situacija mogla bi se činiti nelogičnom s obzirom na znatnu raširenost arbitraža i široko postavljenu arbitrabilnost. To shvaćanje imalo je za posljedicu nesankcioniranost arbitraža kao bitnu razliku prema državnom sudskom postupku koji je, doduše, svojim *modus operandi* isto bio privatn. Spomenuto se odrazilo i na ostvarivanje arbitražnih odluka. Iz izvora jasno proizlazi pravilo da se arbitražne odluke do 530. godine nisu mogle ostvarivati neposrednom prisilom rimske države. Stoga su se u praksi izrazito raširili načini posredne prisile.

¹¹⁶ C.I.2.55.5.1.

¹¹⁷ C.I.2.55.5pr; Vecchione, *op. cit.* u bilj. 66, str. 11 – 13.

¹¹⁸ Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 3, str. 527, prema C.I.2.55.5pr.

¹¹⁹ *Ibid.*

U najstarije vrijeme (arbitraža *boni viri*) odluka se ostvarivala nepravim mjerama prisile koje su se oslanjale na društveni prijekor i prokazivanje osobe koja ne bi ispunila iz nje proizlazeću obvezu. Gledajući iz perspektive latinskoga jezika, to je bio više strah (*metus*) negoli *vis* (*sila*). Glavni čimbenik obvezatnosti arbitražne odluke bio je ugled osobe arbitra i njegovo poimanje u društvenoj zajednici. Stoga je izbor njegove osobe imao prvorazredno značenje. U praksi klasičnog prava raširila se pravna mjera posredne prisile štetnom imovinskom posljedicom u vidu ugovorne kazne koja je bila postavljena u višestrukoj vrijednosti u odnosu na vrijednost predmet spora.

Izvjernost ostvarivanja arbitražnih odluka bitno je utjecala na zastupljenost pojedine vrste arbitraže u praksi. Arbitraža *boni viri* u praksi se napuštala kada je nepravna društvena prisila postala nedostatna.

Premda *de iure* arbitražna odluka *ex compromisso* nije bila prisilno ostvariva, prihvaćanjem stipulacije i ugovorne kazne posrednim se putem otvarala mogućnost imovinske prisile na njezino ostvarivanje. Strogo promatrajući, ugovorna kazna nije jamčila da će se arbitražna odluka *ex compromisso* uistinu i ostvariti u sadržaju kako je izrečena, ali su stranku koja je ne bi ispunila stizale imovinske posljedice u višestrukoj vrijednosti predmeta spora, pa joj takav postupak načelno gledajući nije bio nimalo isplativ. U većini je slučajeva takva prisila činila izvjesnim ispunjenje arbitrove odluka.

Posredna, pravna i imovinska prisila kod arbitraže *ex compromisso* dobar je pokazatelj tendencija u rimskom pravu da se pojedini instituti primjenjuju izvan svojeg uobičajenog područja kako bi se nekim drugima pridalo svojstvo utuživosti i ostvarivosti.

Summary

Ivan Milotić *

ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS IN ROMAN LAW

The main goal of arbitration in Roman law was to render the arbitral award and, afterwards, to assure its enforcement. The problem of its enforcement in Roman law should be observed from the viewpoint of the legal nature of the award. Arbitrations handled by boni viri and those arranged ex compromisso were private proceedings which ended in arbitral awards that were legally unsanctioned. This meant that their enforcement overseen by the authority of the Roman state was not available. From its earliest period Roman law developed a range of legal mechanisms by which the enforcement of such awards was achieved indirectly. In arbitration handled by boni viri this goal was achieved by way of non-legal pressure exerted by the social environment. By using this means the society gave authority and non-legal binding force to arbitrations boni viri. In case of arbitration ex compromisso (the most common type of arbitration in classical and pre-classical Rome) enforcement of an arbitral award was achieved by stipulating a conventional penalty in the arbitral agreement. The conventional penalty was a predictable property loss addressed to the party who had abandoned arbitration or refused to execute the arbitral award. In 530 AD several imperial constitutions of the emperor Justinian recognized arbitration ex compromisso by providing a legal sanction. By introducing this legal regime Justinian proclaimed enforceability of the arbitral awards emerging from arbitration ex compromisso. On the other side, arbitration handled by boni viri continued to exist as a legally unsanctioned category of dispute resolution, which meant that the arbitral awards emerging from this type of procedure were not enforceable by state authority.

Key words: arbitration, arbitrator, arbitral award, Roman law

* Ivan Milotić, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb; ivan.milotic@pravno.hr

