

## ARBITRAŽO TEISĖS TEORIJA – TEISINIO REALIZMO PERSPEKTYVA

### **Rimantas Daujotas**

Doktorantas, Karalienės Marijos Universitetas

Vyresnysis Teisininkas

APB „Motieka ir Audzevičius“

Gynėjų g. 4, Vilnius, Lietuva

[www.rdaujotas.com](http://www.rdaujotas.com)

El. p.: [rimantasdaujotas@gmail.com](mailto:rimantasdaujotas@gmail.com)

### **TURINYS**

<i>Santrauka</i> .....	2
<b>I. Įvadas</b> .....	2
<b>II. Arbitražas – socialinės grupės atspindys</b> .....	4
<b>III. Arbitražas kaip atskiras teisinis režimas</b> .....	6
<b>IV. Arbitražo internacionalizacija</b> .....	8
<b>V. Teisinis realizmas</b> .....	11
<b>VI. Sprendimų priėmimas ir teisėkūra</b> .....	15
<b>VII. Formalistų kritika</b> .....	17
<b>VIII. Teisinis realizmas arbitraže</b> .....	18
<b>IX. Teisinio realizmo arbitraže požymiai - taikytina teisė</b> .....	22
<b>Anglija</b> .....	23
<b>Prancūzija</b> .....	23
<b>Arbitražas</b> .....	24
<b>X. Arbitras ir jo funkcija teisinio realizmo kontekste</b> .....	26
<b>XI. Išvados</b> .....	31
<b>Literatūra</b> .....	33

## Santrauka

*Straipsnyje nagrinėjama teisinio realizmo sąveiką su arbitražo institutu. Kadangi arbitražo požymiai glaudžiai siejasi su teisinių sprendimų priėmimo ir teisinių taisyklių analize teisės teorijos disciplinoje, straipsnyje klausiama kokia teisminių sprendimų priėmimo teorija – teisinio realizmo ir teisinio formalizmo vyrauja arbitraže? Straipsnyje analizuojama arbitro funkcija ir aplinkybės susijusios su arbitro skyrimu, arbitraže taikoma teisė ir tarptautinis arbitražo pobūdis. Darbe prieinama prie išvados, kad arbitražo populiarumą lėmė būtent tai, kad jis atstovauja komercinių subjektų grupei ir todėl sudaro savarankišką teisinę sistemą. Atsižvelgiant į arbitražo sistemos konstrukciją, daroma išvada, kad sprendimų priėmimas arbitraže atspindi teisinio realizmo aksiomas, kurios teigia, kad arbitrai teisės normas taiko ir interpretuoja pasikliaudami savo vidine nuojauta ir diskrecija. Darbe taip pat teigiama, kad arbitrų sprendimai yra sąlygojami arbitrų psichologinio būdo, socialinio konteksto, ideologijų, vertybių ir profesinio konsensuso.*

## I. Įvadas

Arbitražas – alternatyvus ginčų sprendimo būdas, kai fiziniai ar juridiniai asmenys, remdamiesi savo susitarimu, tarpusavio ginčui spręsti kreipiasi ne į valstybės teismą, o į jų susitarimu pasirinktą trečiąjį asmenį ar asmenis. Skirtingai nuo teismų, arbitražas yra lankstesnis – šalys gali susitarti dėl kalbos ir vietos, arbitrų asmens ir skaičiaus bei jų skyrimo tvarkos, ginčams spręsti taikytinos teisės.

Šie arbitražo požymiai glaudžiai siejasi su teisinių sprendimų priėmimo ir teisinių taisyklių analize teisės teorijos disciplinoje. Teisinis sprendimų priėmimas buvo ir dviejų didžiųjų teisminių sprendimų priėmimo teorijų – teisinio realizmo ir teisinio formalizmo – pagrindas. Anot formalistų, teisėjai vadovaujasi loginiu mąstymu, kad prieitų prie sprendimo nuo teisinių taisyklių iki bylos baigties. Kraštutinėse formalizmo versijose teisėjo funkcijos labiau panašios į kompiuterio, sudėliojančio teisinį sprendimą pagal tam tikrą logiškai išdėstyta kodą, kuris pasireiškia per griežtas teisės normas. Todėl, dauguma formalistų laikė, jog formalios teisinės taisyklės yra teisinių sprendimų priėmimo svarbiausia dalis. Teisiniai realistai laikėsi visai kitokio požiūrio - formalios teisinės taisyklės nenulemia bylos baigties. Realistų požiūriu, teisėjai veikia

panašiai kaip advokatai, kurie pirmiausiai nustato kliento poziciją ir tuomet ieško teisinių taisyklių, kurios palaikytų tą poziciją. Realistai teigia, jog teisėjų asmenybė ir instrumentalistiniai principai, atspindėti kiekvieno teisėjo teisminėje filosofijoje, yra svarbiausias veiksnys sprendimų priėmime.

Taigi atsižvelgiant į tai, kad arbitraže ginčo šalys turi galimybę pačios pasirinkti tiek sprendimų priėmėją – arbitrą, tiek ir taikytinos teisės taisykles, kyla klausimas kokia teisminių sprendimų priėmimo teorija – teisinio realizmo ir teisinio formalizmo vyrauja arbitraže? Vertinant arbitro funkciją ir aplinkybę, kad ginčo šalys arbitraže yra linkusios paskirti joms ar jų pozicijai palankų arbitrą, tikslinga analizuoti būtent teisinio realizmo sąveiką su arbitražo institutu. Rengiant šį darbą buvo preziumuojama, kad sutartinis arbitražo pobūdis, jo sąveika su nacionalinėmis teisės sistemomis ir tarptautiškumas lėmė tai, kad arbitražo procesas atitinka pagrindines teisinio realizmo aksiomas.

Norint išanalizuoti arbitražo ir teisinio realizmo sąveiką, šiame darbe pirmiausia nagrinėjama teisinė arbitražo prigimtis, arbitražo internacionalizacija, teisinio realizmo aksiomos, sprendimų priėmimas ir teisėkūra arbitraže bei teisinio realizmo arbitraže požymiai, t.y. taikytina teisė ir arbitro funkcijos.

Postūmį nagrinėjamai temai kryptingai suteikė ir vis aštrėjanti kritika tarptautinio arbitražo atžvilgiu, kurioje teigiama, kad privatus verslas ir ypač didelės tarptautinės verslo korporacijos dažniausiai renkasi tarptautinį arbitražą norėdamos išvengti nacionalinių valstybės teismų ir taip išvengia valstybės įsikišimo į klausimus, kuriuose gali vyrauti ir viešasis interesas.

Paminėtina, kad arbitražo teisės teorija ar arbitražo sąveika su teisminių sprendimų priėmimo teorijomis Lietuvos teisės doktrinoje iki šiol nebuvo nagrinėta<sup>1</sup>. Tas pats pasakytina ir apie užsienio autorių mokslinius darbus, kurie apsiriboja bendrąja arbitražo teisės teorija<sup>2</sup>. Todėl, metodologiniu požiūriu, tema bus nagrinėjama keletu aspektu. Iš vienos pusės bus bandoma

---

<sup>1</sup> Šiame kontekste galima paminėti TUMONIO Vitalijaus darbą - Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudencija*. 2012, 19(4), p. 1361–1382, kuriame autorius nagrinėjo sprendimų priėmimą teisme ir teisinio realizmo įtaką.

<sup>2</sup> GAILLARD, Emmanuel. "Sociology of international arbitration." *Arbitration International* 31.1 (2015): 1-17; PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford University Press, 2013.

atskleisti teorinį paties arbitražo pobūdį, jo vietą teisinėje sistemoje ir pagrindinėse teisės teorijos disciplinose, analizuoti sprendimų priėmimo arbitraže aplinkybes. Iš kitos pusės, bus bandoma išgryninti teisinių realijų požiūrį į sprendimų priėmimą ir ieškoti sąsajų su sprendimų priėmimu arbitraže. Darbo apimties prasme lyginamasis metodas neapsiriboja tik Lietuvos analize, analizuojama ir tarptautinė praktika, remiamasi užsienio autorių darbais. Taip pat pasitelkiami ir loginis, sisteminis, teologinis ir kiti metodai.

## II. Arbitražas – socialinės grupės atspindys

Arbitražas yra pusiau privati ir pusiau teisminė ginčų sprendimo forma, kai sutarties šalys susitaria perduoti savo ginčą trečiajai šaliai – arbitražo teismui ar tribunolui – vietoje nacionalinio teismo. Tačiau arbitražas yra privatus tol, kol jis grindžiamas šalių sutarties laisve: arbitražui pateiktini tik tie klausimai, kurie numatyti šalių sutartyse<sup>3</sup>. Atsižvelgiant į bylos esmę, arbitražo sprendimas negali būti peržiūrėtas nacionaliniame teisme, jis negali būti skundžiamas, išskyrus konkrečias įstatyme numatytas išimtis. Arbitražo sprendimas gali būti pripažintas negaliojančiu arba panaikintas vélesnio teismo proceso metu, jei nustatomi tam tikri reikšmingi formalūs arba procedūriniai pažeidimai. Arbitražinio susitarimo šalių ‚rišamoji‘ jėga ir nacionalinio teismo pareiga atmesti ieškinį, patenkanti į arbitražinio susitarimo apimtį, kyla iš *pacta sunt servanda* principo<sup>4</sup>. Arbitražo teisingumo bruožai daugiausia susideda iš savybių, kuriomis pasižymi ir arbitražų sprendimai, ir teismo nutartys: įgyvendinamumu, teisine galia ir *res judicata* poveikiu<sup>5</sup>. Žinoma, vienas iš esminių arbitražo ir teismo skirtumų yra sprendimų priėmėjas - arbitras, jo asmuo ir funkcija. Šiame kontekste pažymėtina, kad egzistuoja didelis skirtumas tarp to, ką arbitras turi ar neturi daryti ir ko arbitras turėtų ar neturėtų daryti. Atsižvelgiant į šalims ir arbitrams tarptautiniame arbitraže suteiktas esmines laisves ir teises, šiame darbe pastarieji klausimai bus labai aktualus ir esminiai šio straipsnio analizei.

---

<sup>3</sup> CARBONNEAU, Thomas E. "Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement, The." *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003): 1189; SASSER, Karon A. "Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements." *Cumb. L. Rev.* 31 (2000): 337.

<sup>4</sup> APONTE, Juliska M. "Compulsory Consolidation of International Arbitral Proceedings: Effects on Pacta Sunt Servanda and the General Arbitral Process." *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 2 (1994): 223.

<sup>5</sup> Žr. LOWE, Vaughan. "Res judicata and the Rule of Law in International Arbitration." *Afr. J. Int'l & Comp. L.* 8 (1996): 38; BORN, Gary. *International commercial arbitration*. Vol. 1. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

Prieš pereinant į teorinius aspektus, būtina paminėti faktą, kad šiandien arbitražas yra populiariausia su tarptautiniais sandoriais ir tarptautiniais komerciniais santykiais susijusių ginčų sprendimo forma. Arbitražo sėkmės priežastis paprastai slypi daugybėje arbitražo šalims teikiamų privalumų, kuriuos jis turi lyginant su bylinėjimusi nacionaliniuose teismuose. Šie privalumai, žinoma, yra pirmiausia ginčo šalių privalumai, o tam tikrais atvejais ir teisinės valstybės privalumai. Arbitražas yra dažnai laikomas pigesniu ir greitesniu nei nacionalinių teismų procesai. Be to, arbitražas yra suvokiamas kaip neutralus ginčų sprendimo būdas, nė vienai bylos šaliai nesuteikiantis pranašumo „namų“ teisme. Arbitražas taip pat suprantamas kaip pasižymintis konfidencialesniu pobūdžiu, o arbitražo sprendimus paprastai lengviau įgyvendinti nei užsienio teismo nutartis. Galiausiai, ir turbūt svarbiausia, šalių autonomijos principas tarptautiniame arbitraže daro arbitražo procedūrą lanksčia bei palieka didelę laisvę šalims pasirinkti arbitrus, proceso kalbą, arbitražo vietą, taikomą materialinę teisę ir t. t.<sup>6</sup>

Taip pat galima teigti, kad arbitražo populiarumas yra sąlygotas ir pačios valstybės veiklos. Kai valstybės nustatyta teisinė tvarka nepatenkina konkrečių visuomenės sluoksnių, kuriami alternatyvūs metodai. Šie metodai gali atrodyti daugiau ar mažiau teisėti. Vienu kraštutiniu atveju, atitinkama valstybė gali tapti fikcija, negalinčia užtikrinti saugumo arba teisingumo. Tokios aplinkybės gali lemti teigiamą nuomonę apie alternatyvių susitarimų atsiradimą, kuriais verslas siekia į savo veiklą įnešti nuspėjamumo. Esant kitam kraštutinumui, atitinkama valstybė gali tapti priimtino veiksmingumo bei demokratinio tobulinimo pavyzdžiu, o alternatyvaus susitarimo kūrėjai – grupelė asmenų norinčių praturtėti ar įsitvirtinti pasitelkdami klastą ar piktnaudžiavimą<sup>7</sup>. Tarp minėtųjų veikėjų gali būti grupių, kurios tiesiog pageidauja efektyvesnės teisių ir pareigų įgyvendinimo sistemos. Taigi valstybės tolerancija tokių grupių atžvilgiu priklauso nuo to, kiek valstybės nuomone tokie susitarimai yra suderinami su visuomenės vertybėmis ir tikslais apskritai – t. y. su viešuoju interesu.

---

<sup>6</sup> MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2012.; FOUCHARD, Philippe, et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer law international, 1999.

<sup>7</sup> Žr. PAULSSON, Jan. "Arbitration in three dimensions." *International and Comparative Law Quarterly* 60.02 (2011): 291-323.

Visgi, teisinės sistemos kuria visos socialinės grupės. Kadangi teisė yra socialinių sutarimų atspindys, ji neapima jokių funkcijų, kurios yra savivalės ar oportunistinės valios produktas<sup>8</sup>. Teisėtvara atsiranda iš sambūvio būtinumo – įveikiant asmeninius interesus per ilgalaikį gyvenimo visuomenėje pagrindą, kuriant socialinius subjektus, kurie yra atsparesni ir stipresni už individų interesus. Dėl šios priežasties teisinė sistema nėra teigiamų įstatymų rinkinio produktas, o neišvengiamas socialinės grupės formavimosi rezultatas<sup>9</sup>. Arbitražo procesas ir šiuo procesu besinaudojantys subjektai (pvz. verslas) bei šį procesą aptarnaujantys subjektai (teisininkai) būtent ir jungia arbitražo socialinę grupę.

Arbitražo teisinė tvarka reiškia tai, kad visi arbitražo sferoje vykstantys procesai yra teisėti – tiek teismų nustatytas formalizmas, tiek socialinių grupių, įskaitant arbitrus, veiksmai arbitražo sferoje. Teisės normos šiuo atveju yra antrinės, nes svarbiausia yra tai, kad subjektai, veikiantys alternatyvioje teismui sferoje, savo susitarimais įvardija tas normas teisėtomis. Todėl teisės normos šiuo atveju yra ne tai, kas kuria sistemą, o tai sistema, kurią tokie subjektai naudoja savo tikslais<sup>10</sup>.

### III. Arbitražas kaip atskiras teisinis režimas

Didysis arbitražo paradoksas yra tai, kad jis siekia tų valstybinių institucijų bendradarbiavimo, nuo kurių nori išsilaisvinti. Arbitražo teisė, kokia ji yra tradiciškai suvokiama - šios įtampos pasireiškimas. Ribiniuose arbitražo teisės kuluaruose dažnai kyla šie esminiai klausimai: ką toleruos valstybė? Kam ji „paskolins“ savo valdžią ir galią? Ar arbitražas turi būti teisiškai

---

<sup>8</sup> MASLOW A. Psichologiniai duomenys ir vertybių teorija. Gėrio kontūrai. Vilnius: Mintis, 1989; taip pat ŠLAPKAUSKAS, Vytautas. Socialinės tvarkos raidos globalizacijos sąlygomis problemos, *Jurisprudencija*, 2005, t. 70(62); 5–15; ŠLAPKAUSKAS, Vytautas. Teisės vaidmens silpnėjimas komercializuotoje visuomenėje. *Jurisprudencija*, 2009, 4(118), p. 265–284.

<sup>9</sup> Pavyzdžiui, Roscoe Poundas perėmęs Jheringo požiūrį teisę mato kaip priemonę sutaisyti konfliktuojančias šalis. Jis mano, jog teisė turi užtikrinti kiek įmanoma didesnę visuomenės poreikių patenkinimą su kuo mažesne trintimi tarp grupių bei resursų iššvaistymu. Pouno teorijoje šie poreikiais yra laikomi interesais, kurie egzistuoja nepriklausomai nuo teisės, o teisė kai kuriuos iš šių interesų pripažįsta bei įtvirtina tam tikrose apibrėžtose ribose. Žr. POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Vol. 10. Yale University Press, 1954. Taip pat žr. pvz. MCMANAMAN, Linus J. Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound, *St. John's Law Review* (1958, Vol. 33: Iss. 1, Article 1.), p. 20-2; DUGUIT, Léon. "The Law and the State." *Harvard Law Review* 31.1 (1917): 1-185.

<sup>10</sup> Rudolfas von Jheringas teigė, kad galutiniu teisės, o kartu ir valstybės tikslu turi būti visuomenės gyvenimo sąlygų nustatymas ir garantavimas – teisė egzistuoja visuomenei, o ne visuomenė teisei. Von JHERING, Rudolf. *Law as a Means to an End*. Vol. 5. The Lawbook Exchange, Ltd., 1999.

prijungtas prie konkrečios jurisdikcijos? Jei taip, ar teisinga sakyti, kad tik tos jurisdikcijos teisė gali įgyvendinti sprendimus? Ar arbitražas gali funkcionuoti be konkrečios valstybės teisės paramos?<sup>11</sup> Šie klausimai tampa esminiai, ypač kai iškyla tarptautiniame kontekste. Kadangi pasaulio bendruomenės integruojasi, o kadaise buvusios išimtinėmis valstybių teisinės sistemos dezintegruojasi, šie klausimai tampa ne tik įdomesni, bet ir būtini.

Kaip nurodo žymus arbitras ir arbitražo profesorius J. Paulsson, šie klausimai gali būti nagrinėjami atsižvelgiant į keturis daugiau ar mažiau konkuruojančius teiginius. Pirmasis – bet kuris arbitražas yra neišvengiamai nacionalinis ir egzistuoja arba išnyksta pagal arbitražo vietos teisę. Tai gali būti vadinama „teritorine teze“. Antrasis – arbitražas gali būti įgyvendintas daugiau nei pagal vieną teisinę sistemą, iš kurių nė viena nėra neišvengiamai būtina. Tai „pliuralistinė teze“. Trečiasis teiginys – arbitražas yra savarankiškos teisinės tvarkos produktas ir priimtas, kaip toks, arbitrų bei teisėjų. Ketvirtasis – arbitražas gali būti visiškai veiksmingas pagal įprastinius susitarimus, kurie nepriklauso nuo nacionalinės teisės aktų arba teisėjų<sup>12</sup>.

Realių teisinių sistemų, apimančių arbitražą, pavyzdžiai retai būna primityvūs. Priešingai, arbitražo teisinė struktūra dažnai yra gana įmantri. Iš esmės taip yra todėl, kad arbitražo tikslas yra išvengti valstybinių institucijų atliekamų prieštarų aiškinimų poreikio, t.y. veikti be jokio valstybės institucijų įsikišimo. Valstybinių ir nevalstybinių teisės sistemų tarpusavio skvarba arbitraže geriausiai atsiskleidžia per nusistovėjusių ir tarpvalstybinių mastu veikiančių privačių arbitražo institucijų pavyzdžius. Šios institucijos klesti jau daugelį dešimtmečių dėl to, kad geba greitai reaguoti į tarptautinės aplinkos dinamiką. Atsižvelgiant į tai, transformavosi šių institucijų pobūdis ir veikla. Tai ypač akivaizdu kalbant apie šių institucijų santykinę padėtį, palyginti su nacionalinėmis teisės sistemomis. Pavyzdžiui, XX a. 6-ajame dešimtmetyje Tarptautinių prekybos rūmų arbitražo sistema buvo gana maža institucija, palyginti su vyravusiomis stipriomis valstybinėmis teisinėmis sistemomis<sup>13</sup>. Šiandien, Tarptautinių prekybos rūmų arbitražas (ir kiti panašūs arbitražai) laikomi įprastu tarptautinių komercinių ginčų sprendimo metodu, o didžioji

---

<sup>11</sup> PAULSSON, Jan. "Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin." *International and Comparative Law Quarterly* 30.02 (1981): 358-387.; DAVIS, Kenneth R. "Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power, A." *Fordham Urb. LJ* 26 (1998): 167.

<sup>12</sup> Žr. PAULSSON, Jan. "Arbitration in three dimensions." *International and Comparative Law Quarterly* 60.02 (2011): 291-323.

<sup>13</sup> CASELLA, Alessandra. "On market integration and the development of institutions: the case of international commercial arbitration." *European Economic Review* 40.1 (1996): 155-186.

dalį tokių ginčų yra išsprendžiami be jokios būtinybės kreiptis į kokias nors valstybines institucijas. Arbitražo mechanizmo pagal Tarptautinių prekybos rūmų sukurtas taisyklės pradžia buvo 1921 m. kongrese Londone, netrukus po pačių Tarptautinių prekybos rūmų įsteigimo. JAV prekybos rūmų komercinio arbitražo komiteto pirmininkas ir gerai žinomas verslininkas Owen Young tuo metu teigė, kad buvo svarbu sukurti efektyvių sprendimų „už įstatymo ribų“ galimybę<sup>14</sup>.

Taigi galima teigti, kad arbitražo populiarumą lėmė tai, kad jis atstovauja komercinių subjektų grupei ir todėl sudaro teisinę sistemą. Nacionalinės teisinės sistemos, priešingai nuo arbitražo, galioja nuo milžiniškos apimties įstatymų tomų, todėl praktiškai niekam neatstovauja. Tai ypač aktualu kai kalbama apie komercinės visuomenės gyvenimo reguliavimą, kadangi veiksminga teisinė tvarka gali būti pasiekta ir laikantis vienos taisyklės, jei pastaroji yra pakankamai įsitvirtinusi konkrečioje bendruomenėje.

#### **IV. Arbitražo internacionalizacija**

Arbitražo teorijos analizė būtų labai paviršutiniška jei nebūtų analizuojamas ir arbitražo tarptautiškumas. Tarptautiškumas arba internacionalizacija yra svarbus ir natūralus arbitražo teisės aspektas. Per pastaruosius kelis dešimtmečius tarptautinio arbitražo teisė vystėsi dviem lygiagrečiomis – ir iš dalies prieštaringomis – kryptimis: internacionalizavimo ir nacionalinio profiliavimo kryptimis. 1958 m. įsigaliojo Niujorko konvencija dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo ir vykdymo (Niujorko konvencija). Ši Konvencija arbitražo teisės internacionalizavimo procese gali būti laikoma atskaitos tašku<sup>15</sup>. Jau po Niujorko Konvencijos priėmimo, *Jungtinių Tautų Tarptautinės prekybos teisės komisija (UNCITRAL)* 1985 m. priėmė Pavyzdinį (Modelinį) tarptautinio komercinio arbitražo įstatymą, kuris buvo labai svarbus nacionalinių arbitražo įstatymų derinimo procese<sup>16</sup>. Nepaisant tokių priemonių sėkmės, kaip, pavyzdžiui, Niujorko konvencija ir UNCITRAL Pavyzdinis įstatymas, arbitražo teisė iki yra dar gana toli nuo visiško tarptautinio suderinimo. Pavyzdžiui, Niujorko konvencijoje daroma

---

<sup>14</sup> PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford University Press, 2013.

<sup>15</sup> VAN DEN BERG, Albert Jan, and T. M. C. Den Haag. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer, 1994.

<sup>16</sup> Žr. NEUHAUS, Joseph E. *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*. Kluwer Law Intl, 1989.



prielaida, kad arbitražo sprendimas priimamas pagal konkrečios valstybės nacionalinį arbitražo įstatymą (*lex arbitri*). Taigi išlieka rizika, kad vykdyti arbitražo sprendimus gali būti atsisakyta jei tvirtinama, kad jie yra nacionaliniai arba ‚denacionaliniai‘. Dėl šios priežasties, nacionalinė teisės sistema turi numatyti ir atitinkamas sankcijas, kuriomis būtų užtikrintas arbitražo sprendimų privalomumas ir vykdomumas.

Per internacionalizacijos dešimtmečius arbitražas patyrė ir precedento neturintį teisėkūros bumą. Nors daugelis nacionalinių arbitražo įstatymų buvo įkvėpti UNCITRAL Pavyzdinio įstatymo<sup>17</sup>, kai kuriose šalyse arbitražo įstatymai – ypač Europos šalyse, pvz., Švedijoje, Prancūzijoje, Šveicarijoje, Anglijoje ir Ispanijoje – buvo daugiausia įtakoti nacionalinės teisinės kultūros ir tradicijų. Keli kiti veiksniai taip pat pažabojo arbitražo teisės internacionalizacijos procesą. Pirma, vienodos ar panašios taisyklės buvo aiškinamos skirtingai skirtingose jurisdikcijose, o pasidalijimas yra ypač ryškus tarp civilinės teisės ir bendrosios teisės tradicijų. Antra, šalių autonomijos svarba skirtingose jurisdikcijose skyrėsi, todėl skyrėsi ir tai, kokia apimtimi šalys gali pačios susitarti dėl arbitražo. Trečia, kaip ir visose kitose teisės srityse, arbitražo teisėje radosi naujų koncepcijų ir idėjų. Tokios idėjos dažnai pripažįstamos tik mažumos teisinių sistemų visame pasaulyje, todėl tarptautinio arbitražo teisė natūraliai ir toliau diferencijuojasi. Taigi, nors arbitražo teisėje vyko svarbus, ir daugeliu aspektų sėkmingas, derinimo ir internacionalizavimo procesas, vis dar egzistuoja skirtumai skirtingose arbitražo teisės jurisdikcijose.

Šie skirtumai žinoma daugiausia įtakoti skirtingų valstybių ir, atitinkamai, įstatymų leidėjų kultūrinių skirtumų. Pavyzdžiui, galima drąsiai teigti, kad požiūris į verslininkus sprendžiančius savo ginčus privačiai ir konfidencialiai gali iš esmės skirtis Lietuvoje ir, tarkime, Vokietijoje. Šiame kontekste galima prisiminti minėtus kraštutinius atvejus - vienu kraštutiniu atveju, atitinkama valstybė gali tapti fikcija, negalinčia užtikrinti saugumo arba teisingumo, todėl tokios aplinkybės gali lemti teigiamą nuomonę apie alternatyvių susitarimų atsiradimą. Esant kitam kraštutinumui, atitinkama valstybė gali tapti priimtino veiksmingumo pavyzdžiu, o alternatyvaus susitarimo kūrėjai – grupelė ‚blogų‘ asmenų norinčių praturtėti pasitelkdami klastą ar

---

<sup>17</sup> P vz. LR Komercinio arbitražo įstatymo nuostatos 2012 m. taip pat buvo suderintos su Jungtinių Tautų Tarptautinės prekybos teisės komisijos (UNCITRAL) 2006 m. atliktais Pavyzdinio tarptautinio komercinio arbitražo įstatymo pakeitimais.

piktnaudžiavimą. Tačiau, praktikoje gali pasirodyti, kad šie pavyzdžiai yra nepagrįsti, nes išsivysčiusiose ir aukštos teisinės sąmonės valstybėse arbitražas yra ypač populiarus, o mažiau išsivysčiusiose ir žemesnės demokratijos valstybėse arbitražas yra visiškai nepopuliarus. Visgi, arbitražas yra populiarus ten, kur jis yra pripažįstamas, ten kur valstybės teismai gerbia ir pripažįsta arbitražinius susitarimus ir arbitražo sprendimus. Tačiau ar galima teigti, kad arbitražas yra populiarus todėl, kad valstybė negali užtikrinti teisingumo? Greičiausiai ne. Arbitražas yra populiarus todėl, kad jis atspindi socialinių grupių interesus, o jei valstybė dar ir pripažįsta tokių socialinių šių grupių interesus, tokių socialinių grupių metodai puikiai veikia. Kaip ir minėta, valstybės teisės normos arbitražo atveju yra antrinės, nes svarbiausia yra tai, kad subjektai, veikiantys alternatyvioje teismui sferoje, savo susitarimais įvardija tas normas teisėtomis. Arbitražas galėtų veikti ir be valstybės paramos, nes arbitražas yra nepriklausomas socialinės grupės interesų atspindys<sup>18</sup>.

Taip pat paminėtina, prieš dešimtmetį, beveik visas tarptautinis arbitražas buvo paslaptingas<sup>19</sup>. Tarptautinio arbitražo sprendimai buvo prieinami tik ginčo šalims ir beveik niekam kitam. Mažai kas apskritai turėjo susidaręs įspūdį apie arbitražo kokybę ir ypač apie atskirus arbitrus. Nebuvo jokių objektyvių duomenų, pagal kuriuos būtų galima susidaryti tikresnį įspūdį. Investicinis arbitražas, paremtas tarptautinėmis sutartimis, visa tai pakeitė. Investicinio arbitražo sprendimai yra vieši ir intensyviai tikrinami. Nors iki šiol beveik visi komentarai apie investicinių arbitražų sprendimus koncentravosi į sprendimų esmę, tačiau vis dažniau žvilgsnis krypsta į sprendimų priėmėjų kvalifikacinę kokybę. Įvairūs empiriniai tyrimai<sup>20</sup> intensyviai tiria ir atskirų arbitrų elgesio modelius, o kai kurie iš tyrimus atliekančių mokslininkų nepriklauso tradicinei tarptautinio

---

<sup>18</sup> Pvz. M. Romeris teigė, kad socialiniai valstybės tikslai, išskyrus tam tikrus specifinius, „į valstybės funkciją yra perkelti iš tam tikrų socialinių junginių funkcijos. Valstybė yra šių socialinių junginių nuolat veikiamą ir jų daugelį funkcijų aptarnauja”. Šis M. Romerio teiginys suponuoja išvadą, jog valstybės valdžia kurdama teisę realiai tik pasirenka atitinkamas teisės normas ir joms suteikia valstybinę formą, garantijas ir sankcijas, o pasirinkdama kokios teisės normos turėtų būti įtvirtintos, socialiniu požiūriu, ji nėra visiškai laisva. ROMERIS, M. Valstybė ir jos konstitucinė teisė, t. 1, Valstybė (Vilnius: Pradai, 1995), p. 13.

<sup>19</sup> Žr. QC, PATRICK Neill. "Confidentiality in arbitration." *Arbitration International* 12.3 (1996): 287-318.; REUBEN, Richard C. "Confidentiality in arbitration: beyond the myth." *Kansas Law Review* 54 (2006): 1255.

<sup>20</sup> Žr. pvz. CROW, Stephen M., and JAMES W. Logan. "Arbitrators' characteristics and decision-making records, gender of arbitrators and grievants, and the presence of legal counsel as predictors of arbitral outcomes." *Employee Responsibilities and Rights Journal* 7.2 (1994): 169-185.; NELSON, Nels E., and Earl M. CURRY. "Arbitrator characteristics and arbitral decisions." *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society* 20.3 (1981): 312-317.; KEER, Stephanie E., and Richard W. NAIMARK. "Arbitrators Do Not "Split the Baby" Empirical Evidence from International Business Arbitrations." *Journal of International Arbitration* 18.5 (2001): 573-578.

arbitražo bendruomenei ir yra pasirengę rizikuoti bei iširti ir abejotinas praktikas<sup>21</sup>. Šie tyrimai nustatė gana nevienodą konkrečių arbitrų sprendimų priėmimo elgesį. Pavyzdžiui, vienas arbitras „A“ aiškino tarptautinių sutarčių normas kaip tam tikros investicijų apsaugos garantiją vienoje byloje, o kitoje lygiai tokią pačią tarptautinę sutartį aiškino kaip nesuteikiančią tokios garantijos. Arbitras „B“ niekada nebalsuoja prieš jį paskyrusią šalį. Arbitras „C“ vienu metu dalyvauja daugiau nei dviejuose dešimtyse arbitražų ir užrunka vidutiniškai X mėnesių nuo posėdžio dienos, kol priima sprendimą. Arbitras „D“ ėjo patarėjo arbitraže pareigas ir ginčijo tam tikrą perspektyvą, o vėliau nusprendė visiškai priešingai būdamas arbitru kitoje byloje.

Šiame kontekste, pažymėtina, kad vienas iš svarbiausių bendrųjų tinkamo proceso reikalavimų yra tai, kad arbitrai turi būti nešališki. Tačiau, laikas, kai arbitrai paskiriami remiantis bendruoju įspūdžiu, jau seniai artėja prie pabaigos, o gal jau ir yra pasibaigęs. Kaip bus pastebėta šiame straipsnyje, į tarptautinio arbitražo pasaulį žengia teisinis realizmas ir jam įsigalėjus, daugelio arbitrų reputacija arba sustiprės, arba susilpnės, tačiau taps kaip niekada svarbi pačiam arbitrai ir arbitražo procesui.

## V. Teisinis realizmas

Prieš pradėdami analizuoti teisinio realizmo įtaką arbitražui, pirmiausia būtina aptarti paties teisinio realizmo aksiomas. Teisės istorikai teigia, kad antrajai XIX a. pusei buvo būdingas formalus ir mechaninis požiūris į teisę<sup>22</sup>. Šiuo laikotarpiu įsivyravo teisės mokyklos, buvo atliekamos teisinės analizės ir skiriamos teisinės stipendijos – visomis šiomis intelektualinėmis pajėgomis buvo bandoma suformuluoti nuoseklią praktiką. Buvo manoma, kad teisė susideda iš bendrųjų taisyklių, nustatytų visiems laikams, kurios įgaudavo vis aukštesnę abstrakcijos lygmenį ir skyrė mažai dėmesio į faktinius atskirų atvejų niuansus. Atitinkamai, teisėjų misija buvo logiškai atrasti ar nustatyti atitinkamus principus ir griežtai juos taikyti. Į teisėjų pareigas neįėjo teisės aktų

---

<sup>21</sup> Žr. pvz. OLIVET, Cecilia, and Pia EBERHARDT. "Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom." *Transnational Institute*, November 27 (2012).

<sup>22</sup> Von SAVIGNY, Friedrich Karl. *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1831.; FRIEDRICH, Carl Joachim. *The philosophy of law in historical perspective*. Vol. 135. University of Chicago Press, 1963.

priėmimas ar taisyklių kūrmas, o jų sprendimų teisėtumas buvo grįstas jų patirtimi ir precedentais (*stare decisis*)<sup>23</sup>.

Patys teisiniai principai buvo vienijami tokių pamatinių konceptualių kategorijų, kaip sutartys ir deliktai, o teisė kaip mokslas buvo vertinama panašiai kaip ir chemija, fizika ar biologija. Atsižvelgiant į tai, santykis tarp teisės ir kitų mokslų apsiribojo tik metodiniais panašumais, kadangi pati teisė buvo mokslas su savo konstruktyviniu rinkiniu, besiskiriančiu nuo kitų mokslų. Sparčiai besivystančiam teisės mokslui rečiausiai prireikdavo remtis XIX a. socialiniais mokslais. Žinoma, buvo tikrai mažai aiškios teisės mokslo priklausomybės nuo savarankiškų socialinių mokslininkų darbų bet kuria formaliąja prasme, nors teisė ir teisėjai buvo netiesiogiai įtakojami tuometinių bendrųjų intelektinių srovių.

Dvidešimtis amžius atnešė daug pakeitimų, kurie dažnai puoselėdavo simbiozinę teisės ir socialinių mokslų sąsają<sup>24</sup>. Socialiniai mokslai patyrė spartų augimą, todėl jų tyrimai tapo prieinamesni ir patrauklesni juridiniams mąstytojams. Gerovės valstybės augimas ir jį lydinti vyriausybės intervencija padidino galimų sąveikos taškų tarp augančio viešosios teisės organizmo ir vis labiau gerbiamų socialinių mokslų. Vienas iš svarbiausių veiksnių buvo teisinio formalizmo sistemos nuvertimas. Vadovaudamiesi dažnai piktnaudžiaujamu ir nesuprastu teisinio realizmo lozungu, Jerom Frank, Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn ir kt. kritikavo pagrindines formalaus modelio veiklos prielaidas ir padėjo perkelti dėmesį nuo „teisinio mokslo“ prie socialinių mokslų<sup>25</sup>.

Šiame kontekste svarbus ir Dworkin perspėjimas apie socialinių mokslų sąsajų naudojimą teismuose:

*„Kai sprendimai remiasi tiesiog stebimų reiškinių koreliacijomis, būtina egzistuoja savivalės elementas, nulemtas kategorijų, kurių koreliacija yra laikoma reikšminga, pasirinkimu. Pasirinkimas nėra apribotas, kaip kad gamtos moksluose, dominuojančio*

---

<sup>23</sup> Žr. pvz. MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. J. Murray, 1906.

<sup>24</sup> R. Poundas (1917), D. J. Danelski (1974), A. Alotas (1980). Taip pat žr. DWORKIN, R. Teisės imperija. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2005, p. 26; COTTERRELL, R. Teisės sociologija. Įvadas. Kaunas: Dangerta, 1997, p. 72.

<sup>25</sup> Žr. pvz. LLEWELLYN, Karl N. "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method." *The Yale Law Journal* 49.8 (1940): 1355-1400.; LLEWELLYN, Karl Nickerson. *The common law tradition: Deciding appeals*. William S. Hein & Co., Inc., 1996; FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Transaction Publishers, 1930; CARDOZO, Benjamin N., and Andrew L. KAUFMAN. *The nature of the judicial process*. Quid Pro Books, 2010.

*mechaninio modelio reikalavimais arba reikalavimu pateikti dominuojančio modelį pakaitalą. Tai yra esminis skirtumas tarp socialinių ir gamtos mokslų, kurį mes visada turime atsiminti. Yra ir kitų pasekmių. Kai trūksta mechaninio modelio ir sprendimai priimami remiantis vien stebimų reiškinių sąsaja, argumentų už ir prieš pateikimo metodai visiškai priklauso nuo labai paslaptingo objekto – statistikos. Matematinės statistikos sąvokos kur kas rečiau pasitaiko įprastame bylą nagrinėjančio teisėjo žodyne nei fizikos ar chemijos sąvokos, su kuriomis jis gali susidurti, pavyzdžiui, nagrinėdamas sudėtingas patentų bylas. Manau, tai dažnai įvyksta dėl atstumo ir priklausomybės jausmo, kurį teisėjas jaučia nagrinėdamas sudėtingas priežastines socialinių mokslų hipotezes. Yra dar vienas aspektas. Socialinių reiškinių koreliacijos yra trapios ta prasme, kad duomenys ir elgesys, suformuojantis ryšį, gali labai greitai pasikeisti. Be to, yra hipotezės faktas – faktas, kad koreliacija buvo sukurta – gali paveikti šį pokytį.“<sup>26</sup>*

Patys teisinio realizmo atstovai nesilaikė vienos pozicijos. Realistai tikėjo, kad teisėjų vykdomas sprendimų priėmimas buvo labiau subjektyvus ir iracionalus procesas, nei manė ankstesnės mokslininkų kartos. Realistų manymu, teisė atspindėjo socialinius, istorinius ir ekonominius veiksnius, taip pat teisinį precedentą ir paties teisėjo poziciją. Teisėjo užduotis buvo toli gražu ne mechaninė, kadangi linija tarp identifikuojamos teisės taikymo ir naujų įstatymų kūrimo buvo neryški. Realistai abejojo dėl teisinės sistemos gebėjimo formuluoti bendrojo taikymo principus ir daug daugiau dėmesio skyrė atskirų atvejų faktams. Trumpai tariant, teisė buvo suvokiama kaip pliuralistinė, antikonceptuali ir atvira tekstūra. Pastarojo šimtmečio „mokslinės“ taisyklės buvo pavadintos absurdiškas bandymais pavaizduoti teisę kaip logiką, o ne patirtį<sup>27</sup>.

Teisinio realizmo doktrina buvo ypač populiari JAV, todėl Amerikos teisininkų ir teisėjų karta iš esmės mokėsi vadovaudamiesi teisinio realizmo jurisprudencijos filosofijos dvasia ir tai turėjo ryškių pasekmių teisei ir teisinėms institucijoms<sup>28</sup>. Teisminės nuomonės buvo traktuojamos kaip

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. "Social sciences and constitutional rights-the consequences of uncertainty." *JL & Educ.* 6 (1977): 3.

<sup>27</sup> Žr. KALMAN, Laura. *Legal realism at Yale, 1927-1960*. University of North Carolina Press, 1986.; MILES, Thomas J., and Cass R. SUNSTEIN. "The new legal realism." *The University of Chicago Law Review* 75.2 (2008): 831-851.

<sup>28</sup> LEITER, Brian. "American legal realism." *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory* 50 (2005): 51-52.; RUMBLE, Wilfrid E. *American legal realism: Skepticism, reform, and the judicial process*. Cornell University Press, 1968.

*post hoc* reiškiniai su „realiomis“ sprendimų priežastimis, kurias teismai dažnai slėpė arba nepaaiškino. Standartinis realistų posakis – tai, ką teismai ir kitos institucijos daro, yra daug svarbiau nei tai, ką jie sako. Todėl, teisė yra sukurta, o ne atrasta<sup>29</sup>.

Svarbi realistų išvada yra ta, kad teisinė formulė, sudaryta vienu atveju, nebūtinai koku nors prasmingu būdu apriboja vėlesnius teisėjų veiksmus. Formulė nedaro nieko daugiau, o tik padeda spręsti nagrinėjamą bylą. Teisė yra tai, ką teisėjai laiko teise, kurių sprendimų priėmimo galia yra gana nevaržoma – vieninteliai apribojimai yra jų vertybės bei teisinio proceso ir teismų vaidmens platesnėje politinėje struktūroje suvokimas<sup>30</sup>. Todėl, vienas iš teisinio realizmo rezultatų yra teisinės sistemos teisėtumo kvestionavimas. Jeigu teisėjai nėra sukurtos teisės ekspertai, o tik skatinami formuoti teisę, tai kodėl ši užduotis neturėtų būti priskirta demokratiškai išrinktiems įstatymų leidybos organams? Jei visi teisiniai sprendimai yra subjektyvūs ir ribojasi su neracionalumu, kaip pasirenkama, kokiam rezultatui turi būti teikiama pirmenybė?

Pavadindamas realistų požiūrį į taisykles „skepticizmu“, Hart palygino teisinę sistemą su oficialiu rungtynių teisėju, kurio sprendimai yra galutiniai. Jis teigė, kad būtų absurdiška klasifikuoti žaidėjų rezultatus rungtynių metu – tokį patarimą advokatai duoda savo klientams – prognozuojant oficialius teisėjo sprendimus. Hart nuomone, žaidėjai tiesiog taiko žaidimo taisykles ir būtų teisūs teigdami, kad teisėjas „suklydo“, jei pastarasis neteisingai suskaičiuotų varžybų rezultatą<sup>31</sup>.

Galima pastebėti, kad Hart požiūris iš esmės skiriasi nuo realistų požiūrio į sprendimų priėmimą. Hart nuomone teisės normos turėtų būti taikomos tik formaliai ir logiškai, o realistai, atvirkščiai, teigia, kad teisėjai teisės normas taiko ir interpretuoja pasikliaudami savo vidine nuojauta ir diskrecija. Atsižvelgiant į arbitro vaidmenį arbitraže, šiuos aspektus verta paanalizuoti toliau.

---

<sup>29</sup> LEITER, Brian. "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered\*." *Ethics* 111.2 (2001): 278-301.

<sup>30</sup> Kai kurie šiuolaikiniai teisinio realizmo šalininkai šiuos pastebėjimus dėl teisinio realizmo išvystė iki teisinio nihilizmo lygmens. Jiems nėra jokių bendrųjų principų; precedentas ir teisiniai bei konstituciniai tekstai yra nesvarbūs sprendimo procesui ir nėra jokio principingo būdo pasirinkti konkrečias vertybes. Teisė yra iš esmės neracionali. Žr. SINGER, Joseph William. "The player and the cards: nihilism and legal theory." *The Yale Law Journal* 94.1 (1984): 1-70.

<sup>31</sup> HART, Herbert LA. "American Jurisprudence through English Eyes: The nightmare and the noble dream." *Ga. L. Rev.* 11 (1976): 969.; HART, Herbert Lionel Adolphus. "Scandinavian realism." *The Cambridge Law Journal* 17.02 (1959): 233-240.

## VI. Sprendimų priėmimas ir teisėkūra

Kaip minėta, teisinio realizmo kontekste svarbiausiais aspektas yra sprendimų priėmimas ir jo sąlygota teisėkūra. Teisėkūros samprata lengvai įsiterpia į pateiktą teisinio realizmo doktriną. Advokatai tikisi, kad teisėkūra pakeis pareigūnų reakciją ateityje. Naujos teisėkūros paskelbimas keičia socialinį elgesį informuodamas teisininkus, kad nauji sprendimų priėmimo modeliai pakeis senuosius. Net drastiški teisėkūros pakeitimai gali būti derinami tol, kol jie suformuluos perspektyviai veikiančius sprendimų priėmimo modelius, o ankstesni, oficialūs sprendimų priėmimo modeliai yra efektyviausi ir priimtini visuomenei tada, kai jie atitinka ankstesnes prognozes ir lūkesčius.

Šiame kontekste svarbu atkreipti dėmesį ir į juridinio dogmatinio metodo tikslą, kuris siekia aprašyti ir interpretuoti teisę. Reikėtų pažymėti, kad daugelyje jurisdikcijų teisinis dogmatinis metodas yra mažiau veikiamas pozityvizmo ir daugiau – teisinio realizmo<sup>32</sup>. Tikslas yra dažnai apibūdinamas kaip prognozuojantis tai, kaip teismas turėtų nuspręsti konkrečiu klausimu ir kokia yra teisėjo perspektyva. Jis gali būti tiksliau apibrėžtas kaip autoritetingo teisės išaiškinimo pateikimas remiantis autoritetingų teisės šaltinių turiniu. Aiškinantis teisės problemas, klasikinė teisinio dogmatinio metodo samprata susiduria su keliomis problemomis. Modernioje jurisprudencijoje, tokioje situacijoje siekiama dažniau rekomenduoti juridinio neaiškumo sprendimą. Šiuolaikinės jurisprudencijos paskirtis yra apibūdinama kaip aiškinamoji ir naudojanti ne tik autoritetingą teisės šaltinių doktrinos sistemą, bet ir pvz., politiką, funkcinius ir teleologinius argumentus bei prisidedanti prie racionalių sprendimų priėmimo. Iš šios, labiau modernios perspektyvos, autoritetinga teisės šaltinių sistema ir siauras uždavinys prognozuoti kaip teisėjas nuspręs tam tikru klausimu, praranda dalį savo svarbos. Vis dėlto, teisiniai šaltiniai dar sudaro teisinių argumentų pagrindą, tačiau jie gali būti derinami su argumentais, kurie remiasi sąvokų nuspėjamumu, racionalumu, tikslais ir vertybėmis, kai teisė yra kritiškai analizuojama *de lege lata*. Ši logika taip pat atitinka ir realistų požiūrį<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> LEITER, Brian. "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered\*." *Ethics* 111.2 (2001): 278-301; KELSEN, Hans. "Pure Theory of Law, The-Its Method and Fundamental Concepts." *LQ Rev.* 50 (1934): 474.

<sup>33</sup> SINGER, Joseph William, and Laura KALMAN. "Legal realism now." (1988): 465-544.; MILES, Thomas J., and Cass R. Sunstein. "The new legal realism." *The University of Chicago Law Review* 75.2 (2008): 831-851.

Teisėjai priima greičiau interpretacinius, o ne priežastinius sprendimus. Paprastai teisėjai negali remtis politiniais moksliniais tyrimais, kad nustatytų priežastinius ryšius mokslinė prasme, tačiau jie gali nustatyti tam tikros reiškinų kategorijos tam tikrą reiškinį nurodydami jo reikšmę visuomenėje, kurioje jis vyksta. Interpretaciniai sprendimai yra pagrįsti konvencijomis ir bendrais susitarimais. Dworkin nuomone, tai paprastai reiškia, kad teisėjai pateiks apibūdinimus po norminės teisės medžiagos, visuomenės, jos praktikų ir istorijos tyrimų<sup>34</sup>.

Taip pat svarbu paminėti, kad jokia šiuolaikinė interpretacinė teorija nepaneigia, kad interpretavimas priklauso nuo interpretuotojo ir kad tokiu atveju – kai taikomos skirtingos taisyklės ir principai – interpretuotojas retai, jei apskritai, kada nors yra visiškai įpareigotas teisės, kaip kad pati teisė retai kada yra visiškai laisva pasiekti norimų rezultatų.

Ši diskusija svarbi ir arbitražui. Kaip teigia arbitražo Prof. Brekoulakis, daugelis arbitražo „studijų nukrypsta nuo elgsenos prielaidos, kad, vis dėlto, arbitražo teismų sprendimų priėmimas yra „varomas“ beveik vien neteisinių veiksnių, daugiausia – arbitrų politinių preferencijų ar finansinių paskatų“<sup>35</sup>. Tačiau tai nebūtinai yra vienintelė tiesa: pripažinus, kad ir neteisiniai veiksniai vaidina svarbų vaidmenį arbitražo sprendimų priėmime, nereiškia, kad jie vaidina beveik išskirtinį, pagrindinį ar lemiamą vaidmenį arba net sistemingai atlieka svarbų vaidmenį. Be to, galimo papildomų teisinių veiksnių vaidmens sprendimų priėmimo procese pripažinimas jokiū būdu nereiškia kritikos, kad arbitražas yra šališka ginčų sprendimo sistema. Tai būtų labai naivus supaprastinimas. Taip pat tai nėra kaltinimas dėl arbitražo vientisumo trūkumo. Tiesiog nėra prasmės apibrėžti vientisumo sąlygą kaip reikalaujančią, kad joks papildomas teisinis veiksnys nevaidintų jokio vaidmens, neva kitu atveju sprendimų priėmimo procesas nedemonstruotų vientisumo.

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. "Social sciences and constitutional rights-the consequences of uncertainty." *JL & Educ.* 6 (1977): 3.

<sup>35</sup> BREKOULAKIS, Stavros. "Systemic bias and the institution of international arbitration: a new approach to arbitral decision-making." *Journal of international dispute settlement* (2013).



## VII. Formalistų kritika

Prieš pereinat į teisinio realizmo įtakos arbitraže analizę, trumpai paminėtina ir formalistų kritika realistinio sprendimų priėmimo požiūriui. Vienas iš pagrindinių formalistų argumentų – legalistinis ar formalistinis modelis, kuris remiasi aiškinamųjų taisyklių rinkiniais taip, kad aiškinimas taip pat tampa mechanine taisyklių varžoma veikla, veikianti teismų diskreciją. Šiuo formalistų požiūriu, sprendimų priėmimo procese nėra vietos išorės veiksnių, nepatenkančių į teisinės normas, derinimui<sup>36</sup>.

Vis dėlto, galima teigti, kad realiame pasaulyje ir faktinėje sprendimų priėmimo praktikoje vyksta visai ne tai. Teisinis formalizmas gali būti autoritetingas pasaulyje, kuriame dominuoja formali logika, racionalumas, abstrakcija ir kategorizavimas. Teisinis formalizmas demonstruoja savybes ir atitinka vertybes, kurių ieškoma pozityvistinėje epochoje, ir taip lengvai tampa priimtinas teisingo mokslo prasme<sup>37</sup>. Tačiau, iš tiesų, vertinant formalizmą kaip teoriją, skirtą apibūdinti reiškinį ir kaip aprašomąją nuosprendžio teoriją, formalizmas yra kritikuotinas. Teisinis formalizmas „mato“ mažai tikrovės, kadangi, kaip teigia Jerome Frank, tai tik aklas „teisinis fundamentalizmas“<sup>38</sup>. Aiškinamoji teisinio formalizmo galia yra ribota – teisinis formalizmas paaiškina kaip kalba sprendimų priėmėjai, o ne tai, kaip jie iš tikrųjų mano ir nusprendžia. Supaprastintas, formalus, silogistinis teisinis argumentavimas sprendimų priėmimui yra tai, kas kalba yra mūsų mąstymo būdui. Jis įtakoja pastarąjį procesą, jį struktūrizuoja, riboja ir nukreipia. Vis dėlto, jokių būdu formalizmas nepaaiškina absoliučiai visko. Tik kraštutiniai teisės realistai, kuriais remiasi teisinio realizmo kritikai, teigia, kad teisė yra tokia gaji, jog tikėtini teisiniai argumentai, gauti iš priimtinių teisės šaltinių, beveik visada gali pateisinti *bet kuri* pageidaujamą teisės šaltinį, ir tokia gaji, kad nenustato jokių prasmingų apribojimų teisminiam sprendimų priėmimo procesui.

---

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Univ of California Press, 1967; KELSEN, Hans. "The pure theory of law and analytical jurisprudence." *Harvard Law Review* 55.1 (1941): 44-70.

<sup>37</sup> D'ASPREMONT, Jean. *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*. OUP Oxford, 2011; SUNSTEIN, Cass R. "Must Formalism Be Defended Empirically?" *The University of Chicago Law Review* 66.3 (1999): 636-670.

<sup>38</sup> PAUL, Julius. *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*. Springer, 2012.

Tačiau, šiuo aspektu galima sutikti su realistų požiūriu, kad teisminis sprendimų priėmimas remiasi teisinių ir papildomų teisinių veiksnių deriniu. Arbitras Michael Reisman dalykiškai apibūdina šį procesą savo jurisprudencijos darbe: „Neužtenka tiesiog pasakyti, kokios yra oficialios taisyklės, kadangi taisyklės iš tikrųjų nebus griežtai taikomos ar yra taikomos griežtai daugeliu atvejų. Net kai jos taikomos, daugelis kitų veiksnių gali nulemti, kaip bus taikomos taisyklės“<sup>39</sup>.

### VIII. Teisinis realizmas arbitraže

Susipažinus su tarptautinio arbitražo specifika ir teisinio realizmo aksiomomis sprendimų priėmimo kontekste, toliau galima analizuoti teisinio realizmo įtaką arbitražo procesui. Kaip bus pastebėta, arbitražo šalininkų požiūris į sprendimų priėmimą pasižymi stipriu teisinio realizmo „prieskoniu“. Jau daugiau nei prieš penkiasdešimt metų Sylvester Garrett, vienas iš žymiausių savo meto arbitrų, pateikė tokias pastabas dėl intuicijos vaidmens arbitražo sprendimų priėmimo procese:

*„Kūrybinė ir intuityvi šio [sprendimų priėmimo] proceso funkcija <...> turi atitikmenį įprastame teismų procese. Sudėtingais atvejais teisėjai dažnai siekia numatytų rezultatų vedami nepalenkiamų sąvokų, taisyklių, logikos ir kalbos spaudimo. Beveik visada galima pasirinkti iš kelių potencialiai taikytinų principų rinkinių“<sup>40</sup>.*

Analogiškai nurodo ir JAV teisėjas Hutcheson, laikomas vienu pagrindinių realizmo šalininkų, kuris teigia, kad labai svarbus motyvuojantis teismo sprendimo impulsas dažnai yra „įtarimas“ arba nuojauta to, kas yra teisinga ar neteisinga konkrečiu atveju<sup>41</sup>. Teisėjo Hutcheson nuomonių rašymo proceso paaiškinimas atrodo pažįstamas ir daugeliui arbitrų. Teisėjas teigė, kad priėmęs „įtarimu“ pagrįstą sprendimą, „įžvalgus sprendimą priėmęs teisėjas pasitelkia visus savo

---

<sup>39</sup> ARSANJANI, Mahnoush H., et al., eds. *Looking to the future: essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. Brill, 2010.

<sup>40</sup> GARRETT, Sylvester. "The role of lawyers in arbitration." *Proceedings of the 14th Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators*. 1961.

<sup>41</sup> HUTCHESON Jr, Joseph C. "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision." *Cornell lq* 14 (1928): 274.

gebėjimus ir „atsiliekančių“ protą ne tik pateisinti intuiciją sau pačiam, bet ir pritaikyti prie savo kritikos.”<sup>42</sup> Arbitras Garrett pakartojo šio arbitražo sprendimų priėmimo modelio paaiškinimą ir pastebėjo, kad nuo pradinių įžvalgų laikų, daugelis kitų arbitrų aiškiai sutiko su šiuo modeliu. Intuityvūs sprendimai, priimami arbitražo procesuose, yra veikiami atskirų arbitrų vertybių<sup>43</sup>.

Kaip pastebėjo kitas žymus arbitras James Gross - „Mes, kaip arbitrai, remiamės vertybėmis teisdami kitų elgesį ir nustatydami, kas sudaro teisėtą drausmės pagrindą bylose“<sup>44</sup>. Šios vertybės ir jų įtaka arbitražo intuityviems sprendimams vystosi kartu su besikeičiančiais visuomenės papročiais. Kaip pastebėjo Richard Mittenhal penkiasdešimtajame Nacionalinės arbitrų akademijos susirinkime komentuodamas šį Gross posakį: „Bėgant laikui, žinoma, keičiasi tai, kaip mes žiūrime į tam tikrus nusižengimus. Pavyzdžiui, XX a. 6-ajame dešimtmetyje miegojimas darbe dažnai buvo laikomas pakankamu pagrindu atleisti asmenį iš darbo po pirmojo nusižengimo, o seksualinis priekabiavimas galbūt buvo vertas vien rašytinio papeikimo. 1997 m. pirmą kartą aptikus darbuotoją darbo vietoje miegantį, jis būtų trumpam nušalintas nuo pareigų, o seksualinio priekabiavimo atveju, būtų pateiktas išpėjimas dėl atleidimo. Padėtis tikrai pasikeitė. Plačiai paplitęs neatidumas savo pareigoms darbo vietoje sumažino sankcijų sunkumą, taikytų pirmą kartą darbo vietoje aptikus miegantį darbuotoją, o įsivyravęs pasibjaurėjimas moterų prievarta transformavo priekabiavimą į „rimtą“ pažeidimą. Taigi visuomenės ar darbovietės vertybių kaita keičia arbitražo vertinimą, o tai savo ruožtu daro poveikį mūsų požiūriui į tai, kas yra pagrįsta bausmė“<sup>45</sup>.

Kitas svarbus aspektas yra tai, kad konkrečių arbitrų vertybės ir intuicija yra neatsiejamai susijusi ir su socialinių aktorių vaidmeniu arbitraže. Arbitražas ir, ypač tarptautinis arbitražas ir dar labiau investicinis arbitražas, pateikia modelį kuriame veikia didelis kiekis žaidėjų. Šie žaidėjai užima ir specifines funkcijas, kuriomis jie gali ir kartais keistis tarpusavyje. Tokie žaidėjai kartais būna tikri savo funkcijos žvaigždės, o jų funkcijos ir požiūris į teisę gali netgi visiškai skirtis nuo kitų

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> GARRETT, Sylvester. "Are Lawyers Necessarily an Evil in Grievance Arbitration." *UCLA L. Rev.* 8 (1961): 535.

<sup>44</sup> GROSS, James A. "Value judgments in arbitration: Their impact on the parties' arguments and on the arbitrators' decisions." *Arbitration* (1997): 212-225.

<sup>45</sup> MITTENTHAL Richard, *Comment, Value Judgments in Arbitration: Their Impact on the Parties' Arguments and on the Arbitrator's Decisions, in Arbitration 1997: the next fifty years, proceedings of the fiftieth annual meeting, national academy of arbitrators* 212, 231-32 (Joyce M. Najita ed., 1998).

žaidėjų<sup>46</sup>. Todėl, tarptautinio arbitražo pasaulyje, kuriame egzistuoja tūkstančiai subjektų, naudinga ir diversifikacijos strategija, kuri ir buvo gana sėkmingai įvykdyta kai kurių socialinių žaidėjų. Tokie žaidėjai tapo savo srities žvaigždėmis ir automatiškai įgijo ir didelės sprendimų priėmimo galios. Praktikoje tokios žvaigždės netgi buvo apibūdintos kaip teisininkai, kurie siekia vien tik asmeninės finansinės naudos, o arbitražas apskritai buvo apibūdintas kaip tam tikras teisininkų verslo modelis<sup>47</sup>.

Tačiau, nuolat besikeičiančiame, poliarizuotame ir sudėtingame arbitražo pasaulyje, funkcijų skirtumai ir diversifikacija gali būti naudingas įrankis, kuris padėtų suprasti tam tikrų arbitražo žaidėjų pozicijas, principus, kurie įtakoja šių socialinių aktorių sprendimus, elgesį ir jų strategijas. Arbitražo profesorius E. Gaillard nurodo, kad terminas „funkcija“ nurodo į konkrečią arbitražo pasaulio žaidėjo poziciją, kaip pvz., ekspertas, advokatas, arbitras ar arbitražo prezidentas. Terminas „rolė“ apibūdina socialinę veiklą, kuri atspindi tam tikrų interesų ir vertybių poziciją. Tarptautiniame investiciniame arbitraže, kuris yra labiausiai poliarizuota tarptautinio arbitražo šaka, tam tikras žaidėjas gali matyti savo rolę kaip valstybių gynėjas ar tarptautinių investuotojų interesų saugotojas. Ši rolė bus vykdoma visų tokio žaidėjo veiksmų eigoje, pradedant nuo akademinio darbo iki būnant šalies paskirtu arbitru ar veikiant arbitražo tribunolo prezidentu. Atsižvelgiant į tai, kad žaidėjo rolė yra paremta tam tikrais įsitikinimais ir vertybėmis, toks socialinis perimetras nėra linkęs keisti ir funkcijų kurias atlieka socialiniai aktoriai<sup>48</sup>.

Galima pastebėti, kad minėtos Prof. Gaillard mintys yra labai panašios į išdėstytas teisinio realizmo aksiomas. Funkcijos, rolės ir atitinkamas socialinių aktorių pozicionavimasis, principai, kurie įtakoja jų veiklą ir strategijas arbitraže, visiškai atitinka teisinio realizmo teoriją, pagal kurią, teisėjų ar arbitrų sprendimai yra sąlygojami būtent arbitrų ar teisėjų psichologinio būdo, socialinio konteksto, ideologijų, vertybių ir profesinio konsensuso. Kaip buvo pastebėta vienos pirmaujančių šio meto arbitrių - Prof. Brigitte Stern: „Arbitrai turi priimti sprendimus kaip išspręsti ginčą, bet, žinoma, šie sprendimai yra įtakoti jų politinio požiūrio“<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> GAILLARD, Emmanuel. "Sociology of international arbitration." *Arbitration International* 31.1 (2015): 1-17.

<sup>47</sup> EBERHARDT, Pia, and Cecilia OLIVET. "Profiting from injustice." *Transnational Institute and Corporate Europe Observatory report*, Nov (2012).

<sup>48</sup> GAILLARD, Emmanuel. "Sociology of international arbitration." *Arbitration International* 31.1 (2015): 1-17.

<sup>49</sup> Žr. Brigitte in Brazil, *Global Arbitration Review*, Volume 5, Issue 3 (2010).

Arbitražo Prof. Stephan Schill taip pat pastebėjo, kad būtent arbitrai suteikia arbitražo sistemai tvarkos, arbitrai, kurie vadovaujasi panašiomis bazinėmis normomis ir požiūriais ir kurie, sprendimų priėmimo procese, dažnai taip pat kuria ir teisę, kuri patvirtina būtent jų požiūrį į tai, kokia teisė turėtų būti<sup>50</sup>. Dar daugiau, teisiniai antropologai Yves Dezalay ir Bryant Garth, kurie pirmieji ištyrė transnacionalinių arbitrų elitą 1990 metais, taip pat teigė, kad arbitražas yra erdvė tarp verslo ir politikos, o formalios teisės ir formalių procedūrų vieta, arbitrų požiūris, arbitrų charakteristikos ir sprendimų priėmimo metodai ir būdai labai skiriasi<sup>51</sup>.

Taigi, žvelgiant vien iš sociologinės pusės, galima teigti, kad yra gana daug įrodymų, jog sprendimų priėmėjai arbitraže, t.y. arbitrai ir šalių atstovai, veikia vedini teisinio realizmo jurisprudencijos filosofijos, o tai savaime turi didelės įtakos paties arbitražo teisės vystymuisi.

Žvelgiant iš jurisprudencijos kūrimo pusės, svarbu ir tai, kad, realistų požiūriu, teisėje vyrauja labai abstrakčios sampratos, o precedentas gali būti lengvai manipuliuojamas, beveik visada įmanoma taikyti konkuruojančias teisės normas ir kitokias taisykles, kad būtų galima išspręsti nagrinėjamą bylą visai kitaip. Todėl, iš realistų perspektyvos, apeliacijos procesas išties neatlieka savo funkcijos, nes kiekviena byla gali būti išspręsta kitaip, atsižvelgiant į sprendimo priėmėjo vertybes ir perspektyvą. Šiame kontekste paminėtina, kad viena garsiausių šio meto tarptautinių arbitrų Prof. Gabrielle Kaufmann teigia, kad arbitrų rolė priklauso nuo daugelio faktorių, kurie yra specifiniai srityje kurioje veikia konkretūs arbitrai – „Komerciniame arbitraže nėra jokio poreikio kurti nuoseklių taisyklių per arbitražo sprendimus, nes ginčai dažniausiai yra vedini faktų ir konkrečios sutarties. Bylos rezultatas kyla iš konkrečių bylos faktų ir tokio kontrakto interpretacijos, kuris buvo sudarytas šalių dėl konkretaus ir specifinio tikslo“<sup>52</sup>. Prof. Kaufmann taip pat pažymi, kad ginčiuose reikalinga suvienodinti šalių pozicijas, t.y. suteikti joms vienodą traktavimą – „Nors chronometras yra vienodas visur ir visada kuomet vyksta varžybos, tačiau šalių

---

<sup>50</sup> YACKEE, Jason (2012) The Emerging System of International Arbitration, Summary of presentation during American Society of International Law 106th Annual Meeting.

<sup>51</sup> DEZALAY, Yves and GARTH, Bryant G. (1996) Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago and London p. 274.

<sup>52</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture." *Arbitration International* 23.3 (2007): 357-378.

lygybė prieš chronometrą turi būti modifikuota kuomet taikome teisės normas<sup>53</sup>. Galima pastebėti akivaizdų prieštaravimą minėtam Hart'o žaidimo taisyklių interpretavimui.

Taigi arbitražas išsiskiria *ad hoc* pobūdžiu, jo galutinumas ir privatumas yra svarbesnis nei bendras nuoseklumas. Būtent todėl, arbitraže ir neegzistuoja jokių taisyklių, kurios reikalautų, kad arbitražo sprendimai būtų nuoseklūs. Pvz. investiciniame arbitraže, kurio sprendimai yra netgi viešesni nei komercinio arbitražo, taip pat neegzistuoja jokio nuoseklumo, nes skirtingi tribunolai priimta skirtingus sprendimus dėl tų pačių teisinių klausimų, kaip pvz., kas sudaro investiciją ar kokia yra teisingo ir lygiaverčio režimo apimtis<sup>54</sup>.

Todėl, akivaizdu, kad tiek arbitrai, tiek ir arbitražo praktika byloja apie teisinio realizmo aksiomų įtaką arbitražo procesui – arbitrai beveik visada išsprendžia bylas teikdami prioritetą faktams, o ne konkrečioms taikomoms taisyklėms. Dar daugiau, arbitrai gali netgi nuspręsti „suvienodinti šalių pozicijas“, t.y. suteikti joms vienodą traktavimą, nepriklausomai nuo taikomų teisės normų reikalavimų. Toliau naudinga aptarti ir konkrečius teisinio realizmo arbitraže požymius.

## **IX. Teisinio realizmo arbitraže požymiai - taikytina teisė**

Siekdamas įgyvendinti savo įgaliojimus – išspręsti ginčą taikytinos teisės pagrindu – arbitras neabejotinai turi turėti tam tikrą taikytinos teisės žinių. Vis dėlto, žinių įgijimo procese arbitras turi žinoti, kaip elgtis, kad būtų išvengta jo veiksmų apskundimo rizikos dėl įgaliojimų viršijimo ar procedūrinių pažeidimų. Taigi, kyla klausimas kaip turėtų elgtis arbitras? Ar jis turėtų taikyti tą patį metodą, kaip nacionaliniai teismai, o gal dėl arbitražui būdingų požymių reikalingas unikalus sprendimas? Gali arbitras turėti atlikti savo teisinį tyrimą? Kaip jis turėtų sąveikauti su šalimis? Kaip jis turėtų taikyti nustatytą teisę? Ar gali arbitras laisvai taikyti teisinės nuostatos, besiskiriančias dėl šalių ginčijamų nuostatų? Ar jis gali taikyti teisinį pagrindą *ex officio*? Šie klausimai paliečia pačią arbitro vaidmens esmę: ar arbitras turi tik įsipareigojimus šalims, o gal

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> WAIBEL, Michael. *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Kluwer Law International, 2010.; SCHNEIDERMAN, David. "Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 30 (2010): 383.

reikia atsižvelgti ir į kitus interesus – pavyzdžiui, viešąją tvarką ar pareigą išspręsti ginčą pagal įstatymus? Šalių požiūriu, svarbu žinoti, ar taikomos taisyklės turi būti taikomos ir įrodytos ir jei šalis pajėgi tai padaryti, ar ji turi atsipalaiduoti ir leisti arbitrai atlikti darbą. Visi šie aspektai svarbūs analizuojant teisinio realizmo įtaką arbitražui, nes leidžia atskleisti arbitrų sprendimų priėmimo laisvės, interpretacijos ir diskrecijos ribas. Pastarieji yra vieni svarbiausių realistų nurodomų sprendimų priėmimo požymių.

Pirmiausia verta apžvelgti nusistovėjusius teisinio sprendimo priėmimo principus naudojamus teisme pagal susiklosčiusias teisės tradicijas. Geriausi pavyzdžiai, žinoma, yra Anglija ir Prancūzija.

### **Anglija**

Anglijos teisėje – bendrosios teisės sistemoje – civilinis procesas paprastai apibūdinamas kaip rungimosi procesas. Nors anglų civilinis procesas laikui bėgant tapo mažiau besirungiantis, rungimosi principas vis dar atsispindi tame, kaip teisės turinys aiškinamas anglų teismuose. Anglijos teismų nuomone, šalių advokatai yra atsakingi už teisinę analizę, nors oficialus toks įpareigojimas neegzistuoja<sup>55</sup>. Jeigu šalys nepajėgios teisingai interpretuoti teisę, nėra visiškai aišku, ką anglų teisėjas turėtų daryti. Dauguma autorių ir teisėjų vis dar teigia, kad *jura novit curia* nėra ir niekada nebuvo Anglijos teisės dalimi. Nepaisant to, kai kurie garsūs teisėjai, pvz., Lordas Denning, teigia, kad anglų teisėjai turėtų taikyti teisingą teisės supratimą, jei jie mato, kad bylos šalys klaidingai supranta teisės nuostatas<sup>56</sup>. Bet kuriuo atveju, anglų teisėjas jokiais aplinkybėmis neturi spręsti bylos remdamasis teisiniu pagrindu ar įgaliojimais *ex officio*, nesuteikdamas šalims galimybėms pateikti pastabų dėl jo išvadų.

### **Prancūzija**

Prancūzijos civiliniame procese, kuris reprezentuoja civilinės teisės tradiciją, taikoma *jura novit curia*. Dažnai sakoma, kad faktai yra šalims, o teisė – teisėjui. Teisėjo diskrecija taikant teisę vis dėlto atsveriamą *principe de disposition* ir *principe de la contradiction*. Pirmasis leidžia šalims aiškiu susitarimu riboti teisėjo diskreciją ir leisti taikyti tik tam tikras teises nuostatas, o antrasis

<sup>55</sup> VAN RHEE, Cornelis H., ed. *European traditions in civil procedure*. Vol. 54. Intersentia nv, 2005.

<sup>56</sup> BAXTER, Lawrence G. "Civil Litigation and Jura Novit Curia." *S. African LJ* 96 (1979): 531.

įpareigoja teisėją leisti šalims pakomentuoti visus teisinius pagrindus, taikomus *ex officio*<sup>57</sup>. Kalbant apie tikslų teisinį pagrindą, kuriuo teismas grindžia savo sprendimus, tradicinis požiūris yra toks: teisėjas gali laisvai taikyti teises nuostatas, kurios, jo nuomone, tinkamos atsižvelgiant į bylos šalių pateiktus faktus. Šalys sprendžia apie bylinėjimosi faktus, o teisėjas gali atlikti savo teisinį tyrimą, kad nuspręstų, kokią taisyklę taikyti ir kaip. Tai yra išreiškiama per *maxim da mihi factum, dabo tibi jus: pateikite man faktus, o aš jums pateiksiu įstatymą*<sup>58</sup>.

### **Arbitražas**

Arbitraže nėra teisės aktų ar gairių, kuriomis remdamiesi arbitrai turėtų išsiaiškinti taikomos teisės turinį. Vienintelės normos, kurios teoriškai galėtų būti *jura novit curia* principo taikymo šaltiniu ir pagrindu - dažnai arbitražo proceso taisyklėse nurodoma arbitrų teisė veikti kaip *amiable compositeur*<sup>59</sup> ar išspręsti ginčą *ex aequo et bono*<sup>60</sup>. Arbitrų teisė veikti kaip *amiable compositeur* ar išspręsti ginčą *ex aequo et bono* galima tik tada, kai ginčo šalys savo sutarimu suteikia tokią teisę arbitrai. Taigi, analizuojant *jura novit curia* principo taikymą arbitraže, galima įžvelgti tam tikrą koliziją tarp arbitro savarankiškos teisės aiškinti teisės normas ir šalių arbitrai suteiktos teisės taikyti teisę savo nuožiūra, t. y. pagal vidinį įsitikinimą.

Tarptautinėse arbitražo taisyklėse dėl šios kolizijos sprendimo nepasisakoma, o nacionaliniai teisės aktai nėra tiesiogiai susiję, mat tarptautiniame arbitraže, skirtingai nuo proceso bendrosios kompetencijos teismuose, netaikomos nacionalinės ar užsienio proceso teisės normos, todėl nacionaliniuose teisės aktuose nustatytos taisyklės dėl užsienio teisės taikymo dažniausiai nėra taikytinos tarptautiniame arbitraže. Minėtos teorinės *jura novit curia* principo taikymo problemos iškelia ir konkrečius praktinius klausimus, kaip antai – ar gali arbitrai taikydami *jura novit curia* principą priimti pripažintiną ir vykdytiną arbitražo sprendimą? Ar arbitrai turi teisę, o gal ir pareigą *ex officio* tirti taikomos teisės turinį? Ar *jura novit curia* principas iš esmės neapriboja šalių autonomijos principo tarptautiniame arbitraže? Ar galima ignoruoti taikytinos teisės

---

<sup>57</sup> JOLOWICZ, John Anthony. "Adversarial and inquisitorial models of civil procedure." *International and Comparative Law Quarterly* 52.02 (2003): 281-295.; BROOKER, Douglas. "Va Savoir!-The Adage" *Jura Novit Curia* in *Contemporary France*. *bepress Legal Series* (2005): 845.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Amiable compositeur* – šis principas kilęs iš Prancūzijos teisinės sistemos. *Amiable compositeur* – tai arbitrai suteikta teisė netaikyti tam tikrų teisės normų, išskyrus imperatyvias, kai toks normų laikymasis lemtų neteisingo sprendimo priėmimą. Žr. plačiau DAUJOTAS, Rimantas, Beata KOZUBOVSKA. "Jura novit curia principo taikymas tarptautiniame komerciniame arbitraže." *Teisė* 89 (2013).

<sup>60</sup> *Ex aequo et bono* (kaip reikalauja teisingumas ir padorumas).



harmonizavimo ir vienodo aiškinimo siekį ir leisti išimtinai šalims, o ne arbitrams išsiaiškinti taikomos teisės turinį?

Šiame kontekste paminėtina, kad daugelyje nacionalinių teisės aktų įtvirtintas arbitražo sprendimo panaikinimo pagrindas – arbitro įgaliojimų viršijimas. Minėta, kad arbitražas remiasi šalių sudarytu arbitražiniu susitarimu, todėl jo apimtis riboja arbitrų mandatą. Kitas arbitražo sprendimo panaikinimo pagrindas, nustatytas daugelyje nacionalinių teisės aktų, – sąžiningo proceso reikalavimo pažeidimas. Arbitražo procesas turi atitikti fundamentalius proceso reikalavimus, be kita ko, ir *audiatur et altera pars* principą. UNCITRAL Pavyzdinio įstatymo 18 straipsnyje išdėstyti pagrindiniai sąžiningo proceso parametrai, kaip antai: šalys privalo būti traktuojamos vienodai ir turėti galimybę būti išklaustytos. Remiantis UNCITRAL Pavyzdinio įstatymo 34.2 (a) (iv) p., arbitražo sprendimas gali būti panaikintas, jei arbitražo procesas nesilaikė minėtų sąžiningo proceso reikalavimų<sup>61</sup>.

Todėl, siekdami išvengti arbitražo sprendimo panaikinimo rizikos, arbitrai privalo atsargiai remtis teisiniais argumentais, kuriais šalys nesirėmė, ir šalims privalo būti sudaryta galimybė šiuos argumentus pakomentuoti. Kitaip pralaimėjusi šalis turės galimybę kreiptis dėl arbitražo sprendimo panaikinimo, remdamasi tuo pagrindu, kad neturėjo pakankamai galimybių išdėstyti savo pozicijos.

Nors tarptautinio komercinio arbitražo ginčo šalys pačios privalo nustatyti taikytinos teisės turinį, praktikoje, kilus neaiškumų ar būtinybei remtis teisiniais argumentais, neiškeltais šalių, arbitrai gali ir privalo *ex officio* nustatyti taikytinos teisės turinį, remdamiesi konkrečiam ginčui tinkamais metodais.

Taigi, galima pastebėti, kad sprendimų priėmimas arbitraže skiriasi nuo sprendimų priėmimo teismuose tuo, kad arbitrai turi gana ribotą teisę remtis teisės normomis, kuriomis nesiremia ginčo šalys. Tačiau, ši aplinkybė niekaip nepanaikina arbitro teisės savo nuožiūra interpretuoti tam tikrą normą. Kaip ir minėta, svarbi aplinkybė yra tai, kad tarptautiniame arbitraže, skirtingai nei teismo procese, neegzistuoja precedento doktrina. Todėl, arbitrai turi plačią diskrecijos teisę interpretuoti teisės normas pagal savo vidinį įsitikinimą ir savo puoselėjamas vertybes ar principus. Ši plati

---

<sup>61</sup> Žr. plačiau DAUJOTAS, Rimantas, Beata KOZUBOVSKA. "Jura novit curia principio taikymas tarptautiniame komerciniame arbitraže." *Teisė* 89 (2013). Taip pat žr. KALNINA, Leva. "Iura Novit Curia: Scylla and Charybdis of International Arbitration." *Baltic YB Int'l L.* 8 (2008): 89.

diskrecijos teisė dar kartą patvirtina ir teisinio realizmo egzistavimą arbitraže. Kaip ir teigia realistai, arbitrai ar teisėjas sprendimus priima ir interpretuoja teisės normas vadovaudamiesi savo vidiniu įsitikinimu ir savo vertybėmis. Šis aspektas akivaizdžiai matomas ir tarptautiniame arbitraže, kuriame arbitro dažniausiai nesaisto jokios pozityvios teisės normos ar precedentai. Akivaizdu, kad minėta aplinkybė glaudžiai susijusi ir su arbitro asmeniu bei jo funkcija, kuri bus aptariama toliau.

## **X. Arbitras ir jo funkcija teisinio realizmo kontekste**

Pirmiausia pažymėtina, kad bendrai šalių atliekamas arbitro parinkimas įteisina arbitražo intuicijos vaidmenį ir jo sprendimų vertę sprendimų priėmimo procese. Šalys paprastai pripažįsta plačią arbitro diskreciją ir svarbų vaidmenį, kurį arbitro asmeninė perspektyva ir patirtis, išsilavinimas ir ideologiniai požiūriai vaidina pasirenkant arbitrą. Kita svarbi aplinkybė yra tai, kad išsirinkus arbitrą nagrinėti bylą, jo galimybės praktiškai yra neribotos. Vieninteliai prasmingi apribojimai yra nebylūs apribojimai, šalių perkelti į jų lūkesčius. Augant arbitro reputacijai ir bylų sąrašui, į žaidimą žengia ir abipusiškumo sąlyga. Tikimasi, kad šalys turi būti susipažinusios su arbitro elgesiu, nutarimais ir sprendimais, o šalių padarytas pasirinkimas reiškia, kad ankstesnė arbitro praeitis – tai jo standartas dabartinės bylos klausimu. Jau minėtas arbitras Edgar Jones tiksliai pakomentavo sąsają tarp šalių pasirinkimo proceso ir teisėto arbitro asmens vertybių vaidmens sprendžiant bylą: „Šiame konkurencinės atrankos procese šalys išanalizavo ir priėmė teisėjo „braižą“ kaip savo pačių teisingumo „braižą“, neatsižvelgiant į tai, kokie galėjo būti jų atitinkami lūkesčiai.“<sup>62</sup>

Nors arbitrai skiriasi nuo teisėjų tuo, kad jie nevykdo teisingumo kaip organas, kokios nors valstybės vardu, bet tai nereiškia, kad jie vykdo teisingumą kaip atskira teisinė sistema. Nors susitarimas yra arbitražo bruožas, verta prisiminti, kad susitarimas taip pat būdingas ir teismų jurisdikcijos pagrindas. Net teisėjų padėtis priklauso (nors šis priklausomybės laipsnis skiriasi skirtingų arbitrų atžvilgiu) nuo to, ar kitos institucijos pripažįsta ir vykdo jų sprendimus. Šalyse, kuriose užtikrintas teisinės valstybės principas, egzistuoja aksioma, kad valstybė pripažįsta ir

---

<sup>62</sup> MALIN, Martin H., and Monica BIERNAT. "Do Cognitive Biases infect Adjudication-A Study of Labor Arbitrators." *U. Pa. J. Bus. L.* 11 (2008): 175.

vykdo jos pačios teismų sprendimus. Arbitrai, nesantys valstybės pareigūnais, priklauso nuo atitinkamų įstatymų pripažįstančių arbitražo procesą. Tačiau, analogiškai, tam, kad teismo sprendimai turėtų reikšmės užsienyje, turi būti susitarimai su kitomis valstybėmis – tarptautinių sutarčių, statutų arba bendrosios teisės forma. Ieškovai, pateikiantys ieškinius bendrosios kompetencijos teismuose su plačiais įgaliojimais atmesti jurisdikciją, kartais susiduria su tuo, kad teismų sprendimai gali būti ne itin veiksmingi tarptautiniu mastu. Taigi net teisminė valdžia, kaip ir arbitražo sprendimų priėmimų atveju, yra santykinė.

Tarptautiniame arbitraže svarbu ir tai, kad labai mažai tikėtina, jog arbitras sprendimų priėmimo procese nėra veikiamas kitų subjektų interesų, o būtent, bylos šalių interesų ir galbūt platesnės socialinės grupės interesų. Tai reiškia, kad arbitro moralinis veiksmų pagrindimas taikytinas ir arbitražo sprendimų priėmimui: moralinės veiksmų priežastys yra priežastys, potencialiai ar faktiškai įtakojančios tokį elgesį tų, kurie yra orientuoti išimtinai ar pirmiausia į kitų žmonių interesus ir tik tada į savo pačių interesus. Tačiau, žinoma, arbitrai, kaip ir visi kiti, negali būti laikomi vien tik altruistais. Kas slypi jų pačių interesuose, taip pat daro įtaką sprendimų priėmimui. Arbitrai gali racionaliai pagrįsti savo veiksmus: priežastys, potencialiai ar faktiškai įtakojančios elgesį tų, kurie yra orientuoti išimtinai ar pirmiausia į savo interesus ir tik tada į kitų žmonių interesus.

Žiūrint iš formalizmo pozicijų, galima teigti, kad, iš tiesų, ir gana palankiai teisiniam formalistui, teisėjams nereikia ir jie neturėtų remtis išoriniais veiksniais, kadangi teisė sudaro teisės normų rinkinį, pateiktą apibrėžtoje ir priimtoje teisinių šaltinių medžiagoje, pavyzdžiui, teisės aktuose, taisyklėse, teisės doktrinos ir teismų praktikoje. Kadangi teisė yra išsamaus pobūdžio, kiekvienas juridinis klausimas turi teisingą atsakymą, kurį gali mechaniškai išvesti tinkamai apmokytas teisėjas taikydamas įstatymus ir nagrinėdamas bylos faktus, lyg tai būtų matematika. Sprendimas šiuo atveju yra silogizmo produktas, kuriame teisė sudaro esminę dalį, bylos faktai – neesminę, o sprendimas yra išvada. Kaip apibendrina Dan Bodansky: „Teisėjo politiniai svarstymai, moralė,

ideologija, asmeninės simpatijos ir prielaidos – nė vienas iš šių veiksnių nėra svarbūs [sprendimų priėmimo procese], kadangi teisėjai ne kuria teisę, o ją atranda“<sup>63</sup>.

Tačiau arbitraže, kuris yra paremtas teisinio realizmo teorija, egzistuoja ekonominis aspektas. Ekonominės analizės atspirties taškas yra tai, kad, kaip ir visi kiti, arbitrai patys didina savo pačių naudingumą. Dar daugiau, kaip ir visi kiti, arbitrai renkasi priemones, kurios, kaip jie tikisi, skatins tai, ką jie suvokia kaip jų asmeninius interesus. Kitaip tariant, priimdami sprendimą jie atsižvelgs į veiksnius, pagrįstai skatinančius tai ką jie suvokia kaip jų asmeninius interesus, nepaisant to, ar šie veiksniai yra teisinio, ar papildomo teisinio pobūdžio. Arbitro funkcionavimo naudingumas nelabai skiriasi nuo vidutinio asmens tuo, kaip jie yra linkę trokšti panašių tikslų. Iš tiesų, centrinė teisės ir ekonomikos prielaida yra ta, kad teisėjai, o taip pat galima teigti, ir arbitrai, siekia tų pačių tikslų ir vartojimo ir tuo pačiu būdu, kaip ir visi kiti. Vis dėlto, kiekvieno tikslo svoris greičiausiai bus skirtingas.

Be to, neabejotina, kad teisiškai kompetentingas arbitražo sprendimų priėmimo procesas iš esmės labai prisideda prie arbitro rinkos vertės. Komerciniame arbitraže rinka dažnai žino apie sėkmingus ir nesėkmingus sprendimus. Nors sprendimai paprastai nėra skelbiami, tačiau socialinėje arbitražo grupėje arbitrų sprendimai gana dažnai yra sužinomi asmeninių kontaktų būdu. Tuo labiau, padėtis nesiskiria ir investiciniame arbitraže, kurio sprendimai dažnai skelbiami viešai ir analizuojami tiek teisininkų praktiku, tiek mokslininkų<sup>64</sup>. Šiame kontekste kyla klausimas - ar arbitražo esmė tikrai ginčijimasis dėl bylos esmės? Ar šalis nori arbitru paskirti asmenį, priimančį sprendimus dėl bylos esmės ir demonstruojantį neprilygstamą teisinį sumanumą, ar veikia kažką, kas, tikėtina, galėtų padėti šaliai laimėti bylą? Prof. William Park, vienas žymiausių šio meto arbitrų, yra apie tai pasisakęs: „Viešai teisininkai kalba apie tradiciškai gera arbitrą, kuris yra sąžiningas ir protingas. Vis dėlto, vertindamos kandidatus, šalys neabejotinai gali tikėtis susidurti su asmenimis,

---

<sup>63</sup> BODANSKY, Daniel. "Legitimacy in international law and international relations." *APSA 2011 Annual Meeting Paper*. 2011.; Taip pat žr. TUMONIS, Vitalius. *Legal Realism & Judicial Decision-Making. Jurisprudencija*. 2012, 19(4), p. 1361–1382.

<sup>64</sup> Yves Dezalay ir Bryant Garth, parašę knygą, kuri labiausiai prisidėjo supratimo apie tai, kaip veikia arbitražo pasaulis, taip kalba apie tarptautinio arbitražo kaip tarptautinės teisės iniciatyvos plėtrą: „Teisininkų ir specialistų nustatytos koncepcijos ir kategorijos, skirtos paaiškinti ir pagrįsti teisinę praktiką, greičiau jau temdo, o ne paaiškina kilmę ir raidą, kurios, be kitų dalykų, kuria įteisintas kategorijas ir sąvokas“. Žr. DEZALAY, Yves, and Bryant G. GARTH. *Dealing in virtue: International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. University of Chicago Press, 1998.

nusiteikusiais prieš jų argumentus“<sup>65</sup>. Todėl, kalbant tiesmukai, galima retoriškai paklausti, ar tikrai egzistuoja toks dalykas kaip nekompetentingas arbitras, kuris mato ginčą taip, kaip ir jį paskyrusi šalis? Kas iš tiesų yra blogo sprendime, kuris leidžia laimėti bylą?

Analizuojant arbitro pasirinkimo ir paskyrimo aplinkybes, vis dėlto, paminėtina, kad, pirmiausia, specializacija arbitražo teisės ir praktikos bei valdymo gebėjimų srityse yra du svarbiausi arbitrų parinkimo veiksniai. Šalys, patarėjai ir arbitrai, rinkdami (kitus) arbitrus, labai vertina ginčų sprendėjus, kurie neapsunkina proceso, asmenis, kurie neleidžia arbitražui nukrypti nuo bėgių, tuos, kurie priima gerus procesinius sprendimus. Rinkai mažiau sudėtinga įvertinti arbitrų vertę atsižvelgiant į jų procesinius įgūdžius, nei atsižvelgiant į jų gebėjimą priimti sprendimus dėl bylos esmės. Iš tiesų, kalbant bendrai, lengviau atskirti tinkamus ir netinkamus arbitražo procesus, nei atskirti gerus ir blogus arbitražo rezultatus. Tai leidžia lengviau įvertinti procesinių sprendimų kokybę, nei įvertinti esminių sprendimų kokybę. Tai savo ruožtu palengvina informacijos apie procesinius sprendimus sklaidą. Taigi geri procesiniai sprendimai yra tai, ką arbitražo rinka vertina ir apie ką pagrįstai galėtų gauti informacijos. Arbitrai galėtų pagerinti savo vertę rinkoje ir arbitražo paslaugų patrauklumą gilindami savo įgūdžius vykdyti skaidrius, efektyvius arbitražo teismus. Tai padidintų ir arbitro galimybę atsireikti didesnę pyrago riekę. Tokia padėtis reiškia konkurencingą pasiūlos gerinimą, kai paklausa išlieka pastovi.

Kita svarbi arbitro savybė yra erudicija. Tarptautinio arbitro erudicija, t.y. teisininko gebėjimai žinoti, suprasti ir taikyti kiekvieno tarptautinio arbitražo etikos principus bei kultūrinės vertybes, be abejo, yra vieni svarbiausių reikalingų teisinių įgūdžių. Kaip skelbia žinomiausių tarptautinių arbitražų traktatai, „arbitras turėtų galėti užtikrinti, kad visi nesusipratimai, kurie gali kilti svarstant bylas arbitražo teismuose (pavyzdžiui, dėl teisinės praktikos, kultūros, ar kalbos skirtumų) yra išsprendžiami iki tol, kol galėtų lemti neteisybę“<sup>66</sup>.

Vertinant tarptautinių arbitrų profesines ir asmenines savybes, įgaliojimus, patirtį ir reputaciją, neabejotinai vertinamas jų etinis–kultūrinis požiūris ir prognozuojama, kaip jie įgyvendins savo individualią diskreciją spręsdami ginčą. Todėl, tarptautinio arbitro vertinimas yra praktikoje vienas

---

<sup>65</sup> PARK, William W. "Equality of Arms in Arbitration: Cost and Benefits." *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, LGDJ* (2015): 15-41.

<sup>66</sup> REDFERN, Alan. *Law and practice of international commercial arbitration*. Sweet & Maxwell, 2004.

iš sunkiausių aspektų teisininkams ir jų komerciniams klientams. Sunkumai egzistuoja todėl, kad rezultatų nuspėjamumas ir tikrumas yra dvi pagrindinės tarptautinio arbitražo vertybės ir patenka tarp kitų populiarių priežasčių, sąlygojančių tai, kodėl klientai verčiau kreipiasi į tarptautinį arbitražą nei bylinėjasi nacionaliniuose teismuose. Ši pasirinkimo pirmenybė kyla iš suvokimo, kad nuspėjamumo ir tikrumo vertybės priimamos užtikrinant, kad bent vienas iš arbitrų bus žinomas paskiriančiajai šaliai. Todėl, pirmaujantys tarptautinio arbitražo teisės etikos mokslininkai netgi pasiūlė informacinius projektus, kuriais siekiama apibendrinti informaciją apie kandidatus į arbitrus taip, kad tokia informacija būtų nuosekli ir viešai prieinama<sup>67</sup>.

Vis dėlto, arbitro elgesio nuspėjamumas ir etinis požiūris vis dar išlieka vieni iš sudėtingiausių tarptautinio arbitražo aspektų, kadangi, skirtingai nei teisėjų, arbitrų praeities rezultatai ne visada prieinami patikrinimui, nes ne visi arbitražų sprendimai paskelbiami viešai. Tai kartais paverčia potencialaus tarptautinio arbitro vertybių ir požiūrio į bylą supratimo procesą tam tikru lošimu. Tačiau, specializuoti arbitražo teisininkai turi ir kitą pranašumą. Jie žino arbitrus, o arbitrai žino juos. Kaip teigė vienas arbitražo teisininkas: „Šiuo metu vienas pirmaujantis tarptautinis arbitras nagrinėja mūsų bylą. Kiekvieną kartą, kai dalyvauju konferencijose, sutinku ir jį. Mes skaitome vienas kito knygas. Mano priešininkas byloje... Na, jis to nežino. Mes esame dalyvavę bylose, kurias nagrinėjo visi arbitrai, kuriuos verta pažinoti. Ne kartą, o daug kartų pastaraisiais metais, todėl galime numatyti rezultatus. Kuo geriau žinote arbitrą, tuo geriau žinote, kaip jį įtikinti. Pažintys taip pat padidina šansus parinkti asmenį, kuris bus palankus jums“<sup>68</sup>. Kaip teigė kitas arbitražo praktikas: „Mūsų žinios apie arbitrus reiškia, kad mes taip pat galime užtikrinti, kad bylą pateiksime tokiu būdu, kad ji palankiai atrodytų arbitrų daugumai, atsižvelgiant į konkrečius bendro požiūrio pranašumus ir trūkumus“<sup>69</sup>.

Taigi nenuostabu, kad šalys yra linkusios remtis patarėjų pasiūlymais skirdamos arbitrus. Tokiu būdu, specializuoti arbitražo teisininkai tapo arbitražo bendruomenės „vartininkais“ ir išlaiko ją susitelkusių. Teisininkai, kurie taip pat eina arbitrų pareigas, atidarė ir potencialių interesų

---

<sup>67</sup> ASHENFELTER, Orley C., and David E. BLOOM. "Models of arbitrator behavior: Theory and evidence." (1983); BEMMELS, Brian. "Arbitrator characteristics and arbitrator decisions." *Journal of Labor Research* 11.2 (1990): 181-192; SPEIGHT, Alan, and Dennis THOMAS. "Arbitrator Decision-Making in the Transfer Market: an Empirical Analysis." *Scottish Journal of Political Economy* 44.2 (1997): 198-215.

<sup>68</sup> EBERHARDT, Pia, and Cecilia OLIVET. "Profiting from injustice." *Transnational Institute and Corporate Europe Observatory report*, Nov (2012).

<sup>69</sup> Ibid.

konfliktų Pandoros skrynią dėl jų suinteresuotumo plėtoti savo verslus. Arbitras gali, pavyzdžiui, būti linkęs priimti sprendimą, kuris bus naudingas klientui, kuriam jis atstovauja kaip advokatas kitoje byloje<sup>70</sup>. Būtent dvigubas arbitrų vaidmuo ir konsultacijos su bylos šalimis yra viena iš svarbiausių investicinio arbitražo sistemos problemų, kuri iš esmės sąlygojo ir protestus dėl Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės sutarties sudarymo tarp ES ir JAV<sup>71</sup>.

Visos aukščiau paminėtos aplinkybės yra svarbios teisinio realizmo arbitraže aspektui. Kaip ir minėta, teisinio realizmo šalininkai teigia, kad arbitrai ar teisėjai priima sprendimus vadovaudamiesi savo vidinėmis vertybėmis ir vidiniais įsitikinimais, požiūriais į tam tikrą teisės problemą. Šalims žinant tokius arbitro vidinius įsitikinimus ar požiūrius, kaip ir minėta aukščiau, sąlygojamas ir konkrečių arbitrų pasirinkimas. Dar daugiau, arbitras, žinodamas, kad jo vertė sąlygojama jo priimtų sprendimų konkrečiais atvejais, gali būti linkęs priimti sprendimus išimtinai naudingus konkrečiai šaliai, ar subjektams veikiančioms konkrečioje komercinėje sferoje. Prie viso to dar prisideda ir tai, kad arbitraže neegzistuoja ir jokių taisyklių, kurios reikalautų, kad arbitražo sprendimai būtų nuoseklūs. Todėl, rezultate, galima grįžti prie aplinkybės paminėtos šio straipsnio pradžioje - arbitražo populiarumą lemia tai, kad jis atstovauja komercinių subjektų grupei ir todėl sudaro savarankišką ir nepriklausomą teisinę sistemą. Kadangi nacionalinės teisinės sistemos, priešingai nuo arbitražo, galioja nuo milžiniškos apimties įstatymų tomų, ir todėl praktiškai niekam neatstovauja, tai lemia ir šalių prioritetą arbitražo, o ne vietos teismų jurisdikcijai. Arbitražas atstovauja konkrečiai socialinei grupei ir gyvuos tol, kol valstybė pripažins tokį arbitražo pobūdį.

## **XI. Išvados**

Straipsnyje pateikta teorinė arbitražo analizė ir pagrindinių teisinio realizmo teiginių tyrimas leidžia prieiti prie išvados, kad arbitraže vyrauja būtent teisinio realizmo teisminių sprendimų priėmimo teorija.

---

<sup>70</sup> Žr. de WITT Wijnen, Otto LO, Nathalie VOSER, and Neomi RAO. "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration." *Bus. L. Int'l* 5 (2004): 433.

<sup>71</sup> BISHOP, Doak. "Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground?" *ICSID Review* (2014); VAN HARTEN, Gus. "Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA." *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014).

Straipsnyje buvo pastebėta, kad arbitražo procesas ir šiuo procesu besinaudojantys subjektai bei šį procesą aptarnaujantys subjektai jungia arbitražo socialinę grupę. Todėl, arbitraže teisės normos yra antrinės, nes subjektai, veikiantys alternatyvioje teismui sferoje, savo susitarimais įvardija tas normas teisėtomis. Darbe prieita išvados, kad arbitražo atveju, teisės normos reiškia sistemą, kurią tokie subjektai naudoja savo tikslais, o arbitražo populiarumą lėmė būtent tai, kad jis atstovauja komercinių subjektų grupei ir todėl sudaro savarankišką teisinę sistemą.

Atsižvelgiant į arbitražo sistemos konstrukciją, daroma išvada, kad sprendimų priėmimas arbitraže atspindi teisinio realizmo aksiomas, kurios teigia, kad arbitrai teisės normas taiko ir interpretuoja pasikliaudami savo vidine nuojauta ir diskrecija. Straipsnyje taip pat diskutuota, kad intuityvūs sprendimai, priimami arbitražo procesuose, yra veikiami atskirų arbitrų vertybių.

Darbe atskleistas ir kitas svarbus aspektas - konkrečių arbitrų vertybės ir intuicija yra neatsiejamai susijusi ir su socialinių aktorių vaidmeniu arbitraže. Arbitrų sprendimai yra sąlygojami būtent arbitrų ar teisėjų psichologinio būdo, socialinio konteksto, ideologijų, vertybių ir profesinio konsensuso. Be to, plati diskrecijos teisė interpretuoti teisės normas pagal savo vidinį įsitikinimą ir puoselėjamos vertybes ar principai patvirtino teisinio realizmo egzistavimą arbitraže.

Nemažiau svarbi išvada yra ir tai, kad šalių padarytas arbitro pasirinkimas dažnai arbitraže reiškia, kad ankstesni arbitro sprendimai ar praeitis – tai jo standartas bylos klausimu. Tai savaimė suponuoja ir ekonominį arbitro pasirinkimo aspektą, nes arbitrai patys didina savo pačių naudingumą. Arbitraže svarbiau, kad šalys turi būti susipažinusios su arbitro elgesiu, nutarimais ir sprendimais, o ne su konkrečiomis bylai aktualiomis teisės normomis. Pastaroji aplinkybė taip pat svarbi išvadai dėl teisinio realizmo įtakos arbitražo procesui.



## Literatūra

### Norminiai teisės aktai

1. 1965 m. Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių piliečių ginčų investicijų srityje sprendimo. *Valstybės žinios*, 2002, Nr. 115-5137.
2. 1958 m. Niujorko konvencija dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo ir vykdymo. *Valstybės žinios*, 1995, Nr. 10-208.
3. 2004 Model Law on International Commercial Arbitration [Jungtinių Tautų tarptautinės prekybos teisės komisijos arbitražo taisyklės] [interaktyvus]. [Žiūrėta 2016 05 25]. Prieiga per internetą: <<http://www.uncitral.org>>.
4. LR Komercinio arbitražo įstatymas. *Valstybės žinios*, 1996, Nr. 39-961.

### Specialioji literatūra

5. APONTE, Juliska M. "Compulsory Consolidation of International Arbitral Proceedings: Effects on Pacta Sunt Servanda and the General Arbitral Process." *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 2 (1994): 223.
6. ARSANJANI, Mahnoush H., et al., eds. *Looking to the future: essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. Brill, 2010.
7. ASHENFELTER, Orley C., and David E. BLOOM. "Models of arbitrator behavior: Theory and evidence." (1983)
8. BAXTER, Lawrence G. "Civil Litigation and Jura Novit Curia." *S. African LJ* 96 (1979): 531.
9. BEMMELS, Brian. "Arbitrator characteristics and arbitrator decisions." *Journal of Labor Research* 11.2 (1990): 181-192.
10. BISHOP, Doak. "Investor–State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground?" *ICSID Review* (2014).
11. BODANSKY, Daniel. "Legitimacy in international law and international relations." *APSA 2011 Annual Meeting Paper*. 2011.

12. BORN, Gary. *International commercial arbitration*. Vol. 1. The Hague: Kluwer Law International, 2009.
13. BREKOULAKIS, Stavros. "Systemic bias and the institution of international arbitration: a new approach to arbitral decision-making." *Journal of international dispute settlement* (2013).
14. Brigitte in Brazil, *Global Arbitration Review*, Volume 5, Issue 3 (2010).
15. BROOKER, Douglas. "Va Savoir!-The Adage" *Jura Novit Curia* in Contemporary France." *bepress Legal Series* (2005): 845.
16. CARBONNEAU, Thomas E. "Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement, The." *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003): 1189.
17. CARDOZO, Benjamin N., and Andrew L. KAUFMAN. *The nature of the judicial process*. Quid Pro Books, 2010.
18. CASELLA, Alessandra. "On market integration and the development of institutions: the case of international commercial arbitration." *European Economic Review* 40.1 (1996): 155-186.
19. COTTERRELL, R. *Teisės sociologija. Įvadas*. Kaunas: Dangerta, 1997.
20. CROW, Stephen M., and JAMES W. Logan. "Arbitrators' characteristics and decision-making records, gender of arbitrators and grievants, and the presence of legal counsel as predictors of arbitral outcomes." *Employee Responsibilities and Rights Journal* 7.2 (1994): 169-185.
21. D'ASPREMONT, Jean. *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*. OUP Oxford, 2011.
22. DAUJOTAS, Rimantas, Beata KOZUBOVSKA. "Jura novit curia principio taikymas tarptautiniame komerciniame arbitraže." *Teisė* 89 (2013).
23. DAVIS, Kenneth R. "Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power, A." *Fordham Urb. LJ* 26 (1998): 167.
24. DEZALAY, Yves, and Bryant G. GARTH. *Dealing in virtue: International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. University of Chicago Press, 1998.
25. DUGUIT, Léon. "The Law and the State." *Harvard Law Review* 31.1 (1917): 1-185.
26. DWORKIN, R. *Teisės imperija*. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla, 2005.

27. DWORKIN, Ronald. "Social sciences and constitutional rights-the consequences of uncertainty." *JL & Educ.* 6 (1977): 3.
28. EBERHARDT, Pia, and Cecilia OLIVET. "Profiting from injustice." *Transnational Institute and Corporate Europe Observatory report*, Nov (2012).
29. FOUCHARD, Philippe, et al. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer law international, 1999.
30. FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Transaction Publishers, 1930.
31. FRIEDRICH, Carl Joachim. *The philosophy of law in historical perspective*. Vol. 135. University of Chicago Press, 1963.
32. GAILLARD, Emmanuel. "Sociology of international arbitration." *Arbitration International* 31.1 (2015): 1-17.
33. GARRETT, Sylvester. "Are Lawyers Necessarily an Evil in Grievance Arbitration." *UCLA L. Rev.* 8 (1961): 535.
34. GARRETT, Sylvester. "The role of lawyers in arbitration." *Proceedings of the 14th Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators*. 1961.
35. GROSS, James A. "Value judgments in arbitration: Their impact on the parties' arguments and on the arbitrators' decisions." *Arbitration* (1997): 212-225.
36. HART, Herbert LA. "American Jurisprudence through English Eyes: The nightmare and the noble dream." *Ga. L. Rev.* 11 (1976): 969.
37. HART, Herbert Lionel Adolphus. "Scandinavian realism." *The Cambridge Law Journal* 17.02 (1959): 233-240.
38. HUTCHESON Jr, Joseph C. "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision." *Cornell lq* 14 (1928): 274.
39. YACKEE, Jason (2012) The Emerging System of International Arbitration, Summary of presentation during American Society of International Law 106th Annual Meeting.
40. JOLOWICZ, John Anthony. "Adversarial and inquisitorial models of civil procedure." *International and Comparative Law Quarterly* 52.02 (2003): 281-295.
41. KALMAN, Laura. *Legal realism at Yale, 1927-1960*. University of North Carolina Press, 1986.
42. KALNINA, Leva. "Iura Novlt Curia: Scylla and Charybdis of International Arbitration." *Baltic YB Int'l L.* 8 (2008): 89.

43. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture." *Arbitration International* 23.3 (2007): 357-378.
44. KEER, Stephanie E., and Richard W. NAIMARK. "Arbitrators Do Not "Split the Baby" Empirical Evidence from International Business Arbitrations." *Journal of International Arbitration* 18.5 (2001): 573-578.
45. KELSEN, Hans. "Pure Theory of Law, The-Its Method and Fundamental Concepts." *LQ Rev.* 50 (1934): 474.
46. KELSEN, Hans. "The pure theory of law and analytical jurisprudence." *Harvard Law Review* 55.1 (1941): 44-70.
47. KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Univ of California Press, 1967.
48. LEITER, Brian. "American legal realism." *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory* 50 (2005): 51-52.
49. LEITER, Brian. "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered\*." *Ethics* 111.2 (2001): 278-301.
50. LLEWELLYN, Karl N. "The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method." *The Yale Law Journal* 49.8 (1940): 1355-1400.
51. LLEWELLYN, Karl Nickerson. *The common law tradition: Deciding appeals*. William S. Hein & Co., Inc., 1996.
52. LOWE, Vaughan. "Res judicata and the Rule of Law in International Arbitration." *Afr. J. Int'l & Comp. L.* 8 (1996): 38.
53. MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. J. Murray, 1906.
54. MALIN, Martin H., and Monica BIERNAT. "Do Cognitive Biases infect Adjudication-A Study of Labor Arbitrators." *U. Pa. J. Bus. L.* 11 (2008): 175.
55. MASLOW A. *Psichologiniai duomenys ir vertybių teorija. Gėrio kontūrai*. Vilnius: Mintis, 1989.
56. MCMANAMAN, Linus J. *Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, *St. John's Law Review* (1958, Vol. 33: Iss. 1, Article 1.), p. 20-2.
57. MILES, Thomas J., and Cass R. SUNSTEIN. "The new legal realism." *The University of Chicago Law Review* 75.2 (2008): 831-851.

58. MITTENTHAL Richard, *Comment, Value Judgments in Arbitration: Their Impact on the Parties' Arguments and on the Arbitrator's Decisions*, in *Arbitration 1997: the next fifty years*, proceedings of the fiftieth annual meeting, national academy of arbitrators 212, 231-32 (Joyce M. Najita ed., 1998).
59. MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2012.
60. NELSON, Nels E., and Earl M. CURRY. "Arbitrator characteristics and arbitral decisions." *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society* 20.3 (1981): 312-317.
61. NEUHAUS, Joseph E. *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*. Kluwer Law Intl, 1989.
62. PARK, William W. "Equality of Arms in Arbitration: Cost and Benefits." *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, LGDJ* (2015): 15-41.
63. PAUL, Julius. *The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process*. Springer, 2012.
64. PAULSSON, Jan. "Arbitration in three dimensions." *International and Comparative Law Quarterly* 60.02 (2011): 291-323.
65. PAULSSON, Jan. "Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin." *International and Comparative Law Quarterly* 30.02 (1981): 358-387.
66. PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford University Press, 2013.
67. POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. Vol. 10. Yale University Press, 1954.
68. QC, PATRICK Neill. "Confidentiality in arbitration." *Arbitration International* 12.3 (1996): 287-318.
69. REDFERN, Alan. *Law and practice of international commercial arbitration*. Sweet & Maxwell, 2004.
70. REUBEN, Richard C. "Confidentiality in arbitration: beyond the myth." *Kansas Law Review* 54 (2006): 1255.
71. ROMERIS, M. *Valstybė ir jos konstitucinė teisė*, t. 1, Valstybė (Vilnius: Pradai, 1995).
72. RUMBLE, Wilfrid E. *American legal realism: Skepticism, reform, and the judicial process*. Cornell University Press, 1968.

73. SASSER, Karon A. "Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements." *Cumb. L. Rev.* 31 (2000): 337.
74. SCHNEIDERMAN, David. "Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 30 (2010): 383.
75. SINGER, Joseph William, and Laura KALMAN. "Legal realism now." (1988): 465-544.
76. SINGER, Joseph William. "The player and the cards: nihilism and legal theory." *The Yale Law Journal* 94.1 (1984): 1-70.
77. SPEIGHT, Alan, and Dennis THOMAS. "Arbitrator Decision-Making in the Transfer Market: an Empirical Analysis." *Scottish Journal of Political Economy* 44.2 (1997): 198-215.
78. SUNSTEIN, Cass R. "Must Formalism Be Defended Empirically?" *The University of Chicago Law Review* 66.3 (1999): 636-670.
79. ŠLAPKAUSKAS, Vytautas. Socialinės tvarkos raidos globalizacijos sąlygomis problemos, *Jurisprudencija*, 2005, t. 70(62); 5–15.
80. ŠLAPKAUSKAS, Vytautas. Teisės vaidmens silpnėjimas komercializuotoje visuomenėje. *Jurisprudencija*, 2009, 4(118), p. 265–284.
81. TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudencija*. 2012, 19(4), p. 1361–1382.
82. VAN DEN BERG, Albert Jan, and T. M. C. Den Haag. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer, 1994.
83. VAN HARTEN, Gus. "Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA." *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014).
84. VAN RHEE, Cornelis H., ed. *European traditions in civil procedure*. Vol. 54. Intersentia nv, 2005.
85. Von JHERING, Rudolf. *Law as a Means to an End*. Vol. 5. The Lawbook Exchange, Ltd., 1999.
86. Von SAVIGNY, Friedrich KARL. *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*. The Lawbook Exchange, Ltd., 1831.
87. WAIBEL, Michael. *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*. Kluwer Law International, 2010.

88. WITT Wijnen, Otto LO, Nathalie VOSER, and Neomi RAO. "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration." *Bus. L. Int'l* 5 (2004): 433.