

Arbitrų atskirųjų nuomonių įtaka arbitražo teismo sprendimui panaikinti, pripažinti ir vykdyti

Denis Parchajev¹

Dmitrij Mačiugin²

“[The dissenting opinions became] prevalent in international arbitration. They are here to stay. It therefore makes sense for arbitral institutions to address them directly through the inclusion of provisions for dissenting opinions in procedural rules and codes of ethics.”³

I. ĮVADAS

Atskirųjų nuomonių institutas pradėjo formotis bendrosios tradicijos teisės sistemose dar nuo viduramžių. Anglijos teisėjai nuo seno išsakydavo savo (asmeninę) nuomonę dėl sprendžiamo ginčo, iš eilės pasisakydami dėl ginčo esmės. Išsakytų nuomonių bendra konjunktūra sudarydavo teismo sprendimą⁴.

Tai leisdavo ginčo šalims sužinoti konkretaus teisėjo, o ne tik bendrą visos kolegijos poziciją. Ši teismo ginčo sprendimo praktika plačiau žinoma lotynišku pavadinimu *seriatim*⁵ (liet. iš eilės)⁶. Ji Didžiojoje Britanijoje vyravo nuo Viljamo I Užkariautojo laikų⁷. Palaipsniui *seriatim* praktika išplito ir kitose bendrosios teisės tradicijos valstybėse⁸.

¹ Denis Parchajev yra advokatų profesinės bendrijos „Motieka ir Audzevičius“ advokatas (el. paštas Denis.Parchajev@motieka.com), Londono Karalienės Marijos universiteto tarptautinio komercinio ir tarptautinio investicinio arbitražo garbės lektorius (angl. *honorary lecturer*), Mykolo Romerio universiteto tarptautinių verslo ginčų ir derybų teisiniuose ginčiuose lektorius, Londono Karalienės Marijos universiteto doktorantas (PhD); Mykolo Romerio universiteto ir Londono Karalienės Marijos universiteto (LLM) absolventas.

² Dmitrij Mačiugin yra advokatų profesinės bendrijos „Motieka ir Audzevičius“ teisininkas (el. paštas Dmitrij.Maciugin@motieka.com), Mykolo Romerio ir Vilniaus universitetų absolventas, Mykolo Romerio universiteto Viešosios teisės instituto lektorius.

³ Liet. „[atskirosios nuomonės išpopuliarėjo] tarptautiniame arbitraže. Jos ir toliau bus priimamos. Dėl šios priežasties tikslinga arbitražo institucijoms tiesiogiai atskirųjų nuomonių institutą inkorporuoti į arbitražo procedūrinės taisyklės ir etikos kodeksus“. (žr. Richard M. Mosk ir Tom Ginsburg, „Dissenting Opinions in International Arbitration“ iš *Liber Amicorum Bengt Broms* (PMS Print Oy, Helsinki, 1999), p. 283–284). Prieiga per internetą: <<http://home.uchicago.edu/~tginsburg/pdf/articles/DissentsInInternationalArbitration.pdf>>.

⁴ M. Todd Henderson, „From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent“ (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007). Prieiga per internetą: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1217&context=law_and_economics>.

⁵ Lot. papunkčiui, vienas po kito.

⁶ Kelemen, Katalin, *The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion* (October 2010). Paper presented at the Second Central and Eastern European Forum for Young Legal, Social and Political Theorists, organized in Budapest, 21-22 May 2010, published in P. Cserne–M. Könczöl (eds), *Legal and Political Theory in the Post-National Age*, Frankfurt-[etc.], Peter Lang Publ., 2011, p. 120. Prieiga per internetą: <<https://ssrn.com/abstract=2168665>>.

⁷ M. Todd Henderson, „From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent“ (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007).

⁸ *Ibid.*

Didžiulį postūmį pereiti nuo *seriatim* praktikos prie „bendros teismo nuomonės“⁹ lėmė XVIII a. neregėtas prekybos ir komercijos šuolis Didžiojoje Britanijoje, kuomet teismų vaidmuo sprendžiant komercinius ginčus tapo ypač svarbus, o teisėjų nuomonių gausa ir įvairovė peraugo į opią pasitikėjimo teismais problemą¹⁰. Komercinių santykių subjektai dėl išaugusio ir neregėto transakcijų skaičiaus reikalavo daugiau teisinio tikrumo ir nuspėjamumo. Reaguojant į pakitusios rinkos poreikius, pradėjo formuotis bendro teismo sprendimo užuomazgos, pamažu išstumiančios tradicinį nuomonių reiškimo modelį. Vis dėlto *seriatim* praktikos bruožai visiškai neišnyko. Jų aptinkama ir šiuolaikinėje Didžiosios Britanijos teismų praktikoje. Skaitant teismų sprendimus ir šiandien dažnai galima matyti atskirąsias teisėjų nuomones dėl ginčo aplinkybių¹¹.

JAV, kaip ir Didžiojoje Britanijoje, ilgainiui buvo atsisakyta išsamaus visų teisėjų nuomonių fiksavimo. Ketvirtasis Aukščiausiojo Teismo pirmininkas Johnas Marshallas, siekdamas sukurti politiškai aktyviai JAV bendruomenei įspūdį, kad aukščiausiasis valstybės teismas sprendžia rezonansinius klausimus vieningai,

atsisakė *seriatim* praktikos¹². Kaip paaiškėjo, nepaisant ambicingų J. Marshallo užmojų, Aukščiausiojo Teismo teisėjams retai pavykdavo išlikti vieningiems. Ne paslaptis, kad JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjų kandidatūros kruopščiai atrenkamos valdančiosios partijos atstovų atsižvelgiant į jų politines pažiūras ir nuomones, pareikštas dvi JAV partijas skaldančiomis temomis¹³. Pavyzdžiui, garsiosios abortų bylos *Roe v Wade* peržiūrėjimas ir išaiškinimas, kad JAV Konstitucija nenumato teisės į abortą, būtų neįsivaizduojamas JAV Aukščiausiajame Teisme sėdint demokratų paskirtai daugumai¹⁴. Nenuostabu, kad valstybėje, kurios Aukščiausiasis Teismas neretai tampa dviejų valdančiųjų partijų politiniu ringu, teismo vienybės iliuzija buvo pasmerkta subyrėti. Tai buvo tik laiko klausimas. Visai netrukus po Johno Marshallo ambicingų pokyčių JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjas Williamas Johnsonas tapo pirmuoju „disidentu“, atskirojoje nuomonėje pareiškusiu atvirą nesutikimą su JAV Aukščiausiojo Teismo dauguma. Laikui bėgant, atskirųjų nuomonių skaičius JAV Aukščiausiajame Teisme vis didėjo¹⁵ ir tapo neatsiejama teismų sprendimų priėmimo dalimi.

⁹ Turima omenyje bendro teismo sprendimo kaip baigiamojo akto priėmimą be konkrečių teisėjų nuomonių identifikavimo.

¹⁰ M. Todd Henderson, „From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent“ (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007).

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Pavyzdžiui, prezidentas D. Trumpas ne kartą žadėjo paskirti Aukščiausiojo Teismo teisėją, kuris pakeistų JAV teismų praktiką, įtvirtinančią teisę į abortą Amerikoje (žymioji *Roe prieš Wade* byla). Prieiga per internetą: <<https://www.vox.com/21456044/amy-coney-barrett-supreme-court-roe-abortion>>.

¹⁴ Už rezonansinį JAV Aukščiausiojo Teismo 2022 m. birželio 24 d. sprendimą byloje *Dobbs prieš Jackson Women's Health Organization*, Nr. 19-1392, 597 U.S. (2022), kuriuo buvo panaikintas *Roe prieš Wade* precedentas, balsavo 5 teisėjai. Daugumos sprendimą parašė teisėjas Samuelis Alito, prie jo prisidėjo teisėjai Clarence Thomas, Neilas Gorsuchas, Brettas Kavanaugh ir Amy Coney Barrett. Teisėjas pirmininkas Johnas Robertsas prie daugumos nuomonės neprisidėjo. Jis pritarė daugumai, kad byloje nagrinėjamas Misisipės abortų apribojimas turėtų būti paliktas galioti, tačiau atskirojoje nuomonėje teigė, kad teismas neturėjo panaikinti *Roe prieš Wade* precedento. Trys teisėjai (liberalaus teismo flango atstovai) – Stephenas Breyeris, Sonia Sotomayor ir Elena Kagan – pateikė bendrą atskirąją (priešingą) nuomonę. Jie daugumos nuomonę pavadino moterų autonomijos pažeidimu ir teigė, kad ji pakenks teismo legitimumui ir sukels pavojų kitoms konstitucinėms teisėms. Teisėjas Brettas Kavanaugh taip pat parengė sutampančią nuomonę. Taigi, dėl minėto rezonansinio JAV Aukščiausiojo Teismo sprendimo savo atskirąsias nuomones (plačiau prasme) pateikė net 5 teisėjai iš 9 (žr. JAV Aukščiausiojo Teismo 2022 m. birželio 24 d. sprendimą ir prie jo pridėtas teisėjų atskirąsias nuomones, prieiga per internetą: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf>; taip pat: <<https://www.politico.com/f/?id=00000180-874f-dd36-a38c-c74f98520000>>).

¹⁵ M. Todd Henderson, „From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent“ (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 363, 2007).

Lėtais žingsniais atskirųjų nuomonių modelis įsitvirtino ir kontinentinės teisės sistemose (pavyzdžiui, iš 27 ES valstybių narių net 20 ES valstybių narių numatyta galimybė teisėjams priimti atskirąją nuomonę)¹⁶, ypač konstituciniuose teismuose¹⁷. Kiek vėliau šis modelis paplito ir tarptautiniuose teismuose ir tribunoluose, iš jų paminėtini Europos Žmogaus Teisių Teismas¹⁸, Tarptautinis Teisingumo Teismas¹⁹, Tarptautinis Jūrų Teisės Tribunolas²⁰, Tarptautinis Baudžiamasis Teismas²¹, *ad hoc* teismai ir tribunolai (pavyzdžiui, Tarptautinis baudžiamasis tribunolas buvusijai Jugoslavijai²²) ir kt.

Nors dabar teisėjų atskirųjų nuomonių institutas yra labai plačiai paplitęs, jis vis tiek kelia daug diskusijų tarp teisininkų ir politikų. Neretai teisėjų atskirųjų nuomonių reiškinys turi įtakos sprendžiant dėl jų karjeros perspektyvų. Pavyzdžiui, 2021 m. Danutės Jočienės skyrimo Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo pirmininke procesas grąžino mus prie klausi-

mo, ar teismų pirmininkai turi susilaikyti nuo atskirųjų nuomonių priėmimo, kai Lietuvos politikai kėlė diskusijas²³, ar teisėjos polinkis rašyti atskirąsias nuomones nesutrukdys jai eiti teismo pirmininkės pareigų „<...> buvo priekaištų kai kurių kolegų, kad pernelyg trumpai bus pirmininke, kai kas prieštaravo, priekaištavo, kad atskirų nuomonių rašė, tai labai gerai, kad teisėjas išsako savo atskirą nuomonę ir tą nuomonę argumentuoja, ne vien tiktai pasako, aš noriu galvoti kitaip, o tą paremia argumentais. Tie argumentai yra labai svarbūs, ypač svarstant visą Konstitucinio Teismo jurisprudenciją“²⁴. Lygiai taip pat Egidijaus Šileikio atskirųjų nuomonių teikimas jam būnant Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo nariu tapo diskusijos objektu svarstant jo kandidatūrą į Lietuvos Aukščiausiojo Teismo teisėjus²⁵: „<...> ponas E. Šileikis nebuvo klando teisėjas, jis dažnai rašė savo atskirą nuomonę, išdrįso. Už tai jam pagarba. Aš žinau, kad jo nepatvir-

¹⁶ European Parliament, Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States. Study, 2012. Prieiga per internetą: <<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>>.

¹⁷ Kelemen, Katalin, The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion (October 2010). Paper presented at the Second Central and Eastern European Forum for Young Legal, Social and Political Theorists, organized in Budapest, 21-22 May 2010, published in P. Cserne–M. Könczöl (eds), Legal and Political Theory in the Post-National Age, Frankfurt-[etc.], Peter Lang Publ., 2011, p. 122.

¹⁸ Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos 45 straipsnio 2 dalis.

¹⁹ Tarptautinio Teisingumo Teismo statuto 57 straipsnis.

²⁰ Tarptautinio Jūrų Teisės Tribunolo statuto 30 straipsnio 3 dalis.

²¹ Tarptautinio Baudžiamojo Teismo statuto (Romos statuto) 83 straipsnio 4 dalis.

²² Tarptautinio baudžiamojo tribunolo buvusiai Jugoslavijai statuto 110 straipsnis.

²³ LRKT teisėja Danutė Jočienė reiškė nė vieną atskirąją nuomonę, vykdydama savo pareigas LRKT. Būtent jos atskirųjų nuomonių priėmimo faktas tapo diskusijų Lietuvos Respublikos Seime objektu. Vieni parlamentarai manė, kad atskirosios nuomonės dažniausiai būna kaip tik didžiulio teisinio išprusimo signalas, parodo, kad nebijoma svarstyti įvairiai ir argumentus teikti įvairiomis kryptimis (prieiga per internetą: <<https://www.delfi.lt/news/daily/lithuania/seimas-prite-rezidento-teiktai-jocienes-kandidaturai-i-kt-pirmininkes.d?id=87490477>>), kiti laikėsi santūresnio požiūrio, net kėlė klausimą, ar polinkis į atskirąją nuomonę Danutei Jočienei taps kliūtimi, ar privalumu išlaikant konsensusą LRKT, kadangi LRKT teismo pirmininko prerogatyva yra telkti konsensusą teisme (prieiga per internetą: <<https://www.lrt.lt/naujienos/lietuvoje/2/1433531/seime-karstas-balsavimas-del-kt-pirmininko-kai-kuriems-parlamentarams-klausimu-kelia-kandidates-poziturius-i-rusija>>). Pati kandidatė laikėsi nuomonės, kad atskirosios nuomonės parodo teisėjo darbo principingumą ir jo rimtą požiūrį į pareigas (prieiga per internetą: <<https://www.delfi.lt/news/daily/lithuania/seimas-prite-rezidento-teiktai-jocienes-kandidaturai-i-kt-pirmininkes.d?id=87490477>>).

²⁴ Ištrauka iš Lietuvos Respublikos Seimo 2021 m. birželio 17 d. rytinio posėdžio Nr. 75 stenogramos. Prieiga per internetą: <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAK/87900152cf7f1eb91e294a1358e77e9?positionInSearchResults=2&searchModelUUID=c0e4fa5f-6a2b-4d62-a43b-08d079484978>>.

²⁵ „Kandidato į LAT teisėjus Šileikio karjeroje – pagalba „MG Baltic“ koncernui: opozicijos atstovas perspėja, kad tai gali tapti kliūtimi“ (prieiga per internetą: <<https://www.lrt.lt/naujienos/lietuvoje/2/1660034/kandidato-i-lat-teisejus-sileikio-karjeroje-pagalba-mg-baltic-koncernui-opozicijos-atstovas-perspėja-kad-tai-gali-tapti-kliutimi>>).

tins, bet vis tiek šitą žmogų už jo poziciją, už jo tvirtą nuomonę gerbiu“²⁶; „[v]isada žmonėms imponuoja nestandartiniai žmonės. Deja, tokie žmonės dabar dažnai įvardijami nesisteminiais asmenimis. Būkime atviri, dabar ir viešojoje, ir neviešojoje erdvėje, toje aplinkoje, ir jus įvardija kaip nesisteminį žmogų, kuris visada turėjo, turi ir, manau, turės savo nuomonę ir savo poziciją. Ką jūs, kaip patyręs mokslininkas, puikus praktikas, pasakyčiau, Renesanso epochos kalibro asmenybė, tokiems žmonėms atsakytumėte, jeigu jus viešai pavadintų nesisteminium teisėju? <...> jūs pirmasis Konstituciniame Teisme pradėjote naudotis įstatyme įteisinta atskirąja nuomone. Taip pat rašėte atskirąją nuomonę dėl 2014 m. sausio 25 d. nutarimo „Dėl Konstitucijos 125 straipsnio pakeitimo“. Jame Konstitucinis Teismas pripažindamas prieštaravimą pagal priėmimo tvarką, nepaisant to, kad Konstitucija byloja, kad jeigu pripažintas prieštaravimas Konstitucijai, toks teisės aktas negali būti taikomas, pasakė, kad tai nereiškia, kad jis negali būti taikomas. Suprantu problemą dėl prieštaravimo pagal priėmimo tvarką“²⁷.

Atskirosios nuomonės pelnytai užkariauja²⁸ ir arbitražo eterį. Vis dėlto verta pripažinti, kad dauguma arbitražo specialistų ne iki galo supranta, kaip vertinti atskiras nuomones ir jų įtaką arbitražo teismų sprendimams.

2020 m. Centrinės Europos arbitražo bendruomenę sudrebino Frankfurto prie Maino

apygardos teismo sprendimas byloje Nr. 26 Sch 14/18, kuriuo teismas sukritikavo arbitrus dėl atskirosios nuomonės pareiškimo, nurodė, kad arbitro atskirosios nuomonės atskleidimas šalims yra neleistinas vietiniame arbitražo procese (angl. *domestic arbitration proceedings*) ir pažeidžia arbitražo teismo pasitarimo slaptumo principą. Teismas paaikškino, kad atskirosios nuomonės pareiškimas gali lemti arbitražo sprendimo panaikinimą pagal Vokietijos civilinio proceso kodekso (ZPO) 1059 straipsnio 2 dalies 2 punkto b papunktį kaip pažeidžiantis viešąją tvarką.

Vokietijos teismo išaiškinimas paskatino šio straipsnio autorius įvertinti, ar arbitražo teismo sprendimas, dėl kurio yra priimta arbitro atskiroji nuomonė, pažeidžia viešąją tvarką Lietuvoje.

II. ATSKIRŲJŲ NUOMONIŲ RŪŠYS IR JŲ LEISTINUMAS ARBITRAŽO EKOSISTEMOJE

Atsiroji nuomonė suprantama kaip teisėjo ar arbitro prie bylos medžiagos pridėta rašytinė nuomonė dėl bylos aplinkybių, kurioje jis išreiškia savo nesutikimą su priimto procesinio sprendimo rezoliucija (atskiru jos punktu ar visa rezoliucija *in corpore*) ir (ar) šio sprendimo motyvais, arba nurodo papildomus motyvus, kurie, teisėjo ar arbitro nuomone, turėjo būti nurodyti priimtame procesiniame sprendime. Teisės doktrinoje²⁹ neretai linksniuojamos dviejų rūšių atskirosios nuomonės: (i) priešingos (angl.

²⁶ Ištrauka iš Lietuvos Respublikos Seimo 2022 m. birželio 7 d. rytinio posėdžio Nr. 177 stenogramos. Prieiga per internetą: <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAK/1177c080e70b11ec896de0b71e988500?positionInSearchResults=0&searchModelUUID=bd190e72-7a95-41f9-a2e5-d1c8b2643a21>>.

²⁷ Ištrauka iš Lietuvos Respublikos Seimo 2022 m. gegužės 12 d. rytinio posėdžio Nr.168 stenogramos. Prieiga per internetą: <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAK/5042e6f0d29311ecb1b39d276e924a5d?positionInSearchResults=4&searchModelUUID=bd190e72-7a95-41f9-a2e5-d1c8b2643a21>>.

²⁸ Žr., pvz., Martina Magnarelli, Gregorio Pettazzi ir Federico Parise Kuhnle, „I dissent – can I? A Closer Look at the Higher Regional Court of Frankfurt’s decision of 16 January 2020 from a German-Italian Perspective“, 2021. Prieiga per internetą: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/20/i-dissent-can-i-a-closer-look-at-the-higher-regional-court-of-frankfurts-decision-of-16-january-2020-from-a-german-italian-perspective/>>.

²⁹ European Parliament, Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States. Study, 2012. Prieiga per internetą: <<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>>.

dissenting opinions) ir (ii) sutampančios nuomonės (angl. *concurring opinions*)³⁰.

Priešingos atskirosios nuomonės arbitraže dažniausiai naudojamos konkreataus arbitro paaiškinti priežastis ir motyvus, kodėl jis balsavo prieš daugumos priimtą arbitražo teismo sprendimą, *inter alia*, kodėl jis nesutiko su arbitražo teismo sprendime išdėstytais motyvais ir (ar) rezoliucija. O sutampančios atskirosios nuomonės arbitraže naudojamos siekiant nurodyti alternatyvius teisinius argumentus, kurie, reiškiančio atskirąją nuomonę arbitro nuomone, turėjo atsispindėti daugumos sprendime.

Savo kompleksinių argumentų ir jų pagrindų padarytų išvadų išdėstymu atskirosios nuomonės dažnai nenusileidžia pačiam arbitražo teismo sprendimui. Arbitrai, pasiryžtantys surašyti ir paskelbti savo atskirąją nuomonę, skiria daug laiko ir jėgų dėstydami alternatyvius motyvus ir (ar) pareiškdami savo nesutikimą su arbitražo teismą sudarančių arbitrų nuomonių daugumos patvirtintais motyvais ir (ar) išvadomis³¹. Nenuostabu, kad teisės doktrinoje kai kurių arbitrų (pavyzdžiui, prof. Prospero Weilio³² ar prof. Philippe'o Sandso) atskirosiose nuomonėse nurodomi teisiniai argumentai sulaukia net daugiau dėmesio nei pats arbitražo sprendimas.

Gera motyvuotos atskirosios nuomonės neabejotinai ne tik prisideda prie teisinio diskurso formavimo, bet ir sudaro prielaidas arbitražo praktikai formuotis, kaip tai XIX a. pabaigoje vyko JAV rasinės diskriminacijos ir civilinių teisių suteikimo srityse³³.

Kaip minėta, atskirųjų nuomonių institutas ilgą laiką buvo plėtojamas bendrosios teisės tradicijos sistemose. Natūralu, kad daugiausia atskirųjų nuomonių instituto vartotojai yra būtent arbitrai iš bendrosios teisės valstybių. Tai taip pat paaiškina, kodėl atskirųjų nuomonių instituto įtvirtinimas kontinentinės teisės valstybių arbitražo reguliavime ir (ar) arbitražo institucijų taisyklėse iki šiol yra vis dar yra išimtis, o ne bendra taisyklė³⁴. Daugybėje modernių teisės sistemų (neatsižvelgiant į konkrečių tradicijų ištakas) tik atsiranda galimybė teisėjams ir arbitrams pateikti savo atskirąją nuomonę dėl priimto procesinio sprendimo. Pavyzdžiui, remiantis 2008 m. atlikto mokslinio tyrimo duomenimis, iš 107 valstybių arbitražo įstatymų tik 24 valstybės savo arbitražo reguliavime įtvirtino atskirųjų nuomonių priėmimo arbitrams galimybę³⁵. Atskirųjų nuomonių institutas taip pat vis dar nėra aiškiai įtvirtintas ir daugybėje arbitražo institucijų reglamentų. Jis aptinkamas LCIA³⁶,

³⁰ Prof. Egidijus Kūris pažymi, kad atskiroji nuomonė suprantama siaurąja prasme (anglų k. *dissenting opinion*) ir plačiąja prasme (anglų k. *concurring opinion*). Pirmu atveju teisėjas pareiškia nesutinkąs su teismo pozicija, išdėstyta jo akto rezoliucijoje. Antru atveju teisėjas pareiškia nesutinkąs tik su argumentais, kuriuo ta pozicija grindžiama. E. Kūris atskirąją nuomonę plačiąja prasme vadina atskirąja motyvacija, *inter alia*, pabrėžia, kad atskirajai motyvacijai pavadinti galėtų būti sugalvota ir geresnė lietuvių kalbos sąvoka, bet jos kol kas nebuvo pasiūlyta (žr. E. Kūris, Apie konstitucinio teismo teisėjų atskirasias nuomones: keli biheivoristiniai aspektai, *Jurisprudencija*, 2012, 19(3), p. 1037–1038).

³¹ „<...> bet koks atskirosios nuomonės rašymas yra darbas, kuris reikalauja ne mažesnių intelekto pastangų nei Teismo kolektyvinė kūryba – gal net didesnių, nes šiuo atveju mažumoje likęs teisėjas lieka „vienas prieš visus“ (*Ibid.*, p. 1050).

³² Pažymėtina, kad profesorius Prosperas Weilis užėmė ICSID arbitražo teismo pirmininko poziciją. Profesorius Prosper Weil 2004-04-29 atskiroji nuomone ICSID arbitražo byloje *Tokios Tokelės prieš Ukrainą* Nr. ARB/02/18. Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf>>.

³³ Prieiga per internetą: <https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/07/Ginsburg_MLR.pdf>.

³⁴ Peter J. Rees and Patrick Rohn, 'Dissenting Opinions: Can they Fulfil a Beneficial Role?'; Gary Born, *International Commercial Arbitration* 85 (WoltersKluwer Law & Business 2d ed. 2014), at 3054.

³⁵ Manuel Arroyo, *Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal*, *ASA Bulletin* 2008, Nr. 3, p. 440–441.

³⁶ LCIA arbitražo taisyklių (paskutinė redakcija: 2020 m. spalio 1 d.) 26 straipsnio 6 dalis.

³⁷ WIPO arbitražo taisyklių (paskutinė redakcija: 2021 m. liepos 1 d.) 64 straipsnio dalis.

³⁸ ICSID konvencijos 48 straipsnio 4 dalyje numatyta, kad kiekvienas teismo narys prie sprendimo gali pridėti savo individualią nuomonę, nesvarbu, ar jis nesutinka su dauguma, ar ne, arba gali pridėti savo nesutikimo pareiškimą; taip pat IVSID arbitražo taisyklių 47 straipsnio 3 dalis.

WIPO³⁷, ICSID³⁸ ir kt. reglamentuose. O štai, pavyzdžiui, iš SCC reglamento atskirųjų nuomonių institutas buvo netikėtai pašalintas. Kaip nurodė SCC reglamento revizijos komitetas, atskirosios nuomonės yra aiškiai leidžiamos, todėl nėra pagrindo įtvirtinti specialios nuostatos naujos redakcijos arbitražo procedūros reglamente³⁹. Vis dėlto SCC atsisakyme įtraukti konkrečias nuostatas dėl atskirųjų nuomonių galima išvelgti ir institucijos nenorą skatinti atskirąsias nuomones dėl su jomis susijusių teisinių iššūkių.

Dažniausiai arbitrų atskirosios nuomonės aptinkamos investiciniame arbitraže. Statistika rodo, kad jos priimamos apytiksliai kas penktaime investiciniame ginče⁴⁰. „Investment Dispute Settlement Navigator“ duomenų bazė⁴¹ rodo, kad šio mokslinio straipsnio rašymo dieną iš 1 104 žinomų investicinio arbitražo bylų 740 bylos laikomos pasibaigusiomis. Net 157 iš šių bylų yra priimta arbitro atskiroji nuomonė. 42 atskirosios nuomonės priimtos arbitražo bylose pagal UNCITRAL arbitražo taisykles; 7 atskirosios nuomonės – pagal SCC arbitražo taisykles; 3 atskirosios nuomonės – pagal ICC arbitražo taisykles ir didžioji dauguma (105 atskirosios nuomonės) pagal ICSID / ICSID AF arbitražo taisykles. Tokie arbitrų priimamų ir skelbiamų atskirųjų nuomonių skaičiai rodo, kad atskirųjų

nuomonių institutas, bent jau investiciniame arbitraže, yra ne tik visuotinai priimtinas, bet ir aktyviai naudojamas. Prof. Philippe Sands gali būti laikomas tikru atskirųjų nuomonių investiciniame arbitraže rekordininku. Savo penkiose iš septynių investicinio arbitražo bylų Philippe Sands priėmė net 6 atskirąsias nuomones⁴². Pavyzdžiui, byloje *OperaFund prieš Spain* Sands apkaltino daugumą nepateikus jokių išaiškinimų ar motyvų dėl esminių bylos baigčiai aplinkybių⁴³.

Neatsižvelgiant į arbitrų atskirųjų nuomonių kompleksiskumą ir jose nurodytų teisinių argumentų profesionalumą ir nuoseklumą, arbitrų atskirosios nuomonės nėra laikomos arbitražo teismo sprendimo sudedamąja dalimi, t. y. jos nekeičia ir nepildo arbitražo teismo sprendimo motyvacinių ar rezoliucinių dalių. Institucinio arbitražo taisyklių (reglamentų) ir (ar) arbitražo procesą reglamentuojančių teisės aktų pastarųjų kelių dešimtmečių rengimo praktika rodo, kad arbitrų atskirosios nuomonės tik pridedamos prie bylos medžiagos⁴⁴ ar arbitražo teismo sprendimo⁴⁵ arba įsakmiai nurodoma, kad atskirosios nuomonės nėra laikomos arbitražo teismo sprendimo sudedamosiomis dalimis⁴⁶. Ši bendra taisyklė išplaukia iš atskirosios nuomonės prigimties – paprastai ji priimama jau

³⁹ Manuel Arroyo, *Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal*, ASA Bulletin 2008, Nr. 3, p. 443.

⁴⁰ Catharine Titi, *Investment Arbitration and the Controversial Right of the Arbitrator to Issue a Separate or Dissenting Opinion, The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 17 (1), 2018, p. 2. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3078041>.

⁴¹ Prieiga per internetą: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

⁴² Dvi 2012-05-17 ir 2015-09-20 atskirosios nuomonės ICISD arbitražo byloje *Mobil prieš Kanadą* Nr. ARB(AF)/07/4 (prieiga per internetą: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1146_0.pdf>); viena 2016-02-10 atskiroji nuomonė ICISD arbitražo byloje *Içkale İnşaat Limited Şirketi prieš Turkmeniją* Nr. ARB/10/24 (prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7165.pdf>>); viena 2016-03-31 atskiroji nuomonė SCC arbitražo byloje *Cem Cengiz Uzan prieš Turkiją* Nr. 2014/023 (prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8643.pdf>>); viena 2017-09-12 atskiroji nuomonė ICISD arbitražo byloje *Bear Creek Mining Corporation prieš Peru* Nr. ARB/14/21 (prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10107.pdf>>); viena 2019-08-13 atskiroji nuomonė ICISD arbitražo byloje *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG prieš Ispaniją* Nr. ARB/15/36 (prieiga per internetą: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4806/DS12833_En.pdf>).

⁴³ 2019-08-13 atskiroji nuomonė ICISD arbitražo byloje *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG prieš Ispaniją* Nr. ARB/15/36 (prieiga per internetą: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4806/DS12833_En.pdf>).

⁴⁴ Pvz., KAĮ 46 straipsnio 1 dalis.

⁴⁵ Pvz., VKAT Reglamento 42 straipsnio 2 dalis.

⁴⁶ Pvz., CPR 2019 administruojamų arbitražo taisyklių 15.3 straipsnis.

pasibaigus arbitražo bylai ir arbitrų mandatui tampa *functus officio*.

Vis dėlto ši taisyklė turi išimčių. Arbitražo praktikoje pasitaiko atvejų, kai arbitrai pateikia savo atskiras nuomones ir dėl tarpinių ar dalinių arbitražo teismo procesinių sprendimų (pvz., dėl sprendimų dėl jurisdikcijos, dėl arbitražo šalių atskirų prašymų ir kt.). Pavyzdžiui, 2020 m. kovo 13 d. prof. Zachary Douglas arbitražo byloje *Kappes prieš Guatemala* priėmė atskirąją nuomonę sprendimo dėl atsakovo preliminarių prieštaravimų atžvilgiu, joje Z. Douglas prieštaravo daugumos arbitrų pateiktai Dominikos Respublikos, Centrinės Amerikos ir Jungtinių Amerikos Valstijų laisvosios prekybos susitarimo 10.16 straipsnio 1 dalies interpretacijai, kad bendrovės kontrolinį akcijų paketą turintis akcininkas gali laisvai rinktis – pareikšti ieškinį dėl patirtos žalos savo ar bendrovės vardu⁴⁷. 2020 m. vasario 3 d. prof. Marcelo G. Kohenas arbitražo byloje Nr. ARB/15/49 priėmė atskirąją nuomonę dėl ES vidaus dvišalių investicijų apsaugos sutarčių galiojimo remdamasis žymiuoju *Achmea* sprendimu⁴⁸.

Taigi, arbitrų atskirųjų nuomonių institutas tapo neatskiriama šių dienų arbitražo ekosistemos dalimi. Tačiau neatsižvelgiant į atskirųjų nuomonių instituto plėtrą ir jo įtvirtinimą tarptautinės teisės ir atskirų valstybių nacionalinės teisės aktuose, šiam institutui nestinga ir kritikos bei prieštaringo vertinimo.

III. TITANŲ DVIKOVA DĖL ATSKIRŲJŲ NUOMONIŲ LEISTINUMO ARBITRAŽE

Analizuojant arbitražo mokslinę doktriną pasitebima mokslininkų nuomonių dėl atskirųjų nuomonių leistinumą įvairovė. Mokslininkai

pasiskirstę į dvi grupes: vieni mano, jog atskirosios nuomonės prisideda prie sprendimų priėmimo skaidrumo, kiti kvestionuoja atskirųjų nuomonių naudą arbitražo procese. Prie antros grupės galima priskirti mokslininkus, kurie mano, kad atskirosios nuomonės yra „nupirktų“ ir „parazituojančių“ arbitrų lojalumo juos paskyrusiai šaliai išraiška. Kritikų nuomone, yra *arbitrų-atstovų*, kurie, nepaisant nešališkumo reikalavimų, siekia visais įmanomais būdais padėti „savo“ šaliai (juos paskyruosioms šalims), klanas: užduoda kruopščiai parengtus ir „užtaisytus“ (angl. *loaded*) klausimus kitos šalies atstovams, bando įtikinti kitus arbitrus padėti jų „globotiniams“ ir, daugumai nesutikus, surašo atskirąją nuomonę, viešai pareikšdami savo nesutikimą su arbitražo teismo daugumos priimtu arbitražo teismo sprendimu. Kiti mokslininkai gina arbitrų atskirųjų nuomonių institutą, kuris, jų nuomone, ne tik stimuliuoja teisinės minties mokslinio diskurso plėtojimą dėl jose dėstomų teisinių argumentų, bet ir prisideda prie bendros teisingumo vizijos, nes dėl arbitrų atskirųjų nuomonių galima išsamiau išanalizuoti bei įvertinti alternatyvius ir papildomus argumentus dėl konkretaus klausimo.

Šių mokslininkų grupių nesutarimo epogėjumi tapo praėjusio dešimtmečio pradžioje įvykusi dvikova tarp arbitrų sunkiasvorių: žymaus atskirųjų nuomonių investiciniame arbitraže antagonistu ir arbitro Alberto Jano van den Bergo (toliau – Van den Bergas) ir buvusio Irano ir JAV pretenzijų tribunolo teisėjo, arbitro bei buvusio JAV prezidento Rolando Reagano specialiojo patarėjo pavaduotojo Charleso N. Browerio (toliau – Broweris). Judviejų dvikovai ypatingą svorį suteikia ir jų arbitravimo patirtis, kartu sudėjus, jie buvo paskirti arbitrais daugiau

⁴⁷ Profesorius Zachary Douglas 2020-03-13 dalinė atskiroji nuomonė ICSID arbitražo byloje *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates prieš Gvatemalos Respubliką* Nr. ARB/18/43. Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11390.pdf>>.

⁴⁸ Profesorius Marcelo G. Kohen 2020-02-03 atskiroji nuomonė ICSID arbitražo byloje *Theodoros Adamakopoulos and others prieš Graikiją* Nr. ARB/15/49. Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11239.pdf>>.

kaip 200 arbitražo bylų, iš kurių daugiau kaip 100 bylų sudaro investiciniai arbitražai⁴⁹.

A. VAN DEN BERGO SMŪGIS:
„ARBITRAI-ADVOKATAI“ IR NELEISTINA
PAGALBA ARBITRŲ PASKYRUSIAI ŠALIAI

Pirmasis į atskirųjų nuomonių kritikos ringą žengė Van den Bergas su 2011 m. paskelbtu moksliniu straipsniu „Šalių paskirtų arbitrų atskirosios nuomonės investiciniame arbitraže“⁵⁰. Išanalizavęs 150 investicinio arbitražo sprendimų, Van den Bergas priėjo prie išvados, kad arbitražo šalių paskirti arbitrai⁵¹ pateikė atskirąsias nuomones 34 bylose (tai sudaro maždaug 22 proc. iš 150 investicinio arbitražo sprendimų, kuriuos nagrinėjo Van den Bergas). Reikia pažymėti, kad pirmininkaujantis arbitras, kurio paskyrimo mechanizmas paprastai nesuteikia nė vienai iš bylos šalių persvaros renkantis kandidatą, itin retai skelbia atskirąją nuomonę. Beveik visas šias 34 atskirąsias nuomones pateikė arbitrai, kuriuos paskyrė bylą visiškai arba iš dalies pralaimėjusios šalys. Van den Bergas dramatiškai reziūmavo, kad arbitrų atskirosios nuomonės beveik visada priimamos pralaimėjusių arbitražą šalių naudai⁵². Tokia statistika Van den Bergui sukėlė susirūpinimą dėl šių arbitrų nešališkumo⁵³.

Van den Bergas savo straipsnyje išreiškė abejonių ne tik dėl kai kurių atskirąsias nuomones surašiusių arbitrų nešališkumo. Jo nuomone, atskirosios nuomonės taip pat gali susilpninti arbitražo sprendimo autoritetą, t. y. atskiroji nuomonė gali tapti platforma arbitražo sprendimui panaikinti⁵⁴. Šiam teiginiui pagrįsti Van den Bergas pateikė praktinį pavyzdį⁵⁵. Gerai žinomoje ICSID byloje Nr. ARB/81/2 *Klöckner prieš Kamerūną*⁵⁶, nugalėjo Kamerūnas. Visgi investuotojo (Klöcknerio) paskirtas arbitras pateikė išsamią atskirąją nuomonę. Atitinkamai Klöckneris kreipėsi panaikinti arbitražo sprendimą, iš esmės remdamasis atskirojoje nuomonėje išdėstytais motyvais. *Ad hoc* komitetas (vienintelis ICSID konvencijos numatytas organas svarstyti arbitražo sprendimų panaikinimą⁵⁷) panaikino arbitražo sprendimą, iš esmės remdamasis atskirąja nuomone⁵⁸. Vėliau Klöckneris iš naujo kreipėsi į arbitražą ir vėl pralaimėjo. Antrame arbitraže arbitražo sprendimas Kamerūnui jau buvo mažiau palankus. Pasak Van den Bergo, arbitras, kuris buvo paskirtas Klöckneriui pirmame arbitraže, faktiškai tapo Klöcknerio advokatu antrame arbitraže. Įdomu pabrėžti, kad Klöckneris išties pasisamdė vieną iš pirmojo arbitražo teismo arbitrų kaip savo atstovą antrojoje *Klöckner prieš Kamerūną* byloje⁵⁹.

⁴⁹ Prieiga per internetą: <<https://jusmundi.com/en/p/albert-jan-van-den-berg>>; <<https://jusmundi.com/en/p/charles-n-brower>>.

⁵⁰ Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Mahnoush Arsanjani et al (Eds.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, p. 821–843.

⁵¹ Albertas Janas van den Bergas nurodo, kad daugumą investicinių ginčų sprendžia trijų arbitrų sudėties tribunolas, o vyraujantis arbitrų paskyrimo būdas – kiekviena šalis paskiria po arbitrą, o tada du šalių paskirti arbitrai paskiria pirmininkaujantį arbitrą (Albert Jan van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in Mahnoush Arsanjani et al (Eds.), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, 2011, p. 823–824).

⁵² *Ibid.*, 823–824.

⁵³ *Ibid.*, 825.

⁵⁴ *Ibid.*, 828.

⁵⁵ *Ibid.*, 828.

⁵⁶ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH ir kiti prieš Jungtinę Kamerūno Respubliką* ir Société Camerounaisedes Engrais (ICSID bylos Nr. ARB/81/2). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/3373>>.

⁵⁷ ICSID konvencijos 52 straipsnis.

⁵⁸ *Ad hoc* komiteto sprendimas, prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf>>.

⁵⁹ Julien Fouret, Rémy Gerbay, Gloria M. Alvarez, Denis Parchajev, The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary, p. 631.

Kitas Van den Bergo aptartas praktinis pavyzdys – UNCITRAL byla *CME prieš Čekijos Respubliką*⁶⁰. Šioje byloje daugumos arbitrų sprendimas buvo palankus investuotojui CME, o Čekijos Respublikos paskirtas arbitras pateikė atskirąją nuomonę. Jis nesutiko ne tik dėl faktinių ir teisinių aspektų, bet ir dėl arbitražo proceso ir pačių arbitrų svarstymų eigos. Dėl to Švedijos Karalystės Svea apeliacinio (t. y. arbitražo vietos) teismo byloje dėl arbitražo teismo sprendimo panaikinimo kaip liudytojai dalyvavo šią bylą nagrinėję arbitrai, jie liudijo apie tai, kas vyko per pačius arbitrų svarstymus. Galiausiai, Svea apeliacinis teismas atmetė Čekijos Respublikos prašymą panaikinti arbitražo teismo sprendimą. Reziumuodamas šią bylą Van den Bergas nurodė, kad paprastai dėl savo [profesinės] patirties tiek teisėjai, tiek pirmininkaujantys arbitrai atskirųjų nuomonių pagrindu nepažeidžia svarstymo slaptumo principo (angl. *secrecy of deliberations*). Tačiau, kaip rodo CME pavyzdys, arbitražo šalies paskirtas arbitras savo atskirąją nuomonę šį principą gali esmingai pažeisti⁶¹.

Kaip vieną iš pagrindinių problemų, susijusių su šalių paskirtų arbitrų atskirosiomis nuomonėmis, Van den Bergas įvardijo arbitrų disidentų trukdymą arbitrų svarstymo procesui⁶². Van den Bergas nurodo, kad šalies paskirtas arbitras, kuris mano, kad turi *pareigą* paremti jo kandidatūrą pasiūliusios šalies poziciją arbitražo byloje, greičiausiai nesileis į konstruktyvų dialogą apie šią bylą su kitais arbitrais. Rezultatas gali būti toks, kad pirmininkaujantis arbitras ir kitos šalies paskirtas arbitras nebežiūrės rimtai į „arbitražo-advokatą“ arba kad šis arbitras padarys tą patį savo kolegų arbitrų atžvilgiu. Abiem atvejais sutrinka pasitarimų procesas.

Van den Bergas nurodė, kad tarp teismo nagrinėjimo ir investicinio arbitražo yra esminis skirtumas: teisminiame procese teisėjas, kuris nėra paskirtas jokios šalies, gali pareikšti atskirąją nuomonę dėl teisinių argumentų ir ji gali paskatinti teisės raidą ateityje. O arbitražo šalies paskirtas arbitras neturi galimybės tikėtis, kad jo nesutikimo su arbitražo teismo sprendimu argumentai prisidės prie investicijų apsaugos teisės raidos, nes tokiais nesutikimais beveik niekada nesiremiamą vėlesnėse investicinėse bylose⁶³.

Van den Bergas konstatavo, kad arbitrų atskirosios nuomonės neturi ateities investiciniame arbitraže. Jos neturi pateisinamos paskirties sistemoje, kurioje egzistuoja arbitrų vienašališkas paskyrimas⁶⁴, t. y. kol arbitrus gali skirti šalys, tol atskirųjų nuomonių institutas yra *de facto* žalingas arbitražo procesui. Investicinis arbitražas veiktų geriau ir būtų patikimesnis, jei šalių paskirti arbitrai laikytųsi principo *ne-mine dissentiente* (liet. atskirosios nuomonės – draudžiamos)⁶⁵.

Be kritikos atskirosioms nuomonėms, Van den Bergas analizavo šiuos argumentus dėl atskirųjų nuomonių priėmimo leistinumo⁶⁶: 1) arbitras iš tiesų mano, kad dauguma arbitrų iš esmės klysta teisės ar faktų klausimais (tačiau tai nepaaiškina, kodėl beveik 100 proc. atskirųjų nuomonių parengia pralaimėjusios šalies paskirti arbitrai); 2) arbitras viešai (pvz., moksliniame pranešime, konferencijoje ar internete) jau pareiškė kitokią nuomonę, atsispindinčią jo atskirojoje nuomonėje; 3) arbitras, būdamas atstovas ankstesnėje byloje, yra gynęs kitokią nuomonę; 4) arbitras yra atstovas tebevykstančioje byloje, kurioje arbitrų daugumos nuomonė būtų nepalanki jo klientui;

⁶⁰ *CME Czech Republic B.V. prieš Čekijos Respubliką* (UNCITRAL byla). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/281>>.

⁶¹ Albert Jan van den Berg, *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, in Mahnouch Arsanjani et al. (Eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2011, p. 829–830.

⁶² *Ibid.*, 829.

⁶³ *Ibid.*, 831.

⁶⁴ *Ibid.*, 831.

⁶⁵ *Ibid.*, 834.

⁶⁶ *Ibid.*, 831.

5) arbitras nori įrodyti jį paskyrusiai šaliai, kad ši šalis buvo teisi jį paskirdama ir kad ateityje šalies atstovas turėtų vėl jį skirti; 6) arbitras nori padėti jį paskyrusiai šaliai apsunkinti sprendimo vykdymą arba „suteikti amuniciją“, kuri galėtų padėti panaikinti sprendimą; 7) arbitras serga intelektualiniu ekshibicionizmu⁶⁷; 8) arbitražo procese buvo esminių pažeidimų, pavyzdžiui, buvo labai rimtai pažeisti tinkamo proceso principai; 9) arbitrai buvo grasinama, kad, jei jis nepareikš atskirosios nuomonės, grįžęs į savo pilietybės ar gyvenamosios vietos valstybę patirs fizinį pavojų. Van den Bergas nurodė, kad tik dvi paskutinės priežastys turėtų pateisinti atskirosios nuomonės paskelbimą investiciniame arbitraže.

B. CHARLESO N. BROWERIO KONTRATAKA: PADRIKOS VAN DEN BERGO ANALIZĖS SELEKTYVUMAS IR ATSKIRŪJŲ NUOMONIŲ NAUDA ARBITRAŽO EKOSISTEMAI

Į atskirųjų nuomonių ringą su netikėtu huku įsiveržė Charlesas N. Broweris su straipsniu „Dvigalvio slibino mirtis: Kodėl Paulsono ir Van den Bergo prezumpcija, kad šalių paskirti arbitrai yra nepatikimi, yra klaidinga?“⁶⁸ Reaguodamas į Van den Bergo išvadą, Broweris pažymėjo, kad 78 proc. iš Van den Bergo analizuotų bylų nebuvo priimta nė vienos atskirosios nuomonės (t. y. absoliučios daugumos atvejais). Ši aplinkybė slopina kritiką dėl sisteminio piktnaudžiavimo atskirosiomis nuomonėmis investiciniame arbitraže⁶⁹. Savo

kontrargumentus į Van den Bergo poziciją Broweris suskirstė į 4 blokus:

Dėl arbitrų neutralumo. Broweris nurodė, kad dalis Van den Bergo išnagrinėtų atskirųjų nuomonių yra nepalankios šaliai, kuri paskyrė tokią nuomonę pareiškusių arbitrą⁷⁰. Van den Bergo prezumpcija, kad šalies paskirtas arbitras pažeidžia savo nešališkumą ir nepriklausomumo pareigą, yra nepagrįsta įrodymais⁷¹. Be to, plačiai pripažįstama, kad paprastai arbitrai juos paskyruosims šalims padaro daugiau žalos nei naudos⁷². Kaip pavyzdį Brower nurodė su Lietuva glaudžiai susijusią ICSID bylą Nr. ARB/02/18 *Tokios Tokelės* prieš Ukrainą⁷³, kurioje atskirąją nuomonę pateikė arbitražo teismo pirmininkas prof. Prosperas Weilis, jis nesutiko su abiejų šalių paskirtų arbitrų nuomone dėl arbitražo tribunolo jurisdikcijos buvimo.

Dėl trukdymo arbitrų svarstymo procesui. Broweris argumentavo, kad arbitro atskirojoje nuomonėje pateikiamas kitoks faktų ar teisės vertinimas „nereiškia, kad atskiroji nuomonė atskleidžia pačių pasitarimų turinį, t. y. procesą, kurio metu kiekvienas arbitras suformavo savo nuomonę, argumentus, kuriais buvo keičiamasi, vieno ar kito arbitro pastabas, derybų procesą, kurio metu du arbitrai galėjo suformuoti savo balsų daugumą“. Broweris pritarė kolegų Richardo M. Mosko ir Tomo Ginsburgo nuomonei, kad „svarbiausia, kad niekas neatskleistų pačių svarstymų, kad arbitrai galėtų atvirai

⁶⁷ Van den Bergas nepaaiškina šios frazės reikšmės, tačiau, atsižvelgiant į žodžio (sutrikimo) „ekshibicionizmas“ reikšmę, Van den Bergas potencialiai nori parodyti, kad yra arbitrai, kurie yra faktiškai „priklausomi“ nuo atskirųjų nuomonių reiškimo ir jas gali reikšti „savo malonumui“ (žodžio „ekshibicionizmas“ paaiškinimas naudojamas iš Valstybinės lietuvių enciklopedijos, prieiga per internetą: <<https://www.vle.lt/straipsnis/ekshibicionizmas/>>).

⁶⁸ Charles N. Brower, Charles B. Rosenberg, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded* (Arbitration International, 29(1), 2013). Prieiga per internetą: <<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/29/1/7/213039>>.

⁶⁹ *Ibid.*, 28.

⁷⁰ „Daugelis Van den Bergo apklausoje pateiktų atskirųjų nuomonių, nors jas „paskelbė arbitras, paskirtas byla visiškai ar iš dalies pralaimėjusios šalies“, yra švelnios arba iš tikrųjų yra nepalankios šaliai, kuri paskyrė atskirąją nuomonę pareiškusių arbitrą“ (*Ibid.*, 29).

⁷¹ *Ibid.*, 32.

⁷² *Ibid.*, 32.

⁷³ *Tokios Tokelės prieš Ukrainą* (ICSID bylos Nr. ARB/02/18). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/1099>>.

reikšti savo nuomonę, nerizikuodami, kad jų nuomonė bus atskleista priverstinai⁷⁴. Taigi, arbitro nesutikimo su dauguma motyvavimas atskirojoje nuomonėje, Browerio požiūriu, nedaro žalos bylos nagrinėjimo procesui arba arbitražo sprendimui.

Dėl teisės plėtojimo. Broweris nurodė, kad klaidinga manyti, jog „šalies paskirtas arbitras nesitiki, kad jo ar jos nesutikimas prisidės prie investicijų teisės plėtos, nes... šiais nesutikimais praktiškai niekada nesiremiamą vėlesnėse investicinėse bylose“, nes praktikoje būta bylų, kai tribunolai rėmėsi būtent atskirųjų nuomonių argumentais⁷⁵. Pavyzdžiui, ICSID tribunolo vienbalsiame sprendime ICSID byloje Nr. ARB/07/6 *Señor Tza Yap Shum prieš Peru Respubliką*⁷⁶ arbitrai analizavo ir pritarė sutarties aiškinimo požiūriui, kurį prieš trejus metus savo atskirojoje nuomonėje SCC byloje Nr. 080/2004 *Vladimir Berschader ir Moïse Berschader prieš Rusijos Federaciją*⁷⁷ (t. y. vienoje iš 34 bylų, nurodytų Van den Bergo straipsnyje) suformavo Dr. Toddas Weileris⁷⁸. Be to, Broweris nurodė, kad investicinio arbitražo sprendimai, įskaitant daugelį iš 34 atskirųjų nuomonių, įtrauktų į Van den Bergo tyrimą, yra nuolat aptariami ir analizuojami moksliniuose straipsniuose ir pan., pavyzdžiui, prof. Thomaso Waldėo atskiroji nuomonė UNCITRAL byloje *International Thunderbird Gaming Corporation prieš*

*Meksiką*⁷⁹ buvo aptarta tokiuose leidiniuose, kaip antai „Kluwer Arbitration Blog“, „Opinio Juris“, „Global Arbitration Review“, „Transnational Dispute Management“, „Arbitration International“, „Journal of World Investment“ ir kt.⁸ *Dėl arbitražo sprendimo autoriteto.* Broweris nurodė, kad atskiroji nuomonė, kurioje kritikuojami įprasti fakto ir teisės klausimai, neturėtų kelti pavojaus arbitražo sprendimo autoritetui ir galimybei jį pripažinti ir vykdyti pagal Niujorko konvenciją, nes Niujorko konvencija griežtai riboja pagrindus, kuriais remdamasis nacionalinis teismas gali atsakyti vykdyti tarptautinio arbitražo sprendimą⁸¹. Broweris papildomai paaiškino, kad neteisėti arbitražo sprendimai, pagrįsti akivaizdžiais šalių procesinių teisių pažeidimais, nenusipelną tokios panaikinimo ar nevykdymo apsaugos. Šiuo atveju atskiroji nuomonė, kurioje atskleidžiami tokie pažeidimai, tarnauja naudingam tikslui – užkerta kelią neteisėtam sprendimui. Todėl atskiroji nuomonė šiuo atžvilgiu yra ne tiek arbitražo teismo sprendimo panaikinimo pagrindas, kiek tokio pagrindo įrodymas.

Browerio nuomone, jeigu arbitras, iš esmės nesutinkantis su arbitražo teismo sprendimu, nepateikia atskirosios nuomonės, būtent toks pasyvumas gali susilpninti pasitikėjimą arbitražu. Vedamas geriausių tradicijų, Broweris pasirėmė paties Van den Bergo arbitravimo praktika. Jis pažymėjo, kad UNCITRAL byloje

⁷⁴ Charles N. Brower, Charles B. Rosenberg, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded (Arbitration International, 29(1), 2013), p. 34–35.

⁷⁵ *Ibid.*, 35.

⁷⁶ *Señor Tza Yap Shum prieš Peru Respubliką* (ICSID bylos Nr. ARB/07/6). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/1126>>.

⁷⁷ *Vladimir Berschader ir Moïse Berschader prieš Rusijos Federaciją* (SCC bylos Nr. 080/2004). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/140>>.

⁷⁸ Charles N. Brower, Charles B. Rosenberg, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded (Arbitration International, 29(1), 2013), p. 36.

⁷⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation prieš Meksiką* (UNCITRAL byla). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/571>>.

⁸⁰ Charles N. Brower, Charles B. Rosenberg, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded (Arbitration International, 29(1), 2013), p. 37–38.

⁸¹ *Ibid.*, 40.

*BG Group Pic. prieš Argentina*⁸², Argentina apskundė Van den Bergo paskyrimą arbitru, *inter alia*, teigdama, kad tai, jog Van den Bergas nepateikė atskirosios nuomonės nei ICSID byloje Nr. ARB/02/1 *LG&E prieš Argentina*⁸³, nei kitose investicinėse bylose (su panašiomis faktinėmis aplinkybėmis) prieš Argentiną (ICSID byloa Nr. ARB/01/3 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. prieš Argentina*⁸⁴), nors tose bylose priėmė diametriškai skirtingus sprendimus tuo pačiu klausimu⁸⁵. Byloje *LG&E prieš Argentina* arbitražo teismas, kurio nariu buvo Van den Bergas, 2006 m. spalio mėn. vienbalsiai nusprendė, kad Argentinos finansų krizė *sudarė* prielaidas teisinei „būtinumo“ (angl. *necessity*) gynybai pagal JAV ir Argentinos dvišalio investicijų apsaugos susitarimo XI straipsnį, leidžiantį priimančiosios šalies vyriausybei imtis priemonių, būtinų viešajai tvarkai ir esminiams saugumo interesams apsaugoti. Po septynių mėnesių byloje *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. prieš Argentina* tribunolas (kurio nariu buvo Van den Bergas) dėl tos pačios ekonomikos krizės ir taikant tą pačią sutartį vienbalsiai nusprendė, kad Argentina *negalėjo* remtis nei JAV ir Argentinos dvišalės sutarties XI straipsniu.

Apibendrinant reikia pažymėti, kad Broweris nemanė, jog yra objektyvūs atskirųjų nuomonių daromos žalos įrodymai. Atvirksčiai, šis institutas sukūrė platformą arbitrams išskirtiniais atvejais ir kai tam yra pagrindas išsakyti savo nesutikimą su dauguma, taip išsaugoti tiek savo, tiek investicinio arbitražo reputaciją.

C. ANTRASIS TITANŲ SPARINGO RAUNDAS

2015 m., replikuodamas į Browerio straipsnį, Van den Bergas atkirto, kad Broweris taip ir nesugebėjo įtikinamai paaiškinti, kodėl 100 proc. paskelbtų atskirųjų nuomonių pateikė pralaimėjusios šalies paskirti arbitrai. Broweris savo straipsnyje apie šį stebinantį faktą apskritai nekalba. Van den Bergas pažymėjo, kad dviejų autorių nuomonė sutampa dėl to, kad arbitražo sprendimai, pagrįsti akivaizdžiais šalių procesinių teisių pažeidimais, yra neteisėti, *inter alia*, kad tai yra viena iš nedaugelio priežasčių, pateisinančių atskirųjų nuomonių paskelbimą. Tačiau Van den Bergas pažymėjo, kad šiuurkštūs tinkamo proceso pažeidimai paprastai yra akivaizdūs ir jų nereikia dar kartą įrodinėti atskirosiomis nuomonėmis.

Atsilygindamas savo oponentui, Van den Bergas džentelmeniškai nurodė vieną iš Browerio bylų, kurioje atskiroji nuomonė buvo galimai perteklinė. JAV teismai atsisakė pripažinti ir leisti vykdyti 1988 m. liepos 18 d. Irano ir JAV pretenzijų tribunolo dalinį sprendimą byloje Nr. 377-261-3⁸⁶, kaip pažeidžiantį Niujorko konvencijos V straipsnio 1 dalies b punktą, nes tribunolas savo veiksmais suklaidino ieškovą dėl įrodymų, kuriuos jis turėjo pateikti, taip atėmė galimybę ieškovui pateikti savo paaiškinimus⁸⁷. Šioje byloje pats Broweris 1988 m. liepos 18 d. pateikė atskirąją nuomonę, kurioje nesutiko su Irano ir JAV pretenzijų tribunolo 1988 m. liepos 18 d. daliniu tribunolo sprendimu⁸⁸. Broweris savo atskirojoje nuomonėje nurodė, kad pats tribunolas pirma savo sprendimu apribojo teiktinų

⁸² *BG Group Pic. prieš Argentina* (UNCITRAL byla). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/143>>.

⁸³ *LG&E prieš Argentina* (ICSID bylos Nr. ARB/02/1). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/621>>.

⁸⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. prieš Argentina* (ICSID bylos Nr. ARB/01/3). Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/cases/401>>.

⁸⁵ Prieiga per internetą: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0082.pdf>>.

⁸⁶ Prieiga per internetą: <<https://jsumundi.com/en/document/opinion/pdf/en-avco-corporation-v-iran-aircraft-industries-iran-helicopter-support-and-renewal-company-and-others-concurring-and-dissenting-opinion-of-judge-brower-monday-18th-july-1988>>.

⁸⁷ Prieiga per internetą: <https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1148&opac_view=6>.

⁸⁸ Prieiga per internetą: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-avco-corporation-v-iran-aircraft-industries-iran-helicopter-support-and-renewal-company-and-others-partial-award-award-no-377-261-3-monday-18th-july-1988#decision_4065>.

įrodymų kiekį, o vėliau dėl nepateiktų įrodymų atmetė ieškovo reikalavimus.

Nepaisant taiklių abiejų sunkiasvorių smūgių, dvikova baigėsi lygiosiomis, o bokso pirštinės perduotos ateities kartoms, kurios galės tęsti nesibaigiančią diskusiją. Arbitražo kuluaruose nuolat sklendo ir kitų žymių arbitrų tirados. Pavyzdžiui, Alanas Redfernas sutinka su Van den Bergu, kad arbitras, atskirojoje nuomonėje nesutinkąs su dauguma, rizikuoja pakenkti arbitražo procesui⁸⁹. Kiti nuogaštaujama, kad atskirosios nuomonės priėmimas gali paskatinti pralaimėjusią arbitražo procesą šalį oportunistiškai reikšti nepagrįstą prašymą panaikinti arbitražo sprendimą⁹⁰. Kita vertus, vis daugiau proarbitražinių statusą užsitarnavusių jurisdikcijų įtvirtina arbitrų atskirųjų nuomonių institutą. Pažvelkime, ar platus šio instituto pripažinimas nuslopina arbitražo sprendimo panaikinimo riziką.

IV. 2020 M. FRANKFURTO PRIE MAINO APYGARDOS TEISMO SPRENDIMO SUKELTAS REZONANSAS IR JO ATGARSIAI

Kaip ir daugelyje ES jurisdikcijų, Vokietijos Federalinės Respublikos teisinio reguliavimo srityje numatytas teisėjų balsavimų ir svarstymų slaptumo principas⁹¹. Konkrečiai, Vokietijos teismų įstatymo 43 straipsnyje numatyta, kad: „[t] eisėjas saugo svarstymų ir balsavimo slaptumą, be kita ko, taip pat pasibaigus tarnybai“⁹². Pasak šaltinių, ši taisyklė netaikoma tik Vokietijos Federacinės Respublikos federalinio konstitucinio

teismo teisėjams, nes jie turi teisę pateikti savo atskirąją nuomonę dėl Konstitucinio teismo sprendimo⁹³. Pažymėtina, kad Vokietijos teisė aiškiai nenumato jokių nuostatų dėl atskirųjų nuomonių arbitraže.

2018 metais Vokietijos nacionaliniam teismui teko pirmą kartą⁹⁴ spręsti dėl viešojo intereso išlygos taikymo arbitražo teismo sprendimui, dėl kurio priimta atskiroji nuomonė. Arbitražo procesas vyko Frankfurte prie Maino pagal ICC arbitražo reglamentą. Ginčo metu šalys rungėsi dėl to, ar arbitražo teismo pasamdytas ekspertas naudojo teisingus duomenis. Galiausiai arbitražo teismas ieškinį atmetė, o vienas iš arbitrų pateikė atskirąją nuomonę, kurioje sukritikavo eksperto išvadą ir arbitražo teismo išvadas, padarytas šios išvados pagrindu⁹⁵.

Frankfurto prie Maino apygardos teismas 2020-01-16 sprendimu Nr. 26 Sch 14/18 panaikino arbitražo teismo sprendimą dėl viešosios tvarkos pažeidimo. Teismas nustatė, kad arbitražo teismas pažeidė vienos iš arbitražo šalių – bankroto administratoriaus – teisę būti išklausytam dėl eksperto išvados. Ir nors Frankfurto prie Maino apygardos teismas jau buvo nusprendęs panaikinti sprendimą dėl teisės būti išklausytam pažeidimo, teismas savo *obiter dictum* taip pat nurodė, kad atskirosios nuomonės atskleidimas šalims yra neleistinas vidaus arbitražo procese (angl. *domestic arbitration proceedings*). Teismo nuomone, atskirosios nuomonės atskleidimas šalims pažeidžia pasitarimų slaptumo principą ir

⁸⁹ Alan Redfern, The 2003 Freshfields Lecture. Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly, 20 ARB. INT'L 241 (2004). Prieiga per internetą: <<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/20/3/223/197414>>.

⁹⁰ Ilhyung Lee, Introducing International Commercial Arbitration and Its Lawlessness, by Way of the Dissenting Opinion Contemporary Asia Arbitration Journal, 4(1), 2011. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1867886>.

⁹¹ Teisėjų balsavimų ir svarstymų slaptumo principas pagal Vokietijos teisę apima svarstymų ir balsavimo eigą. Tai reiškia, kad iš sprendimo motyvų neturi būti aišku, ar teisėjų nuomonės išsiskyrė ir kaip susiformavo balsų dauguma. Svarstymo slaptumu siekiama apsaugoti teisėjų nepriklausomumą ir nešališkumą (prieiga per internetą: <https://www.whitecase.com/publications/article/dissenting-opinion-violation-public-policy-recent-annulment-decision-higher>).

⁹² Prieiga per internetą: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html#p0224>.

⁹³ Vokietijos federalinio konstitucinio teismo įstatymo 30 straipsnio 2 dalyje numatyta galimybė Konstitucinio teismo teisėjui priimti atskirąją nuomonę dėl Konstitucinio teismo sprendimo (prieiga per internetą: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_30.html>).

⁹⁴ Prieiga per internetą: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc09bf58-68c3-4732-89aa-eea92e9c48d3>>.

⁹⁵ Prieiga per internetą: <<https://www.jdsupra.com/legalnews/dissenting-opinion-as-violation-of-70791/>>.

gali lemti arbitražo sprendimo panaikinimą pagal Vokietijos civilinio proceso kodekso (ZPO) 1059 straipsnio 2 dalies 2 punkto b papunktį, kaip pažeidžiantis viešąją tvarką.

Dėl viešosios tvarkos išlygos pažeidimo Frankfurto prie Maino apygardos teismas nurodė, kad:

„Galima palikti atvirą klausimą, ar dar vienas pagrindas panaikinti sprendimą dėl viešosios tvarkos pažeidimo pagal 1059 straipsnio 2 dalies 2 punkto b papunktį [...] yra arbitro B atskirosios nuomonės, kurioje jis nukrypo nuo daugumos nuomonės, atskleidimas. Senato nuomone, atsižvelgiant į įstatymų leidėjo samprotavimus, kuriais jis susilaikė nuo nuostatos šiuo klausimu [...], yra rimtų priežasčių teigti, kad atskirosios nuomonės atskleidimas yra neleistinas vidaus arbitražo procese ir pažeidžia pasitarimų slaptumo principą, kuris taikomas ir vidaus arbitražo teismams [...]. Ypatinga pasitarimų slaptumo reikšmė arbitrų nepriklausomumo ir nešališkumo apsaugai taip pat gali reikšti, kad šis principas – net ir po galutinio svarstymo ir arbitražo sprendimo priėmimo – nėra dispozityvus nei šalims, nei arbitrams ir yra procesinės viešosios tvarkos (ordre public) dalis.“⁹⁶

Svarbu pažymėti, kad Frankfurto prie Maino apygardos teismo sprendime pateikti išaiškinimai visų pirma liečia tik tuos arbitražo sprendimus, kurie priimti vietiniame arbitražo procese, kurio vieta yra Vokietijoje. Kitas svarbus momentas – Frankfurto prie Maino apygardos teismo pateiktas išaiškinimas dėl viešosios tvarkos pažeidimo suformuotas tik kaip *obiter dictum*, taigi kiti Vokietijos teismai nėra saistomi šių išaiškinimų⁹⁷.

Reziumuodamas Frankfurto prie Maino apygardos teismo sprendime padarytas išvadas,

arbitras, prieš priimdamas atskirąją nuomonę, privalo pasidomėti, ar arbitražo vietos valstybės vidaus teisėje nėra draudžiamos tokios nuomonės. Arbitras taip pat privalo įsitikinti, kad nepažeidžia pasitarimų slaptumo principo ir nekomentuoja arbitražo pasitarimų eigos.

Atsižvelgdami į aptartą arbitražo teisės doktriną ir teismų praktiką, autoriai pateikia trumpą atskirųjų nuomonių įtakos arbitražo teismo sprendimui pagal Lietuvos teisę analizę.

V. ARBITRŲ ATSKIRŪJŲ NUOMONIŲ INSTITUTO VIETA REGULIUOJANT LIETUVOS ARBITRAŽO PROCESĄ

A. ARBITRŲ ATSKIRŪJŲ NUOMONIŲ ATITIKTIS LIETUVOS VIEŠAJAI TVARKAI

Lietuvos arbitražo teisiniame reguliavime arbitrų atskiroji nuomonė įtvirtinta dar nuo 1996 m., kai Lietuvoje įsigaliojo Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymas (toliau – KAĮ)⁹⁸. Dabartinės KAĮ suvestinės redakcijos⁹⁹ 46 straipsnio 1 dalis nurodoma: „[a]rbitražo teismo sprendimas turi būti rašytinis ir pasirašytas arbitrų ar arbitro. Arbitražo teismo sprendimas yra teisėtas, kai jį pasirašo dauguma arbitrų, taip pat nurodomos kitų arbitrų nepasirašymo priežastys. Arbitras arba arbitrai, nesutinkantys su daugumos nuomone, turi teisę raštu išdėstyti savo atskirąją nuomonę, kuri pridedama prie arbitražo teismo sprendimo“. Faktiškai analogiška nuostata įtvirtinta Vilniaus komercinio arbitražo teismo arbitražo procedūros reglamento (toliau – VKAT Reglamentas) 42 straipsnio 2 dalyje: „[a]rbitras arba arbitrai, atsisakę pasirašyti sprendimą, turi teisę raštu išdėstyti savo atskirąją nuomonę, kuri pridedama prie arbitražo teismo sprendimo.“

Analogiško požiūrio laikosi ir Lietuvos teismai. 2021 m. lapkričio 11 d. nutartyje Lietuvos apeliacinis teismas išaiškino, kad:

⁹⁶ Prieiga per internetą: <<https://www.whitecase.com/publications/article/dissenting-opinion-violation-public-policy-recent-annulment-decision-higher>>.

⁹⁷ Prieiga per internetą: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bc09bf58-68c3-4732-89aa-eea92e9c48d3>; <https://www.whitecase.com/publications/article/dissenting-opinion-violation-public-policy-recent-annulment-decision-higher>>.

⁹⁸ Prieiga per internetą: <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.26964/snhlfkzfue>>.

⁹⁹ Prieiga per internetą: <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.26964/asr>>.

„Šiame kontekste teismas pritaria suinteresuotam asmeniui, kad pareiškėja nagrinėjamoje byloje pernelyg sureikšmina atskirosios nuomonės pateikimo faktą. Atskirosios nuomonės pateikimo institutas yra numatytas įstatyme (KAĮ 46 straipsnio 1 dalis); teismų praktikoje taip pat laikomasi nuostatos, kad faktas, jog vienas iš arbitrų pateikė atskirąją nuomonę, savaime nesudaro pagrindo konstatuoti viešosios tvarkos pažeidimą <...>, tuo labiau kad nagrinėjamu atveju atskiroji nuomonė net nėra grindžiama proceso sąžiningumo principo pažeidimu, o tiesiog nesutinkama su daugumos arbitrų sprendimu dėl ginčo esmės.“¹⁰⁰

2022 m. birželio 21 d. šį Lietuvos apeliacinio teismo išaiškinimą patvirtino ir Lietuvos Aukščiausiasis Teismas:

„<...> tuo atveju, jei bylą nagrinėjo trijų arbitrų kolegija ir sprendimas priimtas ir pasirašytas dviejų arbitrų, vien tai, kad vienas iš arbitrų išdėstė raštu atskirąją nuomonę, nesuteikia pagrindo daryti išvadą dėl arbitražo teismo sprendimo neteisėtumo. Arbitrų balsų dauguma priimtas ir pasirašytas sprendimas yra laikomas teisėtu.

35. Be to, kaip teisingai atkreipė dėmesį ir Lietuvos apeliacinis teismas, arbitrės atskirojoje nuomonėje pateiktais argumentais pasisakoma dėl ginčo esmės, o ne dėl bylos nagrinėjimo procesinių pažeidimų. Šiame kontekste atkreiptinas dėmesys, kad kasacinis teismas civilinėje byloje, kurioje arbitražo teismo sprendimo teisėtumas viešosios tvarkos aspektu buvo sprendžiamas vertinant vieno iš arbitrų atskirosios nuomonės, kurioje kalbama apie arbitražo sprendimo priėmimo tvarkos pažeidimus, įrodomąją reikšmę, pažymėjo, jog aplinkybės apie svarstymų dėl arbitražo teismo

sprendimo priėmimo eigą negali būti laikomos įrodytomis vien tik remiantis arbitro atskirąją nuomone. Priėmus arbitražo teismo sprendimą arbitražo byloje arbitrų dauguma, sutarusi dėl arbitražo teismo sprendimo turinio, neturi galimybės pareikšti savo nuomonės apie atskirojoje nuomonėje dėstomus faktus, toks reikalavimas nėra keliamas ir teisės aktuose, nustatančiuose arbitražo sprendimo priėmimo tvarką (pirmiau nurodyta kasacinio teismo nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-370/2012). Taigi bet kuriuo atveju aplinkybė dėl vieno iš arbitrų atskirosios nuomonės pareiškimo savaime nepagrindžia arbitražo teismo sprendimo neteisėtumo.“¹⁰¹

Savo reglamentavimo turiniu VKAT Reglamentu 42 straipsnio 2 dalis yra siauresnė ir apima tik arbitrų teisę pateikti atskirąją nuomonę, kai arbitras nepasirašo arbitražo teismo sprendimo. KAĮ 46 straipsnio 1 dalis apima ir kitus atvejus, kai arbitras nesutinka su daugumos arbitrų sprendimu. Be abejo, būtų įdomu, kaip teismas vertintų prašymą panaikinti arbitražo sprendimą, prie kurio pridėta vadinamoji sutampančioji nuomonė – t. y. kai nuomonę surašo ir patį arbitražo sprendimą pasirašęs arbitras¹⁰². Visgi, tokios situacijos itin retos.

Bet kokių atveju arbitrų atskirųjų nuomonių pripažinimas Lietuvos teisėje yra akivaizdus.

B. ARBITRŲ ATSKIRŲJŲ NUOMONIŲ NEATITIKTIES LIETUVOS VIEŠAJAI TVARKAI RIZIKA

Kitas svarbus tyrimo aspektas – ar arbitro atskirosios nuomonės turinys (argumentai) gali sudaryti pagrindą konstatuoti, kad arbitražo teismo sprendimas pažeidžia Lietuvos viešąją tvarką.

Nors arbitrų atskirųjų nuomonių reiškimas savaime neprieštarauja Lietuvos viešajai tvarkai, KAĮ 46 straipsnio 1 dalies komentare išsakyta

¹⁰⁰ Lietuvos apeliacinio teismo 2021 m. lapkričio 11 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e2A-1023-881/2021.

¹⁰¹ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2022 m. birželio 21 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-173-611/2022.

¹⁰² Panaši situacija susiklostė vienoje iš ICC arbitražo bylų. 1990 m. ICC arbitražo teismas, susidedantis iš trijų arbitrų, priėmė arbitražo sprendimą, kurį visi ir pasirašė. Tačiau vienas iš arbitrų prie savo parašo paliko išlygą, kad jo parašas turi būti atskirosios nuomonės dalyku, kuris pridedamas prie arbitražo teismo sprendimo (Manuel Arroyo, Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal, ASA Bulletin 2008, Nr. 3, p. 446).

įdomi mintis, kad „<...> *arbitras savo atskirojoje nuomonėje negali atskleisti arbitrų pasitarimo dėl sprendimo priėmimo detalių, joje neturėtų būti teiginių, kurie suteiktų pagrindą bylą pralaimėjusiai šaliai skusti sprendimą*“¹⁰³. Remiantis tuo, kas išdėstyta, kyla klausimas, kokios būtų informacijos atskleidimas lemtų atskirosios nuomonės prieštaravimą viešajai tvarkai. Juk reikšdamas atskirąją nuomonę arbitras neišvengiamai nors iš dalies pasidalins savo mintimis, kurios greičiausiai buvo išsakytos ir pasitarimų kambaryje. Taigi, kur yra tikrosios *tabu* ribos.

Į iškeltą klausimą dalinį atsakymą pateikia Lietuvos teismų suformuota praktika. Lietuvos teismai 2011–2012 metais sprendė situaciją dėl arbitro atskirosios nuomonės, kuria šis atskleidė tam tikras arbitražo teismo sprendimo priėmimo proceso detales. Arbitras nurodė, kad arbitražo teismo sprendimas priimtas pažeidžiant proceso taisykles, konkrečiai: (i) priimant arbitražo teismo sprendimą, kolegijos pirmininkas neorganizavo jokio arbitrų kolegijos uždaro posėdžio ir pasitarimo, dėl ko (ii) arbitražo teismo sprendimas buvo priimtas neįvykus jokiai arbitrų kolegijos diskusijai dėl jo turinio, motyvų, rezoliucinės dalies; jam, kaip arbitrai, nebuvo sudarytos sąlygos pareikšti savo nuomonę ir argumentus dėl arbitražo teismo sprendimo.

Nagrinėjamoje byloje įvertinę arbitro atskirąją nuomonę bei proceso taisykles Lietuvos apeliacinis teismas ir Lietuvos Aukščiausiasis Teismas priėjo prie skirtingų išvadų. Lietuvos apeliacinis teismas nurodė, kad arbitrai nebuvo suteikta galimybė diskutuoti (tartis), reikšti savo nuomonę priimant arbitražo teismo sprendimą, tai buvo VKAT Reglamento ir KAĮ nuostatų pažeidimas, o arbitražo teismo sprendimas buvo pripažintas prieštaraujančiu viešosios tvarkos išlygai, nes juo buvo pažeisti pamatiniai sąžiningo arbitražo proceso ir kolegialaus bylos nagrinėjimo principai. Savo ruožtu LAT panaikino Lietuvos apeliacinio teismo nutartį¹⁰⁴.

LAT savo nutartyje pažymėjo, kad nei KAĮ, nei VKAT Reglamentas nereglamentuoja arbitrų svarstymo ir balsavimo dėl galutinio arbitražo teismo sprendimo priėmimo tvarkos. Šią tvarką kiekvienu konkrečiu atveju nustato arbitražo teismo sprendimą priimančios arbitrai, tai suteikia arbitražo teismo sprendimo motyvų svarstymo procesui daugiau lankstumo bei nepagrįstai jo nesuvaržo. LAT papildomai pažymėjo, kad arbitražo teismo sprendimo motyvų svarstymas turi atitikti sąžiningo proceso principus, o šiame procese dalyvaujantys arbitrai privalo bendradarbiauti, keistis nuomonėmis ir kt. Tam, kad būtų galima spręsti, ar konkretus arbitražo bylos nagrinėjimas vyko pagal sąžiningo proceso taisykles, būtina įvertinti visas bylos aplinkybes.

Nagrinėjamoje byloje LAT nesutiko su Lietuvos apeliacinio teismo motyvais ir panaikino nutartį tuo pagrindu, kuriuo „[apeliacinis] teismas sprendė vadovaudamasis išimtinai arbitro [...] atskirojoje nuomonėje nurodytomis aplinkybėmis, kartu pažymėdamas, kad jeigu arbitras pareiškime dėl atskirosios nuomonės nurodė, jog su juo nebuvo diskutuojama dėl priimamo sprendimo, jokios įrodinėjimo priemonės ir jokie argumentai ar samprotavimai negali to paneigti.“ LAT taip pat konstatavo, kad teismo pritarimas arbitro atskirosios nuomonės argumentams apie arbitražo teismo sprendimo motyvų svarstymo eigą pažeistų *audiatur et altera pars* principą, nes sutarusiai dėl arbitražo teismo sprendimo turinio arbitrų daugumai nebūtų sudarytos sąlygos išdėstyti savo poziciją apie arbitražo teismo sprendimo motyvų svarstymo eigą.

Dar svarbiau, kasacinis teismas konstatavo, kad arbitro atskiroji nuomonė neatitinka įrodymams keliamo pakankamumo reikalavimo, nes „aiškinant ir sutinkant su Lietuvos apeliacinio teismo 2011 m. gruodžio 14 d. nutartyje padaryta išvada, būtų sudarytos prielaidos remiantis vien tik atskirojoje nuomonėje nurodytais faktais panaikinti arbitražo sprendimą, kurį pasirašydama daugu-

¹⁰³ Valentinas Mikelėnas, Vytautas Nekrošius ir Eglė Zemlytė, Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymo komentaras (Vilnius: Registrų centras, 2016), p. 151.

¹⁰⁴ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2012 m. liepos 13 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-370/2012.

ma arbitrų kartu patvirtina ir procedūry, kuriomis vadovaujantis jis buvo priimtas, teisėtumą“.

Taigi, arbitro nuomonė dėl vykusių pasitarimų ar jų nebuvimo ne visada sudaro pagrindą naikinti arbitražo sprendimą. Kiekvienas atvejis turi būti nagrinėjamas atskirai. Be to, ši kasacinio teismo išvada patvirtina, kad arbitro atskiroji nuomonė paprastai yra ne arbitražo teismo sprendimo panaikinimo pagrindas, o vienas iš tokio pagrindo įrodymų. Bylą pralaimėjusioms šalims nustatyta ypač aukšta įrodinėjimo kartelė siekiant panaikinti arbitražo sprendimą, nes vien arbitro atskiroji nuomonė netenkina įrodymų pakankamumo reikalavimo.

Visgi atskirojoje nuomonėje išdėstyti argumentai ir byloje surinkti kiti įrodymai gali sustiprinti teisėjo įsitikinimą dėl galimo arbitražo šalių procesinių teisių pažeidimo. Tokia faktinė situacija susiklostė JAV teismų išnagrinėtoje byloje, kurioje buvo atsisakyta pripažinti ir leisti vykdyti minėtą Irano ir JAV pretenzijų tribunolo 1988 m. liepos 18 d. dalinį tribunolo sprendimą byloje Nr. 377-261-3, kaip pažeidžiantį Niujorko konvencijos V straipsnio 1 dalies b punktą. JAV teismai, be kitų byloje surinktų įrodymų, pasirėmė arbitro Browerio atskirąja nuomone, kurioje buvo nurodyta, kad tribunolas savo veiksmais nepagrįstai apribojo ieškovo teises.

Akivaizdu, kad teisėjas bet kuriuo atveju susipažins su arbitro atskirosios nuomonės turiniu, identifikuos joje keliamus arbitražo teismo sprendimo trūkumus. Tačiau teismas negali apsiriboti išimtinai atskirąja nuomone ir turi kiekvienu atveju įvertinti ir kitų byloje surinktų įrodymų visumą.

Vertinant galimybę pareiškėjui arbitražo sprendimo panaikinimo kontekste kelti klausimus dėl ginčo esmės pastarajam arbitro atskirąja nuomone, tokio skundo perspektyvos yra gana niūrios. Arbitražo sprendimo panaikinimo bylos nagrinėjimo dalykas jokiais atvejais negali prilygti šio sprendimo pažiūrai iš esmės¹⁰⁵. 2021 m.

Lietuvos apeliacinis teismas nurodė, kad arbitro atskirojoje nuomonėje išdėstyti nesutikimo su arbitražo teismo sprendimo argumentai nesudaro pagrindo konstatuoti viešosios tvarkos išlygos pažeidimą¹⁰⁶. Prie analogiškų išvadų buvo prieita ir kitoje civilinėje byloje¹⁰⁷. Taigi, Lietuvos teismai formuoja griežtą praktiką, pagal kurią arbitro atskirojoje nuomonėje nurodyti argumentai dėl skundžiamo sprendimo motyvų nesudaro pagrindo konstatuoti arbitražo teismo sprendimo prieštaravimą viešosios tvarkos išlygai.

Aptarta Lietuvos teismų formuojama praktika dėl arbitrų atskirųjų nuomonių instituto yra sveikintina. Iš tikrųjų, Lietuva nuo pat KAĮ priėmimo pasižymi kaip proarbitražinė jurisdikcija. Lietuvos įstatymų leidėjas dar 1996 m. KAĮ įtvirtino galimybę arbitrams priimti atskirąsias nuomones. Šis reglamentavimas užtikrina šalims teisinį tikrumą, kad arbitražo teismo sprendimas, net tas, dėl kurio priimta arbitro atskiroji nuomonė, saistys arbitražo šalis ir jo vykdymas nebus nepagrįstai kvestionuojamas.

IŠVADOS

Atskirųjų nuomonių institutas, nors ir pradėjo formuotis dar viduramžiais, išliko aktualus ir sėkmingai prigijo tarptautinio arbitražo ekosistemoje. Vis dėlto atskirųjų nuomonių klausimas dar nėra detalai sureguliuotas daugelyje jurisdikcijų. Taip, pavyzdžiui, teisinio reguliavimo spraga Vokietijoje leido formuotis kontroversiškai teismų praktikai, pagal kurią arbitro atskirosios nuomonės priėmimas skandalingai pripažintas pažeidžiančiu pasitarimų slaptumo principą ir netgi Vokietijos viešąją tvarką.

Priešingai Vokietijos modeliui, Lietuvos įstatymų leidėjas dar 1996 metais reglamentavo arbitrų atskirųjų nuomonių institutą, KAĮ 46 straipsnio 1 dalyje įtvirtindamas arbitro, nesutinkančio su arbitražo teismo daugumos priimtu sprendimu, teisę išdėstyti savo atskirąją nuomonę, kuri pridedama prie arbitražo teismo

¹⁰⁵ Lietuvos apeliacinio teismo 2021 m. lapkričio 11 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e2A-1023-881/2021.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Lietuvos apeliacinio teismo 2018 m. vasario 8 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e2A-435-381/2018; Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018 m. liepos 5 d. nutartis byloje Nr. e3K-3-298-687/2018.

sprendimo. Šis teisinis tikrumas ir besiformuojanti liberali tradicija atspindi ir vietos teismų praktikoje. Teismai laikosi sveikintino proarbitražinio požiūrio, kad atskirosios nuomonės priėmimas savaime nesudaro prielaidų arbitražo sprendimui prieštarauti viešosios tvarkos išlygai, šiam sprendimui panaikinti ar atsisakyti jį pripažinti ir (ar) leisti vykdyti.

Vertindami atskirųjų nuomonių turinio įtaką ją reiškiančio arbitro kritikuojamam arbitražo teismo sprendimui, Lietuvos teismai nuosekliai rodo santūrumą ir kritiškai vertina sprendimu nepatenkintų arbitrų mėginimus sabotuoti daugumos sprendimą. Tokia pozicija sveikintina, nes ji užtikrina atskirųjų nuomonių naudojimą pagal paskirtį – kaip įrankį, suteikiantį su sprendimu nesutinkančiam arbitrai galimybę pareikšti savo poziciją, ir, jeigu sprendimas tampa viešas, – prisidėti prie arbitražo praktikos

formavimo, užuot sukuriant „arbitrams-advokatams“ platformą tiesti gelbstinčią ranką juos paskyrusiai ir bylą pralaimėjusiai šaliai.

Iki šiol atskirosios nuomonės poliarizuoja mokslo bendruomenės nuomonės dėl jų naudos ir leistinumą. Vis dėlto autoriai aptinka save atskirųjų nuomonių šalininkų stovykloje. Šis institutas jokių būdu neturėtų būti naudojamas arbitrų savireklamos, narcisizmo įprasminimo ar saviraiškos tikslais. Yra tinkamesnių būdų viešai pasisakyti rūpimu klausimu. Vis dėlto išimtiniais atvejais, kai arbitro moralinis kompasas ar itin stiprūs įsitikinimai neleidžia jam pasirašyti daugumos surašyto sprendimo, jis privalo turėti galimybę paaiškinti priežastis, kodėl negali dėti savo vardo ir parašo ant galutinio produkto. Būtent ši arbitrų nepriklausomumo ir žodžio laisvės garantija, o ne jos slopinimas padės užtikrinti geresnę arbitražo kaip ginčų sprendimo būdo kokybę.