

GRZEGORZ ŻMIJ^a

**W POSZUKIWANIU PRAWA WŁAŚCIWEGO:
STOSOWANIE NORM PRAWA ADMINISTRACYJNEGO
I ICH KOLIZJE W MIĘDZYNARODOWYM SPORZE
INWESTYCYJNYM**

**ON THE SEARCH FOR APPLICABLE LAW: THE APPLICATION
AND THE CONFLICTS OF ADMINISTRATIVE LAW NORMS
IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES**

This article aims to present questions concerning conflicts of norms or conflicts of laws that may arise through the application of public law (including administrative law) in proceedings before arbitration or state courts. The starting point for handling such conflicts tends to be interpretation, which, leading to the proper reconstruction of an applicable norm in a case, usually allows avoiding the question of the conflict-of-law rule (apparent conflicts), but not in every case. Some multilateral agreements contain provisions on the law applicable in investment disputes. As a result of the development of European law, one can observe the tendency to lower the significance of arbitration and increase the competence of state courts, as has been the case with intra-EU investment disputes in recent years. Thus a number of BITs between the Republic of Poland and third countries (non-EU countries) remain in force, where some of them contain provisions on the applicable law. One can expect that these conventions will also be dissolved and supplemented mainly by mixed agreements in the near future. The conflicts of laws and norms in investment disputes occur on different layers. The way of applying law differs according to the nature of state courts and international arbitration. It can become significant in the light of the transfer of competences to national courts, as a consequence of the termination of intra-EU BITs. It is advisable that during the ongoing discussions on the creation of the Multilateral Investment Court, a regulation on the legal basis of its decisions should also be adopted, as it concerns procedural, material and conflict-of-law aspects.

Keywords: international investment arbitration; applicable law; international private law; conflicts of laws; international administrative law; investment protection

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie kwestii kolizji praw lub samych norm prawnych, które mogą się pojawić w przypadku konieczności stosowania w międzynarodowym sporze inwestycyjnym, rozstrzyganym w postępowaniu przed sądem państwowym lub sądem arbitrażowym, przepisów prawa publicznego (w tym prawa administracyjnego) należących do różnych systemów prawnych. Punktem wyjścia w tego typu przypadkach jest z reguły wykładnia, która przez

^a University of Silesia in Katowice, Poland / Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska
grzegorz.zmij@us.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0001-5597-8741>

odpowiednią rekonstrukcję normy znajdującej zastosowanie w sprawie przeważnie prowadzi do uniknięcia pytania o normę kolizyjną (kolizje pozorne), nie zawsze jednak da się tego pytania uniknąć. Kwestię prawa właściwego uregulowano w niektórych wielostronnych porozumieniach międzynarodowych dotyczących ochrony inwestycji. Na skutek rozwoju prawa europejskiego w ostatnich latach wyraźnie zarysowana została tendencja do poddawania inwestycyjnych sporów wewnątrzunijnych rozstrzygnięciu sądów krajowych (europejskich) kosztem arbitrażu. Szereg pozostających nadal w mocy umów o ochronie inwestycji zawartych pomiędzy RP a państwami spoza Unii Europejskiej zawiera postanowienia dotyczące prawa właściwego. Można prognozować, że w bliskiej lub nieco dalszej perspektywie dojdzie jednak również do ich rozwiązania i zastąpienia w części nowymi umowami, także o charakterze mieszanym. Kolizje praw i norm prawnych w przypadku międzynarodowego sporu inwestycyjnego mogą zachodzić na wielu płaszczyznach. Istnieją odmienności w sposobie stosowania prawa właściwego przez sądy arbitrażowe i sądy państwowe w międzynarodowych sporach inwestycyjnych, co uwarunkowane jest różną naturą tych sądów. Może to mieć znaczenie wobec przekazania kompetencji do rozstrzygania takich sporów sądom państwowym, na przykład w perspektywie wygaszenia wewnątrzunijnych dwustronnych umów inwestycyjnych. Należy postulować, aby w ramach prac nad utworzeniem w przyszłości wielostronnego międzynarodowego systemu rozstrzygania sporów inwestycyjnych, opartego na stałym trybunale, regulacją objąć również kwestie związane z podstawą prawną (poza procesową, także materialnoprawną i kolizyjnoprawną) rozstrzygnięć Trybunału.

Słowa kluczowe: międzynarodowy arbitraż inwestycyjny; prawo właściwe; prawo prywatne międzynarodowe; prawo kolizyjne; międzynarodowe prawo administracyjne; ochrona inwestycji

I. WPROWADZENIE

Problematyka wzajemnych relacji między prawem administracyjnym a prawem prywatnym (cywilnym) jest zagadnieniem złożonym i stanowiącym od dawna wyzwanie zarówno dla teorii, jak i praktyki prawa. W zakresie międzynarodowych inwestycji szczególna rola przypada organom administracji określanym mianem regulatorów i prawu regulacyjnemu, zwłaszcza w kontekście jego relacji do przepisów dotyczących szeroko pojętej prawnej odpowiedzialności za czyny niedozwolone¹.

Współcześnie stosowanie prawa administracyjnego odbywa się coraz częściej w otoczeniu międzynarodowym, tak ze względu na przedmiot, jak i na podmioty stosujące prawo. Dostrzega to od dłuższego czasu nauka prawa administracyjnego, która plasuje kwestię ewentualnej kolizji norm przede wszystkim na płaszczyźnie wykładni. Wskazuje się przy tym, że zastosowanie przepisów prawnych w kontynentalnej kulturze prawnej zakłada także odniesienie się zarówno do norm prawa międzynarodowego, jak i prawa unijnego². Model ogólny stosowania prawa administracyjnego odwołuje się przy tym – zgodnie z wyrażonym w literaturze poglądem – w pierwszej kolejności do przepisów prawa krajowego, a dopiero gdy przepis prawa międzynarodowego lub unijnego wskazuje wniosek inicjujący proces decyzyjny lub podmiot

¹ Zob. ogólnie na temat tej relacji w ujęciu prawnoporównawczym van Boom (2007): 419 n.

² Leszczyński (2015): 105. Autor posługuje się przy tym, jak się wydaje, zamiennie w stosunku do prawa unijnego pojęciem prawa ponadnarodowego.

stosujący prawo uzna, że w jakimś sensie przepis ten nie jest wystarczający do wydania decyzji (a więc po dokonaniu wstępnej rekonstrukcji norm prawa krajowego) – odwołuje się do przepisu prawa międzynarodowego lub unijnego. Przy tym zwykle te ostatnie mają, przynajmniej w założeniu, charakter uzupełniający w stosunku do regulacji krajowej (co jednak nie oznacza, że na takiej roli uzupełniającej podmiot poprzestanie przy wydawaniu decyzji), a do tego – niezależnie od tej roli – przepis prawa międzynarodowego lub unijnego staje się składnikiem katalogu źródeł rekonstrukcji³. W tym zakresie występują jednak dwie zmienne: szczególna pozycja regulacji dotyczących praw człowieka oraz typ stosowania prawa – sądy (w odróżnieniu od organów administracji) prezentują bowiem w tym kontekście mocniejszą skłonność i gotowość do uwzględnienia regulacji międzynarodowych⁴.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie kwestii kolizji praw lub samych norm prawnych, które mogą się pojawić w przypadku konieczności stosowania w międzynarodowym sporze inwestycyjnym, rozstrzyganym w postępowaniu przed sądem państwowym lub sądem arbitrażowym, przepisów prawa publicznego (w tym prawa administracyjnego) należących do różnych systemów prawnych. Kwestię tę dodatkowo komplikuje zagadnienie, czy w sporze takim dochodzi do stosowania czy jedynie uwzględniania wspomnianych przepisów. Ze względu na ramy krótkiego artykułu naukowego nie jest możliwe pełne przedstawienie całej złożoności omawianej kwestii. Mając świadomość tej złożoności i rozległości, jej przedstawienie zostanie ograniczone do wstępnego wytyczenia głównych płaszczyzn, na których może dochodzić do tytułowych kolizji, i ich ukazania na tle zasadniczych zmian, do których doszło w ostatnich latach za sprawą orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), a także tendencji związanych ze zmianami zachodzącymi w otoczeniu międzynarodowym. Podjęta zostanie też próba sformułowania krótkiej prognozy, co do dalszych kierunków rozwoju prawa w omawianej dziedzinie. Niemniej ze względu na odrębność arbitrażu handlowego poniższe rozważania nie obejmują problematyki kolizyjnoprawnej w tymże arbitrażu, która choć doczekała się szeregu opracowań⁵, również pozostaje przedmiotem licznych kontrowersji⁶.

II. KOLIZJE PRAW I PROBLEM PRAWA WŁAŚCIWEGO

Problematyka różnych relacji, w jakich mogą pozostawać normy prawa, w tym ich kolizji, a także zagadnienie systemu koordynacji rozstrzygania tychże kolizji od dawna stanowią wyzwanie dla teorii i praktyki prawa⁷. Zja-

³ Leszczyński (2015): 105.

⁴ Leszczyński (2015): 105.

⁵ Zamiast wielu Poczobut (2015): 174–247.

⁶ Zob. na ten temat z punktu widzenia prawa europejskiego Heiderhoff (2017): 907–921.

⁷ Zjawisko współlistnienia obok siebie różnych systemów prawnych w ramach jednego porządku prawnego strukturze warstwowej występowało w cywilizacji zachodniej już w prawie rzymskim, por. Giaro (2009): 57–60.

wisko to w ostatnich dziesięcioleciach nasiliło się w Europie (także w Polsce) za sprawą procesów integracji europejskiej⁸. Ostateczne ukształtowanie się w ostatnich stuleciach współczesnej postaci państw narodowych stworzyło dla nauki prawa, szczególnie w XIX i XX w., istotne wyzwanie sprowadzające się do określenia wzajemnych relacji poszczególnych porządków prawnych, zwłaszcza w dziedzinie prawa prywatnego, co zaowocowało powstaniem w tym okresie wielu krajowych kodyfikacji norm kolizyjnych tworzących prawo prywatne międzynarodowe.

Styk prawa prywatnego i publicznego przedstawia się niezmiernie interesująco, również patrząc z kolizyjnoprawnego punktu widzenia⁹. Niemniej jednak można w literaturze spotkać pogląd całkowicie negujący w prawie kolizyjnym sensowność podziału na prawo prywatne i prawo publiczne i zgodnie z którym prawo kolizyjne znajduje zastosowanie także w przypadku konfliktów norm prawa publicznego¹⁰.

Przekładając podział na prawo publiczne i prywatne na płaszczyznę kolizyjnoprawną¹¹, pozostaje skonstatować, że w polskim systemie prawnym dziedziną, która się ostatecznie wykształciła, również za sprawą ustawodawcy, pozostaje prawo prywatne międzynarodowe. Prawo to w swojej kolizyjnej części i tradycyjnym kształcie obejmuje ogół norm rozgraniczających – w stosunkach z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy – sfery działania systemów prawnych różnych państw przez określenie, które z nich należy stosować¹². Owo prawo, którego poszukiwanie i ustalenie następuje na podstawie norm prawa prywatnego międzynarodowego, określa się mianem „prawa właściwego” lub prawa „wskazanego”, z kolei prawo właściwe dla określonego zakresu – mianem „statutu”¹³. W języku angielskim, polskiemu sformułowaniu „prawo właściwe” odpowiadają określenia *applicable law*¹⁴ lub *governing law*¹⁵, w języku niemieckim zaś używa się określeń *anzuwendendes Recht* lub *anwendbares Recht*¹⁶.

Prawo prywatne międzynarodowe jest dziedziną w zasadzie odrębną od prawa publicznego międzynarodowego, choć pośród szeroko pojętego prawa prywatnego międzynarodowego można napotkać regulacje o charakterze publicznoprawnym, zwłaszcza w prawie obcych¹⁷. Normy tegoż prawa zawarte

⁸ Por. Łętowska (2005): 1133–1138.

⁹ Szerzej Popiołek (2016): 33–58.

¹⁰ Dodge (2008): 371–394. Zob. zwłaszcza 373 n., chociaż argumentacja w tym zakresie dotyczy w pierwszej kolejności intencji ustawodawcy do ustanowienia norm ekstraterytorialnych, co raczej należy klasyfikować w kategorii „przepisów wymuszających swoje zastosowanie”.

¹¹ Posługuję się tu pojęciami prawa publicznego i prywatnego oraz ich „klasycznym” odgraniczeniem także na płaszczyźnie prawa kolizyjnego w rozumieniu, jakie prezentuje Poczobut (2012): 415–416; (2013): 258, 259.

¹² Pazdan (2017): 24.

¹³ Por. Pazdan (2017): 24, 67.

¹⁴ Por. Bonifatemi (2018): 485.

¹⁵ Schmalenbach (2018: 37, 38) zwraca uwagę na różnicę pomiędzy pojęciem *proper law*, którym operuje prawo prywatne międzynarodowe, a *governing law*, które – zdaniem autorki – należy odnieść do sytuacji podlegania umowy prawa publicznego międzynarodowemu temuż prawu.

¹⁶ Por. Patocchi (2006): 775 n.

¹⁷ Pazdan (2018): 32.

zostały nie tylko w prawie merytorycznym poszczególnych państw, lecz także w konwencjach międzynarodowych¹⁸. Do prawa obcych należą między innymi różne regulacje administracyjnoprawne dotyczące zasad i ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców cudzoziemców, nabywania przez nich nieruchomości oraz inne temu podobne unormowania.

W prawie administracyjnym, podobnie jak w całym prawie publicznym, w odróżnieniu od prawa cywilnego historycznym punktem wyjścia rozważań kolizyjnoprawnych jest zasada terytorializmu¹⁹. Warto w tym miejscu wspomnieć o tym, że w nauce prawa, pomimo podejmowanych od dawna wysiłków mających na celu ustalenie podobnych norm kolizyjnych tworzących międzynarodowe prawo administracyjne²⁰, nie osiągnięto w zakresie aktów prawa krajowego rezultatów przybierających postać krajowych kodyfikacji kolizyjnych na wzór tych z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego, które udało się wypracować w Europie począwszy od końca XIX w. Z kolei w literaturze prawa prywatnego międzynarodowego, opisując sąsiadującą z nią dziedzinę międzynarodowego prawa administracyjnego, wskazywano, że w odróżnieniu do prawa prywatnego, z pewnymi wyjątkami wynikającymi z umów międzynarodowych i prawa europejskiego, posługuje się ona prawie wyłącznie normami kolizyjnymi o charakterze jednostronnym, wskazującym wyłącznie na właściwość własnego systemu prawnego (np. dotyczącymi nostryfikacji obcych dyplomów lub stopni naukowych czy też nadawania obywatelstwa)²¹. We współczesnej dyskusji dotyczącej pojęcia i roli międzynarodowego prawa administracyjnego wskazuje się na złożoność relacji i przenikania się prawa prywatnego z prawem publicznym w warunkach procesów umiędzynarodowienia prawa, co skłania do poszukiwania bardziej interdyscyplinarnych metod i spojrzenia na kształtowanie się tej dziedziny²².

Równoległe ze wspomnianymi procesami kodyfikacyjnymi w obrębie prawa prywatnego międzynarodowego pojawiły się w nauce prawa dążenia do stworzenia podwalin modelu określenia relacji pomiędzy prawem międzynarodowym publicznym a krajowymi systemami prawnymi. Jeden z wcześniejszych impulsów do tych poszukiwań stanowiły zapewne liczne katastrofy wojenne ostatnich stuleci w Europie i na świecie, którym kres kładły zwykle dopiero złożone porozumienia międzynarodowe²³. Procesy te doprowadziły do szybkiego rozwoju prawa międzynarodowego publicznego pod postacią licznych umów międzynarodowych. Jeśli chodzi o wspomniany model rozstrzygania kolizji pomiędzy normami prawa międzynarodowego i prawa krajowego, to szczególną

¹⁸ Pazdan, (2018): 29 i 276; Żmij, (2013): 79 n.

¹⁹ Poczobut (2013): 259–262; Popiołek (2016): 34; Sznajder-Peroń (2018): 131.

²⁰ Za przykład może służyć monumentalne dzieło Neumeyer (1910–1936).

²¹ Por. np. Firsching, von Hoffmann (1995): 37.

²² Zob. Ruffert (2007): 395–419.

²³ Doskonałym przykładem tego typu porozumienia był tzw. pokój westfalski, zawarty 24 października 1648 r. między Świętym Cesarstwem Rzymskim i Francją i jej sojusznikami w Monasterze (Münster) oraz między Habsburgami a Szwecją w Osnabrück, kończący wojnę trzydziestoletnią (1618–1648), z którym dość powszechnie kojarzy się finalizację procesu tworzenia się państw narodowych.

rolę w jego wypracowaniu odegrały poglądy Hansa Kelsena, który przedstawił całościową koncepcję tych relacji²⁴.

Celem dalszych wywodów nie jest jednak próba stworzenia czy całościowej oceny koncepcji międzynarodowego prawa administracyjnego, ale skupienie się na niewielkim fragmencie tej problematyki, to jest rozstrzygnięciu kolizji norm zachodzących w związku z funkcjonowaniem międzynarodowych umów o ochronie inwestycji. Jak wyżej wspomniano, punktem wyjścia z reguły jest odpowiednia wykładnia, która przez odpowiednią rekonstrukcję normy znajdującej zastosowanie w sprawie przeważnie prowadzi do uniknięcia pytania o normę kolizyjną (kolizje pozorne), nie zawsze jednak da się tego pytania uniknąć. Dla określenia właściwej perspektywy dalszych rozważań warto uświadomić sobie, że relacje, dla których przychodzi poszukiwać prawa właściwego, kształtują się pomiędzy inwestorem – będącym zazwyczaj i w pierwszej kolejności podmiotem prawa prywatnego – a suwerennym państwem²⁵.

Międzynarodowe umowy o ochronie inwestycji wprowadzają określone tam materialne gwarancje ochrony inwestorów²⁶. Istotne znaczenie ma przy tym ustalenie, jaki charakter prawny mają normy konwencyjne definiujące pojęcie inwestycji. Zdaniem Michała Pyki formułują one „reguły kolizyjne, odsyłające do stosowania prawa krajowego państwa przyjmującego inwestycję”²⁷. Zdaniem tego autora „odwołanie do prawa krajowego, zawarte w traktacie inwestycyjnym, rozgranicza systemy prawne państw, które mogłyby znajdować zastosowanie do oceny istnienia inwestycji”, a „reguły kolizyjne, zawarte w definicji inwestycji w traktacie odsyłają zatem nie tylko do norm merytorycznych prawa krajowego państwa przyjmującego, ale również do reguł kolizyjnych tego prawa”²⁸. Dalej w ocenie tegoż autora „[o]dwołanie do prawa krajowego, zawarte w definicji inwestycji w traktacie inwestycyjnym, przyjmuje postać reguły kolizyjnej drugiego stopnia. Reguła ta odsyła do stosowania reguł kolizyjnych pierwszego stopnia obowiązujących w państwie przyjmującym inwestycję”²⁹.

Wydaje się, że powyższy pogląd, jak i powołanie się na pogląd Wojciecha Popiołka dotyczący odesłania nie są trafne i wynikają z pewnego nieporozumienia związanego z omyłkowym utożsamieniem instytucji odesłania z instytucją wskazania prawa właściwego. Kolizyjnoprawne wskazanie bowiem zasadniczo obejmuje prawo właściwe jako system (wraz z zawartymi w nim normami kolizyjnymi), a zagadnienie odesłania powstaje dopiero wówczas, gdy norma kolizyjna prawa prywatnego międzynarodowego obowiązująca w państwie, w którym dokonywana jest ocena danego stosunku (norma kolizyjna prawa wskazanego), przewiduje w danym przypadku właściwość obcego prawa, gdyż uznaje za rozstrzygające inne powiązanie ocenianego stosunku

²⁴ Kelsen (2014): 449–481.

²⁵ Zob. na ten temat w całości Alvik (2011).

²⁶ Basener (2017): 70.

²⁷ Pyka (2018): 298 z powołaniem na Popiołek (2014): 353, przy czym należy zaznaczyć, że ten ostatni autor pisze w tym miejscu o instytucji odesłania w ogólności.

²⁸ Pyka (2018): 299, z podobnym powołaniem na Popiołek (2014): 356.

²⁹ Pyka (2018): 299.

z określonym obszarem prawnym niż powiązanie, którym kieruje się norma prawa wskazującego³⁰.

Także przy rozstrzyganiu sporów pomiędzy inwestorami a państwami (sporów inwestycyjnych) dochodzi do kolizji norm należących do różnych systemów prawnych, a ich rozstrzygnięcie w sensie instytucjonalnym ewoluowało na przestrzeni dziejów³¹. Owo rozstrzygnięcie dokonuje się współcześnie w znacznej mierze w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym i utożsamiane bywa z szerokim rozumieniem pojęcia arbitrażu inwestycyjnego, obejmującego każdą procedurę, z której może skorzystać inwestor dla dochodzenia swoich roszczeń na podstawie traktatu inwestycyjnego, w tym również procedury stworzone do rozstrzygania sporów handlowych³².

Pisząc o prawie właściwym, stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia sporu międzynarodowego, trzeba mieć na uwadze różne zakresy, dla których wskazanie prawa właściwego ma nastąpić. W tym znaczeniu można wyróżnić między innymi: prawo właściwe dla ustalenia kompetencji (jurysdykcji) sądu, prawo właściwe dla meritum (treści) sporu (*lex causae*)³³, prawo właściwe dla różnych kwestii szczególnych (wstępnych, incydentalnych, cząstkowych)³⁴, prawo właściwe dla umowy inwestycyjnej pomiędzy państwem a inwestorem (*state contract*)³⁵, prawo właściwe dla procedury arbitrażowej (*lex arbitrii*), prawo właściwe dla procedur postarbitrażowych³⁶.

Wspomniane na samym początku kolizje praw i norm prawnych zachodzą tu na kilku płaszczyznach³⁷. Pierwszą z nich jest płaszczyzna relacji norm krajowej konstytucji do norm prawa międzynarodowego i prawa europejskiego, drugą – wzajemne relacje norm prawa międzynarodowego publicznego, trzecią – relacje pomiędzy normami prawa międzynarodowego a normami prawa europejskiego, czwartą – relacje pomiędzy normami prawa międzynarodowego a normami prawa krajowego, piątą – relacje między normami prawa europejskiego a normami prawa krajowego, szóstą – relacje norm krajowych do norm obcych, siódmą – relacje norm krajowych. Punkt wyjścia, a zarazem kolejność i hierarchiczne ujęcie tych płaszczyzn i relacji – patrząc z czysto pragmatycznego punktu widzenia popartego prostym oglądem istniejącej praktyki – zależy od rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego, a mianowicie od ustalenia, który organ będzie posiadał kompetencję do rozstrzygania sprawy: sąd krajowy czy międzynarodowy sąd arbitrażowy³⁸.

³⁰ Pazdan (2017): 89. Podobnie Popiołek (2014): 353 i 354.

³¹ Na temat historii międzynarodowego prawa inwestycyjnego zob. Soranayah (2004): 18 n.

³² Por. Pyka (2018): 15 i 19 na temat pojęcia międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego, a na temat odróżnienia od arbitrażu handlowego 23–30.

³³ Weiniger (2017): 71, który wyróżnia: (1) prawo właściwe dla meritum (treści) sporu (*lex causae*), (2) prawo właściwe dla umowy arbitrażowej pomiędzy państwem a inwestorem, (3) prawo właściwe dla samej procedury arbitrażowej (*lex arbitrii*).

³⁴ Por. Pyka (2018): 287.

³⁵ Por. Horn (2004): 12–14.

³⁶ Por. Basener (2017): 177–190.

³⁷ Por. Tietje (2011): 5.

³⁸ Por. Basener (2017): 151 n., 199 n., odpowiednio dla umów o ochronie inwestycji wewnątrz- i zewnątrzunijnych.

Międzynarodowe prawo inwestycyjne³⁹, stanowiące wyodrębniony fragment międzynarodowego prawa publicznego⁴⁰ począwszy od drugiej połowy XX w. przeżywało niezmiernie intensywny rozwój, który do niedawna mierzyć można było przede wszystkim liczbą dwustronnych umów o ochronie inwestycji (tzw. BIT-ów, *Bilateral Investment Treaties*), choć przybywało także umów wielostronnych, takich jak na przykład konwencja waszyngtońska (ICSID)⁴¹ czy Traktat Karty Energetycznej⁴². Umowy te niewątpliwie towarzyszyły procesom globalizacyjnym światowej gospodarki i je wspierały. W ostatnich latach następują jednak zmiany związane głównie z tendencjami do ponownego wzmacniania państw i ich lokalnych interesów ekonomicznych, a dotychczasowy model rozstrzygania sporów inwestycyjnych od dłuższego czasu jest krytykowany⁴³. Na to ostatnie nałożyło się jeszcze inne zjawisko – w pewnym sensie podobne do tego ostatniego, choć występujące w nieco innej skali, a dotyczące wzmocnienia i podkreślenia autonomii europejskiego systemu prawnego: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, powołując się na tożsamość i autonomię unijnego porządku prawnego, mocno podkreślił swoje kompetencje w omawianym zakresie. Wyrok TSUE z 6 marca 2018 r. w sprawie *Achmea*⁴⁴ stanowił kamień milowy europejskiego orzecznictwa, stając się bezpośrednią przyczyną likwidacji całego systemu sądownictwa polubownego rozstrzygającego spory z zakresu wewnątrzunijnych umów o ochronie inwestycji⁴⁵. Nadto stanowił jasny sygnał do wzmocnienia⁴⁶, a w przyszłości – być może – także reformy sądów powszechnych państw członkowskich, określanych w nim jako „sądy unijne”.

Rozstrzygnięcie międzynarodowych sporów inwestycyjnych przez sądy krajowe przewidziano wprost w porozumieniu o wygaśnięciu dwustronnych traktatów inwestycyjnych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, sporządzonym w Brukseli 5 maja 2020 r.⁴⁷ Treść porozumienia prowadzi do

³⁹ Na temat pojęcia międzynarodowego prawa inwestycyjnego i jego relacji do międzynarodowego prawa publicznego w polskiej literaturze zob. Jeżewski (2019): 2–3.

⁴⁰ Por. Hölken (2017): 24. Na temat *self-contained regime*: Simma, Pulkowski (2006): 483–529. Zob. także Koskeneemi (2006): 159–164; por. także Klein (2006).

⁴¹ The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>

⁴² Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska sporządzone w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r., Dz. U. 2003, Nr 105, poz. 985.

⁴³ Zob. Sołtysiński (2011): 1854 n.

⁴⁴ Wyrok TSUE z 6 marca 2018 r., C-284/16, *Slovakische Republik przeciwko Achmea BV*, EU:C:2018:158. Szerzej Żmij (2019): 535 n.

⁴⁵ Na temat konsekwencji dla Polski zob. Bosek (2022): 65–74.

⁴⁶ Por. zwłaszcza wyrok TSUE (wielka izba) z 26 października 2021 r. w sprawie C-109/20, *Rzeczpospolita Polska przeciwko PL Holdings Sàrl*, ECLI: ECLI:EU:C:2021:875.

⁴⁷ Porozumienie o wygaśnięciu Dwustronnych Traktatów Inwestycyjnych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 2020.169.1 (dalej jako: porozumienie). Por. też wyrok TSUE (wielka izba) z 26 października 2021 r. w sprawie C-109/20, *Rzeczpospolita Polska przeciwko PL Holdings Sàrl*: pkt 68, gdzie stwierdzono, że ochrona praw podmiotowych, jakie określony tam podmiot wywodzi z prawa Unii, powinna być zapewniona w ramach systemu sądowniczego państw członkowskich – w tym wypadku polskiego systemu sądowniczego. W związku

wniosku, że celem regulacji w nim zawartej jest, po pierwsze, zapobieżenie sytuacji, w której wszczynane byłyby lub toczyły się równoległe z postępowaniami przed sądami krajowymi postępowania arbitrażowe na podstawie dotychczasowych umów inwestycyjnych lub postępowania koncyliacyjne na podstawie samego porozumienia (art. 10 ust. 1 lit. a i c oraz ust. 2 porozumienia) oraz zapobieżenie podwójnemu odszkodowaniu (art. 10 ust. 5 porozumienia). Z punktu widzenia tematu niniejszego opracowania uwagę zwraca jednak treść kolizyjnych reguł zawartych w ust. 3 i ust. 4 omawianego artykułu. Norma art. 10 ust. 1 lit. b oraz ust. 3 porozumienia jasno wskazują, że kompetencja sądu krajowego ograniczona została celem dochodzenia roszczenia na podstawie prawa krajowego lub prawa Unii, a postanowień umów inwestycyjnych wygasłych na mocy porozumienia nie uznaje się za część prawa mającego zastosowanie w postępowaniach przed sądem krajowym. Druga z kolizyjnych reguł interpretacyjnych, wynikająca z art. 10 ust. 4 porozumienia, wskazuje, że kompetencja sądu krajowego nie obejmuje również przyjmowania czy też kreowania na podstawie tegoż artykułu środków prawnych, które nie byłyby dostępne dla inwestora na mocy mającego zastosowanie prawa krajowego.

Z sytuacją opisaną w art. 10 porozumienia będziemy zatem mieli do czynienia wtedy, gdy to sąd krajowy będzie rozstrzygał międzynarodowy spór inwestycyjny, dla którego zarówno procesową, jak i materialnoprawną podstawę rozstrzygnięcia bezpośrednio (jednak w związku ze wspomnianym art. 10 porozumienia) stanowiąc będą normy prawa krajowego i unijnego. Kompetencję sądów lub innych organów krajowych do orzekania w przedmiocie ochrony inwestycji przewiduje też szereg dwustronnych umów o ochronie inwestycji, których stroną pozostaje nadal Rzeczpospolita Polska⁴⁸.

Zagadnienie prawa właściwego dla ochrony inwestycji należy do kwestii złożonych, na które niełatwo jest udzielić prostej odpowiedzi. Tradycyjnie punktem wyjścia dla sądu państwowego może być prawo państwa goszczącego (przyjmującego) ze swoimi postanowieniami o charakterze prawa obcych⁴⁹. Jak trafnie zauważa się w doktrynie, to ostatnie podlega suwerennej władzy państwa goszczącego (przyjmującego), przy czym prawnomiędzynarodowe – w tym unijne – składniki prawne są takim przypadku nie mniej ważne, a nawet przypisywana im jest rola nadrzędna⁵⁰. To ostatnie stwierdzenie powinno

z tym przy założeniu, że doszłoby do stwierdzenia luki w ochronie owych praw, luka ta powinna zostać wypełniona w ramach tego systemu, w razie potrzeby we współpracy z Trybunałem w ramach jego kompetencji.

⁴⁸ Por. np. art. 7 ust. 2 umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej i Rządem Republiki Tunezyjskiej w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzonej w Tunisie dnia 29 marca 1993 r. (Dz. U. 1994, Nr 8, poz. 28), zgodnie z którym spór pomiędzy państwem a inwestorem, w razie braku osiągnięcia rezultatu w drodze konsultacji pomiędzy stronami sporu, w drugiej kolejności może być przedłożony do rozstrzygnięcia w drodze postępowania administracyjnego lub sądowego właściwego w państwie goszczącym (przyjmującym), na którego terytorium znajduje się inwestycja.

⁴⁹ Reinisch (2015): 400–401. Por. jednak Birkner (2016): 454, z powołaniem na Reinischa pisze o zwyczajowym prawie publicznym międzynarodowym. Trudno jednak zaprzeczyć roli, jaką odgrywają w praktyce krajowe ustawowe regulacje prawa obcych.

⁵⁰ Dolzer, Tietje, Wackernagel (2017): 1185.

jednak podlegać dodatkowemu rozróżnieniu, ponieważ w tym zakresie rodzą się kwestie dotyczące prawnomiędzynarodowych kompetencji Unii Europejskiej oraz konstytucyjnej rangi przepisów prawa międzynarodowego w świetle regulacji konstytucyjnych państwa goszczącego (przyjmującego)⁵¹.

Przepisy prawa krajowego odgrywają rolę przy ocenie między innymi: istnienia i legalności inwestycji⁵², pochodzenia osoby lub spółki, istnienia roszczeń kontraktowych, ważności kontraktu, określenia zakresu inwestycji chronionej, ustalenia istnienia prawa własności (w kontekście oceny, czy doszło do wywłaszczenia)⁵³. Gros tych przepisów to przepisy prawa administracyjnego stosowane przez krajowe organy regulacyjne i sądy. Kwestie prawa właściwego mogą się także pojawić, gdy sąd arbitrażowy rozpoznający międzynarodowy spór inwestycyjny rozważa ustalenia dokonane przez krajowe sądy, trybunały czy krajowe organy regulacyjne w kwestii statusu inwestycji w krajowych systemach prawnych; osobnym zagadnieniem jest związanie arbitrażu prawnomocnymi decyzją lub orzeczeniem krajowym⁵⁴.

Normy kolizyjne w omawianym obszarze mogą być rekonstruowane na podstawie przepisów: Konstytucji RP (np. art. 91 ust. 2 i ust. 3⁵⁵), umów międzynarodowych, a także prawa europejskiego (np. art. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [TFUE]⁵⁶) oraz prawa krajowego (np. art. 6 ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe⁵⁷ [p.p.m. 2011])⁵⁸.

W przypadku państwa członkowskiego Unii Europejskiej do tego wszystkiego dodać należy stwierdzenie, że znaczna część istotnych regulacji administracyjnoprawnych, potencjalnie dotyczących inwestycji, to przepisy prawa unijnego. Przykładowe unormowania prawa europejskiego miarodajne w sprawie inwestycji mogą dotyczyć na przykład: podstawowych swobód traktatowych i ich ograniczeń, pomocy publicznej, konkurencji, ochrony środowiska, zamówień publicznych, bankowości, energetyki itp⁵⁹. W tym zakresie mogą pojawić się konflikty norm na linii prawo europejskie – prawo międzynarodowe (umowa o ochronie inwestycji). W doktrynie rozważana jest możliwość rozstrzygania tego typu konfliktów zgodnie z normami kolizyjnymi rekonstruowanymi na podstawie przepisów Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r. sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r.⁶⁰ (m.in. art. 27, art. 30, art. 31 czy art. 59 Konwencji) oraz norm kolizyjnych wynikających

⁵¹ Żmij (2019): 550–552.

⁵² Douglas (2003): 211; Pyka (2018): 283–302.

⁵³ Weiniger (2017): 73.

⁵⁴ Weiniger (2017): 73, 74.

⁵⁵ Por. uchwała SN z 8 stycznia 2020 r., I NOZP 3/19; wyrok SN z 2 czerwca 2020 r., I NO 192/19.

⁵⁶ Dz. U. 2004, Nr 90, poz. 864/2 ze zm.

⁵⁷ T.j. Dz. U. 2023, poz. 503.

⁵⁸ Por. Sznajder-Peroń (2014): 534 i 535; (2018): 132–134; Popiołek (2016): 53–58; Poczobut (2017): 198–202.

⁵⁹ Zob. szerzej na ten temat Basener (2017): 156–170.

⁶⁰ Vienna Convention on the law of treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969, *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1155, s. 331, opublikowana w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. 1990, Nr 74, poz. 439, dalej jako: Konwencja).

z samych traktatów europejskich, przy czym rozróżnia się w tym zakresie umowy o ochronie inwestycji „wewnętrzne”⁶¹ i „zewnętrzne” (zawierane z państwami trzecimi)⁶².

O ile przy rozpatrywaniu sporów inwestycyjnych przez międzynarodowe sądy arbitrażowe podstawową rolę odgrywa zasada autonomia woli stron⁶³, zgodnie z którą arbitrzy powinni w pierwszej kolejności dociec, czy strony wybrały prawo będące podstawą rozstrzygnięcia sporu pomiędzy nimi⁶⁴, o tyle w przypadku rozstrzygnięcia sporu inwestycyjnego przez sąd krajowy wydaje się wątpliwe, czy strony mogłyby wybrać jako prawo właściwe (podstawę rozstrzygnięcia takiego sądu) obce prawo publiczne. Czym innym jednak byłoby dojdzie tego prawa do głosu na podstawie art. 6 p.p.m. 2011, zgodnie z którym prawo właściwe stosowane na podstawie przepisów ustawy niniejszej obejmuje także przepisy prawa publicznego, które według tego prawa znajdują zastosowanie do danego stosunku prawnego. Wydaje się, że do podobnej sytuacji może dojść w przypadku zastosowania przez sąd art. 12 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁶⁵, stanowiącego, że w odniesieniu do środków, które wierzyciel może podjąć w przypadku nienależytego wykonania, bierze się pod uwagę prawo państwa, w którym następuje wykonanie. Jest to możliwość raczej pozorna, ponieważ sprawa o odszkodowanie pomiędzy inwestorem a państwem jest sprawą z natury dotyczącą czynu niedozwolonego, wynikającego z naruszenia określonego standardu traktowania inwestora określonego prawem, więc raczej tylko w razie sporu na tle indywidualnej umowy inwestycyjnej (*state contract*) mogłoby dojść do głosu prawo miejsca wykonania wskazane przez wspomnianą normę. Nadto należy wziąć pod uwagę to, że wykonanie ewentualnych zobowiązań przez strony najczęściej następuje w warunkach i otoczeniu prawa państwa goszczącego (przyjmującego), a spór rozstrzygany jest również w ramach jego jurysdykcji.

III. STOSOWANIE A UWZGLĘDNIANIE PRAWA WŁAŚCIWEGO W MIĘDZYNARODOWYCH SPORACH INWESTYCYJNYCH PRZEZ SĄDY ARBITRAŻOWE I SĄDY PAŃSTWOWE

Kwestia prawa właściwego w przypadku stosowania prawa przez międzynarodowy sąd arbitrażowy jest bardziej złożona niż w przypadku sądu państwowego⁶⁶. Znaczenie *lex fori*, a w szczególności *lex loci arbitrii*, jak również

⁶¹ Basener (2017): 191 n.

⁶² Basener (2017): 335 n.

⁶³ Por. w odniesieniu do arbitrażu handlowego Poczobut (2015): 237.

⁶⁴ Bonifatemi (2018: 485). Por. jednak odmiennie TSUE o arbitrażu inwestycyjnym w wyroku w sprawie *Achmea*: pkt 54 i 55.

⁶⁵ Dz. Urz. UE L 2008, nr 177, s. 6 ze zm.

⁶⁶ Por. Kreindler (2004): 401–424.

stosowanie reguł prawa prywatnego międzynarodowego (kolizyjnego) w przypadku arbitrażu handlowego jest przedmiotem dyskusji w doktrynie⁶⁷. Jeszcze bardziej komplikuje się wspomniana kwestia w przypadku międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego⁶⁸. W literaturze wyrażany jest niekiedy pogląd, że w przypadku sądu polubownego w arbitrażu inwestycyjnym, zwłaszcza w przypadku ICSID, swoistą *lex fori* stanowi prawo międzynarodowe publiczne. Sądy takie stoją poza krajowym porządkiem prawnym i stosują prawo krajowe jako prawo obce⁶⁹. Ze zrozumiałych względów sąd krajowy (państwowy) nie może w taki sam sposób podejść do zagadnienia *lex fori*, ponieważ natrafi od razu na wyżej wskazane dylematy natury konstytucyjnej o pierwszorzędnym znaczeniu⁷⁰.

W literaturze zwraca się uwagę na pewne korzyści mogące wynikać dla inwestora ze skorzystania z procedur państwowych obok procedur arbitrażowych⁷¹. W zestawieniu z międzynarodowym arbitrażem inwestycyjnym, którego rola – zgodnie z utrwalonym poglądem, weryfikowanym pod wpływem międzynarodowego orzecznictwa⁷² – generalnie polega na określeniu odpowiedzialności państwa i zasądzeniu odszkodowania z tytułu naruszenia międzynarodowej umowy inwestycyjnej, sąd krajowy dysponuje szerszą gamą możliwości stosowania środków prawnych realizujących pierwotną ochronę inwestora, podczas gdy międzynarodowemu arbitrażowi przypada zasadniczo wspomniana na początku ochrona wtórna (kompensacyjna)⁷³. Nie należy jednak tracić z pola widzenia tego, że kwestią główną w przypadku międzynarodowego sporu inwestycyjnego jest międzynarodowa odpowiedzialność państwa⁷⁴. W takim przypadku postanowienia merytoryczne traktatu tworzą standardy ochrony, pod kątem których postępowanie stron jest oceniane przez sąd arbitrażowy, podczas gdy reguły prawa międzynarodowego w każdym przypadku tworzą „prawo właściwe” dla ustalenia powstania, zakresu, modyfikacji, wyłączenia, interpretacji i działania takich postanowień (np. dotyczących odpowiedzialności państwa, które prowadzą do ustalenia, czy międzynarodowe zobowiązanie zostało naruszone, i nadają takiemu naruszeniu specyficzne skutki lub ustalają okoliczności egzoneracyjne, lub ustalają reguły interpretacji traktatu, gdy charakter i zakres zobowiązań stron są sporne⁷⁵).

Należy w tym miejscu zauważyć, że szereg pozostających nadal w mocy umów o ochronie inwestycji zawartych pomiędzy RP a państwami spoza Unii

⁶⁷ Por. De Ly (2011): 5–16; Nazzini (2016): 681–703. Na temat *lex loci arbitrii* por. Zralek (2017): 61 n.

⁶⁸ Żmij (2019): 537; Bosek, Żmij (2020b): 16.

⁶⁹ Börnsen (2016): 21 n. i 273.

⁷⁰ Żmij (2019): 537; Bosek, Żmij (2020b): 16.

⁷¹ Tak Basener (2017): 107 i 108.

⁷² Zob. np.: *von Pezold przeciwko Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award (28.08.2015) [700], [723], https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf [dostęp: 18.03.2023]. Por. Hindenlang (2015): 68, 78.

⁷³ Tak Basener (2017): 107 i 108 z powołaniem poglądów za i przeciw z literatury i orzecznictwa. Co do najnowszych tendencji traktatowych por. niżej art. 8.31 ust. 2 CETA.

⁷⁴ Por. Bonifatemi (2018): 500.

⁷⁵ Bonifatemi (2018): 499.

Europejskiej zawiera postanowienia dotyczące prawa właściwego. Kwestię prawa właściwego uregulowano także w wielostronnych porozumieniach, na przykład w art. 26 ust. 6 Traktatu Karty Energetycznej (TKE)⁷⁶, art. 42 Konwencji o rozstrzygnięciu sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami i obywatelami innych państw z 1965 r. (ICSID)⁷⁷ czy art. 8.31 Kompleksowej umowy gospodarczo-handlowej między Kanadą, z jednej strony, a Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z drugiej strony, podpisanej w Brukseli w dniu 30 października 2016 r. (CETA)⁷⁸.

Warto zatrzymać się na chwilę nad tym ostatnim unormowaniem, ponieważ jest ono kompleksowe i dotyczy umowy nowszej generacji. Zgodnie z art. 8.31 ust. 1 CETA, wydając decyzję, trybunał [CETA] stosuje umowę zgodnie z wykładnią Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów oraz innymi przepisami i zasadami prawa międzynarodowego obowiązującego strony. Co również istotne, zgodnie z ust. 2. tegoż artykułu trybunał ten nie jest właściwy do określania (orzekania w przedmiocie) zgodności z prawem środka, który stanowi rzekomo naruszenie postanowień umowy na podstawie prawa krajowego strony. Dla większej pewności przy określaniu zgodności środka z postanowieniami umowy trybunał [CETA] może rozważać, w stosownych przypadkach, prawo krajowe strony jako element stanu faktycznego. Trybunał kieruje się przy tym aktualną wykładnią prawa krajowego dokonaną przez sądy lub organy tej strony, a interpretacja prawa krajowego przez Trybunał nie jest wiążąca dla sądów lub organów tej strony⁷⁹.

Na tym tle należy nawiązać do kolejnego istotnego zagadnienia, jakim jest pytanie, czy sądy państwowe lub polubowne, rozstrzygając sprawy o ochronę inwestycji, stosują, czy tylko „uwzględniają” prawo krajowe, a w przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej także prawo unijne – na co wskazuje treść opinii TSUE 1/17⁸⁰.

Kwestia samego sposobu stosowania prawa obcego przez sądy w ogólności⁸¹, a nadto rozróżnienia pomiędzy „stosowaniem” a „uwzględnianiem”⁸² przez sądy państwowe obcych przepisów prawa publicznego, w tym przepisów prawa administracyjnego, a także tak zwanych przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁸³, jest od dawna przedmiotem analizy i sporów w prawie prywatnym międzynarodowym. Warto w tym miejscu zauważyć, że pomimo utworzenia jednego unijnego systemu prawa prywatnego międzynarodowego, praktyka stosowania prawa obcego w różnych państwach europejskich jest dalece niejednolita i oscyluje pomiędzy pełnym i konsekwentnym stosowaniem a jedynie „uwzględnianiem” tego prawa jako „faktu”, którego ciężar udowod-

⁷⁶ Dz. Urz. UE L 1994 r., nr 380, s. 24 ze zm.

⁷⁷ <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> [dostęp: 12.06.2023].

⁷⁸ Dz. Urz. UE 2017, L 11: 23.

⁷⁹ Szerzej Bosek, *Żmij* (2020b): 16, 17.

⁸⁰ Opinia 1/17 (umowa CETA UE–Canada) z 30 kwietnia 2019 r., EU:C:2019:341. Obszerniej stanowisko w tej Bosek, *Żmij* (2020b): 11, 12; zob. także Bosek, *Żmij* (2020a): 254–256.

⁸¹ Zob. ogólnie na temat stosowania prawa obcego Ereciński (1981).

⁸² Por. Pazdan (2017): 111 i 112; Sznajder-Peroń (2014): 508 n.

⁸³ Por. *Żmij* (2003): 94 i 95.

nienia spoczywa na stronie lub stronach⁸⁴. Ta ostatnia możliwość wiąże się jednak z dużą dowolnością i brakiem pewności prawa, co zasadniczo narusza podstawową dla wszystkich systemów prawnych zasadę legalizmu⁸⁵.

Przeciwko koncepcji „uwzględniania” prawa krajowego jako faktu przemawia obszerna i dominująca w doktrynie krytyka tego rozwiązania jako nieodpowiadającego współczesnej praktyce rozstrzygania sporów inwestycyjnych⁸⁶. Podobnie ma się rzecz ze stosowaniem prawa unijnego przez trybunały CETA. Pogląd sformułowany w opinii 1/17, zgodnie z którym trybunały CETA nie dokonują wykładni i nie stosują prawa Unii, nie rozwiewa szeregu wątpliwości, w szczególności nie rozwiązuje problemu napięć, jakie mogą wynikać z lojalnego wykonywania przez państwa członkowskie prawa Unii kwalifikowanego jednocześnie przez trybunały CETA jako wadliwe i uzasadniające odszkodowania⁸⁷.

Pewną zaletą koncepcji „uwzględniania” prawa krajowego może wydawać się potencjalna eliminacja problemu kolizji norm: skoro nie ma stosowania prawa, nie ma również kwestii kolizji norm, a całe zagadnienie sprowadza się do odpowiedniej wykładni przepisów umowy międzynarodowej. Jest to jednak pewien pozór, który w praktyce może tylko prowadzić do wątpliwej przewidywalności i transparentności rozstrzygnięć na niej opartych, zaburzając jego systemowy charakter. W mojej ocenie koncepcja „uwzględniania” przepisów prawa obcego jest szczególnie nietrafna w przypadku rozstrzygania sporu inwestycyjnego przez sąd państwowy, prowadzi bowiem (ze względu na niejasny charakter owego „uwzględniania” w zestawieniu z utrwalonym znaczeniem pojęcia stosowania prawa) do znacznego utrudnienia kontroli instancyjnej, a tym samym do poważnych zastrzeżeń natury konstytucyjnej, związanych z naruszeniem zasady legalizmu⁸⁸. Także w przypadku rozstrzygnięcia sądu arbitrażowego utrudnia jego kontrolę w ramach postępowań postarbitrażowych.

W przypadku orzekania w sprawach o ochronę inwestycji przez sąd państwowy (najczęściej sąd państwa goszczącego) zagadnienie stosowania własnych (obowiązujących w siedzibie sądu) przepisów prawa publicznego, w tym prawa administracyjnego, w praktyce wydaje się dość oczywiste. Jeżeli podstawę powództwa stanowi roszczenie z tytułu odpowiedzialności Skarbu Państwa za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej i w sprawie orzekać będzie sąd polski, wówczas kolizyjnoprawną podstawę rozstrzygnięcia stanowi art. 35 p.p.m. 2011, zgodnie z którym odpowiedzialność cywilna za działania i zaniechania organów wykonujących w danym państwie władzę publiczną podlega prawu tego państwa – w tym przypadku prawu Rzeczypospolitej Polskiej⁸⁹. Dalsze „pionowe” kolizje (w obrębie polskiego systemu prawa, który został wskazany) rozstrzygać należy zgodnie z konstytucyjną hierarchią

⁸⁴ Szerzej na ten temat por. Esplugues (2011): 3 n.

⁸⁵ Bosek, Żmij (2020b): 11.

⁸⁶ Zamiast wielu Börsen (2016): 38 n.; w polskiej literaturze Pyka (2018): 283.

⁸⁷ Bosek, Żmij (2020b): 11.

⁸⁸ Bosek, Żmij (2020b): 11, przyp. 72.

⁸⁹ Należy jednak pamiętać, że przepis ten statuuje normę o charakterze dwustronnym i rozstrzyga o odpowiedzialności za działania i zaniechania organów polskich, o ile na przeszkodzie nie stanie immunitet jurysdykcyjny państwa, także obcego. Tak Pacuła (2018): 341.

źródeł prawa (wyznaczoną przez art. 8, art. 9, art. 87, art. 91 Konstytucji RP). Wątpliwość powstanie natomiast wówczas, gdy prawem właściwym będzie prawo obce – inne niż to, które obowiązuje w siedzibie sądu.

Normatywną, kolizyjnoprawną podstawę do stosowania w sprawach cywilnych obcych przepisów prawa publicznego w Polsce wprowadził wspomniany już art. 6 ust. 1. p.p.m 2011⁹⁰. W przypadku stosowania obcego prawa publicznego wyrażony został trafny pogląd, że sąd państwa forum nie może jednak przejmować na siebie kompetencji procesowych i sprawować władztwa publicznoprawnego państwa, którego prawo jest właściwe, a w konsekwencji na przykład nakładać na ich podstawie kar administracyjnych czy nakazów, a jedynie orzekać o skutkach prawnych zastosowania przepisów publiczno-prawnych⁹¹. Ostatecznie w każdym przypadku konieczna staje się między innymi ocena aspektów kompetencyjnych i proceduralnych w celu ustalenia, czy sąd może rozstrzygać, w ramach swojej kompetencji, o roszczeniu wywodzonym z normy prawa publicznego⁹².

Wydaje się, że stosowanie obcych norm prawa publicznego, w tym obcych norm prawa administracyjnego, choć z natury pozostaje „stosowaniem” prawa i w tym sensie w prosty sposób poddaje się w przypadku sądów powszechnych kontroli instancyjnej, w niektórych przypadkach przypominając może często przewidziany przez ustawodawcę zabieg „odpowiedniego stosowania” przepisów prawa, co nie wyłącza odpowiednich modyfikacji podyktowanych charakterem sprawy z zakresu międzynarodowej ochrony inwestycji, a także związanych z ramami norm kompetencyjnych, w tym procesowych, w ramach których jest ona rozstrzygana.

Niewykluczone jest też zastosowanie klauzuli porządku publicznego, jeżeli skutki zastosowania obcego prawa administracyjnego byłyby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 7 p.p.m. 2011)⁹³. Stosowanie prawa właściwego, w tym przepisów obcego prawa administracyjnego, może wówczas napotykać na granice wyznaczone przez porządek publiczny *fori*, w związku z realizacją wspólnie pojmowanej suwerenności państwa, co zwłaszcza w niespokojnych czasach, jakich doświadczamy, może być związane z zapewnieniem bezpieczeństwa państwa i społeczeństwa, na przykład koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego⁹⁴, pojmowanego także szerzej: z perspektywy zasady solidarności energetycznej – w skali europejskiej⁹⁵.

⁹⁰ Por. Poczobut (2013): 271 n., który na tle tego przepisu opowiada się za jedynie uwzględnianiem norm obcego prawa publicznego.

⁹¹ Popiołek (2016): 57. Tak też Sznajder-Peroń (2018): 134. Analizując przykłady podane przez Popiołka, warto zauważyć, że chodzi raczej nie o stosowanie wprost przepisów prawa publicznego, a o określenie przez sąd skutków ich zastosowania na płaszczyźnie prawa prywatnego.

⁹² Popiołek (2016): 58, z przykładowym powołaniem na wypowiedzi A. Dutty i J. Basedowa z literatury niemieckiej.

⁹³ Por. Wojewoda (2007): 226; Popiołek (2016): 57; Sznajder-Peroń (2018): 134.

⁹⁴ Na temat bezpieczeństwa energetycznego zob. Elżanowski (2008); Nowacki (2010).

⁹⁵ Por. wyrok Trybunału (wielka izba) z 15 lipca 2021 r. – *Republika Federalna Niemiec / Rzeczpospolita Polska, Komisja Europejska, Republika Łotewska, Republika Litewska*, C-848/19, Dz. Urz. C 349 z 30 sierpnia 2021 r.: 7.

IV. KONKLUZJA

Na skutek rozwoju prawa europejskiego w ostatnich latach wyraźnie zarysowana została tendencja do poddania inwestycyjnych sporów wewnątrzunijnych rozstrzygnięciu sądów krajowych (europejskich) kosztem arbitrażu. W mocy pozostaje nadal jednak szereg umów o ochronie inwestycji zawartych z państwami trzecimi (spoza Unii Europejskiej). Można prognozować, że w bliskiej lub nieco dalszej perspektywie dojdzie jednak również do ich rozwiązania i zastąpienia w części nowymi umowami, także o charakterze mieszanym.

Konkludując, należy wskazać, że zarówno sądy krajowe, jak i arbitraż międzynarodowy orzekające w międzynarodowych sporach inwestycyjnych, stosując prawo właściwe, mogą czynić to, sięgając zarówno do norm krajowych, jak i obcych, których istotną część stanowią przepisy prawa administracyjnego. Sposób stosowania tych przepisów jest odmienny, tak jak różnią się natury sądownictwa państwowego i polubownego. Należy wszakże pamiętać, że z jednej strony część wyroków arbitrażowych trafia w ramach postępowań postarbitrażowych do kontroli sprawowanej przez sądy państwowe (unijne). Pomimo ograniczonych ram tejże kontroli, sądy arbitrażowe powinny dążyć do zapewnienia prawidłowości i zgodności wyroku z porządkiem prawnym *fori*, a okoliczność ta zbliża nieco pozycję sądu arbitrażowego do sądu państwowego. Z drugiej strony należy jednak pamiętać o wynikającej z orzecznictwa TSUE niedopuszczalności rozstrzygnięcia w drodze arbitrażu wewnątrzunijnych sporów inwestycyjnych, które stanowią domenę sądów państwowych (unijnych).

Kolizje praw i norm prawnych w sporach dotyczących inwestycji zachodzą na kilku płaszczyznach. Normy kolizyjne w omawianym obszarze mogą być rekonstruowane na podstawie przepisów: Konstytucji RP, umów międzynarodowych, a także z prawa europejskiego oraz prawa krajowego (np. art. 6 ust. 1 p.p.m. 2011). Wobec sprzecznych koncepcji dotyczących stosowania albo uwzględniania prawa właściwego, w tym przepisów prawa administracyjnego, w sytuacji gdy zagadnienia nie rozstrzyga sam prawodawca (jak w przypadku CETA), należy opowiedzieć się zdecydowanie za ich stosowaniem, co podyktowane jest względami natury konstytucyjnej.

W końcu należy wspomnieć o samej idei i toczących się od jakiegoś czasu z udziałem Unii Europejskiej dyskusjach oraz próbach utworzenia wielostronnego międzynarodowego systemu rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych⁹⁶, opartego na stałym trybunale, którego regulacja mogłaby potencjalnie objąć również kwestie związane z podstawą (poza procesową, także materialnoprawną i kolizyjnoprawną) rozstrzygnięć samego Trybunału, choć na razie wydaje się, że w obecnej sytuacji na świecie pełnej napięć i konfliktów szanse na jej realizację są znacznie utrudnione.

⁹⁶ Zob. https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en

Bibliografia

- Alvik, I. (2011). *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. Oxford–Portland.
- Basener, N. (2017). *Investment Protection in the European Union: Considering EU Law in Investment Arbitrations Arising from Intra-EU and Extra-EU Bilateral Investment Agreements*. Baden-Baden.
- Birkner, S. (2016). *Freihandel und internationales Investitionsschutzrecht – Modelle und Perspektiven gerichtlicher Streitbeilegung*. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 27(12): 454–459.
- Bonifatemi, Y. (2018). *The law applicable in investment treaty arbitration*. W: K. Yannaca-Small (eds.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford: 485–500.
- Boom, W.H. van (2007). *On the intersection between tort law and regulatory law: a comparative analysis*. W: W.H. van Boom, M. Lukas, C.H. Kissling (eds.), *Tort and Regulatory Law* (s. 419–448). Wien–New York.
- Börnsen, N. (2016). *Nationales Recht in Investitionsschiedsverfahren*. Tübingen.
- Bosek, L. (2022). Aktualne zagadnienia sporne w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym – uwagi na tle wyroku TSUE z 6.3.2018 r., C-284/16, Achmea. W: J. Grykiel, J. Haberko, K. Mularski (red.), *Ius civile vigilatibus scriptum est. Księga Jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka* (s. 65–74). Warszawa.
- Bosek L., Żmij G. (2020a). *On the CETA’s compatibility with European Union law in the light of Opinion No 1/17 of the Court of Justice of 30 April 2019*. *Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung* 61(6): 248–261.
- Bosek, L., Żmij, G. (2020b). *W sprawie zgodności CETA z prawem Unii Europejskiej i Konstytucją RP w świetle opinii 1/17 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 30.04.2019*. *Europejski Przegląd Sądowy* 7(178): 4–21.
- De Ly, F. (2011). *Conflicts of laws in international arbitration – an overview*. W: F. Ferrari, S. Kröll (eds.), *Conflicts of Laws in International Arbitration* (s. 3–16). München.
- Dodge, W.S. (2008). *The Public-Private Distinction in the Conflict of Laws*. *Duke Journal of Comparative & International Law* 18: 371–394.
- Dolzer, R., Tietje, Ch., Wackernagel, C. (2017). *Der rechtliche Schutz der ausländischen Investitionen*. W: H. Kronke, W. Melis, H. Kuhn (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht* (s. 1183–1268). München.
- Douglas, Z. (2003). *The hybrid foundations of investment treaty arbitration*. *British Yearbook of International Law* 74(1): 151–289.
- Elzanowski, F. (2008). *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*. Warszawa.
- Ereciński, T. (1981). *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa.
- Esplugues, C. (2011). *General Report on the application of foreign law by judicial and non-judicial authorities in Europe (November 1, 2011)*. W: C. Esplugues, J. Iglesias., G. Palao (eds.), *Application of Foreign Law* (s. 3–94). München.
- Firsching, K., von Hoffmann, B. (1995). *Internationales Privatrecht, einschließlich Grundzüge des internationalen Verfahrensrechts*. München.
- Giario, T. (2009). *Historia i tradycja prawa rzymskiego*. W: W. Dajczak, T. Giario, F. Longchamps de Berier (red.), *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego* (s. 39–120). Warszawa.
- Heiderhoff, B. (2017). *Arbitration, the Rome I Regulation, and the law applicable to the merits*. W: M. Jagielska, M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi* (s. 907–921). Warszawa.
- Hindelang, S. (2015). *Repellent forces: the CJEU and investor-state dispute settlement*. *Archiv des Völkerrechts* 53(1): 68–89.
- Hölken, Ch. (2017). *Systemische Integration von Investitionsschutzabkommen*. Baden-Baden.
- Horn, N. (2004). *Arbitration and the protection of foreign investment: concepts and means*. W: N. Horn, S. Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (s. 3–31). The Hague.
- Jeżewski, M. (2019). *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*. Warszawa.

- Kelsen, H. (2007). *Czysta teoria prawa*. Tłum. R. Szubert. Warszawa.
- Klein, E. (2006). Self-contained regime. W: Max Planck Encyclopedia of Public International Law. <https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>.
- Koskenniemi, M. (2006). Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, U.N. Doc A/CN.4/L.682 (July 18, 2006).
- Kreindler, R. (2004). The law applicable to international investment disputes. W: N. Horn, S. Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (s. 403–424). The Hague.
- Leszczyński, L. (2015). Podstawa decyzji stosowania prawa administracyjnego. Ustalenia walidacyjne. W: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski (red.), *System prawa administracyjnego*. Tom 4: Wykładnia prawa administracyjnego (s. 53–130). Warszawa.
- Łętowska, E. (2005). „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna. W: L. Ogiegło, W. Popiołek, M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze*. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana (s. 1127–1146). Kraków.
- Nazzini, R. (2016). The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles. *International and Comparative Law Quarterly* 65(3): 681–703.
- Neumeyer, K. (1910–1936). *Internationales Verwaltungsrecht*. Band 1–4. München–Berlin–Leipzig.
- Nowacki, M. (2010). *Prawne aspekty bezpieczeństwa energetycznego w UE*. Warszawa.
- Pacula, K. (2018). Komentarz do art. 36 [Działania i zaniechania organów publicznych]. W: M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe*. Komentarz (s. 333–346). Warszawa.
- Patocchi, P.M. (2006). UNICITRAL-Schiedsgerichtsordnung (UncitralO). W: R. Schütze (red.), *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit*. Kommentar (s. 665–798). Köln–Berlin–München.
- Pazdan, M. (2017). *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa.
- Poczobut, J. (2012). Stosowanie krajowego prawa publicznego w międzynarodowym arbitrażu handlowym. W: M. Laszczuk, M. Furtek, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, M. Tomaszewski (red.), *Arbitraż i mediacja*. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi (s. 414–431). Warszawa.
- Poczobut, J. (2013). Stosowanie prawa publicznego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. W: J. Poczobut (red.), *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego* (s. 256–273). Warszawa.
- Poczobut, J. (2015). Zagadnienia kolizyjnoprawne w międzynarodowym arbitrażu handlowym. W: A. Szumański (red.), *System prawa handlowego*. Tom 8: Arbitraż handlowy (s. 174–247). Warszawa.
- Poczobut, J. (2017). Komentarz do art. 6. W: J. Poczobut (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe*. Komentarz (s. 193–203). Warszawa.
- Popiołek, W. (2014). Odesłanie. W: M. Pazdan (red.), *System prawa prywatnego*. Tom 20A: Prawo prywatne międzynarodowe (s. 353–381). Warszawa.
- Popiołek, W. (2016). Styk prawa prywatnego i publicznego z kolizyjnoprawnego punktu widzenia. *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 18: 33–58.
- Pyka, M. (2018). Pojęcie inwestycji w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym. Warszawa.
- Reinisch, A. (2015). *Internationales Investitionsschutzrecht*. W: Ch. Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht* (s. 398–443). Berlin.
- Ruffert, M. (2007). *Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts*. W: Ch. Möllers, A. Voßkuhle, Ch. Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten (s. 395–419). Tübingen.
- Schmalenbach, K. (2018). Article 2. Use of Terms. W: O. Dörr, K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (s. 29–54). Berlin-Heidelberg.
- Simma, B., Pulkowski, D. (2006). Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law* 17(3): 483–529.
- Sołtysiński, S. (2011). Arbitraż inwestycyjny, kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty oraz inne problemy sądownictwa polubownego. W: J. Gudowski, K. Weitz (red.), *Aurea praxis aurea theoria*. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego. Tom 2 (s. 1939–1870). Warszawa.
- Soranayah W. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge.

- Sznajder-Peroń, K. (2014). Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego. W: M. Pazdan (red.), System prawa prywatnego. Tom 20A: Prawo prywatne międzynarodowe (s. 508–544). Warszawa.
- Sznajder-Peroń, K. (2018). Komentarz do art. 6. Stosowanie prawa właściwego i kwestie dowodowe. W: M. Pazdan (red.) Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz (s. 131–135). Warszawa.
- Tietje, Ch. (2011). Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts. Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 104. Halle-Wittenberg.
- Weiniger, M. (2017). Dispute resolution provisions. W: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger (eds.), International Investment Arbitration. Substantive Principles (s. 47–91). Oxford.
- Wojewoda, M. (2007). Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Nowa regulacja kolizyjna w konwencji rzymskiej. Warszawa.
- Zrałek J. (2017). Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego. Warszawa.
- Żmij, G. (2003). Prawo waluty. Międzynarodowy obrót handlowy. Prawo cywilne. Prawo prywatne międzynarodowe. Dochodzenie roszczeń w walutach obcych. Kraków.
- Żmij, G. (2013). Firma w prawie prywatnym międzynarodowym. Warszawa.
- Żmij, G. (2019). Investitionsstreitigkeiten zwischen Deutschland und Polen aus der europäischen Perspektive. Anmerkung zum Achmea-Urteil und seinen Folgen. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 27(3): 535–553.

