

Maciej Zachariasiewicz, Łukasz Żarnowiec

Dorozumiany wybór prawa

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego

z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 1077/00, niepubl.

Głosowany wyrok Sądu Najwyższego, mimo relatywnie prostego stanu faktycznego i skromnego uzasadnienia, zasługuje na szersze omówienie. Nieczęsto wszak zdarza się, by w jednym orzeczeniu doszło do skumulowania tylu zagadnień z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego. Tymczasem w analizowanym przypadku Sąd Najwyższy zajął się kwestiami tak istotnymi, jak dorozumiany wybór prawa, określenie właściwości prawa dla stosunków majątkowych małżeńskich oraz zagadnienie tzw. substytucji.

Stan faktyczny, z którym zetknął się Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, przedstawiał się następująco:

Pozwana zleciła córce i zięciowi – obywatelowi włoskiemu – zakup urządzeń barowych, zobowiązując się na piśmie do zwrotu poniesionych przez nich wydatków. W związku z powyższym powód wraz z żoną – pozostający wówczas w małżeńskiej wspólności majątkowej – z własnych środków nabyli wspomniane urządzenie i ponieśli koszty jego transportu. Wydatki te nie zostały im jednak zwrócone przez pozwaną, co skłoniło powoda do wystąpienia przeciwko teściowej na drogę sądową.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił powództwo w całości, natomiast apelacja, która skierowana została przeciwko temu rozstrzygnięciu, została oddalona. Sąd Apelacyjny, uzasadniając swe stanowisko, przyjął przede wszystkim, że powód był czynnie legitymowany w oma-

wianej sprawie, zgodnie z art. 180 k.c. włos.¹, właściwym dla oceny stosunków majątkowych małżonków w myśl art. 17 § 1 p.p.m. Przepis art. 180 k.c. włos. zbieżny jest z regulacją polską. Do jego wykładni należało zatem – zdaniem Sądu – odnieść dorobek rodzimego orzecznictwa, co pozwoliło uznać, iż dochodzenie wierzytelności wspólnej – jako czynność zachowawcza – nie wymaga współdziałania obojga małżonków. Z kolei materialnoprawną podstawę roszczenia strony powodowej stanowił art. 742 k.c. pol.

W kasacji pozwana zarzuciła naruszenie art. 177, art. 180 oraz art. 215 k.c. włos. w zw. z art. 17 § 1 p.p.m. przez zamienne stosowanie do stosunków majątkowych małżonków prawa polskiego i włoskiego, a w rezultacie błędne przyjęcie czynnej legitymacji powoda, i wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Kasacja nie odniosła zamierzonego rezultatu. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że wykładnia przepisów k.c. włos., regulujących stosunki majątkowe małżonków przez pryzmat dorobku orzecznictwa polskiego – jako oparta na tzw. substytucji – była zabiegiem prawidłowym, zaś właściwość prawa polskiego dla zawartej przez strony umowy wynikała z art. 25 § 1 p.p.m. i dokonanego przez kontrahentów dorozumianego wyboru prawa.

Kwestię, którą w pierwszej kolejności zmuszone były rozstrzygnąć sądy orzekające w sprawie, stanowiła legitymacja czynna powoda. Jak wynika bowiem z uzasadnienia wyroku, pozwana zleciła zakupienie urządzeń barowych zięciowi i córce. Tymczasem powództwo o zwrot poniesionych w związku z realizacją zlecenia wydatków wytoczył wyłącznie ten pierwszy.

Reżim wspólności lub rozdzielności majątkowej, jak również zasady zarządu majątkiem wspólnym należą do zakresu statutu stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami², tj. prawa wskazanego za pośrednictwem normy kolizyjnej wyrażonej w art. 17 § 1 p.p.m. Zgodnie z treścią tego przepisu, stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają ich każdoczesnemu wspólnemu prawu ojczySTEM, które rozstrzyga również o dopuszczalności zawarcia, zmiany lub rozwiązania majątkowej umowy małżeńskiej. Stosunki majątkowe wynikające z majątkowych umów małżeńskich podlegają jednakże wspólnemu prawu ojczySTEM małżonków z chwili zawarcia umowy (art. 17 § 2 p.p.m.). W braku wspólnego prawa ojczySTEM w obu przypadkach

¹ Kodeks cywilny z 16 marca 1942 r. („Gazzetta Ufficiale”, n. 79 del 4 aprile 1942).

² Por. np.: W. L u d w i c z a k: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1990, s. 153; M. P a z d a n: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2002, s. 208.

sięgnąć należy natomiast do art. 17 § 3 p.p.m., posługującego się łącznikiem wspólnego miejsca zamieszkania małżonków, zaś w braku i tego powiązania – przewidującego właściwość prawa polskiego.

W analizowanym przypadku sądy niższych instancji, celem określenia prawa właściwego do oceny legitymacji czynnej powoda, posłużyły się art. 17 § 1 p.p.m., czego nie zakwestionował również Sąd Najwyższy. Jak wynika z poczynionych wcześniej uwag, taką metodę postępowania uznać należy za słuszną. Ze względu jednak na szczupłość uzasadnienia głosowanego wyroku ocena ta musi być uzupełniona kilkoma zastrzeżeniami.

Przede wszystkim przytoczone w uzasadnieniu ustalenia faktyczne wskazują jedynie, że małżonkowie w chwili przyjęcia zlecenia pozostawali w małżeńskiej wspólności majątkowej. Nie wynika stąd jednak jeszcze, czy nie zawarli oni – czy to wcześniej, czy to dopiero później – umowy majątkowej małżeńskiej. Gdyby umowa taka w dacie wytoczenia powództwa istniała i była ważna, skutki jej mogłyby okazać się istotne dla oceny legitymacji czynnej powoda. Konieczne byłoby zatem sięgnięcie do normy wyrażonej w art. 17 § 2 p.p.m.

Przytoczone ustalenia faktyczne, dotyczące stosunków między zleceniobiorcami, odnoszą się do momentu, w którym zlecenia udzielono. Brak natomiast jakichkolwiek uwag odnośnie do stanu na dzień wytoczenia powództwa. Zwrócić należy zatem uwagę na subokreślnik temporalny normy kolizyjnej wyrażonej w art. 17 § 1 p.p.m., która przewiduje właściwość każdorazowego wspólnego prawa ojczystego małżonków.

Taki sposób ujęcia przepisu sprawia, że każdorazowa zmiana w obrębie elementu pełniącego funkcję łącznika – tu: obywatelstwo małżonków – może skutkować zmianą statutu. W przypadku normy z art. 17 § 1 p.p.m. do sytuacji takiej dojdzie zawsze, ilekroć małżonkowie przyjmą wspólnie obywatelstwo innego państwa. Wówczas bowiem to jego prawo stanie się właściwe do oceny stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami.

Niemniej jednak również i innych zmian w obrębie czynnika obywatelstwa małżonków nie można lekceważyć. W przypadku bowiem przyjęcia obywatelstwa innego państwa tylko przez jednego z nich o właściwości prawa zadecyduje norma kolizyjna wyrażona w art. 17 § 3 p.p.m. Posługuje się ona łącznikiem każdorazowego wspólnego domicylu obojga małżonków, a w jego braku przewiduje właściwość prawa polskiego.

Może zatem okazać się, że zmiana obywatelstwa po stronie jednego tylko z małżonków nie przyniesie zmiany statutu ich stosunków osobistych i majątkowych. Tak będzie wówczas, gdy oboje małżonko-

wie zamieszkują w państwie, którego obywatelstwo dotąd wspólnie posiadali. Jeżeli jednak jest inaczej, to zmiana statutu nastąpi, pomimo że jeden z małżonków pozostał przy obywatelstwie dotychczasowym.

Norma kolizyjna wyrażona w art. 17 § 3 p.p.m. okaże się miarodajna również wówczas, gdy nowe obywatelstwo przyjmą oboje małżonkowie, jednakże w przypadku każdego z nich będzie to obywatelstwo innego państwa.

Zmiana statutu wiąże się z koniecznością rozgraniczenia zakresów działania dochodzących kolejno do głosu systemów prawnych. Ustawa z 1965 r. zagadnienia tego nie rozstrzyga w sposób ogólny. Wydaje się, że jako regułę przyjąć należy właściwość danego statutu dla zdarzeń mających miejsce pod jego rządami. Oznacza to, że nowy statut uzyskuje pełną swobodę działania w swym przedziale czasowym (tzw. natychmiastowe działanie nowego statutu), nie może jednakże działać wstecz i być stosowany do oceny skutków zdarzeń, które nastąpiły w okresie powiązania dotychczasowego³.

Tok rozumowania sądów w niniejszej sprawie może być zatem uznany za prawidłowy jedynie przy założeniu, iż posługując się art. 17 § 1 p.p.m. nie poprzestały one na ocenie stanu występującego w dacie udzielenia zlecenia (jak mogłoby sugerować uzasadnienie wyroku), ale oparły się na powiązaniach aktualnych (czemu jednak należało dać wyraz).

Trzeba wreszcie zauważyć, że o ile glosowane orzeczenie wspomina wyrażnie o obywatelstwie powoda, o tyle kwestię tę pomija milczeniem w przypadku jego małżonki. Posłużenie się normą art. 17 § 1 p.p.m. można zatem uznać za trafne jedynie pod warunkiem, że małżonkowie byli w dacie wytoczenia powództwa obywatelami tego samego państwa z dodatkowym zastrzeżeniem, iż przypadek obywatelstwa wielorakiego musiałby być rozstrzygany przy zastosowaniu art. 2 p.p.m. Gdyby przykładowo okazało się, że małżonka powoda, oprócz obywatelstwa włoskiego, zachowała również obywatelstwo polskie, w świetle art. 2 § 1 p.p.m. prawnie istotne byłoby wyłącznie to drugie. Statutu stosunków majątkowych małżeńskich należałoby wówczas poszukiwać z zastosowaniem art. 17 § 3 p.p.m.

O ile sam mechanizm określenia regulacji właściwej do oceny legitymacji czynnej powoda, przy uwzględnieniu powyższych zastrzeżeń, zasługuje na aprobatę, o tyle sposób jej zastosowania rodzi uwagi krytyczne. Zdaniem Sądu Najwyższego, w pełni prawidłowa jest bowiem praktyka sądów niższych instancji, polegająca na wykładni –

³ Por. M. P a z d a n: *Prawo prywatne...*, s. 68; odmiennie: W. L u d w i c z a k: *Międzynarodowe prawo...*, s. 81.

miarodajnego do oceny zasad zarządu majątkiem wspólnym małżonków – art. 180 k.c. włos. przy zastosowaniu dorobku nauki i orzecznictwa polskiego w zakresie, w jakim wyjaśniają one pojęcie czynności zwykłego zarządu oraz czynności zarząd taki przekraczających. Zabieg taki – określany w glosowanym wyroku mianem substytucji – sąd ten uznaje za dopuszczalny, o ile tylko dana instytucja prawa obcego znajduje swój odpowiednik w prawie krajowym, zaś pojęcia zaczerpnięte z innego porządku prawnego zachowają sens, jaki tam im się nadaje.

Ze stanowiskiem takim trudno się zgodzić. Wyjść należy przede wszystkim od stwierdzenia, że w nauce prawa prywatnego międzynarodowego pojęciem substytucji zwykło się określać zupełnie inne działanie, podejmowane w odmiennych sytuacjach. Chodzi mianowicie o przypadki, w których w toku wykładni i stosowania przepisów prawa właściwego, przy ocenie występowania określonych nimi przesłanek, zajdzie konieczność uwzględnienia refleksów zdarzeń ukształtowanych pod rządami lub wpływem innego systemu prawnego⁴. Niezbędne może okazać się wówczas porównanie obcych pojęć lub instytucji prawnych z pojęciami lub instytucjami ujętymi w hipotezie własnej normy merytorycznej. Jako przykład tego rodzaju sytuacji wskazuje się konieczność rozstrzygnięcia, jak w sprawie spadkowej, podlegającej prawu różnicującemu dziedziczenie ustawowe w zależności od przysposobienia pełnego bądź niepełnego, traktować przysposobienie dokonane pod rządami systemu prawnego, znającego jeden tylko jego typ⁵. Innym przykładem może być sposób traktowania jednoosobowej niemieckiej spółki GmbH w kontekście przepisów polskiego prawa spółek, zakazujących tworzenia spółek kapitałowych wyłącznie przez jednoosobową spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością⁶.

Wydaje się oczywiste, że sytuacja, z jaką zetknął się Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku, nie ma zgoła nic wspólnego z przypadkami tego rodzaju. W trakcie wykładni przepisów k.c. włos., regulujących zasady zarządu majątkiem wspólnym małżonków, nie wystąpiła bynajmniej konieczność oceny pojęć czy instytucji prawnych ukształtowanych pod rządami bądź wpływem innego prawa – tu: polskiego. Wręcz przeciwnie, chodziło jedynie o odróżnienie czynności zwykłego zarządu od czynności zakresów przekraczających, celem zaklasyfikowania dochodzenia wierzytelności wspólnej do jednej ze wspomnianych grup. Choć kategorie te występują również w prawie polskim, nie zmienia to faktu, że winny być oceniane autonomicznie

⁴ Por. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 80.

⁵ Por. *ibidem*.

⁶ Por. *Postanowienie SN z 28.06.1997 r. II CKN 137/07. OSN 1997, nr 10, poz. 154.*

w ramach właściwego im systemu prawnego (włoskiego). Treść i obowiązywanie art. 180 k.c. włos. należało zatem ustalać zgodnie z zasadami przyjętymi w tym państwie, korzystając z dorobku jego nauki i judykatury – tak, jak postąpiłby sędzia włoski⁷. Prawo obce stosuje się zawsze jako takie. Dokonywanie jego wykładni z punktu widzenia własnego porządku prawnego narusza podstawowe zasady stosowania prawa obcego. W analizowanym przypadku nie sposób wszak wykluczyć, że mimo zbieżności pojęciowej z prawem polskim, w obrębie prawa włoskiego granica między czynnościami zwykłego zarządu a czynnościami zakres ów przekraczającymi przebiega odmiennie.

Sam mechanizm wykładni art. 180 k.c. włos. okazał się zatem w niniejszej sprawie błędny, prowadząc do zatarcia odrębności między wchodzącymi w grę systemami prawnymi i stworzenia hybrydy, łączącej elementy ich obu. W rezultacie sądy oparły rozstrzygnięcie nie na prawidłowo zastosowanej normie prawa właściwego, ale na swym wyobrażeniu o treści tejże normy.

Zasadniczym rozstrzygniętym w orzeczeniu zagadnieniem jest jednak kwestia tzw. dorozumianego wyboru prawa. W tezie głosowanego wyroku Sąd Najwyższy w pełni akceptuje taki sposób wskazania regulacji właściwej stosunkowi umownemu. Stwierdza on, że „oświadczenie woli stron w tym przedmiocie może być wyraźne lub dorozumiane” i dalej, że „dorozumiana wola stron może wynikać pośrednio z postanowień kontraktu, zachowania się stron w trakcie jego zawierania, jak i po zawarciu”.

Z przytoczonym stwierdzeniem nie sposób się nie zgodzić. Niemniej jednak teza ta wymaga rozwinięcia.

Analizę dopuszczalności wyboru prawa rozpocząć należy od stwierdzenia, że – wedle przeważającego nie tylko w polskiej, ale również i w obcej doktrynie poglądu – wybór prawa jest czynnością prawną prawa prywatnego międzynarodowego, nie zaś wyłącznie czynnością faktyczną (faktem społecznym)⁸. To zaś oznacza, że należy odszu-

⁷ Por. W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 90; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 75.

⁸ Zob.: W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 192; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Katowice 1991, s. 123; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 130; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2002, s. 209; A. Heldrich, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Hrsg. P. Bassenge. München 1996, s. 2296; H. Heiss, in: *EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Kommentar*. Hrsg. D. Czernich, H. Heiss. Wien 1999, s. 43; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales Privatrecht*. München 2000, s. 573; P. Mankowski, in: *Internationales Privatrecht*. Hrsg. Ch. v. Bar, P. Mankowski. München 2003, s. 601.

kać normy prawne właściwe do jego oceny⁹. W ich świetle zdecydować trzeba będzie o dopuszczalności dokonania wyboru prawa w sposób dorozumiany, jak również o jego istnieniu i ważności.

Wedle dominującego w literaturze poglądu, kwestia samej dopuszczalności dorozumianego wyboru prawa podlega kolizyjnej *lex fori*¹⁰. W przypadku więc, gdy strony spierają się przed sądem polskim, zadecydują o tym przepisy polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (a ściślej: art. 25 obecnie obowiązującej ustawy).

Jakkolwiek nie wynika to wprost z art. 25 p.p.m., powszechnie przyjmuje się, że wybór prawa może nastąpić nie tylko wyraźnie, ale i w sposób dorozumiany. Stanowisko takie pozostaje w zgodzie z rozwiązaniem przyjętym w większości obcych ustawodawstw kolizyjnych. Nie jest ono kwestionowane w judykaturze i nauce prawa, przeto nawet w wypowiedziach postulujących wprowadzenie zmian w regulacji wyboru prawa dla zobowiązań z umów za zbyt czne uznano wyraźne potwierdzenie dopuszczalności wyboru dorozumianego w tekście ustawy¹¹.

Nieco więcej kłopotów stwarza określenie regulacji właściwej do oceny istnienia i ważności dorozumianego wyboru prawa. W literaturze polskiej zarysowały się w tym względzie dwa stanowiska. Wedle pierwszego z nich, ocena zarówno istnienia, jak i ważności oświadczenia woli w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa (z wyjątkiem zdolności oraz – zdaniem niektórych¹² – formy, należących do zakre-

⁹ Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 131.

¹⁰ Taki pogląd dominuje zarówno w literaturze polskiej, jak i obcej. W literaturze polskiej zob.: J. Skąpski: *Autonomia woli w prawie międzynarodowym prywatnym w zakresie zobowiązań z umów*. Kraków 1964, s. 124; M. Sośniak: *Précis de droit international privé polonais*. Kraków 1976, s. 127; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany wybór prawa*. „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1975, nr 3, s. 103; B. Gawlik, M. Pazdan: *Umowy licencyjne w obrocie międzynarodowym*. Katowice 1976, s. 103; W. Popiołek: *Umowa wydawnicza w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa–Kraków 1982, s. 29; J. Jakubowski: *Prawo międzynarodowe prywatne*. Warszawa 1984, s. 103. W literaturze obcej zob. np.: J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*. Tübingen 1994, s. 293.

¹¹ Por. M. Pazdan: *O potrzebie zmian polskiego unormowania wyboru prawa dla zobowiązań umownych*. W: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. (Studia i rozprawy)*. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego. Red. S. Sołtysiński. Poznań 1990, s. 633; W. Popiołek: *W sprawie ograniczeń kolizyjnoprawnego wyboru prawa w polskiej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Marczyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 352.

¹² Tak: M. Sośniak: *Prawo prywatne...*, s. 123; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 209.

sów odrębnych norm kolizyjnych¹³) winna być dokonywana z punktu widzenia przepisów prawa wybranego przez strony¹⁴. Argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest możliwość osiągnięcia jednolitości w zakresie oceny oświadczeń o wyborze prawa i w przedmiocie zawarcia umowy głównej (ta ostatnia kwestia mieści się bowiem bez wątpienia w zakresie zastosowania statutu kontraktowego¹⁵).

Drugie z proponowanych rozwiązań decydujące znaczenie przypisuje treści normy kolizyjnej dopuszczającej wybór prawa. Dopiero gdy nie jest możliwe rozstrzygnięcie jakiegoś zagadnienia na podstawie wykładni normy kolizyjnej, sięgać można do prawa merytorycznego jakiegoś państwa¹⁶. Możliwe więc będzie samodzielne (oparte na normie kolizyjnej forum) rozstrzygnięcie kwestii istnienia dorozumianego wyboru prawa, czyli pytania o to, jakie okoliczności powinny występować, aby można było wnioskować o woli stron. Wielu zagadnień (np. wad oświadczeń woli) nie będzie się jednak dało rozstrzygnąć na podstawie normy kolizyjnej forum i w tym zakresie sięgać będziemy do prawa wybranego przez strony¹⁷.

Ze względu na fakt podpisania przez Polskę 14 kwietnia 2006 r. Protokołu o przystąpieniu do Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r. warto poświęcić kilka uwag rozwiązaniom tam zapisanym¹⁸. Konwencja rzymska przewiduje do oceny istnienia i ważności porozumienia stron co do wyboru prawa właściwość tego samego prawa, które zastosowanie ma do oceny ist-

¹³ Odpowiednio art. 9 i 12 ustawy o p.p.m.

¹⁴ Tak: J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 131 i nast.; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa 1979, s. 205; M. Sośniak: *Prawo prywatne...*, s. 123; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 209. Por. także J.-C. Pommer: *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*. Paris 1992, s. 88 i tam cytowana literatura.

¹⁵ Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 154.

¹⁶ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 104; W. Popiołek: *Umowa...*, s. 30–33; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 131. Por. także: P. Nygh: *Autonomy in International Contracts*. Oxford 1999, s. 113. J.-C. Pommer: *Principe...*, s. 87 zwraca jednakże uwagę na mankament takiego rozwiązania. Autor ten słusznie wskazuje, że ocena wyboru prawa wedle kolizyjnej *lex fori* oznacza, że do czasu wniesienia powództwa do określonego sądu istnieć będzie niepewność co do reguły, w świetle której oceniać mamy jego ważność i istnienie.

¹⁷ Por. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 132.

¹⁸ Dokładny termin wejścia w życie postanowień Konwencji nie jest jeszcze znany. Warto jednakże zauważyć, że będący w przygotowaniu projekt nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym (publikowany w niniejszym tomie) odwołuje się w przedmiocie zobowiązań umownych do konwencji rzymskiej.

nienia i ważności umowy głównej, tzn. w przypadku wyboru prawa właściwość prawa wybranego przez strony¹⁹. Wydawałoby się więc, że twórcy Konwencji postąpili w zgodzie z pierwszym ze wspomnianych wyżej poglądów. Już w treści art. 3(1) przesądzono jednakże, po pierwsze, o dopuszczalności dorozumianego wyboru prawa, po drugie, wskazano, że wybór – jeśli nie jest wyraźny – musi „w sposób pewny wynikać z treści umowy lub okoliczności danego przypadku”²⁰. Tym samym kwestię tu zasadniczą, istnienia okoliczności wskazujących na wolę stron w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa, należy rozstrzygać w świetle art. 3(1) Konwencji. Nie jest w tym zakresie konieczne sięganie do prawa wybranego²¹. Interwencja prawa wybranego niezbędna będzie natomiast wówczas, gdy zaistnieje potrzeba oceny ważności wyboru prawa (np. ze względu na wady oświadczenia woli)²².

Zaprezentowane rozwiązania, choć różne w interesującym nas zakresie, nie prowadzą w zasadzie do żadnych różnic praktycznych. Niezależnie bowiem od koncepcji, którą przyjmiemy, kwestia odszu-

¹⁹ Artykuł 3(4) w nawiązaniu do art. 8, 9 i 11. Dla pełnego obrazu należy jednak wspomnieć o „regule korekcyjnej” zawartej w art. 8(2), która wyjątkowo zezwala stronie na powołanie się na prawo miejsca jej zwyczajnego pobytu, jeżeli w świetle tego prawa nie złożyła ona oświadczenia woli. Może to mieć znaczenie np. w przypadku milczenia strony. Zob. M. Giuliano, P. Lagarde: *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*. „Dziennik Urzędowy WE” C 282 z dnia 31 października 1980 r., s. 1–50, komentarz do art. 3. Por. także wydane na tle art. 3(4) *Orzeczenie Niemieckiego Trybunału Najwyższego (Bundesgerichtshof: BGH) z 15 grudnia 1986*. II ZR 34/86, opubl. m.in. w „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht” (IPRax) 1988, s. 26–27, dostępne także na stronie: http://www.rome-convention.org/cgi-bin/search.cgi?screen=view&case_id=425.

²⁰ Tekst z wprowadzeniem i tłumaczeniem na język polski W. Popiołek, w „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1994, z. 2, s. 297–341. Wersje angielska i francuska w sposób znaczący różnią się od siebie. W wersji angielskiej posłużono się zwrotem *with reasonable certainty*, natomiast w wersji francuskiej – określeniem *de façon certaine*. Ten drugi zwrot wydaje się wymagać większej pewności co do istnienia woli stron w przedmiocie wyboru prawa niż określenie użyte w wersji angielskiej. Tak P. Nygh: *Autonomy...*, s. 110. Por. również B. Audit: *Droit international privé*. Paris 2000, s. 679.

²¹ Przeciwnie, ponieważ celem przyświecającym Konwencji jest ujednolicenie praktyki w zakresie poszukiwania prawa właściwego, pożądane jest, aby sądy stosowały jednolicie standard wynikający z art. 3(1). Por. H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 44. Podobnie w uwagach do identycznego z regulacją konwencyjną art. 27 ust. 1 ustawy niemieckiej (EGBGB), A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297. Odmienne jednak, na rzecz poddania w przypadku art. 27 i art. 31 ust. 1 EGBGB prawu wybranemu również oceny dojścia do skutku wyboru prawa, P. Manowski, in: *Internationales...*, s. 601.

²² Podobne do konwencyjnego rozwiązanie kwestii istnienia i ważności dorozumianego wyboru prawa przyjęte zostało w art. 116(2) szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z 18 grudnia 1987 r.

kania dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa pozostaje zagadnieniem oceny okoliczności faktycznych, które wskazują lub nie na istnienie takiej woli stron²³. Ocena, czy ona zaistniała, należeć więc będzie każdorazowo do sędziego rozstrzygającego spór między stronami²⁴.

Zanim przejdziemy do omówienia okoliczności wskazujących na wolę stron w przedmiocie wyboru prawa należy zatrzymać się jeszcze nad jednym aspektem zagadnienia. Chodzi mianowicie o pytanie, czy poszukiwać należy woli rzeczywistej stron, czy również woli hipotetycznej (prawdopodobnej), jaką strony mogły mieć w trakcie dokonywania czynności prawnej. W nawiązaniu do tego, co zostało powiedziane wcześniej, wydaje się, że problem ten należy rozstrzygnąć na podstawie normy kolizyjnej forum, nie sięgając przy tym do prawa wybranego. Nie powinno pozostawiać wątpliwości, że normę z art. 25 ustawy o p.p.m. należy interpretować w ten sposób, że – w zgodzie z dominującym już dziś w świecie rozwiązaniem – nadaje ona znaczenie wyłącznie woli rzeczywistej stron²⁵. Takie rozwiązanie znalazło się również w konwencji rzymskiej²⁶. Jeżeli brak rzeczywi-

²³ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 113; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*. London 2001, s. 96.

²⁴ Ewentualnie, jeżeli wyobrazimy sobie, że w ramach prawa forum istnieją normy, które wiążą sędziego w jego ocenie okoliczności stanu faktycznego lub wprowadzają ograniczenia co do możliwości dowodzenia postępowania stron po zawarciu umowy, pytanie o to, czy takie ograniczenia systemu prawnego forum należy uwzględnić, mimo że nie zna ich prawo wybrane przez strony, stanie się aktualne. Nie należy mieć jednak złudzeń, że prawie każdy sędzia kierował się będzie w takim przypadku wskazówkami własnego prawa. Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 113.

²⁵ Zob. np. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 129; M. Sośniak: *Précis...*, s. 129; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105. Por. także J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 130, który podnosi, że odpadnięcie wszelkich koncepcji opartych na woli hipotetycznej jest automatyczną konsekwencją przyjęcia, że wybór prawa jest czynnością prawną prawa kolizyjnego. W literaturze zagranicznej por. np. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 104 i nast. Zdarzają się również głosy podkreślające zalety woli hipotetycznej. Zob. np. P. Mayer, V. Haubé: *Droit international privé*. Paris 2004, s. 527. Poszukiwanie rzeczywistej woli stron nie oznacza oczywiście – jak sugerują np. D. La-sok, P. Stone: *Conflict of laws in the European Community*. Abigdon 1987, s. 359 – odejścia od klasycznej metody interpretacji oświadczenia woli z punktu widzenia typowego adresata.

²⁶ Zob. M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3; B. Audit: *Droit...*, s. 679; J. Hill: *Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts*. „International and Comparative Law Quarterly” 2004, No. 2, s. 347. Por. także J.-C. Pommier: *Principe...*, s. 97 i nast.; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980*

stej woli, sąd powinien skierować swą analizę w kierunku poszukiwania prawa właściwego, opierając się na łącznikach obiektywnych. Poszukiwanie woli hipotetycznej – właściwe dawniejszym rozwiązaniom na świecie²⁷ – prowadziło do powstania swoistego etapu pośredniego i zaniku granicy pomiędzy wyborem prawa dokonany przez strony a powiązaniem opartym na łączniku obiektywnym. Od dawna jednak zaobserwować można – słuszną jak się wydaje – tendencję do wyraźnego rozdzielenia tych dwóch sposobów wskazania prawa właściwego i rezygnacji z owego szczebla pośredniego²⁸.

W celu ustosunkowania się do decyzji podjętej przez Sąd Najwyższy celowa wydaje się krótka prezentacja rodzajów okoliczności, które w literaturze polskiej i zagranicznej, a także w orzecznictwie, uważane są za wskazujące na istnienie dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa. Pamiętać trzeba jednakże, że właściwa analiza może mieć miejsce tylko na podstawie okoliczności indywidualnego przypadku i nie da się sformułować w tym zakresie jakichkolwiek automatycznie działających reguł²⁹.

Jeżeli tym, czego poszukujemy, jest rzeczywista, a nie wyłącznie hipotetyczna wola stron, to zaistnienie którejkolwiek z poniżej wskazanych okoliczności nie może być traktowane jako ostatecznie rozstrzygające³⁰. Nie należy w tym zakresie stosować żadnych domniemań istnienia woli stron w przedmiocie dorozumianego wyboru prawa³¹.

on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernization, s. 40, dostępne na stronie: http://europa.eu.int/comm/justice_home/; E. J a y m e: *Choice of law clauses in international contracts: some thoughts on the reform of art. 3 of the Rome Convention*. In: *Seminario Internacional Sobre a Comunitarizacao do Direito Internacional Privado*. Lisboa 2005, s. 57.

²⁷ Tak w niemieckim orzecznictwie i literaturze na tle przepisów prawa prywatnego międzynarodowego obowiązujących do dnia 31.08.1986 r.

²⁸ W literaturze polskiej zob. w szczególności M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105. Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 104, który opisuje rozwój systemów anglo-amerykańskich tradycyjnie przywiązanych do poszukiwania woli hipotetycznej stron. Zob. cytowane przez tegoż autora orzeczenie australijskiego sądu w sprawie *Akai Pty Ltd v. The People's Insurance Co. Ltd.* (1996), 141 ALR, s. 391. Zob. również D. M a r t i n y: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 7. München, EGBGB, IPR 1990, art. 28.1. Rozwój prawa prywatnego międzynarodowego przebiegał bowiem często w ten sposób, że u źródła współczesnych koncepcji poszukiwania prawa najściślej związanego leżało poszukiwanie prawa, które strony hipotetycznie wybrałyby, gdyby takiego wskazania dokonały.

²⁹ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 105; J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 156; W. Popiołek: *W sprawie ograniczeń...*, s. 353; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574.

³⁰ Por. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 114.

³¹ Ibidem. Zob. także M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3.

Poszukiwać bowiem będziemy autentycznej woli stron, jaką miały one w trakcie lub po zawarciu umowy. Istnienie poszczególnych okoliczności może być wyłącznie pomocną wskazówką w procesie ustalania woli stron.

Pamiętając o tym, warto teraz przybliżyć okoliczności, które wskazywać mogą na istnienie dorozumianego wyboru prawa.

Okolicznością, która najczęściej wymieniana jest w orzecznictwie i literaturze jako wskazująca na istnienie dorozumianego wyboru prawa, jest zamieszczenie w kontrakcie klauzuli wyboru sądu lub sądu arbitrażowego³². Na świecie klauzula taka jest przeważnie traktowana jako bardzo istotny czynnik wskazujący na dorozumiany wybór prawa³³. Takie stanowisko dominuje w jurysprudencji angielskiej³⁴, niemieckiej³⁵ oraz austriackiej³⁶. Niejednolicie wypowiada się natomiast na ten temat doktryna francuska³⁷. W konkretnej sytuacji może być jednak i tak, że strony wcale nie miały zamiaru wskazać prawa właściwego przez klauzulę prorogacyjną. Sąd danego państwa

³² J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 106.

³³ Zob. przegląd literatury i orzecznictwa z różnych państw: M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 106. Tak P. Nygh: *Autonomy...*, s. 117 oraz R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 94. Już ostrożniej M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3 oraz J.H.C. Morris, D. McLean: *The Conflict of Laws*. London 2000, s. 323.

³⁴ Na pewnym etapie uznano nawet wybór sądu za czynnik rozstrzygający w braku wyraźnego wyboru innego prawa. Tak w orzeczeniu w sprawie *Tzortzis v. Monark Line A/B* [1968], 1 WLR 406 (cyt. za: P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116). Z tak daleko idącej tezy wycofano się jednak dość szybko, choć nadal przynajmniej się klauzuli wyboru sądu istotne znaczenie. Zob. orzeczenie w sprawie *Cie Tunisienne de Navigation v. Cie d'Armement Maritime* [1971], AC 572 (cyt. za: P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116), a także wydane już na tle konwencji rzymskiej orzeczenie *Egon Oldendorff v. Liberia Corporation* [1996], 1 Lloyd's Rep., s. 380 (cyt. za: R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 95). Por. także J. Hill: *Choice...*, s. 329.

³⁵ Ch. Reithmann, D. Martiny: *Internationales Vertragsrecht*. Köln 1988, s. 65; A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 39–40.

³⁶ H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38.

³⁷ Za istotną rolę klauzuli wyboru sądu opowiedzieli się: A. Kassiss: *Le droit européen des contrats internationaux*. Paris 1993, s. 366; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Odmiennie P. Lagarde: *Le nouveau droit international privé des contrats*. „Reveu critique de droit international privé” 1991, T. 80, s. 287 i nast. oraz P. Mayer, V. Hauré: *Droit...*, s. 530, którzy skłonni są widzieć w klauzuli wyboru sądu zaledwie jeden z czynników, o umiarkowanej doniosłości, jak również P. Courbe: *Droit international privé*. Paris 2000, s. 300, dla którego okoliczność wyboru sądu nie przedstawia żadnego znaczenia.

mógł zostać wybrany ze względu na przekonanie stron o jego szczególnie wysokich kompetencjach, wyspecjalizowaniu w danej dziedzinie³⁸ czy wreszcie neutralność wobec stron sporu. Określony sąd wybiera się także dlatego, że postępowanie w danym miejscu jest dla stron z jakichś przyczyn najwygodniejsze. Nie musi to wcale oznaczać, że stronom odpowiada również prawo materialne miejsca położenia sądu. Pamiętać także należy, iż z pozostałych postanowień umownych lub zachowania stron płynąć mogą wnioski zupełnie odmienne od tych płynących z klauzuli prorogacyjnej³⁹.

Akceptując w zasadzie pogląd, że wybór sądu w umowie jest istotnym czynnikiem wskazującym na dorozumianą wolę stron w przedmiocie wyboru prawa, należy jednakże podkreślić, że ocena sytuacji zależeć będzie od typu instytucji powołanej do rozstrzygania sporów między stronami. Wydaje się bowiem, że wybór sądu państwowego silniej wskazuje na wolę wyboru prawa niż powołanie trybunału arbitrażowego⁴⁰. W szczególności klauzula arbitrażowa przewidująca właściwość sądu arbitrażowego przy instytucji międzynarodowego arbitrażu nie będzie żadną wskazówką co do właściwości prawa⁴¹. Istotne znaczenie może mieć natomiast wybór instytucjonalnego arbitrażu powiązanego w znaczący sposób z prawem danego państwa, na terenie którego się znajduje⁴².

Często przywoływaną okolicznością, która wskazywać ma na istnienie woli stron w przedmiocie wyboru prawa, jest wykorzystanie przez strony ogólnych warunków umów lub formularzy opracowanych na podstawie jakiegoś prawa i dopasowanych w szczególny spo-

³⁸ P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116.

³⁹ Por. ibidem. Czasami wskazuje się także, że samo *prorogatio fori*, któremu nie towarzyszą inne okoliczności, jest czynnikiem niewystarczającym, aby wnioskować o woli stron co do wyboru prawa. Tak np. luksemburski *Tribunal d'arrondissement* w orzeczeniu *Winters Arnhem BV v. S.A. Ceodeux*, opubl. w „*Revista di diritto internazionale privato*” 1991, s. 1092 (cyt. za: R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 96).

⁴⁰ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 108; B. Audit: *Droit...*, s. 680.

⁴¹ Podobnie M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 109. Por. także P. Nygh: *Autonomy...*, s. 117.

⁴² M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 108; A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; B. Audit: *Droit...*, s. 681. Por. także wyrok Sądu Arbitrażowego w Hamburgu z dnia 29.12.1998 r., w którym uznano, że zapis na sąd polubowny „Hamburger Freundschafftliche Arbitrage” oznacza nie tylko zgodę na obowiązujące w jego siedzibie reguły proceduralne, ale też – w braku odmiennej woli stron – wybór prawa materialnego – w tym wypadku: niemieckiego. „*Recht der Internationalen Wirtschaft*” (RIW) 1999, H. 5, s. 394 i nast.

sób do niego⁴³. Zastosowanie tego samego prawa, w ramach którego opracowano ogólne warunki, pozwala na prawidłową ich interpretację i stosowanie⁴⁴. Nie musi być to jednak zgodne z rzeczywistą wolą stron⁴⁵. Współcześnie często podkreśla się, że wskazanie ogólnych warunków, nawet charakterystycznych dla jakiegoś prawa, któremu nie towarzyszą inne okoliczności, tak naprawdę świadczy w niewielkim stopniu o rzeczywistej woli stron w przedmiocie wyboru prawa⁴⁶. Zgodzić się jednak należy z wyrażonym poglądem⁴⁷, że w silniejszym stopniu wskazywać będzie na istnienie woli stron w przedmiocie wyboru prawa, wykorzystanie w umowie ogólnych warunków stosowanych na co dzień tylko w ramach jednego systemu prawnego i dla niego charakterystycznych niż odwołanie się do takich, które powszechnie stosowane są w obrocie międzynarodowym.

Jeszcze inną okolicznością mogącą mieć znaczenie w interesującym nas zakresie będzie fakt odwołania się przez strony do określonych postanowień czy też kodeksów jakiegoś systemu prawnego lub posłużenie się specyficznymi dla danego prawa terminami czy też odwołanie się do charakterystycznych konstrukcji prawnych⁴⁸. Pamiętać należy jednak, że wolą stron może być wyłącznie materialnoprawna inkorporacja pewnej grupy przepisów do treści ich stosunku umownego, bez jednoczesnego wskazania całego systemu prawnego

⁴³ Zob.: M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 109; J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 115; M. Giuliano, P. Lagarde: *Report...*, komentarz do art. 3; A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574; H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Por. także znane orzeczenie w sprawie *Amin Rasheed Shipping Corpn. v. Kuwait Insurance Inc.* [1984], AC 50, w którym angielska Izba Lordów zadecydowała, iż właściwe jest prawo angielskie, ze względu na fakt, że strony wykorzystaly typową dla angielskiego obrotu polisę ubezpieczeniową Lloyd'a. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 107 zwraca jednakże uwagę, że Izba Lordów tak naprawdę nie poszukiwała rzeczywistej woli stron, lecz obiektywnych powiązań, które wskazywałyby na związek z prawem angielskim.

⁴⁴ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 109.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 115.

⁴⁷ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 110.

⁴⁸ Zob. ibidem; J. Skąpski: *Autonomia...*, s. 157; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 118; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 36–37; P. Courbe: *Droit...*, s. 300; B. Audit: *Droit...*, s. 680. Por. także orzeczenie paryskiego *Cour d'appel* z 10 listopada 1993 r., opubl. m.in. w „*Journal du droit international*” 1994, s. 678, w którym sąd dopatrył się dorozumianego wyboru prawa w okoliczności, że strony w umowie odwołały się do francuskich regulacji dotyczących papierów wartościowych.

jako właściwego⁴⁹. Z kolei posłużenie się specyficzną terminologią może mieć znaczenie tylko wtedy, gdy terminy, którymi się posłużono, są rzeczywiście charakterystyczne dla danego systemu prawnego. Najsilniejszym dowodem woli stron w przedmiocie wyboru prawa będzie oczywiście wystąpienie kilku wymienionych elementów naraz, a więc sytuacja, w której strony dopasują umowę do wymagań i terminologii określonego prawa, jednocześnie dając temu świadomy wyraz w treści umowy⁵⁰.

Istotnym czynnikiem wskazującym na dorozumianą wolę stron w przedmiocie wyboru prawa może być fakt istnienia ciągu umów pomiędzy tymi samymi stronami zawierających klauzulę wyboru prawa w sytuacji, w której pominięto ją w kolejnej umowie⁵¹. Niekoniecznie musi to oznaczać, że strony chciały zrezygnować z wyboru prawa. Przeciwnie, co do zasady strony zakładają, że kolejne pomiędzy nimi umowy zawierają takie same postanowienia⁵². Podobnie pominięcie klauzuli wyboru prawa w umowie, która stanowi część kompleksu gospodarczego umów, nie musi oznaczać rezygnacji ze wskazania prawa właściwego⁵³. Strony mogą pominąć klauzulę wyboru prawa także w ostatecznym dokumencie umowy, mimo że znajdowała się ona we wcześniejszych wersjach. Również w takim przypadku istnieć może dorozumiana wola stron w przedmiocie wyboru prawa⁵⁴.

Jeszcze inną okolicznością, która wskazywać może na dorozumiany wybór prawa, jest umowne wskazanie miejsca zawarcia umowy lub jej wykonania⁵⁵. W przypadkach takich trzeba jednakże bardzo

⁴⁹ Zob. P. Nygh: *Autonomy...*, s. 118; R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 97. Na temat „materiałnoprawnego wskazania” w ogólności zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 130.

⁵⁰ Tak w orzeczeniu niemieckiego Trybunału Najwyższego (*Bundesgerichtshof*) z dnia 14 stycznia 1999 r., opubl. m.in. w „Internationales Baurecht” (IBR) 1999, s. 206 (dostępne także na stronie: <http://www.rome-convention.org>), w którym sąd dopatrzyl się dorozumianego wyboru prawa w okoliczności, że strony wykorzystały niemieckie ogólne warunki publicznych kontraktów budowlanych VOB oraz niemieckie standardy DIN, a także oparły się na postanowieniach niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB).

⁵¹ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 114; P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116; H. Heiss, in: *EVÜ...*, s. 38.

⁵² P. Nygh: *Autonomy...*, s. 116.

⁵³ Tak w szczególności Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 38.

⁵⁴ Tak np. angielski sąd w orzeczeniu *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v. Mongolian Government* [2002], 2 All ER (Comm), s. 873.

⁵⁵ A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales...*, s. 574.

uważnie badać, czy strony rzeczywiście chciały wywołać skutki kolizyjnoprawne⁵⁶. Stronom mogło bowiem chodzić wyłącznie o wyeliminowanie wątpliwości co do miejsca zawarcia umowy czy też określenie miejsca wykonania zobowiązania.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że nie należy wyciągać jakichkolwiek wniosków co do woli stron w przedmiocie wyboru prawa z okoliczności, że umowa została sporządzona w określonym języku⁵⁷. Strony sporządzają umowę w języku, który jest dla nich najwygodniejszy. Nie musi to wcale oznaczać, że dogodne jest dla nich również prawo kraju, w którego języku sporządzona została umowa. Słabość wskazanego kryterium wynika również z tego, że posługiwanie się niektórymi językami jest powszechnie przyjęte w handlu międzynarodowym bądź pewnych jego gałęziach, jak i z tego, że ten sam język bywa częstokroć językiem urzędowym w kilku państwach, dysponujących jednak odrębnymi systemami prawnymi.

Ważną grupą okoliczności, które świadczyć mogą o istnieniu dorozumianego wyboru prawa, jest zachowanie stron na różnych etapach ich stosunku prawnego⁵⁸. Na wolę wybrania określonego prawa wskazywać może korespondencja wymieniana między stronami, przed i po zawarciu umowy, ich postępowanie podczas negocjacji, jak również późniejsze zachowanie – zawsze wtedy, gdy strony, choćby w sposób pośredni, odwołały się do systemu prawnego określonego prawa lub przynajmniej opierały się na nim. Istotną rolę odegrać może także postępowanie stron już w trakcie procesu sądowego⁵⁹. Znaczenie mieć będzie, co strony podnosiły w swych pismach procesowych i wystąpieniach ustnych. Jeżeli zgodnie opierały się na postanowieniach jakiegoś prawa, może to być wskazówką, iż w umowie dokonano dorozumianego wyboru prawa⁶⁰.

⁵⁶ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 111. Zob. także P. Nygh: *Autonomy...*, s. 120.

⁵⁷ Tak M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 111. Odmienne, na rzecz domniemania właściwości prawa państwa, w którego języku umowę spisano, o ile nie jest to „język światowy”. J. Balicki: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Lublin 1976, s. 176.

⁵⁸ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 112. Por. także R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 98.

⁵⁹ M.A. Zachariasiewicz: *Dorozumiany...*, s. 112.

⁶⁰ Ibidem. W orzecznictwie, np. *OLG Frankfurt a. M.*, wyrok z 13.06.1991 r., 5 U 261/90, dostępny na stronie: <http://www.jura.uni-freiburg.de/> oraz *Kantongericht Nidwalden*, wyrok z 03.12.1997 r., 15/96 Z, dostępny na stronie: <http://www.uncitral.org/> htm. Sąd powinien jednakże wykazać daleko idącą ostrożność w tym zakresie, gdyż fakt, że strony odwołują się do postanowień tego samego prawa nie musi jeszcze ozna-

Dla oceny woli stron w przedmiocie wyboru prawa znaczenie może mieć także uczestnictwo organu władzy publicznej przy zawarciu umowy⁶¹.

Niektórzy autorzy podnoszą również, że jeżeli w grę wchodzi więcej niż jeden system prawny, ale tylko w świetle jednego z nich umowa jest ważna, to wnioskować będzie można o woli stron w przedmiocie wyboru tego ostatniego⁶². Wydaje się jednak, że strony musiałyby co najmniej mieć świadomość treści prawa, które wybrały.

Powyższe okoliczności stanowią tylko przykłady, jakie świadczyć mogą o dorozumianym wyborze prawa. Ich wyczerpujące wyliczenie nie jest zresztą możliwe. Trzeba jednak jeszcze raz podkreślić, że wszystkie zaprezentowane okoliczności są zaledwie wskazówką dla sądu. Ich obecność może, ale nie musi wskazywać na istnienie zamiaru wyboru prawa. Poszukujemy rzeczywistej woli stron. W takim kierunku już od dawna podąża jurysprudencja na świecie. W taki sposób skonstruowany jest art. 3(1) Konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Sąd musi więc zadać sobie pytanie, czy strony rzeczywiście świadomie wybrały dla swego stosunku umownego prawo jakiegoś państwa⁶³. Nie może natomiast – w braku w tym względzie czytelnych wskazówek – poprzestać na określeniu systemu prawnego, który – w jego ocenie – strony zapewne by wska-

zać, iż w umowie dokonały wyboru prawa. Strony mogą bowiem prowadzić dyskusję, skupiając się na argumentach merytorycznych, w których z natury rzeczy do pewnego stopnia odwoływać się będą do postanowień tego samego systemu prawnego. Rezygnacja, na pewnym etapie procesu, z argumentacji kolizyjnoprawnej nie oznacza, że sąd może przyjąć, iż miał miejsce wybór prawa i nie zwalnia go z konieczności poszukiwania prawa właściwego na podstawie miarodajnych norm kolizyjnych. Por. U. Magnus, P. Mankowski: *Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a community instrument and its modernisation*, s. 18, dostępne na stronie: http://europa.eu.int/comm/justice_home/. Może być również i tak, że argumentacja procesowa stron stanowi jedynie wynik ich błędu co do prawa właściwego. Zważywszy, że znaczenie kolizyjnoprawne ma jedynie rzeczywista wola stron, błąd taki nie powinien przesądzać o właściwości prawa; por. A. Heldrich, in: *Palandt...*, s. 2297; J. Kropholler: *Internationales...*, s. 298; por. również: Sąd Okręgowy w Katowicach, wyrok w sprawie sygn. akt XIV GC 663/03/8.

⁶¹ Tak B. Audit: *Droit...*, s. 681, który wskazuje jednakże, że silniejszą wskazówką będzie obecność organu władzy publicznej danego państwa przy zawieraniu umowy poza jego granicami (konsul).

⁶² Ibidem, s. 682.

⁶³ Tak więc wątpliwości rodzi np. wyrok *OLG Köln* z 26.08.1994 r., 22 U 202/93. RIW 1994. H. 11, s. 972, w którym sąd ten uznał, że okolicznością wskazującą na dorozumiany wybór prawa jest m.in. ustalenie płatności w walucie innej aniżeli określona pierwotnie w ofercie.

zały, gdyby zdecydowały się dokonać wyboru. Rozróżnienie to jest szczególnie istotne w systemach kolizyjnych, odmawiających znaczenia woli hipotetycznej. W ich przypadku wyraźnie rysuje się bowiem odmienność między wskazaniem prawa na drodze wyboru dokonanego przez strony a poszukiwaniem regulacji właściwej w sytuacji, gdy wyboru takiego brak. W tym ostatnim przypadku sąd zmuszony jest odnaleźć prawo mające najsilniejsze więzi ze stosunkiem umownym. Przed polskim sądem poszukiwanie to odbywa się na podstawie norm z art. 26–29 ustawy o p.p.m., w których posłużono się łącznikami obiektywnymi.

Opierając się na poczynionych powyżej uwagach, należy z kolei przeanalizować tok rozumowania, który doprowadził Sąd Najwyższy do przyjęcia w głosowanym orzeczeniu, iż strony sporu dokonały w sposób dorozumiany wyboru prawa polskiego dla zawartej przez siebie umowy. Otóż należy zauważyć, że wniosek taki uzasadniany jest argumentami pozornie trojakiego rodzaju. Zdaniem Sądu Najwyższego, wybór dorozumiany prawa polskiego wynikać ma bowiem z faktu, że „strony zawarły umowę w Polsce, także tutaj pozwana pisemnie zobowiązała się do zwrotu poniesionych wydatków, a faktury zakupu urządzeń zostały wystawione na jej nazwisko”. Paradoksalnie, mimo wprowadzonego rozróżnienia, mamy tu do czynienia z jednym tylko czynnikiem.

Zauważyć należy przede wszystkim, że z kolizyjnoprawnego punktu widzenia całkowicie pozbawione znaczenia jest to, na czyje nazwisko wystawiono faktury dokumentujące sprzedaż urządzeń barowych, i trudno doprawdy zrozumieć, dlaczego element ten został przez Sąd Najwyższy tak wyeksponowany. Chodzi tu wszak o czynność z zakresu prawa podatkowego, pozostającą w związku nie z realizacją udzielonego powodowi i jego małżonce zlecenia, ale umowy zawartej w jego wykonaniu. Co więcej, czynność ta – jak można się domyślać – przedsięwzięta została przez sprzedawcę, a zatem podmiot zewnętrzny względem stron sporu. Trudno więc na jej podstawie wnioskować o woli tych ostatnich. Następnie jeżeli zważyć, że „pisemne zobowiązanie się pozwanej do zwrotu wydatków” jest jedynie elementem treści umowy zlecenia, to wniosek wydaje się oczywisty. Mimo sposobu, w jaki sformułowano uzasadnienie głosowanego wyroku, jedyny czynnik będący w niniejszej sprawie podstawą przyjęcia przez Sąd Najwyższy dorozumianego wyboru prawa polskiego stanowi zawarcie umowy w Polsce.

Należy z kolei przejść do oceny sposobu, w jaki Sąd Najwyższy wykorzystał okoliczność zawarcia umowy w Polsce. Opierając się na poczynionych wcześniej uwagach teoretycznych, jesteśmy zdania, że

sam fakt zawarcia umowy w takim czy innym miejscu nie świadczy jeszcze o woli wywołania przez umawiające się strony skutków kolizyjnych w postaci poddania umowy i wynikającego z niej stosunku obligacyjnego prawu obowiązującemu na tym obszarze. Zawarcie każdej umowy daje się powiązać z terytorium jakiegoś państwa, choć niekiedy⁶⁴ mogą wystąpić trudności w jego ustaleniu. Przyznanie temu kryterium znaczenia rozstrzygającego przy ocenie istnienia dorozumianego wyboru prawa prowadziłoby zatem w praktyce do zupełnego wyeliminowania norm kolizyjnych posługujących się łącznikami obiektywnymi. Te bowiem dochodzą wszak do głosu dopiero w braku wyboru. Zauważyć należy przy tym, że łącznik miejsca dokonania czynności (*locus acti*) jest powszechnie krytykowany ze względu na swą przypadkowość⁶⁵ i w nowszych ustawodawstwach kolizyjnych bywa wykorzystywany dopiero w dalszej kolejności, jako łącznik posiłkowy⁶⁶.

Wydaje się jednak, że w niniejszym przypadku istota błędu Sądu Najwyższego polega na pomyleniu dwóch różnych procesów myślowych. Tok rozumowania Sądu, mimo sposobu uzasadnienia wyroku, bliższy jest bowiem w istocie poszukiwaniu prawa właściwego na podstawie powiązań obiektywnych aniżeli ustalaniu subiektywnej woli stron.

Tak zresztą, wobec braku wyboru prawa, należało w sprawie postąpić. Sąd powinien był odszukać prawo na podstawie łączników obiektywnych. W tym miejscu – gdy w istocie kierujemy rozważania na poszukiwanie prawa najściślej związanego z zobowiązaniem – fakt zawarcia umowy w Polsce mógłby potencjalnie mieć jakieś znaczenie. Także w tym miejscu, potencjalnie, można by rozważać znaczenie obywatelstwa stron, ich miejsca zamieszkania czy też miejsca wykonania umowy. Tego typu okoliczności mogłyby bowiem wskazywać na związki umowy z określonym systemem prawnym. Tak się jednak składa, że w przeciwieństwie choćby do art. 4 konwencji rzymskiej⁶⁷ metoda

⁶⁴ Zwłaszcza w przypadku umów zawieranych *inter absentes*.

⁶⁵ Por. B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1968, s. 158; W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo...*, s. 190; M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 121; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne...*, s. 206.

⁶⁶ Por. art. 27 § 2 p.p.m., art. 29 p.p.m.

⁶⁷ Analiza, jakie prawo powinien zastosować sąd w omawianym przypadku, gdyby orzekał na podstawie konwencji rzymskiej, wydaje się zbędna. Można tylko zaznaczyć, że elementy występujące w sprawie wskazują na związki zarówno z polskim, jak i włoskim prawem (miejsce zawarcia umowy w Polsce, miejsce wykonania – we Włoszech, obywatelstwo zleceniodawcy polskie, zleceniobiorców – włoskie). Właściwość prawa polskiego z pewnością nie byłaby zatem oczywista.

regulacji przyjęta w polskiej Ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym – posłużenie się normami kolizyjnymi o sztywnych łącznikach – wyłącza jakąkolwiek swobodę oceny.

Powracając do analizy interesującego nas przypadku, należy zatem stwierdzić, że w braku wyboru prawa sąd powinien był zastosować normę kolizyjną z art. 27 § 1 ustawy o p.p.m. Nie ma bowiem zastosowania art. 26, gdyż strony – jak należy wnosić z treści uzasadnienia wyroku – miały miejsca zamieszkania w różnych państwach. Artykuł 27 § 1 przewiduje dla umowy zlecenia właściwość prawa państwa, w którym w chwili zawarcia umowy miejsce zamieszkania ma przyjmujący zlecenie. Ponieważ w omawianej sprawie zleceniodawca posiadał – jak się wydaje – miejsce zamieszkania we Włoszech, sąd powinien był zastosować prawo włoskie.

Głosowany wyrok zasługuje zatem na zdecydowanie krytyczną ocenę. Sąd Najwyższy, oceniając nader interesujący przypadek, nie wykorzystał istniejącej możliwości wzbogacenia praktyki orzeczniczej o uwagi dotyczące sposobu stosowania prawa obcego oraz mechanizmu postępowania przy ocenie istnienia dorozumianego wyboru prawa. Te niezwykle istotne kwestie potraktowane zostały powierzchownie, zaś w toku rozumowania Sądu Najwyższego wyraźnie można wyczuć dążenie do oceny ustalonego stanu faktycznego na podstawie własnych norm merytorycznych.

Jak już wspomniano, Polska podpisała niedawno konwencję rzymską o prawie właściwym dla zobowiązań umownych⁶⁸. Oznacza to, że polskie sądy już niedługo będą musiały stosować jej postanowienia. Orzeczenie Sądu Najwyższego, mimo że wydane na podstawie

⁶⁸ Na marginesie wspomnieć można, że toczy się obecnie dyskusja nad przekształceniem konwencji w instrument wspólnotowy i jej jednoczesną modernizacją. 15 grudnia 2005 r. Komisja Europejska przedstawiła opracowany przez siebie projekt rozporządzenia w tym przedmiocie (Dokument Komisji COM (2005) 650 final). Przepis poświęcony wyborowi prawa (art. 3) zmodyfikowany został w ten sposób, iż przewiduje domniemanie, że strony dokonały w sposób dorozumiany wyboru prawa w przypadku, gdy wskazały w umowie sąd danego państwa jako właściwy do rozstrzygania sporów na tle łączącego je stosunku umownego. Zaznaczyć jednakże trzeba, że propozycje doprecyzowania przepisu dotyczącego dorozumianego wyboru prawa, przez wskazanie okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla ustalenia woli stron, spotkały się z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny jeszcze przed opracowaniem ostatecznej wersji projektu. Zob. np. U. Magnus, P. Mankowski: *Joint Response...*, s. 17 i nast.; Working group of the Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law: *Comments...*, s. 35 i nast. Podzielając pogląd krytyczny wobec wspomnianego „doprecyzowania”, należy podkreślić, że rozwiązanie zaproponowane przez Komisję niesie z sobą ryzyko, iż sądy nazbyt łatwo przyjmować będą dorozumiany wybór prawa tam, gdzie w umowie znalazła się klauzula prorogacyjna.

obowiązującej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, zachowa znaczenie także w przyszłości. Sąd Najwyższy *de facto* kreuje w swym rozstrzygnięciu standard, który wymagany będzie przy poszukiwaniu dorozumianej woli stron w przedmiocie wyboru prawa. Istnieje zagrożenie, że standard ten będzie stosowany przez sądy także na tle konwencji rzymskiej. Trzeba więc z całą mocą podkreślić, że został on błędnie nakreślony. Orzeczenie Sądu Najwyższego jest zatem krokiem w niewłaściwym kierunku.