

Wojciech Popiołek^{a)}

Styk prawa prywatnego i publicznego z kolizyjnoprawnego punktu widzenia

Abstract: The article examines the private international law consequences of the increasing role of the public law regulation, which it plays in international cases. In that context, the paper looks at the concept of the overriding mandatory rules as accepted also in the Polish private international law, as well as at the regulation of Article 6(1) of the Act on Private International Law of 2011. According to that rule: „The applicable law, determined in accordance with the provisions of this act, encompasses the rules of public law, if they should be applied under the applicable law to a given legal relationship”. This means that the legal system determined as applicable by the Polish conflict of laws rule, whether domestic or foreign, should be applied as a whole, including its public law rules. It is the law applicable itself that determines whether a given rule of public law should be applied. The public nature of the rule in question does not preclude its application. The judge at the forum does not have a competence to manipulate the applicable law by a priori categorizing the rules of law to the realm of public law and for that reason refuse their application. This, however, does not mean that all the public law rules of the applicable law will be applied. Their application depends foremost on their own „intent to apply”, which means that their *rationae materiae* and *rationae personae* scope of application covers the given factual situation, because of a certain connection with the territory of the given state. Moreover, the competences of the authority are relevant. The court at the forum cannot assume competences of the public authority of the state, the law of which is applicable. As a consequence, the court is, inter alia, bound by the sanction provided in the applicable law, and must apply it, provided that it remains in its competences. It cannot, however, exercise public powers over the parties to the disputed legal relationship. In case there is a conflict between foreign public law and the forum’s domestic public law, in principle the latter has priority.

Keywords: overriding mandatory rules, public law, foreign public law

^{a)} Prof. zw. dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach.

1. Wprowadzenie

Prawo prywatne międzynarodowe nie może być postrzegane tylko jako technicznoprawny instrument rozgraniczania sfer zastosowania systemów prawnych poszczególnych państw w przestrzeni za pomocą „neutralnych” norm kolizyjnych¹. Z perspektywy funkcjonalnej stanowi ono także jedno z narzędzi oddziałujących na przepływ — w stosunkach transgranicznych — osób, kapitałów, towarów i usług². Ta funkcja wiąże się m.in. z narastającą konkurencją systemów prawnych w zakresie regulowania przez nie stosunków społeczno-gospodarczych, w tym za pomocą przepisów zaliczanych do prawa publicznego³. Konsekwencją tego ostatniego zjawiska są m.in. dwie przeciwstawne tendencje.

Z jednej strony, w międzynarodowych stosunkach prawnych (zwłaszcza gospodarczych) zwiększa się zakres autonomii woli uczestników tych stosunków, umożliwiając im „ucieczkę” od uregulowań systemów prawnych zawierających rozwiązania, których zastosowania — z różnych powodów — chcą oni uniknąć. I tak np. w stosunkach umownych strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego dla kontraktu, w zasadzie bez żadnych ograniczeń, mogą określić właściwość sądu, przy równocześnie zagwarantowanej — w państwach Unii Europejskiej — wykonalności orzeczeń, bądź mogą — skądinąd dzięki zachętom ustawodawców krajowych — wyłączyć kompetencję sądu państwowego na rzecz sądu polubownego, mogą wreszcie ograniczyć (bądź nawet wyłączyć) zastosowanie jakiegokolwiek systemu prawnego przez klauzulę arbitrażową, przyznającą arbitrom kompetencję do orzekania na zasadach słuszności. Znaczenie kolizyjnej autonomii woli wzrasta także w obszarze zobowiązań pozaumownych i innych stosunków prawnych. Nie można też pominąć roli woli przedsiębiorców w zakresie ustalania miejsca lokowania inwestycji czy miejsca prowadzenia działalności gospodarczej, a tym samym decydowania o reżimie prawnym swojej aktywności. Te zjawiska są naturalną konsekwencją — jak mogłoby się wydawać — zwiększania

¹ Zob. np. P. Mayer: *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*. Paris 1973, n° 102 i nast.

² Zob. np. H. Muir Watt: *La fonction économique du droit international privé*. „Revue internationale de droit économique” 2010, n° 1 (T. 24), s. 103 i nast.; Eadem: *Aspects économiques du droit international privé*. „Receuil des Cours” 2000, T. 307, s. 24 i nast.; Eadem: *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néo-libéralisme*. In: *La matière civile et commerciale, sociale d'un code européen de droit international privé?* Eds. M. Fal-lon, P. Lagarde, S. Poillot-Perruzzetto. Paris 2009, s. 77.

³ Zob. np. H. Buxbaum: *Transnational Regulatory Litigation*. „The Virginia Journal of International Law” 2006, no. 46, s. 251.

się zakresu swobody regulacji stosunków cywilnoprawnych w prawach krajowych. Można więc twierdzić, że stanowią one „przedłużenie” w obszarze stosunków międzynarodowych swobody przyznawanej podmiotom prawa prywatnego w stosunkach „czysto krajowych”⁴.

Z drugiej jednak strony, w systemach prawnych poszczególnych państw na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat postępuje intensyfikacja ograniczeń zakresu swobody uczestników stosunków cywilnoprawnych, w praktycznie wszystkich sferach tych stosunków⁵, w następstwie realizacji przez państwa różnych celów społecznych i gospodarczych⁶, odzwierciedlających coraz większe oczekiwania społeczne, co wymaga m.in. ograniczenia swobody zachowań podmiotów prawa prywatnego. Do takich ograniczeń dochodzi przede wszystkim poprzez regulacje prawa publicznego.

Konsekwencją tej drugiej tendencji, wobec potrzeby zabezpieczenia interesów poszczególnych państw także wówczas, gdy stosunek prawny powstający w obrocie międzynarodowym kształtowany jest przez prawo obce, jest m.in. wzrost znaczenia przepisów, które w polskiej doktrynie określamy jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie (bądź przepisy koniecznego zastosowania). Tutaj jednak oddziaływanie systemów prawnych państw, których interesy zagrożone są w wyniku wykorzystywania przez podmioty prawa prywatnego instrumentów umożliwiających wyłączenie stosowania prawa tych państw, jest słabsze niż w przypadku stosunków „czysto krajowych”. Można to opisać w ten sposób, że ustawodawstwa zainteresowanych państw nie nadążają, przez ustanawianie regulacji ochronnych, za skutkami korzystania przez uczestników obrotu międzynarodowego z zakresu przysługujących im swobód.

Zjawisko nowej „generacji” kolizji między imperatywnymi uregulowaniami prawa gospodarczego⁷, związane z mobilnością transgraniczną

⁴ Zob. np. A. Briggs: *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*. Oxford 2008, § 13.

⁵ Te ograniczenia (ściślej — ich narastanie) są szczególnie wyraźne w sferze stosunków umownych. Tam bowiem najłatwiejsza jest „ucieczka” przed zastosowaniem przepisów prawa publicznego. W innych obszarach stosunków społeczno-gospodarczych ten proces jest wolniejszy m.in. z tej przyczyny, że ustawodawcy poszukują takich rozwiązań kolizyjnych, by zapewnione było m.in. zastosowanie prawa tego państwa, którego interesy, w tym interesy „publiczne”, powinny być brane pod uwagę.

⁶ Zob. np. J. Basedow: *The Law of Open Societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*. Haga 2015, s. 353 i nast.

⁷ Zob. np. J. Basedow: *Conflicts of Economic Regulation*. „American Journal of Comparative Law” [dalej: AJCL] 1994, no. 42, s. 423 i nast.; Idem: *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés. Le domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence*. „Recueil des Cours” 1997, T. 294, s. 9 i nast.; H. Muir Watt: *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A matter of Political Economy*. Referat na konferencji *Ius Commune*, Amsterdam, 28—29 listopada 2002 r. Dostępny na stronie: <http://www.ejcl.org/73/art73-4.html>.

osób, przedsiębiorców, dóbr, usług i kapitału, wzruszyło tradycyjne podejście dwudziestowiecznej nauki do prawa prywatnego międzynarodowego jako narzędzia służącego rozstrzygnięciu wyłącznie prywatnoprawnych sporów. Prawo prywatne międzynarodowe było niegdyś wolne od elementu „publicznego”, a zatem i „politycznego”, w związku z odrzuceniem *a priori* stosowania przepisów obcego prawa publicznego⁸, co pozwalało sądom uchylać się od oceny i uwzględniania interesów innych państw, realizowanych przez takie przepisy⁹. Natomiast dzisiaj kolizje zachodzące między krajowymi regulacjami ingerującymi w stosunki prywatnoprawne stają się jednym z podstawowych problemów związanych z określaniem reżimu prawnego stosunków powstających w obrocie międzynarodowym.

Pojawiło się więc pytanie, czy prawo prywatne międzynarodowe może — przez właściwe mu instrumenty — zapewnić równowagę pomiędzy tymi przeciwstawnymi tendencjami, a więc czy instrumenty te mogą ograniczyć niektóre, trudnie do zaakceptowania, konsekwencje korzystania przez uczestników stosunków cywilnoprawnych z przysługujących im swobód. Chodzi o to, czy i w jakim zakresie możliwe jest inne niż „monopolistyczne” podejście do regulacji ograniczających te swobody, sprowadzające się do stosowania tylko własnych norm prawa publicznego, a więc czy i jakie znaczenie dla sędziego forum mają (powinny mieć) przepisy prawa publicznego, należące do innego systemu prawnego niż własny.

2. Ujęcie tradycyjne

Pierwsze pytanie, jakie pojawia się w związku z zagadnieniem kolizyjnego traktowania prawa publicznego, to pytanie, czy norma kolizyjna wskazuje jako właściwe prawo obce tylko w zakresie wchodzących w jego skład norm prawa prywatnego, czy też także w zakresie norm prawa publicznego.

⁸ Zob. np. w doktrynie amerykańskiej Ph.J. McConaughy: *Reviving the „Public Law Taboo” in International Conflict of Laws*. „Stanford Journal of International Law” 1999, no. 35, s. 255 i nast.; W.S. Dodge: *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*. „Harvard International Law Journal” [dalej: HILJ] 1998, no. 39, s. 101 i nast.

⁹ Por. np. F.A. Mann: *The International Enforcement of „Public Rights”*. „Revue critique de droit international privé” [dalej: RCDIP] 1988, n° 1, s. 77 i nast.

Na to pytanie w klasycznej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego odpowiadano najczęściej przez zaprzeczenie dopuszczalności stosowania obcego prawa publicznego ze względu na zasady suwerenności i terytorialności¹⁰. „Tabu” obcego prawa publicznego było szczególnie wyraźne np. w anglosaskich systemach prawnych¹¹. Przyjmowano, że zasada „niestosowalności” przejawia się w następujących regułach: 1) sąd forum ogranicza swoją analizę w zakresie konfliktu praw do kwestii objętych prawem prywatnym, co oznacza możliwość zastosowania tylko obcego prawa prywatnego; 2) sąd forum nie stosuje obcego prawa publicznego, zatem oddali powództwo, jeżeli sprawa podlega ocenie wyłącznie obcego prawa publicznego¹²; 3) sąd forum nie uchyli zastosowania własnego prawa publicznego na korzyść obcego prawa publicznego jakiegokolwiek państwa, bo nie jest ono przedmiotem jego zainteresowania¹³; 4) zastosowanie prawa publicznego forum zależy od zakresu jego zastosowania, a nie od woli stron lub od tego, że jakiegokolwiek obce prawo reguluje (bądź nie) dany stosunek prawny¹⁴. Tak więc roszczenie oparte na obcym prawie publicznym, np. ze sfery prawa gospodarczego, nie zostanie uwzględnione, bo sąd forum nie może służyć obcym interesom państwowym¹⁵.

¹⁰ Zob. np. orzeczenie angielskie z 1775 r. w sprawie *Holman v. Johnson*, 1 Cowp. 341, 98 Eng. Rep. 1120; pierwszy amerykański *Restatement of Conflict of Laws*. 1934, § 610; A.V. Dicey, J.H.C. Morris: *The Conflict of Laws* 1973. Ed. 9, s. 75; orzeczenie amerykańskiego *Court of Appeals* z 1929 r. w sprawie *Moore v. Mitchell*, 30 F. 2d 600, 604 (2d Cir.). W polskiej doktrynie zob. J. Poczobut: *Stosowanie prawa publicznego w polskim prawie prywatnym międzynarodowym — zagadnienia węzłowe*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2013.

¹¹ Zob. np. Ph.J. McConaughy: *Reviving...*; A.F. Lowenfeld: *Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for Their Interaction*. „Recueil des Cours” 1979, T. 163, s. 311 i nast.; D. Jackson: *Mandatory Rules and Rules of „ordre public”*. In: *Contract Conflicts* 1982. Ed. P.M. North, s. 59 i nast.; W.S. Dodge: *Breaking the Public Law Taboo*. HILJ 2002, no. 43, s. 161 i nast.; Idem: *The Public — Private Distinction in the Conflict of Law*. „Duke Journal of Comparative and International Law” 2008, no. 18, s. 371 i nast.

¹² Zob. np. A.F. Lowenfeld: *International Litigation and Arbitration (American Casebook Series)*. St. Paul 2005, s. 1; W.S. Dodge: *Extraterritoriality...*

¹³ Zob. np. orzeczenia amerykańskie w sprawach *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945); *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 811 (1946); por. też R.J. Weintraub: *The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a „Choice-of-Law” Approach*. „Texas Law Review” 1992, no. 70, s. 1799 i nast.

¹⁴ To podejście było charakterystyczne np. w przypadku traktowania przez sądy amerykańskie przepisów Securities Exchange Act, zob. np. R. Hacker, R. Rotunda: *The Extraterritorial Regulation of Foreign Business Under the U.S. Securities Laws*. „North Carolina Law Review” 1981, no. 59, s. 643 i nast.; W.S. Dodge: *The Public — Private...*, s. 374 i nast.

¹⁵ Zob. np. F.A. Mann: *The International Enforcement...*

W konsekwencji — tak w państwach anglosaskich¹⁶, jak i w państwach Europy kontynentalnej¹⁷, w tym w Polsce¹⁸ — przez normy prawa właściwego rozumiano tylko normy prawa prywatnego, normy prawa publicznego zaś znajdowały zastosowanie niezależnie od mechanizmu kolizyjnego prawa prywatnego międzynarodowego. Temu ujęciu odpowiadała sama tradycyjna nazwa zespołu norm regulujących konflikty praw — prawo prywatne międzynarodowe¹⁹.

3. Ujęcie współczesne

W poszczególnych systemach prawnych stopniowo odchodzono od zasady niestosowalności obcego prawa publicznego. Podkreślano, że odrzucić trzeba tezę, iż prawo publiczne „jako takie” nie podlega normom kolizyjnym prawa prywatnego międzynarodowego, ponieważ sąd forum nie może stosować obcego prawa publicznego. To, że istnieją „wrażliwe” własne interesy państwa forum, nakazujące sędziemu stosowanie przepisów własnych, nie oznacza, że nie może on nigdy orzekać o roszcze-

¹⁶ Zob. np. orzeczenia: sądów amerykańskich w sprawach — *Compania de Inversiones Internacionales v. Industrial Mortgage Bank of Finland*, 198 N.E. 617, 621 (1935), 297 U.S. 705 (1936); *Knott v. Botany Mills*, 179 U.S. 69, 71 (1900); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, 637 n. 19 (1985); sądów angielskich — *Holman v. Johnson* z 1775 r., 98 ER, s. 1120 i nast.; *A.-G. of New Zealand v. Ortiz* z 1982, 3 All ER, s. 450 i nast.; sądów australijskich — *Akai Party Ltd. v. The People's Ins. Co. Ltd.* (1996) 71 A.L.R. 156. Zob. też np. B.M. Cremades, S.L. Plehn: *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*. „The Boston University International Law Journal” 1984, no. 2, s. 317 i nast.; J.R. Paul: *Comity in International Law*. HILJ 1991, no. 32, s. 28.

¹⁷ Zob. np. H. Batiffol: *Public Policy and the Autonomy of the Parties: Interrelations between Imperative Legislation and the Doctrine of Party Autonomy*. In: *Lectures on the Conflicts of Law and International Contracts*. University of Michigan Law School 1951, s. 79; P. Mayer: *Les lois de police étrangère*. „Clunet” 1981, no. 108, s. 277 i nast.; E. Vitta: *Diritto internazionale private*. T. 1. Torino 1972, s. 13; G. Kegel, in: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales Privatrecht*. München 2004, s. 162 i nast.

¹⁸ Por. np. J. Gołaczyński: *Wybrane zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego w ustawie z 2011 r.* „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16, s. 857; K. Bagan-Kurluta: *Nowa ustawa z 4.02.2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe*. „Edukacja Prawnicza” 2011, nr 6, s. III; w orzecznictwie zob. uchwałę Sądu Najwyższego z 26.03.1982 r., III CZP 61/80, OSN 1982, nr 11—12, poz. 161; wyrok Sądu Najwyższego z 29.09.2003 r., V CKN 90/00. Lex.

¹⁹ Zaproponowana przez J. Story, zob. np. H.W. Baade: *The Operation of Foreign Public Law*. „The Texas International Law Journal” 1995, no. 30, s. 447; A.F. Lowenfeld: *International...*, s. 1.

niach opartych na obcym prawie publicznym. Stanowisko, że sąd może stosować tylko własne przepisy prawa publicznego jako wyraz władzy państwa forum (jego suwerenności) trudno pogodzić z wymogami globalnego rynku²⁰. Granice terytorialne nie stanowią już przecież ochrony przed skutkami gospodarczymi i społecznymi działań podejmowanych za granicą²¹. Zależności zachodzące między rynkami krajowymi wymagają, by ustawodawcy uczestniczyli w regulacji globalnej²². Państwa, uczestnicząc w międzynarodowej wymianie, zarazem muszą rezygnować z wyłączności regulacyjnej transgranicznych stosunków prawnych przez normy własnego prawa²³. Tam, gdzie obce publiczne interesy rzeczywiście wymagają ochrony, nie sposób już odwoływać się do argumentu, że z interesem państwa forum zawsze pozostaje w sprzeczności „służenie” obcej suwerenności przez stosowanie obcego prawa publicznego²⁴.

Stąd też w doktrynie i orzecznictwie coraz liczniej reprezentowane jest stanowisko, że w odniesieniu do stosunków prawnych w obrocie międzynarodowym prawo publiczne (np. antymonopolowe, dotyczące obrotu papierami wartościowymi, kontroli przepływu walut itp.) powinno być przedmiotem tradycyjnych norm kolizyjnych. Tendencja ta zarysowała się np. w doktrynie amerykańskiej²⁵ i orzecznictwie sądów amerykańskich²⁶, w tym w znanych sprawach Lloyd²⁷. Wskazywano zarazem, że

²⁰ Por. np. E. Kronke: *Capital Markets and the Conflict of Laws*. „Receuil des Cours” 2000, T. 286, s. 288.

²¹ Zob. np. J. Basedow: *The Law...*, s. 381.

²² Tak np. J. Basedow: *Souveraineté territoriale...*

²³ Tak np. E. Kronke: *Capital Markets...*, s. 285.

²⁴ Zob. np. wyrok Tribunale di Torino z 25.03.1982 r., Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1981, n° 18, s. 625 i nast.

²⁵ Zob. np. H.G. Maier: *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*. „American Journal of International Law” 1982, no. 76, s. 280 i nast.; D.T. Trautman: *The Role of Conflicts Thinking in Defining the International Reach of American Regulatory Legislation*. „Ohio State Law Journal” 1961, no. 22, s. 586 i nast.; A.F. Lowenfeld: *Public Law...*, s. 367; W.S. Dodge: *The Public — Private...*, s. 394; A. von Mehren, A. General: *View of Contract*. 7. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Leiden 1982, s. 6.

²⁶ Zob. np.: *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3d Cir. 1979); *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976); *Haynsworth v. The Corporation*, 121 F. 3d 956 (5th Cir. 1997); *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 113 S.Ct. 2891 (1993); *Uranium Antitrust Litig.*, *Westinghouse Elec. v. Rio Algom Ltd.*, 617 F. 2d 1248 (7th Cir. 1980); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Elec.*, 494 F. Supp. 1161 (E.D. Pa. 1980); także w sprawach, w których orzekały sądy arbitrażowe, zob. *Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995), *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985), *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

²⁷ *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies Ltd.*, 969 F. 2d 953 (10th Cir. 1992); *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353 (2nd Cir. 1993); *Shell v. R.W. Sturge, Ltd.*, 55 F. 3d

takie podejście uzasadnia potrzeba współpracy międzypaństwowej²⁸ i ułatwienia międzynarodowego handlu²⁹. Truizmem jest też twierdzenie, że egoistyczne nastawienie państw wobec obcych interesów wyrażonych w prawie publicznym pozostaje w sprzeczności ze skutecznością międzynarodową orzeczeń, jest źródłem niespójności, prowadzi do duplikowania procedur³⁰, zwiększenia kosztów i możliwości nadużyć³¹. Jeżeli zachodzi przenikanie się interesów prywatnych i publicznych, to nie można wyeliminować metody kolizyjnej przy ocenie możliwości zastosowania prawa publicznego. Odpowiednia reguła znalazła się zatem w amerykańskim trzecim Restatement dotyczącym stosunków międzynarodowych³². Jako podstawę uzasadniającą dopuszczenie stosowania obcego prawa publicznego wskazuje się też sekcję 187 ust. 2 b) drugiego Restatement dotyczącego prawa kolizyjnego³³.

W doktrynie europejskiej podstawą uwzględniania w prawie prywatnym międzynarodowym interesów „publicznych” stała się, mająca długą historię³⁴, koncepcja stosowania (uwzględniania) przepisów określanych

1227 (6th Cir. 1995); *Allen v. Lloyd's of London*, 94 F. 3d 923 (4th Cir. 1996), *Lipcon v. Underwriters at Lloyd's*, 148 F. 3d 1285 (11th Cir. 1998); *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F. 3d 156 (7th Cir. 1993). Zob. m.in. C.H. Peterson: *Choice of Law and Forum Clauses and the Recognition of Foreign Country Judgments Revisited through the Lloyd's of London Cases*. „Louisiana Law Review” 2000, no. 4, s. 1259 i nast.; H. Buxbaum: *The Role of Public Policy in International Contracts: Reflections on the U.S. Litigation Concerning Lloyd's of London*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2002, H. 3, s. 232 i nast.

²⁸ Zob. np. H.G. Maier: *Extraterritorial...*, s. 318; R.J. Weintraub: *The Extraterritorial...*, s. 1801; A.F. Lowenfeld: *Public Law...*, s. 380; K.W. Dam: *Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case*. „Supreme Court Review” 1993, s. 324.

²⁹ Zob. np. H.G. Maier: *Extraterritorial...*, s. 319.

³⁰ Zob. np. A. Fiebig: *The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation*. „Columbia Journal of European Law” (1998—1999), s. 79 i nast.

³¹ Zob. np. J. Basedow: *Souveraineté territoriale...*; E. Fox: *National Law, Global Markets and Hartford: Eyes Wide Shut*. „Antitrust Law Journal” 2000, no. 68, s. 73 i nast.

³² Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1986). Jako odejście od „tabu” prawa publicznego odczytywana jest sekcja 403; zob. np. R.J. Weintraub: *Extraterritorial...*, s. 1804.

³³ „(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either [...], (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties”. Dostępny na stronie: <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>.

³⁴ Zob. np. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 437 i nast.

najczęściej w polskiej doktrynie jako „przepisy wymuszające swoje zastosowanie” (czy też przepisy koniecznego stosowania), związana — najogólniej mówiąc — z problematyką ochrony porządku publicznego³⁵. Wzrastająca rola uregulowań prawa publicznego bądź z pogranicza prawa publicznego i prywatnego (przepisów „semipublicznych”) stała się podstawą poszukiwania odpowiednich mechanizmów w prawie prywatnym międzynarodowym (np. koncepcje unilateralizmu, bilateralizacji norm własnych), które ostatecznie zaowocowały przyjęciem odpowiednich przepisów w wielu ustawach kolizyjnych. Ustawy te zawierają przede wszystkim nakaz stosowania własnych przepisów wymuszających bądź też przyjmowany jest on w doktrynie i orzecznictwie³⁶. Nie brak także uregulowań (wypowiedzi), które odnoszą się do stosowania/uwzględniania przepisów wymuszających należących do „trzecich” systemów prawnych³⁷. I tak np. w ustawie szwajcarskiej o prawie prywatnym międzynarodowym z 1987 r.³⁸ znalazło to wyraz³⁹ w art. 19, wypowiadającym się o stosowaniu/uwzględnianiu przepisów wymuszających należących do „trzecich” systemów prawnych i ustanawiającym przesłanki takiego zabiegu⁴⁰. Do przepisów wymuszających nawiązują także liczne konwencje międzynarodowe⁴¹.

³⁵ Zob. F.C. von Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*. T. 8. Berlin 1849, s. 36, 276; porządek publiczny państwa chroniony jest także przez „Gesetze von streng positiver, zwingender Natur”; co do wypowiedzi innych przedstawicieli doktryny p.p.m. zob. np.: M. Sołniak: *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1961, s. 11; B. Fuchs: *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*. Katowice 2003, s. 87 i nast.; M. Hellner: *Third country overriding mandatory rules in the Rome I Regulation: Old Wine in the New Bottles?* „Journal of Private International Law” 2009, no. 5 (3), s. 447 i nast.

³⁶ Zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 433; S. Symonides, W.C. Perdue: *Conflict of Laws: American, Comparative, International*. St. Paul 2012, s. 235; J. Basedow: *The Law...*, s. 472.

³⁷ Zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 433 i tam cytowani autorzy.

³⁸ Tekst zob. np. J. Poczobut: *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 1991, s. 89 i nast.

³⁹ Szwajcarski Trybunał Federalny stwierdził, że wzrastająca internacjonalizacja rynków kapitałowych rozszerza współpracę z obcymi organami regulacyjnymi w najlepszym interesie Szwajcarii, zob. wyrok z 29.10.1998 r., BGE 125, I, s. 65, nadto E. Kronke: *Capital Markets...*, s. 270.

⁴⁰ Zob. np. J. Poczobut: *Stosowanie...* i tam cytowana literatura i orzecznictwo.

⁴¹ Zob. np.: art. 16 konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów o przedstawicielstwie handlowym z 1978 r. Dostępny na stronie: <http://www.hcch.net/index>; art. 16 konwencji haskiej o prawie właściwym dla trustów z 1984 r. Dostępny na stronie: <http://www.hcch.net/index>; art. 17 konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów sprzedaży z 1986 r. Dostępny na stronie: <http://www.hcch.net/index>; art. VIII (2) (b) umowy o Międzynarodowym Funduszu Walutowym z 1945 r. Zob. też art. 9 Rezolucji nr 65 Instytutu

W prawie europejskim tendencja ta znalazła wyraz najpierw w ogólnej regule art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej⁴², ograniczonej jednak do stosunków umownych i przewidującej tylko incydentalne stosowanie obcych przepisów wymuszających, w tym przepisów prawa publicznego⁴³. Odpowiednie postanowienia zawarte są również w kolizyjnych rozporządzeniach Unii Europejskiej⁴⁴. Te „koncesje” nie zmieniły jednak ogólnej zasady, że prawo prywatne międzynarodowe odnosi się co do zasady wyłącznie do stosunków prywatnoprawnych. Niemniej jednak pojawienie się wskazanych uregulowań oznacza, że współczesne prawo prywatne międzynarodowe nie odcina się od interesów politycznych realizowanych w stosunkach międzynarodowych i rezygnuje z „neutralności” wobec interesów państw wyrażonych w normach ich prawa publicznego.

Można powiedzieć, że opisywana tu tendencja jest zwłaszcza naturalna w państwach Unii Europejskiej, wobec konieczności rozwiązywania konfliktów interesów poszczególnych państw członkowskich w imię realizacji wspólnych interesów Wspólnoty⁴⁵. Wspólnota międzypaństwowa, jaką jest Unia Europejska, z natury rzeczy nakazuje przywiązywać większą wagę do interesów politycznych (publicznych) poszczególnych państw. Tak więc europejskie ujęcie prawa prywatnego międzynarodowego zmienia się pod presją globalizacji i integracji rynku wewnętrznego, które wymuszają branie pod uwagę interesów poszczególnych państw wyrażonych w normach zaliczanych do prawa publicznego⁴⁶.

Paradygmat „prywatnego interesu”, jeżeli stanowić ma podstawę wyznaczenia zakresu zastosowania norm kolizyjnych, nie jest adekwatny w sytuacji wkraczania interesów publicznych (państwowych) w stosunki powstające w obrocie międzynarodowym. Nie ulega przecież wątpliwości,

Prawa Międzynarodowego z 1991 r. *Autonomia woli stron w umowach międzynarodowych zawieranych między osobami prywatnymi*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” [dalej: PPHZ] 1993, T. 17, s. 161 i nast.; jej fundamentalne znaczenie dla nowego ujęcia podkreśla m.in. J. Poczuć: *Stosowanie...*

⁴² Zob. M. Giuliano, P. Lagarde: *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 1980 O.J. (c 282), s. 28.

⁴³ Zob. np. H. Baade: *The Operation...*, s. 429.

⁴⁴ Zob.: art. 9 i art. 11 ust. 5 rozporządzenia Rzym I, art. 16 rozporządzenia Rzym II, art. 30 rozporządzenia w sprawach spadkowych; nadto art. 22 projektu rozporządzenia w sprawie małżeńskich ustrojów majątkowych, KOM(2011) 126 z 16.03.2011 r. (nadto opinia Parlamentu z 10.09.2013 r.); art. 17 projektu rozporządzenia w sprawie zarejestrowanych związków partnerskich, KOM(2011) 127 z 16.03.2011 r. (nadto opinia Parlamentu z 10.09.2013 r.).

⁴⁵ Zob. np. J. Snell: *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationships between the Freedoms*. Oxford 2002, *passim*.

⁴⁶ Zob. np. P. Lagarde: *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne*. In: *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle. Etudes offertes à Jacques Ghestin*. Paris 2000, s. 511.

że takie unormowania prawa publicznego, jak przepisy antymonopolowe, dotyczące publicznego obrotu papierami wartościowymi, prawa bankowe, odpowiedzialności za produkt, kontroli eksportu, ochrony środowiska, które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na stosunki prywatnoprawne, dotyczą interesów odmiennych od tych, które są przedmiotem zainteresowania tradycyjnego prawa kolizyjnego, właśnie interesów o charakterze „publicznym”.

Koncepcja przepisów wymuszających jest od dawna obecna także w polskiej doktrynie⁴⁷. Jej normatywne odzwierciedlenie stanowi obecnie przepis art. 8 ustawy o p.p.m. z 2011 r.

Przez przepisy wymuszające swoje zastosowanie, których współczesne ujęcie w doktrynie europejskiej zapoczątkowały prace Ph. Francescakis⁴⁸, rozumie się najczęściej, w ślad za poglądami jeszcze dziewiętnastowiecznej doktryny⁴⁹, przepisy o szczególnym znaczeniu dla ochrony porządku publicznego państwa, które ze względu na swój cel lub charakter (przepisy chroniące szczególnie ważne cele, interesy lub wartości, bądź takie, które realizują polityczne, kulturalne lub społeczno-gospodarcze funkcje państwa) znajdują zastosowanie niezależnie od tego, jakiemu prawu podlega oceniany stosunek prawny⁵⁰. Stanowią one zatem przejaw pozytywnej ochrony porządku publicznego⁵¹.

Nie budzi wątpliwości, że do tej kategorii zaliczane są nie tylko niektóre przepisy prawa prywatnego, ale także przepisy prawa publicznego czy z pogranicza prawa publicznego i prywatnego, o ile dotyczą bezpośrednio stosunków cywilnoprawnych⁵². Z punktu widzenia mechanizmów typowania

⁴⁷ Zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 432 i tam cytowani autorzy.

⁴⁸ Zob. Ph. Francescakis: *Quelques precisions sur les „lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits des lois*. RCDIP 1966, s. 1 i nast. Por. — w polskiej doktrynie — np. B. Fuchs: *Statut...*, s. 120—122; M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 52 i nast.

⁴⁹ F.C. von Savigny (*System...*, s. 276) wskazywał, że chodzi o przepisy mające na względzie dobro publiczne, chroniąc interesy polityczne lub ekonomiczne. Jak zauważa M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 446, do tego ujęcia późniejsza doktryna nie wniosła istotnych zmian.

⁵⁰ Zob. np. H. Buxbaum: *Mandatory rules in civil litigation: Status of the doctrine post-globalization*. „The American Review of International Arbitration” 2007, no. 18, s. 21 i nast. i tam cytowani autorzy; T.G. Guedj: *The Theory of the Lois de Police. A functional Trend in Continental Private International Law — A comparative Analysis with Modern American Theories*. AJCL 1991, no. 39, s. 661 i nast.

⁵¹ Zob. np. J. Basedow: *The Law...*, s. 470.

⁵² Nie jest możliwe (ani konieczne) wyliczenie wszystkich kategorii potencjalnych przepisów wymuszających, przykłady — z różnych obszarów stosunków cywilnoprawnych — zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 467.

wych dla prawa prywatnego międzynarodowego ich cechą charakterystyczną, przynajmniej gdy chodzi o przepisy prawa prywatnego i doktrynę kontynentalną, jest to, że wyznaczają same, czy to wprost — w sposób wyraźny, czy to ze względu na ich cel, zakres swego zastosowania w przestrzeni⁵³. Ta cecha, niezależnie od tego, czy uznaje się, że znajduje ona wyraz w niepisanej jednostronnej normie kolizyjnej⁵⁴, czy też nakaz stosowania przepisów objaśnia się za pomocą innych konstrukcji (np. mocą obowiązywania na danym terytorium bądź też analizą funkcjonalną pozostających w sprzeczności interesów „zainteresowanych” państw⁵⁵), jest współcześnie dosyć powszechnie akceptowana⁵⁶. Nie oznacza to jednak, że poszczególne ujęcia (definicje) nie różnią się między sobą. Czasami

⁵³ Czym innym jest „uwzględnianie” przepisów wymuszających jako okoliczności stanu faktycznego, zob. np. B. Fuchs: *Statut...*, s. 76 i nast.; W. Popiołek: *Znaczenie przepisów prawa publicznego różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego*. PPHZ 1988, T. 12, s. 66 i nast.; Ł. Żarnowiec, w: *Komentarz do rozporządzenia nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)*. Lex 2013, uw. 8 do art. 9; nadto por. np. M. Renner, in: *The Rome Regulations: Commentary on the EC Rules of the Conflict of Laws*. Kluwer 2011, s. 208; R. Ellger: *Overriding mandatory provisions*. In: *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Eds. J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann. Oxford 2012, s. 1232; Dicey, Morris, Collins: *The Conflict of Laws*. Londyn 2006, s. 1838 i nast.

⁵⁴ Stanowisko wywodzące się z niemieckiej doktryny *Sonderanknüpfung*, zob. bliżej M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 442—443 i tam cytowani autorzy; J. Basedow: *The Law...*, s. 385 i nast. Zob. też np. W. Wengler: *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*. „Zeitschrift für rechtsvergleichung” 1941, H. 54, s. 168 i nast.

⁵⁵ Tak w doktrynie europejskiej L.I. de Winter, zob. bliżej M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 443 i nast. i tam cytowani autorzy, a także w amerykańskich koncepcjach *interest analysis*, zob. bliżej ibidem, s. 444; nadto np. T.G. Guedj: *The Theory...* O porównaniu sposobu działania przepisów wymuszających i metody *interest analysis* zob. bliżej np. M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, z. 2, s. 213 i nast.; M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 58 i nast.; M. Wojewoda: *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Nowa regulacja kolizyjna w konwencji rzymskiej z 1980 r.* Warszawa 2007, s. 159.

⁵⁶ Uznaje się także — mimo podobnych funkcji — odrębność instytucji klauzuli porządku publicznego i przepisów wymuszających, zob. np. M. Wojewoda: *Mandatory Rules in Private International Law*. „Maastricht Journal of European and Comparative Law” (7) 2000, no. 2, s. 193; Idem: *Zakres...*, s. 191 i nast.; M.A. Zachariasiewicz: *O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2010, T. 7, s. 13 i nast. i cytowana tam literatura. Ścisłe związki klauzuli i przepisów wymuszających są nadal obecne w doktrynie anglosaskiej, zob. np. J. Harris: *Mandatory Rules and Public Policy in the Rome I Regulation*. In: *The Rome I Regulation*. Eds. F. Ferrari, S. Leible. Sellier 2009, s. 297 i cytowana tam literatura; A. Briggs: *Public Policy in the Conflict of Laws: A Sword and a Shield?*, „Singapore Journal of International and Comparative Law” 2002, no. 6, s. 953 i nast.

pojęcie przepisów wymuszających definiuje się tylko przez wskazanie opisanej wyżej cechy (jak np. art. 8 polskiej ustawy z 2011 r., art. 16 rozporządzenia Rzym II), czasami zaś sięga się jeszcze do innych kryteriów (jak np. art. 9 ust. 1 rozporządzenia Rzym I).

W doktrynie wyróżnia się tradycyjnie trzy sytuacje, w których przepisy wymuszające mogą dojść do głosu. Sytuacja pierwsza to taka, w której przepisy te należą do systemu prawnego sądu orzekającego. Współcześnie ich zastosowanie przez ten sąd, obok prawa właściwego, nie budzi większych wątpliwości, oczywiście przy założeniu, że stanowiący przedmiot oceny sądu stan faktyczny jest objęty zakresem ich zastosowania (w odniesieniu do niego „wymuszają” one swoje zastosowanie). Jeżeli odnieść to do przepisów prawa publicznego, to jest w istocie obojętne, czy zastosowanie własnych przepisów uzasadnia się odwołaniem do jednostronnej normy kolizyjnej, czy innymi względami (w szczególności „naturalnym” nakazem stosowania przez sąd, ze względu na zasadę suwerenności, takich przepisów bez potrzeby sięgania do nakazu normy kolizyjnej).

W drugiej sytuacji chodzi o przepisy wchodzące w skład prawa właściwego, wskazanego przez normę kolizyjną forum. W tym przypadku zastosowanie przepisów „wymuszających”, w tym przepisów prawa publicznego, jeżeli oczywiście w zakresie danego stanu faktycznego „chcą” one być stosowane, stanowi przedmiot rozbieżności. Według pierwszej propozycji, odnoszą się do nich reguły stosowania przyjmowane w odniesieniu do obcych przepisów wymuszających wchodzących w skład „trzecich” systemów prawnych⁵⁷. Drugie rozwiązanie, dominujące w doktrynie europejskiej⁵⁸, zakłada, że przepisy te stanowią element składowy *legis causae* i jako takie są stosowane⁵⁹. Przepisy prawa publicznego własnego i należące do *legis causae* traktowane są tak samo bez względu na ich pochodzenie. W związku z tym pojawiają się także propozycje dopuszczania możliwości objęcia wyborem prawa norm prawa publicznego⁶⁰.

⁵⁷ Por. art. 7 ust. 3 holenderskiego kodeksu cywilnego oraz art. 11 ust. 2 projektu Haskich zasad o wyborze prawa w umowach międzynarodowych z 2012 r.

⁵⁸ Zob. np. M. Blessing: *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*. Helbling & Lichtenhahn 1999, s. 12; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; F. Mann: *Conflict of Laws and Public Law*. „Recueil des Cours” 1971, T. 132, s. 107 i nast.; Ł. Żarnowiec: *Komentarz...*, uw. 14 do art. 9; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 453.

⁵⁹ Tak art. 7 konwencji rzymskiej i art. 9 rozporządzenia Rzym I, zob. np. R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; H. Baade: *The Operation...*, s. 462; F. Vischer: *General Course of Private International Law*. „Recueil des Cours” 1992, s. 166; W. Popiołek: *Konwencja EWG o prawie właściwym dla zobowiązań*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1982, z. 9, s. 115; B. Fuchs: *Statut...*, s. 142; Ł. Żarnowiec: *Komentarz...*, uw. 14 do art. 9.

⁶⁰ Zob. np. H. Muir Watt: *Choice of Law...*; H. Buxbaum: *Mandatory...*, s. 33.

Wreszcie sytuacja trzecia to taka, w której w grę wchodzi stosowanie/uwzględnianie przepisów wymuszających, w tym przepisów prawa publicznego, należących do „trzeciego” systemu prawnego. To ona przede wszystkim stała się przedmiotem ożywionej dyskusji w doktrynie⁶¹, rozbieżnych rozstrzygnięć orzecznictwa oraz niekiedy także uregulowań ustawodawstw krajowych i aktów ujednoliconych w skali międzynarodowej⁶². Mimo zalet modelowego rozwiązania art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej, zrezygnowano z przejęcia tej regulacji w rozporządzeniach Rzym I i II⁶³. Zastępujące je unormowania art. 17 rozporządzenia Rzym II i art. 9 ust. 3 rozporządzenia Rzym I stały się przedmiotem krytycznych ocen⁶⁴ i rozbieżnych interpretacji⁶⁵.

Wskazywano różne podstawy, które uzasadniać miały uwzględnianie — w taki czy inny sposób — znaczenia tych przepisów dla stanowiącego przedmiot oceny stosunku. Współcześnie zdaje się dominować stanowisko, że jeżeli uwzględnienie takich przepisów ma mieć miejsce, to nie jest możliwe skonstruowanie jednolitej i uniwersalnej podstawy takiego zabiegu. Decyzja sądu orzekającego powinna być podejmowana w kontekście okoliczności konkretnego stanu faktycznego, z uwzględnieniem natury i celu konkretnego przepisu, jego związku z rozstrzyganą spra-

⁶¹ W polskiej doktrynie dopuszczalność uwzględniania przepisów wymuszających kraju trzeciego jest przedmiotem sporów, por. z jednej strony np. B. Fuchs: *Statut...*, s. 159 i nast. i M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 181 i nast., a z drugiej np. M. Wojewoda: *Mandatory...*, s. 203 i M.A. Zachariasiewicz: *O potrzebie...*, s. 26 i nast.

⁶² „Branie pod uwagę” takich przepisów przewidywał art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej. W doktrynie stał się on przedmiotem ocen tak krytycznych (zob. np.: J. Harris: *Mandatory...*, s. 275 i nast.; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private International Law of Obligations*. London 2014, s. 345; M. Wojewoda: *Mandatory...*, s. 206 i nast.; B. Fuchs: *Statut...*, s. 156 i nast.; M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 181, 189; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 454 i nast.), jak i przychylnych (zob. np.: A. Bonomi: *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*. „Yearbook of Private International Law” 2008, vol. 10, s. 298; J. Harris: *Mandatory...*, s. 279; M. Wojewoda: *Mandatory...*, s. 202 i nast.; B. von Hoffmann, E. Thorn: *Internationales Privatrecht*. C.H. Beck, s. 61; J. Fawcett, J. Carruthers, P. North: *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law*. Oxford 2008, s. 743). Praktyka nie potwierdziła obaw, jakie wiązano z uregulowaniem art. 7 ust. 1, w szczególności dotyczących nadużywania tego instrumentu, por. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 455.

⁶³ Co do przyczyn zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 457 i nast. (tamże omówienie przebiegu prac). Zob. też np. J. Basedow: *The Law...*, s. 387 i nast.

⁶⁴ Por. np. R. Plender, M. Wilderspin: *The European...*, s. 343 i nast.; J. Harris: *Mandatory...*, s. 303 i nast.

⁶⁵ Zob. np. M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 200 i nast.; Ł. Żarnowiec: *Komentarz...*, uw. 7 do art. 9; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23.11.1999 r. w sprawach C-369/96 i C-376/96 (Arblade). Zb. Orz. 1999, s. I-8453.

wą oraz konkurujących interesów zaangażowanych państw⁶⁶, co oznacza także, że brany pod uwagę musi być pożądaný rezultat merytoryczny (zgodny z duchem współpracy międzynarodowej). Przy takim ujęciu możliwość sięgania do przepisów wymuszających stanowi „furtkę” dla uwzględniania szczególnych interesów publicznoprawnych na płaszczyźnie kolizyjnej, umożliwia zróżnicowanie i uelastycznienie analizy kolizyjnej i skoncentrowanie rozważań na interesach stron konkretnego stosunku prawnego, skonfrontowanych z kolidującymi interesami różnych państw (systemów prawnych)⁶⁷. Odzwierciedleniem tego stanowiska są ogólne klauzule⁶⁸ odnoszące się do przepisów wymuszających, zamieszczane w kolizyjnych rozporządzeniach UE⁶⁹, przy czym sądy państw członkowskich winny realizować swoje interesy wyrażone w przepisach prawa publicznego z uwzględnieniem ogólnych zasad prawa UE⁷⁰.

4. Styk prawa publicznego i prywatnego

4.1. Podział prawa na publiczne i prywatne

Styk prawa publicznego i prywatnego przejawia się w tym, że tradycyjne rozróżnienie norm prawa prywatnego (jako prawa chroniącego przede wszystkim interesy prywatne jednostek — stron stosunków cywilnoprawnych) i prawa publicznego (jako prawa państwa chroniącego interesy wspólne), wywodzące się z dziewiętnastowiecznego liberalizmu,

⁶⁶ W polskiej doktrynie zob. Ł. Żarnowiec: *Komentarz...*, uw. 6 do art. 9; M. Matczyński: *Przepisy...*, s. 115; M. Wojewoda: *Zakres...*, s. 192 i nast.; Idem: *Mandatory...*, s. 206 i nast.

⁶⁷ Tak M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 437.

⁶⁸ Ibidem, s. 467. M.A. Zachariasiewicz zwraca uwagę, że ustawodawca (krajowy lub unijny) może stworzyć jednolitą formułę ogólną, która stanowić będzie podstawę i ramy ingerencji przepisu wymuszającego; może także określić kryteria oceny, ale konkretna decyzja w kwestii ochrony *ordre public* zależy od okoliczności danego stanu faktycznego. Oznacza to, że mamy tu do czynienia z odmienną metodą kolizyjną, mianowicie „analizą funkcjonalną”.

⁶⁹ Zob. np. M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 200; D. Salomon: *The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats, Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium. The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States? Contract and Tort Law*, „Tulane Law Review”, May 2008, s. 1738.

⁷⁰ Zob. np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 20.02.1979 r., C-120/78, *Cassis de Dijon*. Zb.Orz. 1979.

staje się coraz trudniejsze. Regulacje publicznoprawne wkraczają w coraz szerszym zakresie w obszary stosunków prawnych dotychczas uważanych za wyłączną domenę prawa prywatnego⁷¹, tak w celu ochrony interesów powszechnych (społeczno-gospodarczych i politycznych)⁷², jak i w celu ochrony interesów „prywatnych”. Chodzi m.in.: o przepisy antymonopolowe, antykorupcyjne, przewidujące różne zakazy importowo-eksportowe, regulacje walutowe, przepisy dotyczące obrotu nieruchomościami i dobrami kultury, przepisy o publicznym obrocie papierami wartościowymi, przepisy określające warunki dopuszczenia do wykonywania określonych zawodów itp.⁷³

Jednocześnie rośnie świadomość, że obszary te (jak np.: stosunki umowne, czyny niedozwolone, prawo własności, stosunki rodzinne) mają znaczenie „publiczne”. Prawo prywatne coraz wyraźniej realizuje także interesy „publiczne”⁷⁴, bo normy chroniące interesy „prywatne” mają znaczenie również dla społecznej czy gospodarczej organizacji państwa⁷⁵. Wskazać tu trzeba zwłaszcza przepisy chroniące „słabsze” podmioty stosunków cywilnoprawnych, tak w stosunkach umownych, jak i innych (deliktowych, rodzinnych, alimentacyjnych)⁷⁶. Prawo prywatne bowiem także spełnia funkcje „publiczne” — przez uregulowania, które wymuszają na uczestnikach obrotu cywilnoprawnego branie pod uwagę także interesów ogólnospołecznych czy ogólnogospodarczych.

W konsekwencji coraz trudniejsze staje się przeprowadzenie wyraźnej granicy między interesami publicznymi i prywatnymi, a tym samym granicy między przepisami prawa publicznego i prywatnego⁷⁷, tym bar-

⁷¹ Zob. np. J.H. Merryman: *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*. „Journal of Public Law” 1969, no. 17, s. 3 i nast.; M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1: *Prawo cywilne — część ogólna*. Red. M. Safjan. Warszawa 2007, s. 30 i nast.

⁷² Zob. np. R. Ellger: *Overriding...*, s. 1229; J. Harris: *Mandatory...*, s. 296 i nast.; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 447 i tam cytowani dalsi autorzy.

⁷³ Zob. np. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 446 i nast.

⁷⁴ Zob. np. H.W. Baade: *The Operation...*, s. 435; W.S. Dodge: *Extraterritoriality...*, s. 386.

⁷⁵ Tak np. A. Bonomi: *Overriding...*, s. 293; M. Blessing: *Impact...*, s. 46 i nast.

⁷⁶ Zob. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 8, pkt 7; Dicey, Morris, Collins: *The Conflict...*, s. 1833; D. Martiny: *Neue Impulse im Europäischen Internationalen Vertragsrecht*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” 2006, s. 87 i nast.; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 199 i nast.; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 447 i tam cytowani dalsi autorzy.

⁷⁷ Tak m.in. B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 55; D. Salomon: *The Private...*, s. 1738; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 199; M. Wojewoda: *Man-*

dziej że ustawodawcy stosunkowo rzadko odwołują się wprost do tego podziału i nie wprowadzają jasnych jego kryteriów⁷⁸. W zakresie stosunków prawnych szczególnie „podatnych” na regulacje publicznoprawne rozgraniczanie sfer oddziaływania prawa prywatnego i publicznego staje się — według niektórych autorów — bezprzedmiotowe⁷⁹. Jednocześnie zauważa się, że współcześnie podział na prawo prywatne i publiczne ma nadal doniosłe znaczenie⁸⁰ — zwłaszcza w praktyce stosowania prawa, ze względu na potrzebę rozgraniczenia sfer zastosowania (m.in. z uwagi na kompetencje właściwych organów) przepisów należących do jednego bądź do drugiego działu systemu prawnego⁸¹.

Niemniej jednak problem rozgraniczenia sfer prawa prywatnego i prawa publicznego, a ściślej kryteriów, według których należy klasyfikować normy prawa jako należące do prawa publicznego albo prywatnego, pozostaje nadal aktualny, zwłaszcza gdy chodzi o stosowanie prawa obcego jako właściwego dla danego stosunku.

Rozważając tę kwestię, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że rozróżnienie norm prawa prywatnego i publicznego nie jest we wszystkich systemach prawnych konsekwentnie przeprowadzane⁸², a sens dokonywania takiego podziału jest niejednokrotnie kwestionowany⁸³. Miało ono natomiast doniosłe znaczenie w systemach kontynentalnych, m.in. jako narzędzie „uszczelnienia” prawa prywatnego międzynarodowego przez wpływami politycznymi. Kwestia ta była zaś mniej doniosła np.

datory..., s. 195; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 448.

⁷⁸ Zob. np. J. Nowacki: *Prawo publiczne — prawo prywatne*. Katowice 1992, s. 30; R. Szczepaniak: *Przyczyny odwoływania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*. „Forum Prawnicze” 2015, s. 4; nadto M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 31 i nast.

⁷⁹ Zob. np. C. Harlow: „Public” and „Private” Law: Definition Without Distinction. „Modern Law Review” 1980, no. 43, s. 241 i nast.; A.F. Lowenfeld: *Public Law...*, s. 325; J.H. Merryman: *The Public...*, s. 17; J.R. Paul: *Comity...*, s. 35; D. Jackson: *Mandatory...*, s. 64.

⁸⁰ A nawet nabrał znaczenia tam, gdzie wcześniej mu go nie przyznawano, zob. G. Jurgens, F. van Ommeren: *The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context — Dependent Divide*. „Cambridge Law Journal” 2012, no. 1, s. 172 i nast.

⁸¹ Por. R. Szczepaniak: *Przyczyny...*, s. 13 i tam cytowani autorzy; M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 36 i nast.

⁸² Na temat *common law* zob. np. J.H. Merryman: *The Public...*, s. 19; D. Jackson: *Mandatory...*, s. 59; R.H. Mnookin: *The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation*. „University of Pennsylvania Law Review” 1982, no. 130, s. 1429 i nast.

⁸³ Por. np. J. Nowacki: *Prawo...*, s. 6. Bliżej zob. krytycznie, M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 32 i nast.

w USA, gdzie relacje między prawem i polityką — gdy chodzi o stosunki międzynarodowe — postrzegane były czy „monitorowane” z perspektywy zasad *comity*⁸⁴. W konsekwencji amerykańska „analiza celów i interesów” obejmuje zarówno normy prawa prywatnego, jak i publicznego. Porównywanie celów norm prawnych różnych systemów pozostających w konflikcie dokonywane jest jednak z punktu widzenia wartości przyjmowanych w systemie prawnym *fori*⁸⁵.

Należy zauważyć, że rozróżnienie przepisów publicznych i prywatnych, ulegające zatarciu w niektórych systemach prawnych, utrzymuje swoje znaczenie w odniesieniu do stosunków międzynarodowych. O ile w zakresie stosunków czysto „krajowych” w zasadzie formalna kwalifikacja normy prawnej nie jest istotna dla ustalenia przesłanek jej stosowania, o tyle w stosunkach międzynarodowych kwestia charakteru normy nabiera istotniejszego znaczenia. Uchylenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa prywatnego wchodzących w skład systemu powiązanego z danym stosunkiem, w taki czy inny sposób, następuje przez kolizyjnoprawny wybór prawa lub przez obiektywne wskazanie właściwości prawa według kryterium stosowanego przez sędziego forum⁸⁶. Taki skutek jednak nie musi występować w przypadku norm prawa publicznego. Wynika to z różnego „poziomu” interesu publicznego odzwierciedlonego w normach prawa prywatnego i normach prawa publicznego. Stąd też norma prawa publicznego może „wymusić” swoje zastosowanie, niezależnie od tego, jakiemu prawu stosunek prawny podlega. Przyjmowano zatem, że normy chroniące porządek publiczny mają działanie terytorialne⁸⁷. Podobny skutek wiąże się ze spostrzeżeniem, że przepis prawa publicznego ma charakter „wymuszający” wówczas, gdy z jego naruszeniem wiążą się sankcje karne lub administracyjnoprawne, zawsze o charakterze ściśle „terytorialnym”⁸⁸.

⁸⁴ Zob. J.R. Paul: *Comity...*; H. Muir Watt: *Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicization des conflits de lois)*. „Archives de Philosophie du Droit” 1997, T. 41, s. 207; H. Buxbaum: *Mandatory...*, s. 23.

⁸⁵ Zob. bliżej np. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 443 i nast.

⁸⁶ Zob. np. A. Philip: *Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and Choice of Law in the E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. In: *Contract Conflicts*. 1982. Ed. P.M. North, s. 92; W. von Biberstein: *Limitation of Party Autonomy in Private International Law by Rules of Ius Cogens in Laws Protecting Agents and Distributors*. In: *International Contracts*. Columbia University. Eds. H. Smit et al. 1981, s. 96.

⁸⁷ Zob. np. B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 55.

⁸⁸ Zob. bliżej np. R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; Ł. Żarnowiec, w: *Komentarz...*, uw. 6 do art. 9; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 446.

Wreszcie, jeżeli dokonuje się klasyfikacji wewnętrznej systemu prawnego, to z zastosowaniem różnych kryteriów⁸⁹. Pojawia się zatem potrzeba wyróżnienia kryterium, które umożliwiłoby określenie „styku” prawa publicznego i prywatnego, a więc granic, jakie przebiegają między nimi, z uwzględnieniem specyficznych celów prawa prywatnego międzynarodowego.

Oczywiste jest, że proste kryterium mocy wiążącej normy (bezwzględnie i względnie obowiązujące) nie jest tu wystarczające⁹⁰.

Nie jest także wystarczające — jak na to wskazują orzeczenia, w których sądom przyszło się zmierzyć z „tabu” prawa publicznego — kryterium przedmiotu regulacji, według którego normy prawa prywatnego regulują stosunki „prywatnoprawne” (np. stosunki rodzinne), a normy prawa publicznego — stosunki „publicznoprawne” (np. przepisy antymonopolowe)⁹¹, ani też kryterium podmiotowe — podmiotu dochodzącego roszczenia⁹².

Sięga się niekiedy do kryterium — tradycyjnie przyjmowanego w niektórych przynajmniej kontynentalnych systemach prawnych — metody regulacji stosunku prawnego, gdzie stosunek „publicznoprawny”, między podmiotem prawa a władzą publiczną, regulowany jest na zasadzie podporządkowania⁹³. Norma oparta na takiej metodzie regulacji jest normą prawa publicznego. W przypadku takiego ujęcia niekiedy wyróżnia się zarazem „sfery” poddane regulacji prawa publicznego, np.: 1) prawo konstytucyjne i administracyjne regulujące funkcjonowanie organów władzy publicznej; 2) prawo karne i podatkowe, odzwierciedlające terytorialny monopol każdego państwa; 3) przepisy regulujące system monetarny i własność „publiczną” oraz 4) przepisy „regulacyjne”, ustanawiające zasady funkcjonowania stosunków między podmiotami prawa prywatnego i sankcjonujące naruszenie tych zasad (np. przez uznanie umowy za nieważną)⁹⁴. W istocie stanowi to powrót do zawodnego kryterium przedmiotu regulacji. Niezależnie od tego, kryterium metody regulacji nie jest szczególnie użyteczne, jeżeli stanowić ma podstawę wyeliminowania stosowania obcych norm jako norm prawa publicznego. Wszak to, że norma reguluje dany stosunek, zakładając podporządkowanie podmiotu prawa prywatnego władzy publicznej, samo w sobie nie uzasadnia wyłączenia jej stosowania.

⁸⁹ Co do różnych możliwych kryteriów zob. np. M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 34 i nast.

⁹⁰ Zob. np. P.J. McConnaughay: *Reviving...*, s. 261 i nast.; D. Jackson: *Mandatory...*, s. 61; A. Philip: *Mandatory...*, s. 84.

⁹¹ Por. np. J. Trachtman: *Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Governmental Responsibility*. „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 1994, no. 26, s. 1010.

⁹² Zob. np. L.H. Levinson: *The Public Law/Private Law Distinction in the Courts*. „The George Washington Law Review” 1989, no. 57, s. 1580.

⁹³ Zob. np. A. Philip: *Mandatory...*, s. 474; M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 36 i nast.

⁹⁴ Tak np. H. Baade: *The Operation...*, s. 447.

Największą popularnością współcześnie cieszy się kryterium interesu (publiczny/prywatny) realizowanego za pomocą normy, chociaż i ono jest krytykowane⁹⁵, chociażby dlatego, że rozgraniczenie tych interesów jest niekiedy — jak wspomniano — trudne⁹⁶. Ponadto, co istotniejsze, jeżeli nawet możliwe byłoby wyróżnienie na tej podstawie przepisów prawa publicznego, to przecież wszystkie one wyrażają jakieś interesy „wspólne” i mają na celu ich ochronę. Czy zatem wszystkie przepisy, jeżeli stan faktyczny objęty jest zakresem ich zastosowania, mają być stosowane bez względu na rzeczywistą doniosłość chronionych przez nie interesów publicznych czy społecznych?

Kryterium „interesów”, w przypadku przepisów „wymuszających”, prawa prywatnego lub publicznego oznacza zwrócenie uwagi na cele, które państwo za pomocą określonych regulacji realizuje. Chodzi więc o przepisy tak ważne dla zapewnienia spójności organizacji państwa, że muszą one być stosowane, niezależnie od tego, jakiemu prawu dany stosunek — na podstawie „zwykłych” norm kolizyjnych — podlega. Tak więc nie każdy cel przepisu „imperatywnego” (w tym prawa publicznego) oznacza „wymuszenie” jego stosowania. Chodzi o cele szczególne, o doniosłym znaczeniu politycznym, społecznym, gospodarczym lub obyczajowym, a zatem cele, które chronione są także przez klauzulę porządku publicznego. Wskazuje się w związku z tym na przydatność w procesie ustalania „wagi” danego przepisu takich celów (wartości), które uznać można za wyrażające zasady międzynarodowego porządku publicznego. Tak więc przyznanie konkretnemu przepisowi cechy „wymuszania” swojego zastosowania wynika z uznania, że realizowane przez niego wartości odpowiadają zasadom ponadnarodowego *ordre public* bądź europejskiego porządku publicznego⁹⁷. Takie też rozwiązanie przyjęto w art. 9 ust. 1 rozporządzenia Rzym I⁹⁸.

⁹⁵ Zob. np. J.H. Merryman: *The Public...*, s. 11; H.G. Maier: *Extraterritorial...*, s. 289; A.F. Lowenfeld: *Public Law...*, s. 335. Zob. też np. M. Safjan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 1..., s. 35 i nast.

⁹⁶ Zob. np. A.P. Kominos: *New Prospects for Private Enforcement of EC Community Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*. „Common Market Law Review” 2002, no. 4, s. 477 i nast.; H. Buxbaum: *The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation*. „Yale Journal of International Law” 2000, no. 26, s. 219 i nast.; Eadem: *Mandatory...*, s. 25.

⁹⁷ Bliżej zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 442.

⁹⁸ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23.11.1999 r., C-369/96, sprawa Arblade. Zb. Orz. 1999, s. I-8453. Zob. też poprawkę Komisji z 21.08.2013 r. do art. 22 projektu rozporządzenia w sprawie małżeńskich ustrojów majątkowych, KOM(2011) 126 z 16.03.2011 r., zgodnie z którą: „Overriding mandatory provisions are provisions the disregard for which would be manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the Member State concerned”.

W konsekwencji coraz częściej zauważa się, że o zastosowaniu konkretnej normy nie powinna rozstrzygać jej formalna kwalifikacja systemowa, jeżeli taka w ogóle jest przeprowadzana, przez jej zaliczenie do prawa publicznego albo prywatnego, tylko to, czy — ze względu na przedmiot i cel jej regulacji⁹⁹ — wpływa ona na stosunek cywilnoprawny w sposób imperatywny¹⁰⁰. Chodzi przy tym jednak o takie cele (interesy), które mają charakter istotny, szczególnie doniosły dla państwa, w skład systemu prawnego którego dany przepis wchodzi, a zarazem zasługujące na ochronę z punktu widzenia sędziego dokonującego oceny danego stanu faktycznego¹⁰¹. Klasyfikacji przepisów, jako podstawy podjęcia decyzji o ich stosowaniu, dokonuje się ze względu na rodzaj i znaczenie chronionych interesów, racji i wartości¹⁰². Niektóre z nich traktuje się jako godne ochrony, a inne nie, czasami z góry przyjmując daną kwalifikację dla określonych rodzajów przepisów¹⁰³. Decyzja zależy zatem od oceny potrzeby ochrony określonego interesu, co oczywiście może prowadzić do nadużywania przyznanej sędziemu swobody, np. ze względów politycznych¹⁰⁴. Problem styku prawa publicznego i prywatnego z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego przejawia się więc w tendencji do „ważenia” interesów poszczególnych systemów prawnych, których prawo publiczne obejmuje swoim zakresem zastosowania elementy danego stosunku, a który to zabieg ma doprowadzić do zastosowania jednych przepisów i wyeliminowania innych. Obrona interesów publicznych pozostawiona jest przecież co do zasady jednostronnej decyzji każdego państwa, które samodzielnie decyduje o zakresie zastosowania swoich przepisów ochronnych. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w normach prawa publicznego wyrażane są różne koncepcje dobra „publicznego”, które mogą pozostawać w sprzeczności

⁹⁹ Zob. np. M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 199; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 448.

¹⁰⁰ Zob. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 29 i nast.; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 200; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1232; M.A. Zachariasiewicz: *O potrzebie...*, s. 23, 29.

¹⁰¹ Zob. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 62 i nast.; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 200; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; H. Buxbaum: *Mandatory...*, s. 30. Zob. też pkt 37 motywów do rozporządzenia Rzym I oraz pkt 32 motywów do rozporządzenia Rzym II.

¹⁰² Por. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 14 i nast.

¹⁰³ Na przykład zakazy i ograniczenia dewizowe lub towarowe chronią zazwyczaj interesy „egoistyczne”, interesy (wartości) ponadnarodowe są ważniejsze od krajowych, wartości ogólnoludzkie lub powszechne są ważniejsze niż interesy określonych grup społecznych, zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 442.

¹⁰⁴ Por. M. Blessing: *Impact...*

z interesami „prywatnymi”¹⁰⁵. W konsekwencji rozbieżne są interesy państw realizowane w odniesieniu do stosunków powstających w obrocie międzynarodowym. Rozgraniczenie sfer zastosowania konkurujących z sobą norm prawa publicznego opierać się musi na optymalnej koordynacji rozbieżnych interesów tak, by unikać, z jednej strony, „luki regulacyjnej”, a z drugiej strony, nadregulacji, z czym z kolei wiąże się m.in. brak wystarczającej — z punktu widzenia stron stosunku prawnego — przewidywalności rozstrzygnięć¹⁰⁶. Ta koordynacja powinna oznaczać przyznanie właściwości temu systemowi, który ma najsilniejsze uzasadnienie dla objęcia stanu faktycznego zakresem zastosowania swojego prawa publicznego. Niemniej jednak nie wydaje się możliwe znalezienie uniwersalnego, powszechnie akceptowanego rozwiązania kolizji praw publicznych. Jaka by jednak nie była rozbieżność celów realizowanych przez normy prawa publicznego, to — przynajmniej gdy chodzi o stosunki gospodarcze — wspólna potrzeba uczestnictwa w globalnym rynku stanowi istotną przesłankę dla, po pierwsze, limitowania zakresu zastosowania własnych norm prawa publicznego i, po drugie, stosowania obcych norm prawa publicznego, realizujących interesy akceptowalne z punktu widzenia interesów globalnej gospodarki. Rozwiązania można poszukiwać przez ustanowienie „centralnego” systemu rozgraniczania zakresu zastosowania systemów i harmonizację norm — taką próbę podjęto właśnie w Unii Europejskiej, wyznaczając przesłanki i zakres zastosowania norm wymuszających „trzech” systemów prawnych, a także wskazując ograniczenia co do możliwości stosowania przez sąd własnych przepisów wymuszających¹⁰⁷.

Kryterium uzupełniającym rodzaj chronionego interesu jest — w przypadku przepisów wymuszających — ścisłość powiązania stanu faktycznego z obszarem prawnym danego państwa¹⁰⁸, przy czym — jak słusznie zauważono¹⁰⁹ — nie chodzi tu o powiązanie, które uzasadnia „wymuszenie” zastosowania przepisu z perspektywy tego państwa, lecz

¹⁰⁵ Zob. np. P.B Stephan: *The Political Economy of Choice of Law*, University of Virginia. School of Law. Law and Economics Research Papers. „SSRN Electronic Journal”, listopad 2001.

¹⁰⁶ Zob. np. R.J. Weintraub: *The Extraterritorial...*, s. 1817.

¹⁰⁷ Zob. np. M. Sterio: *The Globalization Era and the Conflict of Laws: What Europe Could Learn From the United States and Vice Versa*. „Cardozo Journal of International and Comparative Law” 2005, no. 13, s. 161 i nast.; H. Buxbaum: *Mandatory...*, s. 35.

¹⁰⁸ Por. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 61; M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 451.

¹⁰⁹ Tak np. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 451; M. Blessing: *Impact...*, s. 64; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 205; Ł. Żarnowiec: *Komentarz...*, uw. 11 do art. 9.

o „istotność” związku z punktu widzenia sędziego. Przesłanka ta¹¹⁰ w istocie wiąże się z pozostawieniem sędziemu względnej swobody oceny, czy zastosowanie (odmowa zastosowania) danego przepisu (a więc skutek materialnoprawny związany z zastosowaniem/uwzględnieniem/niezastosowaniem sankcji wynikającej z przepisu) pozostaje w zgodzie z duchem współpracy międzynarodowej i sprawiedliwości¹¹¹. Przepis wymuszający sam decyduje o swoim zakresie działania; system prawny, z którego się on wywodzi, rozstrzyga o jego „wymuszającym” charakterze; natomiast sędziemu przysługuje kompetencja do oceny, czy związek pomiędzy przepisem a daną kwestią jest na tyle silny, że uzasadnia jego ingerencję. Ponadto, w przypadku kolizji pomiędzy podobnymi przepisami imperatywnymi należącymi do *legis fori*, *legis causae* i do prawa państwa trzeciego, może powstać konieczność ustalenia, który z nich jest najbardziej zainteresowany rozstrzygnięciem sporu.

4.2. Stosowanie obcych przepisów prawa publicznego wchodzących w skład prawa właściwego

Powyższe uwagi odnieść można przede wszystkim do przepisów prawa publicznego należących do systemów „trzech”. Nie ma natomiast, jak sądzę, powodu, by różnicować, gdy chodzi o rodzaj chronionych interesów i ścisłość związku, normy własnego prawa publicznego i te należące do *legis causae*¹¹². Ta myśl znajduje odzwierciedlenie w niektórych aktach ujednoliconych (w odniesieniu do przepisów wymuszających)¹¹³, a także w art. 6 ust. 1 polskiej ustawy o p.p.m. z 2011 r.¹¹⁴ Znalazła ona także po-

¹¹⁰ Nie występuje ona, odmiennie niż w art. 7 Konwencji rzymskiej, w art. 9 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, zob. bliżej M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 460.

¹¹¹ Por. bliżej np. M. Wojewoda: *Mandatory...*, s. 206 i nast.; M.A. Zachariasiewicz: *Overriding mandatory provisions: EU regulations and Polish Private International Law Act of 4 February 2011*. In: *Free movement of goods and persons across the Polish-Czech-Slovak borders: legal differences and similarities*. Katowice 2012, s. 70 i nast.

¹¹² Tak m.in. B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 61; M. Renner, in: *Rome Regulations...*, s. 208; odmiennie np.: M. Blessing: *Impact...*, s. 56; R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231; M. Wojewoda: *Mandatory...*, s. 203 i nast.

¹¹³ Zob. art. 16 Konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów o przedstawicielstwie handlowym z 1978 r., art. 30 rozporządzenia nr 650/2012 w sprawach spadkowych; nadto pierwotna treść art. 22 projektu rozporządzenia o ustrojach majątkowych małżeńskich [KOM(2011) 126 z 16.03.2011 r.].

¹¹⁴ Wzorowanym m.in. na art. 13 ustawy szwajcarskiej. Ten ostatni jest przedmiotem wąskiej wykładni w doktrynie szwajcarskiej; zob. np. F. Vischer, in: A. Heini,

parcie w polskiej doktrynie¹¹⁵, chociaż nie brak krytycznych wypowiedzi pod adresem uregulowania art. 6 ustawy o p.p.m. z 2011 r.¹¹⁶

Przyjęcie takiego stanowiska uzasadniają, niezależnie od wcześniejszych uwag dotyczących zasadności stosowania obcych przepisów prawa publicznego¹¹⁷, m.in. następujące względy.

Po pierwsze, system prawny państwa, który zostaje wskazany przez normę kolizyjną forum, własny czy obcy, stanowi całość, zespół norm o charakterze „naczyń połączonych”. Jeżeli nasza norma kolizyjna „oddaje” zadanie regulacji danego stosunku innemu niż własny systemowi prawnemu, to do jego kompetencji należy realizacja tego zadania za pomocą właściwych temu systemowi instrumentów, w tym przepisów prawa publicznego. Funkcją normy kolizyjnej jest rozgraniczenie sfer zastosowania systemów prawnych w celu ustalenia, jaki w odniesieniu do danego stanu faktycznego system sędzia forum ma stosować, a nie wyznaczanie z góry rodzaju norm, które sędzia może zastosować. Kwestia zastosowania wchodzącej w skład prawa właściwego normy prawa publicznego zależy zatem nie od formalnej kwalifikacji normy, lecz jej przedmiotu regulacji: jeżeli jest nim podlegający ocenie sędziego stosunek, to norma prawna powinna być stosowana. To stanowisko prawa właściwego roz-

M. Keller, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken: *IPRG Kommentar*. Zurych 1993, Art. 19; J. Poczobut: *Stosowanie...*

¹¹⁵ Zob. m.in.: M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2012, s. 84; T. Ereciński: *Ogólne zasady stosowania prawa obcego przez sądy*. PPHZ 1995, nr 18, s. 77 i nast.; W. Popiołek: *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*. Katowice 1989, s. 63; W. Popiołek, M. Zachariasiewicz: *Application of Foreign Law in Poland*. In: *Application of foreign law*. Eds. C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao. München 2011, s. 278; K. Sznajder, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 533 i nast. Z orzecznictwa zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 8.08.2003 r., V CK 6/02. OSN 2004, nr 7—8, poz. 131: „rozpoznacone dawniej zapatrywanie, jakoby sąd stosujący prawo obce jako prawo właściwe na podstawie obowiązującej w jego siedzibie normy kolizyjnej powinien stosować jedynie normy z dziedziny prawa prywatnego, pomijając zaś normy prawa publicznego jest już obecnie nieaktualne. Przyjmuje się więc, że sąd (organ państwowy), stosując prawo obce, powinien brać pod uwagę — jeżeli zostały spełnione określone przesłanki — także normy prawa publicznego wchodzące w skład właściwego systemu prawnego”.

¹¹⁶ Zob. np. uwagi A. Maczyńskiego: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 429.

¹¹⁷ W skrócie — stosowanie prawa właściwego „jako takiego”, a więc wraz z przepisami prawa publicznego, zwiększa harmonię rozstrzygnięć, wzmacnia współpracę i solidarność międzynarodową, pozwala usunąć ewentualne przeszkody na drodze do uznania i wykonania orzeczenia, zwiększa szansę na lepsze, bardziej sprawiedliwe rozstrzygnięcie sporu, tak — w odniesieniu do przepisów „trzech” systemów — M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 454 i nast. Te argumenty są silniejsze, gdy chodzi o przepisy należące do *legis causae*.

strzyga o tym, czy przepis prawa publicznego ma znaleźć zastosowanie. Sam charakter normy zaś jako należącej do prawa publicznego — jak stanowi art. 6 ustawy o p.p.m. z 2011 r. — nie stoi na przeszkodzie jej stosowaniu. To zaś oznacza, że przepisy prawa publicznego stosowane są¹¹⁸ — co do zasady — wraz z ich własnymi przesłankami i sankcjami.

Po drugie, eliminacja elementów publicznoprawnych z oceny stanu faktycznego prowadziłaby do zniekształcenia merytorycznego wyniku postępowania, np. wskutek błędnych wniosków sądu co do granic prawa własności¹¹⁹.

Po trzecie, niejednokrotnie instrumenty cywilnoprawne wykorzystywane są do ochrony bądź realizacji interesów „publicznych” (wyrażonych w normach prawa publicznego) i brak jest, jak sądzę, uzasadnienia, by sędzia stosujący prawo właściwe odmówił posłużenia się takim instrumentem tylko z tej przyczyny, że przedmiot ochrony stanowi interes wyrażony w normie uznawanej za normę prawa publicznego. Można tu wskazać przykłady skargi paulińskiej, która według prawa dla niej właściwego może być stosowana dla ochrony interesów Skarbu Państwa realizowanych przez przepisy prawa podatkowego¹²⁰, cesji wierzytelności przysługującej w stosunku do władzy publicznej¹²¹, realizowania przez podmioty prywatne zadań publicznych, gdzie zakres np. uprawnień i obowiązków takiego podmiotu wyznaczany jest przepisami prawa publicznego¹²², bądź realizowanie przez podmioty „publiczne” swoich zadań przez wykorzystanie instrumentów cywilnoprawnych¹²³, np.: umów¹²⁴, roszczeń cywilnoprawnych, których źródłem jest akt administracyjny¹²⁵, roszczeń

¹¹⁸ Odmienne J. Poczobut: *Stosowanie...*, który wprowadzie zauważa, że „wyrażne proklamowanie [...] zasady [wyrażonej w art. 6 ust. 1 ustawy — W.P.] zasługuje na pozytywną ocenę ogólną”, ale zarazem zauważa, iż „przez stosowanie prawa publicznego w art. 6 ust. 1 p.p.m. należy rozumieć jego uwzględnianie bez przesądzania, czy uwzględnianie będzie polegać na braniu pod uwagę prawa publicznego jako elementu stanu faktycznego, czy też na stosowaniu tego prawa”, proponując tym samym zawężającą interpretację przepisu. Zob. też K. Bogan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2006, s. 167.

¹¹⁹ Tak np. K. Sznajder, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 534.

¹²⁰ Por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 1.06.2011 r., II CSK 513/10. Lex.

¹²¹ Zob. R. Szczepaniak: *Sens i nonsens podziału na prawo publiczne i prywatne (na kanwie uchwały SN)*. PiP 2013, z. 5, s. 31 i nast.

¹²² Zob. np. S. Biernat: *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*. Warszawa 1994, s. 89.

¹²³ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 30.06.2005 r., IV CK 771/04. BSN 2005, nr 11/12.

¹²⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 11.05.2012 r., II CSK 545/11. OSP 2014, z. 2, poz. 17.

¹²⁵ Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10.07.2000 r., SK 12/99. Dz.U. nr 55, poz. 665.

państwa kierowanych przeciwko podmiotom prawa prywatnego na drogę sądową, ale opartych na normach prawa publicznego¹²⁶ itd.

Po czwarte, to, że prawo prywatne międzynarodowe reguluje właściwość prawa dla „stosunków z zakresu prawa prywatnego” (art. 1 ustawy o p.p.m. z 2011 r.) w żaden sposób nie przesądza o wyłączeniu z zakresu nakazów wynikających z dyspozycji norm kolizyjnych norm należących do prawa publicznego, jeżeli stan faktyczny danego „stosunku z zakresu prawa prywatnego” jest objęty zakresem ich zastosowania.

Po piąte, sędzia forum nie ma kompetencji do „kształtowania” prawa właściwego, poza szczególnym przypadkiem klauzuli porządku publicznego¹²⁷, przez dokonywanie w jego ramach apriorycznej klasyfikacji norm, które ze względu na ich przynależność do „prawa publicznego” nie mogą być stosowane. Tym bardziej, że podział prawa na publiczne i prywatne może okazać się „płynny” — ze względu na cele i kontekst danej instytucji może być przypisany charakter publicznoprawny lub prywatnoprawny¹²⁸.

Po szóste, nie wydaje się, by zasadne było stanowisko, że sędzia forum nie jest upoważniony do interpretowania obcych norm imperatywnych chroniących obcy porządek publiczny¹²⁹. Jeżeli norma znajduje zastosowanie do danego stosunku „prywatnoprawnego”, to nie powinna mieć co do zasady znaczenia okoliczność, jakie interesy norma ta chroni, czy jakie cele realizuje. Reguły stosowania są takie same, jak w przypadku normy prawa „prywatnego”.

Po siódme, sędzia forum nie dysponuje narzędziem klasyfikacji norm, czyli uniwersalnym kryterium umożliwiającym wyróżnienie norm prawa publicznego jako nieobjętych stosowaniem. Nie ma żadnego uzasadnienia, by sędzia narzucał prawo obcemu (np. takiemu, w którym granica między prawem publicznym a prawem prywatnym nie jest wyraźnie przeprowadzana) schematy i klasyfikacje własnego systemu prawnego. Stanowiłoby to oczywiste pogwałcenie zasady, że prawo obce stosowane jest „jako takie”.

Po ósme, mechanizm zastosowania prawa publicznego działa tak samo bez względu na to, czy odpowiednia norma pochodzi z własnego systemu prawnego, czy z prawa obcego. W obu przypadkach mamy do czynienia z prawem właściwym (na podstawie miarodajnej normy kolizyjnej) i w obu

¹²⁶ Zob. J. Basedow: *The Law...*, s. 380.

¹²⁷ Który to instrument może być także skierowany — rzecz jasna — przeciwko normom prawa publicznego.

¹²⁸ Zob. np. R. Szczepaniak: *Przyczyny...*, s. 16.

¹²⁹ To stanowisko stało się jedną z przyczyn poglądu, że obcy przepis prawa publicznego może tylko być uwzględniany jako element stanu faktycznego w ramach prawa właściwego, które rozstrzyga o przesłankach i skutkach takiego uwzględnienia, por. np. R. Ellger: *Overriding...*, s. 1231. Możliwość „uwzględniania” stanowi natomiast jeden ze sposobów „dochodzenia do głosu” norm prawa publicznego „trzecich” systemów.

przypadkach zastosowanie normy prawa publicznego zależy od tego, czy „chce” ona być stosowana (a więc czy znajduje zastosowanie, według właściwych jej mechanizmów czy kryteriów, do danego stosunku). Przy tym nie chodzi tu, jak w przypadku norm należących do systemów „trzecich”, ani o to, czy z punktu widzenia forum powiązanie z danym systemem jest wystarczająco „ściśle” (ta kwestia została już przesądzona nakazem dyspozycji własnej normy kolizyjnej, która związek z danym obszarem prawnym uznaje za uzasadniający zastosowanie obowiązującego tam prawa), ani o to, czy celem normy publicznej prawa właściwego jest ochrona szczególnie doniosłych interesów i wartości, czy też interesów i wartości uznawanych powszechnie lub w większości systemów prawnych¹³⁰. Stosując prawo właściwe regulujące stosunek prawny przez przyjęte w nim instrumenty, sędzia nie ma kompetencji do decydowania o tym, czy określony interes jest — z jakiegokolwiek punktu widzenia — na tyle istotny, że uzasadnia to stosowanie obcej normy. Taka ocena możliwa jest tylko na podstawie i w granicach art. 7 ustawy o p.p.m. z 2011 r. Rzecz jasna nie sposób przyjąć, że stosowanie obcej normy prawa publicznego jest zawsze sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. Obce przepisy publiczne są zatem stosowane na zasadach ogólnych, z wyjątkową możliwością — jak w przypadku każdej innej normy prawa właściwego — ochrony interesów i wartości składających się na własny porządek publiczny.

Po dziewiąte, powyższe nie oznacza, że stosowane mają być wszystkie przepisy prawa publicznego czy też, że sąd danego państwa może orzekać o wszystkich roszczeniach wynikających z obcego prawa publicznego. Przesłanką stosowania obcych przepisów prawa publicznego jest przede wszystkim, jak wspomniano, to, że „chcą” one być stosowane, co oznacza, że ich zakres przedmiotowy i podmiotowy obejmuje stan faktyczny (jego element) ze względu na jego odpowiednie powiązanie z obszarem danego państwa takie, które z jego punktu widzenia oznacza nakaz stosowania. Ponadto dla ich zastosowania znaczenie ma kwestia kompetencji organu stosującego prawo. Sąd państwa forum nie może przejmować na siebie kompetencji władzy publicznej państwa, którego prawo jest właściwe. W konsekwencji sąd związany jest np. przewidzianą w przepisie (prawie właściwym) sankcją, o ile jej zastosowanie leży w jego kompetencjach (np. naruszenie przepisu prawa publicznego zgodnie z *lex causae* prowadzi do nieważności czynności prawnej), nie może natomiast sprawować władztwa publicznoprawnego nad stronami stosunku prawnego (np. stosując przewidzianą w prawie właściwym sankcję karną czy administra-

¹³⁰ Według niektórych propozycji jednak, należy ujednolicić przesłanki stosowania (lub uwzględniania) przepisów imperatywnych *legis causae* i przepisów wymuszających kraju trzeciego, por. np. M. Blessing: *Impact...*, s. 12; B. von Hoffmann, E. Thorn: *Internationales...*, s. 61.

cyjną). I tak np. sąd może ocenić — według prawa właściwego, zgodnie z art. 41 ustawy o p.p.m. z 2011 r. — treść prawa zastawu ustanowionego przez władzę publiczną na podstawie odpowiednich przepisów prawa publicznego, ale nie ma kompetencji do ustanowienia takiego zastawu. Podobnie, sąd może ocenić powództwo o stwierdzenie nieważności czynności dokonanej przez zastawcę wbrew przepisom właściwego obcego prawa publicznego, wytoczone przez właściwy organ obcego państwa, ale nie może stosować przewidzianych przez to prawo sankcji administracyjnych. Sąd może orzec o roszczeniu instytucji obcego państwa wstępującej w prawa zaspokojonego poszkodowanego, przysługującego tej instytucji na podstawie obcego prawa publicznego, ale nie może podjąć decyzji o takim wstąpieniu, jeżeli według prawa właściwego wymaga to decyzji odpowiedniego organu. Sąd może ustalić zakres obowiązków pracodawcy na podstawie obcych przepisów publicznych czy też stwierdzić nieważność sprzecznych z nimi postanowień umowy o pracę, ale nie może nałożyć na pracodawcę kar administracyjnych przewidzianych tymi przepisami. Sąd może stwierdzić nieważność umowy o macierzyństwo zastępcze, jako sprzecznej z unormowaniami właściwego prawa, ale nie może orzec o odpowiedzialności karnej lub administracyjnej stron tej umowy. W każdym przypadku „zetknięcia się” przez sąd z normami prawa publicznego, wchodzącymi w skład prawa właściwego, konieczna jest zatem ocena m.in. aspektów kompetencyjnych i proceduralnych, w celu ustalenia, czy sąd może rozstrzygać, w ramach swoich kompetencji, o uprawnieniu (roszczeniu) wywodzonym z normy prawa publicznego¹³¹.

Po dziesiąte, nie można oczywiście wykluczyć konfliktu pomiędzy własnymi przepisami prawa publicznego (wymuszającymi swoje zastosowanie) a przepisami prawa publicznego wchodzącymi w skład prawa właściwego, tak jak nie można wykluczyć konfliktu między własnymi przepisami wymuszającymi prawa „prywatnego” a odpowiednimi przepisami prawa właściwego. W takim przypadku co do zasady pierwszeństwo znajdą przepisy własne, ale nie jest wykluczone przyznanie pierwszeństwa przepisowi *lex causae*, jeżeli będzie on „silniej zainteresowany rozstrzygnięciem sporu”, albo jeżeli zabezpiecza interesy ważniejsze lub bardziej godne ochrony z międzynarodowego punktu widzenia¹³². W tym przypadku zatem konieczne jest sięgnięcie do techniki „ważenia” interesów chronionych przez poszczególne przepisy¹³³.

¹³¹ Zob. np. A. Dutta: *Die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch deutsche Gerichte*. Tübingen, s. 364 i nast.; cyt. za: J. Basedow: *The Law...*, s. 381.

¹³² Tak np. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20 A..., s. 451.

¹³³ Por. ibidem.