

Anita Garnuszek^{a)}

Prawo publiczne w międzynarodowym arbitrażu handlowym z udziałem państwa*

Abstract: The paper deals with the issue of application of public law in international commercial arbitration involving states. The main purpose of the author was to determine whether arbitrators may apply or take into account both public law rules of the *legis contractus* and of the third state. The author considered a possibility of application of public national and international law. Another purpose of the paper was to analyse whether acts of state should be treated as legal norms or facts.

At the beginning the author paid attention on the distinction between the process of application and taking into account of public law. Subsequently, analysis focused on a possibility of application of public law being part of *legis contractus*. Afterwards, the author deliberated whether public law rules of a third state may be applied as overriding mandatory rules. Lastly, it was considered whether public law and especially acts of state could be qualified as facts.

The author came to the conclusion that under certain circumstances arbitrators may apply or take into account both public law rules being part of *legis contractus* and those of third states' legal systems and of public international law.

Keywords: public law, international commercial arbitration, states in international arbitration, private international law

^{a)} Mgr, doktorantka w Katedrze Międzynarodowego Prawa Prywatnego i Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

* Artykuł został przygotowany w ramach projektu *Państwo, jego organy oraz inne jednostki państwowe jako szczególne strony międzynarodowego arbitrażu handlowego i postępowań postarbitrażowych*, nr projektu: 2014/15/N/HS5/01218, nr decyzji: DEC-2014/15/N/HS5/01218, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

1. Wprowadzenie

Co do zasady stosunki kontraktowe stron regulowane są przez prawo prywatne danego państwa. Niekiedy jednak mogą być one również kształtowane przez normy prawa publicznego. Celem autorki niniejszego artykułu jest ustalenie, czy sąd polubowny może zastosować lub też wziąć pod uwagę przepisy prawa publicznego, i to zarówno te wchodzące w skład *legis contractus*, jak i wchodzące w skład porządku prawnego państwa trzeciego, tj. państwa, którego prawo zasadniczo nie jest prawem właściwym dla łączącego strony stosunku prawnego. Analiza obejmuje możliwość zastosowania lub wzięcia pod uwagę nie tylko norm krajowego prawa publicznego, ale także norm wynikających z prawa międzynarodowego publicznego.

Źródłem kompetencji sądu powszechnego do zastosowania przepisów prawa publicznego jest zazwyczaj norma kolizyjna obowiązująca w siedzibie sądu¹. Sąd polubowny nie ma jednak swojego *forum* ani obowiązującego go systemu norm kolizyjnych². Dlatego też udzielenie odpowiedzi na wymienione pytania wymaga przeprowadzenia analizy w oderwaniu od jednego wybranego systemu norm kolizyjnych.

Problem zastosowania lub też wzięcia pod uwagę prawa publicznego może pojawić się w każdym postępowaniu arbitrażowym, jednakże szczególną uwagę należy poświęcić sporom, w których jedną ze stron jest państwo. Podmiot ten bowiem jest naturalnie objęty szerszym zakresem zastosowania norm prawa publicznego i to zarówno krajowego, jak

¹ Zob. np. art. 6 ust. 1 ustawy prawo prywatne międzynarodowe w odniesieniu do norm publicznych wchodzących w skład *legis contractus*. Dz.U. 2011, nr 80, poz. 432.

² S. Brekoulakis: *Arbitrability and conflict of jurisdictions: the (diminishing) relevance of lex fori and lex loci arbitri*. In: *Conflict of laws in international arbitration*. Eds. F. Ferrari, S. Kröll. Munich 2011, s. 119; Y. Derains: *Public policy and the law applicable to the dispute in international arbitration*. In: *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*. ICCA Congress Series. No. 3. Ed. P. Sanders. Deventer–Boston 1987, s. 243; D. Hochstrasser: *Choice of law and „foreign” mandatory rules in international arbitration*. „Journal of International Arbitration” [dalej: J. Int'l Arb.] 1994, no. 11, s. 70; J.D.M. Lew: *Relevance of conflict of law rules in the practice of arbitration*. In: *Planning efficient arbitration proceedings: the law applicable in international arbitration*. ICCA Congress Series. No. 7. Ed. A.J. van den Berg. The Hague—Cambridge 1996, s. 448; G.A. Bermann: *International arbitration and private international law. General course on private international law*. In: *Recueil de Cours*. No. 381. The Hague 2015, s. 306; P. Mayer: *Les lois de police*. In: *Droit international privé: travaux du Comité Français de Droit International Privé*, hors-série. „Journée du Cinquantenaire” 1988, s. 112–113.

i międzynarodowego³. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której państwo celowo podejmie środki o charakterze władczym, bezpośrednio wywierające wpływ na możliwość wykonania umowy, której jest stroną albo której stroną jest podmiot od niego zależny⁴. Państwo może ingerować w stosunki cywilnoprawne zarówno za pośrednictwem bezwzględnie obowiązujących norm prawa cywilnego, jak i z zastosowaniem przepisów prawa publicznego⁵.

Celem niniejszego artykułu jest zatem również ustalenie, jak sąd polubowny powinien potraktować akty władcze państwa – czy powinien je zastosować jako przepisy wchodzące w skład *legis contractus* lub też jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, czy też wziąć je pod uwagę jako fakt stanowiący np. przejaw siły wyższej w rozumieniu prawa właściwego dla danego stosunku prawnego; ewentualnie, czy arbitrzy powinni odmówić przyznania tym przepisom skutków prawnych.

Na potrzeby niniejszego opracowania pod pojęciem „państwo” rozumiem podmiot prawa publicznego i prywatnego uczestniczący w obrocie zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem juretycznej figury Skarbu Państwa oraz za pośrednictwem swoich organów. Nie można wykluczyć, że niektóre państwowe osoby prawne byłyby w świetle prawa właściwego postrzegane jako emanacje państwa. O tym, które podmioty stanowią emanacje państwa, a które występują w obrocie międzynarodowym jako niezależne podmioty prawne, decydować będzie statut personalny państwa ustalany na podstawie norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe dla osób prawnych⁶.

Problem stosowania prawa publicznego zarówno w prawie prywatnym międzynarodowym w ścisłym tego słowa znaczeniu, jak i w międzynarodowym arbitrażu w dużej mierze wiąże się z instytucją przepisów wymuszających swoje zastosowanie, przez które rozumie się z reguły przepisy

³ Zob. np. A.F.M. Maniruzzaman: *International arbitrator and mandatory public law rules in the context of state contracts: an overview*. J. Int'l Arb. 1990, no. 7, *passim*.

⁴ P. Mayer: *Mandatory rules of law in international arbitration*. „Arbitration International” [dalej: Arb. Int'l] 1986, no. 2, s. 292–293; D. Hochstrasser: *Public and mandatory law in international arbitration*. In: *Towards a uniform international arbitration law?* Ed. E. Gaillard. Huntington–New York 2005, s. 20.

⁵ W. Popiołek: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego*. „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1988, T. 12, s. 56.

⁶ M. Pilich: *Państwo jako uczestnik międzynarodowego obrotu cywilnoprawnego (zagadnienia wybrane)*. W: *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*. Red. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar. Warszawa 2017, s. 977–979.

znajdujące swoje zastosowanie niezależnie od prawa właściwego dla danego stosunku prawnego⁷.

W literaturze przedmiotu mówi się o przepisach wymuszających swoje zastosowanie państwa forum oraz o obcych przepisach wymuszających swoje zastosowanie⁸. Skoro jednak sąd polubowny nie ma swojego *forum*⁹, to nie ma podstaw do specjalnego traktowania przepisów wchodzących w skład porządku prawnego państwa, na terenie którego toczy się postępowanie arbitrażowe¹⁰. W przypadku postępowania przed sądem polubownym wszystkie przepisy prawa publicznego wchodzące w skład porządków prawnych państw, których prawo nie jest prawem właściwym dla łączącego strony stosunku prawnego, są zasadniczo obce¹¹. Dlatego też bardziej zasadne wydaje się rozróżnienie stosowania przepisów prawa publicznego wchodzących w skład *legis contractus* oraz wchodzących w skład porządków prawnych państw trzecich, a zatem niebędących częścią *legis contractus*¹². W dalszych częściach niniejszego artykułu będę stosowała powyższe rozróżnienie.

2. Stosowanie czy wzięcie pod uwagę prawa publicznego?

Problem, który należy rozważyć na wstępie, dotyczy tego, czy przepisy prawa publicznego powinny być stosowane, czy też wzięte pod uwagę przez arbitrów. O wzięciu pod uwagę danego przepisu można mówić

⁷ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 436; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration*. In: *Conflict of laws in international arbitration*. Eds. F. Ferrari, S. Kröll..., s. 311.

⁸ Zob. np. M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 50–51.

⁹ Zob. przyp. 2.

¹⁰ Y. Derains: *Public policy and the law applicable to the dispute in international arbitration...*, s. 243; A.F.M. Maniruzzaman uważa natomiast, że skoro sąd polubowny nie ma swojego *forum*, to wszystkie normy prawa publicznego są mu obce. A.F.M. Maniruzzaman: *International arbitrator and mandatory public law rules...*, s. 63.

¹¹ N. Voser: *Mandatory rules of law as a limitation on the law applicable in international commercial arbitration*. „The American Review of International Arbitration” [dalej: ARIA] 1996, no. 7, s. 338.

¹² Takie rozróżnienie proponuje J. Poczobut: *Stosowanie krajowego prawa publicznego w międzynarodowym arbitrażu handlowym*. W: *Arbitraż i mediacja. Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi*. Red. M. Łaszczyk i in. Warszawa 2012, s. 416–430.

zwłaszcza wtedy, gdy brak jest dostatecznych podstaw do jego zastosowania¹³. Zwrot „wziąć pod uwagę” nie jest jednak pojęciem prawnym i nie zawsze wiadomo, co autor posługujący się nim miał na myśli¹⁴. Mówiąc o przepisie prawa publicznego, zamiennie używa się również czasownika „uwzględnić”¹⁵. Zdaniem niektórych autorów, „branie pod uwagę” w szerszym znaczeniu oznacza dokonywanie oceny przepisów prawa publicznego jako okoliczności faktycznych. Przepis ustanowiony w wyniku działalności władczej państwa może zatem zostać uznany np. za przejaw siły wyższej, przyczynę pierwotnej lub następczej niemożliwości świadczenia czy też inną przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania¹⁶. Termin ten wskazuje na potrzebę elastycznego podejścia do oceny oddziaływania przepisów prawa publicznego na stosunek prawny zasadniczo podlegający innemu prawu. Przy czym to statut kontraktowy decydować będzie o tym, jak należy ocenić dany fakt i jakie rodzi on skutki¹⁷.

Koncepcja pozwalająca na uwzględnienie danego przepisu prawa publicznego jako elementu stanu faktycznego w ramach prawa zasadniczo właściwego, rozstrzygającego o przesłankach i skutkach takiego uwzględnienia, odzwierciedla tzw. *indirect applicability approach*¹⁸. Z kolei druga koncepcja – *direct applicability approach* – umożliwia bezpośrednie zastosowanie przepisu prawa publicznego¹⁹. Natomiast koncepcja pośrednia zakłada, że przepisy prawa publicznego postrzegane są jako normy prawne, jednakże ocena ich wpływu na stosunek cywilnoprawny zależy od dostosowania przepisu do rozwiązań przewidzianych w prawie właściwym. Zdaniem M.A. Zachariasiewicza, współcześnie zdają się przeważać rozwiązania pośrednie²⁰.

Stosowanie prawa należy rozumieć jako swoistą działalność organów państwowych lub innych podmiotów, np. sądów polubownych²¹, w wyni-

¹³ W. Popiołek: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych...*, s. 72.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Tak np. M. Tomaszewski: *Komentarz do art. 8. W: Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 242.

¹⁶ W. Popiołek: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych...*, s. 72; M. Tomaszewski: *Komentarz do art. 8...*, s. 242.

¹⁷ M. Tomaszewski: *Komentarz do art. 8...*, s. 242.

¹⁸ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 462–463; L. Matray: *Embargo and prohibition of performance*. In: *Acts of state and arbitration*. Ed. K.-H. Böckstiegel. Köln 1997, s. 89.

¹⁹ M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 462–463.

²⁰ Ibidem.

²¹ *Dogmatyka prawna*, w: *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*. Red. J. Zajądło. Warszawa 2007, s. 319.

ku której w sposób wiążący dla stron stosunku cywilnoprawnego ustalone zostają konsekwencje prawne określonego faktu²². Jest to zatem dokonywanie czynności konwencjonalnych doniosłych prawnie przez podmiot uzyskujący do tego kompetencje mocą norm prawnych²³. Jeżeli zatem sąd polubowny ocenia z punktu widzenia właściwych norm prawnych określone fakty, to stosuje odpowiednie przepisy prawa, w tym również przepisy prawa publicznego. Innym zagadnieniem jest natomiast kwestia kompetencji sądu polubownego do stosowania przepisów prawa publicznego, o czym szerzej dalej.

Uważam, że zwrot „wzięcie pod uwagę” nie jest terminem oddającym istotę działalności dokonywanej przez sąd polubowny. Wziąć pod uwagę można konkretne okoliczności faktyczne. Jeżeli traktujemy akt władczy państwa, polegający np. na ustanowieniu sankcji lub zakazów eksportowych bądź importowych, jako fakt, to rzeczywiście możemy mówić o jego ewentualnym wzięciu pod uwagę przez arbitrów. Jeżeli jednak dany akt władzy państwowej, w wyniku którego doszło do uchwalenia przepisów zawierających normy prawne, nie jest traktowany jako fakt, to sąd polubowny powinien te przepisy zastosować, oczywiście pod warunkiem, że spełnione zostały przesłanki warunkujące ich zastosowanie, a sąd polubowny posiada do tego kompetencję.

3. Stosowanie prawa publicznego wchodzącego w skład *legis contractus*

Stosowanie przez sąd polubowny przepisów prawa publicznego wchodzącego w skład *legis contractus* nie budzi większych wątpliwości²⁴.

²² Z. Radwański: *Problemy metodologiczne dogmatyki prawa cywilnego*. W: *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej*, Łódź 27–28 marca 1980 r. Red. J. Wróblewski. Wrocław 1982, s. 99.

²³ Z. Ziemiński: *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*. Warszawa 1974, s. 190.

²⁴ C. Kessedjian: *Mandatory rules of law in international arbitration: what are mandatory rules?* ARIA 2007, vol. 18, s. 147; A. Barraclough, J. Waincymer: *Mandatory rules of law in international commercial arbitration*. „Melbourne Journal of International Law” 2005, no. 6, s. 219; Y. Derains: *Public policy and the law applicable to the dispute in international arbitration...*, s. 255; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 331; Idem: *International arbitration and private international law...*, s. 312.

Prawo właściwe, niezależnie od tego, czy zostało wybrane przez strony, czy też ustalone przez arbitrów, powinno znaleźć zastosowanie w całości, bez względu na charakter „publiczny” czy „prywatny” zawartych w nim norm, o ile tylko swoim zakresem zastosowania obejmują one rozpatrywany stan faktyczny²⁵. W doktrynie przeważa pogląd, że w skład zbioru norm mających zastosowanie w sprawie cywilnej, oprócz przepisów prawa prywatnego, wchodzi również uregulowania publicznoprawne. Chodzi o te normy prawa publicznego, które stosuje się do oceny faktów rozważanych w sprawie, w tym również ograniczenia obrotu transgranicznego itp.²⁶ Przepisy prawa publicznego w znacznym stopniu wpływają bowiem na kształt praw i obowiązków stron²⁷. Z jednej strony kształtują stosunki między państwem a podmiotami stosunków cywilnoprawnych, a z drugiej strony bezpośrednio oddziałują na stosunki pomiędzy tymi ostatnimi podmiotami²⁸.

Źródłem kompetencji arbitrów do zastosowania prawa publicznego *legis contractus* jest autonomia woli stron. Skoro strony wybrały dany system prawny dla wiążącego je stosunku prawnego, to w braku odmiennych postanowień należy uznać, że ich intencją było stosowanie tego systemu prawnego w całości²⁹. Natomiast w przypadku braku klauzuli wyboru prawa sąd polubowny dysponuje szeroką autonomią w zakresie ustalenia prawa właściwego dla danego stosunku prawnego³⁰. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby arbitrzy zastosowali normy prawa publicznego jako wchodzące w skład ustalonego przez nich prawa właściwego lub też nawet jako te, które uznają za najbardziej odpowiednie³¹.

Przepisy prawa publicznego, które mogą znaleźć zastosowanie w postępowaniu przed sądem polubownym, to między innymi przepisy zawierające normy dotyczące funkcjonowania podmiotów publicznych, sank-

²⁵ W. Popiołek: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych...*, s. 67.

²⁶ K. Sznajder-Peroń: *Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 534; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 84.

²⁷ K. Sznajder-Peroń: *Zagadnienia związane z pojmowaniem i stosowaniem prawa właściwego...*, s. 535.

²⁸ W. Popiołek: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego” różnych systemów prawnych...*, s. 60.

²⁹ J. Poczobut: *Stosowanie krajowego prawa publicznego...*, s. 418; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 331.

³⁰ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll: *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn 2003, s. 425–428; J.D.M. Lew: *Relevance of conflict of law rules in the practice of arbitration...*, s. 449.

³¹ Na taką możliwość wskazują J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll: *Comparative International Commercial Arbitration...*, s. 425–428.

cje, zakazy importowo-eksportowe, przepisy prawa konkurencji, prawa ochrony środowiska itp.³² Wskazany katalog przepisów jest oczywiście przykładowy, nie ma więc charakteru wyczerpującego.

Na równi z normami wynikającymi z krajowego prawa publicznego zastosowanie mogą znaleźć również normy mające swoje źródło w prawie międzynarodowym publicznym³³, zwłaszcza jeżeli normy prawa międzynarodowego wchodzą w skład porządku prawnego danego państwa i w konsekwencji są bezpośrednio stosowane³⁴. Wtedy bowiem stanowią część *legis contractus*.

W przypadku podejścia dualistycznego, które zakłada, że prawo wewnętrzne i prawo międzynarodowe są od siebie niezależne i stanowią odmienne porządki prawne³⁵, normy wynikające z prawa międzynarodowego publicznego traktowane będą jak normy spoza *legis contractus*, co nie oznacza, że ich zastosowanie jest wykluczone.

Niektóre normy prawa międzynarodowego publicznego mogą znaleźć zastosowanie w szczególności do spraw między podmiotem prywatnym a państwem³⁶. Potrzeba sięgnięcia po normy prawa międzynarodowego publicznego może bowiem wynikać z przedmiotowych uwarunkowań. Jeżeli w umowie zawartej między takimi podmiotami pojawiają się pojęcia w swej istocie powiązane immamentnie z domeną prawa międzynarodo-

³² D. Hochstrasser: *Public and mandatory law in international arbitration...*, s. 8; M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 447; B. von Hoffmann: *Internationally mandatory rules of law before arbitral tribunals: a general outline*. In: *Acts of state and arbitration*. Ed. K.-H. Böckstiegel..., s. 4; M. Tomaszewski: *Komentarz do art. 8...*, s. 239; P. Mayer: *Mandatory rules of law...*, s. 275.

³³ A.F.M. Maniruzzaman: *International arbitrator and mandatory public law rules...*, s. 54; tak też K.-H. Böckstiegel: *The legal rules applicable in international commercial arbitration involving states or state-controlled enterprises*. In: *International arbitration: 60 years of ICC arbitration: a look at the future*. Paris, ICC Court of Arbitration, 1984, s. 161: „The existence of such specific public law or other mandatory rules does not necessarily mean that they belong to the applicable law and therefore have to be binding for the arbitrators. But obviously their relevance has to be considered both with regard to their direct influence on the contract and with regard to the practical or legal possibility or impossibility of a party including the state or state controlled corporation to fulfil certain obligations of the contract”.

³⁴ Zdaniem G.A. Bermanna, jeżeli prawo międzynarodowe publiczne wchodzi w skład prawa wybranego przez strony, to automatycznie znajduje ono zastosowanie w sprawie jako wchodzące w skład *legis contractus*. G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 336–337.

³⁵ J.R. Crawford: *Brownlie's Principles of International Law*. Ed. 8. Oxford 2012, s. 48.

³⁶ K.-H. Böckstiegel: *The legal rules applicable in international commercial arbitration...*, s. 164; podobnie G. Petrochilos: *Procedural law in international arbitration*. Oxford 2004, s. 287.

wego, to zastosowanie konkretnych norm prawa międzynarodowego będzie konieczne³⁷.

Szczególnym przykładem norm prawa publicznego, które mogą znaleźć zastosowanie w sporze przed sądem polubownym, są sankcje. Sankcje mogą być ustanowione zarówno przez organizacje międzynarodowe, jak Organizacja Narodów Zjednoczonych, przez poszczególne państwa lub przez takie podmioty, jak chociażby Unia Europejska³⁸, i mogą bezpośrednio wpływać na możliwość wykonania zobowiązania³⁹.

Z jednej strony sankcje mogą zostać potraktowane przez arbitrów jako fakt, który powoduje skutki, jakie nadaje mu prawo właściwe⁴⁰. Z drugiej zaś strony, jeżeli sankcje zawierają dyrektywy postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, znajdujące zastosowanie w przypadku nieoznaczonej liczby sytuacji, to zawierają one normy prawne⁴¹. Akty prawne, w których ustanowiono sankcje, są zatem źródłem prawa, wobec czego zasadne jest ich bezpośrednie stosowanie⁴².

Przykładem sankcji o charakterze międzynarodowym były np. sankcje nałożone na Irak przez Radę Bezpieczeństwa na podstawie rezolucji nr 661 z 1990 r.⁴³, która zakazywała między innymi importu i eksportu towarów do Iraku. W konsekwencji również Wspólnota Europejska ustanowiła embargo na handel z Irakiem⁴⁴.

Jeden ze sporów powstałych w wyniku uchwalenia wymienionych sankcji dotyczył wykonania umowy zawartej w 1989 r. między głównym wykonawcą pochodzącym z Włoch a podwykonawcą pochodzącym z Iraku na dostawę towarów niezbędnych do budowy fabryki⁴⁵. Po uchwaleniu

³⁷ A. Kozłowski: *Prawo międzynarodowe jako prawo właściwe w arbitrażu międzynarodowym – zarys koncepcji*. W: *Arbitraż w prawie międzynarodowym*. Red. C. Mik. Warszawa 2014, s. 96–97.

³⁸ Rozporządzenie Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Dz.Urz. UE L 229/1.

³⁹ H. van Houtte: *Trade sanctions and arbitration*. „International Business Law” 1997, no. 25, s. 166.

⁴⁰ M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales: an inquiry into international arbitration and commercial litigation*. Alphen aan den Rijn 2014, s. 36.

⁴¹ Ibidem, s. 59.

⁴² Ibidem, s. 61.

⁴³ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 661 z dnia 6 sierpnia 1990 r. S/RES/661(1990).

⁴⁴ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2340/90 z dnia 8 sierpnia 1990 r. w sprawie zakazu wymiany handlowej z Irakiem i Kuwejtem. Dz.Urz. UE L 213.

⁴⁵ Wyrok arbitrażowy CAM z dnia 20 lipca 1992 r. w sprawie nr 1491 *Subcontractor v. Main Contractor*. „Yearbook Commercial Arbitration” [Ed. A.J. van den Berg]. 1993, vol. 18, s. 81–82.

sankcji główny wykonawca poinformował podwykonawcę, że uznaje, iż w wyniku nałożonych sankcji skutki umowy zostały zawieszone. Podwykonawca następnie wszczął postępowanie arbitrażowe. Zgodnie z umową, spór miał zostać rozstrzygnięty według prawa, w szczególności zaś prawa włoskiego⁴⁶. Jedyny arbiter przyjął, że prawem mającym bezpośrednie zastosowanie w sprawie jest rozporządzenie Rady (EEC) nr 2340 z dnia 8 sierpnia 1990 r. oraz włoski dekret nr 247 z dnia 23 sierpnia 1990 r. Uznał on, że wskazane akty prawne muszą być bezpośrednio stosowane; w konsekwencji uchwalenia sankcji wykonanie umowy stało się niemożliwe⁴⁷. Sąd polubowny zastosował zatem przepisy prawa publicznego ustanawiające sankcje jako wchodzące w skład *legis contractus*⁴⁸.

Podsumowując, uważam, że prawo publiczne wchodzące w skład *legis contractus* powinno być bezpośrednio stosowane przez arbitrów⁴⁹. Brak jest bowiem podstaw do ograniczania w tym zakresie autonomii woli stron. Konkluzja ta opiera się na założeniu, że wybierając prawo właściwe, strony powinny liczyć się z tym, że obejmuje ono również przepisy prawa publicznego.

4. Stosowanie przepisów prawa publicznego spoza *legis contractus*

W przypadku przepisów prawa publicznego wchodzących w skład porządków prawnych państw trzecich brak jest zgody co do możliwości ich stosowania w postępowaniu przed sądem polubownym. Również krajowe systemy norm kolizyjnych co do zasady nie przewidują wyraźnie możliwości stosowania „obcych” względem *legis contractus* norm prawa publicznego⁵⁰. Jednakże dopuszcza się możliwość stosowania przepisów prawa publicznego spoza *legis contractus* jako stanowiących przepisy wymuszające swoje zastosowanie.

Pod pojęciem „przepisy wymuszające swoje zastosowanie” rozumie się przepisy o charakterze imperatywnym, mające szczególne znaczenie dla

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem, s. 85–86.

⁴⁸ Ibidem, s. 90–91.

⁴⁹ Tak też A. Barraclough, J. Waincymer: *Mandatory rules of law in international commercial arbitration...*, s. 219; Y. Derains: *Public policy and the law applicable to the dispute in international arbitration...*, s. 255; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 331.

⁵⁰ J. Poczobut: *Stosowanie krajowego prawa publicznego...*, s. 423.

ochrony porządku publicznego oraz ważnych interesów politycznych, społecznych lub gospodarczych danego państwa⁵¹. Charakteryzują się one tym, że znajdują swoje zastosowanie niezależnie od prawa właściwego dla danego stosunku prawnego⁵². W niniejszym artykule używam pojęcia „przepisy wymuszające swoje zastosowanie” jako konsekwencję przyjęcia nomenklatury zastosowanej w rozporządzeniu Rzym I⁵³.

Pojęcia „przepisy wymuszające swoje zastosowanie” nie można utożsamiać z pojęciem „normy bezwzględnie obowiązujące”. Przez normy bezwzględnie obowiązujące rozumie się normy funkcjonujące w danym systemie prawnym, których zastosowania strony nie mogą wyłączyć⁵⁴. Natomiast przepisy wymuszające swoje zastosowanie stosuje się nawet wtedy, gdy nie są częścią danego systemu prawa właściwego⁵⁵. Każdy przepis wymuszający swoje zastosowanie jest równocześnie przepisem wyrażającym bezwzględnie obowiązującą normę prawa wewnętrznego, natomiast niewiele przepisów bezwzględnie obowiązujących w danym prawie wewnętrznym posiada równocześnie charakter przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁵⁶.

O ile normy prawa publicznego wchodzące w skład *legis contractus* powinno się stosować bezpośrednio, a więc tak jak przepisy prawa prywatnego wchodzące w skład *legis contractus*, o tyle zastosowanie norm prawa publicznego jako przepisów wymuszających swoje zastosowanie wymaga przeprowadzenia analizy w zakresie spełnienia przesłanek warunkujących ich zastosowanie.

W literaturze można spotkać również poglądy, zgodnie z którymi nie ma podstaw do uznania, że przepisy prawa publicznego wchodzące w skład *legis contractus* mają wyższy status niż przepisy państwa trzeciego i z tego też względu w każdym przypadku sąd arbitrażowy powinien przeprowadzić analizę w zakresie zasadności ich zastosowania⁵⁷. Uważam jednak, że bezpośrednie stosowanie norm prawa publicznego wchodzących w skład *legis contractus* uzasadnia w sposób wystarczający zasada autonomii woli stron oraz domniemanie, że strony wybierając dany porządek prawny miały na względzie wszystkie normy wchodzące w jego skład.

⁵¹ D. Hochstrasser: *Choice of law...*, s. 66–67; M. Tomaszewski: *Komentarz do art. 8...*, s. 238.

⁵² M.A. Zachariasiewicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 436; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 311.

⁵³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.Urz. UE L 177/6, art. 9.

⁵⁴ M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 33.

⁵⁵ M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales...*, s. 52.

⁵⁶ M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie...*, s. 48.

⁵⁷ N. Voser: *Mandatory rules of law...*, s. 339–340.

Odmienne sytuacja ma natomiast miejsce w przypadku norm prawa publicznego spoza *legis contractus*. Z uwagi na brak jednoznacznych podstaw do stosowania tego rodzaju norm przez sąd polubowny arbitrzy powinni każdorazowo badać, czy dany przepis prawa publicznego można zakwalifikować jako przepis wymuszający swoje zastosowanie. Zasadny wydaje się pogląd, zgodnie z którym jeżeli dana norma prawna dotyczy stosunku kontraktowego stron, to arbitrzy powinni przynajmniej rozważyć możliwość jej zastosowania⁵⁸. W braku rozważań w tym zakresie sąd polubowny może mieć bowiem niepełny obraz sytuacji prawnej stron, a w konsekwencji może wydać niesprawiedliwy wyrok.

Wskazuje się, że arbitrzy są uprawnieni do stosowania w postępowaniu przed sądem polubownym przepisów wymuszających swoje zastosowanie, natomiast nie mają takiego obowiązku, jeżeli uznają, że zastosowanie tych przepisów byłoby niezasadne⁵⁹. Arbitrzy nie są także zobowiązani do rozważenia możliwości zastosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie *sua sponte*⁶⁰.

Podstawą kompetencji arbitrów do stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie może być obowiązek wydania wykonanego wyroku⁶¹. Obowiązek ten może wynikać z regulaminów stałych sądów polubownych⁶². Zaznacza się również, że arbitrzy mają obowiązek wydania wykonanego wyroku wobec państw, które uznają arbitraż za wiążący sposób rozstrzygania sporów⁶³. Natomiast nieuwzględnienie istotnych przepisów prawa publicznego wchodzących w skład prawa państwa, w którym wyrok ma być wykonany, lub w którym może zostać zaskarżony może prowadzić do jego uchylecia lub odmowy stwierdzenia wykonalności na podstawie klauzuli porządku publicznego.

W niektórych przypadkach normy kompetencyjne uprawniające arbitrów do stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie mogą wynikać wyraźnie z *lex arbitri*. I tak, zgodnie z art. 1206 § 2 pkt 3 oraz

⁵⁸ M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales...*, s. 192.

⁵⁹ A.K. Bjorklund: *Mandatory rules of law and investment arbitration*. ARIA 2007, no. 18, s. 185; A. Barraclough, J. Waincymer: *Mandatory rules of law in international commercial arbitration...*, s. 226; A. Sheppard: *Mandatory rules in international commercial arbitration – an English law perspective*. ARIA 2007, no. 18, s. 134; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 336.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Y. Derains: *Public policy and the law applicable to the dispute in international arbitration...*, s. 254; N. Voser: *Mandatory rules of law...*, s. 356; G.A. Bermann: *International arbitration and private international law...*, s. 322.

⁶² ICC Arbitration Rules z dnia 1 marca 2017 r., <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, 24.08.2017, art. 42.

⁶³ L.G. Radicati di Brozolo: *Mandatory rules and international arbitration*. ARIA 2012, no. 23, s. 72–73.

art. 1214 § 3 pkt 3 polskiego kodeksu postępowania cywilnego⁶⁴, sąd powinien uchylić wyrok sądu polubownego lub też odmówić jego uznania, lub stwierdzenia wykonalności, jeżeli wyrok sądu polubownego pozbawia konsumenta ochrony przyznanej mu bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa właściwego dla umowy, lub też – jeżeli strony dokonały wyboru prawa właściwego – bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, które byłoby właściwe w braku dokonania wyboru prawa.

Skoro sąd polubowny jest zobowiązany wydać wyrok, który nie narusza przepisów przyznających ochronę konsumentom, nawet jeżeli przepisy te nie wchodzą w skład *legis contractus*, to tym samym musi być uprawniony do zastosowania tych przepisów. Normę kompetencyjną uprawniającą arbitrów do zastosowania przepisów prawa publicznego spoza *legis contractus* można wyinterpretować z reguły instrumentalnego nakazu. Skoro obowiązuje norma A, to obowiązuje również norma B nakazująca czynić to, co jest przyczynowo konieczne do realizacji normy A⁶⁵.

Analogicznie, aby sąd arbitrażowy mógł zrealizować obowiązek wydania wykonalnego wyroku, musi rozważyć zastosowanie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa publicznego państwa, w którym wyrok może zostać zaskarżony, lub też w którym najprawdopodobniej zostanie złożony wniosek o stwierdzenie jego wykonalności lub uznanie⁶⁶. Oczywiście, założenie, że arbitrzy zbadają ryzyko potencjalnej odmowy wykonania wyroku we wszystkich możliwych jurysdykcjach jest założeniem nieracjonalnym, jednakże w niektórych przypadkach można ustalić, w jakim państwie wierzyciel będzie starał się stwierdzić wykonalność wyroku⁶⁷. Pozbawienie arbitrów możliwości rozważenia zastosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie mogłoby wpłynąć negatywnie na instytucję arbitrażu jako taką, ponieważ prowadziłoby do możliwości uniknięcia przez strony zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, których zastosowania strony co do zasady nie mogą wyłączyć, przez dokonanie wyboru prawa państwa trzeciego względem prawa państwa, które znalazłoby zastosowanie na podstawie właściwych norm kolizyjnych⁶⁸.

⁶⁴ Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 z późn. zm.

⁶⁵ Z. Ziemiński: *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa...*, s. 154.

⁶⁶ S. Lazareff: *Mandatory extraterritorial application of national law*. Arb. Int'l 1995, no. 11, s. 140.

⁶⁷ A.F.M. Maniruzzaman: *International arbitrator and mandatory public law rules...*, s. 60.

⁶⁸ M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales...*, s. 114, 125.

Jednakże należy rozważyć, czy zastosowanie norm spoza *legis contractus* nie stanowiłoby naruszenia zasady autonomii woli stron i przekroczenia zakresu umocowania przez arbitrów, co potencjalnie również mogłoby stanowić podstawę uchylenia lub odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego.

Uważam jednak, że zastosowaniu normy prawa publicznego spoza *legis contractus* nie stoi na przeszkodzie autonomia woli stron. Autonomia woli stron pozwala na dokonanie wyboru prawa właściwego, ale w zakresie przyznanej stronom swobody kontraktowej. Oznacza to, że strony nie mogą wyłączyć zastosowania norm bezwzględnie obowiązujących. W konsekwencji niezasadne jest stwierdzenie, że klauzula wyboru prawa ogranicza możliwość zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa publicznego, które wymuszają swoje zastosowanie⁶⁹. Istotą przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest właśnie to, że znajdują one swoje zastosowanie niezależnie od prawa właściwego wybranego przez strony. Postanowienie o niestosowaniu norm wymuszających swoje zastosowanie mogłoby zostać uznane za sprzeczne z porządkiem publicznym⁷⁰.

Sąd arbitrażowy powinien rozważyć zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie, mając na względzie następujące przesłanki. Po pierwsze, dana norma prawna powinna wykazywać ścisły związek z rozpatrywanym sporem⁷¹. Po drugie, przepis powinien mieć imperatywny charakter⁷². Po trzecie, zastosowanie przepisu nie powinno prowadzić do skutków sprzecznych z międzynarodowym porządkiem prawnym⁷³,

⁶⁹ B. von Hoffmann: *Internationally mandatory rules of law before arbitral tribunals...*, s. 11; M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales...*, s. 125.

⁷⁰ B. von Hoffmann: *Internationally mandatory rules of law before arbitral tribunals...*, s. 11–12.

⁷¹ J. Poczubut: *Stosowanie krajowego prawa publicznego...*, s. 424–425; A. Baraclough, J. Waincymer: *Mandatory rules of law in international commercial arbitration...*, s. 227–235; M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration*. J. Int'l Arb. 1997, no. 14, s. 28–33; G.A. Bermann: *Mandatory rules of law in international arbitration...*, s. 322; H. van Houtte: *Trade sanctions and arbitration...*, s. 167; N. Voser: *Mandatory rules of law...*, s. 357; D. Hochstrasser: *Choice of law and „foreign” mandatory rules...*, s. 74; Idem: *Public and mandatory law in international arbitration...*, s. 20.

⁷² M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy...*, s. 31–32.

⁷³ Co zdaniem D. Hochstrassera może mieć miejsce w szczególności, gdy sprawa ma charakter polityczny. D. Hochstrasser: *Public and mandatory law in international arbitration...*, s. 19–20. Pod pojęciem „międzynarodowy porządek publiczny” G.A. Bermann rozumie porządek prawny, na który składają się podstawowe i bezwzględnie obowiązujące normy prawne, które są za takie uważane przez większość krajowych systemów prawnych, G.A. Bermann: *International arbitration and private international*

oraz po czwarte, przepisy muszą być „warte zastosowania” (ang. *application worthy*)⁷⁴.

Przepis jest „wart zastosowania”, jeżeli zastosowanie wynikającej z niego normy będzie miało pozytywny skutek w aspekcie ekonomicznym oraz politycznym, a interesy, które ma za zadanie realizować dana norma, są godne ochrony⁷⁵. Istotne jest też to, czego dotyczy dana norma i jaki wywrze wpływ na stosunek prawny łączący strony oraz czy jej zastosowanie przyczyni się do wydania słusznego wyroku⁷⁶. *A contrario* uznaje się, że normy, które mają na celu jedynie ochronę interesów państwa, które je wydało, co do zasady nie będą uznane za „warte zastosowania”⁷⁷. Wymienione przesłanki warunkujące ewentualne zastosowanie przepisu wymuszającego swoje zastosowanie są zbliżone do przesłanek określonych w art. 9 ust. 3 rozporządzenia Rzym I⁷⁸. Nie widzę przeszkód, aby również normy międzynarodowego prawa publicznego mogły zostać zakwalifikowane jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, o ile sąd polubowny po przeanalizowaniu powyższych przesłanek dojdzie do wniosku, że byłoby to zasadne.

5. Wzięcie pod uwagę aktów władczych państwa jako elementów stanu faktycznego

Oprócz możliwości zastosowania prawa publicznego spoza *legis contractus* jako przepisów wymuszających swoje zastosowanie, pod warunkiem spełnienia przesłanek, o których była wcześniej mowa, istnieje również możliwość wzięcia ich pod uwagę jako elementów stanu faktycz-

law..., s. 329; Institute de Droit International: *Resolution on Arbitration between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises*, 1989. ICSID Review 1990, no. 5, art. 2.

⁷⁴ A. Barraclough, J. Waincymer: *Mandatory rules of law in international commercial arbitration...*, s. 227–228; podobnie J. Poczobut: *Stosowanie krajowego prawa publicznego...*, s. 428.

⁷⁵ Tak np. M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy...*, s. 31–32; zob. również M. Azeredo da Silveira: *Trade sanctions and international sales...*, s. 135.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy...*, s. 33.

⁷⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.Urz. UE L 177/6.

nego⁷⁹. W przypadku sporów między państwem lub podmiotem od niego zależnym a podmiotem prywatnym może bowiem dojść do sytuacji, w której państwo podejmie akt władczy, tj. np. uchwali dany akt prawny, który bezpośrednio wpłynie na sytuację kontraktową stron.

Co do zasady akty władcze państwa, w tym stanowione prawo publiczne, mogą zostać potraktowane jako fakty, które wpływają na możliwość wykonania zobowiązania przez strony⁸⁰. Przykładem są zakazy eksportowo-importowe oraz sankcje⁸¹. W orzecznictwie arbitrażowym rozważano, czy tego rodzaju akty władcze państwa mogą stanowić przejaw siły wyższej.

Kwalifikacji aktów władczych państwa jako przejawów siły wyższej dotyczyły dwie sprawy, które toczyły się w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Pierwsza z nich odnosiła się do umowy zawartej między niemiecką spółką Krupp-Koppers GmbH a polskim przedsiębiorstwem państwowym Kopex, która dotyczyła budowy fabryki umożliwiającej produkcję paliwa. W styczniu 1982 r. powód – spółka Krupp – został poinformowany, że w dniu 21 grudnia 1981 r. Rada Ministrów wydała rozporządzenie w sprawie ograniczenia importu inwestycyjnych towarów przemysłowych⁸². Zgodnie z § 1 tego rozporządzenia, wprowadzony został zakaz importu inwestycyjnych towarów przemysłowych przeznaczonych dla inwestycji wymienionych w wykazie stanowiącym załącznik do rozporządzenia⁸³. Rozporządzenie objęło również planowaną fabrykę. W konsekwencji Kopex poinformował spółkę Krupp, że nie może wykonać zobowiązania wynikającego z umowy, powołując się na siłę wyższą określoną w § 19.1 umowy⁸⁴. W wyroku arbitrażowym wydanym w dniu 9 września 1983 r. sąd arbitrażowy rozważył, czy embargo może stanowić przypadek siły wyższej w rozumieniu umowy. Ponadto, arbitrzy musieli także ustalić, czy przedsiębiorstwu państwowemu, jako podmiotowi zależnemu od państwa polskiego, co do zasady przysługuje możliwość powołania się na siłę wyższą⁸⁵.

⁷⁹ A.F.M. Maniruzzaman: *International arbitrator and mandatory public law rules...*, s. 62.

⁸⁰ B. von Hoffmann: *Internationally mandatory rules of law before arbitral tribunals...*, s. 12–13.

⁸¹ M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy...*, s. 35.

⁸² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 1981 r. w sprawie ograniczenia importu inwestycyjnych towarów przemysłowych. Dz.U. 1981, nr 32, poz. 184.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Wyrok częściowy trybunału arbitrażowego z dnia 9 września 1983 r., *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*. „Yearbook Commercial Arbitration” [Ed. A.J. van den Berg], [dalej: YCA] 1987, no. 12, s. 64.

⁸⁵ Ibidem, s. 67, 73.

W prawie polskim pojęcie siły wyższej nie zostało zdefiniowane. Przyjmuje się jednak, że jest to zdarzenie o charakterze nadzwyczajnym, zewnętrznym, któremu nie można zapobiec. W pewnych przypadkach siłą wyższą może być akt władzy publicznej, któremu jednostka nie mogła się przeciwstawić⁸⁶. Oceny danego zdarzenia należy jednak dokonać na podstawie prawa właściwego dla danego stosunku prawnego⁸⁷.

Sąd arbitrażowy w sprawie *Krupp v. Kopex* dokonał wykładni klauzuli siły wyższej na gruncie przepisów prawa szwajcarskiego, które było prawem właściwym dla umowy. Ustalił, że Kopex nie miał możliwości zapobieżenia wydaniu rozporządzenia, dlatego co do zasady pozwany mógł się powoływać na siłę wyższą⁸⁸. Ostatecznie jednak arbitrzy, powołując się na funkcjonującą w prawie szwajcarskim doktrynę *piercing the corporate veil*, stwierdzili, że ponieważ akt władczy państwa nie miał charakteru generalnego i dotyczył konkretnych projektów⁸⁹, obrona pozwanego była nieskuteczna⁹⁰. Niezależnie od rozważań, które doprowadziły do uznania, że Kopex nie mógł zwolnić się od obowiązku wykonania umowy, generalna konkluzja płynąca z tego orzeczenia jest taka, że zasadniczo istnieje możliwość kwalifikacji aktu władczego państwa jako przejawu siły wyższej.

Druga sprawa dotyczyła umowy na dostawę cukru, zawartej między Centralą Handlu Zagranicznego Rolimpex a angielską spółką Czarnikow Ltd. W związku z powodziami, jakie miały miejsce w 1974 r., Rada Ministrów zakazała w dniu 5 listopada 1974 r. eksportu cukru⁹¹. W rezultacie Rolimpex powiadomił kupującego, że umowa nie może zostać wykonana z powodu wystąpienia zdarzenia mającego charakter siły wyższej, tj. aktu władczego państwa pozostającego poza kontrolą spółki⁹². Sprawa została rozpoznana przez trybunał arbitrażowy ustanowiony w ramach Stowarzyszenia Cukru z siedzibą w Londynie (*Refined Sugar Association*). Arbitrzy uznali, że Rolimpex, jako podmiot niezależny od państwa polskiego, mógł powołać się na siłę wyższą. Sprawa trafiła następnie do

⁸⁶ W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*. Wyd. 10. Warszawa 2007, s. 282.

⁸⁷ P. Mayer: *Mandatory rules of law...*, s. 281; wyrok Trybunału Arbitrażowego ICC w sprawie nr 2216. „*Journal du Droit International*” [dalej: JDI] 1975, s. 917 i nast.; wyrok Trybunału Arbitrażowego ICC w sprawie nr 2139. JDI 1975, s. 929; wyrok Trybunału Arbitrażowego ICC w sprawie nr 2138. JDI 1975, s. 934.

⁸⁸ Wyrok częściowy Trybunału Arbitrażowego z dnia 9 września 1983 r., *F.R. German Engineering Company v. Polish buyer*. YCA 1987, vol. 12, s. 74–75, 79.

⁸⁹ Ibidem, s. 79.

⁹⁰ Ibidem, s. 81.

⁹¹ Wyrok Izby Lordów z dnia 6 lipca 1978 r. *Czarnikow Ltd. v. Rolimpex*, 1978, 17 ILM 1384.

⁹² Ibidem.

sądu apelacyjnego, a ostatecznie została rozpoznana przez Izbę Lordów, która również uznała, że Rolimpex jest podmiotem odrębnym od rządu polskiego. Mimo kontroli sprawowanej przez Ministerstwo Handlu Zagranicznego i Gospodarki Morskiej, Rolimpex podejmuje autonomiczne decyzje i samodzielnie dysponuje własnym majątkiem⁹³. W rezultacie Izba Lordów stwierdziła, że akt władczy państwa stanowił przejaw siły wyższej w rozumieniu łączącej strony umowy⁹⁴.

Wyrok ten potwierdza, że akt władczy państwa zawierający normy prawne o charakterze publicznym, jednakże ingerujący w stosunki kontraktowe stron, może zostać uznany za fakt, który w świetle prawa właściwego może być oceniony jako zdarzenie siły wyższej⁹⁵. Zaletą takiego rozwiązania jest niewątpliwie ograniczona możliwość podważenia oceny faktów dokonanej przez arbitrów.

6. Wnioski

Przytoczone rozważania prowadzą do wniosku, że sąd polubowny może zastosować lub też wziąć pod uwagę przepisy prawa publicznego, i to zarówno wchodzące w skład *legis contractus*, jak i w skład porządku prawnego państwa trzeciego, rozumianego jako państwo, którego prawo nie zostało wybrane przez strony.

O zastosowaniu przepisów prawa publicznego można mówić wtedy, gdy mają one charakter normatywny, tzn. zawierają generalne i abstrakcyjne normy prawne. Natomiast w pewnych przypadkach akt władczy państwa, mimo charakteru normatywnego, może również zostać zakwalifikowany jako element stanu faktycznego. W takiej sytuacji arbitrzy mogą „wziąć pod uwagę” dany akt władczy państwa i następnie ocenić, czy w świetle prawa właściwego dla łączącego strony stosunku prawnego stanowi on np. przejaw siły wyższej. Z przeanalizowanego orzecznictwa wynika, że w szczególności sankcje lub też zakazy eksportowo-importowe mogą zostać zakwalifikowane jako fakt. Zaletą takiego rozwiązania jest brak możliwości podważenia oceny stanu faktycznego dokonanej przez arbitrów.

Jako że sąd polubowny nie ma swojego *forum*, brak jest podstaw do szczególnego traktowania norm publicznych wchodzących w skład po-

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ M. Blessing: *Mandatory rules of law versus party autonomy...*, s. 33–34.

rzędu prawnego państwa, na terenie którego toczy się postępowanie arbitrażowe. W konsekwencji analizę należało przeprowadzić w odniesieniu do dwóch rodzajów norm, tj. norm prawa publicznego wchodzących w skład *legis contractus* oraz tych spoza *legis contractus*.

W przypadku przepisów prawa publicznego wchodzących w skład *legis contractus* zasadniczo nie budzi większych wątpliwości teza, zgodnie z którą arbitrzy powinni stosować prawo właściwe – niezależnie od tego, czy zostało ono wybrane przez strony, czy też ustalone przez arbitrów – w całości. Normy prawa publicznego mogą bowiem bezpośrednio wpływać na stosunki kontraktowe stron. W braku odmiennych uregulowań należy domniemywać, że strony, dokonując wyboru prawa, miały na myśli zarówno normy prawa prywatnego, jak i normy prawa publicznego danego państwa.

Natomiast w przypadku przepisów prawa publicznego spoza *legis contractus* ich zastosowanie może mieć miejsce, jeżeli zostaną one uznane za przepisy wymuszające swoje zastosowanie, tj. przepisy, których zastosowania nie można wyłączyć, nawet jeśli nie wchodzą w skład prawa właściwego dla danego stosunku prawnego. Są to przepisy o istotnym znaczeniu dla państwa i ochrony jego interesów.

Kwestią dyskusyjną jest kompetencja sądów polubownych do zastosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Wskazuje się, że jest to uzasadnione z uwagi na obowiązek arbitrów wydania wykonalnego wyroku. Jeśli sąd polubowny chce się wywiązać z tego obowiązku, to zgodnie z regułą instrumentalnego nakazu powinien przynajmniej rozważyć zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Brak ich zastosowania mógłby bowiem prowadzić do uchylenia wyroku lub odmowy stwierdzenia jego wykonalności, lub uznania w państwie, w którym obowiązują dane normy prawa publicznego. Dokonując analizy, sąd polubowny powinien rozważyć, czy przepisy te mają imperatywny charakter, czy wykazują ścisły związek z rozpatrywanym stanem faktycznym, czy ich zastosowanie nie prowadzi do skutków sprzecznych z międzynarodowym porządkiem publicznym, oraz czy przepisy te są „warte zastosowania”.

Problem zastosowania przepisów prawa publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym może się pojawić w szczególności w przypadku spraw z udziałem państwa, czyli podmiotu, który w sposób naturalny jest objęty szerszym zakresem zastosowania norm prawa publicznego. Ponadto, państwo może także celowo uchylać przepisy, które mają wpływ na stosunek kontraktowy stron.

Dodatkowo, w przypadku sporów z udziałem państwa, może pojawić się problem zastosowania norm prawa międzynarodowego publicznego. Jeżeli normy te wchodzą w skład *legis contractus* i wykazują ścisły

związek z danym sporem, to powinny być bezpośrednio stosowane. Jeżeli w danym systemie prawnym obowiązuje dualistyczne podejście do prawa międzynarodowego, to w takim przypadku normy te wciąż mogłyby znaleźć zastosowanie w sprawie, jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, pod warunkiem spełnienia wyżej opisanego testu.