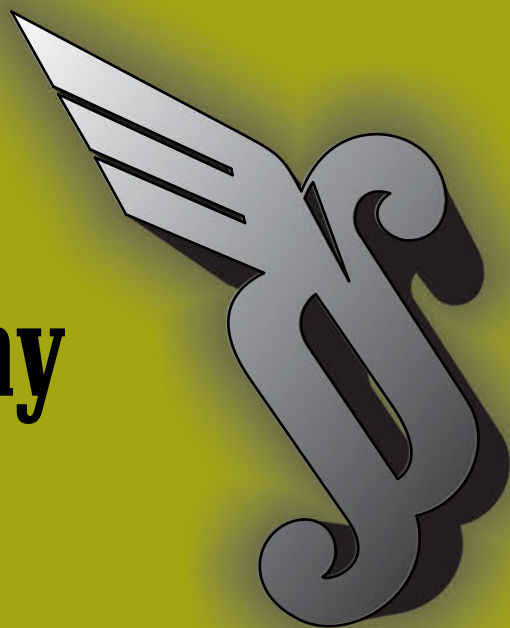


Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

TOM 35



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 35

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naukowy, Akademia Leona Koźmińskiego)

Wojciech Popiołek (zastępca redaktora naukowego, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Witold Kurowski (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji, Akademia Leona Koźmińskiego)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Andrea Bonomi (University of Lausanne),

Cristina González Beilfuss (University of Barcelona), Paul Lagarde (Université Paris I),

Rett R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Uni-

versität zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński

(Uniwersytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uniw-

ersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski),

Jerzy Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloń-

ski), Luboš Tichý (Univerzita Karlova), Zdeněk Kučera (Univerzita Karlova)

Nazwiska recenzentów publikowane są na stronie internetowej czasopisma

The names of reviewers are published on the journal's website

<https://journals.us.edu.pl/index.php/PPPM/recenzenci>

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

tel. (032) 359 18 03; e-mail: pppm@us.edu.pl

Publikacja jest dostępna w wersji elektronicznej:

www.journals.us.edu.pl

Central and Eastern European Online Library

www.cceol.com

Spis treści

Artykuły

Paulina Twardoch: Kolizyjnoprawne aspekty płci	5
Maria Anna Zachariasiewicz, Maciej Zachariasiewicz: Modern Changes in the Conflict-of-Laws Methodology: The Blending of the Savignian Multilateralism, the American Unilateralism, and the Recognition of Legal Relationships	39
Piotr Kamil Cichowski: Dopuszczalność wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji w prawie kolizyjnym Szwajcarii i Unii Europejskiej.	109

Contents

Articles

Paulina Twardoch: Conflict-of-Laws Aspects of Legal Gender	5
Maria Anna Zachariasiewicz, Maciej Zachariasiewicz: Modern Changes in the Conflict-of-Laws Methodology: The Blending of the Savignian Multilateralism, the American Unilateralism, and the Recognition of Legal Relationships	39
Piotr Kamil Cichowski: Admissibility of Choice of Law for Acts of Unfair Competition in the Private International Law of Switzerland and the European Union	109



Paulina Twardoch^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-8941-0687>

Kolizyjnoprawne aspekty płci

Abstract: The article deals with legal gender from the conflict-of-laws perspective. Its aims are: to identify the law applicable to the establishment (upon birth) and change of legal gender under Polish private international law, to determine that law's scope of application, and to indicate the values that should be taken into account when considering the intervention of the *ordre public*. Given the gap existing in Polish PIL in matters of legal gender, the applicable law should be searched for on the basis of a generic rule of art. 67 of the Polish PIL Act. In my opinion, under that rule, it is the national law of a person that should be considered to be the law applicable to that person's legal gender. However, the establishment or change of legal gender that occurred abroad may be qualified as “a closed legal situation.” Thus, the law determined by the relevant rule of that situation's state of origin may be deemed the applicable one. The laws applicable to the potential impact of the legal gender's change on marriage, name and surname, filiation and succession should be searched for separately. If the change of legal gender is inadmissible under the applicable law, the public policy exception may be used in order to allow such change, based on the individual's right to respect for their sexual self-determination, which is one of the aspects of the right to respect for private life under the ECHR. However, the decision to apply the public policy exception should always be preceded by an assessment *in concreto*. This also concerns dealing with a foreign rule that provides for “the third gender” being assigned to a child. The child's best interests and the values related to the cross-border continuity of a personal legal status should be taken into account in this regard.

Keywords: the establishment of legal gender — the change of legal gender — third gender — applicable law — art. 67 of the PIL Act 2011 — “closed legal situation” — public policy exception — art. 8 of the ECHR

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach, paulina.twardoch@us.edu.pl.

1. Wprowadzenie

Postrzeganie płci w naszym kręgu kulturowym ewoluowało i wciąż ewoluuje w miarę rozwoju różnych dziedzin życia. Co interesujące, dopiero pod koniec XVIII w. myśliciele, na podstawie nowych odkryć naukowych, wskazywali z całą mocą na konieczność rozróżnienia w sposób zasadniczy płci żeńskiej i męskiej. W 1803 r. J.-L. Moreau w swym dziele *Historia naturalna kobiety* ogłosił, że płcie nie tylko są od siebie odmienne, ale — co więcej — odmienność ta dotyczy każdego aspektu ciała i ducha. Tak oto zatriumfowała zdecydowana koncepcja dymorfizmu. Wcześniej wszak, w związku z powszechnym poglądem, iż kobiety mają te same organy rozrodcze co mężczyźni, dominował tzw. *one sex model*, oparty na przekonaniu o istnieniu jednej tylko płci, męskiej, w ramach którego to modelu kobieta traktowana była jako niedoskonała wersja mężczyzny¹.

Istotne przemiany następowały także w podejściu do rozstrzygania wątpliwości zachodzących przy ustalaniu płci danej osoby. W szczególności, jak wynika z badań G. Maka, przez większą część XIX w. kierowano się w takich przypadkach ideą, że płeć to umiejscowienie w strukturze społecznej, ekonomicznej i duchowej, przy czym ową ideę przedkładało często nad pojmowanie płci jako odzwierciedlającej fizyczność osoby. Dopiero ok. 1900 r. pojawiła się po raz pierwszy w medycynie, w kontekście ustalania płci w razie wątpliwości, idea płci jako odzwierciedlenia indywidualnego poczucia tożsamości płciowej². Jeśli chodzi o stronę prawną, uwagę zwraca zwłaszcza Landrecht pruski z 1794 r.³, w którego §§ 19—23 zamieszczono przepisy dotyczące dzieci hermafrodytycznych (niem. *Zwitter*). Regulacja ta stanowiła, że takie dziecko powinno być wychowywane zgodnie z płcią określoną przez rodziców. Z chwilą gdy dana osoba osiągnęła wiek 18 lat, przysługiwała jej swoboda wyboru płci. Jednakże jeśli od płci tej osoby zależały prawa osoby trzeciej, ta ostatnia

¹ Zob. E. Badinter, *XY. De l'identité masculine*, Éditions Odile Jacob, Paris 1992, s. 19—21; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español*, „Revista Española de Derecho Internacional” 2023, vol. 75, núm. 2, s. 350, <https://doi.org/10.36151/REDI.75.2.13>. Zob. też T. Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, D.L., Madrid 1994, s. 257—258.

² Tak G. Mak, *Altérations des logiques du sexe. L'hermaphrodisme dans des cas médicaux et juridiques du XIX^e siècle*, « Cliniques méditerranéennes » 2017, n° 95(1), s. 21—34, <https://doi.org/10.3917/cm.095.0021>.

³ Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Tekst kodeksu dostępny na stronie: <https://opiniojuris.de/quelle/1622> [dostęp do wszystkich stron WWW przywołanych w artykule potwierdzono 11.11.2024].

mogła się domagać opinii biegłego. Jego ustalenia były decydujące, nawet w przypadku ich sprzeczności z wyborem dokonany przez osobę, której płeć podlegała ocenie, lub przez rodziców.

Współcześnie ustawodawcy i sądy w coraz większej liczbie państw podążają w ślad za rosnącym uwrażliwieniem społecznym na sytuację osób, których cechy biologiczne nie pozwalają na jednoznaczne zakwalifikowanie danej osoby do jednej z dwóch powszechnie przyjmowanych płci, tj. żeńskiej albo męskiej. I tak, dopuszcza się (tymczasowe) odstępianie od oznaczenia płci metrykalnej dziecka, a nawet zrywa się z binarnym podziałem na płeć żeńską i męską poprzez wprowadzenie do porządku prawnego tzw. trzeciej płci.

Jednocześnie rośnie liczba systemów prawnych, w których dopuszczalna jest zmiana prawna płci, rozumiana jako zmiana oznaczenia płci metrykalnej danej osoby lub — więcej — jako zmiana statusu prawnego danej osoby w zakresie płci.

W miarę jak prawodawcy ustanawiają kolejne rozwiązania normatywne odpowiadające na potrzeby osób interplciowych⁴ czy transplciowych, coraz częściej w obcej doktrynie ujmuje się płeć jako kategorię czy też kwestię prawną (ewentualnie mieszaną — faktyczno-prawną⁵), z uwzględnieniem konsekwencji takiego ujęcia, w szczególności tych dotyczących sfery kolizyjnoprawnej⁶. Podobnie w niniejszym szkicu, poświęconym zagadnieniom prawa prywatnego międzynarodowego, głównym przedmiotem analizy jest płeć jako koncept normatywny. Dalsze wywody koncentrują się zatem wokół „płci (w sferze) prawnej” i takiego też sformułowania w nich używam, inspirując się wyrażeniem dość już rozpowszechnionym

⁴ W ślad za ujęciem prezentowanym przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka należy wyjaśnić, że osoby interplciowe rodzą się z cechami płciowymi (w szczególności w aspekcie dotyczącym anatomii płciowej, organów rozrodczych, gospodarki hormonalnej czy zestawu chromosomów), które nie wpisują się w typowe binarne definicje płci męskiej lub żeńskiej — zob. <https://www.ohchr.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity/intersex-people>.

⁵ Tak w szczególności S.L. Goessl, *From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?*, „Journal of Private International Law” 2016, vol. 12, issue 2, s. 262—265, 280, <https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1202018>.

⁶ Zob. w szczególności S.L. Goessl, *From question...*, s. 265 i nn.; eadem, *Gender, identity and private international law*, in: *Research Handbook on International Family Law*, eds. J.M. Carruthers, B.W.M. Lindsay, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2024, s. 72—75; A. Dutta, W. Pintens, *Private International Law Aspects of Intersex*, in: *The Legal Status of Intersex Persons*, eds. J.M. Scherpe, A. Dutta, T. Helms, Intersentia, Cambridge 2018, s. 415 i nn.; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado de derecho internacional privado*, dirs. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, 2a ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, s. 1294 i nn.; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 345 i nn.

w literaturze obcej (ang. *legal sex*, *legal gender*, franc. *sexe juridique*, *sexe légal*, hiszp. *sexo legal*, niem. *rechtliches Geschlecht*)⁷. W ramach niektórych wątków sięgam również po określenie „płeć metrykalna”.

Przedstawiona poniżej analiza⁸ ukierunkowana jest, po pierwsze, na odszukanie prawa, któremu w świetle polskiego reżimu kolizyjnego podlegają zagadnienia wpisujące się w prawną problematykę płci, po drugie zaś — na wytyczenie zakresu zastosowania tego prawa. Wysuwam przy tym propozycje kwalifikacji kwestii granicznych, znajdujących się na styku statutu miarodajnego dla płci (w sferze) prawnej oraz innych statutów. Co naturalne w przypadku tematu badawczego o tak silnym pierwiastku aksjologicznym, moje rozważania obejmują także wątek ewentualnej interwencji klauzuli porządku publicznego, w kierunku zakazującym lub pozwalającym.

2. Potrzeba poszukiwania prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej

Jak trafnie zauważa K. Sznajder-Peron, „czynności urzędowe dokonywane przez urzędników stanu cywilnego powinny opierać się na prawidłowo ustalonych i zastosowanych normach prawa polskiego lub obcego”⁹, a „[o]bowiązek stosowania norm kolizyjnych i merytorycznych z urzędu

⁷ Zob. m.in. M. van den Brink, Ph. Reuß, J. Tigchelaar, *Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration: A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands*, „European Journal of Law Reform” 2015, vol. 17, no. 2, s. 282 i nn., <https://doi.org/10.5553/EJLR/138723702015017002006>; S.L. Goessl, *From question...*, s. 264; eadem, *Gender, identity...*, s. 72 i nn.; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 415 i nn.; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 343 i nn.; D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de’Sanna, M. Valentin, *Questions trans et droit de la famille : approches européennes comparatives*, « AJ Famille » 2023, n° 10, s. 503 i nn.; A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR — Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB*, IPRax 2024, H. 1, s. 28—32.

⁸ W tym miejscu pragnę złożyć podziękowania Pani Prof. dr hab. n. med. Aleksandra Jezeli-Stanek, specjalistce genetyki klinicznej, członkini Zespołu ds. Zaburzeń Rozwoju Płciowego w Górnośląskim Centrum Zdrowia Dziecka i Matki w Katowicach, za konsultację naukową w kwestiach dotyczących ustalania płci biologicznej w kontekście tzw. zróżnicowanego rozwoju płciowego. Wyrazy wdzięczności za cenne uwagi w zakresie prawa kolizyjnego składam mojej Koleżance, Pani Dr Agacie Koziół.

⁹ K. Sznajder-Peron, w: *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 537.

przez organy administracji publicznej jest konsekwencją zasady legalizmu wynikającej z art. 7 Konstytucji”¹⁰. Powyższe przemawia na rzecz tezy, że polski kierownik urzędu stanu cywilnego, na potrzeby dokonania w rejestrze stanu cywilnego wpisu o urodzeniu dziecka, które jest cudzoziemcem, a urodziło się w Polsce, powinien — w zakresie, w jakim chodzi o oznaczenie płci metrykalnej dziecka — przeprowadzić analizę kolizyjnoprawną mającą na celu odszukanie prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej. Zgodnie wszak z tym, co już zasygnalizowałam w ślad za ujęciem przyjmowanym w zagranicznej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego, płeć w rozpatrywanym tutaj kontekście winna być traktowana jako kwestia materialnoprawna, podobnie jak ojcostwo czy nazwisko.

Norma, w myśl której akt urodzenia sporządza się na podstawie karty urodzenia (art. 53 ust. 1 p.a.s.c.)¹¹, nie wyklucza powinnościami poszukiwania prawa właściwego. Karta urodzenia, sporządzana przez podmiot wykonujący działalność leczniczą, zawiera bowiem dane o płci jako o jednej z okoliczności faktycznych (empirycznych). Określenie, jaką dana osoba ma płeć z prawnego punktu widzenia, a więc rozstrzygnięcie kwestii materialnoprawnej, powinno następnie zostać dokonane przez organ władzy publicznej w wyniku subsumcji okoliczności faktycznych pod miarodajną dla danego przypadku normę prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej.

Potrzeba ustalenia miarodajnego statutu przez kierownika urzędu stanu cywilnego jest — wobec odejścia w szeregu systemów prawnych od dychotomii płci — szczególnie istotna w przypadku dzieci, u których występuje tzw. zróżnicowany rozwój płciowy (ang. *differences of sex development*, DSD), a więc których genetyczne, hormonalne, gonadalne lub anatomiczne cechy płci nie wpisują się w typowy model męski lub żeński. I tak, m.in. wedle prawa niemieckiego lub austriackiego płeć takiego dziecka może być przy dokonywaniu wpisu do rejestru zakwalifikowana do trzeciej kategorii lub pozostawiona bez oznaczenia. O tego rodzaju obcych rozwiązaniach merytorycznoprawnych oraz o ocenie — w świetle polskiego *ordre public* — dopuszczalności ustalenia przynależności danej osoby do tzw. trzeciej płci będzie jeszcze mowa. W tym miejscu należy zaś wskazać, że przeszkody do dokonania wpisu o urodzeniu obejmującego treść ukształtowaną w opisany wyżej sposób nie powinny stanowić

¹⁰ K. Sznajder-Peron, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 55. Por. M. Wojewoda, w: *System prawa prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 580—582.

¹¹ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. — Prawo o aktach stanu cywilnego (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1378).

trudności techniczne wynikające ze struktury rubryk w rejestrze stanu cywilnego. Jak słusznie podnosi M. Zachariasiewicz, to wzór aktu stanu cywilnego „musi być dostosowany do wymagań prawa kolizyjnego, materialnego i procesowego — a także do rzeczywistości faktycznej — a nie odwrotnie”, zaś „trudności techniczno-prawne [...] w jakiś sposób trzeba rozwiązywać”¹². Podobnie struktura rubryk przewidzianych we wzorze karty urodzenia¹³ nie powinna stanowić przeszkody:

- 1) do zgodnego z rzeczywistością stwierdzenia na potrzeby rejestracji urodzenia, że płci biologicznej noworodka nie da się w danym przypadku jednoznacznie zakwalifikować jako żeńskiej lub męskiej, i w konsekwencji
- 2) do tego, by na podstawie właściwego prawa obcego oznaczyć płeć metrykalną dziecka w akcie urodzenia jako „inną” lub pozostawić ją bez oznaczenia.

Ponadto statut miarodajny dla określenia płci (w sferze) prawnej powinien zostać odszukany w sytuacji, gdy polski organ ma ocenić przynależność płciową, do której ustalenia w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) doszło za granicą, przy czym owo ustalenie nastąpiło inaczej niż poprzez rozstrzygnięcie podlegające uznaniu. Taka ocena może mieć miejsce, po pierwsze, w ramach rozstrzygania kwestii wstępnej. I tak, zagadnienie przynależności płciowej danej osoby może odegrać rolę kwestii wstępnej w szczególności względem takich kwestii jak możliwość zawarcia małżeństwa, rodzicielstwo, imię lub nazwisko czy też umowa o pracę¹⁴. Po drugie, przynależność płciowa, którą ustalono za granicą w okolicznościach określonych powyżej, może podlegać ocenie ze strony polskiego organu także jako kwestia główna. Może to mieć miejsce w szczególności wówczas, gdy na podstawie normy z art. 189 k.p.c.¹⁵ wytoczono powództwo w celu doprowadzenia do usunięcia ewentualnych wątpliwości co do skuteczności w Polsce ustalenia określonej przynależności płciowej, przy czym — należy to podkreślić — chodzi tu o ustalenie, którego dokonano za granicą w drodze aktu innego niż rozstrzygnięcie podlegające uznaniu.

¹² Wypowiedź tę autor sformułował w kontekście transkrypcji aktów stanu cywilnego — zob. M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111, s. 155, przyp. 49, <https://doi.org/10.26485/SPE/2019/111/8>.

¹³ Zob. wzór karty urodzenia według rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 grudnia 2023 r. w sprawie wzorów karty urodzenia i karty martwego urodzenia (Dz.U. 2023, poz. 2733), załącznik nr 1.

¹⁴ S.L. Goessl, *From question...*, s. 265, 276; eadem, *Gender, identity...*, s. 76; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 423—424; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2024, poz. 1568).

Podobnie w sprawach o prawną zmianę płci, obejmujących element obcy, polski sąd powinien odszukać prawo właściwe dla takiej zmiany. Jeśli tym ostatnim okaże się prawo obce, w grę wchodzi konieczność oceny ekwiwalentności, z jednej strony, pojęć takich jak „rejestr stanu cywilnego” / „rejestr cywilny” / „odpowiedni rejestr” czy „akty stanu cywilnego” / „akt urodzenia”, które występują w tym prawie w przepisach dotyczących zmiany oznaczenia płci metrykalnej, oraz, z drugiej strony, pojęć takich jak — odpowiednio — „rejestr stanu cywilnego” i „akty stanu cywilnego” / „akt urodzenia”, występujących w prawie polskim, które odgrywa rolę prawa rządzącego kwestiami proceduralnymi związanymi z polskim rejestrem stanu cywilnego. Konieczne może być też dostosowanie norm należących do tych systemów prawnych. Powyższe dotyczy w szczególności spraw, w których żądającym prawnej zmiany płci jest cudzoziemiec:

- 1) którego urodzenie zostało zarejestrowane w polskim rejestrze stanu cywilnego:
 - a) w związku z tym, że urodzenie to nastąpiło w Polsce, albo
 - b) w trybie przewidzianym w art. 99 p.a.s.c.¹⁶, bądź
- 2) którego akt urodzenia został przeniesiony do tego rejestru w drodze transkrypcji.

Przedstawione wcześniej uwagi dotyczące sytuacji, w których polski organ ma oceniać — w ramach czy to kwestii wstępnej, czy też kwestii głównej — przynależność płciową, do której ustalenia w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) doszło za granicą, należy odnieść odpowiednio do sytuacji, w których przedmiotem oceny ze strony polskiego organu miałyby być dokonana za granicą prawna zmiana płci.

3. Art. 67 p.p.m. Prawo ojcyste oraz koncepcja stanu faktycznego zamkniętego

W wielu obcych ustawodawstwach wprowadzono przepisy o prawnej zmianie płci kształtujące instytucję o swoistym charakterze, choć jednocześnie wpisującą się w problematykę stanu cywilnego czy też osobistego.

¹⁶ Przepis ten dotyczy rejestracji w polskim rejestrze stanu cywilnego: a) urodzenia albo zgonu, które nastąpiły poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i nie zostały tam zarejestrowane, oraz b) urodzenia, zawarcia małżeństwa albo zgonu, które nastąpiły poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i nie zostały tam zarejestrowane, gdyż w państwie urodzenia, zawarcia małżeństwa albo zgonu nie jest prowadzona rejestracja stanu cywilnego.

Niemniej jeśli chodzi o polskie prawo (merytoryczne), zwraca uwagę fakt, że Sąd Najwyższy w sprawie o prawną zmianę płci stwierdził, że „poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste (art. 23 k.c.¹⁷) i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.”¹⁸. Jeśliby przyjąć także na potrzeby kwalifikacji kolizyjnoprawnej, iż polska instytucja prawnej zmiany płci jest środkiem ochrony dobra osobistego, należałoby tę instytucję przyporządkować do statutu dóbr osobistych (pragnę podkreślić, że mowa tu o kwalifikacji instytucji zmiany prawnej płci w postaci, w jakiej instytucja ta została ukształtowana w Polsce).

Niemniej upatrywanie istoty polskiej instytucji zmiany prawnej płci w ochronie dobra osobistego nie jest trafne. Warto w tym miejscu przywołać godne aprobaty stanowisko M. Safjana, że w przypadku żądania prawnej zmiany płci podpieranie się konstrukcją z art. 23 k.c. dla uzasadnienia powództwa wytaczanego na podstawie normy z art. 189 k.p.c., a w szczególności dla wykazania interesu prawnego, o którym mowa w tym ostatnim przepisie, nie wydaje się konieczne. Jak bowiem wskazuje ten autor, nie chodzi o „wyrok ustalający prawo osobiste powoda do ochrony poczucia przynależności do określonej płci”, ale o „orzeczenie ustalające płeć danej osoby”, w kontekście którego to orzeczenia interes prawny osoby transpłciowej polega na uzyskaniu prawidłowego ustalenia stanu osobistego¹⁹. Zatem w świetle zasadniczej funkcji, którą spełnia polska instytucja prawnej zmiany płci, a którą to funkcją jest umożliwienie zmiany stanu osobistego danej osoby w zakresie płci, winno się wykluczyć przyporządkowanie owej polskiej instytucji do kategorii kolizyjnoprawnej „ochrona dóbr osobistych”, a tym samym do statutu dóbr osobistych.

Trafne wydaje się natomiast przyjęcie na płaszczyźnie prawa kolizyjnego, że instytucja prawnej zmiany płci — nie tylko w postaciach, w jakich występuje w obcych prawodawstwach, lecz także w postaci ukształtowanej w Polsce — z uwagi na swoistą naturę wpisuje się w kategorię *sui generis*, jaką jest płeć²⁰ i do której zaliczyć należy również reguły materialnoprawne normujące ustalenie płci (w sferze) prawnej w sposób pierwotny, w związku

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2024, poz. 1061).

¹⁸ Postanowienie SN z 22.03.1991, III CRN 28/91, Legalis nr 27282. Zob. też wyrok SN z 6.12.2013, I CSK 146/13, Legalis nr 749262, w którym w kontekście sprawy o ustalenie płci osoby transpłciowej mowa o ochronie przynależności do płci realizowanej na podstawie art. 23 i 24 k.c. w związku z art. 189 k.p.c., oraz wyrok SA w Katowicach z 30.04.2004, I ACa 276/04, Legalis nr 65548, w którym w analogicznym kontekście stwierdzono, że płeć człowieka jest dobrem osobistym i z mocy normy z art. 23 k.c. podlega prawnej ochronie.

¹⁹ Zob. M. Safjan, *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 89.

²⁰ Oczywiście chodzi tu o płeć w sensie prawnym.

z urodzeniem. W odniesieniu do tak ujętej kategorii istnieje w polskim prawie prywatnym międzynarodowym luka. Miarodajnej w tym względzie reguły kolizyjnej nie ma jednak w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.²¹, w innych aktach normatywnych pochodzenia krajowego, w konwencjach międzynarodowych, których Polska jest stroną, ani w prawie Unii Europejskiej. Regułą taką, wskazującą statut, który będzie określać mianem statutu płci, należy zatem wyprowadzić z ogólnej wskazówki służącej uzupełnianiu luk w prawie prywatnym międzynarodowym, zamieszczonej w art. 67 p.p.m.²² Oznacza to konieczność odszukania prawa, które z problematyką płci jest najściślej związane. Moim zdaniem takim prawem jest prawo ojczyście osoby, o której płeć chodzi. Za rozwiązaniem tym przemawiają następujące argumenty.

Otóż zgodnie z tradycją sawiniańską kwestie dotyczące osoby fizycznej i jej tożsamości podlegają prawu personalnemu. W tym kontekście należy zauważyć, że zagadnienia płci wpisują się właśnie w problematykę tożsamości człowieka²³. Ujmując rzecz inaczej: „płeć prawna stanowi jeden z kluczowych elementów tożsamości osoby”, „jest jedną z kategorii prawnych konstytuujących tożsamość osoby”²⁴, „kwestią ściśle związaną z osobą fizyczną”²⁵. Najbardziej miarodajna dla wyznaczenia statutu płci jest zatem reguła analogiczna do tej, która wyznacza statut personalny osoby fizycznej²⁶. Ten ostatni zaś rozumiany jest w polskim prawie prywatnym międzynarodowym jako prawo właściwe dla zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej, a określa go regulacja z art. 11 p.p.m., wskazująca jako zasadniczo właściwe prawo ojczyście danej osoby. Warto przy tym zwrócić uwagę na następujące spostrzeżenie przytaczane w piśmiennictwie niemieckim na rzecz rozwiązania polegającego na tym, aby w odniesieniu do płci prawnej i jej zmiany stosować w drodze analogii normę wyznaczającą prawo właściwe dla zdolności prawnej osoby fizycznej (art. 7(1) zd. 1 EGBGB)²⁷. Mianowicie zauważa się, iż jako

²¹ T.j. Dz.U. 2023, poz. 503.

²² Wypada zaznaczyć, że luka w omawianej kwestii wyłania się także na tle konwencji bilateralnych.

²³ Zob. M. Audit, *Bioéthique et droit international privé*, in: *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 373, Brill—Nijhoff, Leiden 2015, pkt 98.

²⁴ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 344, 350. Wszystkie cytaty ze źródeł obcojęzycznych w tłumaczeniu autorki.

²⁵ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350. Zob. też S.L. Goessl, *From question...*, s. 270—271; A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 30.

²⁶ Zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 98.

²⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>. Rozwiązanie to, w związku z wejściem w życie w Niemczech szczególnej regulacji kolizyjnej dotyczącej płci prawnej, straciło na znaczeniu.

atrybut osoby fizycznej płeć ma podobną fundamentalną rangę jak zdolność prawna²⁸. Z kolei w doktrynie hiszpańskiej, uzasadniając poddanie kwestii płci prawnej prawu wskazanemu normą z art. 9(1) k.c. hiszp., dotyczącą m.in. zdolności i stanu cywilnego, podnosi się, że płeć osoby fizycznej wpływa na zdolność i stan cywilny tej osoby²⁹, a także że kształtuje status prawny danej osoby jako podmiotu prawa, przez co należy do instytucji statusu osobowego³⁰. Wypada też wspomnieć o stanowisku przedstawionym w literaturze francuskiej, w myśl którego określenie płci osoby jest „elementem statutu personalnego” i jako takie podlega co do zasady prawu ojczystemu³¹.

Za przyjęciem w kwestii płci właściwości prawa personalnego (w polskim prawie kolizyjnym — ojczystego) przemawiają również spostrzeżenia nasuwające się w toku analizy obcego orzecznictwa oraz obcych skodyfikowanych szczególnych norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe do oceny zagadnień odnoszących się do płci.

I tak Sąd Apelacyjny w Paryżu w orzeczeniu z 14 czerwca 1994 r., w sprawie osoby mającej obywatelstwo argentyńskie i miejsce zwykłego pobytu we Francji, stwierdził, że co do zasady zmiana płci podlega prawu ojczystemu³². Podobnie Sąd w Mediolanie w orzeczeniu z 17 lipca 2000 r., dotyczącym żądania zmiany płci przez osobę o obywatelstwie peruwiańskim, której miejscem pobytu były Włochy, uznał za właściwe jej prawo ojczyste³³. Analogiczne stanowisko zajęła w decyzji z 24 stycznia 2005 r. hiszpańska Generalna Dyrekcja Rejestrów i Notariatu (Dirección General de los Registros y del Notariado)³⁴. Zgodnie z nim określenie i zmiana płci,

²⁸ A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 29. Na temat koncepcji, by w odniesieniu do płci prawnej stosować w niemieckim prawie prywatnym międzynarodowym na zasadzie analogii normę kolizyjną miarodajną dla osobowości prawnej i zdolności — zob. też M. van den Brink, Ph. Reuß, J. Tigchelaar, *Out of the Box...*, s. 289; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 420.

²⁹ Zob. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1293. Autorzy ci opowiadają się za stosowaniem normy kolizyjnej z art. 9(1) k.c. hiszp. w odniesieniu zarówno do ustalenia, jak i do zmiany płci prawnej.

³⁰ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350. Również zdaniem tej autorki normę kolizyjną z art. 9(1) k.c. hiszp. należy stosować zarówno do ustalenia płci prawnej, jak i do jej zmiany.

³¹ Fasc. 7020: *Droit international privé. — Personnes*, in: *JurisClasseur Roulois — Encyclopédies*, 1.01.2021, dernière mise à jour: 15.10.2023, § 9.

³² CA Paris, 14.06.1994, *Osmar B.* (wyrok ten określa się też jako *arrêt Oswald*). Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 99; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

³³ Trib. Milano Sez. IX, 17.07.2000. Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 99; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

³⁴ Resolución de 24 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado

jako kwestie dotyczące osoby, powinny być rozstrzygane według prawa personalnego tej ostatniej, to jest według jej prawa ojczystego. Podobną drogą podążył Tribunal Superior de Justicia de Andalucía w Sewilli w orzeczeniu z 23 stycznia 2023 r.³⁵, wydanym w sprawie oznaczenia płci w Centralnym Rejestrze Cudzoziemców w odniesieniu do osoby o nieokreślonej płci i obywatelstwie niemieckim. Sąd ten wskazał mianowicie na konieczność wzięcia pod uwagę prawa ojczystego, przy czym uzasadnił to dążeniem do uniknięcia rozbieżności w oznaczeniu płci w rejestrze hiszpańskim i rejestrze niemieckim³⁶. Z kolei Kammergericht w Berlinie w orzeczeniu z 12 stycznia 2021 r., odnosząc się do zagadnienia przynależności płciowej, wyprowadził właściwość prawa ojczystego z założenia o analogicznym stosowaniu w tym względzie reguły kolizyjnej z art. 7(1) EGBGB, wyznaczającej statut personalny osoby fizycznej (*vide ante*)³⁷.

Wśród norm skodyfikowanych na uwagę zasługuje norma kolizyjna z art. 34 § 1 ust. 1 w zw. z art. 35ter belg. kodeksu p.p.m.³⁸, w myśl której prawna zmiana płci podlega prawu ojczystemu osoby, o której płeć chodzi. Warto zaznaczyć, że belgijski ustawodawca uregulował właściwość prawa w tej kwestii poprzez nakaz stosowania prawa wskazanego jako właściwe dla stanu (franc. *l'état*) i zdolności osoby³⁹.

Podobnie nowa niemiecka regulacja kolizyjna, zamieszczona w obowiązującej od 1 listopada 2024 r. ustawie o samookreśleniu przynależności płciowej z 19 czerwca 2024 r. (dalej: nowa u. niem.)⁴⁰, wskazuje prawo ojczyste jako prawo właściwe dla przynależności płciowej osoby. Jednakże w unormowaniu tym dopuszcza się, by osoba mająca miejsce zwykłego

del Registro Civil de Barcelona, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual, BOE-A-2005-4264. Tekst dostępny na stronie: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-4264.

³⁵ STSJ Andalucía de Sevilla, 83/2023 de 23 Ene. 2023, Rec. 2224/2019. Orzeczenie dostępne na stronie: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAAXBMQ6AIAwAwN8wF4SgQwejk7O6E2lMEwKkIO_3jmPE4wIA77VzblGDpHHJePNLuZPittYqZVBEA2YCP62erVdPoiB76LSFRDkGwVM--gEQh4isTwAAAA==WKE.

³⁶ Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 351.

³⁷ KG, Beschluss vom 12.01.2021 — 1 W 1290/20, pkt 34.

³⁸ Loi du 16.07.2004 portant le code de droit international prive. Tekst dostępny na stronie: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/article.pl?language=fr&sum_date=&pd_search=2004-07-27&numac_search=2004009511&page=1&lg_txt=F&caller=list&2004009511=0&trier=promulgation&view_numac=2022b30600fx1804032130fr&dt=CODE+DE+DROIT+INTERNATIONAL+PRIVE&fr=f&choix1=E'T.

³⁹ Na ten temat — zob. J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique : droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Belgique, 1er août 2017, § 21.

⁴⁰ Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 19. Juni 2024. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.recht.bund.de/bgb/1/2024/206/VO>.

pobytu w Niemczech wybrała prawo niemieckie w odniesieniu do zmiany przynależności płciowej⁴¹.

Warto też zwrócić uwagę, że zgodnie z regulacją kolizyjną z art. 37 szwajc. u. feder. o p.p.m. stosowaną w drodze analogii na podstawie normy z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m. ustalenie płci osoby, która ma domicyl w Szwajcarii, podlega prawu szwajcarskiemu, a osoby mającej domicyl za granicą — prawu wskazanemu przez reguły prawa prywatnego międzynarodowego państwa domicylu, przy czym osoba, o której płęć chodzi, może żądać zastosowania swojego prawa ojczystego. Zatem również ustawodawca szwajcarski posłużył się kryteriami odwołującymi się do więzi pomiędzy osobą a określonym obszarem prawnym, aczkolwiek, po pierwsze, zgodnie z preferencją charakterystyczną dla szwajcarskiego prawa kolizyjnego zasadniczą rolę w tym względzie odgrywa domicyl, po drugie, kryteria te wprzężono w bardziej złożone konstrukcje. Zmiana płci — w świetle normy z art. 38(3) stosowanej *per analogiam* na podstawie reguły z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m. — podlega jednak prawu szwajcarskiemu, bez względu na domicyl lub obywatelstwo osoby, o której płęć chodzi⁴².

Co do łączników personalnych innych niż obywatelstwo, warto dodać, że w piśmiennictwie niemieckim formułuje się argumenty na rzecz przyjęcia miejsca zwykłego pobytu jako głównego łącznika wyznaczającego statut płci⁴³. Niemniej należy pamiętać, że w polskim prawie kolizyjnym podstawowym łącznikiem w sferze prawa osobowego jest tradycyjnie obywatelstwo.

W obcych systemach prawnych można również dostrzec tendencję do przyznawania coraz większego znaczenia kolizyjnoprawnej autonomii woli w kwestiach dotyczących płci. W tym kontekście warto przywołać chociażby przytoczoną już szwajcarską normę z art. 37(2) w zw. z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m., posługującą się w odniesieniu do ustalenia płci konstrukcją właściwości prawa na żądanie. Z kolei we wspomnianej nowej niemieckiej ustawie osobom mającym miejsce zwykłego pobytu w Niemczech przyznano kompetencję do dokonania wyboru prawa (ograniczającą się do wyboru prawa niemieckiego). Ponadto postulaty wprowadzenia, w ograniczonym zakresie, kolizyjnoprawnej autonomii woli

⁴¹ Na temat ustawy, gdy była w fazie projektu — zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 30. Na tym etapie nie było w niemieckim systemie prawnym wyraźnej reguły kolizyjnej określającej prawo właściwe w odniesieniu do przynależności płciowej.

⁴² Zob. A. Bonomi, in: B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022, s. 209.

⁴³ Zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 31.

w kwestiach dotyczących określenia płci prawnej zgłaszane są w doktrynie hiszpańskiej⁴⁴.

Wracając do polskiego systemu prawnego, trzeba zauważyć, że dopuszczenie do głosu autonomii woli w ramach kolizyjnoprawnej regulacji kwestii płci sprzyjałoby poszanowaniu prawa osoby, o której płeć chodzi, do samookreślenia przynależności płciowej, które to prawo ujmowane jest jako jeden z aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego (franc. *le droit au respect du droit à l'autodétermination sexuelle*; w wersji angielskiej wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) w sprawie *van Kück przeciwko Niemcom*⁴⁵ użyto sformułowania *right to respect for sexual self-determination*, oznaczającego 'prawo do poszanowania samookreślenia przynależności płciowej'). Innymi słowy: rozwiązanie takie pozwalałoby na urzeczywistnienie, w mniejszym lub większym stopniu, wolności określenia własnej przynależności płciowej, która to wolność stanowi jeden z najistotniejszych elementów prawa do samookreślenia (franc. *droit à l'autodétermination*)⁴⁶. Niemniej dopuszczenie wyboru prawa właściwego w kwestii płci czy też przyjęcie konstrukcji właściwości prawa na żądanie wymagałoby ustanowienia wyraźnej normy w tym przedmiocie (zob. w szczególności regułę z art. 4 p.p.m., zgodnie z którą wyboru prawa można dokonać w przypadkach przewidzianych w ustawie).

Jak już zatem stwierdzono powyżej, w świetle reguły z art. 67 p.p.m. rolę statutu płci powinno, moim zdaniem, odgrywać prawo ojczyście osoby, o której płeć chodzi. Należy przy tym kierować się obywatelstwem:

- 1) z chwili urodzenia, ewentualnie, jeśli dotąd płci (w sferze) prawnej nie ustalono, a ustalenie ma nastąpić po długim czasie od urodzenia — z chwili żądania ustalenia;
- 2) w przypadku rozstrzygnięcia o żądaniu prawnej zmiany płci — z chwili żądania owej zmiany.

W odniesieniu zaś do sytuacji, w których prawna zmiana płci nastąpiła za granicą, przy udziale organu władzy publicznej, w drodze aktu niebędącego orzeczeniem ani innym rozstrzygnięciem podlegającym uznaniu, uzasadnione może być posłużenie się koncepcją stanu faktycznego

⁴⁴ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350—352.

⁴⁵ Wyrok ETPCz z 12.06.2003 w sprawie *van Kück c. Allemagne*, nr 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897.

⁴⁶ Zob. *van Kück c. Allemagne*, pkt 73, 78. Zob. też wyrok ETPCz z 10.03.2015 w sprawie *Y.Y. c. Turquie*, 14793/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308, pkt 102. Zob. też: A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295; V.J. Navarro Marchante, *La autodeterminación de género en la legislación trans en España*, „Teoría y Realidad Constitucional” 2023, n.º 51, s. 417—439.

zamkniętego⁴⁷. Dotyczy to oceny takiej prawnej zmiany płci, która wykazuje silne powiązanie z państwem, w którym doszło do owej zmiany. Właściwość prawa należy wówczas ustalać za pomocą norm kolizyjnych obowiązujących w państwie, w którym zmiana została dokonana, jako państwie pochodzenia rozpatrywanego stanu faktycznego zamkniętego⁴⁸. Opisane rozwiązanie pozwoli na realizację postulatu zachowania ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci⁴⁹. Można też rozważać podobne podejście — w sytuacjach gdy nie miała miejsca prawna zmiana płci — w odniesieniu do przynależności płciowej ustalonej w związku z urodzeniem, jeśli ustalenie to nastąpiło za granicą i spełnione są pozostałe kryteria analogiczne do tych wymienionych powyżej⁵⁰.

4. Zakres zastosowania statutu płci

Statut płci rozstrzyga o:

- 1) zagadnieniach dotyczących ustalenia płci (w sferze) prawnej (dokładnie — pierwotnego ustalenia, tj. takiego, które następuje w związku z urodzeniem), mianowicie zaś o:

⁴⁷ Koncepcję stanu faktycznego zamkniętego wysunął w polskiej doktrynie M. Pazdan — zob. M. Pazdan, *Stany faktyczne zamknięte z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, w: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberk, J. Grykiel, K. Mularski, C.H. Beck, Warszawa 2022, s. 525—536.

⁴⁸ Por. rozwiązanie z art. 39 w zw. z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m., polegające na nakazie uznania w Szwajcarii zmiany płci, która nastąpiła za granicą, jeśli zmiana ta „jest ważna” w państwie domicylu lub w państwie ojczystym osoby, o której płeć chodzi.

⁴⁹ Zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 32; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 353. Zob. też wyrok TSUE z 4.10.2024 w sprawie C-4/23 *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:845, dotyczący uznania w państwie członkowskim zmiany imienia i tożsamości płciowej uzyskanej zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim.

⁵⁰ W podobnym duchu A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 424—426. Autorzy ci, w ramach rozważań na temat osób interplciowych, wysuwają postulat, by w odniesieniu do płci zarejestrowanej w związku z urodzeniem (czy inaczej: w odniesieniu do statusu w zakresie płci, który dana osoba nabyła przez rejestrację w związku z urodzeniem) wprowadzić — przynajmniej w obrębie UE — obowiązek uznania. Przywołują przy tym orzeczenie TSUE w sprawie *Grunkin i Paul*, wskazując na konieczność zapewnienia swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich UE. Jako instrument, poprzez który wspomniane uznanie może następować, proponują normę kolizyjną stanowiącą, iż płeć prawna zarejestrowana przez właściwy organ podlega prawu państwa, w którym płeć ta została (po raz pierwszy) w odniesieniu do danej osoby zarejestrowana. Zob. też S.L. Goessl, *Gender, identity...*, s. 81, 85.

- a) sposobie, w jaki owo ustalenie następuje, w szczególności o tym, czy w razie wątpliwości płeć ustalana jest w drodze orzeczenia sądowego⁵¹;
- b) rodzajach płci (w sferze) prawnej, w szczególności o tym, czy rozróżnia się jedynie płeć żeńską i płeć męską, czy również trzecią płeć / płeć neutralną/niebinarną/inną (zob. normę z § 22(3) niem. u. o stanie cywilnym⁵², która dopuszcza oznaczenie płci dziecka w rejestrze urodzeń za pomocą określenia „inna”⁵³; orzeczenie austriackiego Sądu Konstytucyjnego z 15 czerwca 2018 r.⁵⁴, w którym przyjęto wykładnię normy z § 2(2)(3) austr. u. o stanie cywilnym⁵⁵ zrywającą z podziałem jedynie na płeć męską i żeńską i dopuszczono w ten sposób tzw. trzecią płeć, która może być określona m.in. jako „inna” lub „inter”⁵⁶; przepis art. 6 u. isl.⁵⁷, dopuszczający rejestrację płci z oznaczeniem „neutralna”);
- c) dopuszczalności nieoznaczenia płci metrykalnej⁵⁸ w ogóle lub przez określony czas (zob. normę z § 22(3) niem. u. o stanie cywilnym, zgodnie z którą, jeśli nie można ustalić przynależności dziecka do płci żeńskiej lub męskiej, dopuszcza się pominięcie oznaczenia jego płci w rejestrze urodzeń; zob. też wspomniane już orzeczenie austriackiego Sądu Konstytucyjnego; przepis art. 1:19d k.c. niderl.; przepis art. 74(2) hiszp. u. 4/2023⁵⁹, który dopuszcza

⁵¹ Zob. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294; A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 209.

⁵² Personenstandsgesetz (PStG). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>.

⁵³ Na ten temat — zob. P. Dunne, J. Mulder, *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?*, „German Law Journal” 2018, vol. 19, issue 3, s. 627—648.

⁵⁴ VfGH G 77/2018, 15.06.2018. Orzeczenie dostępne na stronie: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFR_20180615_18G00077_01/JFR_20180615_18G00077_01.html.

⁵⁵ Personenstandsgesetz 2013. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20008228>.

⁵⁶ J. Gesley, *Austria: Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female*, Library of Congress, 2018, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>. Zob. też oficjalny informator dostępny na stronie: [https://www.oesterreich.gv.at/en/themen/persoenliche_dokumente_und_bestaeatigungen/aenderung-der-geschlechtszugehoerigkeit.html#:~:text=The%20case%2Dlaw%20of%20the,\(%20VfSlg%2020258%2F2018\)](https://www.oesterreich.gv.at/en/themen/persoenliche_dokumente_und_bestaeatigungen/aenderung-der-geschlechtszugehoerigkeit.html#:~:text=The%20case%2Dlaw%20of%20the,(%20VfSlg%2020258%2F2018)).

⁵⁷ Lög um kynrænt sjálfræði nr. 80/2019. Tekst ustawy w języku angielskim dostępny na stronie: https://www.government.is/library/04-Legislation/Act%20on%20Gender%20Autonomy%20No%2080_2019.pdf.

⁵⁸ Zob. A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 210.

⁵⁹ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>.

nieoznaczenie — przez okres nieprzekraczający 1 roku — płci metrykalnej dziecka będącego osobą interplciową, jeśli żądają tego, za wzajemnym porozumieniem, rodzice dziecka; przepis art. 57(2) k.c. franc., zgodnie z którym, gdy niemożliwe jest określenie płci dziecka w dniu wystawienia aktu urodzenia, prokurator Republiki może zezwolić urzędnikowi stanu cywilnego na odstąpienie od natychmiastowego oznaczenia płci dziecka w akcie urodzenia, przy czym wpis płci stwierdzonej medycznie następuje wówczas w terminie nieprzekraczającym 3 miesięcy liczonych od dnia zgłoszenia urodzenia; przepis art. 48 k.c. belg., ustanawiający w odniesieniu do przypadków, gdy płeć dziecka jest niejednoznaczna, trzymiesięczny termin, w ciągu którego ojciec, współmatka lub matka mogą zadeklarować płeć dziecka);

2) zagadnieniach dotyczących zmiany płci (w sferze) prawnej czy też — inaczej mówiąc — prawnej zmiany płci, tj. o:

a) dopuszczalności takiej zmiany;

b) sposobie prawnej zmiany płci, w szczególności o tym, czy zmiana taka następuje:

— w drodze orzeczenia sądu (tak np. w prawie francuskim, gdzie zgodnie z normami z art. 61-6 oraz 61-7 k.c. franc. następuje ona w drodze orzeczenia sądowego nakazującego zmianę oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego, przy czym orzeczenie to jest wzmiankowane na marginesie aktu urodzenia; zob. też normę z art. 31(5) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r.⁶⁰); aczkolwiek sąd polski, jeśli tylko uzasadniona jest jego jurysdykcja, może w zasadzie działać także wówczas, gdy obce prawo właściwe przewiduje prawną zmianę płci w inny sposób niż poprzez orzeczenie sądu⁶¹;

— w drodze aktu innego organu niż sąd (tak np. przepis art. 8 u. irl.⁶², w którym mowa o decyzji Ministra Ochrony Społecznej [Minister for Social Protection] w przedmiocie wydania tzw. certyfikatu uznania płci) czy też przy udziale organu innego niż sąd, polegającym na wydaniu określonego aktu (zob. regulację

⁶⁰ Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150: Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69. (11G0192). Tekst dekretu dostępny na stronie: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2011/09/21/011G0192/sg>.

⁶¹ Zob. uwagi M. Pazdana w odniesieniu do rozwiązania małżeństwa przez inny organ państwowy niż sąd lub przez sąd wyznaniowy — M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 306.

⁶² Gender Recognition Act 2015. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://revised.acts.lawreform.ie/eli/2015/act/25/revised/en/html#SEC18>.

z art. 135/1 k.c. belg., w której mowa o sporządzeniu aktu zmiany oznaczenia płci metrykalnej [franc. *l'établissement de l'acte de modification de l'enregistrement du sexe*] przez urzędnika stanu cywilnego);

- na podstawie oświadczenia osoby, o której płeć chodzi (tak regulacja z art. 30b k.c. szwajc. oraz art. 135/1 k.c. belg., kształtująca reżim prawny oświadczenia wyrażającego wolę zmiany oznaczenia płci metrykalnej w związku z istnieniem u osoby, która składa oświadczenie, (stałego) przekonania, że nie przynależy ona do płci wskazanej w rejestrze stanu cywilnego / że płeć wskazana w akcie urodzenia nie odpowiada poczuciu tożsamości płciowej tej osoby);
- c) legitymacji do żądania prawnej zmiany płci / kwalifikacjach personalnych wymaganych po stronie składającego oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci metrykalnej, w szczególności o tym:
 - jaki jest wymagany wiek oraz czy w przypadku osób małoletnich wymaga się działania poprzez / za zgodą / przy udziale przedstawiciela ustawowego (zob. regulację z art. 43 hiszp. u. 4/2023, w świetle której z żądaniem zmiany oznaczenia płci może samodzielnie wystąpić do Rejestru Cywilnego osoba, która ukończyła 16 lat, lub osoba młodsza, która ukończyła 14 lat, przy czym wymaga się, by tej ostatniej towarzyszyli w postępowaniu jej przedstawiciele ustawowi, w przypadku zaś osoby między 12. a 14. rokiem życia wymagane jest zezwolenie sądowe na zmianę oznaczenia płci w rejestrze⁶³; normy z art. 4 i 5 argent. u. 26.743⁶⁴, stanowiące, iż osoba żądająca zmiany oznaczenia płci w rejestrze powinna być w wieku co najmniej 18 lat, a jeśli jest młodsza, jej żądanie powinno zostać wniesione poprzez jej przedstawicieli ustawowych i za jej wyraźną zgodą; normę z art. 61-5 k.c. franc., w myśl której zmianę oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego może uzyskać osoba pełnoletnia lub małoletnia uppełnoletniona; normę z art. 1(1) u. Zjedn. Król.⁶⁵, zgodnie z którą żądanie wydania certyfikatu uznania płci może wnieść osoba w wieku co najmniej 18 lat; normy z art. 135/1 § 1 i § 10 k.c. belg., według których oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci może złożyć osoba pełnoletnia,

⁶³ Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 354—355.

⁶⁴ Ley 26.743. 9.05.2012. Tekst dostępny na stronie: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

⁶⁵ Gender Recognition Act 2004. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>.

- małoletnia upełnoletniona albo osoba małoletnia nieupełnoletniona, która osiągnęła wiek 16 lat i która jest zdolna do działania z rozeznanie, przy czym w przypadku tej ostatniej wymaga się, by przy składaniu oświadczenia towarzyszyli jej rodzice lub przedstawiciel ustawowy);
- czy osoba pozostająca w związku małżeńskim lub zarejestrowanym związku partnerskim może żądać prawnej zmiany płci (zob. normę z dawnego art. 9(2)(b) u. irl., która wyłączała takie osoby z kręgu osób legitymowanych do żądania wydania certyfikatu uznania płci⁶⁶);
- d) materialnoprawnych przesłankach uwzględnienia żądania prawnej zmiany płci / skutecznego złożenia oświadczenia zmierzającego do zmiany oznaczenia płci metrykalnej, w szczególności zaś o tym:
- czy wymagane jest wystąpienie u danej osoby dysforii płciowej (tak np. normy z art. 2(1)(a) u. Zjedn. Król. oraz z art. 4(1)(a) dawnej hiszp. u. 3/2007⁶⁷);
 - czy wymagana jest uprzednia terapia psychologiczna (zob. normę z art. 4(3) argent. u. 26.743, która wyraźnie wyłącza taki wymóg);
 - czy wymagana jest uprzednia zmiana wyglądu lub funkcjonowania ciała poprzez ingerencję medyczną (w szczególności chirurgiczną lub hormonalną), w tym sterylizację (zob. art. 44(3) hiszp. u. 4/2023, gdzie wyraźnie zakazano uzależniania wykonania prawa do uzyskania zmiany oznaczenia płci w rejestrze od tego typu zmian fizycznych; podobnie: przepis art. 61-6 k.c. franc., wprowadzony ustawą z 2016 r.⁶⁸, która zniosła wszelkie wymagania polegające na konieczności poddania się ingerencji medycznej określonego wyżej rodzaju⁶⁹; norma z art. 4(3) argent. u. 26.743; przepis art. 31(4) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r. w interpretacji włoskiego Sądu Kasacyjnego oraz

⁶⁶ Norma ta została uchylona przez Marriage Act 2015 w związku z usunięciem w prawie irlandzkim przeszkody do zawarcia małżeństwa polegającej na braku różnicy płci między nupturientami.

⁶⁷ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5585>.

⁶⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033418805>.

⁶⁹ G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil : actes de naissance, actes de reconnaissance, procédure de mariage*, JurisClasseur Civil Code > Synthèse, dernière mise à jour: 10.06.2023, § 26.

- włoskiego Sądu Konstytucyjnego⁷⁰; por. art. 4(2)(b) dawnej hiszp. u. 3/2007, w którym ustanowiono wymóg, by osoba żądająca zmiany oznaczenia płci w rejestrze przeszła co najmniej dwuletnią terapię medyczną mającą na celu dostosowanie występujących u tej osoby cech fizycznych do cech „żądaney płci”);
- czy wymaga się — na podobnej zasadzie jak w przypadku posiadania stanu cywilnego — by z całokształtu okoliczności wynikało, że płeć metrykalna nie odpowiada płci, na przynależność do której dana osoba publicznie się powołuje, gdy się przedstawia, i jako przynależna do której osoba ta jest znana otoczeniu (tak art. 61-5 k.c. franc.)⁷¹;
 - czy wystarczającą podstawą złożenia oświadczenia zmierzającego do zmiany oznaczenia płci metrykalnej (w przypadkach gdy prawna zmiana płci następuje poprzez takie oświadczenie) jest istnienie u danej osoby (stałego) przekonania, że płeć metrykalna nie odpowiada poczuciu tożsamości płciowej tej osoby / nie odpowiada płci, do której przynależność osoba ta odczuwa (zob. art. 135/1 § 1 k.c. belg. oraz art. 30b k.c. szwajc.);
 - czy wymaga się, by występujący z żądaniem wiódł życie jako osoba odmiennej płci przez określony czas poprzedzający wystąpienie z żądaniem (tak norma z art. 2(1)(b) u. Zjedn. Król., w myśl której wymagany okres to 2 lata);
 - czy wymaga się, by występujący z żądaniem miał zamiar wieść życie jako osoba odmiennej płci do chwili śmierci (tak norma z art. 2(1)(c) u. Zjedn. Król.; podobnie norma z art. 10(1)(f)(ii) u. irl., która wymaga złożenia przez daną osobę oświadczenia, iż ma ona trwałą i poważny zamiar, by żyć przez resztę życia jako osoba płci mającej wynikać z żądanego certyfikatu uznania płci);
- e) głównym skutku:
- zmiany oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego / we właściwym rejestrze,
 - decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
 - wydania certyfikatu uznania płci,
- którym to skutkiem jest zmiana płci (w sferze) prawnej;
- f) odwracalności prawnej zmiany płci czy też dopuszczalności ponownej prawnej zmiany płci, a jeśli właściwy system prawny stoi na

⁷⁰ Zob. D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de'Sanna, M. Valentin, *Questions...*, s. 503 i nn., pkt 2.1.

⁷¹ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26.

stanowisku odwracalności zmiany / dopuszcza ponowną zmianę — o tym:

- czy wymagany jest upływ określonego terminu od czasu (poprzedniej) zmiany (zob. np. normę z art. 47 hiszp. u. 4/2023, ustanawiającą w odniesieniu do przywrócenia poprzedniego oznaczenia płci w Rejestrze Cywilnym wymóg upływu 6 miesięcy od zmiany, o której odwrócenie chodzi);
- czy liczba dopuszczalnych zmian jest ograniczona (zob. np. przepis art. 9 chil. u. 21.120⁷², który dopuszcza jedynie dwukrotną zmianę oznaczenia płci metrykalnej);
- czy wymaga się zezwolenia sądu (zob. np. regulę z art. 8 argent. u. 26.743 oraz regulę z art. 47 hiszp. u. 4/2023, w świetle której zezwolenie sądu wymagane jest do dokonania zmiany oznaczenia płci w Rejestrze Cywilnym w sytuacji, gdy miała już miejsce zmiana oznaczenia, a następnie przywrócono poprzednie oznaczenie; zob. też normę z dawnego art. 62bis § 10 ust. 2 k.c. belg., która wprowadzie dopuszczała — jako wyjątek od ustanowionej w ust. 1 zasady nieodwołalności zmiany — ponowną zmianę oznaczenia płci metrykalnej, ale wymagała w takim przypadku zezwolenia sądu rodzinnego⁷³).

Natomiast ewentualny wpływ:

- zmiany oznaczenia płci metrykalnej,
 - decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
 - wydania certyfikatu uznania płci
- na (dalsze) istnienie wcześniej zawartego małżeństwa podlega statutowi miarodajnemu dla bytu prawnego małżeństwa (zob. np. normy z art. 11A (1)-(2) u. Zjedn. Król, w myśl których zmiana płci wynikająca z wydania pełnego certyfikatu uznania płci nie wpływa na dalsze istnienie małżeństwa⁷⁴; zob. też normę wyprowadzaną w doktrynie z przepisu art. 61-8 k.c. franc., w myśl której zmiana oznaczenia płci metrykalnej nie

⁷² Ley 21.120. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>.

⁷³ Na ten temat — zob. D. Tomsej, D. Paternotte, *L'adoption de la « loi trans* » du 25 juin 2017. De la stérilisation et la psychiatisation à l'autodétermination*, « Courrier hebdomadaire du CRISP » 2021, n° 2505, s. 8, <https://doi.org/10.3917/cris.2505.0005>. Zob. też orzeczenie belgijskiego Sądu Konstytucyjnego z 19.06.2019 nr 99/2019, pkt B.8.8—B.8.9. Tekst orzeczenia dostępny na stronie: <https://www.const-court.be/public/f/2019/2019-099f.pdf>.

⁷⁴ W Zjednoczonym Królestwie dopuszczalne są małżeństwa tej samej płci. Aczkolwiek należy zauważyć, że wydanie pełnego certyfikatu uznania płci uzależnione jest od wyrażenia przez współmałżonka zgody na kontynuację małżeństwa po wydaniu takiego certyfikatu.

podważa małżeństwa wcześniej zawartego przez osobę, o której płeć chodzi⁷⁵). W tym względzie wchodzi w grę statut unieważnienia małżeństwa lub statut rozwodowy. W szczególności skutek orzeczenia nakazującego zmianę oznaczenia płci metrykalnej polegający na rozwiązaniu małżeństwa podlega statutowi rozwodowemu (zob. przepis art. 31(6) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r.⁷⁶; trzeba przy tym zauważyć, że zgodnie z normą wyrażoną w zd. 1 tego przepisu orzeczenie o zmianie oznaczenia płci nie oddziałuje wstecz). Podobnie powinno się zakwalifikować skutek zmiany oznaczenia płci metrykalnej polegający na powstaniu po stronie współmałżonka uprawnienia do żądania rozwiązania małżeństwa (skutek taki przewiduje norma z art. 19 chil. u. 21.120⁷⁷). Rozgraniczając prawo właściwe dla unieważnienia małżeństwa i statut rozwodowy, warto mieć na uwadze pogląd W. Popiołka, zgodnie z którym w kontekście normy kolizyjnej z art. 50 p.p.m., wyznaczającej prawo właściwe dla unieważnienia małżeństwa, chodzi co do zasady o okoliczności (wadliwość) istniejące w chwili jego zawarcia. Jeśli zaś dana okoliczność zaistniała po zawarciu małżeństwa, to — według wspomnianego autora — w grę wchodzi statut rozwodowy⁷⁸.

W podobny sposób należy podchodzić do kolizyjnoprawnej oceny ewentualnego wpływu:

- zmiany oznaczenia płci metrykalnej,
- decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
- wydania certyfikatu uznania płci

na (dalsze) istnienie zarejestrowanego związku partnerskiego (zob. np. normę z art. 1(26) wł. u. o związkach partnerskich⁷⁹, zgodnie z którą orzeczenie nakazujące zmianę oznaczenia płci we właściwym rejestrze pociąga za sobą rozwiązanie *unione civile* między osobami tej samej płci⁸⁰; por. normę z art. 11B u. Zjedn. Król.). Za miarodajny trzeba uznać w tej kwestii statut zarejestrowanego związku partnerskiego, wyznaczony na podstawie normy kolizyjnej odszukanej za pomocą wskazówki z art. 67 p.p.m.⁸¹

⁷⁵ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26. Prawo francuskie dopuszcza małżeństwa osób tej samej płci.

⁷⁶ Prawo włoskie nie dopuszcza małżeństw osób tej samej płci.

⁷⁷ Ley 21.120. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>.

⁷⁸ W. Popiołek, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 457.

⁷⁹ Legge 20 maggio 2016, n. 76 — Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (16G00082). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016-05-20;76>.

⁸⁰ Wedle prawa włoskiego wyłącznie osoby tej samej płci mogą zawrzeć zarejestrowany związek partnerski.

⁸¹ Na temat prawa właściwego dla zarejestrowanego związku partnerskiego — zob. P. Twardoch, *O poszukiwaniu prawa właściwego do oceny spraw majątkowych*

Wedle tego statutu winno się również oceniać skutek zmiany oznaczenia płci metrykalnej polegający na konwersji małżeństwa na zarejestrowany związek partnerski (skutek taki przewiduje w szczególności norma z art. 1(27) wł. u. o związkach partnerskich; powstaje on automatycznie w sytuacji, gdy małżonkowie wyrazili wolę nierozwiązywania małżeństwa w następstwie zmiany oznaczenia płci we właściwym rejestrze⁸²).

Możliwość zawarcia małżeństwa lub zarejestrowanego związku partnerskiego przez osobę, której płeć uległa zmianie w sferze prawnej, podlega — odpowiednio — statutowi możliwości zawarcia małżeństwa lub statutowi zarejestrowanego związku partnerskiego (zob. np. normę z dawnego art. 18(3)(a) u. irl., stanowiącą, że osoba, która uzyskała certyfikat uznania płci, może zawrzeć małżeństwo jedynie z osobą płci przeciwnej względem płci oznaczonej w certyfikacie⁸³, oraz normę z dawnego art. 18(3)(b) u. irl., zgodnie z którą osoba legitymująca się certyfikatem uznania płci mogła zawrzeć zarejestrowany związek partnerski jedynie z osobą tej samej płci, co płeć oznaczona w certyfikacie⁸⁴).

Z kolei kwestia wpływu prawnej zmiany płci na sferę imienia i nazwiska osoby, o której płeć chodzi, objęta jest hipotezą normy kolizyjnej z art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m.⁸⁵ Norma ta, nakazując stosowanie „prawa właściwego do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do [...] zmiany imienia lub nazwiska”, wskazuje w rozpatrywanym kontekście na właściwość statutu płci.

I tak, jako prawo wskazane normą z art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m., statut płci obejmuje:

— ewentualne szczególne reguły materialnoprawne rządzące zmianą imienia lub nazwiska w związku z prawną zmianą płci, w tym te dotyczące kompetencji osoby, o której płeć chodzi, do wyboru nowego imienia lub imion, a w przypadku niektórych systemów prawnych — także nazwiska (zob. np. normę z art. 30b(2) k.c. szwajc., stanowiącą, iż osoba składająca oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci

zarejestrowanego za granicą związku partnerskiego według polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 10, s. 71—115. Zob. też A. Koziół, w: *System prawa prywatnego*, t. 20C..., s. 527—529.

⁸² Zob. D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de’Sanna, M. Valentin, *Questions...*, s. 503 i nn., pkt 2.1.1.

⁸³ Zob. przyp. 66.

⁸⁴ Norma ta została uchylona przez Marriage Act 2015 w związku ze zniesieniem w prawie irlandzkim dopuszczalności zawierania związków partnerskich. Ta ostatnio wspomniana zmiana wiązała się z kolei z otwarciem instytucji małżeństwa na osoby tej samej płci.

⁸⁵ Zgodnie z tą normą do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska stosuje się prawo właściwe do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska.

metrykalnej może wybrać nowe imię lub imiona⁸⁶; normę z art. 44(4) hiszp. u. 4/2023, zgodnie z którą osoba żądająca zmiany oznaczenia płci metrykalnej powinna wybrać nowe imię, chyba że chce zachować dotychczasowe i jest ono zgodne z zasadami swobodnego wyboru imienia przewidzianymi w przepisach o Rejestrze Cywilnym; normy z art. 10(1)(b) oraz art. 13(1)(a) u. irl., odnoszące się do wyboru imienia i nazwiska przez osobę występującą z żądaniem wydania certyfikatu uznania płci; zob. też normy z § 8(2) i § 9(3) zd. 2 u. niem.⁸⁷ oraz z § 2(3) nowej u. niem., a także normę z art. 1:28b(2) k.c. niderl.);

- ewentualne szczególne reguły dotyczące dopuszczalności/konieczności dostosowania formy nazwiska — w związku z prawną zmianą płci — do płci wynikającej ze zmiany (zob. chociażby prawo szwajcarskie — pod jego rządami nazwisko rodowe, którego forma odzwierciedla płeć, np. słowiańskie, zakończone na „-ska”/„-ski”, dostosowywane jest do nowo oznaczonej płci⁸⁸).

Natomiast o tym, czy prawna zmiana płci wpływa na stosunki filiacyjne, rozstrzyga statut miarodajny dla pochodzenia dziecka. Owym statutem są więc objęte ewentualne reguły wyłączające taki wpływ:

- na więzi filiacyjne ustalone, zanim po stronie rodzica nastąpiła prawna zmiana płci (tak norma z art. 61-8 k.c. franc.⁸⁹), czy też
- na więzi filiacyjne z dziećmi urodzonymi przed ową zmianą (tak regulacja z art. 135/2 § 1 k.c. belg., która stanowi również wyraźnie, że wszelkie powództwa dotyczące tych więzi mogą jeszcze być wytaczane po wystawieniu aktu zmiany oznaczenia płci metrykalnej), czy też
- na status danej osoby jako ojca lub matki dziecka urodzonego przed wydaniem certyfikatu uznania płci (tak norma z art. 19 u. irl.).

W statucie filiacyjnym poszukiwać należy także odpowiedzi na pytania:

- Jak ustala się rodzicielstwo osoby, która urodziła dziecko po prawnej zmianie płci z żeńskiej na męską?

⁸⁶ Na temat tego rozwiązania — zob. 19.081: Message concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil) du 6 décembre 2019, s. 790, 815—816. Tekst dostępny na stronie: <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/129/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-129-fr-pdf-a.pdf>; M. Montini, in: *Code civil I. Art. 1—456 CC. Commentaire*, coord. P. Pichonnaz, B. Foëx, Ch. Fountoulakis, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2023, s. 392.

⁸⁷ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz — TSG). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-%C3%BCber-die-%C3%A4nderung-der-vornamen-und-die-feststellung-der/213211>.

⁸⁸ Zob. 19.081: Message..., s. 790; M. Montini, in: *Code civil I...*, s. 392.

⁸⁹ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26.

- Jak ustala się rodzicielstwo osoby, której męskie gamety posłużyły do (naturalnego) poczęcia dziecka, jeśli dziecko urodziło się po prawnej zmianie płci tej osoby z męskiej na żeńską?
- Czy osoba taka — w związku z ustaleniem jej rodzicielstwa — uzyskuje status (współ)matki czy ojca, czy może neutralny płciowo status rodzica?⁹⁰

Szczególną uwagę w tym względzie zwraca prawo belgijskie i niemieckie, gdzie kwestie te przesądzono — odpowiednio — w art. 135/2 § 2 k.c. belg. oraz w § 11 nowej u. niem.⁹¹

Wypada jednak wyjaśnić, że o tym, jakiej płci z prawnego punktu widzenia jest dana osoba będąca rodzicem, rozstrzyga statut płci⁹². Może to stwarzać napięcia na styku statutu filiacyjnego i statutu płci, np. jeśli z postanowień pierwszego wynika, że jako rodzic dana osoba ma status matki, z postanowień drugiego zaś — że osoba ta w sensie prawnym jest płci męskiej⁹³. W takich przypadkach jako środek zaradczy wchodzi w grę zabieg zwany dostosowaniem.

Z kolei o tym, czy prawna zmiana płci jako taka wywiera wpływ na powołanie danej osoby do dziedziczenia, decyduje ogólny statut spadkowy. Dotyczy to zarówno dziedziczenia *ab intestato*, jak i na podstawie rozrządzenia na wypadek śmierci. Natomiast ewentualne rozwiązanie małżeństwa na skutek prawnej zmiany płci, stanowiące w kontekście dziedziczenia kwestię wstępną, podlega statutowi rozwodowemu (*vide ante*).

⁹⁰ Zob. wypowiedź A. Schulz aprobującą założenie, by kwestię wpływu zmiany płci prawnej na stosunki filiacyjne kwalifikować do statutu pochodzenia dziecka — A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 32.

⁹¹ Na tle prawa francuskiego — zob. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Tuluzie — CA Toulouse, 9 févr. 2022, n° 20/03128. Sprawa dotyczyła osoby, której płeć uległa zmianie w sferze prawnej z męskiej na żeńską. Po tej zmianie transpłciowa kobieta poczęła dziecko ze swą małżonką. Prokreacja naturalna była możliwa, ponieważ ta pierwsza zachowała swoje męskie organy rozrodcze. W opisywanym orzeczeniu sąd uznał prawo kobiety transpłciowej do oznaczenia jej jako „matka” w akcie urodzenia jej biologicznego dziecka. Zob. S. Paricard, *La parenté transgenre : une décision inédite*, Dalloz Actualité, 1.03.2022, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parente-transgenre-une-decision-inedite>. Na tle prawa szwajcarskiego — zob. M. Montini, in: *Code civil I...*, s. 393.

⁹² W podobnym duchu: wspomniane już orzeczenie Kammergericht w Berlinie z 12.01.2021, dotyczące transpłciowego mężczyzny mającego obywatelstwo austriackie, który urodził dziecko po zmianie płci, oraz A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1297.

⁹³ Na temat orzeczenia wydanego w kontekście czysto krajowym przez SA we Wrocławiu 7.03.2016 (I ACa 1830/15, niepubl.), które dotyczyło treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez transpłciowego mężczyznę — zob. M. Szeroczyńska, *Miedzy dobrem dziecka a literą prawa — ustalenie treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez trans-ojca. Rozważania na tle postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, „Ius Novum” 2017, t. 11, nr 3, s. 182—197.

5. *Ordre public*

5.1. W obliczu prawa niedopuszczającego prawnej zmiany płci

W sytuacji gdy obce prawo właściwe nie dopuszcza prawnej zmiany płci, w grę wchodzi zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Mowa tu o działaniu w kierunku pozwalającym. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że w świetle wykładni przyjętej przez ETPCz jednym z aspektów przewidzianego w art. 8 EKPCz⁹⁴ prawa do poszanowania życia prywatnego jest prawo do samookreślenia przynależności płciowej⁹⁵. Ponad wszelką wątpliwość postanowienia Konwencji są jednym ze źródeł podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w rozumieniu przepisów o klauzuli porządku publicznego, w szczególności przepisu art. 7 p.p.m.⁹⁶ Tym samym reguła tzw. porządku strasburskiego nakazująca respektowanie prawa do samookreślenia przynależności płciowej stanowi element polskiego *ordre public*. Aby zatem zapewnić poszanowanie owej reguły, może być konieczne zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Z takim właśnie przypadkiem możemy mieć do czynienia w obliczu wynikającej z prawa właściwego niedopuszczalności zmiany płci (w sferze) prawnej. Przesłanki interwencji *ordre public*, do której miałyby dojść na podstawie przepisu art. 7 p.p.m., powinno się jednak zawsze oceniać *in concreto*. Innymi słowy: interwencja taka nigdy nie może być automatyczna. Tytułem porównania warto wspomnieć, że automatyzm działania klauzuli porządku publicznego wpisany jest w istotę rozwiązania belgijskiego ustanowionego w art. 35ter ust. 2 belg. kodeksu p.p.m. W myśl tego unormowania nie stosuje się przepisów prawa właściwego dla prawnej zmiany płci, które zakazują takiej zmiany czy też — jak wyjaśnia J.-L. Van Boxstael — z których wynika zakaz „zmiany płci w sposób równie łatwy, jak pozwala na to prawo belgijskie”⁹⁷. Jest to tzw. szczegółowa klauzula porządku publicznego⁹⁸.

⁹⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284).

⁹⁵ Zob. wyrok ETPCz w sprawie *van Kück c. Allemagne*, pkt 78. Na temat sformułowania użytego w wersji angielskiej — *vide ante*, rozdział 3.

⁹⁶ Zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 343.

⁹⁷ J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique...*, § 21.

⁹⁸ J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique...*, § 21; M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 104. Warto też zwrócić uwagę na rozwiązanie z art. 50 hiszp. u. 4/2023. Zgodnie z nim cudzoziemcy, w razie wykazania niemożności prawnej lub faktycznej doprowadzenia w swoim

W odniesieniu do postanowienia art. 8 EKPCz warto dodać, iż odwołał się do niego Sąd Apelacyjny w Paryżu we wzmiarkowanym już orzeczeniu z 14 czerwca 1994 r. w sprawie *Oswaldo*. Sprawa dotyczyła osoby transpłciowej mającej obywatelstwo argentyńskie i zamieszkałej we Francji. Osoba ta domagała się przed francuskim sądem nowego oznaczenia swojej płci w oficjalnych dokumentach. Sąd Apelacyjny przyjął, że żądanie jest dopuszczalne, mimo że ówczesne prawo argentyńskie, uznane przez tenże sąd za właściwe dla zmiany płci, nie dopuszczało takiej zmiany. Jednakże do klauzuli porządku publicznego odwołano się w orzeczeniu tylko subsydiarnie⁹⁹. Poszanowanie postanowienia art. 8 EKPCz starano się bowiem zapewnić, stosując je bezpośrednio¹⁰⁰.

Na uwagę w kontekście *ordre public* zasługuje również przywołane już orzeczenie Sądu w Mediolanie z 17 lipca 2000 r. Zastosowano w nim klauzulę porządku publicznego przeciwko zakazowi zmiany płci wynikającemu z prawa peruwiańskiego, będącego prawem ojczystym osoby występującej z żądaniem¹⁰¹. Podobnie we wspomnianej wcześniej decyzji z 24 stycznia 2005 r. hiszpańska Generalna Dyrekcja Rejestrów i Notariatu uznała za konieczną interwencję klauzuli porządku publicznego wobec prawa kostarykańskiego, niedopuszczającego zmiany płci w żadnym przypadku¹⁰².

Jednocześnie należy zauważyć, że zastosowanie klauzuli porządku publicznego skutkujące dopuszczeniem prawnej zmiany płci sprzyja powstaniu tzw. płci kulejącej (franc. *sexe boiteux*)¹⁰³. Zjawisko to zachodzi

państwie pochodzenia do zmiany oznaczenia płci w rejestrze i przy spełnieniu przesłanek legitymacji przewidzianych w hiszpańskiej ustawie, wyłączwszy obywatelstwo, mogą żądać przed właściwym organem zmiany oznaczenia płci w dokumentach, które się im wydaje. Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 361—362.

⁹⁹ Na ten temat — zob. Y. Lequette, *Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France. Cour d'appel de Paris (1re Ch. C). — 14 juin 1994, Osmar B. c. Procureur général près la cour d'appel de Paris*, « Revue critique de droit international privé » 1995, s. 308 i nn.; Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? : cours général de droit international public*, in: *Recueil des cours — Académie de Droit International de La Haye*, tome 387, Brill—Nijhoff, Leiden 2017, pkt 244; J. Guillaumé, Fasc. 40 : *Ordre public international. — Notion d'ordre public international*, JurisClasseur Civil Code > Art. 3, Première publication: 2.05.2018, § 30.

¹⁰⁰ Na temat metody bezpośredniego stosowania postanowień EKPCz — zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 354.

¹⁰¹ Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, przyp. 192; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

¹⁰² Zob. przyp. 34. Na ten temat — zob. też D. Fernández-Arroyo Giménez, A. Rodríguez Benot, Fasc. 60 : *Espagne. — Droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Espagne, Première publication: 6.01.2021, § 62; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

¹⁰³ Zob. Y. Lequette, *Recevabilité...*, s. 308 i nn.; Y. Lequette, *Les mutations...*, pkt 245.

w szczególności wówczas, gdy płeć danej osoby wynikająca z takiej zmiany nie jest następnie uznawana w państwie ojczystym tej osoby. Okoliczność tę trzeba wziąć pod uwagę, wając w danej sprawie argumenty za zastosowaniem klauzuli i przeciwko niemu.

Z interwencją polskiego *ordre public* — w tym przypadku w kierunku zakazującym — należy liczyć się również wtedy, kiedy prawo właściwe dopuszczałoby prawną zmianę płci wbrew woli osoby, o której płeć chodzi.

5.2. W obliczu prawa dopuszczającego ustalenie przynależności do trzeciej płci

W rozpatrywanym kontekście wyłania się też pytanie o zastosowanie klauzuli porządku publicznego w obliczu normy prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci (*vide ante*). Trzeba w tym względzie rozważyć dwa rodzaje sytuacji:

- 1) gdy polski sąd miałby oceniać przynależność danej osoby do trzeciej płci ustaloną za granicą — chodzi tu o przypadki, gdy obcy organ, w szczególności państwa urodzenia / państwa ojczystego / państwa zamieszkania danej osoby, ustalił przynależność płciową tej osoby w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) inaczej niż poprzez orzeczenie lub inne rozstrzygnięcie podlegające uznaniu;
- 2) gdy polski organ miałby dokonać pierwotnego określenia płci (w sferze) prawnej w związku z urodzeniem się w Polsce dziecka będącego cudzoziemcem.

Istotna jest przy tym kwestia rangi, jaką należy przypisać przyjętemu w polskim systemie prawnym zupełnemu i rozłącznemu podziałowi na dwie płcie, męską i żeńską. Otóż nie wydaje się, by podział ten miał w Polsce rangę fundamentalnej zasady porządku publicznego. Jeśliby jednak uznać, że owa dychotomia jest taką zasadą, to podjęcie rozstrzygnięcia co do uruchomienia mechanizmu *ordre public* z powołaniem się na tę dychotomię powinno zostać poprzedzone porównaniem skutków, do jakich w konkretnej sytuacji doprowadzi odstępianie od zastosowania normy obcego prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci, oraz skutków, jakie zaistnieją *in casu* w razie, gdy taka obca norma zostanie zastosowana. Oceny owych skutków należy dokonywać w szczególności:

- przez pryzmat wartości, jaką — zwłaszcza w kontekście zapewnienia swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich UE — stanowi zachowanie transgranicznej stabilności i ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci (tak, gdy

polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą — *vide ante*, pkt 1);

— jeśli osoba, o której płeć chodzi, jest dzieckiem — przez pryzmat dobra dziecka.

I tak: trzeba zauważyć, że wówczas gdy polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą (*vide ante*, pkt 1), dopuszczenie przezeń do głosu normy prawa właściwego przychylniej ustaleniu przynależności do trzeciej płci niewątpliwie sprzyjałoby zachowaniu wspomnianej stabilności i ciągłości statusu prawnego¹⁰⁴. W grę wchodzi przy tym odwołanie się do koncepcji *l'effet atténué*, której istotą jest powściągliwość w stosowaniu klauzuli porządku publicznego w odniesieniu do sytuacji prawnej powstałej (skrystalizowanej) w oddaleniu czasowo-przestrzennym, na obcym terytorium i pod rządami obcego prawa¹⁰⁵.

Jeśli zaś w danym przypadku chodzi o płeć dziecka, względy ochrony jego interesów powinny przeważać nad ewentualnymi konkurencyjnymi wartościami, również tymi związanymi z dychotomicznym podziałem płci¹⁰⁶.

Przypomnijmy, że w sytuacji, o której mowa w pkt 2, polski organ — w szczególności kierownik urzędu stanu cywilnego lub sąd w trybie przewidzianym w art. 40 p.a.s.c.¹⁰⁷, na potrzeby dokonania w polskim rejestrze stanu cywilnego wpisu o urodzeniu w odniesieniu do obcego obywatela urodzonego w Polsce — miałby określić przynależność płciową w sposób pierwotny. Jeśli wówczas zastosowanie normy prawa właściwego miałoby prowadzić do ustalenia przynależności danej osoby do trzeciej płci,

¹⁰⁴ W podobnym duchu — na tle prawa hiszpańskiego, któremu trzecia kategoria płci nie jest znana — A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹⁰⁵ Na temat tej koncepcji — zob. w szczególności M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 243, 402—403.

¹⁰⁶ Prymat ochrony interesów dziecka nad innymi wartościami w razie ich konkurencji kwestionuje J. Gajda — zob. J. Gajda, *Klauzula porządku publicznego w sprawach z zakresu rejestracji stanu cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2024, s. 33. Zob. jednak postanowienie art. 3 ust. 1 Konwencji ONZ o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. Zgodnie z nim: „We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”. Zasada ta stanowi element polskiego *ordre public*.

¹⁰⁷ Przepis ten przewiduje ustalenie treści aktu stanu cywilnego przez sąd w postępowaniu nieprocesowym. Ustalenia takiego sąd dokonuje w szczególności na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika urzędu stanu cywilnego, jeżeli akt urodzenia nie został sporządzony i nie może go sporządzić kierownik urzędu stanu cywilnego. Na podstawie orzeczenia sporządza się następnie akt stanu cywilnego, który w doktrynie określany jest jako „akt — rejestracja orzeczenia”. Zob. J. Pawliczak, w: *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, red. M. Domański, J. Słyk, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2024, kom. do art. 40, pkt 4.

należałoby rozważyć — poza odwołaniem się do dychotomii płci, przy założeniu fundamentalnej rangi tej zasady — jeszcze jeden argument, który mógłby przemawiać na rzecz interwencji klauzuli porządku publicznego w kierunku zakazującym. Otóż, jak wskazuje M. Wojewoda, polski system rejestracji stanu cywilnego sam w sobie stanowi istotny element porządku publicznego¹⁰⁸. Z wartością, jaką jest integralność polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, powinno się jednak zestawić skutki, jakie w konkretnym przypadku zaistnieją w razie wyłączenia wynikającej z prawa właściwego dopuszczalności ustalenia przynależności danej osoby do trzeciej płci. Co więcej, zgodnie z tym, co sygnalizowano już powyżej, jeśli w danym przypadku z abstrakcyjną zasadą ochrony integralności polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego konkurowałby interes dziecka, z którego oceny przeprowadzonej *in concreto* wynikałoby, że przemawia on za ustaleniem przynależności dziecka do trzeciej płci, to potrzeba uwzględnienia tego interesu powinna przeważać¹⁰⁹. Należałoby zatem wówczas wykluczyć zastosowanie klauzuli porządku publicznego (na temat konieczności pokonania trudności technicznych na etapie wpisu trzeciej płci do polskiego rejestru — zob. uwagi przedstawione w rozdziale 2).

Warto przy tym zwrócić uwagę na pogląd wyrażony na tle prawa hiszpańskiego, które — podobnie jak polskie — nie zna trzeciego rodzaju płci. Mianowicie podnosi się, że jeżeli dana osoba interplciowa urodziła się na terytorium hiszpańskim, a jej prawo ojczyście, np. niemieckie czy austriackie, dopuszcza ustalenie przynależności do trzeciej płci, to płeć tej osoby należy oznaczyć w hiszpańskim rejestrze cywilnym zgodnie z tym, co wynika z prawa ojczyściego, a więc wychodząc poza schemat binarny. Jak wyjaśnia P. Orejudo Prieto de los Mozos, w odniesieniu do cudzoziemców niełatwo w tym kontekście uzasadnić interwencję porządku publicznego lub zastosowanie — jako *loi de police* — normy z art. 170 hiszp. rozporządzenia o rejestrze cywilnym¹¹⁰, w myśl której w ramach wpisu urodzenia wskazuje się, czy dana osoba jest płci żeńskiej czy męskiej. Wszak — tu autorka sięga po analogię — mimo że hiszpańska norma prawa rejestrowego odwołuje się do „nazwisk” w liczbie mnogiej, to w przypadku cudzoziemca ustala się, jeśli jego prawo ojczyście tak stanowi, tylko jedno nazwisko. Bardziej uzasadniona — z uwagi na siłę powiązania sytuacji

¹⁰⁸ M. Wojewoda, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2, s. 348.

¹⁰⁹ Zob. wypowiedź M. Zachariasiewicza w kontekście transkrypcji aktów urodzenia dzieci par tej samej płci — M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja...*, s. 158.

¹¹⁰ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Tekst dekretu aprobującego rozporządzenie dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>.

z prawem hiszpańskim — może się okazać, zdaniem P. Orejudo Prieto de los Mozos, interwencja *ordre public* przeciwko przynależności do trzeciej płci, którą ustalono za granicą w odniesieniu do obywatela hiszpańskiego. Niemniej, jak konstatuje przywołana badaczka, klauzula porządku publicznego powinna być stosowana absolutnie wyjątkowo i nie powinna przeważać nad dążeniem do tego, by nie stwarzać trudności w korzystaniu ze swobód wspólnotowych¹¹¹.

Na wzmiankę zasługuje też pogląd A. Bonomiego, przedstawiony na tle prawa szwajcarskiego, które również zna tylko dwie płcie. I tak, autor ten, odnosząc się krytycznie do restrykcyjnego stanowiska Rady Federalnej, twierdzi, że wpis w szwajcarskim rejestrze stanu cywilnego wskazujący na przynależność do trzeciej płci nie wydaje się sprzeczny z którąkolwiek z fundamentalnych zasad szwajcarskiego porządku prawnego¹¹².

6. Rekapitulacja głównych wniosków

Z uwagi na istnienie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym luki w kwestii właściwości prawa dla ustalenia i zmiany płci (w sferze) prawnej miarodajną w tym względzie normę kolizyjną należy wyprowadzić z ogólnej wskazówki zamieszczonej w art. 67 p.p.m., odwołującej się do zasady najściślejszego związku. W świetle tej ostatniej rolę statutu płci powinno, moim zdaniem, odgrywać prawo ojczyście osoby, o której płeć chodzi, przy czym za doniosłe w kontekście (pierwotnego) prawnego ustalenia płci należy co do zasady uznać obywatelstwo z chwili urodzenia, natomiast w przypadku rozstrzygania o żądaniu prawnej zmiany płci — z chwili żądania owej zmiany. Jednakże w przypadkach, w których zmiana płci (w sferze) prawnej nastąpiła za granicą, przy udziale organu władzy publicznej, w drodze aktu niebędącego orzeczeniem ani innym rozstrzygnięciem podlegającym uznaniu, w grę przy ocenie takiej zmiany wchodzi posłużenie się koncepcją stanu faktycznego zamkniętego. Podobne podejście można rozważać w odniesieniu do przynależności płciowej ustalonej za granicą w sposób pierwotny, przy założeniu, że spełnione są pozostałe kryteria analogiczne do tych wspomnianych powyżej.

Poza szczegółowo wymienionymi przeze mnie w toku analizy zagadnieniami dotyczącymi samego ustalenia oraz samej zmiany płci (w sferze)

¹¹¹ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 351—353. Por. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹¹² A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 210.

prawnej statutu płci obejmuje swoim zakresem zastosowania także wpływ owej zmiany na imię i nazwisko osoby, o której płeć chodzi (art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m.). Natomiast skutki, jakie w związku z prawną zmianą płci mogą wystąpić, gdy chodzi o (dalsze) istnienie wcześniej zawartego małżeństwa lub związku partnerskiego, o możliwość zawarcia małżeństwa lub związku partnerskiego, o stosunki filiacyjne lub o powołanie do dziedziczenia, podlegają odrębnym statutom, miarodajnym dla tych materii.

W sprawach o prawną zmianę płci, w których właściwe prawo obce nie dopuszcza takiej zmiany, uzasadnione może być zastosowanie klauzuli porządku publicznego w kierunku pozwalającym. Za interwencją *ordre public* w tego rodzaju przypadkach przemawia nakaz respektowania prawa do samookreślenia przynależności płciowej, wynikający z przyjętej przez ETPCz wykładni postanowienia art. 8 EKPCz. Należy jednak pamiętać, że nim sięgnie się po klauzulę porządku publicznego, trzeba zbadać, do jakich skutków w konkretnej sytuacji doprowadzi odstępianie od zastosowania obcej normy ustanawiającej zakaz prawnej zmiany płci oraz jakie skutki zaistnieją *in casu* w razie, gdy taka obca norma zostanie zastosowana.

Podobnie przeprowadzenie oceny *in concreto* jest konieczne w przypadku rozstrzygania o interwencji polskiego *ordre public* — tym razem w kierunku zakazującym — wobec normy prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci. Nie wydaje się przy tym, by przyjęty w polskim prawie dychotomiczny podział na płeć żeńską i męską miał rangę fundamentalnej zasady porządku publicznego. Jednocześnie trzeba pamiętać, że w sprawach dotyczących przynależności płciowej dziecka należy kierować się imperatywem ochrony jego dobra. Jeśli zaś polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą, winien mieć na względzie wartość, jaką stanowi zachowanie transgranicznej stabilności i ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci.

7. Uwagi końcowe

Na marginesie przedstawionej analizy warto zwrócić uwagę na potrzebę, po pierwsze, by uregulować na poziomie Unii Europejskiej właściwość prawa w kwestii płci (w sferze) prawnej; po drugie, by dopuścić w polskim prawie merytorycznym oznaczenie płci metrykalnej jako „nieustalonej”, „innej” albo przy użyciu innego odpowiednio dobranego określenia — tak, gdy chodzi o noworodki, których płci biologicznej nie da się jednoznacznie

zakwalifikować jako męskiej lub żeńskiej. Zagadnienia te zasługują na omówienie w odrębnych publikacjach.

Bibliografia

- Audit M., *Bioéthique et droit international privé*, in: *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 373, Brill—Nijhoff, Leiden 2015.
- Badinter E., XY. *De l'identité masculine*, Éditions Odile Jacob, Paris 1992.
- Bonomi A., in: B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022.
- van den Brink M., Reuß Ph., Tigchelaar J., *Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration: A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands*, „European Journal of Law Reform” 2015, vol. 17, no. 2, s. 282—293, <https://doi.org/10.5553/EJLR/13872370201501700> 2006.
- Calvo Caravaca A.-L., Carrascosa González J., en: *Tratado de derecho internacional privado*, dirs. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, 2^a ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.
- Domański M., Słyk J. (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa, 2024.
- Dunne P., Mulder J., *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?*, „German Law Journal” 2018, vol. 19, issue 3, s. 627—648.
- Dutta A., Pintens W., *Private International Law Aspects of Intersex*, in: *The Legal Status of Intersex Persons*, eds. J.M. Scherpe, A. Dutta, T. Helms, Intersentia, Cambridge 2018.
- Eskenazi D., Williams S., de'Sanna M.L., Valentin M., *Questions trans et droit de la famille : approches européennes comparatives*, « AJ Famille » 2023, no 10, s. 503—514.
- Fernández-Arroyo Giménez D., Rodríguez Benot A., Fasc. 60 : *Espagne. — Droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V^o Espagne, Première publication: 6.01.2021.
- Gajda J., *Klauzula porządku publicznego w sprawach z zakresu rejestracji stanu cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2024.
- Gesley J., Austria: *Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female*, Library of Congress, 2018, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>.
- Goessl S.L., *From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?*, „Journal

- of Private International Law” 2016, vol. 12, issue 2, s. 261—280, <https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1202018>.
- Goessl S.L., *Gender, identity and private international law*, in: *Research Handbook on International Family Law*, eds. J.M. Carruthers, B.W.M. Lindsay, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2024.
- Guillaumé J., Fasc. 40 : *Ordre public international*. — *Notion d'ordre public international*, JurisClasseur Civil Code > Art. 3, Première publication: 2.05.2018.
- Laqueur T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, D.L., Madrid 1994.
- Launoy G., Le Boursicot M.-Ch., *Actes de l'état civil : actes de naissance, actes de reconnaissance, procédure de mariage*, JurisClasseur Civil Code > Synthèse, dernière mise à jour: 10.06.2023.
- Lequette Y., *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? : cours général de droit international public*, in: *Recueil des cours — Académie de Droit International de La Haye*, tome 387, Brill—Nijhoff, Leiden 2017.
- Lequette Y., *Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France. Cour d'appel de Paris (1re Ch. C). — 14 juin 1994, Osmar B. c. Procureur général près la cour d'appel de Paris*, « Revue critique de droit international privé » 1995.
- Mak G., *Altérations des logiques du sexe. L'hermaphrodisme dans des cas médicaux et juridiques du XIX^e siècle*, « Cliniques méditerranéennes » 2017, n° 95(1), s. 21—34, <https://doi.org/10.3917/cm.095.0021>.
- Montini M., in: *Code civil I. Art. 1—456 CC. Commentaire*, coord. P. Pichonnaz, B. Foëx, Ch. Fountoulakis, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2023.
- Navarro Marchante V.J., *La autodeterminación de género en la legislación trans en España*, „Teoría y Realidad Constitucional” 2023, n.º 51, s. 417—439.
- Orejudo Prieto de los Mozos P., *La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español*, „Revista Española de Derecho Internacional” 2023, vol. 75, núm. 2, s. 346—366, <https://doi.org/10.36151/REDI.75.2.13>.
- Paricard S., *La parenté transgenre : une décision inédite*, Dalloz Actualité, 1.03.2022, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parente-transgenre-une-decision-inedite>.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Pazdan M., *Stany faktyczne zamknięte z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, w: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski, C.H. Beck, Warszawa 2022, s. 525—536.
- Pazdan M. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Pazdan M. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

- Safjan M., *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 78—90.
- Schulz A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR — Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB*, IPRax 2024, H. 1, s. 28—32.
- Szeroczyńska M., *Między dobrem dziecka a literą prawa — ustalenie treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez trans-ojca. Rozważania na tle postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, „Ius Novum” 2017, t. 11, nr 3, s. 182—197.
- Tomsej D., Paternotte D., *L'adoption de la « loi trans* » du 25 juin 2017. De la stérilisation et la psychiatisation à l'autodétermination*, « Courrier hebdomadaire du CRISP » 2021, n° 2505, s. 5—50, <https://doi.org/10.3917/cris.2505.0005>.
- Twardoch P., *O poszukiwaniu prawa właściwego do oceny spraw majątkowych zarejestrowanego za granicą związku partnerskiego według polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 10, s. 71—116.
- Van Boxstael J.-L., Fasc. 60 : *Belgique : droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Belgique, 1er août 2017.
- Wojewoda M., *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2, s. 337—361.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M., *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111, s. 143—190, <https://doi.org/10.26485/SPE/2019/111/8>.



Maria Anna Zachariasiewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-9356-4133>

Maciej Zachariasiewicz^{b)}

 <https://orcid.org/0000-0002-2848-0216>

Modern Changes in the Conflict-of-Laws Methodology: The Blending of the Savignian Multilateralism, the American Unilateralism, and the Recognition of Legal Relationships¹

Abstract: Over the centuries, the preference for a conflict-of-laws methodology was subject to twists and turns. A number of methods coexisted and continue to compete today. First, the unilateralism involves determining the spatial scope of application of either the forum's own law or foreign law. This is achieved through the use of one-sided choice-of-law rules or through the functional interpretation of specific substantive provisions. Second, the multilateralism assumes a neutral and territorial localization of the legal situation in question. It seeks to identify the legal system most closely connected to the matter, based on objective connecting factors. The third approach, which is sufficiently distinct from the first two to warrant separate analysis, boils down to recognition of legal events crystallized under foreign law.

The article reviews some of the most important trends and developments in the conflict-of-laws, occurring during the second half of the XX century and the first decades of the XXI century, on both sides of the Atlantic Ocean. At the outset, it briefly introduces

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, University of Silesia.

^{b)} Dr hab., prof. ALK, Koźminski University.

¹ The publication was created as a part of the research project “Contemporary trends in the methodology of private international law,” funded by Narodowe Centrum Nauki (No. UMO-2017/27/B/HS5/01258).

characteristics of the multilateral method as understood in Europe and the unilateralism, focusing on its American version. An attempt is made to show how the unilateral and multilateral methods are intertwined in the US conflicts of laws, with a particular attention devoted to the draft of the Restatement (Third) of the Conflict of Laws. The attention is then transferred back to Europe, putting an emphasis on the expressions of unilateralism, not only in their classic forms of the public policy exceptions and overriding mandatory rules, but also hybrid instruments which essentially constitute a mixture of the multilateral technique and a substantive-result-orientation. The article deals also with recognition as a conflicts method, focusing on the recent case law of the Court of Justice of the European Union, which effectively ignores the conflict-of-laws analysis, because it is guided by a different imperative, namely to safeguard the free movement within the Union. The article concludes with a suggestion that — although the methodological starting points and accents undoubtedly differ on either side of the Atlantic — a common feature of contemporary developments in conflict-of-laws theory, both in Europe and the United States, is the blend of unilateral and multilateral approaches to solving the conflict-of-law problems.

A fundamental distinction between European and American approaches, however, lies in the European reluctance to replace the multilateral method with a unilateral one. The prevailing view in Europe remains that unilateral methodologies may be employed only in exceptional cases, serving as supplementary or corrective mechanisms within the broader framework of traditional conflict-of-laws system, and only in relation to specific institutions or techniques designed to address particular deficiencies. The article posits, nevertheless, that the role of these mechanisms has gained increasing prominence within the traditional framework of private international law. Moreover, it is essential to recognize that they reflect a unilateral methodology grounded in a conceptual premise fundamentally distinct from that of traditional conflict-of-law rules based on neutral connecting factors. Specifically, this alternative approach centers on delineating the spatial scope of application of a substantive rule — whether domestic or foreign — that asserts its relevance, without resorting to a multilateral determination of the applicable law governing the legal relationship in question.

The article also attempts to show how the American Restatement (Second) and the current Draft of the Restatement (Third) represent hybrid constructs that blend the “revolutionary” doctrines of interest analysis with elements that remain rooted in traditional, multilateral choice-of-law rules. The authors argue in this context, that while there is no inherent contradiction in combining unilateral and multilateral methodologies within a single conflict-of-laws framework, this can satisfactory be done only if the distinct methodologies are kept separate and understood as having very different premises, with a clear defined role and hierarchy within the system. Both the existing and planned Restatements fail to achieve clarity in that regard, as often reminded by the American conflict scholars themselves.

Keywords: methodology in private international law — conflict of laws — unilateralism — multilateralism — recognition of legal relationships

1. Introduction

For decades, four distinct methods for resolving conflict-of-laws issues have coexisted.² The first, commonly referred to as unilateralism, involves determining the spatial scope of application of either the forum's own law or foreign law. This is achieved through the use of one-sided choice-of-law rules or through the functional interpretation of specific substantive provisions. The second method, known as multilateralism, assumes a neutral and territorial localization of the legal situation in question. It seeks to identify the legal system most closely connected to the matter, based on objective connecting factors. The third approach, which is sufficiently distinct from the first two to warrant separate analysis, boils down to recognition (or non-recognition) of legal events crystallized under foreign law (the method of recognition of legal relationship and the vested rights theory). The fourth method, while not strictly a conflict-of-laws technique, aims to eliminate the conflict altogether. This is pursued through the development of uniform substantive rules — or at least through significant harmonization — at the international or supranational level.

Over the centuries, it was only the relative weight and prevalence of these methods that was changing. Since von Savigny laid the intellectual foundations for multilateralism, the prevailing method in Europe has focused on identifying the neutral, territorial localization — or “seat” — of the legal relationship or situation at issue. The formal, substance-blind nature of this approach has, to varying degrees, been qualified or mitigated by mechanisms characteristic of unilateralism, such as public policy exception or the overriding mandatory provisions. From a different perspective, this rigidity has also been softened by the acceptance of foreign legal relationships and their effects under the method of recognition. Ultimately, all three traditional methods — unilateralism, multilateralism, and recognition — may be superseded by the unification or harmonization of substantive law, to the extent that such unification successfully occurs at the international level.

Globalization, increased migration, and the rapid development of new modes of communication have led to an exponential rise in cross-border private legal relationships. These transformations pose significant challenges, prompting both the exploration of new methodologies and the revival of traditional approaches to ensure the harmonious coexistence

² Cf. F. Juenger, *American and European Conflicts Law*, “Am. J. Comp. L.” 1982, vol. 30, No. 1, p. 120.

of legal systems in the realm of private international law. Increasingly, scholarly discourse emphasizes the need to mitigate harm to the legitimate interests of individuals and states involved in transnational disputes. In particular, methods of resolving conflict-of-laws issues must avoid outcomes that result in discrimination or violations of fundamental human rights. A notable shift in the focus of conflict-of-laws scholarship can be observed — from the determination of the applicable law to the manner of its application. There is growing recognition of the necessity for a “restrained” or “self-limiting” application of the applicable law, especially in circumstances where the imposition of domestic legal rules would be ill-suited to the complex and nuanced nature of international relationships. This is particularly pertinent when applying legal norms that were clearly designed with domestic, rather than cross-border, situations in mind.

In this context, the process of applying the chosen law is increasingly accompanied by a reflection that a balancing exercise is necessary: the legal certainty offered by rigid application of rules must be tested against the potential harm to values such as international courtesy and tolerance, which underlie peaceful and respectful coexistence among nations. Consequently, greater emphasis is being placed on corrective mechanisms aimed at moderating the potentially inappropriate results of applying the law that is formally applicable but substantively unsuitable.

Parallel to this development is the growing importance of techniques aimed at recognizing legal relationships or situations established under foreign legal systems, particularly where denying recognition would unfairly undermine legitimate expectations formed under the law of the country of origin. In this evolving framework, the understanding of the traditional concept of public policy (*ordre public*) is also undergoing transformation. While originally designed to protect the fundamental principles of the forum state, it is increasingly acknowledged that public policy must also reflect shared values of the international community, particularly as expressed in sources of international law such as fundamental human rights instruments. This has led to the emergence and growing acceptance of the concept of “international public policy,” grounded not merely in domestic constitutional values but in universally recognized legal and ethical norms.

In this article, we review some of the most important trends and developments in the conflict-of-laws, occurring during the second half of the XX century and the first decades of the XXI century, on both sides of the Atlantic Ocean. In doing so, we focus on the approach taken with respect to various rules, solutions, instruments or techniques — in how they express one of the three major conflict-of-laws methodologies:

unilateralism, multilateralism, or recognition. The article unfolds as follows. After briefly introducing the basic characteristics of the multilateral method as understood in Europe (chapter 2), we take on the unilateralism, focusing on its American version, and how the unilateral and multilateral methods are really intertwined in the US conflicts of laws (chapter 3). Here we devote room in particular to the Restatement (Third) of the Conflict of Laws project, which is currently being drafted by the American Law Institute (chapter 3(e)). We then transfer attention back to Europe, putting an emphasis on the expressions of unilateralism, not only in their classic forms of the public policy exceptions and overriding mandatory rules, but also hybrid instruments which essentially constitute a mixture of the multilateral technique and a substantive-result-orientation (chapter 4). In chapter 5, on the other hand, we deal with recognition as a conflicts method, focusing on the recent case law of the Court of Justice of the European Union, which effectively ignores the conflict-of-laws analysis, because it is guided by a different imperative, namely to safeguard the free movement within the Union. We finish with an attempt of a conclusion, where we suggest that the most important — albeit general — development in the field of the conflict of laws, on both sides of the Atlantic Ocean, is the blend of unilateral and multilateral approaches to solving the conflict-of-law problems.

2. The multilateral methodology in the conflict-of-laws

The multilateral methodology³ in the conflict-of-laws is premised on the notion that the determination of the applicable law in an international situation must begin with the choice-of-law of the forum, which treats all laws — domestic and foreign — as equal in principle. Multilateralism presupposes that determination of the applicable law should be made through use of geographical criteria.⁴ This neutral approach predominates European conflict-of-laws since F.C. von Savigny laid foundations for multilateralism in the mid XIX century.⁵ Central to von Savigny's

³ A term "method of pointers" is also used to denote the same methodology. See M. Pazdan, in: *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A. Prawo prywatne międzynarodowe*, ed. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2014, p. 18.

⁴ G. Cuniberti, *Conflict of Laws: A Comparative Approach: Text and Cases*, Edward Elgar Publishing 2022, p. 2.

⁵ F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts, Band VIII*, 1849 (English translation by W. Guthrie published as: F. C. von Savigny, *A Treatise on the Conflict of*

Copernican revolution was the belief that the private law systems of different states reflect variations of common legal institutions (*Institutionen*), rooted in Roman law and shaped by the Christian legal tradition. Because these systems share foundational similarities, they are regarded as largely equivalent and thus functionally “interchangeable.” This perspective enabled a shift in focus: rather than examining the substantive content of individual legal provisions, the emphasis moved toward identifying the legal system that constitutes the natural seat (*Sitz*) of the legal relationship. The new paradigm facilitated the development of neutral conflict-of-laws rules that operate independently of the substantive content of the legal systems they select. These rules impose an obligation to apply the law of a particular legal system, without regard to the substantive rights and obligations such law might create. In this sense, multilateralism is substance-blind. Its purpose is not to evaluate the fairness or justice of outcomes, but simply to designate the applicable legal framework. Any normative judgment about what constitutes a just solution is deferred to the substantive law of the selected legal system. This is because private international law has other goals: to ensure predictability in the determination of the applicable law, to maintain neutrality with respect to state interests, to uphold the principle of equality between parties from different jurisdictions, and to promote harmony in international decision-making.⁶ Its overarching aim is to achieve what is commonly referred to as the “conflicts justice.”⁷

It seems clear enough, however, that von Savigny’s outlook was limited to European legal tradition. In the contemporary context, a broader and more inclusive global approach must take into account the diverse legal traditions that exist around the world. Some of them might be characterized by important differences, also on the level of the very basic principles of private law. Family law stands out in this regard, as it is often deeply rooted in moral and religious beliefs. Across various regions, family law reflects markedly different values and cultural attitudes. Islamic law serves as a clear example of such divergence.⁸

Laws: And the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time, T. & T. Clark, 1869).

⁶ M. Pazdan, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego*. Vol. 20A..., p. 18.

⁷ See e.g. P. Hay, *European Conflicts Law after the American Revolution-Comparative Notes*, “U. Ill. L. Rev.” 2015, No. 5, p. 2055; P. Hay, *On the Road to a Third American Restatement of Conflicts Law*, “Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts” 2022, No. 3, p. 208; G. Cuniberti, *Conflict of Laws...*, p. 4–5.

⁸ On interactions between Islamic family law and Western legal traditions see e.g. E. Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, London 2014; I. Bantekas, *Transnational talaq (Divorce) in English Courts: Law Meets Culture*, “J. Islamic St. Prac. Int’l L.” 2013, vol. 9, pp. 40 et seq.; Z. Meškić, A. Duraković,

Thus, what is important is not just that the private law rules of different countries are often equivalent in substance. Even more significant is that private laws do not, typically, express any dominating public interest. Private law largely focuses on protection of the interests of private parties and not on furthering interests of a state.⁹ It sorts out conflicts between these interests.¹⁰ Private law remains distant from the state.¹¹ When a state enacts private law, it does not impose a dominant public interest but rather establishes neutral “rules of the game” — a legal framework intended to provide a stable and predictable environment within which individuals and businesses can operate. In the context of disputes between private parties, including those with cross-border elements, the interests at stake are inherently private, and the objective is to achieve justice between the individuals involved.¹² Accordingly, in the field of conflict of laws, the decisive reason for applying law of a particular country should be its closest, most natural, connection to a legal relationship in question. One applies the law “by which parties have lived.” In that way, the parties’ expectations (even if largely unconscious and only typical) are honored.¹³

Von Savigny’s paradigm has been fully embraced and continues to exert a dominant influence on the European approach to conflict of laws.¹⁴ His ideas were, of course, developed in a number of ways. They have undergone various developments and refinements over time. One of the

J. Alihodžić, S. Hassan, Š. Handalić, *Recognition of Talaq in European states — in Search of a Uniform Approach*, “Journal of Private International Law” 2023, vol. 19, pp. 420 et seq.; M. Enright, *The Beginning of the Sharpness: Loyalty, Citizenship and Muslim Divorce Practice*, “International Journal of Law in Context” 2013, vol. 9, pp. 1 et seq.; K. Krzysztofek-Strzała, *Dopuszczalność stosowania prawa szariatu w zakresie spraw rozwodowych i spadkowych w prawodawstwie Unii Europejskiej*, “Studia z Prawa Wyznaniowego” 2016, vol. 19, pp. 23 et seq.; M. Zachariasiewicz, *Odmowa uznania w Polsce rozwodu talaq na tle prawnoporównawczym*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, vol. 27, pp. 7 et seq.

⁹ See e.g. G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2 Bände, Oxford University Press, 2012 (available at <https://max-eup2012.mpipriv.de>).

¹⁰ P. Machnikowski, in: *Zarys prawa cywilnego*, eds. P. Machnikowski, E. Gniewek, C.H. Beck, Warszawa 2018, p. 4.

¹¹ F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien—New York 1996, pp. 79, 92 [as cited in: Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2023, p. 4].

¹² G. Kegel, *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, “The American Journal of Comparative Law” 1979, vol. 27, p. 615; P. Hay, *On the Road...*, p. 208.

¹³ G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 5.

¹⁴ See e.g. G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 2.

most significant evolutions is the formulation of the theory of the most significant relationship (fr. *principe de proximité*), notably advanced by scholars such as Paul Lagarde.¹⁵ The theory posits that a legal relationship should be governed by the law of the state with which it has the closest or most significant connection. This connection is understood primarily in terms of the objective territorial links between the relevant factual elements and the legal order of a particular state. Crucially, the substantive outcome produced by the application of that law is not a relevant consideration. In this respect, the theory reflects the principle of justice pluralism, which holds that in cross-border private law disputes, justice is not achieved by selecting the law that a decision-maker subjectively deems most appropriate. Rather, it is achieved by applying the legal rules of the jurisdiction that is most closely connected to the situation. This approach reinforces legal certainty, respects the autonomy of legal systems, and aligns with the core multilateral values of neutrality and predictability in private international law.¹⁶

The principle of most significant relationship (most close connection) has been incorporated into many contemporary systems of private international law, both at the national level and within international frameworks, particularly within the European Union. Across these various legal systems, the principle serves multiple functions.¹⁷ First, it is used as supplementary connecting factor, where conflict rules of the forum fail to determine the applicable law. The relationship in question is then governed by the law most closely connected with that relationship. This function may be expressed in the form of a general residual clause that applies as a default mechanism to fill systemic gaps in the conflict-of-laws framework,¹⁸

¹⁵ P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, Martinus Nijhoff 1986. Lagarde's work has been repeatedly discussed and commented in the doctrine. See e.g. T. Ballarino, G. P. Romano, *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in: *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 40 (noting that Lagarde was the father to the principle); C. Kessedjian, *Le principe de proximité vingt ans après*, in: *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, p. 508 (observing that Lagarde has discovered most significant relationship as a principle).

¹⁶ See A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press 2009, pp. 5–6.

¹⁷ In the Polish doctrine see M. Pazdan, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego*. Vol. 20A..., pp. 20 et seq.

¹⁸ See e.g. Art. 67 of the Polish Act on Private International Law dated 4 February 2011 (O.J. of 15.04.2011, No. 80, item 432) [as translated by M. Zachariasiewicz, published in "Yearbook of Private International Law" 2011, vol. 13, pp. 641–656 and in "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2011, vol. 8, pp. 109–138], which states: "If this act, or the specific rules of law, or the ratified international conventions to

or it may appear as a more specific rule operating within narrowly defined circumstances.¹⁹

Second, the principle of the most significant relationship frequently performs a corrective function within modern conflict-of-laws systems. This function is invoked where, based on the overall circumstances of the case, it becomes evident that the legal relationship is more closely connected with a country other than the one designated by the specific conflict rule and its connecting factors. Such escape clauses may be designed to operate broadly across the legal system, allowing for the displacement of a statutory choice of law in favor of the law more appropriately connected to the situation.²⁰ More commonly, however, the application of this corrective mechanism is confined to narrowly defined areas of law. That is how the principle is used by the EU legislator, who additionally requires, that in order to trigger the application of that other law, the connection must be “manifestly” more close.²¹

Third, the role of the principle of closest connection extends beyond the supplementary and corrective functions assigned to it by the conflict-of-laws rules. In its inherent flexibility and adaptability,²² the principle represents a foundational element of multilateral private international law,²³ tempered only by the need to ensure legal certainty and predictability. The core assumption — that it is necessary to identify the state with which a given legal relationship has the closest spatial link — has

which the Republic of Poland is a party, or the European Union law, do not determine the applicable law for a relationship falling within the scope of this act, the law most closely connected with the relationship applies.”

¹⁹ Article 4(4) of Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O.J. L 177, 4.7.2008, p. 6 (“**Rome I Regulation**”).

²⁰ Article 15(1) of the Swiss Federal Act on Private International Law of 18.12.1987, AS 1988 1776 (available at: www.fedlex.admin.ch); Article 19 §1 of the Belgian Code of Private International Law of 2004 (available at www.ejustice.just.fgov.be).

²¹ Article 4(3), 5(3), 7(2) of Rome I Regulation; Article 4(3), 5(2), 9(4), 10(4), 11(4), 12(2)(c) of Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), O.J. L 199, 31.7.2007, p. 40 (“**Rome II Regulation**”); art. 21(2) of Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession (“**Succession Regulation**”), O.J. L 201, 27.7.2012, p. 107.

²² T. Ballarino, G. P. Romano, *Le principe...*, p. 42.

²³ A. Mills, *The dimensions of public policy in private international law*, “Journal of Private International Law” 2008, vol. 4, p. 210; G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 6. In Polish doctrine see e.g. M. Czepelak, *Zasada najściślejszego związku jako reguła kierunkowa prawa prywatnego międzynarodowego*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2016, vol. 18, p. 96.

remained a constant feature of European conflict-of-laws doctrine since the work of von Savigny. Accordingly, even where the legislator articulates a specific conflict rule using a concrete connecting factor, without explicit reference to the principle of the closest connection, the idea of closest connection is omnipresent, in the sense that efforts to find the applicable law should be made in the direction of seeking the law most closely connected with the legal relationship in question.²⁴ The application of a specific conflict of laws rule obviously does not require recourse to the principle of closest connection in every case — just as the application of dispositive contract law provisions does not necessitate explicit invocation of the principle of freedom of contract in every instance. In the majority of cases, courts simply apply the legislator's designated connecting factors, thereby fulfilling the system's requirement for predictability and consistency in legal outcomes.²⁵ Nonetheless, the principle of the closest connection remains tacitly embedded in all conflict-of-laws rules. It permeates the whole system, providing a unifying rationale for the selection of applicable law.²⁶ While usually not stipulated *expressis verbis* in statutory provisions, some legislatures explicitly incorporate the principle as a guiding norm, thereby acknowledging its foundational role in maintaining coherence and adaptability within private international law.²⁷

²⁴ If, for example, it is determined that rights *in rem* in immovable and movable property are subject to the law of the place where they are located (*lex situs*), this is primarily because it is assumed that, in a typical situation, the place where the property is located shows the closest relationship to the right *in rem*.

²⁵ See M. Czepelak, *Zasada...*, p. 86, who underlines the necessity to strike a proper balance between the principle of the closest connection and the predictability of the conflict-of-law decision making. Arguably, some of the relatively recent legislative developments, provide a shift from flexibility of the closest connection principle towards more predictability offered by specific connecting factors, that cannot easily be displaced by the former. Article 4 of the Rome I Regulation is the prime example here, given how it reverses — in comparison to Article 4 of the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (O.J. L 266, 9.10.1980, p. 1) — the relationship between the closest connection test and the application of the law of the state, where the party affecting the characteristic performance has its habitual residence (Rome Convention only presumed that the contract is most closely connected with that law). See M. Czepelak, *Zasada...*, p. 91. On the relationship between presumptions set in Article 4(2)—4(4) of the Rome Convention and the principle of the closest connection (Article 4(1) and 4(5)) see the leading CJEU judgment of 6.10.2009 in case C-133/08 *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV*, ECLI:EU:C:2009:617.

²⁶ P. Lagarde, *Le principe de proximité...*, p. 126; T. Ballarino, G. P. Romano, *Le principe...*, p. 40.

²⁷ E.g. Article 1 of the Austrian Act on private international law of 15.06.1978 (IPR-Gesetz); see also recital 37 of the Preamble to the Succession Regulation ("The main rule should ensure that the succession is governed by a predictable law with which it is closely connected").

3. The unilateral method in the conflict-of-laws

a) General remarks

The starting point for the unilateral method²⁸ is not a conflict rule, but rather a substantive law provision, whenever a need to apply it arises in the dispute at hand.²⁹ The rule in question determines its own scope of application. Indications as to its spatial scope of operation may be drawn either directly from the wording of the provision or, more commonly, inferred indirectly through interpretation based on the nature or underlying purpose of the rule. Thus, there exists a direct relationship between the regulatory aim of a particular substantive norm and the extent to which it is applicable in situations transcending national borders.

A key rationale underlying the distinct starting point for unilateralism is the perception as to the function of private law. As explained by G. Rühl: "[...] for unilateralism, private law — like public law — is an expression of state sovereignty. It effectuates state interests and fulfils social functions."³⁰ From this perspective, conflicts between the laws of different states are viewed as conflicts between competing sovereign interests. Accordingly, the first step in resolving such conflicts is to determine whether, and under what circumstances, the substantive rules at issue — given their nature and legislative purpose — are intended to apply to the situation in question.

The importance of the unilateral method is revealed primarily in relation to foreign laws, since domestic laws are applied in a natural manner.

²⁸ More on the unilateral method in private international law see: G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*; S. Francq, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2017, pp. 1779 et seq.; S. Francq, *Public Policy and Overriding Mandatory Rules as Mirrors of the EU System of Thought and Integration: On the 'Europeanness' of Exceptions and Oddities*, in: *How European is European Private International Law*, eds. J. von Hein, E.-M. Kieninger, G. Rühl, Intersentia, Cambridge 2019; J. Basedow, *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge 2021, pp. 659 et seq.; J.-J. Kuipers, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers 2011, pp. 178, 218 et seq., 318 et seq.

²⁹ Some speak here of the "rule selection techniques," as differentiated from multilateral method, which is referred to as the "jurisdiction-selecting method." See J. Fawcett, J. Carruthers, P. North, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press (OUP) 2008, p. 25.

³⁰ G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*

The forum law governs the dispute unless a party invokes the potential relevance of the law of another state and provides evidence that this foreign law has an interest in governing the matter. No conflict-of-laws issue arises until it becomes apparent that the legal issue in question also falls within the scope of regulatory “interest” of a specific foreign legal system. A conflict-of-law problem materializes only when a foreign law asserts a legitimate claim to apply — namely, when it serves to protect different interests, reasons, or values that merit recognition and furtherance in the given context.³¹

The unilateral method has manifested in various forms over the centuries, often concealed beneath the façade of different theories and conceptual frameworks. These are commonly grouped under the collective designation of the “statutory school,” which dominated the development of private international law from the 12th to the 19th century — up to the emergence of von Savigny’s methodology.³² As early as the 12th century, Aldricus argued that the conflict between competing laws should be decided by choosing a rule that warrants a better solution.³³ Since the specific conflict resolution depended exclusively on an analysis of the substantive content of the laws in question, the Statutists did not articulate defined conflict-of-laws rules. Instead, the content, nature, and purpose of the relevant substantive provisions determined their applicability to the case at hand.³⁴

b) American unilateralism

In the modern era, the unilateral methodology gained widespread prominence primarily in the United States.³⁵ Since the mid-twentieth century,

³¹ M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na marginesie orzeczenia TSUE w sprawie C-135/15 Republika Grecji przeciwko Grigoriosowi Nikiforidisowi*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, vol. 29, p. 128.

³² M. Sośniak, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, pp. 38 et seq.; G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*

³³ P. Franzina, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 48 (recalling that Aldricus suggested application of the “more effective” and “more useful” law); M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, p. 35 (noting that Aldricus argued for application of the more appropriate law under the circumstances of the given case).

³⁴ See in more detail: M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna...*, pp. 127 et seq.

³⁵ G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*

the conflict-of-laws in US has witnessed intellectual movement that came to be known as the American “choice-of-law revolution.”³⁶ The foundations of private international were challenged and eventually demolished.³⁷ The system enshrined in the Restatement (First) of the Conflict of Laws (1934), based on the prior existing and operating, neutral choice-of-law rules, was rejected.³⁸ At the time, American scholars widely regarded this system as mechanical, arbitrary, and incapable of delivering just outcomes.³⁹ A number of different theories and concepts were proposed instead. Among the most influential was Brainerd Currie’s theory

³⁶ L. Silberman, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 66 et seq.; S. Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff, 2016; S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning*, “U. Ill. L. Rev.” 2015, No. 2, pp. 1849 et seq.; P. Hay, *On the Road*, p. 207. The American modern methodologies in the conflict of laws constituted also the object of interest to Polish doctrine: M. A. Zachariasiewicz, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, pp. 61 et seq.; M. A. Zachariasiewicz, *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*, “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, No. 2; pp. 181 et seq.; M. A. Zachariasiewicz, *Nowe tendencje w prawie prywatnym międzynarodowym Stanów Zjednoczonych Ameryki: ze szczególnym uwzględnieniem stosunków umownych*, “Studia Prawnicze” 1980, No. 1—2, pp. 169 et seq.; M. Sokołowski, *Współczesne koncepcje amerykańskie w dziedzinie wyboru prawa właściwego na przykładzie zobowiązań deliktowych (przegląd doktryny i orzecznictwa)*, “Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, vol. 42, No. 3, pp. 83 et seq.; S. Sołtysiński, *Lex maximi in hac causa momenti: oczekiwana rewolucja czy niepożądany przyczynek w teorii prawa kolizyjnego?*, “Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, No. 3, pp. 267 et seq.; T. Pajor, *Metoda analizy interesów w amerykańskim prawie kolizyjnym odpowiedzialności deliktowej*, “Studia Prawno-Ekonomiczne” 1987, vol. 39, pp. 91 et seq.; J. Boroń, M. Dąbroś, Z. Działdek, *Metoda analizy funkcjonalnej — równoprawna metoda kolizyjna?*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2014, vol. 15, pp. 71 et seq.

³⁷ L. Silberman, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 66; R. C. Bogue, C. M. Vazquez, *Choice of Law as Statutory Interpretation: The Rise and Decline of Governmental Interest Analysis*, 2024, <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.01.2025], p. 3.

³⁸ As famously denounced by B. Currie “We would be better off without choice-of-law rules.” See B. Currie, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, “Duke LJ” 1959, p. 177.

³⁹ Most harsh criticism came, of course, from B. Currie himself. See e.g. B. Currie, *The Disinterested Third State*, “Law and Contemporary Problems” 1963, vol. 28, p. 754 (noting that “no responsible scholar offers to defend it”). Other prominent critics of the Restatement (First) included W. W. Cook and D. Cavers. Cf. in modern scholarly writings e.g. S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law...*, p. 1850; K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: A Response to Brilmayer & Listwa*, “Yale LJ” 2018, vol. 128, p. 296; H. Y. Levin, *What Do We Really Know About the American Choice-of-Law Revolution*, “Stanford Law Review” 2007, vol. 60, p. 247 et seq.

of governmental interest analysis.⁴⁰ Currie argued that courts should determine the policy objectives underlying a specific substantive rule of domestic law in order to assess whether that law has an “interest” in being applied. In his view, all laws function as instruments of social, administrative, or economic regulation by the state.⁴¹ For Currie, the differences between laws of states mean that there is a conflict between interests among states.⁴² The “true goal of choice of law is [thus] implementation of a state’s governmental interests.”⁴³ According to Currie, where only one state’s policy is implicated, the case involves a false conflict, and the *lex fori* should apply.⁴⁴ A true conflict arises only where multiple states have a legitimate interest in the matter — in which case, Currie proposed that the court should resolve the conflict in favor of the forum state.⁴⁵ Foreign law, under this theory, could only apply if the forum was disinterested.⁴⁶

Currie’s writings were extremely influential.⁴⁷ His views dominated American conflict-of-laws for decades.⁴⁸ Other scholars embraced his school of thought and developed different theories, which, nevertheless, have built on the same premise of unilateralism. This include in particular: W. W. Cook’s “local law theory,” D. Cavers’ “principles of preference,” R. Leflar’s “choice-influencing considerations,” A. von Mehren’s and D. Trautman’s “functional approach,” A. Ehrenzweig’s “*lex-fori* approach,” and the “comparative impairment” developed by W. Baxter and Tobriner.⁴⁹ These theories each added a different angle. In particular, however, it came to be accepted that *lex fori* does not automatically apply in every true conflict situation. The interests of the forum and a competing

⁴⁰ See B. Currie, *The Constitution and the the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function*, “U. Chi. L. Rev.” 1958, vol. 26; B. Currie, *Notes on Methods...*; B. Currie, *The Disinterested...*, and other writings collected in B. Currie, *Essays on the Conflict of Laws* (1963). In the modern literature see e.g. S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law...*, p. 1851.

⁴¹ Cf. S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law...*, p. 1851.

⁴² B. Currie, *Notes on Methods...*, p. 173.

⁴³ L. Brilmayer, D. B. Listwa, *A Common Law of Choice of Law*, “Fordham L. Rev.” 2020, vol. 89, p. 891.

⁴⁴ B. Currie, *Notes on Methods...*, p. 176.

⁴⁵ See e.g. L. Silberman, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, pp. 66—67.

⁴⁶ B. Currie, *The Constitution...*, p. 10; B. Currie, *Notes on Methods*, p. 178; P. Hay, *On the Road*, p. 207.

⁴⁷ G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 31.

⁴⁸ S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law...*, p. 1850.

⁴⁹ In the Polish literature see: M. A. Zachariasiewicz, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, p. 61.

foreign state must be weighted, and the question of their priority must be decided.

When conceptualizing modern interest analysis methodologies, it is often observed that they all proceed in two steps.⁵⁰ In the first, the study of the policies and interests of states behind the laws serves to determine which laws are interested in applying to the facts of the case and to eliminate “false conflicts.” A conflict is considered false if only one state has an interest in applying its law, or if the laws of multiple states pursue the same underlying values or policy objectives. A “true conflict” arises when the laws of two or more jurisdictions, which promote different values, rationales, or goals, each assert a legitimate claim to govern the dispute. In the second step — which only takes place in cases of a true conflict — the aim is to resolve the conflict by finding an appropriate, better legal rule (a better solution). A third category may also be identified, namely the “negative conflict” or “no-interest” case. This occurs when the plaintiff’s law (i.e., the legislation it invokes) favors the defendant, while the defendant’s law — is more favorable to the plaintiff. In such cases, neither state has an interest in applying its law: the plaintiff’s state has no interest in extending protection to the defendant, and the defendant’s state has no interest in conferring greater rights on the plaintiff than it would under its own legal system.⁵¹

The many theories and concepts that were developed in the US in the second half of XX century usually go under the name of the “modern approaches.”⁵² They are sometimes also referred to as the “political school of private international law.”⁵³ A defining characteristic of these approaches is their rejection of fixed, neutral choice-of-law rules in favor of a case-specific analysis of the interests, values, and policy objectives underlying the competing domestic legal provisions. The individualized inquiry enables the identification of the territorial scope of the relevant laws and their connection to the specific issue at hand. These methodologies emphasize the particular, rather than the typical, factual context of the dispute, and focus on the concrete legal issue requiring resolution,

⁵⁰ See e.g. G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*; K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement*, p. 302. See also, albeit with a critical note: L. Brilmayer, D. B. Listwa, *A Theory-Less Restatement for Conflict of Laws*, Transnational Litigation Blog, <https://tlblog.org/a-theory-less-restatement-for-conflict-of-laws> [accessed: 1.01.2025]; M. A. Zachariasiewicz, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, p. 63.

⁵¹ J. Fawcett, J. Carruthers, P. North, *Cheshire, North & Fawcett 2008...*, p. 29.

⁵² K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement...*, p. 302.

⁵³ G. Rühl, *Unilateralism (PIL)*, in: J. Basedow, K. J. Hopt, R. Zimmermann, *The Max Planck Encyclopedia...*

rather than on the legal relationship as a whole.⁵⁴ What unites the various strands of modern approaches is a shared underlying rationale: the pursuit of substantive justice in individual cases, rather than the resolution of conflict-of-laws issues through a formal or neutral framework.⁵⁵ This variety of “modern” theories and approaches continues as a lasting legacy of the American choice-of-law revolution and influences judicial practice, particularly in the domains of contract and tort law.

c) Restatement (Second) of Conflict of Laws

The criticism of the Restatement (First) and the intellectual ferment that dominated the post-WWII era, heavily influenced the creation of the Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971).⁵⁶ The work led by W. Reese (as the chief rapporteur) ended up with the set of rules and principles embodied in 3 volumes that clearly intended to break up with the vested rights methodology and rigidity of the Restatement (First). This is not to say that the Restatement (Second) surrendered entirely to the governmental interest and its progenies. Rather, Restatement (Second) is seen as constituting a “mix of things,”⁵⁷ a “conscious compromise and synthesis between the old and the new schools, as well as among the various branches of the new schools.”⁵⁸ It does contain — although not for all issues — pre-formulated choice-of-law rules designed according to the multilateral methodology, either in the form of the black-letter rules or presumptive rules (rules instructing the courts to apply certain law, but allowing the presumptions to be overridden, if in a particular case, another law has a more significant relationship), or even weaker “pointers,” which merely point to a direction of the likely applicable law.⁵⁹ At the same time the whole Restatement (Second) is permeated by the “most significant relationship” formula that came to

⁵⁴ P. Hay, *On the Road...*, p. 209; M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna...*, p. 128; M. A. Zachariasiewicz, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, p. 63.

⁵⁵ P. Hay, *European...*, p. 2055.

⁵⁶ The American Law Institute, Restatement (Second) of Conflict of Laws, St. Paul, ALI Publishers, 1971. See <https://www.ali.org/publications/restatement-law-second/conflict-laws> [accessed: 1.01.2025].

⁵⁷ P. Hay, *On the Road...*, p. 209.

⁵⁸ S. Symeonides, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 1549.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1550.

be understood and applied in very different ways.⁶⁰ It is thought that a court deciding the case, may — in virtually all situations — choose to apply the law of the state with which it has — with regard to the particular issue in question — the most significant relationship.⁶¹ This is not, however — as a continental lawyer might think — understood merely as a process of weighting territorial links of the case at hand (and the specific issue in question) with a given state. The application of the most significant relationship formula is — same as any conflict-of-law decision under the Restatement (Second) — penetrated by the general choice-of-law principles expressed in the famous section 6. Under the Restatement (Second), determining the law most significantly related with the issue at hand, might well mean to apply the law that provides the best solution in terms of substantive justice.⁶²

Section 6 constitutes, as often underlined, the cornerstone of the Restatement (Second), having both a guiding, as well as validating function in any choice-of-law analysis.⁶³ It provides a “home for virtually all of the approaches debated in the years prior to the Second Restatement.”⁶⁴ Section 6(2) lists, in a non-exclusive fashion,⁶⁵ factors that courts should consider in making the choice-of-law decision. These are: (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.⁶⁶ Thus, while section 6 expresses some considerations familiar to Savignian multilateral methodology and universalism (letters

⁶⁰ P. Hay, *On the Road...*, p. 209.

⁶¹ S. Symeonides, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 1550.

⁶² P. Hay, *European...*, p. 2060.

⁶³ S. Symeonides, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 1549—1550; G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 41. To a similar effect: K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement*, p. 299, contending that “Section 6 analysis controls essentially every judicial application of the Restatement (Second)”.

⁶⁴ P. Hay, *On the Road...*, p. 209. See also P. Hay, *European...*, p. 2059.

⁶⁵ Restatement (Second) of Conflict of Laws (as published by ALI Publishers), Vol. I, comment c), p. 12.

⁶⁶ Although this last principle is downplayed by the drafters of the Restatement (Second) themselves, since the comment notes that: “it is obviously of greater importance [than the ease — M. Z. & M. A. Z.] that choice-of-law rules lead to desirable results”. See Restatement (Second) of Conflict of Laws (as published by ALI Publishers), Vol. I, comment j), p. 16.

a, f and g in particular), it also clearly makes room for unilateral method in the form of interest analysis of the competing policies (letters b, c and e). More specifically and by way of example — when letter a) refers to the “needs of the interstate and international systems,” it denounces a guiding value that “the most important function of choice-of-law rules is to make the interstate and international systems work well”⁶⁷ and that they “should seek to further harmonious relations between states and to facilitate commercial intercourse between them.”⁶⁸ We have no doubt that the same overriding value underscores the multilateral method in the conflict-of-laws as practiced in Europe.

Letters (b), (c), and (e), by contrast, invite — and indeed oblige — the court to examine the policies underlying the relevant substantive laws of the forum and of other interested states, and to weigh those policies in making a choice-of-law determination. It is evident that this inquiry is grounded in a unilateral methodology; that is, the court considers the potentially applicable substantive laws and assesses whether, in light of their wording and purpose, they express an interest in governing the issue at hand. What remains uncertain, however, is the extent to which this unilateral approach can override the results produced by the multilateral methodology reflected in the specific provisions of the Restatement, as well as in other principles articulated in Section 6 — particularly those found in letters (a), (f), and (g). Consequently, the court retains considerable discretion in prioritizing various considerations, thereby shaping the outcome of the conflict-of-laws analysis. For this reason, Section 6 — and the Restatement (Second) more broadly — is often characterized not as a set of rules, but rather as a methodological “approach” to resolving choice-of-law questions.⁶⁹

All that can be asserted in this regard is that the significance of the principles set forth in Section 6 depends on the particular area of law and the extent to which the specific provisions of the Restatement articulate a clear and determinate choice-of-law rule. Where such precise rules exist — as, for example, in the area of property law — Section 6 plays a more limited role, serving primarily to provide an underlying rationale for the prescribed solution and, potentially, as an escape mechanism.

⁶⁷ This universalistic function proclaimed by Restatement (Second) is considered to stand in contrast to Currie’s ethnocentric attitude. See P. Hay, P. Borches, S. Symeonides, *Conflict of Laws*, West 2010, p. 63.

⁶⁸ Restatement (Second) of Conflict of Laws (as published by ALI Publishers), vol. I, comment d), p. 13.

⁶⁹ K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement*, p. 296 (citing W. Reese, *Choice of Law: Rules or Approach*, Cornell L. Rev. 1972, vol. 57, p. 315); S. Symeonides, in: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. A. De Miguel Asensio, *Encyclopedia...*, p. 1549.

In other areas, such as tort and contract law, the relevant provisions of the Restatement are formulated in more general terms, relying to a considerable extent on the principle of the most significant relationship. In these contexts, Section 6 assumes a central role in the adjudicative process. As noted in the commentary, “courts must look in each case to the underlying factors themselves in order to arrive at a decision which will best accommodate them.”⁷⁰ The extensive body of case law developed by American courts since the adoption of the Restatement (Second) has, of course, provided a wealth of concrete applications and interpretative guidance regarding the resolution of specific choice-of-law issues.⁷¹

The Restatement (Second) has been the subject of considerable, and at times intense, scholarly criticism.⁷² Nevertheless, it remains the most widely followed approach to resolving conflict-of-laws issues in the United States, currently applied in nearly half of the states.⁷³

d) Criticism of the American unilateralism

The American modern approaches to conflict-of-laws, including Currie’s governmental interest analysis and its numerous conceptual offspring, have been the subject of substantial criticism, both in the United States itself,⁷⁴ as well as elsewhere.⁷⁵ Somewhat simplifying the matter, that criticism may be summarized as follows.

⁷⁰ Restatement (Second) of Conflict of Laws (as published by ALI Publishers), Vol. I, comment c), p. 13.

⁷¹ See especially the surveys of American jurisprudence prepared for more than 40 years by S. Symeonides, published annually in the American Journal of Comparative Law and available also at <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.01.2025].

⁷² See e.g. a somewhat famous quote from R. J. Weintraub, who referred to Restatement (Second) as “an odd mixture of territorial gibberish and functional analysis”. R. J. Weintraub, *At Least, to Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard*, “Md. L. Rev.” 1997, vol. 56, p. 1315.

⁷³ See comparative tables prepared by S. C. Symeonides, *The Choice-of-Law...*, pp. 1872 et seq. Cf. R. C. Bogue, C. M. Vazquez, *Choice of Law...*, pp. 1 et seq.; G. Cunierti, *Conflict of laws...*, p. 40.

⁷⁴ F. K. Juenger, *A Third Conflicts Restatement*, “Indiana Law Journal” 2000, vol. 75, pp. 403 et seq.; H. Y. Levin, *What Do We...*, pp. 247 et seq.; L. Brilmayer, *Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent*, “Michigan Law Review” 1980, vol. 78, p. 392; L. Brilmayer, *Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations*, “Ohio St. LJ” 1985, vol. 46, pp. 459 et seq.; H. L. Korn, *The Choice-of-Law Revolution: A Critique*, “Colum. L. Rev.” 1983, vol. 83, p. 772.

⁷⁵ See e.g. J. Fawcett, J. Carruthers, P. North, *Cheshire, North & Fawcett 2008...*, pp. 29 et seq.; D. Evrigenis, *Interest Analysis: A Continental Perspective*, “Ohio St. LJ” 1985, vol. 46, p. 525; G. Kegel, *Paternal...*, pp. 615 et seq.

First, particularly from a European perspective, where the multilateral methodology is still considered the core of the private international law, the American rejection of equal treatment of legal systems and the resulting departure from a neutral conflict-of-laws approach, is considered a major drawback. Unilateralism — as American proponents of the interest analysis themselves admit — leads to favoring the application of *lex fori*.⁷⁶ In fact, for Currie and many others, to apply *lex fori* has been a preferred solution in most instances of both false and true conflicts, with foreign law applying only exceptionally. A prominent critic of unilateral methodologies, F. K. Juenger, famously remarked that the choice-of-law revolution had effectively reduced the entire U.S. conflict-of-laws system to one principle: “Thou shalt not apply foreign law.”⁷⁷ Consequently, the burden of litigation often shifts to questions of jurisdiction, encouraging forum shopping. The international harmony of decision making cannot be achieved if each state focuses on furthering its own policies, and only exceptionally takes into account interests of other states. Unilateralism, resulting in a consistent *lex fori* bias, is inherently parochial — both in its foundational philosophy and in the outcomes it produces.

Second, significant criticism has been directed at the unilateral methodology’s inability to reliably identify the policies underlying domestic substantive laws and, consequently, to determine their intended territorial scope. As noted by L. Brilmayer and D. Listwa: “no amount of interpretation could find choice-of-law meaning in the typical empty statutory record.”⁷⁸ In most cases, legislators remain entirely silent on the spatial reach of the laws they enact. This silence is not only due to the absence of explicit language addressing territorial application, but also because it is virtually impossible to discern any underlying legislative intent concerning the cross-border operation of a given law. Legislative drafters typically have purely domestic scenarios in view, and thus fail to contemplate the international implications of their enactments. As a result, any effort to infer territorial scope in such cases necessarily involves a highly speculative and creative exercise.

Third, it is frequently emphasized that the criteria used to evaluate conflicting policies and interests are articulated in vague and often

⁷⁶ D. Evrigenis, *Interest Analysis: A Continental Perspective...*, p. 526.

⁷⁷ F. K. Juenger, *A Third...*, p. 411.

⁷⁸ L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: One Step Forward and Two Steps Back?*, “Yale LJF” 2018, vol. 128, p. 278. See also L. Brilmayer, *Interest analysis and the myth of legislative intent...*, pp. 391 et seq.

contradictory terms.⁷⁹ As a result, they fail to yield effective — let alone predictable — conflict-of-laws solutions. This deficiency gives rise to arbitrary and inconsistent judicial decisions, making the resulting uncertainty a significant shortcoming of the so-called conflict-of-laws revolution.⁸⁰ Proponents of interest analysis, who argue that the evaluative criteria must remain general and flexible to allow for a conscientious assessment of the underlying rationales and interests in each factual scenario, are met with the counterargument that American case law has yet to demonstrate a consistent willingness or capacity to undertake such nuanced analyses.⁸¹ Consequently, the unilateral methodology proves inadequate as a practical tool for resolving conflict-of-laws issues.⁸²

Finally, the American unilateralism focuses primarily on the policies of states, while largely disregarding — at least on a methodological level — the interests and legitimate expectations of the parties with respect to the application of a particular law. This approach appears unjustified, particularly in disputes between private parties — whether individuals or corporations — where the primary role of the court is to resolve conflicts between competing private interests, rather than to advance state policy objectives. This is subject, of course, to the important caveat that in certain instances, a compelling public interest may indeed arise and justifiably influence the adjudication of a private law relationship.

The criticism — particularly from European scholars — of American unilateralism does not appear entirely accurate or fair. Much of the disapproval found in European doctrine stem from the fact that the two conflict-of-laws methods — interest analysis and Savigny's neutral localization — are considered against the same theoretical background, despite being grounded in fundamentally opposing conceptual premises. Evaluating one method through the analytical lens and assumptions of the other cannot yield intellectually satisfactory results. The critics of the interest analysis also tend to overlook the fact that U.S. courts use the method of valuing interests and policies predominantly with regard to legal regulations of an imperative (mandatory) nature that protect important interests in the field of private law,⁸³ or state policies operating

⁷⁹ F. K. Juenger, *A Third...*, pp. 403 et seq.

⁸⁰ H. Y. Levin, *What Do We...*, p. 249.

⁸¹ J. Fawcett, J. Carruthers, P. North, *Cheshire, North & Fawcett 2008...*, p. 30

⁸² H. Y. Levin, *What Do We...*, p. 250, who observes that "Revolution is simply too removed from the practicalities of actual litigation and too theoretical to serve as a touchstone for the development of the law".

⁸³ Consider, e.g. the example of the so called "guest statutes," which were central to many conflict-of-law disputes in the 2nd half of XX century before U.S. courts. See e.g. a classic cases of *Babcock v. Jackson*, 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963), or *Tooker v. Lopez*,

at the intersection of public and private law⁸⁴ (to put it in European categories⁸⁵). Indeed, in such cases, legislators and courts in Europe are often also inclined to apply (or at least take into account) regulations of such mandatory nature, regardless of the otherwise law applicable to a given legal relationship (see below ch. 4(b)).

American unilateralism must be evaluated in light of the function it performs within the federal structure and common law foundations of the United States legal system. This function is shaped by several factors, including the interaction between federal and state law, the often indistinct boundary between private and public law, the reliance on only those legal rules that are invoked and sufficiently proven by the parties in litigation, the emphasis on the specific legal issue in dispute rather than the legal relationship in its entirety, and the conceptualization of conflict of laws primarily as a clash between mandatory legal provisions. The legal systems of the individual U.S. states, though formally distinct, originate from a shared core and have developed within a framework of mutual interdependence. When U.S. law is viewed as a broadly unified system, with divergence limited to select regulatory provisions, it becomes clear why conflict-of-laws analysis often concerns particular rules rather than entire legal systems, why domestic law — understood as a jurisdiction's own version of the common law — is typically favored, and why the methodological focus lies in determining how that law should be

24 N.Y.2d 569 (1969). “Guest statutes” are laws that intend to protect the driver against claims raised by a guest passenger in case of harm caused to the latter in an accident. This is because guest statutes generally create stricter standards for a guest passenger to sue a driver for injuries caused by negligence. They require that either gross negligence, recklessness, or intentional misconduct is shown for the passenger to recover damages. See e.g. F. M. Dunbaugh III, *Negligence-Guest Statute-Right of Recovery*, “Miami LQ” 1956, vol. 11, p. 150. The purpose behind guest statutes was not only to protect the individual driver against suits by a guest passenger but — more generally and with a wider social goal in mind — also to prevent insurance fraud. See (in context of interspousal torts) e.g. E. Katz, *How Automobile Accidents Stalled the Development of Interspousal Liability*, “Virginia Law Review” 2008, vol. 94, pp. 1245 et seq.

⁸⁴ Cf. e.g. *Bernhard v. Harrah's Club*, Cal. Sup. Ct., 16 Cal. 3d 313, 546 P.2d 719 (1976). A road accident was caused in California by a California resident who intoxicated himself in a Nevada based club. The victim, who was also a California resident, sued for damages under California law, which provided for the liability of the owners of clubs in such situations. The court applied Californian law, deciding that its interest in guaranteeing safety on public roads prevails over Nevada's interest in protection of clubs owners.

⁸⁵ Both American jurisprudence, as well as doctrine, however, pay little attention to a distinction, which is considered important for European doctrinal categorizations, i.e. between private and public law. See e.g. G. A. Bermann, *Public Law in the Conflict of Laws*, “Am. J. Comp. L. Supp.” 1986, vol. 34, p. 157.

applied, in a restrained manner, to situations involving foreign elements. For similar reasons, it is not uncommon to refer not to the “application” of foreign law, but rather to “taking it into account” or “tolerating” it, particularly in the context of recognizing acquired rights or legal relationships established under foreign legal systems.

e) Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws

Nearly half a century after the publication of the Restatement (Second), the American Law Institute initiated a new project aimed at preparing a revised Restatement for the conflict of laws. The official ALI website states that the “project reexamines the increasingly important subject of conflict of laws in light of significant legal developments in the field since the influential Restatement Second was published in 1971.”⁸⁶ As explained by the Chief Reporter, Kermit Roosevelt III, the principal objective is to “[...] bring greater predictability to choice of law by providing more determinate rules, rather than open-ended balancing.”⁸⁷ The Third Restatement does not intend, however, to start from the scratch, nor to constitute yet another revolution in the American choice of law. Rather, it is conceived as a continuation of the Restatement (Second), which, particularly in the areas of contracts and torts, provided relatively imprecise rules and anticipated supplementation through the development of case law.⁸⁸ Thus, the drafters of the Restatement (Third) now hope to fulfill that vision by examining the existing case law and shaping detailed rules⁸⁹ in all major areas of the conflict of laws. Although the

⁸⁶ See: <https://www.ali.org/project/conflict-laws> [accessed: 1.01.2025]. The website contains basic information on the status of the project. The access to drafts of the rules and accompanying commentary is available for a fee at: <https://www.ali.org/publications/restatement-law-third/conflict-laws-3d> [accessed: 1.01.2025]. Recent development and news relating to the topic can also be traced at: <https://www.thealiadviser.org/conflict-of-laws/> [accessed: 1.01.2025]. The various parts of the Draft Restatement are presently at different stages of development (with some drafts not yet available for public and others approved by ALI Council, albeit still as tentative drafts). The Restatement (Third) is still very much work in progress, and so the references made in the present article to the Draft’s rules or commentary are made to different stages of work. To state the obvious — the finally adopted rules may differ from what we refer to in the present article.

⁸⁷ K. Roosevelt III, B. Jones, *What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do*, “American Journal of International Law Unbound” 2016, vol. 110, p. 141.

⁸⁸ See W. L. Reese, *Conflict of Laws and the Restatement Second*, “Law and Contemporary Problems” 1963, vol. 28, No. 4, p. 699.

⁸⁹ K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement...*, p. 298.

published drafts have prompted debate and some criticism,⁹⁰ particularly concerning their methodological foundations (as discussed below) — it is evident, as noted by Peter Hay, that the Draft Restatement is “great deal more specific [than the Restatement (Second)] in helping the courts choose an applicable law in many other areas, especially, for instance, in tort and contract.”⁹¹

The Third Restatement is still a work in progress. It remains to be seen what eventually will come out of this immense endeavor. In the present article we do not intend to comprehensively discuss rules proposed in the new Draft Restatement. Rather, we aim to take on the methodology underlying the proposed solutions and assess how the project fits into a more wider panorama of changes in the modern conflict of laws.

While the project is, of course, much about specific rules to be applied by the courts, the drafters of the Restatement (Third) are not shy in explaining the methodology of the conflict of law analysis. The goal is, they explain, “to describe what courts are doing in resolving a choice-of-law question and to instruct courts on how to use this Restatement.”⁹² The Draft thus contains an express provision defining the nature of the choice of law process. Section 5.01 states:

Choice-of-law analysis is a two-step process that: (i) identifies the laws that are relevant to the determination of the rights and liabilities of persons involved in matters having connection to more than one state; and, if relevant laws conflict, (ii) selects the most appropriate relevant law to govern particular issues in such matters.

The Draft, as explicitly acknowledged by its drafters⁹³ and noted by critics,⁹⁴ embraces the modern American approaches to the choice of law, as practiced by courts in the majority of the US states. It is evident that the Restatement (Third) — at least in its conceptual account of the

⁹⁰ See: L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, pp. 266 et seq.; L. Brilmayer, D. B. Listwa, *A Theory-Less Restatement for Conflict of Laws...*; L. Brilmayer, *What I Like Most About the Restatement (Second) of Conflicts, and Why It Should not Be Thrown out With the Bathwater*, “American Journal of International Law Unbound” 2016, vol. 110, pp. 144 et seq.

⁹¹ P. Hay, *On the Road...*, p. 212.

⁹² Reporters’ Memorandum Restatement of the Law Third, Conflict Of Laws, Tentative Draft No. 3, p. xv.

⁹³ *Ibidem*, p. xvi; see also K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement...*, p. 302.

⁹⁴ L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, p. 267 (speaking of a “major theoretical realignment in favor of a school of thought once generally known as governmental interest analysis” and the modern choice of law revolution to which the Draft “surrenders enthusiastically”); L. Brilmayer, D. B. Listwa, *A Common Law of Choice of Law...*, p. 891.

choice-of-law process — remains within the framework of unilateralism. Consistent with the unilateralist tradition in American conflict-of-laws doctrine, it formulates the choice-of-law process as a two-step procedure: first, determining whether a conflict exists; and second, if so, selecting the most appropriate law to govern the issue. Under the first step, a conflict is identified by “deciding whether the facts of the case bring an issue within the scope of more than one state’s law.”⁹⁵ Accordingly, the judge must examine the substantive provisions of the potentially relevant laws to determine whether they assert applicability to the issue at hand.⁹⁶ This is a matter of discovering the territorial scope of application of these internal laws⁹⁷ by interpreting the relevant rules in line with ordinary methods of interpreting statutes or precedents. In other words, the judge considers potentially relevant laws and — in the process of interpretation of these laws — confirms whether they are interested in applying to the facts at hand (whether they reach the facts), taking into account policies behind these laws in particular. If only one law asserts a legitimate claim to apply, no conflict arises, and the choice-of-law inquiry concludes at that point.⁹⁸

According to the drafters of the Draft Restatement, the foregoing represents the central premise of all modern approaches grounded in interest analysis, as originally formulated by Currie⁹⁹ and subsequently advanced by numerous U.S. conflict-of-laws scholars. This is not merely a theoretical construct devised in abstraction, but rather a reflection of judicial practice as observed in case law. According to the drafters, the courts “consistently interpret statutes to decide whether they reach the facts of a particular multistate case, treating this as a threshold question before undertaking a choice-of-law analysis to select a particular

⁹⁵ Reporters’ Memorandum Restatement of the Law Third, Conflict Of Laws, Tentative Draft No. 3, p. xvi.

⁹⁶ As explained by L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, p. 268: “The ‘two-step’ theory is rooted in the idea that every choice-of-law analysis must begin by determining the scope of the state statutes in question.”

⁹⁷ The notion of “internal law” obviously includes both statutory and judge made law, provided one evaluates a law of a common law jurisdiction. See Preliminary Draft No. 7, §1.03, comment a. If the potentially relevant law would be that of a civil law jurisdiction than of course case law could only have an interpretative value.

⁹⁸ In the words of the authors of the Draft: “If a state law does not reach certain facts, it is not relevant and is not a candidate for selection through choice-of-law analysis. If only one law is relevant, there is no choice-of-law issue and no need to consult the law-selecting rules of this Restatement.” Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 3, Ch. 5: Choice of law, §5.02 Comment, p. 18.

⁹⁹ Reporters’ Memorandum Restatement of the Law Third, Conflict Of Laws, Tentative Draft No. 3, p. xvi.

law.”¹⁰⁰ The commentary to the Draft provides numerous case law examples to support this assessment.¹⁰¹

If more than one law is interested, the analysis proceeds to the second step: deciding which of the relevant laws is to be given priority. To give priority in this context means to select the most appropriate law from among the competing candidates and apply it to the case at hand. Given the non-binding nature of the Restatement, it is quite natural that the question of priority must first be decided in accordance with the conflict-of-law rules of the forum. To that effect, §5.02(b) clarifies that: “A court, subject to constitutional limitations, will follow a local statute that identifies the law to be given priority.” The commentary to the Draft further explains that §5.02(b), in addressing priority, concerns statutes distinct from those considered at the first step of the analysis — the latter dealing with the scope of their own application. Interestingly, if there exist forum rules that “identify the law to be given priority,” a “determination of priority directs the state’s courts to skip the analysis [choice-of-law analysis] and select one state’s law rather than another’s.”¹⁰² Such statutes, explain the drafters: “could be called overriding rules because they override the normal choice-of-law analysis.”¹⁰³

In the American context, such overriding rules often take the form of narrowly tailored choice-of-law statutes enacted at the state level. However, the drafters also recognize that broader codifications of choice-of-law principles may serve a similar function, citing the examples of Oregon and Louisiana. To non-American lawyers — so is thought — this looks like giving precedence to multilateral choice-of-law rules of the forum. The regular unilateral methodology of investigating scope of application of the potentially relevant substantive laws is suspended and the conflict-of-law question is dealt with from the point of view of the forum. This is somewhat surprising, given the importance of the deference of the Draft Restatement (Third) paid to each state’s own determination of the scope of its internal laws. Indeed, the drafters themselves emphasize that “states are authoritative with respect to the scope of their laws in domestic cases, and the modern understanding of choice of law suggests that they are likewise authoritative in the multistate context.”¹⁰⁴ If, however, each state is regarded as having the final word on the reach

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 3, Ch. 5: Choice of law, §5.01 Comment, p. 11.

¹⁰² Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 3, Ch. 5: Choice of law, §5.02 Comment, p. 19.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ K. Roosevelt III, B. R. Jones, *The Draft Restatement...*, p. 304.

of its own laws, one might reasonably question why the conflict-of-law rules of the forum should take precedence at all.

Where no local priority rules are available in the forum, §5.02(c) directs the court to “the rules of this Restatement to identify the law to be given priority.” The commentary to the Draft explains that there are two sets of general considerations that are relevant to the determination of the priority.¹⁰⁵ First is what the authors call “right answer” considerations. The central idea here is that the determination of the applicable law should be based on “sensible, rather than arbitrary” answers. Thus, in deciding the priority the court should take in account “the policies underlying the relevant laws, the connections between the relevant states and the particular issue under consideration, and the reasonable expectations of the parties.”¹⁰⁶

The second type of considerations are called “systemic.” They include, in particular, factors such as certainty, predictability, uniformity, and ease of application.¹⁰⁷

The Draft Restatement does not, of course, confine the determination of priority to general principles alone. After all, a central aim of the project is to enhance the specificity and predictability of conflict-of-laws doctrine in the United States. Accordingly, the Draft sets forth a series of detailed provisions in §§6 et seq., addressing the question of priority across various substantive areas of private law — §6 for torts, §7 for property, §8 for contracts, and so forth. These specific rules are designed to promote “right answer” outcomes and support “systemic” considerations, thereby contributing to the development of a coherent and predictable body of conflict-of-laws rules.¹⁰⁸

The foundation of unilateral conflict-of-laws methodologies — particularly interest analysis — is the notion that the task of a judge sitting in the forum is to determine which substantive laws (whether foreign or domestic) have an interest in applying to the case at hand, and, if multiple laws assert such an interest, to give priority to one. Under this approach, the forum’s own conflict-of-law rules — whether statutory or derived from common law — should be relevant only at the second stage of the analysis, i.e., the determination of priority, and not at the first stage, which concerns the scope of potentially applicable substantive laws. In light of this, it is somewhat perplexing — as has already been

¹⁰⁵ Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 3, Ch. 5: Choice of law, §5.01 Comment, p. 9.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 10.

noted in existing critiques¹⁰⁹ — that the specific conflict-of-laws rules set forth in the Draft Restatement appear to address not only the second step of the analysis but also the first. This becomes evident upon closer examination of both the black-letter provisions and the accompanying commentary in the Draft Restatement.

A comment to §1.01 states: “The rules of this Restatement have been derived through the process of determining the likely scope of different kinds of state laws and resolving conflicts between them when necessary. The rules may generally be applied without any explicit consideration of scope or priority.”¹¹⁰ The above is also confirmed — in the domain of torts — by the very wording of §6.01, which states: “This Restatement sets out rules that identify the states with the dominant interest for particular torts and issues (§§ 6.11—6.12) and for broader categories of issues based on the distribution of connecting factors (§§ 6.06—6.09).” It is thus clear that the rules of the Draft Restatement are not only laid down to decide priority (which would make sense) but also to entirely avoid determination of whether the case falls within the scope of application of potentially interested laws. According to this framework, the “likely” scopes of such laws are to be inferred through the Restatement’s own conflict-of-law rules. However, this raises a fundamental question: how can the Restatement ascertain which laws are genuinely “interested” in applying to a given issue without a direct and independent examination of the scope, objectives, and underlying policies of those laws? If the initial step of identifying the scope of application is effectively supplanted by the Restatement’s own presumptions regarding applicable law, then genuine deference to the substantive laws’ own claims to applicability is lost. The interest analysis is abrogated. The unilateral approach is pushed away by what essentially must be a multilateral methodology.

To be sure, the above is not a criticism of the Draft Restatement’s attempt to formulate specific, relatively clear-cut conflict-of-law rules, which a judge might apply to readily determine the law applicable to a dispute case or issue. After all, this is what legislators, states making international treaties, judges and experts, attempt to do all around the world. What we find puzzling as continental lawyers, however — although at the same time somewhat fascinating — is how the unilateral and multilateral methodologies are really intertwined in the Draft Restatement. We tend to agree with a comment made also from within

¹⁰⁹ L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, p. 266.

¹¹⁰ Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 2, Ch. 1: Introduction, §1.02 Comment B, p. 5.

US — by L. Brilmayer and D. Listwa — that the “two-step theory and a Restatement-based set of rules just don’t go together.”¹¹¹ At least not when it comes to creating a methodologically coherent environment for resolving conflict-of-laws questions.

While not attempting to undermine the complex and nuanced nature of the American conflict-of-law system, which should naturally also be reflected in the Restatement, it seems to us that the major reason behind the hybrid approach of the Draft Restatement is the following.

The fundamental premise of a unilateral approach is that the territorial scope of potentially relevant laws — that is, their intended applicability to a given set of facts — can be ascertained through proper legal analysis and interpretation. This is often possible, particularly where the law expressly defines its territorial reach. Similarly, a state’s interest in the application of its own laws may be sufficiently compelling to justify inferring territorial scope through interpretive means. However, as previously noted, it is far more common for laws to provide no indication of their intended territorial application. Indeed, most legal provisions — especially those primarily concerned with regulating the relationships between private parties — are territorially neutral and remain silent on their spatial scope. Moreover, in such cases, there is frequently no overriding public interest that would justify extending the law’s application to multistate scenarios. Attempting to discover the territorial scope of such laws by analyzing their underlying policy or legislative intent is, therefore, often a fool’s errand.

In these instances, the unilateral method offers little practical assistance to a judge tasked with resolving a choice-of-law question. The specific conflict-of-laws rules contained in the Draft Restatement are designed, in large part, to address this gap. Because it is impossible or excessively difficult to discover the territorial scope of the substantive laws that come into orbit, the interest analysis is abrogated and one must necessarily fall back to the multilateral conflict-of-law rules of the forum (or rules laid down in the Restatement).¹¹² This, in our view, has long been the purpose and justification for the hybrid character of the Restatement (Second), which combines both specific multilateral choice-of-law rules and more open-ended directives to evaluate the policies of interested states in a unilateral fashion. Although there is no inherent contradiction in combining unilateral and multilateral methodologies within a single

¹¹¹ L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, p. 268.

¹¹² The other option would of course be to automatically apply the *lex fori*, without making any choice of law analysis. That, obviously, cannot be an intelligible solution to cross-border problems.

conflict-of-laws framework — a structure that also appears to a certain extent in European systems (as discussed below) — we find it conceptually problematic that rules which clearly function as multilateral choice-of-law indicators (see e.g. §6.07,¹¹³ §6.09(a),¹¹⁴ §6.11(a)(1),¹¹⁵ §7.25¹¹⁶ of the Draft), are said to be “derived through the process of determining the likely scope of different kinds of state laws,” as the drafters of the Restatement (Third) assert.¹¹⁷ The two distinct methodologies, which should be separated (even if included within the same system), are unnecessarily entangled.¹¹⁸

4. Unilateral orientation towards substantive results in the European conflict of laws

In Europe, the Savignian model of multilateralism continues to serve as the predominant method for resolving conflict-of-laws issues. However, in light of ongoing globalization and socio-economic transformations — coupled with the growing influence of American legal thought on European private international law — there is an increasing recognition of the need to adapt and qualify the principle of Savignian neutrality, given that it effectively constitutes a “leap into the unknown.” This chapter examines the principal mechanisms through which decision-makers can adjust the outcomes of choice-of-law analysis by incorporating substantive policy considerations.

¹¹³ “When the relevant parties are domiciled in a single state, that state’s law governs [...]” (Tentative Draft No 4).

¹¹⁴ “When conduct in one state causes injury in another, the law of the state of conduct governs [...]” (Tentative Draft No 4).

¹¹⁵ “(a) Liability for injury caused by a product is determined by the law of: (1) the state where the product was delivered to the initial end user, if the product was available in that state through ordinary commercial channels and that state is also the plaintiff’s domicile, the place of injury, the place of manufacture, or the defendant’s domicile [...]” (Tentative Draft No 4).

¹¹⁶ “The law of the state of the testator’s domicile at the time of death governs the formal validity of a will” (Tentative Draft No 7).

¹¹⁷ See Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 2, Ch. 1: Introduction, §1.02 Comment B, p. 5.

¹¹⁸ Cf. L. Brilmayer, D. B. Listwa, *Continuity...*, p. 277, who observe that: “there is a deep incompatibility between the method of resolving conflicts of law advocated by the “two-step” theory and the very notion of a rules-based restatement.”

a) Public policy exception

The traditional expression of the unilateralism is the public policy exception (*ordre public* clause).¹¹⁹ The exception has long been a part of the conflict of law systems both in Europe, as well as across the Atlantic. Although the content of the public policy has evolved considerably over time — examples include the growing recognition of same-sex marriages or the categorical rejection of corruption — the underlying mechanism has remained relatively stable. The precise operation of the public policy exception may vary depending on its specific function, whether it is invoked to resist the application of foreign substantive law, the recognition of a foreign judgment, or the acknowledgment of a legal status or relationship that would otherwise merit recognition.¹²⁰ Its application is also shaped by the legal context, such as whether it occurs within a federal structure like the European Union or in relation to foreign or hostile states. Nevertheless, the core principle persists: the forum, while generally willing to apply foreign law or recognize foreign judgments, retains the right to refuse to do so where such application or recognition would produce results that are manifestly incompatible with the forum's fundamental legal principles. Given that the nature of the public policy exception has remained largely unchanged for over a century, an in-depth examination is unnecessary here. A few observations on its role in light of recent methodological developments in conflict of laws, however, are appropriate.

First, there is little doubt that the public policy exception represents not only a classic expression of unilateralism — being concerned primarily with the enforcement of domestic legal principles — but also the strongest manifestation of substantive orientation within private international law systems that are otherwise grounded in a multilateral, result-neutral methodology.¹²¹ The essence of the public policy exception lies in its function: it serves to exclude certain outcomes that are fundamentally incompatible with the forum's legal and moral order. In this way, it operates as an escape mechanism within a system otherwise focused on achieving “conflicts justice” through neutral and formalistic

¹¹⁹ Public policy has ample literature. For one of the most prolific studies in English see: P. Lagarde, *Public Policy*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law: vol. III — Private International Law*, ed. K. Lipstein, Mohr Siebeck, Tübingen 1986. For a comprehensive study in the modern Polish doctrine see M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. C.H. Beck, Warszawa 2018.

¹²⁰ See below, chapter 5.

¹²¹ See P. Hay, *European...*, p. 2061.

rules. Although the substantive orientation and the natural tendency to prefer the principles and values of the *fori* brings the public policy exception close to the overriding mandatory rules (common law lawyers speak of the two sides of the same coin¹²²), there are some important differences between these instruments.¹²³ Most importantly, the public policy exception is triggered only after the result is determined under the foreign law and that result is then assessed as unacceptable to the forum. Thus, its function is essentially reactive, operating to negate an objectionable result, in contrast to overriding mandatory rules, which proactively assert the application of the forum's own policies to shape the outcome from the outset.

Second, while the role of the public policy might diminish within the framework of a federal structure of the EU as the European integration progresses, its role has not been completely abrogated. The CJEU, acting as a guardian of the mutual trust between the Member States, makes sure, however, that public policy is exceptionally narrowly understood, when it is applied as between the Member States.¹²⁴ Functionally, the Court has imposed outer limits for the application of the national public policy,¹²⁵ so that the exception is not overemployed by the Member States in a manner that would undermine the basic principles of the EU law. In this respect, the EU legal order imposes a form of constitutional constraint on the extent to which a Member State may assert its domestic values against the laws or legal acts of another Member State.

A form of constitutional limitation on the national application of public policy has, albeit to a limited extent thus far, also been reflected in EU conflict-of-laws legislation. Recital 58 of the Succession Regulation underlines that national courts should not be able to apply the public policy exception as against laws or decisions from other Member States,

¹²² R. Plender, M. Wilderspin, *The European private international law of obligations*, Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 363.

¹²³ See e.g. J. Blom, *Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time*, "Netherlands International Law Review" 2003, vol. 50, pp. 379 et seq. In the Polish doctrine see e.g.: M. Wojewoda, *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Nowa regulacja kolizyjna w konwencji rzymskiej z 1980 r.*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 191 et seq.; M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, pp. 59 et seq.

¹²⁴ See in particular: judgment of the CJEU of 28.3.2000 in case C-7/98 *Krombach v. Bamberski*, ECLI:EU:C:2000:164; judgment of the CJEU of 11.5.2000 in case C-38/98 *Régie Nationale des Usines Renault v. Maxicar*, ECLI:EU:C:2000:225; judgment of the CJEU of 16.7.2015 in case C681/13 *Diageo Brands v. Simiramida-04 EOOD*, ECLI:EU:C:2015:471; judgment of the CJEU of 4.10.2024 in case C-633/22 *Real Madrid Club de Fútbol, AE v. EE, Société Éditrice du Monde SA*, ECLI:EU:C:2024:843.

¹²⁵ S. Francq, in: *Brussels I Regulation*, eds. U. Magnus, P. Mankowski, Sellier 2007, pp. 565 et seq.

if doing so would be contrary to the Charter¹²⁶. The competence of the Member States to invoke *ordre public* is thus expressly limited in the intra-EU relations. In our view, because of the primacy of EU law, the same holds true also in the context of other EU instruments on private international law (Brussels Ia, Rome I and II, etc.), even if they fail to make an explicit reference to the Charter.¹²⁷

Third, it is interesting to note, that even in the system largely based on the unilateral methodology — which in itself is about enforcing certain substantive policies — there is still room for the public policy exception in its classic form. This is evidenced not only by the case law of American courts, which still invoke the exception, but even more visibly — by the Draft of the Restatement (Third), which — although methodologically immersed in the governmental interest analysis — preserves a classic public policy exception (§5.04).¹²⁸

b) Overriding mandatory rules

The exemplary and most widely commented manifestation of the unilateral method, which supplements and penetrates the classic, multilateral conflict-of-law systems are the so called overriding mandatory rules (international mandatory rules, fr. *loi de police* or *loi d'application immédiate*, ger. *Eingriffsnormen*, pl. *przepisy wymuszające swoje zastosowanie*). Numerous authors have underlined that the overriding mandatory rules are based on a different paradigm that brings it closer to rationale underlying the unilateral method, as contemporarily embodied mostly in the American interest analysis.¹²⁹ Still, although based on the competing

¹²⁶ Charter of Fundamental Rights of the European Union, O.J. C 326, 26.10.2012, p. 391.

¹²⁷ See M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, pp. 321—322.

¹²⁸ Restatement (Third): Conflict of Laws Tentative Draft No. 3, §5.04: “A court may decline to decide an issue under foreign law if the use of foreign law would offend a deep-rooted forum public policy.”

¹²⁹ B. Audit, *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, “The American Journal of Comparative Law” 1979, vol. 27, p. 602; F. Vischer, *Revolutionary Ideas and the Swiss Statute on Private International Law*, in: *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, eds. K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, Eleven-Schulthess, The Hague—Zürich 2010, pp. 107 et seq.; A. Bonomi, *Mandatory Rules in Private International Law. The quest for uniformity of decisions in a global environment*, “Yearbook of Private International Law” 1999, vol. 1, p. 219; P. Lagarde, *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia*, “Va. J. Int’l L.” 1981, vol. 22, p. 103; J. Von Hein, *Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II*

choice-of-law methodology, the overriding mandatory rules play a function of an exception within the traditional multilateral systems.¹³⁰ In the European Union legislation, the most comprehensive definition is provided in Article 9(1) of the Rome I Regulation.¹³¹ Article 9(1) contains what by A.D. 2025 may be said to constitute a common understanding of the term “overriding mandatory rules.” It builds not only upon the concept of mandatory rules included already in Article 7 of the Rome Convention,¹³² but also on the formulation given by the EU Court of Justice in the *Arblade* judgment,¹³³ as well as on numerous doctrinal analyses of the topic,¹³⁴ including the seminal essay by Ph. Francescakis.¹³⁵ Article 9(1) states:

Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.

and the European Choice-of-Law Evolution, “Tul. L. Rev.” 2007, vol. 82, pp. 1663 et seq.; R. Michaels, *The New European Choice-of-Law Revolution*, “Tul. L. Rev.” 2007, vol. 82, pp. 1663 et seq.; J.-J. Kuipers, *EU Law...*, pp. 67 et seq., 79 et seq.; M. Renner, in: *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, ed. G.-P. Calliess, Alphen aan den Rijn 2011, p. 268; T. Szabados, *Economic Sanctions in EU private International Law*, Hart Publishing, Oxford 2020, p. 87; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press 2018, pp. 464, 477; 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*, “The American Journal of Comparative Law” 1991, vol. 39, pp. 661 et seq.; P. Hay, *European...*, p. 2060. In the Polish literature see M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2005, p. 113; M. A. Zachariasiewicz, *Nowe prądy w kolizjonistyce...*, p. 213.

¹³⁰ G. Cuniberti, *Conflict of laws...*, p. 17.

¹³¹ Other EU Regulation regarding choice of law also refer to the concept but either fail to define it with precision included in Article 9 of the Rome I Regulation (see Article 16 of Rome II Regulation), or provide a somewhat specific formulation of the concept and its scope (see Article 30 of the Succession Regulation, which will be discussed below in chapter 4e).

¹³² Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, O.J. L 266, p. 1.

¹³³ The judgment of 23.11.1999 in joined cases C-369/96 *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* and C-376/96 *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL*, ECLI:EU:C:1999:575, para 30.

¹³⁴ See, inter alia, literature cited above in fn. 128.

¹³⁵ P. Francescakis, *Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de loi*, “Revue critique de droit international privé” 1966, vol. 55, pp. 1 et seq. Francescakis is considered to have rediscovered the concept as in fact a long existing phenomenon, when making an empirical analysis of the case law from French courts. See T. G. Guedj, *The Theory...*, p. 662.

In order to be classified as an “overriding mandatory rule,” a rule of substantive law must meet several key criteria. First, the concept encompasses only such substantive law rules that seek to further an imperative public interest,¹³⁶ and — as highlighted in Article 9(1) — are crucial to safeguard that interest. This suggests that the public interest at stake must be sufficiently strong, so to permit their application via the mechanism contained in Article 9 and that such application should occur only exceptionally in the private law disputes.¹³⁷ Accordingly, not every rule promoting social or economic objectives qualifies as “crucial” for these purposes. In the Member States of the European Union, the mere fact that a rule derives from EU law — whether by virtue of a directly applicable regulation or as the result of the implementation of a directive — does not automatically confer upon it the status of an overriding mandatory rule.¹³⁸ However, the CJEU displayed in the past readiness to consider EU policies as overriding, at least in a situation, when *lex causae* was the law of the non-EU state.¹³⁹

¹³⁶ Common examples include rules of competition law, restrictions of trade, embargoes, other economic policies of the state, such as monetary policies, provisions safeguarding the environmental protection, illegality of the contract for reasons of violation of fundamental principles of public policy (such as e.g. corruption, drug trafficking, prostitution or slavery).

¹³⁷ Judgment of CJEU 18.10.2016 in case C-135/15 *Greece v. Grigorios Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774; judgment of CJEU of 17 October 2013 in case C184/12 *Unamar v. NMB*, ECLI:EU:C:2013:663, para 49. However, in the context of international commercial arbitration, one author estimated that the question of potential application of overriding mandatory rules arises in as much as 50% of cases. See M. Blessing, *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts. Swiss Commercial Law Series. Vol. 9*. Basel—Frankfurt am Main 1999, p. 5.

¹³⁸ See, par analogy, C681/13 *Diageo Brands*, para 49—52 (not every misapplication of EU law constitutes violation of public policy under Brussels I Regulation; this conclusion might readily be extrapolated to overriding mandatory rules).

¹³⁹ See judgment of the CJEU of 9.11. 2000 in case C-381/98 *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECLI:EU:C:2000:605, where the Court justified intervention of the UK implementation of the Commercial Agents Directive (Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, O.J. 1986 L 382, p. 17) against the chosen Californian law, with a mandatory nature of the rules (in a *ius cogens* substantive sense of the term), and a need to eliminate restrictions on carrying-on of the activities of commercial agents, as well as necessity to protect the freedom of establishment and the operation of undistorted competition in the internal market for commercial agents. This reasoning, essentially focusing on protection of weaker parties, seems somewhat slim in justifying the overriding mandatory character of the rules. In any event, the decision in *Ingmar v. Eaton* is a visible expression of the Europe’s “shift away from a purely spatial/territorial rule orientation,” to borrow words from P. Hay, *European...*, p. 2054, or, possibly, even an instance of favoring the European *lex fori*. Interestingly, in an intra-EU situation, where the rules in question came from a Member State (Belgium), that Member

Second, the overriding mandatory rules apply “irrespective of the law otherwise applicable” to a given legal relationship, which means that a regular, multilateral determination of the law application is bypassed as with respect to these rules. They apply not because they are part of the legal system indicated as applicable under the conflict-of-law rules of the forum, but irrespective of the regular choice-of-law analysis. They apply because of their own intention to apply. They interfere from outside the *legis causae* (*legis contractus*, *legis delictionis*, *legis successionis*, etc.).

Third, the overriding mandatory rules apply if their intention to apply to a particular set of facts results from their own content and/or purpose. The basis for their inclusion is solely their “own intention to apply.” They apply if the situation falls within their scope, both in terms of the subject matter (as any other rule of domestic law), as well as the territorial (spatial) sphere of application. In other words, overriding mandatory rules unilaterally define their own territorial scope of application. They are “interested in being applied” to a particular situation — to borrow the term from the American interest analysis. That “intention to apply” must be discovered by a court¹⁴⁰ or an arbitral tribunal in each case, on the basis of the analysis of interests, reasons or values, which the rule in question intends to safeguard.¹⁴¹

c) Discretion and limits in applying overriding mandatory rules

Even where a court determines that a particular provision meets the criteria of an overriding mandatory rule, the question remains as to the appropriate circumstances under which such a rule should be applied

State granting the commercial agent protection going beyond the Commercial Agents Directive, the Court was much less inclined to admit that such protection must necessarily override the law chosen by the parties (here, the Bulgarian law, which properly implemented the Directive). See C184/12 *Unamar v. NMB*, ECLI:EU:C:2013:663.

¹⁴⁰ Here, again, the *Ingmar v. Eaton* judgment is given as an example of the decision which “discovers” the territorial scope of application of the provisions (especially Articles 17 and 18) of the Commercial Agents Directive that rendered them applicable, even in the case, in which the contract was governed by Californian law. See M. Szpunar, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A...*, p. 181—182.

¹⁴¹ Whether there are specific overriding mandatory rules that “need” to be applied in the case at hand is — from a practical perspective — a question of whether they are “discovered” in the court’s/tribunal’s examination of that case. This is done, obviously, foremost through parties’ submissions, who plead applicability of certain overriding mandatory rules. However, the court must determine and apply its own overriding mandatory rules (rules of the *fori*) also *ex officio*, even if not pled by the parties.

in a given case. The issue is more straightforward in relation to the overriding mandatory provisions of the forum. Article 9(2) of the Rome I Regulation provides that: “Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.”¹⁴² No further conditions or limitations are imposed. Accordingly, the court is obligated to apply domestic provisions that are regarded as essential for the protection of the forum state’s fundamental public interests. Nonetheless, two important qualifications should be made.

First, it must be reiterated that a court may apply only those overriding mandatory provisions that are intended to govern the particular international situation at issue. In other words, a court will not apply its own overriding mandatory rules to a legal relationship involving foreign elements if the provision in question does not purport to extend its application to such relationships. This may occur, for instance, where the rule is intended to operate exclusively in domestic contexts. Consider the following example from the Polish anti-COVID-19 regulations. Article 15ze (later transformed to Article 15ze¹) of the COVID-19 Act¹⁴³ offered certain exemptions in rents to the tenants of commercial premises in large shopping centres exceeding 2,000 square meters.¹⁴⁴ The law did not distinguish on whether tenants or landlords were to be local businesses or international companies. However, although not expressly provided for in the Act, it seemed clear enough given the intention of the law, that the exemptions from Articles 15ze / 15ze¹ consider only commercial centres located in Poland. In that sense, the exception operated domestically. If a Polish tenant leasing commercial premises in, for instance, a shopping center located in Brno, Czech Republic, were to seek rent relief under Articles 15ze or 15ze¹ before a Polish court, the claim would likely be dismissed, even though those provisions arguably enjoy an overriding mandatory character. This is because their spatial reach does not extend to shopping centers located outside Poland.

A second note refers to limitations that may be imposed by federal constraints, where the application of a given overriding mandatory rule of the forum would amount to a violation of a federal principle that must be observed by the forum. In the federal countries such as US, a state is not be permitted to further its own public policy via a governmental

¹⁴² Very similar wording was adopted in Article 7(2) of the Rome Convention.

¹⁴³ The law of 2.3.2020 on specific solutions related to the prevention, counteraction and eradication of COVID-19, other communicable diseases and emergencies caused by them, O.J. 2020, item 374 (as later amended).

¹⁴⁴ More on this: M. Zachariasiewicz, *The Lease of Commercial Premises in Time of COVID-19: The Decision of the German Bundesgerichtshof of 12 January 2022 from a Polish Perspective*, “European Review of Private Law” 2023, vol. 31, pp. 627 et seq.

interest analysis, if it would be constitutionally prohibited to do so.¹⁴⁵ In federal structures such as the European Union, a Member State should not apply its own overriding mandatory rules in case it would run against requirements of the primary, or, sometimes even secondary EU law. As observed by R. Michaels almost two decades ago: “Functionally, the EC Treaty operates as a constitution and its impact on choice-of-law rules is structurally similar to that of other nations’ constitutions on domestic choice-of-law rules.”¹⁴⁶ The view holds even more true today, after in 2009 the Treaty in Lisbon transformed the EC Treaty to TFEU,¹⁴⁷ and gave a full legal effect to the Charter. Although this limiting role of the EU law is justified by the principle of the supremacy (primacy) of EU law, in specific situations of a conflict between the Member States’ overriding mandatory rules and the EU law, a balancing exercise must be made.¹⁴⁸ After all, none of the EU Treaty freedoms applies without exception.¹⁴⁹

An interesting example of a secondary EU law that sets the framework (and limits) for the application of the overriding mandatory rules (including those of the forum) is provided by the 1996 Posted Workers Directive¹⁵⁰ (as amended in 2018).¹⁵¹ The Directive “designates at Community

¹⁴⁵ See e.g. B. Currie, *The Constitution...*, p. 9 et seq.

¹⁴⁶ R. Michaels, *The new European...*, p. 1625.

¹⁴⁷ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, O.J. C 326, 26.10.2012, p. 47.

¹⁴⁸ Cf. G. Zarra, *Imperativeness in Private International Law*. Asser Press, Springer 2021, pp. 201 et seq.

¹⁴⁹ By way of example, with respect to free movement of persons, see: C. Muller, *European public policy and restriction of free movement of persons in EU law*, “European papers” 2024, vol. 9, pp. 1408 et seq.

¹⁵⁰ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services O.J. L 18, 21.1.1997, p. 1, as amended by Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018, O.J. L 173, 9.7.2018, p. 16.

¹⁵¹ On the relationship between Posted Workers Directive and Article 9 of Rome I Regulation (or Article 7 of the Rome Convention) in the Polish literature see e.g. M. Zachariasiewicz, M. Szpunar, *Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług a działania związków zawodowych — glosa do wyroku ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet i inni oraz do wyroku z 11.12.2007 r.*, “Europejski Przegląd Sądowy” 2008, No. 7, pp. 40—41; M. Zachariasiewicz, in: *System Prawa Prywatnego. Vol. 20B. Prawo prywatne międzynarodowe*, ed. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa, 2014, pp. 498 et seq.; J. Skoczyński, *Wpływ prawa wspólnotowego na polskie prawo prywatne międzynarodowe w dziedzinie stosunków pracy*, in: *Europeizacja polskiego prawa pracy*, ed. W. Sanetra, Warszawa 2004, p. 119; P. Waż, *Delegowanie pracowników do innego państwa celem świadczenia usług*, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, p. 23; A. Rogacka-Lukasik, *Czy przepisy regulujące warunki zatrudnienia pracowników delegowanych, jako przepisy wymuszające*

level mandatory rules within the meaning of Article 7 of the Rome Convention¹⁵² in transnational posting situations.”¹⁵³ Under Article 8(2) of the Rome I Regulation, the law applicable to the individual employment contract is that of the country in which, or from which, the employee habitually carries out his work in performance of the contract. A temporary posting to another state does not alter that. Thus a posted worker’s employment contract is not governed by the law of the state to which he or she is posted (the host state) but normally by the law of the state of origin of the employer (service provider). Nevertheless, under Article 9(2) of the Rome I Regulation, the host state would have been generally free to impose its own rules concerning employee protection, aiming at safeguarding equal competition at the local market and combating social dumping. The purpose of the Directive is, as explained by the Commission, to refine the legal framework offered by Rome and to set “nucleus of minimum protection for posted workers, while respecting the principle of equality of treatment between national and non-national providers of service [...]”¹⁵⁴ What is often overlooked, however, is that the Directive does not only oblige Member States to ensure that workers posted to their territory are guaranteed conditions of employment in areas specified in Article 3 of the Directive, but at the same, it also limits the extent to which Member states may impose its own rules regarding conditions of employment as overriding mandatory rules of the forum. The application of these rules — in intra-EU situations — is controlled by EU law and the freedom to provide services that it guarantees. This was confirmed by the CJEU even before the adoption of the Posted Workers Directive.¹⁵⁵

The question of whether a court should apply foreign overriding mandatory rules in a particular case is much more complex and controversial. This issue has given rise to considerable scholarly debate, centering primarily on the extent of judicial discretion. Broadly speaking, the core point of contention concerns whether courts should be subject to any

swoje zastosowanie, zapewniają ochronę pracownika?, “Roczniki Administracji i Prawa” 2021, pp. 545 et seq.

¹⁵² Now Article 9 of the Rome I Regulation.

¹⁵³ The Communication of 25.7.2003 from the Commission to the Council, European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of Regions — The Implementation of Directive 96/71 in the Member States, COM (2003) 458 *final*, para 2.3.1.1.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ C-369/96 *Arblade* and C-376/96 *Leloup*. Cf. C. Barnard, *The UK and Posted Workers: The Effect of Commission v Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law: Case c-319/06 Commission v Luxembourg, Judgment 19 June 2008*, “Industrial Law Journal” 2009, vol. 38, pp. 122 et seq.

constraints, preferences, or obligations when determining the applicability of such provisions — regardless of whether they originate from the *lex causae* or from a third state. Some commentators argue that no such restrictions should exist, and even question the conceptual utility of distinguishing between overriding mandatory rules of the *lex causae* and those of a third state.¹⁵⁶ By contrast, other scholars advocate for a clear and principled distinction. According to this view, overriding mandatory rules that form part of the *lex causae* should be applied as an integral component of the applicable legal framework, whereas the application of third-state overriding mandatory provisions should be limited and subject to carefully defined conditions. The Rome I Regulation aligns more closely with the latter approach.¹⁵⁷ The Rome I Regulation opted more towards the latter solution. According to Article 9(3):

Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

The European Court was called to decide on the limits of discretion on applying the overriding mandatory rules of a third state in case C-135/15 *Nikiforidis*.¹⁵⁸ Mr Nikiforidis worked as a teacher in a Greek school in Germany. Because of the financial crisis and the obligations imposed on Greece by Commission, European Central Bank and International Monetary Fund, the Greek parliament adopted laws, which lowered the salaries of all public sector employees, including those working abroad. Mr Nikiforidis' employment contract was subject to German law. When he sued for the amounts' his salary was lowered, the question for the German court arose whether it should apply the mentioned Greek laws, since their overriding public interest was clear. Nevertheless, the CJEU,¹⁵⁹ adopted a restrictive interpretation of Article 9(3)

¹⁵⁶ See M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna...*, p. 137; A. Bonomi, in: *Rome I Regulation*, eds. U. Magnus, P. Mankowski, Sellier, Köln 2017, p. 632; S. Francq, *Public Policy...*, p. 316.

¹⁵⁷ See e.g. T. Szabados, *Economic...*, p. 98. In the Polish doctrine see e.g. W. Popiołek, *Styk prawa prywatnego i publicznego z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2016, vol. 18, pp. 53 et seq.

¹⁵⁸ Op.cit.

¹⁵⁹ A more flexible approach was proposed by the AG Szpunar in his Opinion of 20.04.2016 in case C-135/15 *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:281.

(while arguably in line with a presumed intent of the EU legislator¹⁶⁰), concluding that it precludes application of the overriding mandatory rules “other than those of the State of the forum or of the State where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed.”¹⁶¹ In the case at hand this meant that Greek law will not be applied. The decision was criticized by those who believe that more discretion, as offered *inter alia* by Article 7(1) of the Rome Convention,¹⁶² or Article 19 of the Swiss PIL Act,¹⁶³ is at place,¹⁶⁴ but welcomed by others, who complimented the Court for preserving predictability,¹⁶⁵ or focusing on close relationship with German law and the protection of workers.¹⁶⁶

While it is true that the wording of Article 9(3) of the Rome I Regulation offers limited scope for interpretation — explicitly permitting consideration only of the overriding mandatory provisions of the state where the contractual obligations are to be performed — the exclusion of such provisions from other third states, even those with a similarly strong connection to the case, appears unnecessarily restrictive. There is no real risk that the courts would abuse the discretion in overapplying overriding mandatory rules of third states. Practice shows that application of foreign *lois de police* occurs extremely rare.¹⁶⁷ The greater risk lies, in fact, in the opposite direction: that courts may fail to give due regard to important public policies of a third state with a significant connection to the dispute, thereby undermining the substantive justice of the outcome.

In the specific circumstances of the *Nikiforidis* case, the decision to disregard Greek legislation — despite its clear public objectives (notably, the reduction of public expenditure) and its enactment in implementation of international obligations, including those arising from the European Union — appears difficult to justify, particularly in light of the substantial connections between the case and Greece. The Court’s decision in *Nikiforidis*, with its formalistic approach, appears to be a missed

¹⁶⁰ *Nikiforidis*, para 45.

¹⁶¹ *Nikiforidis*, para 55—56.

¹⁶² Article 7(1) of the Convention provided more generally that: “[...] effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection [...]”.

¹⁶³ Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, AS 1988 1776.

¹⁶⁴ See e.g. S. Francq, *Public Policy...*, pp. 318 et seq.; M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna...*, pp. 139 et seq.

¹⁶⁵ T. Szabados, *Economic...*, p. 96.

¹⁶⁶ T. Kadner Graziano, M. J. Reymond, *The Application of the Rome I and Rome II Regulations before the Court of Justice of the European Union*, in: *Rome I and Rome II in Practice*, eds. E. Guinchard, Intersentia, Cambridge 2020, pp. 16—18.

¹⁶⁷ Opinion of AG Szpunar, para 1.

opportunity of opening for an individual interest analysis of competing policies — analysis that essentially lays behind any application of overriding mandatory rules, and which is invited by Article 9 of the Rome I Regulation itself,¹⁶⁸ even if within constraints defined therein (only the law of place of performance).¹⁶⁹

It must be emphasized, however, that in *Nikiforidis* the Court left open the possibility of “taking such other overriding mandatory provisions into account as matters of fact in so far as this is provided for by the national law that is applicable to the contract pursuant to the regulation,”¹⁷⁰ thereby invoking concept known as *datum* theory.¹⁷¹ The “practical difference between the application of, and substantive regard to, an overriding mandatory rule” may be less significant than it initially appears.¹⁷² Consequently, the scope of this exception may be broad enough to accommodate — albeit formally as matters of fact — the overriding mandatory rules of third states. Consider an example of an economic sanction imposed by state A on all undertakings from state A, amounting to a prohibition of trade with state B and businesses therefrom. Let us assume that the goods or services are provided from State C to State B, albeit by a company from state A (“company A”). The place where the “obligations arising out of the contract have to be or have been performed” in the meaning of Article 9(3) can hardly include State A, and so the operation of Article 9(3) is not triggered. However, if a court — applying the law of State C as the governing law of the contract — must assess Company A’s contractual liability for non-performance, it would seem both relevant and appropriate to consider the prohibitions imposed by State A as factual circumstances influencing Company A’s conduct. It seems sufficient, at least in this case, to take into account state’s A prohibitions as a fact that might have influenced company’s A choices and actions.

¹⁶⁸ Article 9(1) defines overriding mandatory rules as “provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests,” which implies that that public interest must be discovered. Article 9(3) in fine states that “in considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application,” which implies not only that their purpose must be analyzed, but also that it should be contrasted with the policies underlying other competing laws (*lex causae* and *lex fori*).

¹⁶⁹ See more M. A. Zachariasiewicz, *Metoda unilateralna...*, pp. 144 et seq.

¹⁷⁰ *Nikiforidis*, paras 55—56.

¹⁷¹ See, recently, e.g. M. K. Kim, *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Disputes: Korean and Comparative Law*, Bloomsbury Publishing 2025, p. 92.

¹⁷² Opinion of AG Szpunar, para 101. Some authors point to differences, though, arguing that *datum* theory insufficiently “respond to the need to consider third-country laws.” See M. K. Kim, *Overriding...*, pp. 92 et seq.

d) Substantive law rules that define their own territorial scope of application

Occasionally, legislators enacting substantive laws define the territorial scope of those laws (or of specific provisions therein) by expressly stating the factual circumstances under which they are to apply. In such cases, the spatial scope of application need not be inferred from the legislator's intent or the underlying function and purpose of the law, as it is explicitly established as part of the legislative framework. The legislature thereby unilaterally determines that a specific set of substantive rules shall apply, irrespective of the law otherwise governing the legal relationship in question. This approach represents a clear expression of the unilateral method in resolving conflict-of-law issues.

As the examples below will illustrate, this method is most commonly found in legislative instruments with a predominant public law orientation, where private law provisions play only a secondary or supportive role within the broader regulatory scheme. Through the adoption of a unilateral approach, the legislator ensures that its domestic public law rules apply in all relevant factual scenarios where it deems that certain substantive policies require enforcement. This practice is often referred to as the extraterritorial application of laws.

Notable examples of the unilateral methodology can be found in recent legislation adopted in the European Union law. Two key instruments in this regard are the Digital Services Act (DSA)¹⁷³ and the Digital Markets Act (DMA),¹⁷⁴ both adopted as part of the EU's broader "digital future" strategy. These instruments aim, respectively, to "create a safer digital space in which the fundamental rights of all users of digital services are protected" and to "establish a level playing field to foster innovation, growth, and competitiveness."¹⁷⁵ To that end, the DSA¹⁷⁶

¹⁷³ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828, O.J. L 265, 12.10.2022, p. 1 ("DMA").

¹⁷⁴ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828, O.J. L 265, 12.10.2022, p. 1 ("DMA").

¹⁷⁵ See: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [accessed: 1.07.2025].

¹⁷⁶ Unlike the name might suggest, the DSA does not regulate all digital services. It applies to intermediary services, i.e. services that involve the transmission and storage of user-generated content. See F. Wilman, *The Digital Services Act (DSA)-An Overview*, 2022, <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.01.2025]. The DMA has an even more restrictive personal scope of application, since it only applies to the "gatekeepers," i.e. "digital platforms with a systemic role in the internal market that function as bottlenecks between

imposes regulatory obligations on intermediary digital service providers such as online platforms and search engines, while the DMA targets so-called “gatekeeper” online platforms. Both the DSA and DMA explicitly define their territorial scope of application by stipulating that their provisions apply to services offered to recipients who are either established in or located within the European Union, regardless of the service provider’s place of establishment.¹⁷⁷ Essentially, they apply to all services offered to recipients located in the EU.¹⁷⁸ They thus impose certain substantive obligations on the online services providers established both in EU Member States, as well as (in practice mostly) in the third countries (e.g. USA or China). One commentator has observed that the provisions of DSA/DMA might also be applied as overriding mandatory provisions in the meaning of Article 9 of Rome I Regulation or Article 16 of Rome II Regulation.¹⁷⁹ In other words, even in the absence of an express territorial clause, the public interest objectives pursued by these Acts could justify their application as mandatory norms overriding the otherwise applicable law. The precise implications of this for the relationship between the law governing a contract or a tort and the provisions of the DSA/DMA will be addressed further below. Notably, the Acts themselves do not offer additional guidance on how they interact with private international law norms.

In the DSA,¹⁸⁰ the EU legislator, makes reservation that the: “Regulation should also be without prejudice to Union rules on private international law, in particular [...] rules on the law applicable to contractual and non-contractual obligations.”¹⁸¹ This should not be read as giving priority to the law applicable determined under Rome I or Rome II Regulations. Rather, it is an expression of the limited substantive coverage of the DSA, so that a large number of questions regarding online services, must be decided by the applicable substantive national laws, as determined by proper conflict rules.¹⁸² As noted above, DSA (or DMA) may then interfere with the application of that law. It follows that while a con-

businesses and consumers for important digital services.” See <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [accessed: 1.07.2025].

¹⁷⁷ See Article 2(1) of the Digital Services Act and Article 1(2) of the Digital Markets Act.

¹⁷⁸ This is referred to as the “marketplace approach”. See T. Lutzi, *The Scope of the Digital Services Act and Digital Markets Act: Thoughts on the Conflict of Laws*, 2023, <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.07.2025].

¹⁷⁹ T. Lutzi, *The Scope...*, p. 2 (fn. 10).

¹⁸⁰ For reasons that are unclear to us, there is no comparable reservation in the Digital Markets Act.

¹⁸¹ Recital 10 and Article 4(4)(h) DSA.

¹⁸² See T. Lutzi, *The Scope...*, p. 2.

tract with a digital service provider from US might still be subject to, say, Californian law (at least in B2B contracts¹⁸³), the provisions of DSA must be applied in any situation when the service is offered to a recipient located in the EU. The provisions of DSA might interfere with the *legis contractus* and must be applied in preference to the latter, whenever contradiction occurs.

There is a number of other EU acts that have adopted a similar unilateral approach in defining the territorial scope of application. The most well known example is probably the General Data Protection Regulation (GDPR),¹⁸⁴ which contains a comprehensive provision dealing with its territorial scope of application in Article 3. According to this provision, it applies both to the processing of personal data by the controller or a processor who is established in the Union (Article 3(1)), as well as, by controllers or processors from outside the EU, to the extent it concerns processing of personal data of data subjects who are in the Union (Article 3(2)), provided certain further conditions are satisfied (Article 3(2)(a) and (b)).¹⁸⁵

As previously noted, the unilateral determination of the territorial scope of certain substantive laws is a technique frequently employed in legislation falling within the domain of public regulatory law — a field that has seen substantial expansion in recent years. As these public law provisions increasingly intersect with private legal relationships governed by the applicable *lex causae*, a central issue arises: how to coordinate the application of both legal regimes. It is submitted that this question ultimately turns on whether the relevant provision qualifies as an overriding mandatory rule, as discussed above. Accordingly, establishing the territorial scope of a given set of public law provisions — such as the Digital Services Act (DSA) under Article 2(1) — constitutes the first step in determining whether these rules are capable of interfering with a private law relationship governed by its own applicable law. In a Member State court, such provisions may be applied directly pursuant to Article 9(2) of the Rome I Regulation. However, for a court situated outside the European Union, the issue becomes whether the DSA

¹⁸³ If the recipient of a service is a consumer, Article 6 of Rome I Regulation may mandate application of the law of the place where the consumer has his or her habitual residence.

¹⁸⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, O.J. L 119, 4.5.2016, p. 1.

¹⁸⁵ In the Polish literature, more on the scope of application of GDPR see: M. Świerczyński, *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, vol. 27, pp. 44 et seq.

provisions should be applied as foreign overriding mandatory rules. This may occur either as part of the *lex causae* (where the applicable law is that of a Member State) or as overriding mandatory rules of a third state (where the *lex causae* originates from a non-EU jurisdiction).

The proliferation of divergent legislative instruments that autonomously define their own territorial scope of application has drawn concern — and, in some cases, criticism — from scholars rooted in Savigny's classical multilateral methodology. These commentators highlight the resulting fragmentation and legal uncertainty caused by the multiplicity of scope provisions found across numerous Union law regulations, as well as the variety of criteria employed to delineate their spatial reach.¹⁸⁶ Some also complain about providing a “disappointingly limited answer to the many conflict-of-law problems.”¹⁸⁷ We submit, however, that such criticism is not entirely warranted. Regulation that is fundamentally public in nature must, by its very character, articulate its territorial scope in a unilateral fashion. The issue is not the determination of the applicable law to a private legal relationship, but rather the delineation of the geographic application of specific substantive provisions of Union law. The criteria employed in these scope provisions should therefore not be conflated with the connecting factors used in classical multilateral conflict-of-laws rules.

Furthermore, while the current state of EU law may be less than ideal in terms of coherence, the inherently piecemeal development of the Union's legal framework necessitates the use of varying criteria across different instruments to define territorial applicability. What renders this field particularly significant in the twenty-first century is the extent to which public regulatory measures increasingly permeate private law relationships.

e) Hybrid choice of law rules with a priori built-in value judgments

Another notable development in European conflict-of-laws — one that places substantive outcomes at its core — is the increasing use of rules that effectively represent a hybrid form of choice-of-law methodology. While they are generally rooted in the traditional multilateral approach, they simultaneously incorporate explicit substantive preferences within the structure of the rule itself. Peter Hay has referred to these as

¹⁸⁶ See J.-J. Kuipers, *EU Law...*, pp. 22, 177 et seq.; J. Basedow, *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*, p. 681.

¹⁸⁷ See T. Lutz, *The Scope...*, p. 1 with reference to the DSA/DMA.

“a priori rules with built-in value judgments.”¹⁸⁸ Under such rules, the applicable law governing a particular legal relationship is initially determined through a conventional conflict-of-laws rule employing standard connecting factors. However, the outcome derived from the application of that law may be modified by permitting the influence of specific substantive provisions from another legal system, provided that this adjustment produces a more desirable substantive result — what may be termed a “better legal norm.” Crucially, the legal systems from which these supplementary provisions may be drawn are limited to those connected to the case through recognized conflict-of-law criteria. It is not permissible to incorporate substantive provisions from legal systems outside this predetermined circle, even if those systems bear a significant substantive connection to the facts of the case.¹⁸⁹

The most important types of these hybrid mechanisms are the choice-of-law rules designed to protect weaker parties. This traditionally includes three groups: consumers (Article 6 of the Rome I Regulation), policy holders in insurance contracts (Article 7), and employees (Article 8). A consumer, for example, may generally benefit from the protection of the law of the country where he or she has habitual residence (provided that the professional pursues its activities in that country or directs them thereto; Article 6(1)). However, if the parties opt to choose the law applicable to the contract (which is permissible), the consumer will effectively be entitled to rely on either of these laws, whichever is more beneficial for the consumer. This is because the choice of law “may not [...] have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him” (Article 6(2)) by the substantive rules of the law of his or her habitual residence.

The substantive rules protecting the consumer determine their own spatial scope.¹⁹⁰ They deem themselves appropriate, by means of their own criteria, other than the classic connecting factors of the multilateral method. Their spatial scope derives from their content or purpose. Furthermore, the protective provisions of the law of the consumer’s habitual residence can only be resorted to, if these provisions benefit the consumer as a consumer (rather than a weaker counterparty in general),¹⁹¹ and protect the consumer better than the chosen *legis contractus*.

¹⁸⁸ P. Hay, *European...*, pp. 2062—2063.

¹⁸⁹ The same is true for Article 9(3) of the Rome I Regulation, which was covered earlier. Article 9(3) also constitutes a “hybrid” mechanism, in a sense attributed to this term here.

¹⁹⁰ See M. Jagielska, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20B...*, p. 272.

¹⁹¹ *Contra* M. Jagielska, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20B...*, p. 292.

Another example of a hybrid choice of law rule is offered by Article 10(2) of the Rome I Regulation. According to Article 10(1) of the Regulation, the existence and validity of a contract are governed by the law that would apply to the contract if it were valid — that is, the putative *lex contractus*. However, Article 10(2) introduces a form of negative intervention. Under this provision, a party may invoke the law of the country of their habitual residence in order to establish that they did not consent to the contract, provided it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of their conduct in accordance with the *legis contractus*. This mechanism effectively grants a form of veto power, allowing a party to contest the conclusion of a contract, even if it would be deemed valid under the putative governing law. Importantly, this does not amount to a blanket rule subjecting the formation of consent to the law of the party's habitual residence. Rather, it creates a subsidiary mechanism through which a specific substantive standard from that law may be invoked. The purpose of this provision is to safeguard the autonomy of the contracting parties and to respect their legitimate expectations regarding the legal effects of their conduct under their personal law.

A party invoking Article 10(2) of the Rome I Regulation — claiming that they did not consent to the contract — must identify a specific legal provision or established judicial practice in force in the country of their habitual residence that supports their position. In assessing whether to admit this defence, the court retains a degree of discretion. It must evaluate the circumstances surrounding the conclusion of the contract and consider principles of equity in determining whether the party should reasonably have anticipated that their declaration would be assessed under a different legal system — namely, the law applicable to the contract — and, if so, whether the party could have been aware of the content of that foreign law. The relevant circumstances — such as the nature of the contract, the parties' established practices, prevailing commercial usages (e.g., the legal effect of silence), and the commercial experience or bargaining power of the party — typically serve as substantive criteria for evaluating a party's conduct. Within the context of Article 10(2), however, these factors function differently: they serve as threshold criteria for activating a conflict-of-laws solution, determining whether recourse may be had to the law of the party's habitual residence.

Another manifestation of a hybrid solution can be found in Article 30 of the Succession Regulation. This provision allows for a departure from the general rules governing succession by permitting the influence of special rules — imposing restrictions on or affecting the succession of specific assets — that are in force in the state where those assets are located.

What is introduced here is not a form of *dépeçage*, but rather an exceptional adjustment to the outcomes of succession, justified by economic, family, or social considerations protected in the state of the asset's location. This mechanism operates in a manner analogous to the public policy (*ordre public*) exception. The special rules contemplated by Article 30 limit succession with respect to particular categories of assets — such as agricultural land, businesses, residential properties, or cultural heritage sites. The rationale and imperative nature of these rules must be ascertained through interpretation, much like the process applied when identifying overriding mandatory provisions.

Finally, elements characteristic of the unilateral method can also be identified in Article 17 of the Rome II Regulation. As a general rule, non-contractual obligations are governed by the law chosen by the parties, provided such choice is permitted under Article 14. In the absence of a valid choice of law, Article 4(2) stipulates that the law of the country in which both parties have their habitual residence shall apply. If no common habitual residence exists, the applicable law is that of the country where the damage occurs (Article 4(1)), which represents the most frequent scenario. Significantly, the place where the event giving rise to the damage occurred does not, as a rule, influence the determination of the applicable law to the delict. It may, however, be considered as one of the factors in assessing whether the tort is manifestly more closely connected with another country, in accordance with Article 4(3). Nonetheless, the need to protect the legitimate expectations of the parties — particularly concerning the standards of safety and conduct to which the alleged tortfeasor was subject — has necessitated a corrective mechanism. Article 17 thus allows for the evaluation of those standards under the law of the country in which the harmful act was committed. According to Article 17 of the Regulation:

In assessing the conduct of the person claimed to be liable, account shall be taken, as a matter of fact and in so far as is appropriate, of the rules of safety and conduct which were in force at the place and time of the event giving rise to the liability.

Again, this instrument does not constitute a *dépeçage* of the law applicable to the delict. What occurs here is not a distinction between evaluation of the conduct of the alleged tortfeasor (to be governed by the place of event giving rise to damage) and the decision as to risk allocation (to be subject to the place of damage). There is no division known in the US between “conduct regulating” and “loss-allocation” rules. Thus, Article 17 does not require that a distinction between the law of the place

of the event and the law of the place of the damage is made. It is sufficient to identify certain rules of the law of the place of the event — on the basis of their nature and purpose — as ‘rules of safety and conduct’. Taking them into account depends on the court’s determination (“in so far as is appropriate”) as to whether they are related to the facts of the case. It is pertinent whether the rules consider themselves to be relevant in light of their own criteria, and whether it will be just and reasonable to take them into account. Such criteria may, for example, include the possibility, or the duty of the alleged tortfeasor, to foresee that the damage might occur in another state. It might be reasonable to take them into account, if it was justified for the tortfeasor to expect a more favorable standards at the place of the event. Indeed, the overriding objective is to ensure a balance between the parties.

5. Recognition of legal relationships

Recent decades in Europe have also seen an increasing interest drawn to the method of recognition of legal relationships or their elements, either as a self-standing conflict-of-law methodology or, more importantly, as a supplementary technique, which, under certain conditions, corrects the results of the operation of the law applicable determined under the neutral conflict-of-law rules. The method of recognition is based on the idea that in certain cases when the factual situation has been sufficiently crystalized (came to a close) under foreign law, it should be recognized in a form in which it has been created.¹⁹² The method is concerned with private law situations (relationships or rights) which, as a result of their long duration, have become “social facts” or have been formally documented

¹⁹² See e.g. P. Lagarde, *La reconnaissance des situations en droit international privé: actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, Paris 2013; L. Hübner, *Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR*, “*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 2021, vol. 85, pp. 106 et seq.; M. Pilich, *Die Anerkennung der quasi-ehelichen Verhältnisse in Polen aus der kollisions-und europarechtlichen Perspektive*, “*Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*” 2011, vol. 8, pp. 200 et seq. In the Polish literature see: A. Dorabalska, *Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą*, “*Państwo i Prawo*” 2012, No. 4, pp. 54 et seq.; A. Dorabalska, *Między normą kolizyjną a instytucją uznania — nazwisko w orzecznictwie TS*, “*EPS*” 2011, No. 3, pp. 22 et seq.; M. A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, “*Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*” 2012, vol. 11, pp. 83 et seq.

by an entry in the relevant register.¹⁹³ The main consequence is that one should not revisit questions of the existence, validity or effectiveness of a relationship, by applying the law determined under the appropriate conflict-of-law rules of the forum. The legal relationship is accepted as it was created under the law of a foreign state. The recognition does not, however, mean that the law of the state of origin is applied in the state where recognition is claimed. Rather, the latter state accepts the effects produced as a result of application of law in the first state.¹⁹⁴ This acceptance — as in the case of the recognition of foreign judgments or authentic instruments — is not preceded by a re-examination of the existence or validity of a legal relationship, but it is based on the assumption that such an examination has already taken place in the country in which the situation arose. The recognition in question is not a formal act — its essence boils down to taking into account the legal effects of the situation in question as crystallized in the country of origin.

The growing interest in the concept of recognition of legal relationships as choice of law method is related to the CJEU case law, concerning free movement of companies and the free movement of persons within the EU. First, in a series of cases decided under Article 49 TFEU (freedom of establishment), the Court of Justice decided that the legal personality of companies established in an EU state must be recognized in other Member States, with the legal effects produced under the law of the state of registration.¹⁹⁵ Second, in a number of decisions under Article 21 of the Treaty (the right of every EU citizen to move and reside freely in all of the EU), the Court mandated that the name of a physical person created and registered in one Member State must be recognized as such in other Member States.¹⁹⁶ Third, Article 21 TFEU has also recently been

¹⁹³ Obviously, we are not concerned here with recognition of judgments or other public law acts, nor with acceptance of the evidentiary effects of public documents.

¹⁹⁴ A. Dorabalska, *Uznanie...*, p. 57 and the literature cited therein.

¹⁹⁵ Judgments of the CJEU: of 25.10.2017 in case C-106/16 *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2017:804; of 12.7.2012 in case C-378/10 *VALE Építési kft.*, ECLI:EU:C:2012:440; of 16.12.2008 in case C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató* ECLI:EU:C:2008:723; of 30.9.2003 in case C-167/01 *Inspire Art. Ltd.*, ECLI:EU:C:2003:512; of 5.11.2002 in case C-208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, ECLI:EU:C:2002:632; of 9.3.1999 in case C-212/97 *Centros Ltd. v. Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, ECLI:EU:C:2002:632; of 27.9.1988 in case 81/87 *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust*, ECLI:EU:C:1988:456.

¹⁹⁶ Judgments of the CJEU: of 30.3.1993 in case C-168/91 *Christos Konstantinidis v. Stadt Allensteig and Landratsamt Calw-Ordnungsamt*, ECLI:EU:C:1993:115; of 2.10.2003 in case C-148/02 *Carlos García Avello v. Belgium*, ECLI:EU:C:2003:539; of 14.10.2008 in case C-353/06 *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*, ECLI:EU:C:2008:559; of 22.12.2010 in case C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann*

employed to mandate — at least for purposes of creating certain specific legal effects — recognition of the same-sex marriages and parenthood.¹⁹⁷

According to the CJEU, the application of the law of the state where a company or the EU citizen move (the host state), which would lead to a refusal of the existence and the legal effects (even partially) of a company formed in another Member State, or the name of a physical person registered therein, may constitute an obstacle to the exercise of EU freedoms. The Court of Justice of the EU interprets the Treaty freedoms (guaranteed by Article 49 and 21 of the Treaty, respectively) so that they prohibit any national law of Member States that could hinder or make less attractive the exercise of the freedoms guaranteed by the treaty. Moreover, obstacles arising from national law can also sometimes be seen as discriminatory. In fact, within the two mentioned areas, an obligation has been developed to recognize legal situation that occurred under the law of the country of origin to the extent that the application of the host state's own law would undermine the effective exercise of the freedoms guaranteed by the provisions of the TFEU. Consequently, in such cases, a Member State is precluded from applying its own law, even if its application is determined by the forum's conflict-of-law rules.¹⁹⁸ The obligation resulting from the EU law does not, however, entirely displace the conflict of laws analysis,¹⁹⁹ since the restriction on the application of the host state's law occurs only to the extent that such application would undermine the exercise of the Treaty freedoms. For the rest, the law indicated by the forum's private international law applies normally.²⁰⁰

von Wien, ECLI:EU:C:2010:806; of 12.5.2011 in case C-391/09 *Runevič-Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291.

¹⁹⁷ See the case law discussed below.

¹⁹⁸ In principle, no difficulty arises, where the conflict rules of the forum (the host state) indicate the law of the state of origin as applicable. Mutual recognition under the Treaty then leads to the same results as the classic choice of law analysis. This is because in most situations the law of the state of origin does not seize to apply at the moment when a company, or an EU citizen, leaves their state of origin to exercise their freedoms to move across EU. An exception is, however, imaginable and an example of a kind is provided by the case C-210/06 *Cartesio*. In that case a Hungarian company moved its head office to Italy, which meant the transfer of the real seat to another state. Under the Hungarian law at the time this resulted in a loss of legal personality. The CJEU held that such an outcome is not incompatible with the EU law. Consequently, the mutual recognition under the Treaty did not save the company from being forced to dissolve under the law of the state of origin.

¹⁹⁹ J.-J. Kuipers, *Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, "Eur. J. Legal Stud." 2008, vol. 2, No. 2, p. 77.

²⁰⁰ In the realm of the companies this means that the so called real seat doctrine (the law of the state where the company has its "real seat" governs — broadly understood —

The obligation to accept legal effects created in another EU Member State (the state of origin), in accordance with the law of that state — regardless of the applicability of the law of the host state's as determined by its conflict of law rules — relates to a well-established EU principle of mutual recognition.²⁰¹ The principle derives from the jurisprudence on the Treaty economic freedoms, as developed by the Court of Justice, first in the famous *Cassis de Dijon*²⁰² for free movement of goods and later extended to many other branches of EU law.²⁰³ The principle of mutual recognition is not a novelty in the EU. What is relatively new, however, is its impact in the area of private law and the conflict of laws.

The relationship between the principle of mutual recognition steaming from the Treaty and the private international law was heavily discussed in the literature.²⁰⁴ The controversies surrounded the question whether the CJEU interprets the EU law to formulate the conflict-of-laws rules per se, or whether it merely creates an outer — constitutional in sense — limitation on the extent to which Member States may apply the law determined under their conflict-of-laws rules. The latter view eventually prevailed.²⁰⁵

However, more detailed inquiries, focusing on specific areas, were made with respect to the exact scope to which the EU freedoms penetrate the operation of the regular conflict of law analysis. Thus, in the companies law, the doctrine investigated the scope of the obligation to recognize a company incorporated under the laws of another Member State and the extent to which the host Member State remains free to apply its own law, while not unjustifiably interfering with the Treaty freedoms.²⁰⁶ With respect to recognition of names under Article 21 TFEU, on the other hand, an interesting question was raised as to whether the obligation

status of the company) has not been abrogated, but merely the extent to which it can be applied versus companies registered in another Member States has severely been limited.

²⁰¹ M. Fallon, J. Meeusen, *Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition*, "Yearbook of Private international law" 2002, vol. 4, pp. 37 et seq.; J.-J. Kuipers, *Cartesio*..., p. 77.

²⁰² Judgment of the CJEU of 20.02.1979 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

²⁰³ M. Fallon, J. Meeusen, *Private*, pp. 37 et seq.; M. Szpunar, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A*..., p. 165.

²⁰⁴ See e.g. R. Michaels, *The new European*..., p. 1629. In the Polish literature see especially M. Szpunar, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A*..., pp. 164 et seq.

²⁰⁵ In the Polish literature this latter view is persuasively defended by: M. Szpunar, in: M. Pazdan (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A*..., pp. 171—174.

²⁰⁶ In Polish literature see e.g. A. Wowerka, *Zakres zastosowania statutu personalnego spółki*. CH Beck, Warszawa 2019, pp. 63—66.

to recognize the name registered in another state may be limited by the public policy concerns of the host state. The correction to the conflict-of-law analysis here is twofold: first the host state is precluded from fully applying its own law because of the principle of the mutual recognition steaming from the Treaty, and then, second — in an opposite direction — the host state is permitted to rely back on its own law because of the need to protect its own public policy and thus to refuse recognition of a surname registered under the laws of the Member State of origin.²⁰⁷

Under Article 21 of the Treaty the state of art is somewhat less developed outside the area of the recognition of names. The matter became increasingly vital in relation to the question of whether the free movement of persons under Article 21 may mandate also recognition of same-sex marriages and partnerships, same-sex parenthood, surrogate parenthood, changes of gender, or other forms of non-traditional family relationships.²⁰⁸ More and more it is argued, that to refuse recognition of a marriage or partnership contracted in another EU state in accordance with the law of that state, would constitute an obstacle to exercise of the freedom guaranteed by Article 21 TFEU.²⁰⁹ That argument is construed with a support of an analogy to the recognition of names, as mandated by CJEU. The non-recognition of a homosexual marriage, partnership or family certainly exposes the family members to difficulties in the state to which they have decided to move — arguably much greater than the non-recognition of a name itself. As a consequence, it may discourage the exercise of the freedom of movement and establishment in

²⁰⁷ See C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* (Austria was permitted to refuse to recognize “all the elements of the surname” as determined in another Member State, on the basis that it sought to warrant equality by prohibiting titles of nobility, which it could justify on public policy grounds). More on this topic in the Polish literature: M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, pp. 145—146.

²⁰⁸ M. Van Den Brink, *What’s in a Name Case? Some Lessons for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, “German Law Journal” 2016, vol. 17, pp. 425 et seq.; H. Fulchiron, *Le mariage entre personnes de même sexe en droit français: refus et/ou reconnaissance?*, “Revue internationale de droit comparé” 2010, vol. 62, pp. 1088 et seq.; A. Tryfonidou, *Awaiting the ECJ judgment in Coman: Towards the cross-border legal recognition of same-sex marriages in the EU*, EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com> [accessed: 1.01.2025]; D. Martiny, *Private Rnternational Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in: *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, eds. K. Boele-Woelki, A. Fuchs, Intersentia, Antwerp 2012, p. 231; M. Melcher, *(Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law*, “Journal of Private International Law” 2013, vol. 9, pp. 149 et seq.

²⁰⁹ M. Van Den Brink, *What’s in a Name*, pp. 425 et seq. In the Polish literature e.g. A. Bodnar, *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, “Zeszyty OIDE” 2008, No. 9, pp. 72—77.

another Member State. This obstacle arises both in the case of a short stay in another country (for work or study purposes), as well as in a situation of a permanent relocation of the center of the family's interests to a Member State which does not provide for the institution of same-sex marriage, partnership or parenthood. An argument thus is that in order to respect the EU freedom of movement, Member States must recognize marriages and families, even in the forms not known in the host state (including same-sex families), possibly counteracted only by the public policy exception.²¹⁰

The Court of Justice has so far been rather cautious in furthering the obligation of recognition of same-sex marriages and families on the basis of Article 21 CJEU. First, in the C-673/16 *Coman*²¹¹ case, the Court had to decide whether Romanian authorities were obliged under EU law to honor the derived right of residence of an American spouse of a Romanian national, who was of the same-sex. The marriage was contracted legally in Belgium but the couple wanted to move to Romania, where the same-sex marriage is not legally possible. The Grand Chamber of the Court found, on the one hand, that the term "spouse" under the Directive 2004/38/ EC²¹² must be understood to include spouses of the same-sex. Even though the Directive itself could not have conferred a derived right of residence on an American citizen, the Court concluded he can be afforded such a right on the basis of Article 21(1) of the Treaty. CJEU underlined, on the other hand, that the obligation of a Member State to recognize a homosexual marriage concluded in another Member State is imposed only for the purpose of granting a derived right of residence (and not for other purposes). This limited effect of the recognition of the

²¹⁰ However, any obligation to recognize a relationship based on Article 21 of the Treaty can only apply where a person in question exercises the freedom of movement, i.e. when it undertakes a cross-border activity within the EU. The EU law does not impose any obligations on Member States outside this context, namely in the purely domestic situations. In other words, in no way does EU law oblige Member States to amend their substantive family law as governing purely local situations. This is different with obligations steaming from the ECHR, as interpreted in the recent case law of the ECtHR. See judgment of ECHR of 17.1.2023 in case *Fedotova v. Russia*, ECLI:CE:ECHR:2023:0117JUD004079210 and judgment of 12.12.2023 in case *Przybylska v. Polsce*, ECLI:CE:ECHR:2023:1212JUD001145417.

²¹¹ Judgment of 5.06.2018 in case C-673/16 *Relu Adrian Coman and Others v Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385.

²¹² Directive 2004/38/ EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the EU and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (OJ 2004 L 158, p. 77; corrigenda OJ 2004 L 229, p. 35, and OJ 2005 L 197, p. 34)

same-sex marriage allowed the Court to sharply reject Romanian public policy defense, since neither does the recognition imply that Member States must introduce same-sex marriages in their domestic law, nor it undermines the institution of marriage in Romania.

The next important case, again decided in the Court's Grand Chamber, was C-490/20 *Pancharevo*.²¹³ Here, the case concerned rights of a child born in Spain to the same-sex parents (a Bulgarian mother and a British mother). The Spanish authorities issued a birth certificate with the names of both mothers but the Pancharevo municipality refused to produce a Bulgarian birth certificate to the child (the certificate being necessary for the issue of a Bulgarian identity document). The reasons given was that the reference to two female parents was contrary to the Bulgarian public policy. The European Court was called to decide whether this constituted an unjustified obstacle to the exercise of the free movement under Article 21 TFEU and Directive 2004/38, and the violation of the fundamental rights of the child to have the relationship with each of his/her parents (Articles 7 and 24 of the Charter). In a somewhat compromising tone, the CJEU concluded that while EU law does not require Bulgarian authorities to draw up a local birth certificate with two mothers depicted as parents, it does oblige Member States to issue to that child an identity card or a passport. Moreover, EU law requires that Member States recognize a document from another Member State that permits the child to exercise, with each of those two persons, the child's right to move and reside freely within the territory of the Member States. Here again the obligation to produce a local identity document or to recognize such a document from another Member States does not imply — at least expressly — recognition of the same-sex parenthood for other purposes. The Court did, however, stress that:

it would be contrary to the fundamental rights which are guaranteed to the child under Articles 7 [respect for private and family life] and 24 [the rights of the child] of the Charter for her to be deprived of the relationship with one of her parents when exercising her right to move and reside freely within the territory of the Member States or for her exercise of that right to be made impossible or excessively difficult in practice on the ground that her parents are of the same sex.²¹⁴

²¹³ Judgment of 14.12.2021 in case C-490/20 *V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo'*, ECLI:EU:C:2021:1008.

²¹⁴ C-490/20 *Pancharevo*, para 65. An identical decision was delivered shortly after *Pancharevo* in an analogous case, which originated from Poland: CJEU's order of 24.06.2022 in case C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ECLI:EU:C:2022:502.

This opens an opportunity to argue that other types of effects of the child-parent relationship, such as e.g. obligations of the parents to support the child, the child's right to inherit after the parents, or to receive a tax free gift, might need to be recognized so that the child's relationship with a parent is not made illusory when moving to another Member State. The crux of the matter remains, however, in that the Court mandates recognition only for the rights "derived from EU law."²¹⁵ Rights such as e.g. the rights to succession are derived from national law. The question is thus whether by exercising free movement within the EU, such rights — as acquired under the law of the state of origin — may be said to transform into rights "derived from EU law." The next two cases provide some support for this line of argumentation.

The obligation to recognize elements of a personal status as created in a different Member State was addressed in yet another case of the CJEU. In C-4/23 *Mirin*, M.-A. A., a Romanian (who later obtained also British nationality) changed his first name and gender from female to male while living in the United Kingdom. For that purpose M.-A. A. used a procedure available under British law and obtained a gender identity certificate. However, when he requested Romanian civil status registry to amend his birth certificate, he was refused and ordered to undergo a new judicial procedure in Romania, which would approve his change of gender identity. The EU Court did not hesitate to conclude that this constituted a violation of Article 21 TFEU, even though it is clear that the procedures for gender change as such are subject to national law of the Member States. When the EU citizen changes his or her first name and acquires new gender identity lawfully in a Member State this must be recognized in other Member States, where he or she moved and resides in exercise of the right to free movement under the Treaty. That person cannot be required to undergo again the procedure to change the gender, since this would hinder exercise of the right enshrined in Article 21 TFEU. The Court reasoned that non-recognition of the changes to civil status would expose the person to real risk of practical disadvantages, given that he or she would possess two diverse first names and two diverse gender identities under documents from different Member States.²¹⁶ It is worth to note that in its judgment, the Court does not pay much attention to the form in which the change of gender and first name occurs in the state of origin. The only requirement is that they are "lawfully acquired" in another Member State, whatever the procedures laid down for

²¹⁵ C-490/20 *Pancharevo*, para 57.

²¹⁶ C-4/23 *Mirin*, para 56.

that purpose in that Member State.²¹⁷ Naturally, elements of civil status are established with some sort of formality being required in (probably) all legal systems. “Lawful acquisition” thus implies some registration formality which necessitates involvement of the authorities. It follows, that the recognition does not pertain solely to a “pure” substantive legal relationship that is not evidenced by an official document.

The last important case regarding Article 21 TFEU and the recognition of non-traditional families has not yet been decided by the CJEU as of the moment of publishing the present article. In C-713/23 *Trojan*, a Polish and German national married in Germany and later moved to Poland requesting that their marriage certificate is transcribed²¹⁸ into the Polish civil registry. The Polish authorities, in accordance with a settled case law of administrative courts,²¹⁹ denied the request on the

²¹⁷ C-4/23 *Mirin*, paras 55, 57, 61, 68, 70, 71.

²¹⁸ It must be explained that “transcription,” as understood under Polish law, does not amount to recognition of the legal relationship confirmed by a civil registry document as such. Rather “transcription” is merely “[...] a faithful and literal transfer of the content of a foreign civil status document, both linguistically and formally [...]” (Article 104(2) of the Law on civil status records of 28.11.2014). See also judgment of SN (Supreme Court) of 20.11.2012, III CZP 58/12. In the doctrine see especially M. Wojewoda, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, “Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, vol. 26; M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego — kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, “Metryka” 2016, No. 2. “Transcription” is thus about producing a Polish civil registry document. It does not have substantive law effects. Transcription does not imply, nor prejudice, recognition of a marriage (or parent-child relationship) for various purposes (such as e.g. succession, proprietary, tax, etc.). However, having a Polish document is important for number of practical reasons and does have, what might be called, “added value” of the transcription. See M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych*, “Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, vol. 111, p. 147. First, without a Polish marriage or birth certificate, it was (and still is) more difficult to obtain Polish identity documents (ID and passport). This was harmful especially for children of the same-sex parents, who by birth to a Polish mother *ex lege* possess Polish nationality. Second, it is much more difficult in a daily life to use a foreign civil registry document and to overcome lack of confidence on the part of authorities and other actors.

²¹⁹ Judgment of NSA (Supreme Administrative Court) of 28.2.2018, II OSK 1112/16; judgment of WSA (Voivodship Administrative Court) of 8.1.2019, IV SA/Wa 2618/18. See also, regarding birth certificates of children of the same-sex parents: judgment of NSA of 2.12.2019, II OPS 1/19; judgment of NSA 17.12.2014, II OSK 1298/13. The denial to transcribe both marriage and birth certificates was subject to extensive scholarly debates in Poland. There is no room here to present all arguments and positions in that discussion. It is worth noting, however, that a view was also defended that the obligation to transcribe, both with respect to the same-sex marriage and birth certificates of the children of same-sex parents, exists already under Polish law, based on constitutional values, as well as under ECHR (in light of the case law of the ECtHR). See M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, p. 131 et seq.; M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja...*, p. 143 et seq.

grounds that Polish law does not recognize same-sex marriages, invoking public policy and Article 18 of the Polish Constitution.²²⁰ The case reached the Supreme Administrative Court, which this time decided to formulate a preliminary question to the CJEU. While a decision of the CJEU is not yet available, Advocate General de la Tour has already issued his opinion. In a nutshell, the AG concludes that:

the Member State of origin of a Union citizen should recognise his or her marriage concluded in another Member State with a person of the same sex, even if the purpose is not to obtain from the first Member State a derived right of residence, or an identity card or even a passport. However, the obligation to enter a marriage certificate in the civil register should remain within the competence of each Member State.²²¹

In other words, EU law does not, in principle, compel entry of the same-sex marriage to the civil register of the state, which does not know this type of union,²²² but it does require recognition of a marriage contracted in another Member State when spouses exercise their freedom of movement and residence across EU. That recognition, as made clear by the above cited paragraph from the Opinion of the AG, goes beyond what was found in *Coman*, i.e. the derived right of residence. While it is not immediately clear what exactly should such recognition entail, AG de la Tour contends that Member States should ensure “that official recognition of same-sex couples confers an existence and a legitimacy on them vis-à-vis the outside world.”²²³ To be clear, the AG has not suggested, same as the Court in the previous cases, that Member States should adopt same-sex marriages in their national legislation.

²²⁰ Article 18 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, O.J. 1997, No. 78, item 483, reads: “Marriage, being a union of a man and a woman, as well as the family, motherhood and parenthood, shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland.”

²²¹ Opinion, para 4.

²²² Unless — as stressed by the AG de la Tour — “it is the only way a person can prove his or her status as a married person” in the given Member State (Opinion, para 60). This, at least on a theoretical level, is not the case in Poland. According to Article 1138 of the Code of Civil Procedure: “Foreign official documents have the same evidentiary value as Polish official documents.” The practice, however, shows that this is not often respected by the authorities. This was noted by the AG in para 44 of his Opinion, who thus concludes that “in the absence of alternative solutions in Poland [...] that Member State is, therefore, under an obligation to transcribe the foreign marriage certificate into a civil register” (para 45 and 54).

²²³ Opinion, para 53. The AG deliberately emphasized that the expression was borrowed from the ECtHR’s judgment of 12.12.2023 in *Przybyszewska and Others v. Poland*, CE:ECHR:2023:1212JUD001145417.

None of the cases discussed above deals with questions of the applicable law. The Court simply proceeds on the assumption that a marriage or parent-child relationship²²⁴ created under the laws of one Member State must be recognized — at least for some purposes — in other Member States so that the right to move freely within the EU is not impeded. Even if so far the case law of the Court was somewhat cautious in attempt to reconcile the EU freedoms and the national competences and traditions regarding sensitive areas of family law, it is clear that the latter, “can no longer be seen as separate from the impact of EU law” (at least in cross border situations).²²⁵ Moreover, it seems clear enough that the method of recognition used by the European Court does penetrate the regular choice of law analysis.

The Court had no opportunity yet to extend the obligation to recognize a marriage or parenthood to classic private law consequences, such as e.g. succession or other proprietary effects. Some have spoken about “recognition without full effect,” which “permits a limited acknowledgment of foreign acts or documents, sufficient to enable the exercise of fundamental freedoms.”²²⁶ However, looking at the Court’s jurisprudence from a broader perspective, with all its insistence on the fundamental rights and the free movement of persons within EU, it would seem profoundly disturbing — in the EU common legal space — not only to refuse a child of the same-sex parents, or a spouse in a same-sex marriage, the “existence and a legitimacy vis-à-vis the outside world”, but also to refuse basic proprietary rights, such as those of succession and other similar rights. Denying proprietary rights to non-traditional families formed in another Member State, not only violates fundamental rights enshrined

²²⁴ Consider, however, the EU legislative action to facilitate the recognition in a Member State of the parenthood established in another Member State, which adopts a classic conflict-of-laws methodology to deal with the problem. See Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood, COM/2022/695 final. See also European Group for Private International Law, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2023/06/Observations-on-the-Proposal-for-a-Council-Regulation-in-matters-of-Parenthood.pdf> [accessed: 1.01.2025].

²²⁵ J. Meeusen, *Functional Recognition of Same-Sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens — Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment* (J. Meeusen — ECJ, 14 December 2021, C-490/20), <https://gedip-egpil.eu/fr/2022/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/> [accessed: 1.01.2025].

²²⁶ M. Pasqua, *AG De La Tour’s Opinion in Wojewoda Mazowiecki on Poland’s Refusal to Transcribe a Same-Sex Marriage Certificate*, The EAPIL blog, <https://eapil.org/2025/04/22/ag-de-la-tours-opinion-in-wojewoda-mazowiecki-on-polands-refusal-to-transcribe-a-same-sex-marriage-certificate/comment-page-1> [accessed: 1.01.2025].

in the Charter but also hinders (or at least renders less attractive) the exercise of the free movement to states, which do not know same-sex families in their domestic law.

It is doubtful whether the method of recognition of legal relationships may be used in situations when there is no formal registration that initiates a legal relationship.²²⁷ Although the “recognition” (as understood here) is about accepting substantive effects of a legal relationship, the method has so far been used in situations, when there exists a formal entry to some kind of registry (companies, marriages, parenthood, names), which is also evidenced by the recent CJEU’s case law regarding Article 21 and non-traditional families. Thus, while recognition of legal relationships concerns substantive effects, and consequently operates on a different level than the recognition of judgments (which works on a procedural level and is about accepting the *res iudicata* effects), the common feature of both is that there must be some formal act of the state authorities in a Member State of origin as a starting point.

6. Conclusion

In Europe, the fundamental principles of private international law have largely remained unchanged. These principles continue to rest on the ideal of harmonious coexistence among nations, underpinned by the doctrine of comity. One of the primary objectives of private international law should remain the promotion of international consistency in judicial decision-making. The determination of applicable law in private legal disputes must, in principle, be approached with neutrality. Central to this is the commitment to the equal treatment of all legal systems — the belief that no legal order is inherently superior or inferior, more or less modern, better or worse suited to the circumstances at hand. This impartial stance should serve as the starting point for all conflict-of-laws analysis. The preferential application of a forum’s own law ought to be the exception rather than the rule. In identifying the applicable legal system for a given situation, courts should aim to designate the law that corresponds most closely to the case’s natural or territorial center of gravity (*der Sitz*, or the law most closely connected). Furthermore, the

²²⁷ See A. Dorabalska, *Uznanie...*, p. 56 (stating that it is a common ground in the doctrine that the method of recognition may only apply with respect to relationships documented in a relevant registry).

principles of predictability and simplicity should continue to guide both the formulation and application of the conflict-of-laws rules. Adherence to the Savignian multilateral approach as the predominant methodological framework remains essential to preserving these foundational values.

In recent decades, however, it has become increasingly evident that the multilateral method of conflict-of-laws analysis is ill-equipped to address the growing influence of public law norms within private legal relationships. The limitations of a “blind indication” of the applicable law — whereby the connecting factor alone determines the governing legal system without regard to substantive content — have become more apparent, especially when contrasted with the perceived benefits of identifying a “better law” by taking into account the objectives and practical outcomes of the substantive rules of the competing legal systems.²²⁸ There is a growing consensus that the pursuit of fairness is not confined to substantive law alone, but must also extend to the realm of private international law. Some scholars argue that justice — the overarching aim of all judicial activity — should not be compartmentalized into separate spheres of “conflict” and “substance,” as has traditionally been the case in the continental private international law.²²⁹ Rather, there exists a single conception of justice, to be realized through the coherent application of appropriately aligned conflict-of-laws principles and substantive legal norms. A fundamental distinction between European and American approaches, however, lies in the European reluctance to replace the multilateral method with a unilateral one. The prevailing view in Europe remains that unilateral methodologies may be employed only in exceptional cases, serving as supplementary or corrective mechanisms within the broader framework of traditional conflict-of-laws system, and only in relation to specific institutions or techniques designed to address particular deficiencies. Accordingly, instruments such as public policy clause, the overriding mandatory rules, or rules with built-in value judgments remain exceptions from the principle-oriented, neutral localization of the

²²⁸ See e.g. O. Lando, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, “Common Market Law Review” 1987, vol. 24, p. 159; E. Vitta, *The Impact in Europe of the American “Conflict Revolution”*, “American Journal of Comparative Law” 1982, vol. 30, p. 7; P. Patocchi, *Characteristic Performance: A New Myth In the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept In the Swiss and European Private International Law of Contract*, in: *Études de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, eds. Ch. Dominicé, R. Patry, C. Reymond, Basel—Frankfurt am Men 1993, p. 129; J. von Hein, *Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution*, “Tulane L.R.” 2008 (May), p. 1707.

²²⁹ See F. Vischer, “Revolutionary Ideas” and the Swiss Statute on Private Intransnational Law, in: *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, eds. K. Boele-Woelki et al., The Hague—Zürich 2010, p. 102.

territorial center of gravity of legal relationships. Likewise has the recognition of legal relationships penetrated the conflict-of-laws methodology to a limited extent and only with respect to intra-EU free movement.

Nevertheless, in the recent decades, the role of the aforementioned exceptions has gained increasing prominence within the traditional framework of private international law. This trend is notable enough so that it is justified to speak of the blending of the Savignian multilateralism, the American style unilateralism, and the recognition of legal relationships within the European system of the conflict of laws. Although these instruments continue to function as exceptions, it is essential to recognize that they reflect a unilateral methodology grounded in a conceptual premise fundamentally distinct from that of traditional conflict-of-law rules based on neutral connecting factors. Specifically, this alternative approach centers on delineating the spatial scope of application of a substantive rule — whether domestic or foreign — that asserts its relevance, without resorting to a multilateral determination of the applicable law governing the legal relationship in question. The interaction between these substance-oriented mechanisms and traditional multilateral rules represents one of the most significant contemporary developments in private international law. At the same time, it poses considerable challenges for both judicial practice and academic analysis. The effective operation of this blended system requires careful attention to the diverse range of legal instruments involved, and a nuanced understanding of the differing logics that underpin these distinct methodological approaches.

The Americans, on the other hand, endure their own struggles with conflict-of-laws methodology. Both the Restatement (Second) and the current Draft of the Restatement (Third) represent hybrid constructs,²³⁰ a “mix of things,” blending the “revolutionary” doctrines of interest analysis with elements that remain rooted in traditional, multilateral choice-of-law rules. In principle, there is no inherent contradiction in combining unilateral and multilateral methodologies within a single conflict-of-laws framework. This might satisfactory be done if the distinct methodologies are kept separate and understood as having very different premises, with a clear defined role and hierarchy within the system. However, the amalgamate of approaches and rules that characterize both the existing system of the Restatement (Second) and court practice in various states, as well as the planned Restatement (Third), is least satisfying for the US practice itself, as often reminded by the American

²³⁰ To that effect, with respect to Restatement (Second): F. K. Juenger, *A Third...*, p. 415.

scholars²³¹ and practitioners. While the Draft Restatement's (Third) objective to "[...] bring greater predictability to choice of law by providing more determinate rules, rather than open-ended balancing"²³² must be complemented, this objective might be unattainable, unless and until the methodological premises that drive interest analysis, on one hand, and the more rigid, rule-based structure of multilateral conflict-of-laws rules, on the other, are adequately acknowledged and conceptually reconciled.

Accordingly, while methodological starting points and accents undoubtedly differ on either side of the Atlantic, a common feature of contemporary developments in conflict-of-laws theory — both in Europe and the United States — is, we submit, the blend of unilateral and multilateral approaches to solving the conflict-of-law problems.

Bibliography

- Audit B., *A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles*, "The American Journal of Comparative Law" 1979, vol. 27.
- Ballarino T., Romano G. P., *Le principe de proximité chez Paul Lagarde*, in: *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005.
- Bantekas I., *Transnational Talaq (Divorce) in English Courts: Law Meets Culture*, "J. Islamic St. Prac. Int'l L." 2013, vol. 9.
- Barnard C., *The UK and Posted Workers: The Effect of Commission v Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law: Case c-319/06 Commission v Luxembourg, Judgment 19 June 2008*, "Industrial Law Journal" 2009, vol. 38.
- Basedow J., *EU private law: anatomy of a growing legal order*, Intersentia 2021.
- Basedow J., Hopt K. J., Zimmermann R., *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, 2 Bände, Oxford University Press 2012.
- Basedow J., Rühl G., Ferrari F., De Miguel Asensio P. A., *Encyclopedia of private international law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2017.
- Bermann G. A., *Public Law in the Conflict of Laws*, "Am. J. Comp. L. Supp." 1986, vol. 34.
- Blessing M., *Impact of the extraterritorial application of mandatory rules of law on international contracts. Swiss Commercial Law Series. Vol. 9*, Basel—Frankfurt am Main 1999.

²³¹ F. K. Juenger, *A Third...*, p. 403 (underlying the widespread misunderstanding of the difference between unilateral and multilateral methods and the criteria they employ for resolving conflicts, i.e. the connecting factors as contrasted with state interests).

²³² K. Roosevelt III, B. Jones, *What a Third...*, p. 141.

- Blom J., *Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time*, "Netherlands International Law Review" 2003, vol. 50.
- Bodnar A., *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, "Zeszyty OIDE" 2008, vol. 9.
- Bogue R. C., Vazquez C. M., *Choice of Law as Statutory Interpretation: The Rise and Decline of Governmental Interest Analysis*, 2024, <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.01.2025].
- Bonomi A., *Mandatory Rules in Private International Law. The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment*, "Yearbook of Private International Law" 1999, vol. 1.
- Boroń J., Dąbroś M., Dziadek Z., *Metoda analizy funkcjonalnej — równoprawna metoda kolizyjna?*, 2014, vol. 15.
- Brilmayer L., *Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations*, "Ohio St. LJ" 1985, vol. 46.
- Brilmayer L., *Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent*, "Michigan Law Review" 1980, vol. 78.
- Brilmayer L., *What I Like Most about the Restatement (Second) of Conflicts, and Why it Should not Be Thrown out With the Bathwater*, "American Journal of International Law Unbound" 2016, vol. 110.
- Brilmayer L., Listwa D. B., *A Common Law of Choice of Law*, "Fordham L. Rev." 2020, vol. 89.
- Brilmayer L., Listwa D. B., *Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: One Step Forward and Two Steps Back?*, "Yale LJF" 2018, vol. 128.
- Brilmayer L., Listwa D. B., *A Theory-Less Restatement for Conflict of Laws*, Transnational Litigation Blog, <https://tlblog.org/a-theory-less-restatement-for-conflict-of-laws/> [accessed: 1.01.2025].
- Bydlinski F., *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien—New York 1996.
- Calliess G.-P. (ed.), *Rome Regulations: Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Alphen aan den Rijn 2011.
- Cuniberti G., *Conflict of Laws: A Comparative Approach: Text and Cases*, Edward Elgar Publishing 2022.
- Currie B., *The Constitution and the the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function*, "U. Chi. L. Rev." 1958, vol. 26.
- Currie B., *The Disinterested Third State*, "Law and Contemporary Problems" 1963, vol. 28.
- Currie B., *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, "Duke LJ" 1959.
- Czepelak M., *Zasada najściślejszego związku jako reguła kierunkowa prawa prywatnego międzynarodowego*, "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2016, vol. 18.
- Dorabalska A., *Miedzy normą kolizyjną a instytucją uznania — nazwisko w orzecznictwie TS*, "EPS" 2011, vol. 3.
- Dorabalska A., *Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą*, "Państwo i Prawo" 2012, No. 4.

- Dunbaugh III F. M., *Negligence-Guest Statute-Right of Recovery*, "Miami LQ" 1956, vol. 11.
- Enright M., *The Beginning of the Sharpness: Loyalty, Citizenship and Muslim Divorce Practice*, "International Journal of Law in Context" 2013, vol. 9.
- Evrigenis D., *Interest Analysis: A Continental Perspective*, "Ohio St. LJ" 1985, vol. 46.
- Fallon M., Meeusen J., *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, "Yearbook of Private International Law" 2002, vol. 4.
- Fawcett J., Carruthers J., North P., *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, Oxford University Press (OUP) 2008.
- Francescakis P., *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, "Revue critique de droit international privé" 1966, vol. 55.
- Francq S., *Public Policy and Overriding Mandatory Rules as Mirrors of the EU System of Thought and Integration: On the 'Europeanness' of Exceptions and Oddities*, in: *How European is European Private International Law*, eds. J. von Hein, E.-M. Kieninger, G. Rühl, Intersentia, Cambridge 2019.
- Fulchiron H., *Le mariage entre personnes de même sexe en droit français: refus et/ou reconnaissance?*, "Revue internationale de droit comparé" 2010, vol. 62.
- Giunchi E., *Muslim Family Law in Western Courts*, Routledge, London 2014.
- Guedj T. G., *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law — A Comparative Analysis with Modern American Theories*, "The American Journal of Comparative Law" 1991, vol. 39.
- Hay P., *European Conflicts Law After the American Revolution-Comparative Notes*, "U. Ill. L. Rev." 2015, No. 5.
- Hay P., *On the Road to a Third American Restatement of Conflicts Law*, "Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts" 2022, No. 3.
- Hay P., Borches P., Symeonides S., *Conflict of Laws*, West 2010.
- Hübner L., *Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR*, "Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 2021, vol. 85.
- Juenger F., *American and European Conflicts Law*, "Am. J. Comp. L." 1982, vol. 30, No. 1.
- Juenger F., *A Third Conflicts Restatement*, "Indiana Law Journal" 2000, vol. 75.
- Kadner Graziano T., Reymond M. J., *The Application of the Rome I and Rome II Regulations before the Court of Justice of the European Union*, in: *Rome I and Rome II in Practice*, ed. E. Guinchard, Intersentia, Cambridge 2020.
- Katz E., *How Automobile Accidents Stalled the Development of Interspousal Liability*, "Virginia Law Review" 2008, vol. 94.
- Kegel G., *Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, "The American Journal of Comparative Law" 1979, vol. 27.

- Kessedjian C., *Le principe de proximité vingt ans après*, in: *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005.
- Kim M. K., *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Disputes: Korean and Comparative Law*, Bloomsbury Publishing 2025.
- Korn H. L., *The Choice-of-Law Revolution: A Critique*, "Colum. L. Rev." 1983, vol. 83.
- Krzysztofek-Strzała K., *Dopuszczalność stosowania prawa szariatu w zakresie spraw rozwodowych i spadkowych w prawodawstwie Unii Europejskiej*, "Studia z Prawa Wyznaniowego" 2016, vol. 19.
- Kuipers J.-J., *Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, "Eur. J. Legal Stud." 2008, vol. 2.
- Kuipers J.-J., *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers 2011.
- Lagarde P., *The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia*, "Va. J. Int'l L." 1981, vol. 22.
- Lagarde P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, Martinus Nijhoff 1986.
- Lagarde P., *Public Policy*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law: vol. III — Private International Law*, ed. K. Lipstein, Mohr Siebeck, Tübingen 1986.
- Lagarde P., *La reconnaissance des situations en droit international privé: actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, Paris 2013.
- Lando O., *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, "Common Market Law Review" 1987, vol. 24.
- Levin H. Y., *What Do We Really Know about the American Choice-of-Law Revolution*, "Stanford Law Review" 2007, vol. 60.
- Lutzi T., *The Scope of the Digital Services Act and Digital Markets Act: Thoughts on the Conflict of Laws*, "Dalloz IP/IT, Forthcoming" 2023.
- Machnikowski P., Gniewek E. (eds.), *Zarys prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Magnus U., Mankowski P. (eds.), *Brussels I Regulation*, Sellier, Köln 2007.
- Magnus U., Mankowski P. (eds.), *Rome I Regulation*, Sellier, Köln 2017.
- Martiny D., *Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law*, in: *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, eds. K. Boele-Woelki, A. Fuchs, Intersentia, Antwerp 2012.
- Mataczyński M., *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Meeusen J., *Functional Recognition of Same-Sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens — Brief Comments on the CJEU's Pancharevo Judgment (J. Meeusen — ECJ, 14 December 2021, C-490/20)*, <https://gedip-egpil.eu/fr/2022/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit>

- of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/ [accessed: 1.01.2025].
- Melcher M., *(Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law*, "Journal of Private International Law" 2013, vol. 9.
- Meškić Z., Duraković A., Alihodžić J., Hassan S., Handalić Š., *Recognition of Talaq in European States — in Search of a Uniform Approach*, "Journal of Private International Law" 2023, vol. 19.
- Michaels R., *The New European Choice-of-Law Revolution*, "Tul. L. Rev." 2007, vol. 82.
- Mills A., *The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press 2009.
- Mills A., *The Dimensions of Public Policy in Private International Law*, "Journal of Private International Law" 2008, vol. 4.
- Mills A., *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press 2018.
- Muller C., *European Public Policy and Restriction of Free Movement of Persons in EU Law*, "European Papers" 2024, vol. 9.
- Pajor T., *Metoda analizy interesów w amerykańskim prawie kolizyjnym odpowiedzialności deliktowej*, "Studia Prawno-Ekonomiczne" 1987, vol. 39.
- Pasqua M., *AG De La Tour's Opinion in Wojewoda Mazowiecki on Poland's Refusal to Transcribe a Same-Sex Marriage Certificate*, The EAPIL blog, <https://eapil.org/2025/04/22/ag-de-la-tours-opinion-in-wojewoda-mazowiecki-on-polands-refusal-to-transcribe-a-same-sex-marriage-certificate/comment-page-1/> [accessed: 1.01.2025].
- Patocchi P., *Characteristic Performance: A New Myth In the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept In the Swiss and European Private International Law of Contract*, in: *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, eds. Ch. Dominicé, R. Patry, C. Reymond, Basel—Frankfurt am Men 1993.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Pazdan M. (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20A. Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Pazdan M. (ed.), *System Prawa Prywatnego. Vol. 20B. Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Pilich M., *Die Anerkennung der quasi-ehelichen Verhältnisse in Polen aus der kollisions-und europarechtlichen Perspektive*, "Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht" 2011, vol. 8.
- Plender R., Wilderspin M., *The European private international law of obligations*, Sweet & Maxwell, London 2009.
- Popiołek W., *Styk prawa prywatnego i publicznego z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2016, vol. 18.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne — część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2023.

- Reese W. L., *Conflict of Laws and the Restatement Second*, "Law and Contemporary Problems" 1963, vol. 28, No. 4.
- Rogacka-Łukasik A., *Czy przepisy regulujące warunki zatrudnienia pracowników delegowanych, jako przepisy wymuszające swoje zastosowanie, zapewniają ochronę pracownika?*, "Roczniki Administracji i Prawa" 2021.
- Roosevelt III K., Jones B., *What a Third Restatement of Conflict of Laws Can Do*, "American Journal of International Law Unbound" 2016, vol. 110.
- Roosevelt III K., Jones B. R., *The Draft Restatement (Third) of Conflict Laws: A Response to Brilmayer & Listwa*, "Yale LJF" 2018, vol. 128.
- Savigny F. C. V., *System des heutigen römischen Rechts, Band VIII*, 1849.
- Skoczyński J., *Wpływ prawa wspólnotowego na polskie prawo prywatne międzynarodowe w dziedzinie stosunków pracy*, in: *Europeizacja polskiego prawa pracy*, ed. W. Sanetra, Warszawa 2004.
- Sokołowski M., *Współczesne koncepcje amerykańskie w dziedzinie wyboru prawa właściwego na przykładzie zobowiązań deliktowych (przegląd doktryny i orzecznictwa)*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny" 1980, vol. 43, No. 3.
- Sołtysiński S., *Lex maximi in hac causa momenti: oczekiwana rewolucja czy niepożądany przyczynek w teorii prawa kolizyjnego?*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1974, No. 3.
- Symeonides S., *The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff 2016.
- Symeonides S. C., *The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning*, "U. Ill. L. Rev." 2015, No. 2.
- Szabados T., *Economic Sanctions in EU Private International Law*, Hart Publishing, Oxford 2020.
- Świerczyński M., *Prawo właściwe dla zobowiązań deliktowych wynikających z naruszenia zasad ochrony danych osobowych przyjętych w RODO*, "Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2020, vol. 27.
- Tryfonidou A., *Awaiting the ECJ Judgment in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU*, EU Law Analysis, <http://eulawanalysis.blogspot.com> [accessed: 1.01.2025].
- Van Den Brink M., *What's in a Name Case? Some Lessons for the Debate Over the Free Movement of Same-Sex Couples Within the EU*, "German Law Journal" 2016, vol. 17.
- Vischer F., *Revolutionary Ideas and the Swiss Statute on Private International Law*, in: *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, eds. K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, Eleven-Schulthess, The Hague—Zürich 2010.
- Von Hein J., *Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution*, "Tul. L. Rev." 2007, vol. 82.
- Wąż P., *Delegowanie pracowników do innego państwa celem świadczenia usług*, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011.
- Weintraub R. J., *At Least, to Do No Harm: Does the Second Restatement of Conflicts Meet the Hippocratic Standard*, "Md. L. Rev." 1997, vol. 56.

- Wilman F., *The Digital Services Act (DSA)-An Overview*, 2022, <https://www.ssrn.com> [accessed: 1.01.2025].
- Wojewoda M., *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, vol. 26.
- Wojewoda M., *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego — kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, No. 2.
- Wojewoda M., *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych. Nowa regulacja kolizyjna w konwencji rzymskiej z 1980 r.*, Wolters Kluwer 2007.
- Wowerka A., *Zakres zastosowania statutu personalnego spółki*, CH Beck, Warszawa 2019.
- Vischer F., „*Revolutionary Ideas*” and the Swiss Statute on Private Inetrnational Law, in: *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, eds. K. Boele-Woelki et al., The Hague—Zürich 2010.
- Vitta E., *The Impact in Europe of the American “Conflict Revolution”*, “American Journal of Comparative Law” 1982, vol. 30.
- Zacharasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zacharasiewicz M., *The lease of commercial premises in time of COVID-19: The decision of the german bundesgerichtshof of 12 January 2022 from a Polish perspective*, “European Review of Private Law” 2023, vol. 31.
- Zacharasiewicz M., *Odmowa uznania w Polsce rozvodu talaq na tle prawnoporównawczym*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2020, vol. 27.
- Zacharasiewicz M., *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, “Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, vol. 111.
- Zacharasiewicz M., Szpunar M., *Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług a działania związków zawodowych — glosa do wyroku ETS z 18.12.2007 r. w sprawie C-341/05 Laval un Partneri Ltd przeciwko Svenska Byggnadsarbetareförbundet i inni oraz do wyroku z 11.12.2007 r.*, “Europejski Przegląd Sądowy” 2008.
- Zachariasiewicz M. A., *Metoda unilateralna w prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na marginesie orzeczenia TSUE w sprawie C-135/15 Republika Grecji przeciwko Grigoriosowi Nikiforidisowi*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, vol. 19.
- Zachariasiewicz M. A., *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, “Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, vol. 11.
- Zachariasiewicz M. A., *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995.
- Zachariasiewicz M. A., *Nowe tendencje w prawie prywatnym międzynarodowym Stanów Zjednoczonych Ameryki: ze szczególnym uwzględnieniem stosunków umownych*, “Studia Prawnicze” 1980.
- Zarra G., *Imperativeness in Private International Law*, Asser Press, Springer 2021.



Piotr Kamil Cichowski^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-2704-6220>

Dopuszczalność wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji w prawie kolizyjnym Szwajcarii i Unii Europejskiej

Abstract: As a result of globalisation, acts of unfair competition, such as industrial espionage, are increasingly cross-border in nature. Courts are therefore confronted with the issue of determining the law applicable to claims arising from such acts. However, this problem could often be solved by allowing the parties to choose the applicable law. Under the Rome II Regulation applicable in the European Union the possibility for the parties to choose the applicable law for acts of unfair competition arouses much controversy. Some doctrine representatives exclude such a possibility, justifying it by a literal interpretation of Article 6(4) of the Rome II Regulation. Others point out that a teleological interpretation of the Regulation should allow the parties to make a choice of law if a given act would only infringe the interests of a designated competitor. In Swiss private international law the choice of law applicable to acts of unfair competition is also a source of numerous doubts. The objective of this paper is to answer the question of whether the choice of applicable law for claims arising from acts of unfair competition under the Swiss and EU conflict of laws system is permissible, and if so, to what extent. Therefore, the author intends to analyse and confront the arguments put forward in the jurisprudence of both legal orders.

Keywords: choice of law — unfair competition — comparative law — private international law — Switzerland

^{a)} Mgr, doktorant na Uniwersytecie w Lozannie oraz Uniwersytecie Warszawskim, piotrkamil.cichowski@unil.ch.

1. Wprowadzenie

Czyny nieuczciwej konkurencji, takie jak m.in. szpiegostwo przemysłowe, na skutek globalizacji coraz częściej mają charakter transgraniczny¹. Z tego też względu sądy muszą się mierzyć z kwestią ustalenia prawa miarodajnego dla oceny roszczeń wynikających ze wskazanych czynów. Problem ten jednakże mógłby nierzadko zostać rozwiązany poprzez dopuszczenie wyboru prawa przez strony.

Na gruncie obowiązującego w Unii Europejskiej, a co za tym idzie, również w Polsce, Rozporządzenia (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (dalej: Rozporządzenie Rzym II lub: Rozporządzenie) możliwość dokonania przez strony wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji budzi liczne kontrowersje od początku istnienia regulacji. Część przedstawicieli doktryny wyklucza taką ewentualność, uzasadniając to wykładnią literalną art. 6 ust. 4 Rozporządzenia Rzym II. Pozostali zaś wskazują, że celowościowa interpretacja Rozporządzenia powinna dopuszczać dokonanie wyboru prawa w wypadku, gdy dany czyn naruszałby wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta.

Na gruncie szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 18 grudnia 1987 r.² (dalej: SzwajcPPM) wybór prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji również jest źródłem licznych wątpliwości. W doktrynie można znaleźć głosy zarówno wykluczające taką możliwość, jak i ją dopuszczające. Prezentowane są także poglądy pośrednie.

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wybór prawa dla roszczeń wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji na gruncie szwajcarskiego i unijnego systemu prawa kolizyjnego jest dopuszczalny, a jeśli tak, to w jakim zakresie. Z tego względu dokonana zostanie analiza i konfrontacja argumentów wysuwanych w nauce prawa obu porządków prawnych. Dyskusja na temat głównego przedmiotu artykułu, tj. dopuszczalności wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji, wymaga jednak najpierw krótkiego przedstawienia ogólnych kwestii dotyczących kolizyjnoprawnego uregulowania deliktów wynikających z nielegalnych działań konkurujących ze sobą przedsiębiorców.

¹ Por. *Senior v Celgard (UK) [2020] EWCA Civ 1293*; *Sino Legend (Zhangjiagang) Chem. Co. v. Int'l Trade Comm'n*, 623 F. App'x 1016 (Fed. Cir. 2015); *Tianrui Grp. Co. v. Int'l Trade Comm'n*, 661 F.3d 1322; *Hof van Beroep Antwerpen, NV D./ NV M.* 2009/AR/2316, 25.03.2010.

² *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)* du 18 décembre 1987, RS 291.

2. Prawo właściwe dla czynów nieuczciwej konkurencji — zagadnienia ogólne

2.1. Regulacja ustawowa

W szwajcarskim systemie prawnym prawo właściwe dla czynów nieuczciwej konkurencji jest uregulowane w art. 136 oraz 133 ust. 3 SzwajcPPM. Zgodnie z pierwszym przytoczonym przepisem roszczenia wynikające z czynu nieuczciwej konkurencji podlegają prawu państwa, na którego rynku wystąpił skutek czynu. Natomiast jeżeli czyn narusza wyłącznie interesy gospodarcze określonego konkurenta, stosuje się prawo miejsca, w którym znajduje się przedsiębiorstwo poszkodowanego. Jednocześnie powyższe unormowanie nie uchyla stosowania art. 133 ust. 3 SzwajcPPM, według którego w przypadku, gdy czyn niedozwolony narusza stosunek prawny już istniejący między sprawcą a poszkodowanym, roszczenia oparte na tym czynie podlegają prawu właściwemu dla tego stosunku prawnego³.

Należy również wymienić art. 132 SzwajcPPM, który statuuje możliwość uzgodnienia przez strony zastosowania prawa miejsca siedziby sądu po wystąpieniu zdarzenia wyrządzającego szkodę⁴. Możliwość zastosowania ostatniego przepisu w stosunku do czynów nieuczciwej konkurencji stanowi źródło licznych kontrowersji w literaturze szwajcarskiej⁵ i zostanie omówiona w dalszej części niniejszego opracowania. Artykuł 15 SzwajcPPM przewiduje również klauzulę korekcyjną⁶.

³ Art. 136 SzwajcPPM: „¹ Les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'État sur le marché duquel le résultat s'est produit. ² Si l'acte affecte exclusivement les intérêts d'entreprise d'un concurrent déterminé, le droit applicable sera celui du siège de l'établissement lésé. ³ L'art. 133, al. 3, est réservé”.

⁴ Art. 132 SzwajcPPM: „Les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for”.

⁵ B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022, s. 701, nb. 3; F.-J. Danthe, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Librairie Droz Tolochenaz, Genève 1998, s. 157; A. Bonomi, in: *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, éd. A. Bucher, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, s. 1110—1111, nb. 5; R. Rodriguez, M. Krüsi, R. Umbricht, in: *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, Hrsg. P. Grolimund, L.D. Loacker, A.K. Schnyder, Helbing Lichtenhahn, Basel 2021, s. 1282, nb. 5; F. Vischer, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Hrsg. A. Heini et al., Schulthess, Zürich 1993, s. 1188, nb. 20; I. Schwander, *Einführung in das internationale Privatrecht*, Bd. 2, *Besonderer Teil*, Dike, St. Gallen/Lachen SZ 1997, s. 285, nb. 644.

⁶ Art. 15 SzwajcPPM: „¹ Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause

Zagadnienie prawa właściwego dla czynów nieuczciwej konkurencji w systemie prawnym Unii Europejskiej jest unormowane w art. 6 oraz art. 4 Rozporządzenia Rzym II, zgodnie z którym prawem właściwym dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z takiego czynu jest prawo państwa, w którym występuje lub jest prawdopodobne wystąpienie naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów.

Jednakże w przypadku, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, stosuje się art. 4 Rozporządzenia Rzym II, czyli zasady ogólne. Wówczas prawem właściwym jest prawo państwa, w którym powstaje szkoda, chyba że w chwili powstania szkody osoba, której przypisuje się odpowiedzialność, i poszkodowany mają miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie. W takim przypadku prawo wspólnego miejsca zwykłego pobytu reguluje stosunki wynikające z czynu niedozwolonego. Ponadto art. 4 ust. 3 Rozporządzenia Rzym II przewiduje klauzulę korekcyjną⁷ na wypadek, gdy czyn niedozwolony pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż wskazane przez ustępy poprzedzające.

Mimo że art. 6 Rozporządzenia Rzym II ma charakter *lex specialis* w stosunku do zasad ogólnych wyrażonych w art. 4, to jak wskazuje motyw 21 preambuły, „szczególna zasada przewidziana w art. 6 nie jest wyjątkiem od ogólnej zasady ustanowionej w art. 4 ust. 1, lecz raczej jej wyjaśnieniem. W sprawach dotyczących nieuczciwej konkurencji norma kolizyjna powinna chronić konkurentów, konsumentów i społeczeństwo oraz zapewniać prawidłowe funkcjonowanie gospodarki rynkowej. Powiązanie z prawem państwa, w którym występuje lub jest prawdopodobne wystąpienie naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów, zasadniczo spełnia te cele”.

Warto nadmienić, że w zakresie prawa właściwego dla czynów nieuczciwej konkurencji zarówno unijne, jak i szwajcarskie prawodawstwo wyłączają odesłanie. Artykuł 24 Rozporządzenia Rzym II stanowi wprost, że za prawo danego państwa, wskazane jako właściwe na podstawie tego rozporządzenia, uważa się normy prawne obowiązujące w tym państwie, z wyłączeniem norm prawa prywatnego międzynarodowego. Jeśli zaś chodzi o SzwajcPPM, to zgodnie z art. 14 w przypadku, gdy prawo właściwe

n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. ² Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit”.

⁷ P. Fik, w: *Prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych. Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 (Rzym II). Komentarz*, red. P. Staszczuk, P. Fik, LEX/el., 2014, art. 4, pkt 12 [dostęp: 9.06.2024]; M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, LEX/el., 2012, pkt 4.37 [dostęp: 9.06.2024].

odsyła do prawa szwajcarskiego lub innego prawa obcego, takie odesłanie będzie brane pod uwagę tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi⁸. Jednocześnie wśród przepisów dotyczących statutu deliktowego nie odnajdujemy żadnych norm zezwalających na odesłanie⁹.

Zaznaczenia wymaga również, że art. 6 ust. 4 Rozporządzenia, w odróżnieniu od SzwajcPPM, wyraźnie wyłącza możliwość wyboru prawa przez strony na zasadach określonych w art. 14. Takie ograniczenie autonomii woli stron, a także jego zakres, budzi istotne wątpliwości zarówno w polskiej¹⁰, jak i zagranicznej¹¹ doktrynie.

Zgodnie zaś z art. 14 Rozporządzenia Rzym II strony mogą poddać zobowiązanie pozaumowne wybranemu przez siebie prawu w drodze porozumienia zawartego po wystąpieniu zdarzenia powodującego szkodę albo w przypadku prowadzenia przez wszystkie strony działalności gospodarczej, również w drodze porozumienia swobodnie wynegocjowanego przed wystąpieniem zdarzenia powodującego szkodę. Wybór prawa musi być wyraźny lub w sposób dostatecznie pewny wynikać z okoliczności sprawy i nie może naruszać praw osób trzecich.

Ponadto w przypadku, gdy wszystkie elementy stanu faktycznego w chwili wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę zlokalizowane są w państwie innym niż państwo, którego prawo zostało wybrane, dokonany przez strony wybór nie wyłącza stosowania przepisów prawa tego innego

⁸ Art. 14 SzwajcPPM: „¹ Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n'est pris en considération que si la présente loi le prévoit.

² En matière d'état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté”.

⁹ F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, Bd. II, Art. 108a—200, Hrsg. M. Müller-Chen, C. Widmer Lüchinger, Schulthess, Zürich 2018, s. 684, nb. 16.

¹⁰ M. Czepelak, *Międzynarodowe...*, pkt 4.56; R. Sikorski, *Prawo właściwe dla zobowiązań wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 rozporządzenia Rzym II*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 2, s. 93; Ł. Żarnowiec, w: *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H.Beck, Warszawa 2015, s. 788, nb. 117.

¹¹ M. Illmer, in: *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, ed. P. Huber, Sellier, European Law Publ., Munich 2011, s. 174, nb. 54; H. Nettlau, *Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO*, P. Lang, Frankfurt am Main 2013, s. 259; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 426, nb. 6.74—6.75; O. Remien, in: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Bd. 27/1, *Rom II-VO; Internationales Handelsrecht; Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht*, Grdr. H.-T. Soergel, Hrsg. T. Pfeiffer, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019, s. 110, nb. 27; W. Wurmnest, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Bd. 12, *Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, Hrsg. J. von Hein, C.H.Beck, München 2018, s. 1454, nb. 175.

państwa, których nie można umownie wyłączyć. Jednocześnie w przypadku, gdy wszystkie elementy stanu faktycznego w chwili wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę zlokalizowane są w jednym lub kilku państwach członkowskich, dokonany przez strony wybór prawa właściwego innego niż prawo państwa członkowskiego nie wyłącza stosowania przepisów prawa wspólnotowego, w odpowiednich przypadkach w kształcie, w jakim zostały one wdrożone w państwie członkowskim sądu, których nie można umownie wyłączyć. Na marginesie warto zauważyć, że mimo, że Rozporządzenie Rzym II jako całość jest, po ponad dekadzie jego stosowania, oceniane pozytywnie, to raport Komisji Europejskiej wskazuje, że w zakresie przepisów dotyczących wyboru prawa, jak również nieuczciwej konkurencji, wciąż istnieje pole do poprawy¹². Powyższe potwierdza, że problemy opisywane w niniejszym opracowaniu są dostrzegane również na poziomie unijnego prawodawstwa.

2.2. Kwalifikacja pojęcia nieuczciwej konkurencji

SzwajcPPM, podobnie jak Rozporządzenie Rzym II¹³, nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji. Orzecznictwo¹⁴ oraz literatura prawa unijnego¹⁵ zgodnie wskazują, że pojęcia prawa kolizyjnego Unii Europejskiej należy interpretować autonomicznie. Stanowisko to potwierdza motyw 11 preambuły Rozporządzenia Rzym II¹⁶.

¹² Commission Staff Working Document SWD(2025) 9 final accompanying the Report from The Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II Regulation) {COM(2025) 20 final}, s. 16.

¹³ M. Świerczyński, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, Legalis/el., 2018, Rzym II, art. 6, nb. 8 [dostęp: 9.06.2024].

¹⁴ Opinia Rzecznika Generalnego N. Wahla z 10.09.2015 w sprawie C-350/14 *Florin Lazar przeciwko Allianz SpA*, ECLI:EU:C:2015:586, pkt 72; wyr. TSUE z 18.10.2016 w sprawie C-135/15 *Grecja przeciwko Grigoriosowi Nikiforidisowi*, ECLI:EU:C:2016:774, pkt 28; wyr. ETS z 14.10.1976 w sprawie C-29/76 *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG przeciwko Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137.

¹⁵ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 147, nb. 4; S. Augenhöfer, in: *Rome Regulations. Commentary*, eds. G.-P. Calliess, M. Renner, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2011, s. 617, nb. 11; E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 144; M. Czepelak, *Międzynarodowe...*, pkt 4.37.

¹⁶ Motyw 11 preambuły Rozporządzenia Rzym II: „Pojęcie zobowiązania pozaumownego jest różnie definiowane w poszczególnych państwach członkowskich. Dlatego też do celów niniejszego rozporządzenia zobowiązanie pozaumowne powinno być rozumiane jako

Powyższe podejście nie jest jednak bezsporne w nauce prawa szwajcarskiego. Mimo że w doktrynie zdaje się przeważać opinia o słuszności wykładni autonomicznej¹⁷, to linia orzecznicza szwajcarskiego Trybunału Federalnego stoi na stanowisku, że pojęcia użyte w SzwajcPPM należy interpretować zgodnie z *legis fori*¹⁸.

Przyjmując pogląd Trybunału Federalnego, należy zatem sięgnąć do federalnej ustawy przeciwko nieuczciwej konkurencji z dnia 19 grudnia 1986 r.¹⁹ (dalej: SzwajcUZNK). Zgodnie z art. 2 omawianej ustawy nieuczciwe i niezgodne z prawem są wszelkie zachowania lub praktyki handlowe, które wprowadzają w błąd lub w inny sposób naruszają zasady dobrej wiary i które wpływają na relacje między konkurentami lub między dostawcami a klientami²⁰. Jako przykłady stypizowanych czynów wymienione są m.in.: oczernianie, stosowanie oznaczeń wprowadzających w błąd, nieuczciwa reklama porównawcza, stosowanie cen dumpingowych, stosowanie strategii agresywnych sprzedaży²¹, nakłanianie do zerwania umowy²², a także przekupstwo pracowników²³.

W odniesieniu do Rozporządzenia Rzym II wskazówki interpretacyjne dotyczące pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji możemy odnaleźć w uzasadnieniu Komisji Europejskiej do projektu rozporządzenia: „Celem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest ochrona uczciwej konkurencji poprzez zobowiązanie wszystkich uczestników do gry według tych samych zasad. Zakazane są między innymi działania mające na celu wywieranie wpływu na popyt (reklama wprowadzająca w błąd, sprzedaż lawinowa itp.), działania zakłócające popyt na produkty konkurentów (przerywanie łańcuchów dostaw, klusownictwo pracownicze,

pojęcie autonomiczne. Normy kolizyjne określone w niniejszym rozporządzeniu powinny obejmować również zobowiązania pozaumowne oparte na zasadzie ryzyka”.

¹⁷ J. Kren-Kostkiewicz, *IPRG/LugÜ Kommentar. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, Orell Füssli Verlag, Zürich 2019, s. 279, nb. 6; F. Dasser, in: *Basler Kommentar...*, s. 1319, nb. 4; F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 678, nb. 1. Odmienne: A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1138, nb. 2; A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn, Zürich 2013, s. 314, nb. 1118; R. Bär, *Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb*, in: *Beiträge zum neuen IPR des Sachen- Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Prof. Rudolf Moser*, Hrsg. I. Schwander, Schulthess, Zürich 1987, s. 144.

¹⁸ ATF 119 II 66; ATF 127 III 123; ATF 127 III 390.

¹⁹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), RS 241.

²⁰ Art. 2 SzwajcUZNK: „Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients”.

²¹ Art. 3 SzwajcUZNK.

²² Art. 4 SzwajcUZNK.

²³ Art. 4a SzwajcUZNK.

bojkoty) oraz działania wykorzystujące wartość konkurenta (podrabianie produktów itp.). Współczesne prawo konkurencji ma na celu ochronę nie tylko konkurentów (wymiar horyzontalny), ale także konsumentów i ogółu społeczeństwa (relacje wertykalne). Ta trójwymiarowa funkcja prawa konkurencji musi znaleźć odzwierciedlenie w nowoczesnym instrumencie kolizyjnym²⁴. Podobne uwagi co do interesów chronionych przez prawo nieuczciwej konkurencji zostały poczynione w raporcie załączonym do projektu SzwajcPPM²⁵ oraz w uzasadnieniu do projektu SzwajcUZNK²⁶.

W interpretacji zakresu normy art. 6 Rozporządzenia Rzym II można również skorzystać z aktów wtórnego prawa unijnego²⁷, np.: Dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych²⁸, Dyrektywy o reklamie wprowadzającej w błąd i reklamie porównawczej²⁹, Dyrektywy o ochronie niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych³⁰, a także prawa wtórnego UE dotyczącego oznaczania produktów³¹.

W doktrynie pojawiły się głosy³² aby, ze względu na brak legalnych definicji omawianych pojęć w Rozporządzeniu Rzym II, do wykładni pojęcia nieuczciwej konkurencji stosować art. 10bis akapity 2 i 3 konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z dnia 20 marca 1883 r.³³ Przepis

²⁴ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("ROME II")* z dnia 22 lipca 2003 r., s. 15, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0427:FIN:EN:PDF> [dostęp: 9.06.2024]. Jeżeli nie zaznaczono inaczej, tłumaczenia pochodzą od autora artykułu.

²⁵ F. Vischer, P. Volken, *Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d.i.p.): projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif*, Schulthess, Zürich 1978, s. 336.

²⁶ *Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983*, FF 1983 II 1037, s. 1074; F.-J. Danthe, *Le droit international...*, s. 26.

²⁷ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 148, nb. 5; E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 150; A. Dickinson, *The Rome II Regulation...*, s. 401, nb. 6.22.

²⁸ Dyrektywa 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”).

²⁹ Dyrektywa 2006/114/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej.

³⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem.

³¹ R. Sikorski, *Prawo właściwe dla zobowiązań...*, s. 87.

³² M. Czepelak, *Międzynarodowe...*, pkt 4.52; E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 154.

³³ Konwencja Związkowa Paryska z dnia 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej, przejrzana w Brukseli dnia 14 grudnia 1900 r., w Waszyngtonie dnia

ten stanowi, że aktem nieuczciwej konkurencji jest każdy akt konkurencji sprzeczny z uczciwymi zwyczajami w dziedzinie przemysłu lub handlu. W szczególności powinny być zabronione: wszelkie działania mogące w jakikolwiek sposób spowodować pomyłkę co do przedsiębiorstwa, produktów albo działalności przemysłowej lub handlowej konkurenta; fałszywe dane w wykonywaniu handlu, mogące narazić na utratę opinii przedsiębiorstwo, produkty bądź działalność przemysłową lub handlową konkurenta; oznaczenia lub dane, których używanie w handlu może wprowadzić odbiorców w błąd co do rodzaju, sposobu wytwarzania, cech, nadawania się do użycia lub ilości towarów.

Podsumowując powyższe rozważania, jako przykłady deliktów nieuczciwej konkurencji, które naruszają stosunki konkurencyjne na określonym rynku, można wskazać: stosowanie wprowadzających w błąd oznaczeń handlowych; prowadzenie niedozwolonych promocji wśród konsumentów; przesyłanie niezamawianych informacji handlowych drogą elektroniczną³⁴; czyny dotyczące nieuczciwej reklamy³⁵; stosowanie dumpingu³⁶; utrudnianie działań konkurenta, polegające na wzywaniu do bojkotu; bojkot; nieuzasadnione nakłanianie klientów, aby powstrzymywali się od kupna bądź dystrybucji towarów lub usług konkurenta; oczernianie lub zniesławianie konkurenta na danym rynku³⁷. Czyny te powinny być objęte odpowiednio dyspozycjami art. 6 ust. 1 Rozporządzenia Rzym II oraz art. 136 ust. 1 SzwajcPPM.

Jako zaś przykłady czynów, które naruszają wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, można wymienić: sabotaż³⁸, kłusownictwo pracownicze³⁹, szpiegostwo przemysłowe, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, podżeganie do wypowiedzenia umów⁴⁰, przekupstwo oraz namawianie do

2 czerwca 1911 r. i w Hadze dnia 6 listopada 1925 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 17 marca 1931 r.), Dz.U. 1932, nr 2, poz. 8.

³⁴ Ł. Żarnowiec, w: *System...*, t. 20B, s. 790, nb. 123.

³⁵ I.B. Nestoruk, *Prawo właściwe dla czynów nieuczciwej konkurencji — uwagi na tle przepisów rozporządzenia Rzym II*, w: *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 705.

³⁶ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 160.

³⁷ Ibidem; F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 683, nb. 12.

³⁸ H. Unberath, J. Cziupka, S. Pabst, in: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, Bd. III, *Rom I-VO, Rom II-VO. Kommentar*, Hrsg. T. Rauscher, Otto Schmidt, Köln 2016, s. 808, nb. 44.

³⁹ TF, 27.06.2017, 4A_578/2016.

⁴⁰ T. Kadner Graziano, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, „Revue critique de droit international privé” 2008, s. 492.

strajków⁴¹. Co za tym idzie, przed sądem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, na mocy art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II, będą one oceniane na zasadach ogólnych, a przed sądem szwajcarskim na podstawie prawa państwa, w którym znajduje się poszkodowane przedsiębiorstwo (art. 136 ust. 2 SzwajcPPM).

Warto również zaznaczyć, że naruszenie osobistych interesów przedsiębiorców może być źródłem stanów faktycznych wywołujących wątpliwości co do ich kwalifikacji i stawiających podmiot stosujący prawo przed dylematem, czy określoną sytuację należy ocenić zgodnie ze statutem deliktowym czynów nieuczciwej konkurencji, czy zgodnie ze statutem ochrony dóbr osobistych⁴². Jak wskazuje M. Pilich, na gruncie Rozporządzenia Rzym II istotny w ramach oceny jest zarówno wzajemny status podmiotu naruszającego dobra osobiste drugiego, jak i cel działania sprawcy naruszenia. Czynny nieuczciwej konkurencji charakteryzują się generalnie dążeniem do utrudnienia innym podmiotom udziału w rynku, tworzeniem nieuzasadnionych barier oraz osiąganiem korzyści⁴³. W literaturze szwajcarskiej prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym statut deliktowy czynów nieuczciwej konkurencji obejmuje jedynie takie naruszenia dóbr osobistych przedsiębiorcy, które zostały popełnione w kontekście „konkurencyjnym”⁴⁴.

Należy również przytoczyć orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Verein für Konsumenteninformation przeciwko Amazon EU Sàrl*⁴⁵. We wskazanym judykacie Trybunał poczynił uwagi na temat zakresu normy art. 6 ust. 1 Rozporządzenia Rzym II oraz jego rozgraniczenia od statutu kontraktowego, w przypadku wniesienia roszczeń opartych na Dyrektywie o nieuczciwych praktykach handlowych, jednakże dotyczących stosowania niedozwolonych postanowień w ogólnych warunkach umowy. Trybunał stwierdził, że prawo właściwe dla powództwa o zaprzestanie szkodliwych praktyk w rozumieniu Dyrektywy powinno zostać ustalone zgodnie z art. 6 ust. 1 Rozporządzenia Rzym II, natomiast prawo właściwe dla kontroli niedozwolonego charakteru postanowień umów konsumenckich i stanowiących przedmiot powództwa należy ustalić zgodnie z Rozporządzeniem Rzym I⁴⁶. W podobnym tonie

⁴¹ Ł. Żarnowiec, w: *System...*, t. 20B, s. 791, nb. 123; J. Kren-Kostkiewicz, *IPRG/LugÜ Kommentar...*, s. 280, nb. 8.

⁴² M. Pilich, *Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 3, s. 644; F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 680, nb. 7.

⁴³ M. Pilich, *Prawo właściwe...*, s. 644.

⁴⁴ F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 680, nb. 7; B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé...*, s. 729, nb. 13.

⁴⁵ Wyr. TSUE z 28.07.2016 w sprawie C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation przeciwko Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612.

⁴⁶ C-191/15, *Verein*, pkt 48—49.

wypowiadają się przedstawiciele szwajcarskiego piśmiennictwa, wskazując, że ważność potencjalnie nieuczciwych klauzul umownych trzeba oceniać zgodnie ze statutem kontraktowym⁴⁷.

Komisja Europejska w swoim raporcie sygnalizuje także pewne trudności w rozgraniczeniu zakresów stosowania art. 6 Rozporządzenia Rzym II, odnoszącego się do nieuczciwej konkurencji, oraz art. 8, regulującego naruszenia praw własności intelektualnej. Przypadki graniczne obejmują sprawy dotyczące reklamy porównawczej, naruszenia reputacji przedsiębiorstwa, tajemnicy handlowej, naśladownictwa produktów lub praktyk powoływania się na nieistniejące prawa własności intelektualnej w celu osłabienia konkurenta⁴⁸.

2.3. Zakres statutu

Należy w tym miejscu poruszyć również kwestię zakresu statutu deliktowego, czyli odpowiedzieć na pytanie, jakie zagadnienia są regulowane wskazanym prawem właściwym. Na gruncie Rozporządzenia Rzym II obszar ten jest unormowany w art. 15. Zgodnie z nim prawu właściwemu dla zobowiązań pozaumownych na podstawie niniejszego rozporządzenia podlegają w szczególności: podstawa i zakres odpowiedzialności, w tym oznaczenie osób, które mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za swoje czyny; przesłanki zwolnienia z odpowiedzialności, jej ograniczenia i współodpowiedzialność; istnienie, charakter i ocena szkody lub dochodzonego sposobu jej naprawienia; środki, które sąd może podjąć w celu zapobieżenia naruszeniu lub szkodzie lub w celu zaniechania naruszenia lub wyrządzenia szkody, lub w celu zapewnienia naprawienia szkody, w granicach uprawnień przyznanych sądowi na mocy właściwego dla niego prawa procesowego; kwestia zbywalności roszczenia o naprawienie szkody, w tym dopuszczalności jego dziedziczenia; osoby uprawnione do odszkodowania za szkody poniesione osobiście; odpowiedzialność za czyny innych osób; sposoby wygaśnięcia zobowiązania, przedawnienie i terminy zawite, w tym początek, przerwanie i zawieszenie biegu przedawnienia lub terminu zawitego.

Mimo zamieszczenia w Rozporządzeniu powyższego przykładowego katalogu badanie przeprowadzone na zlecenie Komisji Europejskiej przez Brytyjski Instytut Prawa Międzynarodowego i Porównawczego wykazało, że w literaturze zagranicznej wciąż wskazuje się na pewne niejasności

⁴⁷ F. Dasser, in: *Basler Kommentar...*, s. 1321, nb. 9; A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1138—1139, nb. 4.

⁴⁸ Commission Staff..., s. 5.

co do roszczeń z udziałem wielu stron. Trwa dyskusja, czy w przypadku czynu zabronionego, w który zaangażowane są więcej niż dwa podmioty (jeden naruszyciel i jeden poszkodowany), prawo właściwe należy ustalać indywidualnie dla każdego dwustronnego stosunku prawnego wynikającego z tego czynu zabronionego, czy też prawo to ma jednolite zastosowanie również do stosunków z osobami trzecimi⁴⁹.

Jednocześnie szeroki katalog kwestii wymienionych w art. 15 Rozporządzenia Rzym II nie oznacza zakwestionowania reguły *lex loci processualis*, dotyczącej zagadnień procesowych pojawiających się w sprawie⁵⁰.

Na płaszczyźnie szwajcarskiej ustawy kolizyjnej zakres statutu deliktowego jest unormowany w art. 142 ust. 1 SzwajcPPM⁵¹, który wskazuje, że prawo właściwe dla czynu niedozwolonego określa w szczególności zdolność do popełnienia czynu niedozwolonego, warunki i zakres odpowiedzialności oraz osobę odpowiedzialną. Zdolność deliktowa odnosi się do możliwości pociągnięcia danej osoby do odpowiedzialności za szkodę spowodowaną jej bezprawnym zachowaniem; problematyka ta jest regulowana nie przez prawo właściwe dla wykonywania praw cywilnych (art. 35 SzwajcPPM)⁵², ale przez prawo właściwe dla deliktu⁵³. Wyliczenie zagadnień objętych statutem deliktowym nie jest wyczerpujące. W piśmiennictwie wymienia się, jako objęte zakresem normy kolizyjnej, również kwestie takie jak katalog osób innych niż poszkodowany, uprawnionych do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, rodzaje powództw przysługujących poszkodowanemu, zbywalność oraz dziedziczność roszczenia⁵⁴, a także ciężar dowodu⁵⁵.

2.4. Podsumowanie

Jak wynika z powyższego zestawienia, mimo że występują pewne różnice w sposobie uregulowania nieuczciwej konkurencji w prawie prywatnym

⁴⁹ E. Lein, S. Migliorini, C. Bonzé, S. O'Keeffe, *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, British Institute of International and Comparative Law, London 2021, s. 41.

⁵⁰ M. Świerczyński, w: *Prawo prywatne...*, art. 15, nb. 3, Rzym II, Legalis.

⁵¹ Art. 142 SzwajcPPM: „¹ Le droit applicable à l'acte illicite détermine notamment la capacité délictuelle, les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que la personne du responsable”.

⁵² Art. 35 SzwajcPPM: „L'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis”.

⁵³ A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1169, nb. 5.

⁵⁴ B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé...*, s. 754, nb. 2.

⁵⁵ A. Heini, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 731, nb. 13.

międzynarodowym Szwajcarii i Unii Europejskiej, to oba porządki prawne wychodzą z podobnego założenia. Jest nim oparcie wskazania prawa właściwego w pierwszej kolejności o łącznik rynku, na którym występują skutki czynu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, oba systemy w odrębny sposób normują delikty naruszające interesy całego rynku oraz czyny wpływające wyłącznie na interesy oznaczonych konkurentów. Jednocześnie w obu jurysdykcjach zagadnienie dopuszczalności wyboru prawa budzi istotne wątpliwości.

Różnice pomiędzy omawianymi prawodawstwami zarysowują się przede wszystkim na poziomie orzecznictwa w zakresie kwalifikacji pojęć, gdzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stosuje wykładnię autonomiczną, a Trybunał Federalny, mimo głosów doktryny, pozostaje przy kwalifikacji zgodnej z *legis fori*. Ponadto w wypadku czynów naruszających wyłącznie interesy oznaczonych konkurentów SzwajcPPM wydaje się mieć unormowanie bardziej przyjazne poszkodowanemu, statując łącznik jego domicylu. Rozporządzenie Rzym II w takich wypadkach przewiduje łącznik miejsca szkody, chyba że zarówno naruszciciel, jak i poszkodowany mają miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie. Poza tym, zgodnie ze SzwajcPPM, w przypadku, gdy czyn niedozwolony narusza stosunek prawny już istniejący między sprawcą a poszkodowanym, roszczenia oparte na tym czynie podlegają prawu właściwemu dla tego stosunku prawnego. W zakresie deliktów nieuczciwej konkurencji prawo unijne nie zawiera takiej regulacji, jednakże zastosowanie klauzuli korekcyjnej z art. 4 ust. 3 Rozporządzenia Rzym II może prowadzić do podobnych skutków.

3. Wybór prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji w SzwajcPPM oraz Rozporządzeniu Rzym II

3.1. Wprowadzenie

Omówiwszy ogólne zagadnienia dotyczące nieuczciwej konkurencji w prawie prywatnym międzynarodowym, można przejść do rozważań stanowiących tytułowy problem niniejszego opracowania. W obu analizowanych systemach prawa kolizyjnego autonomia woli odgrywa istotną rolę również na płaszczyźnie deliktowej. SzwajcPPM była pierwszą krajową ustawą kolizyjnoprawną, która wyraźnie umieściła wybór prawa na

szczybie kaskady łączników wskazujących prawo właściwe dla roszczeń wynikających z deliktów⁵⁶. Jednocześnie Rozporządzenie Rzym II statuuje generalną zasadę nieograniczonego wyboru prawa. Mimo to, ze względu na ochronę interesów, czy słabszej strony stosunku prawnego⁵⁷, czy też ogółu społeczeństwa, w zakresie czynów niedozwolonych autonomia stron została poddana ograniczeniom w obu porządkach prawnych⁵⁸. Niestety zarówno prawodawca szwajcarski, jak i prawodawca unijny nie sformułował zakresu tego ograniczenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Na gruncie SzwajcPPM dopuszczalność *electio iuris* dla roszczeń wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji budzi kontrowersje przede wszystkim ze względu na brak wyraźnego wskazania prawodawcy, czy przepis szczególnie art. 136 SzwajcPPM wyczerpująco reguluje zagadnienie prawa właściwego dla roszczeń wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji, czy też można do tych czynów stosować odpowiednio przepisy ogólne, w tym art. 132 SzwajcPPM, który zezwala na wybór *legis fori*⁵⁹.

Uregulowanie dopuszczalności wyboru prawa w Rozporządzeniu Rzym II również stanowi źródło kontrowersji. Wynikają one z trudności w ustaleniu relacji pomiędzy art. 6 ust. 4, który stwierdza, że prawo właściwe mające zastosowanie zgodnie z art. 6 nie może zostać wyłączone w drodze porozumienia zawartego zgodnie z art. 14, a art. 6 ust. 2, który stanowi, że w przypadku, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, stosuje się art. 4⁶⁰.

Mimo że kwestia dopuszczalności wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji budzi wątpliwości na gruncie obu omawianych systemów, to wynikają one z różnych problemów prawnych. Z tego względu zagadnienie to zostanie omówione osobno dla prawa szwajcarskiego i osobno dla prawa Unii Europejskiej.

⁵⁶ T. Kadner Graziano, *Empfiehl es sich, das schweizerische IPRG entsprechend der «Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)» zu revidieren — Überlegungen zu Art. 132—142 und 144 des IPRG*, in: *La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après : actes de la 21e journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, éd. A. Bonomi, E. Cashin Ritaine, Schulthess, Genève 2009, s. 132.

⁵⁷ V. Trutmann, *Das Deliktsrecht im IPRG*, in: *Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung*, Hrsg. Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, s. 76.

⁵⁸ T. Kadner Graziano, *Empfiehl es sich...*, s. 137.

⁵⁹ F.-J. Danthe, *Le droit international...*, s. 147.

⁶⁰ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 249.

3.2. Dopuszczalność wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji w prawie szwajcarskim

3.2.1. Argumenty za dopuszczalnością

Jak wskazuje A. Bonomi, roszczenia osób poszkodowanych czynami nieuczciwej konkurencji należy uznać za podlegające dyspozycji stron także na gruncie kolizyjnoprawnym. Wnioskowanie to bazuje na okoliczności, że strony na płaszczyźnie materialnoprawnej oraz procesowej mogą zrzec się swoich roszczeń, zawrzeć ugodę lub poddać je pod rozstrzygnięcie trybunałowi arbitrażowemu. Jeśli spór stanie się przedmiotem postępowania przed sądem polubownym, powszechnie przyjmuje się, że arbitrzy muszą stosować prawo wybrane przez strony, również w stosunku do roszczeń pozaumownych. Z tego względu należałoby dopuścić możliwość wyboru prawa przez strony w przypadkach czynów nieuczciwej konkurencji, jednakże z zastrzeżeniem praw osób trzecich i zasad porządku publicznego⁶¹.

Podnosi się, że celem norm regulujących kolizyjnoprawne aspekty prawa nieuczciwej konkurencji jest ochrona przedsiębiorców oraz konsumentów i przez to wybór prawa powinien być wyłączony. H.R. Schibli odpira powyższy argument, twierdząc, że konsumenci i pozostali uczestnicy rynku mają do dyspozycji również inne, skuteczniejsze instrumenty prawne służące egzekwowaniu ich interesów w tym zakresie, takie jak prawo cywilne, prawo karne oraz niekiedy prawo administracyjne. Ponadto wskazuje, że wybór prawa ma skutek jedynie *inter partes*. Co za tym idzie, wybór prawa dokonany w stosunku między naruszcycielem a poszkodowanym konkurentem nie wyłącza możliwości zastosowania prawa właściwego wskazanego łącznikiem obiektywnym do powództwa wytoczonego przez innych uczestników obrotu, np. stowarzyszenie konsumentów. Poza tym, zdaniem powoływanego autora, fakt, że roszczenia różnych podmiotów mogłyby być oceniane na podstawie różnych statutów, nie ma istotnych negatywnych skutków, gdyż konsument lub organizacja ochrony konsumentów mają inny niż konkurent rodzaj roszczenia, a zatem dążą też do innego celu niż konkurent wnoszący powództwo. Ponadto każde powództwo dotyczy innego uczestnika rynku, co oznacza, że stan faktyczny sprawy nigdy nie jest taki sam⁶². Podobne zdanie wyrażają F. Vischer i T. Göksu, którzy podnoszą, że wyrok wydany na podstawie wybranego prawa szwajcarskiego (*lex fori*) nie ma bezpośredniego wpływu na

⁶¹ A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1142, nb. 18.

⁶² H.R. Schibli, *Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Internet-Werbung*, Schulthess, Zürich 2004, s. 233, nb. 791.

interesy niezaangażowanych stron trzecich, które są w każdym razie i tak chronione przez zagraniczne prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji⁶³.

F. Dasser zauważa, że argumentem pośrednio wskazującym na wolę prawodawcy, by dopuścić do głosu autonomię stron w wypadku czynów nieuczciwej konkurencji, jest umieszczenie w art. 136 SzwajcPPM ustępu 3, zgodnie z którym, gdy czyn niedozwolony narusza stosunek prawny już istniejący między sprawcą a poszkodowanym, roszczenia oparte na tym czynie podlegają prawu właściwemu dla tego stosunku prawnego. Takim stosunkiem prawnym zwykle będzie umowa, dla której strony swobodnie mogą wskazać prawo właściwe. Przytoczony autor konkluduje, że jeżeli autonomia stron została dopuszczona w art. 136 ust. 3, to *a fortiori* wybór prawa również powinien być możliwy⁶⁴.

Zdaniem A. Heiniego oraz T. Göksu SzwajcPPM zezwala na *electio iuris* dla czynów nieuczciwej konkurencji, jednakże kwestia, czy określone zachowanie konkurencyjne było dopuszczalne na rynku zagranicznym, tj. kwestia bezprawności, musi być oceniana zgodnie z prawem rynku, na którym wystąpiły skutki naruszenia⁶⁵. W tym samym tonie wypowiadają się N. Meier i B. Stehle⁶⁶. Powyższy postulat może zostać niejako zrealizowany przy pomocy art. 19 SzwajcPPM, zgodnie z którym, jeżeli wymagają tego uzasadnione i, zgodnie ze szwajcarską koncepcją prawa, wyraźnie przeważające interesy, można wziąć pod uwagę bezwzględnie obowiązujący przepis prawa innego niż to, o którym mowa w niniejszej ustawie, pod warunkiem, że rozpatrywana sytuacja ma ścisły związek z tym innym prawem. Przy podejmowaniu decyzji, czy należy uwzględnić taki przepis, trzeba rozważyć jego cel i konsekwencje jego stosowania, aby wydać rozstrzygnięcie, które jest odpowiednie w świetle szwajcarskiej koncepcji prawa. Jak wskazuje F.-J. Danthe, zagraniczne prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji może być wówczas wzięte pod uwagę jako przepis wymuszający swoje zastosowanie⁶⁷.

Należy zaznaczyć, że F.-J. Danthe również postuluje dopuszczalność wyboru prawa, jednakże ograniczoną jedynie do wypadków objętych zakresem art. 136 ust. 2 SzwajcPPM, tj. czynów naruszających wyłącznie interesy oznaczonych konkurentów. Ograniczenie takie ma być uzasadnione faktem, że w takiej sytuacji interesy innych uczestników rynku nie są w żaden sposób zagrożone⁶⁸.

⁶³ F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 686, nb. 21.

⁶⁴ F. Dasser, in: *Basler Kommentar...*, s. 1327, nb. 27.

⁶⁵ A. Heini, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 617, nb. 2.

⁶⁶ N. Meier, B. Stehle, *IPR — Prüfschemen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Schweiz Staatsverträge und IPRG*, Schulthess, Zürich 2018, s. 377, nb. 951.

⁶⁷ F.-J. Danthe, *Le droit international...*, s. 160.

⁶⁸ Ibidem, s. 159.

Ponadto w doktrynie podnosi się, że wybór *lex fori* może nieść istotne korzyści praktyczne, gdy czyn nieuczciwej konkurencji wpływa na rynek więcej niż jednego państwa. W takim przypadku jest to często jedyny sposób na uniknięcie dystrybutywnego stosowania kilku systemów prawnych⁶⁹. Co więcej, wskazuje się, że za dopuszczeniem wyboru prawa przemawia okoliczność, że strony mają możliwość wyboru systemu prawnego, z którym są najbardziej zaznajomione, który odpowiada ich potrzebom i interesom, i który uwzględni szczególne okoliczności sprawy⁷⁰.

Na marginesie warto zauważyć, że zdaniem H.R. Schibliego, mimo że *de lege lata* wybór prawa w wypadku czynów nieuczciwej konkurencji jest dopuszczalny, to *de lege ferenda* winien być on wyłączony w przypadku powództw wytaczanych przez konsumentów lub przeciwko nim, z wyjątkiem sytuacji, gdy wybór prawa jest wyraźnie korzystniejszy dla konsumenta⁷¹.

3.2.2. Argumenty przeciw dopuszczalności

W przekonaniu A. Buchera wykładnia systematyczna prowadzi do wniosku, że art. 136 SzwajcPPM stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 132 i, na tej podstawie, jest przepisem, który wyczerpująco reguluje kwestię prawa właściwego dla czynów nieuczciwej konkurencji. Co za tym idzie, wybór prawa powinien być wykluczony⁷².

Krytykę dopuszczalności wyboru prawa w sprawach dotyczących nieuczciwej konkurencji podjął również D. Dubs. Autor ten wskazuje, że dopuszczalność wyboru prawa powinna być ograniczona, gdy mogą być naruszone interesy rynku oraz osób trzecich. Jego zdaniem autonomia stron nie powinna odgrywać dominującej roli w stosunkach prawnych, w których zainteresowane są również podmioty trzecie⁷³. Co więcej, prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji stanowi część porządku prawnego chroniącego „wspólnotę prawną” (*Rechtsgemeinschaft*) i w konsekwencji uprawnienia związane z tymi zagadnieniami nie mogą podlegać zasadzie dyspozycyjności⁷⁴. D. Dubs także podkreśla, że dopuszczalności *electio*

⁶⁹ A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1142, nb. 19.

⁷⁰ D. Dubs, *Das Lauterkeitstatut nach schweizerischem Kollisionsrecht: zugleich ein Beitrag zur Materialisierung des Internationalprivatrechts*, Buttikon: Prisma Druck, Zürich 2000, s. 129.

⁷¹ H.R. Schibli, *Multistate-Werbung...*, s. 234, nb. 793.

⁷² A. Bucher, in: *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise, 9/10 Octobre 1987, à l'Université de Lausanne*, éd. F. Dessemontet, CEDIDAG, Lausanne 1989, s. 116.

⁷³ D. Dubs, *Das Lauterkeitstatut...*, s. 134.

⁷⁴ Ibidem, s. 135.

iuris sprzeciwia się systematyka ustawy⁷⁵. Wynika to z okoliczności, że przepisy dotyczące prawa właściwego dla deliktów (Rozdział 9, Sekcja 3, Punkt II — prawo właściwe)⁷⁶ są podzielone redakcyjnie na następujące części: 1. Przepisy ogólne⁷⁷; 2. Przepisy szczegółowe⁷⁸. W części 1. znajduje się art. 132 SzwajcPPM, zezwalający na następczy wybór *lex fori*. W części 2. zaś umieszczono art. 136 SzwajcPPM, który określa prawo właściwe dla czynów nieuczciwej konkurencji, jednocześnie nie odnosząc się do zagadnienia wyboru prawa przez strony. W związku z tym, zdaniem przytoczonego autora, normy kolizyjne wchodzące w zakres przepisów ogólnych nie powinny być brane pod uwagę, jeżeli wskazanie prawa właściwego może być oparte na szczególnym łączniku przewidzianym dla określonego typu deliktów⁷⁹.

3.2.3. Podsumowanie

Jak wynika z powyższego zestawienia, zdecydowana większość doktryny szwajcarskiego prawa prywatnego międzynarodowego opowiada się za dopuszczalnością wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji. Do grona tego należą: A. Bonomi⁸⁰, H.R. Schibli⁸¹, F. Vischer, T. Göksu⁸², F. Dasser⁸³, A. Heini⁸⁴, N. Meier i B. Stehle⁸⁵, F.-J. Danthe⁸⁶, J. Kren-Kostkiewicz⁸⁷, I. Schwander⁸⁸ oraz K. Siehr⁸⁹. Przeciwnie stanowisko prezentują: A. Bucher⁹⁰, D. Dubs⁹¹ oraz B. Dutoit⁹².

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Chapitre 9, Section 3, II — droit applicable.

⁷⁷ 1. En général.

⁷⁸ 2. En particulier.

⁷⁹ D. Dubs, *Das Lauterkeitstatut...*, s. 136.

⁸⁰ A. Bonomi, in: *Commentaire Romand...*, s. 1142, nb. 18.

⁸¹ H.R. Schibli, *Multistate-Werbung...*, s. 233, nb. 791.

⁸² F. Vischer, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 686, nb. 21.

⁸³ F. Dasser, in: *Basler Kommentar...*, s. 1327, nb. 27.

⁸⁴ A. Heini, T. Göksu, in: *Zürcher Kommentar...*, s. 617, nb. 2.

⁸⁵ N. Meier, B. Stehle, *IPR — Prüfschemen...*, s. 377, nb. 951.

⁸⁶ F.-J. Danthe, *Le droit international...*, s. 159.

⁸⁷ J. Kren-Kostkiewicz, *IPRG/LugÜ Kommentar...*, s. 280, nb. 11; J. Kren-Kostkiewicz, *Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Stämpfli, Bern 2012, s. 613, nb. 2551.

⁸⁸ I. Schwander, *Einführung...*, s. 285, nb. 644.

⁸⁹ K. Siehr, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich 2002, s. 373.

⁹⁰ A. Bucher, in: *Le nouveau droit...*, s. 116.

⁹¹ D. Dubs, *Das Lauterkeitstatut...*, s. 134.

⁹² B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé...*, s. 728, nb. 11.

Pogląd dopuszczający *electio iuris* na gruncie SzwajcPPM wydaje się bardziej przekonujący, w szczególności ze względu na okoliczność, że wybór taki nie stanowi znaczącego zagrożenia dla konsumentów i pozostałych uczestników rynku, gdyż mają oni do dyspozycji również inne, skuteczniejsze instrumenty prawne służące egzekwowaniu ich interesów w tym zakresie, takie jak prawo cywilne oraz prawo karne. Poza tym, biorąc pod uwagę, że wybór prawa ma skutek jedynie *inter partes*, to dokonany w stosunku między naruszcycielem a poszkodowanym konkurentem nie wyłącza możliwości zastosowania prawa właściwego wskazanego łącznikiem obiektywnym do powództwa wytoczonego przez innych uczestników obrotu, np. stowarzyszenie konsumentów. *De lege ferenda* interesująca wydaje się propozycja H.R. Schibliego, zgodnie z którą wybór prawa powinien być wyłączony w przypadku powództw wytaczanych przez konsumentów lub przeciwko nim, z wyjątkiem sytuacji, gdy wybór prawa jest wyraźnie korzystniejszy dla konsumenta⁹³.

3.3. Dopuszczalność wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji na tle Rozporządzenia Rzym II

3.3.1. Argumenty za dopuszczalnością

Zgodnie z art. 6 ust. 4 Rozporządzenia Rzym II prawo właściwe wskazane na podstawie art. 6 nie może zostać wyłączone w drodze porozumienia zawartego zgodnie z art. 14. Jednocześnie art. 6 ust. 2 stwierdza, że w przypadku, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, stosuje się art. 4, który określa prawo właściwe za pomocą łączników obiektywnych. W piśmiennictwie nie budzi wątpliwości niedopuszczalność wyboru prawa w wypadku czynów objętych zakresem art. 6 ust. 1, tj. naruszających interesy nieoznaczonej grupy podmiotów⁹⁴. Głównym przedmiotem dyskusji w doktrynie jest dopuszczalność *electio iuris* w sytuacjach unormowanych art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II.

Zdaniem E. Figury-Góralczyk art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II przewiduje nie tylko nakaz stosowania w tych sytuacjach faktycznych łączników, jakie przewiduje art. 4, lecz całej normy wyrażonej w art. 4, która stosownie do art. 14 jest normą *iuris dispositivi*. Ma to oznaczać, że stosowanie normy zawartej w art. 4 Rozporządzenia Rzym II może być

⁹³ H.R. Schibli, *Multistate-Werbung...*, s. 234, nb. 793.

⁹⁴ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 174, nb. 54.

wyłączone przez strony na podstawie art. 14⁹⁵. W podobny sposób wypowiada się S. Augenhof⁹⁶.

Co więcej, przytoczona autorka podnosi, że do normy kolizyjnej wyrażonej w art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II celowo wprowadzono uelastycznienie wskazania prawa, odsyłając do łączników z art. 4, gdyż w przypadku czynów nieuczciwej konkurencji objętych zakresem art. 6 ust. 1 Rozporządzenia Rzym II takiego odesłania nie dokonano. Co za tym idzie, skoro prawodawca unijny dopuścił wskazanie innych praw niż prawo państwa naruszenia stosunków konkurencyjnych lub zbiorowych interesów konsumentów dla czynów naruszających wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, to w konsekwencji powinien dopuścić również wybór prawa⁹⁷.

W przekonaniu M. Czepelaka do takiej konkluzji skłania też wykładnia funkcjonalna, gdyż celem wyłączenia wyboru prawa ma być ochrona zbiorowych interesów uczestników rynku, o których mowa w motywie 21 preambuły Rozporządzenia Rzym II. W przypadku ujętym w art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II interesy te nie są zagrożone i potrzeba wyłączenia dopuszczalności *electio iuris* odpada z tego samego powodu, dla którego prawodawca unijny rezygnuje ze wskazania prawa w sposób określony w art. 6 ust. 1 Rozporządzenia Rzym II⁹⁸. Podobnie argumentują: M. Illmer⁹⁹, H. Nettleau¹⁰⁰, M. Świerczyński¹⁰¹, E. Figura-Góralczyk¹⁰², H. Unberath, J. Cziupka oraz S. Pabst¹⁰³.

Wskazuje się ponadto, że generalną zasadą Rozporządzenia Rzym II jest dopuszczalność wyboru prawa. Co za tym idzie, wyjątek w postaci jego wyłączenia w art. 6 ust. 4 powinien być interpretowany wąsko. W konsekwencji należałoby zezwolić na dokonanie *electio iuris* w sytuacjach, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonych konkurentów¹⁰⁴.

Należy również zwrócić uwagę na korzyści, jakie mogą być efektem zastosowania wyboru prawa. Przede wszystkim dopuszczenie wyboru prawa dla roszczeń wynikających z „bilateralnych” czynów nieuczciwej konkurencji może stanowić skuteczne remedium na trudności

⁹⁵ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 249.

⁹⁶ S. Augenhof, in: *Rome Regulations...*, s. 637, nb. 71.

⁹⁷ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 250.

⁹⁸ M. Czepelak, *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa 2015, s. 54, nb. 2.9.

⁹⁹ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 174, nb. 54.

¹⁰⁰ H. Nettleau, *Die kollisionsrechtliche...*, s. 264.

¹⁰¹ M. Świerczyński, w: *Prawo prywatne...*, art. 6, nb. 6, Rzym II, Legalis.

¹⁰² E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 249.

¹⁰³ H. Unberath, J. Cziupka, S. Pabst, in: *Europäisches Zivilprozess...*, s. 809, nb. 48.

¹⁰⁴ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 174, nb. 54.

związane z ewentualną koniecznością dystrybutywnego stosowania praw kilku państw¹⁰⁵.

Poza tym w piśmiennictwie sugeruje się, że w sytuacji, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, obie strony zazwyczaj są przedsiębiorcami i podmiotami profesjonalnymi. Z tego względu, co do zasady, utrzymana jest równa pozycja w kształtowaniu stosunku prawnego i nie powinno występować jednostronne narzucenie warunków wyboru prawa przez jedną ze stron¹⁰⁶.

3.3.2. Argumenty przeciw dopuszczalności

Przeciwko dopuszczalności wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji przemawia przede wszystkim wykładnia literalna przepisów art. 6 ust. 2 oraz art. 6 ust. 4 Rozporządzenia Rzym II. Artykuł 6 ust. 4 wyraźnie stanowi, że „prawo właściwe mające zastosowanie zgodnie z niniejszym artykułem nie może zostać wyłączone w drodze porozumienia zawartego zgodnie z art. 14”. Co za tym idzie, obejmuje on swoim zakresem wskazanie prawa właściwego oparte na jakimkolwiek przepisie wchodzącym w skład art. 6, w tym również na art. 6 ust. 2. Jednocześnie art. 6 ust. 2 Rozporządzenia Rzym II jasno stanowi, że „w przypadku gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta, stosuje się art. 4”. Odesłanie jest zatem ewidentnie ograniczone do art. 4, który określa prawo właściwe na podstawie obiektywnych łączników, a nie subiektywnego powiązania z art. 14. Powyższą konstatację potwierdza również analiza innych wersji językowych Rozporządzenia¹⁰⁷. Pogląd ten prezentowany jest przez F. Maultzscha¹⁰⁸, A. Vogelera¹⁰⁹ oraz W. Wurmnesta¹¹⁰.

Poza tym wskazuje się, że gdyby prawodawca unijny chciał ograniczyć zakres stosowania art. 6 ust. 4, to zrobiłby to w sposób wyraźny. W szczególności należy wziąć pod uwagę okoliczność, że unijny legislator

¹⁰⁵ M. Czepelak, *Autonomia woli...*, s. 55, nb. 2.11; M. Gabrysiak, *Uprzedni wybór prawa dla deliktów w prawie prywatnym międzynarodowym na tle rozporządzenia Rzym II*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 21.

¹⁰⁶ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 251.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 253.

¹⁰⁸ F. Maultzsch, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB — EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR: Art 1—3; 10—14 Rom II-VO. (Anwendungsbereich, Ungerechtfertigte Bereicherung, GoA, cic, Rechtswahl)*, Hrsg. F. Maultzsch, Otto Schmidt — De Gruyter, Berlin 2023, s. 256, nb. 19.

¹⁰⁹ A. Vogeler, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s. 103.

¹¹⁰ W. Wurmnest, in: *Münchener Kommentar...*, s. 1454, nb. 175.

zdecydował się stworzyć kompleksowy, oparty na kaskadzie łączników oraz wewnętrznie spójny przepis¹¹¹.

K.-H. Fezer oraz S. Koos zauważają, że naczelnym celem kolizyjnoprawnej regulacji nieuczciwej konkurencji jest ochrona interesów wszystkich uczestników rynku. Podnosi się, że interesy te mogą zostać naruszone również w wypadkach, gdy nieuczciwe działanie było nakierowane wyłącznie na oznaczonego konkurenta¹¹². Jako kontrargument wobec tej tezy wskazuje się na brzmienie art. 14 ust. 1 zd. 2 Rozporządzenia Rzym II, zgodnie z którym wybór prawa nie może naruszać praw osób trzecich. Jednakże, jak zauważa A. Vogeler, pojęcie praw osób trzecich jest węższe od pojęcia interesów, o których mowa jest w punkcie 21 preambuły Rozporządzenia Rzym II¹¹³.

3.3.3. Podsumowanie

Z powyższego porównania wynika, że większość przedstawicieli literatury opowiada się za dopuszczalnością wyboru prawa w sytuacjach, gdy czyn nieuczciwej konkurencji narusza wyłącznie interesy oznaczonego konkurenta. Pogląd ten reprezentują: M. Czepelak¹¹⁴, E. Figura-Góralczyk¹¹⁵, M. Świerczyński¹¹⁶, P. Fik¹¹⁷, M. Illmer¹¹⁸, H. Unberath, J. Cziupka i S. Pabst¹¹⁹, A. Dickinson¹²⁰, S. Augenhof¹²¹ oraz O. Remien¹²². Przeciwnego zdania są: F. Maultsch¹²³, A. Vogeler¹²⁴, K.-H. Fezer i S. Koos¹²⁵, B. Schnur¹²⁶ oraz W. Wurmnest¹²⁷.

¹¹¹ F. Maultsch, in: *J. von Staudingers Kommentar Rom II-VO...*, s. 256, nb. 19.

¹¹² K.-H. Fezer, S. Koos, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB — EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR: IPR des KartellR, LauterkeitsR, MarkenR, PatentR und UrheberR*, Hrsg. K.-H. Fezer, S. Koos, Otto Schmidt — De Gruyter, Berlin 2023, s. 354, nb. 695.

¹¹³ A. Vogeler, *Die freie Rechtswahl...*, s. 99.

¹¹⁴ M. Czepelak, *Autonomia woli...*, s. 54, nb. 2.9.

¹¹⁵ E. Figura-Góralczyk, *Nieuczciwa konkurencja...*, s. 249.

¹¹⁶ M. Świerczyński, w: *Prawo prywatne...*, art. 6, nb. 6, Rzym II, Legalis.

¹¹⁷ P. Fik, w: *Prawo właściwe...*, art. 6 pkt 7.

¹¹⁸ M. Illmer, in: *Rome II...*, s. 174, nb. 54.

¹¹⁹ H. Unberath, J. Cziupka, S. Pabst, in: *Europäisches Zivilprozess...*, s. 809, nb. 48.

¹²⁰ A. Dickinson, *The Rome II Regulation...*, s. 426, nb. 6.75.

¹²¹ S. Augenhof, in: *Rome Regulations...*, s. 637, nb. 71.

¹²² O. Remien, in: *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 110, nb. 29.

¹²³ F. Maultsch, in: *J. von Staudingers Kommentar Rom II-VO...*, s. 256, nb. 19.

¹²⁴ A. Vogeler, *Die freie Rechtswahl...*, s. 103.

¹²⁵ K.-H. Fezer, S. Koos, in: *J. von Staudingers Kommentar...*, s. 354, nb. 695.

¹²⁶ B. Schnur, *Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung*, P. Lang, Frankfurt am Main 2012, s. 196.

¹²⁷ W. Wurmnest, in: *Münchener Kommentar...*, s. 1453, nb. 17.

Mimo istotnych korzyści wynikających z wyboru prawa w sprawach dotyczących nieuczciwej konkurencji wydaje się, że redakcja art. 6 Rozporządzenia Rzym II nie pozwala na dopuszczenie stosowania art. 14 Rozporządzenia Rzym II, zwłaszcza że art. 6 ust. 2 odsyła jedynie do art. 4. Od wykładni literalnej przepisu można odejść w sytuacji, gdy dosłowne jego stosowanie prowadziłoby do oczywiście niesprawiedliwych oraz niezamierzonych skutków. Na gruncie art. 6 Rozporządzenia Rzym II sytuacja taka nie zachodzi. Co za tym idzie, wybór prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji, nawet gdy naruszają one wyłącznie interesy oznaczonych konkurentów, nie powinien być dopuszczony.

4. Zakończenie

W obu omawianych porządkach prawnych wysuwane są podobne tezy wskazujące na korzyści wynikające z dopuszczenia wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji.

Słusznie zauważa się również w obu porządkach prawnych, że wybór prawa nie musi wcale naruszać interesów innych podmiotów działających na rynku, w szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność podnoszoną w szwajcarskim piśmiennictwie, że prawo kolizyjne nie jest jedynym instrumentem prawnym chroniącym obrót przed skutkami nieuczciwych zachowań przedsiębiorców.

Tym niemniej nawet najsilniejsze argumenty natury praktycznej oraz teleologicznej przemawiające za dopuszczalnością wyboru prawa nie powinny przeważać nad gramatyczną wykładnią przepisu, w szczególności, gdy jej zastosowanie nie prowadzi do rażąco niesprawiedliwych rezultatów, tak jak ma to miejsce na gruncie art. 6 Rozporządzenia Rzym II.

Na płaszczyźnie SzwajcPPM istnieją większe możliwości interpretacji dopuszczającej wybór prawa, ze względu na brak jednoznacznego wyrażenia woli przez prawodawcę w tym zakresie. Wówczas interpretacja teleologiczna oraz argumenty praktyczne mogą w większym stopniu zostać wzięte pod uwagę. W konsekwencji wydaje się, że na gruncie SzwajcPPM wybór prawa dla roszczeń wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji należy uznać za dopuszczalny.

Tym niemniej, na gruncie prawa kolizyjnego zarówno Szwajcarii, jak i Unii Europejskiej, zagadnienie dopuszczalności wyboru prawa dla czynów nieuczciwej konkurencji prawdopodobnie nie zostanie jednoznacznie rozstrzygnięte, dopóki w tej kwestii nie wypowie się judykatura, lub sam prawodawca.

Bibliografia

- Bär R., *Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb*, in: *Beiträge zum neuen IPR des Sachen- Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Prof. Rudolf Moser*, Hrsg. I. Schwander, Schulthess, Zürich 1987, s. 143—178.
- Bucher A. (éd.), *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011.
- Bucher A., Bonomi A., *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn, Zürich 2013.
- Calliess G.-P., Renner M. (eds.), *Rome Regulations. Commentary*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2011.
- Czepelak M., *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa 2015.
- Czepelak M., *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, LEX/el., 2012.
- Danthe F.-J., *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Librairie Droz Tolochenaz, Genève 1998.
- Dessementet F. (éd.), *Le nouveau droit international privé suisse. Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise, 9/10 Octobre 1987, à l'Université de Lausanne*, CEDIDAG, Lausanne 1989.
- Dickinson A., *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Dubs D., *Das Lauterkeitstatut nach schweizerischem Kollisionsrecht: zugleich ein Beitrag zur Materialisierung des Internationalprivatrechts*, Buttikon: Prisma Druck, Zürich 2000.
- Dutoit B., Bonomi A., *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022.
- Fezer K.-H., Koos S. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB — EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR: IPR des KartellR, LauterkeitsR, MarkenR, PatentR und UrheberR*, Otto Schmidt — De Gruyter, Berlin 2023.
- Figura-Góralczyk E., *Nieuczciwa konkurencja w prawie prywatnym międzynarodowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Gabrysiak M., *Uprzedni wybór prawa dla deliktów w prawie prywatnym międzynarodowym na tle rozporządzenia Rzym II*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 21—26.
- Grolimund P., Loacker L.D., Schnyder A.K. (Hrsg.), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021.
- von Hein J. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 12, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50—253)*, C.H.Beck, München 2018.

- Heini A. et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Schulthess, Zürich 1993.
- Huber P. (ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Sellier, European Law Publ., Munich 2011.
- Kadner Graziano T., *Empfiehl es sich, das schweizerische IPRG entsprechend der «Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)» zu revidieren — Überlegungen zu Art. 132—142 und 144 des IPRG*, in: *La loi fédérale de droit international privé : vingt ans après : actes de la 21e journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, éd. A. Bonomi, E. Cashin Ritaine, Schulthess, Genève 2009, s. 131—144.
- Kadner Graziano T., *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, „Revue critique de droit international privé” 2008, s. 445—511.
- Kren-Kostkiewicz J., *Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts*, Stämpfli, Bern 2012.
- Kren-Kostkiewicz J., *IPRG/LugÜ Kommentar. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse*, Orell Füssli Verlag, Zürich 2019.
- Lein E., Migliorini S., Bonzé C., O’Keeffe S., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, British Institute of International and Comparative Law, London 2021.
- Maultzsch F. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB — EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR: Art 1—3; 10—14 Rom II-VO. (Anwendungsbereich, Ungerechtfertigte Bereicherung, GoA, cic, Rechtswahl)*, Otto Schmidt — De Gruyter, Berlin 2023.
- Meier N., Stehle B., *IPR — Prüfschemen zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Schweiz Staatsverträge und IPRG*, Schulthess, Zürich 2018.
- Müller-Chen M., Widmer Lüchinger C. (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, Bd. II, Art. 108a—200, Schulthess, Zürich 2018.
- Nestoruk I.B., *Prawo właściwe dla czynów nieuczciwej konkurencji — uwagi na tle przepisów rozporządzenia Rzym II*, w: *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 691—710.
- Nettlau H., *Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO*, P. Lang, Frankfurt am Main 2013.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa 2018.
- Pazdan M. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 20B, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H.Beck, Warszawa 2015.

- Pilich M., *Prawo właściwe dla dóbr osobistych i ich ochrony*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, z. 3, s. 599—650.
- Rauscher T. (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, Bd. III, *Rom I-VO, Rom II-VO. Kommentar*, Otto Schmidt, Köln 2016.
- Schibli H.R., *Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Internet-Werbung*, Schulthess, Zürich 2004.
- Schnur B., *Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung*, P. Lang, Frankfurt am Main 2012.
- Schwander I., *Einführung in das internationale Privatrecht*, Bd. 2, *Besonderer Teil*, Dike, St. Gallen/Lachen SZ, 1990.
- Siehr K., *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich 2002.
- Sikorski R., *Prawo właściwe dla zobowiązań wynikających z czynów nieuczciwej konkurencji w świetle art. 6 rozporządzenia Rzym II*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 2, s. 82—98.
- Soergel H.-T. (Grdr.), Pfeiffer T. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Bd. 27/1, *Rom II-VO; Internationales Handelsrecht; Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019.
- Staszczuk P., Fik P. (red.), *Prawo właściwe dla zobowiązań pozaumownych. Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 (Rzym II). Komentarz*, LEX/el., 2014.
- Trutmann V., *Das Deliktsrecht im IPRG*, in: *Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung*, Hrsg. Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, s. 71—83.
- Vischer F., Volken P., *Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de d.i.p.): projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif*, Schulthess, Zürich 1978.
- Vogeler A., *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

Redakcja tekstów polskich: Anna Piwowarczyk, Katarzyna Szkaradnik

Korekta: Adriana Szaforz

Projekt okładki: Grzegorz Nowak

Przygotowanie okładki do druku: Paulina Dubiel

Łamanie: Ireneusz Olsza

ISSN 2353-9852

Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej
ISSN 1896-7604

Publikacja na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Na tych samych warunkach
4.0 Międzynarodowe (CC BY-SA 4.0)



Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wersja elektroniczna, ukazująca się na platformie www.journals.us.edu.pl

W formie elektronicznej publikacja dostępna jest również w zasobach Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 8,5. Ark. wyd. 10,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9852

9 772353 985402

4 4

Więcej informacji

