Maria Anna Zachariasiewicz

O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego 7, 9-43

2010

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

MUZEUM HISTORII POLSKI

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego". T. 7
Red. Maksymilian Pazdan. Katowice 2010, s. 9—43
Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 2810

Studia

Maria-Anna Zachariasiewicz

O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie

Abstract: The author takes a view that a general provision, which would constitute a basis for the application of or giving an effect to the overriding mandatory provisions of the forum or of a third country, should be included in the new act on private international law. This conclusion is preceded by a historical and comparative analysis of the concept of the overriding mandatory provisions. The author presents the differences between art. 7 of the Rome Convention and art. 9 of the Regulation Rome I, and takes a position that the former is to be preferred. This is particularly because of the possibility to give an effect to the overriding mandatory provisions of the third country. Therefore, it should be seen as one of the advantages of the draft of the new private international law, that art. 9 of the draft, which concerns the overriding mandatory provisions, is modeled rather after art. 7 of the Convention and not after art. 9 of the Regulation Rome I. The author makes also a proposition how the terms such as "country where the obligations arising out of the contract are performed" and "unlawfulness of the performance of the contract", as provided for in art. 9(3) of the Regulation, should be interpreted, in order to achieve the effect that the said provision could be understood as similar to art. 7(1) of the Convention as possible.

Keywords: overriding mandatory provisions; immediate application provisions; lois d'application immédiate; Eingriffsnormen; art. 9 of the Rome I Regulation

1. Uwagi wstępne

Koncepcja, zgodnie z którą należy stosować lub uwzględniać przepisy wymuszające swoje zastosowanie, od dawna przyjęta w polskiej doktry-

nie[1], znalazła swój normatywny wyraz w projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym. Zgodnie z art. 8 projektu, „Wskazanie prawa obcego nie wyłącza zastosowania tych norm prawa polskiego, z których treści lub celów w sposób niewątpliwy wynika, że regulują one podlegający ocenie stosunek prawny bez względu na to, jakiemu prawu on podlega (ust. 1). Przy stosowaniu prawa właściwego można uwzględnić przepisy bezwzględnie wiążące innego państwa, z którymi oceniany stosunek prawny jest ściśle związany, jeżeli przepisy te, według prawa tego państwa, stosuje się bez względu na to, jakiemu prawu ten stosunek podlega. Podczas rozstrzygania o uwzględnieniu tych przepisów należy mieć na uwadze ich naturę i cel oraz skutki, które wynikają z ich uwzględnienia, oraz te, które wyniknęłyby w razie ich pominięcia" (ust. 2).

Regulacje prawne dotyczące przepisów wymuszających pojawiają się niemal we wszystkich krajowych ustawach o prawie prywatnym międzynarodowym wydawanych w ostatnich latach. Do najbardziej znanych (i naśladowanych) należą: art. 18 i 19 ustawy szwajcarskiej z 1987 r., art. 34 ustawy niemieckiej z 1986 r.[2], art. 17 ustawy włoskiej z 1995 r. i art. 20 ustawy belgijskiej z 2004 r.[3] Wspomnieć jednak wypada dla przykładu

---

[1] Por. zwłaszcza M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 12. Warszawa 2009, s. 25 i 78—80; B. Fuchs: *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*. Katowice 2003; Eadem: *Przepisy wymuszające swoją właściwość w przyszłej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego" [dalej: KPP] 2000, z. 3, s. 653—677; M. Mataczyński: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005; Idem: *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*. KPP 2001, z. 2, s. 375—413; M. Pazdan: *Przepisy szczególne o dziedziczeniu gospodarstw rolnych z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*. W: *Zagadnienia prawa cywilnego, samorządowego i rolnego — pamięci Profesora Waleriana Pańki*. Kom. red.: A. Agopszowicz, T. Kurowska, M. Pazdan. Katowice 1993, s. 171—191; M. Tomaszewski: *Przepisy szczególne o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo prywatne międzynarodowe*. „Państwo i Prawo" 1970, z. 12, s. 917 i nast.; J. Pazdan: *Znaczenie „przepisów wymuszających swoją właściwość" przy wykonywaniu umowy o budowę zakładu górniczego za granicą*. „Problemy Prawne Górnictwa" 1984; T. 7, s. 55 i nast.; W. Popiołek: *Znaczenie przepisów o „bezpośrednim działaniu" w zakresie eksportu kompletnego obiektu*. W: *Zagadnienia prawne eksportu kompletnych obiektów przemysłowych*. Red. M. Pazdan, A. Tynel. Katowice 1980, s. 117—154; Idem: *Zobowiązania z umów w projekcie konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych i pozaumownych*. W: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego". T. 3. Katowice 1979, s. 148—150; A. Mączyński: *Nowelizacja przepisów szczególnych o dziedziczeniu gospodarstw rolnych a prawo prywatne międzynarodowe*. „Krakowskie Studia Prawnicze" 1986, T. 19, s. 119—120; M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*. KPP 1995, z. 2, s. 213—218.

[2] Uchylony w ramach dostosowania przepisów p.p.m. do prawa UE.

[3] Przepisy podobne do belgijskich znalazły się także w projekcie części ogólnej ustawy holenderskiej.

także o: art. 3079 ustawy Quebecu z 1987 r., art. 10 ustawy wenezuelskiej z 1998 r., art. 21 k.c. Macao, § 7 ustawy koreańskiej z 2001 r., art. 1.11 ust. 2 kodeksu cywilnego Litwy z 2000 r., art. 14 ustawy ukraińskiej z 2004 r., § 31 ustawy estońskiej z 2004 r., art. 40 ustawy bułgarskiej z 2005 r., art. 6 ustawy tureckiej z 2007 r., jak również o nowych normach kolizyjnych zawartych w kodeksach cywilnych republik postradzieckich, zmienianych na przełomie wieku (np.: art. 1193 k.c. rosyjskiego, art. 1091 k.c. kazachskiego, art. 1100 k.c. białoruskiego, art. 1174 k.c. kirgiskiego).

Wzorem dla wymienionych przepisów krajowych były często regulacje znajdujące się w aktach prawa ujednoliconego, na przykład: w art. 13 Traktatu Beneluksu z 1969 r., art. 16 Konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów o przedstawicielstwie handlowym z 1978 r. czy też w art. 9 Rezolucji bazylejskiej z 1991 r., dotyczącej wyboru prawa właściwego dla umów[4].

Największe wszakże znaczenie dla rozwoju doktryny i judykatury wielu państw, nie tylko europejskich, miał przepis art. 7 konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych[5], zastąpiony obecnie art. 9 rozporządzenia Rzym I[6]. Postanowienie dotyczące przepisów wymuszających znalazło się również w art. 16 rozporządzenia Rzym II[7]. O zaliczeniu postanowień dotyczących stosowania przepisów wymuszających do kanonu instytucji części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego w ujęciu europejskim może również świadczyć treść pkt. 37 preambuły do rozporządzenia Rzym I oraz pkt. 32 preambuły do rozporządzenia Rzym II: „Względy interesu publicznego uzasadniają przyznanie sądom państw członkowskich możliwości odwoływania się, w wyjątkowych okolicznościach, do stosowania wyjątków opartych na klauzuli porządku publicznego i przepisach wymuszających swoje zastosowanie. Pojęcie »przepisy wymuszające swoje zastosowanie« należy odróżnić od sformułowania »przepisy, których nie można wyłączyć w drodze umowy«, a wykładnia tego pojęcia powinna być bardziej restryktywna”[8].

---

[4] Rezolucji nr 65 Instytutu Prawa Międzynarodowego: „Autonomia woli stron w umowach międzynarodowych zawieranych między osobami prywatnymi”. Tekst Rezolucji w: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego”. T. 17. Katowice 1993, s. 161—164.

[5] Konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, podpisanej w Rzymie dnia 19.06.1980 r. Tekst polski konwencji w: Dz.U. 2008, nr 10, poz. 57. W odniesieniu do Polski znajduje ona zastosowanie do umów zawartych po dacie jej publikacji, tj. po dniu 22.01.2008 r., a przed wejściem w życie rozporządzenia Rzym I.

[6] Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17.06.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych („Rzym I”). Dz.Urz. UE L 177 z dnia 4.07.2008 r., które znajduje zastosowanie do umów zawartych po dniu 17 grudnia 2009 r.

[7] Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych. Dz.Urz. L 199/40 z dnia 31.07.2007 r.

[8] Tak pkt 37 preambuły do rozporządzenia Rzym I.

2. Pojęcie przepisów wymuszających

Przepisy wymuszające w literaturze określa się zazwyczaj jako przepisy o szczególnym znaczeniu dla ochrony porządku publicznego państwa, które ze względu na swój cel lub charakter znajdują zastosowanie niezależnie od tego, jakiemu prawu podlega oceniany stosunek prawny. Mogą one należeć do prawa publicznego lub prywatnego, muszą jednak dotyczyć bezpośrednio stosunków cywilnoprawnych. Przepisy te same wyznaczają zakres swego działania. Wynika on z ich treści i celu. Dochodzą one do głosu obok prawa właściwego. I choć nie ma pełnej zgody co do podstawy prawnej decyzji sądu o ich zastosowaniu (lub uwzględnieniu)[9], sama decyzja dotyczy zawsze konkretnego stanu faktycznego, a poprzedzająca ją analiza ma charakter „funkcjonalny"[10]. Wymaga porównania materialnoprawnych skutków ich ewentualnego zastosowania albo ich pominięcia.

W art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej przepisy wymuszające określono jako takie przepisy bezwzględnie wiążące danego państwa, które — według prawa tego państwa — znajdują zastosowanie niezależnie od tego, jakiemu prawu stosunek prawny [tu: umowa] podlega. Definicję tę rozbudowano w art. 9 ust. 1 rozporządzenia Rzym I, podkreślając, że chodzi o „przepisy, których przestrzeganie uważane jest przez państwo za tak istotny element ochrony jego interesów publicznych, takich jak organizacja polityczna, społeczna lub gospodarcza, że znajdują one zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem bez względu na to, jakie prawo jest właściwe […]". Natomiast w art. 16 rozporządzenia Rzym II, który powstał wcześniej niż art. 9 ust. 1 rozporządzenia Rzym I, poprzestano na sformułowaniu: „[…] przepisy znajdujące zastosowanie do oceny stanu faktycznego bez względu na prawo, jakiemu stosunek prawny [tu: zobowiązanie pozaumowne] podlega". Różnice między wspomnianymi przepisami ożywiły na nowo dyskusję w literaturze państw zachodnich na temat istoty przepisów wymuszających i roli, jaką odgrywają na płaszczyźnie kolizyjnej.

---

[9] O czym dalej.

[10] Na temat charakteru analizy „celowościowej" (funkcjonalnej) por. T. Pajor: *Metoda analizy interesów w amerykańskim prawie kolizyjnym odpowiedzialności deliktowej.* „Studia Prawno-Ekonomiczne" 1987, T. 39, s. 91 i nast.; M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy…*, s. 181 i nast., 213 i nast. i literatura tam cytowana.

3. Przepisy wymuszające w ujęciu historycznym

Koncepcja przepisów imperatywnych wpływających na stosunek prawny niezależnie od rządzącego nim prawa ma długą historię[11]. Już ponad 150 lat temu uczony niemiecki F.C. von Savigny[12], uważany za ojca nowoczesnego prawa prywatnego międzynarodowego, zauważył że porządek publiczny państwa chroniony jest — niezależnie od ogólnej klauzuli porządku publicznego, korygującej skutki zastosowania danego prawa właściwego — także przez szczególne normy „o silnie pozytywnej, imperatywnej naturze”[13] (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*). Dotyczą one szczególnych sytuacji, które ustawodawca — na zasadzie wyjątku — reguluje odmiennie niż określone stosunki typowe. Chronią interesy polityczne lub ekonomiczne własnego państwa w sposób tak przemożny, że uzasadniona jest ich ingerencja bez względu na to, jakie prawo okaże się właściwe dla ocenianego stosunku prawnego. Wyjątkową rolę odgrywają w dziedzinie zobowiązań umownych i deliktowych, mają wszakże znaczenie także w sferze stosunków spadkowych i rodzinnych.

Wokół idei ochrony porządku publicznego koncentruje swe rozważania wielu późniejszych autorów (E. Zitelmann, F. Kahn, E. Frankenstein, K. Neumeyer)[14]. Klauzula porządku publicznego, oprócz swej zasadniczej funkcji negatywnej, może — ich zdaniem — odgrywać także rolę pozytywną, stanowiąc podstawę uwzględnienia własnych norm o charakterze policyjnym niezależnie od tego, jakie prawo rządzi stosunkiem prawnym. W obu swych rolach klauzula stanowi jedynie korektę normalnego rozwiązania kolizyjnego, a nie zasadniczą, czy choćby równoprawną, metodę rozstrzygania kolizji.

Szeroko ujmowano klauzulę porządku publicznego także w prawie angielskim[15], obejmując zakresem jej działania oba rodzaje ingerencji w proces stosowania prawa właściwego. Co więcej, do czasu przyję-

---

[11] Por. na ten temat: B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 81—124; M. Mataczyński: *Przepisy…*, s. 52—67 oraz cytowaną przez tych autorów literaturę.

[12] F.C.von Savigny: *System des heutigen Römischen Rechts*. Achter Band. Berlin 1849, 36 I 276.

[13] Określenia tego używa B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 86.

[14] Por. ibidem, s. 87—101; M. Hellner: *Third country overriding mandatory rules in the Rome I Regulation: old wine in new bottles?* „Journal of Private International Law” December 2009, s. 447.

[15] J. Harris: *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*. In: *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Eds. F. Ferrari, S. Leible. München (Sellier) 2009, s. 297—298 i tam cytowana literatura.

cia konwencji rzymskiej nie odróżniano ingerencji negatywnej od pozytywnej. Klauzula porządku publicznego stanowiła również uzasadnienie dla uwzględniania skutków niezgodności wykonania świadczenia z przepisami kraju trzeciego. Nie traktowano tego jednak jak „stosowania" prawa obcego. Chodziło raczej o ochronę własnych interesów politycznych, polegających na utrzymywaniu dobrych stosunków z państwami zaprzyjaźnionymi. Współcześni autorzy angielscy uznają klauzulę i przepisy wymuszające za „dwie strony tego samego medalu"[16], porównując te instytucje do „tarczy" i „szpady", za pomocą których chroniony jest porządek publiczny państwa[17].

Koncepcyjnego związku między klauzulą porządku publicznego a przepisami wymuszającymi można się, być może, dopatrzyć także w treści cytowanych wcześniej pkt. 37 i 32 preambuł do rozporządzeń Rzym I i Rzym II, w których o obu instytucjach wspomina się w tym samym zdaniu.

Na klauzulę porządku publicznego (tyle że w jej ujęciu negatywnym, co stało się powodem krytyki[18]) powołał się również polski SN w uchwale z 28 maja 1969 r.[19], uzasadniając konieczność uwzględnienia — oprócz prawa zasadniczo właściwego — polskich przepisów szczególnych o dziedziczeniu gospodarstw rolnych, jeżeli przedmiotem dziedziczenia było gospodarstwo położone w Polsce.

Jeszcze inaczej zasadę porządku publicznego ujmowali przedstawiciele nowej szkoły włoskiej z P.S. Mancinim na czele. Przyznawali oni „porządkowi publicznemu" pozycję równoprawnej zasady rozwiązywania kolizji praw, a nie jedynie „zaworu bezpieczeństwa", do którego sięga się zupełnie wyjątkowo. Do zakresu *ordre public* zaliczano normy prawa publicznego (w tym normy chroniące porządek gospodarczy oraz moralną stronę życia społecznego[20]), a także przepisy *iuris cogentis* prawa cywilnego[21]. Poglądy Manciniego dały początek rozważaniom szkoły romańskiej na temat sposobu wyznaczania norm przynależnych do *ordre public*. Spie-

---

[16] T. Hartley: *Mandatory Rules In International Contracts*. „Recueil des Cours" 1997, T. 266, s. 350; A. Chong: *The Public Policy and the Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts*. „Journal of Private International Law" 2006, no. 2, s. 32.

[17] A. Briggs: *Public Policy in the Conflict of Laws: A Sword and a Shield?* 6. „Singapore Journal of International and Comparative Law" 2002, 953 (cyt. za: J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 298).

[18] Por. na ten temat M. Pazdan: *Przepisy szczególne*..., s. 182 i nast.; M. Mataczyński: *Przepisy*..., s. 116—128.

[19] III CZP 23/69. OSN 1970, z. 1, poz. 3, s. 8 i nast.; OSPiKA 1970, z. 10, poz. 196, s. 421 i nast.

[20] B. Fuchs: *Statut kontraktowy*..., s. 102.

[21] M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 12..., s. 31.

rano się o kryteria ich rozróżniania albo o ich katalog — w przypadku ich enumeratywnego wyliczania.

Przedstawicielem szkoły romańskiej, którego poglądy, choć nietypowe w porównaniu z głównym nurtem rozważań, wydają się szczególnie ciekawe z punktu widzenia idei przepisów wymuszających, był F. Despagnet[22]. *Lois d'ordre public* może — jego zdaniem — być uwzględniane wyłącznie w charakterze wyjątku od normalnych reguł kolizyjnych. Nie da się też *a priori* sformułować kryteriów wyznaczania jego zakresu. Zaliczenie określonego przepisu do *lois d'ordre public* zależy bowiem od analizy jego treści, mającej na celu odkrycie intencji ustawodawcy co do zakresu jego działania, przeprowadzanej w świetle założeń ogólnych co do organizacji społeczeństwa. Sam interes państwa w „narzuceniu" swego przepisu nie stanowi tu wystarczającego kryterium. Ustawodawca i doktryna mogą jedynie opisać zjawisko *lois d'ordre public*, natomiast decyzja co do charakteru danego przepisu należy do sędziów, oceniających konkretny stan faktyczny. To oni dokonują wartościowania racji i celów, kryjących się za konkretnymi przepisami. Despagnet wyróżnia także porządek wewnętrzny, odnoszący się jedynie do własnych obywateli, oraz porządek międzynarodowy, mający znaczenie powszechne, porządek oparty na wartościach absolutnych (wspólnych) oraz porządki względne (krajowe).

Zgodne z duchem szkoły romańskiej wydają się natomiast poglądy P. Francescakisa[23], uważanego za autora terminu *lois d'application immédiate*. Analizując sposoby działania klauzuli porządku publicznego w orzecznictwie francuskim, doszedł on do wniosku, że nie chroni ona, nawet w swym pozytywnym wymiarze, porządku publicznego w sposób wystarczający. Ingerencje klauzuli mają bowiem charakter incydentalny. Tymczasem przepisy (prawa publicznego lub prywatnego) danego państwa, za pomocą których realizuje ono swoje polityczne, kulturalne lub społeczno-gospodarcze funkcje[24], składają się na oddzielną katego-

---

[22] Por. B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 103—104 i cytowaną tam literaturę.

[23] P. Francescakis: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris 1958; Idem: *Quelques précisions sur les „lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles sur les conflits de lois*. „Revue critique de droit international privé" [dalej: Rev.crit. de d.i.p.] 1966, N° 55, s. 1—18. Por. także A. Bonomi: *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*. „Yearbook of Private International Law" 2008, vol. 10, s. 288; B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 120—122; M. Mataczyński: *Przepisy…*, s. 52—54.

[24] To samo sformułowanie znalazło się w art. 9 (1) rozporządzenia Rzym I. Zostało ono zaczerpnięte z orzeczenia ETS z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawie karnej przeciwko Jean-Claudowi Arblade'owi (C-369/96) [1999] E.C.R. I-8453, w którym Trybunał odwołał się do belgijskiego pojęcia „lois de police et de sûrete", wykształconego pod wpływem poglądów Francescakisa (tak A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 287—288;

rię. Jest to grupa przepisów tak ważnych dla zapewnienia spójności organizacji państwa, że nie mogą być one w ogóle „konfrontowane" ze zwyczajnymi normami kolizyjnymi i z prawem wskazanym przez te normy jako właściwe. Z natury swej mają one znaczenie terytorialne. Odnoszą się do wszystkich sytuacji zlokalizowanych na danym terytorium. Znajdują zastosowanie „bezpośrednio", to jest bez pośrednictwa jakiejkolwiek normy kolizyjnej, ogólnej czy szczególnej. Ich zakres przestrzenny wynika z celu, któremu służą. Francescakis nie wyklucza możliwości zastosowania także obcych przepisów bezpośredniego działania, pod warunkiem ich zgodności z porządkiem publicznym *forum*.

Idea ochrony ważnych społecznie celów, traktowana nie jak wyjątek, lecz jak równoprawna metoda kolizyjna, pojawia się także w pracach uczonego holenderskiego L.I. de Wintera[25]. Metodę tę określa on mianem „funkcjonalnej". Polega ona na braniu pod uwagę norm prawnych i kryjących się za nimi interesów wszystkich państw związanych z danym stanem faktycznym, porównywaniu ich i wyborze rozwiązania możliwego do zaakceptowania przez te wszystkie państwa, a gdy okaże się to niemożliwe — na wyborze interesów ważniejszych. Ocena znaczenia owych społecznych interesów i celów należy do sądu rozstrzygającego dany stan faktyczny. Wśród przepisów chroniących interesy społeczne wyróżnia on normy *iuris cogentis* oraz normy mandatoryjne w znaczeniu międzynarodowym. Te ostatnie określa jako „normy bezwzględnie wiążące, które realizują tak istotne funkcje społeczne, że nie mogą być poświęcone nawet w stosunkach międzynarodowych". Zdaniem de Wintera, należy uwzględniać także normy kraju trzeciego, jeżeli są one zainteresowane ocenianym stanem faktycznym, chyba że ich zastosowaniu sprzeciwi się klauzula porządku publicznego *fori* w jej ujęciu negatywnym, albo jeżeli chronione przez nie interesy okażą się mniej ważne niż interesy państwa siedziby sądu. Poglądy de Wintera wywarły wpływ na decyzję holenderskiego *Hoge Raad* w sprawie *Alnati*[26], która stanowiła

por. także R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private International Law of Obligations*. Sweet & Maxwell 2009, s. 335).

[25] Prace L.I. de Wintera znane są dzięki publikacji J. Sultsz: *Dutch Antecedens and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" [dalej: RabelsZ] 1983, Nr. 47, s. 267. Por. też M. Hellner: *Third country*..., s. 449; M. Mataczyński: *Przepisy*..., s. 56—58; B. Fuchs: *Statut kontraktowy*..., s. 115.

[26] Orzeczenie z dnia 13.05.1966 r. [1967], *Nederlandse Jurisprudentie* No 3; por. opis orzecz. w: M. Mataczyński: *Przepisy*..., s. 173 lub T. Hartley: *Mandatory Rules*..., s. 358. Strony umowy przewozu ziemniaków z Antwerpii do Rio de Janeiro (które uległy częściowemu zniszczeniu) wybrały dla niej prawo holenderskie. *Hoge Raad* rozważał możliwość uwzględnienia — obok prawa właściwego — także przepisów belgijskiego ko-

podstawę dla art. 13 Traktatu Beneluksu z 1969 r. Ten ostatni przepis stał się z kolei wzorem dla art. 16 Konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów o przedstawicielstwie handlowym z 1978 r., a pośrednio również dla art. 3 (3) oraz art. 7 konwencji rzymskiej. W sprawie *Alnati* holenderski Sąd Najwyższy przyznał, że w niektórych przypadkach inne państwo może mieć tak silny interes w „przeforsowaniu" określonego przepisu, że sądy holenderskie interesy takie powinny uwzględniać.

Poglądy L.I. Wintera wydają się próbą recepcji amerykańskiej analizy funkcjonalnej, która w prawie kolizyjnym Stanów Zjednoczonych[27] odgrywa rolę zasadniczej metody rozwiązywania kolizji, a zakresem jej działania objęte są zarówno normy prawa prywatnego, jak i publicznego. Stanowi ona swoiste połączenie analizy i porównywania zaangażowanych interesów różnych państw z klasycznymi powiązaniami kolizyjnymi. Decyzja kolizyjna dotyczy konkretnego przepisu, a nie prawa właściwego dla oceny całego stosunku. Podejmowana jest przez sąd na użytek danego, a nie typowego, stanu faktycznego i zależy od celu (*interest*, *policy*) tego przepisu oraz intensywności powiązania danej kwestii spornej z porządkiem prawnym, do którego przepis ten należy. Z celu przepisu wywodzi się w drodze interpretacji wskazówki co do jego zasięgu działania w przestrzeni. W przypadku kolizji przepisów pochodzących z różnych porządków prawnych (a dokładniej: kolizji chronionych przez te przepisy *policies*) liczy się intensywność, z jaką dane państwo „forsuje" swoje *policy*, oraz siła związku między porządkiem prawnym danego państwa a ocenianą kwestią sporną. Im związek ten jest silniejszy, tym słabsza *policy* zasługuje na ochronę, i odwrotnie — im jest ona ważniejsza z punktu widzenia interesów danego państwa, tym słabsze może być powiązanie, o którym mowa. Fundamentalne *policies* prawa siedziby sądu mają pierwszeństwo nawet w przypadku słabego związku kwestii spornej z *legis fori*. Wybór „lepszej normy prawnej" (lepszej *policy*) zależy wreszcie od porównania materialnoprawnych skutków jej zastosowania lub pominięcia. Nie bez znaczenia są również takie cele ogólne, jak: interesy wspólnoty międzynarodowej, promowanie współpracy między państwami, ochrona oczekiwań stron stosunku prawnego, dążenie do harmonii rozstrzygnięć itp. Porównywanie celów kolidujących norm prawnych dokonywane jest z punktu widzenia wartości przyjmowanych w systemie prawnym *fori*.

---

deksu handlowego, nakładających na przewoźnika ciężar dowodu, że do uszkodzenia towaru doszło z powodów od niego niezależnych. Ostatecznie jednak odmówił ich uwzględnienia z uwagi na brak wystarczająco silnego powiązania ze sprawą.

[27] Por. M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy*…, s. 181—225 i cytowaną tam literaturę.

Sposób działania przepisów wymuszających jest porównywany do amerykańskich koncepcji określanych mianem analizy funkcjonalnej. Różnica polega na tym, że to, co w Stanach Zjednoczonych stanowi zasadniczą metodę rozwiązywania kolizji, w Europie nie jest niczym więcej niż dopuszczoną na zasadzie wyjątku korektą podstawowego mechanizmu kolizyjnego[28].

Za teoretyczną podbudowę art. 7 ust. 1 konwencji rzymskiej, w którym przewidziano możliwość uwzględniania przepisów wymuszających kraju trzeciego, uważa się[29] również doktrynę *Sonderanknüpfung*[30] (lub *Sonderstatut*) autorów niemieckich W. Wenglera[31] i K. Zweigerta[32], do której nawiązywali także K.H. Neumayer[33] i L.I. de Winter[34]. Jest ona, za W. Wenglerem, porównywana do francuskiej *dépeçage*. Przepis imperatywny kraju trzeciego, pozostający w bliskim związku z ocenianym stanem faktycznym i nienaruszający *ordre public* prawa sądu, może znaleźć zastosowanie na podstawie szczególnej normy kolizyjnej (szczególnego powiązania), określającej przestrzenny zakres jego działania. Norma taka może wynikać wprost z treści danego przepisu imperatywnego albo może być ustalona przez sąd za pomocą wykładni, dzięki analizie jego celu i charakteru. Uwzględnianie przepisów imperatywnych kraju trzeciego powinno, zdaniem Wenglera i Zweigerta, zwiększyć poziom międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć.

---

[28] Por. np. J. von Hein: *Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution*. In: *Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium. The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States? Contract and Tort Law*. „Tulane Law Review" May 2008, s. 1663—1706, którego zdaniem ewolucja europejskiego prawa kolizyjnego w kierunku unilateralizmu, dokonywana poprzez koncepcję przepisów wymuszających, przebiega pod wpływem amerykańskiej „rewolucji".

[29] Por. np. M. Hellner: *Third country…*, s. 448—449; J. Harris: *Mandatory Rules…*, s. 302; B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 111—114; M. Mataczyński: *Przepisy…*, s. 54—55.

[30] B. Fuchs (*Statut kontraktowy…*, s. 111 i nast.) termin ten tłumaczy jako „powiązanie szczególne".

[31] W. Wengler: *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*. „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft" 1941, Nr. 54, s. 168, 172.

[32] K. Zweigert: *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote*. RabelsZ 1942, Nr. 14, s. 283—307.

[33] K.H. Neumayer: *Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en droit internationals privé des obligations*. Rev.crit. de d.i.p. 1957, N° 46, s. 579 oraz Rev.crit. de d.i.p. 1958, N° 47, s. 53.

[34] Por. przyp. 25.

4. Współczesne ujęcia koncepcji przepisów wymuszających Artykuł 9 (1) rozporządzenia Rzym I

Ujawnione w przeszłości różnice w podejściu do problemu ochrony porządku publicznego za pomocą pozytywnie działających norm imperatywnych, będących wyrazem szczególnych interesów państwa, uwidoczniają się także na tle współczesnych ujęć instytucji przepisów wymuszających. Ścierają się podejścia bardziej (Niemcy) lub mniej (Francja, Belgia, Włochy) wstrzemięźliwe. Przepisy wymuszające traktowane są przez jednych, jak osobna kategoria norm, przez innych, jak pojedyncze przepisy, których wymuszający charakter zależy od wielu ocennych kryteriów. Możliwość ingerencji w normalny mechanizm kolizyjny czasami uznawana jest za równoprawną metodę kolizyjną, kiedy indziej — za rozwiązanie równie wyjątkowe, jak klauzula porządku publicznego w jej ujęciu negatywnym. Spory dotyczą również możliwości ustalenia *a priori* wymuszającego charakteru typowych przepisów prawnych. Zdaniem wielu autorów, można mówić jedynie o potencjalnym charakterze wymuszającym przepisów określonego typu, konkretna decyzja dotyczy bowiem zawsze danego przepisu, zależy od analizy jego natury i celu, i podejmowana jest przez sąd na tle rozstrzyganego stanu faktycznego[35]. Różnice zdań (nierzadko pozorne) dotyczą wreszcie znaczenia przepisów wymuszających kraju trzeciego.

Spory i różnice zdań, o których mowa, w żadnym jednak razie nie odnoszą się do przydatności samej koncepcji przepisów wymuszających, podobnie jak nikt nie kwestionuje znaczenia klauzuli porządku publicznego w jej ujęciu negatywnym. Rozważania przedstawicieli doktryny w najnowszej literaturze koncentrują się przede wszystkim na różnicach między art. 7 konwencji rzymskiej, który ukształtował współczesne rozumienie tej instytucji w krajach zachodnich, a art. 9 rozporządzenia Rzym I. Wątpliwości budzi zwłaszcza pytanie, na ile nowa definicja przepisów wymuszających z art. 9 (1) rozporządzenia wpłynie na zmianę sposobu ich pojmowania. Nie jest jasne, czy decyzja co do wymuszającego charakteru danego przepisu pozostaje nadal w gestii prawa krajowego, czy też w jakimś (i w jakim) stopniu zależy od prawa europejskiego, w tym zwłaszcza od wykładni Trybunału Sprawiedliwości

[35] Możliwe są różne decyzje sądu w odniesieniu do tego samego przepisu (por. np. orzeczenia francuskiego *Cour de Cassation* dotyczące charakteru przepisu przyznającego podwykonawcy bezpośrednie roszczenie o wynagrodzenie przeciwko inwestorowi; por. przyp. 41 poniżej).

Unii Europejskiej. Nie ma także zgody co do tego, na ile luki pozostawione w art. 9 rozporządzenia mogą być wypełniane z powołaniem się na krajowe „klauzule przepisów wymuszających". To ostatnie pytanie dotyczy zwłaszcza możliwości uwzględniania przepisów kraju trzeciego, innego niż państwo, w którym umowa ma być wykonana.

Artykuł 7 konwencji rzymskiej miał stanowić gwarancję równowagi między dwoma zasadniczymi założeniami: rezygnacji z krajowych norm kolizyjnych na rzecz norm ujednoliconych — z jednej strony, i ochrony krajowych porządków publicznych — z drugiej. O charakterze wymuszającym danego przepisu decydowało bowiem wyłącznie prawo państwa, z którego przepis ten się wywodził. Nieco inaczej skonstruowany został art. 9 (1) rozporządzenia. *Prima facie* wydaje się, że wprowadza on samodzielne (ujednolicone i autonomiczne) pojęcie przepisów wymuszających, zawężone w porównaniu z art. 7 konwencji. Wynika z niego również, w połączeniu z pkt. 37 preambuły, nakaz bardziej wstrzemięźliwego korzystania z tej instytucji. Oprócz określeń sugerujących samodzielność definicji, w treści art. 9 (1) znalazło się jednak także odwołanie do sposobu traktowania przepisu przez państwo, które go wydało. To jego stanowisko rozstrzyga o tym, czy przepis stanowi tak istotny element ochrony jego własnego porządku publicznego, że znajduje zastosowanie bez względu na prawo właściwe. Może się więc wydawać, że definicja przepisów wymuszających z art. 9 (1) rozporządzenia zawiera w sobie sprzeczność. Z jednej strony zmierza do narzucenia państwom ujednoliconego pojęcia przepisów wymuszających, z drugiej zaś odwołuje się do stanowiska danego państwa w kwestii charakteru jego przepisów. Sprzeczność ta stanowi źródło wątpliwości interpretacyjnych. W literaturze zwraca się uwagę przynajmniej na trzy możliwe sposoby wykładni art. 9 (1) rozporządzenia[36].

Wedle pierwszego sposobu wykładni, nie ma żadnej istotnej różnicy między art. 7 konwencji a art. 9 (1) rozporządzenia. Usunięto jedynie mylący termin „przepisy bezwzględnie wiążące", który występował w innym znaczeniu na tle art. 3 (3), art. 5 (2) i art. 6 (1), a w innym — na tle art. 7 i art. 9 (6) konwencji, zastępując go określeniem opisowym, skonstruowanym w taki sposób, aby różnicę tę uwypuklić. Chodziło właśnie o podkreślenie, że przepisy wymuszające to coś więcej niż zwykłe przepisy bezwzględnie wiążące[37]. To przepisy chroniące interesy publiczne państwa w sposób tak przemożny, że znajdują zastosowanie bez względu na prawo właściwe. I odwrotnie, jeżeli „zdaniem państwa" należy je stosować niezależnie od mechanizmu kolizyjnego, oznacza to,

[36] Por. A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 287—295; R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 334—343 i tam cytowani autorzy.

[37] M. Mataczyński (*Przepisy…*, s. 44) nazywa je „przepisami o podwójnie imperatywnym charakterze".

że są przez to państwo traktowane „jako kluczowe" dla ochrony jego interesów publicznych[38].

Zgodnie z drugim sposobem rozumienia art. 9 (1), zawarta w nim definicja przepisów wymuszających jest bardziej restryktywna, zachęca do wstrzemięźliwości i podkreśla wyjątkową dopuszczalność ingerencji za pomocą przepisów wymuszających[39]. Nowe ujęcie może być także wzorem dla krajowych (pisanych lub niepisanych) „klauzul generalnych", mających znaczenie dla całego prawa prywatnego międzynarodowego. O ewentualnym charakterze wymuszającym konkretnego przepisu decyduje jednak wyłącznie państwo, które przepis ten forsuje.

Istnieje jednak także trzeci możliwy sposób interpretacji art. 9, zgodnie z którym przepis ten ma na celu nie tylko ujednolicenie klauzuli ogólnej, ale wpływa też na charakter określonych kategorii przepisów wymuszających[40]. Można bowiem twierdzić, że w art. 9 zawarto dwie niezależne przesłanki decyzji w kwestii wymuszającego charakteru określonego przepisu. Musi się on „zmieścić" w ramach owej klauzuli ogólnej, i za taki musi go uznawać państwo, które przepis ten wydało. Przyjęcie takiej wykładni art. 9 (1) oznaczałoby „rewolucję" dla tych państw, w których funkcjonuje szersze pojęcie przepisów wymuszających. Zniweczyłoby to także równowagę między ideą ujednolicania norm kolizyjnych a zgodą na ochronę krajowych porządków publicznych w sposób w tych krajach przewidziany.

Obawy, o których mowa, związane są w szczególności z tą częścią definicji z art. 9 (1) rozporządzenia, w której wskazuje się, że chodzi o przepisy kluczowe dla ochrony **interesów publicznych** państwa. Czy zwrot ten oznacza wyłączenie *a priori* z jej zakresu kategorii przepisów chroniących interesy prywatne jednostek, choćby pośrednio chroniły również interesy zbiorowe określonych grup społecznych? W doktrynie francuskiej i niemieckiej znane jest rozróżnienie na *lois de police „de direction"* i *lois de police „de protection"* oraz odpowiednio na *Eingriffsnormen* i *Parteischutzvorschriften* lub *Sonderprivatrecht*. Pierwsze chronią interesy publiczne państwa (np. przepisy antymonopolowe, antykorupcyjne, celne, licencje importowo-eksportowe, embargo, przepisy chroniące system walutowy, obrót nieruchomościami, dziełami sztuki, zapewniające

[38] Por. R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 336.

[39] Chodzi bowiem tylko o przepisy uważane przez państwo za „kluczowe" dla ochrony „jego interesów publicznych".

[40] Mogą go potwierdzać orzeczenia ETS w sprawach *Arblade* (wyrok ETS z 23 listopada 1999 r. w sprawach połączonych C-369/96 i C-376/96, ECR 1999, s. I-8453) i *Mazzoleni* (wyrok ETS z 15 marca 2001 r. w sprawie C-165/98, ECR 2001, s. I-2189), w których krajowe pojęcia przepisów wymuszających podporządkowano prawu europejskiemu. Por. A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 290.

nadzór nad bankami, przewidujące obowiązkowe ubezpieczenie działalności gospodarczej itp.), drugie zaś — przywracają zachwianą równowagę między stronami umowy (chroniąc słabszego kontrahenta: pracownika, konsumenta, najemcę, agenta, franczyzobiorcę, kredytobiorcę, ubezpieczonego, poszkodowanego, podwykonawcę itp.). Podczas gdy we Francji, Belgii i Włoszech pojęciem *lois d'application immédiate* obejmuje się — przynajmniej potencjalnie — obie kategorie[41], w doktrynie niemieckiej przeważa podejście restryktywne. Rolę przepisów wymuszających odgrywać mogą — co do zasady — wyłącznie *Eingriffsnormen*[42]. Podobne podejście wynika z orzecznictwa *Bundesarbeitsgericht* w odniesieniu do przepisów chroniących pracownika[43]. Także *Bundesgerichtshof,* po okresie niepewności, wyłączył możliwość odwołania się do koncepcji przepisów wymuszających w odniesieniu do niektórych przepisów chroniących słabszego kontrahenta [44] . Przeciwnie, w brytyjskim *Employment Rights Act,*

---

[41] Podejście sądów francuskich wydaje się szczególnie liberalne. Stosują one koncepcję przepisów wymuszających w odniesieniu do przepisów chroniących pracowników, konsumentów i ubezpieczonych. Por. np. orzeczenia dotyczące obowiązku spisania umowy o pracę w języku francuskim, prawa do posiadania reprezentacji pracowniczej w spółce córce mającej siedzibę we Francji, ochrony przed zwolnieniem z pracy, cyt. za: R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 341, przyp. 51—59. Szczególne zainteresowanie towarzyszy orzeczeniom francuskiego *Cour de Cassation*, których przedmiotem jest wymuszający charakter art. 12—15 francuskiej ustawy o ochronie podwykonawców (Loi nº 75—1334 du 31 décembre 1975), przyznających podwykonawcy bezpośrednie roszczenie o wynagrodzenie przeciwko zamawiającemu. W orzeczeniu *cass.civ.* z dnia 23.01.2007 r. w sprawie *Campenon Bernard Méditerranée* Sąd odmówił zaliczenia tego przepisu do kategorii francuskiego *ordre public international*, nie dopuszczając do „przełamania" zasadniczo właściwego prawa niemieckiego. Rozwiązanie przeciwne przyjął natomiast w orzeczeniach z dnia 30.11.2007 r. (w sprawie *Agnitis*) oraz z dnia 30.01.2008 r. (w sprawie *DIW Instandhaltung GmbH*), uznając przedmiotowe przepisy za przynależne do kategorii *lois de police* w rozumieniu art. 7 (2) konwencji rzymskiej (por. opis orzeczeń: J. Kondring: *Das französische Subunternehmergesetz als Eingriffsnorm — Trylogie einer Identitätsfindung.* „Recht der Internationalen Wirtschaft" 2009, H. 3, s. 118—126). Kondring powątpiewa, czy przedmiotowe przepisy mieszczą się w definicji ze sprawy *Arblade,* roszczenie podwykonawcy ma bowiem charakter cywilnoprawny. Zalecając wstrzemięźliwość, cytuje poglądy francuskiej doktryny, zgodnie z którymi bardziej właściwa wydawałaby się w tym wypadku kwalifikacja deliktowa (pozaumowna) roszczenia.

[42] Por. A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 291 i nast.

[43] Przepisy prawa pracy co do zasady nie mają charakteru wymuszającego (tak orzeczenie z dnia 13 listopada 2007 r. AZR 135/07). Charakter taki przyznaje się jednak przepisom chroniącym pracowników niepełnosprawnych oraz matki (por. orzeczenia cytowane przez R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 338, przyp. 26, s. 340, przyp. 42 i 44).

[44] Por. np. orzeczenie z dnia 13 grudnia 2005 r. XI ZR 82/05 (cyt. za: A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 292, przyp. 22). Por. wszakże R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 340 i cytowane tam orzeczenia BGH, dotyczące przepisów wyzna-

1966 zamieszczono wyraźne stwierdzenie, przewidujące jego stosowanie bez względu na prawo właściwe dla umowy o pracę[45].

Próbując przewidzieć, który z przytoczonych sposobów wykładni przeważy, należy wziąć pod uwagę — jak sądzę — następujące racje. Rozporządzenie Rzym I jest kontynuacją konwencji rzymskiej. Podobnie jak w konwencji, w rozporządzeniu ujednolicono instrumenty ochrony porządku publicznego (art. 9 i 21), ale zadanie wypełnienia tego porządku konkretną treścią pozostaje już w gestii poszczególnych państw. Jest to jakaś forma „rekompensaty" za rezygnację z krajowych norm kolizyjnych. Definiując pojęcie przepisów wymuszających, skorzystano ze sformułowań użytych przez Trybunał w sprawie *Arblade*, dotyczącej belgijskiego pojęcia *lois de police et de sûrete*. Wydaje się nieprawdopodobne, aby twórcy art. 9 (1) za pomocą formuły Francescakisa zamierzali odwołać się do wąskiego, niemieckiego sposobu rozumienia przepisów wymuszających[46].

Przeciwko takiej interpretacji przemawiają również argumenty historyczne. Począwszy od Savigny'ego, rozważania wszystkich autorów dotyczyły zarówno przepisów prawa publicznego, jak i prywatnego, o ile ingerowały one „z zewnątrz" w stosunek cywilnoprawny w sposób tak przemożny i z tak ważnych powodów, że ingerencję taką można było zakwalifikować jako ochronę porządku publicznego państwa. Sformułowanie „interesy publiczne" należy, jak się wydaje, traktować jako nawiązanie do roli, jaką odgrywa instytucja przepisów wymuszających. Roli podobnej do tej, która jest udziałem klauzuli porządku „publicznego" z art. 21 rozporządzenia. Normy chroniące w pierwszym rzędzie interesy jednostek mogą mieć także istotne (choć wtórne) znaczenie dla społecznej, gospodarczej lub politycznej organizacji państwa[47]. Będzie to zależeć od „siły", z jaką państwo normy takie „forsuje". Historia instytucji przepisów wymuszających pokazuje wreszcie, że tak jak nie da się przeprowadzić wyraźnej granicy między przepisami prawa publicznego i prywatnego, tak nie można oddzielić interesów publicznych i prywatnych. Jedną z głównych zalet koncepcji przepisów wymuszających jest właśnie to, że obejmuje ona „szarą strefę" między prawem publicznym a prawem prywatnym.

Prawdopodobieństwo restryktywnej wykładni definicji przepisów wymuszających jest niewielkie także z tego powodu, że sam Trybynał

---

czających stawki wynagrodzeń architektów i inżynierów, przepisów chroniących najemców i nabywców domów, które sądy uznały za wymuszające w konkretnych stanach faktycznych.

[45] R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 336.

[46] Por. przyp. 24.

[47] Tak A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 293.

przepisy chroniące pracownika[48] lub słabszego kontrahenta[49] uznaje za wydawane w interesie publicznym[50]. Podobne znaczenie nadaje także przepisom mającym zapewnić wysoki standard usług publicznej służby zdrowia. Trudno wyobrazić sobie, aby Trybunał mógł przyjąć inne kryteria oceny w odniesieniu do krajowych przepisów chroniących te same cele.

Sposób wykładni art. 9 (1) rozporządzenia zależy wreszcie, a może przede wszystkim, od sensu i istoty instytucji przepisów wymuszających. Decyzje sądów, a niekiedy także ustawodawców, w kwestii wymuszającego charakteru przepisu są zawsze indywidualne. Zależą od treści i celu **danego** przepisu, a nie przepisów określonego typu. Można więc ujednolicić klauzulę ogólną, stanowiącą podstawę i ramy ich stosowania (lub uwzględniania), nie da się natomiast *a priori* narzucić znaczenia określonej kategorii przepisów. Podobnie jak nie da się usztywnić katalogu podstawowych zasad porządku prawnego na użytek ujednoliconej klauzuli porządku publicznego w ujęciu negatywnym (art. 21 rozporządzenia Rzym I).

Przedstawione racje zdają się wskazywać na drugi sposób wykładni art. 9 (1) rozporządzenia. Zaleca on państwom członkowskim wstrzemięźliwość i wyjątkowe korzystanie z ingerencji za pomocą przepisów wymuszających. Niemniej jednak o znaczeniu konkretnego przepisu decyduje państwo, które przepis ten wydało. Niekiedy sam ustawodawca określa przestrzenny zakres takiego przepisu, częściej robią to sądy rozstrzygające konkretny spór. Zasada, że każde państwo samo decyduje o wymuszającym charakterze swoich norm prawnych, dotyczy również znaczenia przepisów kraju trzeciego. Przedstawiony sposób wykładni pozwala, przynajmniej co do zasady, zachować tę samą przejrzystą i logiczną konstrukcję, z jaką mieliśmy do czynienia w przypadku art. 7 konwencji. Rzecz jasna, Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej przysługuje jakiś rodzaj ogólnego nadzoru nad orzecznictwem krajów członkow-

---

[48] Tak ETS w sprawie *Arblade*, a także w wielu późniejszych orzeczeniach (cyt. przez: R. Plendera, M. Wilderspina: *The European*..., s. 339, przyp. 34).

[49] W orzecz. z dnia 26 października 2006 r., C-168/05, w sprawie *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium*, ETS przyznał, że przepisy dyrektywy 93/13 dotyczącej nieuczciwych klauzul umownych stanowią składnik porządku publicznego (cyt. za: A. Bonomi: *Overriding mandatory*..., s. 294, przyp. 32). Por. także orzeczenia cyt. przez: R. Plendera, M. Wilderspina: *The European*..., s. 339, przyp. 38.

[50] Por. także orzeczenie ETS z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie *Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc.*, ECR 2000, I—9305, w którym Trybunał uznał angielskie przepisy implementujące dyrektywę o agentach handlowych (chroniącą w pierwszym rzędzie interesy prywatne) za przepisy wymuszające z tego powodu, że mają one na względzie nadrzędne interesy prawa europejskiego oraz ochronę swobody przepływu usług i wolnej konkurencji.

skich, choćby przez kontrolę zgodności z prawem europejskim. Równie oczywisty jest też wzajemny przepływ idei, koncepcji i poglądów[51]. Decyzje sądów krajowych nie pozostają bez znaczenia dla decyzji Trybunału w odniesieniu do podobnych przepisów prawa europejskiego, i odwrotnie. Przyczynia się to — w dłuższej perspektywie — do tworzenia harmonijnego systemu prawa wspólnego.

Bez względu na to, który z wariantów interpretacyjnych okaże się miarodajny, i jak dalece Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej będzie ingerować w potencjalną ocenę charakteru określonych kategorii przepisów, nie da się uniknąć jakiegoś stopnia konfrontacji między krajową a unijną perspektywą koncepcji przepisów wymuszających. Konfrontacja taka zachodzi już zresztą od dłuższego czasu, i nie był dla niej przeszkodą art. 7 konwencji. Dlatego wypracowanie własnego, polskiego stanowiska w tej kwestii jest sprawą niecierpiącą zwłoki[52]. Jest to konieczne także na wypadek, gdyby polskie przepisy wymuszające miały być uwzględnione przez sąd obcy jako przepisy kraju trzeciego. Rozwój krajowego orzecznictwa dotyczącego wymuszającego charakteru określonych przepisów polskiego prawa przyspieszyłoby zamieszczenie w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym ogólnej klauzuli, precyzującej kryteria oceny i stanowiącej podstawę konkretnych decyzji sądu, nawet jeżeli podobne klauzule ogólne rozporządzeń UE miałyby — w zakresie w nich uregulowanym — pierwszeństwo. Klauzula taka znalazła się w art. 8 projektowanej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym. Sposób zdefiniowania przepisów wymuszających przypomina art. 7 (2) konwencji (albo art. 16 rozporządzenia Rzym II), choć znalazły się tam także akcenty obecne w art. 9 (1) rozporządzenia Rzym I. Chodzi mianowicie o stwierdzenie, że wymuszający charakter przepisu musi wynikać z jego treści lub celu, jak również o podkreślenie, że analiza przepisu powinna być wstrzemięźliwa. Wymuszający charakter przepisu musi być niewątpliwy.

---

[51] Zwracają na to uwagę przedstawiciele doktryny amerykańskiej, doświadczeni w określaniu relacji między prawem stanowym a prawem federalnym (por. np. D. Solomon: *The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats*. In: *Proceedings of the Duke Law Center…*, s. 1709 i nast., s. 1737—1738).

[52] A. Bonomi (*Overriding mandatory…*, s. 289) przestrzega, że największe kłopoty z art. 9 (1) rozporządzenia będą miały kraje, które nie wypracowały dotąd własnego pojęcia przepisów wymuszających.

5. Przepisy wymuszające kraju trzeciego

W art. 8 ust. 2 projektu nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym przewidziano możliwość uwzględnienia przepisów wymuszających kraju trzeciego oraz określono przesłanki, które w tym celu muszą być spełnione. Normy kolizyjne o podobnej treści znalazły się: w art. 20 ustawy belgijskiej z 2004 r., art. 19 ustawy szwajcarskiej z 1987 r., art. 3079 ustawy Quebecu z 1987 r., art. 1.11 ust. 2 ustawy litewskiej z 2000 r., art. 40 ust. 2 ustawy bułgarskiej z 2005 r., art. 14 ustawy ukraińskiej z 2004 r., a także w zmienionych na przełomie XX i XXI w. kodeksach cywilnych republik postradzieckich (w art. 1192 ust. 2 rosyjskiego k.c., art. 1100 białoruskiego k.c., art. 1091 ust. 2 kazachskiego k.c., art. 1174 ust. 2 kirgiskiego k.c.). Możliwość uwzględniania przepisów wymuszających kraju trzeciego przewidziano również w art. 13 Traktatu Beneluksu z 1969 r., art. 1.16 projektu ustawy holenderskiej, art. 9 Rezolucji bazylejskiej oraz w art. 16 Konwencji haskiej o prawie właściwym dla umów o przedstawicielstwie handlowym z 1978 r.

Dopuszczalność i podstawa prawna uwzględniania przepisów wymuszających kraju trzeciego od dawna stanowiły przedmiot sporów doktrynalnych. Za ich uwzględnianiem, ze względu na harmonię rozstrzygnięć i *comity*, opowiadało się wielu autorów, w tym zwłaszcza: W. Wengler, K. Zweigert, K.H. Neumayer i L.I. de Winter. Godził się na to także P. Francescakis. W atmosferze, którą stworzyli przedstawiciele doktryny, powstał art. 7 (1) konwencji rzymskiej[53], pozwalający na „przyznanie skutku przepisom bezwzględnie obowiązującym prawa innego państwa, z którym stan faktyczny wykazuje ścisły związek, jeżeli i o tyle, o ile przepisy te według prawa tego państwa stosuje się bez względu na to, jakiemu prawu umowa podlega. Przy rozstrzyganiu, czy przepisom tym ma być przyznany skutek, należy mieć na uwadze ich istotę i przedmiot, a także skutki, które wynikałyby z ich zastosowania lub niezastosowania". Z uwagi na nowatorski charakter przepisu i obawy, jakie rodził on w niektórych kręgach, autorzy projektu konwencji Giuliano i Lagarde przewidzieli możliwość przyjęcia jej z zastrzeżeniem art. 7 ust. 1. Z możliwości tej skorzystały: Irlandia, Niemcy, Litwa[54], Luksemburg, Portugalia, Słowenia i Wielka Brytania.

---

[53] Por. uwagi na temat pośredniego wpływu L.I. de Wintera oraz sprawy *Alnati* na kształt art. 7 konwencji, zawarte w pkt. 3 niniejszego artykułu.

[54] Mimo że art. 1.11 ust. 2 litewskiego kodeksu cywilnego z 2000 r. pozwala na uwzględnianie przepisów kraju trzeciego.

W uzasadnieniach do zastrzeżeń podnoszono[55], że przepis ten wprowadza zbyt wiele niepewności, jego przesłanki są płynne, w wyniku czego sąd uzyskuje za dużo swobody. Cierpi na tym bezpieczeństwo obrotu i postulat przewidywalności wyniku sporu. Nakłada też na sądy zbyt poważne obowiązki, co może grozić przedłużeniem postępowania. Muszą one badać zbyt wiele przepisów zbyt wielu państw, które ponadto mogą być z sobą sprzeczne. Pojęcie ścisłego związku ze stanem faktycznym jest za szerokie i mało precyzyjne, a proces ważenia interesów w przypadku kolizji odpowiednich przepisów należących do *legis fori*, *legis causa* i do prawa kraju trzeciego — zbyt skomplikowany. Uwzględnianie obcego *ordre public* nie znajduje także wystarczającego uzasadnienia teoretycznego. Artykuł 7 ust. 1 nie jest wreszcie potrzebny. Można bowiem znaleźć zadowalające rozwiązanie na tle prawa właściwego, które zapewne przeszkodzi wykonaniu umowy sprzecznej z prawem miejsca wykonania, niemożliwej lub niezgodnej z zasadami słuszności. Przepisy kraju trzeciego będą wówczas uwzględniane jako elementy stanu faktycznego, a ich wpływ na losy stosunku umownego — poddany ocenie statutu kontraktowego. Można wreszcie skorzystać z klauzuli porządku publicznego *fori* w jej ujęciu pozytywnym i na jej podstawie zastosować te przepisy kraju trzeciego, które służą ochronie własnego porządku[56].

Zwolennicy uwzględniania przepisów kraju trzeciego podkreślają natomiast zalety tego rozwiązania: zwiększa ono harmonię rozstrzygnięć, zabezpiecza prawidłowy rozwój stosunków międzynarodowych (*comity*) oraz zapewnia uznanie i wykonanie orzeczenia w kraju, którego przepisy zostaną wzięte pod uwagę[57]. Ten ostatni postulat, ze względu na ograniczenie możliwości odmowy uznania i wykonania obcego orzeczenia w rozporządzeniu Bruksela I[58], ma dziś znaczenie w odniesieniu do państw spoza Unii Europejskiej. Nie można też, dodają niektórzy obrońcy art. 7 ust. 1 konwencji, odmawiać innym państwom ochrony, której żąda się dla siebie[59].

---

[55] Por. J. Harris (*Mandatory Rules*…, s. 275—276) na temat argumentów sformułowanych przez niemiecki *Bundesrat* i bardzo podobnych argumentów angielskiego Ministerstwa Sprawiedliwości. Por. także R. Plender, M. Wilderspin: *The European*…, s. 345 oraz B. Fuchs: *Statut kontraktowy*…, s. 159 i nast.

[56] O czym dalej.

[57] Tak np. A. Bonomi: *Overriding mandatory*…, s. 298; O. Lando: *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. „Common Market Law Review" 1987, no. 24, s. 167. Por. także J. Harris: *Mandatory Rules*…, s. 279.

[58] W art. 33 i nast. Rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. WE 2001, L 12/1 ze zm.

[59] Tak np. M. Martinek: *Das Internationale Kartellprivatrecht. Ein Beitrag zur kollisionsrechtlicher Sondewranknüpfung im internationalen Wirtschaftrecht*. Heidelberg 1987, s. 37 (cyt. za: B. Fuchs: *Statut kontraktowy*…, s. 164).

Praktyka nie potwierdziła obaw zgłaszanych pod adresem art. 7 ust. 1 konwencji[60]. Przepisy kraju trzeciego uwzględniane są z umiarem[61], a decyzja w tej kwestii nie stwarza szczególnych trudności, nie przedłuża postępowania i nie podnosi jego kosztów. Sądy nie badają z urzędu wszystkich potencjalnie możliwych przepisów wymuszających wszystkich państw związanych z umową[62]. Ograniczają swoje zainteresowanie do analizy takiego przepisu lub przepisów obcego prawa, które wpłynęły na losy stosunku prawnego, stając się niejako elementem stanu faktycznego, przepisu lub przepisów mających tak istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, że sąd po prostu nie może ich nie zauważyć. Ponieważ na taki przepis powołują się także strony sporu, trudno mówić o nieprzewidywalności i niepewności, która miałaby być następstwem przyjęcia art. 7 ust. 1 konwencji. Rzadko też zdarza się, aby strony, a przynajmniej jedna z nich, nie znały przepisu, o który chodzi, już w chwili zawierania umowy. Znacznie częściej dokonują one wyboru innego prawa po to właśnie, by od takiego przepisu uciec[63]. Nie jest przypadkiem, że koncepcja przepisów wymuszających w swym początkowym rozwoju traktowana była jak instrument ograniczający swobodę wyboru prawa właściwego przez strony.

Nie przekonuje również zarzut o braku podstawy do uwzględniania obcego *ordre public*. Postulat respektowania obcego porządku publicznego nie jest w prawie prywatnym międzynarodowym czymś nadzwyczajnym[64]. Wręcz przeciwnie, wynika z „ducha współpracy międzynaro-

---

[60] Por. w tym względzie uwagi Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht w odpowiedzi na zapytanie Komisji Europejskiej („Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation"). Podkreślił on ogromne znaczenie praktyczne omawianego rozwiązania. Odpowiednik art. 7 ust. 1 konwencji jest absolutnie niezbędny. Bez możliwości uwzględnienia rozmaitych przepisów nie można sprawiedliwie rozstrzygnąć sporu stron. Przesłanki uwzględnienia przepisów wymuszających kraju trzeciego muszą być wystarczająco elastyczne, aby sędzia mógł ocenić, czy oczekiwanie kraju trzeciego, że jego przepis zostanie uwzględniony, nie jest wygórowane (Max Planck Institute for Foreign Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/max_plnac_institute_foreign_private_international_law_en.pdf).

[61] Por. orzeczenia cytowane przez R. Plender, M. Wilderspin: *The European*..., s. 344 i nast., a także orzeczenie *Handelsgericht Zürich* z dnia 21.06.2004 r. (HG 020147), z notką E. Gottschalka, w: IPRax 2006, 509, w którym sąd — na podstawie szwajcarskiego odpowiednika art. 7 ust. 1 — uwzględnił europejskie przepisy o ochronie konkurencji, obok prawa szwajcarskiego rządzącego umową.

[62] Por. J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 285.

[63] Tak M. Hellner: *Third country*..., s. 465.

[64] W przypadku odesłania dalszego uwzględnia się porządek państwa odsyłającego. Por. słynne orzeczenie niemieckiego *Reichsgericht* z dnia 16 maja 1931 r. (opis orzeczenia

dowej". W tym jednak przypadku nie chodzi o obcy porządek publiczny, lecz o własną potrzebę sprawiedliwego i uwzględniającego wszelkie okoliczności rozstrzygania o prawach i obowiązkach stron stosunków cywilnoprawnych, o własną wizję zadań, jakie stawiane są prawu i „kurtuazji międzynarodowej" (*comity*)[65].

Równie nietrafiony wydaje się zarzut płynności przesłanek z art. 7 ust. 1 konwencji. Skoro norma ta ma charakter klauzuli ogólnej, stwarzającej ramy i podstawę ewentualnego uwzględnienia obcego przepisu wymuszającego w imię sprawiedliwości i słuszności, to jej przesłanki nie mogą być niczym więcej niż wskazówkami kierunkowymi[66]. Jak każdy instrument słusznościowy, musi ona pozostawiać sędziemu sporo swobody. Swoboda ta jest niezbędna także z uwagi na ogromną różnorodność sytuacji i przepisów, które mają potencjalną możność wymuszenia zainteresowania. Często podkreśla się, że przepis kraju trzeciego powinien być oceniany podobnie, jak ocenia się elementy stanu faktycznego, a w tym zakresie swobodna ocena sędziowska jest raczej zasadą niż wyjątkiem. Problemu ingerencji przepisów wymuszających nie można uregulować w inny sposób niż przez pozostawienie sędziemu swobody oceny, czy obcy przepis jest rzeczywiście wymuszający wedle stanowiska prawa, z którego się wywodzi, czy obejmuje swym zakresem zainteresowania daną kwestię sporną, czy zainteresowanie to jest tak silne, że powinno być uwzględnione, mimo że przepis nie należy ani do prawa właściwego, ani do prawa sądu, a w razie gdyby pozostawał on w kolizji z innym przepisem *legis causae* albo *legis fori* — swobody oceny, który z nich jest najsilniej zainteresowany rozstrzygnięciem sporu. Swoboda oceny sędziowskiej dotyczy wreszcie porównania rezultatów dwu hipotetycznych decyzji: jednej — przy założeniu uwzględnienia danego przepisu

---

w: M. Pazdan: *O niektórych osobliwościach poszukiwania prawa właściwego*. W: *„Valeat acquitas". Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*. Red. M. Pazdan. Katowice 2000, s. 341, przyp. 3). Obywatel austriacki wyznania ewangelickiego zawarł małżeństwo z obywatelką rosyjską wyznania izraelskiego w Odessie w 1918 r., w czasie okupacji austriackiej tego miasta. W sporze o uznanie małżeństwa za nieważne z powodu naruszenia § 64 k.c.a., który zakazywał małżeństw chrześcijan z niechrześcijanami, Sąd uznał ten przepis za sprzeczny z włoskim *ordre public*, w sytuacji gdy prawo włoskie, wskazane jako właściwe przez niemieckie normy kolizyjne, odsyłało do prawa austriackiego.

[65] Por. np. uzasadnienia orzeczeń wywodzących się ze sprawy *Ralli Brothers*, w których uwzględnianie przepisów wymuszających prawa miejsca wykonania umowy postrzegane jest jak problem ochrony własnego porządku prawnego. Por. opis tych orzeczeń w przyp. 81, a dla porównania — także niemieckie orzeczenie w sprawie *Kulturgûterfall*, opisane w przyp. 83.

[66] Nikogo nie razi ogólnikowość przesłanek klauzuli porządku publicznego (art. 6 p.p.m. z 1965 r., art. 16 konwencji rzymskiej, art. 21 rozporządzenia Rzym I, art. 26 rozporządzenia Rzym II).

wymuszającego, i drugiej — przy założeniu jego zignorowania, porównania dokonanego w duchu współpracy międzynarodowej i sprawiedliwości[67]. Artykuł 7 ust. 1 konwencji jest wyrazem metody określanej w prawie kolizyjnym mianem „analizy funkcjonalnej". Metoda ta może znaleźć swój normatywny wyraz jedynie w postaci klauzuli ogólnej, której przesłanki będą ujęte w postaci wskazań kierunkowych.

Nie jest wreszcie prawdą, że przepis art. 7 ust. 1 konwencji jest (a raczej był) niepotrzebny. Mimo przyjęcia konwencji z zastrzeżeniem niestosowania tego przepisu przez Niemcy i Wielką Brytanię, sądy niemieckie i angielskie uwzględniały przepisy imperatywne kraju trzeciego, tyle że na podstawie niepisanych norm własnego prawa prywatnego międzynarodowego[68]. Nie ulega wątpliwości, że pisana i ujednolicona norma stanowi rozwiązanie lepsze i dające o wiele więcej pewności niż sędziowskie prawo. Zdaniem wielu autorów, w tym angielskich[69] i niemieckich[70], mechanizm z art. 7 ust. 1 był prostszy, bardziej przejrzysty i logiczny, a zarazem o wiele bardziej uniwersalny niż koncepcje, za pomocą których próbuje się go zastąpić. Koncepcje, które wcale nie dają większej prze-

[67] Por. np. orzeczenie sądu angielskiego w sprawie *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co.* [1989] QB 728, w którym odmówiono uznania amerykańskich sankcji zmierzających do zablokowania libijskich rachunków bankowych w londyńskich filiach banków amerykańskich, ponieważ umowy depozytu podlegały prawu angielskiemu, a miejscem ich wykonania nie były Stany Zjednoczone. Bardziej przekonujące i uczciwsze byłoby, w moim pojęciu, porównanie kolidujących interesów amerykańskich i angielskich, i uznanie tych ostatnich za ważniejsze, nawet jeżeli nie obiektywnie, to przynajmniej z punktu widzenia *forum*. Sąd mógłby także argumentować, że zignorowanie amerykańskiego przepisu wymuszającego prowadzi do bardziej sprawiedliwych rezultatów niż jego uwzględnienie. Znacznie lepsze wydaje się uzasadnienie w sprawie *Cie Européenne des Petroles SA v Sensor Nederland BV*, 1982 (opis orzeczenia w: J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 278). Holenderska spółka córka amerykańskiej matki zawarła z francuskim odbiorcą umowę o dostawę sprzętu do budowy rurociągu transsyberyjskiego, który był objęty amerykańskim embargo. Dostawca nie wykonał umowy, powołując się na amerykański zakaz. Sąd holenderski przyznał wprawdzie, że przepisy USA wprowadzające embargo mogą znaleźć zastosowanie obok prawa właściwego dla umowy na podstawie art. 7 ust. 1 konwencji, odmówił jednak ich uwzględnienia z powodu niewystarczającego związku ze stanem faktycznym. Jeszcze trafniejsze, jak się wydaje, byłoby zwrócenie uwagi na konflikt interesów. Podobnie jak w sprawie angielskiej, nie tyle brak tu związku między amerykańskim embargo a umową, która nie została przecież wykonana właśnie z tego powodu, ile raczej doszło do zderzenia interesów amerykańskich i europejskich (holendersko-francuskich). Te ostatnie sąd holenderski uznał za ważniejsze. Nie ulega wątpliwości, że decyzja sądu amerykańskiego byłaby przeciwna.

[68] Por. na ten temat J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 276.

[69] Ibidem, s. 302—303; A. Chong: *The Public Policy*..., s. 42; J.J. Fawcett, J.M. Carruthers (*Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*. Ed. 14. Oxford 2008, s. 743) zauważają, że przyznanie, iż uwzględniamy przepis kraju trzeciego jest po prostu uczciwsze niż wzniosłe argumenty o ochronie własnego porządku publicznego.

[70] Por. zwłaszcza odpowiedź Instytutu Maxa-Plancka, cyt. w przyp. 60.

widywalności decyzji. Klauzula porządku publicznego została ponadto (zarówno w konwencji rzymskiej, jak i w obu rozporządzeniach Rzym I i II) ograniczona wyłącznie do swej funkcji negatywnej, i nie można już jej „rozciągać" w taki sposób, aby mogła stanowić uzasadnienie dla uwzględniania przepisów wymuszających kraju trzeciego. Równie małą przewidywalność decyzji daje odwołanie się do idei sprzeczności wykonania umowy z zasadami słuszności lub uczciwości, zaczerpniętej z prawa właściwego[71].

Na koniec warto być może spojrzeć na problem uwzględniania przepisów kraju trzeciego z perspektywy innej niż europejska. Autorzy amerykańscy, najlepiej obeznani z metodą analizy funkcjonalnej, znający doskonale wszystkie jej wady i zalety, podkreślają doniosłość art. 7 ust. 1 dla kierunków rozwoju całego prawa prywatnego międzynarodowego. Znaczenie uregulowanego w nim mechanizmu wykracza poza dziedzinę kontraktów. Stanowi on „furtkę" dla uznawania szczególnych interesów publicznoprawnych na płaszczyźnie kolizyjnej, umożliwia zróżnicowanie i uelastycznienie skostniałej analizy kolizyjnej, pozwala skoncentrować rozważania na interesach stron ocenianego (a nie typowego) stosunku prawnego, skonfrontowanych z kolidującymi interesami i wartościami promowanymi przez różne państwa[72].

W projekcie rozporządzenia Rzym I Komisja Europejska, opierając się na uwagach przesłanych w odpowiedzi na zapytania zawarte w „Green Paper", przyjęła przepis podobny do art. 7 ust. 1 konwencji[73]. Propozycję oprotestowała Wielka Brytania, uzależniając swe uczestnictwo w przyjęciu rozporządzenia od rezygnacji z tego przepisu albo przynajmniej jego zmiany[74].

W międzyczasie usunięto podobny przepis z projektu rozporządzenia Rzym II z powodu różnicy zdań co do jego treści. Pragmatyczne dążenie do szybkiego kompromisu przeważyło[75] nad potrzebą przyjmowania

---

[71] Por. orzeczenia cytowane w przyp. 82 i 83, w których uzasadnienie znacznie lepiej pasowało do metody porównywania interesów.

[72] Tak D. Salomon: *The Private International*…, s. 1737 i nast. Por. także J. von Hein: *Something Old*…, s. 1663 i nast.

[73] Historię kodyfikacji art. 9 (3) rozporządzenia Rzym I opisuje M. Heller: *Third country*…, s. 451—455. Por. także R. Plender, M. Wilderspin: *The European*…, s. 344—345.

[74] Rząd, wbrew pozytywnej opinii Ministra Sprawiedliwości, uległ presji Londyńskiego *City*, które — grożąc ucieczką przedsiębiorców do Nowego Jorku — dążyło do utrzymania takiej samej sytuacji, w jakiej Wielka Brytania była pod rządami konwencji rzymskiej dzięki zastrzeżeniom do art. 7 ust. 1. Por. J. Harris: *Mandatory Rules*…, s. 273; R. Plender, M. Wilderspin: *The European*…, s. 344; M. Hellner: *Third Country*…, s. 451 i nast. O losach art. 9 (3) zadecydowały zatem argumenty niemerytoryczne, więcej — irracjonalne, zważywszy że w stanie Nowy Jork analiza funkcjonalna stanowi główną metodę rozstrzygania kolizji.

[75] O przepis walczyła jedynie delegacja szwedzka.

poprawnych teoretycznie i spójnych rozwiązań, co zresztą nie powinno szczególnie dziwić. Argumenty takie z natury rzeczy ważą niewiele, gdy zapadają decyzje o ujednoliceniu norm prawnych. Przyczyniła się do tego także prezydencja Austrii i Wielkiej Brytanii, niechętnych uwzględnianiu przepisów wymuszających kraju trzeciego. Uznano też, że powstałą w ten sposób lukę w znacznej mierze wypełni art. 17 rozporządzenia Rzym II[76], a rola wyboru prawa przez strony nie jest tak istotna, jak w przypadku stosunków umownych.

W ślad za rozwiązaniem przyjętym w rozporządzeniu Rzym II, przepisy wymuszające kraju trzeciego usunięto także z projektu rozporządzenia Rzym I z dnia 12 października 2006 r.[77] Stało się tak, mimo że większość delegacji była za przyjęciem przepisu podobnego do art. 7 ust. 1 konwencji, a różnice zdań dotyczyły formy kompromisu koniecznego ze względu na nieprzejednany opór Wielkiej Brytanii. Kolejne propozycje kompromisowe przedstawiały delegacje: szwedzka, duńska i holenderska. Jedna z nich zmierzała nawet do połączenia omawianego przepisu z obecnym art. 12 (2) rozporządzenia w celu stworzenia wspólnej normy, obejmującej różne aspekty wykonania umowy. Ostatecznie tekst obecnego art. 9 (3), sformułowany w taki sposób, by zadowolić Wielką Brytanię, która od dawna przyjmuje zasadę nieważności lub nieskuteczności umowy, jeżeli jej wykonanie było (lub stało się) niedozwolone w świetle *lex loci solutionis*[78], narzucił — uniemożliwiając dalszą dyskusję — przewodniczący grupy roboczej na konferencji 10 października 2007 r.[79] Przewidziano w nim „możność przyznania skuteczności przepisom wymuszającym swoje zastosowanie państwa, w którym ma nastąpić lub nastąpiło wykonanie zobowiązań wynikających z umowy, w zakresie, w jakim przepisy te powodują, że wykonanie umowy jest niezgodne z prawem. Rozważając przyznanie skuteczności takim przepisom, uwzględnia się ich charakter i cel oraz skutki ich zastosowania lub niezastosowania".

---

[76] W którym przewidziano możliwość uwzględnienia, jako elementów stanu faktycznego, zasad bezpieczeństwa i postępowania obowiązujących w miejscu i czasie wystąpienia zdarzenia stanowiącego źródło odpowiedzialności.

[77] Council document 13853/06 of 12 October 2006.

[78] Po raz pierwszy przyjętą w sprawie *Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Nazar* [1920] 2 K.B. 287. W umowie przewozu juty z Indii do Hiszpanii, zawartej z hiszpańskim przewoźnikiem, strony ustaliły przewoźne w kwocie 50£ za tonę. Umowę poddały prawu angielskiemu. W czasie gdy towary znajdowały się w transporcie, w Hiszpanii wydano przepisy ograniczające wysokość przewoźnego do 10£ za tonę. Kontrahent przewoźnika odmówił zapłaty nadwyżki ponad maksymalne stawki. Przewoźnik zażądał zapłaty różnicy w kwocie 40£ za tonę, ponieważ umowa podlegała prawu angielskiemu, które nie ograniczało wysokości zapłaty za przewóz. Sąd powództwo oddalił.

[79] Council dokument 13441/07 of 4 October 2007.

Nowy kształt przepisu art. 9 (3) rozporządzenia jest niemal powszechnie krytykowany. W krytyce tej prym wiodą autorzy angielscy[80], poczuwający się zapewne do współodpowiedzialności za upór rządu brytyjskiego. Przy okazji przypominają, że zasada wywodząca się z *Ralli Brothers* do dzisiaj nie doczekała się ani w doktrynie, ani w orzecznictwie angielskim jednolitego uzasadnienia. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, dotyczy ona skutków następczej niemożliwości (frustracji) świadczenia, ocenianych na tle prawa właściwego dla umowy, i nie ma żadnego związku z prawem kolizyjnym. Stanowi regułę angielskiego prawa merytorycznego. Obecnie taka sama decyzja znalazłaby oparcie w art. 12 (1) (d) rozporządzenia Rzym I. Inni traktują orzeczenie jako przejaw ochrony własnego porządku publicznego (*comity*) realizowanej przez pozytywną ingerencję klauzuli. Wyraźne odwołanie do *ordre public* znalazło się w wielu orzeczeniach nawiązujących do *Ralli Brothers*[81]. Współcześnie dodano kolejne uzasadnienia do linii orzeczeń wywodzących się z *Ralli Brothers*. Zdaniem jednych, można ostatecznie twierdzić, że chodzi tu o „sposób wykonania", dla oceny którego — zgodnie z art. 12 (2) rozporządzenia (art. 10 ust. 2 konwencji) — „bierze się pod uwagę prawo państwa, w którym następuje wykonanie". Zdaniem innych, trzeba uczciwie przyznać, że sądy angielskie po prostu bezpośrednio stosowały przepisy imperatywne prawa miejsca wykonania. Czyniły to wbrew zastrzeżeniu zgłoszonemu do art. 7 ust. 1 konwencji, co dodatkowo potwierdza nieracjonalność obiekcji wobec koncepcji przepisów wymuszających kraju trzeciego. Dobrze zatem się stało — dodają oni — że art. 9 (3) rozporządzenia może już dziś stanowić podstawę takich decyzji sądowych, szkoda natomiast, że jego zakres został ograniczony.

Opisywanej reguły, przynajmniej jako zasady prawa prywatnego międzynarodowego, nie przyjmują sądy innych państw zachodnich.

[80] R. Plender, M. Wilderspin: *The European…*, s. 343 i nast.; J. Harris: *Mandatory Rules…*, s. 303—305 i cytowani przez nich autorzy.

[81] Por. np. *Regazzoni v. Sethia* [1957] 3 ALL ER 286, [1958] AC 301 (HL). Angielska spółka KC Sethia Ltd zawarła umowę sprzedaży ze szwajcarskim rezydentem P. Regazzonim o dostawę 500 tys. worków z juty, które miały być dostarczone do Włoch. Obie strony milcząco przyjęły, że worki będą reeksportowane do Afryki Południowej, która była objęta embargiem Indii. Indie były krajem trzecim w stosunku do umowy między dostawcą a odbiorcą i nie miały bezpośredniego związku z miejscem jej wykonania. Mimo to Izba Lordów uznała, że umowa była nieważna, ponieważ obie strony wiedziały, że towar będzie dostarczony z naruszeniem indyjskiego embarga. Uznanie w takim przypadku powództwa kupującego przeciwko sprzedawcy, który nie wykonał zobowiązania, byłoby sprzeczne z angielskim porządkiem publicznym. Działanie *comity* jest jednak ograniczone tylko do państw zaprzyjaźnionych. W sprawie *Foster v Driskoll* [1929] 1 K.B. 470 *Court of Appeal* uznał za nieważną umowę o dostawę whisky do USA w czasach prohibicji, ponieważ działanie sprzeczne z przepisami zaprzyjaźnionego kraju narusza międzynarodowe *comity*, a co za tym idzie — także własny porządek publiczny.

Niemiecki *Bundesgerichtshof* nie odnosi § 134 BGB, zgodnie z którym umowa naruszająca zakazy ustawowe jest nieważna, do przepisów prawa obcego[82]. Sprzeczność z przepisami innego kraju może być natomiast powodem uznania umowy za nieważną na podstawie § 138 BGB, z powodu naruszenia dobrych obyczajów[83]. Sądy francuskie w większości przypadków odrzucały możliwość uznania umowy za nieważną lub nieskuteczną z powodu sprzeczności z przepisami innego państwa[84]. Artykuł 9 (3) rozporządzenia pozbawiony jest zatem solidnej podbudowy teoretycznej i praktycznej.

Brak takiej podbudowy nie pozostanie bez znaczenia dla trudności interpretacyjnych związanych z niejednoznacznymi pojęciami, jakie w przepisie tym występują, w tym z pojęciami „miejsca wykonania" oraz

[82] Tak np. w orzeczeniu z dnia 29 września 1977 r., III 164/75 ZR. „Neue Juristische Wochenschrift" [dalej: NJW] 1977, Nr. 51, s. 2356, w odniesieniu do umowy o odpłatną pomoc w ucieczce z Niemiec Wschodnich do Zachodnich, która była oczywiście sprzeczna z prawem NRD. Por. wszakże orzeczenie BGH z dnia 16 kwietnia 1975 r. (opis w: M. Mataczyński: *Przepis*..., s. 164—166), dotyczące ochrony dzieła autorskiego Aleksandra Sołżenicyna *Sierpień Czternastego*. Sąd odmówił uwzględnienia radzieckich przepisów o monopolu handlu zagranicznego, zgodnie z którymi osoba fizyczna nie była uprawniona do samodzielnego dysponowania swymi prawami autorskimi. Ich zakres działania był bowiem ograniczony wyłącznie do terytorium ZSRR, ponadto nie chroniły one interesów zasługujących na uwzględnienie. Sąd zastosował tu klasyczną argumentację „funkcjonalną", typową dla instytucji przepisów wymuszających kraju trzeciego.

[83] Tak BGH w orzeczeniu *Kulturgûterfall* z dnia 22 czerwca 1972 r., BGHZ 59,82. NJW 1972, Nr. 35, s. 1575. Dzieła sztuki wywożone z Nigerii z naruszeniem tamtejszych zakazów zostały uszkodzone w transporcie do Niemiec. Umowa ich ubezpieczenia podlegała prawu niemieckiemu, BGH potraktował więc naruszenie przepisów nigeryjskich jako działanie niezgodne z zasadami uczciwości w rozumieniu § 138 BGB. Nielegalny był, zdaniem Sądu Najwyższego, sam przedmiot umowy ubezpieczenia. Sąd zauważył ponadto, że nigeryjskie przepisy chroniły powszechnie uznawany interes każdego narodu do ochrony swego dziedzictwa kulturalnego (interes godny uznania z międzynarodowego punktu widzenia). Podobnie orzekł BGH w sprawie *Borax* z dnia 21 grudnia 1960 r., VIII ZR1/60. NJW 1961, Nr. 18, s. 822, uznając umowę sprzedaży boraksu, mimo amerykańskiego embarga, za nieważną z powodu naruszenia dobrych obyczajów. Embargo chroniło w tym wypadku, zdaniem Sądu Najwyższego, nie tylko interesy amerykańskie. Zmierzało do ochrony pokoju i wolności wszystkich państw zachodnich. Porównanie decyzji w sprawie *Borax* z orzeczeniem holenderskim w sprawie *Cie Européenne des Petroles SA v Sensor Nederland BV*, 1982 pokazuje, jak zmienia się sposób rozumienia interesów godnych ochrony z międzynarodowego punktu widzenia.

[84] Por. np. orzeczenie paryskiego Cour d'Appel w sprawie *Société Sacor Agro Industrial v Société anonyme Comptoir Commercial d'Oreinet* z dnia 13 lipca 1982 r., w którym sąd odmówił uwzględnienia brazylijskich przepisów ograniczających prowizję agenta do 4% ceny umowy, uznając umowę za znacznie silniej związaną (miejsce wykonania i siedziba kupującego) z prawem francuskim niż brazylijskim. Przeciwnie w sprawie *Spitzer v Amunategui* z dnia 4 stycznia 1956 r., paryski Tribunal de Seine uznał za nieważną umowę o przemyt złota do Hiszpanii z naruszeniem hiszpańskiego zakazu przywozu (cyt. za: R. Plender, M. Widerspin: *The European*..., s. 347, 350).

„niezgodności umowy z prawem". Historia kłopotów, jakie w prawie prywatnym międzynarodowym i prawie międzynarodowym procesowym rodzi łącznik „miejsce wykonania", nie ogranicza się do doświadczeń na tle art. 5 ust. 1 rozporządzenia 44/2001 (Bruksela I). Z doświadczeń tych nie można zresztą korzystać automatycznie na użytek art. 9 (3), inne są bowiem cele obu przepisów. Nie wiadomo na przykład, czy chodzi o przepisy miejsca wykonania każdej z czynności składających się na świadczenie, czy tylko całego świadczenia, każdego ze świadczeń, czy tylko świadczenia charakterystycznego? Czy możliwe jest kumulatywne uwzględnianie przepisów kilku krajów, jeżeli świadczenie lub świadczenia są w nich wykonywane?[85] Wydaje się, że należy uwzględniać przepisy miejsca wykonania tej czynności, która — ze względu na ich naruszenie — stała się przyczyną sporu. Pojęcie „miejsce wykonania zobowiązania wynikającego z umowy" powinno być bowiem rozumiane zgodnie z celem koncepcji przepisów wymuszających. Punktem wyjścia jest tu analiza przestrzennego zakresu działania konkretnego przepisu, w kręgu zainteresowania którego znalazły się jakieś czynności[86] mające na celu wykonanie świadczeń umownych[87].

W art. 9 (3) zabrakło wyraźnego odniesienia do ścisłego związku między umową lub konkretną kwestią sporną a przepisami wymuszającymi, tymczasem założenie, że w przypadku przepisów miejsca wykonania zobowiązania związek taki zawsze istnieje, nie musi być prawdziwe. Formalne miejsce wykonania może być powiązaniem pozbawionym większego znaczenia, i odwrotnie — umowa lub świadczenie może być istotnie związane z przepisami innego państwa[88]. Pominięcie przesłanki ścisłego związku

[85] Na przykład umowa dystrybucji dotyczy obszaru kilku państw, w których obowiązują różne przepisy o ochronie konkurencji, w różny sposób wpływające na ważność klauzul tej umowy.

[86] Rodzi się pytanie, czy mogą to być czynności przygotowawcze do zawarcia lub wykonania umowy reeksportu dóbr objętych embargiem (tu: pierwsza umowa sprzedaży), gdy embargo narusza dopiero umowa odsprzedaży, wykonana w innym kraju niż pierwsza umowa sprzedaży. Odpowiedź pozytywna na to pytanie pozwoliłaby uwzględniać przepisy kraju trzeciego w sytuacji, gdy zakazaną umowę zawiera spółka zależna z siedzibą w innym kraju niż ten, który wydał embargo. Taka wykładnia pojęcia miejsca wykonania „zobowiązania wynikającego z umowy" prowadziłaby jednak do zerwania związku między „zobowiązaniem" i umową, na tle której jest ono spełniane.

[87] Podobnie A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 298.

[88] Por. orzeczenia *Regazzoni v. Sethia* [1957] oraz *Cie Européenne des Petroles SA v Sensor Nederland BV*, 1982. W obu sprawach umowy reeksportu towarów objętych embargiem były wykonywane poza państwem, które embargo wydało. Ocenie sądu podlegała kwestia, na ile umowy te miały na celu „obejście" owego embarga, a jeżeli nawet, to czy chroniło ono wyłącznie egoistyczne interesy danego państwa, czy też interesy godne ochrony na płaszczyźnie międzynarodowej. Istotnym elementem decyzji sądów była kwestia wiedzy stron lub nawet ich zamiaru „obejścia" embarga.

usztywnia i zubaża mechanizm art. 9 (3) w porównaniu z art. 7 ust. 1 konwencji, na podstawie którego sąd mógł ocenić relatywną intensywność związku między kwestią sporną a zaangażowanymi przepisami *legis fori*, *legis causa* lub kraju trzeciego, w konfrontacji z ich „wymuszającą siłą".

Wątpliwości interpretacyjne rodzi także zwrot „wykonanie niezgodne z prawem". Obecna w literaturze tendencja do możliwe najszerszej wykładni przepisu art. 9 (3) rozporządzenia prowadzi niektórych[89] do wniosku, że owa „niezgodność z prawem" obejmuje również zakaz wyrządzania drugiemu szkody albo zakaz naruszania innej umowy z osobą trzecią lub między osobami trzecimi. Wykładnia taka nie wydaje się trafna. Przepisy wymuszające to przepisy chroniące ze szczególną intensywnością najważniejsze interesy publicznoprawne państwa (porządek publiczny), a nie interesy stron zwyczajnych stosunków cywilnoprawnych. Ingerują one wprawdzie (wyjątkowo) w prawo dla danego stosunku właściwe (w statut umowny, deliktowy, zdolności, formy itd.), ale prawa tego nie zastępują. Wykładnia art. 9 (3) nie może być podstawą tworzenia *a priori* całych kategorii „uprzywilejowanych" zakazów lub nakazów, należących do prawa prywatnego, a sam mechanizm przepisów wymuszających nie może być traktowany jak równoległa metoda kolizyjna. Sposób rozumienia pojęć, o których mowa, nie powinien prowadzić do zatarcia granicy między art. 9 (3) a art. 12 (1) (b) i art. 12 (2) rozporządzenia.

Sformułowanie „w zakresie, w jakim przepisy te powodują, że wykonanie umowy jest niezgodne z prawem", nie ogranicza rozważań wyłącznie do przepisów przewidujących sankcję nieważności całej umowy. Może chodzić także o inne postacie wadliwości całej lub tylko części umowy albo nawet o przepisy nakazujące szczególny sposób wykonania świadczenia, inne jednak niż przepisy, o których mowa w art. 12 (2) rozporządzenia. Ograniczenie zakresu działania art. 9 (3) wyłącznie do przepisów kraju miejsca wykonania świadczeń umownych stwarza jednak niebezpieczeństwo zatarcia granicy między zakresami obu przepisów, mimo że w założeniu art. 9 (3) oraz art. 12 (2) mają dotyczyć zupełnie innych instytucji.

Wspomniany zwrot nie oznacza konieczności uwzględnienia w pełnej rozciągłości sankcji przewidzianej w przepisie wymuszającym. Nakaz jego „uwzględnienia" („przyznania mu skuteczności") wskazuje na to, że konsekwencje jego działania w zakresie relacji między partnerami umowy będą już podlegać statutowi umownemu.

Główne zarzuty kierowane przeciwko nowemu art. 9 (3) rozporządzenia (w porównaniu z art. 7 (1) konwencji) wiążą się jednak z usztywnieniem samego mechanizmu przepisów wymuszających i ograniczeniem

[89] Tak np. M. Hellner: *Third Country...*, s. 461.

zakresu jego działania. Usztywnienie, o którym mowa, wynika z niezrozumienia roli metody analizy funkcjonalnej. W tym przypadku ma ona służyć potrzebie (wyjątkowej) korekty rozwiązań kolizyjnych, które co do zasady są sztywne i mają charakter *a priori*. Możliwość prawidłowej i trafnej korekty wymaga przyznania sądowi potrzebnej do tego swobody oceny wielu okoliczności. Konieczna jest tu analiza *a posteriori*. Mechanizm pozwalający na taką ocenę musi mieć charakter klauzuli generalnej, połączonej ze wskazaniem kryteriów owej oceny. Tylko w ten sposób można uwzględnić ogromną różnorodność przepisów o potencjalnie wymuszającym charakterze, jak również wielość kryteriów, od których będzie zależeć decyzja[90]. Bez takiej swobody oceny nie jest wreszcie możliwy proces porównywania i „ważenia" zaangażowanych interesów kraju trzeciego, *legis fori* i *legis causa*.

Ograniczenie zakresu działania art. 9 (3) rodzi pytanie o dopuszczalność wypełnienia powstałej luki i ewentualny sposób, w jaki miałoby się to odbywać. Może na przykład zaistnieć potrzeba uwzględnienia przepisów prawa miejsca wykonania orzeczenia (zwłaszcza w odniesieniu do państw spoza UE)[91] albo przepisów kraju siedziby spółki matki w odniesieniu do umowy zawartej przez jej spółkę zależną[92], mającą siedzibę w innym państwie[93]. Przepisy o ochronie dóbr kultury mogą być zainteresowane ingerencją w umowy zawierane i wykonywane poza obszarem państwa, które je wydało[94]. Konieczność uwzględnienia może też dotyczyć przepisów, które nie tyle wpływają na ważność umowy, ile narzucają określone pozytywne zachowania (np. gwarantują agentowi świadczenie wyrównawcze[95]) albo przyznają dane środki prawne (np. bezpośrednie roszczenie podwykonawcy przeciwko zamawiającemu o zapłatę wynagrodzenia[96])[97].

---

[90] Por. np. A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 295 i nast. („art. 9 (3) to krok wstecz na drodze rozwoju prawa prywatnego międzynarodowego"); D. Salomon: *The Private International…*, s. 1737 („to znaczne zubożenie metody funkcjonalnej, ograniczające możliwość wydawania trafnych decyzji").

[91] A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 298.

[92] M. Hellner: *Third Country…*, s. 467, podaje przykład umowy zawartej przez spółkę zależną amerykańskiego koncernu, mającą siedzibę w innym kraju, w warunkach naruszających przepisy *US Foreign Corrupt Practicies Act*, co w świetle prawa USA czyni ją nieważną. Sądy krajów członkowskich UE nie mogą, jego zdaniem, uwzględnić przepisów amerykańskich, Stany Zjednoczone nie są bowiem miejscem wykonania umowy.

[93] Por. wszakże przyp. 83.

[94] D. Salomon: *The Private International…*, s. 1737.

[95] Tak orzeczenie ETS z dnia 9 listopada 2000 r. w sprawie *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.* ECR 2000, I-9305. Por. przyp. 50.

[96] Por. cytowane w przyp. 41 powyżej orzeczenia francuskiego *Cour de Cassation*, dotyczące charakteru art. 12—15 francuskiej ustawy o ochronie podwykonawców (Loi no 75—1334 du 31 décembre 1975).

[97] Tak A. Bonomi: *Overriding mandatory…*, s. 298.

Trudno dziś przesądzić, w jakim kierunku zmierzać będzie wykładnia art. 9 (3). W literaturze pojawiają się mało kategoryczne sugestie, które można sprowadzić do trzech stanowisk. Zgodnie z pierwszym ujęciem, art. 9 (3) jest kompletny i zamknięty[98]. Ustawodawca europejski świadomie ograniczył możliwość uwzględniania przepisów kraju trzeciego. Oznacza to również zakaz sięgania — w odniesieniu do luk z art. 9 (3) — do krajowych klauzul przepisów wymuszających względnie do innych koncepcji przyjmowanych w krajowych prawach prywatnych międzynarodowych. Dotyczy to zwłaszcza klauzuli porządku publicznego, która może pełnić wyłącznie funkcję negatywną (art. 21 rozporządzenia). Przepisy wymuszające kraju trzeciego (inne niż objęte zakresem art. 9 (3) rozporządzenia) mogłyby więc „zaistnieć" wyłącznie jako elementy stanu faktycznego, ocenianego w świetle prawa właściwego.

Wedle drugiego stanowiska[99], fakt, że kompromis udało się osiągnąć wyłącznie w określonym zakresie nie oznacza zakazu sięgania — w pozostałym zakresie — do krajowych instrumentów prawa kolizyjnego. Sytuacja będzie podobna do tej, jaka miała miejsce w państwach, które konwencję rzymską przyjęły z zastrzeżeniem art. 7 ust. 1.

Niektórzy autorzy[100] wyrażają jednak nadzieję na twórczą interpretację art. 9 (3) rozporządzenia w taki sposób, aby możliwie najpełniej przypominał on art. 7 ust. 1 konwencji. Można oczekiwać, że nie stanie temu na przeszkodzie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Artykuł 7 ust. 1 konwencji ukształtował bowiem sposób postrzegania problemu przepisów wymuszających kraju trzeciego w państwach Europy Zachodniej, a o nowym kształcie art. 9 (3) rozporządzenia zadecydowały głównie powody niemerytoryczne. Przykładem takiego „twórczego podejścia" mogłoby być, jak sądzę, elastyczne rozumienie terminu „miejsce wykonania zobowiązania wynikającego z umowy", w taki sposób, by zakresem art. 9 (3) objąć, z jednej strony — także przepisy innych państw niż te, w których świadczenia mają być wykonywane (w dosłownym znaczeniu), z drugiej jednak strony — wyłącznie takie przypisy wymuszające, z którymi realizacja któregoś ze zobowiązań wiązałaby się w sposób istotny. Podobnie elastycznie, z uwzględnieniem funkcji, jaką pełni instytucja przepisów wymuszających, należałoby tłumaczyć pojęcie „niezgodności z prawem", obejmując jego zakresem różne formy istotnego oddziaływania przepisu (lub przepisów) na kształt lub losy świadczeń umownych.

---

[98] Por. J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 332.

[99] Por. M. Hellner: *Third Country*..., s. 467.

[100] Por. np. A. Bonomi: *Overriding mandatory*..., s. 299; J. Harris: *Mandatory Rules*..., s. 309, 334. Por. także M. Hellner: *Third Country*..., s. 467, którego zdaniem już dzisiaj różnice między omawianymi przepisami są nieistotne z praktycznego punktu widzenia.

Przekonanie o wyższości art. 7 ust. 1 konwencji nad art. 9 (3) jest niemal powszechne. Dobrze się zatem stało, że art. 9 ust. 2 projektu polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym wzorowany jest na tym właśnie przepisie.

Idea szczególnej ochrony w odniesieniu do określonych grup osób jest realizowana na różne sposoby. Oprócz norm merytorycznych, krajowych i ujednoliconych, tworzy się również szczególne normy kolizyjne. W konwencji rzymskiej charakter taki miały art. 5 i art. 6 ust. 1, chroniące konsumenta i pracownika, w rozporządzeniu Rzym I — art. 6 ust. 2 i art. 8 ust. 1. Do grupy szczególnych przepisów ochronnych można też zaliczyć art. 7 ust. 4 (a) rozporządzenia, odnoszący się do umów obowiązkowego ubezpieczenia. Są one zresztą skonstruowane inaczej niż klauzula ogólna dotycząca przepisów wymuszających. Sprawa wzajemnego stosunku tych dwóch sposobów ochrony, sporna na tle art. 7 konwencji, wydaje się rozstrzygnięta w art. 9 rozporządzenia. Ma on pozycję *lex specialis* w stosunku do wszystkich innych przepisów rozporządzenia[101]. Funkcjonowanie szczególnych norm kolizyjnych o charakterze ochronnym nie umniejsza zatem znaczenia klauzuli ogólnej przepisów wymuszających.

6. Potrzeba normatywnej regulacji przepisów wymuszających o charakterze uniwersalnym Stanowisko polskiej doktryny

Już F.C. von Savigny przyznawał, że idea pozytywnej ochrony porządku publicznego państwa przez stosowanie norm o „silnie imperatywnej naturze" dotyczy wszystkich dziedzin, a nie tylko stosunków zobowiązaniowych umownych i deliktowych. W praktyce znalazła ona zastosowanie głównie w odniesieniu do umów jako forma kontroli wyboru prawa w sytuacji, gdy strony zmierzały w ten sposób do obejścia określonych przepisów imperatywnych prawa sądu albo prawa kraju trzeciego, pozostającego w ścisłym związku. Koncepcja stosowania przepisów wymuszających stanowiła, i do dziś stanowi, swoisty substytut ograniczenia wyboru prawa do kręgu praw związanych z umową, z którego to ograniczenia zrezygnowano. Współcześnie ma już ona jednak charakter uniwersalny. Wzrost jej znaczenia wiąże

[101] Por. M. Jagielska: *Ewolucja ochrony konsumenta w prawie kolizyjnym Unii Europejskiej w zakresie zobowiązań umownych*. Warszawa 2010, s. 120—127, 222—224.

się, z jednej strony — z dopuszczeniem wyboru prawa także w zakresie innych stosunków niż umowne (np.: w dziedzinie zobowiązań pozaumownych, spadków, stosunków majątkowo-małżeńskich), z drugiej strony — spowodowany jest coraz to większą ingerencją prawa publicznego we wszystkie typy stosunków cywilnoprawnych. Dowodem na uniwersalne znaczenie koncepcji przepisów wymuszających może być art. 22 projektu rozporządzenia dotyczącego jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania w sprawach spadkowych z 2009 r.[102], w którym mowa o możliwości uwzględnienia przepisów wymuszających obowiązujących w miejscu położenia poszczególnych kategorii składników masy spadkowej, jeżeli przewidują one specjalny reżim ich dziedziczenia. Także polska dyskusja[103] na temat przepisów wymuszających rozpoczęła się od uchwały SN[104], w której status norm chroniących podstawowe zasady ustrojowe przyznano przepisom szczególnym o dziedziczeniu gospodarstw rolnych.

Potencjalnie wymuszający charakter mogą mieć rozmaite przepisy, i mogą one ingerować w różne statuty. Może chodzić o przepisy chroniące autora — ingerujące w prawo właściwe dla ochrony praw autorskich; przepisy zapewniające pracownikom spółki zależnej prawo do odrębnej reprezentacji pracowniczej — ingerujące w statut personalny; przepisy o ochronie dóbr kultury — ingerujące w statut rzeczowy. Może chodzić o przepisy chroniące adoptowane dzieci, małżonka pozbawianego prawa do mieszkania po śmierci drugiego małżonka, eksmitowanych lokatorów (bez względu na charakter uprawnienia do zajmowanego lokalu), poszkodowanych (przez wymuszenie obowiązkowego ubezpieczenia), obywateli, których zdrowia dotyczą przepisy zapewniające minimalny standard usług medycznych, nabywców małych domów lub mieszkań, przepisy chroniące przed dyskryminacją albo przyznające przywileje określonym grupom osób (matki, kobiety w ciąży, niepełnosprawni, osoby starsze itp.), i wiele innych przepisów z różnych dziedzin. Charakter wymuszający mogą mieć również przepisy chroniące środowisko (źródła wody, surowce naturalne, budynki i inne budowle), wolną konkurencję, swobodę działalności gospodarczej itd., albo odwrotnie — przepisy, które z ważnych powodów politycznych, społecznych lub gospodarczych wprowadzają określone ograniczenia w tych dziedzinach (np.: kontrolę działalności banków, ograniczenie tajemnicy bankowej, system zezwoleń na prowadzenie działalności danego typu). Wyliczanie kategorii potencjalnych przepisów wymusza-

[102] Wykorzystanie instytucji przepisów wymuszających przewidziano również w założeniach do kolejnego rozporządzenia UE, w zakresie, w jakim ma ono dotyczyć prawa właściwego dla ustrojów majątkowo-małżeńskich.

[103] Por. przyp. 18.

[104] Por. przyp. 19.

jących nie ma większego sensu. Liczy się bowiem zawsze analiza funkcjonalna danego przepisu przeprowadzana przez sąd na użytek konkretnego stanu faktycznego. Prawidłowy rozwój orzecznictwa w tym zakresie nie jest jednak możliwy bez odpowiedniej podstawy normatywnej. Najlepszym miejscem dla stosownego przepisu jest część ogólna ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym.

W doktrynie polskiej potrzeba takiej regulacji zasadniczo nie budzi wątpliwości. Opowiadają się za jej przyjęciem autorzy obu monografii poświęconych przepisom wymuszającym — B. Fuchs[105] i M. Mataczyński[106], jakkolwiek z ograniczeniem zakresu jej działania wyłącznie do własnych przepisów wymuszających, z tych samych powodów[107], które zadecydowały o przyjęciu przez niektóre państwa konwencji rzymskiej z zastrzeżeniem art. 7 ust. 1.

Zdecydowanym przeciwnikiem zarówno samej koncepcji przepisów wymuszających, jak i jej normatywnej postaci okazał się ostatnio A. Mączyński[108]. „Akceptacja tej koncepcji [jak twierdzi] niesie ryzyko niepewności prawnej z powodu nieokreśloności i ocennego charakteru kryteriów mających decydować o wydzieleniu grupy przepisów mających szczególny status kolizyjny”[109]. Nie jest też — zdaniem tego autora — potrzebna żadna ustawowa klauzula ogólna, skoro „podstawa stosowania tych przepisów wynika z treści i funkcji przewidzianego w nich unormowania”[110], a nie z przepisu wyrażającego omawianą koncepcję. Przepisy wymuszające A. Mączyński rozumie bowiem jako „normy merytoryczne, które w uregulowanym przez siebie zakresie wyłączają stosowanie wskazanego przez miarodajną normę kolizyjną prawa obcego. Podstawą tego wyłączenia jest niepisana, ukryta w treści przepisów wyrażających owe normy merytoryczne, jednostronna norma kolizyjna, stanowiąca *lex specialis* w stosunku do miarodajnej dla danego typu sytuacji zupełnej normy kolizyjnej”[111]. Ogólny przepis wyrażający koncepcję przepisów wymuszających

---

[105] B. Fuchs: *Statut kontraktowy…*, s. 159 i nast.

[106] M. Mataczyński: *Przepisy…*, s 150, 181, 189.

[107] Por. uwagi w pkt. 5.

[108] A. Mączyński: *Europejski kontekst rekodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *„Finis legis Chrystus”. Księga pamiątkowa dedykowana księdzu profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*. Red. ks. J. Wroceński, ks. J. Krawczyński. T. 2. Warszawa 2009, s. 1188—1189; Idem: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i Rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Całusowi*. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 434—437.

[109] A. Mączyński: *Kodyfikacyjne…*, s. 435.

[110] Ibidem.

[111] A. Mączyński: *Nowelizacja…*, s. 119—120. Jeszcze dosadniej (zarzut tautologii) ujmuje on rzecz w swym artykule pt. *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u pro-*

„jest nie tylko zbędny, ale [wręcz] niebezpieczny, bo może być zachętą do nazbyt częstego traktowania przepisów wewnętrznych jako takich, których cel wymaga ich stosowania". „Może też poważnie utrudnić pracę sądów, nakłada [bowiem] na nie powinność badania norm kolizyjnych państw pozostających w nieokreślonym bliżej związku ze sprawą i zastosowanie prawa obcego, które »chce« być zastosowane, mimo że nie zostało wskazane łącznikiem normy polskiego prawa prywatnego międzynarodowego"[112]. Tymczasem nadanie określonemu przepisowi charakteru wymuszającego powinno należeć do ustawodawcy. „Kierując się postulatami pewności prawa i przewidywalności rozstrzygnięcia, opartymi na konstytucyjnej zasadzie państwa prawnego, należałoby wymagać, aby ustawodawca, wydając przepisy, które są tak ważne, że powinność ich stosowania jest silniejsza od wyrażonego w normie prawa prywatnego międzynarodowego nakazu stosowania obcego prawa, uzupełnił je wyraźną regulacją kolizyjną, zaś wydane wcześniej przepisy tego rodzaju powinny być wymienione w przepisach przejściowych"[113].

Przedstawiony sposób rozumienia przepisów wymuszających nie oddaje trafnie ich istoty. Koncepcję „ukrytej normy kolizyjnej", której zwolennikiem jest A. Mączyński, poddał trafnej krytyce M. Mataczyński[114]. Podkreśla on, że w literaturze „akcentuje się szczególny charakter przepisów wymuszających […], „ich całkowitą autonomię, odrębność i samoregulację"; „[…] funkcjonują one poza ustawowo uregulowanym mechanizmem kolizyjnym, stąd krytycznie należy odnieść się do analogicznego stosowania do nich założeń tego mechanizmu — jak to ma miejsce w koncepcji tzw. ukrytej normy kolizyjnej". Do argumentów M. Mataczyńskiego można dodać przypomnienie, że przepisy wymuszające — chroniąc porządek publiczny (w sposób pozytywny) — ingerują wyjątkowo, gdy tego wymagają okoliczności danego stanu faktycznego. Mamy tu do czynienia z metodą *a posteriori* (podobnie jak w przypadku klauzuli porządku publicznego w ujęciu negatywnym). O ich uwzględnieniu bądź pominięciu rozstrzyga pożądany rezultat merytoryczny. Tak jak nie można raz na zawsze utrwalić listy podstawowych zasad porządku prawnego RP (na użytek klauzuli z art. 6 ustawy o p.p.m.) oraz ustawowo określić przypadków, kiedy i w jaki sposób mają one korygować zastosowanie obcego prawa właściwego, tak samo nie można w sztywny sposób ustalić listy przepisów wymuszających, określając z góry przestrzenny zakres działania każdego z nich. Zabieg taki trudno sobie zresztą wyobrazić. Idea

gu XXI wieku. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006, s. 571.

[112] A. Mączyński: *Kodyfikacyjne…*, s. 438.

[113] Ibidem, s. 436.

[114] M. Mataczyński: *Przepisy…*, s. 113—116.

dobudowywania jednostronnych norm kolizyjnych do każdego przepisu merytorycznego przewróciłaby „do góry nogami" cały system kolizyjny. Tymczasem istota zagadnienia polega jedynie na stworzeniu „klapy bezpieczeństwa", pozwalającej sędziemu na wyjątkową korektę wniosków wynikających z zastosowania normalnego mechanizmu kolizyjnego. Stanowiłaby ona dopełnienie klauzuli porządku publicznego w ujęciu negatywnym, umożliwiając tym samym koncepcyjne rozróżnienie obu sposobów ochrony porządku publicznego państwa. „Klauzula przepisów wymuszających" nie zmuszałaby sędziego — jak tego obawia się A. Mączyński — do stosowania określonych przepisów, stwarzałaby mu jedynie taką możliwość, po to, by wydane przez niego orzeczenie było słuszne i sprawiedliwe. Zamieszczenie w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym stosownego przepisu, który określi kryteria oceny sędziowskiej i będzie stanowić podstawę prawną indywidualnych decyzji dotyczących wpływu konkretnych przepisów na określony stosunek cywilnoprawny, wydaje się niezbędne.