Władza jurysdykcyjna arbitrów a międzynarodowa odpowiedzialność państwa w świetle teorii Emmanuela Gaillarda i praktyki arbitrażowej

AUTOR

Fundacja Dobre Państwo

STRESZCZENIE / ABSTRACT

Tekst analizuje fundamenty normatywne władzy jurysdykcyjnej arbitrów w kontekście międzynarodowej odpowiedzialności państwa. Autor podkreśla, że kompetencja trybunałów nie wynika z autorytetu osobistego sędziów, lecz z konkretnych podstaw prawnych, takich jak umowy BIT czy konwencje. W arbitrażu inwestycyjnym kluczowa jest sekwencja normatywna: od uprzedniej zgody państwa po konkretne roszczenie inwestora. Artykuł szczegółowo omawia wielowymiarowe kryteria ustalania jurysdykcji, dzieląc je na aspekty podmiotowe (ratione personae), przedmiotowe (ratione materiae), czasowe (ratione temporis) oraz woluntatywne (ratione voluntatis). Konstrukcja ta zmienia dynamikę relacji między inwestorem a państwem, umożliwiając dochodzenie roszczeń poza krajowym systemem sądowniczym, pod warunkiem spełnienia rygorystycznych przesłanek traktatowych.

The text analyzes the normative foundations of the jurisdictional power of arbitrators in the context of the international responsibility of the state. The author emphasizes that the competence of tribunals does not derive from the personal authority of the judges, but from specific legal bases such as BITs or conventions. In investment arbitration, the normative sequence is key: from the prior consent of the state to the specific claim of the investor. The article discusses in detail the multidimensional criteria for establishing jurisdiction, dividing them into subjective (ratione personae), objective (ratione materiae), temporal (ratione temporis), and voluntary (ratione voluntatis) aspects. This construction changes the dynamics of

the relationship between the investor and the state, enabling the pursuit of claims outside the national judicial system, provided that rigorous treaty prerequisites are met.

Artykuł analizuje złożoną relację między władzą jurysdykcyjną arbitrów a odpowiedzialnością państwa i jego funkcjonariuszy za naruszenia zobowiązań wobec inwestorów zagranicznych. Autor stawia tezę, że rzetelne ustalenie winy konkretnych osób decyzyjnych wymaga wyjścia poza prostą analizę prawną i przeprowadzenia wielowarstwowej rekonstrukcji procesów administracyjnych (process tracing). Kluczowym elementem tej argumentacji jest rozróżnienie między suwerennym prawem państwa do regulowania gospodarki a bezprawnymi działaniami, które naruszają międzynarodowe standardy ochrony, takie jak sprawiedliwe i równe traktowanie (FET). Wykorzystując teorię Emmanuela Gaillarda oraz analizę konkretnych sporów (m.in. Cargill, Eureko), tekst dowodzi, że autonomia arbitrażu nie jest jedynie kwestią proceduralną, lecz narzędziem kontroli władzy publicznej. W konsekwencji autor postuluje stworzenie systemowej odpowiedzialności funkcjonariuszy, opartej na rzeczywistym sprawstwie i przepływie informacji, co ma zapobiegać sytuacjom, w których koszty błędnych decyzji politycznych są przerzucane wyłącznie na budżet państwa.

SŁOWA KLUCZOWE

władza jurysdykcyjna arbitrów | międzynarodowa odpowiedzialność państwa | arbitraż inwestycyjny | zasada Kompetenz-Kompetenz | due process | bilateral investment treaties (BIT) | konwencja waszyngtońska ICSID | process tracing | forum shopping | torpedo action | jurysdykcja ratione personae | standard sprawiedliwego i równego traktowania | autonomia proceduralna | przyczynowość normatywna

Normatywne źródła władzy jurysdykcyjnej arbitrów

Władza jurysdykcyjna arbitrów, autonomia normatywna i mechanizmy powstawania międzynarodowej odpowiedzialności państwa

Ustalenie źródła władzy jurysdykcyjnej arbitrów to jeden z najistotniejszych problemów współczesnej teorii prawa. Wymaga on bowiem rozstrzygnięcia, w jaki sposób podmioty niebędące organami państwowego wymiaru sprawiedliwości uzyskują kompetencję do wydawania rozstrzygnięć, których skutki majątkowe mogą obciążać przedsiębiorstwa, instytucje publiczne i budżety państw, a także ograniczać faktyczną swobodę decyzji gospodarczych podejmowanych przez demokratycznie wyłonione władze. Problem ten wykracza poza klasyczne rozumienie arbitrażu jako dobrowolnej alternatywy dla sądownictwa państwowego.

W międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym relacja między inwestorem a państwem obejmuje nie tylko zobowiązania kontraktowe, lecz także normy traktatowe, publicznoprawne kompetencje regulacyjne, zasady odpowiedzialności międzynarodowej oraz gwarancje ochrony własności. Jurysdykcja trybunału może zatem powstawać w wyniku złożonej sekwencji normatywnej: państwo najpierw wyraża zgodę na rozstrzyganie przyszłych sporów, następnie podejmuje działania wobec inwestora, a ostatecznie zostaje zobowiązane do uczestnictwa w postępowaniu opartym na uprzednio ustanowionych regułach. Z punktu widzenia naukowej oceny odpowiedzialności państwa kluczowe jest zatem odróżnienie samego istnienia kompetencji arbitrażowej od zasadności dochodzonego roszczenia, a także od późniejszej dopuszczalności uznania i wykonania wyroku.

W teorii aktu prawnego oraz kompetencji normodawczej Georga Henrika von Wrighta i Alfonsa Rossa widoczna jest użyteczna analogia między normą przyznającą kompetencję do dokonania czynności konwencjonalnej a normą ustanawiającą obowiązek określonego zachowania. Kompetencja nie jest bowiem zwykłą wolnością działania, lecz prawnie uznaną zdolnością wywoływania konkretnych skutków normatywnych poprzez czynności spełniające wymagane warunki. Arbiter może posiadać wiedzę, autorytet zawodowy i akceptację uczestników obrotu, jednak przymioty te same w sobie nie ustanawiają jego jurysdykcji. Niezbędna jest podstawa normatywna, która pozwoli przypisać jego rozstrzygnięciu moc wiążącą wobec konkretnych podmiotów. W arbitrażu handlowym podstawę tę stanowi zazwyczaj umowa o arbitraż, natomiast w arbitrażu inwestycyjnym może to być traktat międzynarodowy, regulacja krajowa lub bezpośrednie porozumienie inwestycyjne.

Właśnie dlatego naukowa rekonstrukcja jurysdykcji musi poprzedzać analizę zachowań będących przedmiotem sporu. Żaden trybunał nie może w sposób prawnie skuteczny orzekać o wszystkim i wobec każdego, kierując się wyłącznie własnym przekonaniem o celowości rozstrzygnięcia. Specyfiką międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego jest możliwość ustanowienia zgody państwa poprzez publiczne, uprzednie zobowiązanie traktatowe, które następnie zostaje przyjęte przez określonego inwestora w przewidzianym prawem trybie. Dwustronne umowy o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji (bilateral investment treaties – BIT) mogą zawierać ofertę poddania

określonych kategorii przyszłych sporów arbitrażowi międzynarodowemu. Państwo nie musi zatem każdorazowo podpisywać odrębnej umowy z przedsiębiorcą, który w przyszłości zakwestionuje jego działania. Zgoda może zostać udzielona wcześniej, wobec kategorii inwestorów i inwestycji zdefiniowanych w traktacie, a jej skuteczność w konkretnym sporze powstaje po spełnieniu przewidzianych warunków.

Konstrukcja ta zasadniczo zmienia stosunek sił między jednostką gospodarczą a państwem, gdyż inwestor może uzyskać samodzielne uprawnienie procesowe do dochodzenia odpowiedzialności państwa poza jego systemem sądowniczym. Nie oznacza to jednak powszechnego prawa każdego inwestora zagranicznego do wszczęcia arbitrażu.

Wielowymiarowe kryteria ustalania jurysdykcji arbitrażowej

Uprawnienie to musi wynikać z konkretnego instrumentu prawnego i obejmować określony rodzaj sporu. Wielowymiarowość zgody arbitrażowej można uchwycić poprzez analizę jurysdykcji ratione personae, ratione materiae, ratione temporis i ratione voluntatis. Pierwsza dotyczy podmiotowego zakresu kompetencji, obejmując między innymi obywatelstwo osoby fizycznej, przynależność państwową osoby prawnej, strukturę kontroli kapitałowej oraz przesłanki uznania danego podmiotu za chronionego inwestora. Druga odnosi się do przedmiotu postępowania; wymaga zbadania, czy dane przedsięwzięcie stanowi inwestycję w rozumieniu właściwego traktatu lub dodatkowego reżimu konwencyjnego. Trzecia wyznacza granice czasowe ochrony, szczególnie w kontekście daty dokonania inwestycji, wejścia traktatu w życie, powstania sporu czy zakończenia obowiązywania umowy międzynarodowej. Czwarta obejmuje rzeczywistą treść zgody stron na arbitraż, w tym zakres sporów objętych klauzulą jurysdykcyjną, warunki uprzednich negocjacji oraz ewentualne ograniczenia w wyborze forum. Kategorie te są ze sobą powiązane, lecz nie można ich traktować zamiennie – spełnienie jednej z nich nie znosi konieczności zbadania pozostałych.

W systemie Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID) kluczowe znaczenie ma art. 25 konwencji waszyngtońskiej. Określa on podstawowe przesłanki jurysdykcji Centrum wobec sporów prawnych wynikających bezpośrednio z inwestycji, powstających między umawiającym się państwem a podmiotem spełniającym wymagania dotyczące przynależności państwowej. Niezbędna jest przy tym pisemna zgoda na poddanie sporu temu mechanizmowi. W piśmiennictwie i orzecznictwie wypracowano dodatkowe kryteria identyfikacji inwestycji, takie jak wkład ekonomiczny, określony czas trwania przedsięwzięcia czy element ryzyka gospodarczego. Punktem odniesienia dla takich analiz stała się sprawa Salini Costruttori przeciwko Maroku, choć

późniejsza praktyka arbitrażowa nie przekształciła wszystkich tam zaproponowanych wskaźników w jeden powszechnie obowiązujący test.

Pojęcie inwestycji pozostaje częściowo zależne od konkretnego traktatu, okoliczności sprawy oraz przyjętej metody wykładni. Nie istnieje zatem prosty automatyzm, na podstawie którego każda zagraniczna transakcja, umowa sprzedaży albo wierzytelność pieniężna uzyskuje ochronę właściwą międzynarodowej inwestycji. Zagadnienie to ma bezpośrednie znaczenie dla oceny polskich zobowiązań wynikających z prywatyzacji, udzielania koncesji, gospodarowania zasobami naturalnymi i kształtowania warunków działalności przemysłowej. Inwestor może ponosić nakłady na budowę zakładu, nabycie akcji przedsiębiorstwa lub rozwój infrastruktury w przekonaniu, że właściwy traktat zapewnia mu określone gwarancje prawne. Państwo może jednak kwestionować kwalifikację przedsięwzięcia jako inwestycji chronionej lub podnosić zarzuty dotyczące przynależności państwowej inwestora, zakresu zgody, daty powstania sporu czy wcześniejszego wykorzystania innych środków ochrony prawnej. Każdy z tych zarzutów wymaga zbadania odrębnego stanu faktycznego i podstawy normatywnej. Procesowa obrona państwa może zatem zakończyć spór bez merytorycznego rozstrzygania, czy jego zachowanie było zgodne ze standardem sprawiedliwego i równego traktowania. Jednocześnie oddalenie zarzutu jurysdykcyjnego nie oznacza automatycznej zasadności roszczenia inwestora – dopiero późniejsza analiza materialnoprawna pozwala ustalić, czy konkretne działanie rzeczywiście naruszyło zobowiązanie międzynarodowe.

Zasada Kompetenz-Kompetenz jako fundament autonomii jurysdykcyjnej

Współczesny arbitraż opiera się na zasadzie Kompetenz-Kompetenz, która przyznaje trybunałowi prawo do rozstrzygania o własnej właściwości. Jej wymiar pozytywny przejawia się w kompetencji arbitrów do badania istnienia, ważności i zakresu umowy arbitrażowej; wymiar negatywny natomiast ogranicza możliwość uprzedniej ingerencji sądu państwowego w ocenę tych kwestii. Konstrukcja ta nie oznacza bezwarunkowej nadrzędności arbitrażu nad sądownictwem publicznym, lecz ustanawia konkretny rozkład kompetencji i kolejność kontroli. Modelowe prawo UNCITRAL przewiduje w art. 16 możliwość rozpoznawania przez arbitrów zarzutów jurysdykcyjnych oraz mechanizmy późniejszej kontroli sądowej. Podobna instytucja funkcjonuje w art. 41 konwencji ICSID, upoważniającym trybunał do rozstrzygania o własnej kompetencji i zarzutach dotyczących jurysdykcji Centrum. Choć oba rozwiązania realizują ideę autonomii jurysdykcyjnej, różnią się zakresem udziału sądów państwowych oraz dostępnymi środkami weryfikacji rozstrzygnięć.

Zasada ta nabiera szczególnego znaczenia na gruncie polskiego Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 1180 § 1 k.p.c., sąd polubowny może rozstrzygać o własnej właściwości, w tym o istnieniu, ważności i skuteczności zapisu na arbitraż. Jednocześnie ustawodawca przyjmuje zasadę odrębności umowy arbitrażowej od stosunku podstawowego, wskazując, że nieważność lub wygaśnięcie umowy zawierającej zapis nie przesądzają same przez się o nieważności lub wygaśnięciu tego zapisu. W praktyce oznacza to, że spór dotyczący wadliwości głównego kontraktu może pozostać w jurysdykcji arbitrów, o ile samo porozumienie arbitrażowe zachowuje skuteczność prawną. Z punktu widzenia teorii czynności prawnych rozwiązanie to zapobiega paradoksowi, w którym strona kwestionująca umowę podstawową mogłaby jednocześnie wyłączać kompetencję trybunału powołanego właśnie do zbadania tej umowy. Nie oznacza to jednak, że zapis arbitrażowy jest zawsze ważny – jego własne wady pozostają przedmiotem samodzielnej oceny prawnej. Rzeczywista doniosłość zasady Kompetenz-Kompetenz ujawnia się w sporach, gdy jedna ze stron próbuje równolegle uruchomić sądownictwo państwowe, kwestionować kompetencje arbitrów lub uzyskać nakaz sądowy blokujący kontynuowanie postępowania.

W ramach teorii gier proceduralnych takie zachowania można analizować jako wybór strategii służącej zmianie kosztów i czasu dochodzenia roszczeń, zwiększeniu przewagi negocjacyjnej lub przeniesieniu konfliktu do korzystniejszego środowiska instytucjonalnego. Pojęcia forum shopping oraz torpedo action opisują odpowiednio strategiczny wybór jurysdykcji oraz wykorzystywanie postępowań w celu opóźnienia rozstrzygnięcia właściwego sporu.

Rozróżnienie między suwerenną kontrolą sądową a bezprawną ingerencją w arbitraż

Nie każde równoległe postępowanie stanowi jednak nadużycie prawa procesowego, gdyż mogą istnieć uzasadnione podstawy do kwestionowania ważności zapisu, zdatności arbitrażowej lub tożsamości roszczeń. Dla prawidłowej oceny niezbędne jest rozróżnienie rzeczywistej konkurencji jurysdykcji od działań podyktowanych jedynie zamiarem uniemożliwienia drugiej stronie skorzystania z uzgodnionego mechanizmu ochrony prawnej. Ważny materiał porównawczy dostarcza rozwój prawa szwajcarskiego, a konkretnie reakcja ustawodawcy na problemy ujawnione w sprawie Fomento. Wprowadzony do szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym art. 186 ust. 1bis przewiduje, że trybunał arbitrażowy rozstrzyga o swojej właściwości bez względu na wcześniej wszczęte postępowanie dotyczące tego samego przedmiotu między tymi samymi stronami przed sądem państwowym lub innym trybunałem, chyba że szczególnie istotne względy uzasadniają zawieszenie postępowania. Rozwiązanie to, obowiązujące

od 1 marca 2007 r., służy ograniczeniu możliwości procesowego blokowania arbitrażu poprzez wszczynanie równoległych postępowań. Jest ono zarazem przykładem tego, że teoria autonomii arbitrażu może uzyskać pozytywnoprawne potwierdzenie w ustawodawstwie krajowym, nie prowadząc przy tym do całkowitego wyeliminowania kontroli sprawowanej przez państwowy wymiar sprawiedliwości.

Jeszcze dalej idące konsekwencje relacji między sądami państwowymi a trybunałami arbitrażowymi ujawniły się w sprawie Saipem przeciwko Bangladeszowi. W związku ze sporem dotyczącym kontraktu na budowę gazociągu sądy Bangladeszu podejmowały działania ingerujące w postępowanie arbitrażowe prowadzone według reguł Międzynarodowej Izby Handlowej. Po wydaniu rozstrzygnięcia przez trybunał handlowy powstał dodatkowy spór inwestycyjny dotyczący zachowania organów państwowych. Trybunał ICSID w wyroku z 30 czerwca 2009 r. stwierdził naruszenie zobowiązań międzynarodowych Bangladeszu, kwalifikując określone działania sądów krajowych jako bezprawne pozbawienie inwestora praw majątkowych związanych z pierwotnym postępowaniem arbitrażowym i zasądzając około 6,3 mln USD.

Przypadek ten ujawnia możliwość powstania odpowiedzialności międzynarodowej wskutek niewłaściwego wykonywania krajowej władzy sądowniczej, choć nie ustanawia zasady, według której każda ingerencja sądu państwa siedziby w postępowanie arbitrażowe byłaby równoznaczna z wywłaszczeniem. Konieczne było bowiem wykazanie szczególnych okoliczności świadczących o nadużyciu kompetencji nadzorczych.

Znaczenie sprawy Saipem dla badania odpowiedzialności polskich decydentów jest zasadnicze, ponieważ poszerza perspektywę analizy działań państwa poza klasyczne decyzje ministrów i organów administracji. W świetle zasad przypisywania zachowania państwu na gruncie prawa międzynarodowego również działania organów władzy sądowniczej mogą stanowić podstawę jego odpowiedzialności, jeżeli spełniają przesłanki naruszenia zobowiązania międzynarodowego. Zasada niezależności sądów i niezawisłości sędziów nie znosi międzynarodowej podmiotowości państwa ani odpowiedzialności za naruszenia przypisywalne jego organom. Równocześnie odpowiedzialność państwa za rozstrzygnięcie sądowe nie przesądza o odpowiedzialności dyscyplinarnej, cywilnej czy karnej sędziego, gdyż te formy odpowiedzialności wymagają odrębnych przesłanek.

Powstaje tutaj szczególnie trudny problem konstytucyjny: jak zapewnić skuteczność zobowiązań międzynarodowych, nie przekształcając odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w narzędzie politycznego nacisku na niezależny wymiar sprawiedliwości. Rozwiązanie tego dylematu wymaga ochrony zarówno prawidłowości orzekania, jak i niezależności instytucji wykonujących funkcję jurysdykcyjną. Władza jurysdykcyjna arbitrów nie wyczerpuje jednak problematyki normatywnej arbitrażu. Nawet po ustaleniu kompetencji trybunału do rozpoznania sporu, konieczne staje się

rozróżnienie kilku odmiennych porządków prawa właściwego. Należą do nich: prawo regulujące samą umowę arbitrażową, prawo proceduralne związane z siedzibą arbitrażu, reguły prowadzenia postępowania przyjęte przez strony lub trybunał, prawo materialne właściwe dla stosunku będącego przedmiotem konfliktu, odpowiednie normy prawa międzynarodowego oraz przepisy regulujące uznanie i wykonanie rozstrzygnięcia.

Każda z tych warstw pełni odmienną funkcję. Pierwsza odpowiada na pytanie o istnienie i zakres zgody na arbitraż, druga określa jego instytucjonalne otoczenie, trzecia organizuje przebieg postępowania dowodowego i orzekania, czwarta wyznacza prawa i obowiązki stron, piąta może ustanawiać samodzielne standardy odpowiedzialności międzynarodowej, natomiast ostatnia określa warunki przekształcenia wyroku w realnie egzekwowalne zobowiązanie. Utożsamianie tych kategorii prowadzi do błędów prawnych, co może skutkować niewłaściwym wyborem strategii procesowej, nieuzasadnionym kwestionowaniem kompetencji trybunału lub błędną oceną zakresu ochrony inwestora. Dobrym przykładem rozdzielenia miejsca prowadzenia czynności procesowych od prawnej siedziby arbitrażu jest postępowanie Eureko przeciwko Polsce. Z częściowego wyroku z 19 sierpnia 2005 r. wynika, że rozprawy merytoryczne przeprowadzono we wrześniu 2004 r. w Londynie, choć prawną siedzibą arbitrażu pozostawała Bruksela. Oznaczało to, że miejsce faktycznego prowadzenia rozpraw nie przesądzało o zmianie siedziby ani wynikających z niej reguł kontroli sądowej. Spór opierał się natomiast na polsko-niderlandzkiej umowie inwestycyjnej z 1992 r., a jego materialnoprawne rozstrzygnięcie wymagało zbadania zarówno dokumentów prywatyzacyjnych PZU, jak i niezależnych zobowiązań traktatowych Rzeczypospolitej Polskiej.

Przykład ten stanowi praktyczne potwierdzenie rozdzielności kilku warstw regulacyjnych, których istnienie teoria monolokalna, multilokalna i autonomiczna wyjaśniają w odmienny sposób.

Autonomia proceduralna jako gwarancja rzetelnego procesu

Autor wskazuje również, że błędne utożsamienie miejsca rozprawy z siedzibą arbitrażu może prowadzić do niewłaściwego określenia systemu sądowej kontroli wyroku. Choć autonomia proceduralna arbitrażu stanowi jedno z najważniejszych osiągnięć współczesnego międzynarodowego prawa gospodarczego, musi być ona wyraźnie odróżniona od dowolności proceduralnej.

Strony dysponują szerokim zakresem swobody w kwestii liczby arbitrów, języka postępowania, zasad dowodowych czy organizacji rozpraw i harmonogramu czynności. Swoboda ta funkcjonuje

jednak w ramach norm gwarantujących równość uczestników oraz rzeczywistą możliwość przedstawienia stanowiska. Modelowe prawo UNCITRAL (zwłaszcza art. 18 i 19) odzwierciedla to połączenie swobody ustalania procedury z wymogiem równego traktowania stron i zapewnieniem każdej z nich odpowiedniej możliwości zaprezentowania swojej sprawy. Standard rzetelnego postępowania, określany mianem due process, nie jest zatem wyłącznie formalnym ograniczeniem autonomii arbitrów, ale przesłanką społecznej i normatywnej legitymizacji ich władzy. Trybunał, zyskując niezależność od państwowej struktury sądowniczej, musi jednocześnie zapewniać gwarancje bezstronności, przejrzystości proceduralnej i prawa do obrony; w przeciwnym razie autonomia mogłaby przekształcić się w arbitralność. Praktyka międzynarodowego arbitrażu dowodzi, że sposób organizacji postępowania może mieć istotny wpływ na możliwość odtworzenia rzeczywistych procesów decyzyjnych zachodzących wewnątrz państwa.

Metody rekonstrukcji procesu decyzyjnego i normatywne ramy rozstrzygania sporów

Kluczowe znaczenie zyskują tu dokumenty administracyjne, korespondencja międzyresortowa, protokoły posiedzeń organów kolegialnych, ekspertyzy przygotowywane przed podjęciem decyzji, opinie doradców prywatyzacyjnych, analizy skutków regulacji oraz dokumentacja kontaktów z inwestorem. Materiał ten pozwala ustalić, czy przedstawiciele państwa dysponowali informacjami o ryzyku naruszenia zobowiązań międzynarodowych, czy dane te przekazano osobom uprawnionym do podejmowania decyzji oraz jakie przesłanki uzasadniały wybór konkretnego działania.

W wymiarze metodologicznym podejście to stanowi zastosowanie analizy procesu decyzyjnego, znanej w naukach politycznych jako process tracing. Polega ona na rekonstruowaniu sekwencji zdarzeń i mechanizmów przyczynowych na podstawie wzajemnie powiązanych dowodów, co pozwala odróżnić czasową zbieżność zdarzeń od rzeczywistego wpływu konkretnej decyzji na powstanie naruszenia. Dokument potwierdzający, że minister został uprzedzony o określonym ryzyku, ma bowiem inną wartość dowodową niż późniejsza publicystyczna ocena, że powinien był je przewidzieć. Metoda ta okazuje się szczególnie wartościowa przy rekonstrukcji sporów inwestycyjnych obejmujących wieloletnie sekwencje działań administracyjnych.

Samo ustalenie, że dany minister podpisał dokument, nie rozstrzyga jednak, czy samodzielnie opracował jego treść, działał zgodnie z wiążącym stanowiskiem Rady Ministrów, wykonywał wcześniej przyjęte zobowiązania, czy też podejmował decyzję w granicach ustawowego uznania administracyjnego. Istotne jest tu odróżnienie odpowiedzialności za treść decyzji od odpowiedzialności za procedurę jej przygotowania i kontrolę ryzyka. Z punktu widzenia teorii

organizacji Jamesa G. Marcha i Herberta Simona decyzje instytucjonalne rzadko są rezultatem całkowicie swobodnego wyboru pojedynczej osoby.

Powstają one w ramach organizacyjnych reguł działania, ograniczonego dostępu do informacji, ustalonych procedur, konfliktów interesów i mechanizmów delegowania kompetencji. Nie wyklucza to indywidualnej odpowiedzialności, lecz nakazuje badać ją poprzez rzeczywisty zakres sprawstwa i kontroli nad przebiegiem zdarzeń. Dla odpowiedzialności funkcjonariusza zasadnicze znaczenie ma zatem nie samo miejsce w hierarchii politycznej, lecz treść konkretnych obowiązków, możliwości działania oraz zachowania oceniane według właściwych standardów prawnych.

Przejście na poziom materialnoprawny wymaga rozróżnienia klasycznej metody kolizyjnej, metody bezpośredniego ustalania prawa właściwego oraz metody norm transnarodowych. Pierwsza wykorzystuje normy prawa prywatnego międzynarodowego do wskazania krajowego porządku prawnego, któremu zostaje podporządkowany sporny stosunek. Druga pozwala arbitrom, w granicach właściwego reżimu arbitrażowego, bezpośrednio określać reguły materialne znajdujące zastosowanie, bez konieczności mechanicznego odtwarzania wszystkich klasycznych łączników kolizyjnych. Trzecia odwołuje się do zasad wykształconych w międzynarodowym obrocie gospodarczym, praktyce orzeczniczej i porównawczym badaniu systemów prawnych. W teorii Emmanuela Gaillarda wybór między tymi metodami ujawnia głębszą strukturę przekonań o naturze prawa.

Zwolennik monolokalnego pozytywizmu państwowego poszukuje legitymacji normy w określonym krajowym systemie prawnym, podczas gdy przedstawiciel koncepcji autonomicznej dopuszcza istnienie norm, których jurydyczność wynika z transnarodowego procesu ich identyfikowania, akceptacji i stosowania. Różnica ta ma znaczenie zarówno filozoficzne, jak i praktyczne, gdyż wpływa na rozstrzyganie sporów, w których strony świadomie rezygnują z podporządkowania całego stosunku gospodarczego prawu jednego państwa. Modelowe prawo UNCITRAL w art. 28 przewiduje możliwość wyboru przez strony reguł prawa właściwych dla merytorycznego rozstrzygnięcia sporu. Użycie pojęcia rules of law, a nie wyłącznie law, otwiera możliwość odwołania się do norm niewchodzących w skład jednego krajowego systemu prawa. Jednocześnie, w braku wyboru stron, modelowe prawo przewiduje zastosowanie prawa ustalonego za pośrednictwem reguł kolizyjnych uznanych przez trybunał za właściwe. Nie ustanawia to zatem nieograniczonej swobody arbitrów do zastępowania prawa materialnego własnym przekonaniem o sprawiedliwości.

Odrębne rozwiązanie przyjęto w art. 42 ust. 1 konwencji ICSID, który nakazuje uwzględniać reguły prawa uzgodnione przez strony, a w braku porozumienia odsyła do prawa państwa będącego stroną sporu (włącznie z jego normami kolizyjnymi) oraz mających zastosowanie norm prawa

międzynarodowego. Konwencja dopuszcza także orzekanie ex aequo et bono, jednak wymaga w tym celu zgody stron. Konstrukcja ta ilustruje zasadnicze rozróżnienie między stosowaniem norm prawnych a rozstrzyganiem na podstawie słuszności, które w tradycyjnej teorii prawa nie są kategoriami tożsamymi. Na gruncie polskim podobny problem reguluje art. 1194 k.p.c., zgodnie z którym sąd polubowny rozstrzyga spór według prawa właściwego dla danego stosunku, a według ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności może orzekać wtedy, gdy strony wyraźnie go do tego upoważniły. Regulacja nakazuje również uwzględnianie postanowień umowy i właściwych zwyczajów. Przepis ten pokazuje, że autonomia arbitrażu pozostaje wpisana w normatywnie określone granice. Z punktu widzenia odpowiedzialności państwa jego znaczenie polega na konieczności precyzyjnego odróżnienia wyboru krajowego prawa materialnego od zgody na zastosowanie ogólnych zasad międzynarodowego obrotu. Klauzula przewidująca arbitraż nie oznacza bowiem automatycznie, że strony zrezygnowały z ochrony wynikającej z określonego prawa krajowego albo zgodziły się na orzekanie według nieograniczonego poczucia słuszności arbitrów.

Zasady UNIDROIT jako standard regulujący kontrakty

W międzynarodowym obrocie gospodarczym szczególne znaczenie mają Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT. Ich edycja z 2016 roku składa się z jedenastu rozdziałów obejmujących 211 artykułów, które regulują m.in. zawieranie i interpretację umów, wykonywanie zobowiązań, skutki niewykonania świadczeń, przedawnienie oraz kwestie wielości dłużników i wierzycieli.

Zasady UNIDROIT i klauzula hardship jako narzędzia analizy odpowiedzialności

Ich funkcja nie polega na ustanowieniu jednego, światowego kodeksu zobowiązań, który miałby automatyczne pierwszeństwo przed ustawodawstwami państw. Stanowią one raczej systematyczną rekonstrukcję zasad odpowiadających potrzebom transnarodowego obrotu, mogącą znaleźć zastosowanie na podstawie wyboru stron, właściwych reguł arbitrażowych lub jako instrument interpretacyjny.

Istotna jest tutaj teoria niekompletności kontraktów, rozwijana w ekonomii instytucjonalnej; zakłada ona, że strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich przyszłych okoliczności mogących wpłynąć na wykonanie umowy. Zasady UNIDROIT dostarczają narzędzi do rozwiązywania części tych problemów, choć ich wykorzystanie zależy od właściwej podstawy prawnej i nie może

prowadzić do dowolnego pomijania norm bezwzględnie obowiązujących. W tym kontekście kluczowa staje się instytucja hardship, oznaczająca kwalifikowaną zmianę równowagi kontraktowej wskutek określonych zdarzeń wpływających na ekonomiczne warunki wykonywania zobowiązania. W międzynarodowych umowach długoterminowych – zwłaszcza tych dotyczących dostaw strategicznych produktów, budowy infrastruktury, wydobycia surowców czy przedsięwzięć energetycznych – istotne wahania cen, kosztów transportu, otoczenia regulacyjnego lub warunków gospodarczych mogą prowadzić do sporów o dopuszczalność renegocjacji kontraktu. Należy jednak odróżnić nadzwyczajną zmianę okoliczności od zwykłego ryzyka gospodarczego oraz od klasycznej siły wyższej, która co do zasady dotyczy przeszkód w samym wykonaniu zobowiązania.

Nie każda ekonomiczna nieopłacalność umowy stanowi podstawę do zwolnienia dłużnika z odpowiedzialności. W zależności od systemu prawnego i treści kontraktu możliwe są mechanizmy adaptacyjne, renegocjacyjne lub rozwiązujące stosunek zobowiązaniowy, jednak ich zastosowanie wymaga spełnienia konkretnych przesłanek.

Rozróżnienie to okaże się szczególnie użyteczne przy pogłębionej analizie sporu Pfizer i BioNTech przeciwko Polsce. Pozwoli ono oddzielić ocenę epidemiologicznej i ekonomicznej celowości dalszych dostaw szczepionek od prawnych skutków wcześniej przyjętych zobowiązań. Fakt, że państwo mogło uznać dalsze wykonywanie kontraktu za nieracjonalne gospodarczo, nie oznacza, iż sama ta ocena wystarczała do jednostronnego ograniczenia obowiązków kontraktowych. Z kolei wierzyciel dochodzący wykonania umowy nie jest automatycznie zwolniony z konieczności wykazania istnienia i wymagalności zobowiązania oraz odniesienia się do zarzutów drugiej strony. Konieczna jest zatem jednoczesna analiza ekonomiki pierwotnego zamówienia, mechanizmów ustalania zapotrzebowania, rozkładu ryzyka kontraktowego, klauzul dotyczących zmiany okoliczności oraz dokumentacji decyzji o odmowie odbioru kolejnych dostaw. Dopiero taka wielowarstwowa rekonstrukcja pozwoli wyjaśnić, jakie znaczenie dla powstania odpowiedzialności miały działania konkretnych członków rządu, urzędników odpowiedzialnych za zamówienia oraz osób uczestniczących w przygotowaniu strategii procesowej.

Rozróżnienie roszczeń kontraktowych od traktatowych i ryzyko klauzuli parasolowej

Przejście od problematyki prawa właściwego do materialnych standardów ochrony inwestycji wymaga wyraźnego oddzielenia naruszenia zwyczajnego zobowiązania kontraktowego od naruszenia traktatu międzynarodowego. Rozróżnienie to zostało szeroko rozwinięte w orzecznictwie inwestycyjnym, a szczególnie w sporze Vivendi przeciwko Argentynie, gdzie

podkreślono odmienność podstaw roszczeń kontraktowych i traktatowych. Zachowanie państwa może bowiem stanowić niewykonanie umowy, nie naruszając jednocześnie traktatu inwestycyjnego – podobnie jak naruszenie norm traktatowych może wynikać z działań władczych, które nie sprowadzają się do prostego niewykonania zobowiązania umownego.

Kluczowe znaczenie mają zatem podstawa prawna roszczenia, chroniony interes oraz charakter zachowania przypisywanego państwu. W praktyce ten sam ciąg zdarzeń może generować kilka odrębnych problemów prawnych, jednak zakres ich wzajemnego oddziaływania wymaga każdorazowej interpretacji właściwych instrumentów normatywnych. Problem ten stanowił jeden z zasadniczych elementów częściowego wyroku w sprawie Eureko przeciwko Polsce. Trybunał, analizując znaczenie dokumentów prywatyzacyjnych dla oceny naruszenia polsko-niderlandzkiej umowy inwestycyjnej, odwoływał się do rozróżnienia pomiędzy roszczeniem kontraktowym a roszczeniem opartym na zobowiązaniach traktatowych. Szczególną rolę przypisano tzw. klauzuli parasolowej (umbrella clause), zawartej w art. 3 ust. 5 traktatu, której funkcją było zapewnienie ochrony zobowiązaniom przyjętym przez państwo wobec inwestorów objętych umową. Trybunał uznał, że określone działania i zaniechania Rzeczypospolitej Polskiej, naruszające zobowiązania związane z inwestycją, mogły jednocześnie stanowić naruszenie tego postanowienia traktatowego.

W orzeczeniu przeprowadzono polemikę z wcześniejszymi interpretacjami klauzul parasolowych, w szczególności ze stanowiskami zajętymi w sprawach SGS przeciwko Pakistanowi i SGS przeciwko Filipinom. Rozbieżności te dowodzą, że nawet podobnie brzmiące postanowienia ochronne nie zawsze prowadziły w praktyce orzeczniczej do identycznej kwalifikacji zobowiązań państwowych. Z punktu widzenia polskiej administracji klauzula parasolowa tworzy szczególnie istotne zagrożenie wynikające z nieprawidłowego rozpoznania międzynarodowych skutków krajowej czynności prawnej. Umowa podpisywana przez ministra, organ reprezentujący Skarb Państwa lub właściwie umocowanego przedstawiciela instytucji publicznej może być postrzegana przez krajowych uczestników procesu decyzyjnego jako zobowiązanie podlegające wyłącznie prawu cywilnemu lub handlowemu. Jeżeli jednak jej przedmiot i strony pozostają objęte odpowiednim traktatem inwestycyjnym, niewykonanie zobowiązania może w określonych okolicznościach uruchomić również mechanizm odpowiedzialności międzynarodowej. Zależność ta nie jest automatyczna ani identyczna we wszystkich traktatach, lecz powinna być uwzględniana już na etapie przygotowywania dokumentacji kontraktowej.

Wymaga to ścisłej współpracy specjalistów prawa cywilnego, międzynarodowego publicznego i gospodarczego, ekonomistów zajmujących się wyceną ryzyka oraz osób odpowiedzialnych za politykę właścicielską państwa. Błędem organizacyjnym byłoby traktowanie tych dziedzin jako

całkowicie odrębnych obszarów administracji, gdyż rzeczywisty stosunek inwestycyjny może podlegać jednocześnie kilku reżimom normatywnym.

Standard FET jako narzędzie rozróżnienia kompetencji regulacyjnych od bezprawności

Jednym z najbardziej użytecznych narzędzi interpretacji odpowiedzialności państwa pozostaje standard sprawiedliwego i równego traktowania inwestora, określany jako fair and equitable treatment (FET). Jego znaczenie polega na możliwości oceny działań państwa nie tylko w kategoriach formalnej zgodności z prawem krajowym, ale również przez pryzmat określonych wymagań prawa międzynarodowego, obejmujących — w zależności od treści właściwego traktatu i jego wykładni — między innymi niedyskryminację, przejrzystość działania, ochronę uzasadnionych oczekiwań oraz poszanowanie podstawowych gwarancji proceduralnych. Standard FET nie ustanawia jednak powszechnego obowiązku zachowania niezmienności ustawodawstwa ani trwałego utrzymywania wszystkich warunków ekonomicznych istniejących w chwili dokonania inwestycji. Państwo zachowuje kompetencję do zmiany regulacji, zwłaszcza gdy przemawiają za tym ochrona zdrowia, bezpieczeństwo publiczne, stabilność systemu finansowego albo inne uzasadnione cele polityki publicznej. Istotne jest natomiast to, czy sposób wykonywania kompetencji regulacyjnych pozostaje zgodny z zobowiązaniami traktatowymi oraz czy zastosowane środki znajdują racjonalne uzasadnienie w okolicznościach konkretnej sprawy.

Szczególnie pouczająca jest tutaj sprawa Saluka Investments przeciwko Republice Czeskiej, dotycząca przekształceń sektora bankowego oraz działań władz publicznych wobec banku IPB. W częściowym wyroku z 17 marca 2006 r. trybunał rozważał relację między prawem państwa do podejmowania działań regulacyjnych a zobowiązaniem do zapewnienia inwestorowi sprawiedliwego i równego traktowania. Co szczególnie istotne, przyjął on, że określone środki interwencyjne mogą mieścić się w granicach dopuszczalnych kompetencji regulacyjnych i nie stanowić wywłaszczenia, a jednocześnie sposób traktowania konkretnego inwestora może naruszać standard FET. W rozstrzygnięciu zwrócono uwagę na brak wystarczającego uzasadnienia zróżnicowanego traktowania instytucji bankowych oraz na problemy związane z przejrzystością i konsekwencją działań administracji. Spór zakończył się ugodą zawartą w listopadzie 2006 r. Przykład ten pokazuje, że odpowiedzialność państwa nie musi wynikać z samego wyboru określonej polityki publicznej, lecz może powstać wskutek sposobu jej projektowania i wykonywania wobec poszczególnych uczestników rynku.

Analiza standardu FET pozwala ponadto wykorzystać dorobek teorii sprawiedliwości proceduralnej Toma R. Tylera, który wskazywał na znaczenie postrzeganej bezstronności, możliwości przedstawienia własnego stanowiska, przewidywalności procedur i uzasadniania decyzji dla społecznego uznania prawomocności władzy. W odniesieniu do inwestycji międzynarodowych analogiczne mechanizmy pomagają wyjaśniać, dlaczego działania formalnie mieszczące się w granicach krajowych kompetencji regulacyjnych mogą wywoływać poważne konflikty, jeżeli ich adresaci zostaną potraktowani w sposób nieprzejrzysty, niekonsekwentny albo nieuzasadniony względem przyjętych wcześniej zasad. Nie oznacza to jednak prostego przeniesienia psychologicznych kryteriów poczucia sprawiedliwości na grunt odpowiedzialności traktatowej. Standard prawny wymaga odrębnej wykładni normatywnej, lecz wiedza z psychologii społecznej i nauk o administracji pozwala lepiej rozpoznawać organizacyjne mechanizmy prowadzące do sporów. Zmniejszenie ryzyka naruszenia zobowiązań inwestycyjnych może zatem wymagać nie tylko prawidłowego stanowienia przepisów, ale również rozwijania administracyjnych standardów komunikowania decyzji, prowadzenia konsultacji, uzasadniania odmiennego traktowania i dokumentowania przesłanek działania.

Wyraźnego przykładu materialnych skutków polityki regulacyjnej dostarcza arbitraż Cargill Incorporated przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, zakończony wyrokiem z 29 lutego 2008 r. Spór dotyczył inwestycji amerykańskiego przedsiębiorstwa w produkcję izoglukozy w Polsce oraz wprowadzonych ograniczeń ilościowych produkcji tego produktu. Trybunał analizował relację między krajowym systemem kwotowania, późniejszymi regulacjami związanymi z członkostwem Polski w Unii Europejskiej a traktatowymi standardami ochrony inwestora. Szczególne znaczenie miały następstwa ekonomiczne ograniczenia możliwości wykorzystywania rozbudowanych wcześniej zdolności produkcyjnych oraz porównanie sytuacji producenta izoglukozy z sytuacją krajowych producentów cukru. Przedmiotem badania było zatem nie tylko formalne istnienie regulacji, lecz także rzeczywiste konsekwencje jej zastosowania wobec konkretnych kategorii przedsiębiorstw. Według bazy UNCTAD inwestor dochodził około 150 mln USD, natomiast wyrok obejmował odszkodowanie w wysokości 16,3 mln USD. Trybunał stwierdził naruszenia obejmujące między innymi standard sprawiedliwego i równego traktowania, traktowanie narodowe oraz zakaz określonych działań arbitralnych lub dyskryminacyjnych. W składzie orzekającym znaleźli się Gabrielle Kaufmann-Kohler jako przewodnicząca, Emmanuel Gaillard jako arbiter powołany przez inwestora i Bernard Hanotiau jako arbiter powołany przez Polskę.

Udział Gaillarda ma tutaj dodatkową wartość poznawczą, ponieważ pozwala skonfrontować jego dorobek teoretyczny z konkretną praktyką orzeczniczą dotyczącą polityki regulacyjnej państwa. Nie należy jednak utożsamiać całego rozstrzygnięcia kolegialnego trybunału z indywidualnymi

poglądami któregokolwiek arbitra bez przeanalizowania uzasadnienia i ewentualnych stanowisk odrębnych.

Z ekonomicznego punktu widzenia sprawa Cargill pozwala rozpatrywać zależność pomiędzy regulacją rynku, ochroną określonych sektorów gospodarki i kosztami ponoszonymi przez pozostałych uczestników konkurencji. Państwowe mechanizmy limitowania produkcji mogą służyć realizacji celów polityki rolnej, stabilizacji cen, ochronie dochodów producentów albo dostosowaniu rynku do wspólnych regulacji ponadnarodowych.

Konieczność rekonstrukcji procesów decyzyjnych dla ustalenia indywidualnej odpowiedzialności

Mogą one jednak wywoływać redystrybucję korzyści i strat pomiędzy przedsiębiorstwami, zwłaszcza gdy poszczególne grupy gospodarcze dysponują odmiennymi możliwościami dostosowania się do narzuconych ograniczeń. Teoria pogoni za rentą (rent-seeking), rozwijana przez Gordona Tullocka i Anne Krueger, wskazuje, że regulacje ograniczające konkurencję mogą generować korzyści ekonomiczne dla wybranych uczestników rynku, co zachęca do działań zmierzających do ich utrzymania lub rozszerzenia. Nie można jednak z samego faktu istnienia regulacji kwotowej wywodzić wniosku, że powstała ona w wyniku niedozwolonego lobbingu, klientelizmu czy korupcji – takie twierdzenia wymagałyby odrębnego materiału dowodowego. Teoria ta dostarcza mechanizmu wyjaśniającego możliwe zachowania instytucjonalne, lecz nie zastępuje ustaleń dotyczących rzeczywistych motywacji konkretnych decydentów.

Dalsza rekonstrukcja sprawy Cargill powinna zatem objąć szczegółową chronologię przygotowania krajowych regulacji kwotowych, analizując udział właściwych ministerstw i organów odpowiedzialnych za politykę rolną, przebieg negocjacji akcesyjnych z Unią Europejską oraz sposób wykorzystania informacji przekazywanych przez przedsiębiorcę. Kluczowe będzie ustalenie, którzy funkcjonariusze przygotowywali projekty rozwiązań, jakie analizy ekonomiczne przedłożono organom decyzyjnym, czy rozpoznano ryzyko naruszenia międzynarodowych zobowiązań inwestycyjnych oraz jaki był rzeczywisty zakres swobody regulacyjnej pozostawionej Polsce przez prawo unijne. Dopiero zestawienie tych danych z ustaleniami trybunału pozwoli oddzielić odpowiedzialność wynikającą z konstrukcji systemu regulacyjnego od ewentualnych naruszeń przypisywalnych konkretnym osobom. Bez takiej rekonstrukcji przypisywanie odpowiedzialności kolejnym ministrom wyłącznie na podstawie dat wejścia przepisów w życie stanowiłoby uproszczenie niezgodne z zasadami naukowego ustalania związków przyczynowych.

Szczególnej ostrożności wymaga ocena zależności pomiędzy prawem krajowym, prawem Unii Europejskiej a zobowiązaniami inwestycyjnymi wobec podmiotów z państw trzecich. Przystąpienie Polski do UE w 2004 roku zmieniło zakres kompetencji organów krajowych w wielu obszarach regulacji gospodarczej, zwłaszcza w polityce rolnej, konkurencji, pomocy publicznej i organizacji wybranych rynków. Nie oznaczało to jednak automatycznego wygaśnięcia wcześniejszych zobowiązań traktatowych ani zniesienia odpowiedzialności państwa za działania podejmowane w okresie dostosowywania systemu do acquis communautaire. Rzetelna ocena wymaga badania charakteru norm unijnych, stopnia swobody pozostawionej państwu członkowskiemu, postanowień traktatu inwestycyjnego oraz ewentualnych konfliktów między różnymi reżimami prawnymi. W ten sposób arbitraż ujawnia napięcie pomiędzy wielopoziomowym sprawowaniem władzy a tradycyjnymi metodami przypisywania odpowiedzialności. Decyzja formalnie podjęta przez organ krajowy może być silnie uwarunkowana prawem ponadnarodowym, co rzutuje na ocenę zarówno odpowiedzialności państwa, jak i zakresu swobody działania konkretnego funkcjonariusza. Rozważania te prowadzą do kwestii indywidualnej odpowiedzialności przedstawicieli władzy publicznej, której nie można redukować do ogólnego postulatu moralnego rozliczania polityków.

Wielopoziomowa analiza przyczynowości i rozróżnienie rodzajów odpowiedzialności

Rzetelna analiza naukowa wymaga odróżnienia co najmniej trzech poziomów przyczynowości. Pierwszym jest przyczynowość faktyczna, która pozwala ustalić udział konkretnego zachowania w powstaniu następstwa. Kolejna to przyczynowość normatywna, służąca ocenie, czy dane następstwo można prawnie przypisać określonemu podmiotowi. Trzecią jest przyczynowość instytucjonalna, obejmująca zależności między strukturą organizacyjną a procedurami i rzeczywistym procesem podejmowania decyzji. Na poziomie faktycznym kluczowe jest ustalenie, czy konkretna decyzja zmieniła położenie prawne inwestora lub przyczyniła się do późniejszej szkody.

Na poziomie normatywnym niezbędna jest identyfikacja właściwego obowiązku, standardu staranności oraz przesłanek odpowiedzialności. Z kolei w wymiarze instytucjonalnym należy zbadać, czy zachowanie było wynikiem samodzielnego wyboru, wykonywania polecenia, decyzji kolegialnej, wadliwej procedury czy nieprawidłowego przepływu informacji. Dopiero połączenie tych trzech perspektyw pozwala uzyskać obraz odpowiedzialności bardziej precyzyjny niż prosty rejestr nazwisk osób piastujących stanowiska w określonych latach.

Poważnym zagadnieniem pozostaje również odpowiedzialność za zaniechanie. Może ona powstawać nie tylko wtedy, gdy funkcjonariusz podejmuje działanie sprzeczne z prawem, ale także

wówczas, gdy nie wykonuje prawnie określonego obowiązku zapobieżenia konkretnym następstwom. W administracji gospodarczej znaczenie mogą mieć zaniechania w zakresie przekazania informacji inwestorowi, przeprowadzenia wymaganych konsultacji, analizy ryzyka, podjęcia negocjacji lub wykonania czynności przewidzianych w umowie.

Nie każde zaniechanie stanowi jednak delikt prawny; konieczne jest bowiem wykazanie istnienia konkretnego obowiązku działania oraz związku między jego naruszeniem a prawnie relewantnym następstwem. Z punktu widzenia nauk o zarządzaniu publicznym równie istotna jest analiza zaniechań organizacyjnych. Nie muszą one wyczerpywać ustawowych przesłanek osobistej odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz mogą wskazywać na wadliwe rozwiązania systemowe. Należą do nich m.in. brak mechanizmów weryfikacji zobowiązań traktatowych, niedostateczna archiwizacja informacji o sporach, rotacja kadr bez zapewnienia ciągłości wiedzy oraz niewystarczająca koordynacja między administracją a profesjonalnymi pełnomocnikami procesowymi.

W szerszej perspektywie aksjologicznej odpowiedzialność za decyzje prowadzące do międzynarodowych sporów gospodarczych należy rozpatrywać przez pryzmat relacji między zaufaniem do prawa, bezpieczeństwem obrotu a demokratyczną legitymacją władzy. W ujęciu Lon Luvoisa Fullera wewnętrzna moralność prawa obejmuje między innymi wymagania ogólności, jawności, niesprzeczności, możliwości przestrzegania oraz względnej stabilności reguł. Elementy te są kluczowe także dla inwestorów podejmujących długoterminowe decyzje gospodarcze, gdyż kalkulacja ekonomiczna wymaga możliwości przewidywania podstawowych warunków działalności.

Zarazem demokratyczne sprawowanie władzy zakłada zdolność wspólnoty politycznej do korygowania wcześniejszych decyzji i zmiany kierunków polityki publicznej. Powstaje tu konflikt wartości, którego nie da się rozstrzygnąć poprzez bezwarunkowe pierwszeństwo stabilności regulacyjnej lub nieograniczoną swobodę prawodawcy. Właściwa równowaga wymaga określenia warunków dopuszczalnej zmiany polityki oraz zasad odpowiedzialności za naruszenie przyjętych zobowiązań.

Podobne napięcie występuje między formalną legalnością działania a jego ekonomiczną i instytucjonalną racjonalnością. Decyzja może być zgodna z krajowym prawem administracyjnym, a mimo to prowadzić do międzynarodowej odpowiedzialności państwa. Może również nie naruszać zobowiązań międzynarodowych, będąc jednocześnie ekonomicznie niekorzystnym wyborem politycznym. Jeszcze inna sytuacja ma miejsce wtedy, gdy decyzja wywołuje znaczące straty gospodarcze, ale została podjęta na podstawie rzetelnej analizy, przy zachowaniu procedur i w warunkach nieusuwalnej niepewności. Zrównanie wszystkich tych przypadków oznaczałoby pomieszanie odpowiedzialności za bezprawność z odpowiedzialnością za wynik gospodarczy oraz z

odpowiedzialnością polityczną za wybór celów działania. Nauki prawne, ekonomia i politologia posługują się odmiennymi kryteriami oceny; należy je konfrontować, ale nie można ich dowolnie utożsamiać.

Systemowa odpowiedzialność funkcjonariuszy jako warunek nowoczesnego państwa prawnego

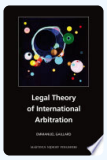
Dopiero świadome zestawienie tych elementów pozwala wyjaśnić rzeczywistą strukturę kosztów decyzji publicznych. Dla oceny personalnych konsekwencji sprawowania władzy kluczowe jest zatem ustalenie, czy po zakończeniu arbitrażu uruchomiono krajowe mechanizmy kontroli, w jakim zakresie ujawniono dokumentację procesu decyzyjnego oraz czy sformułowano zarzuty wobec konkretnych osób. Należy zbadać, czy wszczęto postępowania w sprawie odpowiedzialności majątkowej, dyscyplinarnej lub karnej i jakie były ich rzeczywiste rezultaty. Równie istotne jest sprawdzenie, czy osoby uczestniczące w przygotowaniu lub wykonaniu zakwestionowanych decyzji zachowały swoje stanowiska, zostały powołane na inne funkcje publiczne, przeszły do organów spółek Skarbu Państwa czy też zakończyły działalność w administracji. Zdarzenia te mogą stanowić istotny materiał do analizy socjologii elit politycznych, patronażu i mechanizmów reprodukcji pozycji instytucjonalnej, lecz same w sobie nie stanowią dowodu indywidualnej winy ani politycznie motywowanej ochrony przed odpowiedzialnością. Przedmiotem badania pozostaje bowiem rzeczywisty związek między decyzją, procesem kontroli a konsekwencją personalną, a nie domniemania o charakterze moralnym czy partyjnym. Takie podejście pozwala zestawić polskie doświadczenia z międzynarodowymi modelami zarządzania ryzykiem sporów inwestycyjnych.

Administracja państwowa może bowiem ograniczać część ryzyk nie poprzez rezygnację z kompetencji regulacyjnych, lecz przez rozwijanie mechanizmów kontroli jakości stanowienia prawa, systematyczną analizę zobowiązań traktatowych, zapewnienie spójności stanowisk organów oraz prawidłowe dokumentowanie motywów podejmowanych decyzji. Na poziomie instytucjonalnym oznacza to konieczność traktowania potencjalnej odpowiedzialności arbitrażowej jako elementu zarządzania publicznego, a nie wyłącznie problemu kancelarii prawnych angażowanych już po wybuchu konfliktu. Na poziomie indywidualnym wymaga to natomiast ustalenia, jakie konkretne obowiązki spoczywały na osobach odpowiedzialnych za przygotowanie, akceptację i wykonanie decyzji gospodarczych. Nie chodzi o wprowadzenie zasady automatycznego obciążania funkcjonariuszy każdą kwotą zasądzoną od państwa, lecz o zbudowanie skutecznego systemu odpowiedzialności opartej na legalnie określonych obowiązkach, rzeczywistym sprawstwie i rzetelnych przesłankach dowodowych.

W rezultacie problem władzy jurysdykcyjnej arbitrów okazuje się znacznie szerszy niż tradycyjny spór o relację między arbitrażem a sądownictwem państwowym. Dotyczy on samej konstrukcji nowoczesnego państwa prawnego, które, wykonując suwerenne kompetencje, pozostaje jednocześnie uczestnikiem wielopoziomowego systemu zobowiązań gospodarczych. Autonomia arbitrażu, ochrona inwestycji i międzynarodowa skuteczność wyroków stanowią instrumenty kontroli państwowego wykonywania władzy, lecz nie dostarczają kompletnej odpowiedzi na problem odpowiedzialności osób podejmujących decyzje. Rozwiązania tego problemu należy poszukiwać na styku doktryny odpowiedzialności międzynarodowej, konstytucyjnej teorii legalizmu, ekonomii instytucjonalnej, socjologii organizacji i empirycznej analizy procesów politycznych. Zasadniczym zadaniem kolejnego etapu badań będzie więc ustalenie, w jaki sposób konkretne działania i zaniechania polskich organów władzy zostały przekształcone w prawnie relewantne naruszenia zobowiązań wobec zagranicznych inwestorów oraz jakie rzeczywiste, udokumentowane następstwa tych sporów dotknęły instytucje publiczne i osoby uczestniczące w ich powstawaniu.

> Czy nowoczesne państwo prawne może w pełni korzystać z suwerennej swobody regulacyjnej, nie ryzykując jednocześnie utraty kontroli nad kosztami własnych błędów? Paradoksalnie to właśnie autonomia międzynarodowych trybunałów staje się lustrem, w którym odbija się brak wewnętrznej kultury odpowiedzialności urzędniczej. Pytanie brzmi zatem: czy potrafimy przekształcić lęk przed arbitrażem w systemową dyscyplinę sprawowania władzy?

Inspiracje

[1] 

"Legal Theory of International Arbitration" Emmanuel Gaillard

BRILL | ISBN: 9789004187153

Emmanuel Gaillard (1952–2021) był wybitnym francuskim prawnikiem, profesorem i praktykiem, powszechnie uznawanym za jedną z czołowych postaci w dziedzinie arbitrażu międzynarodowego i prawa prywatnego międzynarodowego. Był profesorem prawa na Uniwersytecie Paris XII (Paris-Est Créteil) i Wydziale Prawa Sciences Po, a jednocześnie przez ponad trzy dekady kierował globalną praktyką arbitrażu międzynarodowego w kancelarii Shearman & Sterling, zanim w 2021 roku został współzałożycielem kancelarii Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Gaillard wniósł fundamentalny wkład naukowy w teorię arbitrażu, przede wszystkim poprzez opracowanie i propagowanie teorii autonomicznego, transnarodowego porządku prawnego arbitrażu, niezależnego od poszczególnych jurysdykcji krajowych. Był głównym doradcą w licznych przełomowych sprawach, w tym w historycznej sprawie arbitrażowej Jukosu, i współautorem przełomowych traktatów, które ukształtowały współczesny międzynarodowy arbitraż umów handlowych i inwestycyjnych na całym świecie.

***Emmanuel Gaillard** (1952–2021) was a distinguished French legal scholar, professor, and practitioner widely acknowledged as one of the preeminent figures in international arbitration and private international law. He served as a Professor of Law at the University of Paris XII (Paris-Est Créteil) and Sciences Po Law School, while also leading the global international arbitration practice at Shearman & Sterling for over three decades before co-founding Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes in 2021. Gaillard made foundational scholarly contributions to arbitration theory, most notably by conceptualizing and championing the theory of an autonomous transnational arbitral legal order independent of individual national jurisdictions. He acted as lead counsel in numerous landmark cases, including the historic Yukos arbitration, and co-authored seminal treatises that shaped modern international commercial and investment treaty arbitration worldwide.*

Sciences Po Law School

Literatura uzupełniająca

Książki

Książki autora i dzieła przywołane w tekście:



[1] "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international"

Emmanuel Gaillard

2008 | Martinus Nijhoff Publishers | ISBN: 9789004171480



[2] "Le pouvoir en droit privé"

Emmanuel Gaillard

1985 | GEBYAI | ISBN: 9782717808766



[3] "Cuestiones claves del arbitraje internacional"

Gaillard, Emmanuel

2013 | Editorial Universidad del Rosario | ISBN: 9789587383294

[4] "Teoría jurídica del arbitraje internacional"

Emmanuel Gaillard

2010 | ISBN: 9789995364229

[5] "Traité de l'arbitrage commercial international"

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman

1996 | ISBN: 9782711125739



[6] "Auguste, ou l'Enfant naturel"

Emmanuel Gaillard

1812

Książki autorów przywoływanych i literatura pokrewna:



[7] "Trust in the Law: Encouraging Public Cooperation with the Police and Courts"

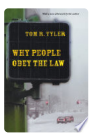
Tom R. Tyler

Russell Sage Foundation | ISBN: 9781610445429

[8] "Why People Obey the Law"

Tom R. Tyler

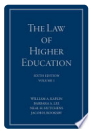
1990 | ISBN: 9780300044034



[9] "Why People Obey the Law, revised ed."

Tom R. Tyler

Princeton University Press | ISBN: 9781400828609



[10] **"The Law of Higher Education, A Comprehensive Guide to Legal Implications of Administrative Decision Making"**

William A. Kaplin, Barbara A. Lee, Neal H. Hutchens, Jacob H. Rooksby

2019 | John Wiley & Sons | ISBN: 9781119271857

Artykuły naukowe

Prace autorów przywoływanych w tekście:

[1] **"The Logic of Decision and Action"**

Alan Ross Anderson, Donald Davidson, Nicholas Rescher, Herbert A. Simon, Georg Henrik von Wright

1967 | University of Pittsburgh Press eBooks | DOI: 10.2307/jj.13027259

Źródło

[2] **"The Institutional Dynamics of International Political Orders"**

James G. March, Johan Pelck Olsen

1998 | International Organization | DOI: 10.1162/002081898550699

Źródło

[3] **"A primer on decision making : how decisions happen"**

Chip Heath, James G. March

1994

Źródło

[4] **"Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization."**

Michael Brown, Herbert A. Simon

1978 | Contemporary Sociology A Journal of Reviews | DOI: 10.2307/2065048

Źródło

[5] **"The Social Psychology of Procedural Justice"**

E. Allan Lind, Tom R. Tyler

1988 | Critical issues in social justice | DOI: 10.1007/978-1-4899-2115-4

Źródło

[6] **"The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing"**

Jason Sunshine, Tom R. Tyler

2003 | Law & Society Review | DOI: 10.1111/1540-5893.3703002

Źródło

[7] **"Trust in Organizations: Frontiers of Theory and Research"**

Roderick M. Kramer, Tom R. Tyler

1996 | Sage eBooks | DOI: 10.4135/9781452243610

Źródło

[8] **"The Group Engagement Model: Procedural Justice, Social Identity, and Cooperative Behavior"**

Tom R. Tyler, Steven L. Blader

2003 | Personality and Social Psychology Review | DOI: 10.1207/s15327957pspr0704_07

Źródło

[9] **"Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?: The 2006 Freshfields Lecture"**

Gabrielle Kaufmann-Kohler

2007 | Arbitration International | DOI: 10.1093/arbitration/23.3.357

Źródło

[10] **"The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions"**

Gabrielle Kaufmann-Kohler

2005 | Arbitration International | DOI: 10.1093/arbitration/21.4.631

Źródło

[11] **"Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice"**

Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz

2004 | Archive ouverte UNIGE (University of Geneva)

Źródło

[12] **"International Arbitration: Law and Practice in Switzerland"**

Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi

2015 | Oxford University Press eBooks | DOI: 10.1093/law/9780199679751.001.0001

Źródło

[13] "Complex - Multicontract-Multiparty - Arbitrations"

Bernard Hanotiau

1998 | Arbitration International | DOI: 10.1093/arbitration/14.4.369

Źródło

[14] "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions"

Bernard Hanotiau

2006

Źródło

[15] "Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts—Parties—Issues An Analysis"

Bernard Hanotiau

2001 | Journal of International Arbitration | DOI: 10.54648/354644

Źródło

[16] "NAFTA consolidation decision under Art. 1126 of the NAFTA"

Bernard Hanotiau

2005 | TDM

Źródło

[17] "Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States."

Gordon Tullock, Albert O.HG Hirschman

1970 | The Journal of Finance | DOI: 10.2307/2325604

Źródło

[18] "The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy."

James Edward Meade, J. M. Buchanan, Gordon Tullock

1963 | The Economic Journal | DOI: 10.2307/2228407

Źródło

[19] "Toward a Theory of the Rent-Seeking Society"

Barry Keating, James M. Buchanan, Robert D. Tollison, Gordon Tullock

1982 | Southern Economic Journal | DOI: 10.2307/1058683

Źródło

[20] "A New Approach to Sovereign Debt Restructuring"

Anne O. Krueger

2002 | International Monetary Fund eBooks | DOI: 10.5089/9781589061217.054

Źródło

[21] "Theory and Practice of Commercial Policy: 1945–1990"

Anne O. Krueger

1992 | Money, Trade, and Competition | DOI: 10.1007/978-3-642-77267-2_12

Źródło

[22] "Aspects of Capital Flows Between Developing and Developed Countries"

Anne O. Krueger

1987 | Economic Policy in Theory and Practice | DOI: 10.1007/978-1-349-18584-9_7

Źródło

[23] "The reliance interest in contract damages"

Lon Luvois Fuller, William Perdue

1982 | Cambridge University Press eBooks | DOI: 10.1017/cbo9780511528248.019

Źródło

[24] "The Principles of Social Order"

Patrick S. Atiyah, Lon Luvois Fuller, Kenneth Winston

1983 | Duke Law Journal | DOI: 10.2307/1372388

Źródło

[25] "Historical Introduction to the Theory of Law"

Lon Luvois Fuller, J. Walter Jones

1941 | Harvard Law Review | DOI: 10.2307/1334762

Źródło

[26] "American Legal Realism"

Lon Luvois Fuller

1934 | University of Pennsylvania Law Review | DOI: 10.2307/3308406

Źródło

Artykuły naukowe autora:

[27] "Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration"

Emmanuel Gaillard, John Savage

1999 | International Linear Collider

Źródło

[28] "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international"

Emmanuel Gaillard

2008 | Brill | Nijhoff eBooks | DOI: 10.1163/9789047424802

Źródło

[29] "The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process"

Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi

2003 | ICSID Review - Foreign Investment Law Journal | DOI: 10.1093/icsidreview/18.2.375

Źródło

[30] "Legal Theory of International Arbitration"

Emmanuel Gaillard

2010 | Brill | Nijhoff eBooks | DOI: 10.1163/ej.9789004186415.i-196

Źródło

[31] "Annulment of ICSID Awards"

Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi

2004

Źródło

[32] "Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause"

Emmanuel Gaillard

2005 | TDM

Źródło

[33] "Precedent in International Arbitration"

Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi

2008

Źródło

[34] "Abuse of Process in International Arbitration"

Emmanuel Gaillard

2016 | ICSID Review - Foreign Investment Law Journal | DOI: 10.1093/icsidreview/siw036

Źródło

[35] "International Organisations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass"

Emmanuel Gaillard, Isabelle Pingel

2002 | International and Comparative Law Quarterly | DOI: 10.1093/iclq/51.1.1

Źródło

[36] "Sociology of international arbitration"

Emmanuel Gaillard

2015 | Arbitration International | DOI: 10.1093/arbint/aiv021

Źródło

Treść tworzy Fundacja Dobre Państwo.
Redaguje i publikuje APA ONE, autorski system redakcyjny Fundacji oparty na AI.
APA ONE Publishing System
Fundacja Dobre Państwo © 2026
Article ID: ecdf0063-084a-4dbb-8676-38587a5671d6