

Rozdział I. Pojęcie klauzuli porządku publicznego, jej rozwój i rola we współczesnym prywatnoprawnym obrocie międzynarodowym

§ 1. Pojęcie klauzuli porządku publicznego

Prawo obce, co do zasady, powinno być stosowane przez sędziego tak, jak czyniłby to sędzia obcy, co m.in. oznacza zastosowanie jego uregulowań w obowiązującej w obcym państwie treści i z wynikającymi z tego skutkami¹. W każdym państwie prawo prywatne międzynarodowe zna jednak instrumenty, które pozwalają chronić szczególnie interesy i wartości własnego porządku prawnego, a które mogą powodować wyłączenie zastosowania obcego prawa lub ograniczenie zakresu jego zastosowania². Instrumenty te mogą prowadzić albo do narzucenia zastosowania – wbrew rozstrzygnięciu wynikającemu z normy kolizyjnej – własnego uregulowania (dzieje się tak w przypadku przepisów wymuszających swoje zastosowanie³), albo do wyłączenia stosowania uregulowań prawa obcego z uwagi na potrzebę udzielenia pierwszeństwa zasadom własnego porządku prawnego. Takim właśnie powszechnie

¹ Zob. np. *K. Przybyłowski*, Prawo prywatne międzynarodowe, s. 189; *T. Ereciński*, Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym, Warszawa 1981, s. 197; *Pazdan*, PPM, 2017, s. 112; *K. Sznajder-Peroń*, w: System PrPrywM, t. 20A, 2014, s. 508 i n.; *Rodziewicz*, Stwierdzenie treści, s. 143 i n.; *M. Margoński*, Metodyka ustalania treści obcego prawa spadkowego, PS 2009, Nr 6, s. 68; *M. Zachariasiewicz, W. Popiołek*, Application of Foreign Law in Poland, w: Application of foreign law (ed. *C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao*), Munich 2011, s. 275.

² Zob. np. *F. Mosconi*, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, Rec. des Cours 1989, Vol. 217; *B. Remy*, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Paris 2008; *S. Othenin-Girard*, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Zurich 1999, s. 127.

³ Zob. niżej § 7.

akceptowanym w świecie⁴ instrumentem pozwalającym na wyłączenie stosowania przepisów prawa obcego jest klauzula porządku publicznego (franc. *ordre public*, ang. *public policy*, niem. *Vorbehaltsklausel*)⁵. Znana jest ona także polskiemu prawu prywatnemu międzynarodowemu (art. 7 PrPrywM; art. 6 PrPrywM65; art. 38 PrPrywM26). Jej celem jest obrona przed trudnymi do zaakceptowania – z punktu widzenia podstawowych zasad porządku prawnego *fori* i przyjmowanych w nim wartości – skutkami zastosowania obcego prawa, wskazanego jako właściwe przez normę kolizyjną. Klauzula porządku publicznego jest zatem ponad wszystko instrumentem korygującym normalne zasady wskazania i stosowania prawa właściwego⁶.

Klauzula porządku publicznego chroni podstawowe zasady porządku prawnego nie tylko w zetknięciu z właściwością obcego prawa, lecz także w innych kontekstach⁷. W szczególności udziela ona ochrony własnemu porządkowi prawnemu, gdyby jego naruszenie miało wynikać z uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia obcego sądu (art. 1146 § 1 pkt 7 KPC, art. 45 ust. 1 lit. a Bruksela I bis, oraz analogiczne przepisy w pozostałych unijnych rozporządzeniach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego). Sprzeczność z porządkiem publicznym stanowi również podstawę uchylenia (art. 1206 § 2 pkt 2 KPC) oraz odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego (art. 1214 § 3 pkt 2 KPC). Warto zauważyć, że to właśnie w tych dwóch ostatnich kontekstach ukształtowała się w orzecznictwie SN i sądów powszechnych formuła definiująca klauzulę porządku publicznego. Mianowicie, według SN klauzula znajduje zastosowanie w zetknięciu z takimi uchybieniami, które godzą w samą zasadę obowiązującego porządku prawnego, konstytuowanego przez pryncypia ustrojowo-polityczne i społeczno-gospodarcze (zdefiniowane przede wszystkim w Konstytucji RP) oraz naczelne zasady rządzące poszczególnymi dziedzinami prawa⁸,

⁴ *Bagan-Kurluta*, PPM, 2017, s. 168; *Rodziewicz*, Stwierdzenie treści, s. 232.

⁵ Np. w Niemczech – art. 6 EGBGB; w USA – Restatement of Conflict of Laws 1st, § 612 (1934) oraz liczne orzeczenia sprzed „rewolucji” w prawie kolizyjnym cytowane przez *M. Paulsen*, *M. Sovern*, Public Policy in the Conflict of Laws, Colum. L. Rev. 1956, Vol. 56, s. 969 i n.; we Francji – art. 6 KC franc.; w Szwajcarii – art. 17 SzwajcU z 1987 r.; art. 21 BelgU; art. 42 JapU; § 7 EstU; art. 24 KC lit.; art. 45 BułgU; art. 12 ust. 3 KC hiszp.; art. 14 KC argent.

⁶ *Blom*, Public Policy, s. 374; *Lagarde*, Public Policy, s. 3; *Meidanis*, Public Policy, s. 97.

⁷ Na temat różnych funkcji klauzuli porządku publicznego zob. rozdział drugi.

⁸ Zob. wyr. SN z 9.9.2010 r., I CSK 535/09, Legalis; wyr. SN z 3.9.2009 r., I CSK 53/09, OSP 2011, Nr 10, poz. 108; wyr. SN z 11.5.2007 r., I CSK 82/07, OSNC 2008, Nr 6, poz. 64; post. SN z 9.3.2004 r., I CK 412/03, Legalis; post. SN z 26.2.2003 r., II CK 13/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 80; wyr. SN z 26.9.2003 r., IV CK 17/02, Legalis; wyr. SN z 11.7.2002 r., IV CKN 1211/00, OSNC

w tym prawa cywilnego⁹. Należy sądzić, że formuła ta jest adekwatna również dla rozumienia klauzuli w jej klasycznej funkcji, jako podstawy odmowy zastosowania obcego prawa (w tym na tle art. 7 PrPrywM)¹⁰.

Klauzula porządku publicznego ma ze swej natury charakter ogólny i blanketowy. Według jednego z ujęć klauzula jest jak kameleon, który zmienia się pod wpływem czasu i przyjmuje odmienne barwy w różnych państwach¹¹. Treść porządku publicznego ulega przemianom w zależności od państwa i epoki, wraz ze zmieniającymi się poglądami moralnymi, społecznymi, prawnymi i gospodarczymi¹². *M. Sośniak* wskazywał, że klauzula porządku publicznego jest nieuchwytna jak atmosfera¹³. Zdaniem niektórych wymyka się ona jakimkolwiek próbom uściśleń doktrynalnych¹⁴. Klauzula odwołuje się do nieostrego pojęcia porządku publicznego czy – tak jak w obecnym brzmieniu art. 7 PrPrywM – do „podstawowych zasad porządku prawnego”. Stwierdzenie to nie oznacza oczywiście, że sąd ma całkowitą dowolność w posługiwaniu się klauzulą porządku publicznego¹⁵. Zadanie sędziego polega na wykładni zasad porządku prawnego ustanowionych przez ustawodawcę i ustalenie, które z nich są na tyle podstawowe, że sprzeciwia się stosowaniu przepisów prawa obcego. Sędzia porusza się w zastanym przez siebie środowisku prawnym i winny jest mu szacunek, co niesie za sobą konieczność uwzględniania zarówno intencji ustawodawcy, jak i zapadłych wcześniej rozstrzygnięć sądów,

2003, Nr 9, poz. 125; wyr. SA w Gdańsku z 10.5.2013 r., V ACa 191/13, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 3.4.2013 r., I ACa 207/13, niepubl.; wyr. SA w Poznaniu z 16.11.2005 r., I ACa 912/05, niepubl.; wyr. SA w Katowicach z 25.10.2005 r., I ACa 1174/05, Legalis; wyr. SA w Katowicach z 18.10.2004 r., I ACa 565/04 (<http://arbitraz.laszczuk.pl>, dostęp: 13.5.2018); wyr. SA w Warszawie z 29.5.2000 r., I ACa 65/00 (<http://arbitraz.laszczuk.pl>, dostęp: 13.5.2018); wyr. SA we Wrocławiu z 8.2.2012 r., I ACa 26/12, Legalis; wyr. SA w Gdańsku z 14.7.1995 r., I ACr 424/95, Legalis.

⁹ Wyr. SN z 27.11.2007 r., IV CSK 239/07, Legalis.

¹⁰ Por. A. Nowicka, w: *Poczobut*, Komentarz, 2017, s. 209.

¹¹ B. Dutoit, L'ordre public: caméléon du droit international privé. Un survol de la jurisprudence Suisse, w: *Mélanges Guy Flattet: recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, professeur honoraire à l'Université de Lausanne* (dir. B. Dutoit, J. Hofstetter, P. Piotet), Lausanne 1985, s. 455 i n.; *Meidanis*, Public Policy, s. 100; K. *Yelpaala*, Restraining the Unruly Horse: The Use of Public Policy in Arbitration, Interstate and International Conflict of Laws in California, *Transnat'l Law* 1989, Vol. 2, s. 381. Por. I. *Bałos*, Stosowanie klauzuli porządku publicznego a drażliwe zjawiska społeczne, *MoP* 2013, Nr 3, s. 136.

¹² *Sośniak*, Klauzula, s. 77–80, 133; A. *Wysocka-Bar*, w: *Zalucki*, Rozporządzenie, 2015, s. 218.

¹³ *Sośniak*, Klauzula, s. 77.

¹⁴ Zob. obszerną literaturę cytowaną przez *Sośniak*, Klauzula, s. 77.

¹⁵ Wyrażono też pogląd, że klauzula porządku publicznego nie jest klauzulą generalną, ponieważ odsyła do norm prawa, a nie do norm moralnych. Tak I. *Bałos*, Stosowanie klauzuli porządku publicznego, s. 135.

a także poglądów doktryny oraz właściwym danemu społeczeństwu przekonać co do podstawowych zasad moralnych w nim panujących.

Wypełnienie pojęcia porządku publicznego konkretną treścią jest i powinno pozostać przede wszystkim zadaniem judykatury (choć wspomaganej przez doktrynę). Ustalenie bowiem, co w zmieniających się realiach społecznych, ekonomicznych i politycznych stanowi podstawowe wartości danego porządku prawnego, powinno dokonywać się w toku stosowania prawa w indywidualnych okolicznościach stanu faktycznego¹⁶. Blankietowość klauzuli nie jest więc jej wadą, lecz raczej jej immanentną cechą, bez której nie mogłaby ona spełniać przypisanej jej uelastyczniającej funkcji w systemie prawa kolizyjnego¹⁷. Generalnie nie są słuszne próby petryfikacji treści porządku publicznego na potrzeby ingerencji w stosowanie prawa obcego¹⁸. Sprzeciwiają się temu stale zmieniające się realia społeczno-gospodarcze i przekonania dominujące w społeczeństwie odnośnie do tego, co jest słuszne i doniosłe.

W pierwszej połowie XIX w. angielski sędzia *Burrough* ostrzegał, że porządek publiczny jest jak niespokojny koń (*unruly horse*) – gdy się go raz dosiądzie, to nie wiadomo, dokąd może porwać swojego jeźdźcę¹⁹. Klauzulą porządku publicznego należy zatem posługiwać się ostrożnie²⁰. Stosowanie klauzuli wymaga od sędziów dużej wiedzy, umiejętności i prawniczego wyczucia²¹. Nie polega ono wszakże na stosowaniu jednoznacznej normy czy przesłanki, lecz wymaga ważenia doniosłości zasad i norm obowiązujących w danym systemie prawnym, po uprzednim odczytaniu ich znaczenia i funkcji nadanych im przez ustawodawcę. Tylko jednak w indywidualnych okolicznościach danej sprawy można stwierdzić, czy posłużenie się klauzulą jest zasadne, ponieważ w każdym przypadku sędzia musi ocenić, na ile to indywidualne skutki zasto-

¹⁶ K. Zawada, Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym (na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego), NP 1979, Nr 4, s. 75; P. Nygh, Conflict of Laws in Australia, Sydney 1991, s. 249.

¹⁷ Tak np. P. Mayer, V. Heuzé, Droit international privé, Paris 2014, s. 153. Obrońcą blankietowego charakteru klauzuli był: Sośniak, Klauzula, s. 80–81. Por. Rodziewicz, Stwierdzenie treści, s. 234.

¹⁸ Próbowo petryfikacji klauzuli sprzeciwiał się w naszej doktrynie: Sośniak, Klauzula, s. 81.

¹⁹ Richardson v. Mellish (1824) 2 Bing. 229, 252. Z kolei A. Briggs podkreśla, że „porządek publiczny i pewność prawa nie są łatwymi towarzyszami”, choć jednocześnie broni swobody sędziowskiej w tym zakresie. Zob. A. Briggs, Public Policy in the Conflict of Laws: a Sword or a Shield, Singapore J. Int. Comp. L. 2002, Vol. 6, s. 978.

²⁰ Zob. np. Blom, Public Policy, s. 388.

²¹ Por. K. Zawada, Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym, s. 75 – który podkreśla, że to na sądach spoczywa główny ciężar wypełnienia treścią blankietowego pojęcia porządku publicznego.

sowania prawa obcego – a nie abstrakcyjnie rozumiana norma prawa obcego, byłyby sprzeczne z porządkiem prawnym forum (kwestia ta zostanie szczegółowo omówiona niżej). Praktyka orzecznicza w większości systemów prawnych dowodzi, że z omawianego instrumentu korzystano z reguły rozważnie i w umiejętny sposób.

W niniejszym opracowaniu przytoczono jednak również liczne przykłady nieprzekonującego czy wręcz wadliwego posługiwania się klauzulą. Chodzi tu zarówno o błędy metodologiczne, w tym o przypadki, gdy analiza na płaszczyźnie klauzuli porządku publicznego całkowicie wypierała analizę kolizyjną²², jak i o przypadki, w których interwencja wydawała się nieuzasadniona z merytorycznego punktu widzenia (lub odwrotnie).

²² Przdowały w tym zwłaszcza sądy amerykańskie, jeszcze przed rewolucją w prawie kolizyjnym (późniejszego orzecznictwa opartego na analizie funkcjonalnej z natury rzeczy nie należy brać pod uwagę, skoro w całości opiera się na porównywaniu interesów wchodzących w grę porządków prawnych), co było przedmiotem krytyki ze strony doktryny. Zob. *M. Paulsen, M. Sovern, Public Policy*, s. 969 i n.; *E.G. Lorenzen, Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws*, Yale L.J. 1923–1924, Vol. 33, s. 747; *R.J. Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws*, New York 2001, s. 107; Krytykę zbyt szerokiego – zastępującego analizę kolizyjną – posługiwania się klauzulą porządku publicznego można niekiedy znaleźć także w samym orzecznictwie – zob. np. *Champagne v. W.E. O'Neil Const. Co.*, 77 Ill. App.3d 136 (1979), 395 N.E.2d 990. Przykładem rozstrzygnięcia może tu być również orz. nowojorskiego SA w sprawie *Hutchison v. Ross*, 262 N.Y. 381, 187 N.E. 65 (1933). Sprawa powstała na tle sporu dotyczącego ważności trustu (zarządu powierniczego) ustanowionego *inter vivos* przez obywatela kanadyjskiego na rzecz beneficjentów w Kanadzie. Składniki majątku objęte trustem położone były jednak w Nowym Jorku. W instrumencie powołującym do życia trust znajdowała się ponadto klauzula wyboru prawa stanu Nowy Jork. Ponieważ zgodnie z prawem kanadyjskim trust był nieważny (odmiennie niż na gruncie prawa stanu Nowy Jork) strona usiłująca podważyć jego skuteczność podnosiła, że trust podlega prawu kanadyjskiemu. Nie jest zaskoczeniem, że nowojorski sąd zastosował jednak prawo stanu Nowy Jork. Nieco zaskakujące jest natomiast uzasadnienie. Nie tyle opierało się ono bowiem na ocenie skuteczności wyboru prawa jako takiego, ile na założeniu, że zastosowanie prawa stanu Nowy Jork w przypadku położenia składników majątkowych na jego terenie i w przypadku wskazania, że trust będzie poddany prawu nowojorskiemu, jest uzasadnione wymogami porządku publicznego. W orzeczeniu tym zaznacza się już, jak się wydaje, analiza funkcjonalna, która w pełni rozkwitnie dwie dekady później. W polskim orzecznictwie por. np. orz. SN z 28.5.1969 r., III CZP 23/69, OSNCP 1970, Nr 1, poz. 3. Zob. *K. Zawada, Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, s. 80.

§ 2. Rozwój klauzuli porządku publicznego na przestrzeni wieków

Ustalenie początków koncepcji klauzuli porządku publicznego i pojęcia porządku publicznego jest trudne. Z pewnością jego bardzo znane ujęcie znalazło się w art. 6 KC franc.²³. Przepis ten przetrwał w niezmienionej formie do dziś. Stanowi, że nie można za pomocą umowy obejść przepisów dotyczących porządku publicznego (*ordre public*)²⁴. Dotyczy on zatem ograniczeń swobody kontraktowania, stanowiąc bezwzględnie wiążącą granicę dla autonomii woli stron²⁵. Z obszaru prawa cywilnego pojęcie *ordre public* przeniesione zostało na grunt prawa prywatnego międzynarodowego²⁶. W tym drugim – interesującym nas w tym miejscu – kontekście zaczęto mówić o *ordre public international*, dla odróżnienia zbioru zasad francuskiego porządku prawnego, które podlegają ochronie również w transgranicznym stanie faktycznym i w razie właściwości prawa obcego²⁷.

W Polsce termin „porządek publiczny” został recypowany w art. 55 KZ²⁸, gdzie pełnił funkcję jednego z ograniczeń swobody kontraktowania. Jak wiadomo, nie znalazł się on jednak w treści art. 353¹ obecnie obowiązującego KC. W naszym kraju pojęcie porządku publicznego ściśle wiąże się zatem z prawem prywatnym międzynarodowym.

Poszukując korzeni koncepcji klauzuli porządku publicznego w czasach dawniejszych, niektórzy autorzy poszukiwali jej w średniowiecznych poglą-

²³ S. Omlor, w: Ferrari, Rome I, 2015, s. 489.

²⁴ Pełne brzmienie art. 6 KC franc. jest następujące: „*On ne peut déroger, par conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*”.

²⁵ Por. E. Rogalska, *Ordre public, general clauses, appliance of law by jurisprudence*, French law, KBNPR 2017, Nr 26, s. 254 i n.

²⁶ Zob. np. A. Nussbaum, *Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws*, Yale L.J. 1940, Vol. 49, s. 1047. M. Czepelak informuje, że termin „porządek publiczny” w prawie prywatnym międzynarodowym pochodzi z włoskiej ustawy z 1865 r. o ogłaszaniu, wykładni i stosowaniu ustaw. Regulacja ta posługiwała się określeniem „*l'ordine pubblico ed il buon costume*” (porządek publiczny i dobre obyczaje). Zob. M. Czepelak, *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, s. 468. Wydaje się jednak prawdopodobne, że włoska ustawa zaczerpnęła omawiane pojęcie z wcześniejszego o 60 lat KC franc.

²⁷ Por. uwagi w rozdziale trzecim § 4.

²⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598).

dach statutystów, a zwłaszcza w koncepcji tzw. *statuta odiosa*²⁹. Statutyści uważali, że wszystkie ustawy przynależą do jednej z dwóch zasadniczych kategorii praw: osobistych albo lokalnych (tj. terytorialnych). Koncepcje te wynikały ze ścierania się w Europie praw personalnych, rozpowszechnionych przez plemiona barbarzyńców, i praw terytorialnych, obowiązujących w miastach i miastach-państwach³⁰. Obok statutów personalnych (*statuta personalia*) i realnych (*statuta realia*) statutyści wyróżniali jednak również podział na inną kategorię: *statuta favorabilia* i *statuta odiosa*³¹. Własne *statuta favorabilia* znajdowały pierwszeństwo przed „odpychającymi” ustawami obcymi, z uzasadnieniem, że te pierwsze stanowią lepsze i bardziej sprawiedliwe prawo. Koncepcje poszukiwania lepszego prawa rozwijał zwłaszcza w swoich średniowiecznych pracach Aldricus (XII w.). Przekonywał on, że sędzia powinien zastosować to z wchodzących w grę praw, które – w danym stanie faktycznym jest lepsze i bardziej użyteczne (*potior et utilior*), to, które pozwoli uzyskać najbardziej sprawiedliwy rezultat³². Porządki publiczne różnych praw są zatem porównywane w celu dokonania wyboru najlepszego rozwiązania. Jak wiemy, tego typu metodologia nigdy nie zdobyła większego uznania na kontynencie europejskim. Trafiała jednak na podatniejszy grunt po drugiej stronie Oceanu Atlantyckiego. Na podobnych założeniach oparte są bowiem niektóre z amerykańskich dwudziestowiecznych koncepcji kolizyjnoprawnych (np. doktryna *better law R. Leflara*)³³.

Początki klauzuli porządku publicznego wiąże się również z ujęciami terytorialistycznymi. Postgłosator B. de Saxoferrato podnosił w XVI w., że obce *statuta odiosa* nie mogą być stosowane, ponieważ mają charakter terytorialny i nie wywołują skutków poza obszarem, z którego pochodzą³⁴. Powodem odmowy stosowania prawa obcego staje się tu zatem nie tyle sam fakt, że prawo

²⁹ Zob. np. K. Lipstein, Principles of the Conflict of Laws National and International, The Hague 1981, s. 9; P. Mayer, V. Heuzé, Droit, s. 153; K. Bagan-Kurluta, M. Stus, Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego, KPPubl. 2005, Nr 1–2, s. 243; Bagan-Kurluta, PPM, 2017, s. 168.

³⁰ Zob. Mills, The Confluence, s. 32–33.

³¹ S.C. Symeonides, Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis, Oxford 2014, s. 248; A. Ehrenzweig, Specific Principles of Private Transnational Law, Rec. des Cours 1968, Vol. 124, s. 189; P. Hay, P. Borchers, S. Symeonides, Conflict of Laws, St. Paul 2010, s. 54.

³² Zob. Lagarde, Public Policy, s. 3; P. Hay, P. Borchers, S. Symeonides, Conflict, s. 54.

³³ S.C. Symeonides, Codifying, s. 248.

³⁴ B. de Saxoferrato, In primam Codicis partem Commentaria, Augustae Taurinorum 1589 – podają za P. de Vareilles-Sommières, L'Exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère, Rec. des Cours 2015, Vol. 371, s. 168.

obce jest nieakceptowalne, ile raczej to, że jego terytorialny zakres stosowania ograniczony jest do obszaru prawnego, na którym dane prawo ustanowiono³⁵. W podobnym kierunku wydają się iść uwagi *M. Sośniaka*, który wiązał początki klauzuli z ujęciami terytorialnymi związanymi z ideą suwerenności, tzn. ze szkołą holenderską³⁶. W szkole holenderskiej, stosowanie prawa obcego traktowane jest jako uszczerbek we władzy suwerena na danym terytorium. Nawet zatem jeżeli państwa stosują prawo obce (np. z uwagi na wymogi kurtuazji w stosunkach międzynarodowych – tzw. *comity*³⁷), to może być ono respektowane tylko, o ile nie zagraża to interesom danego państwa lub jego obywateli³⁸. Porządek publiczny jest tu zatem określany przede wszystkim przez interes suwerena. Ponieważ jednak samo stosowanie prawa obcego stanowi wyjątek, to nie ma zbyt wielu okazji, aby przełamywać jego właściwość z uwagi na ochronę własnych zasad. Własne prawo, tak czy owak, znajduje zastosowanie jako wola suwerena dominującego na danym terytorium.

Choć idea szczególnej uwagi, jaką należy otoczyć zasady porządku publicznego w procesie poszukiwania właściwej podstawy rozstrzygnięcia sporu, ma stare korzenie, klauzula *ordre public*, jako znany nam obecnie instrument korygujący działanie przepisów kolizyjnych, mogła uformować się dopiero wraz z nowoczesnym prawem prywatnym międzynarodowym³⁹, ukształtowanym w oparciu o koncepcje wypracowane w XIX w. przez *F.C. von Savigny'ego*. Autor ten stworzył podwaliny pod nowoczesne prawo prywatne międzynarodowe w t. VIII swojego dzieła „*System des heutigen römischen Rechts*” (1849)⁴⁰. Jego podstawowym założeniem było, że rezultat materialnoprawny sporu nie ma wpływu na działanie norm kolizyjnych. Wskazanie prawa właściwego odbywa się w oderwaniu od oceny, które prawo przewiduje najbardziej sprawiedliwe rozstrzygnięcie⁴¹. Prawem właściwym jest raczej to, które w sposób najbardziej naturalny związane jest z ocenianym stosunkiem prawnym (prawo tego państwa, w którym ma on swoją siedzibę). Wychodząc od idei wspólnoty i mię-

³⁵ *P. de Vareilles-Sommières*, *L'Exception*, s. 169.

³⁶ *Sośniak*, *Klauzula*, s. 6.

³⁷ *Zob. Mills*, *The Confluence*, s. 47.

³⁸ *Sośniak*, *Klauzula*, s. 6.

³⁹ *Zob. K. Zawada*, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, s. 73. *Por. Joubert*, *La notion de liens*, s. 140.

⁴⁰ Ukazało się także tłumaczenie pracy *Savigny'ego* na język angielski: *System of Present Roman Law: Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Time and Space* (tłum. *W. Guthrie*), Edinburgh 1880; jak również francuski: *Traité de droit romain* (tłum. *M. Guénoux*), Paris 1860.

⁴¹ *Joubert*, *La notion de liens*, s. 141.

dzynarodowej współpracy państw, *F.C. von Savigny* postulował jednocześnie równe traktowanie prawa obcego i własnego⁴². Żadne z nich nie jest uprzywilejowane, a najsilniejszą „pretensję” do bycia właściwym ma prawo tego państwa, które ze stosunkiem jest najściślej związane.

W takim neutralnym systemie istnieje zapotrzebowanie na instrumenty umożliwiające korektę zwykłego działania norm kolizyjnych. Mogą pojawić się takie sytuacje, w których bilateralna analiza kolizyjnoprawna musi ustąpić potrzebie ochrony porządku prawnego *fori*. Sam *F.C. von Savigny* nie posługiwał się terminem *ordre public*⁴³. Wyodrębnił on jednak dwie grupy przypadków, w których idea szczególnej ochrony porządku publicznego była obecna⁴⁴. Po pierwsze, w prawie forum istnieją, jego zdaniem, normy pozytywne (ustawy wyłączające), które służą ochronie interesów ogólnych (a nie jednostek) i które z tego powodu mają bezwzględnie wiążący charakter (w znaczeniu międzynarodowym). Przepisy tego typu stosuje się do wszystkich osób znajdujących się na terytorium forum, bez względu na to, czy ich status reguluje prawo obce, czy własne. Jako przykłady tego typu *F.C. von Savigny* wskazywał przepisy ograniczające prawa Żydów do korzystania z nieruchomości, a także zakaz małżeństw poligamicznych⁴⁵. Do drugiej grupy *F.C. von Savigny* zaliczał przypadki, w których prawo forum nie znało (nie uznawało) określonych instytucji obcego prawa (np. śmierci cywilnej lub niewolnictwa) i z tego powodu nie można było prawa obcego stosować, przy czym podane przykłady sugerują, że chodzi tu nie tyle o instytucje nieznane forum, ile o instytucje przez forum uważane za nieakceptowalne. Kategorie przedstawione przez *F.C. von Savigny*'ego wydają się zarysowywać znany nam współcześnie podział na przepisy wymuszające i porządek publiczny. Zdaniem *P. Lagarde*'a pierwsza grupa przepisów wyodrębnionych przez niemieckiego uczonego kojarzy się z normami określonymi dziś jako *lois de police* (przepisy wymuszające), druga zaś – z klauzulą porządku publicznego⁴⁶. Stąd niektórzy autorzy uznają, że to już *F.C. von Savigny* był twórcą klauzuli porządku publicznego⁴⁷. Według innych natomiast

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *A. Nussbaum*, *Public*, s. 1029.

⁴⁴ W polskiej literaturze zob. *Sośniak*, *Klauzula*, s. 11–13; *Bagan-Kurluta*, *PPM* 2017, s. 168; *J. Gajda*, *Klauzula porządku publicznego w prawie o aktach stanu cywilnego z 29 września 1986 r. oraz z 28 listopada 2014 r.*, *Admin.* 2015, Nr 4, s. 7.

⁴⁵ Zob. *Lagarde*, *Public Policy*, s. 4.

⁴⁶ *Ibidem*. Wskazany przez *F.C. von Savigny*'ego przykład zakazu małżeństw poligamicznych współcześnie uważany jest raczej za jedną z typowych egzemplifikacji klauzuli porządku publicznego.

⁴⁷ Tak *Mills*, *The Confluence*, s. 59; *B. Audit*, *Droit international privé*, Paris 2006, s. 255.

dopiero jego następcy – tacy jak *E. Bartin* i *C.L. von Bar* – wyodrębnili instrument, którego działanie jest negatywne, polegające na wyłączeniu stosowania prawa normalnie właściwego⁴⁸.

Z kolei u drugiego z dziewiętnastowiecznych ojców prawa kolizyjnego, *P.S. Manciniego*, *ordre public* było równoważne samodzielnemu łącznikowi, na podstawie którego w określonych stanach faktycznych zastosowanie znajdowało własne prawo (niektóre normy *legi fori* były uważane za tak istotne, że musiały znaleźć zastosowanie). Porządek publiczny nie polegał zatem na wyłączeniu zastosowania prawa obcego, lecz raczej stanowił uzasadnienie dla działania o charakterze pozytywnym⁴⁹. Wydaje się, że współcześnie taką funkcję spełniają raczej przepisy wymuszające swoje zastosowanie (*lois de police*), które stosuje się na podstawie ich jednostronnej woli zastosowania⁵⁰. Warto też podkreślić, że w poglądach *P.S. Manciniego* interwencja własnego prawa była silnie powiązana z jego publicznoprawnym charakterem. *Mancini* odróżniał bowiem prawo prywatne i publiczne, podnosząc, że to drugie wyłącza stosowanie prawa obcego⁵¹.

§ 3. Geneza klauzuli porządku publicznego w polskich przepisach kolizyjnych

Formowanie się nowoczesnego polskiego prawa prywatnego międzynarodowego przypada na okres dwudziestolecia międzywojennego, tj. po odzyskaniu przez nasz kraj państwowości w 1918 r.⁵² Sekcja cywilna Komisji Kodyfikacyjnej przystąpiła do prac nad projektem prawa kolizyjnego już w 1919 r.⁵³ Obejmowały one prawo prywatne międzynarodowe oraz międzydzielnicowe (konieczne z uwagi na brak jednolitości materialnego prawa cywilnego w odro-

⁴⁸ *Joubert*, La notion de liens, s. 138.

⁴⁹ *Lagarde*, Public Policy, s. 3.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 4.

⁵¹ *Mills*, The Confluence, s. 65.

⁵² Oczywiście już w czasie zaborów polska doktryna poświęcała prace prawu prywatnemu międzynarodowemu. Zob. na temat np. *F. Zoll*, Międzynarodowe prawo prywatne w zarysie, Kraków 1947, s. 38–39; *K. Przybyłowski*, Prawo prywatne międzynarodowe, s. 34–36. Z uwagi na brak polskiej państwowości nie istniały jednak możliwości przyjęcia polskiej regulacji w przedmiocie prawa kolizyjnego.

⁵³ Zob. *K. Przybyłowski*, Prawo prywatne międzynarodowe, s. 47.