

Rozdział I. Zagadnienia pojęciowe

§ 1. Potrzeba wyodrębnienia klauzuli procesowego porządku publicznego

Problematyka wyodrębnienia klauzuli procesowego porządku publicznego jest związana z zagadnieniem relacji prawa procesowego cywilnego do prawa cywilnego materialnego.

Należy zadać sobie pytanie czy zawarta w KPC¹, a w szczególności w postępowaniu polubownym, klauzula porządku publicznego to tylko klauzula materialnego porządku publicznego. Według mojej pierwszej hipotezy klauzula porządku publicznego zawarta w arbitrażu handlowym zawiera w sobie zarówno klauzulę materialnego porządku publicznego, jak i klauzulę procesowego porządku publicznego. Jest to zbiór zupełny.

Obecnie powszechnie przyjęto podział prawa przedmiotowego na prawo publiczne oraz prawo prywatne². Można wyróżnić dwa reprezentowane w doktrynie kierunki w przedmiocie stosunku norm prawa materialnego cywilnego do norm prawa procesowego cywilnego, tj. kierunek dualistyczny oraz kierunek jedności porządku prawnego. Cechą pierwszego jest możliwie ściśle rozgraniczenie prawa materialnego (określanego jako prawo prywatne) od prawa procesowego cywilnego, natomiast pojęciem łączącym obydwie dziedziny jest tzw. prawo skargi. Z kolei zwolennicy przeciwstawnego kierunku zakładają jedność porządku prawnego oraz porządku ochrony prawnej³.

Początki modelu postępowania, funkcjonującego aktualnie w większości systemów prawa cywilnego procesowego, mają źródło w starożytności. Powstał on w związku z pojawianiem się struktur państwowych oraz stopniowym przejmowaniem przez państwo władzy nad dochodzeniem oraz realizowaniem przez strony ich prywatnych praw. Państwo przejęło na siebie zadanie

¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.).

² R. Flejszar, *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, Warszawa 2016, s. 200.

³ J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 28–29.

przymusowego realizowania praw podmiotowych jednostki. Początkowo proces cywilny był czysto prywatny oraz służył jedynie realizacji interesów indywidualnych. Z biegiem czasu postępowanie cywilne zaczęło postrzegać przez pryzmat interesu publicznego poprzez uznanie, że prawidłowy przebieg tego postępowania oraz jego rezultat mają znaczenie nie tylko dla stron postępowania, ale także dla zapewnienia ładu oraz porządku publicznego. Stopniowo wprowadzano do procesu elementy oficjalno-śledcze⁴. Takim elementem jest właśnie klauzula porządku publicznego. *Ultima ratio* państwa w najbardziej autonomicznym modelu sądownictwa – postępowaniu arbitrażowym.

Podział klauzuli porządku publicznego na materialną i procesową nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i w praktyce. Jest on odbiciem podziału prawa na część materialną i procesową. W postępowaniu procesowym, jakim jest postępowanie przed sądem arbitrażowym, częściej więc może dojść do naruszenia prawa procesowego ze względu na jego charakter.

Podkomisja IBA do spraw uznawania i wykonywania wyroków arbitrażowych w raporcie dotyczącym stosowania klauzuli porządku publicznego jako podstawy odmowy uznania lub wykonania zagranicznych wyroków arbitrażowych na podstawie Konwencji nowojorskiej⁵, po przebadaniu stosowania klauzuli porządku publicznego w ponad 40 państwach świata, wskazała, że zarzut naruszenia procesowego porządku publicznego (ang. *procedural public policy*) w 30% przypadków powoduje odmowę uznania albo wykonania orzeczenia sądu polubownego, a zarzut naruszenia materialnego porządku publicznego (ang. *substantial public policy*) jedynie w 20% przypadków⁶. Liczby te świadczą o częstszym naruszaniu porządku procesowego niż porządku publicznego materialnego, jego większym znaczeniu w arbitrażu handlowym oraz konieczności większej jego ochrony przez sądy państwowe, a także o akceptacji jego istnienia w praktyce.

Jak trafnie zauważono w doktrynie, granica pomiędzy przestrzenią, w ramach której merytoryczne rozstrzygnięcie sądu polubownego powinno być objęte ochroną jako stanowiące wynik autonomicznej oceny arbitrów, a kwa-

⁴ R. Flejszar, *Zasada dyspozycyjności*, s. 107.

⁵ Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10.6.1958 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41).

⁶ IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards *Report on the Public Policy Exception in the New York Convention October 2015*, <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C1AB4FF4-DA96-49D0-9AD0-AE20773AE07E>, 30.12.2016 r., s. 14.

lifikacją takiego rozstrzygnięcia jako naruszającego fundamentalne zasady porządku publicznego, jest niejednoznaczna oraz trudna do ustalenia⁷.

Podzielałam pogląd, zgodnie z którym „(...) granice swobody doboru sposobu prowadzenia postępowania wyznacza (...) klauzula porządku publicznego, która ma zastosowanie zarówno do oceny przyjętej przez sąd polubowny podstawy materialnoprawnej rozstrzygnięcia, jak i reguł, według których prowadzone było postępowanie”⁸. Ponadto należy zauważyć, że *T. Strumiłło* w poglądzie tym pośrednio wskazuje na funkcje dwóch części klauzuli porządku publicznego, tj. klauzuli materialnego porządku publicznego (ocena przyjętej przez sąd polubowny podstawy materialnoprawnej rozstrzygnięcia) oraz klauzuli procesowego porządku publicznego (ocena reguł, według których prowadzone było postępowanie).

Podzielałam wskazany w Przedmowie niniejszej rozprawy pogląd, zgodnie z którym polska literatura przedmiotu poświęca zbyt małą ilość miejsca klauzuli porządku publicznego, w tym klauzuli procesowego porządku publicznego. W zagranicznej literaturze przedmiotu, pomimo że wyróżnia się klauzulę procesowego porządku publicznego, to poświęca się jej znikomą ilość miejsca. W orzecznictwie sytuacja nie wygląda lepiej.

Dorobek orzecznictwa w innych systemach prawnych (nie zaprzeczając istnieniu procesowego porządku publicznego) wskazuje głównie na naruszenia prawa materialnego jako tego, które stanowi przyczynę odmowy uznania i stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego oraz uchylecia wyroku sądu polubownego. Doktryna zarówno krajowa, jak i zagraniczna nie poświęca procesowemu porządkowi publicznemu wystarczającej ilości miejsca, które jest mu należne ze względu na pełnioną przez niego rolę. Taki stan rzeczy tym bardziej powoduje konieczność wskazania desygnatów klauzuli procesowego porządku publicznego i wypełnienia jej treścią.

Pogląd o dychotomii porządku publicznego na procesowy i materialny był znany i podzielany na gruncie prawa polskiego już w okresie międzywojennym. W orzeczeniu C I 1914/35 z 6.5.1936 r. SN wypowiedział się kompleksowo na temat podstaw uchylecia orzeczenia sądu polubownego (a więc też klauzuli porządku publicznego), w tym naruszeń prawa materialnego i formalnego (tym samym ich bliskiego związku). W orzeczeniu tym SN stwierdził, iż

⁷ K. Falkiewicz, Zakres kognicji sądu powszechnego przy kontroli wyroków sądów polubownych – wybrane zagadnienia w praktyce orzeczniczej, Arbitraż i Mediacja Księga jubileuszowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Tynelowi, Warszawa 2012, s. 147.

⁸ T. Strumiłło, Zasady postępowania arbitrażowego, ADR 2009, Nr 3(7), s. 64.

„(...) prawodawca (...) przewiduje tylko w wyjątkowych wypadkach możliwość uchylenia wyroku sądu polubownego i przepisy te nie ulegają wykładni rozszerzającej, przeto Sąd państwowy nie jest władny wdawać się w rozpoznanie zarzutów co do pogwałcenia przepisów prawa materialnego lub przepisów ogólnych prawa formalnego, obowiązujących w postępowaniu sądowym (...)”.

Obecnie orzeczenie to ma już jedynie walor historyczny. Jest ono jednym z najstarszych, a zarazem najbardziej restrykcyjnych orzeczeń SN, które *de facto* czyniło tę instytucję prawną martwą. Ewolucja pojęcia klauzuli porządku publicznego w arbitrażu handlowym w prawie polskim nigdy nie doprowadziło jednak nawet do próby zaprzeczenia istnienia podziału na procesowy oraz materialny porządek publiczny.

Z procesowego punktu widzenia nie da się podać żadnej ogólnej oraz ciągle obowiązującej wskazówki, kiedy w postępowaniu przed sądem arbitrażowym ma miejsce uchybienie praworządności, ponieważ jest to uzależnione od całokształtu powstałych okoliczności, jednak trzeba mieć na uwadze, że czasami ilość jest zamieniana w jakość. Z tego zapatrywania wynika, że klauzula porządku publicznego (wymogi przestrzegania zasad współżycia społecznego oraz praworządności) również na gruncie postępowania przed sądem polubownym wyznacza granice autonomii woli stron, a także swobodnego uznania sądu arbitrażowego przy wyborze podstaw orzekania⁹.

Naruszenie praworządności można też rozumieć jako obrazę instytucji prawnych, które są podstawowe dla danego systemu. Orzeczenie sprzeciwiające się naczelnym zasadom prawnym i ustalonym regułom postępowania oraz sprzeczne z ogólnie przyjętym porządkiem prawnym, uchybia praworządności¹⁰. *T. Ereciński* również stwierdził, że „(...) nie można przyjmować, że wyrok [sądu arbitrażowego] uchybia praworządności tylko na tej podstawie, że rozstrzygnięcie sądu polubownego nie jest zgodne z niektórymi przepisami prawa materialnego, skoro sąd ten w zasadzie nie jest w ogóle związany przepisami prawa materialnego”¹¹. Pośrednio wskazuje to także na konieczność wyodrębnienia klauzuli procesowego porządku publicznego, w szczególności w postępowaniu polubownym, ze względu na jego specyfikę.

⁹ *J. Sobkowski*, Stosowanie prawa materialnego w sądownictwie polubownym według kodeksu postępowania cywilnego i regulaminów Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego, RPEiS 1980, Nr 3, s. 70.

¹⁰ *T. Ereciński*, Arbitraż a sądownictwo państwowe, PUG 1994, Nr 2, s. 7.

¹¹ *T. Ereciński*, w: *T. Ereciński* (red.), Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. T. II, Warszawa 2001, s. 337.

W wyroku z 29.11.2006 r., I ACa 657/06 SA w Warszawie stwierdził, że „(...) istotną różnicą między postępowaniem przed sądem powszechnym a sądem polubownym jest brak związania tego ostatniego przepisami prawa cywilnego. Zatem samo niezastosowanie konkretnego przepisu prawa materialnego bądź jego wadliwe zastosowanie nie jest wystarczające do uchylenia wyroku Sądu Polubownego. Obraza prawa materialnego jest podstawą uchylenia wyroku Sądu Polubownego tylko wówczas, gdy prowadzi do rozstrzygnięcia naruszającego naczelne zasady prawne obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej”. Model postępowania arbitrażowego, poprzez mniejsze znaczenie przepisów prawa materialnego, wskazuje na konieczność szczególnego uwzględnienia przez sąd państwowy zasad procesowych w celu ochrony porządku publicznego, a więc zastosowania klauzuli procesowego porządku publicznego.

Odnośnie do materialnoprawnych podstawowych zasad porządku publicznego, to sądy powszechne coraz częściej bezpośrednio sięgają do postanowień Konstytucji, uchylając naruszające je orzeczenia sądów arbitrażowych¹². Jest to przejaw wchodzącej w skład polskiego porządku publicznego zasady bezpośredniego stosowania Konstytucji.

Trzeba nadmienić, że w polskim orzecznictwie na temat klauzuli porządku publicznego (tym samym zakresu pojęcia porządku publicznego) wypowiedziały się nie tylko sądy, ale również kolejny organ władzy sądowniczej, a mianowicie TK. W wyroku z 29.4.2003 r., SK 24/02 TK orzekł, że art. „(...) 22 znajduje się w rozdziale I Konstytucji, w którym ustawodawca konstytucyjny umieścił najbardziej ogólne i najważniejsze zasady ustroju RP, zaś art. 31 ust. 3 w tej części tekstu Konstytucji, która zawiera zasady ogólne rozdziału II, a więc zasady o innym zakresie zastosowania niż zasady z rozdziału I Konstytucji. Jak z tego wynika wolność działalności gospodarczej, jako zasada ustroju RP ma inny, „szerszy” wymiar i inny stopień abstrakcji niż wolności i prawa konstytucyjne, wskazane w rozdziale II Konstytucji. Uzasadnione jest również przyjęcie, że – z jednej strony – każdy przypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli „ważnego interesu publicznego” w rozumieniu art. 22 Konstytucji. Natomiast patrząc z drugiej strony stwierdzić należy, że w zakresie „ważnego interesu publicznego” mieszczą się również wartości nie wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwen-

¹² T. Zbiegień, Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, w: P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Pocobut, A. Szumański, A. Tynel (red.), Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu, Warszawa 2008, s. 311.

cji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji. (...)

Zgodnie z art. 31 ust. 2 Konstytucji każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Zasada swobody umów nie ma zaś charakteru normy prawa publicznego, tj. – mówiąc bardzo ogólnie – nie dotyczy wyłącznie relacji państwa lub innego podmiotu prawa publicznego, występującego z pozycji władczej w stosunku do innych podmiotów stosunków prawnych. Odnosi się ona także do stosunków między podmiotami prawa prywatnego. Dlatego zasada swobody umów nie powinna być traktowana jako pochodna „klasycznych” praw wolnościowych (wolności człowieka i obywatela), dotyczących relacji władz publicznych i jednostek w niektórych sferach życia, ale ogólnej konstytucyjnej proklamacji wolności człowieka. Można tu odwołać się również do argumentów prawnoporównawczych wskazując, że w Republice Federalnej Niemiec przyjmuje się, iż zasada swobody umów wynika z proklamowanego w art. 2 Ustawy Zasadniczej z 1949 r. prawa do swobodnego rozwoju swej osobowości oraz nienaruszalności wolności każdej osoby”.

Artykuł 22 Konst.¹³ stanowi, że ograniczenie „(...) wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Ograniczenia zasady wolności działalności gospodarczej, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konst., „(...) w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Tym samym TK do pojęcia porządku publicznego zaliczył zasadę wolności działalności gospodarczej, a powołując się na art. 31 ust. 3 Konst. wskazał kolejną dyrektywę pomocną w ustaleniu pojęcia porządku publicznego w ogólności, a w stosowaniu przez polskie sądy arbitrażowe w szczególności.

W doktrynie do materialnoprawnych konstytucyjnych zasad porządku publicznego, branych pod uwagę przy ocenie orzeczenia sądu arbitrażowego

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze sprost. i ze zm.).

w trybie skargowym, wywodzonych z przepisów Konst., zaliczono również ochronę wolności człowieka (art. 31 Konst.) oraz własności (art. 21 Konst.)¹⁴.

Także SN stoi na stanowisku, że sąd powszechny rozpatruje kwestię naruszenia klauzuli porządku publicznego (praworządności) przez sąd polubowny na podstawie norm konstytucyjnych, a więc podstawowych dla danego systemu prawnego (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 6.3.2008 r., I CSK 445/07).

Również obecnie orzecznictwo wskazuje na odrębność klauzuli procesowego porządku publicznego. W wyroku z 13.12.2006 r., II CSK 289/06 SN wskazał, że „(...) naruszenie przepisów ogólnych cywilnego prawa procesowego jak i naczelnych zasad postępowania cywilnego może stanowić uzasadnioną podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli doprowadziło w swym wyniku do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej lub zasad współżycia społecznego”. Zasady te można odczytywać między innymi właśnie z Konst., który to akt normatywny, podobnie jak klauzula porządku publicznego, jest jedną z klamer spajających system prawa.

Podziału między normami prawa procesowego a normami prawa materialnego nie można przeprowadzać w oparciu o położenie ich w danym akcie prawnym (Kodeksie postępowania cywilnego czy też ustawie reagującej prawo materialne, np. w Kodeksie cywilnym), natomiast należy stosować wykładanie celowościowe¹⁵. Jest to dodatkowa trudność w określeniu pojęcia klauzuli procesowego porządku publicznego. Ponadto należy pamiętać, że nie każda sprzeczność z prawem procesowym czy też materialnym powoduje zastosowanie danego rodzaju klauzuli porządku publicznego, gdyż orzeczenie może być sprzeczne z prawem procesowym albo materialnym, ale nie musi konieczne naruszać porządku publicznego.

Pomimo, że związki między normami prawa procesowego a normami prawa materialnego są silne, to nie można sprowadzać klauzuli procesowego porządku publicznego do roli części składowej klauzuli materialnego porządku publicznego, gdyż są to dwa odrębne pojęcia, które mają swoje własne desygnaty, wskazujące naruszenie danego typu klauzuli porządku publicznego. Należy jednak wskazać, że to właśnie klauzula materialnego porządku publicznego jest w zdecydowanej większości przypadków wskazywana w zagranicznej doktrynie i orzecznictwie jako naruszenie klauzuli porządku publicznego w arbitrażu handlowym.

¹⁴ T. Zbiegień, Skarga, s. 309.

¹⁵ J. Jodłowski, W. Siedlecki, Postępowanie cywilne. Część ogólna, Warszawa 1958, s. 30–31.

Wobec powyższego klauzula porządku publicznego w arbitrażu handlowym zawiera w sobie zarówno klauzulę materialnego porządku publicznego, jak i klauzulę procesowego porządku publicznego. Materialny porządek publiczny jest weryfikatorem stosowania prawa materialnego, natomiast procesowy porządek publiczny jest weryfikatorem stosowania prawa procesowego. Z tym zastrzeżeniem, że nie chodzi tu o weryfikację wyłącznie prawa materialnego bądź procesowego, ale określonych zasad, które z punktu widzenia ich źródła mogłoby uchodzić za zasady o naturze materialnej bądź procesowej. Należy zaznaczyć, że wyrok może być sprzeczny z prawem materialnym lub procesowym, byleby nie naruszał porządku publicznego.

W aktach prawnych *hard law* brak jest definicji procesowego porządku publicznego. Tendencję do zdefiniowania tego pojęcia można zauważyć w aktach *soft law*, które starają się zniwelować ten doniosły brak. Otóż w Wytycznych ILA zawarto definicję międzynarodowego porządku publicznego, dzieląc go na materialny porządek publiczny oraz procesowy porządek publiczny, jednak ta jedyna *quasi* definicja nie jest wystarczająca przy rzeczywistej doniosłości tej instytucji prawnej. Ze względu na jej blankietowy charakter konieczne należy wypełnić ją treścią.

O ile za zbytne i raczej niewykonalne można uznać zadanie stworzenia ustawowej definicji klauzuli procesowego porządku publicznego ze względu na jej niedookreślony charakter, to za jak najbardziej wskazaną należy uznać podjętą w niniejszej dysertacji próbę zdefiniowania tego pojęcia, które (co zostanie udowodnione w dalszej części niniejszej rozprawy) dzieli się na klauzulę procesowego porządku publicznego *sensu largo* oraz klauzulę procesowego porządku publicznego *sensu stricto*.

§ 2. Zarys historyczny klauzuli porządku publicznego

Klauzula porządku publicznego jest immanentnie związana z sądownictwem polubownym. Wyrażono pogląd, że arbitraż, a tym samym klauzula porządku publicznego, jest tak stary jak ludzkość oraz znacznie starszy od sądownictwa państwowego. W komedii antycznej *Sąd rozjemczy* (*Epitrepontes*) z przełomu IV i III w. p.n.e. *Menander* opisuje spór między dwoma niewolnikami, który zostaje poddany pod arbitraż *ad hoc*. Wśród przewijających się

przez sztukę elementów również pojawia się odesłanie do zasad porządku publicznego¹⁶.

Institucja ta występuje już w starożytnych systemach prawnych Egiptu i Indii, a następnie w *Digestach* Justyniana¹⁷ (*Ius publicatorum privatorum pactis mutari non potest* – w razie kolizji interesu publicznego z interesem prywatnym, prawa stanowionego nie da się zmienić umową stron¹⁸), a poprzez recepcję prawa rzymskiego na Zachodzie oraz prawa rzymsko – bizantyjskiego („Termin ten został wprowadzony przez Karla Eduarda Zachariä von Lingenthal dla określenia prawa rzymskiego, które zostało skodyfikowane na terenie Cesarstwa Bizantyńskiego”¹⁹) na Wschodzie w wielu innych systemach prawnych.

Początek naukowej refleksji nad klauzulą porządku publicznego jest związany z początkami prawa prywatnego międzynarodowego. Przedmiotem tej dziedziny prawa jest stosowanie, w określonych przez prawo kolizyjne państwa forum sytuacjach, norm merytorycznych obcego prawa. Odmienne systemy prawne mogą przyjmować zupełnie inne rozwiązania. Tym samym istnieje zagrożenie, iż sąd państwa forum będzie zmuszony w pewnych sytuacjach do wydania orzeczenia na podstawie norm prawa obcego, uznawanych w państwie sądu za rażąco niesprawiedliwe. W celu zapobieganiu takim sytuacjom zaczęto stosować klauzulę porządku publicznego. Konstrukcja oraz mechanizm tej instytucji prawnej ulegały zmianom w trakcie rozwoju prawa międzynarodowego prywatnego, a później także i innych dziedzin prawa²⁰.

We włoskiej literaturze przedmiotu można spotkać się z poglądem, iż średniowieczne *statuta odiosa* były pierwowzorem klauzuli porządku publicz-

¹⁶ P. Nowaczyk, Sąd Arbitrażowy przy KIG na tle innych instytucji arbitrażowych, Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce compared to other arbitral institutions, BA 2008, Nr 7, s. 65.

¹⁷ M. Zieliński, Klauzula porządku publicznego przy uznawaniu i wykonywaniu wyroków w międzynarodowym arbitrażu handlowym w świetle systemów prawnych Polski, Niemiec, Szwajcarii oraz porządku prawnego Unii Europejskiej, Prace laureatów konkursu im. prof. Jerzego Jakubowskiego, Warszawa 2003, s. 232.

¹⁸ Tamże, s. 281.

¹⁹ K. Ryszkowski, P. Prokocki, Losy prawa rzymskiego na Wschodzie od śmierci Justyniana Wielkiego do upadku Cesarstwa Bizantyjskiego, <http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/arttykul/a/pokaz/c/arttykul/art/losy-prawa-rzymskiego-na-wschodzie-od-smierci-justyniana-wielkiego-do-upadku-cesarstwa-bizantyjskiego.html>, 24.6.2013 r.

²⁰ N. Rycko, Stosowanie klauzuli, s. 205.

nego²¹, tak samo jak kolejna instytucja dzieło *Bartolusa de Saxoferrato statuta favorabilia*²².

M. Sośniak łączy jednak początki doktryny porządku publicznego z ideą suwerenności (pierwszymi nowoczesnymi koncepcjami terytorialistycznymi) zatem w głównej mierze z holenderską szkołą statutową²³. Pomimo roli jaką odegrał J. Voët to inny przedstawiciel tej szkoły – U. Huber w trzecim aksjomacie mówił o uszczerbku w prawach i władzy terytorialnego suwerena i jego poddanych, który wynika ze stosowania obcego prawa. W aksjomacie tym tkwi zapowiedź późniejszych ograniczeń w stosowaniu obcego prawa z niemalże takim samym uzasadnieniem²⁴. U. Huber ponadto stwierdził, że oparte na zasadach prawa prywatnego międzynarodowego dopuszczenie stosowania prawa obcego na własnym terenie wywodzi się z ogólnej praktyki międzynarodowej, natomiast nie z kurtuazji międzynarodowej. Trzeba było więc zabezpieczyć się przed niebezpieczeństwem wynikającym ze stosowania prawa obcego. Zastrzeżenie to miało ochraniać porządek publiczny przed obcą ingerencją, w szczególności ważnych punktach dla interesów wewnętrznych państwa²⁵.

Koncepcje zapowiadające oraz zbliżone do pojęcia porządku publicznego powstają w krajach bardzo rozwiniętych gospodarczo w XVIII w., tj. we Francji oraz w Holandii. Francuski prawnik J. Bouhier mówił o *causes publiques*, które miały dotyczyć dobrych obyczajów i wspólnego dobra, a miały być stosowane bez wyjątku w każdym przypadku²⁶.

Spoleczno-gospodarcza geneza pojęcia porządku publicznego jest bardzo widoczna na przełomie XVIII i XIX w. we Francji, gdzie służyła ochronie interesu burżuazji²⁷.

Pierwsze próby bliższego określenia klauzuli porządku publicznego przypadają na okres wczesnego kapitalizmu²⁸. Porządek publiczny, stanowiący już u schyłku XVIII w. we Francji określone pojęcie społeczno-polityczno-gospodarcze, wszedł w skład Kodeksu Napoleona – pierwszej kodyfikacji młodego kapitalizmu. W ramach Kodeksu Napoleona klauzula porządku publicznego

²¹ M. Sośniak, Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym, Warszawa 1961, s. 6.

²² K. Bagan-Kurluta, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2006, s. 124.

²³ M. Sośniak, Klauzula, s. 6.

²⁴ Tamże, s. 6–7.

²⁵ Tamże, s. 10.

²⁶ Tamże, s. 7.

²⁷ Tamże.

²⁸ J. Gilas, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2002, s. 99.

oznacza przeciwieństwo anarchii, całą organizację prawną społeczeństwa. Strzeże praworządności, odnosi się do wszystkich ustaw oraz patroluje prawnej harmonii systemu. Zgodnie z tak pojmowanym porządkiem nie należy on do konkretnej dziedziny prawa, natomiast jest najwyższą zasadą prawną²⁹. Pojęcie *ordre public*, za pomocą którego określa się klauzulę porządku publicznego w prawie francuskim, zostało po raz pierwszy użyte w komentarzu do Kodeksu Napoleona przez francuskiego deputowanego nazwiskiem *Boulay*³⁰. Pomimo dalszych zmian ustrojowych przez cały XIX w., a w związku z tym zakresu pojęciowego porządku publicznego, ogólny charakter tego pojęcia, jako *une notion de défense sociale*, nie uległ zmianom. W tym czasie pojawiają się również pierwsze próby oddziaływania na władzę poprzez klauzulę porządku publicznego w imieniu praw społeczeństwa³¹.

Stąd wieloznaczność oraz złożoność pojęcia porządku publicznego (nie tylko z punktu widzenia doktryny poszczególnych krajów, zawierających bardzo zróżnicowaną treść), ale również z punktu widzenia systematyki tego terminu³².

Odnosnie do tego ostatniego aspektu w 1899 r. *G. La Broûe de Vareilles-Sommières* rozróżnił trzy znaczenia pojęcia porządku publicznego. Jego zdaniem w art. 6 Kodeksu Napoleona posłużono się znaczeniem prawnym tego terminu – *bien public, l'interêt social* oraz *l'interêt general*. Drugie literackie oznaczało bezpieczeństwo osób i własności, brak gwałtu oraz spokój, natomiast trzecie filozoficzne stan narodu lub państwa, w którym prawo jest przestrzegane³³, a więc odpowiadające terminowi praworządności.

Z kolei *M. Claps-Lienhart* nie uznawała tego ostatniego rozumienia *ordre public*, a jemu samemu przeciwstawiała termin *ordre nature*³⁴.

Kształtujący się kapitalizm operował w wewnętrznym obrocie elementami zaufania oraz pewności prawa, więc obrona przeciw niekorzystnemu stosowaniu obcego prawa musiała mieć trwałą i pewny charakter. Po pierwsze musiała nawiązywać do ustaw uznanych przez legislatora za wybitnie doniosłe dla dobra ogólnego. Po drugie ograniczenia powinny być możliwie przewidywalne oraz ściśle sformułowane, żeby nie szkodzić rozwijającej się wymianie towarowej. Na tym etapie rozwoju ochrona interesów własnych nie łączyła się jeszcze

²⁹ *M. Sośniak*, Klauzula, s. 8.

³⁰ *M. Zieliński*, Klauzula porządku publicznego, s. 232.

³¹ *M. Sośniak*, Klauzula, s. 8.

³² Tamże, s. 8–9.

³³ Tamże, s. 8.

³⁴ Tamże.

z klauzulami generalnymi. Za ogólnym zastrzeżeniem porządku publicznego miały stać uchwytnie i treściwe ustawy³⁵.

Teoria *F.C. von Savigny'ego* w Europie oraz teoria *J. Story'ego* w Stanach Zjednoczonych czyniły zadość tej potrzebie czasu. Obie teorie zbudowały system norm kolizyjnych oraz obydwie rozstrzygały zagadnienie ograniczeń w stosowaniu obcego prawa w tym systemie³⁶. *F.C. von Savigny* uznawał, że prawo obce nie powinno być stosowane w dwóch przypadkach:

- 1) gdy prawo to zawiera instytucje nieznane *lex fori*;
- 2) gdy dana materia regulowana jest bezwzględnie wiążącą ustawą stanowiącą element porządku prawnego *lex fori* oraz wymuszającą swoją właściwość bez względu na wskazanie prawa³⁷.

Nie ukrywał, że oddzielenie ustaw wyłączających obce prawo od tych, które są bezwzględnie obowiązujące, lecz nie wyłączają obcego prawa, jest trudne, a możliwość odróżnienia dwóch typów reguł (*absoluter und vermittelnder*), precyzujących typ wyłączający prawo, jest złudna³⁸. Należy więc tego kryterium szukać w zamiarze ustawodawcy. Wypowiedź ustawodawcy rozstrzyga zagadnienie kolizji norm, jednak gdy jest brak oświadczenia legislatora, trzeba badać zróżnicowaną naturę ustaw absolutnych³⁹. Zdaniem *F.C. von Savigny'ego* do grupy wyłączającej stosowanie obcego prawa zalicza się ustawy opierające się o względy dobra publicznego (*publica utilitas*) oraz mogące posiadać charakter gospodarczy, policyjny bądź polityczny, natomiast do drugiej grupy należą m.in. przepisy ograniczające zdolność do czynności prawnych oraz określające formę przeniesienia własności⁴⁰.

W późniejszej teorii niemieckiej oba wyżej wymienione przypadki ograniczające zastosowanie obcego prawa przekształciły się w jedną zasadę⁴¹.

W zarysie przedstawionym przez *F.C. von Savigny'ego* widać całą dziewiętnastowieczną problematykę klauzuli porządku publicznego. Na tym etapie nauka przechodzi z ogólnych ograniczeń międzynarodowej kurtuazji na teren konkretnych ustaw krajowych, wyłączających *a limine* zastosowanie obcego prawa w oparciu o *publica utilitas*. Koncepcja ta wyrosła w oparciu o układ

³⁵ Tamże, s. 10.

³⁶ Tamże.

³⁷ *K. Bagan-Kurluta*, Prawo prywatne, s. 124.

³⁸ *M. Sośniak*, Klauzula, s. 11.

³⁹ Tamże, s. 11–12.

⁴⁰ Tamże, s. 12.

⁴¹ Tamże, s. 13.

stosunków swej epoki, jej wpływ zmniejsza się na przełomie XIX i XX w.⁴². Miała olbrzymi wpływ na dalszy rozwój doktryny porządku publicznego, przy stosunkowo małym wpływie na ustawodawstwo oraz praktykę nawet w Niemczech, jednak za przesadzony należy uznać pogląd, zgodnie z którym doktryna porządku publicznego to jedynie poszerzenie nauki *F.C. von Savigny'ego*⁴³.

Przykładem rozwiązania legislacyjnego reprezentującego teorię autonomiczną, które weszło do kanonu doktryny prawa międzynarodowego prywatnego, były włoskie przepisy o ogłaszaniu, wykładni i stosowaniu ustaw z 1865 r., a w szczególności art. 12 tych przepisów⁴⁴, który wprowadzał wyłączną właściwość ustaw zakazujących dotyczących rzeczy, osób oraz czynności, a ponadto ustaw związanych z porządkiem publicznym albo dobrymi obyczajami⁴⁵ (włos. *l'ordine pubblico et il buon costume*). Dlatego też samą instytucję nazywa się klauzulą porządku publicznego (niem. *öffentliche Ordnung*, ang. *public policy*, franc. *ordre public*) albo podobnymi określeniami. W nauce niemieckiej można również spotkać się z pojęciem klauzuli zastrzegającej⁴⁶ (niem. *kollisionsrechtliche Vorbehaltsklausel*⁴⁷).

Kolejny przedstawiciel doktryny prawa kolizyjnego, rozwijający teorię ograniczeń stosowania obcego prawa – *J. Story*, powtórzył za *U. Huberem*, że prawem oraz obowiązkiem każdego z państw jest ochrona własnych obywateli przed szkodliwymi oraz niesprawiedliwymi wpływami prawa obcego. Jedną z proponowanych form ochrony zmierzała do stosowania własnych ustaw bezwzględnie wiążących. Powyższa koncepcja ograniczeń przetrwała do dzisiaj w niektórych systemach prawnych, m.in. w prawie angielskim⁴⁸ oraz amerykańskiej judykaturze⁴⁹.

W drugiej połowie XIX w. nowa szkoła włoska usunęła na bok teorię *F.C. von Savigny'ego*⁵⁰. Szkoła *P.S. Manciniego* znowu stworzyła ogólną kategorię porządku publicznego oraz dobrych obyczajów. Sprzeczność z nimi uniemożliwiała prawu obcemu zastosowanie w danym kraju⁵¹.

⁴² Tamże, s. 12.

⁴³ Tamże, s. 13.

⁴⁴ *M. Czepelak*, Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego, Warszawa 2008, s. 499.

⁴⁵ *J. Gilas*, Prawo prywatne, s. 99.

⁴⁶ *N. Rycko*, Stosowanie klauzuli, s. 206.

⁴⁷ *M. Pazdan*, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2012, s. 77.

⁴⁸ *K. Bagan-Kurluta*, Prawo prywatne, s. 124–125.

⁴⁹ *M. Pazdan*, Prawo prywatne, s. 30.

⁵⁰ *M. Sośniak*, Klauzula, s. 13–14.

⁵¹ *M. Sośniak*, Prawo prywatne międzynarodowe, Katowice 1991, s. 86.