

**Problemy
Prawa
Prywatnego
Międzynarodowego**



TOM 24



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu Śląskiego

Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego

Tom 24

pod redakcją
Maksymiliana Pazdana

Zespół Redakcyjny

Maksymilian Pazdan (redaktor naukowy, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Akademia Leona Koźmińskiego)

Monika Wałachowska (redaktor tematyczny, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu)

Witold Kurowski (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Katarzyna Sznajder-Peroń (sekretarz Redakcji, Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Maciej Zachariasiewicz (sekretarz Redakcji, Akademia Leona Koźmińskiego)

Rada Naukowa

Christian von Bar (Universität Osnabrück), Paul Lagarde (Université Paris I), Rett R. Ludwikowski (The Catholic University of America), Heinz-Peter Mansel (Universität zu Köln), Dieter Martiny (Europa-Universität Viadrina), Andrzej Mączyński (Uniwersytet Jagielloński), Paul Meijknecht (Universiteit Utrecht), Cezary Mik (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego), Jerzy Poczobut (Uniwersytet Warszawski), Jerzy Rajski (Uniwersytet Warszawski), Andrzej Szumański (Uniwersytet Jagielloński), Luboš Tichý (Univerzita Karlova)

Zespół Recenzentów

László Burián (Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest), Jan Ciszewski (Ministerstwo Sprawiedliwości), Maria Dragun-Gertner (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), Przemysław Drapała (Akademia Leona Koźmińskiego), Bogusława Gnela (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie), Bettina Heiderhoff (Universität Münster), Agnieszka Jańczuk-Gorywoda (Universiteit van Tilburg), Joanna Kruczalak-Jankowska (Uniwersytet Gdański), Dorota Leczykiewicz (University of Oxford), Piotr Machnikowski (Uniwersytet Wrocławski), Maciej Mataczyński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), Piotr Mostowik (Uniwersytet Jagielloński), Maxi Scherer (University of London), Maciej Szpunar (Uniwersytet Śląski w Katowicach), Andrzej Tynel (Baker & McKenzie), Karol Weitz (Uniwersytet Warszawski), Andrzej W. Wiśniewski (Uniwersytet Warszawski), Arkadiusz Wowerka (Uniwersytet Gdański), Arkadiusz Wudarski (Europa-Universität Viadrina), Fryderyk Zoll (Uniwersytet Jagielloński, Universität Osnabrück)

Adres Redakcji

„Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego”

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach

40-007 Katowice, ul. Bankowa 11b

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

Publikacja jest dostępna także w wersji elektronicznej:

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Spis treści

Studia

Jerzy Poczobut: Interes w prawie prywatnym międzynarodowym. Zagadnienia węzłowe.	5
Maciej Zachariasiewicz: Klauzula porządku publicznego a uznawanie zagranicznych orzeczeń, których przedmiotem jest uznanie wyroku lub stwierdzenie jego wykonalności	21
Wojciech Klyta: Prawo właściwe dla skutków przelewu wierzytelności w stosunku do osób trzecich. Uwagi z perspektywy międzynarodowego prawa upadłościowego	47
Ewa Kamarad: Kolizyjnoprawne aspekty małżeństw dzieci	77
Łukasz Dyrda: Stosowanie deliktowych łączników lokalnych do zdarzeń mających miejsce na pokładzie statku morskiego lub powietrznego w unijnym prawie prywatnym międzynarodowym	109
Katarzyna Anna Dadańska: Ustanawianie ograniczonych praw rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym — uwagi na tle statutu rzeczowego i jego rozgraniczenia	141
Piotr Rodziewicz: Niejednoznaczne podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie (przepisów koniecznego zastosowania)	169

Glosy

Witold Kurowski: Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie Sähköalojen ammattiliitto ry c/a Elektrobudowa Spółka Akcyjna (C-396/13)	189
--	-----

Contents

Studies

Jerzy Poczobut: Interests in private international law. Fundamental questions	5
Maciej Zachariasiewicz: The public policy exception and recognition of judgments on judgments	21
Wojciech Klyta: The law applicable concerning the third-party effects of the assignment of a claim. Few observations from the perspective of insolvency law	47
Ewa Kamarad: Conflict-of-laws problems relating to child marriages	77
Łukasz Dyrda: The application of the territorial connecting factors to the events taking place on a vessel or aircraft in EU private international law	109
Katarzyna Anna Dadańska: Establishment of limited rights in rem in private international law — remarks on the law applicable to the property rights and its delimitation.	141
Piotr Rodziewicz: Inconclusive legal basis for the application of the overriding mandatory rules	169

Glosses

Witold Kurowski: A note to the judgment of the CJEU of 12 February 2015 in case <i>Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa Spółka Akcyjna</i> (C-396/13)	189
--	-----



Jerzy Poczobut^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-8813-1854>

Interes w prawie prywatnym międzynarodowym Zagadnienia węzłowe

Abstract: The paper examines the fundamental issues regarding the interests in private international law. The goal of the present investigation is to attempt an answer to the question whose interests does the conflict-of-laws rules (narrowly understood) protect. This question is discussed in particular in reference to the theory created in the German doctrine by G. Kegel and developed by his follower K. Schurig. The paper systematizes the conflict-of-laws interests, giving the Polish law examples of the solutions that incorporate them. To be conscious that these interests exist and how they are allocated is necessary, both when drafting and enacting private international law legislation, as well as at the time of its application.

Keywords: interest in private international law, G. Kegel, K. Schuring, conflict-of-laws, interests of the parties versus interests of the states

1. Wstęp

Karl Friedrich von Savigny (1779—1861)¹, twórca podstaw klasycznego prawa prywatnego międzynarodowego, do których nawiązuje się rów-

^{a)} Prof. dr hab., Uniwersytet Warszawski.

¹ Zob. w nowszym piśmiennictwie polskim M. Martinek, J. Poczobut: *Friedrich Karl von Savigny (1779—1861). Życie i dzieło*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, z. 1, s. 24—59 oraz powołaną tam literaturę.

niez współcześnie w nauce, legislacji i orzecznictwie, zaproponował na przełomie połowy XIX w. rozstrzygnięcie kolizji przestrzennych między systemami prawa prywatnego różnych państw przez ustalenie siedziby stosunku prawnego (*Sitz des Rechtsverhältnisses*) wynikającej z jego natury i przesądzającej o najściślejszym związku tego stosunku z określonym prawem². Zapoczątkowana przez Rudolfa von Jheringa (1818—1892)³ i rozwinięta przez Philippa von Hecka (1858—1943) oraz innych jurysprudencja interesów (*Interessenjurisprudenz*)⁴, przekształcana od połowy ubiegłego wieku w jurysprudencję wartości (*Wertungsjurisprudenz*)⁵, umożliwiła rozszerzenie badań prawa prywatnego międzynarodowego również z perspektywy polityki prawa.

Celem niniejszego opracowania jest udzielenie wstępnej odpowiedzi na pytanie, czyje interesy wyraża i chroni prawo prywatne międzynarodowe pojmowane wąsko jako prawo kolizyjne? Próba osiągnięcia wspomnianego celu zostanie dokonana przez zdefiniowanie ogólnego interesu w tym prawie, przedstawienie systematyki występujących w nim szczegółowych interesów oraz ich krótkie omówienie, w nawiązaniu do teorii sformułowanej w doktrynie niemieckiej przez Gerharda Keglę (1912—2006)⁶ i rozwiniętej przez jego ucznia Klause Schuriga (1942—)⁷ oraz rozwiązań przyjętych głównie w polskiej ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe⁸ (dalej w skrócie: „p.p.m.”).

² Bliżej na temat pojęcia klasycznego prawa prywatnego międzynarodowego w nowszym piśmiennictwie zob. D. Coster-Waltjen: „*Totgesagte leben länger*” — *gilt dies auch für das klassische Internationale Privatrecht?*. W: *Politik und Internationales Privatrecht*. Red. S.L. Gössl. Tübingen 2017, s. 1—2.

³ Zob. w nowszym piśmiennictwie polskim M. Martinek, J. Poczobut: *Rudolf von Jhering (1818—1892). Życie i dzieło*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 1, s. 5—35 oraz powołaną tam literaturę.

⁴ Jurysprudencja interesów zakłada, że każdą normę prawną należy postrzegać jako wynik rozstrzygnięcia przez ustawodawcę określonego konfliktu interesów. Przy wykładni danej normy powinno się zrekonstruować stojący za nią konflikt społeczny, który ustawodawca wziął pod uwagę w procesie jej stanowienia. Należy zatem uwzględnić rozkład wchodzących w grę interesów, preferowanych lub równoważonych przez ustawodawcę.

⁵ Jurysprudencja wartości kładzie nacisk na wartości leżące u podstaw stanowionego prawa, np. zasadę równego traktowania, które powinno się uwzględniać przy wykładni norm prawnych.

⁶ Zob. G. Kegel: *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*. W: *Festschrift für Hans Lewald*. Basel 1953, s. 259—288; Idem: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*. München und Berlin 1960, s. 26—39.

⁷ Zob. publikacje K. Schuriga powołane niżej w przypisie 10.

⁸ Tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 1792.

2. Interes ogólny w prawie prywatnym międzynarodowym

Wypada rozpocząć od ogólnego i dosyć oczywistego twierdzenia, iż prawo prywatne międzynarodowe, jak wszystkie inne dziedziny prawa prywatnego, chroni interesy indywidualne zapewniając sprawiedliwość w stosunkach pomiędzy jednostkami. Niektórzy przedstawiciele doktryny niemieckiej odróżniają jednak prywatnoprawną sprawiedliwość materialną od sprawiedliwości kolizyjnej wskazując, że przesłanką dla zapewnienia tej pierwszej jest uprzednie rozstrzygnięcie zagadnienia sprawiedliwości w prawie prywatnym międzynarodowym, przy jednoczesnym założeniu, że sprawiedliwość w płaszczyźnie prawa prywatnego międzynarodowego należy postrzegać jako element niepodzielnej sprawiedliwości w znaczeniu ogólnym. Odmienność systemów wartości i porządków prawnych obowiązujących w różnych państwach sprawia, iż nie można obiektywnie stwierdzić, który z nich byłby najbardziej sprawiedliwy, tj. zapewniający najlepsze merytorycznie rozstrzygnięcie danej sprawy. Natomiast w sprawach z zakresu prawa prywatnego powiązanych z więcej niż jednym państwem można i trzeba dążyć do zastosowania porządku prawnego najlepszego przestrzennie, np. prawa takiego obszaru państwowego, do którego najbardziej uzasadnione jest przyporządkowanie danego podmiotu ze względu na jego powiązanie z żyjącą na tym obszarze wspólnotą prawną, czyli społecznością rządzącą się tym samym prawem. Z funkcjonalnego punktu widzenia zapewnienie sprawiedliwości kolizyjnoprawnej poprzedza zatem sprawiedliwe rozstrzygnięcie merytoryczne sprawy według systemu prawnego określonego państwa⁹.

⁹ Por. K. Schurig: *Interessen*. W: G. Kegel, K. Schurig: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, wyd. 9. München 2004, s. 131. Zob. też J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*, wyd. 6. Tübingen 2006, s. 29—30. Pojęciowe rozróżnienie między sprawiedliwością kolizyjną i materialną oraz koncepcja interesu w prawie prywatnym międzynarodowym nie zyskały jednak powszechnej akceptacji w nauce niemieckiej — zob. M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia Niemiec i Szwajcarii w kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 4, s. 748—749; K. Otte: *Betrachtungen zur Interessenlehre, w: Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert. Der Einfluss von Gerhard Kegel und Alexander Lüderitz auf das Kollisionsrecht*. Red. H.-P. Mansel. Tübingen 2014, s. 30—35. Bardziej lub mniej sceptyczne albo polemiczne stanowiska wyrazili m.in. (kolejność chronologiczna): P.H. Neuhaus w omówieniu podręcznika G. Kegl: *Internationales Privatrecht...*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht“ (dalej: „RabelsZ“) 1960, s. 376—378; Idem: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, wyd. 2. Tübingen 1976, s. 45, § 5 II oraz s. 166—169, § 20 II 2; A. Lüderitz: *Anknüpfung im Parteiinteresse. Bewahrung oder Wende?* W: *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Kegel*. Red. A. Lüderitz,

3. Szczegółowe interesy w prawie prywatnym międzynarodowym

W sprawach z zakresu prawa prywatnego powiązanych z więcej niż jednym systemem prawnym zachodzi potrzeba oceny interesów przemawiających za przyjęciem przez ustawodawcę prawa określonego państwa jako właściwego. Interesy te są odmienne od interesów w prawie materialnym, które dotyczą treści stosowanego prawa. Interesy rozważane w prawie prywatnym międzynarodowym odnoszą się bowiem zasadniczo do problemu zastosowania prawa jako takiego, tj. odpowiedzi na pytanie, system prawny którego państwa należy przyjąć za prawo właściwe¹⁰. Wprawdzie interesy w zastosowaniu określonego prawa są także powiązane z jego treścią, ale jedynie ze względu na zawarte w nim ogólne kategorie pojęciowe (np. prawo właściwe dla oceny praw rzeczowych należy określać za pomocą innych kryteriów aniżeli prawo właściwe dla oceny zobowiązań z czynów niedozwolonych), nie zaś z konkretnym rozstrzygnięciem merytorycznym konfliktu interesów¹¹.

Interesy kolizyjnoprawne są wprawdzie odrębne ale nie niezależne od interesów materialnoprawnych. Zmiany norm materialnych i zawartych w nich ocen merytorycznych mogą bowiem przenikać do prawa prywatnego międzynarodowego, powodując zmianę interesów kolizyjnoprawnych¹².

J. Schröder. Frankfurt am Main 1977, s. 31—54 (krytycznie o tych i innych krytykach K. Schurig: *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zur Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*. Berlin 1981, s. 136 i nast.); A. Flessner: *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*. Tübingen 1990, s. 44 i nast. oraz 142 i nast. (krytycznie o tym K. Schurig: *Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz. Anmerkungen zu Flessners Thesen*, *RabelsZ* 1995, s. 229—244); J. Kropholler: *Internationales Privatrecht*, wyd. 6. Tübingen 2006, s. 31—33, § 5 I 4; H.-J. Sonnenberger: *Einleitung IPR*. W: *Münchener Kommentar BGB*, t. 10, wyd. 5. München 2010, s. 46—54, nb. 83—99; B. Schinkels: *Das internationalprivatrechtliche Interesse. Gedanken zur Zweckmäßigkeit eines Begriffs*. W: *Grenzen überwinden. Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd Hoffman zum 70. Geburtstag*. Red. H. Kronke, K. Thorn. Bielefeld 2011, s. 390—404. Najnowszej odpowiedzi na krytykę teorii interesu w prawie prywatnym międzynarodowym udzielił K. Schurig: *Das Fundament trägt noch*. W: *Internationales Privatrecht...*, s. 11—13.

¹⁰ Por. G. Kegel: *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*. W: *Festschrift für Hans Lewald*. Basel 1953, s. 259—289; K. Schurig: *Das Fundament...*, s. 11.

¹¹ Zob. K. Schurig: *Interessen...*, s. 132.

¹² Por. K. Schurig: *Kollisionsnorm...*, s. 210—213; Idem: *Das Fundament...*, s. 12.

Interesy kolizyjnoprawne mają charakter bardziej abstrakcyjny niż interesy materialnoprawne przede wszystkim ze względu na ich przedmiot, ponieważ dotyczą zastosowania określonego prawa, a nie rezultatu jego zastosowania w postaci merytorycznego rozstrzygnięcia, ale również z uwagi na naturę podmiotów, którym takie interesy się przypisuje. Określa się je ogólnie jako „stojące za normą prawną niekiedy zbieżne, a niekiedy rozbieżne, wzajemnie się wzmacniające lub osłabiające abstrakcyjne ‘siły’ społeczne (*gesellschaftliche Kräfte*), które stanowią wektory (*Vektoren*) dla kształtowania i rozwoju prawa”¹³. Tak rozumiane interesy kolizyjne przypisuje się zarówno poszczególnym stronom międzynarodowych stosunków prywatnoprawnych, jak też zbiorowościom: wszystkim potencjalnym uczestnikom obrotu (interes obrotu) lub wspólnotocie prawnej (*Rechtsgemeinschaft*) tworzonej przez obywateli danego państwa (interes porządku prawnego)¹⁴. Trójczłonowa systematyka interesów w prawie prywatnym międzynarodowym nie jest jednak wyczerpująca, ponieważ sporadycznie mogą występować w tym prawie również interesy państwa oraz mogą być chronione przynajmniej pośrednio interesy materialnoprawne stron stosunku prawnego, głównie przez multiplikację łączników¹⁵. Kolizyjnoprawne interesy stron i interesy zbiorowości mogą być sprzeczne. Sprzeczność interesów może występować również w ramach tych kategorii. Wspomniane sprzeczności rozstrzyga się w drodze oceny i ważenia wchodzących w grę interesów.

Materialnoprawne interesy stron konkretnego stosunku prywatnoprawnego nie powinny być zasadniczo uwzględniane przy określaniu prawa właściwego nie tylko dlatego, że są one zazwyczaj wzajemnie sprzeczne, ale przede wszystkim, ponieważ w interesie ogólnym leży stosowanie przy rozstrzyganiu kolizji praw obiektywnych i powielalnych kryteriów oraz uwzględnianie jedynie stypizowanych interesów. W prawie prywatnym międzynarodowym dąży się bowiem zasadniczo do osiągnięcia celu kolizyjnoprawnego, który polega na zastosowaniu prawa najlepszego w znaczeniu ogólnym, tzn. bez względu na jego treść w poszczególnym przypadku¹⁶.

¹³ Zob. K. Schurig: *Interessen...*, s. 133.

¹⁴ Por. G. Kegel: *Begriffs- und Interessenjurisprudenz...*, s. 259 i nast.; K. Schurig: *Interessen...*, s. 131 i nast.

¹⁵ Zob. K. Schurig: *Interessen...*, s. 145—150; Idem: *Das Fundament...*, s. 12.

¹⁶ Por. K. Schurig: *Interessen...*, s. 96 i nast., 134; Idem: *Das Fundament...*, s. 13. Zob. też M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 749 i nast.; J. Poczobut, A.W. Wiśniewski: *Wprowadzenie do problematyki prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 51 i nast.

Przy stanowieniu norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego ustawodawca powinien brać zasadniczo pod uwagę wyobrażone, stypizowane i domniemane interesy, których układ może jednak niekiedy odbiegać od przyjętego ogólnego wzorca i uzasadniać wprowadzanie odstępstw w postaci szczególnych rozwiązań legislacyjnych¹⁷. Interesy kolizyjnoprawne należy uwzględniać również przy stosowaniu norm kolizyjnych.

Interesy kolizyjne uwzględniane przy stanowieniu norm prawa prywatnego międzynarodowego różnią się treścią i znaczeniem, mogą być zbieżne (np. w razie dopuszczenia wyboru prawa właściwego) lub pozostawać z sobą w sprzeczności (np. interesy małżonków) oraz występować bardziej lub mniej licznie w odniesieniu do zakresu jednej normy kolizyjnej. Zdarza się, że w określonej normie kolizyjnej jeden interes zdecydowanie przeważa nad pozostałymi (np. interes osoby fizycznej, której dobro osobiste zostało naruszone, nad interesem naruszającego lub interes poszkodowanego nad interesem wyrządzającego szkodę), te „wyparte” zaś dochodzą do głosu w innej normie kolizyjnej o charakterze ogólnym, np. zawierającej klauzulę porządku publicznego lub dotyczącej przepisów koniecznego zastosowania¹⁸.

4. Interesy stron stosunku prawnego

Prawo prywatne ma zasadniczo na celu ochronę interesu jednostki. Dlatego też wśród interesów kolizyjnoprawnych na czoło wysuwają się interesy stron stosunku prawnego, którymi najczęściej bywają osoby fizyczne.

Każdy człowiek ma elementarny interes w jego ocenie według tego porządku prawnego, z którym czuje się ściśle powiązany. Prawem tym jest zazwyczaj jego prawo ojczyste lub prawo państwa, w którym zamieszkuje, a często również, w którym wzrósł. Duże znaczenie przypisuje się także oczekiwaniom, aby być traktowanym w danym otoczeniu prawnym na równi z innymi, oraz aby się zintegrować z tym otoczeniem¹⁹.

¹⁷ K. Schurig: *Interessen...*, s. 134—135. Zob. też M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 75 i nast.; J. Poczobut, A.W. Wiśniewski: *Wprowadzenie...*, s. 57 i nast.

¹⁸ Por. K. Schurig: *Interessen...*, s. 134—135.

¹⁹ *Ibidem*, s. 135.

Interes osoby, aby znalazło do niej zastosowanie prawo państwa, z którym wykazuje ona ścisłe powiązanie, jest zasadniczo uwzględniany przez prawo prywatne międzynarodowe w sprawach, które dotyczą jej osobiście. Wyrazem takiego podejścia w polskiej ustawie kolizyjnej z 2011 r. jest np. w zakresie prawa personalnego poddanie prawu ojczystemu osoby fizycznej jej zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych (art. 11 ust. 1), nazwiska (art. 15 ust. 1) oraz jej dóbr osobistych (art. 16 ust. 1).

W odniesieniu do stosunków prawnych, w których występują dwie lub więcej strony mające rozbieżne interesy, do rozważenia są różnorakie rozwiązania. Można np. przyjąć, że do każdej ze stron znajdzie zastosowanie prawo jej najbliższe, jak w art. 48 p.p.m., stosownie do którego o możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste. Możliwe jest też uznanie, że interes jednej strony znacząco przeważa nad interesem drugiej, ponieważ przypisuje się mu większą wartość kolizyjną, i w rezultacie przyznanie prymatu prawu personalnemu strony pierwszej²⁰. Tak został oceniony np. interes przysposabiającego względem interesu przysposobianego w art. 57 ust. 1 p.p.m., według którego przysposobienie podlega prawu ojczystemu przysposabiającego. Alternatywą dla wspomnianych obydwu rozwiązań w sytuacji, gdy sprzeczne interesy stron znoszą się wzajemnie, jest wreszcie zastosowanie jednego wspólnego łącznika, np. wspólnego obywatelstwa stron. Takie rozwiązanie zostało zastosowane w art. 51 ust. 1 p.p.m. dla określenia statutu stosunków małżeńskich oraz w art. 54 ust. 1 p.p.m. dla określenia statutu rozwodu.

Do spraw osobistych osoby fizycznej można przyrównywać sprawy dotyczące osoby prawnej. Sprawy te należy oceniać według polskiej ustawy kolizyjnej z 2011 r. zasadniczo na podstawie prawa państwa, w którym osoba prawna ma siedzibę (art. 17 ust. 1 p.p.m.), ponieważ zazwyczaj tam właśnie ześrodkowana jest działalność osoby prawnej i podejmowane są kluczowe dla niej decyzje. Prawo obowiązujące w siedzibie osoby prawnej wydaje się najlepiej chronić zarówno kolizyjne interesy tej osoby, jak też jej interesariuszy.

²⁰ Ibidem, s. 136.

5. Interes obrotu

O ile interesy stron odnoszą się do zdarzeń aktualnych, o tyle interesy obrotu dotyczą jego potencjalnych uczestników. Oczywiście wydaje się oczekiwanie, aby obrót prawny był łatwy i pewny, a więc bezpieczny²¹. Wymagania te w odniesieniu do formy czynności prawnej spełnia przyjęta w art. 25 ust. 1 p.p.m. konstrukcja alternatywnego zbiegu określonych łączników, która służy utrzymaniu czynności prawnych w mocy (*in favorem validitatis*). Działa ona na rzecz pewności obrotu, ponieważ ogranicza możliwość zgłoszenia zarzutu niezachowania formy czynności prawnej do sytuacji, w której wady formalne wystąpią jednocześnie według kilku systemów prawa określonych za pomocą różnych łączników.

Zapewnienie skuteczności formy czynności prawnej sprzyja bezpieczeństwu obrotu, ponieważ odpowiada oczekiwaniom ogółu jego potencjalnych uczestników. Mogą oni bowiem z wielu powodów zasadnie spodziewać się, że wystarczające będzie zachowanie formy przewidzianej w prawie państwa, które jest właściwe dla oceny treści danej czynności (*lex causae*) — art. 25 ust. 1 zd. 1 p.p.m. Chociaż forma i treść czynności prawnej — mimo ich funkcjonalnego powiązania — są traktowane w prawie kolizyjnym odrębnie, od dwóch stuleci ustawodawcy przyjmują często do określenia statutu formy prymat prawa właściwego dla treści czynności jako formułę zabezpieczającą pewność obrotu.

Potencjalni uczestnicy obrotu mogliby być również zaskoczeni, gdyby niewystarczające okazało się spełnienie wymagań formalnych przewidzianych przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana (*lex loci actus*) — art. 25 ust. 1 zd. 2 p.p.m. Zastosowanie znanego od kilku stuleci łącznika miejsca dokonania czynności prawnej służy nie tylko ochronie obrotu, ale leży również we wspólnym interesie stron. Dążenie do utrzymania w mocy czynności prawnej ze względu na jej formę wzmacnia dodatkowo art. 24 ust. 1 zd. 2 p.p.m., według którego jeżeli umowę zawierają osoby znajdujące się w chwili złożenia oświadczeń woli w różnych państwach, wystarczy zachowanie formy przewidzianej w prawie jednego z tych państw. Interes obrotu przeważa zatem wyraźnie w art. 24 ust. 1 p.p.m. nad interesem stron stosunku prawnego.

Dążenie ustawodawcy polskiego do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu przez ograniczenie możliwości zgłaszania zarzutów leżących w interesie strony przejawia się także w regulacji statutu personalnego osób fizycznych. Według art. 11 ust. 1 p.p.m., zdolność prawna i zdolność do

²¹ Ibidem, s. 137, a także J. Kropholler: *Internationales...*, s. 30.

czynności prawnych osoby podlegają zasadniczo jej prawu ojczySTEMU. Ale w odniesieniu do osoby fizycznej dokonującej czynności prawnej w zakresie swego przedsiębiorstwa wystarczy, że ma ona zdolność do dokonania tej czynności według prawa państwa, w którym przedsiębiorstwo jest prowadzone (art. 11 ust. 2 p.p.m.)²². Również jeżeli umowę zawarły osoby znajdujące się w tym samym państwie, osoba fizyczna, która ma zdolność do jej zawarcia według prawa tego państwa, może powołać się na swoją niezdolność wynikającą z jej prawa ojczySTEMego tylko wtedy, gdy w chwili zawarcia umowy druga strona o niezdolności wiedziała lub nie wiedziała z powodu niedbalstwa (art. 12 ust. 1 p.p.m.)²³. Podobnie osoba fizyczna dokonująca jednostronnej czynności prawnej, mająca zdolność do jej dokonania według prawa miejsca dokonania czynności, może powołać się na niezdolność wynikającą z jej prawa ojczySTEMego tylko wtedy, gdy nie przyniesie to uszczerbku osobom, które postępując z należytą starannością działały w przeświadczeniu, że osoba dokonująca czynności prawnej zdolność taką miała.

6. Interesy porządku prawnego

Powszechnie oczekuje się od prawa, aby było zrozumiałe i łatwe do ustalenia. Prócz tego powinno ono jednolicie obowiązywać i układać się w spójny system. Zdatne do stosowania prawo służy interesowi wszystkich członków społeczności prawnej każdego państwa oraz pośrednio również interesowi stron i interesowi obrotu. W prawie prywatnym międzynarodowym trudniej jednak osiągnąć wspomniane wymagania, ponieważ występują w nim dodatkowe interesy w porównaniu z innymi działami prawa prywatnego, które przejawiają się w wymaganiach międzynarodowej i wewnętrznej zgodności rozstrzygnięć, pewności i przewidywalności prawa, uprzywilejowaniu prawa *fori* i realności rozstrzygnięć, która wyraża się głównie w skuteczności dochodzenia ich wykonania²⁴.

Każde państwo ustanawia własne prawo prywatne międzynarodowe, co powoduje przyjmowanie różnych rozwiązań w normach tego prawa. Przejawiają się one w poddawaniu identycznego stosunku prawnego za pomocą odmiennych łączników prawa materialnemu różnych państw,

²² Podobnie przyjęto dla osób prawnych w art. 18 ust. 1 p.p.m.

²³ Podobnie przyjęto dla osób prawnych w art. 18 ust. 2 p.p.m.

²⁴ Zob. K. Schurig: *Interessen...*, s. 139 i nast.

które ma z reguły różną treść²⁵. Z tych względów oczekuje się od prawa prywatnego międzynarodowego zapewnienia międzynarodowej harmonii (zgodności, zbieżności) rozstrzygnięć pojmowanej jako ideał, do urzeczywistnienia którego należy dążyć²⁶. Jest ona częściowo możliwa do osiągnięcia jedynie w drodze unifikacji tego prawa przez zawieranie umów między państwami oraz działalności prawotwórczej organizacji międzynarodowych, w szczególności Unii Europejskiej²⁷. Tak rozumiane przedsięwzięcia unifikacyjne mają jednak ograniczony zasięg podmiotowy i przedmiotowy, ponieważ wiążą jedynie państwa-strony umowy lub państwa członkowskie organizacji międzynarodowych oraz dotyczą wybranych problemów i instytucji prawnych. Dlatego też za ciągle jeszcze skuteczniejsze działanie, zmierzające ku unifikacji w skali światowej, uważa się kolizyjnie najsluszniejsze i najbardziej sprawiedliwe kształtowanie własnego prawa prywatnego międzynarodowego, aby mogło ono zyskać uznanie międzynarodowe w postaci harmonizacji i w przyszłości doprowadzić do stworzenia jednolitego dla wielu państw prawa kolizyjnego²⁸. Funkcję taką spełnia w szczególności od ponad trzydziestu lat szwajcarska ustawa związkowa z dnia 18 grudnia 1987 r. o prawie prywatnym międzynarodowym²⁹. W doktrynie niemieckiej zwraca się uwagę, że nieuzasadnione jest upatrywanie w międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć głównego czynnika sprawiedliwości międzynarodowej, a tym bardziej utożsamianie obydwu tych pojęć³⁰.

Międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć służy stosowanie przez możliwie najwięcej państw szeroko uznanych łączników, jak np. poddanie praw rzeczowych prawu miejsca położenia rzeczy (*lex rei sitae* — art. 41 p.p.m.) czy formy czynności prawnych prawu miejsca ich dokonania (*lex loci actus* — jednak z dominującą w prawie polskim alternatywną właściwością *legis causae* — art. 25 ust. 1 zd. 1 i 2 p.p.m.). Stosowany w międzynarodowym prawie osobowym i rodzinnym łącznik obywatelstwa zapewnia międzynarodową harmonię rozstrzygnięć w licznej grupie państw, chociaż w drugiej nie mniej licznej konkuruje z nim łącznik

²⁵ Por. K. Schurig: *Das Fundament...*, s. 9 a także M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 747.

²⁶ Zob. J. Kropholler: *Internationales...*, s. 36—39; M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 745.

²⁷ Na temat perspektyw systemowej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego w Unii Europejskiej zob. G. Rühl, J. v. Hein: *Towards a European Code of Private International Law?* *RabelsZ* 2015, s. 701—726.

²⁸ Por. J. Kropholler: *Internationales...*, s. 39—40.

²⁹ *Amtliche Sammlung des Bundesrechts* 1988, nr 44, s. 1776 i n. Przekład polski J. Poczobut: *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 1991, s. 89—129.

³⁰ Zob. K. Schurig: *Interessen...*, s. 140.

miejsca zamieszkania, co utrudnia harmonizację rozstrzygnięć w skali światowej. Harmonię tę wspiera natomiast dopuszczenie w wielu państwach stosowania odesłania zwrotnego i dalszego³¹, chociaż nie tylko w prawie Unii Europejskiej rysuje się wyraźna tendencja do ograniczenia lub nawet eliminacji odesłania³².

W interesie każdego porządku prawnego leży też zapewnienie wewnętrznej harmonii rozstrzygnięć. Przejawia się ona w dążeniu do spójności systemu prawnego i wzajemnej zgodności przyjętych w nim szczegółowych rozwiązań. Harmonię tę trudniej osiągnąć w prawie prywatnym międzynarodowym m.in. dlatego, że dopuszcza ono poddanie poszczególnych części stosunku prawnego prawu różnych państw, co skutkuje rozszczępieniem statutu między dwa lub nawet więcej systemy prawne (*dépeçage*)³³, które często zawierają odmienne lub nawet sprzeczne rozwiązania merytoryczne. Nie służy jej również występujący niekiedy brak pewności co do zakresu przedmiotowego poszczególnych statutów.

W celu zapewnienia wewnętrznej harmonii rozstrzygnięć w tym prawie należy dążyć do wyznaczania możliwie szerokiego zakresu norm kolizyjnych i jego niedzielenia pomiędzy wiele norm zawierających różne łączniki lub przewidujących wyjątki od ogólnej reguły. Dyrektywa preferująca takie podejście legislacyjne jest jednak obecnie trudna do zrealizowania, ponieważ prawo prywatne międzynarodowe zdaje się rozwijać w zgoła przeciwnym kierunku³⁴.

Prawo prywatne międzynarodowe, tak jak inne dziedziny prawa, jest zainteresowane w zabezpieczeniu pewności prawa oraz przewidywalności rozstrzygnięć sądowych. Tak rozumiana przewidywalność umożliwia kontrolę i reprodukcję rozstrzygnięć, co jest konieczną przesłanką równego traktowania, które stanowi elementarną wartość dla sprawiedliwego porządku prawnego. Zapewnieniu przewidywalności służy rozstrzyganie o właściwości prawa na podstawie norm, nie zaś w drodze decyzji podejmowanych *ad hoc*. Sam fakt istnienia normy kolizyjnej przesądza o zainteresowaniu porządku prawnego w ciągłym i konsekwentnym jej stosowaniu. Odstępstwa od tej zasady są możliwe dopiero wtedy, gdy ob-

³¹ Por. J. Kropholler: *Internationales...*, s. 40—41. Zob. dotyczące odesłania zwrotnego art. 5 p.p.m. i odesłania dalszego art. 17 ust. 1 i 2 p.p.m.

³² Zob. H. Schack: *Was bleibt vom Renvoi?* W: *Internationales Privatrecht...*, s. 41—54. Inaczej D. Solomon: *Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht*. W: *Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*. Red. R. Michaels, D. Solomon. München 2012, s. 237—263. Zob. też M. Tomaszewski. W: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 186 i nast.

³³ Zob. np. art. 3 ust. 1 zd. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) — (Dz.Urz. UE L nr 177, s. 6).

³⁴ Zob. M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 746 i nast. oraz 755 i nast.

stawanie przy dotychczasowej normie nie spełnia uzasadnionych oczekiwań obrotu prawnego³⁵.

Mniejszą wartość dla porządku prawnego zdają się mieć jego inne interesy, np. w stosowaniu prawa siedziby sądu lub zapewnieniu rozstrzygnięcia możliwego do uznania i wykonania za granicą. Za preferowaniem *legis fori* przemawiają: pilna potrzeba wydania rozstrzygnięcia (np. w sprawie opieki nad dzieckiem), łatwość ustalenia prawa właściwego oraz szybkość, tania i większa pewność rozstrzygnięcia, ponieważ sąd zna najlepiej swoje prawo³⁶. Znaczenie tych argumentów — poza pierwszym — jest jednak mniejsze niż argumentów nawiązujących do omówionych wcześniej interesów występujących w prawie prywatnym międzynarodowym. Z perspektywy własnego porządku prawnego w sposób szczególny uzasadnia się w doktrynie niemieckiej odesłanie zwrotne: za jego dopuszczeniem przemawia fakt wzajemnego neutralizowania się wchodzących w grę porządków prawnych³⁷.

Do zapewnienia spójności porządku prawnego przyczynia się również takie ukształtowanie zasad kolizyjnej kwalifikacji i kwestii wstępnej, które preferują prawo prywatne międzynarodowe siedziby sądu³⁸.

7. Interesy materialnoprawne

Sprawiedliwość w płaszczyźnie prawa prywatnego międzynarodowego należy postrzegać jako wycinek niepodzielnej sprawiedliwości w znaczeniu ogólnym. Dlatego interesów występujących w tym prawie nie można rozpatrywać w oderwaniu od sprawiedliwości materialnoprawnej³⁹. Interesy stron w określonym rozstrzygnięciu merytorycznym nie wywierają bezpośredniego wpływu na rozstrzygnięcie kolizyjnoprawne, ale prawo prywatne międzynarodowe może w różnym stopniu sprzyjać tendencjom występującym w prawie materialnym, np. przewidując uwzględnienie „słabszego” prawa w ramach kumulatywnego zbiegu łączników (statut

³⁵ Por. K. Schurig: *Interessen...*, s. 143. Zob. też J. Kropholler: *Internationales...*, s. 30.

³⁶ Por. J. Kropholler: *Internationales...*, s. 32, 42—47; K. Schurig: *Interessen...*, s. 143—144.

³⁷ Polega ono na tym, że prawo państwa sądu wskazuje na właściwość prawa obcego, prawo obce zaś odsyła na powrót do prawa państwa sądu.

³⁸ Por. D. Coster-Waltjen: *“Totgesagte ...”*, s. 2—3.

³⁹ Por. K. Schurig: *Das Fundament...*, s. 9—11.

przysposobienia — art. 58 w zw. z art. 57 p.p.m.⁴⁰) lub prawa „silniejszego” w ramach alternatywnego zbiegu łączników (statut formy umowy o arbitraż — art. 40 p.p.m.⁴¹). Taki zabieg nie przesądza wprawdzie o ostatecznym rozstrzygnięciu merytorycznym, lecz im więcej porządków prawnych zostanie przywołanych w normie kolizyjnej, tym wyższe jest prawdopodobieństwo, że wśród nich znajdzie się ten najbardziej odpowiedni dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy.

Od początku XXI w. przybiera na sile w prawie prywatnym międzynarodowym tendencja do ochrony prawnomaterialnych interesów niektórych kategorii osób, które są uznawane za słabszą stronę umownych stosunków zobowiązaniowych, w szczególności konsumentów i pracowników. Wyraża się ona w wyraźnym przyznawaniu preferencji przepisom bezwzględnie obowiązującym prawa państwa, które w założeniu powinno być najbardziej odpowiednie dla tych osób. Takie rozwiązanie również nie przesądza ostatecznie o konkretnym rozstrzygnięciu merytorycznym, ale zapewnia w określonym zakresie zastosowanie prawa najbardziej korzystnego dla słabszej strony umowy spośród wchodzących w grę systemów prawnych. Na przykład w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁴² nie tylko przewidziano dla umów z konsumentem właściwość prawa miejsca jego zwykłego pobytu, pod warunkiem spełnienia przez przedsiębiorcę określonych przesłanek (art. 6 ust. 1), ale również przyjęto, że dla umowy konsumenckiej spełniającej określone warunki strony mogą dokonać wyboru prawa właściwego, który nie może jednak prowadzić do pozbawienia konsumenta ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów imperatywnych prawa państwa, w którym konsument ma miejsce zwykłego pobytu (art. 6 ust. 2). Podobną formułę zastosowano w art. 8 ust. 1 tego rozporządzenia: indywidualna umowa o pracę podlega prawu wybranemu przez strony, ale taki wybór nie może prowadzić do pozbawienia pracownika ochrony przyznanej mu na podstawie przepisów imperatywnych prawa właściwego, które zostało określone w art. 8 ust. 2—4.

Może się zdarzyć, że rozwiązania przewidziane we właściwym prawie obcym okażą się nie do pogodzenia z istniejącymi w państwie sądu wyobrażeniami o sprawiedliwości materialnej. Wtedy interesy ze sfery prawa prywatnego międzynarodowego muszą wyjątkowo ustąpić nienaruszalnym interesom, które zabezpieczają sprawiedliwość materialnoprawną. Takie rozwiązanie przewiduje generalna klauzula porządku publicznego

⁴⁰ Uwzględnienie w określonym zakresie prawa ojczystego osoby przysposabianej.

⁴¹ Stosowanie prawa miejsca arbitrażu przy ocenie skutków niezachowania formy przewidzianej dla umowy o arbitraż.

⁴² Zob. przypis 33.

(*ordre public*), według której prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego zastosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego (art. 7 p.p.m.). Podobnie formułowana występuje ona w prawie prywatnym międzynarodowym każdego państwa, nawet jeżeli nie została wyraźnie zapisana.

W prawie materialnym wszystkich państw występują także przepisy o charakterze imperatywnym nie zaliczane do krajowego porządku publicznego, które regulują podlegający ocenie stosunek prawny bez względu na to, jakiemu prawu on podlega (przepisy „koniecznego zastosowania” lub inaczej: „wymuszające swoje zastosowanie” — art. 8 ust. 1 p.p.m.)⁴³. Z uwagi na to, iż przepisy te służą ochronie niezwykle ważnych interesów politycznych, społecznych lub gospodarczych danego państwa, uwzględnianie interesów kolizyjnoprawnych w odniesieniu do takich przepisów jest również wyłączone.

Posługiwanie się metodą regulacji kolizyjnej dla ochrony interesów materialnoprawnych często okazuje jednak mniej uzasadnione i efektywne niż metoda regulacji merytorycznej. Na przykład za bardziej sprawną z tego punktu widzenia uznaje się regulację w prawie materialnym zagadnień związanych z uznaniem spółki zagranicznej⁴⁴ oraz uznaniem skuteczności regulacji przez obcy system prawny, na podstawie którego taka spółka funkcjonuje, poszczególnych stosunków należących do zakresu statutu korporacyjnego, a także skutków zdarzeń korporacyjnych⁴⁵.

Widoczna tendencja do coraz szerszego dostrzegania w prawie prywatnym międzynarodowym wartości i interesów materialnoprawnych uzasadnia twierdzenie, iż nastąpiła symbioza udoskonalanego przez półtora wieku klasycznego podejścia sawiniańskiego z uwzględnianiem aspektów sprawiedliwości materialnej⁴⁶. Nadal wszelako powinno przeważać dążenie ustawodawcy do określenia jako właściwego prawa, które ogólnie i bez względu na swoją treść byłoby najlepsze dla oceny danej sprawy⁴⁷.

⁴³ Zob. bliżej M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 760—765.

⁴⁴ Spółką zagraniczną jest z polskiej perspektywy każda spółka, która stanowi twór innego systemu prawnego.

⁴⁵ Zob. bliżej P. Franczak: *Metody regulacji spółek zagranicznych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2019 (niepubl. rozprawa doktorska), passim.

⁴⁶ Zob. K. Schurig: *Kollisionsnorm...*, passim, a także M. Martinek, J. Poczobut: *Doświadczenia...*, s. 757—765 oraz D. Coester-Waltjen: *„Totgesagte...*, s. 12 oraz powołaną tam literaturę.

⁴⁷ Por. K. Otte: *Betrachtungen...*, s. 37.

8. Wnioski

Niewątpliwym osiągnięciem G. Kegla i K. Schuriga jest twórcza adaptacja teorii interesu w prawie do prawa prywatnego międzynarodowego, polegająca na zdefiniowaniu interesu kolizyjnoprawnego oraz opracowaniu systematyki interesów kolizyjnych, ich identyfikacji i opisie. Spojrzenie na prawo prywatne międzynarodowe przez pryzmat występujących w nim interesów, chociaż ma wielu przeciwników w doktrynie niemieckiej, znacznie wzbogaca sawiniańską koncepcję prawa kolizyjnego, która jednak powinna nadal stanowić główną płaszczyznę odniesienia dla działalności legislacyjnej. Kegel i Schurig trafnie przyjęli, że interesy te różnią się od interesów w prawie materialnym, ponieważ dotyczą one problemu zastosowania prawa, tj. odpowiedzi na pytanie, system prawny którego państwa należy przyjąć za prawo właściwe, a nie treści stosowanego prawa. Zaproponowali oni nowatorski podział owych interesów zasadniczo na interesy stron stosunku prawnego, interes obrotu oraz interes porządku prawnego, wyrażający się w potrzebie zapewnienia międzynarodowej i wewnętrznej harmonii rozstrzygnięć oraz zagwarantowania pewności i przewidywalności prawa. Wyróżnienie interesu kolizyjnoprawnego, a w jego ramach trzech wspomnianych kategorii interesów, znajduje uzasadnienie w naturze mechanizmu kolizyjnoprawnego oraz analizie przesłanek stanowienia i stosowania prawa prywatnego.

Nie sposób nie zgodzić się też z twierdzeniem, że w prawie kolizyjnym chronione są również, chociaż ciągle jeszcze w ograniczonym zakresie, interesy materialnoprawne: albo ogólnie i wyjątkowo za pomocą klauzuli porządku publicznego i przepisów koniecznego zastosowania, albo też bardziej szczegółowo — interesy określonych kategorii osób, w szczególności słabszej strony stosunku prawnego. Ograniczona możliwość tej ochrony wynika ze szczególnej natury mechanizmów kolizyjnoprawnych⁴⁸. Ochrona interesów materialnoprawnych za pomocą mechanizmów kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego stanowi dotychczas uzupełnienie ochrony takich interesów, które chroni się zasadniczo w drodze odpowiedniego kształtowania treści norm merytorycznych.

Teorię interesu w prawie prywatnym międzynarodowym dopełnia stwierdzenie, iż prawo to chroni pośrednio również interes państwa jako podmiotu prawa publicznego, nakazując np. coraz częściej wyraźnie stosowanie istniejących w prawie właściwym przepisów prawa publicznego,

⁴⁸ Por. G. Kühne: *Methodeneinheit und Methodenvielfalt im Internationalen Privatrecht — Eine Generation nach „Kollisionsnorm und Sachrecht“*. W: Klaus Schurig zum 70. Geburtstag..., s. 145.

które według prawa właściwego znajdują zastosowanie do danego stosunku prawnego (art. 6 p.p.m.).

Świadomość istnienia i rozkładu interesów kolizyjnoprawnych wydaje się niezbędna przy stanowieniu i stosowaniu prawa prywatnego międzynarodowego oraz prowadzeniu dotyczących go rozważań doktrynalnych. Identyfikacja i ocena poszczególnych interesów kolizyjnoprawnych powinny mieć doniosłe, lecz jednak nierozstrzygające znaczenie przy formułowaniu rozwiązań w procesie stanowienia norm prawa prywatnego międzynarodowego, ponieważ jako nacechowane arbitralnością nie zawsze zapewniałyby sprawiedliwe rozwiązania kolizyjne⁴⁹.

⁴⁹ Por. J. Kropholler: *Internationales...*, s. 33.



Maciej Zachariasiewicz^{a)}

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

Klauzula porządku publicznego a uznawanie zagranicznych orzeczeń, których przedmiotem jest uznanie wyroku lub stwierdzenie jego wykonalności

Abstract: The paper is devoted to the admissibility of recognition and enforcement of a judgment of a foreign court, the subject matter of which is recognition or declaration of enforcement of a judgment from yet another state (judgment on judgment). The issue is discussed in particular with reference to the public policy exception which constitutes a ground for refusal of recognition or enforcement of foreign judgments, both under Polish domestic law (the Code of civil procedure) and European law (Brussels I bis Regulation). It remains controversial whether the judgments should be recognized, thus benefiting from the so called “parallel entitlement”. The article takes a comparative approach, examining solutions adopted by various legal systems and analysing arguments for and against recognition of such decisions. The author takes the position that they should not be recognized (and that their enforceability should not be declared) in Poland, both under the Code of civil procedure (as with respect to judgments originating from non-EU states), as well as under EU legislation, in particular Brussels I bis Regulation. It is advocated that the concept of a “parallel entitlement” should be rejected.

Keywords: recognition and enforcement of foreign judgments, parallel entitlement, public policy exception, confirmation judgments

^{a)} Dr hab., prof. ALK, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie.

1. Problem dopuszczalności uznania (stwierdzenia wykonalności) orzeczeń zatwierdzających

Tematem niniejszego opracowania jest zagadnienie dopuszczalności uznania (stwierdzenia wykonalności) orzeczeń zagranicznego sądu, których przedmiotem jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku pochodzącego z innego państwa¹, w szczególności w zetknięciu z kontrolą zagranicznych orzeczeń pod kątem zgodności z porządkiem publicznym *fori*. W doktrynie używa się w tym kontekście niekiedy określenia „równoległe uprawnienie” takich orzeczeń (*parallel entitlement*)². Powstaje zasadnicza wątpliwość, czy mają one w ogóle tzw. zdatność uznaniową. Nie zawierają bowiem merytorycznego rozstrzygnięcia sporu, lecz wypowiadają się jedynie w przedmiocie przesłanek uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku wydanego już przez sąd innego państwa. Stwierdzają one bądź, że wyrok sądu innego państwa nadaje się do uznania bądź nadają mu *exequatur* (stwierdzają jego wykonalność). Warto zwrócić uwagę, że może tu chodzić zarówno o przypadki, w których sąd wydaje orzeczenie na wniosek wierzyciela (jak np. zgodnie z art. 1151 § 1 k.p.c.³ w odniesieniu do stwierdzenia wykonalności), jak i o sytuacje, w których uznanie lub stwierdzenie wykonalności następuje *ex lege* (jak

¹ Na temat analogicznego zagadnienia uznawania i wykonywania orzeczeń sądów powszechnych zatwierdzających wyroki sądów arbitrażowych (lub nadających im *exequatur*) zob.: M. Zachariasiewicz, w: *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunku postulowanych zmian*. Red. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz. Wrocław 2014, s. 457 i nast.; Ł. Błaszczak: *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*. Warszawa 2010, s. 438; T. Várady, J.J. Barceló, A.T. von Mehren: *International Commercial Arbitration*. St. Paul 1999, s. 606; M.L. Roth: *Recognition by Circumvention: Enforcing Foreign Arbitral Award as Judgment under the Parallel Entitlement Approach*. “Cornell Law Review” 2007, vol. 92, s. 573 i nast.; L. Silberman, M. Scherer: *Forum Shopping and Post-Award Judgments*. In: *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. Ed. F. Ferrari. München 2013, s. 313 i nast.; M. Scherer: *Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the ‘Judgment Route’ the Wrong Road?* “Journal of International Dispute Settlement” 2013, vol. 4, no. 3, s. 587 i nast.; T. Einhorn: *The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on International Commercial Arbitral Awards*. “Yearbook Private International Law” 2010, vol. 12, s. 43 i nast.

² Zob. w kontekście równoległego uprawnienia orzeczeń uznających lub stwierdzających wykonalność wyroków sądów arbitrażowych: T. Várady, J.J. Barceló, A.T. von Mehren: *International...*, s. 606; M.L. Roth: *Recognition...*, s. 580; L. Silberman, M. Scherer: *Forum...*, s. 330.

³ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. nr 43, poz. 296 ze zm.

na tle rozporządzenia Bruksela I bis⁴), ale na skutek inicjatywy zainteresowanej strony, sąd wydaje orzeczenie potwierdzające, że uznanie lub stwierdzenie wykonalności rzeczywiście nastąpiło, ponieważ nie zachodzą ku temu negatywne przesłanki (np. art. 45-46 rozporządzenia Bruksela I bis). Dla uproszczenia, wszystkie orzeczenia, których przedmiotem jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku pochodzącego z innego państwa nazywać będziemy „orzeczeniami zatwierdzającymi”⁵ (z ang. *confirmation judgments / recognition judgments / judgments on judgments*).

Chodzi tu zatem o następujące sytuacje. Wierzyciel, uzyskawszy korzystne rozstrzygnięcie sądu w państwie X (nazwijmy je „państwem pierwotnego wyroku”), kieruje swe kroki do państwa A w celu potwierdzenia, że wyrok podlega uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności w tym kraju („państwo pośredniego uznania lub wykonania”). Następnie składa on wniosek do sądu w państwie B („państwo docelowego uznania lub wykonania”), żądając uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia sądu państwa A, którego przedmiotem było uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku sądu państwa X. Jeden z wariantów, który szczególnie mamy tu na względzie zakłada, że o ile państwo X jest państwem spoza UE, to państwa A i B są członkami UE. Problem powstaje jednak również w innych konfiguracjach, w tym w całości unijnych (X, A i B są państwami unijnymi), jak i takich, w których chodziłoby o uznanie (stwierdzenie wykonalności), orzeczenia zatwierdzającego wydanego przez sąd państwa trzeciego (X i A są państwami spoza UE, B jest państwem unijnym).

W niniejszym opracowaniu przyglądam się zagadnieniu uznawania (stwierdzenia wykonalności) orzeczeń zatwierdzających na tle kilku obcych porządków prawnych. Wskazuję na argumenty przemawiające za i przeciwko dopuszczalności uznawania i stwierdzenia wykonalności takich orzeczeń. Na wstępie należy też zaznaczyć, że niniejsze opracowa-

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Dz.Urz. UE L 351 z 20.12.2012 r., s. 1 [dalej: rozporządzenie Bruksela I bis].

⁵ Polskie prawo procesowe, podobnie jak wielu innych państw nie zna *sensu stricto* tego typu rodzaju orzeczenia. Są one natomiast znane w państwach anglosaskich. Zob. M. Scherer: *Les effets des jugements étrangers relatifs aux sentences arbitrales*. “Traavaux Du Comité Français De Droit International Privé” 2012-2014, Paris 2015, s. 105. Pojęcia „orzeczenia zatwierdzające” używam zatem w tym miejscu w znaczeniu funkcjonalnym, dla określenia wszystkich rozstrzygnięć sądowych, z których wynika, że orzeczenie obcego sądu nadaje się w danym państwie do uznania lub wykonania, bez względu na to czy mają one charakter deklaratoryjny (bo uznanie lub stwierdzenie wykonalności następuje *ex lege*) czy konstytutywny (bo uznanie lub stwierdzenie wykonalności następuje z mocy rozstrzygnięcia sądu delibacyjnego).

nie koncentruje się na relacji pomiędzy orzeczeniami zatwierdzającymi i klauzulą porządku publicznego jako podstawą odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia.

2. System uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń sądowych

Tradycyjnie uznanie oraz wykonanie orzeczenia wydanego przez sąd innego państwa wymagało przeprowadzenia specjalnego postępowania, zmierzającego do ustalenia czy spełnione są pozytywne przesłanki uznania lub wykonania (zwłaszcza formalne) oraz czy nie zachodzą negatywne podstawy odmowy uznania lub wykonania (w tym sprzeczność z porządkiem publicznym). Postępowanie tego typu określa się w Polsce z reguły mianem delibacyjnego⁶. W odniesieniu do stwierdzenia wykonalności (orzeczeń, które podlegają wykonaniu) w literaturze światowej używano najczęściej określenia *exequatur*⁷. Obecnie, uznawanie i stwierdzanie wykonalności zagranicznych orzeczeń odbywa się najczęściej w oparciu o przepisy prawa unijnego. Przepisy te stosuje się bowiem w odniesieniu do orzeczeń pochodzących z państw członkowskich UE, a to z takimi mają najczęściej do czynienia polskie sądy. Wprawdzie znajdują one zastosowanie pod warunkiem, że chodzi o orzeczenia objęte ich przedmiotowym zakresem zastosowania, ale współcześnie sieć tych regulacji jest na tyle gęsta, że obejmuje większość spraw o charakterze cywilnym

⁶ M.P. Wójcik, w: *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*. Red. A. Jakubecki. LEX el. 2016, kom. do art. 1146, pkt 1; P. Rylski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom 5: *Artykuły 1096-1217*. Red. H. Dolecki, T. Wiśniewski. Warszawa 2013, kom. do art. 1146, pkt 1; M. Tomaszewski: *Glosa do postanowienia SN z dnia 6 listopada 2009 r., I CSK 159/09*. „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2010, nr 10, poz. 97, s. 690; A. Proksa: *Glosa do postanowienia SN z dnia 16 października 1987 r., I CR 230/87*. „Państwo i Prawo” 1990, z. 3, s. 106; K. Piasecki: *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 października 1997 r., III CZP 50/97*. „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 1998, nr 7-8, poz. 141.

⁷ Zob. np.: G. Cuniberti, I. Rueda: *Abolition of Exequatur*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2011, H. 2, s. 287; G. Cuniberti: *Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux*. „Revue Critique de Droit International Privé” 2014, no. 2, s. 303 i nast.; L. Timmer: *Abolition of Exequatur Under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?* „Journal of Private International Law” 2013, vol. 9, nr 1; P. Beaumont, E. Johnston: *Can Exequatur Be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?* „Journal of Private International Law” 2010, vol. 6, s. 254.

i handlowym⁸. Podstawowe znaczenie ma tu oczywiście rozporządzenie Bruksela I bis i to ono będzie zasadniczym punktem odniesienia dla rozważań tu prowadzonych.

W Unii Europejskiej, w ramach rozwijania współpracy sądowej w sprawach cywilnych (zob. art. 81 TFUE) i postępującej europeizacji międzynarodowego postępowania cywilnego⁹, od lat toczy się proces ułatwiania uznawania i wykonywania orzeczeń pochodzących z innych państw członkowskich. Odbywa się to przez stopniową redukcję istniejących przeszkód, w tym upraszczanie procedur sądowych wymaganych dla rozciągnięcia skutków orzeczeń z innych państw na terytorium innego państwa członkowskiego. W konwencji brukselskiej z 1968 r.¹⁰ i rozporządzeniu Bruksela I z 2000 r. dla stwierdzenia wykonalności orzeczenia wymagane było przeprowadzenie specjalnego postępowania delibacyjnego (uzyskanie *exequatur*). Rozciągnięcie skutków orzeczenia

⁸ Poza wspomnianym już rozporządzeniem Bruksela I bis chodzi o: rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000; rozporządzenie Rady (WE) nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych. Dz.Urz. UE L 7 z 10.01.2009, s. 1 [dalej: rozporządzenie alimentacyjne]; rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Dz.Urz. UE L 201 z 27.07.2012, s. 107 [dalej: rozporządzenie spadkowe] oraz nieobowiązujące w Polsce: rozporządzenie Rady (UE) 2016/1103 z dnia 24 czerwca 2016 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych. Dz.Urz. UE L 183 z 8.07.2016, s. 1 [dalej: rozporządzenie dotyczące małżeńskich ustrojów majątkowych] oraz rozporządzenie Rady (UE) 2016/1104 z dnia 24 czerwca 2016 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich. Dz.Urz. UE L 183 z 8.07.2016, s. 30 [dalej: rozporządzenie dotyczące skutków majątkowych związków partnerskich].

⁹ Zob. np. K. Weitz: *Konwencja z Lugano — wykonalność zagranicznych orzeczeń przed sądami polskimi*. Warszawa 2002, s. 27 i nast.; K. Piasecki: *Kodeks postępowania cywilnego*. Tom 4: *Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego*. Warszawa 2013, s. 1.

¹⁰ Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisana w Brukseli dnia 27 września 1968 r., wersja skonsolidowana opubl. w Dz.Urz. UE C 27 z 26.01.1998, s. 1. Na temat historii powstawania, zmian i zasad rządzących uznawaniem i stwierdzeniem wykonalności orzeczeń na tle konwencji brukselskiej zob. np. obszerne opracowanie: R. Reuland: *The Recognition of Judgments in the European Community: The Twenty-Fifth Anniversary of the Brussels Convention*. „Michigan Journal of International Law” 1993, vol. 14, s. 559.

z innego państwa członkowskiego UE (uznanie orzeczenia) następowało natomiast *ex lege* (automatycznie) bez potrzeby przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania (tzw. model uznania *de plano*¹¹). W nowym rozporządzeniu Bruksela I bis przyjętym w 2012 r. — choć przy sprzeczności części doktryny¹² — zrezygnowano¹³ jednak z wymogu uzyskania *exequatur*. W obecnym zatem stanie prawnym nie tylko uznanie ale również stwierdzenie wykonalności orzeczeń z innych państw członkowskich UE następuje automatycznie (*ex lege*) bez potrzeby przeprowadzania jakiegokolwiek szczególnego postępowania w państwie wykonania orzeczenia (art. 39 rozporządzenia Bruksela I bis). Wierzyciel może zatem kierować orzeczenie pochodzące z innego państwa członkowskiego bezpośrednio do egzekucji zgodnie z przepisami państwa, w którym ma ona nastąpić.

W przypadku orzeczeń sądów spoza państw członkowskich UE oraz EFTA¹⁴ (lub niemieszczących się w przedmiotowym zakresie żadnych z rozporządzeń unijnych) zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (art. 1145—1153 k.p.c.)¹⁵. Na skutek reformy postępowania cywilnego z 2008 r.¹⁶, w dużej mierze są one wzorowane na mo-

¹¹ Zob. P. Grzegorzeczyk: *Stosowanie rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawach dotyczących uznawania i wykonywania orzeczeń sądów obcych na tle polskiej praktyki sądowej*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 10, s. 19; K. Weitz: *Konwencja...*, s. 36 i nast.

¹² Tak np. L. Timmer: *Abolition of Exequatur...*, s. 147; G. Cuniberti: *The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance and Efficiency*. „International & Comparative Law Quarterly” 2008, vol. 57, s. 50; G. Cuniberti, I. Rueda: *Abolition...*, s. 302 i nast.; H. Schack: *The Misguided Abolition of Exequatur Proceedings in the European Union*. In: „Aurea Praxis Aurea Theoria”. *Księga pamiątkowa ku czci profesora Tadeusza Erecińskiego*. Tom 1. Red. K. Weitz, J. Gudowski. Warszawa 2011, s. 1358.

¹³ Komisja Europejska zapowiedziała działania zmierzające do likwidacji procedury *exequatur* już w Komunikacie z 1997 r. (COM(1997) 609, *final*), deklarując następnie zamiar kontynuowania tego procesu w 2009 r. w Programie sztokholmskim *Otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli* (Dz.Urz. UE C 115 z 4.05.2010, s. 1). Zob. także B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser: *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, 2007 („Heidelberg Report”), s. 241.

¹⁴ W odniesieniu do orzeczeń pochodzących z państw EFTA zastosowanie znajduje Konwencja o jurysdykcji i uznawaniu oraz wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych, podpisana w Lugano w dniu 30 października 2007 r. Dz.Urz. UE L 147 z 10.06.2009, s. 5.

¹⁵ Na temat art. 1145-1153 k.p.c. zob. szerzej m.in.: T. Ereciński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom 6: *Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*. Red. T. Ereciński. Warszawa 2017, kom. do art. 1146—1153; M.P. Wójcik, w: *Komentarz...* Red. A. Jakubecki, kom. do art. 1146—1153; P. Rylski, w: *Komentarz...* Red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, kom. do art. 1146—1153.

¹⁶ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1571 (ustawa weszła w życie 1 lipca 2009 r.).

delu znanym z rozporządzenia Bruksela I. Uznanie orzeczeń następuje zatem z mocy prawa (art. 1145 k.p.c.), natomiast stwierdzenie wykonalności orzeczeń nadających się do wykonania w drodze egzekucji następuje przez nadanie orzeczeniu sądu państwa obcego klauzuli wykonalności w postępowaniu wszczynanym na wniosek wierzyciela (art. 1151 § 1 k.p.c.).

3. Klauzula porządku publicznego jako przesłanka odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznych orzeczeń

Klauzula porządku publicznego stanowi jedną z przesłanek odmowy uznania i stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia¹⁷. Taka odmowa może nastąpić jeżeli uznanie lub wykonanie prowadziłyby do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego państwa, w którym wierzyciel o to występuje (lub korzysta ze skutków orzeczenia podlegającego uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności *ex lege*).

Klauzula zachowuje swą rolę zarówno na tle przepisów kodeksu postępowania cywilnego (względem orzeczeń pochodzących spoza UE), jak i na tle unijnych przepisów dotyczących uznawania i wykonywania orzeczeń, w szczególności na tle rozporządzenia Bruksela I bis (względem orzeczeń z państw członkowskich UE).

Uznawanie i wykonywanie orzeczeń pochodzących spoza Unii Europejskiej podlega przepisom Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c., podstawą dla odmowy uznania lub stwierdze-

¹⁷ Szerzej na temat klauzuli porządku publicznego jako przesłanki odmowy uznania lub wykonania zagranicznego orzeczenia w literaturze polskiej zob. np. M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018, s. 78 i nast.; Ł. Goździaszek, w: *Jurisdykcja, uznawanie orzeczeń sądowych oraz ich wykonywanie w sprawach cywilnych i handlowych. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012. Komentarz*. Red. J. Gołaczyński. Warszawa 2015, kom. do art. 45; M.P. Wójcik, w: *Komentarz...* Red. A. Jakubecki, kom. do art. 1146; P. Rylski, w: *Komentarz...* Red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, kom. do art. 1146; T. Ereciński, w: *Komentarz...* Red. T. Ereciński, kom. do art. 1146; A. Włosińska: *Odmowa uznania zagranicznego orzeczenia sądowego w świetle postanowień konwencji lugańskiej*. Kraków 2002, s. 201 i nast.; K. Zawada: *Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym postępowaniu cywilnym*. „Nowe Prawo” 1979, nr 5, s. 74 i nast.

nia wykonalności takiego orzeczenia jest sprzeczność z „podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁸. O potrzebie ingerencji za pomocą klauzuli porządku publicznego orzeka sąd w odrębnym postępowaniu. Wniosek może złożyć każdy kto ma interes prawny w ustaleniu, że orzeczenie sądu państwa obcego podlega albo nie podlega uznaniu (art. 1148 k.p.c.). Wniosek o stwierdzenie wykonalności (w przypadku wyroków nadających się do egzekucji) składa zainteresowany wierzyciel (art. 1151 k.p.c.). W postępowaniu tym, sąd bada m.in. czy zagraniczne orzeczenie nie jest sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP (art. 1150 zd. 2 k.p.c.).

Uznawanie i wykonywanie orzeczeń wydawanych przez sądy innych państw członkowskich co do zasady podlega regulacjom prawa unijnego¹⁹. Pomimo przyjęcia w wielu unijnych rozporządzeniach zasady automatycznego uznania i stwierdzenia wykonalności nie nastąpiło wyłączenie znanych wcześniej podstaw odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności. W nowym rozporządzeniu Bruksela I bis pozostały one bez zmian (art. 45 rozporządzenia) w stosunku do poprzednio obowiązującego rozporządzenia Bruksela I. Mimo pojawiających się w tym przedmiocie propozycji Komisji Europejskiej²⁰, nie zdecydowano się jak na razie na rezygnację z klauzuli porządku publicznego w ramach brukselskiego reżimu uznawania i wykonywania orzeczeń. W rozporządzeniu Bruksela I bis pozostawiono zatem możliwość powoływania się na sprzeczność orzeczenia z podstawowymi zasadami prawa materialnego państwa, w którym orzeczenie zostało skierowane do uznania lub wykonania (materialna klauzula porządku publicznego), jak i na naruszenia gwarancji prawa do rzetelnego procesu (procesowa klauzula porządku publicznego).

¹⁸ Zob. także art. 1150 k.p.c., w którym przenosi się podstawy odmowy uznania wskazane w art. 1146 § 1 i § 2 (a zatem również klauzulę porządku publicznego) na grunt stwierdzenia wykonalności orzeczeń sądów państw obcych.

¹⁹ Jeżeli orzeczenie mieści się w przedmiotowym zakresie zastosowania regulacji unijnych.

²⁰ Zob. art. 45–46 projektu nowego rozporządzenia Bruksela I przedstawionego przez Komisję Europejską w grudniu 2010 r.: COM(2010) 748, która proponowała zastąpienie ogólnej klauzuli porządku publicznego węższym ujęciem, nawiązującym do sprzeczności z podstawowymi zasadami leżącymi u podstaw prawa do rzetelnego procesu. Por. P. Beaumont, L. Walker: *Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast, and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project*. “Journal of Private International Law” 2015, vol. 11, nr 1, s. 33. Co ciekawe, Komisja już w 1997 r. proponowała rezygnację z klauzuli porządku publicznego. Zob. A. Staudinger: *The Public Policy Proviso in European Civil Procedural Law*. “European Law Forum” 2004, nr 5, s. 274.

Utrzymanie klauzuli porządku publicznego spotkało się z aprobatą większości doktryny²¹. Rezygnacji z niej w unijnym systemie wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń sprzeciwiała się także większość państw członkowskich UE²².

Przyjmuje się, że klauzula porządku publicznego stanowi ostateczny środek interwencji przeciwko obcemu orzeczeniu (*ultima ratio*)²³. Znajduje ona zastosowanie tylko w szczególnych wypadkach.

Na tle rozporządzenia Bruksela I bis, kontrola zagranicznego orzeczenia pod kątem jego zgodności z porządkiem publicznym odbywa się w odrębnym postępowaniu, którego przedmiotem jest ocena uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia (zob. art. 36 ust. 2, art. 45 i 46) albo w ramach postępowania dotyczącego innego przedmiotu, gdy odmowa uznania orzeczenia obcego sądu pojawi się jako kwestia wstępna, od której zależy rozstrzygnięcie sprawy głównej (art. 36 ust. 3)²⁴. Odrębne postępowanie może zostać wszczęte na wniosek dłużnika, tj. osoby zainteresowanej odmową uznania orzeczenia (art. 45 ust. 1) lub osoby, przeciwko której wystąpiono o wykonanie orzeczenia (art. 46), tudzież

²¹ Zob. J. Fitchen, in: *The Brussels I Regulation Recast*. Eds. A. Dickinson, E. Lein. Oxford 2015, pkt 13.269 i nast.; J. Oster: *Public Policy and Human Rights*. "Journal of Private International Law" 2015, vol. 11, nr 3, s. 545; L. Timmer: *Abolition of Exequatur...*, s. 131; M. Weller: *Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law*. "Journal of Private International Law" 2015, vol. 11, no. 1, s. 83. Tak też na etapie dyskusji dotyczącej nowej wersji rozporządzenia Bruksela I np. H. Schack: *The Misguided...*, s. 1345 i nast. W toku dyskusji poprzedzającej przyjęcie przekształconej wersji rozporządzenia Bruksela I, postulowano jednak niekiedy likwidację klauzuli porządku publicznego jako podstawy odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia z innego państwa członkowskiego. W polskiej literaturze zob. np. P. Marcisz: *Uznawanie orzeczeń w Unii Europejskiej. Między tożsamością prawną państwa a otwarciem na obrót międzynarodowy*. W: *Prawo w dobie globalizacji*. Red. T. Giaro. Warszawa 2011, s. 126—132 (który wskazuje, że utrzymywanie klauzuli narusza istotę zobowiązania traktatowego państw członkowskich). Por. również literaturę zagraniczną cytowaną przez P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within the European Union: „Double Exequatur” and the Public Policy Barrier*. In: *Resolving International Conflicts: Liber Amicorum Tibor Várady*. Eds. P. Hay, L. Vékás, Y. Elkana, N. Dimitrijevic. Budapest 2009, s. 62.

²² Zob. J. Fitchen, in: *Brussels I...* Eds. A. Dickinson, E. Lein, pkt 13.272.

²³ Tak np. P. Grzegorzcyk: *Stosowanie...*, s. 22; Ł. Goździaszek, w: *Komentarz...* Red. J. Gołaczyński, s. 213. W literaturze zagranicznej tak np. A. Staudinger: *The Public Policy...*, s. 273.

²⁴ Por. H. Schack: *The Misguided...*, s. 1345; P. Franzina, in: *Brussels I...* Eds. A. Dickinson, E. Lein, 2015, pkt. 13.02—13.93; P. Wautelet, in: *Brussels I Regulation*. Eds. U. Magnus, P. Mankowski. Ed. 2. München 2012, s. 640—644.

na wniosek wierzyciela, tj. osoby zainteresowanej stwierdzeniem, że nie zachodzą podstawy do odmowy uznania orzeczenia (art. 36 ust. 2)²⁵.

Klauzula porządku publicznego została również zachowana w innych rozporządzeniach unijnych poświęconych jurysdykcji sądów w sprawach cywilnych oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń²⁶. Zrezygnowano natomiast z klauzuli jako podstawy odmowy uznania i wykonania orzeczenia w rozporządzeniach poświęconych szczególnego rodzaju postępowaniom ustanowionym w celu przyspieszenia obrotu i wykonywania niektórych rodzajów rozstrzygnięć²⁷.

4. Zagadnienie równoległego uprawnienia orzeczeń zatwierdzających w obcych porządkach prawnych

Zagadnienie dopuszczalności uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczeń zatwierdzających jest przedmiotem dyskusji i kontrowersji. Z uwagi na odmienne zasady prawa procesowego, zagadnienie jest nieco inaczej traktowane w państwach kontynentalnej i anglosaskiej kultury prawnej.

W kontynentalnej doktrynie międzynarodowego postępowania cywilnego od dawna dominuje przekonanie, że orzeczenia zatwierdzające nie

²⁵ Postępowanie z wniosku wierzyciela określa się czasem mianem „uprzedniego pówództwa o ustalenie” (*pre-emptive declaration*). Na tle rozporządzenia Bruksela I bis środek tego typu nie dotyczy stwierdzenia wykonalności. Tak J. Fitchen, in: *Brussels I...* Eds. A. Dickinson, E. Lein, pkt 13.258. Na podstawie art. 36 ust. 2 wierzyciel może natomiast dochodzić stwierdzenia, że orzeczenie obcego sądu podlega uznaniu.

²⁶ Zob. art. 40 lit. a rozporządzenia spadkowego; art. 24 lit. a rozporządzenia alimentacyjnego; art. 22 lit. a rozporządzenia Bruksela II bis. Zob. również art. 33 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego I Rady (UE) 2015/848 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (wersja przekształcona). Dz.Urz. UE L 141 z 5.06.2015, s. 19 (jako podstawa odmowy uznania postępowania upadłościowego wszczętego w innym państwie członkowskim). Por. także art. 37 lit. a rozporządzenia dotyczącego majątkowych ustrojów małżeńskich oraz art. 37 lit. rozporządzenia dotyczącego skutków majątkowych związków partnerskich (te ostatnie nie obowiązują w Polsce).

²⁷ Tj. w rozporządzeniu nr 805/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia europejskiego tytułu egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych, rozporządzeniu nr 1896/2006 z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty oraz rozporządzeniu nr 861/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiającego europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń.

podlegają uznaniu ani stwierdzeniu wykonalności w innym państwie, zgodnie z maksymą *exequatur sur exequatur ne vaut*²⁸. Przedmiotem orzeczenia zatwierdzającego jest bowiem jedynie uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku na terytorium określonego państwa²⁹. Nakierowane jest ono wyłącznie na wywołanie skutków na terenie państwa, którego sąd orzeka o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności. Innymi słowy, skutki orzeczenia, którego przedmiotem jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku są wyłącznie lokalne³⁰. Jest to szczególnie wyraźne w przypadku orzeczeń podlegających wykonaniu. Wykonanie implikuje wszakże wykorzystanie państwowego aparatu przymusu. *Exequatur* stanowi zezwolenie na wykorzystanie tego aparatu przez organy danego państwa (egzekucję przeciwko dłużnikowi z użyciem siły). Skutki tego typu wiążą się z kontrolą sprawowaną przez sądy danego państwa w odniesieniu do korzystania ze środków przymusu na jego terytorium. Są w rezultacie ściśle powiązane z terytorium danego państwa. W mojej ocenie, również jednak orzeczenie stwierdzające uznanie zagranicznego wyroku ma skutek ograniczony wyłącznie do własnego terytorium państwa sądu delibacyjnego. Skutki takiego orzeczenia nie mogą być rozszerzane na obszar innych państw³¹, ponieważ nie można przyznawać orzeczeniu szerszych skutków niż ono samo wyraża³². Istotą zaś orzeczenia uznającego zagraniczny wyrok jest stwierdzenie, że nadaje się on do uznania na terytorium danego państwa, gdyż nie zach-

²⁸ Pogląd ten uzasadnił w szczególności G. Kegel: *Exequatur sur exequatur ne vaut*. In: *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*. Eds. A. Dieckmann, R. Frank, H. Harnisch, S. Simitis. Baden-Baden 1986, s. 377 i to na jego pracę powołują się z reguły autorzy sprzeciwiający się uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń zatwierdzających. Zob. T. Einhorn: *The Recognition...*, s. 57; P. Wautelet, in: *Brussels I Regulation*. Eds. P. Mankowski, U. Magnus. Eds. 1. München 2007, s. 545; P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within...*, s. 146. Autorstwo samej formuły *exequatur sur exequatur ne vaut* przypisuje się jednak francuskiemu sędziemu Gavalda (orz. Tribunal civil de la Seine, 6.12.1934. "Journal du Droit International" 1935, s. 113). Zob. B. Ułanecki: *Exequatur sur exequatur vaut dans l'ordre international européen?*, <http://ileurope.blogspot.com/2009/12/exequatur-sur-exequatur-vaut-dans.html> [Data dostępu: 20.07.2018 r.]. W orzecznictwie państw kontynentalnych możliwość uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia zatwierdzającego zanegował np. Tribunal de Grande Instance de Paris w orz. z 30.10.1968. "Journal du Droit International" 1970, s. 941.

²⁹ T. Einhorn: *The Recognition...*, s. 56; B. Ułanecki: *Exequatur...* W polskiej literaturze tak: K. Weitz: *Konwencja...*, s. 83; A. Włosińska: *Odmowa...*, s. 116.

³⁰ K. Kerameus: *Enforcement in the international context*. "Recueil des cours" 1997, vol. 264, s. 473.

³¹ Zob. opinię Rzecznika Generalnego Lenza z 16.09.1993 w sprawie C-129/92 *Owens Bank Ltd v Fulvio Bracco and Bracco Industria Chimica SpA*, pkt 21.

³² Tak P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment under Brussels I*, <http://conflictflaws.net>, 8.09.2008 [Data dostępu: 24.07.2018 r.], który podnosi: *It seems axiomatic not to give a judgment greater force than it itself claims*.

dzą negatywne ku temu przesłanki (np. że nie narusza on podstawowych zasad porządku prawnego tego państwa).

Konsekwencją braku równoległego uprawniania orzeczeń zatwierdzających jest, że wierzyciel, który uzyskał korzystny dla siebie wyrok w państwie pochodzenia musi dochodzić uznania lub stwierdzenia wykonalności tego wyroku w każdym kolejnym państwie osobno. Uznanie lub stwierdzenie wykonalności odbywa się zawsze w odniesieniu do pierwotnego orzeczenia merytorycznego³³.

W państwach *common law* przyjmuje się odmienne założenia procesowe, co ma wpływ także na sposób traktowania omawianego zagadnienia. Mianowicie, tradycja procesowa tych krajów zakłada, że zagraniczne orzeczenie stanowi jedynie roszczenie, które może być wykonane po uzyskaniu orzeczenia w stosownym postępowaniu (tzw. *actio iudicati*). W rezultacie powstaje orzeczenie jak każde inne³⁴. Skoro orzeczenie to rozstrzyga w przedmiocie roszczenia, to przynajmniej teoretycznie mogłoby być następnie przedmiotem uznania lub stwierdzenia wykonalności w innych państwie³⁵.

Pomimo to, kwestię ewentualnego równoległego uprawniania orzeczeń zatwierdzających rozwiązuje się w Anglii podobnie jak na kontynencie. Przyjmuje się mianowicie, że sąd rozstrzygający o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności powinien zbadać pierwotne merytoryczne orzeczenie sądu państwa jego pochodzenia. Nie może on jedynie oprzeć się na orzeczeniu zatwierdzającym wydanym w państwie, w którym pierwotne orzeczenie już zostało uznane (lub jego wykonalność została tam stwierdzona)³⁶.

Kwestię równoległego uprawniania rozstrzyga się natomiast odmiennie w USA. Wprawdzie amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Baker v. General Motors Corp.* wyraził przekonanie, zgodnie z którym „instrumenty wykonawcze nie podróżują” („*enforcement measures do not travel*”)³⁷, tj. wywołują skutki jedynie w państwie wykonania, jednakże stwierdzenie to dotyczyło przede wszystkim procesowych reguł (metod), na podstawie których odbywa się wykonanie orzeczenia, a nie oceny przesłanek uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia spoza USA (takich jak

³³ K. Kerameus: *Enforcement...*, s. 473.

³⁴ B. Ulanecki: *Exequatur...*, z powołaniem na Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*. London 2006, s. 570.

³⁵ Zob. E. Scoles, P. Hay, P. Borchers, S. Symeonides: *Conflict of Laws*. 4 Ed. Thomson West 2004, § 24.3 i nast.

³⁶ T. Einhorn: *The Recognition...*, s. 57.

³⁷ Zob. orzeczenia amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawach *Baker v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222 (1998) oraz *McElmoyle ex rel. Bailey v. Cohen*, 13 Pet. 312, 325 (1839).

klauzula porządku publicznego). Orzeczenie zatwierdzające wyrok sądu państwa trzeciego wydane w jednym stanie korzysta z klauzuli Full Faith and Credit na terenie całych Stanów Zjednoczonych. Uznanie zatem orzeczenia spoza USA w jednym stanie umożliwia jego uznanie i wykonanie w innych stanach bez ponownego badania przesłanek uznania³⁸. Kwestie te objęte są powagą rzeczy osądzonej. Wyjątek stanowi jednak ocena pod kątem zgodności z lokalnym porządkiem publicznym stanu docelowego, która nie jest objęta powagą rzeczy osądzonej (*res iudicata*)³⁹. Sąd stanu docelowego może zatem badać czy uznanie orzeczenia sądu państwa trzeciego nie jest sprzeczne z jego własnym porządkiem publicznym, nawet jeżeli tego typu badanie odbyło się już w stanie pośrednim (choć pod kątem zgodności z porządkiem publicznym tamtego stanu).

W Polsce, w kwestii koncepcji równoległego uprawnienia miał okazję wypowiedzieć się już Sąd Najwyższy, choć w kontekście wniosku o uznanie orzeczenia zagranicznego sądu oddalającego skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego. Chodziło zatem o uznanie orzeczenia sądu powszechnego wypowiadającego się na temat braku podstaw do uchylenia wyroku sądu polubownego (a nie wyroku sądu powszechnego)⁴⁰. Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że orzeczenie tego typu w ogóle nie podlega uznaniu na podstawie art. 1145 § 1 k.p.c., ponieważ nie ma tzw. zdatności uznaniowej. Zdaniem SN nie ma podstaw aby poprzez takie uznanie ograniczać swobodę sądu decydującego w uznaniu wyroku arbitrażowego wydanego za granicą (tj. sądu delibacyjnego do którego wnioskodawca może zwrócić się o uznanie w Polsce bezpośrednio wyroku arbitrażowego). Sąd Najwyższy odmówił zatem orzeczeniu zagranicznego sądu oddalającego skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego równoległego

³⁸ S.I. Strong: *Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in US Courts: Problems and Possibilities*. "Review of Litigation" 2014, vol. 33, s. 78; P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within...*, s. 158.

³⁹ P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within...*, s. 159.

⁴⁰ Ściślej chodziło o rozstrzygnięcie zagranicznego sądu stwierdzające, że skarga o uchylenie orzeczenia sądu arbitrażowego podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji procesowej skarżącego (ponieważ zdaniem zagranicznego sądu nie był on związany wyrokiem arbitrażowym). Trudno tu zatem mówić o orzeczeniu zatwierdzającym wyrok sądu arbitrażowego. Wnioskodawca (skarżący) chciał jednak uznania w Polsce tego rozstrzygnięcia, ponieważ zmierzał do przeniesienia do Polski wniosku, że nie jest związany wyrokiem arbitrażowym. Sąd Najwyższy odmówił mu takiej możliwości, przyjmując, że rozstrzygnięcie zagranicznego sądu oddalające skargę o uchylenie wyroku arbitrażowego nie podlega w Polsce uznaniu. Zob. szerzej M. Zachariasiewicz: *Glosa do orz. SN z 6 listopada 2009 r. W: Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunku postulowanych zmian*. Red. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz. Wrocław 2014, s. 446 i nast.

uprawnienia, z którego można byłoby korzystać w Polsce. Rozstrzygnięcie to słusznie spotkało się z aprobatą w doktrynie⁴¹.

Wydaje się, że przypadek orzeczenia zatwierdzającego wyrok sądu powszechnego państwa trzeciego (tudzież odmawiający takiego zatwierdzenia) należy traktować analogicznie. Rozstrzygnięcie tego typu również nie powinno podlegać uznaniu na podstawie art. 1145 k.p.c.

5. Równoległe uprawnienie orzeczeń zatwierdzających na tle unijnego reżimu uznawania i wykonywania orzeczeń

Uznanie i wykonanie orzeczeń wydanych przez sądy państw członkowskich podlega co do zasady przepisom prawa unijnego. Należy rozważyć, jak przedstawia się kwestia ewentualnego równoległego uprawnienia orzeczeń zatwierdzających w kontekście unijnego reżimu swobodnego przepływu orzeczeń. Innymi słowy, musimy się zastanowić czy orzeczenia zatwierdzające wydane przez sądy państw członkowskich mogą być przedmiotem uznania lub stwierdzenia wykonalności w innych państwach członkowskich.

Na początek warto przypomnieć, że możemy mieć tu do czynienia z dwoma rodzajami przypadków. Po pierwsze, chodzi o sytuacje, w których pierwotny wyrok wydany został na terenie państwa trzeciego, spoza UE (np. w USA) i następnie został uznany lub stwierdzono jego wykonalność w państwie członkowskim (np. we Francji). Po drugie, możemy mieć także do czynienia z przypadkami, w których wyrok wydany przez sąd państwa członkowskiego (np. w Belgii) został uznany lub stwierdzono jego wykonalność w innym państwie członkowskim (np. we Francji). W obydwu przypadkach orzeczenie zatwierdzające (stwierdzające uznanie lub wykonalność) pochodzi od sądu państwa członkowskiego. Powstaje pytanie, czy takie orzeczenie podlega uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności w innych państwach Unii na podstawie reżimu ustanowionego prawem UE, co implikowałoby m.in., że korzysta ono ze swobodnego przepływu orzeczeń.

⁴¹ M. Tomaszewski: *Glosa...*, s. 689; M. Zachariasiewicz: *Glosa...*, s. 446 i nast. Przeciwno możliwości stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia, którego przedmiotem jest nadanie *exequatur* wyrokowi arbitrażowemu, opowiedział się również Ł. Błaszczak: *Wyrok...*, s. 438.

W doktrynie dominowało jak dotąd stanowisko, zgodnie z którym również na tle unijnego reżimu uznawania i wykonywania orzeczeń (w tym zwłaszcza w sprawach cywilnych i handlowych) nie podlega uznaniu i stwierdzeniu wykonalności orzeczenie zatwierdzające, tj. takie którego przedmiotem jest jedynie uznanie lub stwierdzenie wykonalności merytorycznego wyroku sądu innego państwa⁴². Dotyczy to zarówno przypadków, w których chodzi o orzeczenie zatwierdzające wyrok pochodzący z innego państwa członkowskiego, jak i wyrok wydany przez sąd spoza Unii Europejskiej⁴³.

Zagadnienie dopuszczalności uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczeń zatwierdzających wiąże się z definicją „orzeczenia” na tle unijnego reżimu uznawania i wykonywania. Zgodnie z art. 2 lit. a rozporządzenia Bruksela I bis: „orzeczenie oznacza każde orzeczenie wydane przez sąd państwa członkowskiego — niezależnie od tego, jak zostanie określone — w tym wyrok, postanowienie, nakaz, nakaz egzekucyjny oraz postanowienie w przedmiocie ustalenia kosztów postępowania wydane przez urzędnika sądowego”⁴⁴. Definicja ta jest stosunkowo szeroka i obejmuje co do zasady wszystkie merytoryczne rozstrzygnięcia sądów państw członkowskich⁴⁵. Przyjmuje się jednak, że definicja ta nie obejmuje orzeczeń, których przedmiotem jest jedynie uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku pochodzącego z innego państwa⁴⁶. Orzeczenia

⁴² W polskiej literaturze tak A. Włosińska: *Odmowa...*, s. 116.

⁴³ Zob. opinię Rzecznika Generalnego Lenza z 16.09.1993 r. w sprawie *C-129/92 Owens Bank Ltd v Fulvio Bracco and Bracco Industria Chimica SpA*, pkt. 20—22, 80; P. Wautelet, in: *Brussels I ...* (ed. 1). Eds. P. Mankowski, U. Magnus, s. 545; P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within ...*, s. 146.

⁴⁴ Por. nieomalże identyczne brzmienie art. 32 starego rozporządzenia Bruksela I, art. 25 konwencji brukselskiej z 1968 r.

⁴⁵ Na marginesie można zauważyć, że unijny nakaz uznawania i stwierdzania wykonalności orzeczeń pochodzących z innych państw członkowskich UE obejmuje negatywne rozstrzygnięcia w przedmiocie jurysdykcji krajowej. Orzeczeniem w rozumieniu przepisów rozporządzenia Bruksela I bis, a więc takim, które podlega uznaniu na podstawie unijnych przepisów, jest zatem także takie, w którym sąd innego państwa członkowskiego odrzucił pozew z uwagi na brak jurysdykcji krajowej w sprawie. Dotyczy to również przypadków, w których sąd państwa członkowskiego uznaje się za niewłaściwy do rozpoznania sprawy ze względu na istnienie klauzuli jurysdykcyjnej. W konsekwencji sąd, do którego zwrócono się o uznanie orzeczenia jurysdykcyjnego, w którym sąd innego państwa członkowskiego uznał się za niewłaściwy do rozpoznania sprawy ze względu na istnienie klauzuli jurysdykcyjnej, jest związany ustaleniem w przedmiocie ważności tej klauzuli. Zob. wyrok TSUE z 15.11.2012 r. w sprawie *C-456/11 Gothaer Allgemeine Versicherung AG i in. v. Samskip GmbH*. ECLI:EU:C:2012:719.

⁴⁶ Tak na tle starego rozporządzenia Bruksela I: P. Wautelet, in: *Brussels I...* (ed. 1). Eds. P. Mankowski, U. Magnus, s. 545; T. Einhorn: *The Recognition...*, s. 57; na tle konwencji brukselskiej z 1968 r.: A. Włosińska: *Odmowa...*, s. 116.

tego typu nie korzystają zatem z unijnego nakazu wzajemnego uznawania orzeczeń pomiędzy państwami członkowskimi.

Wśród argumentów przemawiających za odrzuceniem możliwości uznawania (stwierdzania wykonalności) orzeczeń zatwierdzających wymieniano podobne do wysuwanych za zasadą *exequatur sur exequatur ne vaut* w ogóle. Przede wszystkim wskazywano, że decyzja sądu danego państwa o uznaniu na jego terytorium określonego wyroku, bądź też o stwierdzeniu jego wykonalności, ma ściśle lokalny, terytorialny charakter⁴⁷. Ponadto, podnoszono, że wierzyciel nie ma interesu prawnego w dochodzeniu uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczenia zatwierdzającego, ponieważ może dochodzić uznania lub stwierdzenia wykonalności pierwotnego wyroku⁴⁸. Wreszcie zauważano, że dopuszczenie możliwości uznania (stwierdzenia wykonalności) orzeczenia zatwierdzającego mogłoby prowadzić od obejścia podstawowych zasad porządku publicznego w państwie, w którym uznania lub wykonania się dochodzi, poprzez pośrednie wprowadzenie do tego porządku prawnego pierwotnego wyroku, który nie mógł stać się przedmiotem kontroli za pomocą klauzuli porządku publicznego (zob. szerzej niżej).

Współcześnie, na tle nowego rozporządzenia Bruksela I bis pojawiają się jednak dwa rodzaje okoliczności, które należy rozważyć przed udzieleniem ostatecznej odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność uznania lub stwierdzenia wykonalności orzeczeń zatwierdzających. W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że w świetle przepisów nowego rozporządzenia Bruksela I bis nie ma już konieczności uzyskiwania orzeczenia stwierdzającego wykonalność w państwie członkowskim (*exequatur*), w którym wierzyciel chce egzekwować korzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Zgodnie bowiem z art. 38 stwierdzenie wykonalności następuje „bez potrzeby stwierdzania jego wykonalności”, czyli automatycznie (*ex lege*). Ważny argument podnoszony przeciwko równoległemu uprawnieniu — oparty na ściśle terytorialnym, lokalnym charakterze *exequatur* — traci zatem na sile. *Exequatur* w ogóle przestaje być bowiem konieczne.

Powyższe oznacza, że w normalnym toku rzeczy brak jest jakiegokolwiek rozstrzygnięcia sądu państwa, w którym wierzyciel dochodzi wykonania, które mogłoby być przedmiotem dalszego stwierdzenia wykonal-

⁴⁷ Tak R.G. Lenz w Opinii w sprawie *Owens Bank*, pkt 21, którego zdaniem na tle konwencji brukselskiej z 1968 r. przesądzało o tym także samo brzmienie art. 31. Podobnie jak na tle art. 31 konwencji, brzmienie art. 38 rozporządzenia Bruksela I sugerowało lokalny charakter orzeczenia stwierdzającego wykonalność wyroku z innego państwa członkowskiego („Orzeczenia wydane w jednym Państwie Członkowskim [...] będą wykonywane w innym Państwie Członkowskim, jeżeli ich wykonalność w nim zostanie stwierdzona [podkr. M.Z.]”).

⁴⁸ A. Włosińska: *Odmowa...*, s. 117.

ności. Jedynie jeśli kwestia stwierdzenia wykonalności jest sporna (czy zachodzą przesłanki jego odmowy) to może zapaść rozstrzygnięcie przed sądem w państwie wykonania. Jak zaznaczono już wcześniej, odbywa się to w odrębnym postępowaniu. To właśnie rozstrzygnięcie określamy w tym miejscu tu jako orzeczenie zatwierdzające. W mojej ocenie także ono ma ściśle lokalny charakter i nie podlega stwierdzeniu wykonalności w innych państwach członkowskich.

Drugą kwestią, którą trzeba rozważyć, jest pojawiający się czasem argument, zgodnie z którym za uznawaniem lub stwierdzaniem wykonalności orzeczeń zatwierdzających na tle przepisów unijnych przemawia zasada swobodnego przepływu orzeczeń⁴⁹. Orzeczenia wydane przez sądy państw członkowskich korzystają bowiem w innych państwach członkowskich ze szczególnego nakazu wzajemnego uznawania. Na skutek rozwijania przez kilka dekad współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych, w tym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, nakaz ten jest niezwykle silny. Wyraża on określonego rodzaju lojalność w stosunku do państw będących członkami określonej wspólnoty, połączonej politycznymi, ekonomicznymi oraz kulturowymi więzami i ukonstytuowanej wokół wspólnych wartości podstawowych. Nakaz ten uzasadniony jest zaufaniem przejawianym w stosunku do wymiarów sprawiedliwości innych członków danej wspólnoty państw. Unijny nakaz wzajemnego uznawania jest w konsekwencji coraz częściej porównywany do amerykańskiej *Full Faith and Credit Clause* znajdującej zastosowanie do uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych pomiędzy poszczególnymi stanami USA⁵⁰. Można zatem podnosić, że państwa członkowskie powinny sobie ufać także w odniesieniu do omawianej kwestii, tj. że sąd delibacyjny innego państwa członkowskiego, który wydał orzeczenie zatwierdzające dokonał właściwej i wystarczającej kontroli wyroku pochodzącego z jeszcze innego państwa⁵¹. Można także argumentować, że wyrok z państwa trzeciego (spoza UE) przekształca się w ten sposób w orzeczenie unijne⁵².

W mojej ocenie, argumenty te nie są wystarczająco przekonujące aby zaakceptować równoległe uprawnienie orzeczeń zatwierdzających wydawanych przez sądy innych państw członkowskich. Także bowiem w unijnym obszarze prawnym sąd państwa docelowego uznania lub wykonania musi mieć zagwarantowaną możliwość badania czy pierwotny wyrok na-

⁴⁹ B. Ulanecki: *Exequatur...*; P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment under Brussels I?*

⁵⁰ Zob. M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 113 i nast. oraz literatura tam cytowana.

⁵¹ P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment under Brussels I?*

⁵² *Ibidem*.

daje się do uznania lub wykonania, a w szczególności, czy skutki tego uznania lub wykonania byłyby zgodne z podstawowymi zasadami jego porządku prawnego (klauzula porządku publicznego). Kwestia ta będzie przedmiotem szczegółowej analizy niżej.

Nieco na marginesie głównych rozważań, można zauważyć, że brak równoległego uprawnienia orzeczeń zatwierdzających nie oznacza, że nie jest możliwe wszczęcie postępowania o stwierdzenie wykonalności wyroku równocześnie w kilku państwach. Przeciwnie — wierzyciel może złożyć wniosek o uznanie lub stwierdzenie wykonalności korzystnego dla siebie wyroku w kilku państwach jednocześnie. Fakt złożenia już w określonym państwie wniosku nie stanowi przeszkody dla dochodzenia praw z wyroku równocześnie w innym państwie⁵³. Zasada przeciwdziałania równoległym postępowaniom (*lis pendens*) wyrażona w art. 29 rozporządzenia Bruksela I bis nie znajduje tu zastosowania⁵⁴. Wynika to właśnie z lokalnego charakteru orzeczenia stwierdzającego uznanie lub wykonalność wyroku w danym państwie. Skoro takie orzeczenie dotyczy wyłącznie jednego państwa (tylko na terenie jednego państwa wywołuje skutki prawne) to nie ma przeszkód aby w innych państwach równocześnie toczyły się postępowania, które będą miały analogiczny przedmiot (ale w stosunku do terytorium tych państw). Jest to inny przedmiot identycznych postępowania⁵⁵. Niedopuszczalność uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznych orzeczeń zatwierdzających określony wyrok harmonizuje zatem z dopuszczalnością równoległego toczenia się postępowań o uznanie lub stwierdzenie wykonalności tego wyroku w kilku państwach.

6. Klauzula porządku publicznego a uznanie lub stwierdzenie wykonalności orzeczeń zatwierdzających

Najważniejszym argumentem przemawiającym za odrzuceniem możliwości uznawania orzeczeń zatwierdzających jest — jak sygnalizowaliśmy już wcześniej — potrzeba zagwarantowania dla sądu państwa, w którym pierwotny wyrok zagranicznego sądu ma wywoływać skutki prawne (państwa docelowego), kompetencji do kontrolowania zgodności

⁵³ Tak, na tle konwencji lugańskiej z 1988, K. Weitz: *Konwencja...*, s. 82—83.

⁵⁴ K. Weitz: *Konwencja...*, s. 83 (na tle konwencji lugańskiej z 1988 r.).

⁵⁵ *Ibidem*.

tego wyroku z własnym porządkiem publicznym⁵⁶. Sąd państwa docelowego pozbawiony byłby zaś takiej kontroli, gdyby do uznania lub stwierdzenia wykonalności przedstawiano jedynie orzeczenie zatwierdzające wydane w państwie pośrednim. Dzieje się tak ponieważ przedmiotem kontroli sądu państwa docelowego mogłyby być jedynie okoliczności dotyczące orzeczenia zatwierdzającego i postępowania, które toczyło się przed tym sądem, ale już nie te, które dotyczą samego pierwotnego wyroku wydanego w państwie pochodzenia⁵⁷. Skoro zaś przesłanką odmowy uznania lub wykonania pozostaje (także na tle nowego rozporządzenia Bruksela I bis przeciwko rozstrzygnięciom z innych państw członkowskich) sprzeczność orzeczenia z podstawowymi zasadami porządku publicznego, to sąd państwa docelowego musi mieć możliwość oceny właściwego merytorycznego wyroku pod kątem zgodności z tymi zasadami, a nie jedynie orzeczenia zatwierdzającego.

Gdyby uznaniu lub wykonaniu podlegało także orzeczenie zatwierdzające to wierzyciel miałby możliwość polegać na tego typu orzeczeniu nie tylko w kraju, w którym zostało ono wydane ale także w innych państwach. Pojawiłoby się zatem ryzyko obejścia zasad porządku publicznego państwa docelowego, poprzez uprzednie uzyskanie *exequatur* w państwie pośrednim. Może się bowiem zdarzyć tak, że wyrok państwa X nie narusza porządku publicznego państwa A, gdzie w konsekwencji zostaje uznany i wykonany, ale narusza porządek publiczny państwa B. Stosując praktykę, którą określić można jako szczególną postać *forum shopping*, wierzyciel mógłby dokonywać próby swoistego „wyprania” orzeczenia w państwie A, gdzie jest ono do zaakceptowania i tym samym uniknąć kontroli w państwie B, z perspektywy którego jest ono sprzeczne z porządkiem publicznym⁵⁸.

Jak wspomniano już wyżej, nic w powyższym rozumowaniu nie zmienia system automatycznego uznawania i stwierdzania wykonalności przyjęty w rozporządzeniu Bruksela I bis. Tak długo jak w państwie A nie zostało wydane orzeczenie zatwierdzające (a nie ma takiej konieczności), sytuacja w państwie B jest analogiczna do sytuacji w państwie A, tj. wyrok z państwa X może podlegać uznaniu i stwierdzeniu wykonal-

⁵⁶ Podobnie P. Wautelet, in: *Brussels I...* (ed. 1). Eds. P. Mankowski, U. Magnus, s. 545; P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within...*, s. 144—146.

⁵⁷ Tak — choć w odniesieniu do zagadnienia uznawania i wykonywania orzeczeń sądów powszechnych zatwierdzających wyroki sądów arbitrażowych — L. Silberman, M. Scherer: *Forum...*, s. 334; M.L. Roth: *Recognition...*, s. 589; T. Einhorn: *The Recognition...*, s. 59.

⁵⁸ Zob. *Morgan Stanley & Co International Ltd v Pilot Lead Investments Ltd* [2006] 4 HKC 93; [2006] HKCFI 430 (High Court of the Hong Kong Special Administrative Region); *Clarke v. Fennoscandia Ltd* [2004] SC 197 (Scottish Outer House).

ności *ex lege* (w zakresie w jakim chodzi o wyrok wydany w państwie członkowskim Unii), albo po wydaniu stosownego rozstrzygnięcia przez sąd państwa B — w każdym przypadku przy założeniu, że nie zachodzą negatywne przesłanki uznania i wykonania. Jeżeli natomiast w państwie A wydane zostanie orzeczenie zatwierdzające wyrok sądu państwa X (także gdy chodzi o państwo nieczłonkowskie) to nie wywołuje ono skutków poza terytorium państwa A. Sąd państwa B zachowuje swobodę w ocenie, czy wyrok sądu państwa X nadaje się do uznania lub wykonania w państwie B.

W obszarze materialnoprawnego porządku publicznego, omawiany problem może się pojawić zwłaszcza w przypadku istotnych różnic pomiędzy zasadami porządku prawnego przyjętymi w państwie A i w państwie B. Taka sytuacja zachodzić będzie stosunkowo rzadko jeżeli obydwa państwa należą do Unii Europejskiej. Także jednak i tu możemy się z nią spotkać. Dobrym przykładem jest sposób traktowania odszkodowań o funkcji penalnej dochodzonych w prywatnym procesie (*punitive damages*), znanych w najdalej idącej postaci w USA. Amerykańskie *punitive damages* wywołują na kontynencie europejskim kontrowersje. Odszkodowanie tego typu może wielokrotnie przekraczać wysokość szkody. Służy ono bowiem nie tyle zrekompensowaniu szkód pokrzywdzonemu lecz ukaraniu sprawcy deliktu, który zachował się w sposób szczególnie naganny⁵⁹.

W większości państw Unii odrzuca się możliwość dochodzenia odszkodowań karnych i dla wielu państw jest to na tyle istotne, że gotowe są interweniować za pomocą klauzuli porządku publicznego w celu odmowy zastosowania prawa obcego przewidującego *punitive damages* lub odmowy stwierdzenia wykonalności orzeczenia zasadzającego tego typu odszkodowanie⁶⁰. Stopień niechęci do *punitive damages* jest jednak

⁵⁹ Zob. np. Ch. Calleros: *Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Pénales In Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code*. "Brooklyn Journal of International Law" 2006, vol. 32, s. 78—79; J.Y. Gotanda: *Punitive Damages: A Comparative Analysis*. "Columbia Journal of Transnational Law" 2004, vol. 42, s. 391 i nast.

⁶⁰ W orz. z 4.06.1992, ZWI, 1992, s. 1256 niemiecki BGH odmówił uznania orzeczenia amerykańskiego sądu w części zasądzającej na rzecz powoda *punitive damages* w wysokości 400 tys. \$ za molestowanie seksualne; podobnie we Włoszech Corte Cassazione w orz. z 19.01.2007 r. w sprawie *Parrot v. Fimez*, „Foro Italiano” nr 1183 orzekł, że *punitive damages* są sprzeczne z włoskim porządkiem publicznym. Włoski Corte Cassazione zmienił jednak ostatnio zdanie i dopuścił możliwość uznania wyroku zasądzającego *punitive damages* przy spełnieniu określonych przesłanek — zob. orz. Corte di Cassazione, 5.07.2017, nr 16601/2017. W Polsce możliwość wykonania amerykańskiego orzeczenia zasądzającego *punitive damages* została zakwestionowana przez Sąd Najwyższy w post. z 11.10.2013, I CSK 697/12.

różny. W niektórych europejskich systemach prawnych przyjmuje się, że odszkodowanie karne może być zaakceptowane o ile spełnia wymogi proporcjonalności (jest proporcjonalne do szkody)⁶¹. Może zatem zdarzyć się tak, że amerykański wyrok zasądający *punitive damages* zostanie uznany w państwie członkowskim, w którym odszkodowania tego typu uważa się za możliwe do zaakceptowania (w całości lub w części), choć byłoby to nie do pomyślenia w innym państwie Unii. W takiej sytuacji dopuszczenie możliwości uznania orzeczenia zatwierdzającego wydanego przez sąd pierwszego z państw członkowskich w innym państwie Unii (co oznaczałoby rezygnację z kontroli pierwotnego wyroku wydanego w USA), prowadziłyby do potencjalnego obejścia zasad porządku publicznego w tym drugim. Dlatego możliwość taką należy odrzucić.

Rozważa się czasem, czy nie można przyjąć, że sąd w państwie pośrednim, który orzeka o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku z państwa trzeciego, ma także kompetencję do badania jego zgodności z porządkiem publicznym państwa docelowego. Innymi słowy, poddaje się w wątpliwość, czy wyłącznie sąd, o którego porządek publiczny chodzi, może badać zgodność uznania zagranicznego orzeczenia z własnym porządkiem publicznym, czy też sąd państwa pośredniego mógłby dokonywać kontroli zgodności z porządkiem publicznym państwa docelowego⁶². Wydaje się jednak, że kompetencja do kontrolowania zgodności wyroku zagranicznego sądu z podstawowymi zasadami porządku publicznego jest immanentnie związana z funkcją kontrolną wykonywaną w państwie, w którym dany wyrok ma być uznany lub wykonany (tj. w państwie, o którego porządek publiczny chodzi). Przemawiają za tym raczej nie tyle

⁶¹ Orz. Cour de Cassation (Francja) w sprawie *Schlenzka v. Fontaine Pajot*, Cass. Civ. 1.12.2010, "Journal du Droit International" 2011, nr 3, s. 615 (z glosą O. Boskovic); orz. Tribunal Supremo (Hiszpania) z 13.11.2001 r. w sprawie *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.*, J.T.S., nr 1803 oraz ostatnio również Corte di Cassazione (Włochy), 5.07.2017, nr 16601/2017. W doktrynie na temat uznawania w Europie *punitive damages* zob. np. J. Zekoll: *The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice*. "Columbia Journal of Transnational Law" 1992, vol. 30, s. 641; P. Hay: *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany*. "American Journal of Comparative Law" 1992, vol. 40, s. 729 i nast.; F-X. Licari: *Note au jugement Schlenzka v. Fontaine Pajot, Cour d'Appel Poitiers, 26.2.2009*. "Journal du Droit International" 2010, n° 4, s. 1230; C. Vanleenhoove: *A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditional 'No Pasarán!'*. "Vermont Law Review" 2016, vol. 41, s. 348 i nast. W polskiej doktrynie por. w szczególności M. Syska: *Wysokość zasądzzonego odszkodowania oraz tzw. punitive damages a klauzula porządku publicznego w postępowaniu o stwierdzenie wykonalności orzeczenia zagranicznego*. "Przegląd Sądowy" 2015, nr 1, s. 47 i nast.

⁶² Wątpliwość taką wyraża P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment Within...*, s. 149.

dogmatyczne co praktyczne. Po pierwsze, przyjęcie, że sąd państwa pośredniego bada zgodność uznania lub wykonania wyroku pochodzącego z państwa X, nie tylko z własnym porządkiem publicznym (do czego jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany), ale także z porządkiem publicznym państwa docelowego jest nieracjonalne i fikcyjne. Sąd państwa pośredniego nie jest bowiem zainteresowany w chronieniu porządku publicznego państwa docelowego. Wymaganie tego od sędziego państwa pośredniego wydaje się nierealistyczne. Po drugie, w ramach klauzuli porządku publicznego ocenia się czy uznanie lub wykonanie zagranicznego orzeczenia (jego indywidualne skutki), a nie samo orzeczenie jako takie, jest zgodne z porządkiem prawnym państwa uznania lub wykonania. Ocenianie przez sąd państwa pośredniego czy uznanie lub wykonanie wyroku w państwie docelowym będzie naruszało porządek publiczny tego drugiego byłoby niezwykle trudne, jeżeli nie niemożliwe. Po trzecie, na tym etapie może nie być jeszcze wiadome, gdzie docelowo wierzyciel będzie dochodził uznania lub wykonania korzystnego dla niego rozstrzygnięcia (tj. gdzie znajduje się państwo docelowe). Nie wiadomo zatem, jakiego państwa porządek publiczny należałoby brać pod uwagę. Jakiegokolwiek spekulacje w tym względzie są nieuprawnione. Wszystko to przemawia za zarezerwowaniem kontroli w oparciu o klauzulę porządku publicznego dla sądu państwa, o którego porządek publiczny chodzi (tj. tego, w którym wierzyciel w danym momencie dochodzi uznania lub wykonania).

Nieco innym jest kwestia czy orzeczenie zatwierdzające wydane w państwie pośrednim nie powinno wiązać sądu w państwie docelowym, w zakresie w jakim jego przedmiotem jest ocena pod kątem zgodności pierwotnego wyroku z wymogami procesowego porządku publicznego (prawa do rzetelnego sądu i innych gwarancji procesowych) lub pod kątem zgodności z zasadami europejskiego porządku publicznego. Można podnosić, że jeżeli w państwie pośrednim była okazja ocenić czy pierwotny wyrok został wydany w zgodzie z poszanowaniem dla podstawowych gwarancji procesowych to ocena ta wiąże sąd w państwie docelowym⁶³. Prawo do rzetelnego sądu i inne gwarancje procesowe to wszakże w dużej mierze zasady uniwersalne. Argument ten będzie szczególnie doniosły w kontekście unijnym, tj. gdy chodzi o związanie orzeczeniem zatwierdzającym wydanym w innym państwie członkowskim UE⁶⁴. W całej Unii obowiązują bowiem podobne standardy prawa do rzetelnego sądu wyznaczone m.in. art. 47 Karty Praw Podstawowych⁶⁵ i art.

⁶³ Tak przyjmuje się w USA i Kanadzie. Zob. P. Hay: *Recognition of a Recognition Judgment under Brussels I?*

⁶⁴ Zob. orzecznictwo sądów niemieckich cytowane przez ibidem.

⁶⁵ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391.

6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁶⁶. Można twierdzić, że jeżeli takiej oceny dokonał sąd innego państwa członkowskiego to zasada wzajemnego zaufania nakazuje ocenę tę uszanować. Podobny argument dotyczy sytuacji, w której sąd innego państwa członkowskiego (jako sąd pośredni) miał okazję ocenić zgodność pierwotnego wyroku z zasadami europejskiego porządku publicznego (np. europejskim prawem konkurencji czy traktatowymi swobodami). Także wtedy chodzi bowiem o ochronę wspólnych wszystkim państwom członkowskim zasad i wartości.

Przeciwko takiemu związaniu oceną sądu państwa pośredniego można podnieść dwa kontrargumenty. Po pierwsze, jeżeli orzeczenie zatwierdzające państwa pośredniego miałyby wiązać sąd państwa docelowego, to musiałyby podlegać uznaniu w tym państwie. Skoro jednak wiązać ma jedynie ocena w przedmiocie procesowego i europejskiego porządku publicznego to należałoby przyjąć, bądź, że uznanie orzeczenia zatwierdzającego jest częściowe, bądź też, że uznane orzeczenie nie wiąże w całości. Z dogmatycznego punktu widzenia obydwie rozwiązania budzą wątpliwości⁶⁷. Po drugie, pomimo normatywnego nakazu wzajemnego uznawania orzeczeń z innych państw członkowskich, nie wydaje się aby słusznym było całkowite zrzeczenie się kontroli pod kątem zgodności pierwotnego wyroku z podstawowymi zasadami procesowego i europejskiego porządku publicznego. Czy możemy mieć wszakże pewność, że sąd delibacyjny państwa pośredniego dokonał wystarczająco szczegółowej, rzetelnej i niezawisłej oceny tych okoliczności? Potrzeba zagwarantowania przestrzegania praw jednostek (chronionych podstawowymi gwarancjami procesowymi i zasadami prawa unijnego) wymaga zachowania instrumentu umożliwiającego uruchomienie wyjątkowej kontroli, nawet przeciwko orzeczeniu pochodzącemu z innego państwa członkowskiego. Pozostaje to w zgodzie z systemem uznawania i wykonywania orzeczeń ustanowionym w rozporządzeniu Bruksela I bis, w którym zachowano przeciwieństwo klauzulę porządku publicznego jako przesłankę odmowy uznania i stwierdzenia wykonalności orzeczeń z innych państw członkowskich.

⁶⁶ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

⁶⁷ Możliwe jest oczywiście częściowe uznanie zagranicznego orzeczenia w zakresie w jakim chodzi o różne roszczenia stwierdzone wyrokiem sądu państwa pochodzenia. Zob. post. SN z 11.10.2013 r., I CSK 697/12 (dopuszczalne jest częściowe stwierdzenie wykonalności zagranicznego orzeczenia w zakresie tylko jednego roszczenia, jeżeli jego przedmiot jest podzielny). Czym innym byłoby jednak uznanie zagranicznego orzeczenia w zakresie określonych motywów rozstrzygnięcia (ocena pod kątem procesowego i europejskiego porządku publicznego), przy jednoczesnym nieuznaniu orzeczenia pod kątem innych motywów.

Wydaje się jednocześnie, że całkowite ignorowanie orzeczeń zatwierdzających pochodzących z innego państwa członkowskiego byłoby niewłaściwe. Chodzi tu w szczególności o przypadki, w których w innym państwie członkowskim uznano już lub stwierdzono wykonalność wyroku pochodzącego spoza Unii. Zasada wzajemnego zaufania domaga się uwzględnienia okoliczności, że wyrok taki już został zaaprobowany na terenie jednego z państw członkowskich UE. W literaturze zasugerowano w związku z tym, że sąd państwa docelowego powinien wziąć pod uwagę orzeczenie zatwierdzające wydane przez sąd delibacyjny państwa pośredniego⁶⁸. Wątpliwości może oczywiście budzić na czym owo „branie pod uwagę” miałyby polegać, skoro orzeczenie zatwierdzające nie podlega uznaniu w państwie docelowym. Wydaje się, że chodzi tu przede wszystkim o uwzględnienie rozumowania sądu państwa pośredniego w podejmowaniu decyzji. Orzeczenie zatwierdzające wydane w pośrednim państwie uznania lub wykonania (szczególnie w innym państwie unijnym) może oddziaływać poprzez swój ciężar gatunkowy — własną „siłą przekonywania”⁶⁹. W szczególności zaś należy wziąć pod uwagę dokonaną przez ten sąd ocenę pod kątem zgodności pierwotnego wyroku z wymogami procesowego oraz europejskiego porządku publicznego. Rozstrzygnięcie sądu państwa pośredniego nie ma jednak mocy wiążącej dla sądów w państwie docelowym. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w Polsce zagraniczne orzeczenie stanowi dokument urzędowy w rozumieniu art. 244 k.p.c., a więc jest dowodem tego co zostało w nim urzędowo zaświadczone⁷⁰. Nie ogranicza to jednak swobody polskiego sądu w ocenie pierwotnego wyroku pod kątem jego zgodności z naszym porządkiem publicznym⁷¹. Podkreślmy, że przedmiotem uznania lub stwierdzenia wykonalności jest tu pierwotny wyrok merytoryczny, a nie orzeczenie zatwierdzające.

⁶⁸ Tak P. Wautelet, in: *Brussels I...* (ed. 1). Eds. P. Mankowski, U. Magnus, s. 545.

⁶⁹ Tak K. Kerameus: *Enforcement...*, s. 473.

⁷⁰ Zob. post. SN z 6.11.2009 r., I CSK 159/09. OSP 2010, nr 10, poz. 97.

⁷¹ Por.orz. francuskiego Court de Cassation z 4.10.2005 r. Dalloz 2006, s. 2449, w którym przyjęto, że francuski sąd delibacyjny powinien wziąć pod uwagę zagraniczne orzeczenie jako „fakt prawny” (*fait juridique*) w ramach oceny prowadzonej w postępowaniu z wniosku o uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku obcego sądu (chodziło o wyrok amerykańskiego sądu, którego wykonalność została wcześniej stwierdzona orzeczeniem sądu na Gibraltarze).

7. Podsumowanie

Przedmiotem niniejszego opracowania było zagadnienie dopuszczalności uznania lub stwierdzenia wykonalności zagranicznych orzeczeń zatwierdzających, tj. rozstrzygnięć, których przedmiotem jest uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyroku pochodzącego z jeszcze innego państwa. W moim przekonaniu, orzeczenia tego typu nie powinny być uznawane (i nie powinno się stwierdzać ich wykonalności), bez względu na to czy chodzi o orzeczenia zatwierdzające pochodzące z państwa trzeciego (spoza UE), czy z państwa członkowskiego Unii. Orzeczenia zatwierdzające w ogóle nie mają zdatności uznaniowej (nie przysługuje im tzw. „równoległe uprawnienie”). Uznawać i wykonywać należy wyroki wydane w ich pierwotnym państwie pochodzenia, a nie odnoszące się do nich orzeczenia zatwierdzające wydane w państwie pośrednim.

Uznanie lub stwierdzenie wykonalności orzeczenia zatwierdzającego pozbawiałoby sąd w państwie docelowym instrumentu kontroli pierwotnego wyroku, w szczególności zaś jego zgodności z podstawowymi zasadami porządku prawnego tego państwa. O ile można liczyć, że sąd państwa pośredniego dokona oceny zgodności pierwotnego wyroku z uniwersalnymi gwarancjami rzetelnego procesu sądowego, tudzież z zasadami europejskiego porządku publicznego (jeśli jest to sąd państwa członkowskiego UE), to państwo docelowe musi zachować możliwość skontrolowania obcego wyroku pod kątem zgodności z własnym porządkiem publicznym.

Na tle unijnego reżimu uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych można w tym kontekście podnosić wątpliwość czy należy całkowicie ignorować orzeczenia zatwierdzające wydawane przez sądy innego państwa członkowskiego. Zintegrowany system jaki kreują przepisy Unii Europejskiej (zwłaszcza rozporządzenie Bruksela I bis) opiera się wszakże na zaufaniu do rozstrzygnięć pochodzących z innych państw członkowskich. W mojej ocenie, uwzględnianie orzeczeń zatwierdzających z innych państw członkowskich nie powinno się jednak odbywać w oparciu o ich uznanie czy stwierdzenie wykonalności, lecz jedynie poprzez ich branie pod uwagę w procesie rozstrzygnięcia w przedmiocie uznania lub stwierdzenia wykonalności pierwotnego wyroku. Oznacza to uwzględnienie tych orzeczeń w toku rozumowania prowadzonego przez sąd delibacyjny w państwie docelowym jako czynnika przemawiającego za uznaniem lub stwierdzeniem wykonalności pierwotnego wyroku. Dotyczy to w szczególności rozstrzygnięć sądów państw członkowskich Unii w zakresie w jakim wypowiadają się na temat zgodności pierwotnego wyroku z uniwersalnymi gwarancjami rzetelnego procesu sądowego lub

z zasadami europejskiego porządku publicznego. Sąd delibacyjny nie jest jednak związany takim orzeczeniem zatwierdzającym ani jego uzasadnieniem.



Wojciech Klyta^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-7549-4269>

Prawo właściwe dla skutków przelewu wierzytelności w stosunku do osób trzecich Uwagi z perspektywy międzynarodowego prawa upadłościowego

Abstract: Abstract: The claims are rights *in personam* but the assignment of claims has a hybrid nature. Abolishing the “*nomina ossibus inhaerent*” rule has increased commercial significance of the assignment of claims. However, the contemporary legal situation leaves parties with great legal uncertainty, as to the question under which circumstances does the cross — borders assignment is valid. A recent judgment of the CJEU of 9 October 2019 (C — 548/18) in case *BGL BNP Paribas SA v. TeamBank AG Nürnberg* has augmented this uncertainty. The Luxembourg Court ruled that: “*Article 14 of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 (‘Rome I’) must be interpreted as not designating, directly or by analogy, the applicable law concerning the third-party effects of the assignment of a claim in the event of multiple assignments of the claim by the same creditor to successive assignees*”. In this situation, one would highly welcome an attempt to establish a new set of conflict of laws rules relating to the law applicable to third — parties effects of the assignment of claims. This attempt has recently been made by the European Commission in its Report “*on the question of the effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over the right of another person*”, dated 29 September 2016. In the present article, the author reviews the most important propositions formulated in the conflicts’ doctrine through the “lens” of the international insolvency law. Multiply provisions of the Regulation (EU) 2015/848 of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) — despite many judgments of the CJEU in this area — also lack certainty. Insolvency is a foreseeable risk, but without clear rules concerning

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

the third parties' effects of the assignment of claims, it may become unenforceable for the creditors of the assignor.

Keywords: assignment, Rome Regulation, Insolvency Regulation, property, center of main interest of the debtor, rights in rem, detrimental acts, location of the claim

1. Uwagi wstępne

Współcześnie przedmiotem intensywnego zainteresowania wśród przedstawicieli doktryny jest zagadnienie prawa właściwego dla rzeczowych skutków przelewu wierzytelności¹. Problem ten nurtuje również judykaturę². I tak: wśród wypowiedzi ponadnarodowych organów judykacyjnych³ zwraca uwagę pochodząca z 9 października 2019 r. (C — 548/18) wypowiedź TSUE, w sprawie *BGL BNP Paribas SA/ Tea-*

¹ G. Cuniberti: *La proposition de règlement de la Commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances*. „Revue critique de droit international privé” [dalej Rev. crit. dr. int. pr.] 2018, z. 4, s. 793—799; H. Labontè: *Third — Party effects of the assignments of claims: new momentum from Commission's Capital Markets Union Action Plan on the Commission's 2018 Proposal*. „Journal of Private International Law” [dalej JPIL] 2018, vol. 14, n 2, s. 319—342; M.F. Müller: *Drittwirkungen der Forderungsubtragung „zum Dritten”*. „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” [dalej EuZW] 2018, s. 522 i n; C. Walsh: *The Role of Party Autonomy in Determining the Third — Party Effects of Assignments: of “Secret Laws” and “Secret Liens”*. „Law & Contemporary Problems”, 2018, t. 81, nr 1, s. 181—202; C.A. de Visser: *The EU conflict of laws rules on the law governing the effects of an assignment against third parties: some fundamental problems of Proposal*. „Nederlands Internationaal Privaatrecht” [dalej NIPR] 2018, z. 4, s. 711—724; S.V. Bazinas: *The law applicable to third -party effects of assignments of claims: the UN Convention and the EU Commissions Proposal compared*. „Uniform Law Review” [dalej Unif. Law Rev.] 2019, vol. 0, s. 1—24; E.M. Kieninger: *Das auf die Drittwirkungen der Abtretung anwendbares Recht Die EugH spielt die Balle zurück nach Deutschland*. „Neue Juristische Wochenschrift” [dalej NJW] 2019, z. 46, s. 3353—3356; H. Kronke: *Assignment of Claims and Proprietary Effects: Overview of Doctrinal Debate and the EU Commission's Proposal*. Oslo Law Review, vol. 6, 1- 2019, s. 8—18.

² Zdaniem E.M. Kieninger, to wypowiedź holenderskiego SN z (*Hoge Raad*) z 16.05.1997 r. IPRax 1999, s. 280) wywołała lawinę wypowiedzi w doktrynie, też: *Das auf die Drittwirkungen...*, s. 3354.

³ Zauważyć należy, iż wskazane przed laty przez K. Siehra postulaty odnoszące się do formułowania rozstrzygnięć mogących mieć „precedensowe” znaczenie w tych obszarach prawa kolizyjnego, które stanowią *lacunae legis* nie zostały współcześnie zrealizowane, tenże: *Vom Lesen und Schreiben Kollisionsrechtlicher Entscheidungen*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej RabelsZ] 1974, t. 38, z. 2—3, s. 631—634.

*mBank AG Nürnberg*⁴. Organ ten — odpowiadając na rozbudowane pytania wstępne — zadane mu w dniu 8 sierpnia 2018 r. (4 U 109/17)⁵ przez Wyższy Sąd Krajowy (*Oberlandesgericht*) w Saarbrücken — nawiązał do „genetycznej” wykładni⁶ postanowień rozp. Rzym I⁷. Sędziowie w Luksemburgu stwierdzili — w nawiązaniu do dominującego współcześnie w piśmiennictwie zapatrywania⁸ — iż „przepis art. 14 rozp. Rzym I należy interpretować w ten sposób, że nie wskazuje on — ani bezpośrednio, ani poprzez analogię — prawa właściwego dla kwestii skuteczności wobec osób trzecich przelewu wierzytelności w przypadku wielokrotnego przelewu wierzytelności dokonywanego przez tego samego wierzyciela na rzecz kolejnych cesjonariuszy”. Natomiast do łącznika siedziby cedenta

⁴ P. Mankowski: *Komentarz (Anmerkung) do orzeczenia TSUE z 9 października 2018 r. (C — 548/18)*. „Recht der internationalen Wirtschaft” [dalej RIW] 2019, z. 11, s. 728—729; C. Schmitt: *komentarz do orzeczenia TSUE z 9 października 2019 r. EuZW* 2019, s. 939.

⁵ „Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht” [dalej EWiR] 2018, z. 23, s. 735 wraz z komentarzem P. Mankowskiego; zauważyć należy, iż pytanie wstępne jest niezwykle rozbudowane, gdyż liczy sobie 15 stron maszynopisu. I tak: na wstępie Sąd „odsyłający” rozważył kwestię, czy w art. 14 rozp. Rzym I unormowano kwestię prawa właściwego dla „rzeczowych skutków” przelewu (s. 8—10), w dalszej kolejności — zagadnienie przedłożone TSUE — dzieli się na mniejsze fragmenty określające poszczególne warianty na wypadek pozytywnej lub negatywnej odpowiedzi TSUE; na marginesie zauważyć należy, iż sąd niemiecki rozważał także zagadnienie analogicznego stosowania rozp. Rzym I; niestety polski przekład pytania — opubl. w DzU. Unii C 436, z 3 grudnia 2018 r. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:436:FULL&from=PL> (dostęp z 13 stycznia 2020 r.) — nie odzwierciedla bogactwa stanowisk przedstawionych w pytaniu wstępnym zadany przez Wyższy Sąd Krajowy w Saarbrücken.

⁶ Słabości tego typu zabiegów interpretacyjnych dostrzegł przed laty T.H.D. Struycken, który zauważył, odnośnie do konw. rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 9 czerwca 1980 r., iż: analiza *travaux préparatoires* towarzyszących konwencji rzymskiej prowadzi do podwójnego „zaskoczenia”, gdyż materie, które są istotne, zostały pominięte, natomiast określenia znajdujące się w tych dokumentach nie oddają tego, co w istocie znaczą lub nie mają znaczenia „*The analysis of the travaux préparatoires of the Rome Convention has a peculiar twist to it: what is not in official Report is significant, but what is there either nor means what it seems to say or carries no weight*”, Idem: *The Proprietary Aspects of International Assignments of Debts and Rome Convention, Art 12, Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* [dalej LMCLQ] 1998, z. 6, s. 350.

⁷ Dz.U. Unii z 4.07.2008 r., l. 177/6 z późn. zmian.

⁸ P. Lagarde, A. Tenenbaum: *De la convention de Rome au reglement Rome I*. Rev. crit. dr. int. pr. 2008, z. 4, s. 776—777; H.J. Sonnenberger: *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*. w: *Die richtige Ordnung Festschrift für Jan Kropholler zum 70 Geburtstag, Tübingen 2008*, s. 230—232; D. Martiny, w: *Münchener Kommentar zum BGB, ART 14 Rom — I VO. 7. Auflage, München 2018*, nb. 19; H.P. Mansell, K. Thorn, R. Wagner: *Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!*. „Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht” [dalej IPRax 2019], z. 2, s. 85—119.

nawiązuje wypowiedź norweskiego SN (*Højesterett*) z 28 czerwca 2017 r. (HR — 2017-1297-A) w sprawie *Bergen Bunkers*⁹.

Zauważyć należy, że wypowiedzi przedstawicieli doktryny i organów orzekających uwzględniane są w trakcie starań — wpisujących się w idee „denacjonalizacji” prawa prywatnego międzynarodowego¹⁰ podejmowanych zarówno przez Unię, jak i Komisję do spraw Unifikacji Międzynarodowego Prawa Handlowego (*United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*)¹¹, działającą przy Organizacji Narodów Zjednoczonych¹². I tak, wskazać tu należy na sprawozdanie Komisji sporządzone dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Europejskiego Komitetu Ekonomiczno — Społecznego¹³ z 26 września 2016 r.¹⁴ stanowiące podłoże dla projektu — pochodzącego z 12 marca 2018 r. — rozporządzenia w sprawie prawa właściwego dla skutków przelewu wierzytelności wobec osób trzecich (rozp. w spraw. praw. właściw. dla skutk. przelew. wobec os. trzec.)¹⁵. Interesujące jest to, iż pkt 23 preambuły do wskazanego projektu nawiązuje — do opracowanej niemalże dwie dekady temu przez

⁹ K. Lillehot: *Norwegian Supreme Court: The Law of the Assignor's Home Country is Applicable to Third — Parties Effects of Assignments of Claims*. IPRax 2018, z. 5, s. 539—541.

¹⁰ D.P. Fernández Arroyo: *Denationalising Private International Law — A Law with Multiple Adjudicators and Enforces*. Yearbook of Private International Law, vol. XX 2018/2019, s. 31—45.

¹¹ Ten organ powołało w dniu 17 grudnia 1966 r. Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, zobacz B. Frigge: *Externe Lücken und internationales Privatrecht im UN — Kaufrecht (Art 7 Abs. 2)*, Frankfurt am Main 1994, s. 27—28.

¹² Na uwagę zasługuje również apel, opracowany podczas czterdziestej czwartej sesji UCITRAL, która odbyła się na przełomie lipca i sierpnia 2011 r. To gremium poddało pod rozwagę organom Unii, to aby w trakcie prac nad przyszłą regulacją w zakresie prawa właściwego dla rzeczowych skutków przelewu uwzględnić konwencję nowojorską o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym; <https://undocs.org/en/A/66/17>, (dostęp z 11 grudnia 2019).

¹³ Fundamentem dla wskazanego sprawozdania był — pochodzący z połowy grudnia 2011 r. — raport Brytyjskiego Instytutu Prawa Międzynarodowego i Porównawczego (*British Institute of International and Comparative Law*) sporządzony przez zespół kierowany przez E. Lein oraz A. Dickinsona; Istotą tego obszernego dokumentu jest jego część czwarta (określona na s. 148—372) poprzedzająca końcowy jego fragment zatytułowany „Rozwój Reguł Odnośzących się do Przelewu w rozp. Rzym I” (s. 373—415); E.M. Kieniger: *Die auf die Forderungsabtretung anzuwendende Recht im Licht der BIICL — Studie*. IPRax 2012, z. 4, s. 289—297.

¹⁴ COM 2016 (626) final.

¹⁵ G. Cuniberti: *La proposition...*, s. 793 — 799; zobacz również sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa właściwego dla skutków przelewu wierzytelności wobec osób trzecich (COM(2018)0096 — C8-0109/2018 — 2018/0044(COD)), z 16 lipca 2019 r. jak również Rezolucję ustawodawczą Parlamentu Europejskiego z dnia 13 lutego 2019 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa

Komisję do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (*UNCITRAL*) — Konwencji nowojorskiej o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym (tzw. konw. nowojor. o cesji)¹⁶. Akt ten — przyjęty w dniu 12 grudnia 2001 r. — został podpisany jedynie przez trzy państwa: Luksemburg, Madagaskar oraz Stany Zjednoczone Ameryki¹⁷. Jednakże współcześnie rozpoczyna się nowa „epoka” w historii tych unormowań, gdyż konw. nowojor. o cesji została ratyfikowana — w dniu 15 października 2019 r.¹⁸ — przez Stany Zjednoczone Ameryki¹⁹. W konsekwencji akt ten doczekał się już drugiej ratyfikacji²⁰. Natomiast w myśl art. 45 ust. 1 konw. nowojor. o cesji do wejścia w życie tej umowy międzynarodowej wymagane są trzy kolejne ratyfikacje. Obydwa projekty nawiązują do myśli wyrażonej przez J. Krophollera, który stwierdził, że wyzwania, które przynosi rozwój prawa prywatnego międzynarodowego wymagają „nowoczesnych” rozwiązań²¹.

Zauważyć należy, iż *de lege lata* uczestnicy międzynarodowych transakcji finansowych napotykają na daleko posuniętą niepewność prawa wiążącą się z możliwością powstania „zjawiska” *forum shopping*²². Po-

właściwego dla skutków przelewu wierzytelności wobec osób trzecich (COM(2018)0096 — C8-0109/2018 — 2018/0044(COD)).

¹⁶ W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w handlu międzynarodowym*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej KPP] R: XIII: 2004, z. 4, s. 1133—1193; W. Kurowski, w: W. Popiołek, (red.), *System Prawa Handlowego, Tom 9 Międzynarodowe Prawo Handlowe*. Warszawa 2013, s. 773—776.

¹⁷ <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables/status>, (dostęp z 13 grudnia 2019 r.)

¹⁸ <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables/status>, (dostęp z 26 listopada 2019 r.)

¹⁹ S.V. Bazinas: *The law applicable...*, s. 1—24.

²⁰ Pierwszym państwem, które ratyfikowało w dniu 16.09.2005 r., konw. nowojor. o cesji była Liberia, <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables/status>, dostęp z 4 stycznia 2020 r.

²¹ J. Kropholler: *Der „Ausschluss“ des Internationales Privatrechts im Einheitlichen Kaufgesetz*. *RebelsZ* 1974, t. 28, z. 2—3, s. 372—387.

²² F. Ferrari, w: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio (ed.) *Encyclopedia — of Private International Law* vol. 1, Entries A-H, s. 789—797; C. Cavicchioli: *Forum Shopping in International Litigation*. „Yearbook of Private International Law” vol. XX 2018/2019, s. 413—438; zobacz również wypowiedź sądu amerykańskiego (*United States District Court, W.D. Pensylwania*) z 13 marca 2006 r. (No. 2:06CV48.) w sprawie *F.R. Zokaites v. Land — Cellular Corporation and R. Moses*, 424 Fed. Supp.2d 824, przy czym szczególnie interesujące są tezy 19—21 — towarzyszącego temu rozstrzygnięciu — uzasadnienia; odnośnie do wypowiedzi doktryny poświęconych prawu właściwemu dla rzeczowych skutków przelewu — w kontekście *forum shopping* — zobacz np: R. Fentiman: *Trading Debts across the Borders: A European Solution*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2010, z. 2, s. 245—272; Y. Nishitani: *Cross — border assignment of receivables: conflict of laws in secured transactions*. *Unif. Law Rev.*

nadto cesjonariusz, aby upewnić się, czy rzeczywiście przysługuje mu stanowiąca przedmiot przelewu wierzytelność, musi, w świetle orzeczenia TSUE z 9 października 2019 r. (C-548/18) uwzględnić *ex ante* wszystkie przesłanki skuteczności przelewu²³ określone w wielu systemach prawnych²⁴. I tak, w grę wejdzie, obok systemu prawnego stanowiącego statut wierzytelności, również prawo wskazane przez normy kolizyjne obowiązujące w prawie państwa, w którym znajduje się — podstawowy dla międzynarodowego prawa upadłościowego (międz. pr. upadł.)²⁵ — łącznik, wskazujący prawo właściwe dla materialnych i procesowych skutków wiążących się z ogłoszeniem upadłości w postaci „głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika”²⁶. Nie bez znaczenia są unormowania prawa prywatnego międzynarodowego obowiązujące w siedzibie dłużnika wierzytelności, stanowiącej przedmiot przelewu. Wreszcie w przypadku przelewów na zabezpieczenie lub innych praw zabezpieczających mających za przedmiot wierzytelność należy brać pod uwagę art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 lit. „b” r.m.p.u. 2015/848²⁷. Potencjalnie mogą wejść w grę niezwykle złożone regulacje pozwalające na wyznaczenia prawa właściwego dla zaskarżenia czynności dokonanych przez upadłego cedenta określone w art. 16 r. m. p. u 2015/848²⁸.

W związku z tym, iż zagadnienia powstające na styku prawa właściwego dla skutków przelewu względem osób trzecich i międz. pr. upadł. nie były — jak się wydaje — przedmiotem szerszej debaty w piśmien-

2017, vol. 22, s. 826—841; M.F. Müller: *Drittwirkungen der Forderungsbetragung...*, s. 522 i n.

²³ Odnośnie do tendencji występujących w poszczególnych systemach prawnych w tym zakresie zob. np: A. Morell, F. Helsen: *The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non — possessory Security Interests*. „European Review of Private Law”, 2014, z. 3, s. 393 [dalej Eur. Rev. Priv. Law]; C. Walsh: *The Role of Party autonomy...*, s. 185—189.

²⁴ R. Freitag: *Der Statut der Drittwirkungen einer Abtretung*. „Zivilrecht — LMK” 2019, nr 424074.

²⁵ Odnośnie do pojęcia, stanu i perspektyw rozwoju tej części prawa prywatnego międzynarodowego *sensu largo*, zob. W. Klyta: *Uznanie zagranicznych postępowań upadłościowych*. Warszawa 2008, s. 19—24.

²⁶ Zob. art. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 maja 2015 r. o postępowaniu upadłościowym (wersja przekształcona), Dz. UE L 141/19 z 5 czerwca 2015 r. (r.m.p.u. 2015/848.); zauważyć należy, że postanowienia przejściowe i końcowe zostały unormowane w rozdziale VII tego aktu. W myśl — rozpoczynającego ten rozdział — bardzo niestarannie zredagowanego, art. 84 rozp. 2015/848, wskazany akt stosuje się do postępowań upadłościowych, objętych jego zakresem, wszczętych w dniu 26 czerwca 2017 r. oraz wszystkich tego typu procedur ogłoszonych po upływie owego terminu w przyszłości.

²⁷ C. Heinze, C.J. Warmuth: *The law applicable to proprietary effects of assignment and its interplay with insolvency*. Unif. Law Rev. 2017, vol. 22, s. 808—825.

²⁸ C. Heinze, C.J. Warmuth: *The law applicable...*, s. 808—825.

nictwie²⁹, wydaje się uzasadnione poświęcenie tym zagadnieniom kilku szkieletowych uwag.

2. Pojęcie „rzeczowych” skutków przelewu

Współcześnie A. Dickinson — w nawiązaniu do stwierdzenia, iż *omnis definitio periculosa est* — zauważył, że walory pojęcia „rzeczowe skutki przelewu” czy też skutki przelewu względem osób trzecich rozumiane jako wykraczające poza skutki *inter partes* rozporządzające konsekwencje przelewu³⁰ podczas dokonywania zabiegów kwalifikacyjnych są znikome³¹. Natomiast D. Einsele zauważa, iż w pierwszej kolejności w tym kontekście należy wskazać na dłużnika przenoszonej wierzytelności³². Jednakże obecnie panuje zgoda odnośnie do tego, że prawo państwa, któremu podlega przenoszona wierzytelność, rozstrzyga o jego ochronie³³. W konsekwencji „skuteczność” przelewu jest powszechnie

²⁹ Zauważyć należy, iż przed laty R. Goode stwierdził, iż związki pomiędzy rozp. Rzym I oraz unormowaniami określonymi w r.m.p.u. (zarówno w poprzedniej wersji, jak i obecnie obowiązującej wersji przekształconej) nie są wolne od licznych wątpliwości, tenże: *Assignment of Pure Intangibles in the Conflict of Laws*, w: R. Goode, *The Development of Transnational Commercial Law Policies and Problems*. Oxford 2018, s. 244; współczesna wypowiedź TSUE z 8.06.2017 r. (C-54/16) w sprawie w sprawie *Vinyls Italia SpA*, w upadłości, przeciwko *Mediterranea di Navigazione SpA* — jedynie w części — przyczyniła się do wyjaśnienia tych kontrowersji; C. Thole: *Die Einrede des Anfechtungsgegners gemäß Art. 16 EuInsVO 2017 (Art. 13 EuInsVO 2002) zwischen lex causae und lex fori concursus*. IPRax 2018, z. 4, s. 388—392; odnośnie do konstrukcji przyjętej przez TSUE, w myśl której r.m.p.u. stanowi *lex specialis* w stosunku do rozp. Rzym I zgłosił — nie pozbawione racji — uwagi krytyczne P. Mankowski, tenże: *Anwendbarkeit des Art. 13 EuInsVO zur Lex fori concursus — benachteiligenden Handlungen*. „Neue Zeitschrift für Insolvenz — und Sanierungsrecht” [dalej NZI] 2017, z. 15—16, s. 633.

³⁰ D. Martiny, w: *Münchener...*, nb. 36.

³¹ A. Dickinson: *Tough Assignments: the European Commission's Proposal on the Law Applicable to the Third Party Effects of Assignments of Claims*. IPRax 2018, z. 4, s. 341.

³² D. Einsele: *Die Drittwirkungen von Forderungsübertragung im Kollisionsrecht — ein Kritischer Zwischenruf zum Verordnungsvorschlag der Kommission*. IPRax 2019, z. 6, s. 477—483.

³³ Zauważyć należy, iż powyższą ideę odzwierciedla — stanowiący odzwierciedlenie zasady słuszności, do której nawiązuje przyjmowana w prawie materialnym reguła, że przelew nie może wpływać na stanowisko prawne dłużnika — art. 14 ust. 2 rozp. Rzym I; zob. bliżej C. von Bar: *Abtretung und Legalzession im neuen deutschen IPR*. *RabelsZ*, t. 53, z. 3, 1989, s. 468.

rozumiana w kontekście jego skutków „rzeczowych”³⁴. Takie ujęcie jest konsekwencją jego hybrydalnej natury³⁵. Może być ona zatem rozważana w stosunku pomiędzy cesjonariuszem a innymi „pretendentami” do wierzytelności, pomiędzy jej nabywcą a wierzycielami cedenta reprezentowanymi przez syndyka masy upadłości, czy też osobami trzecimi. Powyższa Autorka wyraziła interesującą myśl, iż „przenoszenie” zasady jawności praw rzeczowych na obszar prawa zobowiązań wydaje się dyskusyjne. W konsekwencji chodzi tu jedynie o ochronę interesów gospodarczych osób trzecich³⁶. Ponadto uważa ona również, że rozważanie zagadnienia ochrony osób trzecich jest, w kontekście przelewu, w wielu aspektach dyskusyjne³⁷. Przy czym ochrona ta winna odbywać się na płaszczyźnie prawa materialnego, które może przewidywać obowiązki wpisu do rejestru (*Absolute Publizitätsmittel*) albo inne rozwiązania zapewniające skuteczność względem określonych osób, takie jak zawiadomienie o przelewie (*Relative Publizitätsmittel*)³⁸. Przykładami absolutnych środków publikacyjnych są unormowania art. 9 jednolitego kodeksu handlowego (*uniform commercial code*) obowiązującego w Stanach Zjednoczonych³⁹, regulacje przewidziane przez kodeks cywilny Quebecu⁴⁰, czy też unormowania obowiązujące w kanadyjskiej prowincji Saskatchewan.

Bez wątplenia regulacje z zakresu prawa materialnego wymagają obszernego, odrębnego opracowania. W tym miejscu wskazać należy jedynie na reformę prawa zobowiązań — dokonaną na mocy rozporządzenia z 10 lutego 2016 r. — przez prawodawcę francuskiego⁴¹. Ustawodawca francuski stworzył w nawiązaniu do postulatów przedstawicieli gospodarki, opracowań naukowych oraz osiągnięć judykatury całkowicie nową konstrukcję przelewu. Współczesna regulacja przybrała swą postać normatywną w art. 1321 do 1325 franc. kc⁴². Interesujące jest to,

³⁴ A. Flessner: *Privatautonomie und Interessen im internationalen Privatrecht am Beispiel der Forderungsabtretung*. w: *Festschrift für Claus Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II, München 2007, s. 543—569; natomiast w literaturze polskiej na możliwość dokonania przelewu o skutkach czysto rozporządzających zwraca uwagę M. Pazdan: *Przelew wierzytelności na zabezpieczenie*. KPP, R XI:2002, z. 1, s. 124—125.

³⁵ F. Bauer: *Die Forderungsabtretung im IPR*. Frankfurt am Main 2008, s. 33.

³⁶ D. Einsele: *Die Drittwirkungen...*, s. 478—479.

³⁷ D. Einsele: *Die Drittwirkungen...*, s. 478—479.

³⁸ D. Einsele: *Die Drittwirkungen...*, s. 478—479.

³⁹ U.C.C. § 9—310, 9—322 (2013).

⁴⁰ Zob. art. 2663, art. 2945, 2950 kc obow. w Québecu C.Q.L.R., c 64.

⁴¹ *Ordonance Portant réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations*, JOFR Nr 0035 z 11.02.2016 r., www.legisfrance.gouv.fr (dostęp z 1 stycznia 2020).

⁴² Zobacz postanowienia sekcji 1 rozdziału drugiego zatytułowanego *Czynności dotyczące wierzytelności*, znajdującego się w Tytule czwartym zatytułowanym *Ogólna regulacja zobowiązań umownych francuskiego kc*.

że ujmowany w dawniejszej doktrynie⁴³ i orzecznictwie⁴⁴ — jako przesłanka ważności przelewu — wymóg powiadomienia (*signification*) dłużnika, przewidziany przez art. 1690 (wymagającego doręczenia zawiadomienia o przelewie dłużnikowi przez komornika lub zgody dłużnika na przelew⁴⁵ — *acceptation dans un acte authentique*) franc. kc, należy do przeszłości⁴⁶. Jak zauważył H.J. Sonnenberger, zarówno w stosunku pomiędzy cedentem a cesjonariuszem, jak i w stosunku do osób trzecich wierzytelność zostaje przeniesiona z chwilą zawarcia umowy cesji⁴⁷. Na marginesie zauważyć należy, iż wykładnia art. 1690 luksemburskiego kc⁴⁸ — wzorowanego na uchylonych francuskich regulacjach — stanowiła jeden z impulsów ze strony Wyższego Sądu Krajowego w Saarbrücken do zwrócenia się w dniu 8 sierpnia 2018 r. (4 U 109/17) do TSUE z pytaniem prejudycjalnym⁴⁹.

⁴³ K. Thorn: *Ausländisches Akkreditiv und inländische Zahlstelle*. IPRax 1996, z. 4, s. 257—260.

⁴⁴ Orzeczenie Wyższego Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht*) w Köln z 25.05.1994 r. (2 U 143/93), IPRax 1996, z. 4, s. 270.

⁴⁵ B. Audit, L. d'Avout: *Droit international privé*. Issy — les — Moulineaux 2018, s. 815; w konsekwencji dokonania w zakresie poszukiwania „prawa właściwego” dla tego typu aktów osiągnięte przez przedstawicieli doktryny należą — w dużej mierze — do historii prawa międzynarodowego prywatnego.

⁴⁶ H.J. Sonnenberger: *Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts (Teil 2)*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” [dalej ZEuP] 2017, z. 4, s. 795—798.

⁴⁷ H.J. Sonnenberger: *Die Reform...*, s. 795—798.

⁴⁸ Zobacz znajdujące się w tytule VI luksemburskiego kc postanowienia rozdziału VIII zatytułowanego *Du transport des créances et autres droits incorporels*; szczególne znaczenie w tym zakresie odgrywa art. 1690 luksemburskiego kc; egilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20190428, dostęp z 20 listopada 2019 r.; zobacz także F. Reinhart: *Fronting für eine Captive Insurance Company*. Karlsruhe 1999, s. 269, który wskazuje na różnice pomiędzy dawnym prawem francuskim a prawem Luksemburga.

⁴⁹ Orzeczenie zapadło na tle złożonego stanu faktycznego. I tak, przyszła dłużniczka będąca obywatelką Luksemburga, a mającą swój domicyl w Niemczech (następnie uczestniczka postępowania upadłościowego prowadzonego w stosunku osób fizycznych) zawarła w dniu 29 marca 2011 r. — podlegającą prawu niemieckiemu — umowę kredytu z bankiem niemieckim. Osobistym zabezpieczeniem kredytu był przelew na zabezpieczenie — podlegających egzekucji — należności przysługujących jej w stosunku do pracodawcy. Następnie po upływie kilku miesięcy nawiązała nową umowę kredytu, tym razem z bankiem w Luksemburgu (nastąpiło to w dniu 15 czerwca 2011 r.), ponownie dokonując cesji wierzytelności przysługujących jej z tytułu umowy o pracę. W dniu 5 lutego 2014 r. ogłoszono w stosunku do cedentki — dwukrotnie rozporządzającej wierzytelnością — upadłość konsumencką. W konsekwencji zarządca (*Insolvenzverwalter*) złożył należącą do masy kwotę — ściągniętą od jej pracodawcy w depozycie sądowym. Do zaspokojenia ze środków zgromadzonych w masie upadłości dążył zarówno cesjonariusz niemiecki wnosząc powództwo, jak i instytucja kredytowa z siedzibą w Luksemburgu za pośrednictwem powództwa wzajemnego. Z perspektywy prawa niemieckiego pierwsza cesja była skuteczna, natomiast z punktu widzenia prawa luksemburskiego była ona

Natomiast ochrona zapewniana przez absolutne środki publikacyjne również może okazać się iluzoryczna. I tak, C. Walsch zauważa, że istnieją również rejestry niedostępne dla szerszej publiczności⁵⁰. Ponadto wpisy do takich rejestrów mają różne znaczenie, niekiedy konkurują z innymi środkami zapewniającymi jawność przelewu. Nadto wpisy do rejestru dostępne są jedynie dla określonych podmiotów, lub też ich przedmiotem mogą być jedynie pewne kategorie wierzytelności. Wreszcie przedmiotem takich rejestrów mogą być przelewy stanowiące „fragment” szerszego prawa zabezpieczającego całe przedsiębiorstwo dłużnika⁵¹. Także „mechanizmy” — przewidziane w poszczególnych systemach prawnych — określające różne przejawy zawiadomienia dłużnika o przelewie — jak wskazano powyżej — różnią się względem siebie⁵².

Z kolei M.F. Müller opowiada się za szerokim ujęciem pojęcia „rzeczowe skutki przelewu”⁵³. Także H. Labonté pojęciem tym obejmuje ogół materialnych postanowień obejmujących transfer „tytułu”, na podstawie których można ustalić, czy cesjonariuszowi przysługuje wierzytelność (*all subsantive provisions relating to the transfer of title that determines whether or not the assignee prevails over third partie vis-à-vis the claim*)⁵⁴. Uważa on, że takim pojęciem należy objąć kwestie, czy wierzytelność „wyszła” z majątku cedenta, czy może stanowić ona przedmiot zaspokojenia dla wierzycieli cesjonariusza. Wreszcie uważa on, że także dłużnik ma interes w ustaleniu tego, kto jest jego wierzycielem, chociażby w sytuacji, w której w stosunku do cedenta przysługuje mu nadająca się do potrącenia wierzytelność wzajemna⁵⁵.

— wskutek zaniechania zawiadomienia dłużnika — w myśl art. 1690 luksemburskiego kc — nieskuteczna.

⁵⁰ C. Walsh: *The Role of Party autonomy...*, s. 187.

⁵¹ C. Walsh: *The Role of Party autonomy...*, s. 187.

⁵² C. Walsh: *The Role of Party autonomy...*, s. 187.

⁵³ M.F. Müller: *Drittwirkungen der Forderungsübetragung...*, s. 526.

⁵⁴ H. Labonté: *Third — Party effects...*, s. 319—342.

⁵⁵ H. Labonté: *Third — Party effects...*, s. 327—328.

3. Wypowiedź TSUE z 9 października 2019 r. (C 548/18) i kalejdoskop zapatrywań głoszonych w doktrynie odnośnie do prawa właściwego dla skutków przelewu względem osób trzecich

Przed laty Aldricus zauważył — trawestując rotę dawnej przysięgi sędziowskiej rozpoczynającej się od słów *debet enim iudicare...*⁵⁶ — że należy stosować prawo bardziej „efektywne” i „pożyteczne” — (*eam quae potior et utilior videtur*)⁵⁷. Natomiast rozstrzygnięcie wydane przez TSUE z 9 października 2019 r. (C-548/18) nawiązuje jedynie do tradycyjnego kanonu interpretacyjnego prawa unijnego, czyli analizy celów przepisu, jego funkcjonalnego związku z innymi uregulowaniami oraz historii powstania określonej regulacji⁵⁸. Wypowiedź ta nie przyniosła przełomu⁵⁹, zamiast stanowić kres niepewności⁶⁰ sędziowie z Luksemburga proklamowali — jako zasadę — niepewność prawa⁶¹. *Sententia lata*⁶² i *sententia ferenda* nie są w tej wypowiedzi dostrzegalne, pomimo iż sądy w poszczególnych państwach członkowskich są — przynajmniej w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego — w dużym stopniu uzależnione od treści rozstrzygnięć TSUE⁶³. Nie stanowi ono nawet „punktu orientacyjnego” pozwalającego na nawigację po „cieśninie kolizyjnego prawa unijnego”⁶⁴ pomiędzy *Skyllą* rozwiązań nawiązujących w różnicowa-

⁵⁶ G. Kegel: *Internationales Privatrecht*. 5. Aufl. München 1985, s. 94; Autor ten wspomina, iż w starożytnych Atenach sędzia składał przysięgę obligującą go do zastosowania — w przypadku luki w prawie — najsprawiedliwszego rozwiązania.

⁵⁷ P. Franzina, w: J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio (ed.) *Encyclopedia — of — Private International Law...*, s. 48—50.

⁵⁸ C. Schmit: *komentarz do orzeczenia TSUE...*, s. 939.

⁵⁹ H.P. Mansell, K. Thorn, R. Wagner: *Europäisches Kollisionsrecht...*, s. 85—119.

⁶⁰ D. Martiny, w: *Münchener...*, nb. 11.

⁶¹ R. Freitag: *Der Statut der Drittwirkungen einer Abtretung*. LMK 2019, nr 424074; P. Mankowski: *Komentarz...*, s. 728.

⁶² Zauważyć należy, iż niemalże przed trzydziestoma laty P. Lagarde, zauważył, iż art. 12 konw. rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych nie normuje zagadnienia skuteczności przelewu względem osób trzecich, tenże: *Le nouveau droit international privé des contrats après l; entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980*. Rev. crit. dr. int. pr 1991, n. 2, s. 335—336.

⁶³ D.P. Fernández Arroyo: *Denationalising Private International Law...*, s. 35.

⁶⁴ Próby podejmowane pod auspicjami Unii zmierzające do rozwiązania tej problematyki wskazują pośrednio na to, iż zwyciężyło zapatrywanie, iż chodzi tu o kwestię europejskiego prawa zobowiązań; odnośnie do przeciwnego zapatrywania zob. bliżej F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 103, s. 167, s. 301 i n.

nym zakresie⁶⁵ do kolizyjnoprawnej zasady autonomii woli⁶⁶ a *Charybdą* łącznika obiektywnego. Podkreślić należy, iż wśród tych pierwszych rozwiązań w grę może wejść jedynie statut wierzytelności⁶⁷. Jego zwolennicy podkreślają, że wierzytelność jako jednolita struktura podlegać może „zarówno w aspekcie jej zgaśnięcia, jak i zbycia tylko jednemu prawu”⁶⁸, podkreślając przy tym zasadę jednolitego stosowania⁶⁹, która i tak napotyka na przeszkody w postaci licznych kwestii cząstkowych, takich np. jak prawo właściwe dla oceny zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych stron przelewu. Natomiast judykatura niemiecka dostarcza wielu przykładów zastosowania tego ujęcia⁷⁰.

Podobnie jak to ma miejsce na obszarze innych niezwykle spornych obszarów prawa międzynarodowego prywatnego, idealne rozwiązania odnoszące się do sposobów poszukiwania prawa właściwego dla rzeczowych skutków przelewu nie istnieją⁷¹. Panaceum zapobiegającym tym trudnościom byłoby ujednoczenie krajowych uregulowań poświęconych przelewowi. Z drugiej strony — jak wskazuje przykład międz. pr. upadł. — jed-

⁶⁵ Unormowanie art. 10 ust. 2 holenderskiej ustawy z unormowaniem międzynarodowego prawa rzeczowego z 25.02.2008 r. (weszła ona w życie w dniu 1.05.2008 r.) nawiązujące w aspekcie prawa właściwego dla skutków przelewu względem osób trzecich do umowy zawartej pomiędzy stronami nie wchodzi w zasadzie w grę jako propozycja mogą stanowić fundament dla przyszłej europejskiej regulacji, zobacz skrótowe uwagi w tym zakresie, T. Struycken, B. Sujecki: *Das niederländische Gesetz zur Regelung des internationalen Sachenrecht*. IPRax 2008, z. 6, s. 558—562; zob. A. Kozioł: *O nowym unormowaniu holenderskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej PPM] t. 11, z. 141—153.

⁶⁶ C. Walsh: *The Role of Party Autonomy...*, s. 183.

⁶⁷ Interesujące jest to, iż § 14 pochodzącego z 1881 r. projektu autorstwa Gebharda znalazł się przepis stanowiący: „Przelew wierzytelności podlega prawu państwa, które rozstrzyga o wierzytelności”; propozycja ta została skreślona — jako oczywista — podczas 693 sesji „Pierwszej Komisji”, zob. Ch. von Bar: *Abtretung und Legalzession...*, s. 467, przyp. 24 i przyp. 25.

⁶⁸ M. Guldener: *Zession, Legalzession und Subrogation im IPR*. Zürich 1929, s. 23.

⁶⁹ R. Freitag: *Verkauf und Zession und Zession hypothekarisch gesicherten Forderungen im Internationales Privatrecht*. RIW 2005, z. 1, s. 29.

⁷⁰ Zobacz — pochodzące jeszcze sprzed wejścia w życie konw. rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych — orzeczenie niem. SN z 20 czerwca 1990 r. (VIII ZR 150/89) IPRax 2000, z. 2, s. 128, zob. bliżej A. Stadler: *Der Streit um das Zessionsstatut — eine Endlose Geschichte?*. IPRax 2000, s. 104—110; E.M. Kieninger: *Globalzession und Eigentumsvorbehalt im internationalen Rechtsverkehr*. „Juristen Zeitung” [dalej JZ] 1999, z. 8, s. 404—410; ponadto porównaj — wpisujące się w nurt, podstawowej dla międzynarodowego prawa upadłościowego, zasady uniwersalizmu, której wyrazem jest współcześnie przyjęta przez art. 19 r.m.p.u. 2015/548 zasada automatycznego uznawania zagranicznych postępowań upadłościowych — orzeczenie niem. SN (*Bundesgerichtshof*) z 24 lutego 1994 r. (VII ZR 34/93), „Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen” [dalej BGHZ 125], poz. 22, s. 196—206.

⁷¹ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 292.

nolita regulacja na płaszczyźnie prawa kolizyjnego ma znikomy wpływ na ujednoczenie prawa merytorycznego. Te pierwsze unormowania mogą być źródłem dodatkowych wątpliwości, gdyż są oparte o założenie, że nieprzewidywalna niepewność wiążąca się z ogłoszeniem upadłości cedenta może być ujęta jako przewidywalne ryzyko⁷².

4. Próba transpozycji pojęcia „główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika” na obszar międzynarodowego prawa zobowiązań

Współcześnie coraz większą ilość zwolenników⁷³ znajduje łącznik siedziby cedenta rozumiany przez Autorów sprawozdania z 26 września 2016 r. w nawiązaniu do kryterium jego zwykłego pobytu⁷⁴. W piśmiennictwie podnosi się szereg jego zalet⁷⁵. I tak, zapewnia on pewność prawa w przypadku cesji globalnej przyszłych wierzytelności⁷⁶, ponadto gwarantuje ochronę konkurujących z sobą wierzycieli, gdyż w przypadku wymogów publikacyjnych — przewidzianych przez wiele systemów prawnych — wierzyciel jest w stanie uzyskać wiedzę o unormowaniach obowiązujących w siedzibie cedenta, i w ten sposób podjąć starania zmierzające do ochrony swych uprawnień. Wreszcie kryterium to nawiązuje do art. 22 konw. nowojor. o cesji⁷⁷. Także ujęty w postanowieniach rozdziału

⁷² C. Thomale: *Das Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen bei Gesellschaftsinsolvenzen mit Auslandsberührung*. IPRax 2018, z. 3, s. 257.

⁷³ E.M. Kieninger: *Das auf die Drittwirkungen...*, s. 3353; C. Walsh: *The Role of Party Autonomy...*, s. 181 i n.

⁷⁴ COM 2016 (626) final, s. 12.

⁷⁵ E.M. Kieninger, E. Schütze: *Die Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht*. IPRax 2005, z. 3, s. 200—208.

⁷⁶ M. Pazdan: *Przelew wierzytelności...*, s. 132—134.

⁷⁷ Wedle tej normy — noszącej „nagłówek” *prawo właściwe dla konkurujących uprawnień: (law applicable to competing rights)* — „With the exception of matters that are settled elsewhere in this Convention and subject to articles 23 and 24, the law of the State in which the assignor is located governs the priority of the right of an assignee in the assigned receivable over the right of a competing claimant”, wedle polskiego przekładu — dokonanego przez W. Kurowskiego — norma ta brzmi; „Z wyjątkiem kwestii uregulowanych innymi postanowieniami niniejszej konwencji oraz z zastrzeżeniem art. 23 i art. 23 (niniejszej konwencji), prawo państwa, w którym cedent ma swą siedzibę, jest właściwe dla oceny pierwszeństwa prawa cesjonariusza do wierzytelności stanowiącej przedmiot przelewu przed prawem osoby występującej z konkurencyjnym roszczeniem”. W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w handlu...*, s. 1133—1193.

VIII prawa modelowego — nawiązujących do koncepcji jedności zabezpieczenia i jego funkcjonalnego ujęcia⁷⁸ — UNICITRAL o „czynnościach zabezpieczających” (*Model Law on Secured Transactions*)⁷⁹ z 2016 r. — art. 86, określa łącznik siedziby „dającego zabezpieczenie” (*grantor*)⁸⁰. Podkreślić należy, iż zbywca wierzytelności znajduje się w „centrum” swoistej konstrukcji prawnej, jaką stanowi przelew. Kryterium to było rozważane już *in statu nascendii* prac nad kodyfikacją europejskiego międzynarodowego prawa zobowiązań⁸¹. Pomimo swej wieloznaczności⁸² oraz potencjalnego niebezpieczeństwa wiążącego się z jego przyjęciem w postaci ograniczenia unijnej swobody przedsiębiorczości⁸³ stanowi „pomost” łączący regulacje międzynarodowego prawa zobowiązań z unormowaniami międz. praw. upadł⁸⁴. Nawiązują do niego także prawodawcy

⁷⁸ C. Heinze, C.J. Warmuth: *The law applicable...*, s. 821.

⁷⁹ Uncitral Model Law on Secured Transactions, Vienna 2019.

⁸⁰ Wedle tej normy: „Except provided in articles 87 and 97—100, the law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in an intangible asset is the law of the State in which grantor is located”.

⁸¹ Zobacz art. 16 ust. 2 przedprojektu konwencji rzymskiej pochodzącego z 1972 r.; O. Lando, B. v. Hoffmann, K. Siehr: *European Private Law of Obligations 1975*. Tekst tej normy w języku francuskim podany został na s. 224 tego opracowania, natomiast przekład angielski znajduje się na s. 235; Natomiast E.M. Kieninger zwraca uwagę na wniosek delegacji irlandzkiej i duńskiej, zmierzający do skreślenia tej normy, w którym podkreślono nieprzystawalność łącznika prawa właściwego dla wierzytelności do potrzeb międzynarodowego prawa upadłościowego, też: *Forderungsabtretungsstatut im Verhältniss zu Dritten*. *RabelsZ* 1998, t. 62, z. 4, s. 690.

⁸² W. Klyta: *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2002, s. 25—34; A. Flessner: *Privatautonomie und Interessen...*, s. 555.

⁸³ A. Flessner: *Privatautonomie und Interessen...*, s. 555.

⁸⁴ F. Bauer, twierdząc, iż problematyka prawa właściwego dla rzeczowych skutków przelewu wykracza poza zakres materii europejskiego prawa zobowiązań, proponuje — w przyszłym rozp. unijnym poświęconym międz. prawu rzeczowemu (jednak *de lege lata* brakuje Unii kompetencji ustawodawczej w dziedzinie prawa rzeczowego) lub ogólnym rozp. normującym całokształt europejskiego prawa pryw. międz. — przyjęcie rozbudowanej regulacji. Na jej czele stać winna norma „posiłkowa” o brzmieniu: „Relacja pomiędzy cedentem i cesjonariuszem podlega prawu rządzącemu tym stosunkiem”; w dalszej kolejności następuje zasadnicze unormowanie stanowiące: „Przesłanki i skutki zbycia wierzytelności w stosunku do osób trzecich wraz z unormowaniami odnoszącymi się do formy tego zbycia podlegają prawu państwa, w którym podmiot uprawniony w pełni do wierzytelności (*Vollrechtsinhaber*) ma swój główny ośrodek podstawowej działalności. W przypadku, w którym ustalenie tego kryterium jest niemożliwe należy stosować prawo państwa, w którym podmiot uprawniony w pełni do wierzytelności (*Vollrechtsinhaber*) ma miejsce swego zwykłego pobytu. W przypadku spółki, stowarzyszenia lubi osoby prawnej za miejsce zwykłego ich pobytu należy przyjąć miejsce ich rzeczywistej siedziby”. Wreszcie F. Bauer proponuje normę chroniącą dłużnika o interesującej treści: „Prawo państwa, któremu podlega wierzytelność stanowiąca przedmiot przelewu określa w jakim zakresie treść i zakres wierzytelności ulega zmianie wskutek przelewu, w szczególności temu prawu podlegają zarzuty, które może dłużnik kierować przeciwko nowemu wierzycielowi”.

w niektórych państwach członkowskich Unii⁸⁵, jak i sądy w państwach należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁸⁶. Pojawia się zatem pytanie, czy podstawowe pojęcie międz. pr. upadł., jakim jest działalność główny ośrodek podstawowej dłużnika⁸⁷, jest na tyle precyzyjne aby zapewnić ochronę wierzycieli cedenta w przypadku jego upadłości⁸⁸. Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest stwierdzenie Pierwszego

wi. Ponadto prawo to określa przesłanki przy zaistnieniu których niezależnie od prawa wskazanego w ustępie poprzedzającym dłużnik może „potraktować” nieuprawnionego jako wierzyciela a wierzyciela jako nieuprawnionego”. Kolejny fragment propozycji dotyczy problematyki zmiany statutu. I tak: „Przeniesienie głównego ośrodka podstawowej działalności do innego państwa nie ma wpływu na prawa na wierzytelności powstałe przed przeniesieniem. Nie mogą one być wykonywane w sprzeczności nowym prawem”. W końcu Autor ten definiuje pojęcie „przeniesienia wierzytelności”; w konsekwencji wedle jego propozycji: „Pojęcie przeniesienie obejmuje nieograniczone przeniesienie wierzytelności włącznie z ich przeniesieniem na zabezpieczenie jak również skuteczne względem osób trzecich częściowe przeniesienie wierzytelności”; tenże: *Forderungsabtretung...*, s. 305—306; propozycja ta zyskała akceptację ze strony F.J. Sonnenbergera, tenże: *Randbemerkungen...*, s. 230—231; zauważyć należy, iż zmierzająca w tym samym kierunku idea została zgłoszona przed laty przez W. Kurowskiego, i tak: wedle normy proponowanej przez tego Autora: 1) „Przelew wierzytelności podlega prawu państwa, w którym cedent ma, w chwili zawarcia umowy siedzibę albo miejsce zwyczajnego pobytu. Temu samemu prawu podlega ocena skuteczności przelewu względem osób trzecich. 2) Prawo, któremu podlega przenoszona wierzytelność, rozstrzyga o dopuszczalności jej przelewu, przesłankach skuteczności przelewu wobec dłużnika oraz stosunkach pomiędzy cesjonariuszem a dłużnikiem”, tenże: *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 250, propozycja ta zyskała akceptację ze strony M. Pazdana, tenże: *Zagadnienia kolizyjnoprawne...*, s. 893, przyp. 20.

⁸⁵ Zobacz art. 87 § 3, zd. 1 belgijskiego kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z 16 lipca 2004 r., Mon. belg z 27.07.2004 r., s. 57344—57374, zobacz angielski przekład tego przepisu autorstwa C. Clijmans i P. Toremansa, opubl. *RebelsZ* 2007, t. 70, s. 358—397.

⁸⁶ K. Lillehot: *Norwegian Supreme...*, s. 539 i n.

⁸⁷ Kryteria określone zarówno w art. 19 rozp. Rzym I, jak i art. 3 r. m.p.u. 2015/848 prowadzą w zasadzie do tych samych rezultatów; przy czym łącznik miejsca siedziby głównego organu zarządzającego spółek i innych osób prawnych, jak również podmiotów nieposiadających osobowości prawnej określony w art. 19 pkt 1 rozp. Rzym I został przez twórców r.m.p.u. 2015/848 odzwierciedlony w inny sposób, mianowicie za pośrednictwem domniemania, że rzeczywista siedziba określona jako główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w państwie ich utworzenia (czyli w państwie ich siedziby statutowej); w konsekwencji prawodawca dopuszcza sytuacje, w której spółka przenosi — w określonych ramach czasowych — swą siedzibę do innego państwa w celu skorzystania z obowiązujących tam regulacji prawa upadłościowego.

⁸⁸ T.C.Hartley: *Choice of law regarding the voluntary assignment of contractual obligations under the Rome I Regulation*. „The international & Comparative Law Quarterly” [dalej ICLQ] 2011, Nr 1, s. 48—49; Autor ten zauważa, że pojęcie „dłużnik” może wskazywać na dłużnika wierzytelności stanowiącej przedmiot przelewu, jednakże w dalszych rozważaniach pod tym pojęciem będzie rozumiany niewypłacalny cedent.

Rzecznika Generalnego TSUE M. Szpunara. Rzecznik ten podkreślił na kartach — przedstawionej w dniu 2 marca 2017 r. (C-54/16) w sprawie *Vinyls Italia SpA*, w upadłości, przeciwko *Mediterranea di Navigazione SpA* — opinii, że nieocenioną pomocą przy dokonywaniu wykładni r.m.p.u. 1346/2000 są uwagi poczynione w pochodzącym z 3 maja 1996 r. raporcie M. Virgósa i E. Schmit, który dotyczy wprowadzie fundamentu dla europejskiego międz. pr. upadł. w postaci konwencji w sprawie postępowania upadłościowego⁸⁹, niemniej jednak powszechnie, w doktrynie uznaje się go za źródło wartościowych wskazówek dotyczących interpretacji przepisów rozporządzenia. Wskazane opracowanie zachowuje pełną aktualność pod rządami r.m.p.u. 2015/848⁹⁰. Twórcy tego dokumentu zauważyli, że upadłość to przewidywalne ryzyko, w konsekwencji istotne znaczenie ma przyjęcie takich obiektywnych łączników jurysdykcyjnych, które mogą zostać z łatwością ustalone przez wierzycieli upadłego. Umożliwi to przewidywalność ryzyka wiążącego się z upadłością⁹¹. Po upływie niemalże ćwierćwiecza współczesna judykatura nadal zмага się z niepewnością wiążącą się z interpretacją pojęcia główny ośrodek podstawowej działalności dłużnika⁹². W tym miejscu przytoczyć należy fragment rozbudowanej normy określonej w art. 3 r.m.p.u. 2015/848. I tak, zgodnie art. 3 ust. 1 *in fine* tego aktu, „głównym ośrodkiem podstawowej działalności” (znajdującym się na obszarze Unii z wyjątkiem Danii) jest miejsce, w którym dłużnik regularnie zarządza swoją działalnością o charakterze ekonomicznym i które „jako takie” jest rozpoznawalne dla osób trzecich⁹³. W dalszej kolejności norma ta określa trzy presumpcje odnoszące się zarówno do spółek i osób prawnych, jak i osób

⁸⁹ Dz.U. N. L 6500/96; akt ten został otwarty do podpisu w Brukseli w dniu 23 listopada 1995 r. i podpisany przez przedstawicieli dwunastu państw członkowskich Unii.

⁹⁰ Zobacz stwierdzenie określone w tezie nr 41 Opinii Rzecznika Generalnego TSUE w sprawie (C-54/16) *Vinyls Italia SpA*, w upadłości, przeciwko *Mediterranea di Navigazione SpA*.

⁹¹ Tekst powyższego opracowania zamieszczony jest w postaci załącznika nr 3 w opracowaniu komentarzowym: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary On The European Insolvency Regulation*. Oxford 2016, s. 817—875.

⁹² Zobacz orzeczenie Sądu Krajowego (*Landesgericht*) w Berlinie z 8.01.2018 r. (84 T 2/18). IPRax 2018, z. 3, s. 271—274, ten wyrok zapadł na tle następującego stanu faktycznego: spółka z o.o. prowadząca przedsiębiorstwo lotnicze o firmie „Niki” z siedzibą statutową we Wiedniu złożyła wniosek o upadłość do sądu niemieckiego powołując się na okoliczność, że jej główny ośrodek podstawowej działalności znajduje się w innym państwie niż państwo jej statutowej siedziby. Sąd niemiecki stwierdził, iż okoliczności pozwalające na obalenie podstawy domniemania nie zostały uprawdopodobnione. W konsekwencji próba ochrony przed *forum shopping* — o którym mowa w punktach 29 i 30 preambuły do r.m.p.u. 2015/848 ze strony upadłej spółki okazała się nieudana.

⁹³ Zauważyć należy, iż swoista technika polegająca na „inkorporacji” niejasnej tezy nr 13 preambuły do r.m.p.u. 1346/2000 do przepisu art. 3 ust. 1 wersji przekształco-

fizycznych. Te ostatnie podmioty podzielone zostały na dwie kategorie. I tak, w pierwszej z nich znaleźli się przedsiębiorcy, natomiast w drugiej konsumenci. Jak dotychczas nie sformułowano powszechnie akceptowanych dyrektyw autonomicznej wykładni kryterium głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika⁹⁴. Jego istota — nawet jeżeli przy jego interpretacji należy uwzględnić dodatkowe czynniki⁹⁵ — tkwi w koncepcji rzeczywistej siedziby spółki rozumianej jako miejsce, w którym podstawowe decyzje zarządu spółki są realizowane podczas jej codziennej działalności. W tym miejscu należy przytoczyć argument zgłoszony przez F. Bauera, który zauważył, iż wówczas gdy cesjonariusz — powołujący się na skuteczny przelew — jest uprawniony do żądania „oddzielenia” od masy upadłości cedenta przysługującej mu wierzytelności dojdzie do „uzgodnienia ze sobą” statutu, któremu podlega zbycie wierzytelności i statutu upadłościowego⁹⁶. Ograniczy to konieczność dokonania zabiegów kwalifikacyjnych. Jednakże dodać należy, że źródłem dodatkowych trudności interpretacyjnych jest wskazane wyżej domniemanie, w myśl którego prawodawca unijny zakłada „zgodność” podstawowego łącznika między pr. upadł. z statutową siedzibą spółki⁹⁷. W konsekwencji, wykluc-

nej r.m.p.u. 2015/848 osłabia domniemanie, iż główny ośrodek podstawowej działalności spółki lub osoby prawnej znajduje się w miejscu jej siedziby statutowej.

⁹⁴ Zobacz np. tezę nr 33 uzasadnienia do wyroku TSUE z dnia 2 maja 2006 r. w sprawie (C-341/04) *Eurofood IFSC Ltd*; Sąd w Luksemburgu ograniczył się do transpozycji, przytoczonych powyżej, stwierdzeń M. Virgós a i E. Schmit; zobacz także: wyrok TSUE z dnia 20 października 2011 r. w sprawie C-396/0, w postępowaniu: *Interedil Srl*, w likwidacji, przeciwko *Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, wyrok TSUE z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie C-191/10 *Rastelli Davide e C. snc* przeciwko *Jean-Charles'owi Hidouxowi*, działającemu w charakterze syndyka masy upadłości spółki *Médiasucre international*; wspólnie przedmiotem zainteresowania TSUE jest konstrukcja *vis attractiva concursus*, zob. wyrok TSUE z dnia 4 grudnia 2019 r. w sprawie C-493/18 w postępowaniu *UB* przeciwko *VA, Tiger SCI, WZ*, w charakterze syndyka masy upadłości *UB, Banque patrimoine et immobilier SA*; interesujący jest również wyrok TSUE z 18 września 2019 r. w sprawie C-47/18 w postępowaniu Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej — Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad przeciwko *Stephanowi Rielowi*, występującemu w charakterze zarządcy tymczasowego majątku *Alpine Bau GmbH*.

⁹⁵ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 288; wśród dalszych czynników wskazać należy na siedziby strategicznych klientów dłużnika, statuty, którym podlegają umowy o pracę zatrudnianych przez spółkę pracowników, miejsce, w którym znajdują się biura spółki, miejsce działania organów nadzorujących spółkę.

⁹⁶ E. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 287.

⁹⁷ Swoistą — niesprzyjającą — pomimo deklaracji prawodawcy określonej w tezach nr 29 i nr 30 preambuły do r.m.p.u. 2015/848 — pewności prawa regulację — określa art. 3 ust.1 pkt. 1. r. m.p.u. 2015/848; w myśl tej normy: „w przypadku spółki lub osoby prawnej domniemywa się, wobec braku dowodu przeciwnego, że głównym ośrodkiem ich podstawowej działalności jest miejsce siedziby statutowej. Domniemanie takie ma zasto-

czając skrajne przypadki „zmiany szaty prawnej spółki”⁹⁸, można liczyć się z sytuacjami, w których działalność spółki skoncentrowana będzie zarówno w miejscu jej siedziby statutowej oraz w innych miejscach. Wówczas pomimo widocznej — w świetle najnowszych zmian legislacyjnych — tendencji do jej osłabienia nadal funkcjonować będzie powyższa presumpcja, co w istocie doprowadzi do „lokalizacji” głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika w miejscu statutowej siedziby spółki. Powyżej wskazane orzeczenie Sądu Krajowego (*Landesgericht*) w Berlinie z 8 stycznia 2018 r. (84 T 2/18) wskazuje, iż nawet duże spółki dysponujące fachowym doradztwem prawnym nie są w stanie przewidzieć tego potencjalnego systemu prawnego rządzącego ich upadłością (statutu upadłościowego). W świetle powyższych stwierdzeń blask kryterium głównego ośrodka podstawowej działalności cedenta nieco przygasa.

Na marginesie zauważyć należy, że słabości tego rozwiązania ujawniają się również w przypadku, gdy jedna wierzytelność przysługuje kilku wierzycielom mającym siedziby w różnych państwach, a w myśl postanowień prawa państwa, któremu podlega wierzytelność, muszą oni działać wspólnie⁹⁹.

5. Pogranicze międzynarodowego prawa rzeczowego i europejskiego międzynarodowego prawa upadłościowego

Zespolenie skutków obligacyjnych i rzeczowych w jednolitej konstrukcji przelewu określane jest w doktrynie za pośrednictwem metafory „dwóch stron tego samego medalu”¹⁰⁰. W konsekwencji immanentnym

sowanie tylko wtedy, gdy siedziba statutowa nie została przeniesiona do innego państwa członkowskiego w okresie trzech miesięcy poprzedzających złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego”.

⁹⁸ Zobacz orzeczenie TSUE z 25 października 2017 r. (C-106/16) w sprawie „Polbud”, krytycznie odnośnie do tej wypowiedzi odniósł się A. Wowerka, tenże: *Kolizyjnoprawne transgraniczne przekształcenie spółki a przeniesienie siedziby spółki. Kolizyjnoprawna zasada jednoczesnego stosowania prawa właściwego dla spółki przekształcanej i prawa państwa spółki docelowej (zasada kombinacji, zjednoczenia). Przeniesienie siedziby spółki i zmiana statutu personalnego spółki*. „Gdańskie Studia Prawnicze Przegląd Orzecznictwa” 2018, nr 4, s. 53—66.

⁹⁹ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 290.

¹⁰⁰ A. Flessner: *Privatautonomie und Interessen...*, s. 543; natomiast w dawniejszej doktrynie austriackiej rozważano również analogiczne stosowanie statutu rzeczowego w kwestii wskazania prawa właściwego dla przelewu, zob. — pochodzące sprzed wej-

ograniczeniem regulacji określonej art. 14 rozp. Rzym I są postanowienia w międzynarodowego prawa rzeczowego, a ściślej rzecz ujmując regulacje określające „los” zabezpieczeń rzeczowych w przypadku upadłości cedenta¹⁰¹. W tym miejscu pojawia się swoista kwestia wstępna w postaci zagadnienia, jaki podmiot nabył skutecznie wierzytelność, która jest konieczna do rozstrzygnięcia kwestii głównej, którą stanowi ochrona wierzycieli cedenta przewidziana przez — wyznaczone normami kolizyjnymi międz. pr. upadł — merytoryczne unormowania prawa upadłościowego¹⁰². Jak zauważył R. Freitag, w przypadku przelewu na zabezpieczenie, jak również innych zabezpieczeń mogących obciążać wierzytelność, takich jak np. zastaw na wierzytelności, należy uwzględnić uregulowanie określone w art. 8 r.m.p.u. 2015/848¹⁰³. Wskazane unormowanie należy do najbardziej spornych regulacji europejskiego międz. pr. upadł.¹⁰⁴. Stanowiło zatem przedmiot zainteresowania Rzecznika Generalnego TSUE M. Szpunara. Autor ten nawiązał do dominującego w doktrynie poglądu. Wyrazem jego stanowiska są: opinia z 27 listopada 2014 r. w sprawie *H. Lutz v. E. Bäurle* (C-557/13), jak również — stanowiąca rozwinięcie wcześniej wyrażonych myśli — opinia z 26 maja 2015 r. (C-195/15) w sprawie *SCI Senior Home v. Gemeinde Wedemark Hannoversche Volksbank eG*¹⁰⁵. Według art. 8 r.m.p.u. 2015/848 *in fine*: „otwarcie postępowania upadłościowego nie narusza (shall not affect, nicht berührt) praw rzeczowych przysługujących wierzycielowi lub osobie trzeciej na rzeczach lub prawach znajdujących się w chwili otwarcia postępowania w innym państwie członkowskim”¹⁰⁶. Celem tej normy jest ochrona wierzycieli i osób trzecich przed nieprzewidzianą przez statut rzeczowy daleko posuniętą ingerencją ze strony statutu upadłościowego w istotę danego zabezpieczenia rzeczowego. Rozwiązanie to powinno się przyczynić — zdaniem jego twórców — do uproszczenia i przyspieszenia toku międzynarodowego postępowania upadłościowego. Niestety najważniejszą zaletą tego ujęcia jest jego prostota (*simplicity of formula, règle*

ścia w życie konw. rzymskiej — orzeczenia Sądu Krajowego (*Landesgericht*) w Innsbrucku z 10.09.2004 r. oraz Wyższego Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht*) z 4.01.2005 r. w Innsbrucku a także austriackiego SN (*Oberstes Gericht*) z 8. 03. 2007 r. „*Zeitschrift für Rechtsvergleichung*” [dalej *ZfRV*] 2007, z. 2, s. 78—80, wraz z glosą H. Offnera, tamże, s. 80.

¹⁰¹ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 94.

¹⁰² F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 94.

¹⁰³ R. Freitag: *Der Statut der Drittwirkungen einer Abtretung*. LMK 2019, nr 424074.

¹⁰⁴ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 136—152.

¹⁰⁵ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 148—152.

¹⁰⁶ Należy zauważyć, iż w istocie przepis ten wyraża następującą normę: „prawo państwa, w którym otwarto postępowanie upadłościowe nie narusza praw rzeczowych”.

pur et simple). W dawniejszej doktrynie sporny był charakter tego uregulowania¹⁰⁷. Niektórzy sądzą, iż stanowi ono swoistą normę kolizyjną¹⁰⁸. Z zastosowanego w tym przepisie sformułowania „nie narusza” wynika, iż uprawnienia przysługujące wierzycielowi mogą zostać ograniczone przez postanowienia prawa upadłościowego obowiązujące w państwie, w którym znajduje się obciążona rzecz¹⁰⁹. Przyjęcie tego zapatrywania przyczynić się może do przyspieszenia postępowania upadłościowego i ułatwienia zarządu masą upadłości¹¹⁰. Jednakże według dominującego — wzmocnionego powyżej wskazanymi współczesnymi wypowiedziami TSUE — poglądu art. 8 r.m.p.u. 2015/848 jest przepisem o charakterze materialnym. Jego znaczenie wyraża się w tym, iż przysługujące wierzycielom zabezpieczenie nie podlega jakimkolwiek ograniczeniom — ani ze strony statutu upadłościowego, ani prawa upadłościowego państwa, w którym jest ono położone¹¹¹. Dodać należy, że za poglądem tym przemawiają również dyrektywy wykładni systemowej. Przepis art. 8 r.m.p.u. 2015/848 jest inaczej sformułowany niż pozostałe normy kolizyjne — przewidziane w obydwu wersjach rozporządzenia o międzynarodowym postępowaniu upadłościowym. Brakuje w nich łącznika wskazującego prawo właściwe. M. Virgós i E. Schmit wyrazili zapatrywanie, iż zagraniczne postępowanie główne nie prowadzi do ograniczenia uprawnień wierzycieli, którym przysługują zabezpieczenia¹¹². Praktyczną konsekwencją tego poglądu jest to, iż wierzyciel, któremu przysługuje zabezpieczenie rzeczowe, może — pomimo otwarcia za granicą postępowania upadłościowego, którego skutki ulegają nieograniczonemu rozszerzeniu na obszar innego państwa — zaspokoić się z obciążonego przedmiotu zgodnie z przepisami obowiązującymi w państwie położenia rzeczy. Natomiast bez znaczenia jest to, czy takie uprawnienie przysługuje mu w myśl postanowień statutu upadłościowego¹¹³. Uprawnienie wierzyciela, któremu przysługuje

¹⁰⁷ Podkreślić należy, iż treść art. 5 r. m.p.u. (normującego los zabezpieczeń rzeczowych w przypadku upadłości) 1346/2000 została przejęta — bez jakiegokolwiek modyfikacji — do art. 8 r.m.p.u. 2015/848.

¹⁰⁸ Należy zdecydowanie przeciwstawić się — występującemu niekiedy w doktrynie — określeniu „negatywna norma kolizyjna” (*negative conflict rule*). Stanowi ona pewien skrót myślowy podkreślający, że art. 5 r.m.p.u. 1346/2000 (art. 8 r.m.p.u. 2015/848 nie wskazuje prawa właściwego dla zabezpieczeń rzeczowych, a jedynie wyklucza stosowanie statutu upadłościowego w tej mierze; jednakże do tego określenia nawiązuje M. Szpunar w pkt. 31 swej opinii sporządzonej w sprawie *SCI Senior Home v. Gemeinde Wedemark Hannoversche Volksbank eG* (C-195/15).

¹⁰⁹ W. Klyta: *Uznanie...*, s.149.

¹¹⁰ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 149

¹¹¹ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 149.

¹¹² Tekst powyższego opracowania zamieszczony jest w postaci załącznika nr 3 w opracowaniu R. Bork, K. van Zwieten (Edit.): *Commentary...*, s. 817—875.

¹¹³ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150.

zabezpieczenie rzeczowe, ma więc pierwszeństwo przed uprawnieniami wierzycieli cedenta. Oczywiście jest stwierdzenie, iż prawo rzeczowe powinno zostać przed otwarciem postępowania prawidłowo ustanowione. Zagadnienie to podlega ocenie na podstawie prawa właściwego dla oceny skuteczności przelewu wskazanego przez normy kolizyjne obowiązujące w siedzibie sądu orzekającego¹¹⁴. Statut właściwy dla oceny rzeczowych skutków przelewu rozstrzyga również o pierwszeństwie praw rzeczowych obciążających tę samą wierzytelność¹¹⁵. Natomiast podkreślić trzeba, że o „losach” praw rzeczowych ustanowionych przez zarządcę na wierzytelnościach należących do masy upadłości po otwarciu postępowania rozstrzyga statut upadłościowy wyznaczony łącznikiem głównego ośrodka podstawowej działalności dłużnika¹¹⁶. Przepis art. 8 r.m.p.u. 2015/848 nie definiuje pojęcia „prawo rzeczowe” (*right in rem, dingliches Recht*). W trakcie prac kodyfikacyjnych rozważano wiele definicji jednak każda z nich okazywała się z różnych przyczyn nietrafna¹¹⁷. W doktrynie postuluje się, iż pożądane jest wykorzystywanie założeń kwalifikacji autonomicznej¹¹⁸. Nie ma znaczenia czy prawo rzeczowe obciąża, prawo w tym wierzytelność jak również zbiór rzeczy i praw o zmiennym składzie¹¹⁹. W postanowieniu art. 8 ust. 2 r.m.p.u. 2015/848 przewidziano wskazówkę interpretacyjną pomocną przy dokonywania tych zabiegów kwalifika-

¹¹⁴ Zauważyć należy, iż w przypadku, gdy kontrahent dłużnika będzie w dobrej wierze co do jego uprawnienia do zarządu i rozporządzania majątkiem, prawo rzeczowe powstałe po otwarciu postępowania będzie korzystało z ochrony określonej tym przepisem.

¹¹⁵ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150.

¹¹⁶ Zagadnienia wiążące się z ustaleniem składu masy normuje wyrażający regułę *lex fori concursus* art. 7 r.m.p.u. 2015/848. Bliższe wskazówki w tym zakresie określa art. 7 ust. 2 lit. „b” tego aktu — zobacz rozważania odnoszące się do wcześniejszej wersji tej normy określonej w art. 4 r.m.p.u. 1346/2000 — W. Klyty, tenże *Uznanie...*, s. 124—126; wydaje się, że pewnym nieporozumieniem przyrównywanie przepisów międzynarodowego prawa upadłościowego do norm wymuszających swe zastosowanie, zob. T. Pfeiffer: *Article 4 EIR: Applicability of the Law of the State of the Opening of the Proceedings*, w: B. Hess, Burkhard, P. Oberhammer, T. Pfeiffer, (Hrsg.): *European Insolvency Law: The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, München 2014, pp. 168—177.

¹¹⁷ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150.

¹¹⁸ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150; jednakże współczesne wypowiedzi doktryny w tym zakresie nasycone są jedynie wątkami praktycznymi, zob. R. Snowden, w: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary...*, s. 238—252.

¹¹⁹ Odnośnie do problematyki zabezpieczenia określanego jako *floating charge* — zob. szerzej L. Collins, *Floating Charge. Receivers and Managers and the Conflict of Law*. ICLQ 1978, t. 27, 691—710; pojęcie „zbioru nieokreślonych przedmiotów” jest niezrozumiałe — zarówno dla prawnika angielskiego — jak i interpretatora art. 8 r.m.p.u. pochodzącego z kręgu systemów prawa stanowionego, zob. R. Snowden, w: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary...*, s. 244.

cyjnych¹²⁰. Prawo rzeczowe w rozumieniu wskazanego przepisu powinno charakteryzować się dwoma cechami. Po pierwsze: musi istnieć ścisły związek pomiędzy tym prawem a obciążoną rzeczą (prawem), po drugie: wierzycielowi powinno przysługiwać skuteczne względem osób trzecich uprawnienie do zaspokojenia się z rzeczy (prawa). Niektórzy uważają, iż pojęcie „prawo rzeczowe” powinno być interpretowane w sposób zawężający. Natomiast według art. 8 ust. 3 r.m.p.u. 2015/848 prawo wpisane do publicznego rejestru i skuteczne względem osób trzecich, na mocy którego można domagać się od osoby trzeciej prawa rzeczowego, jest zrównane z uprawnieniem wynikającym z art. 8 ust. 1 r.m.p.u. 2015/848¹²¹. W doktrynie za prawa rzeczowe uznaje się: prawa zastawnicze na wierzytelności, przelew na zabezpieczenie oraz użytkowanie wierzytelności¹²². Jedynie porządkujący charakter ma uwaga poczyniona przez C. Heinze oraz C.J. Warmuth¹²³, że sam przelew wierzytelności nie stanowi prawa rzeczowego w rozumieniu wskazanej normy. W konsekwencji to samo prawo rządzi postępowaniem upadłościowym i rozstrzyga o rzeczowych skutkach przelewu co ułatwi zarząd masą upadłości.

Niektórzy sądzą, iż na mocy tego przepisu wierzyciel może zatrzymać nadwyżkę pozostałą po zaspokojeniu wierzytelności, z wierzytelności stanowiącej przedmiot zabezpieczenia, jeśli zezwala mu na to prawo, któremu podlega dana wierzytelność¹²⁴. Natomiast TSUE — zainspirowany wyżej określoną opinią Rzecznika Generalnego M. Szpunara — w orzeczeniu z 26 października 2016 r. w sprawie *SCI Senior Home v. Gemeinde Wedemark Hannoversche Volksbank eG* (C-195/15) zauważył, że istotą prawa rzeczowego w rozumieniu tego przepisu jest to, że podmiot, którego rzecz lub prawo obciąża dane zabezpieczenie rzeczowe musi w istocie znosić egzekucje ze strony wierzyciela, któremu przysługuje powyższe prawo¹²⁵.

¹²⁰ Wydaje się, że norma ta przewiduje „typologiczny” opis cech charakterystycznych prawa rzeczowego, w związku z tym poszczególni krajowi prawodawcy nie mają zatem „pełnej” swobody w określaniu katalogu praw rzeczowych. Wprowadzenie nowego typu prawa rzeczowego nie może zatem odbywać się w pełnym oderwaniu od treści art. 8 ust. 2 r.m.p.u. 2015/848.

¹²¹ Przepis ten rozszerza katalog praw rzeczowych i jest koniecznością ochrony bezpieczeństwa obrotu, jako przykład tego prawa może służyć prawo zabezpieczające na majątku spółki w postaci unormowanej postanowieniami angielskiego *Companies Act* 2013 konstrukcji „charges”, we współczesnej doktrynie te unormowania były omawiane jedynie w kontekście przepisów koniecznego zastosowania, F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 208.

¹²² W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150.

¹²³ C. Heinze, C.J. Warmuth: *The law applicable...*, s. 821.

¹²⁴ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 150.

¹²⁵ Zobacz tezy 19—32 orzeczenia TSUE w sprawie *SCI Senior Home v. Gemeinde Wedemark Hannoversche Volksbank eG*.

Lista zarzutów wysuwanych przeciwko rozwiązaniu przyjętemu przez prawodawcę wspólnotowego jest obszerna. Wskazuje się, iż prowadzi ono do uprzywilejowania wierzycieli, którym przysługuje zabezpieczenie w przypadku otwarcia transgranicznego postępowania. Na mocy art. 8 r.m.p.u. 2015/848 zostają im przyznane takie uprawnienia, których z reguły nie mają wierzyciele uczestniczący w otwartym w kraju w postępowaniu krajowym. Nie uwzględnia ono także tego, iż celem przepisów prawa upadłościowego jest zagwarantowanie równowagi pomiędzy uprawnieniami uprzywilejowanych wierzycieli a interesami masy upadłości. Wątpliwe jest także, czy odpowiada ono potrzebom praktyki. Wreszcie ogranicza także szanse na restrukturyzację majątku dłużnika¹²⁶. Z uwagi na to, iż wierzytelność nie ma swego położenia naturalnego (*situs naturalis*) niezbędne jest sformułowanie wskazówki odnośnie do jej położenia — przynajmniej na potrzeby międzynarodowego prawa upadłościowego. Wspomnieć należy, iż obszerny katalog definicji znalazł się w art. 2 r.m.p.u. 2015/848. Natomiast art. 2 pkt 9 r.m.p.u. 2015/848 określa pojęcie „państwa członkowskiego, w którym znajduje się przedmiot majątkowy”. W tym pomocniczym przepisie przewidziano osiem szczegółowych definicji „miejsca położenia” określonych praw i rzeczy. Wyliczenie to zamyka norma art. 2 pkt 9 ppkt. „viii” r.m.p.u. 2015/848. W myśl tego przepisu: „państwem, w którym znajduje się przedmiot majątkowy — w przypadku roszczeń przeciwko osobie trzeciej innych niż roszczenia dotyczące środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach w instytucji kredytowej — jest państwo członkowskie, na którego terytorium osoba trzecia zobowiązana do ich zaspokojenia ma główny ośrodek swojej podstawowej działalności w rozumieniu art. 3 ust. 1 r.m.p.u. 2015/848”. W konsekwencji wierzyciel, któremu przysługuje zastaw na wierzytelności, cesjonariusz, który nabył wierzytelność „na zabezpieczenie” oraz użytkownik wierzytelności tylko wówczas może zrealizować przysługujące mu zabezpieczenie, gdy dłużnik wierzytelności stanowiącej przedmiot przelewu ma swój główny ośr. podst. dział. na obszarze innego państwa niż to, w którym doszło do ogłoszenia upadłości. Na marginesie zauważyć należy, iż krytykowany przez autorów podejmujących zagadnienie rzeczowych skutków przelewu łącznik siedziby dłużnika¹²⁷ zyskał aprobatę wśród przedstawicieli międzynarodowego prawa upadłościowego¹²⁸. Jednakże podkreślić należy, iż przypadkowość

¹²⁶ P.M. Veder: *Cross — Border Insolvency Proceedings and Security Rights A Comparison of Dutch Law, The EC Insolvency Regulation and the UNCITRAL Model Law on Cross — Border Insolvency*. Deventer 2004, s. 342.

¹²⁷ E.M. Kieninger: *Forderungsbretungsstatut...*, s. 701—704.

¹²⁸ R. Snowden, w: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary...*, s. 246—248.

rozstrzygnięć wiążąca się z przyjęciem tego kryterium doznaje ograniczenia poprzez przyjęcie przez prawodawcę unijnego subokreślnika temporalnego w postaci chwili ogłoszenia upadłości. Z drugiej strony tak określone miejsce położenie wierzytelności z reguły nie będzie „zgodne” z prawem państwa, któremu ona podlega. Doprowadzi do dalszego skomplikowania procesu zastosowania prawa właściwego¹²⁹.

Konsekwencją zastosowania tego przepisu jest swoiste „zmniejszenie” zasięgu masy upadłości stanowiącej przedmiot zaspokojenia dla tych wierzycieli cedenta, którym nie przysługują zabezpieczenia rzeczowe. Jedyną możliwością zapobieżenia takiej sytuacji jest wszczęcie w państwie położenia składników majątkowych obciążonych zabezpieczeniami rzeczowymi wtórnego postępowania upadłościowego. Jednakże jest to uzależnione — w myśl art. 3 ust. 2 r.m.p.u. 2015/848 — od wymogu posiadania przez upadłego cedenta zdefiniowanego w art. 2 pkt 10 r.m.p.u. 2015/848 oddziału¹³⁰.

6. Prawo, któremu podlega zaskarżenie czynności polegającej na ustanowieniu zabezpieczenia rzeczowego obciążającego wierzytelność w świetle postanowień art. 7 ust. 2 lit. „m” i art. 16 r.m.p.u.

Fiasko, z którym spotkały się próby wprowadzenia jednolitej regulacji zaskarżenia czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli¹³¹, zmusiło tworców r.m.p.u. 1346/2000 do stworzenia propozycji uregulowań kolizyjnoprawnych. Ostatecznie zdecydowano się na regulację składającą się z dwóch części, a zakładającą swoistą kombinację *legis fori concursus* i *legis causae*. Powyższa idea została przejęta w całości do r.m.p.u. 2015/848¹³². Norma kolizyjna, za pośrednictwem której odzukiwane jest prawo właściwe dla zaskarżenia czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli, złożona jest z dwóch przepisów. Chodzi tu o art. 7 ust. 2 lit. „m” i art. 16 r.m.p.u. 2015/848. Według art. 7 ust. 2 lit. „m” tego aktu, to statut upadłościowy określa, które czynności

¹²⁹ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 282—283.

¹³⁰ T. Hartley: *Choice of law regarding...*, s. 48.

¹³¹ Zauważyć należy, iż jedną z przyczyn fiaska tego projektu było rozszerzenie Wspólnoty o nowe państwa członkowskie.

¹³² C. Thole: *Die Einrede des Anfechtungsgegners...*, s. 388—392.

dokonane przez dłużnika przed otwarciem postępowania są nieważne, zaskarżalne lub bezskuteczne. Natomiast w art. 16 r.m.p.u. 2015/848 znalazł się interesująco sformułowany wyjątek od zastosowania tego statutu, określony nieprecyzyjnie przez F. Garcimartína i M. Virgósą jako „bezpieczna przystań” (*safe harbour*)¹³³. Ten ostatni przepis pozwala osobie, która odniosła korzyść z czynności dokonanej przez dłużnika z pokrzywdzeniem wierzycieli, na wykazanie, iż czynność podlega innemu prawu niż statut upadłościowy i zgodnie z tym prawem nie podlega ona zaskarżeniu.

Ta regulacja odnosi się również w myśl art. 8 ust. 4 r.m.p.u. 2015/848 do czynności ustanawiającej prawo rzeczowe w rozumieniu europejskiego międz. pr. upadł¹³⁴.

Pojęcie „czynność prawna” zastosowane w zakresie tej normy oznacza wszystkie działania wywołujące skutki prawne, dokonane zarówno w sferze prawa materialnego, jak i procesowego, nie wykluczając czynności podjętych w toku postępowania egzekucyjnego¹³⁵. Jednakże zakres normy określonej w art. 7 ust. 2 lit. „m” r.m.p.u. 2015/848 nie jest ograniczony jedynie do czynności prawnych, które w myśl *legis fori concursus* podlegają zaskarżeniu, lecz obejmuje on także te działania, które według statutu upadłościowego są nieważne lub wzruszalne z tego powodu, że prowadzą do pokrzywdzenia wierzycieli. Przesłanki, od których zależy jej zaskarżenie, należy oceniać na mocy przepisów państwa, w którym otwarto postępowanie upadłościowe. Statut upadłościowy obejmuje swym zakresem również przesłanki dochodzenia unieważnienia lub ubezskutecznienia danej czynności przed sądem. Według tego systemu prawnego, należy oceniać rodzaj wadliwości, którą obciążona jest czynność prawna. Statut upadłościowy rozstrzyga również o tym, czy orzeczenie sądu wywołuje skutki wsteczne. Prawu państwa otwarcia postępowania podlegają też zagadnienia związane z legitymacją procesową do wniesienia powództwa. W postanowieniach prawa państwa otwarcia postępowania upadłościowego należy również poszukiwać terminów dochodzenia roszczeń, jak również zakresu obowiązku zwrotu przedmiotów bezprawnie oddzielonych od masy¹³⁶.

Według art. 7 ust. 2 lit. „m” r.m.p.u. 2015/848 do zaskarżenia uprawniony jest nie tylko zagraniczny zarządca, lecz także poszczególni wie-

¹³³ F. Garcimartín, M. Virgós, w: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary...*, s. 289.

¹³⁴ F. Garcimartín, M. Virgós, w: R. Bork, K. van Zwieten (Edit.), *Commentary...*, s. 287.

¹³⁵ W tym kierunku — jak się wydaje — podążają również przedstawiciele doktryny niemieckiej, C. Thole: *Die Einrede des Anfechtungsgegners...*, s. 388—392.

¹³⁶ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 174—177.

rzyciele. Regulacja taka uwzględnia to, iż w niektórych systemach prawnych powództwo może być wytoczone również przez wierzyciela. Nowym, oryginalnym rozwiązaniem jest to, iż kontrahent dłużnika, który odniósł korzyść z czynności prawnej dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli tylko wtedy podlega ochronie, gdy podczas wytoczonego przez wierzyciela lub zarządcę procesu udowodni, że prawem właściwym dla tej czynności jest prawo innego państwa niż państwo, w którym otwarto postępowanie, i zgodnie z tym systemem prawnym czynność nie jest zaskarżalna.

Regulacja ta spotkała się ze zróżnicowaną oceną w doktrynie. I tak: jedni uważają, że ułatwi ona zarząd transgraniczną masą upadłości. Inni zgłaszają przeciwko temu ujęciu zastrzeżenia, twierdząc, że przewidziane w art. 16 r.m.p.u. 2015/848 odwrócenie ciężaru dowodu jest, co najwyżej, uzasadnione co do zaskarżenia czynności w prawie upadłościowym, natomiast nie dotyczy zaskarżalności z innych powodów, np. wad oświadczenia woli. Rozporządzenie dotyczące prawa upadłościowego nie może prowadzić do sprzeczności z zasadami postępowania cywilnego. W konsekwencji: zawarte w art. 16 tego aktu odwrócenie ciężaru dowodu dotyczy jedynie niezaskarżalności wypływającej z przepisów prawa upadłościowego¹³⁷. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, iż gdy dana czynność prawna — według statutu upadłościowego — podlega zaskarżeniu, to osoba pozwana może bronić się swoistym zarzutem prawa właściwego dla tej czynności. Przepis art. 16 r.m.p.u. zapobiega nieważności czynności prawnej wynikającej z postanowień *lex fori concursus*¹³⁸. W doktrynie podniesiono, że za wskazanym mechanizmem przemawia to, że jest on mało skomplikowany i o wiele bardziej praktyczny niż tradycyjnie formułowane ujęcia kumulatywne, które zakładają w swej istocie równoczesne stosowanie dwóch statutów.

Należy wyrazić wątpliwości, czy w rzeczywistości wskazane rozwiązanie jest proste. Ponadto należy zauważyć, iż przewiduje ono zachętę dla stron czynności prawnej dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli do wyboru dla tej czynności prawa państwa, niedopuszczającego w danym przypadku jej zaskarżenia¹³⁹. W doktrynie zauważono, iż skoro pojęcie

¹³⁷ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 174—177.

¹³⁸ W. Klyta: *Uznanie...*, s. 176; P.M. Veder: *Party Autonomy and Insolvency Law*, w: R. Westrik, J. van de Weide. *Party Autonomy in International Property Law*, Munich 2011, s. 261—276.

¹³⁹ Współczesna wypowiedź TSUE z 8.06.2017 r. (C-54/16) w sprawie w sprawie *Vinyls Italia SpA*, w upadłości, przeciwko *Mediterranea di Navigazione SpA* jedynie w części przyczyniła się do rozwiania wątpliwości w tym zakresie, bez wątpienia interesujące są uwagi, poczynione przez TSUE w tezie nr 54 uzasadnienia do tego orzeczenia; I tak: „stosowanie art. 13 rozporządzenia nr 1346/2000 w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym można wykluczyć wyłącznie wtedy, gdy obiektywnie wynika, że realizowany przez ów przepis cel, polegający w tym kontekście na zapewnieniu stro-

siedziby cedenta nawiązuje do kryterium głównego ośrodka podstawowej działalności gospodarczej dłużnika, to prawo właściwe dla oceny rzeczowych skutków przelewu stanowić będzie jednocześnie statut upadłościowy w rozumieniu art. 7 ust. 1 r.m.p.u. 205/848¹⁴⁰. Umożliwi to zarządcy ubezskutecznienie czynności, na mocy którego ustanowiono prawo zabezpieczające na wierzytelności, w konsekwencji wierzyciel, któremu przysługuje zabezpieczenie nie może powołać się na zarzut *lex causae*, gdyż rzeczowe skutki przelewu podlegają prawu otwarcia postępowania upadłościowego. Jednakże bliższej analizy wymaga — określone w art. 16 pkt 1 r.m.p.u. 2015/848 sformułowanie „czynność ta podlega prawu innego państwa członkowskiego niż państwa wszczęcia postępowania”. Gdyby przyjąć, iż chodzi tu o rzeczowe skutki przelewu, to zarządca masy upadłości mógłby nadal występować z roszczeniem pauliańskim — zakorzonym w prawie upadłościowym — bez obawy, że posiadający zabezpieczenie wierzyciel powoła się na zarzut, że w myśl prawa właściwego, nie istnieją możliwości zaskarżenia danej czynności. Dodać należy, iż wypowiedź TSUE z 8.06.2017 r. (C-54/16) w sprawie *Vinyls Italia SpA*, w upadłości, przeciwko *Mediterranea di Navigazione SpA* wskazuje na to, iż konstrukcja „obejścia” (*fraus legis*) w prawie unijnym znajduje się *in statu nascendi*.

W prawie prywatnym międzynarodowym przyjmuje się zasadę, iż przedmioty czynności rozporządzających „określają” prawo właściwe. W konsekwencji wierzytelność jako prawo jest związana najściślej z systemem prawnym, któremu podlega. Statut wierzytelności odciska swe piętno na sytuacji prawnej cedenta i dłużnika. Statut, któremu podlega wierzytelność jest przewidywalny oraz może być z łatwością ustalony, co sprzyja pewności prawa. Zawodzi on w przypadku przelewu przyszłych wierzytelności. Wreszcie, w przypadku gdy strony nie dokonały wyboru prawa właściwego, mogą powstać trudności w ustaleniu tego, jakiemu prawu podlega wierzytelność. Wskazać należy, iż chociażby na przypadki, w których znajdzie zastosowanie klauzula korekcyjna określona w art. 4 ust. 4 rozp. Rzym I¹⁴¹.

nom uzasadnionych oczekiwań co do możliwości stosowania danego prawa, nie został osiągnięty, i gdy umowa została sztucznie poddana prawu danego państwa członkowskiego, czyli zasadniczo w celu niepoddawania faktycznie tej umowy prawu wybranego państwa członkowskiego, lecz powołania się na prawo tego państwa członkowskiego, aby wyłączyć umowę lub akty wydane w jej wykonaniu z zakresu stosowania *lex fori concursus*”; stanowić będą przedmiot dalszej debaty naukowej, natomiast w aspekcie praktycznym stwarza ona zachętę dla stron do dokonywania manipulacji prawem właściwym dla określonej czynności prawnej, C. Thole: *Die Einrede...*, s. 392.

¹⁴⁰ C. Heinze, C.J. Warmuth: *The law applicable...*, s. 820.

¹⁴¹ F. Bauer: *Forderungsabtretung...*, s. 270.

Współcześnie C. Walsh przypominała argument, iż zastosowanie prawa, któremu podlega wierzytelność¹⁴² nie chroni wierzycieli cedenta w wystarczający sposób¹⁴³. Znajdują się oni poza „trójstronnym” stosunkiem pomiędzy dłużnikiem, cedentem i cesjonariuszem. Z reguły nie dysponują oni wiedzą o przesłankach, od których uzależniona jest skuteczność przelewu, lub przywilejach na korzyść określonych wierzycieli¹⁴⁴. W konsekwencji statut wierzytelności pozostawia ich interesy bez ochrony. Przy wyznaczaniu tego statutu uwzględnia się jedynie okoliczność ważnego powstania wierzytelności oraz jej treść, w konsekwencji rozwiązanie to ogranicza kolizyjnoprawną autonomię woli. Próbując przenieść powyższe słabości na płaszczyznę międzynarodowego pr. upadł., można stwierdzić, iż zastosowanie prawa, któremu podlega wierzytelność stanowiąca przedmiot przelewu, doprowadzi do sytuacji, w której wierzyciel posiadający zabezpieczenie rzeczowe może się powołać na art. 16 r.m.p.u. 2015/848 i przeciwstawić roszczeniu zarządcy zmierzającym do ubezskutecznienia czynności dokonanej z naruszeniem zasady *par condicio omnium creditorum* zarzutu, iż czynność prawna podlega innemu prawu niż system prawny, w którym otwarto postępowanie, oraz że w myśl tego prawa jest ona w pełni skuteczna. W konsekwencji w skrajnych przypadkach może doprowadzić do zmniejszenia szans na zaspokojenie wierzycieli cedenta.

7. Podsumowanie

Dobrym podsumowaniem niniejszych szkicowych rozważań ukazujących wiele aspektów efemeryczności „logiki prawniczej” jest myśl wyrażona przed laty przez Z. Reicha. Autor ten zauważył — *in statu nascendii* starań unifikacyjnych na płaszczyźnie prawa prywatnego międzynarodowego —, że „to, co jest niemożliwe dziś, może być możliwe

¹⁴² Do łącznika tego nawiązuje doktryna i judykatura niemiecka, francuska, włoska, jak również postanowienie art. 17 hiszpańskiej ustawy (dekretu królewskiego) z 11 marca 2005 r. zob. Y. Nishitani: *Cross — border...*, s. 837, przyp. 75 i 76; Także polski prawodawca nawiązał do tego nurtu w postanowieniu art. 36 ustawy o prawie przyw. międz. z 2011 r. zob. bliżej: W. Kurowski, w: *System Prawa Prywatnego, Tom 20 B, Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, s. 392—393, Warszawa 2015; tenże, w: *Prawo Międzynarodowe Komentarz*, M. Pazdan (Redaktor), Warszawa 2018, s. 346—349.

¹⁴³ C. Walsh: *The Role of Party Autonomy...*, s. 194.

¹⁴⁴ C. Walsh: *The Role of Party Autonomy...*, s. 194.

jutro, albowiem w życiu ludzkości pewne idee torują sobie drogę często w sposób niewidzialny i pewnym momencie okazują się owocami dojrzałymi do zerwania. [...] Wiara w bardzo powolną ewolucję stanowi maksimum optymizmu¹⁴⁵. Jednakże owoce tej „ewolucji” stanowią zazwyczaj wynik kompromisu, który nie uwzględnia oczekiwań uczestników obrotu, aby normy prawne były w jak najmniejszym stopniu skomplikowane. Każde z wchodzących w grę ujęć ma swe wady i zalety. Zyskujący coraz szerszą popularność łącznik głównego ośrodka podstawowej działalności cedenta (jego siedziby, zwykłego pobytu) przesuwają punkt ciężkości w stronę — będących ciągle na początkowym etapie rozwoju — unormowań międzynarodowego prawa upadłościowego. Wiąże się to z niebezpieczeństwem powstania licznych trudności kwalifikacyjnych. Natomiast kryterium prawa państwa, któremu podlega wierzytelność stanowiąca przedmiot przelewu jest idealne dla sądu orzekającego *ex post*. Jednakże jedynie w ograniczonym stopniu chroni wierzycieli cedenta. Projektowane przez organy Unii unormowanie wskazujące prawo właściwe dla skutków przelewu względem osób trzecich — może jedynie w bardzo ograniczonym zakresie zredukować — podkreślona przez TSUE w orzeczeniu z 9 października 2019 r. (C-548/18) w sprawie *BGL BNP Paribas SA/TeamBank AG Nürnberg* — niepewność prawa¹⁴⁶. Wskazane wysiłki na płaszczyźnie kodyfikacyjnej stanowią bez wątpienia kolejne potwierdzenie tego, że w wielu specjalistycznych fragmentach prawa prywatnego międzynarodowego państwowe organy prawodawcze odgrywają jedynie rolę peryferyjną¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Z. Reich: Recenzja pracy *La codification du droit international privé (Opinions de M.M. Arminjou, Caloyanni, Cassin, Govare, Grunebaum, Le Fur, Lepaulle, Lévy-Ullmann, Niboyet, Ripert)*, Paris, Librairie générale de droit 1932, s. 98, „Przegląd Prawa i Administracji” Rok LIX 1934, s. 155—157.

¹⁴⁶ Interesującą metaforę skonstruował współcześnie M.F. Müller. Autor ten przyrównał uczestników debaty naukowej podejmujących zagadnienia rzeczowych skutków przelewu do pozbawionych wszelkich złudzeń bohaterów — pochodzącego z 1952 r. — „anty dramatu” autorstwa S. Becketta, zatytułowanego *Czekając na Godota*, tenże: *Drittwirkungen...*, s. 523.

¹⁴⁷ D.P. Fernández Arroyo: *Denationalising Private International Law...*, s. 45.



Ewa Kamarad^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-2043-1698>

Kolizyjnoprawne aspekty małżeństw dzieci

Abstract: In the Western culture there is a widespread belief that marriage should be contracted only by freely expressed will. Hence, marriages concluded at an early age are considered unacceptable. Entering into marriage by children has a negative impact on their education, physical and mental health, as well as their socioeconomic position. For this reason, such practices are incompatible with human rights. Therefore, European countries are trying to counteract them, which results in taking specific legislative actions. The intensification of these activities is particularly evident in the last decade, which is mainly caused by the increased migration to Europe from countries belonging to other cultural circles. Child marriages, being a phenomenon strongly embedded in culture, have become one of the areas where there are frictions between the majority, which in principle determines the shape of legal regulations, and minorities who, on the one hand, want to live in European countries, but also want to preserve the traditions that are cultivated in their countries of origin.

The changes in law considering child marriages are undertaken in realm of substantive law as well as conflict of laws rules. In the second case, the states introduce specific public policy clauses referring to child marriages. The paper aims at describing and evaluating those changes in law, especially from the point of view of private international law.

Keywords: child marriage, recognition of marriage, conflict of laws, public order clause

^{a)} Dr, Instytut Europeistyki Uniwersytet Jagielloński.

1. Wstęp

W zachodnim kręgu kulturowym w zasadzie powszechne jest przekonanie, że małżeństwo powinno być zawarte na mocy swobodnie wyrażonej woli, ze świadomością konsekwencji tej decyzji. Stąd też małżeństwa zawierane w zbyt młodym wieku, często pod presją ze strony rodziny i otoczenia, są nieakceptowane¹. Zawieranie małżeństw przez osoby niedojrzałe ma negatywny wpływ na ich edukację, zdrowie fizyczne i psychiczne oraz pozycję społeczno-ekonomiczną. Z tego powodu takie praktyki są niezgodne z prawami człowieka². Państwa europejskie starają się im więc przeciwdziałać, co przekłada się na konkretne działania legislacyjne podejmowane na gruncie prawa materialnego i prawa kolizyjnego. Nasilenie tych działań jest szczególnie widoczne w ostatniej dekadzie, co spowodowane jest przede wszystkim wzmożoną migracją do Europy z państw należących do innych kręgów kulturowych. Małżeństwa dzieci, będąc zjawiskiem silnie osadzonym w kulturze, stały się jedną z płaszczyzn, na których występują tarcia między większością, która co do zasady decyduje o kształcie regulacji prawnych, a mniejszościami, które z jednej strony pragną zamieszkiwać w państwach europejskich, z drugiej jednak strony chcą zachować tradycje, które kultywowane są w państwach ich pochodzenia³.

2. Kwestie terminologiczne

W języku polskim brak jest jednolitej terminologii w odniesieniu do tego zjawiska. W języku angielskim używane jest pojęcie *child marriages*, który można przetłumaczyć jako „małżeństwa dzieci” lub „małżeństwa dziecięce”. Również zakres tego pojęcia nie jest ściśle określony.

¹ S. Menz: *Stateless and Child Marriage as Intersectional Phenomena: Instability, Inequality, and the Role of the International Community*. „California Law Review” 2016, vol. 104, nr 2, s. 516.

² Zob. E. Kamarad: *Małżeństwa dziecięce w świetle praw człowieka*, w: *Prawa człowieka wobec wyzwań współczesnego świata*. Red. E. Szczepankiewicz - Rudzka, A. Czubik, D. Dziwisz. Kraków 2019, s. 244—245.

³ M. Jänterä - Jareborg: *The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, w: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*. Red. M. Jänterä - Jareborg. Cambridge—Anwerp—Portland 2016, s. 22.

Zazwyczaj „małżeństwa dzieci” definiowane są jako małżeństwa zawierane przez osoby, z których przynajmniej jedna jest poniżej określonego wieku. Najczęściej granicę wieku w tym przypadku wyznacza 18. rok życia, co związane jest z definicją dziecka, która zawarta jest w aktach prawa międzynarodowego, w tym przede wszystkim w Konwencji o prawach dziecka⁴ z 1989 r. Zgodnie z art. 1 konwencji „dziecko oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność.” Sama Konwencja odwołuje się więc w tym zakresie do prawa krajowego państw, będących jej stronami. Także Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁵ z 1979 r., która w art. 16 ust. 2 stanowi, że małżeństwo dziecka nie będzie miało skutku prawnego, nie definiuje tego pojęcia. Nakazuje jedynie państwom będącym stronami do podjęcia wszelkich niezbędnych kroków w kierunku określenia dolnej granicy wieku zdolności do zawarcia małżeństwa. Natomiast w rezolucji przyjętej w ramach Rady Europy⁶ małżeństwa dzieci są w pkt. 7 zdefiniowane jako związek dwóch osób, z których co najmniej jedna nie ukończyła 18 roku życia. Tak też rozumiane jest małżeństwo dzieci na gruncie rozwiązań prawnych przyjętych w niektórych państwach europejskich, które mają na celu przeciwdziałanie takim małżeństwom.

3. Minimalny wiek zawarcia małżeństwa

Najczęściej państwa określają minimalny wiek wymagany dla zawarcia małżeństwa przepisami prawa materialnego⁷. Często jednak zawarcie małżeństwa jest możliwe pomimo nieosiągnięcia minimalnego wieku, za zgodą opiekunów prawnych albo po wydaniu odpowiedniego

⁴ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. z dnia 23 grudnia 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁵ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r., Dz.U. 1982 nr 10 poz. 71.

⁶ Rezolucja nr 1468 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy dotycząca małżeństw przymusowych i małżeństw dzieci z 5 października 2005 r.

⁷ D. Coester-Waltjen, M. Coester: *Formation of Marriage*, w: *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume IV. Persons and Family*. Red. A. Chlors, M. Rheinstejn, M.A. Glendon, Tübingen 2007, chapter 3, s. 15.

zezwoleń przez sąd lub inny kompetentny organ. Sytuacje, w których jest to możliwe bywają określone w przepisach prawnych⁸.

Większość państw europejskich jako generalną zasadę stosuje regułę, zgodnie z którą małżeństwo może być zawarte przez osobę, która ukończyła 18. rok życia⁹. Wyjątek w tym zakresie stanowi regulacja szkocka, która zezwala osobom mającym domicyl w Szkocji na zawarcie małżeństwa, jeśli ukończyły one 16 lat¹⁰. Ustawodawstwa europejskie znacznie różnią się jednak pod względem tego, w jakich sytuacjach i od jakiego wieku można zezwolić na zawarcie małżeństwa osobie, która nie ukończyła 18 lat.

Część państw w ogóle nie dopuszcza wyjątków w tym zakresie. Do tych państw należą m.in.: Dania, Holandia, Szwecja i Niemcy. Zmiany w prawie polegające na derogacji przepisów umożliwiających zawarcie małżeństwa przez osobę poniżej 18. roku życia zostały w tych państwach przyjęte na przestrzeni ostatnich lat, co wpisuje się w pewien trend, który zostanie bardziej szczegółowo omówiony w dalszej części artykułu.

Pozostałe państwa w drodze wyjątku pozwalają na zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 18 lat. Art. 46 hiszpańskiego kodeksu cywilnego¹¹ stanowi zasadę, że dorosłość osiąga się wraz z ukończeniem 18 lat, jednak art. 314 pozwala na emancypację przez zawarcie małżeństwa, a art. 317 stanowi, że osoba, która ukończyła 16 lat może zawrzeć małżeństwo za zgodą sądu. Do 2015 r. zawarcie małżeństwa było możliwe za zgodą rodziców od 16. roku życia, a za zgodą sądu — od 14. roku życia. Obecnie, po nowelizacji odpowiednich przepisów, zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 16 lat nie jest możliwe, a przez osobę mającą od 16 do 18 lat — tylko za zgodą sądu¹².

W prawie portugalskim zgodnie z art. 1601a¹³ jedną z przeszkód małżeńskich jest nieukończenie 16. roku życia. Zgodnie z art. 1612 zawarcie małżeństwa przez osobę, która ukończyła 16 lat, ale nie ukończyła 18 lat może nastąpić jedynie za zgodą jej opiekunów prawnych oraz za zgodą urzędnika stanu cywilnego, która może być wydana tylko wówczas, gdy

⁸ Przykład może stanowić art. 10§1 polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ustawa z dnia 25 lutego 1964 r., Dz.U. 1964 Nr 9 poz. 59.

⁹ Dane z raportu FRA *Mapping minimum age requirements concerning the rights of the child in the EU*, <https://fra.europa.eu> [dostęp 30.06.2019].

¹⁰ Art. 1 (1) ustawy prawo małżeńskie (ang. Marriage (Scotland) Act) z 26 maja 1977 r., c. 15.

¹¹ Kodeks cywilny (hiszp. *Código Civil*) z 24 lipca 1889 r., BOE-A-1889-4763.

¹² M. L i n a c e r o d e l a F u e n t e: *Primera Parte. Derecho de Familia*, w: *Tratado de derecho de familia. Aspectos sustantivos*. Red. M. L i n a c e r o d e l a F u e n t e. Valencia 2016, s. 95.

¹³ Kodeks cywilny (pt. *Código Civil*) z 25 listopada 1966 r., nr 47344/66.

istnieją istotne powody, aby małżeństwo było zawarte, a małoletni jest odpowiednio dojrzały psychicznie i fizycznie.

W chorwackiej ustawie o prawie rodzinnym¹⁴ przewidziano, że zawarcie małżeństwa może nastąpić po ukończeniu 18. roku życia, jednak sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa osobie, która ma 16 lat, jeśli stwierdzi, że jest ona mentalnie i fizycznie dojrzała do małżeństwa, oraz że jest to zgodne z interesem tej osoby i nie narusza jej dobra.

Podobna regulacja obowiązuje we Włoszech. Art. 84 kodeksu cywilnego¹⁵ stanowi, że nieletni, tj. osoby poniżej 18. roku życia, nie mogą zawierać małżeństwa. Jednak sąd, na wniosek zainteresowanej strony, po upewnieniu się, że jest ona dojrzała psychofizycznie oraz po ocenie ważności podanych powodów, po wysłuchaniu prokuratora, rodziców lub opiekunów, może przyznać prawo do zawarcia małżeństwa osobie, która ukończyła lat 16.

W Estonii, zgodnie z § 1(2) ustawy o prawie rodzinnym¹⁶, tylko dorośli, tj. osoba mająca ukończone 18 lat, może zawrzeć małżeństwo. Jednak § 1(3) przewiduje możliwość przyznania przez sąd osobie, która ukończyła 15 lat zdolności do czynności prawnych wymaganej do zawarcia małżeństwa i do wykonywania praw i obowiązków wynikających ze stosunku małżeństwa.

W prawie litewskim wiek zawarcia małżeństwa uregulowany jest w art. 3.14 kodeksu cywilnego¹⁷. Co do zasady małżeństwo może być zawarte przez osobę, która ukończyła 18 lat, jednak na wniosek osoby mającej zawrzeć małżeństwo sąd może obniżyć ten wiek, ale maksymalnie o 3 lata, a więc do 15 lat. Art. 3.14 ust. 3 stanowi jednak, że wyjątkowo, w przypadku ciąży, sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa nawet osobie będącej poniżej 15. roku życia¹⁸. Przed podjęciem takiej decyzji

¹⁴ Art. 25 ustawy Prawo rodzinne (hr. *Obiteljski zakon*) z 18 września 2015 r., NN 103/15.

¹⁵ Kodeks cywilny (wł. *Codice Civile*) z 16 marca 1942 r., G.U. nr 79.

¹⁶ Ustawa Prawo rodzinne (et. *Perekonnaseadus*) z 18 listopada 2009 r., RT 2009, 60, 395.

¹⁷ Kodeks cywilny (lt. *Civilinis Kodeksas*) z 18 lipca 2000 r., nr 74-2262.

¹⁸ Wyjątek ten wydaje się analogiczny do tego przewidzianego w art. 10§1 polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (Dz.U. 1964 Nr 9 poz. 59), jednak warto zauważyć, że inaczej niż w prawie polskim, w prawie litewskim możliwość udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa przez osobę poniżej określonego wieku dotyczy zarówno kobiety, jak i mężczyzny. Takie rozwiązanie, abstrahując od braku ustalonej granicy wieku, od którego może być udzielone, wydaje się trafniejsze niż to przyjęte w prawie polskim, nie stanowi bowiem rozwiązania dyskryminującego ze względu na płeć nupturientów. Na gruncie prawa litewskiego bez znaczenia jest czy osoba, której sąd wydaje zgodę na zawarcie małżeństwa jest matką czy ojcem nienarodzonego dziecka. W prawie polskim natomiast możliwość taka istnieje jedynie wówczas, gdy to kobieta nie ukończyła 18 lat, zaś gdy dziecka oczekuje para, w której to ojciec ma poniżej 18 lat, wówczas zezwolenie

sąd powinien wziąć pod uwagę poziom rozwoju psychicznego i fizycznego nupturienta, jego sytuację finansową i rodzinną oraz inne ważne powody, dla których małżeństwo powinno być zawarte. Sąd jest także zobligowany do wysłuchania opinii rodziców lub opiekunów prawnych nupturienta. W postępowaniu opinię powinna także wydać instytucja państwowa powołana do ochrony praw dziecka.

Można wyróżnić także takie państwa, które przewidują możliwość uzyskania zgody na zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 18 lat, jednak prawo nie określa dolnej granicy wieku osoby, która może się o takie zezwolenie starać. Takie rozwiązanie przyjęte jest przykładowo w prawie belgijskim. Zgodnie z art. 145 kodeksu cywilnego¹⁹, z ważnych powodów sąd rodzinny może zezwolić na zawarcie małżeństwa osobie, która nie skończyła 18 lat. Wniosek w tym zakresie mogą złożyć rodzice nupturienta lub jedno z nich, opiekun lub sam nupturient, o ile rodzice lub opiekun nie wyrażają zgody na zawarcie małżeństwa. Podobne rozwiązania, bez określenia dolnej granicy wieku, od której może zostać udzielona nieletniemu zgoda na zawarcie małżeństwa, obowiązują przykładowo w Luksemburgu, Francji, Grecji i Słowenii.

W USA²⁰ małżeństwo jest materią, która tradycyjnie podlega legislacji stanowej, a nie federalnej. Większość stanów przewiduje 18 lat jako minimalny wiek zawarcia małżeństwa. Jednak we wszystkich z nich, jako wyjątek od reguły, możliwe jest zawarcie małżeństwa przez osobę,

na zawarcie małżeństwa nie może zostać udzielone. Takie rozwiązanie ma charakter dyskryminujący ze względu na płeć (K. P i e t r z y k o w s k i: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. Red. K. P i e t r z y k o w s k i. Warszawa 2018, s. 187). Pierwotnie rządowy projekt ustawy z 24 lipca 1998 r. przewidywał odmienne rozwiązanie, zgodnie z którym sąd rodzinny mógł udzielić zezwolenia na zawarcie małżeństwa osobie (a więc kobiecie lub mężczyźnie), która ukończyła 16 lat. Zrezygnowano z tego rozwiązania mając na uwadze dobro rodziny, w szczególności względy ekonomiczne. Zezwolenie najczęściej jest bowiem wydawane w sytuacji, gdy kobieta spodziewa się dziecka lub już je urodziła, a, zgodnie z założeniem przyjętym przez ustawodawcę, w takiej sytuacji dorosłemu mężczyźnie łatwiej jest utrzymać rodzinę. (J. G a j d a: *Unieważnienie małżeństwa*, w: *System prawa prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Red. T. S m y c z y Ń - s k i. Warszawa 2009, s. 148.)

¹⁹ Kodeks cywilny (nl. *Burgerlijk Wetboek*) z 21 marca 1804 r., nr 1804032150.

²⁰ Dane statystyczne pokazują, że małżeństwa dzieci nie są w USA problemem marginalnym, lecz występują stosunkowo często. W latach 1995—2012 w stanie New Jersey 3 499 nieletnich zawarło małżeństwa, w tym 178 zostało zawartych przez osoby poniżej 15. roku życia. 91% z tych małżeństw było zawarte przez osoby o takiej różnicy wieku, że w innych okolicznościach oznaczałoby to postawienie zarzutów gwałtu na nieletnim (ang. *statutory rape*). W latach 2000—2010 w stanie Nowy Jork 3 853 nieletnich zawarło małżeństwa, a w stanie Virginia w latach 2000—2013 — 4 500 nieletnich. Dane na podstawie raportów przytoczone przez E.M. L a n d a u: *Custom or Crime? (Part IV of IV). A National Response to Forced Marriage in the US*. "American Journal of Family Law" 2016, vol. 30, nr 3, s. 173.

która nie ukończyła 18 lat. Nie we wszystkich stanach wymagana jest decyzja sądu w tym zakresie, w niektórych wystarcza wyrażenie zgody przez rodziców lub opiekunów prawnych albo udowodnienie ciąży lub urodzenie dziecka²¹. W niektórych stanach w takiej sytuacji prawnie możliwe jest zawarcie małżeństwa przez 12- i 13-latków²².

Możliwa jest także sytuacja, w której minimalny wiek wymagany do zawarcia małżeństwa jest ustalony prawnie, natomiast wyjątki od niego określone są prawem religijnym lub zwyczajowym. Przykładowo w Zimbabwie obowiązują dwa akty prawne dotyczące zawarcia małżeństwa: prawo o małżeństwie²³ i prawo o małżeństwie zwyczajowym²⁴. Pierwsza regulacja wymaga do zawarcia małżeństwa ukończenia przez mężczyznę 18. roku życia, a przez kobietę 16. roku życia. Dopuszczalne jest jednak zawarcie małżeństwa przez osoby młodsze, jeśli wyrazi na to zgodę minister sprawiedliwości. Z kolei regulacja dotycząca małżeństw zwyczajowych nie określa minimalnego wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa. Tradycyjnie dopuszczalne są małżeństwa zawierane przez osoby, które osiągnęły dojrzałość, w praktyce oznacza to jednak, że małżeństwa są zawierane przez dziewczęta, które mają ukończone 12 lat²⁵. Co więcej, powszechną praktyką jest brak rejestracji małżeństw zwyczajowych²⁶, przez co organy państwowe nie mają żadnej kontroli nad tym, w jakim wieku są osoby, które wступują w związek małżeński²⁷.

Koran zawiera szczegółowe zasady dotyczące zawierania małżeństw, które w większości przedstawiane są na podstawie opisów z życia proroka Mahometa²⁸. Prawo muzułmańskie nie określa jednak minimalnego wieku wymaganego do zawarcia małżeństwa²⁹. Aby małżeństwo było

²¹ Ibidem, s. 173.

²² E.M. L a n d a u: *Custom or Crime? (Part II of IV). Legal Remedies for Forced Marriage Victims and Survivors*. "American Journal of Family Law" 2016, vol. 30, nr 1, s. 46—47.

²³ Ang. *The Marriage Act* z 1 marca 1965 r., Cap. 55:11.

²⁴ Ang. *The Customary Marriage Act* z 1 stycznia 1951 r., Cap. 5:07.

²⁵ J. S l o t h - N i e l s e n: *Child Marriage in Zimbabwe? The Constitutional Court Rules 'No'*, w: *The International Survey of Family Law 2016 Edition*. Red. B. A t k i n. Bristol 2016, s. 545.

²⁶ Ibidem, s. 537.

²⁷ Powyższa sytuacja ma szansę ulec zmianie po niedawnym orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdził on, że małżeństwo zawarte przez osobę poniżej 18. roku życia jest nieważne. Dotyczy to wszystkich małżeństw zawartych po dacie wydania orzeczenia, tj. po 20 stycznia 2016 r., niezależnie od tego, czy zostały zarejestrowane oraz bez względu na to, czy są to małżeństwa cywilne, czy zwyczajowe. Zob. J. S l o t h - N i e l s e n, *op. cit.*, s. 546—553.

²⁸ M.H. K a m a l i: *Shari'ah Law: An Introduction*. Oxford 2008, s. 52.

²⁹ A.A. K h a n, T.M. K h a n: *Encyclopaedia of Islamic Law 5. Family Law in Islam*. New Delhi 2010, s. 5.

ważne, obie strony muszą mieć zdolność do jego zawarcia. Zgodnie z teorią klasycznego prawa muzułmańskiego, uzyskanie zdolności do zawarcia małżeństwa jest ściśle związane z dojrzewaniem. W teorii powinno ono być rozumiane jako osiągnięcie dojrzałości umysłowej i psychicznej. Wyznaczenie konkretnego momentu jest jednak w takim przypadku bardzo subiektywne, toteż z czasem większy nacisk został położony na dojrzewanie płciowe, które można określić dokładnie, jako że łączy się z wystąpieniem określonych symptomów o charakterze biologicznym³⁰. Moment ten jest więc określany niezależnie w stosunku do każdej osoby, a generalne zasady w tym zakresie mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy brak jest oznak dojrzewania płciowego. Poszczególne szkoły prawa islamu różnie jednak definiują wiek, w którym rozpoczyna się dojrzewanie. Przedstawiciele szkoły hanafickiej zakładają, że dojrzewanie rozpoczyna się nie wcześniej niż w wieku 12 lat w przypadku chłopców i 9 lat w przypadku dziewcząt oraz nie później niż w wieku — odpowiednio — 18 i 17 lat. Szkoły szaficka i hanabalicka określają tę granicę wieku na 15 lat dla obu płci, z kolei szkoła malikicka — na 17 lat. Natomiast przedstawiciele szkoły dżafaryckiej, będącej szkołą prawną szyizmu, uważają, że wiek, w którym rozpoczyna się dojrzewanie to 15 lat dla chłopców i 9 lat dla dziewcząt³¹. Wszystkie szkoły zgadzają się co do tego, że koniecznym elementem zawarcia małżeństwa jest swobodne wyrażenie woli. Bez tego małżeństwo jest nieważne z mocy prawa, od momentu jego zawarcia. Jednak w przypadku osoby, która nie osiągnęła pełnoletności, zgoda na zawarcie małżeństwa powinna być wyrażona przez opiekuna prawnego³². Małżeństwo zawarte w ten sposób może być rozwiązane przez małoletnią żonę po osiągnięciu przez nią dojrzałości płciowej. Jeżeli zgodę na zawarcie małżeństwa wyraziła inna osoba niż ojciec lub ojciec ojca rozwiązanie małżeństwa może nastąpić w każdym przypadku. Jeśli natomiast zgodę na zawarcie małżeństwa wyraził ojciec lub ojciec ojca osoby małoletniej, wówczas małżeństwo może być rozwiązane, jeśli zgoda na nie została wyrażona w wyniku oszustwa lub w sposób lekkomyślny³³. W każdym przypadku wola rozwiązania małżeństwa powinna zostać wyrażona przez osobę małoletnią natychmiast po osiągnięciu dojrzałości, gdyż potem uprawnienie to wygasa. Taki sam skutek

³⁰ C. G. B a u g h: *Minor Marriage in Early Islamic Law*. Leiden—Boston 2017, s. 53.

³¹ A. B ü c h l e r, Ch. S c h l a t t e r: *Marriage Age in Islamic and Contemporary Muslim Family Laws. A Comparative Survey*. “Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law” 2013, vol. 1, s. 40.

³² T. F a t i m a: *Marriage Contract in Islam*. New Delhi 2007, s. 48.

³³ *Ibidem*, s. 48.

powoduje skonsumowanie małżeństwa. Powyższe rozwiązanie prawne nosi nazwę „wyboru przy dojrzewaniu” (arab. *Khyar-ul-Bulugh*)³⁴.

W państwach, w których dominującą religią jest islam, minimalny wiek zawarcia małżeństwa jest także określony przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Mimo że prawo to jest oparte na Koranie, to dzięki jego nowej interpretacji, bardziej odpowiadającej współczesnej rzeczywistości, możliwe było przeprowadzenie reform w dziedzinie prawa małżeńskiego³⁵. Skutkiem tych zmian w latach 50. i 60. XX wieku w wielu państwach muzułmańskich na Bliskim Wschodzie, w Azji i w Afryce przyjęto nowe kodeksy w dziedzinie prawa cywilnego, prawa personalnego i prawa rodzinnego. Wówczas w wielu państwach wiek zawarcia małżeństwa został po raz pierwszy określony przepisami prawa lub podwyższony w porównaniu do uprzednio obowiązujących regulacji w tym zakresie³⁶. Obecnie minimalny wiek zawarcia małżeństwa wymagany prawem waha się w państwach muzułmańskich od 15 do 21 w stosunku do mężczyzn i od 13 do 18 w stosunku do kobiet³⁷. Wyjątek w tym zakresie stanowią takie państwa, jak Jemen i Arabia Saudyjska, których prawodawstwo nie przewiduje regulacji w tym zakresie³⁸. Oznacza to, że przy zawieraniu małżeństwa mają zastosowanie jedynie ograniczenia wynikające z prawa religijnego³⁹.

Część państw, w których obowiązuje prawo szariat, przewiduje limit wieku, jaki musi zostać osiągnięty przez nupturientów, aby małżeństwo mogło być zawarte. Prawo pozwala jednak na zwolnienie od spełnienia tego wymogu, niekiedy bez określania dolnej granicy wieku, tak jak ma to miejsce przykładowo w Katarze, Kuwejcie, Bangladeszu, Pakistanie czy Indonezji⁴⁰.

Małżeństwa dzieci występują powszechnie nie tylko w państwach muzułmańskich, lecz także w państwach, w których dominującą religią jest hinduizm. Obowiązek zaaranżowania małżeństwa zanim córka

³⁴ Ibidem, s. 53–55.

³⁵ M.H. K a m a l i, *op. cit.*, s. 252.

³⁶ Ibidem, s. 272.

³⁷ J. J. N a s i r: *The Status of Women Under Islamic Law and Under Modern Islamic Legislation*. London 1994, s. 7–9.

³⁸ M. A r t h u r *et al.*: *Child Marriage Laws around the World: Minimum Marriage Age, Legal Exceptions, and Gender Disparities*. “Journal of Women, Politics & Policy” 2018, vol. 39, nr 1, s. 60.

³⁹ A. B ü c h l e r, Ch. S c h l a t t e r: *Marriage Age...*, s. 58.

⁴⁰ Raport *State of the World's Children* przygotowany w 2017 r. przez UNICEF. Raport dostępny na oficjalnej stronie internetowej UNICEF: <https://www.unicef.org/> [dostęp 30.06.2019].

osiągnięciem dojrzałości płciowej wynika z religii⁴¹, ale w praktyce związane jest także z innymi czynnikami — z poziomem ubóstwa i pozycją kobiety w społeczeństwie⁴². Państwem, w którym od wielu dekad prawo jest narzędziem wykorzystywanym do walki z małżeństwami dzieci, są Indie. W 1904 r. przyjęto *Early Marriage Prevention Act*, na mocy którego małżeństwo zawarte przez dziewczynkę będącą poniżej 9. roku życia było nieważne. W przypadku małżeństwa zawieranego przez dziewczynkę, która nie ukończyła 12 lat lub chłopca, który nie ukończył 16 lat należało uzyskać zgodę lokalnego trybunału⁴³. W 1929 r. przyjęto *Child Marriage Restraint Act*, który dotyczył głównie konsekwencji karnych aranżowania małżeństw dzieci, nie odnosił się jednak do ważności tych małżeństw. Dopiero w 1938 r. wprowadzono poprawkę⁴⁴, na mocy której sąd mógł wydać zakaz zawarcia takiego małżeństwa. Zabiegi legislacyjne hinduskiego prawodawcy często są podawane jako przykład działań, które odniosły odwrotny skutek od zamierzonego. Brak skutecznego egzekwowania przyjętego prawa oznaczało w praktyce przyzwolenie na to, aby małżeństwa dzieci były nadal zawierane⁴⁵. Sytuacji tej dodatkowo sprzyjał fakt, że w Indiach, także obecnie, nie obowiązuje wymóg rejestracji małżeństw⁴⁶.

Kolejne zmiany w prawie prowadziły do podwyższania wieku wymaganego do zawarcia małżeństwa oraz zaostrzały kary za organizowanie małżeństw dzieci⁴⁷. Problemem było jednak to, że małżeństwo zawarte przez osoby będące poniżej wymaganego prawem wieku nie jest ani nieważne, ani unieważnialne, co potwierdzają rozstrzygnięcia sądów⁴⁸. Jediną możliwością zakończenia małżeństwa jest uzyskanie rozwodu⁴⁹, jednak to rozwiązanie nie jest najczęściej akceptowane ze względu na normy religijne i obyczajowe.

⁴¹ W. F. M e n s k i: *Hindu Law Beyond Tradition and Modernity*. New Delhi 2003, s. 326, s. 333.

⁴² S. M a h a t o: *Causes and Consequences of Child Marriage: A Perspective*. "International Journal of Scientific and Engineering Research" 2016, vol. 7, no. 7, s. 698—699.

⁴³ W. F. M e n s k i: *Hindu Law...*, s. 339.

⁴⁴ Ibidem, s. 341—343.

⁴⁵ Ibidem, s. 344.

⁴⁶ Ibidem, s. 326.

⁴⁷ W 1949 r. przyjęto *The Child Marriage Restraint (Amendment) Act*, który został ponownie znowelizowany w 1978 r.

⁴⁸ W. F. M e n s k i: *Hindu Law...*, s. 325.

⁴⁹ B. M. G h a n d i: *Hindu Law*. Lucknow 2008, s. 269—270.

4. Kolizyjnoprawne aspekty małżeństw dzieci

W części państw, w tym w większości państw europejskich⁵⁰, prawo właściwe dla materialnoprawnych przesłanek zawarcia małżeństwa, w tym dla minimalnego wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa, wskazane jest za pomocą łącznika personalnego nupturienta⁵¹. Występujące między porządkami prawnymi poszczególnych państw różnice dotyczące określenia minimalnego wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa powodują trudności na gruncie kolizyjnoprawnym. Mogą mieć one dwojaki charakter.

Po pierwsze, problem może powstać w odniesieniu do zawarcia małżeństwa, gdy prawo personalne nupturienta pozwala mu zawrzeć małżeństwo, które nie może być zawarte zgodnie z *lege loci celebrationis matrimonii*. W odniesieniu do minimalnego wieku zawarcia małżeństwa oznacza to, że prawo personalne nupturienta określa minimalny wiek zawarcia małżeństwa niżej, niż prawo obowiązujące w państwie, w którym małżeństwo miałyby być zawarte⁵². W takiej sytuacji powstanie pytanie czy zawarcie małżeństwa mogłoby zostać zablokowane przez powołanie się na klauzulę porządku publicznego. Wszystko oczywiście będzie zależało od konkretnego przypadku, w tym od katalogu podstawowych zasad, które tworzą porządek prawny państwa *forum*. Jeśli należy do nich zasada społecznej wartości małżeństwa, to zastosowanie klauzuli porządku publicznego będzie generalnie możliwe. Małżeństwo jako instytucja społeczna jest regulowane prawnie we wszystkich porządkach prawnych świata, a określenie przez prawo przesłanek, które muszą być

⁵⁰ Wyjątkiem są państwa skandynawskie — Dania i Szwecja, oraz Łotwa, których prawo kolizyjne przewiduje poddanie zawarcia małżeństwa (tj. zarówno przesłanek materialnych, jak i formalnych) prawu państwa, w którym małżeństwo jest zawierane, ale w prawie łotewskim tylko w odniesieniu do małżeństw zawieranych na terytorium Łotwy, natomiast w przypadku małżeństw zawieranych za granicą zastosowane zostało klasyczne rozwiązanie, tj. zastosowanie prawa ojczystego dla oceny materialnych przesłanek zawarcia małżeństwa oraz prawa miejsca zawarcia małżeństwa dla oceny formy.

⁵¹ L. P å l s o n: *Marriage and Divorce*, w: *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume III. Private International Law. Part 2*. Red. K. L i p s t e i n. Tübingen 2011, chapter 16, s. 58—59.

⁵² Teoretycznie mogłaby wystąpić sytuacja odwrotna, w której prawo obowiązujące w miejscu zawarcia małżeństwa przewiduje maksymalną granicę wieku, po osiągnięciu którego zawarcie małżeństwa nie jest możliwe. Współcześnie jednak takie regulacje nie występują w żadnym prawodawstwie, a więc po osiągnięciu określonego wieku zawarcie małżeństwa jest możliwe, co do zasady, aż do śmierci. Zob. D. C o e s t e r - W a l t j e n, M. C o e s t e r, *op. cit.*, s. 3.-26.

spełnione przez nupturientów, oraz przeszkód, które nie mogą wystąpić, aby małżeństwo zostało skutecznie zawarte, służy właśnie jej realizacji.

Sama różnica w określeniu minimalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa w porządku państwa pochodzenia nupturienta i państwa, w którym małżeństwo ma być zawarte nie wystarcza jednak, aby zastosować klauzulę porządku publicznego. Wiek zawarcia małżeństwa określony prawem wewnętrznym danego państwa powinien być dostosowany do średniego wieku, w którym osiągnana jest dojrzałość fizyczna i psychiczna, a to z kolei uzależnione jest od wielu czynników, nie tylko natury biologicznej, ale i społecznej⁵³. Co do zasady zastosowanie powinno więc znaleźć prawo personalne nupturienta, które może przewidywać inną granicę wieku niż prawo państwa, w którym małżeństwo jest zawierane. Powołanie się na klauzulę porządku publicznego nie powinno także nastąpić w sytuacji, gdy *lex loci celebrationis matrimonii* przewiduje, na zasadzie wyjątku, możliwość zawarcia małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła określonego wieku. Jeśli bowiem w swoim porządku prawnym zezwala na zawarcie małżeństwa przez osoby poniżej tego wieku, w wyjątkowych okolicznościach, za zgodą sądu lub za zgodą opiekunów, to organy tego państwa nie mogą powoływać się na klauzulę porządku publicznego celem zablokowania możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę w tym wieku pochodzącą z innego państwa.

Jeśli jednak zastosowanie prawa obcego pozwoliłoby na zawarcie małżeństwa przez osobę, która zgodnie z *lege loci celebrationis matrimonii* nie osiągnęła minimalnego wieku wymaganego do nawiązania relacji intymnych, wówczas klauzula porządku publicznego powinna znaleźć zastosowanie. Zawarcie małżeństwa powoduje bowiem powstanie obowiązków określonych przez prawo, w tym obowiązek wspólnego pożycia, który obejmuje utrzymywanie relacji intymnych. Jeśli jednak utrzymywanie takich relacji przez daną osobę nie jest dopuszczalne z prawnego punktu widzenia⁵⁴, to małżeństwo nie jest zdolne do spełniania swojej roli, a więc jego zawarcie jest sprzeczne z zasadą społecznej wartości małżeństwa. Dyskusyjne jest, czy w takim przypadku możliwe byłoby powołanie się na koncepcję powściągliwego stosowania klauzuli porządku publicznego (franc. *l'effet atténué*), gdy małżeństwo jest zawierane

⁵³ E. Wiśniewska: *Znaczenie wieku przy zawarciu małżeństwa według kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*. Wrocław 1986, s. 42—43.

⁵⁴ A często nawet jest karalne, tak jak ma to miejsce na gruncie polskiego prawa karnego w odniesieniu do osoby, która nie ukończyła 15. roku życia, zgodnie z art. 200 Kodeksu karnego (ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r., Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94.)

w jednym państwie, ale jego skutki, w tym nawiązanie relacji intymnych, miałyby wystąpić w innym państwie⁵⁵.

Jeśli prawo państwa, w którym małżeństwo miałoby zostać zawarte, nie przewiduje ograniczeń dotyczących minimalnego wieku nawiązywania relacji intymnych, wówczas zastosowanie klauzuli porządku publicznego celem uniemożliwienia zawarcia małżeństwa osobie, której prawo personalne na to pozwala, mogłoby nastąpić przez wzgląd na zasadę swobody zawarcia małżeństwa. Zasada ta oznacza, że każda osoba może samodzielnie podjąć decyzję dotyczącą zawarcia małżeństwa, w tym wyboru osoby współmałżonka⁵⁶. Korzystanie z tej swobody zakłada jednak, że dana osoba jest w pełni świadoma konsekwencji swojej decyzji, a więc tego, z czym wiąże się zawarcie małżeństwa — jakie prawa i obowiązki wynikają z tego stosunku prawnego. Jeśli więc prawo właściwe dla oceny materialnoprawnych przesłanek zawarcia małżeństwa pozwala na zawieranie małżeństwa przez osoby, których zbyt młody wiek uzasadnia założenie, że nie mają takiego rozeznania, wówczas powinno nastąpić powołanie się na klauzule porządku publicznego celem zablokowania możliwości zawarcia takiego małżeństwa. Nie wydaje się, aby ustalenie konkretnej granicy wieku było w tym przypadku konieczne. Jako, że powołanie się na klauzulę porządku publicznego może nastąpić po dokonaniu oceny, jakie skutki będzie miało zastosowanie prawa obcego⁵⁷, to w ramach tej analizy można zbadać poziom dojrzałości danej osoby i zdecydować czy zawarcie przez nią małżeństwa będzie godziło w zasadę swobody zawarcia małżeństwa, czy też nie.

Po drugie, różnice między porządkami prawnymi dotyczące określenia minimalnego wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa mogą być przyczyną problemu w przypadku uznania małżeństwa zawartego za granicą. Jeśli ze względu na zbyt niski wiek nupturientów małżeństwo nie mogłoby zostać zawarte zgodnie z prawem danego państwa, władze tego państwa mogą mieć wątpliwości, czy takie małżeństwo powinno zostać uznane za ważne i skuteczne.

⁵⁵ M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *Non-Recognition of Child Marriages: Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 'Refugee Crisis'*, w: *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*. Red. G. D o u g l a s, M. M u r c h, V. S t e p h e n s. Cambridge—Antwerp—Portland 2018, s. 275.

⁵⁶ D. C o e s t e r - W a l t j e n, M. C o e s t e r: *Formation of Marriage...*, s. 3.-12-14.

⁵⁷ K. P r z y b y ł o w s k i: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Lwów 1935, s. 172—173; M. S o ś n i a k: *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1961, s. 172.

W przypadku uznania małżeństwa zawartego za granicą zazwyczaj przyjmuje się podejście *in favorem matrimonii*⁵⁸, tzn. uznanie ważności i skuteczności małżeństwa, jeśli zostało ono zawarte zgodnie z prawem miejsca jego zawarcia⁵⁹. Co do zasady dotyczy to także małżeństw, które nie mogłyby zostać ważnie zawarte w państwie *forum*, chyba że w grę wchodzi sytuacja, w której może zostać zastosowana klauzula porządku publicznego lub małżeństwo zostało zawarte celem obejścia prawa. Podejście służy ograniczeniu liczby małżeństw tzw. kulejących (ang. *limping marriage*, fr. *mariage boiteux*, niem. *Hinkende Ehe*), tj. ważnych i skutecznych w jednym państwie, ale nieuznanych i niewywolujących skutków prawnych w innym państwie. Taka sytuacja jest bardzo niekorzystna, gdyż z ważnie zawartym małżeństwem związane jest powstanie wielu praw i obowiązków⁶⁰. Jeśli zatem małżeństwo zawarte w jednym państwie nie jest uznane w innym, to powoduje to powstanie dualizmu prawnego, który negatywnie wpływa na pewność prawa, zarówno po stronie samych małżonków, jak i osób trzecich i organów państwowych.

Zasadę tę wyraża również Konwencja haska o zawieraniu i uznawaniu ważności małżeństw⁶¹ z 14 marca 1978 r. Konwencja została podpisana jedynie przez 6 państw, z których tylko 3 dokonały jej ratyfikacji, tj. Australia, Luksemburg i Holandia. Konwencja weszła w życie w 1991 r., wraz z trzecią ratyfikacją. Art. 9 Konwencji stanowi, że małżeństwo ważnie zawarte według prawa obowiązującego w miejscu zawarcia, będzie uważane za takie we wszystkich umawiających się państwach. Zgodnie z art. 12, powyższa zasada ma zastosowanie także wówczas, gdy uznanie małżeństwa jest kwestią wstępną, o ile jednak, według norm kolizyjnych państwa *forum*, prawem właściwym dla oceny tej kwestii jest prawo państwa-strony⁶². Odmowa uznania małżeństwa może nastąpić

⁵⁸ Zasada ta, obecna nie tylko w kolizyjnym, ale także w materialnym i procesowym prawie rodzinnym, wynika z zasad współżycia społecznego oraz z konstytucyjnych zasad prawa rodzinnego. Zob. K. P i e t r z y k o w s k i: *Wprowadzenie*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*. Red. K. P i e t r z y k o w s k i. Warszawa 2018, s. 26.

⁵⁹ D. C o e s t e r - W a l t j e n: *Marriage*, w: *Encyclopedia of Private International Law*. Red. J. B a s e d o w, G. R ü h l, F. F e r r a r i, P. d e M i g u e l A s e n s i o. Cheltenham 2017, s. 1227.

⁶⁰ A. L. E s t i n: *Marriage and Divorce Conflicts in International Perspective*. "Duke Journal of Comparative & International Law" 2017, vol. 27, s. 491—492.

⁶¹ Tekst Konwencji jest dostępny m.in. w języku angielskim, francuskim, hiszpańskim i niemieckim na oficjalnej stronie internetowej HKPPM: <http://www.hcch.net/>, pod numerem 26.

⁶² To właśnie w brzmieniu art. 12 należy upatrywać przyczyny niewielkiej liczby ratyfikacji. Ustalenie ważności małżeństwa zawartego za granicą zazwyczaj nie występuje bowiem jako samodzielny problem, lecz jako kwestia wstępna w innej sprawie, np. alimentacyjnej, spadkowej lub rozwodowej. Konwencja nakazuje jednak uznanie ważno-

tylko zgodnie z art. 11 lub z art. 14 Konwencji. Art. 11 pozwala na odmowę uznania małżeństwa z powodu zawarcia małżeństwa wbrew zakazowi bigamii, zakazowi pokrewieństwa, zakazowi zawierania małżeństw przez osoby, które nie osiągnęły określonego wieku, nie wyraziły swobodnej zgody na zawarcie małżeństwa lub nie mają wymaganej zdolności umysłowej do rozpoznawania znaczenia swoich czynów. Z kolei art. 14 pozwala na odmowę przez państwo uznania małżeństwa, jeśli jego uznanie byłoby wyraźnie sprzeczne z porządkiem publicznym tego państwa. Nieuznanie małżeństwa z powyższych powodów nie jest jednak nigdy wymagane, a art. 13 stanowi, że państwo może zastosować bardziej korzystne zasady dotyczące uznawania małżeństwa zawartych zgodnie z prawem pozostałych państw-stron. Konwencja nie reguluje także, jaki jest skutek uznania ważności małżeństwa. To, czy w odpowiednim postępowaniu zostanie stwierdzona nieważność małżeństwa, czy też zostanie ono uznane z mocy prawa za nieważne lub nieistniejące, czy też organy państwa nie przyznają mu żadnych skutków i nie podejmą żadnych konkretnych działań zależy od prawa wewnętrznego danego państwa⁶³.

5. Rozwiązania prawne dotyczące małżeństw dzieci przyjęte przez państwa europejskie

W odniesieniu do problemu małżeństw dzieci państwa europejskie w ostatnich latach przyjęły rozwiązania prawne, które wyraźnie wyznaczają określony trend. Po pierwsze, zmierzają one do podniesienia minimalnego wieku wymaganego w prawie krajowym dla zawarcia małżeństwa oraz zniesienia wyjątków w tym zakresie, tj. usunięcia możliwości uzyskania zgody na zawarcie małżeństwa pomimo nieukończenia wymaganego wieku. Rozwiązania tego typu przyjęto m.in. w Szwecji, Holan-

ści małżeństwa w takiej sytuacji jedynie wówczas, gdy prawem właściwym dla kwestii wstępnej jest prawo państwa-strony. Niewielka liczba stron ogranicza więc zakres zastosowania Konwencji nie tylko podmiotowo, ale także przedmiotowo, co z kolei wpływa zniechęcająco na państwa, które potencjalnie mogłyby ratyfikować Konwencję. Zob. W.L.M. Reese: *The Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*. "Virginia Journal of International Law" 1979, vol. 20, s. 35—36.

⁶³ Å. Malmström: *Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages. Explanatory Report*. La Haye 1978, s. 305.

dii, Danii, Norwegii, Niemczech⁶⁴, a także w Hiszpanii⁶⁵, Irlandii⁶⁶ i Finlandii⁶⁷. Na gruncie kolizyjnoprawnym zmiany te mają istotny wpływ na stosowanie klauzuli porządku publicznego. Jeśli bowiem w prawie materialnym bezwzględnie obowiązuje wymóg ukończenia 18. roku życia przez nupturientów, to wówczas możliwe jest powołanie się na to, że osiągnięcie tego wieku jest zasadą o fundamentalnym charakterze dla krajowego prawa rodzinnego, a tym samym jej naruszenie godzin w porządek publiczny danego państwa.

Po drugie, działania legislacyjne podejmowane przez niektóre państwa europejskie widocznie zmierzają do ograniczenia możliwości funkcjonowania w ich przestrzeni prawnej małżeństw zawartych za granicą przez osoby, które nie osiągnęły wymaganego wieku. Z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego regulacje prawne przyjmowane w tym celu prowadzą więc do nieuznawania skutków prawnych małżeństw zawartych zgodnie z *legis loci celebrationis matrimonii*. Rozwiązania przyjęte przez poszczególne państwa w tym zakresie różnią się jednak między sobą, stąd też konieczne jest ich krótkie omówienie.

W Holandii problem małżeństw dziecięcych zaczął być widoczny w związku ze zwiększoną migracją. W latach 2014—2016 odnotowano blisko 300 przypadków małżeństw zawartych przez niepełnoletnich imigrantów za granicą, głównie w Syrii⁶⁸. W celu zwalczania małżeństw dzieci oraz małżeństw przymusowych w 2015 r. został przyjęty specjalny akt prawny⁶⁹. Na jego mocy podwyższono wiek wymagany do zawarcia małżeństwa do 18 lat. W przypadku małżeństw zawartych za granicą przez osoby, które nie ukończyły 18. roku życia, małżeństwa takie nie są uznawane w Holandii i nie wywołują żadnych skutków prawnych, chyba że każdy z małżonków osiągnął wymagany prawem holenderskim wiek. Tym samym dopiero po ukończeniu przez oboje małżonków 18. roku ży-

⁶⁴ Rozwiązania przyjęte przez te państwa zostaną omówione szczegółowo w dalszej części.

⁶⁵ Art. 317 Kodeksu cywilnego (hiszp. *Código Civil*) z 24 lipca 1889 r., BOE-A-1889-4763, zmieniony ustawą o dobrowolnej jurysdykcji (hiszp. *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*) z 2 lipca 2015 r., BOE-A-2015-7391.

⁶⁶ Art. 31 ustawy o rodzinie (ang. *Family Law Act*) z 2 października 1995 r., nr 26, znowelizowany ustawą z 1 stycznia 2019 r.

⁶⁷ Sekcja 4 ustawy Prawo małżeńskie (fi. *Avoliittolain*) z 13 czerwca 1929 r., nr 234/1929, znowelizowana ustawą z 15 marca 2019 r., nr 351/2019.

⁶⁸ A. W i j f f e l m a n: *Child marriage and family reunification: an analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act*. "Netherlands Quarterly of Human Rights" 2017, vol. 35, nr 2, s. 104—105.

⁶⁹ Ustawa o małżeństwach przymusowych (nl. *Wet tegenaan huwelijksdwang*) z 6 października 2015 r., BWBR0037085.

cia mogą oni wobec holenderskich władz skutecznie powoływać się na fakt bycia małżeństwem⁷⁰.

W 2017 r. w Danii przyjęta została nowelizacja⁷¹, na mocy której zniesiono możliwość zwolnienia z wymogu dotyczącego wieku przy zawieraniu małżeństwa. Obecnie więc każdy z nupturientów musi mieć bezwzględnie ukończone 18 lat, aby małżeństwo zawarte w Danii było ważne. W kwestii ważności małżeństw zawartych za granicą znowelizowane prawo duńskie przewiduje, że małżeństwo zostanie uznane za ważne, jeśli jest ważne w świetle prawa obowiązującego w miejscu jego zawarcia. Wyjątki od tej zasady przewidziane są w sekcji 22b.2. W pkt. 3 wymieniona jest sytuacja, w której jeden lub oboje z nupturientów nie ukończyli 18. roku życia w chwili zawarcia małżeństwa⁷². Nieuznanie małżeństwa skutkuje potraktowaniem go jako małżeństwa nieistniejącego. Małżeństwo nie wywołuje więc żadnych skutków prawnych. W szczególności ukończenie 18 lat przez małżonków nie zmienia sytuacji prawnej małżeństwa.

Pomimo tego możliwe jest uznanie małżeństwa, jeśli istnieją ku temu bardzo ważne powody oraz strony postawione byłyby wobec nieuzasadnionych trudności, jeśli małżeństwo nie zostałoby rozpoznane. Co istotne, na podstawie pkt. 4, możliwość nieuznania małżeństwa ze względu na nieukończenie 18. roku życia jest wyłączona, w przypadku małżeństw zawartych przez obywateli państw należących do UE oraz do EOG.

W Norwegii 15 czerwca 2018 r. przyjęto nowelizację⁷³ Ustawy w sprawie małżeństwa⁷⁴. Od momentu jej wejścia w życie, tj. od 1 lipca 2018 r., aby zawrzeć małżeństwo należy mieć bezwzględnie ukończone 18 lat. Przed tą zmianą minimalny wiek zawarcia małżeństwa w Norwegii również wynosił 18 lat, ale w przypadku osoby między 16. a 18. rokiem życia możliwe było zawarcie przez nią małżeństwa po uzyskaniu zgody opiekunów prawnych oraz zgody, którą wydawał gubernator okręgu (nor. *Fylkesmannen*). Obecnie nie ma już takiej możliwości. Jeśli małżeństwo zostanie zawarte w Norwegii przez osobę, która nie ukończyła 18 lat, to

⁷⁰ A. W i j f f e l m a n, *Child marriage...*, s. 105.

⁷¹ Ustawa o zawarciu i rozwiązaniu małżeństwa (dk. *Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning*) z 27 marca 1990 r., nr 2016, znowelizowany ustawą z 24 stycznia 2017 r., nr 81.

⁷² Inne powody nieuznania małżeństwa to: brak obecności obojga nupturientów (tym samym w prawie duńskim wykluczone jest zawarcie małżeństwa przez pełnomocnika), zawarcie małżeństwa dla pozorów (np. w celu uzyskania prawa pobytu w Danii lub UE) oraz niezgodność z duńskim porządkiem publicznym.

⁷³ Prawo zmieniające ustawę o małżeństwie (bezwzględny wymóg 18 lat dla zawarcia małżeństwa w Norwegii) (nor. *Lov om endringer i ekteskapsloven (absolutt 18-årsgrænse for å inngå ekteskap i Norge)*), LOV-2018-06-15—31.

⁷⁴ Ustawa o małżeństwie (nor. *Lov om ekteskap*) z 4 lipca 1991 r., LOV-1991-07-04-47.

każdy z małżonków może domagać się rozwiązania takiego małżeństwa z tego powodu. Jeśli żaden z nich o to nie wniesie, wówczas powinien o to wnioskować gubernator okręgu⁷⁵. Co więcej, jeszcze przed wprowadzeniem powyższej zmiany, 18 stycznia 2007 r., przyjęto regulację⁷⁶, zgodnie z którą do Ustawy o małżeństwie dodany został §18a dotyczący uznawania małżeństw zawartych za granicą. Zgodnie z tym przepisem, od 1 lipca 2007 r. małżeństwo ważne zawarte zgodnie z prawem obowiązującym w miejscu jego zawarcia jest uznawane w Norwegii. Przepis ten ma za zadanie przeciwdziałać powstawaniu „małżeństw kulejących”⁷⁷. Jednakże nie będzie ono uznane, jeśli byłoby to w sposób oczywisty sprzeczne z norweskim porządkiem publicznym. Ponadto, małżeństwo zawarte za granicą nie będzie także uznane w Norwegii, jeśli przynajmniej jeden z nupturientów miał w chwili zawarcia małżeństwa norweskie obywatelstwo lub miejsce stałego zamieszkania w Norwegii, a małżeństwo zostało zawarte przez osobę, która nie ukończyła 18. roku życia⁷⁸. Małżeństwo takie może jednak zostać uznane w Norwegii, o ile będą za tym przemawiały poważne powody, a z żądaniem takim wystąpią oboje małżonkowie. Decyzja w tym zakresie należy do gubernatora okręgu (nor. *Fylkesmannen*). Jest to jednak wyjątek, który powinien być traktowany bardzo wąsko i zupełnie wyjątkowo uznanie takiego małżeństwa będzie mogło prowadzić do skorzystania z prawa do łączenia rodzin⁷⁹.

17 lipca 2017 r. w Niemczech przyjęta została ustawa o zwalczaniu małżeństw dzieci (niem. *Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen*)⁸⁰, która wprowadziła zmiany w przepisach kolizyjnych odnoszących się do zawarcia małżeństwa. Geneza ustawy, podobnie jak w pozostałych państwach europejskich, związana była ściśle z kryzysem imigracyjnym. Szczególnie szeroko komentowana była sprawa, która trafiła przed nie-

⁷⁵ Informacja *Conditions for marriage* z oficjalnej strony rządu Norwegii, <https://www.regjeringen.no/>, opublikowana 7 stycznia 2019 r. [dostęp 30.06.2019].

⁷⁶ Prawo zmieniające Ustawę o małżeństwie i Kodeks postępowania karnego (środki mające na celu przeciwdziałanie małżeństwom z przymusu itp.) (nor. *Lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å forhindre tvangsekteskap mv.)*), LOV-2007-01-18-1.

⁷⁷ K. J a n s e s n F r e d r i k s e n: *The recognition of transnational Muslim marriages and divorces by Norwegian courts and other competent authorities: dynamics between legislation and legal practice*, w: *Muslim Family Law in Western Courts*. Red. E. G i u n c h i. New York 2014, s. 92—93.

⁷⁸ Przepisy zostały sformułowane w ten sposób, że nieukończenie 18. roku życia może dotyczyć zarówno osoby mającej powiązanie z Norwegią, jak i drugiej osoby zawierającej małżeństwo.

⁷⁹ Informacja *Norway bans child marriages* z oficjalnej strony rządu Norwegii, <https://www.regjeringen.no/>, opublikowana 25 lipca 2018 r. [dostęp 30.06.2019].

⁸⁰ Ustawa o zwalczaniu małżeństw dzieci (niem. *Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen*) z 17 lipca 2017 r., BGBl. I S. 2429.

miecki sąd w Bambergu w sierpniu 2015 r. Dotyczyła ona umieszczenia w ośrodku dla uchodźców będących dziećmi bez opieki 14-letniej obywatelki Syrii, która na krótko przed udaniem się do Europy poślubiła swojego 21-letniego kuzyna. Umieszczenie dziewczynki w ośrodku byłoby możliwe jedynie wówczas, gdyby sąd uznał, że nie jest ona zamężna⁸¹. Jednak w maju 2016 r. sąd uznał, że małżeństwo zostało zawarte zgodnie z prawem właściwym, a więc jest ważne i wywołuje skutki prawne w Niemczech⁸². Wyrok ten był szeroko komentowany w Niemczech i niedługo po tym jak zapadł, przedstawiony został projekt ustawy odnoszący się do małżeństw dzieci.

Nowelizacja przepisów polegała m.in. na tym, że usunięto możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby poniżej 18. roku życia. Upřednio niemieckie prawo pozwalało na zawarcie małżeństwa osobie, która ukończyła 16 lat, ale nie ukończyła 18 lat, o ile zgodę na to wyraził sąd, a drugi nupturient miał skończone 18 lat⁸³. Obecnie 18 lat stało się bezwzględnym wiekiem zawarcia małżeństwa i prawo niemieckie nie przewiduje żadnych wyjątków w tym zakresie.

Przed zmianą przepisów skuteczność małżeństw zawartych przez osoby, które nie ukończyły odpowiedniego wieku była w Niemczech oceniana indywidualnie. Pod uwagę były brane okoliczności konkretnej sprawy, m.in. sytuacja małżonków oraz długość trwania ich związku⁸⁴. Przyjęta ustawa zmieniła m.in. treść art. 13 ustawy zawierającej przepisy kolizyjne⁸⁵. Po zmianie zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 16. roku życia nie wywołuje z mocy prawa żadnych skutków prawnych, tak jakby nie było nigdy zawarte (niem. *Nicht-Ehe*)⁸⁶. Z kolei małżeństwo zawarte przez osobę, która w chwili jego zawarcia miała więcej niż 16 lat, ale mniej niż 18, podlega unieważnieniu. Unieważnienie następuje decyzją sądu, jednak powinno następować automatycznie,

⁸¹ P. M a n k o w s k i: *Anmerkung zur Entscheidung des OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016, 2 UF 58/16 — Zur Anerkennung einer nach syrischem Recht geschlossenen Kinderehe*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2016, s. 1274—1276.

⁸² Postanowienie Sądu Apelacyjnego (niem. *Oberlandesgericht*) w Bambergu z 12 maja 2016 r., 2 UF 58/16.

⁸³ M. C o e s t e r: *Kinderehen in Deutschland. Stellungnahme der Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstags e. V. [DFGT] v. 29.11.2016*. „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht“ 2017, s. 77.

⁸⁴ Ch. v o n B a r: *Internationales Privatrechts*. München 1991, s. 101—104; M. Z a c h a r i a s i e w i c z: *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Warszawa 2018, s. 43.

⁸⁵ Ustawa wprowadzająca kodeks cywilny (niem. *Einführungsgesetz Bürgerliches Gesetzbuch*) z 21 września 1994 r., BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061.

⁸⁶ D. C o e s t e r - W a l t j e n: *Kinderehen — Neue Sonderanknüpfungen im EGBGB*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts“ 2017, s. 431.

chyba że mają miejsce specjalne okoliczności⁸⁷. Skutek unieważnienia następuje *ex nunc*, a więc brane pod uwagę są pewne skutki prawne, które powstały po zawarciu małżeństwa, a przed jego unieważnieniem, np. w odniesieniu do pochodzenia dzieci, prawa do alimentów lub prawa do wyrównania dorobków⁸⁸. Przepisy przewidują, że nieskuteczność lub nieważność małżeństwa małoletniego nie jest brana pod uwagę w przypadku udzielania azylu i tym samym nie prowadzi do pogorszenia jego statusu pobytu. Nie mają jednak wpływu na stosowanie unijnych przepisów o łączeniu rodzin.

Przyjęte przepisy mają zastosowanie zarówno do małżeństw zawieranych na terytorium Niemiec, jak i do małżeństw zawartych za granicą. W tym drugim przypadku nie ma znaczenia czy małżeństwo zostało zawarte zgodnie z prawem właściwym oraz czy w momencie zawarcia małżeństwa istniał jakikolwiek związek z Niemcami, a także kiedy doszło do jego zawarcia małżeństwa i w jakim wieku obecnie są małżonkowie. Małżonkowie mogli więc być w dobrej wierze, działać zgodnie z prawem właściwym, a mimo to ich małżeństwo może zostać uznane za bezskuteczne albo unieważnione.

Z tych powodów niemiecka ustawa trafiła przed Federalny Trybunał Sprawiedliwości (niem. *Bundesgerichtshof*), który pod koniec 2018 r. wydał orzeczenie w sprawie⁸⁹. Trybunał wyraził w nim wątpliwości co do zgodności nowego rozwiązania prawnego z niemiecką Ustawą zasadniczą (niem. *Grundgesetz*), jako że w przypadku małżeństw zawartych przez osoby będące poniżej 16. roku życia działa ono *de facto* z mocą wsteczną. Ponadto zdaniem Trybunału zgodnie z Ustawą zasadniczą ochronie podlegają wszystkie małżeństwa, także te zawarte za granicą. Odmowa skuteczności takich małżeństw następująca automatycznie, w oderwaniu od konkretnego przypadku, godzi więc w konstytucyjne prawa jednostek. Z tych powodów Trybunał zawiesił postępowanie i skierował pytanie do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (niem. *Bundesverfassungsgericht*), aby orzekł on co do zgodności ustawy o zwalczaniu małżeństw dzieci z Ustawą zasadniczą⁹⁰.

Zmiana prawa mająca na celu zwalczanie małżeństw dzieci została także wprowadzona w Szwecji. W kontekście najnowszej nowelizacji warto przybliżyć wcześniejsze zmiany szwedzkich przepisów odnoszących się do zawarcia małżeństwa. Zanim wspomniane działania zostały podjęte, minimalny wiek zawarcia małżeństwa obowiązujący w Szwecji

⁸⁷ Ibidem, s. 430—431.

⁸⁸ N. D e t h l o f f: *Child Brides on The Move: Legal Responses to Culture Clashes*. "International Journal of Law, Policy and The Family" 2018, vol. 32, s. 309.

⁸⁹ Postanowienie z 14 listopada 2018 r., XII ZB 292/16.

⁹⁰ Zapowiedziano, że orzeczenie w tej sprawie zostanie wydane do końca 2019 r.

określony był na 18 lat. Istniała możliwość zawarcia małżeństwa przed skończeniem 18. roku życia, o ile były ku temu specjalne powody, a zgoda została wydana przez radę regionu (sv. *länsstyrelse*)⁹¹. Zgoda była zazwyczaj wydawana, gdy ukończenie 18 lat przez osobę zamierzającą zawrzeć małżeństwo miało nastąpić wkrótce⁹², przyszła żona była w ciąży, a urodzenie dziecka pozamałżeńskie wiązałoby się dla niej z poważnymi trudnościami w jej kręgu rodzinnym, kulturowym i religijnym⁹³.

W 2004 r. wprowadzono zasadę, zgodnie z którą prawem właściwym dla małżeństw zawieranych w Szwecji, przed szwedzkimi organami jest prawo szwedzkie. Określa ono nie tylko wymogi formalne zawarcia małżeństwa, ale także przesłanki materialnoprawne, w tym wymagany wiek⁹⁴. *Lex loci celebrationis matrimonii* ma zastosowanie nie tylko wówczas, gdy małżeństwo jest zawierane przez obywateli szwedzkich czy osoby mające miejsce zwykłego pobytu na terytorium Szwecji, ale także gdy małżeństwo jest zawierane przez cudzoziemców. W tej ostatniej sytuacji, gdy nupturient nie jest obywatelem Szwecji, ani nie ma w tym państwie miejsca zwykłego pobytu, jego zdolność do zawarcia małżeństwa jest oceniana kumulatywnie w świetle prawa szwedzkiego i jego prawa personalnego, którym może być jego prawo ojczyste lub prawo państwa miejsca zwykłego pobytu, w zależności od jego wyboru⁹⁵.

Dodatkowo, aby uniemożliwić obejście powyższej regulacji, małżeństwa zawarte za granicą wbrew zakazowi zawarcia małżeństwa obowiązującemu w prawie szwedzkim nie są uznawane za ważne w Szwecji, o ile choć jeden z małżonków miał w chwili zawarcia małżeństwa szwedzkie obywatelstwo lub miejsce zwykłego pobytu w Szwecji⁹⁶. Co istotne, oceniane jest czy przeszkoda istniała w chwili zawarcia małżeństwa, a nie

⁹¹ F. N o z a r i: *The 1987 Swedish Marriage Code*. Washington D.C. 1989, s. 10.

⁹² Wg. danych z lat 2008—2010 w sumie 68 osób poniżej 18. roku życia wniosko- wało o zgodę na zawarcie małżeństwa. Tylko 6 z nich taką zgodę uzyskało, wszystkie miały ukończone 17 lat. Za: *Summary of the Report of the Swedish Law Commission: Strengthened Protection against Forced and Child Marriages (Statens Offentliga Utredningar 2012:35)*, w: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*. Red. M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g. Cambridge—Antwerp—Portland 2016, s. 193.

⁹³ G. L a m b e r t z: *Child Marriages and the Law — with Special Reference to Swedish Developments*, w: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*. Red. M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g. Cambridge—Antwerp—Portland 2016, s. 99.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 91.

⁹⁵ M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *Non-Recognition of Child...*, s. 272.

⁹⁶ M. B o g d a n: *Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages*. "Journal of Private International Law" 2019, vol. 15, nr 2, s. 249.

w chwili, w której ma nastąpić jego uznanie⁹⁷. Tym samym osiągnięcie przez małżonków wymaganego wieku w późniejszym czasie nie zmienia sytuacji prawnej małżeństwa⁹⁸.

Najczęściej zakazem zawarcia małżeństwa obchodzonym przez zawarcie małżeństwa za granicą był właśnie zakaz dotyczący minimalnego wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa⁹⁹. Przewidziana została także wyjątkowa możliwość odstąpienia od zasady nieuznawania małżeństwa zawartego za granicą wbrew zakazowi zawarcia małżeństwa obowiązującemu w prawie szwedzkim. Mogło to nastąpić, jeśli miały miejsce specjalne powody. Jako przykłady takich powodów regulacja prawna wymieniała przykładowo fakt, że związek ze Szwecją miał charakter formalny, podczas gdy związek z państwem, w którym małżeństwo zostało zawarte miał ścisły i realny charakter; że od zawarcia małżeństwa upłynęło dużo czasu, a małżonkowie trwali w przekonaniu, że zawarte przez nich małżeństwo jest ważne i skuteczne; oraz uznanie małżeństwa powinno nastąpić ze względu na interes dziecka lub dzieci, które przyszyły na świat w tym małżeństwie. Jednocześnie wykluczona była możliwość odstąpienia od nieuznania małżeństwa jedynie z powodu osiągnięcia przez małżonków 18. roku życia¹⁰⁰.

Jeśli jednak w chwili zawarcia małżeństwa nie istniało powiązanie między Szwecją a małoletnim nupturientem, wówczas małżeństwo było uznawane przez szwedzkie władze, o ile zostało zawarte zgodnie z prawem właściwym, tj. prawem ojczystym lub prawem państwa miejsca stałego pobytu nupturientów. Dotyczyło to w przeważającej większości osób, które ubiegały się o azyl, gdyż przed przybyciem na terytorium Szwecji nie miały one żadnego powiązania z tym krajem¹⁰¹. Uznanie małżeństwa mogło zostać zablokowane jedynie przez powołanie się na sprzeczność ze szwedzkim porządkiem publicznym. Taka sytuacja była jednak traktowana jako wyjątkowa, podczas gdy generalną zasadą było uznawanie

⁹⁷ S. M u s t a s a a r i: *The married child belongs to no one? Legal recognition of forced marriages and child marriages in the reuniting of families*. "Child & Family Law Quarterly" 2014, vol. 26, s. 268.

⁹⁸ Powyższą sytuację dobrze obrazuje sprawa, która trafiła w 2012 r. do szwedzkiego Wyższego Sądu Administracyjnego (szw. *Högsta förvaltningsdomstolen*). W orzeczeniu wydanym 14 marca 2012 r. (HFD 2438-11) sąd zdecydował o odmowie skuteczności małżeństwa zawartego w Palestynie przez kobietę, która nie miała ukończonych 18 lat w chwili zawarcia małżeństwa oraz miała w Szwecji miejsce stałego pobytu. Nie miało przy tym znaczenia, że ceremonia odbyła się 10 dni przed jej 18 urodzinami, i że w trakcie postępowania miała już ukończone 18 lat oraz była w ciąży ze swoim mężem.

⁹⁹ M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *Non-Recognition of Child...*, s. 272.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 273.

¹⁰¹ M. B o g d a n: *Some critical comments...* s. 250.

małżeństw, nawet jeśli zostały zawarte przez osobę, która nie ukończyła 18 roku życia¹⁰².

Kolejna nowelizacja prawa małżeńskiego została przeprowadzona w 2014 r. Zniesiono wówczas całkowicie możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby poniżej 18. roku życia. Szwedzkie organy nie mają więc już kompetencji do wydawania zezwoleń na zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 18 lat¹⁰³. Ponadto do prawa karnego wprowadzono sankcję karną za wykorzystywanie swojej nadrzędnej pozycji lub stosowanie przymusu, aby zmusić kogoś do zawarcia małżeństwa wbrew jego woli¹⁰⁴. Przepis ten nie obejmuje jednak swoim zakresem wszystkich małżeństw zawieranych przez osoby poniżej 18. roku życia, a jedynie te, które zostały zawarte przez nie wbrew ich woli¹⁰⁵. Kwestią otwartą pozostaje to, jak należy rozumieć „zmuszenie kogoś do zawarcia małżeństwa wbrew jego woli”¹⁰⁶. Co więcej, sankcja karna została przewidziana nie tylko za podejmowanie takich działań w Szwecji, ale także za granicą¹⁰⁷, jeśli obejmują one zorganizowanie podróży do innego państwa, niebędącego miejscem zwykłego pobytu danej osoby, w celu zawarcia tam przez nią małżeństwa¹⁰⁸.

6 grudnia 2018 r. przyjęto nowelizację ustawy o niektórych międzynarodowych stosunkach prawnych w zakresie małżeństwa i opieki¹⁰⁹. Obecnie małżeństwo zawarte przez osobę, która w chwili jego zawarcia nie miała ukończonych 18 lat, nie zostanie uznane w Szwecji za ważne, bez względu na powiązanie małżonków ze Szwecją. Odstąpienie od tej

¹⁰² M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *The Child in the Intersections between Society, Family, Faith and Culture*, w: *The Child's Interests in Conflict. The Intersections between Society, Family, Faith and Culture*. Red. M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g. Cambridge—Antwerp—Portland 2016, s. 21.

¹⁰³ G. L a m b e r t z: *Child Marriages...*, s. 99.

¹⁰⁴ Kodeks karny (szw. *Brottsbalken*) z 21 grudnia 1962r., 1962:700, rozdział 4, 4c§.

¹⁰⁵ G. L a m b e r t z: *Child Marriages...*, s. 108.

¹⁰⁶ W przypadku małżeństw dzieci oraz małżeństw z przymusu najczęściej podkreśla się, że wszelkie formy wywierania presji są w sprzeczności z zasadą swobody zawarcia małżeństwa. W pkt 4 rezolucji nr 1468 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 2005 r. małżeństwa z przymusu zostały zdefiniowane jako „związek dwóch osób, z których przynajmniej jedna nie wyraziła pełnej i swobodnej zgody na zawarcie małżeństwa”. Wydaje się, że im niższy wiek, w którym dana osoba zawarła małżeństwo, tym więcej wątpliwości dotyczących tego, na ile wyrażona przez nią zgoda była pełna i swobodna.

¹⁰⁷ Kodeks karny (szw. *Brottsbalken*) z 21 grudnia 1962r., 1962:700, rozdział 4, 4d§.

¹⁰⁸ Informacja *Greater protection against forced marriage and child marriage* z oficjalnej strony rządu Szwecji <https://www.regeringen.se/>, opublikowana w czerwcu 2014 r. [dostęp 30.06.2019].

¹⁰⁹ Ustawa o niektórych międzynarodowych stosunkach prawnych w zakresie małżeństwa i opieki (sv. *Lag om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap*) z 8 lipca 1904 r., 1904:26.

zasady może nastąpić jedynie wyjątkowo, jeśli istnieją ku temu szczególne powody, a każdy z małżonków ma obecnie ukończone 18 lat. Powyższe rozwiązanie ma zastosowanie do wszystkich małżeństw zawartych po dacie wejścia w życie nowelizacji, tj. po 1 stycznia 2019 r, w tym również tych, które zostały zawarte za granicą.

Warto przy tym zaznaczyć, że w prawie szwedzkim zakończenie bytu prawnego małżeństwa może nastąpić jedynie przez śmierć jednego z małżonków albo przez rozwód¹¹⁰. W prawie szwedzkim nie istnieje mechanizm unieważnienia małżeństwa. Stąd też sankcja przewidziana w znowelizowanych przepisach oznacza nieważność z mocy prawa, która wywołuje skutki *ex tunc*, tak jakby małżeństwo nie zostało nigdy skutecznie zawarte. Małżeństwo zawarte przez osobę poniżej 18. roku życia nie wywołuje więc żadnych skutków alimentacyjnych ani spadkowych, nie obowiązuje także domniemanie dotyczące pochodzenia dziecka. Małżeństwo nie może też być przedmiotem rozwodu i nie jest przeszkodą dla zawarcia kolejnego małżeństwa. Jedyną możliwością, żeby małżeństwo wywołało wspomniane skutki prawne w Szwecji jest jego ponowne zawarcie zgodnie z prawem szwedzkim, czyli po ukończeniu przez oboje nupturientów 18 lat. Wówczas jednak skutki takiego małżeństwa będą *ex nunc*¹¹¹, czyli nie będą obejmować np. spraw majątkowych, które powstały przed zawarciem małżeństwa w Szwecji, czy też pochodzenia dzieci, które z tego związku już się urodziły.

Aby małżeństwo zostało uznane za nieważne z mocy prawa, nie jest przy tym konieczne istnienie jakiegokolwiek powiązania między małżonkami a Szwecją w chwili zawarcia małżeństwa. Nie ma także znaczenia, w jakim wieku małżonkowie są obecnie. Tym samym, podobnie jak w przypadku rozwiązania niemieckiego, małżonkowie mogli w dobrej wierze zawrzeć małżeństwo zgodnie z prawem właściwym dla jego zawarcia, co pozwalało im oczekiwać, że ich małżeństwo zostanie uznane za ważne i skuteczne. Początkowo proponowano, aby małżeństwo było nieuznane jedynie wówczas, gdy małżonkowie mieli poniżej 18 lat w chwili wjazdu na terytorium Szwecji. Zrezygnowano jednak z tego pomysłu, jako że oznaczałoby to niejako wprowadzenie do prawa szwedzkiego normy kolizyjnej zbudowanej w oparciu o nowy łącznik, nieznaną dotychczas w szwedzkim prawie małżeńskim.

¹¹⁰ E. R y r s t e d t: *Family and inheritance law, w: Swedish Legal System*. Red. M. B o g d a n, Stockholm 2010, s. 246.

¹¹¹ M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *The Child in the Intersections...*, s. 24.

6 Ocena nowych rozwiązań prawnych dotyczących małżeństw dzieci z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego

Przedstawione zmiany w systemach prawnych wybranych państw europejskich, mimo że mają taki sam cel, jakim jest przeciwdziałanie małżeństwom dzieci, znacząco różnią się między sobą. Stąd też ich ocena z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego jest różna.

Zmiany prowadzące do podwyższenia wieku wymaganego dla zawarcia małżeństwa oraz wyeliminowania możliwości zawarcia małżeństwa mimo nieosiągnięcia tego wieku należy ocenić pozytywnie. Wyjątki dotyczące wymaganego wieku zawarcia małżeństwa często pozwalają na różne traktowanie w zależności od przynależności do różnych grup społecznych lub religijnych. Ponadto sama możliwość uzyskania zgody na zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła wymaganego wieku w praktyce mogła prowadzić do nacisków ze strony rodziny i bliskiego otoczenia na zawieranie związków nieformalnych oraz na prokreację w młodym wieku. Zawarcie małżeństwa pomimo nieosiągnięcia wymaganego wieku prowadzi najczęściej także do emancypacji danej osoby, co powoduje, że nie korzysta ona z ochrony, jaką prawo obejmuje dzieci¹¹².

Z kolei na gruncie kolizyjnym wprowadzenie bezwzględnego limitu wieku wymaganego do zawarcia małżeństwa jest wyraźnym sygnałem, że państwo nie aprobuje zawierania małżeństw przez osoby niedojrzałe¹¹³. Służy także wyeliminowaniu podwójnych standardów, w których państwo nie pozwala na zawarcie małżeństwa cudzoziemcom, których prawo personalne na to pozwala, mimo że we własnym systemie dopuszcza możliwość uzyskania zgody na zawarcie małżeństwa przez osoby, które także nie ukończyły wymaganego wieku.

Znacznie bardziej problematyczna jest ocena regulacji dotyczących nieuznawania małżeństw zawartych za granicą przez osoby, które nie osiągnęły wymaganego wieku. Omówione zmiany w przepisach niemieckich i szwedzkich zostały krytycznie ocenione przez niektórych przedstawicieli doktryny.¹¹⁴ Przede wszystkim zarzuca im się brak elastyczno-

¹¹² G. Lambert z: *Child marriages...*, s. 101.

¹¹³ Przykładowo informacja dotycząca motywów przyjęcia przepisów dotyczących małżeństw dzieci w Norwegii: *Norway bans child marriages*, opublikowana 25 lipca 2018 r. na oficjalnej stronie rządu Norwegii, <https://www.regjeringen.no/>, [dostęp 30.06.2019].

¹¹⁴ Wywiad z J. Basedowem opublikowany na stronie internetowej Instytutu Maxa Plancka Prawa Porównawczego i Prywatnego Międzynarodowego (niem. *Max-Planck-*

ści. Ten sam cel może być realizowany z powodzeniem poprzez powołanie się na ogólną klauzulę porządku publicznego, której zastosowanie podlega każdorazowo odrębnej ocenie w kontekście wszystkich okoliczności sprawy. Punkt wyjścia niemieckiego ustawodawcy, tj. założenie, że zawarcie małżeństwa przez osobę nieletnią godzi w jej prawa również nie jest prawdziwe w każdym przypadku. Zwłaszcza w sytuacji, gdy do zawarcia małżeństwa doszło dawno i małżonkowie trwali w pożyciu przez ten czas. Odmówienie skuteczności lub unieważnienie małżeństwa w takiej sytuacji może pogorszyć sytuację małżonków oraz ich wspólnych dzieci.

Powolywanie się w tym celu na klauzulę porządku publicznego ma tę przewagę, że klauzula jest zawsze stosowana w konkretnej sprawie, nigdy abstrakcyjnie. Automatyczna odmowa skutków prawnych małżeństw zawartych za granicą może natomiast naruszać prawa osób, które w założeniu ma chronić. Osoby te mogły działać w dobrej wierze, zgodnie z prawem właściwym oraz swoim prawem personalnym, a mimo to mogą zostać pozbawione ochrony. Szczególnie dotkliwe byłoby nieuznanie skutków małżeństwa zawartego wiele lat wcześniej, które nastąpiłoby w ramach postępowania alimentacyjnego lub spadkowego, diametralnie zmieniając sytuację prawną danej osoby.

Co prawda przepisy dotyczące nieuznawania małżeństw dzieci w większym lub mniejszym stopniu zostawiają pewien margines swobody, gdyż od odmowy przyznania skutków prawnych można odstąpić, jeśli istnieją ku temu „specjalne powody”. Ich istnienie oceniane jest *ad causum*, zazwyczaj gdy ważność małżeństwa stanowi kwestię wstępną dla innej kwestii głównej¹¹⁵. Tym samym powolywanie się na „specjalne powody” celem uznania małżeństwa zbliża to rozwiązanie do mechanizmu klauzuli porządku publicznego¹¹⁶. Jednak na jego niekorzyść przemawiają dwie kwestie. Po pierwsze, w przypadku klauzuli porządku publicznego, będącej tradycyjnym mechanizmem prawa prywatnego międzynarodowego, w większości porządków prawnych istnieje utrwalona linia orzecznicza dotycząca jej zastosowania. Zmniejsza to więc niepewność prawa. Natomiast w przypadku nowych rozwiązań prawnych dotyczących małżeństw dzieci wykładnia „specjalnych powodów”, które pozwalają na wyjątkowe przyznanie skutków prawnych takim małżeń-

-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht), <https://www.mpipriv.de/>; M. B o g d a n, *op. cit.*, s. 252—256.

¹¹⁵ Zob. M. J ä n t e r ä - J a r e b o r g: *The Incidental Question of Private International Law, Formalised Same-Sex Relationships and Muslim Marriages*, w: *Essays in Honour of Michael Bogdan*. Red. P. L i n d s k o u g *et al.* Lund 2013, s. 157—163.

¹¹⁶ Systemowo rozwiązania te można więc uznać za szczegółowe klauzule porządku publicznego.

stwom będzie się dopiero kształtować. Obecnie więc jednostka ma ograniczone możliwości, aby przewidzieć czy jej małżeństwo zostanie uznane. Po drugie, zmieniają one całkowicie optykę, która towarzyszy stosowaniu tradycyjnej klauzuli porządku publicznego. Podstawowym założeniem prawa prywatnego międzynarodowego jest, że prawo obce, jeśli jest związane ze stosunkiem prawnym, może być stosowane przez organy danego państwa. Wyjątek od tej zasady stanowi powołanie się na klauzulę porządku publicznego, w celu odmowy zastosowania prawa obcego. Natomiast rozwiązania prawne dotyczące małżeństw dzieci jako zasadę przyjmują nieuznanie małżeństw zawartych za granicą, od czego można wyjątkowo odstąpić. Można więc odnieść wrażenie, że wypaczają podstawowe założenie prawa kolizyjnego.

Problematyczne jest też to, że decyzje dotyczące uznania małżeństwa zawartego za granicą mają w większości przypadków charakter raczej administracyjny niż sądowy. Z tego powodu decyzje takie podejmowane są przez różnego rodzaju organy wykonawcze, w tym przede wszystkim przez organy właściwe w sprawach imigracyjnych oraz do spraw rejestracji cudzoziemców. Bardzo często nie istnieją jednolite standardy odnoszące się do podejmowania decyzji przez te organy, przez co małżeństwo może być uznane przez niektóre z nich, podczas gdy przez inne nie¹¹⁷.

Poddając ocenie poszczególne rozwiązania dotyczące małżeństw dzieci, należy zauważyć, że przepisy holenderskie spełniają swój cel, unikając przy tym większości negatywnych skutków związanych z nieuznaniem małżeństwa *ex tunc*. Brak skutków prawnych małżeństwa dzieci zawartego za granicą następuje bowiem jedynie czasowo, aż do ukończenia przez małżonków 18. roku życia.

Z kolei regulacja duńska ma istotną zaletę, która polega na tym, że ustawodawca wziął pod uwagę istnienie nakreślonych wcześniej różnic w prawie państw europejskich odnoszących się do minimalnego wieku zawarcia małżeństwa. Problem małżeństw dzieci najczęściej kojarzy się z imigrantami spoza Europy. Tymczasem, zgodnie z prawem norweskim, szwedzkim czy niemieckim, odmowa skutków prawnych małżeństwa powinna nastąpić także w przypadku małżeństwa zawartego w Szkocji przez osoby, które ukończyły 16 lat lub w małżeństwa zawartego w Estonii za zgodą sądu przez osoby, które ukończyły 15 lat. W ramach UE niewątpliwie stanowiłoby to przeszkodę w swobodzie przepływu osób, stąd też duńskie przepisy wyraźnie stanowią, że nieuznanie małżeństwa ze względu na nieosiągnięcie minimalnego wieku przez nupturientów nie może nastąpić w przypadku obywateli państw należących do UE i EOG.

¹¹⁷ K. J a n s e s n F r e d r i k s e n: *The recognition of transnational...*, s. 93.

Takiego wyjątku nie przewidują jednak pozostałe z omówionych regulacji, co z pewnością będzie powodowało problemy w praktyce¹¹⁸.

Szwedzka regulacja mająca na celu zwalczanie małżeństw dzieci jest z kilku powodów najbardziej radykalna. W porównaniu z nią rozwiązanie niemieckie wyróżnia dwie konsekwencje zawarcia małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 18 lat. Jeżeli małżeństwo zostało zawarte przez osobę mającą między 16 a 18 lat, wówczas jest ono ważne zawarte, ale może zostać unieważnione. Jeśli natomiast małżeństwo zostało zawarte przez osobę, która nie ukończyła 16 lat, to nie wywołuje ono skutków prawnych tak, jakby nigdy nie zostało zawarte. Prawo szwedzkie przewiduje tylko jedną konsekwencję w postaci nieważności z mocy prawa. Dotyczy to wszystkich małżeństw zawartych przez osobę poniżej 18. roku życia. Tym samym granica wieku jest również wyższa niż w prawie niemieckim.

Niemiecka regulacja jest też bardziej elastyczna, jeśli chodzi o wyjątkowe uznanie małżeństwa zawartego przez osobę mającą między 16 a 18 lat. Pozwala bowiem małżonkowi po ukończeniu 18 roku życia zdecydować o byciu prawnym małżeństwa. Prawo szwedzkie nie daje takiej możliwości.

7. Uwagi na tle prawa polskiego

W prawie polskim wiek wymagany do zawarcia małżeństwa określony jest w art. 10 § 1 Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego, który stanowi, że nie może zawrzeć małżeństwa osoba niemająca ukończonych 18 lat. Od powyższej zasady został ustanowiony wyjątek. Zgodnie z art. 10 § 1 zd. 2 możliwe jest zawarcie małżeństwa przez kobietę, która ukończyła 16 lat, jeżeli zezwoli jej na to sąd opiekuńczy. Sąd może wydać takie zezwolenie, jeżeli występują ku temu ważne powody i jeżeli z okoliczności wynika, że zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny.

¹¹⁸ Przykładem może być sprawa, którą zajmował się Wyższy Sąd Krajowy (niem. *Oberlandesgericht*) we Frankfurcie nad Menem (Az. 5 UF 97/19). Dotyczyła ona małżeństwa zawartego w Bułgarii, zgodnie z prawem tego państwa, przez kobietę, która miała 17 lat. Zgodnie z orzeczeniem wydanym 4 września 2019 r., sąd orzekł, że niemieckie władze muszą uznawać skutki prawne małżeństw zawartych w innych państwach członkowskich UE, nawet jeśli małżonkowie nie mieli w chwili zawarcia małżeństwa ukończonych 18 lat.

Na gruncie kolizyjnoprawnym osiągnięcie minimalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa mieści się w pojęciu „możności zawarcia małżeństwa”¹¹⁹, dla której, zgodnie z art. 48 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe¹²⁰ właściwe jest prawo ojczyście nupturienta z chwili zawarcia małżeństwa. Prawo to może oczywiście określać dopuszczalny wiek zawarcia małżeństwa inaczej niż prawo polskie. Jak już było wspomniane, samo występowanie różnicy w tym zakresie nie uzasadnia zastosowania klauzuli porządku publicznego. Co do zasady powinno więc znaleźć zastosowanie prawo ojczyście cudzoziemca, nawet jeśli określa ono dla niego wiek wymagany dla zawarcia małżeństwa odmiennie niż prawo polskie¹²¹.

Powołanie się na klauzulę porządku publicznego w tej materii byłoby możliwe w dwóch przypadkach. Po pierwsze wówczas, gdy minimalny wiek wymagany dla zawarcia małżeństwa ustalony byłby tak wysoko, że ograniczałby prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. W praktyce jednak wystąpienie takiej sytuacji jest mało prawdopodobne, gdyż państwa w swoim ustawodawstwach określają ten wiek na maksymalnie 22 lata¹²².

Po drugie, zastosowanie klauzuli porządku publicznego jest uzasadnione, gdy prawo obce pozwala na zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 15 lat. Zawarcie małżeństwa powoduje bowiem powstanie po stronie małżonków obowiązków określonych przez prawo, w tym, zgodnie z art. 23 KRO, obowiązku wspólnego pożycia, obejmującego utrzymywanie relacji intymnych. Z kolei polskie prawo karne sankcjonuje podejmowanie czynności seksualnych z osobą poniżej 15 lat. Tym samym zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie ukończyła 15 lat należy uznać za sprzeczne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego¹²³.

Ostatnią kwestią wartą omówienia jest ewentualne wprowadzenie do prawa polskiego regulacji analogicznych do omówionych przepisów państw europejskich. Uważam, że warte rozważenia jest usunięcie z prawa rodzinnego możliwości zawarcia małżeństwa przez kobietę, któ-

¹¹⁹ W. P o p i o ł e k: *Zawarcie małżeństwa*, w: *System prawa prywatnego. Tom 20C. Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. P a z d a n. Warszawa 2015, s. 42.

¹²⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r., Dz.U. 2011 nr 80 poz. 432.

¹²¹ M. S o ś n i a k, B. W a ł a s z e k, E. W i e r z b o w s k i: *Międzynarodowe prawo rodzinne*. Wrocław—Warszawa—Kraków 1969, s. 37; M. P a z d a n: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa 2012, s. 221.

¹²² Taki minimalny wiek zawarcia małżeństwa przewidziany jest w prawie Chińskiej Republiki Ludowej dla mężczyzn. Kilka państw przewiduje wiek od 19 do 21 lat, natomiast zdecydowana większość — 18 lat. Dane z raportu UNICEF *State of the World's Children* przygotowanego w 2017 r.

¹²³ E. K a m a r a d: *Zawarcie małżeństwa jako zagadnienie prawa rodzinnego, prawa prywatnego międzynarodowego i prawa konsularnego*. Kraków 2019, s. 208—209.

ra ukończyła 16 lat, ustalając tym samym bezwzględny wymóg ukończenia 18 lat przez osobę chcącą zawrzeć małżeństwo, niezależnie od jej płci. Obecne rozwiązanie ma charakter dyskryminujący, co zostało już wspomniane. Ponadto ustalenie minimalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa na 18 lat mogłoby mieć pozytywny wpływ na stosowanie klauzuli porządku publicznego. Odmawiając zastosowania prawa obcego, które przewiduje możliwość zawarcia małżeństwa przez osobę w wieku od 15 do 18 lat, sąd polski mógłby bowiem powołać się na to, że prawo polskie bezwzględnie wymaga ukończenia 18 lat, co oznacza, że konieczność osiągnięcia tego wieku jest podstawową zasadą polskiego porządku prawnego.

Nie widzę natomiast potrzeby wprowadzania do polskiego prawa kolidującego szczególnej klauzuli porządku publicznego odnoszącej się do małżeństw dzieci. Moim zdaniem generalna klauzula porządku publicznego wyrażona w art. 7 ustawy PPM jest wystarczająca, aby zablokować możliwość zawierania małżeństw przez osoby, które nie osiągnęły określonego wieku, a także, w pewnym zakresie, uznawanie małżeństw dzieci zawartych w innym państwie. Z kolei istotna zaleta szczególnej klauzuli porządku publicznego, polegająca na tym, że jest ona wyrazem braku akceptacji dla małżeństw dzieci, w przypadku Polski ma dużo mniejsze znaczenie, gdyż w porównaniu z omawianymi państwami europejskimi, w Polsce zjawisko małżeństw dzieci występuje rzadziej.

8. Podsumowanie

Wprowadzanie powyższych zmian w prawie państw europejskich jest ściśle związane z kryzysem imigracyjnym¹²⁴. Powodem takiego stanu rzeczy jest przede wszystkim to, że imigranci przybywają najczęściej z państw¹²⁵, w których minimalny wiek uprawniający do zawarcia małżeństwa jest niższy niż w państwach europejskich, przez co małżeństwa dzieci występują znacznie częściej.

Co więcej, imigranci przybywający do Europy w przeważającej większości pochodzą z obszarów dotkniętych konfliktami zbrojnymi. Badania

¹²⁴ R. Kool: *Step Forward, or Forever Hold Your Peace: Penalising Forced Marriages in the Netherlands*. "Netherlands Human Rights Quarterly" 2012, vol. 30, nr 4, s. 449.

¹²⁵ Największa imigracja z Syrii, Afganistanu, Iraku, Erytrei, Pakistanu, Nigerii, Somalii, Gambii, Bangladeszu, Senegalu. Dane z raportów opublikowanych przez organizację Human Rights Watch na jej stronie internetowej, <https://www.hrw.org/>.

wykazują, że w takich sytuacjach liczba małżeństw zawieranych przez dzieci znacznie się zwiększa¹²⁶. Jest to częsta praktyka w obozach dla uchodźców. Zwłaszcza, gdy przebywanie w obozie nie jest sytuacją przejściową, ale trwa długi czas¹²⁷. Zawarcie małżeństwa, szczególnie przez nastoletnie dziewczęta, daje pewną ochronę przed przemocą oraz szansę na poprawę sytuacji ekonomicznej¹²⁸. Ponadto w kontekście emigracji do Europy zawarcie małżeństwa potencjalnie pozwala na skorzystanie z prawa do łączenia rodzin. Osoba małoletnia ma większe szanse na otrzymanie statusu uchodźcy lub prawa do pobytu w państwie przyjmującym, a wraz z nią jej dorosły współmałżonek.

Początkowo główny problem polegał na tym, czy małżonkowie, z których jedno nie było pełnoletnie, powinni zostać umieszczeni w obozie dla uchodźców razem czy osobno. Zakwaterowanie ich razem oznaczałoby akceptację takich związków, natomiast rozdzielenie małżonków często miało na nich zły wpływ, włącznie z podejmowaniem przez nich prób samobójczych z tego powodu¹²⁹. Z czasem jednak odmowa skutków małżeństw zawartych przez osoby, które nie osiągnęły wymaganego wieku następowała także w kontekście praw socjalnych oraz prawa do pobytu i prawa do łączenia rodzin.

Aby przeciwdziałać małżeństwom dzieci część państw europejskich w ostatnich latach wprowadziła zmiany w swoich porządkach prawnych. Prowadziły one do przyjęcia bezwzględnego limitu wieku, który musi być osiągnięty, aby możliwe było skuteczne zawarcie małżeństwa oraz do nieuznawania małżeństw zawartych za granicą przez osoby, które nie ukończyły wymaganego wieku, nawet jeśli małżeństwo zostało zawarte zgodnie z prawem obcym.

O ile zmiany dotyczące podwyższania limitu wieku wymaganego do zawarcia małżeństwa oraz usuwania prawnie dopuszczalnych wyjątków w tym zakresie należy ocenić pozytywnie, o tyle reguły dotyczące automatycznego nieuznawania małżeństw zawartych za granicą przez osoby będące poniżej wymaganego wieku wydają się mieć więcej negatywnych, niż pozytywnych skutków.

¹²⁶ S. M e n z: *Stateless and Child Marriage...*, s. 528—529.

¹²⁷ J. d e S m e d t: *Child Marriages in Rwandan Refugee Camps*. "Journal of the International African Institute" 1998, vol. 68, nr 2, s. 217—219.

¹²⁸ S. A. B a r t e l s *et al.*: *Making sense of child, early and forced marriage among Syrian refugee girls: a mixed methods study in Lebanon*. "BMJ Global Health" 2018, nr 3, s. 4—10.

¹²⁹ Artykuł prasowy *Migrant child brides put Europe in a spin* opublikowany w serwisie internetowym BBC 30 września 2016 r., <https://www.bbc.com/news/world-europe-37518289>, [dostęp 30 czerwca 2019 r.]



Łukasz Dyrda^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-6855-4454>

Stosowanie deliktowych łączników lokalnych do zdarzeń mających miejsce na pokładzie statku morskiego lub powietrznego w unijnym prawie prywatnym międzynarodowym

Abstract: The article is aimed at determining the relevance of the flag state (regarding vessels) and the country of registration (regarding aircrafts) principles for the purpose of the application of territorial connecting factors (the place of the event giving rise to damage (place of acting) and the place where the damage occurred (place of damage)) employed by article 7(2) of the Regulation No 1215/2012 (Brussels I bis Regulation) providing a special jurisdiction rule in matters relating to tort, delict or quasi-delict and by article 4(1) of the Regulation No 864/2007 (Rome II Regulation) specifying the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort or delict. The flag state and the country of registration principles could be taken into account when circumstances constituting the event giving rise to damage or the damage itself are situated on board of a vessel navigating in or an aircraft flying through the areas outside the sovereignty of any state (in particular the High Seas). The reference to the flag state or the country of registration instead of the sovereignty in order to identify the member state whose courts have jurisdiction pursuant to article 7(2) of the Brussels I bis Regulation or the state whose law is applicable according to article 4(1) of the Rome II Regulation may also be possible in cases when the determination of the place where the event giving rise to damage occurred or where the damage occurred is difficult or even when the competent jurisdiction and the applicable law identified based on the sovereignty over the area where the

^{a)} Mgr, asystent w Katedrze Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Jagielloński.

vessel navigated or the aircraft flew at the moment when the event giving rise to damage occurred or damage occurred does not materialise the closest connection principle.

Keywords: the place of the event giving rise to damage, place of damage, flag state of the vessel, registration state of the aircraft, Rome II Regulation, Brussels I bis Regulation

1. Wstęp

Celem artykułu jest ustalenie, jakie znaczenie ma zasada bandery i zasada państwa rejestracji dla stosowania deliktowych łączników lokalnych ustanowionych w rozporządzeniu nr 1215/2012¹ oraz w rozporządzeniu nr 864/2007². Potrzeba uwzględnienia zasady bandery lub zasady państwa rejestracji pojawia się przede wszystkim wtedy, gdy okoliczności stanowiące zdarzenie powodujące szkodę lub szkodę są zlokalizowane na obszarach niepodlegających władztwu żadnego państwa. Sięgnięcie po te zasady może być celowe również wtedy, kiedy dokładne ustalenie, gdzie doszło do zdarzenia powodującego szkodę lub gdzie powstała szkoda, jest utrudnione albo kiedy rozstrzygnięcie o jurysdykcji krajowej lub o prawie właściwym w oparciu o to, które państwo sprawuje władztwo terytorialne nad obszarem, na którym znajdował się statek lub samolot w momencie, gdy na jego pokładzie zaistniało zdarzenie powodujące szkodę lub powstała szkoda, jest nieprzewidywalne lub nieadekwatne. Wobec obowiązywania szeregu konwencji międzynarodowych dotyczących różnych aspektów odpowiedzialności cywilnej powstającej w związku z ruchem statków lub samolotów ustalenia wymaga ponadto praktyczne znaczenie zasady bandery i zasady państwa rejestracji.

¹ Rozporządzenie nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (wersja przekształcona), Dz.Urz. UE L 351 z dnia 20 grudnia 2012 r., s. 1—32 ze zm.; dalej: rozporządzenie nr 1215/2012.

² Rozporządzenie nr 864/2007 r. z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych („Rzym II”), Dz.Urz. UE L 199 z dnia 31 lipca 2007 r., s. 40—49; dalej: rozporządzenie nr 864/2007.

2. Źródła norm jurysdykcyjnych i norm kolizyjnych dla deliktów w Unii Europejskiej

Podstawowym aktem prawnym regulującym jurysdykcję krajową w sprawach cywilnych i handlowych w Unii Europejskiej jest rozporządzenie nr 1215/2012³. Ustanowione w nim jednolite normy jurysdykcyjne zasadniczo znajdują zastosowanie wtedy, kiedy pozwany, niezależnie od obywatelstwa, ma miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich⁴. Jurysdykcję ogólną, która zgodnie z art. 4 ust. 1 przysługuje sądom państwa członkowskiego miejsca zamieszkania pozwanego, uzupełnia szereg jurysdykcji przemiennej⁵. Stosownie do art. 7 pkt 2 rozporządzenia nr 1215/2012 w sprawach dotyczących czynów niedozwolonych lub czynów do nich podobnych jurysdykcja przysługuje sądom miejsca, w którym nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶, pod pojęciem „zdarzenia wywołującego szkodę” kryje się zarówno przyczyna szkody („zdarzenie powodujące szkodę”), jak i skutek („szkoda”)⁷. Miarodajna jurysdykcyjnie jest wyłącznie szkoda bezpośrednia rozumiana jako naruszenie dobra lub interesu prawnego⁸.

Kolizyjna problematyka czynów niedozwolonych została uregulowana w rozporządzeniu nr 864/2007⁹. Rozporządzenie to w rozdziale drugim

³ Zob. więcej na temat jurysdykcji krajowej według rozporządzenia nr 1215/2012 m.in. P. Grzegorzcyk: *Nowy fundament europejskiego prawa procesowego cywilnego: jurysdykcja krajowa, zawisłość sprawy oraz uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych według rozporządzenia Rady i Parlamentu UE Europejskiego nr 1215/2012 (Bruksela Ia) (część I)*. „Przegląd Sądowy” 2014, nr 6, s. 19—48; J. Zatorska: *Komentarz do rozporządzenia nr 1215/2012 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych*. LEX/el. 2015.

⁴ Zob. art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012.

⁵ Jurysdykcja ogólna i uzupełniająca ją jurysdykcje przemienne nie obejmują spraw, dla których ustanowiono jurysdykcje wyłączne (art. 24), spraw dotyczących ubezpieczenia (art. 10—16), spraw dotyczących umów konsumenckich (art. 17—19) oraz spraw dotyczących indywidualnych umów o pracę (art. 20—23). Strony mogą również stosownie do art. 25 rozporządzenia zawrzeć umowę jurysdykcyjną.

⁶ Dalej: TSUE.

⁷ Zob. w szczególności wyrok TSUE z dnia 30 listopada 1976 r. w sprawie 21/76 *Handelskwekerij G. J. Bier BV przeciwko Mines de potasse d'Alsace SA*, ECLI:EU:C:1976:166.

⁸ Zob. w szczególności wyrok TSUE z dnia 19 września 1995 r. w sprawie C-364/93 *Antonio Marinari przeciwko Lloyds Bank plc i Zubaidi Trading Company*, ECLI:EU:C:1995:289.

⁹ Zob. więcej na temat rozporządzenia nr 864/2007 np. M. Czepelak: *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*. Warszawa 2012; M. Pazdan (red.): *System*

zawiera ogólną regulację wskazania prawa właściwego dla czynów niedozwolonych oraz szereg szczegółowych norm kolizyjnych dla wyodrębnionych kategorii czynów niedozwolonych. Wskazanie prawa właściwego dla czynów niedozwolonych nieobjętych jedną ze szczegółowych norm ustanowionych w art. 5—9 rozporządzenia zostało oparte na kaskadzie dwóch łączników. Zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia prawem właściwym dla zobowiązania pozaumownego wynikającego z czynu niedozwolonego jest prawo państwa, w którym powstaje szkoda, niezależnie od tego, w którym państwie miało miejsce zdarzenie ją powodujące, oraz niezależnie od tego, w którym państwie lub państwach występują skutki pośrednie tego zdarzenia. Z pierwszeństwem przed łącznikiem lokalnym na zasadzie *lex specialis derogat legi generali* jest stosowany podmiotowy łącznik wspólnego, w chwili powstania szkody, miejsca zwykłego pobytu osoby, której przypisuje się odpowiedzialność, i poszkodowanego (art. 4 ust. 2). W art. 4 ust. 3 rozporządzenia zamieszczona została klauzula korekcyjna ściślejszego związku. Choć zasadniczo właściwość prawa została powiązana z miejscem powstania szkody, to miejsce zdarzenia ją powodującego nie zostało zupełnie pozbawione znaczenia. Zgodnie bowiem z art. 17 rozporządzenia nr 864/2007, uwzględnia się, na ile okaże się to wskazane i jako element stanu faktycznego, zasady bezpieczeństwa i postępowania wiążące w miejscu i czasie wystąpienia zdarzenia stanowiącego źródło odpowiedzialności¹⁰. Niezależnie od tego w art. 14 rozporządzenia nr 864/2007 przewidziano możliwość dokonania wyboru prawa właściwego¹¹.

Miejsce zdarzenia powodującego szkodę oraz miejsce powstania szkody stanowią podstawy jurysdykcji przemiennej w sprawach dotyczących czynów niedozwolonych. Uzupełniają więc jurysdykcję ogólną sądów państwa członkowskiego, w którym pozwany ma miejsce zamieszkania (art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012). Natomiast w rozporządzeniu nr 864/2007 łącznik miejsca powstania szkody pełni funkcję podstawowo-

Prawa Prywatnego, T. 20B. Prawo Prywatne Międzynarodowe. Warszawa 2015, s. 725—880; J. Poczobut (red.): *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz.* Warszawa 2017 s. 571—601; M. Pazdan (red.): *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz.* Warszawa 2018, s. 877—1034.

¹⁰ Mimo niezbyt fortunnej redakcji przepisu nie powinno budzić wątpliwości, że chodzi o miejsce zdarzenia powodującego szkodę.

¹¹ Zob. więcej na temat wyboru prawa właściwego dla czynów niedozwolonych M. Czepelak: *Wybór prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych w rozporządzeniu rzymskim II.* „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 2, s. 513—572; M. Czepelak: *Autonomia woli w prawie prywatnym międzynarodowym Unii Europejskiej.* Warszawa 2015, s. 51—70; J. Pazdan: *Wybór prawa właściwego, [w:] System Prawa Prywatnego, T. 20B. Prawo Prywatne Międzynarodowe.* Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 755—760.

wego powiązania służącego wskazaniu prawa właściwego (art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 864/2007)¹², a łącznik miejsca zdarzenia powodującego szkodę służy identyfikacji miarodajnego wzorca oceny postępowania osoby, której odpowiedzialność cywilna jest rozważana lub ze względu na której działania lub zaniechania jest rozważana odpowiedzialność cywilna innej osoby (art. 17 rozporządzenia nr 864/2007). Mimo że na gruncie jurysdykcyjnym deliktowe łączniki lokalne odgrywają inną rolę niż w prawie kolizyjnym, to nie ma powodów do odmiennego traktowania problemu niemożności, trudności lub nieadekwatności ich zastosowania przy uwzględnieniu władztwa terytorialnego w wypadkach, gdy miarodajne okoliczności zaistniały na pokładzie statku lub samolotu. Normy jurysdykcyjne i normy kolizyjne są bowiem identycznie zbudowane (w hipotezie podstawowe miejsce zajmuje zakres, natomiast w dyspozycji znajduje się łącznik oraz odpowiednio wskazanie, że sprawa należy do jurysdykcji krajowej¹³ lub nakaz stosowania określonego prawa). Deliktowe łączniki lokalne pełnią podobną funkcję, pozwalając zidentyfikować państwo, któremu przysługuje deliktowa jurysdykcja przemienna lub którego prawo jest właściwe dla czynu niedozwolonego albo w którym wiążące zasady bezpieczeństwa i zasady postępowania powinny zostać uwzględnione na potrzeby oceny zachowania sprawcy szkody. Na rzecz łącznego i jednolitego rozstrzygnięcia na płaszczyźnie jurysdykcyjnej i płaszczyźnie kolizyjnej przemawia również okoliczność, że rozporządzenie nr 1215/2012 oraz rozporządzenie nr 864/2007 są częścią unijnego prawa prywatnego międzynarodowego, które zgodnie z art. 81 ust. 2 lit. c Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴ obejmuje nie tylko prawo kolizyjne, ale rozciąga się również na międzynarodowe postępowanie cywilne, w tym w szczególności na normy jurysdykcyjne. Ponadto w motywie 7 rozporządzenia nr 864/2007 wyraźnie wskazano, że przedmiotowy zakres zastosowania oraz przepisy tego rozporządzenia

¹² Mimo że łącznik miejsca powstania szkody jest wyprzedzany przez łącznik wspólnego miejsca zwykłego pobytu poszkodowanego i osoby, której przypisuje się odpowiedzialność (art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 864/2007).

¹³ Norma jurysdykcyjna, niezależnie od swojej genezy, jest stosowana przez sąd na potrzeby rozstrzygnięcia o jurysdykcji krajowej zawsze jako jednostronna norma kolizyjna. Choć więc art. 7 pkt 2 rozporządzenia nr 1215/2012 przyznaje jurysdykcję sądowi miejsca zdarzenia wywołującego szkodę, to sąd polski będzie badał, czy zdarzenie wywołujące szkodę było zlokalizowane w Polsce (w okręgu sądu, do którego został wniesiony pozew — ze względu na to, że rozporządzenie nr 1215/2012 reguluje w omawianym przypadku nie tylko jurysdykcję krajową, ale również właściwość miejscową).

¹⁴ Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864, zał. 2 ze zm.; t.jedn. Dz.Urz. UE C 202 z dnia 7 czerwca 2016 r., s. 47—200; dalej: TFUE. Zob. szerzej na temat tego przepisu A. Wróbel (red.): *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tom I.* Warszawa 2012, komentarz do art. 81.

powinny być spójne z obecnym rozporządzeniem nr 1215/2012 oraz z instrumentami dotyczącymi prawa właściwego dla zobowiązań umownych. O potrzebie spójnej wykładni świadczy również to, że kolizyjny łącznik deliktowy został sformułowany przy uwzględnieniu utrwalonej wykładni jurysdykcyjnego łącznika miejsca zdarzenia wywołującego szkodę.

3. Stosowanie łączników lokalnych

Lokalne łączniki miejsca zdarzenia powodującego szkodę i miejsca powstania szkody odgrywają kluczową rolę zarówno na gruncie jurysdykcyjnym, jak i na płaszczyźnie kolizyjnej. Rozstrzyganie o jurysdykcji krajowej lub o prawie właściwym za pomocą łączników lokalnych wiąże się z wieloma trudnościami, które ujawniają się na różnych etapach ich stosowania. W pierwszej kolejności dotyczą one prawidłowej identyfikacji okoliczności, które zostały podniesione do rangi łączników. Niezależnie od tego, że do powstania szkody może prowadzić szereg nadających się do wyodrębnienia aktywności, należy ustalić jedną z nich, która będzie stanowiła zdarzenie powodujące szkodę (zdarzenie sprawcze). Choć zdarzenie sprawcze może pociągać za sobą szereg negatywnych konsekwencji, to prawodawca unijny jurysdykcję krajową i właściwość prawa wiąże wyłącznie ze szkodą bezpośrednią. W następnej kolejności pojawia się potrzeba zlokalizowania w przestrzeni miarodajnych okoliczności stanowiących zdarzenie powodujące szkodę lub szkodę. Jurysdykcja przysługuje bowiem sądom państwa członkowskiego, w którym miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę lub w którym powstała szkoda, a właściwe jest prawo państwa miejsca powstania szkody.

Nie znaczy to jednak, że ustalenie, gdzie dokładnie miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę lub gdzie powstała szkoda, jest wystarczające. Stosowanie łączników lokalnych opiera się bowiem na niewysłowionym wprost założeniu, że miejsce wskazane przez łącznik opisujący okoliczność lokalną znajduje się pod jurysdykcją terytorialną określonego państwa (państwo sprawuje zwierzchność terytorialną nad miejscem, gdzie wystąpiło zdarzenie powodujące szkodę lub gdzie powstała szkoda). Niektóre obszary nie podlegają jednak władztwu terytorialnemu żadnego państwa (jak na przykład morze otwarte oraz przestrzeń powietrzna nad nim).

Z niemożnością zastosowania łączników lokalnych w wypadkach, gdy łącznik lokalny znajduje się poza terytorium któregośkolwiek pań-

stwa, ustawodawcy krajowi radzili sobie, odwołując się do zasady bandery (w przypadku statków) lub zasady państwa rejestracji (w przypadku samolotów). Źródeł miarodajności zasady bandery lub zasady państwa rejestracji w prawie prywatnym międzynarodowym należy upatrywać w tym, że na państwie, w którym statek lub samolot został wpisany do odpowiedniego rejestru, ciążyą szczególnie obowiązki, oraz że temu państwu przysługują szczególnie kompetencje w stosunku do osoby mającej określone prawa podmiotowe do tego statku lub samolotu.

4. Stanowisko prawodawcy unijnego

Prawodawca unijny ani w rozporządzeniu nr 1215/2012, ani w rozporządzeniu nr 864/2007 nie ustanowił wyraźnej regulacji określającej sposób postępowania w wypadkach, w których stosowanie ustanowionych w nim łączników lokalnych jest niemożliwe, utrudnione albo prowadzi do wątpliwych merytorycznie rezultatów ze względu na przypadkowość lub nieprzewidywalność rozstrzygnięcia opartego na powiązaniu wynikającym z władztwa terytorialnego nad obszarem, na którym miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę lub powstała szkoda.

Problematyka ta nie pozostawała jednak zupełnie poza zainteresowaniem Unii Europejskiej. We wstępnym roboczym projekcie przyszłego rozporządzenia nr 864/2007¹⁵ znalazła się nawet szczególna norma kolizyjna. Zgodnie z proponowanym art. 4 ust. 1 prawem właściwym dla czynów niedozwolonych, które zaistniały na obszarach niepodlegających władztwu terytorialnemu żadnego państwa, miało być prawo państwa, w którym środek transportu powiązany z czynem niedozwolonym jest zarejestrowany lub pod którego banderą pływa albo z którym jest w inny podobny sposób związany. W braku powiązania z którymkolwiek państwem lub wtedy, gdy powiązanie zachodziło z kilkoma państwami, prawem właściwym miało być prawo państwa, z którym sprawa pozostawała w najściślejszym związku (art. 4 ust. 2 wstępnego roboczego projektu rozporządzenia).

¹⁵ *Preliminary draft proposal for a Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*. Wstępna wersja projektu została opublikowana wraz z komentarzem I propozycją zmian m.in. w „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 2003, z. 1, s. 1—56.

W ostatecznym projekcie rozporządzenia dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych wniesionym przez Komisję w 2003 r.¹⁶ zrezygnowano z dyskusyjnego rozwiązania opartego na szczególnej normie kolizyjnej. W zamian zaproponowano normę asymilującą¹⁷ m.in. statki i samoloty z terytorium tego państwa, z którym są one odpowiednio przez podnoszoną banderę lub fakt rejestracji powiązane. Zgodnie z art. 18 projektu za terytorium państwa uznano: a) instalacje i inne wyposażenie służące do badań i eksploatacji surowców naturalnych w, na lub pod częścią dna morskiego położoną poza wodami terytorialnymi państwa, jeżeli państwo, na mocy prawa międzynarodowego, korzysta w tej części z suwerennych praw do badań i eksploatacji surowców naturalnych; b) statek na pełnym morzu zarejestrowany w państwie lub posiadający certyfikat okrętowy lub porównywalny dokument wydany przez państwo lub w jego imieniu, lub który — nie będąc zarejestrowanym, nie posiadając certyfikatu okrętowego lub porównywalnego dokumentu — jest własnością obywatela tego państwa; c) samolot w przestrzeni powietrznej zarejestrowany w państwie lub w jego imieniu, lub wpisany do rejestru państwowego, lub który — nie będąc zarejestrowanym lub wpisanym do rejestru państwowego — jest własnością obywatela tego państwa. Ostatecznie przepis ten nie znalazł się w uchwalonym tekście rozporządzenia nr 864/2007.

Braku wyraźniej regulacji nie należy jednak rozumieć w ten sposób, że rozporządzenie nr 1215/2012 oraz w szczególności rozporządzenie nr 864/2007 nie znajdują zastosowania w wypadkach, gdy miejsce zdarzenia powodującego szkodę lub miejsce powstania szkody znajdują się na obszarach niepodlegających władztwu żadnego państwa lub też miejsca te trudno jest ustalić. Z milczenia prawodawcy unijnego nie należy też wyciągać wniosku, że rozporządzenia unijne znajdują co prawda zastosowanie, ale stosowanie łączników lokalnych w tych wypadkach jest wyłączone. Na płaszczyźnie jurysdykcyjnej oznaczałoby to, że międzynarodowo właściwe co do zasady byłyby wyłącznie sądy państwa członkowskiego, w którym pozwany ma miejsce zamieszkania (art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 1215/2012). Na gruncie kolizyjnym zastosowanie mógłby znaleźć łącznik wspólnego miejsca zwykłego pobytu poszkodowanego i osoby, której jest przypisywana odpowiedzialność (art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 864/2007). W pozostałych przypadkach konieczne byłoby

¹⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), COM(2003) 427 final.

¹⁷ L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, t. II, wyd. 15. London 2012, s. 2215—2216, projektowany art. 18 traktowali jako przepis definiujący terytorium państwa.

dokonanie *in concreto* ustalenia, z którym prawem sprawa jest najściślej związana (art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 864/2007).

Należy również odrzucić interpretację, zgodnie z którą kwestia kolizyjnego znaczenia zasady bandery lub zasady państwa rejestracji pozostaje poza zakresem rozporządzenia nr 1215/2012 oraz rozporządzenia nr 864/2007, w konsekwencji czego rozstrzygając o jurysdykcji lub o prawie właściwym na podstawie łączników lokalnych, sąd polski powinien stosować art. 356 kodeksu morskiego¹⁸ lub art. 14 prawa lotniczego¹⁹. Uznanie, że miarodajność zachowują krajowe uregulowania wobec braku pełnej zgodności stanowisk poszczególnych ustawodawców krajowych, prowadziłyby do niejedności zastosowania rozporządzenia nr 1215/2012 oraz rozporządzenia nr 864/2007, co godziłoby w ich efektywność. Mimo powszechności rozwiązania uwzględniającego zasadę bandery lub zasadę państwa rejestracji, porządki prawne poszczególnych państw członkowskich mogą bowiem różnić się co do tego, czy powiązanie oparte na zasadzie bandery lub na zasadzie państwa rejestracji powinno być miarodajne wyłącznie wtedy, gdy rozstrzygnięcie o jurysdykcji krajowej lub o prawie właściwym na podstawie łączników lokalnych w oparciu o kryterium suwerenności terytorialnej w ogóle nie jest możliwe, czy również wtedy, gdy jest ono utrudnione, lub także wtedy, gdy prowadzi do nieprzewidywalnych lub przypadkowych rezultatów.

Problem określenia, w jakim zakresie zasada bandery i zasada państwa rejestracji mogą zostać wykorzystane w celu powiązania zdarzenia mającego miejsce na pokładzie statku lub samolotu z jednym z państw, należy rozstrzygać w sposób autonomiczny na gruncie unijnego prawa prywatnego międzynarodowego. Brak wyraźnego przepisu nie oznacza więc braku normy. Ciężar zrekonstruowania jej treści jest jednak przeniesiony na judykaturę, która z uwzględnieniem zasad prawa międzynarodowego publicznego²⁰ powinna wypracować adekwatne rozwiązania, które jak najlepiej będą odpowiadały systematyce i celom rozporządzenia nr 1215/2012 oraz rozporządzenia nr 864/2007.

¹⁸ Ustawa z dnia 18 września 2001 r. — Kodeks morski, t.jedn. Dz.U. 2018, poz. 2175 ze zm.

¹⁹ Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. — Prawo lotnicze, t.jedn. Dz.U. 2019, poz. 1580.

²⁰ Jak zauważa A. Dickinson: *Territory in the Rome I and Rome II Regulations*, [w:] *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2011—2013*. Red. J. Basedow, U. Magnus. Berlin/Heidelberg 2015, s. 85, decyzję o niezamieszczeniu odpowiednich przepisów w rozporządzeniu nr 864/2007 uzasadniono tym, że omawiana kwestia jest raczej domeną prawa międzynarodowego publicznego.

5. Terytorium państwa

W prawie międzynarodowym publicznym przyjmuje się, że terytorium państwowe stanowi przestrzeń, w granicach której państwo wykonuje władzę w sposób wyłączny i pełny w stosunku do osób, zdarzeń i rzeczy²¹. Prawnomiędzynarodowy status mórz jest bardzo zróżnicowany. Artykuł 2 ust. 1 Konwencji o prawie morza²² przewiduje, że suwerenność państwa nadbrzeżnego rozciąga się poza jego terytorium lądowe i wody wewnętrzne, a w przypadku państwa archipelagowego poza jego wody archipelagowe, na przyległy pas morza zwany morzem terytorialnym. Zgodnie z art. 33 ust. 1 konwencji o prawie morza w obszarze strefy przyległej państwo może wykonywać kontrolę konieczną do zapobiegania naruszaniu jego ustaw i innych przepisów celnych, skarbowych, imigracyjnych lub sanitarnych na jego terytorium lub na morzu terytorialnym oraz karania naruszeń takich ustaw i innych przepisów, dokonanych na jego terytorium lub na morzu terytorialnym. Stosownie do art. 56 ust. 1 w wyłącznej strefie ekonomicznej państwo nadbrzeżne ma suwerenne prawa w zakresie badania, eksploatacji i ochrony zasobów naturalnych, zarówno żywych, jak i nieożywionych, wód morskich pokrywających dno, a także dna morskiego i jego podziemia oraz w zakresie gospodarowania tymi zasobami, jak również w zakresie innych przedsięwzięć dotyczących gospodarczego badania i eksploatacji strefy, takich jak wytwarzanie energii poprzez wykorzystanie wody, prądów i wiatrów. Państwu nadbrzeżnemu przysługuje również jurysdykcja w odniesieniu do budowania i wykorzystywania sztucznych wysp, instalacji i konstrukcji; badań naukowych morza; ochrony i zachowania środowiska morskiego. Artykuł 77 konwencji o prawie morza stanowi z kolei, że państwo nadbrzeżne wykonuje suwerenne prawa w odniesieniu do szelfu kontynentalnego w celu jego badania i eksploatacji jego zasobów naturalnych. Prawa suwerenne państwa nadbrzeżnego nie wpływają jednak na status prawny wód pokrywających szelf ani status przestrzeni powietrznej ponad tymi wodami (art. 78 ust. 1 konwencji).

Artykuł 1 Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym²³ przewiduje, że każde państwo posiada całkowitą i wyłączną suwerenność w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium. Natomiast art. 2

²¹ R. Bierzanek, J. Symonides: *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 7 zmienione. Warszawa 2005, s. 196.

²² Konwencja Narodów Zjednoczonych, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz.U. 2002, nr 59, poz. 543.

²³ Podpisana w Chicago dnia 7 XII 1944 r., Dz.U. 1959, nr 35, poz. 212 zał. ze zm.

tej konwencji definiuje terytorium państwa jako obszary lądowe i przylegające do nich wody terytorialne, objęte suwerennością, suzerennością, mandatem lub opieką tego państwa.

6. Podstawy miarodajności zasady bandery i zasady państwa rejestracji w prawie prywatnym międzynarodowym

Normy zwyczajowe prawa międzynarodowego publicznego dotyczące statków morskich zostały skodyfikowane w art. 94 konwencji o prawie morza, który stanowi, że każde państwo skutecznie wykonuje swoją jurysdykcję i kontrolę w dziedzinie administracyjnej, technicznej i socjalnej nad statkami podnoszącymi jego banderę. Statek morski nie powinien jednak być traktowany jako „terytorium pływające” państwa bandery. W podnoszeniu bandery wyraża się fakt sprawowania przez państwo tzw. zwierzchnictwa okrętowego²⁴. Specyficzny status statków morskich został wraz z pojawieniem się lotnictwa przeniesiony również na statki powietrzne. Zgodnie z art. 17 konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym statki powietrzne mają przynależność państwową państwa, w którym są zarejestrowane.

Uwzględniając na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego doniosłość zasady bandery lub fakt rejestracji samolotu, ustawodawcy krajowi ustanawiają szczegółowe normy, pozwalające zastosować łączniki lokalne w oparciu o powiązanie wynikające z zasady bandery lub z zasady państwa rejestracji. Kodeks morski w art. 356 stanowi, że jeżeli właściwość prawa zależy od miejsca zdarzenia, to za miejsce zdarzenia, które nastąpiło na statku morskim znajdującym się poza terytorium państwa nadbrzeżnego, uważa się państwo jego bandery. Stosowną regulację przewiduje również prawo lotnicze, które w art. 14 przewiduje, że prawo właściwe dla oceny stosunków cywilnoprawnych powstałych na skutek zdarzenia na statku powietrznym w czasie lotu lub w czasie przebywania na obszarze niepodlegającym zwierzchnictwu żadnego państwa ustala się tak, jak gdyby zdarzenie to nastąpiło w miejscu, w którym statek jest zarejestrowany. Przywołane przepisy nie wprowadzają normy kolizyjnej, lecz ustanawiają fikcję, zgodnie z którą okoliczności mające miejsce na pokładzie statku morskiego lub powietrznego należy trakto-

²⁴ W. Góralczyk, S. Sawicki: *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*. Warszawa 2017, s. 214.

wać tak, jak gdyby zaistniały na terytorium państwa bandery lub państwa rejestracji samolotu.

7. Zdarzenia na obszarach niepodlegających władztwu terytorialnemu żadnego państwa

Zgodnie z dominującym poglądem w wypadkach, gdy okoliczności stanowiące zdarzenie powodujące szkodę lub szkoda zaistniały na pokładzie statku lub samolotu znajdującego się na obszarze niepodlegającym władztwu żadnego państwa lub znajdującego się w strefie przyległej albo nad szelfem, ale poza zakresem praw suwerennych państwa nadbrzeżnego, zdarzenie powodujące szkodę lub będąca jego następstwem szkodę należy lokalizować w państwie przynależności statku lub samolotu²⁵. Prezentowane jest jednak również odmienne zapatrywanie, zgodnie z którym prawo państwa bandery, pod którą pływa statek, lub prawo państwa rejestracji samolotu powinno być stosowane nie na podstawie ustanowionego w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 864/2007 łącznika miejsca powstania szkody przy wykorzystaniu fikcji prawnej nakazującej lokalizować szkodę powstałą na pokładzie statku lub samolotu w państwie bandery lub rejestracji, ale dlatego że w przynależności państwowej statku lub samolotu wyraża się zgodnie z art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 864/2007 najściślejszy związek między sprawą a prawem²⁶. Ta propozycja opiera się z jednej strony na założeniu, że łączniki lokalne nie znajdują zastosowania wtedy, gdy statek lub samolot znajduje się na obszarze niepodlegającym władztwu żadnego państwa, z drugiej natomiast przyjmuje, że art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 864/2007 nie tylko wprowadza klauzulę ściślejszego związku korygującą wskazanie dokonane za pomocą łącznika opisanego w art. 4 ust. 2 lub 1 rozporządzenia nr 864/2007, ale w istocie statuuje zapasowy łącznik najściślejszego związku, miarowo-

²⁵ Zob. np. A. Dickinson: *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*. Oxford/New York 2008, s. 324; I. Bach, [w:] *Rome II Regulation. Pocket Commentary*. Red. P. Huber. Munich 2011, s. 108; J. von Hein, [w:] *Rome Regulations. Commentary on the European rules of the conflict of laws*. Red. G.-P. Calliess. Alphen aan den Rijn 2011, s. 430; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private International Law of Obligations*, wyd. 3. London 2009, s. 516; L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins...*, s. 2216; J. Basedow: *Rome II at Sea — General Aspects of Maritime Torts*. „*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*” 2010, z. 1, s. 133.

²⁶ I. Bach, [w:] *Rome II Regulation...*, Red. P. Huber, s. 108.

dajny w tych wypadkach, w których nie można ustalić prawa właściwego na podstawie art. 4 ust. 1 lub 2 rozporządzenia nr 864/2007.

8. Zbieg powiązania opartego na władztwie terytorialnym z zasadą bandery lub zasadą państwa rejestracji

8.1. Wpływ prawa międzynarodowego publicznego

Uznanie miarodajności zasady bandery lub państwa rejestracji na potrzeby stosowania łączników lokalnych rodzi pytanie o granice, w jakich zasada bandery lub zasada państwa rejestracji może zostać uwzględniona, w szczególności zaś o to, czy ma ona jedynie subsydiarny charakter czy też może przeważać nad rezultatem zastosowania łączników lokalnych w oparciu o powiązanie wynikające z suwerenności państwa nad obszarem, na którym doszło do zdarzenia powodującego szkodę lub w którym powstała szkoda. Przyjęcie pierwszeństwa powiązania wynikającego z zasady bandery lub zasady państwa rejestracji przed powiązaniem opartym na władztwie terytorialnym w żaden sposób nie naruszałoby suwerenności terytorialnej państw ani nie uchybiałoby prawu międzynarodowemu publicznemu. Nie zachodzi bowiem bezpośrednia zależność między stanowiskiem prawa międzynarodowego publicznego co do przedmiotu i granic władztwa terytorialnego a prawem prywatnym międzynarodowym.

Prawo międzynarodowe publiczne, choć uznaje suwerenność państwa nad morzem terytorialnym, to jednocześnie dostrzega jego specyfikę, przewidując w art. 17 konwencji o prawie morza, że z zastrzeżeniem postanowień tej konwencji statki wszystkich państw, zarówno nadbrzeżnych, jak i śródlądowych, korzystają z prawa nieszkodliwego przepływu przez morze terytorialne. Koresponduje z tym art. 27 ust. 1 tej konwencji, który stanowi, że z wyjątkiem ściśle określonych przypadków państwo nadbrzeżne nie powinno wykonywać jurysdykcji karnej na pokładzie obcego statku przepływającego przez morze terytorialne, w celu aresztowania jakiejś osoby lub przeprowadzenia dochodzenia w związku z jakimkolwiek przestępstwem popełnionym na pokładzie tego statku podczas jego przepływu. Podobnie art. 28 ust. 1 konwencji przewiduje, że państwo nadbrzeżne nie powinno zatrzymywać obcego statku przepływającego przez morze terytorialne ani zmieniać jego kursu w celu wykonania jurysdykcji cywilnej wobec osoby znajdującej się na pokładzie statku.

W zakresie jurysdykcji krajowej istnienie zwierzchnictwa terytorialnego nad obszarem, na którym lub nad którym znajdował się statek lub samolot w chwili wystąpienia zdarzenia powodującego szkodę lub powstania szkody, może co najwyżej przemawiać za tym, żeby państwo, o którego terytorium chodzi, udzieliło ochrony prawnej poprzez ustanowienie jurysdykcji własnych sądów. Państwa samodzielnie wyznaczają granice, w których ich sądy są powołane do rozpoznawania i rozstrzygania spraw lub dokonywania innych czynności w toczącym się postępowaniu. W praktyce swobodę tę ogranicza dążenie, by sprawa była odpowiednio powiązana z forum. W granicach wyznaczonych przez zasadę najściślejszego związku państwa dysponują również pewnym marginesem swobody w doborze miarodajnych łączników kolizyjnych.

Przykładu zastosowania powiązania opartego na fakcie rejestracji zamiast równoległe występującego powiązania terytorialnego dostarcza w polskim porządku prawnym art. 14 prawa lotniczego, który prawo właściwe dla oceny stosunków cywilnoprawnych powstałych na skutek zdarzenia na statku powietrznym w czasie lotu każe ustalać tak, jak gdyby zdarzenie to nastąpiło w miejscu, w którym statek jest zarejestrowany, bez różnicowania, czy lot odbywa się nad obszarem podlegającym władztwu terytorialnemu któregoś z państw. Również w art. 18 lit. c projektu rozporządzenia dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych wniesionym przez Komisję w 2003 r. przewidziano asymilację z państwem rejestracji samolotu znajdującego się w przestrzeni powietrznej bez wskazania, że chodzi o przestrzeń powietrzną nad obszarami niepodlegającymi zwierzchnictwu terytorialnemu żadnego państwa, podczas gdy w art. 18 lit. a i b tego projektu, wyraźnie wskazano, że zasada bandery znajduje zastosowanie w przypadku zdarzeń mających miejsce poza wodami terytorialnymi lub na morzu otwartym.

Nie ma więc dogmatycznoprawnych przeszkód, by w niektórych — odpowiednio uzasadnionych ze względu na generalną potrzebę zapewnienia systemowej spójności prawa międzynarodowego publicznego z prawem prywatnym międzynarodowym — przypadkach miejsce zdarzenia powodującego szkodę i miejsce powstania szkody swoją funkcję lokalizacyjną realizowały nie w stosunku do państwa, które sprawuje suwerenność terytorialną, lecz względem państwa bandery lub państwa rejestracji samolotu. W obu tych ujęciach, jak zauważa M. Sośniak, chodzi o łącznik miejsca deliktu, który jednakże raz jest pojmowany wąsko — pokład statku — a raz szeroko — wody terytorialne²⁷.

²⁷ M. Sośniak: *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1971, s. 117.

8.2. Przesłanki i *ratio legis* pierwszeństwa zasady bandery lub zasady państwa rejestracji

Uwzględnienie powiązania wynikającego z zasady bandery lub z zasady rejestracji zamiast powiązania opartego na suwerenności terytorialnej można rozważać gdy, kiedy powiązanie wynikające z władztwa terytorialnego jest na tyle słabe, że ustalenie jurysdykcji sądów państwa sprawującego zwierzchnictwo terytorialne lub zastosowanie jego prawa byłoby przypadkowe i nieprzewidywalne. Inaczej mówiąc, chodzi tu o przypadki, gdy przyznanie jurysdykcji sądom państwa, na którego terytorium zaistniały okoliczności podniesione do rangi łącznika, nie urzeczywistniałoby zasady bliskości sądu i sprawy, a sprawa nie byłaby najściślej związana z obowiązującym w nim prawem. Niejednokrotnie ze względu na szybkość lotu i pułap, na którym poruszają się samoloty, określenie położenia samolotu w momencie, w którym wystąpiły okoliczności podniesione do rangi łączników, może być co najmniej utrudnione²⁸. Podobnie J. Basedow odnotowuje, że zasada bandery zwalnia powoda od uciążliwego, a czasami wręcz niemożliwego, dowodu czasu i miejsca popełnienia czynu niedozwolonego (zaistnienia zdarzenia powodującego szkodę lub powstania szkody)²⁹. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że osoby znajdujące się na pokładzie statku lub samolotu są zazwyczaj odizolowane od państwa, przez którego terytorium podróżują. Tymczasem rozstrzygnięcie o deliktowej jurysdykcji przemiennej lub o prawie właściwym na podstawie łączników lokalnych poprzez powiązanie nie z państwem, które sprawuje suwerenność nad miejscem zdarzenia lub miejscem powstania szkody, lecz z państwem bandery lub państwem rejestracji, zapewnia generalną przewidywalność wskazania prawa właściwego i deliktowej jurysdykcji przemiennej.

W razie zbiegu powiązania terytorialnego z powiązaniem wynikającym z zasady bandery lub zasady państwa rejestracji należy sięgnąć po to z nich, które *in abstracto* dla danej klasy przypadków — dzięki czemu zapewniona jest przewidywalność rozstrzygnięć — lepiej realizuje jurysdykcyjną zasadę bliskości sądu i sprawy oraz kolizyjną zasadę najściślejszego związku.

²⁸ Ibidem, s. 124.

²⁹ J. Basedow: *Rome II at Sea...*, s. 133.

8.3. Pierwszeństwo zasady bandery i zasady państwa rejestracji

Na tle krajowych norm kolizyjnych M. Sośniak zaproponował, by delikty popełnione na statku znajdującym się na wodach terytorialnych podlegały prawu bandery wtedy, kiedy dotyczą spraw wyłącznie wewnętrznych dla danego statku. Może tu jego zdaniem chodzić o stosunki między członkami załogi lub osobami trwale związanymi ze statkiem. Jeśli natomiast interes państwa przybrzeżnego zostaje w jakikolwiek sposób naruszony, prawo tego państwa powinno być właściwe³⁰. Podobne stanowisko zajął J. Basedow, oceniając, że jeśli deliktowy stan faktyczny zamyka się na pokładzie statku, łączniki lokalne, o ile nie jest możliwe zastosowanie prawa, któremu podlega wcześniejszy stosunek łączący strony, powinny zostać umiejscowione na zasadzie domniemania w państwie bandery. Domniemanie to może zostać jednak obalone w szczególności wtedy, kiedy statek pływa pod tzw. tanią banderą³¹. K. Hertz wyraził z kolei zapatrywanie, że w wypadku gdy szkoda powstaje na pokładzie samolotu lecącego w przestrzeni powietrznej określonego państwa lub statku płynącego po wodach terytorialnych, jurysdykcja przysługuje zarówno sądom państwa, po którego terytorium porusza się statek lub samolot, jak i sądom państwa, pod którego banderą pływa ten statek lub w którym jest zarejestrowany ten samolot³².

W wyroku w sprawie C-18/02³³ TSUE orzekł, że bandera (fakt rejestracji statku w danym państwie) może być jedynie postrzegana jako jeden z czynników pozwalających zidentyfikować miejsce zdarzenia wywołującego szkodę. W ocenie TSUE przynależność państwowa statku może odegrać decydującą rolę tylko, jeśli sąd krajowy dojdzie do wniosku, że szkoda powstała na jego pokładzie. Choć w piśmiennictwie przywołuje się to rozstrzygnięcie jako potwierdzenie tezy, że zasada bandery jest miarodajna jedynie wtedy, kiedy statek porusza się po morzu otwartym³⁴, to w rzeczywistości TSUE w ogóle nie odnosił się do statusu wód,

³⁰ M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 116—117.

³¹ J. Basedow: *Rome II at Sea...*, s. 132, s. 137.

³² K. Hertz: *Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*. Copenhagen 1998, s. 264.

³³ Wyrok TSUE z dnia 5 lutego 2004 r. w sprawie C-18/02 *Danmarks Rederiforening, działając w imieniu DFDS Torline A/S przeciwko LO Landsorganisationen i Sverige, działając w imieniu SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation*, ECLI:EU:C:2004:74, pkt 44.

³⁴ P. Mankowski, [w:] *Brussels Ibis Regulation. Commentary*. Red. U. Magnus, P. Mankowski. Köln 2016, s. 285; I. Bach, [w:] *Rome II Regulation...* Red. P. Huber, s. 108. Por. również na tle polskiego ustawodawstwa wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2013 r. w sprawie II CSK 250/12, OSNC 2014, nr 1, poz. 8.

na których statek znajdował się w momencie powstania szkody, co sugeruje, że okoliczność ta jest bez znaczenia³⁵.

Nawet jeśli stan faktyczny zamyka się na pokładzie statku lub samolotu, państwa są niekiedy zainteresowane tym, co dzieje się na statkach płynących po wodach, nad którymi sprawują zwierzchnictwo terytorialne, lub w samolocie poruszającym się w ich przestrzeni powietrznej. Dotyczy to przede wszystkim państw początku i końca podróży. Państwa te dysponują i wykonują jurysdykcję karną oraz administracyjną w najszerszym zakresie. Dotyczy to również państwa przerwy w podróży. Przerwa w podróży niekoniecznie musi mieć planowy charakter. Może zdarzyć się, że w związku z faktem popełnienia czynu niedozwolonego na pokładzie statku lub samolotu państwo, po którego wodach lub w którego przestrzeni powietrznej porusza się ten statek lub samolot, podejmie zgodnie z prawem międzynarodowym publicznym stosowne czynności, zwłaszcza w ramach jurysdykcji karnej lub administracyjnej, przerywając tym samym podróż. Wtedy, niezależnie od trudności, jakie mogą niekiedy wiązać się z ustaleniem, czy zdarzenie sprawcze miało miejsce lub czy szkoda powstała w obszarze podlegającym zwierzchnictwu terytorialnemu państwa początku, końca lub przerwy w podróży, należy przyjąć, że powiązanie wynikające z zasady bandery lub państwa rejestracji ustępuje pierwszeństwa powiązaniu terytorialnemu z państwem początku, końca lub przerwy w podróży. Oznacza to, że w sprawie dotyczącej odszkodowania za szkodę wyrządzoną przez pasażera, który na pokładzie zarejestrowanego w Irlandii samolotu lecącego z Polski do Wielkiej Brytanii tuż po starcie niszczy sprzęt komputerowy należący do innego pasażera, na podstawie art. 7 pkt 2 rozporządzenia nr 1215/2012 międzynarodowo właściwe powinny więc być sądy polskie (sąd miejsca wylotu), a nie sądy irlandzkie.

Podobnie należy ocenić przypadki, gdy do popełnienia czynu niedozwolonego dochodzi w strefie przyległej, wyłącznej strefie ekonomicznej lub na szelfie, jeśli statek lub inny obiekt, na którym doszło do popełnienia czynu niedozwolonego wykonywał czynności mieszczące się w zakresie, w jakim państwu nadbrzeżnemu przysługują prawa suwerenne. W wyroku w sprawie C-37/00³⁶ TSUE orzekł, że miejscem świadczenia pracy przez kucharza pracującego na pokładzie platformy wiertniczej znajdującej się nad szelfem kontynentalnym jest państwo nadbrzeżne. Wniosek ten TSUE oparł w szczególności na okoliczności, że umowa międzynarodowa, której stroną było nadbrzeżne państwo członkowskie,

³⁵ Podobnie A. Dickinson: *The Rome II Regulation...*, s. 323.

³⁶ Wyrok TSUE z dnia 27 lutego 2002 r. w sprawie C-37/00 *Herbert Weber przeciwko Universal Ogden Services Ltd.*, ECLI:EU:C:2002:122.

przyznaje państwu nadbrzeżnemu suwerenne prawo w zakresie badania i eksploatacji szelfu oraz upoważnia do budowy instalacji podlegających jego jurysdykcji. *A contrario* jeśli do popełnienia czynu niedozwolonego nie dochodzi w związku lub ze skutkiem dla eksploracji lub eksploatacji zasobów naturalnych szelfu, okoliczność, że łącznik lokalny jest zlokalizowany w obrębie szelfu, nie będzie uzasadniała przyznania jurysdykcji sądom państwa nadbrzeżnego ani przyjęcia właściwości jego prawa³⁷.

Powiązanie wynikające z zasady bandery będzie miało natomiast pierwszeństwo przed powiązaniem terytorialnym wtedy, kiedy statek płynie po wodach podlegających zwierzchnictwu terytorialnemu państwa innego niż państwo początku, końca lub przerwy podróży. Podobnie powiązanie wynikające z zasady państwa rejestracji wyprzedzi powiązanie terytorialne wtedy, kiedy samolot porusza się w przestrzeni powietrznej państwa innego niż państwo początku, końca lub przerwy podróży. Przeciwno proponowanemu rozwiązaniu mógłby *prima facie* przemawiać wyrok w sprawie C-51/97, w którym TSUE orzekł, że w przypadku przewozu towarów szkodę należy lokalizować w miejscu, do którego przewoźnik rzeczywiście wykonujący przewóz miał dostarczyć rzeczy. Wydawać by się mogło, że nic nie stało na przeszkodzie, by szkodę zlokalizować w państwie, pod którego banderą statek pływał. Nie ulega bowiem wątpliwości, że szkoda powstała na pokładzie statku. Jednak powiązanie oparte na zasadzie bandery powinno korzystać z pierwszeństwa przed powiązaniem terytorialnym tylko wtedy, kiedy stan faktyczny zamyka się na pokładzie statku, nie mając żadnego związku z państwem, po którego wodach porusza się statek, chyba że jest to państwo początku, końca albo przerwy w podróży. Problemem była jednak niemożność określenia momentu, w którym doszło do powstania szkody. Przewoźnik, który faktycznie wykonywał przewóz, mógł spowodować szkodę najpóźniej w momencie, w którym przewożony towar miał wyjść spod jego władztwa. Jest to też moment, w którym w normalnym toku czynności osoba trzecia, w tym w szczególności poszkodowany, najwcześniej mogła stwierdzić szkodę. Kluczowe znaczenie miał więc moment dostarczenia towaru, a co za tym idzie miarodajne było państwo, do którego przewoźnik faktycznie wykonujący przewóz rzeczywiście dostarczył towar. Wyrządzenie szkody w przewożonym drogą morską towarze tylko przedmiotowo ogranicza się do pokładu statku, podmiotowo natomiast wykracza poza niego, obejmując jako bezpośrednio poszkodowanego osobę, która nie jest obecna na pokładzie. W konsekwencji rozstrzygnięcie TSUE, zgodnie z którym łącznik miejsca powstania szkody powinien być zlokalizowany w państwie,

³⁷ J. Basedow: *Rome II at Sea...*, s. 130.

do którego przewożony towar miał zostać rzeczywiście dostarczony, a nie w państwie bandery, jest nie tylko trafne, ale daje się ponadto pogodzić z postulowanym wyodrębnieniem przypadków, gdy zdarzenie powodujące szkodę ma miejsce lub szkoda powstaje w państwie początku, końca lub przerwy w podróży. Przyjęta przez TSUE fikcja, że szkoda powstała w momencie dostarczenia towaru do miejsca docelowego, przemawia za przyznaniem pierwszeństwa powiązaniu terytorialnemu przed powiązaniem opartym na zasadzie bandery.

9. Zdarzenia wykraczające poza pokład statku lub samolotu

Jeśli natomiast deliktowy stan faktyczny nie zamyka się na pokładzie statku lub samolotu i obejmuje również państwo, po którego wodach statek płynie lub w którego przestrzeni powietrznej samolot się porusza, miarodajne powinno być powiązanie terytorialne. W sytuacji, gdy pasażer traci życie przez utonięcie po wypadnięciu z pokładu znajdującego się na wodach terytorialnych statku na skutek nieprawidłowo wykonanego manewru skrętu, zarówno zdarzenie, jak i szkoda powinny zostać zlokalizowane w państwie nadbrzeżnym. W wypadku kolizji dwóch samolotów nad terytorium państwa łącznik miejsca powstania szkody zostanie zlokalizowany w państwie, w którego przestrzeni powietrznej doszło do kolizji³⁸. Jeśli w trakcie lotu został dokonany zrzut paliwa lub doszło do odpadnięcia części poszycia samolotu lub wypadnięcia przewożonego przez niego ładunku albo doszło do wyrządzenia szkody na powierzchni ziemi lub na wodach objętych suwerennością terytorialną określonego państwa lub innym przysługującym temu państwu prawem suwerennym i w zakresie tego prawa, miarodajne łączniki lokalne odnoszące się do okoliczności zrzutu, odpadnięcia lub wypadnięcia jako zdarzeń powodujących szkodę oraz do wyrządzenia szkody należy umiejscowić na terytorium tego państwa, w którego przestrzeni powietrznej te okoliczności zaistniały lub na terytorium którego szkoda została wyrządzona³⁹. W razie

³⁸ Tak również L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins...*, s. 2218. W starszym piśmiennictwie E. Rabel: *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Vol. 2 Foreign Corporations: Torts: Contracts in General*, wyd. 2 (przyg. U. Drobnię). Ann Arbor 1960, s. 346.

³⁹ Polska nie jest stroną konwencji dotyczącej szkód wyrządzonych osobom trzecim na powierzchni ziemi przez obce statki powietrzne, sporządzonej w Rzymie dnia 7 października 1952 r. (*Convention on damage caused by foreign aircraft to third parties on the Surface*, UN Treaty Series 1958, Vol. 310, No. 4493).

kolizji statków, do której doszło w porcie lub na wodach wewnętrznych albo morzu terytorialnym, łączniki lokalne wskażą państwo nadbrzeżne⁴⁰. Podobnie będzie w odniesieniu do zdarzeń, które miały miejsce w strefie przyległej lub w wyłącznej strefie ekonomicznej, jeśli statek lub platforma, a w razie kolizji przynajmniej jeden ze statków lub platforma wydobywca, prowadziła działalność mieszczącą w zakresie władztwa państwa nadbrzeżnego⁴¹.

Jeśli odpowiedzialność za szkodę wynikającą ze śmierci pasażera, do której doszło na skutek jego wypadnięcia za burtę na morzu otwartym, jest przypisywana w związku z nieprawidłowo wykonanym przez załogę statku manewrem, zdarzenie powodujące szkodę należy umiejscowić w państwie, pod którego banderą pływa statek. Niekiedy łącznik miejsca zdarzenia powodującego szkodę zostanie zlokalizowany w innym miejscu, na przykład w państwie, w którego porcie niewłaściwie przeprowadzono konserwację barier ochronnych. Ponieważ jurysdykcyjnie i kolizyjnie doniosła jest jedynie szkoda bezpośrednia, w przypadku roszczeń krewnych lub innych osób domagających się naprawienia uszczerbków powstałych po śmierci pasażera miarodajną szkodę należy wiązać z okolicznościami dotyczącymi pasażera, a więc z utratą przez niego życia⁴². Mimo że do utonięcia doszło na morzu otwartym, ze względu na to, że ciąg prowadzących do niego zdarzeń został zainicjowany na pokładzie statku, z którego poszkodowany wypadł, zasadne wydaje się przyjęcie fikcji, że śmierć nastąpiła w państwie bandery⁴³.

Rozwiązanie polegające na lokalizacji okoliczności stanowiących zdarzenie powodujące szkodę i szkodę w państwie bandery opiera się na dwóch założeniach. Po pierwsze przyjmuje, że miarodajne okoliczności zlokalizowane poza pokładem statku (na przykład zatonięcie pasażera) powinny być traktowane tak jak, gdyby wystąpiły na pokładzie statku, a po drugie przewiduje, że łącznik lokalny powinien znaleźć zastosowanie za pośrednictwem powiązania opartego na zasadzie bandery.

⁴⁰ E. Rabel: *The Conflict of Laws...*, s. 339; L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins...*, s. 2216; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private...*, s. 535.

⁴¹ Zob. wyrok Trybunału w sprawie C-37/00. Tak również L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins...*, s. 2216; J. Basedow: *Rome II at Sea...*, s. 133–134; R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private...*, s. 536.

⁴² Zob. wyrok TSUE z dnia 10 grudnia 2015 r. w sprawie C-350/14 *Florin Lazar przeciwko Allianz SpA*, ECLI:EU:C:2015:802.

⁴³ W sprawie *Rundell v La Compagnie Generale Transatlantique*, (1900) 100, Fed. 655, sąd amerykański oddalił roszczenia wynikające ze śmierci pasażera spowodowanej zatonięciem przewożącego go statku, stwierdzając, że pasażer nie został poszkodowany na pokładzie statku, lecz w morzu otwartym, w związku z czym do odpowiedzialności francuskiego przewoźnika nie stosowało się prawo francuskie. Natomiast ogólne powszechne prawo morza nie przyznaje roszczeń w razie śmierci poszkodowanego.

10. Łączniki lokalne w wypadku kolizji statków lub samolotów

Wiele wątpliwości budzą również przypadki kolizji statków na morzu otwartym i samolotów w przestrzeni powietrznej nad obszarami niepodlegającymi władztwu terytorialnemu żadnego państwa. Kolizji statków dotyczy konwencja o ujednostajnieniu niektórych przepisów dotyczących zderzeń⁴⁴. Jest ona stosowana wtedy, gdy wszystkie wchodzące w rachubę statki są przynależne do umawiających się państw (art. 12 ust. 1). Do osób będących obywatelami państw trzecich jej stosowanie może być uzależnione od zasady wzajemności (art. 12 ust. 2 pkt 1). Konwencja nie znajduje natomiast zastosowania do okrętów wojennych oraz do statków państwowych, przeznaczonych wyłącznie do służby publicznej (art. 11).

W przypadkach nieuregulowanych przez prawo jednolite lub poza jego zakresem konieczne jest jednak sięgnięcie do klasycznego mechanizmu kolizyjnego. Nie ma przeszkód, by powiązanie oparte na zasadzie bandery lub na zasadzie państwa rejestracji znalazło zastosowanie również w wypadku kolizji statków pływających pod tą samą banderą lub zderzenia samolotów zarejestrowanych w tym samym państwie. Identyczne zapatrywanie wyraził E. Rabel, którego zdaniem w razie kolizji na morzu otwartym dwóch statków pływających pod tą samą banderą właściwe powinno być prawo bandery⁴⁵. Podobnie w ocenie M. Sośniaka właściwość prawa wspólnej bandery nie budzi żadnych zastrzeżeń⁴⁶. M. Dragun-Gertner podstawy do zastosowania prawa wspólnej bandery doszukuje się natomiast w art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 864/2007, oceniając, że przynależność do tego samego państwa wiąże się z tym samym miejscem zwykłego pobytu lub siedzibą podmiotów eksploatujących takie statki⁴⁷.

Na gruncie kolizyjnym fakt, że dwa statki podnoszą tę samą banderę lub dwa samoloty zostały wpisane do rejestru w tym samym państwie można alternatywnie rozpatrywać jako okoliczność przesądzającą o istnieniu najściślejszego związku z państwem wspólnej bandery lub wspólnej rejestracji. Artykuł 4 ust. 3 zd. 1 rozporządzenia nr 864/2007 nie tylko bowiem pozwala skorygować wskazanie prawa właściwego dokonane za pomocą łącznika podmiotowego wspólnego miejsca zwykłego pobytu osoby, której przypisuje się odpowiedzialność, i poszkodowane-

⁴⁴ Podpisana w Brukseli dnia 23 września 1910 r., Dz.U. 1938, nr 101, poz. 670.

⁴⁵ E. Rabel: *The Conflict of Laws...*, s. 348.

⁴⁶ M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 120.

⁴⁷ M. Dragun-Gertner: *Kolizyjne prawo morskie*. „Studia Prawa Prywatnego” 2013, s. 12.

go⁴⁸ lub przez łącznik miejsca powstania szkody, ale stanowi również kodyfikację zasady najściślejszego związku w tych przypadkach, w których ani łącznik podmiotowy, ani łącznik przedmiotowy nie mogą znaleźć zastosowania. W razie przyjęcia, że wspólna bandera lub rejestracja w tym samym państwie świadczy jedynie o istnieniu najściślejszego związku, wykluczona byłaby jednak możliwość ustanowienia deliktowej jurysdykcji przemiennej. Na rzecz rozwiązania zakładającego stosowanie łączników lokalnych przemawia również okoliczność, że zwalnia ono z kłopotliwej niekiedy oceny, które prawo powinno być właściwe w stosunku łączącym poszkodowanego pasażera podróżującego pierwszym statkiem z osobą, do której należy drugi statek biorący udział w kolizji, lub z kapitanem drugiego statku.

Jeśli natomiast statki nie podnoszą tej samej bandery lub samoloty nie są zarejestrowane w tym samym państwie, możliwość skorzystania z łączników lokalnych wydaje się wykluczona. Pojawia się w związku z tym pytanie, które prawo powinno być właściwe w wypadku gdy brakuje również łącznika podmiotowego wspólnego miejsca zwykłego pobytu poszkodowanego i osoby, której przypisuje się odpowiedzialność⁴⁹. E. Rabel wśród możliwych rozwiązań wymienia m.in.: prawo bandery bardziej korzystnej dla pozwanego, prawo bandery, pod którą pływa statek strony winnej kolizji, ustalanie odpowiedzialności każdej ze stron zgodnie z banderą należącego do niej statku, kumulatywne stosowanie obu praw, prawo forum⁵⁰. Sądy angielskie w takich wypadkach stosują ogólne prawo morza, tak jak jest ono rozumiane w Anglii⁵¹. Zdaniem M. Sośniaka, prawo sądu powinno znaleźć zastosowanie w przypadkach, w których szkoda zostaje wyrządzona na terytorium niepodlegającym zwierzchnictwu żadnego państwa⁵². W piśmiennictwie dotyczącym rozporządzenia nr 864/2007 proponuje się, by szkodę w rozumieniu art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 864/2007 lokalizować w państwie bandery lub

⁴⁸ Podnoszenie tej samej bandery nie może zostać utożsamione z istnieniem miejsca zwykłego pobytu w tym samym państwie — państwie bandery. Zasada bandery jest refleksem podejścia lokalnego, ponieważ umożliwia asymilację pokładu statku z terytorium państwa bandery. Z kolei powiązanie personalne opiera się na założeniu, że czyn niedozwolony będący źródłem stosunku prawnego między stronami mającymi miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie jest najściślej związany z prawem tego państwa jak środowiskiem społecznym i normatywnym, w którym odpowiedzialny i poszkodowany na co dzień funkcjonują.

⁴⁹ Niemożność ustanowienia deliktowej jurysdykcji przemiennej nie stanowi dużego problemu ze względu na jurysdykcję ogólną sądów państwa miejsca zamieszkania pozwanego.

⁵⁰ E. Rabel: *The Conflict of Laws...*, s. 349—351.

⁵¹ L. Collins i inni (red.): *Dicey, Morris & Collins...*, s. 2216—2217.

⁵² M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 95.

w państwie rejestracji statku, w obrębie którego miała powstać szkoda, której naprawienia domaga się poszkodowany⁵³. Natomiast R. Plender i M. Wilderspin oceniają, że art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 864/2007 może znaleźć zastosowanie tylko gdy, kiedy oba statki mają identyczną przynależność państwową lub jest jasne, że szkoda została poniesiona wyłącznie na jednym statku a drugi statek ponosi pełną winę. W pozostałych przypadkach ich zdaniem zastosowanie powinno znaleźć prawo, z którym sprawa jest najściślej związana⁵⁴.

Poszukując rozstrzygnięcia omawianego problemu, można również oprzeć się na okoliczności, że na potrzeby stosowania norm jurysdykcyjnych i kolizyjnych o tym, kto jest poszkodowanym, a kto ponosi odpowiedzialność, nie rozstrzygają normy merytoryczne (prawo właściwe zostanie bowiem dopiero wskazane przez miarodajną normę kolizyjną), lecz rola procesowa w koniunkcji z żądaniem pozwu. Jeśli powód domaga się naprawienia wyrządzonej mu — zgodnie z jego twierdzeniami — szkody, to niezależnie od zasadności tego roszczenia, jest osobą poszkodowaną. Pozwany jest natomiast tym, komu odpowiedzialność jest przypisywana. Jeśli natomiast powód żąda ustalenia, że nie ponosi odpowiedzialności deliktowej w stosunku do pozwanego, to poszkodowanym jest pozwany, a powód osobą, której odpowiedzialność jest rozważana. Pomijając wątpliwości, jakie mogą powstać w wypadku wytoczenia powództwa wzajemnego, choć znaczenia ich nie należy przeceniać ze względu na uniwersalny charakter zasad żeglugi morskiej i żeglugi powietrznej, można, jak się zdaje, przyjąć, że szkoda powstaje w państwie bandery lub w państwie rejestracji tego statku lub samolotu, do którego prawa ma lub na którym znajdował się poszkodowany albo należące do niego rzeczy. Łącznik miejsca zdarzenia powodującego szkodę, jeśli odnosi się do działań podjętych na pokładzie drugiego statku lub samolotu, powinien natomiast zostać zlokalizowany w państwie bandery lub w państwie rejestracji tego statku lub samolotu, do którego prawa ma osoba, której odpowiedzialność jest rozważana, lub na pokładzie którego znajdowała się ta osoba.

11. Konwencyjne jednolite prawo merytoryczne

Polska jest stroną szeregu konwencji, które ustanawiają jednolite normy merytoryczne regulujące odpowiedzialność przewoźników (w tym

⁵³ L. Collins i inni (red.): *Dacey, Morris & Collins...*, s. 2217; A. Dickinson: *The Rome II...*, s. 323—324.

⁵⁴ R. Plender, M. Wilderspin: *The European Private...*, s. 534—535.

niekiedy również osób faktycznie wykonujących przewóz). W dziedzinie przewozu lotniczego podstawowe znaczenie ma Konwencja o ujednoczeniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego⁵⁵, przewozu morskiego dotyczy Konwencja ateńska w sprawie

⁵⁵ Sporządzona w Montrealu dnia 28 maja 1999 r., Dz.U. 2007, nr 37, poz. 235 oraz Dz.Urz. UE L 194 z dnia 18 lipca 2001 r., s. 39—49; dalej: konwencja montrealaska. Konwencję montrealaską dotychczas ratyfikowało ponad 130 państw oraz w zakresie swoich kompetencji ze skutkiem dla państw członkowskich — Unia Europejska. Aktualna lista państw-stron znajduje się pod adresem: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl199_EN.pdf [dostęp: 1.01.2020 r.] Konwencja weszła w życie w dniu 4 listopada 2003 r., tj. sześćdziesiątego dnia po złożeniu trzydziestego dokumentu dotyczącego ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia (art. 53 ust. 6 konwencji). Polska dokument ratyfikacyjny złożyła w dniu 17 stycznia 2006 r., co zgodnie z art. 53 ust. 7, który przewiduje, że konwencja ma zastosowanie od sześćdziesiątego dnia po dniu złożenia dokumentu dotyczącego ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia, oznacza, że konwencja montrealaska zaczęła wiązać Polskę w dniu 18 marca 2006 r. W Dzienniku Ustaw została jednak ogłoszona dopiero w dniu 1 marca 2007 r. Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 1 Konstytucji warunkiem obowiązywania w polskim porządku prawnym konwencji międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie jest ich uprzednie ogłoszenie (zob. m.in. wyrok NSA z 29.12.1999 r., I SA/Po 3057/98, (ONSA 2001, nr 1, poz. 34): „obowiązywanie traktatu na gruncie prawa międzynarodowego nie wystarcza do stosowania go przez sąd krajowy. Traktat powinien nie tylko być ratyfikowany, ale i ogłoszony”). Mogłoby to skłaniać do wniosku, że od dnia 18 marca 2006 r. konwencja montrealaska wiązała Polskę wyłącznie w płaszczyźnie międzynarodowej w relacji do innych umawiających się państw. Natomiast w stosunkach prywatnoprawnych powinna być stosowana najwcześniej od dnia ogłoszenia jej w Dzienniku Ustaw lub po upływie 14-dniowej *vacatio legis* (*per analogiam* art. 88 ust. 3 zd. 1 Konstytucji w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (t.jedn. Dz.U. 2019, poz. 1461). Ponieważ jednak materia uregulowana w konwencji montrealaskiej częściowo jest objęta zakresem kompetencji Unii Europejskiej, można przyjąć, że do promulgacji doszło już w dniu 1 maja 2004 r. w raz z przystąpieniem Polski do Wspólnot Europejskich (obecnie: Unii Europejskiej). Konwencja została bowiem ogłoszona w Dz.Urz. UE w dniu 18 lipca 2001 r. Zob. również na temat spóźnionej promulgacji konwencji międzynarodowych K. Zawada: *Europeizacja międzynarodowego prawa zobowiązań umownych. Od konwencji rzymskiej do rozporządzenia rzymskiego w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych*. „Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 27; P. Mostowik: *Promulgatio et vacatio legis jako warunek powszechnego obowiązywania prywatnoprawnych umów międzynarodowych*. „Radca Prawny” 2009, nr 1, s. 25—29.

Konwencja montrealaska stosownie do art. 55 ma zastąpiła (*verba legis*: „ma pierwszeństwo stosowania”) w zakresie swojego zastosowania Konwencję o ujednostajnieniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego, podpisaną w Warszawie dnia 12 października 1929 r., Dz.U. 1933, nr 18, poz. 113, oraz przed uzupełniającymi ją konwencjami i zmieniającymi ją protokołami. Polska przystąpiła do: Protokołu zmieniającego konwencję o ujednostajnieniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego, podpisaną w Warszawie dnia 12 października 1929 r., podpisanego w Hadze dnia 28 września 1955 r., Dz.U. 1963, nr 33, poz. 189 zał., oraz do Konwencji uzupełniającej konwencję warszawską, o ujednostajnieniu niektórych

przewozu morzem pasażerów i ich bagażu⁵⁶. Regulacje konwencyjne są uzupełniane przez szereg rozporządzeń unijnych⁵⁷. Korzystne z punktu widzenia poszkodowanych rozwiązania przyjęte w konwencjach międzynarodowych regulujących odpowiedzialność przewoźnika, a niekiedy również osoby faktycznie wykonującej przewóz, oraz rozwinięty system ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej stanowią silną zachętę do tego, by poszkodowani lub ich krewni występowali z roszczeniami przeciwko tym osobom, których odpowiedzialność została uregulowana w wymienionych konwencjach, a więc przeciwko przewoźnikom lub osobom faktycznie wykonującym przewóz. Mimo że co do zasady poszkodowani są związani umową przewozu z przewoźnikami, to okoliczność, że chodzi o szkody na osobie (naruszenie zdrowia lub życia) przemawia za deliktową kwalifikacją ich roszczeń.

Normy merytoryczne ustanowione w konwencji montrealskiej i w konwencji ateńskiej mają ograniczony sytuacyjnie zakres zastosowania⁵⁸.

prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego wykonywanego przez osobę inną niż przewoźnik umowny, sporządzonej w Guadalajarze dnia 18 września 1961 r., Dz.U. 1965, nr 25, poz. 167 zał.

⁵⁶ Sporządzona w Atenach dnia 13 grudnia 1974 r., Dz.U. 1987, nr 18, poz. 108 zał.; dalej: konwencja ateńska. Konwencja ta została zmieniona przez Protokół do Konwencji ateńskiej w sprawie przewozu morzem pasażerów i ich bagażu, 1974, sporządzony w Londynie dnia 19 listopada 1976 r., Dz.U. 1994, nr 99, poz. 479. Konwencja ateńska zgodnie z art. 24 ust. 2 weszła w życie w dniu 28 kwietnia 1987 r. (w Dzienniku Ustaw została ogłoszona w dniu 23 czerwca 1987 r.), natomiast protokół ją zmieniający stosownie do art. IV ust. 1 — w dniu 30 kwietnia 1987 r. (ogłoszenie w Dzienniku Ustaw nastąpiło dopiero w dniu 21 września 1994 r.).

⁵⁷ Zob. w szczególności w dziedzinie przewozu lotniczego Rozporządzenie Rady (WE) nr 2027/97 z dnia 9 października 1997 r. w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego z tytułu wypadków lotniczych, Dz.Urz. UE L 285 z dnia 7 października 1997 r., s. 1-3, dalej: rozporządzenie nr 2027/97, oraz Rozporządzenie (WE) nr 889/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 maja 2002 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 2027/97 w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego z tytułu wypadków lotniczych, Dz.Urz. UE L 140 z dnia 30 maja 2002 r., s. 2—5, natomiast w odniesieniu do przewozu morskiego: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 392/2009 z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie odpowiedzialności przewoźników pasażerskich na morskich drogach wodnych z tytułu wypadków, Dz. Urz. UE L 131 z dnia 28 maja 2009 r., s. 24—46 ze zm.

⁵⁸ Stosownie do art. 1 ust. 1 i 2 konwencja montrealaska znajduje zastosowanie do międzynarodowego przewozu, w którym, zgodnie z umową stron, miejsce rozpoczęcia i miejsce przeznaczenia, niezależnie od tego, czy będzie miała miejsce przerwa w przewozie lub zmiana statku powietrznego czy nie, są położone na terytorium dwóch państw-stron lub na terytorium jednego tylko państwa-strony, jeżeli w umowie przewidziano lądowanie na terytorium innego państwa nawet niebędącego państwem-stroną. Przewóz bez takiego lądowania między dwoma punktami położonymi na terytorium jednego tylko państwa-strony nie jest uważany za przewóz międzynarodowy w rozumieniu konwencji. Natomiast zgodnie z art. 2 ust. 1 konwencja ateńska ma zastosowanie do przewozu

Takie ograniczone sytuacyjnie konwencyjne prawo jednolite jest najczęściej stosowane jako *legis fori*⁵⁹. Stosowanie prawa jednolitego jako części prawa państwa sądu, tak jak każdej innej normy merytorycznej forum, niezależnie od jej genezy, musi opierać się na normie prawa prywatnego międzynarodowego. Ponieważ norma ta powinna prowadzić do właściwości prawa sądu zawsze wtedy, kiedy jest spełniony zakres sytuacyjny zastosowania prawa jednolitego⁶⁰, należy przyjąć, że jest to jednostronna

międzynarodowego, jeżeli: statek podnosi banderę państwa-strony konwencji albo jest w nim zarejestrowany lub umowa przewozu została zawarta w państwie-stronie konwencji, lub miejsce wyjazdu albo przeznaczenia, zgodnie z umową przewozu, znajduje się w państwie-stronie konwencji. Określając zakres sytuacyjny zastosowania reżimów odpowiedzialności ustanowionych w omawianych konwencjach, trzeba jednak uwzględnić rozporządzenia unijne. Na przykład art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 2027/97 w brzmieniu ustalonym przez rozporządzenie nr 889/2002, przewiduje, że „odpowiedzialność przewoźnika lotniczego Wspólnoty w odniesieniu do pasażerów i ich bagażu podlega postanowieniom Konwencji montrealskiej określającym tę odpowiedzialność”.

Nieco inaczej przedstawia się to w przypadku nieograniczonego sytuacyjnie prawa jednolitego, które wbrew temu, co mogłoby się wydawać, zazwyczaj nie jest stosowane za pośrednictwem jednostronnej normy kolizyjnej pozbawionej łącznika, która w przedmiotowym zakresie prawa jednolitego zawsze prowadziłoby do właściwości prawa forum, lecz w ramach klasycznego mechanizmu kolizyjnego. Wynika to ze specyfiki nieograniczonego sytuacyjnie prawa jednolitego, które prowadzi do całkowitego wyparcia dotychczasowych regulacji krajowych, w miejsce których wchodzi prawo jednolite. Z tego powodu, niezależnie od tego, czy prawo konstytucyjne forum przewiduje bezpośrednią skuteczność konwencji międzynarodowych, konwencje ustanawiające nieograniczone prawo jednolite są najczęściej implementowane do krajowego porządku prawnego z niezbędnymi uzupełnieniami i modyfikacjami. Nieograniczone sytuacyjnie prawo jednolite zbliża się raczej do ustawy modelowej. Nieograniczone prawo jednolite znajduje zastosowanie wtedy, kiedy normy kolizyjne miarodajne dla danego zakresu wskażą jako właściwe prawo forum lub prawo innego umawiającego się państwa. W tym ostatnim wypadku prawo jednolite nie jest stosowane jako *lex fori*, lecz jako *lex causae*.

⁵⁹ Ograniczone sytuacyjne prawo jednolite może być również stosowane przez sąd państwa członkowskiego, które nie jest stroną ustanawiającej je konwencji, jeśli miarodajna norma kolizyjna zawarta w rozporządzeniu nr 864/2007 wskaże jako właściwe prawo państwa, które jest stroną tej konwencji, i jednocześnie w okolicznościach stanu faktycznego są spełnione przesłanki zastosowania prawa jednolitego jako części prawa właściwego.

⁶⁰ Specyficzna pod tym względem jest Konwencja o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu dnia 11 kwietnia 1980 r. (Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286), ponieważ niezależnie od bezpośredniego określenia przesłanek zastosowania ustanowionych w niej przepisów (zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. a konwencja ma zastosowanie do umów sprzedaży towarów między stronami mającymi siedziby handlowe w różnych państwach, jeżeli państwa te są umawiającymi się państwami), art. 1 ust. 1 lit. b konwencji przewiduje stosowanie konwencji również wtedy, gdy normy kolizyjne forum jako właściwe wskazują prawo umawiającego się państwa. W tym ostatnim wypadku konwencja jest stosowana jako część *legis causae*, zidentyfikowanej za pomocą miarodajnych norm kolizyjnych.

norma kolizyjna, która do rangi łącznika podnosi te same okoliczności, od których zależy zastosowanie przez sąd umawiającego się państwa prawa jednolitego⁶¹. Łącznik lub szereg przemiennych łączników wraz z nakazem stosowania *legis fori* składają się na dyspozycję tej normy. W jej hipotezie znajduje się natomiast opis sytuacji życiowej odpowiadającej kwestiom uregulowanym przez merytoryczne postanowienia prawa jednolitego (zakres), a ponadto okoliczności stanowiące bazę faktyczną łącznika lub łączników (na przykład wymóg, by strony umowy miały siedziby handlowe w różnych państwach, będących stronami konwencji). Hipoteza tej normy jest więc węższa od hipotezy normy kolizyjnej normalnie miarodajnej dla danego zakresu. Przepisy określające zakres sytuacyjny prawa jednolitego stanowią więc nie tylko podstawę wewnątrzsystemowej normy rozstrzygającej kolizję prawa jednolitego z innymi normami merytorycznymi obowiązującymi w forum, ale są również podstawą jednostronnej międzysystemowej normy kolizyjnej (normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego) prowadzącej do właściwości prawa forum z pominięciem uniwersalnych norm kolizyjnych miarodajnych dla danego zakresu, a tym samym niezależnie od tego, które prawo wskazałyby jako właściwe.

Jednostronna norma kolizyjna jako mechanizm, za pośrednictwem którego jest stosowane prawo jednolite (mechanizm wyjaśniający stosowanie prawa jednolitego jako *legis fori*), z natury swojej wyprzedza normy kolizyjne normalnie miarodajne dla danego zakresu. Jeśli w stanie faktycznym brak jest łącznika⁶² jednostronnej normy kolizyjnej (a tym samym nie jest spełniony zakres zastosowania prawa jednolitego) zastosowanie znajduje norma kolizyjna miarodajna dla danego zakresu ustanowiona w rozporządzeniu nr 864/2007. Jednostronna norma kolizyjna i norma kolizyjna ustanowiona w rozporządzeniu nr 864/2007 tworzą tym samym specyficzną kaskadę⁶³. Konwencyjne prawo jednolite, które jest stosowane jako część *legis fori* za pośrednictwem niewysłowionych wprost jednostronnych norm kolizyjnych posługujących się w charakterze łączników okolicznościami miarodajnymi dla ustalenia zakresu zastosowania konwencji ustanawiającej prawo jednolite, wypiera więc

⁶¹ Zob. szerzej na temat łącznika jednostronnej normy kolizyjnej A. Mączyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 233; M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2008, s. 185.

⁶² W braku zawartych w hipotezie normy kolizyjnej podstaw faktycznych łącznika.

⁶³ Regulacja będzie częściowo symetryczna.

w zakresie przez siebie uregulowanym normy kolizyjne ustanowione w rozporządzeniu nr 864/2007.

Obok norm merytorycznych konwencje ustanawiające jednolite normy odpowiedzialności cywilnej najczęściej jednocześnie zawierają normy jurysdykcyjne⁶⁴. Te konwencyjne normy jurysdykcyjne korzystają w zakresie swojego zastosowania z pierwszeństwa zastosowania przed normami ustanowionymi w rozporządzeniu nr 1215/2012⁶⁵. Podstawy tego pierwszeństwa zależą od tego, czy Unia Europejska jest obok lub z wyłączeniem państw członkowskich stroną danej konwencji międzynarodowej. Jeśli stronami konwencji są wyłącznie państwa członkowskie, pierwszeństwo zastosowania konwencyjnych norm jurysdykcyjnych będzie opierało się na art. 71 rozporządzenia nr 1215/2012. Stosownie do ust. 1 tego przepisu rozporządzenie nr 1215/2012 nie narusza stosowania konwencji, które regulują jurysdykcję, uznawanie lub wykonywanie orzeczeń w sprawach szczególnych. Artykuł 71 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 1215/2012 przewiduje z kolei, że sąd państwa członkowskiego, które jest stroną konwencji dotyczącej spraw szczególnych, może oprzeć swoją jurysdykcję na tej konwencji, i to także wówczas, gdy pozwany ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, które nie jest jej stroną. Pierwszeństwo przyznane na podstawie art. 71 ust. 1 rozporzą-

⁶⁴ Artykuł 33 ust. 1 konwencji montrealskiej przewiduje, że powództwo w sprawie odszkodowania należy wnieść, według wyboru powoda, na terytorium jednego z państw stron bądź do sądu miejsca zamieszkania przewoźnika lub głównej siedziby jego przedsiębiorstwa albo miejsca, gdzie posiada on placówkę, za pośrednictwem której została zawarta umowa, bądź do sądu miejsca przeznaczenia przewozu. Artykuł 33 ust. 2 tej konwencji dodaje, że w odniesieniu do szkody spowodowanej przez śmierć albo uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia pasażera powództwo można ponadto wnieść na terytorium jednego z państw stron, w którym w czasie wypadku pasażer miał główne i stałe miejsce zamieszkania i do którego lub z którego przewoźnik wykonuje loty bądź własnymi statkami powietrznymi, bądź zgodnie z umową handlową statkami powietrznymi innego przewoźnika, a w którym przewoźnik prowadzi działalność w zakresie przewozu lotniczego pasażerów, korzystając z pomieszczeń wynajmowanych lub posiadanych przez niego lub przez innego przewoźnika, z którym ma umowę handlową.

Z kolei art. 17 ust. 1 konwencji ateńskiej stanowi, że powództwo może w zależności od wyboru powoda być wniesione do sądu miejsca stałego pobytu lub głównej siedziby pozwanego albo sądu miejsca wyjazdu lub miejsca przeznaczenia zgodnie z umową przewozu, albo sądu w państwie zamieszkania lub stałego pobytu powoda, jeżeli pozwany ma w tym państwie przedsiębiorstwo i podlega jurysdykcji tego państwa, albo sądu państwa, w którym zawarta została umowa przewozu, jeżeli pozwany ma w tym państwie przedsiębiorstwo i podlega jurysdykcji tego państwa. Natomiast stosownie do ust. 2 tego przepisu po powstaniu wypadku, który spowodował szkodę, strony mogą uzgodnić, że roszczenie o odszkodowanie zostanie wniesione do dowolnego sądu lub będzie poddane arbitrażowi.

⁶⁵ Zob. wyrok TSUE z 7 listopada 2019 r. w sprawie C-213/18 *Adriano Guaitoli i in. przeciwko easyJet Airline Co. Ltd*, ECLI:EU:C:2019:927.

dzenia przysługuje bez względu na to, czy konwencja dotycząca spraw szczególnych została zawarta przez wszystkie czy też jedynie niektóre państwa członkowskie, i czy jej stronami obok państw członkowskich są również państwa trzecie⁶⁶. Stosowanie przepisów konwencji nie może jednak naruszać zasad leżących u podstaw współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych w ramach Unii, takich jak zasada swobodnego przepływu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych, przewidywalność sądów właściwych, pewność prawa dla stron postępowania, prawidłowy wymiar sprawiedliwości, maksymalne ograniczenie ryzyka równoległych postępowań oraz wzajemne zaufanie do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w ramach Unii⁶⁷.

Jeśli natomiast stroną konwencji jest wyłącznie lub również Unia Europejska (dotyczy to na przykład konwencji montrealskiej), podstaw pierwszeństwa zastosowania ustanowionych w niej norm jurysdykcyjnych należy doszukiwać się raczej w art. 67 niż w art. 71 rozporządzenia nr 1215/2012. Artykuł 67 stanowi bowiem, że rozporządzenie nr 1215/2012 nie narusza stosowania przepisów, które regulują jurysdykcję lub uznawanie i wykonywanie orzeczeń w sprawach szczególnych i które zawarte są w unijnych aktach prawnych lub w prawie poszczególnych państw członkowskich, zharmonizowanym poprzez wykonanie takich aktów. Co prawda konwencja międzynarodowa nie jest unijnym aktem prawnym, ale okoliczność ta nie powinna stać na przeszkodzie rozszerzającej wykładni tego przepisu w szczególności z tego powodu, że w obu przypadkach — zarówno wtedy, kiedy Unia Europejska przyjmuje dyrektywę lub rozporządzenie, jak i wtedy, kiedy przystępuje do konwencji — chodzi o wykonywanie, choć w inny sposób, kompetencji przez Unię Europejską. Ponadto każdorazowo zatwierdzenie konwencji międzynarodowej przez Unię Europejską jest poprzedzone odpowiednim aktem prawnym — decyzją Rady⁶⁸.

⁶⁶ Por. na tle art. 71 Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L 12 z dnia 16 stycznia 2001 r., s. 1—23 ze zm.; dalej: rozporządzenie nr 44/2001, wyrok TSUE z 14 lipca 2016 r. w sprawie C-230/15 *Brite Strike Technologies Inc. przeciwko Brite Strike Technologies SA*, ECLI:EU:C:2016:560, pkt. 49—50.

⁶⁷ Por. na tle art. 71 rozporządzenia nr 44/2001, wyrok TSUE z 4 maja 2010 r. w sprawie C-533/08 *TNT Express Nederland BV przeciwko AXA Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2010:243, pkt 49. Zob. więcej na ten temat P. Grzegorzczak, P. Rylski, K. Weitz: *Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z zakresu europejskiego prawa procesowego cywilnego (2009-2010)*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2011, z. 3, s. 779—781.

⁶⁸ Zob. art. 218 ust. 2 TFUE.

Z tych powodów w międzynarodowym przewozie lotniczym i w międzynarodowym przewozie morskim znaczenie deliktowych łączników lokalnych, a tym samym potrzeba ustalenia, czy miarodajne powinno być powiązanie uwzględniające suwerenność terytorialną czy też powiązanie opierające się na zasadzie bandery lub na zasadzie państwa rejestracji, w praktyce jest istotnie ograniczone, zarówno jeśli chodzi o jurysdykcję krajową, jak i o wskazanie prawa właściwego.

12. Zakończenie

Stosowanie deliktowych łączników lokalnych ustanowionych w rozporządzeniu nr 1215/2012 (art. 7 pkt 2) oraz w rozporządzeniu nr 864/2007 (w szczególności art. 4 ust. 1) wymaga nie tylko identyfikacji okoliczności stanowiących zdarzenie powodujące szkodę lub szkodę oraz ich umiejscowienia, ale również powiązania miejsca zdarzenia powodującego szkodę lub miejsca powstania szkody z konkretnym państwem, którego sądom będzie przysługiwała jurysdykcja (miejscowo właściwy będzie sąd, w którego okręgu miało miejsce zdarzenie powodujące szkodę lub powstała szkoda) lub którego prawo będzie właściwe. Zasadniczo identyfikacji tego państwa dokonuje się w oparciu o zasadę suwerenności terytorialnej. Tradycyjnie w razie niemożności zastosowania zasady terytorialnej z tego powodu, że miarodajna okoliczność wystąpiła, gdy statek lub samolot znajdował na obszarze niepodlegającym władztwu żadnego państwa, sięgano po powiązanie wynikające z zasady bandery lub z zasady państwa rejestracji.

Mimo że prawodawca unijny ani w rozporządzeniu nr 1215/2012, ani w rozporządzeniu nr 864/2007 nie ustanowił żadnych wyraźnych przepisów dotyczących stosowania deliktowych łączników lokalnych w omawianych wypadkach, nie powinno budzić wątpliwości, że kwestia miarodajności zasady bandery i zasady państwa rejestracji powinna być autonomicznie rozstrzygana przy uwzględnieniu zasad prawa międzynarodowego publicznego, rozważań prawnoporównawczych oraz systematyki i celów tych rozporządzeń.

Jeśli deliktowy łącznik lokalny nie może znaleźć zastosowania z tego powodu, że miarodajne zdarzenie ma miejsce na pokładzie statku poruszającego się po morzu otwartym lub na pokładzie samolotu poruszającego się w przestrzeni powietrznej nad obszarem niepodlegającym władztwu terytorialnemu żadnego państwa, z pomocą przychodzi zasada

bandery lub zasada państwa rejestracji, która umożliwia zlokalizowanie zdarzenia powodującego szkodę lub szkody w państwie, pod którego banderą pływa statek lub w którym samolot jest zarejestrowany. Zasada bandery lub zasada państwa rejestracji ma jednak nie tylko subsydiarny charakter, ale niekiedy również wyprzedza powiązanie oparte na władztwie terytorialnym. Dotyczy to tych sytuacji, w których zdarzenie powodujące szkodę lub szkoda mają miejsce na pokładzie statku lub samolotu, który znajduje się na obszarze podlegającym władztwu terytorialnemu innego państwa niż państwo początku, końca lub przerwy w podróży, do której doszło w związku z podjęciem przez państwo czynności w ramach jurysdykcji karnej lub administracyjnej. Powiązanie terytorialne znajduje natomiast zastosowanie wtedy, kiedy chodzi o państwo początku, końca lub przerwy podróży, w tym w szczególności przerwy wynikającej z podjęcia działań w reakcji na popełniony czyn niedozwolony. Podobnie należy ocenić te przypadki, gdy deliktowy stan faktyczny nie zamyka się na pokładzie statku lub samolotu i obejmuje również państwo, po którego wodach statek płynie lub w którego przestrzeni powietrznej samolot się porusza.

W wypadku zderzeń statków lub samolotów mających miejsce na obszarach niepodlegających władztwu żadnego państwa, łączniki lokalne mogą być stosowane nie tylko wtedy, gdy oba statki lub samoloty są zarejestrowane w tym samym państwie. Wystarczy bowiem szkodę lokalizować w państwie bandery tego statku lub w państwie rejestracji tego samolotu, z którym związana jest szkoda, którą miał ponieść powód lub pozwany w wypadku powództw inicjowanych przez potencjalnie odpowiedzialnego. Konsekwentnie zdarzenie powodujące szkodę należy lokalizować w państwie bandery statku lub rejestracji samolotu, z którego ruchem związane miało być wyrządzenie szkody.

W przypadku przewozu osób znaczenie zabiegu polegającego na posłużeniu się powiązaniem opartym na zasadzie bandery lub na zasadzie państwa rejestracji jest ograniczone ze względu na obowiązywanie konwencji montrealskiej i konwencji ateńskiej, które ustanawiają nie tylko jednolite normy merytoryczne, stosowane z pominięciem norm kolizyjnych ustanowionych w rozporządzeniu nr 864/2007, ale zawierają również szczegółowe normy jurysdykcyjne wypierające zastosowanie rozporządzenia nr 1215/2012, w tym w szczególności art. 7 pkt 2.



Katarzyna Anna Dadańska^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0003-1674-8665>

Ustanawianie ograniczonych praw rzeczowych w prawie prywatnym międzynarodowym — uwagi na tle statutu rzeczowego i jego rozgraniczenia

Abstract: In international trade, it is essential to determine the scope of the law applicable to property rights, i.e. the law applicable to the assessment of rights in rem. Article 41 of the Polish Private International Law Act uses the connecting factor of the *situs rei*. The competence of *legis rei sitae* regarding rights in rem should not be challenged when the subject of rights in rem is tangible property. If, however, the subject of rights in rem is not a tangible object but in a claim or other type of a right, then there is an urgent need to seek other ways of establishing the law applicable to the formation of such rights. In addition, there is a recurrent problem with the proper delimitation with the laws applicable to other issues, i.e. the determination of the law applicable to the assessment of the effectiveness of the acquisition of a limited right in rem, and the question of the so-called adaptation and qualification.

The purpose of the present study is to determine the law applicable to the establishment of limited property rights. Using the dogmatic-legal, comparative and complementary historical methods, the provisions of Article 41 of the Private International Law Act are evaluated, and conclusions are drawn *de lege ferenda*.

Keywords: limited property rights, property charter, establishment of limited property rights

^{a)} Dr, Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych.

1. Uwagi wprowadzające

Pojmowanie na świecie praw rzeczowych nie jest jednolite. Odmienienie w poszczególnych państwach kształtuje się treść własności i innych praw rzeczowych, w tym ograniczonych praw rzeczowych i ich katalog. Również określenie przedmiotów ograniczonych praw rzeczowych jest różnie ujmowane. Różne są mechanizmy powstawania, przenoszenia, zmiany treści, określania pierwszeństwa oraz wygasania praw rzeczowych. Z tych powodów w obrocie międzynarodowym istotne znaczenie ma określenie prawa właściwego do oceny praw rzeczowych¹.

Polska ustawa kolizyjna z 2011 r.² przewiduje w art. 41, że „Własność i inne prawa rzeczowe podlegają prawu państwa, w którym znajduje się ich przedmiot. Nabycie i utrata własności, jak również nabycie i utrata oraz zmiana treści lub pierwszeństwa innych praw rzeczowych, podlegają prawu państwa, w którym przedmiot tych praw znajdował się w chwili, gdy nastąpiło zdarzenie pociągające za sobą wymienione skutki prawne”. Przytoczona regulacja wykorzystuje łącznik miejsca położenia rzeczy — *situs rei*³. Rozwiązanie to ma długą tradycję, jeśli chodzi o prawa rzeczowe na nieruchomości⁴. W odniesieniu do praw na rzeczach ruchomych konkurencyjną wobec zasady *legis rei sitae* była zasada *mobilia personam sequuntur*⁵, która sporadycznie pojawia się w niektórych współczesnych ustawach kolizyjnych w odniesieniu do rzeczy osobistych podróznego⁶. Dla praw rzeczowych na statku powietrznym i wodnym

¹ J. Górecki: *Kolizyjne prawo rzeczowe*, „Studia Prawa Prywatnego” 2014, Z. 3 (34) — 4(35), s. 5; Idem: *Prawa rzeczowe i posiadanie w projekcie ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2009, t. 7, s. 7 i n.; Idem: w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, kom. do art. 41, Legalis.

² Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792 ze zm.), dalej: p.p.m.

³ Zob. J. Kosik: *Prawa rzeczowe ograniczone w kodeksie cywilnym i w artykule 24 prawa prywatnego międzynarodowego*, „Studia Prawnicze” 1970, Nr 26—27, s. 58; s. 58; E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych na rzeczy ruchomej w prawie prywatnym międzynarodowym (Wpływ zmiany miejsca położenia rzeczy na właściwość prawa)*, Kraków 1977, s. 5; K. Kruczałak: *Prawa rzeczowe w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2000, Nr 3, s. 613.

⁴ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 5; H. Stoll: *Internationales Sachenrecht*, w: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 1996, s. 69.

⁵ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 5; Idem, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan, kom. do art. 41.

⁶ W myśl tej zasady prawa rzeczowe na rzeczach ruchomych podlegają prawu ustalalnemu w oparciu o łącznik personalny (np. zwykły pobyt, obywatelstwo) powiązany z oso-

oraz na pojeździe szynowym art. 42 p.p.m. przewiduje, że podlegają one prawu państwa, w którym statek lub pojazd jest wpisany do rejestru, a w razie braku rejestru lub wpisu do rejestru, prawu państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca. Natomiast prawa rzeczowe na rzeczy w transporcie podlegają prawu państwa, z którego rzecz wysłano. Jeżeli jednak z okoliczności wynika, że prawa te związane są ściślej z prawem innego państwa, stosuje się prawo tego państwa (art. 43 p.p.m.).

Właściwość *legis rei sitae* w odniesieniu do praw rzeczowych nie jest aktualnie podważana, gdy przedmiotem praw rzeczowych jest rzecz⁷, choć mogą pojawić się problemy w odniesieniu do rzeczy ruchomych, które mogą zmieniać swoje położenie. Jeśli jednak przedmiotem praw rzeczowych nie są rzeczy (np. prawa, przedsiębiorstwo), to pojawia się potrzeba poszukiwania innych powiązań, przy pomocy których ustalić można prawo właściwe dla oceny, a zatem powstania tych praw⁸. Można postawić tezę, że rozwiązanie kolizyjnoprawne, odwołujące się do miejsca położenia przedmiotu praw rzeczowych (z chwili gdy nastąpiło zdarzenie pociągające za sobą wymienione skutki prawne), przyjęte w art. 41 ust. 2 p.p.m., nie zawsze pozwoli na jednoznaczną odpowiedź, jakie prawo jest właściwe dla oceny danego ograniczonego prawa rzeczowego, w szczególności jego powstania. Wynika to z faktu, że zdarzenie kreujące powstanie danego ograniczonego prawa rzeczowego nie jest jedynym elementem (przesłanką) konieczną dla oceny stanu faktycznego, od którego norma prawna uzależnia nabycie (czy utratę) prawa rzeczowego⁹. W skład stanu faktycznego, od którego norma uzależnia nabycie albo utratę prawa rzeczowego, obok zdarzeń prawnych wchodzi elementy nie będące zdarzeniami, określane jako pewne stany prawne, kwalifikacje normatywne lub stany psychiczne¹⁰. Pojawia się problem, według jakiego

bą uprawnioną do danej rzeczy. Zob. np. art. 67 ust. 2 BułgU, art. 2618 KC rum. Podaję za: J. Górecki, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan, kom. do art. 41.

⁷ Zob. W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1996, s. 232; zob. K. Kruczałak: *Prawa rzeczowe...*, s. 613—614; J. Gołaczyński, P. Rodziejewicz: *Prawo właściwe dla własności i innych praw rzeczowych*, „Monitor Prawniczy” 2011, Nr 22, s. 1198; J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 5; Idem: *Prawo rzeczowe i posiadanie...*, s. 7; Idem, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 20B. Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 944; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017, s. 262; M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 689—691.

⁸ J. Górecki, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan, kom. do art. 41.

⁹ Por. E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 13, 14—15.

¹⁰ *Ibidem*, s. 13.

prawa te elementy powinny podlegać ocenie. Czy ta ocena powinna być dokonana wyłącznie w oparciu o statut rzeczowy czy też w oparciu o inne statuty. I choć w ostatnich latach widoczna jest tendencja do regulowania właściwości prawa dla praw rzeczowych w sposób bardziej szczegółowy niż jeszcze kilkadziesiąt lat temu¹¹, pomimo to pojawia się niejednokrotnie problem z właściwym rozgraniczeniem statutów rzeczowego, obligacyjnego, stosunków majątkowych małżeńskich, spadkowego czy upadłościowego, czyli określenia prawa właściwego m.in. dla oceny skuteczności ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego oraz zagadnienie tzw. dostosowania i kwalifikacji.

2. Zdarzenia kreujące ograniczone prawa rzeczowe — prawo polskie

W prawie polskim do powstania ograniczonego prawa rzeczowego dochodzi zazwyczaj na podstawie umowy, ale także z mocy czynności prawnej jednostronnej¹², konstytutywnego orzeczenia sądu¹³, decyzji administracyjnej¹⁴ a nawet z mocy prawa (*ex lege*)¹⁵. Ponadto powstanie, a zatem dojście do skutku rzeczowego, nie zawsze jest tożsame ze zdarzeniem będącym jego źródłem (np. umową o ustanowienie prawa), przykładowo do ustanowienia praw zastawniczych wymagany jest dodatkowo akt jawności — w postaci np. wydania rzeczy, wpisu do rejestru (przy zastawie), czy wpisu do księgi wieczystej (przy hipotece). Zwolennicy tego typu rozumienia pojęcia „ustanowienia” ograniczonego prawa rzeczowego podkreślają jednocześnie, że nie można mówić o ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego w odniesieniu do tych zdarzeń, które kreują powstanie ograniczonego prawa rzeczowego *ex lege*¹⁶. Na gruncie polskiego Kodeksu cywilnego ustawodawca posłużył się techniką odesłania do

¹¹ J. Górecki, w: *System...*, Tom 20B. Red. M. Pazdan, s. 940—941.

¹² Zob. art. 981¹ § 2 pkt 4 k.c. oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 483 ze zm.

¹³ Zob. np. art. 145, art. 151, art. 212, art. 305² k.c.

¹⁴ Zob. np. art. 41 i art. 44 ustawy z dnia 29 sierpnia 1987 r. Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 900 ze zm.

¹⁵ Zob. art. art. 432, art. 588 § 2, art. 670, art. 671, art. 686, art. 790, 702 w zw. z art. 694, art. 773, art. 790, art. 802, art. 850 k.c.

¹⁶ K. Zaradkiewicz: *Konstrukcja umowy o ustanowienie i przeniesienie ograniczonego prawa rzeczowego — węzłowe problemy i uwagi de lege ferenda*. W: *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań, Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów* (Wroc-

przepisów o przeniesieniu własności, przewidując, że „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego stosuje się odpowiednio przepisy o przeniesieniu własności” (art. 245 § 1 k.c.). Z reguły pojęcie „ustanowienie” ograniczonego prawa rzeczowego rozumiane jest w sensie techniczno-prawnym jako rodzaj zdarzenia prawnego: czynność prawna — umowa¹⁷. Niektórzy jednak autorzy wskazują, że ustanowienie ograniczonych praw rzeczowych jest możliwe nie tylko na podstawie umowy, ale także innych źródeł¹⁸. Inni znów podkreślają, że powstanie ograniczonego prawa rzeczowego nie może być utożsamiane z jego ustanowieniem¹⁹.

Przedmiotem ograniczonych praw rzeczowych w prawie polskim są przede wszystkim rzeczy (nieruchomości i rzeczy ruchome), ale także prawa (wierzytelności, prawa udziałowe, prawa inkorporowane w papierach wartościowych), zespół środków produkcji, zbiór rzeczy (choćby jego skład był zmienny), zespoły rzeczy i praw (w szczególności przedsiębiorstwo)²⁰. Polski ustawodawca wprowadził wyraźnie zamkniętą listę ograniczonych praw rzeczowych (*numerus clausus*) zaliczając do ograniczonych praw rzeczowych: użytkowanie, służebności, zastaw, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz hipotekę (art. 244 § 1 k.c.).

W polskiej doktrynie funkcjonuje kilka koncepcji dotyczących istoty i charakteru umów o ustanowienie ograniczonych praw rzeczowych²¹. Najpopularniejsza, odwołująca się do konstrukcji przeniesienia własności przyjmowanej przez większość doktryny na gruncie art. 155—156 k.c., to teoria umowy o podwójnym skutku²². Zakłada, że zawarcie umowy zobowiązującej do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego powodu-

ław, 25—27.9.2008 r.). Red. E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski. Warszawa 2010, s. 505.

¹⁷ E. Gniewek, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 4, Red. E. Gniewek, Warszawa 2007, s. 348.

¹⁸ J. Szachułowicz, w: *Komentarz KC*, t. I, Warszawa 2005, s. 698.

¹⁹ K. Zaradkiewicz: *Konstrukcja umowy*, s. 505.

²⁰ K.A. Dadańska: *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2018.

²¹ Zob. szerzej K. Zaradkiewicz: *Konstrukcja umowy...*, s. 505 n.

²² Zob. E. Drozd: *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa—Kraków 1974, s. 27 i n.; W.J. Katner: *Przeniesienie własności rzeczy ruchomych*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1988, s. 146; J. Górecki: *Przeniesienie własności rzeczy ruchomej*, Wrocław 1950, s. 33; J. St. Piąkowski, który wskazywał, że „zagadnienie, czy umowa zobowiązująca do przeniesienia własności wywołuje skutki tylko w sferze obligacyjnej, czy też zarazem własność przenosi, była główną osią sporu, który się toczył pod rządem pr.rzecz. Od samego początku prac kodyfikacyjnych ustawodawca starał się spór ten rozstrzygnąć na rzecz koncepcji podwójnego skutku i swej niewątpliwej woli w tym zakresie dał wyraz w omawianym przepisie [art. 155 KC — przyp. K.A.D.]”, J.St. Piąkowski, w: *System Prawa Cywilnego, t. II, Prawo własności i inne prawa rzeczowe*. Red. J. Ignatowicz. Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1977, s. 227—228.

je w istocie ustanowienie tego prawa i jego nabycie przez kontrahenta²³. Zgodnie z tą teorią umowa ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego rodzi skutki (łącznie ze skutkami rozporządzającymi) z momentem jej zawarcia (w odniesieniu do rzeczy co do tożsamości oznaczonych)²⁴. Oczywiście dopuszczalne jest rozdzielenie skutku obligacyjnego i skutku rzeczowego, o ile strony tak postanowią, albo gdy wymagać tego będzie przepis prawa²⁵. Stanowisko takie prezentowane jest także przez judykaturę²⁶. Ponadto doktryna odwołuje się do odpowiedniego stosowania do umów ustanawiających ograniczone prawo rzeczowe zasady konsensualności (z dość daleko idącymi modyfikacjami w tym zakresie — zob. art. 307 k.c., art. 2 ust. 1 u.z.r.²⁷, art. 67 ust. 1 u.k.w.i h.²⁸) oraz zasady kauzalności²⁹.

3. Kwalifikacja pojęć użytych w art. 41 p.p.m.

Unifikacja norm kolizyjnych w ramach UE nie objęła dotychczas norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe dla własności i innych praw rzeczowych³⁰. Różnorodność unormowań praw merytorycznych³¹ skłania do wniosku, iż dokonanie właściwej interpretacji art. 41 p.p.m., która pozwoli na określenie zakresu normy kolizyjnej a następnie wskazanie łącznika określającego prawo właściwe dla ograniczonego prawa rzeczowego podlegającego ocenie, nie będzie możliwe bez określenia takich pojęć jak rzecz (ruchoma, nieruchomości), prawo rzeczowe (ograni-

²³ E. Gniewek, w: *System...*, t. 4, s. 349.

²⁴ *Ibidem*, s. 350.

²⁵ Por. *ibidem*, s. 349—350.

²⁶ Zob. wyrok z 12.05.2000 r., V CKN 30/00.

²⁷ Ustawa z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, tekst jedn. Dz. U z 2018 r. poz. 2017 ze zm.

²⁸ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 o księgach wieczystych i hipotece, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1916 ze zm., dalej: u.k.w.h.

²⁹ Zob. E. Gniewek, w: *System...*, t. 4, s. 349; K. Zaradkiewicz: *Konstrukcja umowy...*, s. 512 i n.

³⁰ J. Gołaczyński, P. Rodziejewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1198. Szerzej na temat procesu unifikacji w obszarze prawa rzeczowego zob. J. Górecki, w: *System...*, Tom 20B, s. 947 i n. Zob. też Ł. Żarnowiec: *Wpływ statutu rzeczowego na rozstrzygnięcie spraw spadkowych — na styku statutów*, Warszawa 2018.

³¹ Z uwagi na zakreślone ramy publikacji pomijam kwestię omówienia regulacji ograniczonych praw rzeczowych w poszczególnych krajach Unii Europejskiej. Zob. literaturę przywołaną w przypisie 36.

zione prawo rzeczowe), przedmiot praw rzeczowych. W polskiej ustawie kolizyjnej nie wprowadzono normy rozstrzygającej w oparciu o jakie prawo należy dokonywać kwalifikacji ww. pojęć, choć obce ustawy kolizyjne zawierają tego typu rozwiązania³².

Kwalifikacja pojęć: rzecz (ruchoma, nieruchomości), prawo rzeczowe, ograniczone prawo rzeczowe, przedmiot praw rzeczowych — powinna poprzedzać wskazanie prawa właściwego³³. Oznacza to konieczność ustalenia znaczenia pojęciowego wyrażen określających zakres norm kolizyjnych w przepisach, w których mowa o własności, innych prawach rzeczowych i o posiadaniu³⁴. Niektóre prawa są bowiem traktowane w jednych państwach jako rzeczowe, a w innych są one prawami obliigacyjnymi. Występują też prawa, którym jedynie sporadycznie nadaje się status praw rzeczowych³⁵. Szczegółowe katalogi praw rzeczowych w poszczególnych państwach wykazują bowiem dość istotne różnice³⁶. Wykładnia wyrażen określających zakres normy kolizyjnej, podejmowana w celu ustalenia przesłanek jej stosowania, określana jest mianem kwalifikacji³⁷. Kwalifikacja ma umożliwić stwierdzenie, czy dany stan faktyczny może być przyporządkowany do zakresu określonej normy kolizyjnej. Na równi z tym traktuje się zabiegi zmierzające do wyjaśnienia pojęć użytych na określenie łącznika normy kolizyjnej, o ile w roli łączni-

³² J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1198. Jako przykład wskazuje się art. 64 (2) bułgarskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Przepis art. 64 przewiduje, że posiadanie, prawo własności oraz inne prawa rzeczowe na rzeczach ruchomych i nieruchomościach podlegają prawu państwa, w którym rzeczy się znajdują (1). Uznanie danej rzeczy za rzecz ruchomą albo nieruchomość, jak również rodzaj prawa rzeczowego ocenia się według prawa, o którym mowa w ust. 1 (2). Zob. P. Ptak: *Bułgarskie prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 1, s. 264. Zob też Ł. Żarnowiec: *Wpływ statutu...*

³³ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 13.

³⁴ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 13 i n.; Idem, w: *System...*, Tom 20B. Red. M. Pazdan, s. 954 i n.; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 266; w starszej literaturze zob. E. Drozd: *Nabytie i utrata praw rzeczowych*, s. 8—10.

³⁵ J. Górecki, w: *System...*, Tom 20B. Red. M. Pazdan, s. 954.

³⁶ Zob. J. Pisuliński: *Ograniczone prawa rzeczowe w wybranych systemach prawnych a przyszła regulacja tych praw w nowym Kodeksie cywilnym*, SPP, Z. 4 (11) 2008; R. Cierpiał: *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie austriackim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, Zeszyt 4 (11), s. 1 i n.; A. Józefiak: *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie francuskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, Z. 4 (11), s. 17 i n.; Ł. Przyborowski: *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie niemieckim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, Z. 4 (11), s. 37 i n.; B. Swaczyna: *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie szwajcarskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, Z. 4 (11), s. 63 i n.; E. Rablin: *Ograniczone prawa rzeczowe w prawie włoskim*, „Studia Prawa Prywatnego” 2018, Z. 4 (11), s. 89 i n.

³⁷ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 60.

ka występuje węzeł odznaczający się przynajmniej minimalnym „prawnym” zabarwieniem³⁸.

Najprostszym rozwiązaniem jest kwalifikacja według merytorycznej lub kolizyjnej *legis fori*. Wskazuje się także, że najbardziej poprawne byłoby poszukiwanie uniwersalnego pojęcia praw rzeczowych (kwalifikacja autonomiczna). Ponadto w grę wchodzić może jeszcze kwalifikacja według prawa miejsca położenia przedmiotu prawa rzeczowego (poszukiwanie prawa merytorycznego wykorzystywanego do celów kwalifikacyjnych za pomocą łącznika *situs rei*) oraz na podstawie *legem causae* (prawo właściwe w danej kwestii)³⁹.

Polska ustawa kolizyjna z 2011 r. nie zawiera żadnej wskazówki dotyczącej metody kwalifikacji. Brak także dowodów na kształtowanie się jakiegoś jednolitego stanowiska judykatury⁴⁰. Także stanowisko doktryny nie jest jednolite⁴¹.

Kwalifikacja według merytorycznej *legis fori* zakłada, że sąd powinien kierować się wskazówkami zaczerpniętymi z własnego prawa merytorycznego, czyli tak pojmować wyrażenia zawarte w zakresie normy kolizyjnej, jak są one rozumiane we własnym prawie merytorycznym⁴². Kwalifikacji dokonuje się więc zgodnie z prawem obowiązującym w siedzibie sądu⁴³. Z kolei kwalifikacja według prawa merytorycznego właściwego (czyli według *legis causae*) zakłada, że podlegające kwalifikacji wyrażenia należy pojmować w taki sposób, w jaki są one rozumiane w prawie merytorycznym rządzącym danym stosunkiem⁴⁴. Kolejna metoda kwalifikacji zwaną autonomiczną (prawnoporównawczą), której twórcą być był *E. Rabel*, opiera się na założeniu, że normy prawa prywatnego międzynarodowego, posługując się jakimś określeniem, używają go w znaczeniu specjalnym, własnym, które niekoniecznie pokrywa się ze znaczeniem, w jakim występuje ono w prawie merytorycznym własnym lub określonym obcym. Zatem nie merytorycznoprawna *lex fori*, lecz

³⁸ Ibidem.

³⁹ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, 2015, s. 953—954; Idem: *Kolizyjne...*, s. 13; zob. szerzej M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 77—79, 266.

⁴⁰ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 79.

⁴¹ Zob. E. Drozd: *Kompetencja statutów*, s. 127 i n.; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2008, s. 254—255; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 76—77, 266, M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Świerczyński, w: *System Prawa Prywatnego, Tom 20A*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 303.

⁴² Zwolennikami tej metody byli F. Kahn i E. Bartin. Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 77.

⁴³ M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Świerczyński, w: *System, Tom 20A*. Red. M. Pazdan, s. 311.

⁴⁴ Ibidem, s. 312; zob. też E. Drozd: *Nabywanie i utrata prawa rzeczowych*, s. 18.

sama norma kolizyjna powinna określać przesłanki swego zastosowania. To z kolei prowadzi do postulatu tworzenia i używania przez prawo prywatne międzynarodowe pojęć własnych, autonomicznych w stosunku do pojęć prawa merytorycznego⁴⁵. Wreszcie przeważająca w doktrynie teoria kwalifikacji według kolizyjnej *legis fori*, nazywana też kwalifikacją funkcjonalną zakłada, że wykładnia wyrażeń występujących w normach prawa prywatnego międzynarodowego powinna być dokonywana samodzielnie, na użytek tych norm, niezależnie od tego jak są one rozumiane we własnym prawie merytorycznym⁴⁶. Pojęcia występujące w normach kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego pojmować należy w sposób odpowiadający celom, jakie normy te mają do spełnienia, uwzględniając międzynarodową funkcję rozgraniczającą tych norm⁴⁷.

Wydaje się, że przy wykładni pojęć⁴⁸ mających wpływ na określenie zakresu normy zrekonstruowanej z art. 41 p.p.m. najbardziej właściwa jest kwalifikacja na podstawie prawa merytorycznego obowiązującego w miejscu położenia przedmiotu tych praw⁴⁹. Jest to kwalifikacja dokonana w oderwaniu od właściwości prawa dla praw rzeczowych⁵⁰. Takie rozwiązanie uwzględnia funkcję łącznika miejsca położenia rzeczy i powiązane jest z koniecznością respektowania prawa obowiązującego w tym miejscu⁵¹. Metoda ta polega na tzw. odesłaniu w zakresie kwalifikacji (w terminologii niemieckiej: *Qualifikationsverweisung*). Odesłanie to uwzględnia fakt, że „*lex rei sitae* wykonuje »kontrolę« na rzeczą” co sprzyja międzynarodowej zgodności orzeczeń sądowych⁵². Dla określenia

⁴⁵ M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Świerczyński, w: *System, Tom 20A*. Red. M. Pazdan, s. 314; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 78.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Świerczyński, w: *System, Tom 20A*. Red. M. Pazdan, s. 314—315.

⁴⁸ Takich jak: rzecz (ruchoma, nieruchomości), prawo rzeczowe (ograniczone prawo rzeczowe), przedmiot praw rzeczowych.

⁴⁹ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 954—955; Idem: *Kolizyjne...*, s. 13.

⁵⁰ E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 8—9, s. 18.

⁵¹ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 955.

⁵² E. Drozd: *Kompetencja statutów rzeczowego i obligacyjnego w zakresie praw podmiotowych*, „*Studia Cywilistyczne*”, Tom XXX, 1979, s. 134. Za kwalifikacją praw rzeczowych według systemu merytorycznego *rei sitae* opowiadali się H. Trammer: *Sprawy czysto majątkowe w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, „*Problemy Prawne Handlu Zagranicznego*” 1968, Nr 19—20, s. 15; J. Kosik: *Prawa rzeczowe ograniczone w kodeksie cywilnym i art. 24 prawa prywatnego międzynarodowego*, „*Studia Prawnicze*” 1970, Nr 26—27, s. 67; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 1991, s. 111. W ujęciu F. Zolla: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Kraków 1947, s. 52, za „prawa rzeczowe” w rozumieniu prawa prywatnego międzynarodowego „uważać należy prawa, których przedmiotem (a) są rzeczy lub inne dobra przedstawiające wartość

pojęcia „rzecz” — będzie to prawo państwa miejsca położenia dobra⁵³. Przy czym położenie należy rozumieć w znaczeniu czysto fizycznym⁵⁴. Według *legi rei sitae* należy też w zasadzie ustalić czy w grę wchodzi nieruchomości czy rzecz ruchoma⁵⁵. Także według miejsca położenia rzeczy należy ustalić, czy dane uprawnienie (zespół uprawnień) ma charakter prawa rzeczowego⁵⁶. Prawo miejsca położenia rzeczy określa zwykle zamknięty katalog praw rzeczowych występujących na terytorium jego obowiązywania i dopiero na jego podstawie można ustalić, czy rozpatrywane prawo mieści się w tym katalogu i czy w tym właśnie zakresie można doń stosować normy kolizyjne dotyczące praw rzeczowych. Jeśli okaże się, że to prawo nie traktuje określonego uprawnienia jako prawa rzeczowego, nie ma podstaw do stosowania art. 41 p.p.m. Miejsce położenia rzeczy powinno mieć zastosowanie przy rozstrzygnięciu zagadnienia kwalifikacji, szczególnie wówczas, gdy obce normy kolizyjne nakazują stosować prawo obowiązujące w tym właśnie miejscu przy kwalifikowaniu rzeczy, np. odróżnianiu ruchomości od nieruchomości⁵⁷. Co istotne, położenie rzeczy wywiera wpływ na właściwość sądu, a w konsekwencji na zastosowanie prawa siedziby sądu w przypadkach, w których prawo to jest właściwe⁵⁸.

Także według prawa merytorycznego *legi rei sitae* należy rozstrzygnąć, czy dane dobro (materialne, niematerialne) może być przedmiotem praw rzeczowych (ograniczonych praw rzeczowych)⁵⁹. Zarówno w przepisach polskiego porządku prawnego, jak i w systemach prawnych państw obcych dopuszcza się, że poza rzeczami (ruchomymi, nieruchomościami) przedmiotem ograniczonych praw rzeczowych mogą być także prawa ma-

majątkową, a których treścią (b) jest władza bezpośrednia osoby uprawnionej nad tym przedmiotem — władza, która w następstwie swej bezpośredniości jest też bezwzględna, tzn. skuteczna przeciw każdemu trzeciemu”. Istnieją też wypowiedzi, które zwracają uwagę na konieczność uwzględniania przy rozstrzygnięciu kwestii wątpliwych funkcji norm kolizyjnych, o które tutaj chodzi, i występującego w nich łącznika *rei sitae*. Tak E. Drozd: *Kompetencje statutów*, s. 139 i 140; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 266; M. Pazdan, E. Rott-Pietrzyk, M. Świerczyński, w: *System, Tom 20A*. Red. M. Pazdan, s. 306, przyp. 710. Także współcześnie dominuje ujęcie kwalifikacji według łącznika *situs rei*. Zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 266; E. Drozd: *Kompetencja statutów* s. 130—140; J. Górecki, w: *System, T. 20B*. Red. M. Pazdan, s. 955.

⁵³ E. Drozd: *Nabywanie i utrata praw rzeczowych*, s. 8.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, s. 9.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ J. Kosik: *Zagadnienia prawa rzeczowego w Prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r.*, „Acta Univesitatis Wratislaviensis. Prawo” 1976, Nr 57, s. 34.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem, s. 3.

jątkowe (zbywalne), prawa inkorporowane w papierach wartościowych, zespoły rzeczy i praw, a nawet zbiory rzeczy⁶⁰.

Przyjąć zatem należy, iż na gruncie art. 41 p.p.m. kwalifikacji pojęć należy dokonywać na podstawie prawa obowiązującego w miejscu położenia przedmiotu tych praw⁶¹. Jeśli okaże się, że prawo, o które chodzi, nie jest prawem rzeczowym według prawa obowiązującego w miejscu położenia przedmiotu tego prawa, to należy zakwalifikować je jako prawo o innym charakterze (przede wszystkim obligacyjnym) i poddać je prawu ustalonemu w oparciu o odpowiednie dla niego normy kolizyjne⁶². Natomiast dla kwalifikacji pojęć użytych w art. 42 i 43 p.p.m.⁶³, a tym samym dla określenia zakresu normy kolizyjnej w omawianych przypadkach, należy zastosować kwalifikację funkcjonalną⁶⁴. Zastosowanie w tych sytuacjach metody kwalifikacji *legi rei sitae* nie daje oczekiwanych efektów i nie wykazuje wskazanych powyżej zalet⁶⁵. Kwalifikowanie praw rzeczowych na rzeczach w transporcie oraz na środkach transportu na podstawie prawa obowiązującego w miejscu aktualnego położenia przedmiotu tego prawa doprowadzić by mogło do objęcia tym pojęciem praw, które według statutu rzeczowego nie są prawami rzeczowymi⁶⁶. W tym wypadku wyrażenia występujące w art. 42 i art. 43 p.p.m. należy pojmować w sposób odpowiadający celom, jakie te normy mają do spełnienia, uwzględniając rolę łącznika występującego w danej rekonstruowanej normie kolizyjnej. Dokonując wykładni należy zbadać, jakie „interesy” w sferze kolizyjnoprawnej norma ta ma chronić w duchu idei „sprawiedliwości międzynarodowej”⁶⁷.

⁶⁰ Zob. częściowo odmiennie M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. J. Poczobut, s. 687—688.

⁶¹ Ibidem, s. 14. Zob. też M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. J. Poczobut, s. 689.

⁶² J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 955.

⁶³ Zgodnie z art. 42 p.p.m. prawa rzeczowe na statku powietrznym i wodnym oraz na pojeździe szynowym podlegają prawu państwa, w którym statek lub pojazd jest wpisany do rejestru, a w razie braku rejestru lub wpisu do rejestru — prawu państwa macierzystego portu, stacji lub innego podobnego miejsca. W myśl art. 43 p.p.m. prawa rzeczowe na rzeczy w transporcie podlegają prawu państwa, z którego rzecz wysłano. Jeżeli z okoliczności wynika, iż prawa te są związane ściślej z prawem innego państwa, stosuje się prawo tego państwa.

⁶⁴ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 14; Idem: w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 955 — zob. przypis 151 w tej pozycji. Co do kwalifikacji pojęć określających zakres normy kolizyjnej zob. też M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. J. Poczobut, s. 702—704, 706.

⁶⁵ Ibidem, s. 956.

⁶⁶ Ibidem, s. 955—956.

⁶⁷ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 78—79.

4. Łącznik miejsca położenia przedmiotu prawa rzeczowego

Redakcja art. 41 p.p.m. sugeruje, że z punktu widzenia oceny, czy doszło do powstania (ustanowienia) ograniczonego prawa rzeczowego, fundamentalne znaczenie ma określenie łącznika **miejsca położenia przedmiotu praw rzeczowych**⁶⁸. Istotne jest także zamieszczenie w dyspozycji normy kolizyjnej subokreślnika temporalnego (**w chwili, gdy nastąpiło zdarzenie pociągające za sobą wymienione skutki prawne**). Przez odpowiedni dobór subokreślnika temporalnego, dla łącznika *rei sitae*, ustawodawca kolizyjny stara się uniknąć ewentualnych problemów z oceną, jaka chwila miałaby być najbardziej miarodajna dla ustalenia, czy doszło do powstania danego ograniczonego prawa rzeczowego. Wątpliwości pojawią się wówczas, gdy pod rządami wskazanego za pomocą łącznika normy kolizyjnej statutu rzeczowego dojdzie do realizacji tylko niektórych przesłanek wymaganych do powstania prawa rzeczowego (np. zawarto umowę, a nie doszło do wydania rzeczy albo nie dokonano wpisu do odpowiedniego rejestru)⁶⁹. Są to tzw. otwarte (niezamknięte) stany faktyczne⁷⁰. W takich przypadkach proponuje się, aby na za pomocą na nowo ustalonego łącznika wskazać statut rzeczowy i na jego podstawie ustalić przesłanki nabycia (powstania) prawa rzeczowego i przesądzić, czy okoliczności, które zaszły przed zmianą statutu mogą być brane pod uwagę jako uzasadniające nabycie (powstanie) prawa rzeczowego wraz z okolicznościami, które zajdą dopiero po zmianie statutu. Jest to zagadnienie, które rozstrzygać należy na płaszczyźnie prawa materialnego (aktualnego statutu rzeczowego), a nie na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej⁷¹.

O ile łącznik *legis rei sitae* nie nastęrcza większych wątpliwości w przypadku ustanawiania ograniczonych praw rzeczowych na nieruchomości, a także powstawania tych praw w drodze innych zdarzeń prawnych niż czynność prawna, to już przy rzeczach ruchomych, z uwagi na możliwość ich przemieszczania, może sprawić problemy. Cechą rzeczy ruchomych jest bowiem możliwość przemieszczania ich bez naruszenia

⁶⁸ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 15; Idem, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 957.

⁶⁹ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 977—978.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem, s. 976—977. Należy przyjąć, że o tym, czy doszło do „zamknięcia stanu faktycznego” prowadzącego do wywołania skutku rzeczowego, rozstrzyga prawo państwa, w którym została dopełniona ostatnia przesłanka wymagana przez to prawo do wywołania skutku rzeczowego. Tak: J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 978.

ich substancji. Dlatego też są one często przenoszone, przewożone i zmieniają miejsce swego położenia. Z punktu widzenia poszukiwania statutu rzeczowego z wykorzystaniem łącznika miejsca położenia rzeczy, co do zasady, nieistotne jest przemieszczanie rzeczy na obszarze jednego państwa. Może to mieć jednak znaczenie w państwie, w którym obowiązuje prawo niejednolite⁷². Najczęściej przyjmuje się, że miejscem położenia rzeczy ruchomej jest jej faktyczne (rzeczywiste) miejsce położenia (*situs naturalis*), nawet gdy jest ono przejściowe (przypadkowe) i ulega częstym zmianom. Jest też bez znaczenia, czy zmiana położenia rzeczy była zgodna z wolą właściciela rzeczy⁷³.

Niekiedy może pojawić się problem z ustaleniem łącznika w przypadku rzeczy ruchomej, jeżeli miejsce położenia rzeczy nie jest znane nawet właścicielowi. Niektóre ustawy kolizyjne zawierają odpowiednie rozwiązania, które mogą być pomocne przy poszukiwaniu miarodajnego łącznika⁷⁴. W literaturze proponuje się przyjęcie rozwiązania, iż w razie nieznajomości miejsca położenia rzeczy ruchomej, dla dokonania związanych z nią czynności prawnych z zakresu prawa rzeczowego należy dochować wymagań ostatniego znanego miejsca położenia rzeczy. Jednak gdyby *ex post* okazało się, że w chwili dokonywania danej czynności prawnej rzecz znajdowała się w innym państwie niż państwo ostatniego znanego miejsca położenia rzeczy i nadal tam pozostaje, to o skuteczności dokonanej czynności prawnej powinno decydować prawo tego innego państwa⁷⁵.

Omawiany łącznik budzi wątpliwości co do wskazania prawa właściwego dla oceny skuteczności nabycia (ustanowienia) prawa w sytuacji, gdy przesłanki warunkujące powstanie prawa są rozciągnięte w czasie i gdy nie zostały jeszcze dopełnione, podczas gdy nastąpiło przemieszczenie przedmiotu praw rzeczowych do innego państwa, a tym samym doszło do zmiany statutu⁷⁶. Przykładem może być ocena skuteczności usta-

⁷² Ibidem, s. 957.

⁷³ Ibidem, s. 958.

⁷⁴ Jako przykład podaje się art. 10:132 ust. 1 KC niderl., który stanowi on, że jeżeli właściciel utracił posiadanie rzeczy i nie wiadomo, gdzie ona się znajduje, wówczas skutki prawnorzeczowe czynności prawnych dokonywanych przez właściciela lub jego następcę prawnego oceniać należy według prawa państwa, w którym rzecz znajdowała się w chwili utraty posiadania. J. Górecki: *Kolizyjne prawo rzeczowe*, s. 15; Idem, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 958.

⁷⁵ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 15; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 958.

⁷⁶ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1199. Jak wskazują przywołani autorzy, kwestia ta została rozwiązana w prawie kolizyjnym Estonii (par. 18 (3)) estońskiej ustawy o prywatnym międzynarodowym, który przewiduje, że jeżeli rzecz ruchoma została przeniesiona do Estonii i powstanie lub ustanie prawa własności nie

nowienia zastawu, gdy po zawarciu umowy zastawniczej w państwie A, rzecz została przewieziona do państwa B i tam nastąpiło wydanie rzeczy zastawnikowi. Powstaje wówczas pytanie, który łącznik miarodajny będzie dla oceny, w oparciu o jaki statut należy dokonać weryfikacji przesłanek, czy doszło do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego⁷⁷. Na gruncie p.p.m. z 1965 r.⁷⁸ w kontekście oceny przesłanek nabycia własności rzeczy ruchomej od nieuprawnionego wypowiedział się SN w uchwale składu 7 sędziów z 30 marca 1992 r., wskazując, że „Dla oceny skuteczności umowy sprzedaży samochodu, skradzionego za granicą, a znajdującego się w chwili zawarcia umowy w Polsce, właściwe jest, stosownie do przepisu art. 24 § 2 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm.) prawo polskie”⁷⁹. Zdaniem SN, decydujący jest ostatni statut, pod rządem którego nastąpiło „zamknięcie” danego stanu faktycznego podlegającego ocenie⁸⁰.

Najwięcej problemów sprawia ustalenie miejsca położenia **prawa** stanowiącego przedmiot prawa rzeczowego. Przedmiotem praw rzeczowych w poszczególnych systemach prawnych nie są bowiem wyłącznie rzeczy. Mogą nimi być także inne dobra ekonomiczne⁸¹. Polskie prawo kolizyjne, poza rozwiązaniami przyjętymi w art. 44 p.p.m., określającymi prawo właściwe dla prawa wynikającego z zapisu papieru wartościowego na rachunku w systemie rozrachunku papierów wartościowych⁸² oraz w art. 13 ustawy z 2 kwietnia 2004 r. o niektórych zabezpieczeniach

zostało zakończone w państwie obcym, uważa się że wydarzenia, które miały w państwie obcym, miały miejsce w Estonii. Zob. tłum. N. Żytkiewicz: *Estońskie prawo prywatne międzynarodowe i międzynarodowe postępowanie cywilne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, Nr 1, s. 222.

⁷⁷ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1199.

⁷⁸ Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. Nr 46, poz. 290 ze zm., dalej: p.p.m. z 1965 r.

⁷⁹ Uchwała SN (7) z 30 marca 1992 r., III CZP 17/92, OSNCm1992, Nr 11, poz. 186.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 15 i n.; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 958 i n.; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 261; M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. J. Poczobut, s. 688.

⁸² Zob. szerzej M. Glicz, w: *System, Tom 20B*. Red. M. Pazdan, s. 1019 i n.; Idem: *Lex cartae sitae w obrocie zdematerializowanymi papierami wartościowymi*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2013, s. 82 i n.; O. Tytoń: *Kolizyjnoprawne problemy rachunków papierów wartościowych — uwagi na tle art. 44 ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe*. W: *Znad granicy ponad granicami. Księga dedykowana Profesorowi Dieterowi Martinemu*. Red. M. Margoński, M. Krzymuski, Warszawa 2014, s. 299 i n.

finansowych⁸³, a także w art. 14 ust. 3 rozporządzenia Rzym I⁸⁴, który reguluje ustanowienie zastawu lub innego zabezpieczenia na wierzytelności⁸⁵, nie zawiera regulacji odnośnie tej kwestii.

Zasadniczo więc prawa właściwego dla praw rzeczowych ustanawianych na prawach należy poszukiwać w oparciu o ogólną regułę z art. 41 p.p.m. (*legis rei sitae*). Jednakże, czy można mówić o miejscu położenia prawa?⁸⁶ W doktrynie wypowiedziano trafny pogląd, że nie można mówić *de facto* o miejscu położenia ani lokalizacji w stosunku do tego, czego nie można dotknąć ani przemieścić⁸⁷. Zgłaszane są różne propozycje odnośnie „umiejscowienia praw” będących przedmiotem praw rzeczowych. Proponuje się, aby w przypadku, gdy prawo ma swój tzw. „zmysłowy punkt odniesienia” w postaci rzeczy, przyjąć, że do oceny prawa rzeczowego na tym prawie należy stosować w pierwszej kolejności prawo miejsca położenia tej rzeczy⁸⁸. Przykładowo dla subintabulatu prawem właściwym będzie miejsce położenia nieruchomości⁸⁹. W przypadku zastawu na akcjach, prawem właściwym jest prawo państwa położenia dokument (*lex cartae sitae*), podczas gdy stosunek prawny inkorporowany w akcjach

⁸³ Dz.U. z 2016 r. poz. 891 ze zm.

⁸⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L 177 z 04.07.2008 r., str. 6).

⁸⁵ Do zastawu na wierzytelności w państwach UE należy stosować w stosunkach między zastawcą a zastawnikiem ustalone na podstawie rozporządzenia Rzym I prawo właściwe dla umowy między nimi zawartej (w tym także ustalone w drodze wyboru prawa). Natomiast prawo właściwe dla wierzytelności stanowiącej przedmiot zastawu poddać należy m.in. stosunki między zastawnikiem a dłużnikiem oraz dopuszczalność obciążenia wierzytelności zastawem (art. 14 ust. 2 Rozporządzenia Rzym I). Tak: J. Górecki, w: *Międzynarodowe prawo handlowe, System Prawa Handlowego t. 9*. Red. W. Popiołek. Warszawa 2013, s. 539—540.

⁸⁶ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203.

⁸⁷ M.P. Zachariasiewicz: *Zastaw na wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, Nr 1, s. 115, który przywołuje przytoczony pogląd P. Rogerson oraz wypowiedź U. Drobing, iż „przedmioty niematerialne (w tym wierzytelności) nie podlegają zasadzie właściwości *legis rei sitae*, ponieważ prawa nie posiadają jednoznacznego miejsca położenia, w którym zabezpieczony wierzyciel albo inni wierzyciele (lub państwo) mogliby przejąć na nimi kontrolę”.

⁸⁸ J. Górecki: *Kolizyjne prawo rzeczowe*, s. 16; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 959; J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203; odmiennie F. Zoll, *Międzynarodowe prawo prywatne w zarysie*, Kraków 1947, s. 61, który proponował, aby prawo właściwe dla wierzytelności rozstrzygało także o prawach rzeczowych na tej wierzytelności.

⁸⁹ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 16; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 959; J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203.

podlega prawu państwa siedziby osoby prawnej⁹⁰. Natomiast, gdy prawo będące przedmiotem prawa rzeczowego pozbawione jest materialnego punktu odniesienia, prawem właściwym dla praw rzeczowych na tym prawie jest prawo państwa, któremu prawo to podlega⁹¹. Sformułowanie to, choć pojawiające się dość powszechnie w doktrynie, nie jest dostatecznie jasne⁹². Stąd na konkretnych przykładach próbuje się określić zakres znaczeniowy tego pojęcia. I tak wskazuje się, że prawa udziałowe w spółce będące przedmiotem prawa rzeczowego (np. zastawu), jako prawo właściwemu podlegają prawu państwa siedziby spółki, ale już zastaw na wierzytelności podlega prawu właściwemu dla stosunku prawnego będącego źródłem tej wierzytelności⁹³. Zastaw na rachunku bankowym podlega prawu właściwemu dla siedziby banku⁹⁴.

Pojawiają się także inne propozycje rozwiązania problemu miejsca położenia prawa — przedmiotu prawa rzeczowego, w odniesieniu do praw zastawniczych, mianowicie, aby przyjąć: 1) prawo, któremu podlega zastawiana wierzytelności; 2) prawo wyznaczone łącznikiem siedziby (miejsca zamieszkania) jej dłużnika; 3) prawo siedziby (miejsca zamieszkania) jej wierzyciela; 4) prawo państwa, które wykazuje najściślejszy związek z ową wierzytelnością⁹⁵. Chodzi przy tym o wierzytelności, które nie mają materialnego punktu odniesienia⁹⁶.

Jak widać na gruncie stosunków prawnorzeczowych stosowane są zasadniczo łączniki obiektywne. Autonomia woli stron przy poszukiwaniu i ustalaniu statutu rzeczowego na gruncie polskiego prawa kolizyjnego nie jest dopuszczana⁹⁷, za wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 14 ust. 3 rozporządzenia Rzym I oraz gdy strony przez zmianę miejsca po-

⁹⁰ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203; E. Drozd: *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 36.

⁹¹ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203; E. Drozd: *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym*, s. 36; J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 16; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 959.

⁹² J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203; E. Drozd: *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym*, s. 36; J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 16; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 959.

⁹³ J. Gołaczyński, P. Rodziewicz: *Prawo właściwe...*, s. 1203; E. Drozd: *Zastaw w prawie prywatnym międzynarodowym*, s. 36; J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 16; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 959. Co do możliwych rozwiązań zob. też M.P. Zachariasiewicz: *Zastaw na wierzytelności...*, s. 115 i n.

⁹⁴ M.P. Zachariasiewicz: *Zastaw na wierzytelności...*, s. 117.

⁹⁵ Ibidem, s. 117 i n.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 24 września 2014 r., I ACa 722/14, Legalis Nr 1171967; wyrok SN z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 435/10, Legalis Nr 348441.

łożenia rzeczy ruchomej mogą wpływać na właściwość prawa⁹⁸. Także w obcych ustawach kolizyjnych wybór prawa jest stosowany wyjątkowo i nie jest wykorzystywany na szerszą skalę⁹⁹. Jednak już od dawna pojawiają się postulaty poszerzenia zakresu autonomii woli w sferze kolizyjnego prawa rzeczowego¹⁰⁰. Postulaty te coraz częściej zyskują aprobatę i do ustaw kolizyjnych wprowadza się rozwiązania wykorzystujące autonomię woli stron¹⁰¹ także w zakresie praw rzeczowych.

5. Zakres statutu rzeczowego dla ograniczonych praw rzeczowych

Katalog zdarzeń cywilnoprawnych, które według systemów merytorycznych mogą powodować powstanie prawa rzeczowego, jest różnorodny. Niektóre regulowane są przez prawo rzeczowe (np. zasiedzenie), inne natomiast przez inne działy prawa cywilnego (np. dziedziczenie — przez prawo spadkowe, nabycie w ramach stosunków majątkowych małżeńskich — prawo rodzinne itp.). W związku z powyższym zachodzi potrzeba określenia prawa właściwego dla zdarzenia powodującego powstanie prawa rzeczowego. Art. 41 ust. 2 p.p.m., określając właściwość prawa dla skutków zdarzenia, przesądza zarazem, że prawo to będzie w zasadzie decydować także o tym, jakie zdarzenia mogą te skutki wywołać. Inaczej

⁹⁸ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 942.

⁹⁹ Zob. szerzej: J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 942.

¹⁰⁰ Zob. np. E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 72 i n.; J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 941—942.

¹⁰¹ Zob. np. art. 104 i 105 SzwajcU z 1987 r., art. 10:128 ust. 2 KC niderl., art. 1.49 KC lit., § 20 ust. 2 EstU, art. 53 lit. a RumU z 1992 r. Daleko idące i nowatorskie są rozwiązania przyjęte w ChińskaU. W art. 37 zd. 1 dopuszcza się tam wybór prawa dla praw rzeczowych odnoszących się do rzeczy ruchomych. Wybór prawa jest też dopuszczalny dla zmiany praw rzeczowych na rzeczach w transporcie (art. 38 zd. 1). Podobne rozwiązania znaleźć można także w art. 1120 ust. 1 (nabycie i utrata praw rzeczowych na podstawie czynności prawnej) oraz w art. 1122 KC biał. (rzeczy w transporcie). Również w UkrU dopuszcza się wybór prawa dla praw rzeczowych na rzeczach w transporcie (art. 41 ust. 1), dla powstania i ustania praw rzeczowych następujących na podstawie czynności prawnej, choć wybór taki nie może jednak naruszać praw osób trzecich (art. 39 ust. 2) oraz dla ochrony praw rzeczowych. W tym ostatnim przypadku jest on ograniczony do wyboru między *legem rei sitae* a *legem fori* (art. 42 ust. 1). Podają za: J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 941—942.

mówiąc, to statut rzeczowy określa ilość i rodzaj przesłanek potrzebnych dla powstania, nabycia lub utraty prawa rzeczowego¹⁰².

Co jednak istotne, przepis art. 41 ust. 2 p.p.m. nie przesądza o właściwości prawa dla wszystkich poszczególnych przesłanek (elementów stanu faktycznego), które warunkują powstanie danego ograniczonego prawa rzeczowego. W tym kontekście pojawia się zagadnienie właściwości różnych statutów w odniesieniu do poszczególnych przesłanek¹⁰³.

Coraz częściej w ustawach kolizyjnych wskazuje się na najważniejsze elementy statutu rzeczowego¹⁰⁴. Polska ustawa kolizyjna z 2011 r. dość enigmatycznie określa ten zakres wskazując, że statutem objęte są „nabycie i utrata własności, jak również nabycie i utrata oraz zmiana treści lub pierwszeństwa innych praw rzeczowych” (art. 41 ust. 2)¹⁰⁵. Uszczegółowienie kwestii związanych ze statutem rzeczowym pozostawiono więc doktrynie i orzecznictwu. I tak przyjmuje się, że statut rzeczowy określa w pierwszym rzędzie, czy dane dobro jest rzeczą, wraz z dokonaniem kwalifikacji na rzecz ruchomą i nieruchomości, względnie, czy jest to inne dobro; czy dane dobro może być przedmiotem praw rzeczowych (ograniczonych praw rzeczowych), jeżeli tak to jakich. Rozstrzyga kwestię kwalifikacji części składowych i przynależności oraz czy mogą stanowić one odrębny przedmiot praw rzeczowych (posiadania). Statut rzeczowy określa powstanie, pierwszeństwo, treść, przeniesienie, wreszcie wygaśnięcie praw rzeczowych. Z punktu widzenia interesującego nas zagadnienia, jakim jest powstanie ograniczonego prawa rzeczowego, statut rzeczowy określa, jakie zdarzenia prawne mogą być źródłem powstania ograniczonego prawa rzeczowego (czynność prawna, zasiedzenie, przepis prawa, orzeczenie sądu), co więcej, jakie jeszcze inne niezbędne przesłanki powinny być spełnione, aby doszło do powstania ograniczonego prawa

¹⁰² E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 11.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 20. Przykładowo, w art. 94 § 1 BelgU zakresem zastosowania prawa właściwego dla dóbr majątkowych (w tym rzeczy) obejmuje się w szczególności rozstrzygnięcie: czy rzecz jest nieruchomością, czy ruchomością, o istnieniu, naturze, treści i zakresie praw rzeczowych, podmiotach praw rzeczowych, dopuszczalności rozporządzania tymi prawami, sposobach ustanowienia, zmiany treści, przeniesienia i wygasania praw rzeczowych i wreszcie o skuteczności prawa rzeczowego względem osób trzecich. Z kolei w art. 10:127 ust. 4 KC niderl. do zakresu statutu rzeczowego zalicza się ustalenie tego, czy rzecz jest nieruchomością, czy ruchomością, co stanowi część składową rzeczy, czy dopuszczalne jest przeniesienie własności rzeczy lub ustanowienie prawa do tej rzeczy, jakie są przesłanki przeniesienia lub ustanowienia prawa rzeczowego, jakie prawa mogą być powiązane z rzeczą oraz naturę i treść tych praw, w jaki sposób doprowadzić można do powstania, zmiany, przeniesienia i wygaśnięcia tych praw oraz jak określić wzajemny stosunek tych praw. Tamże. Zob. też Ł. Żarnowiec: *Wpływ statutu...*

¹⁰⁵ J. Górecki: *Kolizyjne*, s. 20.

rzeczowego¹⁰⁶. Na tle art. 24 ust. 2 p.p.m. z 1965 r. SN wskazał, że to, czy określony fakt lub zespół faktów pociągnął za sobą nabycie lub utratę prawa rzeczowego, podlega ocenie według prawa państwa, w którym przedmiot prawa rzeczowego znajdował się w chwili zaistnienia tego faktu lub zespołu faktów¹⁰⁷.

Polska ustawa kolizyjna choć kładzie nacisk na skutki zdarzenia kreującego prawo rzeczowe (nabycie prawa rzeczowego), to jednak jest oczywiste że skutków zdarzenia nie można traktować w całkowitym oderwaniu od samego zdarzenia. Statut, określając właściwość prawa dla skutków, przesądza zarazem, że prawo to będzie w zasadzie decydować o tym także, jakie zdarzenia mogą te skutki wywołać¹⁰⁸. Statut rzeczowy określa ilość i rodzaj przesłanek potrzebnych dla nabycia i utraty praw rzeczowych¹⁰⁹. Co jednak istotne, statut rzeczowy nie przesądza o właściwości prawa dla poszczególnych przesłanek (elementów stanu faktycznego) powstania i utraty prawa rzeczowego¹¹⁰. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia oceny, jakie prawo ma rozstrzygać o tym, czy doszło do skutecznego ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego. W tym kontekście pojawia się zagadnienie właściwości różnych statutów w odniesieniu do poszczególnych przesłanek warunkujących powstanie prawa.

Jeżeli do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego dochodzi w drodze czynności prawnej, może dojść do głosu wiele różnych modeli takich czynności: abstrakcyjna umowa rzeczowa, kausalna umowa rzeczowa, abstrakcyjna umowa rzeczowa oraz przeniesienie posiadania, umowa zobowiązująco-rozporządzająca, umowa zobowiązująco-rozporządzająca oraz dodatkowa czynność, np. wydanie rzeczy, wpis do rejestru¹¹¹. Pojawia się kwestia określenia statutu dla danej umowy kreującej ograniczone prawo rzeczowe.

Statutowi rzeczowemu podlegają przesłanki ważności umowy rzeczowej¹¹², z wyjątkiem kwestii dotyczących zdolności oraz w pewnym stopniu formy (zob. art. 25 ust. 2 p.p.m.). Statut rzeczowy rozstrzyga o kausalnym lub abstrakcyjnym charakterze umowy rzeczowej. Jednak już umowa zobowiązująca nie będzie objęta statutem rzeczowym¹¹³, powszechnie przyjmuje się w tym zakresie wyłączną właściwość statutu

¹⁰⁶ Zob. wyr. SN z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 435/10, Legalis Nr 348441.

¹⁰⁷ Wyr. SN z dnia 22.03.2002 r., I CKN 1137/99, OSNC 2003, nr 4, poz. 51.

¹⁰⁸ E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 11.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² M.in. ocena materialnoprawnych przesłanek ważności (dopuszczalności) umów o podwójnym skutku. J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 972.

¹¹³ Wyr. SN z dnia 11 marca 2011 r., II CSK 435/10, Legalis Nr 348441.

obligacyjnego¹¹⁴. Podobnie, mimo dość rozbieżnych poglądów w tym zakresie, dla umowy o podwójnym skutku, decydujące znaczenie przypisuje się statutowi obligacyjnemu¹¹⁵ i dopuszczalnej w tym zakresie autonomii woli stron. Także kwestia pełnomocnictwa dla zawarcia umów kreujących prawo rzeczowe nie będzie objęta statutem rzeczowym (będzie objęta statutem pełnomocnictwa), ale już kwestia, czy dana umowa może zostać zawarta przez pełnomocnika będzie rozstrzygana przez statut rzeczowy¹¹⁶.

Statut rzeczowy określa liczbę i rodzaj przesłanek potrzebnych do powstania, nabycia i utraty praw rzeczowych. Chodzi tu zarówno o przesłanki pozytywne, jak i negatywne (tzn. wyłączające wystąpienie wskazanych zdarzeń prawnych). Dotyczy to np. obowiązku wydania nabywcy przedmiotu praw rzeczowych oraz sposobu jego realizacji, dopełnienia innych przejawów powszechnie przyjmowanej zasady jawności praw rzeczowych, zakazu ustanawiania lub przenoszenia praw rzeczowych z zastrzeżeniem warunku lub terminu. Statut rzeczowy określa wreszcie, z jaką chwilą następuje powstanie (przeniesienie) prawa rzeczowego będące efektem dokonanej czynności prawnej¹¹⁷. Statut rzeczowy określa także, jakie przymioty powinien spełniać podmiot uprawniony do ustanowienia danego prawa rzeczowego oraz na rzecz jakiego podmiotu¹¹⁸ może być ustanowione dane ograniczone prawo rzeczowe, wprowadzając niekiedy szczególne kryteria podmiotowe (zob. np. regulacje polskiej ustawy o *timeshare*¹¹⁹). Statut rzeczowy rozstrzyga, co należy rozumieć przez posiadanie, czy możliwe jest posiadanie w zakresie ograniczonego prawa rzeczowego i czy ten stan faktyczny (bądź prawo podmiotowe)¹²⁰ może prowadzić do powstania ograniczonego prawa rzeczowego w drodze zasiedzenia¹²¹. Czy możliwe jest nabycie prawa rzeczowego od nieuprawnionego¹²². Ponadto, czy dane ustanowione prawo rzeczowe jest zbywalne czy niezbywalne, kto jest uprawniony do rozporządzania ogra-

¹¹⁴ E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 12.

¹¹⁵ Zob. szerzej J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 23–24; E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 12.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 21.

¹¹⁷ J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 20–21.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 21.

¹¹⁹ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o *timeshare*, Dz.U. Nr 230, poz. 1370 ze zm.

¹²⁰ Posiadanie jest różnie kwalifikowane w poszczególnych systemach prawnych. Por. J. Górecki: *Prawa rzeczowe i posiadanie...*, s. 18; *Idem*: *Kolizyjne...*, s. 39; *Idem*, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan, kom. do art. 45, Legalis; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 270.

¹²¹ Por. E. Drozd: *Nabycie i utrata praw rzeczowych*, s. 11–12.

¹²² J. Górecki: *Kolizyjne...*, s. 22.

niczonym prawem rzeczowym¹²³, jakie muszą być kwalifikacje nabywcy prawa. Wreszcie statut rzeczowy jest właściwy dla określenia skutków wpisów w rejestrach publicznych, przesądzając, czy wpis do rejestru jest konieczną przesłanką powstania ograniczonego prawa rzeczowego oraz jakie są inne następstwa ujawnienia ograniczonego prawa rzeczowego w rejestrze publicznym¹²⁴. Statut rzeczowy, co oczywiste, określa treść danego ograniczonego prawa rzeczowego (prawa i obowiązki stron stosunku ograniczonego prawa rzeczowego), jego wykonywanie i ochronę¹²⁵. Przesądza także o ewentualnej akcesoryjności ograniczonego prawa rzeczowego i ewentualnie o innych powiązaniach danego ograniczonego prawa rzeczowego z innym prawem¹²⁶ (zob. np. art. 278 i 279 k.c.).

6. Statut rzeczowy a inne statuty

Problem rozgraniczenia statutu rzeczowego od innych statutów w procesie, który prowadzi do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego, występuje dość często. Poza sygnalizowanymi już wcześniej kwestiami dotyczącymi formy czynności prawnej, pełnomocnictwa, zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, pojawia się zagadnienie takich elementów stanu faktycznego, które towarzyszyć powinny określönemu zdarzeniu kreującemu dane ograniczone prawo rzeczowe. Chodzi tu o takie elementy stanu faktycznego jak: uprawnienie do rozporządzenia prawem, przymioty odnoszące się do przedmiotu ograniczonego prawa rzeczowego, stanowiącego przedmiot obciążenia, przymioty odnoszące się do podmiotów czynności prawnej, a nie wchodzące w skład zdolności i zdolności do czynności prawnych, wreszcie określony stan psychiczny (czyli dobra/zła wiara podmiotu), który nabywa (w sposób konstytutywny jak i translatywny) dane ograniczone prawo rzeczowe¹²⁷. Ponadto, na co także należy zwrócić uwagę przy konstytutywnym wykreowaniu ograniczonego prawa rzeczowego, powinien zaistnieć określony stan prawny¹²⁸, który pozwoli w danym systemie prawnym na powstanie danego prawa jako ograniczonego prawa rzeczowego. Związane jest to z przyjętą

¹²³ Ibidem, s. 21.

¹²⁴ Ibidem, s. 22.

¹²⁵ Ibidem, s. 24.

¹²⁶ Ibidem, s. 25.

¹²⁷ Na te elementy wskazywał E. Drozd w odniesieniu do przeniesienia własności. Zob. E. Drozd: *Nabywanie i utrata praw rzeczowych*, s. 13.

¹²⁸ B. Ziemiński, Z. Kuniewicz: *Prawo cywilne. Część ogólna*, Poznań 2007, s. 70.

w większości systemów prawnych zasadą *numerus clausus* praw rzeczowych.

Uprawnienie do obciążenia danego dobra ekonomicznego ograniczonym prawem rzeczowym powinno podlegać ocenie w oparciu o stosunek prawny, który stanowi źródło owego uprawnienia (np. stosunek własności, prawa użytkowania wieczystego, innego prawa rzeczowego). Uprawnienie do ustanowienia/powstania ograniczonego prawa rzeczowego może też wynikać z przepisu prawa (zob. np. art. 243 k.c.), czy aktu władzy publicznej (art. 112 u.g.n.)¹²⁹. Niekiedy stosunek będący źródłem uprawnienia swoje umocowanie będzie lokował w obszarze prawa rodzinnego, spadkowego, czy obligacyjnego. W takich sytuacjach powinien znaleźć zastosowanie statut właściwy dla stosunku prawnego będącego źródłem owego uprawnienia¹³⁰. Przymioty odnoszące się do przedmiotu ograniczonego prawa rzeczowego podlegają statutowi rzeczowemu, o czym była już mowa, podobnie jak statut rzeczowy może wprowadzać określone wymagania co do podmiotów stosunku ograniczonego prawa rzeczowego, w tym wypadku ocena, czy mamy do czynienia np. z przedsiębiorcą, nastąpi w oparciu o inny statut — miejsce siedziby przedsiębiorstwa¹³¹. Stan psychiczny podmiotu nabywającego prawo rzeczowe, w szczególności dobra/zła wiara, podlega statutowi rzeczowemu¹³².

Kwestia konieczności dokonania rozgraniczenia poszczególnych statutów jest szczególnie widoczna, gdy do powstania ograniczonego prawa rzeczowego dochodzi na podstawie innego zdarzenia prawnego niż umowa¹³³. Trzeba bowiem pamiętać, że zdarzenia, które kreują ograniczone prawa rzeczowe, często swoje źródło mają w prawie rodzinnym i spadkowym. Statut rzeczowy nie obejmuje więc swym zakresem wszystkich zdarzeń prawnych, na których opiera się powstanie praw rzeczowych. Są one często poddane odrębnym statutom. Najczęściej chodzi o statut obligacyjny, ale często chodzi o statut stosunków majątkowych między małżonkami lub o statut spadkowy¹³⁴. Statut rzeczowy przesądza jedynie o tym, czy zdarzenia objęte zakresem innych statutów mogą stanowić podstawę dla m.in. powstania praw rzeczowych. Natomiast statut rzeczowy nie decyduje o dopuszczalności i przesłankach ważności czynno-

¹²⁹ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm. Zob. E. Drozd: *Nabywanie i utrata praw rzeczowych*, s. 13.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem, s. 14.

¹³² Ibidem.

¹³³ Także gdy źródłem ograniczonego prawa rzeczowego jest umowa, w zależności od charakteru prawnego tej umowy może dojść do głosu jako właściwy zarówno statut rzeczowy jak i obligacyjny. Zob. J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 970—971.

¹³⁴ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 986—987.

ści prawnych poddanych innym statutom oraz o innych okolicznościach, które pozwalają przesądzić o tym, czy doszło do wystąpienia zdarzenia wywołującego także skutki rzeczowe¹³⁵. W związku z tym poza zakresem statutu rzeczowego leżą np. domniemania o przynależności określonych przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego albo odrębnego małżonków. Również to nie statut rzeczowy, a statut stosunków majątkowych małżeńskich przesądzi o dopuszczalności przesunięć majątkowych między występującymi w tych stosunkach masami majątkowymi¹³⁶. W oparciu o statut majątkowy następować może bowiem przeniesienie (przejście) praw rzeczowych i co do zasady odbywa się ono niezależnie od regulacji statutu rzeczowego³⁶². W szczególności poza zakresem statutu rzeczowego leży także np. kwestia zgody współmałżonka na dokonanie rozporządzeń składnikami wspólnego majątku małżonków, w tym obciążenie danego składnika majątku wspólnego ograniczonym prawem rzeczowym (np. nieruchomości, przedsiębiorstwa, zob. np. art. 37 k.r.o.¹³⁷). To w statucie stosunków majątkowych małżeńskich należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie, czy w danym przypadku taka zgoda będzie wymagana oraz jakie konsekwencje będą wiązały się z brakiem wymaganej zgody¹³⁸.

Przykładem problemów, jakie mogą się pojawić na styku statutu rzeczowego i statutu spadkowego w kontekście skuteczności ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego, jest instytucja zapisu windykacyjnego, przewidziana m.in. w art. 981¹ § 2 polskiego Kodeksu cywilnego. Problem z zapisem windykacyjnym wynika z faktu, że nie wszystkie systemy prawne przewidują możliwość jego skutecznego ustanowienia¹³⁹, a tym samym powstania prawa rzeczowego w drodze czynności *mortis causa* z chwilą otwarcia spadku. Zachodzi więc potrzeba określenia roli statutu rzeczowego przy ocenie skutków zapisu windykacyjnego¹⁴⁰. W doktrynie słusznie podkreślono, że nie można kwestionować znaczenia statutu rzeczowego przy ocenie skutków zapisu windykacyjnego, jeżeli przedmiotem zapisu jest powołanie do istnienia ograniczonego prawa rzeczowego (por. art. 981¹ § 2 pkt 4 k.c.). Do powstania — w wyniku zapisu windykacyjnego — ograniczonego prawa rzeczowego wymagane

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 682 ze zm., dalej: k.r.o.

¹³⁸ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 986—987; zob. też E. Drozd: *Nabywanie i utrata praw rzeczowych*, s. 15.

¹³⁹ Zob. szerzej z omówieniem stanowiska doktryny polskiej i zagranicznej M. Pazdan: *Aspekty kolizyjnoprawne zapisu windykacyjnego*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2015, tom 16, s. 14 i n. Zob. literaturę przywołaną w przyp. 144.

¹⁴⁰ M. Pazdan: *Aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 16.

jest spełnienie dwóch przesłanek: 1) statut spadkowy powinien taki przedmiot zapisu windykacyjnego przewidywać, 2) w drodze zapisu windykacyjnego może w danym państwie powstać i funkcjonować tylko takie ograniczone prawo rzeczowe, które znane jest prawu rzeczowemu obowiązującemu w tym państwie (czyli statutowi rzeczowemu)¹⁴¹.

W wyroku z 12 października 2017 r.¹⁴² TSUE wskazał, że art. 1 ust. 2 lit. k i l oraz art. 31 rozporządzenia Nr 650/2012¹⁴³ należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie odmowie uznania przez organ państwa członkowskiego skutków rzeczowych zapisu windykacyjnego, znanego prawu właściwemu dla dziedziczenia wybranemu przez spadkobiercę zgodnie z art. 22 ust. 1 tego rozporządzenia, gdy ta odmowa następuje w oparciu o uzasadnienie, w myśl którego zapis ten dotyczy prawa własności nieruchomości położonej w tym państwie członkowskim, którego ustawodawstwo nie zna instytucji zapisu wywierającego bezpośredni skutek rzeczowy z chwilą otwarcia spadku. Przywołane orzeczenie rozwiewa dotychczasowe wątpliwości w obszarze dopuszczalnych skutków zapisu windykacyjnego¹⁴⁴. Kwestia ta była, jeszcze przed wydaniem orze-

¹⁴¹ Ibidem, s. 27.

¹⁴² Wyr. TSUE z 12.10.2017 r., C.-218/16, Kubička, „Monitor Prawniczy” 2017, Nr 22, s. 1184.

¹⁴³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego z dnia 4 lipca 2012 r. (Dz. Urz. UE.L Nr 201, str. 107).

¹⁴⁴ Por. J. Górecki: *Zapis windykacyjny — uwagi de lege ferenda*. W: *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*. Red. E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan. Kluczbork 2007, s. 129 i n.; J. Pazdan: *Ku jednolitemu międzynarodowemu prawu spadkowemu*, „Rejent” 2005, Nr 3, s. 11; Eadem, w: *System Prawa Prywatnego, Tom 20C*, Warszawa 2015, s. 666; A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*, Warszawa 2013, s. 299—300; Eadem: *Prawo właściwe dla dziedziczenia według unijnego rozporządzenia dotyczącego spraw spadkowych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2012, Nr 4, s. 930—931; D. Martiny: *Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law*, „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” 2012, t. 2, s. 128; odmiennie M. Margoński: *Ausländische Vindikations nach EU-Erbrechtsverordnung*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2013, t. 2, s. 105—110; J. Schmidt: *Die Kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse — Ein Prüfstein für Grundfragen des internationalen und des materiellen Privatrechts*, „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 2013, t. 1, s. 1—30; M. Pazdan: *Kolizyjnoprawna problematyka nabycia spadku*, „Studia Cywilistyczne” 1974, t. 23, s. 169—171; Idem: *Aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 14 i n.; zob. też K.A. Dadańska: *Zapis windykacyjny — zagadnienia kolizyjnoprawne*. W: *Współczesne problemy Prawa rodzinnego i spadkowego*, Red. M. Andrzejewski, K. Dadańska, Szczecin 2014, s. 165—186.

czenia przez TSUE, przedmiotem rozważań przede wszystkim doktryny niemieckiej, co wynikało z faktu, że prawo niemieckie nie przewiduje instytucji zapisu windykacyjnego¹⁴⁵. Wskazywano, że w przypadku gdy spadkodawca ustanowił w testamencie zapis windykacyjny, dopuszczalny w niektórych prawach wewnętrznych państw członkowskich (a więc także od 2011 r. w prawie polskim)¹⁴⁶, a prawem właściwym zgodnie z rozporządzeniem spadkowym będzie prawo niemieckie nieznające instytucji zapisu windykacyjnego, to wówczas zapis taki nie wywoła skutku rzeczowego w postaci przejścia prawa własność na spadkobiercę, lecz zostanie potraktowany jako zapis zwykły przewidziany w niemieckim prawie merytorycznym¹⁴⁷. W polskiej doktrynie, jeszcze przez wydaniem przywołanego orzeczenia TSUE, podkreślano, że zapis windykacyjny wywoła bezpośrednie skutki praworzeczowe wówczas, gdy skutki takie łączy z zapisem zarówno statut spadkowy, ale również statut rzeczowy z chwili otwarcia spadku. Przyjmowano, że zapis windykacyjny wywoła więc od razu skutki praworzeczowe, jeśli zarówno statut spadkowy, jak i statut rzeczowy posługują się konstrukcją zapisu o podwójnym skutku (*legatum per vindicationem*)¹⁴⁸. Natomiast dyskusyjna była kwestia, czy zapis testamentowy wywoła bezpośrednio skutki praworzeczowe, jeżeli skutki takie wiąże z zapisem statut rzeczowy, natomiast nie przewiduje tego statut spadkowy¹⁴⁹. Pojawiła się koncepcja, aby w takiej sytuacji przypisać rozstrzygające znaczenie statutowi spadkowemu, który powinien mieć decydujące znaczenie przy rekonstrukcji rzeczywistej woli spadkodawcy i — co do zasady — powinien być spadkodawcy znany¹⁵⁰. W kon-

¹⁴⁵ K.A. Dadańska: *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego — uwagi na tle statutu spadkowego i statutu stosunków majątkowych małżeńskich w świetle wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonego 3.11.2016 r. przez Kammergericht w Berlinie (Niemcy). W: Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*. Red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, Warszawa 2019, s. 21.

¹⁴⁶ Ustawa z dnia 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 85, poz. 458).

¹⁴⁷ A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa...*, s. 300; Eadem: *Prawo właściwe...*, s. 930—931; D. Martiny: *Lex...*, s. 128; odmiennie M. Margoński: *Ausländische...*, s. 105—110; J. Schmidt: *Die Kollisionsrechtliche...*, s. 1—30.

¹⁴⁸ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, 2017, s. 359; Idem: *Kolizyjnoprawna problematyka...*, s. 169—171; A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa...*, s. 299; J. Górecki: *Rozgraniczenie...*, s. 195 i n.; K.A. Dadańska: *Zapis windykacyjny...*, s. 171 i n.

¹⁴⁹ M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*, 2017, s. 359 i n.; J. Gołaczyński: *Prawo prywatne międzynarodowe*, 2008, s. 311—312.

¹⁵⁰ K.A. Dadańska: *Zapis windykacyjny...*, s. 171 i n.; M. Pazdan: *Aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 27, który wskazał: „Do powstania w drodze zapisu windykacyjnego ograniczonego prawa rzeczowego wystarczy, że prawo państwa miejsca położenia przedmiotu zapisu windykacyjnego zna ograniczone prawo rzeczowe, będące odpowiednikiem ograniczonego prawa rzeczowego przewidzianego w prawie stanowiącym statut spadko-

tekście przywołanego wyroku TSUE brak podstaw do stwierdzenia, że zapis testamentowy może wywołać skutki rzeczowe, wyłącznie wówczas, gdy skutki takie przewiduje zarówno statut spadkowy, jak i statut rzeczowy¹⁵¹.

Ponadto, pomimo że prawo właściwe w sprawach spadkowych¹⁵² dopuszcza ustanowienie danego ograniczonego prawa rzeczowego w testamencie, może pojawić się problem w sytuacji, gdy takie (ustanowione w testamencie) prawo nie jest znane na obszarze państwa, na którym skutki zapisu windykacyjnego mają się pojawić¹⁵³.

Obowiązujące unijne rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012 przewiduje w takiej sytuacji możliwość dostosowania praw rzeczowych powstałych na podstawie statutu spadkowego do regulacji obowiązujących w miejscu położenia rzeczy. W przypadkach, gdy takie odpowiedniki można wskazać, należy dokonać wyboru prawa rzeczowego najbardziej zbliżonego do prawa ustanowionego w testamencie. W przypadku ujawnienia tego prawa w księdze wieczystej lub innym rejestrze organ dokonujący wpisu przeprowadzi weryfikację prawidłowości wyboru. Rodzi to dalsze komplikacje związane z koniecznością porównywania treści przepisów wchodzących w skład statutu spadkowego i statutu rzeczowego. Po dostosowaniu prawo rzeczowe ustanowione w testamencie powinno uzyskać charakter i treść zgodną z prawem miejsca położenia rzeczy. Jeżeli brak jakiegokolwiek odpowiednika przyjąć wówczas można, że prawo rzeczowe nie powstanie. Dostosowanie nie zawsze jest bowiem możliwe, na co zwraca się uwagę w treści art. 31 rozporządzenia¹⁵⁴.

wy, które wskazał testator ustanawiający zapis windykacyjny. Dojdzie jednak wówczas do powstania ograniczonego prawa rzeczowego w kształcie przewidzianym przez statut rzeczowy”.

¹⁵¹ Zob. M. Pazdan: *Kolizyjnoprawna problematyka...*, s. 169—171; Idem: *Aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 16 i n.; A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa...*, s. 299; K.A. Dadańska: *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego*, s. 22.

¹⁵² Zob. art. 21 i 22 rozporządzenia spadkowego.

¹⁵³ J. Górecki: *Rozgraniczenie statutu spadkowego i statutu rzeczowego na tle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. J. Górecki, M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 188 i n.

¹⁵⁴ J. Górecki, w: *System, Tom 20B*, Red. M. Pazdan, s. 988 i n. Ponadto spod zakresu statutu spadkowego wyłączono wpisy do rejestru (w tym do ksiąg wieczystych, zob. np. art. 29 u.k.w.h.). Zob. M. Pazdan: *Aspekty kolizyjnoprawne...*, s. 27.

7. Wnioski

Ocena regulacji art. 41 ust. 2 p.p.m. skłania do następujących wniosków. Pojęcie „zdarzenia”, jakim posłużył się ustawodawca, należy interpretować jako stan faktyczny, z którym dane prawo merytoryczne wskazane przez łącznik normy kolizyjnej wiąże skutek w postaci powstania danego ograniczonego prawa rzeczowego. Co istotne, tego stanu faktycznego nie można ograniczyć wyłącznie do konwencjonalnego działania podmiotów prawa, kwalifikowanego jako zdarzenie prawne (czynność prawna, orzeczenie sądowe, akt władzy publicznej), ale raczej jako ogół przesłanek koniecznych dla powstania prawa, które poza samym zdarzeniem prawnym *sensu stricto* obejmują takie elementy stanu faktycznego jak wydanie rzeczy, czy wpis do rejestru, a nawet stan psychiczny w postaci dobrej wiary podmiotu uprawnionego. Termin „nabycie” (ograniczonego prawa rzeczowego) należy odnieść zarówno do tych stanów faktycznych, gdy ograniczone prawo rzeczowe jest ustanawiane czynnością prawną (umową, czynnością jednostronną), ale także gdy powstaje na podstawie orzeczenia sądu, decyzji administracyjnej, a nawet *ex lege*. Miejsce położenia przedmiotu ograniczonego prawa rzeczowego to z reguły *situs rei*, jednak należy pamiętać, o czym była już mowa, że reguła ta zawodzi w przypadku ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego na prawie. W tym zakresie, dopóki nie zostaną wprowadzone odpowiednie rozwiązania w ustawie kolizyjnej, jak należy rozumieć miejsce położenia przedmiotu praw rzeczowych, gdy tym przedmiotem jest prawo, dopóty należy w procesie poszukiwania prawa właściwego udzielić odpowiedzi na pytania: — Czy dane prawo, będące przedmiotem obciążenia, posiada materialny punkt odniesienia? W razie odpowiedzi twierdzącej: — Czy ten materialny punkt odniesienia należy zastosować jako *situs rei*? Zaś w razie odpowiedzi przeczącej: — Czy dane ograniczone prawo rzeczowe obciąża np. prawa udziałowe w spółce (z o.o., akcyjnej), a jeżeli tak, czy należy zastosować jako prawo właściwe prawo siedziby osoby prawnej? I wreszcie, w razie przeczącej odpowiedzi na postawione wcześniej pytania — Czy prawo rzeczowe podlegające ocenie jest związane z określoną wierzytelnością, w ten sposób, że owa wierzytelność jest przedmiotem określonego prawa rzeczowego? Dokonana w ten sposób ocena pozwoli na wybór odpowiedniego łącznika wyrażonego dość nieudolnie w art. 41 ust. 2 p.p.m., jako *situs rei*, które oznaczać *de facto* może prawo miejsca położenia określonego przedmiotu materialnego związane fizykalnie z rzeczą obciążoną prawem ograniczonym prawem rzeczowym będącym przedmiotem obciążenia, *lex situs carte*, prawo sie-

dziby spółki, w której prawa udziałowe obciążone są np. użytkowaniem, czy prawo właściwe dla stosunku prawnego będącego źródłem danej wierzytelności obciążonej ograniczonym prawem rzeczowym na wierzytelności. Należy także pamiętać, że nie zawsze wyłącznie statut rzeczowy będzie miarodajny dla oceny wielu kwestii związanych z ustanowieniem ograniczonego prawa rzeczowego. Jest to szczególnie widoczne w obszarze stosunków majątkowych małżeńskich, gdzie inny niż rzeczowy statut może wprowadzić określone wymagania odnośnie możliwości skutecznego ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego, wyprzedzając w tym zakresie odpowiednie wymagania statutu rzeczowego. Przykładem jest art. 37 k.r.o., który wymaga zgody małżonka na dokonanie czynności prawnej, której przedmiotem jest m.in. obciążenie ograniczonym prawem rzeczowym nieruchomości. Nie ulega wątpliwości, że takim obciążeniem będzie ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego na nieruchomości. W takiej sytuacji, mimo spełnienia warunków ważności przewidzianej statutem rzeczowym, ocena czy rzeczywiście doszło do skutecznego ustanowienia prawa rzeczowego na nieruchomości objętej wspólnością majątkową małżeńską, będzie wymagała oceny przez pryzmat statutu stosunków majątkowych małżeńskich. W przypadku, gdy zdarzenie prawne kreujące dane ograniczone prawo rzeczowe umiejscowione zostanie w obszarze prawa spadkowego, należy dokonać oceny przesłanek ważności owego ustanowienia z punktu widzenia statutu spadkowego, a dopiero w dalszej kolejności statutu rzeczowego. Przy czym decydujące znaczenie dla oceny skutecznego ustanowienia prawa rzeczowego może mieć w tym przypadku inny niż rzeczowy — statut spadkowy.



Piotr Rodziewicz^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-1666-4202>

Niejednoznaczne podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie (przepisów koniecznego zastosowania)

Abstract: The article raises issues concerning legal basis for the application of the overriding mandatory rules. In the Polish doctrine there are two opposing concepts in terms of explanation of the legal grounds for application of overriding mandatory rules. Both theories do not have a universal dimension, in the sense that they do not sufficiently explain the basis for the application of domestic as well as foreign overriding mandatory rules, being part of *lex causae* or coming from a third state. The article presents arguments for and against the possibility of deriving the legal grounds for application of the overriding mandatory rules, with reference to submissions made to that effect in literature. The author makes also an attempt to formulate a concept complementary to the concept of an integrated conflict-of-law rule with the substantive law rule, boiling down to the assumption that the basis for application of overriding mandatory rule is a second degree conflict of laws rule allowing to apply a first degree conflict of laws rule integrated with the substantive rule.

Keywords: overriding mandatory rules, application of foreign law, law applicable, first and second degree conflict of laws rules.

^{a)} Dr, Zakład Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego w Instytucie Prawa Cywilnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

1. Zagadnienia wstępne

1.1. Przedmiot opracowania

Przepisy wymuszające swoje zastosowanie, nazywane również przepisami koniecznego zastosowania, bezpośredniego zastosowania, czy też imperatywnymi w znaczeniu kolizyjnym, wywołują rozbieżności nie tylko na płaszczyźnie terminologicznej¹, ale przede wszystkim w zakresie podstaw ich stosowania. W polskiej literaturze przedmiotu można spotkać dwa przeciwstawne stanowiska wyjaśniające podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Pierwsze tzw. funkcjonalistyczne, zgodnie z którym przepisy wymuszające swoje zastosowanie zawierają normy merytoryczne stosowane poza normalnym mechanizmem kolizyjnym². Drugie zakładające, że konstrukcja przepisów wymuszających swoje zastosowanie polega na połączeniu w ramach jednego przepisu normy merytorycznej, regulującej wprost daną sytuację życiową z jednostronną normą kolizyjną wyznaczającą zakres zastosowania zintegrowanej z nią normy merytorycznej³. Oba stanowiska nie mają jednak uniwersalnego wymiaru w tym znaczeniu, że dostatecznie trafnie nie wyjaśniają podstaw stosowania krajowych, jak i obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, zarówno wchodzących w skład *lex causae*, jak i pochodzących z państwa trzeciego.

W niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione argumenty przemawiające za, jak i przeciw możliwości wywodzenia podstaw stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie z odwołaniem się do koncepcji prezentowanych w literaturze. Zostanie również podjęta próba sformułowania koncepcji komplementarnej względem koncepcji zintegrowanej jednostronnej normy kolizyjnej z normą merytoryczną, spro-

¹ M.A. Zachariasiewicz, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, s. 154.

² Zob. M. Mataczyński: *Obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie. Rozważania na tle art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej oraz orzecznictwa sądów niemieckich*. Kwartalnik Prawa Prywatnego [dalej: KPP] 2001, Nr 2, s. 377; Idem: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 116.

³ A. Mączyński: *Europejski kontekst rekodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, w: „*Finis legis Chrystus*”. Księga pamiątkowa dedykowana księdzu profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesięciolecia rocznicy urodzin. Red. J. Krawczyński, J. Wroceński. T. 2. Warszawa 2009, s. 1188 i n.; M. Czapelak: *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej*. Wyd. 1. Warszawa 2012, s. 477.

wadzącej się do przyjęcia, że podstawą stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest zintegrowana z normą merytoryczną norma kolizyjna, stosowana jednak na podstawie normy kolizyjnej II° obowiązującej w państwie forum.

1.2. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie

W literaturze przedmiotu panuje zgoda co do tego, że pod pojęciem przepisów wymuszających swoje zastosowanie rozumie się przepisy zawierające normy o charakterze bezwzględnie obowiązującym (imperatywne)⁴. Omawiane przepisy zawierają normy merytoryczne prawa wewnętrznego, które wprost regulują sytuacje życiowe z zakresu prawa prywatnego, łącząc określone konsekwencje prawne zawarte w ich dyspozycji z ujętym w sposób abstrakcyjny stanem faktycznym zawartym w ich hipotezie⁵. Podkreślić należy, że normy te nie rozstrzygają kolizji w przestrzeni pomiędzy systemami prawnymi różnych państw. Przepisy wymuszające swoje zastosowanie mogą stanowić zarówno przepisy prawa publicznego, które odnoszą się wprost do danego prywatnoprawnego stosunku prawnego⁶, jak i przepisy prawa prywatnego⁷, o szczególnym jednak znaczeniu z punktów widzenia celów jakie mają realizować. Kluczowym elementem pozwalającym na wyodrębnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest wola prawodawcy. Przejawia się ona w redakcji przepisu, z której musi wynikać, że przepis powinien być stosowany w celu realizacji określonych interesów państwowych lub organizacji międzynarodowych, niezależnie od tego, jakie prawo będzie właściwe dla sytuacji życiowej objętej jego zakresem zastosowania⁸.

Odnosząc się do celu, jaki mają realizować przepisy wymuszające swoje zastosowanie, należy wskazać na jego swoistą ewolucję. Początkowo przepisy wymuszające swoje zastosowanie służyły jedynie do ochrony interesów państwa w zakresie prawa prywatnego⁹. Z czasem jednak cel jakiemu mają służyć przepisy wymuszające swo-

⁴ Zob. M. Tomaszewski, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2017, s. 235.

⁵ M. Czepelak: *Międzynarodowe...*, s. 477.

⁶ Zob. więcej P. Rodziewicz: *Stwierdzenie treści oraz zastosowanie prawa obcego w sądowym postępowaniu cywilnym*. Warszawa 2015, s. 180.

⁷ G. Żmij: *Prawo waluty: Międzynarodowy obrót handlowy, prawo cywilne, prawo prywatne międzynarodowe, dochodzenie roszczeń w walutach obcych*. Kraków 2003, s. 85.

⁸ M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 113.

⁹ Zob. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 180.

je zastosowanie został poszerzony o ochronę interesów słabszych ekonomicznie stron stosunku prawnego, a więc interesów niezwiązanych w ścisłym tego słowa znaczeniu z interesami państwa¹⁰. Normatywna definicja przepisów wymuszających swoje zastosowanie została zawarta w przepisie art. 9 ust. 1 Rzym I¹¹. Zgodnie z jego treścią, przepisy wymuszające swoje zastosowanie, to przepisy, których przestrzeganie uważane jest przez państwo za tak istotny element ochrony jego interesów publicznych, takich jak organizacja polityczna, społeczna lub gospodarcza, że znajdują one zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem, bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla zobowiązania umownego. Oczywiście wskazana definicja odnosi się do przepisów wymuszających swoje zastosowanie, objętych zakresem zastosowania Rzym I, niemniej jednak z uwagi na jej uniwersalny charakter można ją odpowiednio odnieść, również do przepisów wymuszających swoje zastosowanie obejmujących swym zakresem inne sytuacje życiowe¹². Przyjęta na gruncie Rzym I definicja nawiązuje do rozumienia przepisów wymuszających swoje zastosowanie wypracowanego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej [dalej: TSUE]) na gruncie orzeczenia zapadłego w sprawie *Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL*¹³. W orzeczeniu tym TSUE przyjął, że pod pojęciem przepisów dotyczących porządku publicznego należy rozumieć przepisy krajowe, których przestrzeganie jest tak kluczowe dla ochrony porządku politycznego, ekonomicznego i społecznego państwa członkowskiego, że powinny być przestrzegane przez wszystkie osoby znajdujące się na terytorium państwa członkowskiego oraz powinny być stosowane do wszystkich stosunków prawnych w ramach tego państwa¹⁴.

¹⁰ J.J. Kuipers: *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*. Lejda 2012, s. 61.

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Dz.U. L 177 z 4.07.2008, s. 6—16 [dalej: Rzym I].

¹² M. Glicz: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w międzynarodowym obrocie papierami wartościowymi*. Gdańskie Studia Prawnicze [dalej: GSP]. Tom XXXVI. 2016, s. 151.

¹³ Wyrok Trybunału z dnia 23.11.1999 r. w połączonych sprawach *Jean-Claude Arblade i Arblade & Fils SARL (C-369/96)* i *Bernard Leloup, Serge Leloup i Sofrage SARL (C-376/96)*. ECLI:EU:C:1999:575.

¹⁴ *Ibidem*.

1.3. Rodzaje przepisów wymuszających swoje zastosowanie

Przepisy wymuszające swoje zastosowanie nie mają jednorodnego charakteru, w konsekwencji można wyróżnić kilka grup przepisów wymuszających swoje zastosowanie, a także kilka kryteriów wykorzystywanych na potrzeby ich klasyfikacji¹⁵. Z punktu widzenia niniejszego opracowania najistotniejsze znaczenie ma podział na krajowe oraz obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie¹⁶. Podążając za terminologią przyjętą przez M. Mataczyńskiego, mianem krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie określa się przepisy, które należą do systemu prawnego państwa, w którym sąd orzekający ma swoją siedzibę (przepisy wchodzące w skład *lex fori*)¹⁷. Natomiast pod pojęciem obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, wskazany Autor rozumie przepisy wymuszające swoje zastosowanie należące do innych — obcych — systemów prawnych, przy czym wskazuje, że chodzi tu o przepisy niebędące ani przepisami *lex fori*, ani prawa właściwego dla danego stosunku prawnego (*lex causae*) wskazanego za pomocą miarodajnej normy kolizyjnej¹⁸. Przepisy te można określić, jako przepisy państwa trzeciego, które pozostają w ścisłym związku z danym stanem faktycznym¹⁹. Oczywiście wskazana typologia zasługuje na aprobatę, niemniej jednak na potrzeby rozważań prowadzonych w dalszej części niniejszego opracowania pod pojęciem obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie będę rozumiał przepisy państwa trzeciego pozostające w związku z danym stanem faktycznym, które będę nazywał obcymi przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie *sensu stricto*, które wraz z obcymi przepisami wymuszającymi swoje zastosowanie wchodzącymi w skład *lex causae*, składać się będą na obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie *sensu largo*. Wprowadzenie takiego rozróżnienia uzasadniam tym, że inna może być podstawa zastosowania obu wskazanych grup przepisów, co stanowić będzie zasadniczy przedmiot rozważań w dalszych częściach niniejszego opracowania.

¹⁵ Zob. M.A. Zachariasiewicz, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: Prawo prywatne międzynarodowe. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 451.

¹⁶ M. Mataczyński: Przepisy..., s. 50 i n.

¹⁷ Ibidem, s. 50.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, s. 51.

1.4. Zastosowanie *versus* uwzględnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie

W literaturze przedmiotu wyraźnie odróżnia się zastosowanie od uwzględnienia przepisów wymuszających swoje zastosowanie²⁰. Również w orzecznictwie TSUE wyraźnie zwrócono uwagę na wskazaną dystryncję²¹. Zastosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie polega na bezpośrednim powiązaniu skutków prawnych wynikających z ich dyspozycji z ustalonym stanem faktycznym objętym zakresem przepisu wymuszającego swoje zastosowanie²². W razie zastosowania przepisu wymuszającego swoje zastosowanie, stanowi on podstawę prawną rozstrzygnięcia w procesie stosowania prawa. Uwzględnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie polega natomiast na wzięciu wskazanych przepisów pod uwagę jedynie jako elementu stanu faktycznego określonej sytuacji życiowej, co może się wiązać, z powiązaniem z tak ustalonym stanem faktycznym odmiennych konsekwencji prawnych wynikających z dyspozycji prawa właściwego (wskazanego na podstawie miarodajnej normy kolizyjnej), aniżeli w sytuacji, w której przepis wymuszający swoje zastosowanie nie zostałby wzięty pod uwagę. W przypadku uwzględnienia przepisu wymuszającego swoje zastosowanie konsekwencje prawne ustalonego stanu faktycznego wprost są kształtowane przez zakresy normowania przepisów prawa właściwego, na których zastosowanie jedynie pośrednio może mieć wpływ uwzględnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Tytułem przykładu można wskazać na orzeczenie angielskiego *Court of Appeal* w sprawie *Ralli Bros v Cia Naviera Sota y Aznar*²³. Sąd we wskazanej sprawie oddalił roszczenie o zapłatę kwoty, przewyższającej stawkę maksymalną przewidzianą w hiszpańskim przepisie wymuszającym swoje zastosowanie na podstawie przepisów *lex causae* (którym było prawo angielskie), zgodnie

²⁰ Zob. M. Wojewoda: *Problematyka kolizyjnoprawna umów o roboty budowlane*. W: Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne. Red. P. Grzegorzczak, K. Weitz. Wyd. 1. Warszawa 2012, s. 503; A. Kronenberg: *Foreign overriding mandatory provisions under the Regulation (EC) No 593/2008 (Rome I Regulation). Judgment of the European Court of Justice of 18 October 2016, case C-135/15*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 11. No 1 (2019), s. 879 — DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4409>. Zob. G. Kegel: *Chapter 3. Fundamental Approaches*. W: International Encyclopedia of Comparative Law. Private International Law. Volume III. Red. K. Lipstein. Tybinga 1986, s. 35.

²¹ Wyrok Trybunału z dnia 18.10.2016 r. w sprawie Republika Grecko przeciwko Grigoris Nikiforidis (C — 135/15). ECLI:EU:C:2016:774.

²² Por. M. Tomaszewski, w: *Prawo...*, s. 238.

²³ *Court of Appeal* w sprawie *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* (1920) 2 Ll.L.Rep. 550.

z którymi nie można udzielić ochrony prawnej roszczeniu wynikającemu z umowy w sytuacji, gdy spełnienie świadczenia z niej wynikającego jest zakazane zgodnie z prawem miejsca wykonania umowy²⁴. W tym przypadku obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie nie zostały zastosowane *per se*, ale jedynie podlegały uwzględnieniu jako element stanu faktycznego powodujący jednocześnie sięgnięcie do właściwych przepisów *lex causae*²⁵. Podkreślić przy tym należy, że stosowanie określonych grup przepisów wchodzących w skład prawa obcego (których stosowanie nie opiera się na obowiązywaniu w systemie prawnym forum) zależy od istnienia podstawy prawnej na to zezwalającej. W przypadku uwzględnienia danego przepisu jako elementu faktycznego nie jest potrzebna natomiast wyraźna podstawa prawna (wynikająca z przepisów prawa prywatnego międzynarodowego), aby móc przyznać mu skuteczność, z tym zastrzeżeniem, że przyznanie skuteczności nie powoduje, że dany przepis staje się podstawą prawną rozstrzygnięcia, a jedynie brany jest pod uwagę jako element stanu faktycznego określonej sytuacji życiowej (sprawy). Wskazana konkluzja znajduje potwierdzenie w wyroku TSUE w sprawie C-135/15 Republika Grecka przeciwko Grigoris Nikiforidis²⁶. TSUE wyraził bowiem pogląd, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby inne przepisy wymuszające swoje zastosowanie niż przepisy państwa wykonania zobowiązania mogły zostać uwzględnione, jako element stanu faktycznego, pomimo tego, że brak jest do tego wyraźnej podstawy prawnej, która wynikałaby z przepisu art. 9 ust. 3 Rzym I²⁷.

2. Podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie

W polskiej literaturze przedmiotu istnieją dwa przeciwstawne stanowiska wyjaśniające podstawę stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Stanowisko funkcjonalistyczne, zakładające, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie zawierają normy stosowane poza normalnym mechanizmem kolizyjnym²⁸. Oznacza to, że podmiot

²⁴ P. Nygh: *Autonomy in International Contracts*. Oxford 1999, s. 224.

²⁵ Ibidem, s. 224.

²⁶ Wyrok Trybunału z dnia 18.10.2016 r. w sprawie Republika Grecko przeciwko Grigoris Nikiforidis (C — 135/15). ECLI:EU:C:2016:774.

²⁷ Ibidem.

²⁸ M. Mataczyński: *Obce...*, s. 377.

stosujący prawo powinien dokonać analizy funkcjonalnej określonego przepisu i jeśli jej efekty wskazują na szczególne cele, jakie są związane z przyjęciem danego przepisu, możliwe jest jego zastosowanie niezależnie od wskazania prawa właściwego przez miarodajną normę kolizyjną²⁹. W myśl założeń przedstawionej koncepcji trafnie się przyjmuje, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie same wyznaczają zakres swojego stosowania³⁰. Odmierna koncepcja zakłada, że konstrukcja przepisów wymuszających swoje zastosowanie polega na połączeniu w ramach jednego przepisu normy merytorycznej, regulującej wprost daną sytuację życiową, z jednostronną normą kolizyjną wyznaczającą zakres zastosowania zintegrowanej z nią normy merytorycznej, gdzie wskazana jednostronna norma kolizyjna stanowi *lex specialis* w stosunku do zupełnej normy kolizyjnej miarodajnej dla danej sytuacji życiowej³¹. W ramach tej koncepcji można mówić o tzw. ukrytej normie kolizyjnej, zgodnie z którą podstawą stosowania określonego prawa (przepisu) jest zawsze norma kolizyjna³². Druga z przedstawionych koncepcji spotkała się ze zdecydowaną krytyką w doktrynie. W szczególności sceptycznie odnieśli się do niej M. Mataczyński³³ i M.A. Zachariasiewicz³⁴. Zgodzić należy się z krytyką wyrażoną przez wskazanych Autorów, której ostrze skierowane było w odniesieniu do stosowania krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Albowiem podstawą stosowania krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie nie jest ukryta norma kolizyjna, ale funkcja i cel tych przepisów, a także fakt ich obowiązywania w systemie prawnym sądu orzekającego³⁵. Przy odrzuceniu koncepcji uniwersalistycznej zakresu zastosowania prawa prywatnego międzynarodowego³⁶ i przy przyjęciu trafnego założenia sformułowanego w literaturze³⁷, o domniemaniu kompetencji polskiego prawa materialnego w zakresie ju-

²⁹ Por. M.A. Zachariasiewicz, w: *Prawo...*, s. 468.

³⁰ M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 116.

³¹ A. Mączyński: *Europejski...*, s. 1188 i n.; M. Czepelak: *Międzynarodowe...*, s. 477.

³² M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 114 i n.

³³ Ibidem, s. 113 i n.

³⁴ M.A. Zachariasiewicz: *O potrzebie wskazania w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym podstawy stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie*. Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego [dalej: PPPM]. T. 7. Red. M. Pazdan. Katowice 2010, s. 42.

³⁵ M. Mataczyński: *Przepisy...*, s. 113 i n.

³⁶ Zob. więcej M. Pazdan, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 17.

³⁷ Zob. H. Kelsen: *Principles of International Law*. Wyd. oryg. 1952. Reprint New Jersey 2003, s. 254.

rysdykcji państwa polskiego³⁸, należy dojść do wniosku, że właściwość obcego prawa będzie wyłączać stosowanie prawa polskiego jako *lex fori*. Pośrednio do takiego wniosku prowadzi redakcja przepisu art. 8 ust. 1 p.p.m.³⁹, zgodnie z którym wskazanie prawa właściwego nie wyłącza zastosowania tych przepisów prawa polskiego, z których treści lub celów wynika, że regulują one podlegający ocenie stosunek prawny, bez względu na to, jakiemu prawu on podlega. Z treści omawianego przepisu można wywnioskować, że norma kolizyjna, jeśli tylko jako prawo właściwe wskaże prawo obce, wyłącza ona możliwość stosowania przepisów prawa polskiego, z wyjątkiem krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Mając powyższe na uwadze, należy dojść do wniosku, że w zakresie stosowania krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie na aprobatę zasługuje pogląd *M. Mataczyńskiego*, podzielony przez *M.A. Zachariasiewicza*, że przepisy wymuszające swoje zastosowanie same wyznaczają zakres swojego stosowania⁴⁰, co jedynie podkreśla przepis art. 8 ust. 1 p.p.m. Jednakże powyższe stanowisko nie może zostać zaadaptowane do obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁴¹. O ile stosowanie krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie może być uzasadnione faktem ich obowiązywania w systemie prawnym państwa *forum*, o tyle nie ma przekonującego uzasadnienia dla stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie bez odwołania się do normy kolizyjnej. Antycypując argumenty odnoszące się do budowy systemu prawnego, podzielić należy pogląd wyrażony przez *H. Kelsena*, że podstawą stosowania przepisów pochodzących z obcego systemu prawnego może być wyłącznie właściwa norma kolizyjna prawa prywatnego międzynarodowego⁴².

Mając na uwadze zasygnalizowany podział na przepisy wymuszające swoje zastosowanie wchodzące w skład *lex causae* oraz przepisy wymuszające swoje zastosowanie *sensu stricto* pochodzące z państwa trzeciego, uznać należy, że inne będą podstawy stosowania każdej ze wskazanych grup przepisów. Kwestią niebudzącą większych wątpliwości jest możliwość zastosowania przez polski sąd obcych przepisów wymuszających

³⁸ *M. Mataczyński: Przepisy...*, s. 114; Przeciwno istnieniu takiego domniemania wyraźnie wypowiada się m.in. *M. Pazdan: Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 82.

³⁹ Ustawa z dnia 04.02.2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. 2015 r. Poz. 1792 t.j. [dalej: p.p.m.]

⁴⁰ Por. *M. Mataczyński: Przepisy...*, s. 116.

⁴¹ Zob. *A. Bonomi: Mandatory Rules in Private International Law — The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment*. Yearbook of Private International Law [dalej: YPIL]. Vol. 1 (1999). Red. P. Šarčević, P. Volken. Monachium 1999, s. 234.

⁴² Zob. *H. Kelsen: Principles...*, s. 254.

swoje zastosowanie, które wchodzi w skład *lex causae*⁴³ nawet wówczas, gdy są to przepisy o charakterze publicznoprawnym⁴⁴, z tym jednak zastrzeżeniem, że spełnione są kryteria ich stosowania przewidziane *explicite* w art. 6 ust. 1 p.p.m. Upoważnienie do stosowania omawianych obcych przepisów prawa publicznego wymuszających swoje zastosowanie następować będzie w oparciu o przepis art. 6 ust. 1 p.p.m. w związku z przepisem zawierającym normę kolizyjną wskazującą prawo właściwe dla określonej sytuacji życiowej⁴⁵. Zauważmy jednocześnie, w nawiązaniu do wcześniejszych rozważań, że skoro przepisy te w państwie, z którego pochodzą, są stosowane zawsze, tym samym spełniony będzie warunek ich stosowania wyrażony *explicite* w treści przepisu art. 6 ust. 1 p.p.m.⁴⁶ Co jednak istotne, będą one stosowane nawet wówczas, gdy nie będą to przepisy wymuszające swoje zastosowanie tak zwanej drugiej generacji, ale przepisy zmierzające do ochrony partykularnych interesów państwa, z którego pochodzą, w zakresie prawa prywatnego⁴⁷. Zważywszy na to, uzasadniony jest postulat, aby sąd przed przystąpieniem do stosowania tego typu przepisów prawa obcego antycypował ewentualne skutki ich zastosowania w kontekście sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego, co może stanowić uzasadnioną przyczynę przemawiającą za sięgnięciem po klauzulę porządku publicznego i odmową ich zastosowania. Dokonując analizy podstawy stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae*, należy zauważyć, że podstawą ich stosowania jest nakaz zawarty w obowiązującej w siedzibie sądu normie kolizyjnej, która wskazuje prawo określonego państwa, jako właściwe dla danej sytuacji życiowej, względnie obca norma kolizyjna wskazująca prawo właściwe, co znajduje uzasadnienie w normie kolizyjnej II^o państwa forum (np. instytucja odesłania). Wskazanie to obejmuje nie poszczególne przepisy, ale porządek określonego państwa jako całość⁴⁸. Dlatego należy przyjąć, że obejmuje ono również obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie wchodzące w skład *lex causae*⁴⁹. W literaturze obcej można spotkać się z poglądami kwestionującymi możliwość automatycznego stosowania obcych przepisów wymu-

⁴³ Zob. G. Żmij: *Prawo...*, s. 98.

⁴⁴ Zob. B. Fuchs: *Statut...*, s. 73.

⁴⁵ Zob. P. Rodziewicz: *Prawo prywatne oraz prawo publiczne z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego*. Studia Prawa Prywatnego [dalej: SPP]. Nr 3 2017, s. 9.

⁴⁶ Por. *ibidem*, s. 9.

⁴⁷ J.J. Kuipers: *EU Law...*, s. 61.

⁴⁸ W. Ludwiczak: *Międzynarodowe prawo prywatne*. Wyd. 3. zmienione. Warszawa 1961, s. 14.

⁴⁹ Por. J.J. Kuipers: *EU Law...*, s. 148.

szających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae*⁵⁰. Takie poglądy nie zasługują na aprobatę w świetle przepisów polskiej p.p.m., zgodnie z którą możliwość uwzględniania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie przewidziana w art. 8 ust. 2 p.p.m. dotyczy jedynie przepisów pochodzących z państwa trzeciego z punktu widzenia *lex causae*. Tym samym należy przyjąć, że w przypadku przepisów wymuszających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae* podstawą ich stosowania jest miarodajna dla określonej sytuacji życiowej norma kolizyjna.

Należy jednak zwrócić uwagę na jedną zasadniczą kwestię. Prawo właściwe zostaje wskazane na podstawie normy kolizyjnej dla określonej sytuacji życiowej mieszczącej się w ramach danego statutu, w związku z tym pojawia się pytanie, co w sytuacji, gdy obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie nie mieszczą się w granicach statutu, dla którego prawo właściwe zostało wskazane. Czy wówczas stosowane miałyby być obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie wchodzące w skład *lex causae*, które mieszczą się w granicach statutu dla określonej sytuacji życiowej, czy może powinny być stosowane również przepisy wykraczające poza zakres statutu? Powyższy problem wydaje się być jednak pozorny, skoro funkcja i cel przepisów wymuszających swoje zastosowanie będzie miała decydujące znaczenie, w zakresie tego, czy przepisy te powinny być stosowane jako część *lex causae*. Odpowiedź na tak zadane pytanie jest udzielana w ramach tzw. kwalifikacji wtórnej dokonywanej na etapie stosowania *lex cause* (prawa obcego)⁵¹.

Dokonując częściowego podsumowania, podstawą normatywną stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae* jest norma kolizyjna wskazująca prawo właściwe dla ocenianej sytuacji życiowej. W związku z tym, o ile zastosowanie krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie poza mechanizmem kolizyjnoprawnym wydaje się być uzasadnione, o tyle zastosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae* następuje na podstawie mechanizmu kolizyjnoprawnego. Należy przy tym zauważyć, że nie są one stosowane na podstawie ukrytej normy kolizyjnej zawartej w obcym przepisie⁵². Idąc bowiem tym tokiem rozumowania określone przepisy wchodzące w skład *lex causae* byłyby wskazywane jako właściwe za pomocą obcej normy kolizyjnej. Należy

⁵⁰ K. Boele-Woelki, D. van Iterson: *The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities*. Electronic Journal of Comparative Law [dalej: EJCL]. Vol. 14.3. December 2010. <http://www.ejcl.org/143/art143-3.pdf> [dostęp: 15.01.2020 r.], s. 9.

⁵¹ Por. P. Rodziewicz: *Stwierdzenie...*, s. 226.

⁵² Odmienne zob. A. Mączyński: *Europejski...*, s. 1188.

przy tym pamiętać, że tylko w przypadkach wprost przewidzianych przez normę kolizyjną II^o, obowiązującą w siedzibie organu stosującego prawo, dopuszczalne jest stosowanie obcych norm kolizyjnych I^{o53}. Analiza założeń omawianej koncepcji prowadzi do wniosku, że obca jednostronna norma kolizyjna zintegrowana w ramach przepisu wymuszającego swoje zastosowanie z normą merytoryczną stanowić miałyby *lex specialis* względem krajowej zupełnej normy kolizyjnej⁵⁴. Takie założenie jest niedopuszczalne. Reguły inferencyjne rozstrzygające kolizję norm opartą na relacji *lex specialis* — *lex generalis* mogą być stosowane do rozstrzygania kolizji norm w ramach jednego systemu prawnego⁵⁵, w tym przypadku powstaje natomiast kolizja między normami kolizyjnymi I^o pochodzącymi z różnych państw (różnych systemów prawnych), która może być rozstrzygana tylko i wyłącznie w oparciu o miarodajne normy kolizyjne II^o. W konsekwencji wysoce problematyczną pozostaje kwestia możliwości zastosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie nie wchodzących w skład *lex causae*. O ile w przypadku obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie wchodzących w skład *lex causae* podstawą stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest nakaz zawarty we właściwej normie kolizyjnej obowiązującej w siedzibie sądu oraz ewentualna treść tych przepisów, z której wynika konieczność ich stosowania, o tyle w przypadku przepisów wymuszających swoje zastosowanie pochodzących z państwa trzeciego takiej podstawy brak.

Mając powyższe na uwadze, żadna z przedstawionych koncepcji nie stanowi podstawy dostatecznie uzasadniającej możliwość stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie *sensu stricto*.

3. Koncepcja komplementarna względem zintegrowanej normy kolizyjnej z normą prawa merytorycznego

W doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego powszechnie akceptowany jest podział norm kolizyjnych na normy kolizyjne I^o i II^{o56}. Normy kolizyjne I^o rozgraniczają sfery działania norm merytorycznych, które należą do systemów prawnych obowiązujących w różnych pań-

⁵³ Zob. i por. M. Pazdan: *Prawo...*, s. 66.

⁵⁴ Zob. A. Mączyński: *Europejski...*, s. 1188 i n.

⁵⁵ Zob. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki: *Teoria państwa i prawa*. Wyd. 3. Warszawa 1986, s. 403.

⁵⁶ Zob. M. Pazdan, w: *Prawo...*, s. 199.

stwach, natomiast normy kolizyjne II^o rozgraniczają sfery działania norm kolizyjnych I^o wchodzących w skład systemów prawnych różnych państw⁵⁷. Zgodnie z akceptowanym poglądem doktryny organy określonego państwa, co do zasady stosują normy kolizyjne I^o, które obowiązują w ich siedzibie, chyba że norma kolizyjna II^o zezwala na zastosowanie obcych norm kolizyjnych I^o⁵⁸. Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że obce normy kolizyjne mogą być stosowane jedynie wtedy, gdy znajduje to podstawę w dyspozycji normy kolizyjnej II^o obowiązującej w siedzibie danego organu stosującego prawo⁵⁹. Zgodnie z założeniami koncepcji zintegrowanej normy kolizyjnej z jednostronną normą kolizyjną podstawą stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie jest jednostronna norma kolizyjna I^o. Słabość wskazanej koncepcji ujawnia się w przypadku, gdy zastosowany ma zostać przepis wymuszający swoje zastosowanie pochodzący z państwa trzeciego, albowiem dopuszcza ona możliwość stosowania obcej jednostronnej normy kolizyjnej I^o z pominięciem wskazanych założeń, związanych z obowiązywaniem normy kolizyjnej II^o zezwalającej na zastosowanie zintegrowanej jednostronnej normy kolizyjnej. Komplementarność przedstawionej w niniejszym opracowaniu koncepcji polega na przyjęciu, jako podstawy stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, koncepcji zintegrowanej normy kolizyjnej z tym zastrzeżeniem, że podstawą jej zastosowania jest norma kolizyjna II^o, obowiązująca w państwie forum, której rekonstrukcji zostaną poświęcone dalsze rozważania.

W obowiązującym w Polsce stanie prawnym istnieją trzy podstawy normatywne, które wymagają rozważenia w kontekście rekonstrukcji normy kolizyjnej II^o pozwalającej na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, a mianowicie przepis art. 8 ust. 2 p.p.m., art. 9 ust. 3 Rzym I oraz art. 30 Rozporządzenia spadkowego⁶⁰. Każdy z przywołanych przepisów swym zakresem obejmuje szczególnego rodzaju przepisy o charakterze imperatywnym, zawierając w swej dyspozycji wskazanie w jaki sposób powinna zostać przyznana im skuteczność. Jak jednak wskazano na wstępie niniejszego artykułu, przyznanie skuteczności przepisom wymuszającym swoje zastosowanie może przybie-

⁵⁷ Por. K. Przybyłowski: *Z problematyki stosowania obcych norm kolizyjnych. Ustawowe uregulowanie uwzględniania obcych norm kolizyjnych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*. Kraków 1959, s. 5.

⁵⁸ Zob. i por. P. Rodziejewicz: *Stwierdzenie...*, s. 155 i n.

⁵⁹ Por. *ibidem*, s. 155 i n.

⁶⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (dalej: rozporządzenie spadkowe).

rać dwojaką postać, a mianowicie może polegać na ich stosowaniu lub uwzględnieniu. Norma kolizyjna zasadniczo rozstrzyga jakie prawo lub jaka norma kolizyjna ma zostać zastosowana, a nie uwzględniona, dlatego też normy kolizyjnej II^o można się doszukiwać w ramach wskazanych przepisów tylko w takim zakresie, w jakim pozwalają one na stosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Przechodząc do analizy przywołanych przepisów, rozstrzygnąć należy, czy uwzględnienie przepisów wymuszających swoje zastosowanie na gruncie przepisu art. 8 ust. 2 p.p.m. oraz przyznanie skuteczności przepisom wymuszającym swoje zastosowanie na gruncie przepisu art. 9 ust. 3 Rzym I jest tożsame ze stosowaniem wskazanych przepisów, rozumianym jako przyjęcie ich za podstawę prawną rozstrzygnięcia⁶¹, co pozwoliłoby na rekonstrukcje na podstawie wskazanych przepisów normy kolizyjnej II^o pozwalającej na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie. W dalszym miejscu zostanie poddany analizie również przepis art. 30 rozporządzenia spadkowego.

W polskiej literaturze wskazuje się na istniejące wątpliwości, co do sposobu, w jaki ma być przyznany skutek obcym przepisom wymuszającym swoje zastosowanie, pochodzącym z państwa trzeciego⁶². Kontrowersje wynikają z tego, że według niektórych poglądów przyznanie skutku nie obejmuje stosowania, a jedynie uwzględnienie jako okoliczność faktyczną⁶³. W odniesieniu do powyższego *W. Popiołek* wskazuje, że raczej za nietrafne należy uznać poglądy wskazujące, że przyznanie skutku nie obejmuje zastosowania⁶⁴. Autor ten analogicznie przyjmuje, że „przyznanie skutku” obcym przepisom wymuszającym swoje zastosowanie na gruncie przepisów Rzymu I oznacza zarówno ich stosowanie, jak i uwzględnienie⁶⁵. Wydaje się, że w podobnym tonie w odniesieniu do przepisu art. 9 ust. 3 Rzym I wypowiada się *M.A. Zachariasiewicz*, która wskazuje, że obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie, nieobjęte zakresem wskazanego przepisu, mogą zostać uwzględnione jako element stanu faktycznego ocenianego w świetle prawa właściwego, *a contrario* obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie mieszczące się w zakresie wskazanego przepisu rozporządzenia, czyli *lex loci solutionis*, będą

⁶¹ Zob. M. Bogdan: *Private International Law as Component of the Law of the Forum*. General Course. Haga 2012, s. 250.

⁶² W. Popiołek: *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*. Katowice 1989, s. 73.

⁶³ Ibidem, s. 73.

⁶⁴ Ibidem, s. 74.

⁶⁵ Zob. W. Popiołek: *Prawo właściwe dla umownych zobowiązań elektronicznych w konwencji rzymskiej i projekcie rozporządzenia Rzym I*. W: *Kolizyjne aspekty zobowiązań elektronicznych*. Materiały z konferencji. Red. J. Gołaczyński. Warszawa 2008, s. 27.

mogły zostać zastosowane⁶⁶. Analogicznie możliwość stosowania obcego przepisu wymuszającego swoje zastosowanie na podstawie przepisu art. 7 ust. 1 Konwencji rzymskiej dopuszczała B. Fuchs⁶⁷. Autorka ta jednak w nowszych publikacjach prezentuje stanowisko, zgodnie z którym obce przepisy wymuszające swoje zastosowanie powinny podlegać jedynie uwzględnieniu jako element stanu faktycznego⁶⁸. W literaturze reprezentowany jest również pogląd odnoszący się do przepisu art. 9 ust. 3 Rzym I, w myśl którego uwzględnienie *lex loci solutionis* samo w sobie nie oznacza możliwości stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie⁶⁹. Mając jednak na uwadze wyrok TSUE w sprawie C — 135/15 Republika Grecka przeciwko Grigoris Nikiforidis⁷⁰, na aprobatę zasługują przytoczone wyżej poglądy, zgodnie z którymi przepis art. 9 ust. 3 Rzym I interpretować należy w ten sposób, że przyznanie skuteczności przepisom państwa, w którym nastąpiło lub ma nastąpić wykonanie zobowiązania, polega na możliwości ich zastosowania. W konsekwencji w oparciu o przepis art. 9 ust. 3 Rzym I możliwe jest zrekonstruowanie normy kolizyjnej II^o, której dyspozycja zezwala na stosowanie przepisów wymuszających swoje zastosowanie państwa miejsca wykonania zobowiązania. Jeśli tylko w państwie miejsca wykonania zobowiązania obowiązuje przepis wymuszający swoje zastosowanie, który zawiera zintegrowaną jednostronną normę kolizyjną z normą merytoryczną, to przepis art. 9 ust. 3 Rzym I, zezwala na zastosowanie wskazanej jednostronnej normy kolizyjnej. W konsekwencji przyznanie skuteczności, czyli zastosowanie zintegrowanej z nim normy merytorycznej.

Przechodząc do analizy przepisu art. 8 ust. 2 p.p.m., należy mieć na uwadze, że konsekwentnie ustawodawca posługuje się w nim terminem uwzględnienie w odniesieniu do obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, podczas gdy w przepisie art. 8 ust. 1 p.p.m. w odniesieniu do krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie konsekwentnie posługuje się terminem zastosowanie. Co więcej, również w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy prawo prywatne międzynarodowe w odniesieniu do art. 9 (został uchwalony w niezmienionym kształcie jako art. 8 p.p.m.) konsekwentnie wskazywano, że krajowe przepisy wy-

⁶⁶ M.A. Zachariasiewicz: *O potrzebie...*, s. 38.

⁶⁷ B. Fuchs: *Przepisy wymuszające swoją właściwość w przyszłej kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. KPP z. 3, 2000, s. 663.

⁶⁸ B. Fuchs: *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w nowej ustawie — Prawo prywatne międzynarodowe*. W: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*. Red. J. Poczobut. Warszawa 2013, s. 81.

⁶⁹ Zob. M. Czepelak: *Międzynarodowe...*, s. 483 i n.

⁷⁰ ECLI:EU:C:2016:774.

muszające swoje zastosowanie są stosowane, podczas gdy przepisy obce podlegają jedynie uwzględnieniu⁷¹. Dokonując wykładni przepisu art. 8 ust. 2 p.p.m., należy sięgnąć w pierwszej kolejności do dyrektyw wykładni językowej. Zgodnie z dyrektywą języka potocznego sformułowaniami zawartym w przepisach należy nadawać takie znaczenie, jakie mają one w języku potocznym, chyba że ważne względy przemawiają za odstępniem od tego znaczenia. Odwołując się do słownika języka polskiego, należy wskazać, że na gruncie języka potocznego pojęciu uwzględnienia przypisuje się następujące znaczenie: „*zauważać, brać pod uwagę, nie lekceważyć, liczyć się z czymś*”⁷². Na potrzeby dokonywanej analizy uzasadnione wydaje się zestawienie znaczenia potocznego wskazanego wyżej terminu z pojęciem stosowania na gruncie języka potocznego. I tak oznacza ono: „*wprowadzać coś w życie; realizować coś; używać czegoś w jakimś celu*”⁷³. Zestawienie znaczenia potocznego wyżej wskazanych terminów prowadzi do wniosku, że nieuzasadnione jest przyznanie im tego samego znaczenia. Wydaje się, że biorąc pod uwagę kontekst znaczeniowy wskazanych terminów, intuicyjnie zastosowanie opisuje dalej idącą formę aktywności w porównaniu z uwzględnianiem. Należy przy tym mieć na uwadze, że terminy te w toku prowadzonej analizy trzeba odnosić właśnie do aktywności podejmowanej przez organ stosujący prawo. Wynika z tego, że nie można traktować ich w sposób tożsamy na gruncie języka potocznego. Ponadto w ramach wykładni językowej analizowanego przepisu należy pamiętać o zakazie wykładni synonimicznej, polegającym na tym, że różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia. W odniesieniu do analizowanych terminów z uwagi na wyraźne ich rozróżnienie przez ustawodawcę, tym bardziej uzasadnione wydaje się nadawanie im odmiennego znaczenia. Zwrócić należy również uwagę, że z funkcjonalnego punktu widzenia każdy z nich odnoszony jest do zupełnie innej grupy przepisów, zastosowanie — do krajowych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, które obowiązują w ramach polskiego porządku prawnego, natomiast uwzględnienie — do obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, które nie wchodzi w skład polskiego porządku prawnego. Mając powyższe na uwadze, przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 8 ust. 2 p.p.m. należy dojść do wniosku, że uwzględnienie obcych przepisów wymuszających swoje za-

⁷¹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy prawo prywatne międzynarodowe dostępnego na stronie internetowej Sejmu RP, s. 12, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/41AC5CA590174CA4C12574F80042042F/\\$file/1277-uzasadnienie.doc](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/41AC5CA590174CA4C12574F80042042F/$file/1277-uzasadnienie.doc) [dostęp: 15.01.2020 r.].

⁷² B. Dunaj: *Słownik współczesnego języka polskiego*. Ś—Ż. T. 5. Kraków 2002, s. 151.

⁷³ *Ibidem*, s. 379.

stosowanie pochodzących z państwa trzeciego nie jest tożsamy z ich stosowaniem⁷⁴. Dlatego też należy skłonić się ku pogładowi, zgodnie z którym uwzględnienie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie na gruncie przepisu art. 8 ust. 2 p.p.m. nie może być utożsamiane z ich stosowaniem, jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Skoro przepis art. 8 ust. 2 p.p.m. nie pozwala na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, ale jedynie na ich uwzględnienie, to nie sposób przyjąć, że zawiera on normę kolizyjną II^o rozstrzygająca o możliwości zastosowania jednostronnej normy kolizyjnej I^o zintegrowanej z normą merytoryczną. Norma kolizyjna II^o poza zakresem, obejmującym wskazanie norm kolizyjnych I^o, między którymi rozstrzygana jest kolizja, zawiera w dyspozycji nakaz zastosowania określonego prawa (przepisu). Podczas gdy art. 8 ust. 2 p.p.m. pozwala jedynie na uwzględnienie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Nie zawiera on elementu charakterystycznego dla struktury normy kolizyjnej II^o w postaci nakazu zastosowania określonego prawa (przepisu).

Rozważenia wymaga, czy możliwe jest zrekonstruowanie normy kolizyjnej II^o na podstawie art. 30 rozporządzenia spadkowego. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku, gdy prawo państwa, w którym znajdują się niektóre nieruchomości, przedsiębiorstwa lub inne szczególne kategorie składników majątku, zawiera szczególne przepisy nakładające z przyczyn ekonomicznych, rodzinnych lub społecznych, ograniczenia dotyczące dziedziczenia lub wpływające na dziedziczenie w odniesieniu do tych składników majątku, mają one zastosowanie bez względu na prawo właściwe dla dziedziczenia. Szczególne przepisy, o których mowa w przywołanym przepisie, mają zastosowanie do dziedziczenia w takim zakresie, w jakim na mocy prawa tego państwa mają one zastosowanie bez względu na prawo właściwe dla dziedziczenia. Zakres normy zawartej w art. 30 rozporządzenia spadkowego obejmuje przepisy stosowane w systemie prawnym, w którym obowiązują, niezależnie od tego, jakie prawo jest właściwe dla danej sytuacji życiowej⁷⁵. O stosowaniu wskazanych przepisów decydują zawarte w nich jednostronne normy kolizyjne wyznaczające zakres ich zastosowania. Natomiast przepis art. 30 rozporządzenia spadkowego zawiera nakaz zastosowania wskazanych szczególnych kategorii przepisów o imperatywnym charakterze. W ustępie 54

⁷⁴ Zob. K. Lipstein: *Inherent Limitations in Statutes and The Conflict of Laws*. W: *Contemporary Problems in The Conflict of Laws. Essays in Honour of John Humphrey Carlile Morris*. Londyn 1978, s. 199.

⁷⁵ Por. M.A. Zachariasiewicz, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, s. 1229; A. Machnikowska, w: *Unijne Rozporządzenie spadkowe Nr 650/2012. Komentarz*. Wyd. 2. Red. M. Załucki. Warszawa 2018, s. 233.

preambuły do rozporządzenia spadkowego wskazano wprost, że omawianym przepisom powinno zapewnić się „stosowanie”, a nie jak w przypadku Rzym I „przyznanie skuteczności”. Ponadto we wskazanym fragmencie preambuły zaznaczono, że ustanowiony wyjątek należy interpretować w sposób bardzo ścisły, przesadzając przy tym, że: „*ani normy kolizyjne poddające nieruchomość przepisom prawa innego niż prawo właściwe dla majątku ruchomego ani przepisy przewidujące udział obowiązkowy większy niż przewidziany prawem właściwym dla dziedziczenia na mocy (...) rozporządzenia nie mogą być uważane za szczególne uregulowania nakładające ograniczenia dotyczące dziedziczenia niektórych składników majątku lub wpływające na ich dziedziczenie*”. Mając powyższe na względzie, należy zauważyć, że w drodze wskazanego przepisu rozporządzenia spadkowego została wyraźnie dopuszczona możliwość stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie pochodzących z państwa trzeciego. W konsekwencji, omawiany przepis stanowi podstawę do rekonstrukcji normy kolizyjnej II^o zezwalającej na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie. Przepis art. 30 rozporządzenia spadkowego pozwala na rekonstrukcję zakresu normy kolizyjnej, która obejmuje szczególne kategorie przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym odnoszące się do szczególnych kategorii składników majątku spadkowego, jednocześnie dyspozycja omawianego przepisu zawiera nakaz zastosowania przepisów objętych jego zakresem.

4. Podsumowanie

Reasumując, wykładnia przepisów art. 9 ust. 3 Rzym I oraz art. 30 rozporządzenia spadkowego pozwala na zrekonstruowanie na ich podstawie norm kolizyjnych II^o zezwalających na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, tj. normy merytorycznej zintegrowanej z jednostronną normą kolizyjną I^o wyznaczającą zakres zastosowania wskazanej normy merytorycznej. Tym samym, o zastosowaniu zintegrowanej normy kolizyjnej I^o przesądza norma kolizyjna II^o zawarta w art. 9 ust. 1 Rzym I lub art. 30 rozporządzenia spadkowego, natomiast wskazana norma kolizyjna I^o rozstrzyga o zakresie zastosowania normy merytorycznej z nią zintegrowanej, wynikającej z przepisu wymuszającego swoje zastosowanie.

Mając powyższe na uwadze, podstawą stosowania obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie *sensu stricto* jest zintegrowa-

na z normą merytoryczną jednostronna norma kolizyjna I^o stosowana w oparciu o normę kolizyjną II^o państwa forum zawartą w art. 9 ust. 3 Rzym I albo art. 30 rozporządzenia spadkowego. W zakresie nie objętym wskazanymi przepisami brak jest normy kolizyjnej II^o pozwalającej na stosowanie obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie *sensu stricto*. Oznacza to, że pozostałe przepisy wymuszające swoje zastosowanie *sensu stricto* mogą być jedynie uwzględniane jako element stanu faktycznego zgodnie z art. 8 ust. 2 p.p.m., a nie stosowane, jako podstawa prawna rozstrzygnięcia.

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)
z dnia 12 lutego 2015 r.

w sprawie C-396/13

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez *Satakunnan käräjäoikeus* (Finlandia) postanowieniem z dnia 12 lipca 2013 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 lipca 2013 r., w postępowaniu:

Sähköalojen ammattiliitto ry

przeciwko

Elektrobudowie Spółce Akcyjnej,

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: S. Rodin, prezes szóstej izby, pełniący obowiązki prezesa pierwszej izby, A. Borg Barthet, E. Levits (sprawozdawca), M. Berger i F. Biltgen, sędziowie,
rzecznik generalny: N. Wahl,
[...]
po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 18 września 2014 r.,
wydaje następujący

Wyrok

[...]

1) W okolicznościach takich, jak rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej sprzeciwia się temu, aby przepisy państwa członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa, które oddelegowało pracowników na terytorium innego państwa członkowskiego, na mocy których zakazane jest przenoszenie wierzytelności wynikających ze stosunków pracy, mogły stać na

przeszkodzi temu, aby związek zawodowy, taki jak *Sähköalojen ammattiliitto ry*, wniósł skargę do sądu drugiego z tych państw członkowskich, w którym praca jest wykonywana, w celu odzyskania na rzecz pracowników delegowanych wierzytelności placowych, które dotyczą płacy minimalnej w rozumieniu dyrektywy 96/71 i które zostały na niego przeniesione, przy czym przeniesienie to jest zgodne z prawem obowiązującym w tym ostatnim państwie członkowskim.

2) Artykuł 3 ust. 1 i 7 dyrektywy 96/71 w świetle art. 56 TFUE i 57 TFUE należy interpretować w ten sposób, że:

- nie sprzeciwia się on obliczaniu płacy minimalnej za pracę na podstawie stawki godzinowej lub za pracę na akord w oparciu o zaszerogowanie pracowników do kategorii wynagrodzenia, przewidziane w odpowiednich układach zbiorowych obowiązujących w przyjmującym państwie członkowskim, pod warunkiem że to obliczenie i to zaszerogowanie są dokonywane na podstawie wiążących i przejrzystych przepisów, czego zweryfikowanie należy do sądu krajowego;
- stała dieta taka jak rozpatrywana w sprawie w postępowaniu głównym powinna być uznana za część płacy minimalnej na warunkach identycznych jak te, jakim podlega włączenie tej diety do płacy minimalnej wypłacanej pracownikom lokalnym w przypadku ich delegowania wewnątrz danego państwa członkowskiego;
- odszkodowanie za czas potrzebny na dotarcie do pracy, które jest wypłacane pracownikom, pod warunkiem że codzienny dojazd do miejsca pracy i z powrotem zajmuje im ponad godzinę, należy uznać za część płacy minimalnej pracowników delegowanych, o ile ten warunek jest spełniony, czego zweryfikowanie należy do sądu krajowego;
- pokrycie kosztów zakwaterowania tych pracowników nie powinno być uznawane za element ich płacy minimalnej;
- dodatek w postaci bonów na posiłki wydawanych wspomnianym pracownikom nie powinien być uznawany za część ich płacy minimalnej, i
- dodatek wakacyjny, jaki musi być przyznany pracownikom delegowanym za minimalny wymiar płatnych urlopów wypoczynkowych, odpowiada płacy minimalnej, do jakiej pracownicy ci mają prawo w okresie odniesienia.



Witold Kurowski^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0002-3151-3031>

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie *Sähköalojen ammattiliitto ry c/a Elektrobudowa Spółka Akcyjna* (C-396/13)

Abstract: This paper aims to comment an important ruling concerning the Posted Workers Directive (Directive 96/71/EC). In the judgement C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa Spółka Akcyjna*), the European Court of Justice provided its pro-worker's interpretation of Art 3 of Directive 96/71/EC concerning the scope of the „minimum pay rate”. The second issue raised by the European Court of Justice was the assignability of pay claims governed by Polish law based on Art 14 (2) of Rome I Regulation and prohibited under that law. In commented judgement, the Court admitted the assignment of claims arising from employment relationships in light of article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and accepted the trade union's right to represent the posted workers.

Keywords: posted workers, freedom of movement for workers, law applicable to individual employment contracts, assignment of pay claims, Rome I Regulation, Directive 96/71/EC

Za poszerzoną analizą wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Sähköalojen ammattiliitto ry c/a Elektrobudowa Spółka Akcyjna* (C-396/13) przemawiają przynajmniej dwa argumenty. Po pierw-

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Śląski w Katowicach.

sze, dotyczy on polskiego podmiotu, co może samo w sobie nie miałyby większego znaczenia gdyby nie fakt, że to polscy przedsiębiorcy najczęściej wykonują usługi w Unii Europejskiej dzięki pracownikom delegowanym. Dlatego też rozstrzygnięcie wątpliwości, jakie pojawiają się na tle stosowania dyrektywy 96/71/WE¹, ma znaczenie dla szerokiej grupy naszych pracodawców. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że orzeczenie to uwzględnia lokalny kontekst i oparte jest na polskich przepisach prawa. Po drugie, omawianym rozstrzygnięciem Trybunał Sprawiedliwości UE dokonuje na nowo, przynajmniej w odniesieniu do niektórych zagadnień, wykładni regulacji poświęconych pracownikom delegowanym w kierunku bardziej propracowniczym niż mogłoby to wynikać wprost z treści tego aktu, torując drogę nowelizacji dyrektywy 96/71/WE², która w jeszcze większym stopniu będzie chronić interesy pracowników delegowanych, kosztem ich pracodawców.

Analiza wskazanego w tytule wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE powinna być poprzedzona przynajmniej skrótowym omówieniem stanu faktycznego, który stał się podstawą tego rozstrzygnięcia.

Elektrobudowa S.A. zawarła ze swoim fińskim kontrahentem umowę, na podstawie której zobowiązała się do wykonania prac przy budowie elektrowni jądrowej w Finlandii. Usługi te były wykonywane przez polskich pracowników delegowanych do pracy w fińskim oddziale tej spółki, a ich umowy o pracę podlegały prawu polskiemu. Elektrobudowa S.A. zakwaterowała zatrudniane przez siebie osoby w odległości około piętnastu kilometrów od miejsca pracy. W związku z występującymi rozbieżnościami pomiędzy polskim i fińskim prawem okazało się, że pracownicy delegowani niezgodnie z prawem fińskim (obejmującym także układy zbiorowe pracy uzgodnione dla sektora elektryfikacji) nie otrzymywali dodatku wakacyjnego, stałej diety przysługującej oddelegowanym poza miejsce zamieszkania, świadczenia związanego z kosztami zakwaterowania, jak również „odszkodowania” związanego z koniecznością codziennej podróży do pracy. Poza kwestionowaniem podstaw do wypłaty wskazanych świadczeń dodatkowych Elektrobudowa S.A. naruszyła prawo fińskie poprzez uniemożliwienie pracownikom pracy w systemie akordowym, dzięki czemu mogliby oni uzyskać wyższe wynagrodzenie, w tym dodatek gwarantowany za pracę na akord. Wynikało to po części z przyporządkowania polskich pracowników do grup zaszeregowania

¹ Dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. L 018, 21/01/1997, s. 1—6) [dalej: dyrektywa 96/71/WE].

² Zob. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/957 z dnia 28 czerwca 2018 r. zmieniającą dyrektywę 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. L 173, 9/07/2018, s. 16—24).

w myśl polskich przepisów, a nie według reguł wynikających z fińskich układów zbiorowych pracy³.

Wskazane powyżej naruszenia prawa pracy miały uzasadniać główny zarzut polskich pracowników zatrudnionych przez Elektrobudowę S.A. sprowadzający się do twierdzenia, że nie otrzymali oni za okres pracy za granicą minimalnego wynagrodzenia, obliczonego zgodnie z fińską ustawą o pracownikach delegowanych. W celu wystąpienia z powództwem do sądu w Finlandii pracownicy delegowani dokonali cesji swych roszczeń o wypłatę spornej części wynagrodzenia za pracę na reprezentującą ich w relacji z pracodawcą fińską organizacją związkową.

Elektrobudowa S.A. nie podzieliła stanowiska *Sähköalojen ammattiliitto ry* w zakresie niewywiązywania się z obowiązku wypłaty na rzecz swoich pracowników wynagrodzenia minimalnego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE, zarzucając przy tym brak legitymacji procesowej związku zawodowego do występowania w postępowaniu sądowym z powodu nieskuteczności przelewu wierzytelności pracowniczych, dokonanego z naruszeniem zakazu wynikającego z art. 84 polskiego kodeksu pracy⁴.

Na tle tak zarysowanego stanu faktycznego pojawiły się dwa zagadnienia prawne, które znalazły swoje rozstrzygnięcie w omawianym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE. Zagadnienia te można przedstawić za pomocą dwóch pytań. Po pierwsze, czy za skuteczną można uznać cesję dokonaną przez pracowników Elektrobudowy S.A. na rzecz związku zawodowego (a zatem — czy ten ostatni jest legitymowany do wystąpienia z powództwem o zapłatę) oraz, po drugie, czy świadczenie, jakie pracownicy delegowani otrzymywali, wykonując swoje obowiązki w Finlandii, stanowiło wynagrodzenie minimalne określone na podstawie fińskich układów zbiorowych pracy powszechnie stosowanych (o których mowa w art. 3 ust. 8 dyrektywy 96/71/WE).

W odniesieniu do pierwszej kwestii Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że wynikające z art. 84 k.p. ograniczenie dopuszczalności cesji wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia jest sprzeczne z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej⁵, a w związku z tym brak jest przeszkód, by *Sähköalojen ammattiliitto ry* — działając jako cesjonariusz

³ Szerzej stan faktyczny sprawy został omówiony przez M. Zachariasiewicza, W: *System prawa prywatnego. Tom 20B. Prawo prywatne międzynarodowe*, Red. M. Pazdan. Warszawa 2015, s. 523 oraz W. Kurowskiego: *Stosunek pracy wynikający z umowy w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 2016, s. 235—236.

⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1040 ze zm.) [dalej: k.p.].

⁵ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. C 326, 26/10/2012, s. 391—407) [dalej: Karta Praw Podstawowych].

— wytoczył powództwo o zapłatę przed sąd państwa, w którym takie przeniesienie wierzytelności jest dopuszczalne.

Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy należy jednak stwierdzić, że o ile konkluzja Trybunału Sprawiedliwości UE jest słuszna, a zatem fiński związek zawodowy skutecznie nabył będące przedmiotem sporu wierzytelności pracownicze⁶ i mógł wytoczyć powództwo o zapłatę, o tyle uzasadnienie prawne tej tezy jest — jak się wydaje — chybione.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że wypływające z art. 47 Karty praw podstawowych prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu zostałyby naruszone, gdyby w sprawie znalazł zastosowanie przepis art. 84 k.p., wprowadzający ustawy zakaz cesji wierzytelności o wynagrodzenie za pracę i powodujący nieskuteczność przeniesienia tych należności na związek zawodowy. W konsekwencji bowiem *Sähköalojen ammattiliittory* nie przysługiwałaby legitymacja do wytoczenia powództwa o zapłatę, a zatem organizacja ta pozbawiona byłaby skutecznego środka do obrony praw pracowniczych. Innymi słowy, wynikające z polskiej regulacji prawa pracy wyłączenie możliwości rozporządzenia wynagrodzeniem za pracę na osobę trzecią nie tylko nie zabezpiecza interesów pracowniczych (co stało u podstaw uzasadnienia dla tej regulacji — o czym niżej), ale stanowi wprost naruszenie fundamentalnych zasad, na których opiera się prawo Unii Europejskiej (wpisanych wprost do Karty praw podstawowych).

Rozważania odnoszące się do słuszności tezy Trybunału Sprawiedliwości UE musi poprzedzić analiza art. 47 Karty praw podstawowych. Zgodnie ze wskazanym przepisem każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii Europejskiej zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, jak również do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony uprzednio na mocy ustawy oraz do uzyskania porady prawnej, skorzystania z pomocy obrońcy i przedstawiciela, w przypadku osób niezamożnych — nieodpłatnie. Wskazana regulacja dotyczy wprost tzw. prawa do sądu, które w granicach w tym przepisie określonych, powinno być uregulowane w prawie krajowym. Tymczasem nie sposób uznać, że zakaz dokonywania cesji wierzytelności o wynagrodzenie za pracę ogranicza pracownikowi prawo do sądu; co więcej, Trybunał Sprawiedliwości UE nie wyjaśnił na czym to ograniczenie miało polegać⁷. Co prawda, można przyjąć założenie, że

⁶ Odmienne P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13, LEX/el. 2015, pkt 6.*

⁷ Tak też P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13, LEX/el. 2015, pkt 6.*

polskiemu pracownikowi trudniej niż fińskiej organizacji związkowej byłoby wytoczyć powództwo w Finlandii, jednakże pozew w tej sprawie mógł być wniesiony bez przeszkód do sądu polskiego na podstawie art. 19 ówczesnie stosowanego rozporządzenia jurysdykcyjnego⁸. Zasadny byłby także argument, że w związku z istniejącym w ramach stosunku pracy zwierzchnictwem, pracownicy Elektrobudowy S.A. mogli się obawiać występowania osobiście z powództwem przeciwko swojemu pracodawcy, stąd też posłużenie się przez nich konstrukcją cesji wierzytelności na *Sähköalojen ammattiliitto ry*, pozwalało uniknąć niekomfortowej dla nich sytuacji. Jednakże wskazany cel mógł równie dobrze być osiągnięty poprzez ustanowienie przez pracowników pełnomocnika w osobie przedstawiciela organizacji związkowej⁹, reprezentującego ich w sporze z pracodawcą. Nie sposób zatem znaleźć obiektywnie istotnego argumentu przemawiającego za tezą, zgodnie z którą wyłączenie dopuszczalności zbycia wierzytelności o wynagrodzenie za pracę (w tym na rzecz organizacji związkowej zrzeszającej danego pracownika) prowadzi do ograniczenia zatrudnionemu prawa do sądu¹⁰.

Tymczasem *ratio legis* reguły wynikającej z art. 84 k.p. jest zupełnie inna i stanowi przejaw ochrony szeroko rozumianych praw pracowniczych, o czym Trybunał Sprawiedliwości UE w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia nawet nie wspomniał. U podstaw regulacji wynikającej z art. 84 k.p. legły bowiem zasady kierunkowe konwencji Nr 95 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej ochrony płacy¹¹. Ich wdrożenie przez poszczególnych prawodawców miało na celu zapewnienie pracownikom prawnej ochrony wynagrodzenia za pracę. Poprzez przyjęcie konwencji Nr 95 MOP poszczególne państwa zobowiązały się takiego ukształtowania własnego systemu prawa, by zrealizować cel konwencji, jakim jest zapewnienie pracownikom możliwości uzyskania realnych

⁸ Zob. art. 19 pkt 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. L 012, 16/01/2001, s. 1–23).

⁹ Zob. art. 465 § 1 k.p.c., zgodnie z którym pełnomocnikiem pracownika [...] może być również przedstawiciel związku zawodowego lub inspektor pracy albo pracownik zakładu pracy, w którym mocodawca jest lub był zatrudniony [...].

¹⁰ Zob. też P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 6.

¹¹ Konwencja Nr 95 MOP z 1.7.1949 r. dotycząca ochrony płacy (Dz.U. z 1955 r. Nr 38, poz. 234 zał.) [dalej: konwencja Nr 95 MOP]. Zob. w szczególności: W. Kurowski: *Dopuszczalność zajęcia oraz przelewu wierzytelności o wynagrodzenie za pracę. Uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, w: *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle*, Red. M. Frasz, P. Ślęzak. Warszawa 2017, s. 231–233.

środków potrzebnych do własnego utrzymania. W kontekście glosowanego orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE na szczególną uwagę zasługuje wynikająca z art. 10 konwencji Nr 95 MOP dyrektywa ograniczenia dopuszczalności przelewu wierzytelności o wynagrodzenie za pracę¹². W myśl tego przepisu „płacę należy chronić od [...] cesji w stopniu uznanym za potrzebny dla zapewnienia utrzymania pracownika i jego rodziny”. Jednocześnie zakres ochrony i sposób, w jaki dyrektywa ta zostanie implementowana do prawodawstwa wewnętrznego oddano ustawodawcom krajowym. Ci ostatni zostali bowiem zobowiązani do określenia „trybu” i „granic” (dopuszczalności) przenoszenia wierzytelności o wynagrodzenie za pracę. Zadaniu temu sprostał polski prawodawca poprzez regulację wynikającą z art. 84 k.p.¹³. W polskiej judykaturze, jak i w wypowiedziach doktryny próżno szukać poglądów kwestionujących zasadność wskazanego unormowania. Zważywszy bowiem na rangę Międzynarodowej Organizacji Pracy oraz fakt pionierskiej regulacji pracowniczej wynikającej z konwencji Nr 95, która stała się podstawą opisanego polskiego unormowania, nie sposób przypisywać temu ostatniemu celów sprzecznych z interesem pracowników¹⁴.

Wprowadzony art. 84 k.p. zakaz przenoszenia wierzytelności o wynagrodzenie za pracę ma charakter bezwzględny i nie są przewidziane od niego wyjątki. Chodzi bowiem o uniknięcie sposobności do obejścia tego ograniczenia. Dotyczy on zatem także cesji na rzecz organizacji związkowej, którego to przelewu próbowali dokonać pracownicy Elektrobudowy S.A. W przypadku zawarcia umowy przeniesienia wierzytelności pracowniczych, o których mowa w art. 84 k.p., pożądany przez strony skutek nie nastąpi, gdyż na podstawie przepisów art. 58 k.c. w zw. z art. 300 k.p., umowę należy uznać za nieważną. Uprawnionym do otrzymania wynagrodzenia za pracę pozostanie zatem dalej pracownik.

Trybunał Sprawiedliwości UE nie podjął się jednak ważenia interesów stron, które są chronione odpowiednimi regulacjami o charakterze ponadkrajowym, a wynikają z art. 10 konwencji Nr 95 MOP (w zakresie ochrony wynagrodzenia za pracę) oraz z art. 47 Karty praw podstawowych (co do zapewnienia prawa do sądu). Zarówno bowiem w odniesieniu do pierwszego, jak i drugiego wskazanego wyżej ważkiego interesu, w tej konkretnej sprawie znalazły by się argumenty przemawiające za pryma-

¹² Zob. także W. Kurowski: *Wynagrodzenie za pracę i jego ochrona w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Red. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar. Warszawa 2017, s. 89–90.

¹³ Na ten temat zob. W. Kurowski: *Dopuszczalność...*, s. 235–236.

¹⁴ W. Kurowski: *Stosunek pracy...*, s. 301–303.

tem jednej¹⁵ albo drugiej regulacji¹⁶, a co za tym idzie — zastosowaniem względnie odmówieniem zasadności stosowania art. 84 k.c.

Poczynione powyżej uwagi nie mogą jednak przesłonić głównego zarzutu, jaki należy skierować w odniesieniu do komentowanego orzeczenia (a właściwie — jego uzasadnienia). Właściwa kolizyjnoprawna ocena przez Trybunał Sprawiedliwości UE dokonana przez pracowników Elektrobudowy S.A. na rzecz *Sähköalojen ammattiliitto ry* przelewu wierzytelności o wynagrodzenie za pracę (a precyzyjniej — części tego świadczenia) pozwoliłaby bowiem na uznanie cesji — w tym konkretnym stanie faktycznym — za ważną, bez uciekania się do podważania propracowniczego zakazu cesji wypływającego z art. 84 k.p.¹⁷

Na wstępie należy wskazać, że przelew wierzytelności o wynagrodzenie za pracę nie wchodzi w zakres statutu stosunku pracy (wyznaczanego przepisami art. 8 rozporządzenia Rzym I) i wymaga odrębnej kolizyjnoprawnej oceny w oparciu o miarodajne reguły wypływające z art. 14 rozporządzenia¹⁸. W myśl generalnej reguły z art. 14 ust. 1 tego aktu,

¹⁵ Pracownicy Elektrobudowy S.A. mieli możliwość wytoczenia powództwa o zapłatę części wynagrodzenia (do kwoty wynagrodzenia minimalnego) zarówno w Polsce (na podstawie), jak i w Finlandii. Nie musieli także czynić tego samodzielnie, gdyż ich interesy mógł reprezentować m.in. przedstawiciel związku zawodowego, a zatem zbędne było dokonywane przelewu spornych wierzytelności na organizację związkową. Bez uszczerbku dla propracowniczej regulacji wynikającej z art. 84 k.p. prawo do sądu w odniesieniu do tych pracowników nie zostało naruszone (a zatem zasada wypływająca z art. 47 Karty praw podstawowych została naruszona).

¹⁶ W omawianej sytuacji faktycznej nie istniało ryzyko naruszenia szeroko rozumianego prawa pracownika do wynagrodzenia za pracę. Przelew wierzytelności na rzecz organizacji związkowej miał na celu umożliwienie ich dochodzenia przez cesjonariusza, bez uszczerbku interesom cedentów. *Sähköalojen ammattiliitto ry* działał bowiem formalnie jako uprawniony, ale nie budzi wątpliwości, że rzeczywistymi beneficjentami postępowania sądowego byli pracownicy Elektrobudowy S.A., którzy mieli uzyskać całość zasądzonych kwot. Jednocześnie pracownicy ci zyskiwali na profesjonalnym podejściu organizacji związkowej do sprawy i unikali niekomfortowej sytuacji prowadzenia sporu z własnym pracodawcą. Można zatem uznać, że bezwzględny zakaz cesji wierzytelności o wynagrodzenie za pracę wypływający z art. 84 k.p. jest zbyt daleko idący, a cel regulacji art. 10 konwencji Nr 95 MOP (w zakresie ochrony wynagrodzenia za pracę) można osiągnąć środkami mniej dla pracowników uciążliwymi. Warto zatem uczynić w tym zakresie wyjątek podmiotowy (umożliwiający cesję na rzecz określonych podmiotów, przykładowo — organizacji związkowych) oraz rodzajowy (stwarzający podstawy prawne jedynie dla przelewu w celu inkasa, stanowiącego rodzaj cesji powierniczej, z wyłączeniem wynagrodzenia dla świadczącego usługi windykacyjne).

¹⁷ Odmienne P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13, LEX/el. 2015, pkt 6.*

¹⁸ M.P. Zachariasiewicz: *Zmiany w unormowaniu cesji wierzytelności (od artykułu 12 konwencji rzymskiej do artykułu 14 rozporządzenia Rzym I)*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM] 2010, T. 6, s. 115—154; A. Wowerka: *Przelew wierzytelności w świetle rozporządzenia Rzym I*, PPPM 2011, T. 9, s. 35—61;

stosunek między zbywcą i nabywcą wierzytelności podlega prawu, które zgodnie z rozporządzeniem jest właściwe do oceny umowy zawartej między nimi¹⁹. Jednocześnie zgodnie z art. 14 ust. 2, prawo, któremu podlega przenoszona wierzytelność, rozstrzyga o jej zbywalności, stosunku pomiędzy nabywcą wierzytelności a dłużnikiem, przesłankach skuteczności przelewu wobec dłużnika oraz zwalniającym skutku świadczenia przez dłużnika. Ocena dopuszczalności przeniesienia danej wierzytelności (tj. ustalenie, czy w odniesieniu do niej przewidziane są ograniczenia albo bezwzględny zakaz cesji) podlega prawu dla niej właściwemu²⁰. Skoro w sprawie *Sähköalojen ammattiliitto ry* przeciwko Elektrobudowie S.A. przedmiotem sporu była wierzytelność o wynagrodzenie za pracę, miarodajnego dla niej statutu należy poszukiwać w oparciu o art. 8 rozporządzenia Rzym I, wskazującego prawo właściwe dla stosunku pracy, z którego ona wynika. Trzeba jednak pamiętać, że w tym konkretnym przypadku, zważywszy na to, że chodziło o wynagrodzenie za pracę pracowników delegowanych, należy przy ustalaniu właściwej *legis causae* uwzględnić także regulację wypływającą z art. 3 ust. 1 lit. c dyrektywy 96/71/WE. Mimo zatem, że co do zasady umowy o pracę pracowników Elektrobudowy S.A. podlegały prawu polskiemu (strony stosunku pracy dokonały bowiem wyboru tego właśnie prawa), to na podstawie wskazanego przepisu dyrektywy 96/71/WE, będąca przedmiotem sporu część wynagrodzenia nie podlegała prawu polskiemu, a — fińskiemu²¹. Cesją objęte były bowiem jedynie te składniki (elementy) wierzytelności, które

W. Kurowski: *Nowe kolizyjnoprawne unormowanie podmiotowych zmian stosunku zobowiązaniowego na tle rozporządzenia „Rzym I” i polskiej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, Red. J. Poczobut. Warszawa 2013, s. 143—147; W. Kurowski: *Zmiany podmiotowe*, w: *System Prawa Handlowego, t. 9. Międzynarodowe prawo handlowe*, Red. W. Popiołek. Warszawa 2013, s. 766—769.

¹⁹ M.P. Zachariasiewicz: *Zmiany w unormowaniu...*, s. 145—146; A. Wowerka: *Przelew wierzytelności...*, s. 40—42; W. Kurowski: *Nowe kolizyjnoprawne unormowanie...*, s. 143—144; M. Czepelak: *Międzynarodowe prawo zobowiązań Unii Europejskiej. Komentarz do rozporządzeń rzymskich*. Warszawa 2012, s. 417—420; W. Kurowski: *Zmiany podmiotowe...*, s. 766—767; W. Kurowski, w: *Prawo Prywatne Międzynarodowe. Komentarz*, Red. M. Pazdan. Warszawa 2018, s. 792—793.

²⁰ T.C. Hartley: *Choice of law regarding the voluntary assignment of contractual obligations under the Rome I regulation*, „International and Comparative Law Quarterly” [dalej: ICLQ] 2011, Nr 1, s. 37; W. Kurowski: *Zmiany podmiotowe...*, s. 768; W. Kurowski, w: *Prawo...*, s. 795—796; W. Kurowski: *Wynagrodzenie...*, s. 91.

²¹ W. Kurowski: *Dopuszczalność...*, s. 239—240. Odmienne P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13, LEX/el. 2015, pkt 6*. Odmienne również co do zasady TSUE, choć w uzasadnieniu brak jest wyraźnego stanowiska tego sądu, wyrażonego *expressis verbis*. Zob. uzasadnienie wyr. TSUE z 12.2.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa S.A.*, pkt 19—26.

stanowiły uzupełnienie minimalnego wynagrodzenia przysługującego uprawnionym na podstawie prawa obowiązującego w Finlandii. Przyjmując zatem, że przedmiotem przelewu stały się składniki należności pracowników poddane prawu fińskiemu, to w tym ostatnim systemie prawnym należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność ich przeniesienia na osobę trzecią²². Decyduje zatem prawo, któremu poddane są przenoszone uprawnienia w ramach wierzytelności o wynagrodzenie za pracę²³.

Tymczasem, zgodnie z § 7 rozdziału 1 fińskiej ustawy o umowie o pracę²⁴, ograniczenia zbywalności odnoszą się tylko do niewymagalnych wierzytelności wynikających z umowy o pracę (ust. 2). Zważywszy, że cesją na rzecz *Sähköalojen ammattiliitto ry* objęte zostały wymagalne należności polskich pracowników, to przyjmując w tym zakresie właściwość prawa fińskiego, przeniesienie wierzytelności było skuteczne. Innymi słowy, umowa przelewu wierzytelności pracowników Elektrobudowy S.A. — wbrew stanowisku Trybunału Sprawiedliwości UE — wywołała skutek bez konieczności podważania legalności regulacji wynikającej z art. 84 k.p., w oparciu o jego sprzeczność z art. 47 Karty praw podstawowych, a uprawnionym do dochodzenia już swoich należności stała się organizacja związkowa. *Sähköalojen ammattiliitto ry* była zatem legitymowana do wytoczenia przeciwko Elektrobudowie S.A. powództwa i w tym zakresie rozważania Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszące się do rzekomego naruszania przez art. 84 k.p. zasady prawa do sądu, wynikającej z Karty praw podstawowych, nie były celowe.

Omówienie pierwszej kwestii, kluczowej ze względu na ustalenie legitymacji procesowej powoda w postępowaniu, umożliwia bliższe przyjęcie się drugiemu zagadnieniu prawnemu podjętemu przez Trybunał Sprawiedliwości UE, zarysowanemu na wstępie glosy. Odpowiedzi wymaga zatem pytanie, na ile świadczenie wynikające z umowy o pracę, które pracownicy Elektrobudowy S.A. otrzymywali w zamian za wyko-

²² Przepis art. 3 ust. 1 lit. c dyrektywy 96/71/WE stanowi wyjątek od unormowania art. 8 rozporządzenia Rzym I.

²³ Należy podkreślić, że przedmiotem przelewu na rzecz *Sähköalojen ammattiliitto ry* były jedynie poszczególne uprawnienia (elementy wierzytelności o wynagrodzenie za pracę) podlegające — co oczywiste w kontekście sprawy, na podstawie art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE — prawu fińskiemu (na istnienie tych bowiem uprawnień w prawie fińskim, kształtujących minimalne wynagrodzenie za pracę, zwracał uwagę powodowy związek zawodowy). Na podstawie art. 14 ust. 2 rozporządzenia Rzym I prawo fińskie było zatem właściwe do oceny dopuszczalności przeniesienia tych uprawnień na *Sähköalojen ammattiliitto ry*. W podobny sposób uzasadniał swoje stanowisko rzecznik generalny N. Wahl w opinii z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa S.A.*, pkt. 55—58, 120.

²⁴ Zob. ustawę 55/2001 o umowie o pracę z 26.01.2001 r. (*Työsopimuslaki*).

nywanie swoich obowiązków w Finlandii, stanowiło wynagrodzenie minimalne, o którym mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE w rozumieniu fińskich układów zbiorowych pracy?

Nie ulega wątpliwości, że główną powinnością pracodawcy wynikającą ze stosunku pracy jest wypłata na rzecz swojego pracownika należnego mu wynagrodzenia²⁵. Ze względu na sprzeczność interesów każda ze stron dąży do ustalenia tego świadczenia w wysokości dla siebie korzystnej, przy czym ich zapatrywania w tej kwestii są rozbieżne. To z tego powodu postulat „zagwarantowania zarobku, zapewniającego warunki przyzwoitego utrzymania” leży u podstaw Międzynarodowej Organizacji Pracy²⁶, a „uznanie zasady «równej płacy za równą pracę»” wpisano do preambuły Konstytucji Międzynarodowej Organizacji Pracy z 9 października 1946 roku.

Wskazane powyżej zasady, na których powinny opierać się stosunki pracy, wspierane są różnymi mechanizmami, uniemożliwiającymi pracodawcom wykorzystywanie (w szczególności w okresach dekonunktury) swojej silniejszej pozycji względem pracowników i zabezpieczającymi tych ostatnich przed wymuszaniem zgody na wynagrodzenie za pracę poniżej racjonalnie akceptowalnego poziomu. Takim instrumentem prawnym jest wprowadzana przepisami ogólnymi albo w drodze układów zbiorowych pracy minimalna wysokość płacy²⁷ za pracę w określonym czasie lub też za uzgodnioną jednostkę czasu pracy.

Wskazane powyżej wyzwanie „zagwarantowania zarobku, zapewniającego warunki przyzwoitego utrzymania” jest jeszcze bardziej palące w odniesieniu do pracowników delegowanych do świadczenia pracy w kraju innym niż ten, w którym zwykle wykonują swoje obowiązki. Jeżeli bowiem poziom cen dóbr i usług w państwie przyjmującym jest wyższy niż w kraju pochodzenia, uzgodnienia stron umowy o pracę odno-

²⁵ W. Kurowski: *Stosunek pracy...*, s. 298; W. Kurowski, w: *Prawo...*, s. 703—704, zob. także A.M. Świątkowski: *Międzynarodowe prawo pracy, t. II, Międzynarodowe prywatne prawo pracy*. Warszawa 2010, s. 299—302.

²⁶ M. Nowak: *Prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę. Regulacja prawna i treść*. Łódź 2007, s. 19—40.

²⁷ Zob. wyr. TS z 18.12.2007 r., C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809, pkt 107; zob. także A.M. Świątkowski: *Kwartet Laval w prawie pracy, „Państwo i Prawo”* [dalej: PiP] 2010, Nr 12, s. 38; M. Nowak: *Prawo do godziwego wynagrodzenia...*, s. 98—146; M. Seweryński: *Minimalne wynagrodzenie za pracę — wybrane zagadnienia*, w: *Wynagrodzenie za pracę w warunkach społecznej gospodarki rynkowej i demokracji*, Red. W. Sanetra. Warszawa 2009, s. 53—55; K. Walczak: *Pojęcie płacy godziwej w ujęciu multidyscyplinarnym*, w: *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*, Red. G. Uścińska. Warszawa 2013, s. 344—345; W. Kurowski: *Stosunek pracy...*, s. 299.

szące się do wysokości wynagrodzenia mogą nie uwzględniać tej różnicy, co więcej — obowiązująca w państwie pochodzenia minimalna wysokość płacy określona odpowiednimi przepisami (ustawowymi albo wynikającymi z układów zbiorowych pracy), stanowiącymi najczęściej miarodajną *legem laboris* (na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia Rzym I), nie zrekompensuje konieczności wydatkowania większych środków na bieżące utrzymanie.

Z tych też powodów zagadnienie minimalnego wynagrodzenia za pracę w odniesieniu do pracowników delegowanych ogniskuje większość sporów na tle wykładni dyrektywy 96/71/WE²⁸. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. c) tego aktu państwa członkowskie UE zapewniają, że bez względu na to, jakie prawo stosuje się w odniesieniu do stosunku pracy nawiązanego przez przedsiębiorcę delegującego pracownika do innego państwa członkowskiego UE, będą gwarantowały pracownikom delegowanym na ich terytorium warunki zatrudnienia, ustalone przez przepisy powszechnie obowiązujące lub umowy zbiorowe (orzeczenia arbitrażowe) uznane za powszechnie stosowane, obejmujące m.in. minimalne stawki płacy, wraz ze stawką za nadgodziny²⁹. Innymi słowy, pracownikowi delegowanemu do pracy na terytorium innego państwa członkowskiego UE przysługuje od swojego pracodawcy wynagrodzenie minimalne w wysokości obowiązującej na terytorium tego innego państwa³⁰. W oczywisty sposób mechanizm ten ma zapewniać pracownikom, którzy wykonują swoje obowiązki w innym państwie niż kraj pochodzenia (ten, w którym zwykle świadczą pracę) płacę minimalną odpowiadającą realiom miejscowym, a nie państwa, z którego wyjechali. Jeżeli jednak w państwie pochodzenia obowiązuje płaca minimalna na wyższym poziomie niż w państwie przyjmującym, pracownikowi przysługuje to wyższe świadczenie (art. 3 ust. 7 dyrektywy 96/71/WE).

Stan faktyczny, który stał się kanwą dla głosowanego wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE uwidoczniał, jakie wątpliwości mogą pojawić się przy wykładni określenia „minimalne stawki płacy” z art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE. Chodzi tu w szczególności o precyzyjne wskazanie, które świadczenia pracodawcy na rzecz pracownika „zaliczają” się

²⁸ Zob. P. Wąż: *Charakterystyka transgranicznego stosunku pracy na tle dyrektywy Nr 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady*, „Monitor Prawniczy” [dalej: MoPr] 2008, Nr 2, s. 81.

²⁹ Na ten temat zob. w szczególności M. Zachariasiewicz, w: *System...*, s. 520—526.

³⁰ N. Reich: *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union — the Laval and Viking Cases before the ECJ*, „German Law Journal” [dalej: GLJ] 2008, Nr 2, s. 142; S. Majkowska-Szulc: *Sytuacja prawna pracownika delegowanego w ramach świadczenia usług*, w: *Przepływ osób i świadczenie usług w Unii Europejskiej. Nowe zjawiska i tendencje*, Red. S. Biernat, S. Dudzik. Warszawa 2009, s. 255—256.

do wynagrodzenia minimalnego (a zatem są przez nie „konsumowane”), a jakie muszą być spełniane obok niego, a co za tym idzie — podwyższają kwotę wypłacanego pracownikowi uposażenia. Co istotne, dyrektywa 96/71/WE jest w tym zakresie bardzo lakoniczna, gdyż jedynie art. 3 ust. 7 akapit drugi sugeruje, że dodatki do wynagrodzenia właściwe delegowaniu należy uważać za część płacy minimalnej, o ile nie są wypłacane z tytułu zwrotu wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania, takich jak koszty podróży, wyżywienia i zakwaterowania³¹, a zatem te ostatnie nie mogą uszczuplać minimalnej kwoty wypłacanej pracownikowi.

Punktem wyjścia dalszych rozważań powinno być stwierdzenie, że prawodawcy nie są zobowiązani do określania obowiązującego w poszczególnych państwach członkowskich UE minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jeżeli jednak zdecydują się na taką regulację, to „minimalna stawka płacy” może być rozmaicie przez nich kształtowana³², jak również — obejmować różne jej składniki³³. Jest to materia, która podlega wewnętrznym unormowaniom prawa pracy. Jednakże, jak wcześniej wskazano, nie każde świadczenie pracodawcy może być uznane za składnik „minimalnej stawki płacy” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE. Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE daje przy tym podstawę do sformułowania dyrektywy ogólnej, pozwalającej wyłączyć z wynagrodzenia minimalnego te dodatki, które nie są zdefiniowane jako składniki płacy minimalnej przez prawo lub praktykę krajową przyjmującego państwa członkowskiego UE, a dążą do zachowania równowagi między świadczeniem pracownika a otrzymywanym przez niego świadczeniem wzajemnym³⁴. Innymi słowy, jeżeli pracodawca wymaga od pracownika świadczenia pracy w warunkach, wymiarze, czy też okolicznościach przekraczających wymagania stawiane w normalnym biegu rzeczy, to taki zwiększony wysiłek pracownika po-

³¹ Zob. P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 3.

³² Zob. wyr. TSUE z 7.11.2013 r., C-522/12, *Tevfik Isbir v. DB Services GmbH*, ECLI:EU:C:2013:711, pkt 36. Zob. także P. Wąż: *Dyrektywa Nr 96/71/WE w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, MoPr 2008, Nr 11, s. 577.

³³ Zob. m.in. wyr. Tryb. EFTA z 23.1.2012 r., E-2/11, *STX Norway Offshore AS v. Norwegia*, niepubl., pkt 61, 64.

³⁴ Zob. wyr. TSUE z 14.4.2005 r., C-341/02, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec*, ECLI:EU:C:2005:220, pkt 39—40 oraz wyr. TSUE z 7.11.2013 r., C-522/12, *Tevfik Isbir v. DB Services GmbH*, ECLI:EU:C:2013:711, pkt 38—40. Zob. także P. Wąż, *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 3; M. Zachariasiewicz, w: *System...*, s. 525—526.

winien być dodatkowo wynagradzany ponad „minimalną stawkę płacy”, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE³⁵.

W sprawie z powództwa *Sähköalojen ammattiliitto ry* przeciwko Elektrobudowie S.A. związek zawodowy zakwestionował zasadność zaliczenia do „minimalnej stawki płacy” wypłaconych pracownikom: a) stałej diety należnej w związku z delegowaniem do świadczenia pracy poza swoim miejscem zamieszkania, b) dodatku wakacyjnego, c) odszkodowania za utratę czasu potrzebnego na dojazd do miejsca świadczenia pracy, oraz wartości przekazanych przez pracodawcę: d) bonów na posiłki, a także ponoszonych za pracowników: e) kosztów ich zakwaterowania.

Poza wątpliwościami dotyczącymi wykładni określenia „minimalnej stawki płacy”, którym posłużył się prawodawca w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE, dodatkowe zarzuty *Sähköalojen ammattiliitto ry* wobec Elektrobudowie S.A. wiązały się z uniemożliwieniem pracownikom pracy na akord (przez co nie mogli osiągnąć wyższego wynagrodzenia), jak również z niekorzystnym dla pracowników zaliczeniem ich do kategorii zaszeregowania zgodnie z prawem, któremu podlegała umowa o pracę (prawem polskim), a nie na podstawie prawa państwa przyjmującego (fińskich układów zbiorowych pracy).

Odnosząc się do pytania, czy stała dieta wypłacana pracownikom w związku z delegowaniem do świadczenia pracy poza swoim miejscem zamieszkania stanowi część płacy minimalnej, Trybunał Sprawiedliwości UE opowiedział się za uznaniem tak określonego dodatku za jeden z elementów tego wynagrodzenia, na warunkach zbieżnych do tych, na jakich ta dieta włączana jest do płacy minimalnej wypłacanej pracownikom lokalnym w przypadku ich delegowania w ramach danego państwa członkowskiego UE. Sąd słusznie uznał stałą dietę za „dodatek właściwy delegowaniu” w rozumieniu art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE, gdyż nie jest on wypłacany z tytułu zwrotu wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania, takich jak koszty podróży, wyżywienia i zakwaterowania. Zgodnie bowiem z mającymi do sprawy zastosowanie układami zbiorowymi pracy, stała dieta stanowiła kwotę ryczałtową (34—36 euro), wypłacaną za każdy dzień delegowania poza określone umową miejsce świadczenia pracy. Był to zatem dodatek mający na celu zrekompensowanie niedogodności, jakie wiążą się z koniecznością przebywania poza swoim miejscem zwykłego pobytu³⁶. Nie miał

³⁵ Zob. S. Majkowska-Szulc: *Sytuacja prawna...*, s. 255—256.

³⁶ Tak TSUE wyr. z 12.2.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2015:86, pkt 49—51, odmiennie *N. Wahl* w opinii rzecznika generalnego z 18.9.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2014:2236, pkt 100.

on natomiast na celu wyrównanie zwiększonych kosztów (zwrotu wydatków) faktycznie poniesionych na skutek delegowania.

Trybunał Sprawiedliwości UE nie miał także wątpliwości co do uznania dodatku wakacyjnego, wypłacanego pracownikom zgodnie z prawem państwa przyjmującego w okresie płatnego urlopu, za element kształtujący „minimalną stawkę płacy” w myśl art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE. W tym przypadku sąd słusznie przyjął, że skoro każdemu pracownikowi przysługuje coroczny płatny urlop, to powiązane z nim świadczenie należne jest także pracownikom delegowanym. Realizacja koncepcji płatnego urlopu ma bowiem zapewniać pracownikowi będącemu na urlopie sytuację zbieżną — w odniesieniu do wynagrodzenia — do tej, w jakiej znajduje się on w okresach wykonywania pracy³⁷.

Kolejne pytanie kierowane do Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczyło odszkodowania za czas potrzebny na dotarcie do pracy i dopuszczalności uznania tego świadczenia za element „minimalnej stawki płacy”, w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE.

W tym przypadku sąd — podobnie jak to uczynił w odniesieniu do stałej diety w związku z delegowaniem — uznał, że odszkodowanie to nie jest wypłacane tytułem zwrotu wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania, zgodnie z art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE, a w związku z tym należy je traktować jako dodatek właściwy delegowaniu, a tym samym jako składnik minimalnego wynagrodzenia za pracę³⁸. Dodatek ten nie stanowił bowiem odszkodowania *sensu stricto*, uzależnionego od wysokości szkody. Mimo mylącej nazwy, zgodnie fińskim z układem zbiorowym pracy, stanowił on bowiem świadczenie pracodawcy mające kompensować wydłużony dojazd do miejsca wykonywania obowiązków pracowniczych (przewyższający dziennie godzinę) i przybierał formę ryczałtu.

W przypadku trzech opisanych powyżej dodatków do wynagrodzenia, Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że kształtują one (a zatem — wchodzi w zakres) „minimalnej stawki płacy” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE³⁹. Nie zostały one bowiem uznane za świadcze-

³⁷ Tak TSUE w wyr. z 16.3.2006 r., C-131/04 i C-257/04, *C. D. Robinson-Steele v. R. D. Retail Services Ltd oraz Frank Staddon Ltd, J. C. Caulfield, C. F. Caulfield, K. V. Barnes v. Hanson Clay Products Ltd*, EU:C:2006:177, pkt 58; TSUE w wyr. z 20.1.2009 r., C-350/06 i C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff v. Deutsche Rentenversicherung Bund oraz Stringer v. Her Majesty's Revenue and Customs*, EU:C:2009:18, pkt 60; TSUE w wyr. z 22.5.2014 r., C-539/12, *Z.J.R. Lock v. British Gas Trading Limited*, EU:C:2014:351, pkt 17.

³⁸ Tak TSUE w wyr. z 12.2.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2015:86, pkt 56.

³⁹ Zob. P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 5.

nia wypłacane z tytułu zwrotu wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania, takich jak koszty podróży, wyżywienia i zakwaterowania (art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE) oraz nie mają na celu dyskryminowanie zagranicznych usługodawców, co byłoby sprzeczne z art. 56 TFUE (dodatki nie mogą bowiem przysługiwać jedynie pracownikom delegowanym z innych krajów)⁴⁰.

Poza zagadnieniem kształtowania minimalnego wynagrodzenia za pracę poprzez dodatkowe świadczenia pieniężne spełniające kryteria określone w cytowanym powyżej art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE, Trybunał Sprawiedliwości UE podjął także kwestię dopuszczalności zaliczania przez pracodawcę na poczet kwoty wcześniej ustalonej pensji korzyści niepieniężnych uzyskiwanych przez pracowników. W sprawie *Sähköalojen ammattiliitto ry* przeciwko Elektrobudowie S.A. przedmiotem sporu stało się uwzględnianie przy wypłacaniu „minimalnej stawki płacy” w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy wartości przekazanych przez pracodawcę bonów na posiłki, a także ponoszonych za pracowników kosztów ich zakwaterowania. Także i w tym przypadku kluczem do odpowiedzi na wskazane pytanie stała się dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości UE wykładnia przepisu art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE. Punktem wyjścia było założenie, że celem wskazanej regulacji jest zabezpieczenie pracowników przed niesłusznym zaliczaniem przez pracodawcę na poczet wypłaty minimalnego wynagrodzenia za pracę niepieniężnych świadczeń pracodawców na rzecz swoich pracowników, które w rzeczywistości pokrywają dodatkowe koszty, jakie ci ostatni ponosiliby w związku z ich delegowaniem do pracy w innym państwie. Inaczej bowiem dochodziłoby do pomniejszania kwoty „minimalnej stawki płacy”, stanowiącej ekwiwalent za świadczoną pracę, o sumy wydatkowane na pokrycie zobowiązań, które po stronie pracownika wyniknęły z powodu delegowania. W kraju, w którym zwykle wykonują oni swoje obowiązki na podstawie umowy o pracę (tj. najczęściej tam, gdzie ześrodkowana jest ich aktywność życiowa), nie ponoszą przecież tych dodatkowych kosztów — podróży (pomiędzy miejscem gdzie aktualnie pracownik wykonuje swoje obowiązki a państwem, w którym zwykle świadczy pracę), zakwaterowania (poza kosztami związanymi z utrzymaniem dotychczasowego, stałego lokalu, gdzie dotychczas mieszkał (a najczęściej dalej mieszka jego rodzina) pracownik musi bowiem zapewnić sobie zakwaterowanie na czas delegowania) oraz wyżywienia (które z reguły są wyższe poza miejscem stałego zamieszkania).

⁴⁰ Tak *N. Wahl* w opinii rzecznika generalnego z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2014:2236, pkt 93.

W przypadku polskich pracowników delegowanych przez Elektrobudowę S.A. do pracy w Finlandii, pracodawca podjął się zorganizowania i opłacania zakwaterowania tych osób w okresie, w którym wykonywali obowiązki pracownicze za granicą. Co więcej, Elektrobudowa S.A. finansowała także (przynajmniej w części) wyżywienie swoich pracowników, dystybując nieodpłatnie bony żywnościowe na ich rzecz. Świadczenia te nie były zatem wprost „zwrotem wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania” w rozumieniu art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE, gdyż pracownicy wcześniej takich obciążeń nie doznali. W konsekwencji nie powinny być one uznawane za element płacy minimalnej, do której pracownicy delegowani byli uprawnieni, co za tym idzie — ich wartość mogłaby pomniejszać sumę „minimalnej stawki płacy”, jaką mieli oni otrzymać (wynagrodzenie realnie wypłacone w powiązaniu z wartością tych niepieniężnych świadczeń stanowiłoby kwotę „minimalnej stawki płacy”, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE).

Takiej, korzystnej dla pracodawców, wykładni art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy nie dokonał tak rzecznik generalny⁴¹, jak i Trybunał Sprawiedliwości UE⁴² w swoim orzeczeniu. Zorganizowanie zakwaterowania dla swoich pracowników oraz zapewnienie darmowych posiłków przez pracodawcę należy — ich zdaniem — uznać za swoiście rozumiany „zwrot wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania”. Nie jest bowiem istotne, w jakim czasie i w jaki sposób pracownik uzyska świadczenie ściśle powiązane z delegowaniem do pracy w innym kraju⁴³. Kluczową kwestią jest natomiast, że ów pracownik nie powinien ze środków stanowiących „minimalną stawkę płacy”, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE, finansować wydatków, których nie musiałby pokryć, świadcząc pracę w miejscu, gdzie zwykle wykonuje on swoje obowiązki. Przyjmując odmienną optykę, łatwo byłoby zniweczyć *ratio legis* omawianej regulacji. Świadczenia rekompensujące zwiększenie kosztów ponoszonych przez pracownika w związku z delegowaniem, obniżałyby bowiem wysokość wynagrodzenia poniżej dopuszczalnego minimum. Reasumując, rzeczowe świadczenia związane z podróżą, wyżywieniem i zakwaterowaniem powinny być zawsze uznawane za „dodatki właściwe delegowaniu”, które „należy uważać za część płacy minimalnej”

⁴¹ Tak *N. Wahl* w opinii rzecznika generalnego z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2014:2236, pkt. 114, 120.

⁴² Tak TS w wyr. z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2015:86, pkt. 58—63.

⁴³ Tak też P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 5.

w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE (a zatem za nieobniżające jej wysokości).

O ile wykładnia przepisów art. 3 ust. 1 lit. c) oraz art. 3 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 96/71/WE, dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości UE, wydaje się logiczna, w szczególności w odniesieniu do sposobu interpretacji wyrażenia „zwrot wydatków faktycznie poniesionych na skutek delegowania, takich jak koszty podróży, wyżywienia i zakwaterowania” w kontekście ich prefinansowania przez pracodawcę w postaci zapewnienia darmowego zakwaterowania pracowników delegowanych za granicą, czy też nieodpłatnej dystrybucji bonów żywnościowych, o tyle przyjęte przez sąd stanowisko odnośnie do sposobu zaszeregowania pracowników, który wpływa na wysokość otrzymywanego przez nich wynagrodzenia, zasługuje na krytykę.

Co prawda, zagadnienie zaszeregowania pracowników do określonych grup nie dotyczy wprost kwestii „minimalnej stawki płacy”, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE, lecz w sprawie będącej przyczynkiem do rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości UE, owo (niewłaściwe — zdaniem tego sądu) zaszeregowanie miało znaczenie dla ustalenia minimalnego wynagrodzenia danych pracowników. Wskazane na wstępie zagadnienie — przyporządkowania danego pracownika do określonej ich grupy, ze wskazaniem stawki wynagrodzenia jej przypisanej, należy niewątpliwie do zakresu statutu stosunku pracy, wyznaczanego zgodnie z regułami kolizyjnymi wynikającymi z art. 8 rozporządzenia Rzym I. Nie zostało ono jednak — jak inne, w szczególności maksymalne okresy pracy i minimalne okresy wypoczynku, minimalny wymiar płatnych urlopów rocznych, czy też omawiane w tej glosie minimalne stawki płacy — wymienione w art. 3 ust. 1 dyrektywy 96/71/WE, co pozwalałoby w odniesieniu do pracowników delegowanych na sięgnięcie do prawa państwa przyjmującego, jeżeli przewidywałoby ono warunki pracy lub płacy korzystniejsze niż wynikające z prawa, któremu podlega umowa o pracę tych osób. Innymi słowy, prawodawca unijny w kwestii zaszeregowania pracowników do określonej grupy nie przyznał prawu państwa, na terytorium którego pracownik delegowany wykonuje (tymczasowo) swoje obowiązki, kompetencji do jego kształtowania w sposób odmienny od przyjętego w statucie stosunku pracy⁴⁴. Nie przeszkodziło to jednak Trybunałowi Sprawiedliwości UE uznać, że co do pracowników delegowanych powinny znaleźć zastosowanie przepisy państwa przyjmującego, które przypisują pracowników do określonych grup zaszeregowania w sposób pozwalający im uzyskać wynagrodzenie wyższe,

⁴⁴ Tak też P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13, LEX/el.* 2015, pkt 4.

niż by to wynikało z klasyfikacji poddanej statutowi stosunku pracy⁴⁵. *In concreto* chodziło o umożliwienie pracownikom Elektrobudowy S.A., delegowanym do pracy w Finlandii, pracy na akord (lepiej wynagradzanej, ze swoją „minimalną stawką płacy”), czego nie przewidywało prawo dla ich umów o pracę właściwe (prawo polskie), zamiast pracy w oparciu o godzinową „minimalną stawką płacy” (mniej dla pracowników korzystną). *Sähköalojen ammattiliitto ry* stał na stanowisku, że pracodawca miał obowiązek zaoferowania swoim pracownikom pracy na akord (a co za tym idzie — wypłacenia specjalnego wynagrodzenia z tym związanego). Jedynymi ograniczeniami stosowania przepisów prawa państwa przyjmującego w tym przypadku miałyby być: ich „wiązący” charakter (a zatem powinny być powszechnie obowiązujące lub też wynikać z układów zbiorowych pracy) oraz spełnianie przez te przepisy wymogów przejrzystości (a zatem muszą być one dostępne i jasne). Tymczasem w świetle dyrektywy 96/71/WE brak jest podstaw prawnych do takiego stanowiska. Przepisy tego aktu nie nakładają na pracodawcę obowiązku stosowania regulacji państwa przyjmującego przewidujących dla pracowników „wyższe” albo „najwyższe” minimalne wynagrodzenie za pracę, jeżeli zgodnie z tym prawem istnieje alternatywne do podstawowego unormowanie „minimalnej stawki płacy”⁴⁶. Dyrektywa nie znajduje poza tym zastosowania w kwestii zaszeregowania pracowników do określonej kategorii, a zatem brak jest podstaw do stosowania zasad przyjętych w tym zakresie w prawie państwa przyjmującego. Jak się wydaje, Trybunał Sprawiedliwości UE, pomijając stanowisko rzecznika generalnego⁴⁷, odszedł przy wydawaniu omawianego orzeczenia od założenia, którym się kierował wcześniej w podobnej sytuacji, by oceniając zagadnienie minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników delegowanych nie doprowadzać do maksymalizacji „minimalnej stawki płacy” na tle dyrektywy 96/71/WE⁴⁸. W uzasadnieniu orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE wybrzmiewa przy tym teza, że „płaca minimalna obliczona poprzez odniesienie do odpowiednich układów zbiorowych pracy (szerzej mówiąc — prawa państwa przyjmującego) nie może zależeć od swobodnego wy-

⁴⁵ Odmiennie *N. Wahl* w opinii rzecznika generalnego z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2014:2236, pkt 81.

⁴⁶ Zob. P. Wąż: *Glosa do wyroku TS z dnia 12 lutego 2015 r., C-396/13*, LEX/el. 2015, pkt 4.

⁴⁷ Zob. *N. Wahl* w opinii rzecznika generalnego z 18.09.2014 r. w sprawie C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2014:2236, pkt. 81—83.

⁴⁸ Zob. wyr. TSUE z 18.12.2007 r., C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU:C:2007:809, pkt 71.

boru pracodawcy delegującego pracowników wyłącznie w celu oferowania kosztu pracy niższego niż w przypadku pracowników lokalnych⁴⁹.

Orzeczeniem w sprawie C-396/13 Trybunał Sprawiedliwości UE poszedł jeszcze o krok dalej w propracowniczej wykładni dyrektywy 96/71/WE. Pomijając bowiem doprecyzowanie tym wyrokiem przesłanek dopuszczalności zaliczenia niektórych kategorii dodatków do wynagrodzenia jako elementów „minimalnej stawki płacy”, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 96/71/WE, sąd ten przesądził możliwość uznania rzeczowych świadczeń związanych z podróżą, wyżywieniem i zakwaterowaniem (po spełnieniu określonych warunków) za „dodatki właściwe delegowaniu”, które „należy uważać za część płacy minimalnej” w rozumieniu tej dyrektywy (a zatem nie obniżają jej wysokości). Co jednak najistotniejsze, a w świetle dyrektywy 96/71/WE, raczej niesłuszne, Trybunał Sprawiedliwości UE opowiedział się za koniecznością stosowania przez pracodawców systemów wynagradzania oraz sposobów zaszeregowania delegowanych pracowników zgodnie z regułami wynikającymi z prawa państwa przyjmującego (w tym także — układów zbiorowych pracy).

⁴⁹ Tak TSUE w wyr. z 12.02.2015 r., C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v. Elektrobudowa SA*, ECLI:EU:C:2015:86, pkt 41.

Projekt okładki: Grzegorz Nowak

Łamanie: Edward Wilk

ISSN 2353-9852

Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej
ISSN 1896-7604

Publikacja na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0 Międzynarodowe (CC BY-SA 4.0)



Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wersja elektroniczna, ukazująca się na platformie www.journals.us.edu.pl

W formie elektronicznej publikacja dostępna jest również w zasobach Central and Eastern European Online Library (www.ceeol.com)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Ark. druk. 13,25. Ark. wyd. 15,5.



Więcej o książce

