

Przemysław Czernicki
Łukasz Speer

EWOLUCJA INSTYTUCJI ARBITRAŻU INWESTYCYJNEGO W UJĘCIU HISTORYCZNYM I DOKTRYNALNYM

1. Wprowadzenie

Na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat w sferze międzynarodowych stosunków gospodarczych wzrasta znaczenie arbitrażu inwestycyjnego, który służy ułatwieniu polubownemu załatwianiu sporów toczonych na tle odmiennych interesów pomiędzy państwem a inwestorem prywatnym. Rozwój tego zjawiska jest związany przede wszystkim z nasilaniem się procesu globalizacji oraz z intensyfikacją międzynarodowych stosunków handlowych. Nie powinno budzić wątpliwości, że obecny kształt arbitrażu inwestycyjnego został ukształtowany poprzez oddziaływanie wielu czynników o charakterze historycznym i prawnym, wśród których istotną rolę odegrała również ewolucja poglądów doktrynalnych.

Współcześnie termin „doktryna” jest używany w różnych znaczeniach (m.in. jako konotacja nauki czy jakiejś opinii). Tymczasem chodzi o sformułowanie opartego na wynikach nauki praktycznego projektu, wizji czy „pouczenia” dotyczącego rozwiązania konkretnego problemu. Prawidłowo uformowana doktryna powinna składać się z elementu pozytywnego (diagnoza istniejącego stanu rzeczy, założenia światopoglądowe czy metodologiczne) oraz postulatywnego (wskazanie rozwiązania problemu w oparciu o praktyczne wskazówki) [Chodorowski 1972, 12-13].

Dr PRZEMYSŁAW CZERNICKI, adiunkt w Katedrze Prawa, Wydział Nauk Ekonomicznych i Prawnych, Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach; ul. Żytnia 17/19, 08-110 Siedlce, Polska; e-mail: przemcz5@wp.pl; <https://orcid.org/0000-0002-6566-5412>

Dr ŁUKASZ SPEER, Najwyższa Izba Kontroli; ul. Potażowa 55, 02-400 Warszawa, Polska; e-mail: lspeer@o2.pl; <https://orcid.org/0000-0001-8243-5208>

Doktryny arbitrażu inwestycyjnego pomyślane więc były jako koncepcje mające wpływ na rozstrzyganie powstających w konkretnych okolicznościach czy okresach międzynarodowych sporów o charakterze inwestycyjnym i gospodarczym. Praktyczne znaczenie tej problematyki oraz niemalże całkowity brak istnienia w tej mierze opracowań w polskiej literaturze przedmiotu nakazuje uważne pochylenie się nad sygnalizowanymi zagadnieniami. Godne podkreślenia jest, że tradycje sądownictwa polubownego są niezmiernie bogate, gdyż sięgają one swoimi korzeniami już doby starożytnej. Historycy stwierdzili występowanie instytucji podejmujących się rozwiązywania powstających pomiędzy stronami sporów handlowych na drodze polubownej już w V w. p.n.e. na terenie Aten, a następnie na terenie Imperium Rzymskiego [Ludwikowski 1998, 475]. Nie może to dziwić, skoro zdaniem czołowego polskiego specjalisty prawa międzynarodowego „użycie rozjemców stanowiło cechę charakterystyczną narodu greckiego” [Ehrlich 1947, 316-18; Mik 2014, 4-7; Przyborowska-Klimczak 2012, 18].

Kolejnymi ośrodkami, gdzie występowały przypadki odwoływania się do metod polubownego rozwiązywania sporów były średniowieczne miasta włoskie [Mik 2014, 7-10]. Instytucja arbitrażu znana była również prawu kupieckiemu (tzw. *lex mercatoria*)¹ [Fox 1992, 243-46]. W okresie feudalizmu rozwojowi arbitrażu sprzyjali też dążący do polubownego załatwienia swoich sporów niektórzy władcy europejscy, którzy kierowali tego typu sprawy do rozstrzygnięcia przez papieży, uniwersytety, czy też parlamenty [Berezowski 1953, 309-10]. W późniejszych stuleciach rozwój arbitrażu przebiegał ze zmiennym natężeniem, gdyż poza okresami jego popularności dochodziło do wyraźnych regresów odwoływania się do posługiwania się tą formą rozwiązywania sporów [Ehrlich 1947, 316-18]. Zdaniem badaczy do szerszego rozwoju sądownictwa polubownego doszło dopiero w dobie kapitalizmu [Berezowski 1953, 310]. W ślad za powstaniem i rozwojem ośrodków wymiany handlowej oraz w związku z jej intensyfikacją doszło do wykształcenia się i rozwoju instytucji podejmujących się rozwiązywania powstających pomiędzy uczestnikami obrotu sporów (jako nieodłącznego elementu gry odmiennych interesów o charakterze gospodarczym) na drodze polubownej. Popularność arbitrażu zależała od różnych czynników, m.in. stopnia rozwoju gospodarczego,

¹ Cyt. za: Ludwikowski 1998, 475-76.

intensyfikacji kontaktów zewnętrznych i wymiany handlowej czy rozwoju myśli prawniczej.

Uwzględnienie powyższych uwarunkowań może prowadzić do stawiania pytań o wpływ ukształtowanych historycznie reguł i doświadczeń na stan arbitrażu (w tym także inwestycyjnego) w dobie obecnej. Doktryny arbitrażu inwestycyjnego pomyślane były jako koncepcje mające usprawnić sposoby rozstrzygania powstających w konkretnych okolicznościach czy okresach międzynarodowych sporów o charakterze inwestycyjnym i gospodarczym. Można więc zastanawiać się, czy wykształcone przed dziesięcioleciai zasady są wciąż aktualne, a jeśli okażą się istotnie obowiązujące dla współczesnej praktyki – to z czego wynika ich uniwersalność? Jak te kwestie odnoszą się do zasady suwerenności państw? Analiza tych czynników może mieć również istotny wpływ na zrozumienie współczesnego charakteru oraz funkcji arbitrażu inwestycyjnego.

W dzisiejszym utylitarnym świecie o wartości danej doktryny decyduje jej przydatność dla rozstrzygnięcia konkretnych problemów społecznych, prawnych czy ekonomicznych. Chodzi o udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy twórcy analizowanych koncepcji dostarczyli przesłanek mających wpływ na arbitrażowy sposób rozstrzygania sporów między państwami czy inwestorami?

2. Uwarunkowania formowania się podstaw międzynarodowego arbitrażu w dziedzinie ochrony inwestycji w epoce rozwoju kapitalizmu monopolistycznego

Rozwój sytuacji geopolitycznej i układ stosunków międzynarodowych panujących w II poł. XIX w. w znacznym stopniu został zdeterminowany prowadzoną przez mocarstwa Zachodu agresywną polityką kolonialną i rywalizacją o poszerzenie obszarów swoich wpływów politycznych czy ekonomicznych. Wspomniane państwa dla realizacji własnych interesów odwoływały się do różnego rodzaju metod (naciski dyplomatyczne, tworzenie zależnych tworów państwowo-prawnych, a nawet prowadzenie konfliktów zbrojnych i wojen kolonialnych) [Szpak 1997, 147-60]. Rozwój imperializmu doprowadził w rezultacie po 1870 r. do podporządkowania interesom ówczesnych światowych hegemonów (przede wszystkim Anglii i Francji) ogromnej części globu poprzez podział stref ich wpływów

w Afryce i sporej części Azji czy Ameryki Południowej [tamże, 150; Kaczyńska i Piesowicz 1977, 483-502]².

Istotnymi przejawami polityki imperialnej było wspieranie przez państwa Zachodu ekspansji własnych przedsiębiorców poszukujących nowych źródeł surowców lub rynków zbytu. Znajdowało to wyraz w postaci wywozu kapitałów do słabiej rozwiniętych rejonów globu, gdzie istniał niedostatek kapitału, nadmiar taniej siły roboczej, czy też obfite złoża surowców. Eksport ten służył interesom nie tylko mocarstw, ale też międzynarodowych monopoli czy oligarchii finansowej z uwagi na potrzebę korzystnego ulokowania nadmiaru środków finansowych [Wojnarski 2004, 155; Kaliński 2000, 78-80]. Relokacja posiadanych środków z państw rozwiniętych w znacznym stopniu polegała na dokonywaniu na terenie państwa przyjmującego określonej inwestycji. Zajmując miejsce charakterystycznych dla poprzednich faz zachodniej ekspansji gospodarczej handlowych faktorii czy kampanii [Kaczyńska i Piesowicz 1977, 92-94; Kieniewicz 1970, 208-317] wspomniane inwestycje przybierały formy krajowej spółki handlowej, „przedsiębiorstwa zagranicznego” lub „przedsiębiorstwa z udziałem zagranicznym”. Stronami tego typu stosunków prawnych z reguły byli z jednej strony pochodzący z rozwiniętego kraju przedsiębiorca, a z drugiej państwo zainteresowane importem inwestycji (bezpośrednio bądź też za pośrednictwem kontrolowanych przez siebie osób prawnych). W praktyce na tle sprzeczności interesów handlowych czy inwestycyjnych pomiędzy tego typu podmiotami nierzadko dochodziło do powstawania rozmaitych sporów i konfliktów. Związane to było przede wszystkim z dążeniem do odzyskania kontroli nad aktywami majątkowymi danego państwa lub pozostającego pod jego jurysdykcją podmiotu prywatnego w sytuacji, w której majątek ten znajdował się na innym terytorium państwowym. W efekcie dochodziło wówczas do powstawania rozbieżności, które w początkowym okresie dotyczyły zwłaszcza przyznawania i realizacji koncesji na eksploatację bogactw naturalnych. W późniejszym okresie

² Np. w Argentynie na początku XIX w. miały miejsce cztery brytyjskie interwencje zbrojne, a najbardziej znana tego typu operacja została przeprowadzona w Wenezueli w 1902 r. W tamtych czasach do większości krajów południowoamerykańskich wysyłane były ekspedycje egzekucyjne mające przymusić tamtejsze władze do spłaty długów zaciągniętych w ramach pożyczek udzielanych im przez europejskie mocarstwa kolonialne [Tomz 2007, 200-203].

spory zaczęły natomiast dotyczyć szerokiego zakresu działalności inwestycyjnej, w tym m.in. sfery umów o roboty budowlane (*civil engineering*) bądź dostaw kompletnych obiektów infrastrukturalnych lub przemysłowych [Wiśniewski 2011, 117-18].

Rosnące znaczenie inwestycji międzynarodowych i towarzyszące temu różnice interesów uczestników międzynarodowych stosunków ekonomicznych sprawiły, że począwszy od poł. XIX w. uwagę doktryny prawa przyciągał szczególnie charakter sporów powstających w stosunkach pomiędzy państwami a podmiotami prywatnymi pochodzącymi z innych państw. Ekspansji kolonialnej towarzyszyła mająca uzasadniać jej dokonywanie propaganda ideologiczna, która szermowała argumentami o mocarstwowej roli państw zachodnich (mających być predysponowanymi do odgrywania „światowej roli” politycznej czy gospodarczej) bądź ich szczególnej misji cywilizacyjnej, religijnej czy nawet rasowej [Kaczyńska i Piesowicz 1977, 498-500; Kissinger 1996, 159]. Przykładem dostarczania legitymacji mających usprawiedliwiać imperialne działania ówczesnych potęg państwowych jest sformułowanie doktryny szerzej znanej pod nazwą *gunboat diplomacy*, którą definiowano jako: „użycie lub groźba użycia określonej siły floty morskiej w celu zabezpieczenia korzyści lub zapobieżenia stratom, w zakresie międzynarodowych sporów bądź wobec obywateli obcych państw na terytorium będących pod własną jurysdykcją” [Schick 1973, 3; Cable 1971, 181]. Inną ze wspomnianych XIX-wiecznych reguł postępowania mających prowadzić do zakończenia sporów toczonych między państwami o różnym stopniu potencjału ekonomicznego i znaczenia politycznego (z naruszeniem fundamentalnych dla zachowania równowagi stosunków międzynarodowych zasad suwerenności oraz równości stron) stanowi tzw. protekcja dyplomatyczna (*diplomatic protection*).

W obecnym stanie prawnym stosowanie nacisków dyplomatycznych lub jakiegokolwiek naruszenie suwerenności w podejmowaniu decyzji dotyczących dochodzenia praw pokrzywdzonych przed międzynarodowym arbitrażem jest zabronione. Warto tutaj powołać się zwłaszcza na art. 27 Konwencji z 1965 r. o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami a obywatelami innych państw³. Jednakże w zakresie

³ *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States* (18.03.1965), w: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028012a925> [dostęp: 10.10.2018], art. 27.

rozwiązywania sporów na drodze arbitrażu inwestycyjnego przed Międzynarodowym Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, Narody Zjednoczone dopuszczają stosowanie *diplomatic protection* w określonych przypadkach⁴.

Współcześnie powołana reguła została rozwinięta m.in. przez ONZ i jej organy jako „powoływanie przez państwo na drodze działań dyplomatycznych lub innych pokojowych ustaleń o odpowiedzialności innej strony państwowej za szkody wyrządzone przez niewłaściwe w myśl zasad prawa międzynarodowego akty prawne w stosunku do osób fizycznych lub osób prawnych będących obywatelem drugiej strony państwowej z zamiarem implementacji odpowiedzialności”⁵. Relacja zachodząca pomiędzy państwami przyjmującymi a inwestorami zagranicznymi w znacznym stopniu powinna być więc postrzegana w kontekście walki o zachowanie niezależności gospodarczej i politycznej słabiej rozwiniętych bytów państwowych. Wspomniana ekspansja handlowo-kapitałowa często miała bowiem swoje podłoże polityczne i wiązała się z określonymi zamiarami (nawet o charakterze militarnym) wobec podporządkowanych krajów-importerów [Wojnarski 2004, 156; Cameron 1996, 308-25]. Agresywne rozwijanie presji imperialnej wywoływało niekiedy podejmowanie prób oporu ze strony słabszych, kolonizowanych krajów, którym incydentalnie towarzyszyły dążenia do odrabiania dystansu dzielącego peryferia od centrum światowego systemu kapitalistycznego⁶. W odpowiedzi na stosowanie przez eksporterów kapitału zasad *gunboat diplomacy* oraz *diplomatic protection* kraje południowoamerykańskie zaczęły bronić swojej niezależności terytorialnej, politycznej oraz jurysdykcyjnej. Wyrazem sprzeciwu przejawianego z ich strony w szczególności było powstanie w latach 60-tych XIX w. tzw. doktryny *Calvo*⁷, której podstawowym założeniem było położenie nacisku

⁴ *Report of the International Law Commission. Fifty-eighth session (1 May-9 June and 3 July-11 August 2006). General Assembly Official Records. Sixty-first session. Supplement No. 10 (A/61/10)*, w: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf [dostęp: 10.10.2018], s. 441-45.

⁵ Tamże.

⁶ Spektakularny sukces w tym zakresie już w XX w. odniosła Japonia, której śladem zaczęły podążać przede wszystkim inne państwa azjatyckie.

⁷ Doktryna ta przyjęła swoją nazwę od nazwiska znanego argentyńskiego prawnika i znawcy prawa narodów oraz historyka i dyplomaty Carlosa Calvo, który swoją koncepcję wyłożył w pracy pt.: „*El Derecho Internacional Practica*” w 1868 r.

na kwestie dotyczące równości zarówno zagranicznych, jak i krajowych podmiotów w stosunku do prawa państwa przyjmującego.

W rozwiązywaniu konfliktów mających na celu rozstrzygnięcie sporów inwestycyjnych fundamentalną kwestią powinno być więc uwzględnienie kwestii suwerenności rozumianej jako możliwość samostanowienia oraz decydowania poszczególnych narodów o swoim losie, swobodzie podejmowania decyzji i kierowania instytucjami państwowymi wewnątrz, jak i w kontaktach zewnętrznych [Cook 2007, 1089]. Istniejące w danym okresie historycznym reguły i uwarunkowania o charakterze polityczno-dyplomatycznym oraz gospodarczym miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie powstających w konkretnych okresach międzynarodowych sporów o charakterze inwestycyjnym.

3. Kształt i losy doktryn arbitrażowych z okresu europejskiej dominacji kolonialnej w XIX i XX stuleciu

W historii stosunków międzynarodowych pojawiło się niewiele tak trwałych koncepcji, jak sformułowana w 1823 r. na próby ekspansji mocarstw europejskich odpowiedź amerykańskiego prezydenta Jamesa Monroe. Powstała wówczas doktryna zakładająca nieingerencję państw europejskich w sprawy zachodniej półkuli (przy równoczesnym braku ingerencji w sprawy europejskie)⁸, która w kolejnych dziesięcioleciach była wielokrotnie powoływana (także w XX w.), zarówno na płaszczyźnie regionalnej, jak i globalnej z uwagi na specyfikę stosunków i interesów Stanów Zjednoczonych [Ehrlich 1947, 39n.; Dobrzycki 1996, 79-82]. Jej znaczenie polegało na dostarczeniu legitymizacji do ekspansji handlowej i polityczno-terytorialnej tego państwa oraz interwencji USA w sprawy regionu [Osmańczyk 1974, 199; Cybichowski 1915, 36] bez konieczności formalnego odwoływania się do stosowania siły w stosunkach międzynarodowych [Kissinger 1996, 37; Dobrzycki 1996, 76n.]⁹. Jednocześnie osiągnięciu statusu globalnego mocarstwa służyły działania

⁸ Za: *Encyclopedia Britannica*; wersja *on-line* w: <https://www.britannica.com/event/Monroe-Doctrine> [dostęp: 15.04.2016].

⁹ Jako naturalne poszerzenie na cały świat doktryny *Monroe* w szczególności zostało potraktowane ogłoszenie warunków pokojowych stronom I wojny światowej wraz z propozycjami w zakresie rozbrojenia i nowego określenia sposobów prowadzenia konfliktów zbrojnych [Ehrlich 1947, 49-50].

sprzeczne z doktryną *Monroe* (np. w rodzaju podejmowania z Europą interwencji zbrojnych czy uczestniczenia w globalnych konfliktach zbrojnych) [Berezowski 1937, 28].

W opinii znawców prawa międzynarodowego proklamująca zasadę wyłączności doktryna *Monroe* była specjalną normą prawną zawężającą prawa innych państw (na co one milcząco się zgodziły traktując tę koncepcję jako wskazówkę dotyczącą unikania konfliktu z USA), którą można porównać jedynie do umowy o ustanowieniu sfery interesów [Ehrlich 1947, 89]. W okresie międzywojennym art. 21 statutu Ligi Narodów stanowił wprost usankcjonowanie tej koncepcji [Cybichowski 1928, 54]. Jej sformułowanie umożliwiło następnie powstanie kolejnych doktryn zabraniających ingerencji w sprawy kontynentu amerykańskiego, gdy prowadzona przez Niemcy, Włochy i Wielką Brytanię w 1902 r. blokada Wenezueli (celem wymuszenia zaspokojenia wierzytelności obywateli tych państw) w Stanach Zjednoczonych została potraktowana jako naruszenie doktryny *Monroe* i wywołała reakcję tego mocarstwa [Ehrlich 1947, 45; Newcombe i Paradell 2009, 9-10; Johnson i Gimblett 2011, 664-65].

Dążący do ograniczenia prawa tzw. represaliów (reakcji polegającej na stosowaniu przez państwo bezprawnych środków w odpowiedzi na takie działania innego państwa) argentyński minister spraw zagranicznych Luis Carlo Drago opowiadał się przeciwko podejmowaniu interwencji zbrojnej przez państwa dla egzekwowania wierzytelności [Cybichowski 1915, 350-51; Tenże 1928, 299]. Zdaniem argentyńskiego męża stanu tego typu metody zasługiwały na potępienie, ponieważ miały prowadzić do oddania wolnego narodu w ręce prywatnych wierzycieli w sytuacji, gdy każde państwo na mocy niezawisłej, suwerennej decyzji może w razie konieczności zawiesić spłatę swych długów. W liście do ówczesnego sekretarza stanu USA Drago zwrócił się o potępienie interwencji i proponował ustanowienie środków, które w przyszłości zapobiegłyby gwałceniu integralności jakiegokolwiek amerykańskiego państwa [Dobrzycki 1996, 235].

W następstwie występowania przywołanych uwarunkowań Luis Maria Drago sformułował zasadę, zgodnie z którą żadne obce państwo nie ma prawa występować w Ameryce Łacińskiej z interwencją w sprawach dotyczących realizacji wierzytelności przysługujących jego obywatelom [Bailey i Nawatir 1969, 421; Osmańczyk 1974, 196]. Stosowanie nacisków

dypomatycznych lub interwencji militarnych było jedynie dopuszczalne w przypadku wyczerpania pokojowych sposobów rozwiązania sporu.

Należy uznać, że tzw. doktryna *Drago* była przede wszystkim wyrazem sprzeciwu przeciwko łamaniu zasad suwerenności i równości wszystkich krajów w świetle prawa międzynarodowego. Jej autor nie precyzował jednak tego, czy sąd arbitrażowy powinien podlegać krajowej, czy też międzynarodowej jurysdykcji. Powołana koncepcja zdobyła sobie duży rozgłos międzynarodowy, a jej praktyczne znaczenie dla interesów stale zadłużonych państw południowoamerykańskich skłaniały ich przedstawicieli do optowania za przyjęciem doktryny *Drago* jako zasady obowiązującej na zachodniej półkuli. Jednakże wychodzące z założenia o globalnym charakterze problemu zadłużenia publicznej władze USA opowiedziały się za przekazaniem jego rozwiązania na międzynarodowej konferencji w Hadze w 1907 r. [Dobrzycki 1996, 145n.]. Efektem jej obrad było m.in. przyjęcie II Konwencji w sprawie ograniczania użycia siły w celu ściągnięcia długów zawarowanych umową¹⁰. Kształt wprowadzonego do międzynarodowego prawodawstwa zakazu używania siły zbrojnej celem wymuszania zapłaty długów kontraktowych stanowił w istocie wyraz kompromisu łączącego postulaty Luisa Marię Drago z propozycjami amerykańskiego polityka Horace Portera. Strony przewidziały bowiem wyjątek w sytuacji odrzucenia lub pozostawienia bez odpowiedzi przez państwo będące dłużnikiem oferty skorzystania z arbitrażu. Podobne skutki przewidziano w sytuacji pozornej zgody danego państwa na arbitraż w obliczu faktycznego uniemożliwienia przez jego władze sformułowania zapisu arbitrażowego bądź też niestosowanie się przez nie do wydanego wyroku arbitrażowego [Ehrlich 1947, 367].

Jednym z uznanych przez II Konwencję sposobów pokojowego rozwiązania konfliktu był właśnie arbitraż, którego odrzucenie (lub niepodporządkowanie się wyrokowi) oznaczało przyjęcie zezwolenia na użycie środków militarnych. Zgodnie z art. 20 Konwencji haskiej z 1899 r. umawiające się strony zobowiązały się zresztą do powołania Stałego Trybunału Arbitrażowego w celu ułatwienia niezwłocznego odwołania się

¹⁰ Jakkolwiek Polska ratyfikowała większość konwencji (Dz. U. z 1927 r., poz. 158-163; Dz. U. z 1930 r., poz. 64; Dz. U. z 1936 r., poz. 64-68) przyjętych na obu międzynarodowych konferencjach pokojowych w Hadze (w 1899 r. i 1907 r.), to jednak nie dotyczyło to wspomnianej II Konwencji. Pełny wybór przyjętych wówczas aktów prawa międzynarodowego zob. Winiarski 1938.

do arbitrażu w zatargach międzynarodowych, które nie mogą być rozstrzygnięte drogą dyplomatyczną [Mik 2014, 48-49]¹¹.

Koncepcja *Drago* nie była jedynym przejawem zaznaczenia udziału Ameryki Południowej w rozwoju myśli prawnomiędzynarodowej, gdyż obok niej na praktykę konstytucyjną wielu krajów oddziaływała również wywodząca się z zasady suwerenności państwa wspomniana już doktryna *Calvo*. Jej autor wypowiedział się przeciwko odpowiedzialności państwa za straty poniesione przez cudzoziemców w wyniku wojny domowej czy powstania „ponieważ wprowadzałyby to nieusprawiedliwioną nierówność w prawach obywateli i cudzoziemców” [Osmańczyk 1974, 195; Dobrzycki 1996, 145].

Poza położeniem nacisku na kwestie dotyczące równego traktowania w prawie państwa przyjmującego w odniesieniu do zagranicznych i krajowych podmiotów doktryna *Calvo* przyjęła założenie o wyłącznym rozpatrywaniu przez jurysdykcję krajową sporów dotyczących należącego do zagranicznych inwestorów majątku. Inną przyjętą zasadą było wyłączenie przenoszenia uprawnień sądów państwowych na inne podmioty (w tym trybunały zwoływane *ad hoc* lub powoływane do rozstrzygania sporów wynikających z jednej umowy). Ponadto w świetle prawa międzynarodowego dopuszczalne powinno być umieszczanie w kontraktach przyznających prawo podejmowania działań gospodarczych przez podmioty europejskie (których były stroną) klauzul o ich rezygnacji z prawa do odwoływania się do państwa macierzystego o opiekę (czyli rezygnacji prawa obywatela do opieki dyplomatycznej narodowego państwa). Niewątpliwie koncepcja wyrównywania praw podmiotów krajowych i zagranicznych (pod względem statusu prawnego czy traktowania przed sądami krajowymi) skierowana była przeciwko kapitałowi zagranicznemu (tzn. amerykańskiemu i europejskiemu). Respektowanie tego podejścia polegało w praktyce na wprowadzaniu „klauzuli Calvo” przez wiele państw Ameryki Południowej i Środkowej do kontraktów i umów z zagranicznymi firmami czy koncernami [Dobrzycki 1996, 145].

¹¹ W ramach działającej w okresie międzywojennym Ligi Narodów podejmowano wiele inicjatyw traktatowych torujących drogę dla późniejszego rozwoju arbitrażu międzynarodowego [Ludwikowski 1998, 476-77].

Poprzez przyjęcie doktryny *Calvo* w myśli prawnej wprowadzony został zakaz stosowania protekcji dyplomatycznej oraz jakichkolwiek nacisków z zewnątrz (w szczególności militarnych), czy też orzekania na podstawie innego systemu prawnego niż obowiązujący na terytorium danego państwa. Konsekwencją jej akceptowania było też odrzucenie zasad prawa międzynarodowego, umów międzynarodowych, czy zapisów na arbitraż oraz norm i przepisów prawa krajowego, które byłyby przeciwne doktrynie *Calvo* [Monte 2007, 6]. Podkreślano natomiast stanowczo, iż każdy rodzaj interwencji militarnej lub zastosowanie sankcji gospodarczych jako formy nacisku politycznego jest zamachem na suwerenność państwa przyjmującego. Bez znaczenia było natomiast to, czy posługiwanie się tymi metodami zostało spowodowane ochroną inwestycji, czy też koniecznością zastosowania środków przymusu dla skutecznej egzekucji zadłużenia [Atkins 1997, 47-48].

W literaturze przedmiotu wskazuje się na fakt swoistego uzupełniania doktryn *Calvo* i *Drago* przez koncepcję niezależności sądowniczej państw iberoamerykańskich w postaci tzw. doktryny *Bello* i tworzenie w ten sposób nowego porządku prawnego na kontynencie amerykańskim [Gazzini i Raddi 2016, 344-45]. Niewątpliwie pozytywnym aspektem powoływania się na ich sformułowania było podkreślenie dążenia do zapewnienia pełnej suwerenności państw Ameryki Południowej oraz respektowanie idei narodowego samostanowienia [Monte 2007, 7]. Służyło temu w szczególności funkcjonowanie formalnie niezależnego miejscowego sądownictwa postrzeganego również jako istotny instrument dla powstrzymania niepożądanego przez dane państwo ingerencji z zewnątrz. Z drugiej strony stosowanie doktryny *Calvo* jako dominującej zasady w kontaktach międzynarodowych (m.in. zawarcie jej w konstytucji Meksyku z 1917 r. oraz w konstytucji Boliwii z 2009 r.) wpłynęło na niezawieranie przez kraje latynoskie obu Ameryk konwencji regulujących ochronę inwestycji oraz na zawieranie jedynie w ograniczonym stopniu dwustronnych umów inwestycyjnych (BIT) [Campbell 2007]. Jednocześnie rozwiązywanie sporów inwestycyjnych utrudniało znaczne upolitycznienie wyroków wydawanych przez sądy krajowe w stosunku do podmiotów zagranicznych i należących do nich aktywów majątkowych. Ponadto Stany Zjednoczone konsekwentnie wypowiadały się przeciwko omawianej doktrynie nie akceptując tezy *Calvo*, zgodnie z którą „ochrona dyplomatyczna prywatnych cudzoziemców jest instrumentem nacisku

stosowanym przez państwa silne wobec słabszych” [Osmańczyk 1974, 195]. W USA w XX-leciu międzywojennym sformułowano tzw. doktrynę *Coolidge’a*, zgodnie z którą rząd tego państwa miał posiadać pewne prawa i obowiązki w stosunku do własnych obywateli oraz ich własności niezależnie od miejsca jej położenia [tamże]. W konsekwencji wspomniane uwarunkowania wywołały szereg negatywnych następstw ekonomicznych w postaci odpływu zagranicznego kapitału, zniechęcenia państw-eksporterów kapitału do inwestowania go w Ameryce Łacińskiej i Południowej, czy też do ograniczenia rozwoju kontaktów gospodarczych. Ponadto wspomniane podejście nie uchroniło państw regionu od dochodzenia roszczeń ze strony zagranicznych podmiotów [López Escarcena 2014, 19-21].

Należy wskazać również na powstanie w latach 30-tych XX w. doktryny *Hull’a* (*the Hull Rule*), która stanowiła reakcję na dokonanie przez władze meksykańskie wywłaszczenia nieruchomości rolnych (dotykających amerykańskich farmerów) oraz również dotkliwą dla inwestorów amerykańskich nacjonalizację przedsiębiorstw z branży naftowej. Chociaż wspomniane posunięcia zasadniczo były zgodne z obowiązującymi wówczas na terenie Meksyku przepisami, to jednak zarazem samo przejmowanie mienia obcokrajowców mogło być postrzegane jako przejaw dokonywania bezprawnej grabieży. Powołując się na doktrynę *Calvo* rząd meksykański bowiem formalnie zrównał cudzoziemców z obywatelami meksykańskimi odmawiając im zarazem wypłacenia odszkodowań tytułem dokonania rekompensaty z tytułu wspomnianych wywłaszczeń. Doprowadziło to w rezultacie do powstania w 1938 r. pomiędzy dwoma sąsiadującymi ze sobą krajami konfliktu o charakterze międzynarodowym. Wymiana listów otwartych pomiędzy meksykańskim ministrem spraw zagranicznych a amerykańskim sekretarzem stanu *C. Hullem* zdeterminowała przebieg toczzonego wtedy sporu dyplomatycznego, którego istota sprowadzała się do ustalenia wysokości rekompensaty za utracone mienie. W istniejącej sytuacji strona amerykańska optowała za pokryciem pełnej wartości rynkowej wywłaszczonych dóbr [Newcombe i Paradell 2009, 18].

W związku z toceniem się tego sporu określono jedną z głównych zasad prawnych dotyczących realizacji inwestycji zagranicznych. Uznano, że wywłaszczenie nie musi być dokonane bezpośrednim aktem prawnym wydanym przez organy państwowe, ale może ono przejawiać się w formie

jakichkolwiek działań z udziałem państwa, których skutkiem było doprowadzenie do utraty majątku przez inwestora na terenie państwa przyjmującego [OECD Investment Committee 2005, 44-45]. Na powyższym przykładzie można zaobserwować kształtowanie się doktryny precyzującej reguły rozstrzygania sporów inwestycyjnych na podstawie wydarzeń i kazusów prawno-politycznych, która w praktyce mogła służyć jako instrument przy tworzeniu wykładni dokonywanej przez rozstrzygające spory inwestycyjne trybunały międzynarodowe. Tym samym można uznać, że reguła ministra Hulla wpisuje się w kanon kardynalnych zasad rozstrzygania sporów inwestycyjnych, ogólnych zasad słuszności oraz norm prawa międzynarodowego.

Podsumowanie

Od wieków ludzką cywilizację przenikają różnego rodzaju prądy myślowe, które przejawiają się także w praktycznych projektach rozwiązywania rozmaitych problemów społecznych, prawnych czy ekonomicznych. Kształtują się one pod wpływem istniejącym w danym okresie historycznym uwarunkowań o charakterze politycznym, militarnym lub gospodarczym. Powyższa konstatacja dotyczy w szczególności przybierającego współcześnie coraz bardziej na popularności arbitrażu inwestycyjnego, gdyż na obecny kształt tej instytucji miały wpływ długotrwałe oddziaływania wielu czynników o charakterze historycznym i prawnym. Celem niniejszego artykułu było zwrócenie uwagi na wydarzenia i procesy, które wydają się mieć przełomowe znaczenie dla rozwoju arbitrażu inwestycyjnego.

Czynniki historyczne, gospodarcze i polityczne wpływały na ukształtowanie się doktryn mających oddziaływanie na inwestycje zagraniczne i tworzenie nowych podstaw prawnych, na bazie których uprawiano politykę inwestycyjną. Należy zauważyć tendencje dążące do wzruszenia reguł tej polityki (prowadzonej zazwyczaj przez państwa Zachodu), która poprzez wspomniane czynniki musiała ulec redefinicji i kolejnym przekształceniom, czego wyrazem była treść kolejnych doktryn wytyczających sposób postępowania państwom zaangażowanym gospodarczo poza swoimi granicami.

Nader istotny wpływ na rozumienie charakteru i funkcji analizowanej instytucji miała ewolucja poglądów doktrynalnych (w tym szczególnie

sformułowanych przez amerykańskich prawników i polityków). O ich wartości i wejściu do kanonu zasad arbitrażu inwestycyjnego czy postanowień konwencji międzynarodowych z pewnością przesądziło powstanie tych reguł na tle prowadzenia przez władze poszczególnych państw różnego rodzaju sporów prawnych z zagranicznymi inwestorami.

Uświadomienie sobie prawdopodobieństwa coraz częstszego występowania sporów inwestycyjnych pomiędzy państwem polskim a inwestorami zagranicznymi może skłaniać do wysnucia wniosku, że w polskiej literaturze prawniczej więcej niż dotychczas uwagi należy poświęcać problematyce dotyczącej arbitrażu inwestycyjnego. Z tych też powodów należy przyrzeć się ewolucji podstaw doktrynalnych jako konstrukcji mającej wpływ na rozstrzyganie międzynarodowych sporów inwestycyjnych. Warto też obserwować uzyskane w tym względzie doświadczenia innych krajów słabiej rozwiniętych (i „skazanych” na nadrabianie istniejącego dystansu cywilizacyjnego poprzez dokonywanie inwestycji przez zagranicznych przedsiębiorców) oraz wyciągać w tej mierze niezbędne wnioski w zakresie ułożenia wzajemnych stosunków w duchu poszanowania interesów stron. Właściwe podejście do tej problematyki w wielu przypadkach może z pewnością przyczyniać się do większego niż dotychczas zabezpieczenia interesów ekonomicznych polskiej strony.

PIŚMIENNICTWO

- Atkins, Pope G. 1997. *Encyclopedia of the Inter-American System*. London: Westport–Greenwood.
- Bailey, Helen M., i Abraham P. Nawatir. 1969. *Dzieje Ameryki Łacińskiej*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Berezowski, Cezary. 1937. *Prawo Narodów*. Warszawa: b.w.
- Berezowski, Cezary. 1953. *Zarys międzynarodowego prawa publicznego: źródła, podmioty, obrót, załatwianie sporów, prawo wojenne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Cable, James. 1971. *Gunboat Diplomacy. Political Applications of Limited Naval Force*. London: Chatto & Windus for the Institute for Strategic Studies.
- Cameron, Rondo. 1996. *Historia gospodarcza świata. Od paleolitu do czasów najnowszych*. Warszawa: Wydawnictwo Książka i Wiedza.
- Campbell, Christian. 2007. *Legal Aspects of Doing Business In Latin America*. Salzburg: Yorkhill Law Publishing.

- Chodorowski, Jerzy. 1972. *Niemiecka doktryna gospodarki wielkiego obszaru (Grossraumwirtschaft) 1800-1945*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Cook, Jeffrey T. 2007. "The Evolution of Investment-State Dispute Resolution in NAFTA and CAFTA: Wild West to World Order." *Pepperdine Law Review* 34, no. 4:1085-137.
- Cybichowski, Zygmunt. 1915. *Prawo Narodów. System Prawa Międzynarodowego*. Lwów: Gubrynowicz i Syn.
- Cybichowski, Zygmunt. 1928. *Prawo międzynarodowe publiczne i prywatne*. Warszawa: Wydawnictwo Seminarjum Prawa Publicznego (Państwowego i Międzynarodowego) Uniwersytetu Warszawskiego nr 9.
- Dobrzycki, Wiesław. 1996. *Historia stosunków międzynarodowych w czasach nowożytnych 1815-1945*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Ehrlich, Ludwik. 1947. *Prawo Narodów*. Kraków: Nakładem Księgarni Stefana Kamińskiego.
- Fox, William F. 1992. *International Commercial Agreements. A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*. Denver-Boston: Wolters Kluwer Law & Business.
- Gazzini, Tarcisio, and Yannick Raddi. 2016. "Practice and Interpretation of 'Umbrella Clauses' in the Latin America Experience." In *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects. Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, ed. Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo, and Paolo Turrini, 341-70. Leiden: Nijhoff International Investment Law.
- Johnson, Thomas O., and Jonathan Gimblett. 2011. "FROM GUNBOATS TO BITs: The evolution of modern international investment law." In *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, ed. Karl P. Sauvant, 649-92. New York: Oxford University Press.
- Kaczyńska, Elżbieta, i Kazimierz Piesowicz. 1977. *Wykłady z powszechnej historii gospodarczej (od schyłku średniowiecza do I wojny światowej)*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kaliński, Janusz. 2000. *Zarys historii gospodarczej XIX i XX w.* Warszawa: Wydawnictwo Efekt.
- Kieniewicz, Jan. 1970. *Faktoria i forteca*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kissinger, Henry. 1996. *Dyplomacja*. Warszawa: Philip Wilson.
- López Escarcena, Sebastián. 2014. *Indirect Expropriation in International Law*. Northampton: Cheltenham.
- Ludwikowski, Rett R. 1998. „Alternatywne metody rozwiązywania sporów gospodarczych. Arbitraż międzynarodowy.” W *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*. T. 2: *Międzynarodowe transakcje biznesowe*, red. Rett L. Ludwikowski, 474-501. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

- Mik, Cezary. 2014. *Arbitraż w prawie międzynarodowym*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Monte, Samuel. 2007. *What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand From Each Other. Updating The Bello/Calvo Doctrine In The BIT Generation*. Buenos Aires: Res Publica Argentina.
- Newcombe, Andrew, Paul, and Luis Paradell. 2009. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Hague: Wolters Kluwer Law & Business.
- OECD Investment Committee. 2006. "«Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law." In *International Investment Law. A Changing Landscape. A Companion Volume to International Investment Perspectives*, 43-72. Washington: OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>
- Osmańczyk, Edmund. 1974. *Encyklopedia ONZ i stosunków międzynarodowych*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Przyborowska-Klimczak, Anna. 2012. „Arbitraż międzynarodowy.” W *Leksykon prawa międzynarodowego publicznego*, red. Anna Przyborowska-Klimczak, i Dorota Ryc, 17-23. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Schick, Jack M. 1973. "A Review Of James Cable, Gunboat Diplomacy: Political Applications Of Limited Naval Force." *Professional Paper* 104:3-15.
- Szpak, Jan. 1997. *Historia gospodarcza powszechna*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Tomz, Michael. 2007. *Reputation and International Cooperation: Sovereign Debt and International Cooperation*. Princeton: Princeton University Press.
- Winiarski, Bohdan. 1938. *Wybór źródeł do nauki prawa międzynarodowego*. Warszawa: Nakładem Komitetu Wydawniczego Podręczników Akademickich.
- Wiśniewski, Andrzej W. 2011. *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Wojnarski, Dariusz. 2004. *Powszechna historia gospodarcza*. Warszawa: Poltext.

Ewolucja instytucji arbitrażu inwestycyjnego w ujęciu historycznym i doktrynalnym

Streszczenie

Wydający się współcześnie przeżywać apogeum swego znaczenia arbitraż inwestycyjny odznacza się wielowiekową tradycją występowania w sferze międzynarodowego obrotu gospodarczego. Zastanawiając się nad tym swoistym fenomenem warto zwrócić uwagę na wpływ wywierany na kształt tej instytucji przez rozmaite doktryny polityczne (formułowane przede wszystkim na tle problemu suwerenności państw) czy szereg wyroków wydawanych przez instytucje arbitrażowe. Niniejszy artykuł stanowi próbę identyfikacji wspomnianych czynników o charakterze politycznym, historycznym oraz

prawnym. Jego celem jest w szczególności zwrócenie uwagi na istotny wkład wniesiony w kwestii formowania się doktrynalnych podstaw arbitrażu inwestycyjnego przez polityków i prawników z krajów amerykańskich oraz europejskich architektów konwencji międzynarodowych. Ponadto Autorzy starali się ukazać tło faktyczne w postaci konkretnych sytuacji spornych, których rozwiązywanie prowadziło zarówno do rozwoju myśli prawniczej, jak i do ewolucji kształtu arbitrażu inwestycyjnego.

Słowa kluczowe: państwo, sąd polubowny, doktryna, spór, inwestycje

Historical and Doctrinal Evolution of Investment Arbitration Institution

Summary

It seems that investment arbitration is recently at its peak. That kind of dispute resolution distinguishes a tradition coming many centuries back. Considering that phenomenon it seems that particular doctrines and policies can be specified as crucial factors in the development of that legal institution. The paper is an attempt to identify the following factors and reveal the efforts of Latin American and European jurists in forming the modern investment arbitration system. For the purpose of the paper the Authors also discussed the background of specific disputes which were exemplified to show how resolution of these disputes affected legal thought and the evolution of investment arbitration.

Key words: state, arbitration, doctrine, dispute, investment

Information about Author: PRZEMYSŁAW CZERNICKI, Ph.D., associate professor in the Department of Law, Faculty of Economic and Legal Sciences, Siedlce University of Natural Sciences and Humanities; ul. Żytnia 17/19, 08-110 Siedlce, Poland; e-mail: przemcz5@wp.pl; <https://orcid.org/0000-0002-6566-5412>

Information about Author: ŁUKASZ SPEER, Ph.D., The Supreme Audit Office; ul. Potażowa 55, 02-400 Warszawa, Poland; e-mail: lspeer@o2.pl; <https://orcid.org/0000-0001-8243-5208>

