

Recenzja: Marcin Kałduński, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017, Legalis C.H. Beck.

1. Wprowadzenie

Rodzima doktryna prawa międzynarodowego nie poświęcała do tej pory nadmiernej uwagi zagadnieniom teoretycznym, w szczególności problematyce zasad ogólnych prawa czy też konkretnej zasadzie dobrej wiary (abstrahując od ujęcia tej ostatniej)¹. Recenzowana monografia M. Kałduńskiego (*Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2017) wydaje się odpowiadać na zapotrzebowanie na prace badawcze we wskazanym obszarze i w dużym stopniu uzupełniać swoistą lukę w polskojęzycznej literaturze przedmiotu.

M. Kałduński podjął się ambitnego zadania „przedstawienia kompleksowej koncepcji zasady dobrej wiary w prawie międzynarodowym” (*vide* „Wprowadzenie”, § 1 za Legalis C.H. Beck)², które udało się mu sprawnie zrealizować w monografii. Autor stawia, a także z pozytywnym skutkiem broni tezy, że dobra wiara jest

¹ Niemniej warto odnotować zainteresowanie wskazaną problematyką m.in. ze strony A. Kozłowskiego czy C. Mika (por. m.in. A. Kozłowski, *Systematicity of general principles of (international) law: an outline*, XXXVII Polish Yearbook of International Law 2017; A. Kozłowski, *Istota zasad ogólnych prawa i orzeczeń sądów międzynarodowych jako źródła prawa międzynarodowego* [w:] J. Kolasa (red.), *Istota źródła w porządku prawa międzynarodowego*, Wrocław 2016; A. Kozłowski, *Rozważania nad odpowiedzialnością państwa za naruszenie zasady dobrej wiary* [w:] A. Kozłowski, B. Mielnik (red.), *Odpowiedzialność międzynarodowa jako element międzynarodowego porządku prawnego*, Wrocław 2009; czy C. Mik, *Zasada wykonywania zobowiązań w dobrej wierze. Wstęp do teorii zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Zarys problematyki* [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Manfred Lachs – wybitny prawnik świata*, Warszawa 2011. Do opracowań tych i innych sięgnął zresztą Autor recenzowanej monografii, której bogata warstwa bibliograficzna zasługuje na uznanie.

² Z uwagi na brak konsekwentnej numeracji stron w elektronicznej wersji monografii w systemie Legalis C.H. Beck, autor recenzji podawać będzie w recenzji numery lub tytuły rozdziałów i paragrafów, do których się odnosi.

zasadą ogólną prawa, która niejako urzeczywistnia się w innych – lepiej skonkretyzowanych – normach prawa międzynarodowego, zabezpieczających ochronę uzasadnionych oczekiwań podmiotów tego prawa, a także zabezpieczających efektywność oraz stabilność szeregu zobowiązań międzynarodowych (zarówno traktatowych, jak też jednostronnych). W ujęciu proponowanym przez Autora zasada dobrej wiary jawi się jako podstawa uzasadnienia m.in. zasady *pacta sunt servanda*, zakazu nadużycia prawa czy choćby zasady czystych rąk, w zakresie której podejmuje interesujące i nowatorskie rozważania (*vide* „Negatywna zasada dobrej wiary”, rozdz. V, § 3 za Legalis C.H. Beck). Emanacją zasady dobrej wiary – pewnej „metazasady”, jak dowodzi Autor – która sama w sobie nie rodzi konkretnych praw i obowiązków podmiotów prawa międzynarodowego, są więc w jego koncepcji normy pierwszego rzędu, których treść jest mniej abstrakcyjna (takie normy prawa międzynarodowego, przy interpretowaniu i wyjaśnianiu których należy sięgnąć do zasady dobrej wiary leżącej u ich podstaw).

Systematyka recenzowanej monografii, powoływane w niej piśmiennictwo, jak również metodologia wykorzystana przez Autora zasługują – z pewnymi zastrzeżeniami poczynionymi dalej – na pełne uznanie. Wnikliwość prowadzonych przez Autora rozważań, w tym na tematy niepodejmowane wcześniej w polskim piśmiennictwie, również może budzić podziw. Jednym słowem, monografia jest wyróżniającą się publikacją i stanowi imponujący dowód prawniczej erudycji jej Autora, a poczynione dalej uwagi krytyczne w żaden sposób nie przekreślają jej walorów i wysokiej oceny w oczach recenzenta. Dalsza część recenzji odnosi się kolejno do poszczególnych rozdziałów monografii, w ich układzie przyjętym przez M. Kałduńskiego.

2. Ocena szczegółowa

Wspomniana na wstępie erudycja Autora dobrze uwidacznia się już w rozdziale I monografii, który poświęcony został rozważaniom historycznym (*vide* „Zasada dobrej wiary w doktrynie prawa narodów”). W rozdziale tym Autor trafnie wskazuje na „pozapozytywistyczne korzenie” pojęcia dobrej wiary (§ 14 za Legalis C.H. Beck). Szeroki rys historyczny, choć interesująco nakreślony i niebudzący poważniejszych wątpliwości, wydaje się, niestety, sugerować, że pojęcie dobrej wiary było i jest współcześnie znane nie tylko w środowisku kontynentalnym, ale w również w *common law* (§ 3 za Legalis C.H. Beck). Myśl ta nie jest dostatecznie rozwinięta i trudno ją z tego względu ocenić, niemniej może zostać uznana za polemiczną. Warto zwrócić uwagę, że pojęcie „dobrej wiary” stanowi dla prawników z krajów anglosaskich swego rodzaju doktrynalną ciekawostkę o bliżej nieokreślonym znaczeniu normatywnym, a próby jego popularyzacji w państwach *common law*, zarówno na poziomie krajowym, jak też przekraczające ramy krajowe,

spotkały się z ich mieszaną reakcją³. Przytoczenie przez Autora w rozważaniach zamykających rozdział I przykładu Traktatu Jaya między USA i Wielką Brytanią zdaje się co najwyżej wspierać tezę o uniwersalnej i długoletniej akceptacji w kulturze *common law* zasady wykonywania zobowiązań międzynarodowych w dobrej wierze (§ 14 za Legalis C.H. Beck). Ta ostatnia niekoniecznie jednak oznacza, że szerzej rozumiana „dobra wiara”, tak jak stara się ją przedstawić Autor, jest pojęciem bliskim prawnikom wychowanym za kanałem La Manche albo za Atlantykiem. Wydaje się, że w uzupełnieniu rozważań historycznoprawnych, w rozdziale 1 powinny zostać przedstawione czytelnikom pewne – choćby incydentalne – rozważania komparatystyczne, które pozwoliłyby osadzić to i inne twierdzenia Autora w szerszym kontekście.

W rozdziale II monografii zasada dobrej wiary zostaje omówiona przez Autora z perspektywy poszczególnych źródeł prawa międzynarodowego, pod kątem ustalenia jej potencjalnego statusu normatywnego. Na szczególną uwagę czytelników w tym rozdziale jako – zdaniem recenzenta – najbardziej interesujące zasługują § 4 (*vide* „Zasada dobrej wiary jako zasada ogólna prawa”) i § 6 (*vide* „Zasada dobrej wiary w orzecznictwie sądów i trybunałów międzynarodowych”).

Autor wskazuje w rozdziale II, § 4 m.in. na problemy związane z wywiedzeniem ogólnych zasad prawa z krajowych porządków krajów (przede wszystkim z porządków tzw. państw cywilizowanych). Wywiedzenie zasad ogólnych z prawa krajowego jest jedną z ich siedmiu koncepcji, które Autor kolejno omawia. Celem wykazania, że dobra wiara może być rozumiana jako zasada ogólna prawa, Autor wykorzystuje w pewnym zakresie metodę komparatystyczną, podejmuje analizę prawa polskiego, niemieckiego, szwajcarskiego i włoskiego, co znacząco wzbogaca jego wywód. Wydaje się przy tym, że ten fragment pracy mógłby być bardziej pogłębiony, a krygowanie się Autora przed nadmiernym sięganiem do koncepcji wypracowanych w prawie prywatnym jest nieco niezrozumiałe w dobie zacierania się granic między nim a prawem publicznym⁴. Niemniej, jak zauważono, jest to tylko jedno z możliwych ujęć zasad ogólnych prawa, co sprawia, że poświęcenie temu ujęciu w rozdziale II niedostatecznej uwagi przez Autora stanowi tylko i wyłącznie subiektywną ocenę recenzenta.

Jeszcze ciekawsza jest analiza przez Autora w rozdziale II zasady dobrej wiary w świetle orzecznictwa międzynarodowego (§ 6), w ramach której znaczną uwagę poświęca on wyrokowi wydanym w arbitrażu inwestycyjnym. Wykazuje

³ K. Czech, *Dowody i postępowanie dowodowe w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz inwestycyjnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017, część I, rozdz. 3, pkt 3.4 („Zmiany wprowadzone do Regulaminu dowodowego IBA w 2010 r.”) za SIP LEX.

⁴ Jak twierdzą A. Glendon, P.G. Carozza i C.B. Picker, „*The civil law classification that is most eroded by time and events is the «fundamental dichotomy» between public and private law, but that (...) survives, in the court systems and in the minds of civil lawyers.*” (por. A. Glendon, P.G. Carozza, C.B. Picker, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases on Western Law*, wyd. 3, Thomson-West 2006, s. 302).

się on w tym fragmencie pracy doskonałym warsztatem i wiedzą z zakresu licznych działów prawa międzynarodowego, uznania wymaga skala przeprowadzonej kwerendy orzeczniczej. Autor celnie wskazuje, że wiele z omawianych przez niego kwestii zajął się z problemami o doniosłym znaczeniu praktycznym, takimi jak np. problem jurysdykcji trybunałów arbitrażowych czy możliwości stwierdzenia zgodności inwestycji z prawem (ang. *legality of investment*). Tezy pracy, skupiające się na zagadnieniach teoretyczno-koncepcyjnych, niestety, nie pozwoliły podjąć Autorowi w tym fragmencie, jak również w dalszych fragmentach monografii, bardziej pogłębionych rozważań praktycznych na zasygnalizowane tematy, tj. nie pozwoliły omówić kwestii praktycznego wpływu odwołania się do argumentu braku dobrej wiary po stronie państwa albo inwestora na procedurę arbitrażową. Rodzi to pewien niedosyt po stronie recenzenta, wynikający z jego osobistych zainteresowań, który nie jest jednak w żadnym wypadku zarzutem wobec Autora.

Kluczowy w monografii wydaje się rozdział III (*vide* „Zasada dobrej wiary i ochrona uzasadnionych oczekiwań w prawie międzynarodowym”), w którym Autor najpierw wyjaśnia pojęcie dobrej wiary (§ 1), następnie bada dobrą wiarę jako kolejno zasadę prawa międzynarodowego (§ 3), zasadę prawną, logiczną i moralną (§ 4), a dalej jako normę *ius cogens* (§ 5), by następnie omówić jej funkcje (§ 6), co pozwala mu na wyróżnienie obiektywnego i subiektywnego aspektu zasady dobrej wiary (§ 7). Rozdział ten kończy analiza przez Autora tezy głównej o ochronie uzasadnionych oczekiwań podmiotów prawa międzynarodowego na podstawie zasady dobrej wiary (§ 8). Klarowna i przekonująca systematyka precyzyjnie prowadzonego przez Autora wywodu powoduje, że lektura tej części monografii stanowi prawdziwą przyjemność. Wytknąć wypada Autorowi jedynie to, że podczas omawiania pojęcia „uzasadnionych oczekiwań” (*vide* „Pojęcie i ochrona uzasadnionych oczekiwań”, § 8, pkt II za Legalis C.H. Beck) nie wykorzystuje on niezwykle bogatej i stale rozwijanej literatury arbitrażowej w tym przedmiocie⁵. Wydaje się, że liczne wnioski z piśmiennictwa dotyczącego międzynarodowego prawa inwestycyjnego można byłoby ekstrapolować na płaszczyznę rozważań teoretycznych na temat zasad ogólnych prawa, nadając im tym sposobem uniwersalny charakter.

W rozdziale IV i V Autor rozwija problematykę obiektywnego aspektu zasady dobrej wiary, w ramach którego wyróżnia pozytywną dobrą wiarę (zasada *pacta sunt servanda*; zasada *consuetudo, sicut ius accepta, servanda est*; zasada *acta sunt servanda*; zasada *estoppel*, problematyka przyzwolenia na dane działanie – wszystkie omawiane w rozdziale IV) i negatywną dobrą wiarę (zakaz nadużycia prawa, zasada czystych rąk, które przedstawione są w rozdziale V). Analiza Autora zawarta w tych rozdziałach potwierdza, jak się wydaje, wiodącą tezę monografii,

⁵ Wśród wartych uwagi opracowań z ostatnich lat zob. m.in. F. Dupuy, P.M. Dupuy, *What to Expect from Legitimate Expectations? A Critical Appraisal and Look Into the Future of the “Legitimate Expectations” Doctrine in International Investment Law* [w:] N.G. Ziadé (red.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International 2015, s. 273 i n.

że zasada dobrej wiary może być podstawą ochrony w prawie międzynarodowym uzasadnionych oczekiwań. Niezależnie od tego, niektóre fragmenty wskazanych rozdziałów są częściowo polemiczne.

Autor dowodzi, że zasada *estoppel* jest pochodną zasady dobrej wiary (*vide* rozdziale IV, § 5 za Legalis C.H. Beck). Choć jego argumentacja w tym zakresie jest – tak jak w pozostałych przypadkach – spójna i dobrze osadzona w literaturze przedmiotu, to warto odnotować, że niektórzy przedstawiciele doktryny, szczególnie angielskojęzycznej, postrzegają zasadę *estoppel* jako zasadę samodzielną, w trakcie omawiana której niemal w ogóle nie posługują się terminem „dobra wiara”⁶. Biorąc pod uwagę fakt, że – jak przyznaje sam Autor – pojęcie *estoppel* ma „anglosaskie korzenie”, jego wywodzenie z pojęcia „dobrej wiary” jest śmiałym zabiegiem.

Podobnie, o ile chwalony już w recenzji fragment monografii poświęcony zasadzie czystych rąk (*vide* rozdziale V, § 3 za Legalis C.H. Beck) należy do najbardziej wartościowych i najciekawszych części recenzowanej pracy, o tyle Autor, niestety, pomija w nim prawie całkowicie problem korupcji strony państwowej przez inwestora, które cieszy się dużym zainteresowaniem w literaturze zagranicznej. Autor odnotowuje wprawdzie sprawę *World Duty Free Co. Ltd. v. Republika Kenii*⁷, niemniej nie poświęca w monografii zagadnieniu korupcji osobnej uwagi. Skupia się on wyłącznie na generalnym wymaganii od inwestora dokonania i prowadzenia inwestycji zgodnie z prawem państwa goszczącego (ang. *legality of investment*), które jest dość często kodyfikowane w umowach o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji. Jest to zaledwie jedno z trzech możliwych podejść do dyskutowanego problemu, które wymieniają J. Sicard-Mirabal i Y. Derains⁸. Wydaje się, że doktrynę czystych rąk można traktować jako osobną podstawę zwalczania korupcji, taką, która jest niezależna od traktatowego wymagania zgodności danej inwestycji z prawem, co pozwalałoby rozróżnić między traktatowym wymaganiem *legality of investment* a zasadą czystych rąk⁹. Choć można bronić stanowiska, że wymaganie zasadniczej (niekoniecznie pełnej) zgodności określonej inwestycji z prawem stanowi obecnie pewną zasadę ogólną, to podejście takie może zostać zakwestionowane¹⁰. Swoją drogą, J. Sicard-Mirabal i Y. Derains uznają brak dobrej wiary po stronie inwestora za osobną i nieskodyfikowaną w *ILC Articles on Responsibility of*

⁶ A. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International 2009, s. 526 i n.

⁷ *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, akapit 130 i n.

⁸ J. Sicard-Mirabal, Y. Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International 2018, s. 182.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Szerzej zob. M. Polkinghorne, S. Volkmer, *The Legality Requirement in Investment Arbitration*, „Journal of International Arbitration” 2017, vol. 34, nr 2, s. 156-159. Bardziej powściągliwie zob. J. Kalicki, D. Evseev, M. Silberman, *Legality of Investment* [w:] M. Kinnear, G.R. Fischer, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, s. 139.

States for Internationally Wrongful Acts okoliczność wyłączającą naruszenie prawa międzynarodowego (ang. *wrongfulness*), a zasadę czystych rąk łączą raczej z przypadkami korupcji¹¹. W efekcie, wydaje się, że Autor mógłby bardziej zniuansować swój wywód w powyższym zakresie.

W kolejnych rozdziałach Autor przedstawia w monografii ujęcie mieszane zasady dobrej wiary (dobra wiara jako składowa wykonywania i interpretacji zobowiązań), którego analizę przeprowadza w rozdziale VI, a w rozdziale VII omawia zasadę dobrej wiary w ujęciu subiektywnym (dobra wiara jako stan świadomości). Monografię zamyka rozdział VIII poświęcony zasadzie dobrej wiary w prawie traktatów. Ze względu na specyfikę i doniosłość prawa traktatów, koncepcja wyodrębnienia jego problematyki w osobnym rozdziale monografii jest trafna. Treść tych rozdziałów nie budzi zastrzeżeń recenzenta, z wyjątkiem nadmiernie entuzjastycznego postulatu w rozdziale VII (*vide* „Domniemanie dobrej wiary”, rozdziale VII, § 4 za Legalis C.H. Beck), że „[t]reść prawa międzynarodowego nie powinna podlegać dowodowi przed sądami i trybunałami”. Tym samym na wstępie do dalszych rozważań w tej części monografii Autor przyjmuje (choć na szczęście nieortodoksyjnie) zasadę *iura novit curia*. Niestety, zasada ta jest przedmiotem kontrowersji¹². Zacytowana opinia Autora może nieco dziwić, gdy wziąć pod uwagę współczesne rozdrobnienie prawa międzynarodowego. Warto zauważyć, że szeroko rozumiane prawo międzynarodowe, podobnie jak każde inne prawo, może być i często jest przedmiotem dowodu w multilingwistycznym oraz wielokulturowym środowisku arbitrażowym (np. ekspertyza w zakresie treści prawa europejskiego przedkładana jako tzw. *authority* w arbitrażu inwestycyjnym – tego rodzaju dowód przeprowadzany jest w praktyce z inicjatywy strony, a nie organu adjudykacyjnego).

3. Wnioski

Reasumując, recenzowana monografia M. Kałduńskiego może zostać uznana za jedną z najciekawszych prac habilitacyjnych ostatnich lat. Jej niezwykle interesująca tematyka – w połączeniu z bardzo dobrym warsztatem Autora monografii – powoduje, że jest ona wartą polecenia pozycją. Należy spodziewać się, że będzie ona w najbliższych latach niemal obowiązkową (w pełni zasadnie) pozycją bibliograficzną w wielu pracach doktorskich i habilitacyjnych. Warto zaapelować przy tym do Autora, aby rozwinął zasygnalizowane w recenzji kwestie w ewentualnym drugim wydaniu monografii, poszerzając tym samym jej zakres, lub zaadresował

¹¹ J. Sicard-Mirabal, Y. Derains, *op.cit.*, s. 184 i n.

¹² Niemniej dla częściowo odmiennie opinii zob. D.M. Bigge, *Iura Novit Curia in Investment Treaty Arbitration: May? Must?*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/12/29/iura-novit-curia-in-investment-treaty-arbitration-may-must/> [dostęp 20.12.2019].

je w osobnej pracy. Jeszcze raz wskazać należy, że – tak jak w pozostałych przypadkach – nie jest to zarzut wobec Autora recenzowanej monografii, który siłą rzeczy poruszał się w określonych z góry ramach pracy. Patrząc z perspektywy recenzenta, na bliższą uwagę zasługuje w przyszłych badaniach (tak Autora, jak też innych przedstawicieli polskiej doktryny) przede wszystkim to, kiedy i przez jakie przypadki deklinowana jest zasada dobrej wiary w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, a konkretniej w arbitrażu inwestycyjnym – jak odniesienia do niej wpływają na przebieg poszczególnych sporów inwestycyjnych? Tytułem przykładu, czy kwestia niezgodności inwestycji z prawem krajowym, względnie zasada czystych rąk, wpisuje się w postępowaniu arbitrażowym w problematykę jurysdykcyjną (ang. *jurisdiction*) czy może w warstwę merytoryczną sporu inwestycyjnego (ang. *merits*)? Dynamiczny rozwój tych ostatnich powoduje, że pojęcie „dobrej wiary” może i powinno być analizowane przez internacjonalistów w sposób bardziej ogniskujący się na zagadnieniach praktycznych, urzeczywistniających się w postępowaniu arbitrażowym.

Konrad Czech*

* Dr Konrad Czech – doktor nauk prawnych, LL.M. (NYU / NUS), adiunkt, Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.