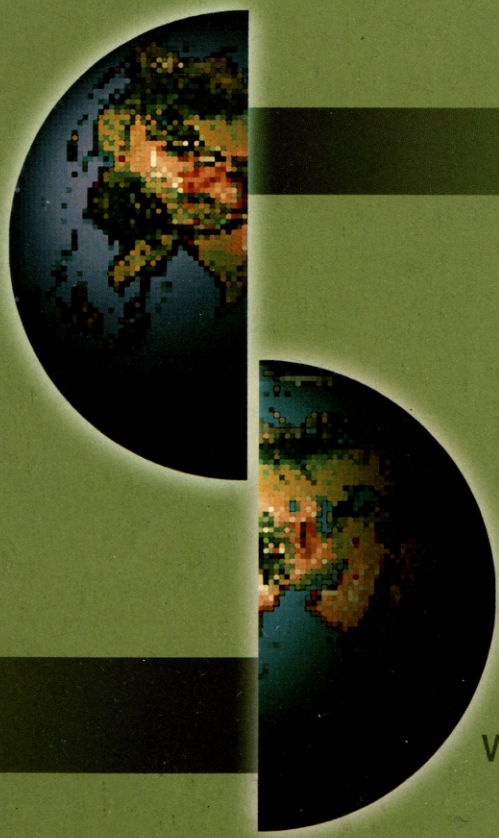
5/4624

AKADEMIA OBRONY NARODOWEJ

Mirosław H. Koziński

Umowa offsetowa i inne formy udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym



53549

Warszawa 2000

Mirosław H. Koziński

Umowa offsetowa i inne formy udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym



Akademia Obrony Narodowej
Warszawa 2000

Projekt okładki
Dariusz Łysio

Redaktor techniczny
Beata Klarowska

Korekta
Renata Czerwińska
Jadwiga Górczyk

© Copyright by Mirosław H. Koziński, 2000

ISBN 83-88062-61-1

Sygn. AON 5269/2000

Skład, druk i oprawa:
Akademia Obrony Narodowej – Wydział Wydawniczy
00-910 Warszawa, al. gen. A. Chruściela 103, tel./faks 681-37-52
Zam. nr 969/2000

SPIS TREŚCI

WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW 7

1. WPROWADZENIE W TEMATYKĘ I ZAŁOŻENIA PRACY 9
1.1. Celowość badania problematyki udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym 9
1.2. Specyfika międzynarodowego obrotu gospodarczego związanego z uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych 12
1.3. Zakreślenie tematyki pracy 17

2. PAŃSTWO W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM 19
2.1. Państwo a gospodarka 19
2.1.1. Ewolucja funkcji gospodarczej państwa 19
2.1.2. Niebezpieczeństwa etatyzmu 21
2.1.3. Od współzawodnictwa do monopolizacji 23
2.2. Prawne formy udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym 24
2.2.1. Udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym 24
2.2.2. Publicznoprawne i prywatnoprawne działania państwa 26
2.2.3. Państwo w rozumieniu publicznym 27
2.2.4. Państwo w rozumieniu prawa cywilnego 28
2.2.5. Pojęcie bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym 32
2.2.6. Niepaństwowa strona kontraktu państwowego 35
2.3. *State contract* a *state trading* 37
2.3.1. Pojęcie *state trading* 37
2.3.2. Stosunek *state trading* do *state contract* 38
2.3.3. Krytyka uogólniającej idei *state trading* 39

3. NIEKTÓRE FORMY UDZIAŁU PAŃSTWA W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM 40
3.1. Uwagi wprowadzające 40
3.2. Międzynarodowa działalność inwestycyjna 41
3.2.1. Inwestycje międzynarodowe 41
3.2.2. Kontrakty koncesyjne 43
3.2.2.1. Rozwój systemu koncesyjnego 43
3.2.2.2. Próba określenia istoty prawnej kontraktu koncesyjnego 44
3.3. Gwarancje inwestycyjne 54
3.3.1. Ustalenia pojęciowe 54
3.3.2. Kontraktowe państwowe gwarancje inwestycyjne 57

3.4. Inne rodzaje międzynarodowej działalności gospodarczej ... 61
3.4.1. Handel międzynarodowy ... 61
3.4.1.1. Uwagi ogólne ... 61
3.4.1.2. Umowy wzajemnie uwarunkowane ... 62
3.4.1.3. Międzynarodowy handel bronią ... 63
3.4.2. Działalność o szczególnie dużym stopniu ryzyka ... 66
3.4.3. Państwowe kontrakty założycielskie ... 68
3.4.4. Gospodarcze wykorzystywanie techniki kosmicznej ... 68
3.4.5. Umowy o pomocy technicznej ... 69
3.5. Próba podsumowania ... 70

4. OFFSET W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM ... 72
4.1. Geneza offsetu ... 72
4.2. Zadania offsetu w Polsce ... 73
4.3. Charakter prawny umowy offsetowej ... 74
4.3.1. Zakres stosowania nowego rodzaju umowy ... 74
4.3.2. Pojęcie umowy offsetowej ... 76
4.3.2.1. Definicja ustawowa ... 76
4.3.2.2. Podstawowe cechy ... 76
4.3.3. Aspekt podmiotowy umowy offsetowej ... 81
4.3.3.1. Strona państwowa ... 81
4.3.3.2. Zagraniczny dostawca ... 81
4.3.3.3. Syndrom *state contract* ... 82
4.3.3.4. Inne podmioty występujące w stosunku offsetowym ... 82
4.3.4. Aspekt przedmiotowy umowy offsetowej ... 83
4.3.4.1. Zobowiązanie offsetowe ... 83
4.3.4.2. Wartość zobowiązania offsetowego i mnożniki offsetowe ... 84
4.3.4.3. Istota zobowiązania offsetowego ... 85
4.3.5. Zawarcie umowy offsetowej i jej forma ... 88
4.3.6. Prawo właściwe i sposób rozstrzygania sporów ... 90
4.3.7. Kompensacyjny charakter umowy offsetowej ... 92
4.3.8. Offset ustawowy i umowny ... 93
4.3.9. Komitet do Spraw Umów Offsetowych ... 93

5. ISTOTA PRAWNA KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO ... 95
5.1. Pojęcie kontraktu państwowego ... 95
5.2. Kontrakt państwowy a umowa międzynarodowa ... 98
5.2.1. Założenia wstępne ... 98
5.2.2. Podobieństwa i różnice ... 100
5.2.3. Koncepcja „*sanctity of contract*" ... 103
5.2.4. Powiązanie umów międzynarodowych z kontraktami państwowymi ... 104
5.3. Kontrakt państwowy a umowa administracyjna ... 106
5.3.1. Pojęcie umowy administracyjnej ... 106
5.3.2. Podobieństwa i różnice ... 108
5.4. Kontrakt państwowy jako umowa prawa cywilnego ... 110
5.5. Reglamentacja prawna kontraktów państwowych ... 113

5.5.1. Prawo międzynarodowe ... 113
5.5.2. Prawo wewnętrzne ... 120
5.5.3. „Trzeci porządek prawny" ... 127
5.5.3.1. Prawo transnarodowe i nowa „*lex mercatoria*" ... 127
5.5.3.2. „*Lex contractus*" ... 132
5.5.3.3. Negatywny wybór prawa – „*contrat sans loi*" ... 135
5.5.4. Próba podsumowania ... 136

6. UMOWA OFFSETOWA A CECHY CHARAKTERYSTYCZNE KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO ... 140
6.1. Umowa offsetowa a konstrukcja kontraktu państwowego ... 140
6.2. Niesamodzielność konstrukcji ... 141
6.3. Dwustronnie podmiotowo kwalifikowany charakter ... 141
6.4. Rozszerzony zakres autonomii woli stron ... 142
6.5. Szczególna stabilność ... 142
6.6. Autonomiczność stosunku kontraktowego ... 143
6.7. Cechy „*economic development agreement*" ... 143
6.8. Gospodarczy charakter ... 144
6.9. Asymetria ról umownych ... 145
6.10. *Quasi*-koncesyjny charakter ... 145
6.11. Specyfika reglamentacji prawnej ... 145
6.12. Możliwość naruszeń prawa ... 146
6.13. Tryb rozstrzygania sporów ... 147
6.14. Wyjątkowość ... 148

WYBRANA LITERATURA ... 150

SUMMARY ... 159

WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW

AJIL	–	„American Journal of International Law"
Annuaire	–	„Annuaire de l'Institut de Droit International"
AUNC	–	*„Acta Universitatis Nicolai Copernici"*
BDGVR	–	„Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht"
BOiGM	–	„Budownictwo Okrętowe i Gospodarka Morska"
BYIL	–	„The British Yearbook of International Law"
c.	–	*contra*
Dz.U.	–	„Dziennik Ustaw"
HZ	–	„Handel Zagraniczny"
IBRD	–	International Bank of Reconstruction and Development
ICC	–	International Chamber of Commerce
ICJR	–	International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	–	„The International and Comparative Law Quarterly"
ICSID	–	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDI	–	Institut de Droit International
ILA	–	International Law Association
ILM	–	„International Legal Materials"
ILR	–	„International Law Reports"
JMLC	–	„Journal of Maritime Law and Commerce"
JWTL	–	„Journal of World Trade Law"
k.c.	–	kodeks cywilny, 1964
k.p.c.	–	kodeks postępowania cywilnego, 1964
LCP	–	„Law and Contemporary Problems"
LLR	–	„Lloyd's Law Reports"
MIGA	–	Multilateral Investment Guarantee Agency
M.P.	–	„Monitor Polski"
NATO	–	North Atlantic Treaty Organization
NP/PS	–	„Nowe Prawo" obecnie „Przegląd Sądowy"
p.d.g.	–	prawo działalności gospodarczej, 1999
PiP	–	„Państwo i Prawo"
PM	–	„Prawo Morskie"
PPH	–	„Przegląd Prawa Handlowego"
PPHZ	–	„Problemy Prawne Handlu Zagranicznego"
p.p.m.	–	prawo prywatne międzynarodowe, 1965
PSM	–	„Przegląd Stosunków Międzynarodowych"
PUG	–	„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego"

PWN	–	„Prace Wydziału Nawigacyjnego WSM w Gdyni"
RCADI	–	„Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye"
RCDIP	–	„Revue Critique de Droit International Privé"
RPEiS	–	„Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny"
OSN	–	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego"
SC	–	„Studia Cywilistyczne"
SeD	–	„Studia et Documenta"
SIPRI	–	Stockholm International Peace Research Institute
SM	–	„Sprawy Międzynarodowe"
SN	–	Sąd Najwyższy
SP	–	„Studia Prawnicze"
t.j.	–	tekst jednolity
u.o.	–	ustawa z 10.09.1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa
v.	–	*versus*
ZaöRV	–	„Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht"
ZNWSM	–	„Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Morskiej" (Gdynia, Szczecin)

1. WPROWADZENIE W TEMATYKĘ I ZAŁOŻENIA PRACY

1.1. CELOWOŚĆ BADANIA PROBLEMATYKI UDZIAŁU PAŃSTWA W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM

Jeszcze do niedawna wydawało się, że analiza problematyki roli państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym będzie miała jedynie znaczenie teoretyczne. Okazuje się wszakże, że w naszym kraju relacje między państwem a podmiotami niepaństwowymi z innych krajów są coraz częstsze. W praktyce spotykamy liczne umowy koncesyjne, gwarancje państwowe i wiele innych umów tego rodzaju. Nowym zagadnieniem w polskim ustawodawstwie jest wprowadzenie instytucji prawnej **offsetu**, który jest typowym przykładem oddziaływania państwa na międzynarodowe stosunki gospodarcze.

Kluczowym zagadnieniem związanym z rolą państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym jest podstawa prawna, w oparciu o którą państwo angażuje się w tym obrocie. Podstawa ta może być bardzo zróżnicowana, ale nie ulega kwestii, że najczęściej jest to umowa. Umowy, które zawiera państwo z zagranicznymi podmiotami prywatnoprawnymi nazywa się **kontraktami państwowymi (*state contracts*)**. Powyższa forma zobowiązań państwa dotychczas wyjątkowo rzadko była omawiana w literaturze polskiej[1], a wydaje się, że ta właśnie konstrukcja prawna daje się zastosować w ocenie prawnej wielu umów, w tym najbardziej nas interesujących umów offsetowych.

W dawnym systemie gospodarczym, w którym państwo było nie tyle uczestnikiem, co prawie wyłącznym organizatorem obrotu gospodarczego, a monopolistą w handlu zagranicznym, trudno było przekonać dawnych decydentów, by świadomie wyrzekli się takiej pozycji i przeszli w relacjach gospodarczych państwa z zagranicznymi partnerami na płaszczyznę równoprawnych stosunków cywilnoprawnych. Nie tylko zmiany polityczne, ale i coraz większe zainteresowanie Polską inwestorów zagranicznych spowodowało, że nasz kraj w ostatnich kilkunastu latach zawarł szereg wielkich kontraktów państwowych, np. z Fiatem, General Motors, firmami koreańskimi i wiele innych. Powszechnemu stosowaniu umów zawieranych między państwem a zagranicznymi podmiotami gospodarczymi sprzyja

[1] Por. MHC, MHK, MHO.

proces prywatyzacji. Przyszłe polskie kontrakty zbrojeniowe, które ma urealnić offset zapewne zaważą w polskiej gospodarce najbliższych lat.

Trzeba wyraźnie powiedzieć, że zaniedbanie badania relacji państwa i podmiotów prywatnych w ostatnich latach, wynikło z nowej – przeciwstawnej do minionych – koncepcji gospodarczej. O ile poprzednio nie badano roli państwa w obrocie gospodarczym, bo była ona przemożna, o tyle w nowej kapitalistyczno-liberalnej gospodarce nie badano jej z tego powodu, że aksjomatem stało się eliminowanie państwa ze stosunków gospodarczych za wszelką cenę. Interwencjonizm państwowy był tematem tabu i chyba nadal pozostaje tematem niechętnie podejmowanym. „Niewidzialne ramię rynku" miało zastąpić „socjalistyczną omnipotencję gospodarczą państwa", a więc jedna ideologia gospodarcza zastąpić miała drugą.

Wydaje się, że nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia przechodzenie od jednej skrajności do drugiej, od wszechwładzy państwa do jego całkowitego ubezwłasnowolnienia w sferze gospodarki. Rodzi to niebezpieczeństwo popadnięcia z dogmatyzmu etatystyczno-socjalistycznego w dogmatyzm neoliberalno-kapitalistyczny. Niekiedy nadal z gorliwością neofitów dawni ekonomiści PRL-owscy żądają całkowitej prywatyzacji, pozbawienia państwa jakiegokolwiek wpływu na gospodarkę, nie bacząc na to, że szereg państw ma już ten etap polityki ekonomicznej za sobą. W coraz trudniejszej sytuacji gospodarczej wewnętrznej i zewnętrznej Polski państwo będzie miało ważną rolę do spełnienia w nowym modelu gospodarczym.

W sferze prawnej wyrazem wolności gospodarczej stała się ustawa z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej[2]. Od uchwalenia ustawa ta była jednak wielokrotnie nowelizowana, co świadczy o tym, iż państwo powoli zdaje się wycofywać z wielu sfer wolności gospodarczej. Zwłaszcza wyraźnie to widać w interesującej nas sferze obrotu z zagranicą. Pomijając wcześniejsze ograniczenia, które nierzadko miały bardzo dyskusyjny charakter, np. manipulacje kontyngentami celnymi w latach 1994 – 1997, ostatnie „osiągnięcia" naszego ustawodawstwa w zakresie prawa handlu zagranicznego to ustawy o: administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz o obrocie specjalnym, ochronie przed przywozem na polski obszar celny towarów po cenach dumpingowych, ochronie przed przywozem na polski obszar celny niektórych towarów tekstylnych i odzieżowych[3]. Ponownie administratywizuje lub wręcz biurokratyzuje się obrót z zagranicą. Jak się wydaje, interwencjonizm państwa narasta, lecz nie w tych sferach, które tego szczególnie wymagają, jak np. przemysł obronny, gospodarka morska, rolnictwo, i co najważniej-

[2] *Dz.U.Nr 41, poz.324* z późniejszymi zmianami; ustawę tę ma zastąpić prawo działalności gospodarczej (ustawa z 19.11.1999 r., *Dz.U.Nr 101, poz.1178*), które ponownie nawiązuje do bardziej liberalnych założeń w zakresie wolności gospodarczej. Sądzić jednak należy, że jedynie kwestią czasu jest powstanie nowych form interwencji państwa w obrocie gospodarczym. Niewątpliwie taką formą jest także offset.

[3] Por. **M. H. Koziński**: *Morskie prawo gospodarcze*, cz.1, Gdynia 1999, s. 31-32.

sze rola państwa ponownie sprowadza się niemal wyłącznie do stosowania metod administracyjnych.

Ważnym zjawiskiem, charakterystycznym dla gospodarki wolnokonkurencyjnej, jest także znacząca rola państwa w stosunkach wewnątrzkrajowych. Osobnym zagadnieniem staje się charakterystyka powiązań umownych między państwem a osobami fizycznymi, podmiotami gospodarczymi w obrocie wewnętrznym. Rośnie ilość umów zawieranych przez państwo, różne jego agendy i agencje, coraz liczniejsze jednostki samorządowe, działające w oparciu o mienie publiczne. Cała sfera stosunków cywilnoprawnych i gospodarczych pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym będzie się zapewne rozwijać i wymaga odrębnych badań. Przykładem niech będzie sprawa budowy autostrad, które są typowymi przedsięwzięciami angażującymi kapitał państwowy i prywatny. Ostatnio uznaje się za *panaceum*, mające ożywić działalność inwestycją w tym zakresie wydatne zwiększenie tzw. publicznej partycypacji w przedsięwzięciach gospodarczych prywatnych przedsiębiorców. Wydaje się, że wiele doświadczeń zebranych w związku z kontraktami państwowymi, będzie można przenieść na *sit venia verbo* „umowy państwowe".

Bezpośrednim jednak powodem kolejnej analizy relacji pomiędzy państwem a zagranicznymi podmiotami prywatnymi jest ostatni *boom* legislacyjny, obejmujący ustawy odnoszące się do nowych form kontraktów państwowych, w tym zwłaszcza umów offsetowych i innych rodzajów powiązań umownych w interesującym nas układzie podmiotowym, jak również próba ustawowowego uregulowania sposobów pomocy publicznej dla przedsiębiorców.

Na wstępie wydaje się niezbędna jeszcze jedna uwaga. Praca ma charakter interdyscyplinarny. Łatwo więc zachwiać w niej proporcje w omawianiu poszczególnych zagadnień. Może to wyzwolić zarzuty zarówno ze strony cywilistów, zbulwersowanych wtrętami publicznoprawnymi, jak i przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego i innych dziedzin prawa publicznego, że zbyt mało miejsca poświęcono interesującym ich kwestiom. Jeśli chodzi o kompleksowość tematyki badawczej, należało przyjąć ją jako cechę specyficzną, nieoddzielną od problematyki udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Praktyka obrotu nie dbała bowiem nigdy o czystość teoretyczną wykorzystywanych konstrukcji prawnych, kontrakty państwowe są zaś niewątpliwie wytworem praktyki. Praca ma charakter prawniczy, nie może przeto uwzględnić wielu – wyjątkowo interesujących – aspektów ekonomicznych, związanych m.in. z międzynarodowym handlem bronią.

Jeszcze jedno zjawisko poważnie utrudniało prowadzone badania. Większość omawianych w pracy relacji prawnych między państwem a jego prywatnoprawnymi kontrahentami jest objęta ścisłą tajemnicą. Najczęściej o treści tych umów dowiadujemy się dopiero z orzeczeń sądowych lub arbitrażowych. Także w Polsce najważniejsze umowy tego rodzaju nie są dostępne, a nawet jeśli można się z nimi zapoznać, to warunkiem jest niepublikowanie ich treści. Dlatego szereg wniosków nie może być w pełni udokumentowanych konkretnymi zapisami umownymi.

1.2. SPECYFIKA MIĘDZYNARODOWEGO OBROTU GOSPODARCZEGO ZWIĄZANEGO Z UZBROJENIEM I WYPOSAŻENIEM SIŁ ZBROJNYCH

O rożnych aspektach międzynarodowego handlu bronią będzie jeszcze wielokrotnie mowa w tej pracy, albowiem offset jest przede wszystkim związany z tym rodzajem wymiany międzynarodowej. Na wstępie warto jednak pokusić się o kilka uwag natury ogólniejszej, które zwrócą uwagę na daleko idącą specyfikę międzynarodowego obrotu uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych.

Od początków międzynarodowego handlu bronią aktywnie uczestniczyło w nim państwo. Znaczne dostawy broni i sprzętu wojskowego służą bowiem realizacji funkcji publicznych państwa, mają wzmacniać potencjał obronny poszczególnych krajów. Obecnie, mimo że najbardziej nawet skomplikowaną broń i sprzęt wojskowy produkują prywatni przedsiębiorcy, w tym coraz częściej ponadnarodowe korporacje, nadal głównymi nabywcami, importerami tych specyficznych dóbr są państwa, a dokładniej ich siły zbrojne. Nadal także państwa (agencje i firmy państwowe) bywają bezpośrednimi eksporterami broni i sprzętu wojskowego.

Dominująca rola państwa na tym rynku wiąże się także z szeroko rozbudowanym systemem kontroli międzynarodowego obrotu uzbrojeniem i niektórymi rodzajami wyposażenia sił zbrojnych. Państwo decyduje o eksporcie broni do innego kraju i państwo decyduje o imporcie broni z innego kraju. Nawet przeto, gdy w obrocie międzynarodowym uzbrojeniem uczestniczą firmy prywatne, jako eksporterzy, importerzy, pośrednicy, to obrót ten jest zależny od decyzji publicznoprawnych. Jest to – w odróżnieniu od innych segmentów rynku międzynarodowego – rynek bardzo ściśle reglamentowany zarówno przez prawo międzynarodowe, jak i przez prawo wewnętrzne poszczególnych państw.

W skali międzynarodowej formy reglamentacji są różnorodne. Najdalej idące są całkowite zakazy obrotu niektórymi rodzajami broni i techniki wojskowej. Przykładem może być broń masowego rażenia. Mamy także szereg innych zakazów np. stosowania, produkcji i obrotu minami przeciwpiechotnymi.

Chociaż historia międzynarodowej kontroli zbrojeń i międzynarodowego handlu bronią jest dość odległa, bowiem zapoczątkowała ją już Liga Narodów, to dopiero ONZ stara się zinstytucjonalizować różne formy ograniczeń międzynarodowych w handlu bronią. Najbardziej spektakularnym przedsięwzięciem w tej dziedzinie jest rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 9.12.1991 r. o wprowadzeniu tzw. **Rejestru Uzbrojenia Konwencjonalnego ONZ**[4]. Rejstr stanowi oficjalną

[4] *United Nations Register of Conventional Arms,* zob. bliżej **P. Wieczorek**: *Rejestr Uzbrojenia Konwencjonalnego – stan obecny i perspektywy*, SM 1994, nr 4, s. 73 i nast.; państwa uczestniczą w rejestrze na zasadzie dobrowolności, a rejestracji podlega ilość sprzętu i wartość transakcji. Rejestracji podlega obrót np.: czołgami powyżej 16,6 t, z działami ponad 75 mm, bojowymi wozami opancerzonymi, artylerią o kalibrze ponad 100 mm, samolotami i śmigłowcami bojowymi, okrętami wojennymi, wszelkimi rakietami (z wyjątkiem „ziemia-powietrze", które uznano za środek defensywny).

bazę danych dotyczących handlu bronią, daleko mu jednak do instytucji skutecznie kontrolującej międzynarodowy handel bronią.

Dużą rolę w nadzorze nad przekazywaniem określonych technologii odegrał w okresie „zimnej wojny" Komitet Koordynacyjny COCOM[5], który rozwiązano dopiero w 1994 r. Komitet mimo swej nieformalnej struktury był przez wiele lat niezwykle skutecznym instrumentem nadzoru nad handlem bronią, mógł bowiem nawet zakazać członkowi organizacji dokonania poszczególnych transakcji[6].

Ostatnio powstała nowa inicjatywa międzynarodowa nazywana „Nowym Forum" lub porozumieniem z Wassenaar[7]. Od 1996 r. jest to organizacja międzynarodowa z siedzibą w Wiedniu. **Standardy Wassenaar** dotyczą m.in. procedur zatwierdzania kontraktów zbrojeniowych, a zwłaszcza problematyki produktów i technologii „podwójnego użytku", czyli mogących mieć zastosowanie cywilne i wojskowe. Niewątpliwie jest to zinstytucjonalizowana forma kontroli międzynarodowego obrotu uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych.

Bez wątpienia dla handlu bronią istotne znaczenie ma także traktat w sprawie zbrojeń konwencjonalnych, podpisany w Paryżu 19.11.1990 r. przez 22 państwa. Podobnie zresztą jak szereg innych umów międzynarodowych w zakresie kontroli zbrojeń. Przewidziane w nich limity uzbrojenia i redukcja wielu rodzajów broni powodują, że „nadwyżki" trafiają na rynek międzynarodowy. Jednocześnie rozbudowany system kontroli międzynarodowej sprawia, że nie tylko stan posiadania poszczególnych armii, ale i możliwości produkcyjne państw, kierunki eksportu i importu stają się transparentne.

Wydaje się, że zwłaszcza przejrzystość międzynarodowego obrotu uzbrojeniem staje się obecnie niezwykle charakterystyczna. Nad przestrzeganiem zakazów międzynarodowych, szczególnie w stosunku do państw z tzw. list negatywnych, czuwa w dużej mierze opinia publiczna, informowana o takich transakcjach np. przez **Sztokholmski Międzynarodowy Instytut Badania Pokoju (SIPRI)**. Organizacja ta już od ponad 30 lat corocznie publikuje niezwykle szczegółowe dane dotyczące produkcji, eksportu i importu broni[8].

---

[5] *Coordinating Committee on Multilateral Export Controls*. Komitet był rodzajem *gentelman's agreement* skupiającym 17 państw. W ramach tego porozumienia prowadzono tzw. Listę Sprzętu Wojennego (*Munition List* – IAEL) obejmującą czołgi, samoloty, okręty wojenne, na które wymagano specjalnych licencji eksportowych, por. **R. R. Ludwikowski**: *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego*, t. I, Warszawa 1996, s. 209-210.

[6] Por. **P. Heleniak**: *Aktualne problemy międzynarodowego handlu bronią w świetle prawa międzynarodowego i prawa wewnętrznego RP*, RPEiS 1999, nr 3-4, s. 85; wyraźna deideologizacja handlu bronią w ostatnim okresie spowodowała, że szereg krajów nie chce już poddawać się tak daleko idącym ograniczeniom.

[7] *The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual – Use Goods and Technologies*; standard Wassenaar w wewnętrznym ustawodawstwie dotyczącym handlu bronią przyjęło już wiele państw rozwiniętych, np. Austria, Niemcy, USA, Kanada; istnieją także inne standardy w międzynarodowym handlu bronią, np. *EU Code of Conduct*, *OSCE Criteria on Conventional Arms Export*.

[8] Zob. *SIPRI Yearbook 2000 – Armament, Disarmament and International Security (http:/www.sipri.se/pubs/bookorder.html)*.

Dość często w ostatnich latach mamy do czynienia z całkowitym eliminowaniem, na pewien czas, niektórych państw z rynku broni i sprzętu wojskowego. Temu celowi służy instytucja **embargo** stosowana w wielu ostatnich konfliktach zbrojnych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ (np. Irak, Jugosławia, Erytrea, Libia, Liberia, Haiti, Rwanda).

Powyższe uwagi dowodzą, że wspólnota międzynarodowa nie traktuje handlu bronią w sposób podobny jak handlu międzynarodowego innymi towarami. W wielu krajach – nie bez podstaw – ten specyficzny obrót określa się jako **obrót specjalny**.

Niezwykle ważnym instrumentem, którym posługują się państwa w międzynarodowym obrocie uzbrojeniem i wyposażeniem wojskowym, jest kontrola wewnętrzna produkcji, a zwłaszcza eksportu tych specyficznych towarów. Praktycznie wszystkie państwa produkujące uzbrojenie posiadają odpowiednie regulacje w tym zakresie[9].

Systemy kontroli eksportu i importu broni i sprzętu wojskowego są nad wyraz zróżnicowane i skomplikowane. Większość krajów posiada własne **listy negatywne**, tzn. wykazy państw, z którymi obrót uzbrojeniem i wyposażeniem wojskowym jest zakazany. Szereg państw listy te publikuje[10]. Najważniejszym jednak instrumentem jest administracyjne nadzorowanie eksportu i importu broni oraz niektórych innych towarów zarówno w sensie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Na przykład w Stanach Zjednoczonych zagraniczny obrót bronią jest reglamentowany co najmniej czterema formami ograniczeń: licencjami eksportowymi (*export licences*), umowami obsługi technicznej (*technical assistance agreement*), licencjami produkcyjnymi (*manufacturing licences*), umowami dystrybucyjnymi (*distribution agrements*). Także w Polsce handel bronią jest ściśle unormowany. Podstawowe znaczenie ma w tym zakresie **ustawa z 11.12.1997 r. o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz o obrocie specjalnym**[11]. Ustawa ta uznaje za „obrót specjalny z zagranicą" zawarcie przez podmiot polski w kraju lub za granicą umowy, która dotyczy broni, amunicji, materiałów wybuchowych oraz wyrobów i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, a także przywóz na polski obszar celny, wywóz lub przewóz przez polski obszar celny broni, materiałów, o których mowa wyżej, bez względu na sposób ich przemieszczania

[9] Np. Austria – *Federal Law on Imports, Exports and Transit of War Material* z 1977 r., Czechy – *ustawa nr 38* z 1994 r., USA – *The Arms Export Control Act* z 1976 r., Francja – *Order in council of 2.10.1992 realating to procedures for importing and exporting war materials, arms and munitions, and analogous material,* Kanada – *Export and Import Permits Act.* Wyczerpujące, stale aktualizowane, zestawienie zasad reglamentacji międzynarodowego obrotu bronią zawierają internetowe materiały SIPRI *(http:/projects.sipri.se/expcon).*

[10] Najdłuższą listę negatywną mają zapewne USA – Angola, Afganistan, Armenia, Azerbejdżan, Białoruś, Burma, Burundi, Chiny, Korea Północna, Kuba, Demokratyczna Republika Konga, Erytrea, Etiopia, Haiti, Indie, Iran, Irak, Liberia, Libia, Pakistan, Rwanda, Czarnogóra, Somalia, Sudan, Syria, Tadżykistan, Wietnam (*SIPRI Yearbook 2000*).

[11] *Dz.U. Nr 157, poz.1026.*

przez granicę. Także świadczenie przez osobę krajową na rzecz osoby zagranicznej i odwrotnie usług związanych z przedmiotami, materiałami i technologiami, o których wyżej wspomniano, uznaje się za obrót specjalny.

Ustawa zawiera cały katalog ewentualnych ograniczeń w obrocie specjalnym z zagranicą. Między innymi ograniczenia te można wprowadzić, jeśli wymagają tego względy obronności i bezpieczeństwa państwa lub gdy konieczne jest to do wykonania naszych zobowiązań międzynarodowych. Ustawodawca polski wyposażył Radę Ministrów w kompetencję określania, jakie rodzaje broni, amunicji, materiałów wybuchowych, technologii i usług objęte będą uregulowaniami ustawy z 1997 r.

Zasadniczym elementem reglamentacji obrotu specjalnego jest uzależnienie prawa do uczestniczenia w nim od uzyskania przez przedsiębiorców **wpisu do specjalnego rejestru** prowadzonego przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Jest to typowe ograniczenie zasady wolności gospodarczej. Wpisy dokonywane są na wniosek zainteresowanych podmiotów gospodarczych, po zasięgnięciu opinii Ministra Obrony Narodowej, Ministra Spraw Zagranicznych i Urzędu Ochrony Państwa, wyłącznie na czas oznaczony, nie dłuższy niż 5 lat. Organ rejestrowy może wykreślić przedsiębiorcę z rejestru, m.in. gdy naruszył on przepisy dotyczące obrotu specjalnego, wymaga tego ważny interes gospodarki narodowej, wymagają tego względy obronności lub bezpieczeństwa państwa lub interes polityki zagranicznej państwa. Decyzja o wykreśleniu z dwóch ostatnich powodów nie wymaga żadnego uzasadnienia i nie podlega zaskarżeniu. W sumie jest to wyjątkowo ścisła kontrola państwa nad działalnością gospodarczą.

W tym rodzaju obrotu gospodarczego istnieje jeszcze jeden charakterystyczny instrument prawny. Jest nim tzw. **świadectwo końcowego użytkownika** (*end user certificate*). W prawie polskim jego wzór określa minister właściwy do spraw gospodarki. Wspomniane świadectwo jest dokumentem przeznaczonym do prezentacji poza granicami naszego kraju, potwierdzającym niejako rozciągnięcie kontroli państwowej na daną transkację handlową obrotu specjalnego[12]. W treści świadectwa mogą być wymienione szczególne warunki i obowiązki, które nałożono na polskiego eksportera.

Ustawa precyzyjnie określa sposoby nadzoru i kontroli obrotu specjalnego i przewiduje dotkliwe sankcje karne za łamanie przepisów o obrocie specjalnym[13].

Innym aktem prawnym formułującym specjalne reguły obrotu z zagranicą uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych w Polsce jest **ustawa z 2.12.1993 r. o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi**[14]. Ustawa

---

[12] **P. Heleniak**: *op. cit.*, s. 93.

[13] Ustawa przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 10. Podobne zagrożenia przewidziano w przepisach innych krajów np. USA do 10 lat i do 1 mln dolarów grzywny, Niemcy do 10 lat i do 1 mln marek grzywny, Czechy do 10 lat i do 30 mln koron.

[14] *Dz.U. Nr 129, poz. 598, z 1996 r., Nr 106, poz. 496, z 1997 r., Nr 88, poz. 554 i Nr 157, poz. 1027 oraz z 1999 r., Nr 70, poz. 775.*

wymienia pięć grup towarów objętych kontrolą, przy czym jest to zakres znacznie szerszy niż w ustawie z 1997 r. Dokładny wykaz towarów podlegających kontroli określa minister właściwy do spraw gospodarki w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych. Obrotu towarami i technologiami, o których mowa w powyższych przepisach, dokonuje się na podstawie **certyfikatu importowego**, pozwolenia na przywóz, wywóz, tranzyt. W zakresie broni, amunicji i technologii o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym stosuje się omówione wyżej przepisy o obrocie specjalnym. Certyfikaty importowe wydaje minister właściwy do spraw gospodarki. Również ta ustawa zawiera specjalne procedury kontrolne i sankcje.

Wydaje się, że powyższe, siłą rzeczy, dość ogólne uwagi uzasadniają tezę, że obrót międzynarodowy związany z uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych jest dalece zdominowany przez udział w nim państw i kontrolę państwową (wewnętrzną i międzynarodową). Dlatego z trudem można w większość tego typu transakcji stosować ogólne reguły handlu międzynarodowego. Trzeba także podkreślić, że próby pełnej reglamentacji tej części rynku międzynarodowego powodują, iż niektóre państwa i szereg firm, działających na tym rynku, starają się obejść istniejące normy. W międzynarodowym obrocie specjalnym istnieje niewątpliwie „szara", a nawet „czarna" strefa.

Jeszcze co najmniej dwie cechy omawianego tu obrotu należałoby uwypuklić. Pierwsza to ścisły związek zakupów uzbrojenia i sprzętu wojskowego z polityką budżetową państw. Wynika to z bezpośredniego zaangażowania państwa w tym obrocie i celów, którym służą wspomniane zakupy. Na ogół uznaje się wydatki na cele militarne za „nieprodukcyjne" i jak zauważa K. Hartley „*will off people*" we współczesnych demokratycznych społeczeństwach opowiada się za ograniczaniem wydatków budżetowych na tę sferę. Redukcja wydatków na zbrojenia po okresie „zimnej wojny" jest ewidentna. Także wydatki NATO na broń i personel wojskowy spadają z roku na rok[15]. W tej sytuacji zakupy uzbrojenia i sprzętu wojskowego muszą się opierać na nowych zasadach. Przede wszystkim trzeba zwiększyć racjonalność wydatków, zapewnić akceptację opinii publicznej dla konkretnych decyzji, zagwarantować przejrzystość i legalizm wszelkich procedur związanych z obrotem uzbrojeniem, popularyzować nowe formy zakupów, np. transakcje kompensacyjne, w tym przede wszystkim offset, dążyć do dalszej standaryzacji uzbrojenia i sprzętu wojskowego, poszerzać kooperację w produkcji uzbrojenia etc. Utrzymaniu odpowiedniego poziomu wyposażenia sił zbrojnych służyć winno także zapewnienie konkurencji na rynku zbrojeniowym, otwieranie rynków dla obcych firm, zamienność koncepcji obronnych (*substitution*)[16].

---

[15] **K. Hartley**: *State Budget in a Changing Economic and Security Environment* (*http://www.nato.int./acad.conf.*). Według danych opartych na materiałach NATO i SIPRI globalne wydatki obronne NATO w okresie 1990 – 1997 spadły o 22,8%. Autor podkreśla, że minimalizacja budżetów wojskowych jest tendencją trwałą.

[16] **K. Hartley**: *op.cit.* podaje następujące przykłady takich działań: śmigłowce zamiast czołgów, rakiety zamiast samolotów, powietrzne patrole lotnicze zamiast fregat.

Kwestią nie bez znaczenia dla omawianego w tym opracowaniu udziału państwa w transkacjach zbrojeniowych jest etyczny aspekt produkcji i handlu bronią. Wspomniane wyżej formy reglamentacji prawnej często nie są wystarczające, by legalnie dokonywane transakcje mogły być oceniane w pełni pozytywnie. Jest niewątpliwie naganne etycznie, że kraje wysoko rozwinięte szukają rynków zbytu na swoją broń w zadłużonych, nierzadko bardzo biednych krajach „trzeciego świata"[17]. W konfliktach lokalnych nigdy nie brakuje broni żadnej ze stron. Wojny takie często stają się poligonami do testowania nowych rodzajów broni i są dyskontowane komercyjnie. Temat ten podejmuje m.in. papieska rada *„Iustitia et Pax"*[18].

Omawiając w tym opracowaniu instytucję offsetu, musimy pamiętać, że zdecydowana większość transakcji opartych na tej konstrukcji winna być oceniana przez pryzmat omówionej wyżej specyfiki. Można sądzić, że u.o. wpisuje się w nasz system prawa związanego z obrotem specjalnym, nie tylko jako pomysł na sfinansowanie dostaw uzbrojenia dla polskich sił zbrojnych, ale także jako nowa forma reglamentacji tego obrotu.

1.3. ZAKREŚLENIE TEMATYKI PRACY

Podjęty temat jest niezwykle szeroki i jego wszechstronna analiza wymagałaby znacznie obszerniejszego opracowania. Ograniczenia wydawnicze zmuszają do skupienia się na następujących kwestiach, które wydają się zasadnicze. Po pierwsze naświetlimy pojęcie państwa w obrocie gospodarczym, w tym zaproponujemy określenie tzw. „bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym" oraz nawiążemy do określenia *state trading*. Ogólnie przedstawimy niektóre formy kontraktów zawieranych przez państwo w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Zwłaszcza skupimy się na umowach offsetowych i ich nowej regulacji prawnej. Spróbujemy scharakteryzować bliżej ten nowy – w naszym systemie prawnym – typ umowy, jednakże analiza ta będzie raczej dogmatyczna, bowiem brak na razie doświadczeń praktycznych związanych z zastosowaniem nowych przepisów. Dalej omówimy istotę prawną kontraktu państwowego. Postaramy się na koniec uzasadnić tezę, że właśnie kontrakt państwowy jest optymalną formą udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym, zaś umowa offsetowa jest rodzajem kontraktu państwowego.

---

[17] „Zamiast chleba i pomocy kulturalnej nowym budzącym się do samodzielnego życia narodom czy państwom dostarcza się nieraz w obfitości nowoczesną broń (...) służącą w konfliktach i wojnach, których domaga się nie tyle obrona ich suwerenności, ile różnego rodzaju szowinizmy, imperializmy i neokolonializmy" (encyklika *Redemptor hominis*).

[18] Por. **G. Dal Ferro**: *Międzynarodowy handel bronią – etyczna refleksja*, „Społeczeństwo" 1995, nr 2, s. 413-417. Zob. także *Program społeczny – wybór tekstów magisterium kościoła*, Poznań-Kraków 2000, s. 195.

Głównym założeniem tej pracy jest uświadomienie, że umowa offsetowa nie może być oceniana wyłącznie jako zwykła umowa cywilnoprawna obrotu wewnętrznego. Dlatego tak eksponujemy uwarunkowania międzynarodowe umów, w których uczestniczy państwo i zagraniczny kontrahent prywatny. Nie wydają się bowiem ani całkowicie uzasadnione, ani w pełni skuteczne próby ustawodawcy polskiego do ograniczenia elementów międzynarodowych w umowach offsetowych.

2. PAŃSTWO W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM

2.1. PAŃSTWO A GOSPODARKA

2.1.1. Ewolucja funkcji gospodarczej państwa

Studia nad państwem są przedmiotem zainteresowania nie tylko nauk prawnych. Rozwój definicji państwa[1], określających jego podstawowe cechy i zadania w procesie rozwoju społecznego, to skrócona historia najważniejszych doktryn politycznych, prawnych i ekonomicznych. Nic przeto dziwnego, że pojęcie państwa cechuje pewien relatywizm, wynikający z celów, dla których definiuje się tę uniwersalną organizację polityczną społeczeństwa. Pomimo istotnych różnic w pojmowaniu państwa, a zwłaszcza jego funkcji, panuje zgoda co do tego, że jedną z głównych funkcji każdego państwa jest funkcja gospodarcza.

Można bez większego ryzyka postawić tezę, że państwo nigdy nie było bierne w sferze gospodarczej, chociaż na poszczególnych etapach tego rozwoju społeczno-gospodarczego zainteresowanie gospodarką nie było jednakowe.

Przejawów organizacyjno-gospodarczej działalności państwa można szukać w zamierzchłej przeszłości. Taką działalnością była zarówno budowa dróg przez Rzymian, jak przedsięwzięcia irygacyjne we wschodnich despotiach, czy handel morski państw typu feudalnego, który prowadzony był pod egidą państwa. Monarchie absolutne powoływały do życia manufaktury i stocznie państwowe, które stały się w przyszłości zalążkami przemysłu państwowego[2].

Nie sięgajmy jednak tak daleko w przeszłość, gdyż wymagałoby to zbyt obszernych wywodów natury historycznej na temat ówczesnego rozumienia państwa[3] oraz jego roli w obrocie gospodarczym. Zresztą interesujące nas zjawiska prawno-ekonomiczne są znacznie późniejsze.

---

[1] Por. **G. del Vecchio**: *L'État et de droit.* „Essais de philosophie politique", Paris 1964, s. 4 i nast.

[2] Zob. **S. Ehrlich**: *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1970, s. 60; **R. Wołodkiewicz** (*Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 190) nazywa oddziaływanie państwa rzymskiego w sferze gospodarki, w okresie dominatu – interwencjonizmem państwowym; **W. Wengler** (*Bemerkungen zu den Verträgen nichtstaatlicher Verbände und ihrer Organe mit Staaten und Staatsorganen [w:] Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi,* Milano 1957, t. II, s. 428) podaje przykład jednego z najstarszych kontraktów państwowych z 1.12.1267 r. pomiędzy Rzymem, Pizą i Sieną a ich zwolennikami w miastach toskańskich.

[3] Termin „państwo" (*l 'État, lo stato, Staat, state*) wywodzi się od N. Machiavellego; w niektórych krajach nabył on dzisiejszego znaczenia dopiero w XVIII, a nawet XIX wieku (por. **A. Łopatka**: *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1968, s. 25-26).

Rola państwa w obrocie gospodarczym nabiera zupełnie nowego wyrazu w okresie kapitalizmu, szczególnego zaś znaczenia w systemie gospodarki uspołecznionej. Wynika to zresztą ze stałego doskonalenia się samej struktury aparatu państwowego. Słaby stosunkowo rozwój relacji towarowo-pieniężnych w gospodarce przedkapitalistycznej, powodował, iż państwo nie miało ani potrzeby, ani możliwości kompleksowego oddziaływania na gospodarkę. Radykalną zmianę wprowadza dynamiczny rozwój obrotu handlowego zwłaszcza zaś handlu międzynarodowego.

Już w XV w. powstaje doktryna ekonomiczna zwana **merkantylizmem**. Zakładała ona, że państwo ma szczególnie ważne znaczenie w systemie gospodarowania. Znalazło to odbicie w handlu zagranicznym poszczególnych krajów, albowiem ta właśnie płaszczyzna aktywności gospodarczej okazała się wyjątkowo sprzyjająca dla realizacji interesów państwa. Niestety od samego początku udział państwa w obrocie międzynarodowym zaczął przybierać formę zakazów importowych i eksportowych, protekcjonizmu celnego, coraz wyraźniejszej monopolizacji procesu wymiany międzynarodowej przez państwo. Formalnoprawnym wyrazem wzrostu znaczenia państwa w gospodarce mogą być tak znane akty prawne, jak „*Navigation Act*" z 1651 roku, czy „*Ordonance de commerce*" z 1673 r. Rozwój merkantylizmu przypada na wiek XVII, ale już w XVIII wieku rodzą się koncepcje zmierzające do ograniczenia, a nawet likwidacji państwowej reglamentacji życia gospodarczego. Powstaje, głównie za sprawą **fizjokratów,** hasło liberalizmu gospodarczego – „*laissez faire*"[4]. Państwo miało stanowić jedynie czynnik ułatwiający rozwój gospodarki prywatno-kapitalistycznej. Nie znaczy to, że w tym okresie państwo wyzbyło się całkowicie wpływu na gospodarkę[5]. Jednakże, w interesującej nas sferze wymiany międzynarodowej, skrajny protekcjonizm został zastąpiony zasadą wolnego handlu.

Bardzo szybko wszakże wymogi praktyki gospodarczej zanegowały hasło państwa „nocnego stróża". Postępują procesy nacjonalizacji szeregu dziedzin gospodarki i tworzone są przedsiębiorstwa państwowe. Państwo zdecydowanie dominuje w zakresie finansów. Rozwój techniki wymusza koncentrację kapitału. Powstają wielkie koncerny prywatne, którym jedynie państwo może się skutecznie przeciwstawić. Przejawem konkurencji państwa i kapitału monopolistycznego jest „*Sherman Act*" z 1890 r. i wzorowane na tym akcie prawnym, ustawodawstwo antymonopolowe.

Trudno analizować wszystkie przyczyny społeczne i ekonomiczne wspomnianych przemian, wydaje się jednak bezsporne, że obecnie system *laissez faire* został zastąpiony przez rozwinięty interwencjonizm państwowy, zaś wolność handlu międzynarodowego przekształca się w protekcjonizm lub wręcz nacjonalizm ekonomiczny[6].

---

[4] Określenie to przypisuje się **Vincentowi de Gournay**, zob. **J. Ciepielewski, I. Kostrowicka, Z. Landau, J. Tomaszewski**: *Dzieje gospodarcze świata do roku 1980*, Warszawa 1985, s. 179.

[5] **W. Sadzikowski**: *Ekonomia polityczna kapitalizmu*, Warszawa 1969, s. 117.

[6] **O. Lange**: *Ekonomia marksowska a współczesna teoria ekonomii* [w:] *Dzieła*, t. III, Warszawa 1975, s. 38. Zob. także **R. Goujet**: *Le protectionisme en France depuis la querre dans le fait et doctrine*, Paris 1961, s. 51 i nast. oraz **W. E. Rappard**: *Qu'est – ce-que le nationalisme économique* [w:] Introduction á l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert, Paris 1938, t. III (cyt. za **J. Białocerkiewicz**: *Powstanie i rozwój prawa międzynarodowego gospodarczego*, Toruń 1987, s. 53).

2.1.2. Niebezpieczeństwa etatyzmu

W literaturze ekonomicznej współczesny kapitalizm określany bywa jako państwowo-monopolistyczny i rzeczywiście te dwa czynniki odgrywają w nim rolę dominującą. Powiązanie państwa i kapitału monopolistycznego jest dzisiaj tak różnorodne i trwałe, że stopniowo wychodzi z użycia termin „interwencjonizm państwowy". Udział państwa w gospodarce staje się tak oczywisty i naturalny, że można go traktować jako integralny element systemu. Nie ulega wątpliwości, że państwo nauczyło się gospodarować, stając się coraz częściej jednym z ważniejszych podmiotów bezpośrednio zaangażowanych w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

Nie oznacza to wszakże, że poglądy Johna M. Keynesa na temat niezbędności interwencjonizmu są przyjmowane bezkrytycznie. Podstawę ataku na tę teorię stanowi teza, że zasada wolności jest fundamentalna dla społeczeństw zachodnich, natomiast współczesny neoliberalizm dostrzega w każdej interwencji państwa zamach na tę wolność[7].

Trudno jednak nie zauważyć istotnych negatywów etatyzmu, zwłaszcza w jego skrajnych, wynaturzonych postaciach. Bezsporne jest, że przede wszystkim w systemach totalitarnych państwo dominuje we wszystkich sferach życia społecznego i gospodarczego. W aspekcie prawnym wyraża się to w rosnącej roli prawa publicznego, w publicyzacji wielu działów życia społecznego regulowanych dotychczas prawem prywatnym[8]. Patologie etatyzmu widać było wyraźnie w systemie tzw. gospodarki uspołecznionej. W tym wydaniu etatyzm był wrogiem wolności i to nie tylko gospodarczej.

Oczywiście wzrost interwencji państwa w gospodarce nie musi wiązać się z totalitaryzacją ustroju społecznego. Należy wszakże z tych doświadczeń naszej cywilizacji zdawać sobie w pełni sprawę. Jest także pewną prawidłowością, że interwencjonizm nasila się w okresach wojny oraz bezpośrednio przed nią i po niej. Wtedy gdy państwo ma pretekst, by podporządkować cele indywidualne celom zbiorowym. Trudno ukrywać istotny fakt, że omawiane w tym opracowaniu zjawisko kontraktów państwowych rozwinęło się w związku z modelem gospodarki wojennej.

Badając aktualną praktykę międzynarodowego obrotu gospodarczego, dostrzegamy jeszcze jedną niebezpieczną cechę interwencjonizmu państwowego. Chodzi o rosnącą rolę kompleksu przemysłowo-zbrojeniowego integralnie powiązanego

---

[7] Por. **S. Zawadzki**: *Państwo dobrobytu*, Warszawa 1970, s. 446 i nast., autor przypomina skrajną tezę **F. Ottela**, że: „Każdy rozległy plan gospodarczy lub plan socjalny oznacza krok w kierunku państwa totalitarnego".

[8] **F. Ryszka**: *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 46 i nast. Wydaje się, że problem harmonii między elementami publicznymi i prywatnymi jest tak dawny jak państwo i występował we wszystkich okresach społeczno-gospodarczych. Zob. analizę **A. Mączaka**: *Rządzący i rządzeni*, Warszawa 1986, s. 56 i nast. – autor dochodzi do wniosku, że „zło wiąże się z monopolem władzy" (s. 76).

z państwem. Nic dziwnego, że w tym stanie rzeczy jedną z ważniejszych płaszczyzn wykorzystania kontraktów państwowych jest gospodarka zbrojeniowa, w tym szczególnie międzynarodowy handel bronią[9].

Wspomniane wyżej niebezpieczeństwa nie są jedyne, zresztą nie zamierzamy wyczerpać tej materii, chodzi głównie o negatywy rzutujące na mechanizm działania państwa w gospodarce. Taką wadą było upolitycznienie stosunków gospodarczych. Wymiana międzynarodowa, w której z jednej strony uczestniczyły podmioty reprezentujące gospodarkę wolnokonkurencyjną, a z drugiej gospodarkę planową, była zarzewiem dodatkowych konfliktów. Tak zdecydowanie zdominowana przez państwo gospodarka zamiast płaszczyzną współpracy stawała się nierzadko areną dodatkowej konfrontacji. Obecnie zjawisko to ma znacznie mniejsze znaczenie, w związku z upadkiem systemu socjalistycznego w większości krajów świata.

Dominacja elementów pozaekonomicznych staje się charakterystyczna nie tylko dla strony państwowej. Zdarza się również sytuacja odwrotna, gdy partner niepaństwowy, wielonarodowa korporacja bądź wielki koncern prywatny w umowach z państwami mają pozycję silniejszą i starają się różnymi metodami narzucić korzystne dla siebie rozwiązania. Nowym problemem jest zjawisko globalizacji. W niektórych kontraktach z wielkimi korporacjami ponadnarodowymi widać wyraźnie, że poszczególne państwa nie są w stanie wynegocjować równoprawnych warunków umowy, często muszą to być grupy państw. Argument siły ekonomicznej, a nawet militarnej, jest dość charakterystyczny dla tych upolitycznionych relacji umownych. Nierzadko w kontrakty państwowe angażuje się wprost państwo macierzyste firmy prywatnej, będącej stroną umowy, w niektórych krajach możliwość takiej ingerencji zawarta jest w systemie prawnym[10]. Kontrakty państwowe są zwykle na pierwszej linii polityki gospodarczej poszczególnych krajów. Im większe znaczenie danego kontraktu, czy to ze względu na jego wartość, czy specyficzny przedmiot umowy, tym większa szansa, że związane z nim będą naciski polityczne. Można zatem powiedzieć, że w licznych kontraktach państwowych cywilnoprawna forma umowy jest parawanem ukrywającym rzeczywiste interesy uczestników.

Wszystko to czyni z kontraktów państwowych instytucję nie poddającą się jednoznacznym ocenom, nie tylko w kategoriach prawnych, ale także polityczno-ekonomicznych.

---

[9] Por. **N. L. Roberts**: *Private and public international law aspects of governments contracts*, „Military Law Review" 1967, vol. 36, s. 34 i nast. oraz **J. Hazard**: *State Trading in History and Theory*, LCP 1959, s. 244.

[10] Kwestie nacisku rządu amerykańskiego na banki amerykańskie jako stronę kontraktów państwowych z krajami dłużniczymi (w tym m.in. sprawę polską) omawia **B. J. Cohen**: *In whose interest? International banking and american foreign policy*, New Haven-London 1986, s. 274 i nast. Zagadnienie bezpośredniej interwencji rządu federalnego podnosi także **A. F. Lowenfeld** w recenzji pracy Cohena („Harvard Law Review" 1988, vol. 101, nr 5, s. 1062).

Dlatego wyjątkowo ważne byłoby wypracowanie takich metod oddziaływania państwa na transakcje w międzynarodowym obrocie gospodarczym, które prowadziłyby do dynamizacji wymiany międzynarodowej, a jednocześnie pozwalały uniknąć mankamentów etatyzmu. Wydaje się, że ingerencja państwa winna ograniczać się przede wszystkim do instrumentów prywatnoprawnych. Stąd dość wyraźne tendencje, by nadać interwencji państwa jak najmniej imperatywny charakter. Rozwija się swoiste „partnerstwo" państwa z innymi podmiotami, czego wyrazem jest zwłaszcza instytucja kontraktu państwowego. Metody administracyjne wyrządzają wiele szkody pewności i bezpieczeństwu obrotu, co widoczne jest wyjątkowo wyraźnie w stosunkach międzynarodowych. W jeszcze większym zakresie dotyczy to – wspomnianych wyżej – form pozaprawnego nacisku państwa na uczestników międzynarodowego obrotu gospodarczego.

Wbrew tendencjom neoliberalnym w ewoluującej koncepcji *welfare state* interwencjonizm państwowy wydaje się elementem trwałym, przy czym równie oczywiste jest to, że istniejący model interwencji państwa w poszczególnych krajach trudno uznać za optymalny[11].

2.1.3. Od współzawodnictwa do monopolizacji

Państwo nie tylko ingeruje w życie gospodarcze, lecz w coraz szerszym zakresie uprawia działalność gospodarczą we współzawodnictwie z prywatnymi przedsiębiorstwami[12]. Tego typu przedsięwzięcia wymuszane są w wielu wypadkach np. państwową własnością zasobów naturalnych, dążeniem do stworzenia przeciwwagi dla dużych firm prywatnych, koniecznością przeciwstawienia się – wymykającym spod kontroli – korporacjom ponadnarodowym, względami bezpieczeństwa i obronności, brakiem zainteresowania kapitału prywatnego niektórymi działami gospodarki. Wydaje się, że zwłaszcza proces globalizacji gospodarki coraz bardziej wymusza udział państwa w niektórych przedsięwzięciach gospodarczych.

Wykorzystując wszakże swoje szczególne możliwości, państwo poszło jeszcze dalej. Od współzawodnictwa z kapitałem prywatnym do monopolizacji pewnych sfer gospodarczych. Zajmując się międzynarodowym obrotem gospodarczym, nie możemy pominąć tego czynnika, tak charakterystycznego dla roli państwa w tym obrocie.

Monopolistyczna, a co najmniej dominująca, pozycja państwa w handlu zagranicznym była cechą wspólną, łączącą państwa bez względu na model gospodarczy czy ustrój polityczny. Przy czym pojęcie monopolu nabiera obecnie coraz bardziej

---

[11] Zob. **W. Osiatyński**: *Współczesny konserwatyzm i liberalizm amerykański*, Warszawa 1984, s. 473; **E. Lipiński**: *Nowe państwo przemysłowe a kapitalizm państwowo-monopolistyczny*, PiP 1965, nr 2 oraz **J. K. Galbraith**: *The New Industrial State*, Boston 1967, s. 398.

[12] **J. Sułkowski**: *Uregulowanie handlu państwowego w dwustronnych umowach międzypaństwowych*, RPEiS 1962, nr 3, s. 46.

uniwersalnego charakteru. Można je równie dobrze stosować do kierowanej przez prawa rynku, koncentracji kapitału, jak i do nadmiernej centralizacji środków i decyzji, sztucznie, administracyjnie narzucanej wyłączności, typowej dla krajów o gospodarce planowej[13].

Wszystko wskazuje, że obecnie postępuje zdecydowana demonopolizacja sfery wymiany międzynarodowej, co powinno zmusić państwo do zastąpienia dotychczasowych metod administracyjnych, metodami bardziej dostosowanymi do zliberalizowanej gospodarki. Widać wyraźnie, że najnowsze tendencje w globalnej gospodarce tworzą nowe potęgi gospodarcze, globalne korporacje, których potencjał ekonomiczny jest porównywalny z potencjałem wielu państw. Tym nowym podmiotom trudno narzucać rozwiązania prawne z pozycji monopolisty, metodami administracyjnymi. Doświadczenia państw o gospodarce wolnorynkowej, wykorzystujących od lat instrumenty interwencjonistyczne w handlu międzynarodowym, winny być w szerszym zakresie brane pod uwagę, także w naszej praktyce.

Jest oczywiste, że w Polsce rola państwa w gospodarce, w tym także w obrocie międzynarodowym, wyraźnie się zmienia. Ryzykowne byłoby jednak dzisiaj twierdzenie, że przemiany te polegają jedynie na zmniejszeniu znaczenia ingerencji państwowych w gospodarce. Trudno bowiem wyobrazić sobie nowoczesne państwo, które rezygnuje z dominacji w sferze wymiany międzynarodowej. Raczej właściwe byłoby stwierdzenie, że państwo odchodząc od metod oddziaływania imperatywnego, stara się korzystać z instrumentów ekonomicznych. Z drugiej jednak strony, po utracie możliwości stosowania nakazów administracyjnych w stosunku do uczestników obrotu, coraz częściej może się zdarzać, że państwo w określonych sytuacjach będzie zmuszone bezpośrednio angażować się w proces wymiany międzynarodowej, jako strona kontraktu państwowego.

2.2. PRAWNE FORMY UDZIAŁU PAŃSTWA W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM

2.2.1. Udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym

Udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym od dawna jest czymś naturalnym i oczywistym. Tak traktowano to zagadnienie w pracach autorów XVII i XVIII-wiecznych[14]. W XIX wieku w literaturze prawa międzynarodowego skonstruowano ogólną koncepcję „prawa państwa do obrotu międzynarodo-

[13] Problem demonopolizacji naszej gospodarki jest jednym z kluczowych założeń nowego ładu ekonomicznego. Dotychczasowe rozwiązania legislacyjne w tym zakresie wydają się jednak mało efektywne.

[14] Por. **H. Grocjusz**: *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju* (tłum. R. Bierzanek) Warszawa 1977, t. I, s. 271; **E. de Vattel**: *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i sporów narodów i monarchów* (tłum. B. Winiarski), Warszawa 1958, t. I, s. 138-140.

wego". Pogląd ten rozwija także doktryna współczesna[15]. Coraz więcej autorów uznaje nie tylko prawo, ale i obowiązek państwa do rozwijania współpracy międzynarodowej[16]. Wiele norm prawa międzynarodowego nawiązuje do tej teoretycznej koncepcji[17].

Wydaje się wszakże, iż podkreślanie normatywnych podstaw tej naturalnej zasady i rozumienie jej w kategoriach prawa i obowiązku wiąże się z przecenianiem roli norm prawa międzynarodowego w kształtowaniu zasad współczesnego obrotu międzynarodowego. Dowodem są bezskuteczne dotychczas wysiłki w kierunku ukształtowania tzw. **nowego ładu gospodarczego** w stosunkach międzynarodowych. Sądzić raczej należy, że gwarancją realizacji owego „prawa" czy też „obowiązku" – w większym stopniu niż określone przepisy i deklaracje – jest stale postępujący proces wzajemnego ekonomicznego uzależniania się państw w skali międzynarodowej.

Współpraca gospodarcza rozwija się obecnie w warunkach stale postępującego procesu umiędzynarodowienia interesów gospodarczych, przy czym nie omija to również własności prywatnej. Świadczy o tym rozwój ponadnarodowych korporacji, które wyraźnie współzawodniczą dziś z państwami w obrocie międzynarodowym[18]. Współczesnym etapem zjawiska umiędzynarodowienia interesów gospodarczych jest, wspominany już, proces globalizacji wielu przedsięwzięć gospodarczych.

Warto w związku z tym podnieść szczególną sprzeczność, jaka wiąże się z procesem internacjonalizacji stosunków gospodarczych. Rysuje się bowiem wyraźna rozbieżność między obu sygnalizowanymi procesami, to znaczy internacjonalizacją obrotu gospodarczego i wewnątrzpaństwowym interwencjonizmem. Internacjonalizacja rzuca wyzwanie prawnemu i politycznemu monopolowi państwa, a interwencjonizm zmierza do umocnienia dominacji państwa[19]. Kontrakty z udziałem państwa są szczególnie nacechowane wspomnianą walką przeciwieństw. Widzimy to choćby w tendencjach do internacjonalizacji reglamentacji prawnej kontraktów państwowych. Nierzadko też umowy o treści zdecydowanie cywilnoprawnej, handlowej przybierają formę umów międzynarodowych. Jest to zapewne jedna z przyczyn ekspansji prawa międzynarodowego publicznego w te segmenty życia gospodarczego, które były zastrzeżone niegdyś dla przedsiębiorczości prywatnej i regulowane normami prawa prywatnego.

---

[15] Zob. **A. Całus**: *The Right of State to International Intercourse*, „Polish Yearbook of International Law" 1957, vol. VII, s. 213 i nast.; **J. Kolasa**: *Prawo państwa do uczestniczenia w handlu międzynarodowym i innych formach współpracy gospodarczej*, PSM 1981, nr 6, s. 23 i nast.; **R. Bierzanek**: *Prawo państwa do uczestniczenia w ogólnych umowach wielostronnych*, SM 1970, nr 1, s. 53-54.

[16] Por. **J. Kolasa**: *op. cit.*, s. 28.

[17] *Ibidem*, s. 29-38.

[18] Por. **A. Wasilkowski**: *Międzynarodowa współpraca gospodarcza a stosunki własnościowe*, PiP 1969, nr 2, s. 261.

[19] *Ibidem*, s. 263.

W ten sposób kształtuje się nowe stadium rozwoju funkcji gospodarczej państwa w obrocie międzynarodowym – **interwencjonizm zbiorowy państw**. Interwencjonizm ten polega na uzgadnianiu instrumentów polityki gospodarczej w skali pewnej liczby państw[20]. Ustalenia te mają zasadniczy wpływ na międzynarodowy obrót handlowy. Przykładem była działalność takiej instytucji jak COCOM. Wydaje się, że w globalnej gospodarce jedyną formą oddziaływania państw na ponadnarodowe korporacje będzie właśnie rodzaj zbiorowego interwencjonizmu.

2.2.2. Publicznoprawne i prywatnoprawne działania państwa

W działaniach wyżej wspomnianych niezwykle trudno oddzielić politykę od gospodarki, coraz trudniej również oddzielać metody publicznoprawne od prywatnoprawnych. Dla uproszczenia przyjmijmy jednak tę dychotomię. Wszystkie państwa szeroko wykorzystują metodę publicznoprawnego kształtowania zasad międzynarodowego obrotu handlowego. Obejmuje to bardzo różnorodne działania, poczynając od posługiwania się prawem międzynarodowym, poprzez prawo administracyjne, aż do norm prawa karnego.

Trudno przecenić wpływ umów międzynarodowych na kształt kontraktów zawieranych przez podmioty z państw związanych normami traktatowymi. Przykładowo ogromny wpływ na treść kontraktów państwowych w zakresie inwestycji mają umowy międzypaństwowe o wzajemnej ochronie inwestycji. Inną prawnomiędzynarodową metodą oddziaływania na obrót handlowy jest odpowiednia polityka przystępowania do konwencji międzynarodowych, ujednolicających szereg kwestii cywilnoprawnych w obrocie międzynarodowym. Wpływ prawa jednolitego, kształtowanego przez podmioty prawa międzynarodowego publicznego, na stosunki prawne bezpośrednich uczestników obrotu gospodarczego jest coraz bardziej zauważalny.

Nie sposób także pominąć wewnętrznych regulacji w poszczególnych krajach, nakierowanych na stosunki z zagranicą. Obok całych kodyfikacji z zakresu prawa zobowiązań mamy złożony system przepisów celnych, dewizowych, standaryzacyjnych oraz całą gamę decyzji związanych z ograniczeniami importowymi lub eksportowymi, począwszy od limitów, licencji, kontyngentów, na embargo kończąc. Z drugiej strony mamy szereg aktów państwa stymulujących proces wymiany, jak koncesje, dopłaty wyrównawcze, ulgi, subwencje[21].

Wszystko to raz jeszcze potwierdza postawioną tezę, że bez względu na model ustrojowy, istnienie czy nieistnienie monopolu handlu zagranicznego, państwo ma wyjątkowo szeroki zakres możliwości publicznoprawnego oddziaływania na międzynarodowe stosunki gospodarcze.

---

[20] *Ibidem*, s. 264.

[21] Zob. **K. Białecki, Z. Kamiński, H. Wojciechowski**: *Organizacja i technika handlu zagranicznego*, Warszawa 1986, s. 16 i nast.

Formy oddziaływania państwa na zewnętrzne stosunki współpracy i wymiany są uwarunkowane jego potencjałem gospodarczym. Kraje silne gospodarczo, nie obawiając się zagrożeń z zewnątrz, wspomagają ekspansję swojego potencjału gospodarczego. Państwa słabe, zagrożne ekspansją państw silnych, podejmują różne środki w celu ochrony własnej gospodarki. Wydaje się, że te znane ogólnie zasady, są kolejnym argumentem przemawiajacym za zaangażowaniem się naszego państwa w aktywną działalność gospodarczą w międzynarodowym procesie wymiany.

Nie wydaje się przy tym zasadne, by ograniczać ingerencję państwa wyłącznie do metod publicznoprawnych. Należałoby, zwłaszcza w związku z tym, co wyżej powiedziano, w szerszym zakresie wykorzystać metody prywatnoprawne, w tym powiązania umowne państwa i państwowych osób prawnych z kontrahentami obcymi.

2.2.3. Państwo w rozumieniu publicznym

Poglądy nauki są tu dalekie od jednoznaczności między innymi dlatego, że państwo w ujęciu prawa międzynarodowego może oznaczać co innego niż państwo w rozumieniu prawa wewnętrznego[22]. Każde państwo w sensie prawa międzynarodowego publicznego jest państwem w rozumieniu prawa krajowego, ale nie odwrotnie[23]. Brak jest normy prawa międzynarodowego definiującej państwo[24]. Generalnie można przyjąć, że przedstawiciele nauki prawa międzynarodowego ujmują państwo, eksponując trzy czynniki: terytorialny, ludnościowy i władzę najwyższą. Tak więc państwem jest dla nich „suwerenna jednostka geopolityczna"[25]. Podobnie teoria państwa i prawa zwraca uwagę na elementy polityczne, terytorialne, ludnościowe, podkreślając suwerenność w definicji państwa[26]. Z kolei nauki administracyjne kładą nacisk na władzę państwową, stosowany przez nią przymus, aparat administracyjny i jego strukturę[27].

Z punktu widzenia omawianych w pracy stosunków kontraktowych państwa zwrócić wypada uwagę na nieco mniej znaną koncepcję państwa, w ujęciu prawa międzynarodowego, odrywającą się od wspomnianych, tradycyjnych dla prawa publicznego cech państwa, wychodzącą niejako naprzeciw teorii prawa cywilnego. Jest to teoria osobowości prawnej państwa w stosunkach międzynarodowych. Teo-

---

[22] **D. P. O'Connell**: *International Law,* London, New York 1965, t. I, s. 303.

[23] Zob. **L. Antonowicz**: *Pojęcie państwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1974 i cytowana tam literatura, zwłaszcza wypowiedzi Z. Ehrlicha i J. Makowskiego. Zob. także **MHC,** s. 80-81.

[24] **A. Klafkowski**: *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1965, s. 20.

[25] Zob. **L. Antonowicz**: *op. cit.*, s. 28.

[26] Por. **S. Ehrlich**: *op. cit.*, s. 56 i nast., **A. Łopatka**: *op. cit.*, s. 25-30, **J. Kowalski**: *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1968, s. 145 i nast.

[27] **J. Starościak**: *Prawo administracyjne*, Warszawa 1965, s. 7, a także **A. Łopatka** [w:] *System prawa administracyjnego*, Wrocław 1977, t. I, s.15-20.

ria ta, wyrosła na gruncie nauki niemieckiej[28], opiera się na założeniu, że skoro prawo nadaje państwu określone uprawnienia, to mogą one służyć tylko konkretnemu podmiotowi prawa, dlatego państwo należy uznać za osobę prawną. Teoria osobowości prawnej państwa, w założeniu miała być teorią uniwersalną, czego konsekwencją było wykorzystanie jej we wszystkich sferach aktywności państwa. Tak więc winna wykazać ona swoją przydatność w ramach stosunków regulowanych przez prawo cywilne, prawo konstytucyjne, administracyjne i międzynarodowe. Przyjęcie tej koncepcji oznacza, między innymi, pełną akceptację teorii organów osoby prawnej. O ile w zakresie stosunków gospodarczych wydaje się ona przydatna, o tyle w prawie konstytucyjnym i międzynarodowym okazała się trudna do przyjęcia. Główną przeszkodą okazały się charakterystyczne dla państwa atrybuty suwerenności, zwierzchniej władzy państwowej[29].

Chociaż wspomniana teoria nie przyjęła się w praktyce międzynarodowej, to wydaje się, że w stosunkach kontraktowych międzynarodowego obrotu gospodarczego trzeba zwrócić szczególną uwagę na cechę osobowości prawnej państwa. Wydaje się, że przymiot osobowości prawnej stanowić może pewne *iuncitm* między publicznoprawnymi i prywatnoprawnymi ujęciami państwa[30].

2.2.4. Państwo w rozumieniu prawa cywilnego

Dla cywilistów zupełnie odmienne cechy państwa są istotne. Znacznie ważniejsze z punktu widzenia prawa cywilnego – od suwerenności i elementów przymusu państwowego – jest to, czy państwo może być podmiotem stosunków cywilnoprawnych, czy ma zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, czy może zaciągać zobowiązania i w jaki sposób za nie odpowiada.

Praktycznie wszystkie systemy prawne dopuszczają udział państwa w obrocie cywilnoprawnym, przy czym możliwe są dwa rozwiązania. Pierwsze przyznaje podmiotowość w sferze prawa cywilnego bezpośrednio państwu. Drugie tworzy nieco sztuczną konstrukcję Skarbu Państwa, jako odrębną osobę prawną o dość specyficznym statusie[31].

---

[28] Zob. bliżej **J. Trzciński**: *Z zagadnień współczesnej teorii osobowości prawnej państwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1970, „Prawo" nr 32, s. 191 i nast.

[29] Por. **A. Haurion**: *Droit constitutionel et institutions politiques,* Paris 1965, s. 127.

[30] Nasuwa się w tym miejscu pytanie, czy w naszym systemie prawnym nie brakuje konstrukcji osoby prawnej prawa publicznego (np. w kontekście osobowości prawnej partii politycznych, związków wyznaniowych, organów samorządowych). W wielu krajach osobowość prawną prawa publicznego posiadają także liczne organizacje gospodarcze, np. włoska firma ENI na mocy prawa z 10.02.1953 r., francuska ERAP na mocy dekretu z 17.12.1967 r. uznawana jest za „przedsiębiorstwo publiczne państwa francuskiego", por. **W**, s. 106-107.

[31] Zob. **S. Grzybowski**: *System prawa cywilnego*, t. I, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1974, s. 371, **A. Klein**: *Ewolucja instytucji osobowości prawnej* [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego,* red. **E. Łętowska**, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1983, s.145.

Poszczególne kraje rozwiązują ten problem niejednolicie. W niektórych krajach[32] nie występuje konstrukcja Skarbu Państwa. Natomiast w Polsce wynika ona z treści art. 33 i 34 k.c. Na mocy tych przepisów Skarb Państwa uważany jest w stosunkach cywilnoprawnych za podmiot prawa i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego, nie będącego we władaniu innych państwowych osób prawnych. Nic przeto nie stoi na przeszkodzie, by Skarb Państwa wchodził w stosunki obligacyjne z indywidualnymi podmiotami, w tym oczywiście także pochodzącymi z innych krajów[33].

W związku z powyższą konstrukcją, w kontekście omówionych wyżej publicznoprawnych ujęć państwa, nasuwa się ważki problem, czy można utożsamiać państwo i Skarb Państwa. Większość literatury wypowiada się w tej sprawie twierdząco[34].

Warto jednak zwrócić uwagę na nowe zjawisko pewnej autonomizacji tzw. *stationes* Skarbu Państwa[35]. Otóż zgodnie z zasadami prawa cywilnego działania tych jednostek w stosunku do jednostek państwowych (wydzielonych ze Skarbu Państwa) i jednostek niepaństwowych należy oceniać jako czynności prawne Skarbu Państwa. Coraz częściej jednak owe jednostki zawierają umowy między sobą. Cywilistyka ma problemy z oceną tego typu transakcji, mówiąc o stosunkach *quasi*-cywilistycznych[36]. Proponuje się następujące kryteria oceny cywilnoprawnej samodzielności wspomnianych *stationes*. Po pierwsze, jednostka taka winna być w świetle prawa traktowana jako odrębny podmiot. Po drugie, winna ona odpowiadać za zaciągnięte zobowiązania wyłącznie „swoim" majątkiem (przydzielonym przez Skarb Państwa). Po trzecie, należy przyjąć, że czynności prawne dokonywane między jednostkami organizacyjnymi wywierają skutki wyłącznie *inter partes*. Podkreśla się, że jest niekiedy celowe, aby jednostki państwowe mogły w trakcie

---

[32] Por. § 61 i 65 kodeksu gospodarczego Czechosłowacji z 1964 r.; § 26 węgierskiego k.c. z 1959 r. (t.j. z 1977 r.). Także w naszej literaturze kwestionuje się przydatność konstrukcji prawnej Skarbu Państwa (zob. **Z. Kurowski**: *O pojęciu Skarbu Państwa w prawie socjalistycznym*, SP 1970, nr 26-27, s. 97-98).

[33] Zob. na przykład uchyloną już ustawę z dnia 23.10.1975 r. o udzielaniu poręczeń państwowych (*Dz.U.Nr. 34, poz. 187*); bliżej na temat tego rodzaju aktywności państwa zob. **M. H. Koziński**: *Poręczenia i gwarancje państwowe w prawie polskim*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego" 1986, t. 10, s. 183 i nast. Na temat nowych regulacji dotyczących gwarancji państwowych zob. **M. H. Koziński**: *Morskie prawo gospodarcze* ..., s. 246 i nast.

[34] Niektórzy cywiliści utożsamiają pojęcie państwa i Skarbu Państwa, np. **J. Wasilkowski** (*Prawo własności w PRL*, Warszawa 1969 s. 34) „Skarb Państwa to nic innego jak samo państwo (...) działające w charakterze bezpośredniego dysponenta w dziedzinie stosunków majątkowych". Analogicznie **A. Wolter**: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1977, s. 190; **Z. Radwański**: *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 142; **E. Łętowska**: *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1994, s. 83 – „Skarb Państwa to synonim samego państwa".

[35] **S. Biernat**: *Działania wspólne w administracji państwowej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1979, s. 159.

[36] **E. Łętowska**: *Problem osobowości prawnej rad narodowych i ich organów*, „Problemy Rad Narodowych" 1972, nr 22, s. 58. Obecnie ogromną ilość podmiotów, które także reprezentują państwo, chociaż są odrębnymi od Skarbu Państwa osobami prawnymi, stworzyła reforma samorządu terytorialnego z 1990 r.

gospodarowania przydzielonym im mieniem przeciwstawiać sobie swoje interesy[37]. Widzimy to ostatnio wyraźnie na przykładzie relacji kas chorych i samodzielnych jednostek organizacyjnych opieki zdrowotnej.

Czy jednak w odniesieniu do interesujących nas stosunków zewnętrznych, taka atomizacja Skarbu Państwa, oddzielanie Skarbu Państwa od jego *stationes*, jest do przyjęcia? Wydaje się, że w stosunkach kontraktowych z zagranicznymi partnerami działanie któregokolwiek z podmiotów (niewyodrębnionych z aparatu państwowego) musi być traktowane jako działanie państwa. Iluzoryczność owego przeciwstawiania interesów poszczególnych jednostek organizacyjnych wydaje się oczywista. Wszystkie *stationes* Skarbu Państwa działają w imieniu państwa i reprezentują interes ogólny, a nie własny interes gospodarczy.

Sygnalizowane wątpliwości związane ze stopniem niezależności od państwa różnych struktur organizacyjnych nie są – jak można byłoby sądzić – jedynie domeną krajów o gospodarce uspołecznionej. Także w krajach o gospodarce w pełni rynkowej, o stosunkowo ograniczonym stopniu etatyzacji, państwo prowadzi działalność gospodarczą poprzez organizacje i instytucje niewydzielone z ogólnej administracji państwa lub co do wydzielenia których można mieć uzasadnione wątpliwości[38]. Powstają tam w związku z tym niezbyt jasne konstrukcje, takie jak: „przechodni podmiot", „osoba zwierzchnia", „cząstkowa zdolność prawna"[39].

Osobowość prawną – jak wspomniano – posiada przede wszystkim państwo, ale działa ono w gospodarce bardzo rozmaicie, od interwencji w stosunku do samodzielnych podmiotów prywatnych do działania przez organizacje niewydzielone z aparatu państwowego. Pomiędzy tymi skrajnymi metodami istnieje cała mozaika struktur mieszanych, które określa się zbiorczo jako „korporacje publiczne"[40].

Poza problemem osobowości prawnej, podmiotowej reprezentacji państwa w obrocie gospodarczym, bezpośrednia aktywność gospodarcza państwa wyzwoliła szereg dyskusji na temat cywilnoprawnej, zwłaszcza kontraktowej odpowiedzialności państwa. Przykładowo początkiem ożywionej dyskusji w doktrynie brytyjskiej stała się sprawa „*Rederiaktiebolaget Amfitrite v. The King*" z 1921 roku. W sprawie tej uznano, że Korona nie ponosi odpowiedzialności kontraktowej w stosunku do indywidualnego podmiotu z obcego kraju. Orzeczenie to poddano ostrej krytyce, uznając, że zasada nieodpowiedzialności państwa za zobowiązania cywilnoprawne nie może być absolutną regułą. Zdaniem J. D. B. Mitchella, naruszenie równowagi stron w umowie cywilnoprawnej, wynikające ze szczególnego

[37] **S. Biernat**: *op. cit.*, s. 163.

[38] Por. **G. Langrod**: *L'enterprise publique en droit administratif comparé*, „Revué internationale de droit comparé" 1956, nr 4-6, s. 213 i nast.

[39] **J. Kosik**: *Zdolność państwowych osób prawnych w zakresie prawa cywilnego*, Warszawa 1963, s. 39 i nast.

[40] Np. w RFN – *öffentliche Unternehmung (öffentliche Anstalt, rechtsfähige Gesellschaft des Privatrechts, Regiebetrieb ohne Rechtspersönlichkeit)*, w Wielkiej Brytanii – public limited company (PLC), w USA – public corporations, w Francji – l'enterprise public, por. **G. Langrod**: *op. cit.*, s. 215-219.

uprzywilejowania państwa, powoduje, że stosunki obligacyjne z państwem i jego organami stają się dla podmiotów indywidualnych niebezpieczne[41].

Podobne problemy występują w orzecznictwie wielu państw, w tym w judykaturze amerykańskiej, w której często spotyka się spory pomiędzy rządem federalnym a osobami prywatnymi i korporacjami. Orzecznictwo amerykańskie na ogół chroni interesy kontrahentów niepaństwowych, przy czym znajduje oparcie m.in. w wykładni XIV poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych, tzw. *Contract Clause*[42].

Cywilnoprawnym zagadnieniem jest także kwestia działania w imieniu państwa podmiotów, które formalnie są wyodrębnione z aparatu państwowego. Ograniczenie się w naszych rozważaniach wyłącznie do organów państwowych i niewydzielonych jednostek organizacyjnych, a nawet do wspomnianej wyżej grupy podmiotów o trudnym do sprecyzowania statusie, byłoby oderwane od rzeczywistości gospodarczej. Państwo w realizacji swych zadań posługuje się także nominalnie samodzielnymi przedsiębiorstwami państwowymi, a nawet firmami prywatnymi, którym powierza wykonanie określonych zadań gospodarczych.

Wiąże się z tym również kwestia z pogranicza prawa cywilnego i międzynarodowego, reprezentacji państwa w obrocie. O ile zasady reprezentacji cywilnoprawnej są dość precyzyjnie określone i możemy na ogół określić, czy dany podmiot jest pełnomocnikiem, czy jego umocowanie opiera się na określonym stosunku prawnym pośrednictwa, o tyle w prawie międzynarodowym można ostatnio zaobserwować zjawisko coraz szerszej reprezentacji państwa. Wiąże się z tym szereg kwestii spornych i trudnych do rozwiązania bez sięgnięcia do zasad prawa cywilnego[43]. W praktyce mamy do czynienia z tendencją, że nie tylko głowa państwa czy minister spraw zagranicznych, którzy mają *ius omnimodae representationis*[44], ale „wszystkie ministerstwa, wszelkie urzędy od poczty poczynając, na zdrowiu publicznym kończąc, nie zapominając o finansach i rolnictwie, wkraczają w stosunki międzynarodowe i zobowiązują państwo"[45]. W polskiej praktyce istotną rolę

---

[41] **ML**, s. 15, 23.

[42] Zob. także **P. G. Kauper**: *State and Private Property in American Law* [w:] Staat und Privateigentum, Köln - Berlin 1960, s. 154. Autor podkreśla, że konstytucja amerykańska zabrania retroakcji przepisów i godzenia w zobowiązania umowne, zarówno prywatne, jak i te w których uczestniczy rząd. Zakazane jest konstytucyjnie, wydanie aktu prawnego zwalniającego dłużników ze zobowiązań. Contract Clause stanowi także zaporę dla ograniczania zasady *freedom of contract*; zob. zwłaszcza interpretację art. I, ust. 10 Konstytucji USA.

[43] Por. np. **T. Meron**: *Repudiation of ultra vires state contracts and the international responsability of states*, ICLQ 1957, vol. 6, s. 273 i nast., tegoż: *International responsability of states for unauthorized acts of their officials*, BYIL 1957, vol. 33, s. 85 i nast.

[44] Por. *Manual of Public International Law,* red. **M. Sorensen**, London, Melbourne, Toronto, New York 1968, s. 185.

[45] Zob. **P. Smets**: *Les accords en formé simplifiée*, Bruxelle 1969, s. 243 i powoływane przez tego autora wypowiedzi P. Reutera (cyt. za **M. Frankowska**: *Umowy międzynarodowe w formie uproszczonej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 3) powstaje także zjawisko tzw. umów branżowych lub resortowych, w których kwestia reprezentacji uczestniczących stron jest szczególnie kontrowersyjna. Ustawa z 14.04.2000 r. o umowach międzynarodowych (*Dz.U. Nr 39, poz.443*) zawiera szeroką definicję umowy międzynarodowej (art. 2, pkt 1) i wyróżnia szereg rodzajów umów międzynarodowych, m.in. umowy „zawierane w drodze podpisania, wymiany not lub w inny sposób dopuszczony przez prawo międzynarodowe".

np. w procesach prywatyzacyjnych odgrywa Minister Skarbu Państwa. Jeśli tak się dzieje w stosunkach międzypaństwowych, to problem ten jeszcze bardziej dotkliwie rzutuje na relacje państwa z podmiotami niesuwerennymi. Dodajmy ponadto, że w stosunkach zagranicznych państwo wielokrotnie celowo „ukrywa się" za zasłoną korporacyjną, bądź za różnymi wyspecjalizowanymi agendami, które z jednej strony prowadzą działalność w interesie i na rachunek państwa, a z drugiej są mniej lub bardziej wyodrębnione podmiotowo[46].

2.2.5. Pojęcie bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym

Powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że należy przyjąć dla potrzeb niniejszego opracowania pewną konwencję, pozwalająca określić i ograniczyć zakres ingerencji państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym, któremu poświęcimy uwagę. Zdajemy sobie sprawę z wyraźnej sztuczności tej formuły, a nawet pewnej fikcji prawnej, którą należy przyjąć przy określaniu tzw. „strony państwowej" kontraktu państwowego, umowy będącej najwyraźniejszym wyrazem udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Założenia te wydają się jednak niezbędne, gdyż aspekt podmiotowy jest zasadniczym wyróżnikiem omawianej grupy umów. Nieostrość i niejednoznaczność różnych form interwencjonizmu państwowego, daleko idące zróżnicowanie w poszczególnych systemach prawnych uniemożliwiają zastosowanie w pełni jednoznacznych klasyfikacji. Między innymi dlatego niektórzy autorzy to zasadnicze zagadnienie pomijają milczeniem lub traktują bardzo powierzchownie[47].

Przez „**bezpośredni udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym**" rozumieć będziemy wyłącznie zaangażowanie się państwa w tym obrocie, jako „strona państwowa" w kontrakcie z zagranicznym podmiotem niepaństwowym. „Stroną państwową" będzie zatem państwo w każdym jego rozumieniu, to znaczy zarówno w ujęciu publicznoprawnym, jak i cywilnoprawnym. Tak więc stroną państwową w kontrakcie państwowym jest państwo, w rozumieniu podmiotu prawa międzynarodowego, reprezentowane zgodnie z zasadami tego prawa, przez jego organy funkcjonalnie powołane do podejmowania działań w imieniu państwa bez względu na miejsce tych organów w hierachii i strukturze aparatu

[46] Na przykład NIOC (National Iranian Oil Company), o której powiedziano w jednym z orzeczeń – „*NIOC is an organization of company type, wholly controled and managed by the Iranian government*"; zob. także **P. D. V. Marsh**: *Legal aspects of the National Coal Board as a state trader in the import end export of coal*, ICLQ 1955 nr 4, s. 595 i nast.; również **VR**, s. 115 podaje szereg przykładów takich struktur, np. INOC (Iraq National Oil Comnany), SONATRACH w Algierii, indonezyjska Permina, argentyńska Yacimientos Petroliferos Fiscales (YPF), Yacimientos Petroliferos Fiscales Bolivianos (YPFB).

[47] Zob. np. **S**, s. 9 i nast.; **G**, s. 11.

państwowego[48]. Stroną państwową będzie także państwo lub jakakolwiek jego emanacja, traktowana przez prawo wewnętrzne jako podmiot uprawniony do podejmowania zobowiązań w imieniu Skarbu Państwa.

Jako działające w imieniu państwa należy uznać także instytucje i organizacje nie związane formalnie z aparatem państwowym, lecz działające w interesie państwa, np. na zasadzie delegowania, zlecania im pewnych funkcji państwowych. Wymienione organizacje lub instytucje na ogół czerpią umocowanie do działania w imieniu państwa z prawa publicznego. Bezpośrednim udziałem państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym będzie także działanie państwa za pośrednictwem samodzielnych podmiotów gospodarczych, a nawet osób fizycznych. Mimo pełnej niezależności od struktury państwowego aparatu administracyjnego, podmioty te mogą działać w imieniu i na rachunek państwa, jeżeli na podstawie odpowiedniej umowy lub innego stosunku prawnego uzyskają do tego umocowanie. Wydaje się, że najlepszym kryterium oceny charakteru tego typu działań może być kryterium interesu majątkowego. Jeżeli zatem działania są podejmowane we własnym interesie podmiotu gospodarczego, w interesie który daje się odróżnić od interesu państwa jako całości, to nawet gdy oba interesy są zbieżne, nie sposób uznać działania owego podmiotu za bezpośredni udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Podmiot mający własne interesy gospodarcze, pełną samodzielność prawną, odpowiadający za zobowiązania własnym majątkiem nie może być uznany za „stronę państwową", chyba że działa w imieniu państwa.

To co powiedziano o drugiej grupie podmiotów, które w określonych warunkach można uznać za stronę państwową *state contract*, trudno uznać za dostatecznie precyzyjne. Zdarzają się zresztą w praktyce sytuacje graniczne, wymagające indywidualnej oceny, czy mamy do czynienia z kontraktem państwowym, czy z normalnym kontraktem. Dlatego – by ułatwić te oceny – wymienimy szereg cech charakterystycznych, ułatwiających ustalenie, czy mamy do czynienia z kontraktem państwowym:

a) w odróżnieniu od struktur organizacyjnych państwa określanych prawem publicznym, co do których domniemywać należy, iż reprezentują państwo, w odniesieniu do podmiotów grupy drugiej należy przyjąć domniemanie odwrotne. To znaczy należy, jako regułę ocenną, przyjąć, że są one samodzielnymi, niezależnymi od państwa podmiotami reprezentującymi własne interesy gospodarcze;

b) po drugie domniemanie powyższe upada, jeżeli samodzielny podmiot gospodarczy w kontrakcie z zagranicznym partnerem wyraźnie powołuje się na swój związek z państwem, gdy przedstawia odpowiednie dokumenty określające ten

[48] Zob. **L. B. Sohn, R. R. Baxter**: *Responsability of states for injuries to the economic interests of aliens*, AJIL 1961, vol. 55, s. 548 i nast. Autorzy, prezentując kolejną wersję harwardzkiego projektu konwencji o odpowiedzialności państwa, w art. 16 przyjmują następującą formułę: „*The terms „organ of a State" and „agency of a State" as used in this Convention, include the Head of State and* ***any*** (MHK) *legislative, deliberative, executive, administrative, or judical organ or agency of State*"; zob. także **B**, s. 52-53.

związek, posługuje się określonymi świadectwami i certyfikatami, a nawet powołuje na immunitet państwowy. W takim wypadku należy uznać, że mamy do czynienia z bezpośrednim udziałem państwa i umowa ma charakter kontraktu państwowego;

c) należy także zwrócić uwagę na możliwość działania samodzielnych podmiotów gospodarczych, w ramach realizacji publicznoprawnych funkcji państwa. Zwykle w prawie administracyjnym poszczególnych państw przewiduje się powierzanie niektórych funkcji organów państwowych na przykład przedsiębiorstwom. Istnieje nawet możliwość obdarzania podmiotów cywilnoprawnych niektórymi atrybutami władzy państwowej. Także w praktyce międzynarodowej niektóre spółki i przedsiębiorstwa międzynarodowe bywają „przedłużonym ramieniem państwa"[49]. Tak więc publicznoprawne umocowanie podmiotu cywilnoprawnego może zadecydować o uznaniu go za „stronę państwową";

d) kolejną wskazówką, czy mamy do czynienia z działaniem państwa, czy też jest to działanie samodzielnego podmiotu gospodarczego, jest koncepcja obejścia prawa, a zwłaszcza obejścia zobowiązań międzynarodowych. Wiąże się to – z omawianym wyżej – upolitycznieniem obrotu gospodarczego. W niektórych kontraktach mamy po obu stronach niewątpliwie podmioty cywilnoprawne (nierzadko są to po prostu osoby fizyczne, pełniące funkcje pośredników). Jest wszakże oczywiste, że po jednej, a niekiedy po obu stronach państwo celowo ukrywa się za tym „prywatnym parawanem". To metoda dość powszechnie przyjęta w handlu bronią, ale nie tylko. Często państwo, nie chcąc popaść w konflikt z normami prawa międzynarodowego, zobowiązaniami wynikającymi z umów międzynarodowych, a nawet własnymi przepisami prawa, świadomie korzysta z zasłony korporacyjnej lub złożonego systemu prywatnych pośredników. Niektórzy autorzy traktują wspomniane kryterium oceny „strony państwowej" z całą powagą[50], albowiem w sensie teoretycznym jest ono racjonalne. Jednak mając na uwadze realia obrotu międzynarodowego, gdy trudno się w ogóle procesować z państwem – kontrahentem w kontrakcie państwowym, o ile strona państwowa sobie tego jednoznacznie nie życzy, to zupełnie nie do przeprowadzenia zdaje się dowód pozorności umowy pośrednictwa i wykazanie, że mamy do czynienia z kontraktem, którego stroną winno być określone państwo. Wobec tego zupełnie wyjątkowo można by uznać za kontrakt państwowy umowę, w której państwo „powinno" uczestniczyć;

e) równie dyskusyjnym kryterium oceny bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym jest sytuacja, gdy państwo ingeruje w stosunki kontraktowe między własnym samodzielnym podmiotem gospodarczym a kontrahentem zagranicznym. Chodzi zwykle o jednostronne uprzywilejowanie sytuacji własnego podmiotu, czy to w drodze ustawodawczej, czy też

[49] Zob. N.V.Cabolent *v.* NIOC, ILM 1966, vol. 5, s. 477-479.

[50] **B**, s. 68-70 oraz **I. Seidl-Hohenveldern**: *Besitzen Staatsbetriebe und ihr Staat gleiche oder versihiedene Rechtspersönlichkeiten?*, „Recht in Ost und West, Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme" 1966, nr 10, s. 1 i nast.

w trybie administracyjnym. Tego typu działania dyskryminujące obcego kontrahenta – dość częste w zakresie umów inwestycyjnych – powodują niejako przejęcie odpowiedzialności za te decyzje przez państwo i wstąpienie do kontraktu jako strona państwowa. Naturalnie chodzi głównie o odpowiedzialność odszkodowawczą za niewykonanie lub nienależyte wykonanie kontraktu. Są to niekiedy wypadki graniczne z *fait du prince* i chyba jeszcze trudniejsze do praktycznego wykorzystania jako element oceny niż poprzednio wymienione obejście prawa. Wydaje się, że wszelkie uogólnienia co do automatyzmu udziału państwa w tych wypadkach są nie do przyjęcia. Należy natomiast zauważyć, że częste mogą być wypadki wyraźnego, następczego wstąpienia państwa do kontraktu, przez co zmienia się on w kontrakt państwowy. Przykładem niech będzie umowa gwarancyjna oparta na konstrukcji świadczenia przez osobę trzecią, gdy państwo gwarant, wykorzystując *facultas alternativa,* zamiast kontrahenta spełnia świadczenie kontraktowe. Zdarzają się również wypadki przejęcia długu przez państwo lub wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela.

2.2.6. Niepaństwowa strona kontraktu państwowego

Na koniec tej sekwencji rozważań nasuwa się jeszcze uwaga metodologiczna. Próbę określenia „strony państwowej" przeprowadzono, wychodząc od najogólniejszej definicji państwa, sukcesywnie starając się oddzielić, co jest państwem, a co już nie jest. Okazało się to nad wyraz trudne, zwłaszcza na gruncie prawa prywatnego, chociaż i zawiłości prawa publicznego poszczególnych krajów nie pozwalają na pełną jednoznaczność.

Przyjęte rozwiązanie nie jest jedyną metodą podejścia do kwestii podmiotów kontraktu państwowego. Kontrakt państwowy – jak każda umowa – ma co najmniej dwie strony. Nietypowe jest jedynie to, że muszą to być strony o różnym statusie prawnym. Można było przeto wyjść od drugiej, niepaństwowej strony. Należałoby zatem przyjąć odmienne założenie: nie oceniać, kiedy kontrakt państwowy staje się zwykłym kontraktem, lecz badać, w jakim momencie zwykły kontrakt nabiera cech *state contract.*

Wbrew oczywistości określenia kategorii podmiotów niepaństwowych nasuwają się w tej mierze liczne wątpliwości. Nawet osoby fizyczne jako kontrahenci wyzwalają trudności, np. w określeniu ich przynależności państwowej (bezpaństwowcy, podwójne obywatelstwo). Sam element międzynarodowości kontraktu nie zawsze jest jasny: czy wystarczające jest tylko to, by kontrahenci byli z różnych państw, czy też konieczny jest element przekroczenia przez stosunek kontraktowy granicy różnych systemów prawnych. Z innymi podmiotami także wiążą się niejasności, nie tylko z tego względu, że mamy ich wiele rodzajów, ale trudno często określić, gdzie kończy się ich prywatność, a zaczyna publiczność, na ile udział majątkowy państwa lub państwowych osób prawnych odbiera im cechy

podmiotu prywatnego, jaki wpływ na ocenę ich statusu ma kontrola państwowa[51]. Złożona jest kwestia przynależności państwowej osób prawnych działających w obrocie międzynarodowym. Zwłaszcza jest to trudne do ustalenia w przypadku przedsiębiorstw międzynarodowych i ponadnarodowych korporacji[52], a także filii, oddziałów, przedstawicielstw. Osobnym zagadnieniem jest problem organizacji semipublicznych oraz tzw. przedsiębiorstw publicznych o charakterze międzynarodowym, międzynarodowych organizacji gospodarczych etc. Tak więc wydaje się, że pójście tą drogą byłoby chyba jeszcze mniej efektywne[53].

Istota unormowań w u.o. opiera się na kryteriach podmiotowych, dlatego precyzuje ona m.in. pojęcie tzw. zagranicznego dostawcy. Mając jednak na uwadze charakter dostaw, do których się on zobowiązuje, można się spodziewać, iż w niektórych wypadkach trudno będzie w praktyce ocenić, czy dostawca ten jest *stricte* podmiotem niepaństwowym. W wielu firmach produkujących broń państwo ma znaczne udziały. Wydaje się wszakże, że umowę offsetową polski Skarb Państwa może zawrzeć jedynie z podmiotem gospodarczym, działającym we własnym imieniu i na własny rachunek, a nie z innym państwem. Ustawa nie przesądza o charakterze własnościowym zagranicznego przedsiębiorcy, ale wydaje się niewątpliwe, że pod drugiej stronie tego kontraktu nie może stać „strona państwowa" w rozumieniu wyżej przyjętym. Do kwestii pojęcia „zagranicznego dostawcy" i „międzynarodowości" umów offsetowych jeszcze wrócimy.

---

[51] Por. **VR**, s. 119.

[52] **M. Małecki**: *Korporacje transnarodowe a handel zagraniczny krajów kapitalistycznych*, Warszawa 1988, s. 87 i nast. Warto zauważyć, że w szczególności udział korporacji ponadnarodowych w kontraktach państwowych powoduje zachwianie równowagi stron na niekorzyść strony państwowej; to podmiot niepaństwowy jest często silniejszy niż państwo. **J. Servan-Schreiber** uważa, że korporacje międzynarodowe stają się „trzecim mocarstwem" gospodarczym współczesnego świata, zaś biskup **R. T. Casante**, na III Sesji UNCTAD w 1972 r. stwierdził, że „korporacje wielonarodowe są wielkimi prywatnymi imperiami, wymykającymi się spod kontroli władz państwowych oraz organizacji międzynarodowych". Należy sądzić, że proces ten wydatnie aktualizuje globalizacja. Por. **J. Bielawski**: *Wpływ globalizacji na wielostronną współpracę gospodarczą*, SM 2000, nr 1, s. 29 i nast.; **A. Zaorska**: *Ku globalizacji. Przemiany w korporacjach transnarodowych i w gospodarce światowej*, Warszawa 1998; **M. H. Koziński**: *Proces globalizacji a reglamentacja międzynarodowych stosunków gospodarczych między podmiotami prawa publicznego i prywatnego*, PWN 2000, nr 10.

[53] Por. **P. Lalive**: *Les demandes fondées par une autorité étrangere ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public*, Annuaire 1977 Session de Oslo, vol. 57, t. II, s. 3-18 oraz dyskusja na s. 20 i nast.

2.3. *STATE CONTRACT* A *STATE TRADING*

2.3.1. Pojęcie *state trading*

W literaturze zachodniej z interesującym nas zagadnieniem udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym od lat wiąże się pojęcie ***state trading*** – **handel państwowy**[54]. Ponieważ także prawnicy posługują się tym terminem, wydaje się celowe określenie relacji pomiędzy tym określeniem a jedną z najważniejszych form ingerencji państwa w procesie wymiany międzynarodowej, jaką jest instytucja kontraktu państwowego.

Poza tym określenie wspomnianego stosunku jest ważne z punktu widzenia praktyki handlu zagranicznego krajów o zmonopolizowanym handlu zagranicznym. Dość powszechny jest bowiem pogląd, że cały handel zagraniczny tych krajów uznać należy za *state trading*[55]. Przyjęcie jednak pełnej ekwiwalencji między *state trading* a *state contract* wypaczałoby zdecydowanie rzeczywistą rolę, jaką spełniają obecnie kontrakty państwowe, czyniąc z nich wręcz podstawową formę transakcji w obrocie międzynarodowym.

Za podstawowe sposoby realizacji handlu państwowego uznaje się następujące działania państwa:

a) tworzenie bądź wspieranie jednostek prowadzących obrót handlowy[56];

b) kierowniczą rolę w zarządzaniu zagranicznymi operacjami handlowymi[57];

---

[54] Problematyce *state trading* poświęcono szereg opracowań, zob. np.: **H. Chalmers**: *State Trading in Europe and Prospects*, „Foreign Commercial Weekly" 1945, nr 10, s. 30 i nast.; zbiór studiów na temat *state trading* opublikowany w LCP, Duke University, Durham N.C. 1959; **J. Hazard**, **M. Domke**: *State Trading and the Most-Favored-Nation Clause*, AJIL 1958, vol. 52; **R. Baban**: *State Trading and the GATT*, JWTL 1977, nr 78; **K. P. E. Lasok**: *Government intervention and state trading*, „Modern Law Review" 1981 nr 5; **E. M. Ianni**: *The International Treatment of State Trading*, JWTL 1982, nr 11-12; **M. M. Kostecki**: *State Trading in Industrialized and Developing Countries*, 1978, nr 5-6, tegoż: *State Trading in Foreign Trade of the Mixed Economies*, „Economia Internazionale" Genova 1982, nr 5 tegoż: *State Trading in International Market* (red.) London 1982.

[55] Por. **M. M. Kostecki**: *op. cit.*, s. 187, autor pisał, że „*State trading is practically the exclusive form of trading in the COMECON countries*", podobnie **G. Curzon**: *Multilateral Commercial Diplomacy*, London 1965, s. 302. Nie da się ukryć, że traktowanie całego handlu krajów dawnej Rady Wzajemnej Pomocy Gospodarczej (RWPG) jako *state trading* miało aspekt polityczny i nie zawsze odpowiadało rzeczywistości.

[56] **M. M. Kostecki** zwraca uwagę na ogromną różnorodność form prawnych tego rodzaju oddziaływania państwa na handel międzynarodowy, począwszy od ministerstw i agencji rządowych, które „*directly engage in foreign trade operations*", przez „*separate legal entites those units tend do be finansed by the government*", „*day-by-day managment, supervised by governmental officials*". Jak widać, sformułowania te nie kolidują z przyjętym wyżej określeniem „strony państwowej".

[57] Tę formę należy rozumieć jako decydowanie państwa o określonych kierunkach handlu zagranicznego, przy czym nie idzie tu o metody administracyjne (subwencje, zakazy), lecz o wskazywanie własnym podmiotom gospodarczym kierunków ekspansji handlowej, niekiedy określanie warunków kontraktów, preferowanie określonych partnerów, udzielanie gwarancji państwowych.

c) przyznawanie specjalnych przywilejów jednostkom handlowym[58].

Zwykle za pełny *state trading* uznaje się połączenie wszystkich tych sposobów oddziaływania państwa (a, b, c), to jednak także wszelkie możliwe warianty połączenia wspomnianych metod oraz każdą z nich z osobna (ab, ac, bc, a, b, c) uważa się za handel państwowy. Jak z tego widać, pojecie *state trading* obejmuje właściwie wszelkie rodzaje interwencjonizmu państwowego, związanego z międzynarodowym obrotem gospodarczym. Przy tym w ocenie, czy mamy do czynienia z handlem państwowym decyduje raczej sam efekt, skutek ekonomiczny niż ocena prawna konkretnej interwencji. Zapewne jest w tym pragmatyzmie wiele racji, lecz z punktu widzenia rozważań zawartych w tej pracy, tak nieostre zakreślenie granic *state trading* nie może stanowić realnego wkładu w uporządkowanie problematyki udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

2.3.2. Stosunek *state trading* do *state contract*

W kontekście przyjętych wyżej sformułowań: „bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym" oraz „strony państwowej" w kontrakcie z udziałem państwa, wydaje się, że można skrótowo stosunek ten wyrazić następująco.

Po pierwsze określenie *state trading* jest na tyle szerokie i mało precyzyjne, że bez wątpienia obejmuje wszelkie przypadki bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Niewątpliwie zatem wszystkie kontrakty państwowe są działaniami o charakterze *state trading*. Należy przeto pojęcie „handlu" rozumieć szeroko, nie ograniczając go do klasycznej sprzedaży międzynarodowej, ale przyjmując, że obejmuje ono także umowy inwestycyjne, finansowe, obrotu morskiego etc.

Po drugie w praktyce współczesnego międzynarodowego obrotu gospodarczego forma kontraktu państwowego jest najbardziej spektakularnym przejawem *state trading*. O ile jednak każdy kontrakt państwowy można uznać za przejaw handlu państwowego, o tyle nie każde działanie interwencyjne państwa w obrocie międzynarodowym, które zaliczyć możemy do *state trading*, musi przybrać formę *state contract*.

Po trzecie kryteria wyodrębnienia zjawiska *state trading* w małym stopniu uwzględniają aspekty prawne. Dlatego nie do przyjęcia byłoby posługiwanie się w ocenie kontraktu państwowego wyłącznie kryteriami określającymi *state trading*. Nawet zgodność danej umowy z cechami (b) lub (c), a niekiedy także z cechą (a), nie daje rękojmi, że istotnie mamy do czynienia z kontraktem państwowym.

[58] Ten z kolei typ oddziaływania wyraża się w nadawaniu podmiotom reprezentującym interesy państwa szczególnych przywilejów i preferencji, których nie posiadają inne jednostki gospodarcze. Są to np. przywileje wyłączności na eksport lub import niektórych towarów. Zwalnianie z opłat celnych, niektórych podatków i inna, bardziej zakamuflowana, „pomoc" czyni z tych jednostek podmioty o szczególnej pozycji w obrocie gospodarczym.

2.3.3. Krytyka uogólniającej idei *state trading*

Tendencja do całkowitego zacierania różnic między rodzajami interwencji państwa nie wydaje się celowa. Uznawanie z założenia, że kraje o zmonopolizowanym przez państwo handlu zagranicznym mogą prowadzić wyłącznie handel państwowy, jest – jak się wydaje – reminiscencją pierwotnej i archaicznej metody prowadzenia wymiany międzynarodowej przez ZSRR za pomocą tzw. *„torgpredstw"*[59]. Obecnie tylko nieliczne państwa o gospodarce uspołecznionej, niektóre kraje postsocjalistyczne oraz kraje „trzeciego świata" prowadzą nadal klasyczny *state trading*. Odchodzi się jednak zdecydowanie od państwowego monopolu handlu zagranicznego. Zjawisko *state trading* nabiera nowego wyrazu, tracąc swoje dawne ideologiczne podteksty. Jedną z instytucji takiego handlu stanowi *state contract*, który stosowany jest coraz bardziej powszechnie.

[59] Zasada reprezentowania w każdym kontrakcie państwa przez przedstawicielstwo handlowe była wyrazem ortodoksyjnego pojmowania państwowego monopolu handlu zagranicznego. Por. **J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A. W. Wiśniewski**: *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*, Warszawa 1983, s. 121 – ta forma zawierania kontraktów utrzymywała się długo w stosunkach byłego ZSRR z Iranem.

3. NIEKTÓRE FORMY UDZIAŁU PAŃSTWA W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM

3.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Fakt, że aspekty przedmiotowe, a niekiedy na nawet funkcjonalne, mają – dla wyodrębnienia interesującego nas przedmiotu badań – znaczenie raczej drugorzędne, stawia pod znakiem zapytania celowość określania wszystkich form udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Kontrakt państwowy, który uznajemy za najbardziej typową formę bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym, wydaje się bowiem formą na tyle uniwersalną, że może kształtować różne stosunki gospodarcze w obrocie międzynarodowym, o ile wiążą się z bezpośrednią aktywnością gospodarczą państwa. Innymi słowy, zakres stosowania kontraktów państwowych w istotny sposób określa rolę państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Są wszakże takie sfery międzynarodowego obrotu gospodarczego, w których kontrakty państwowe występują szczególnie często, są dominującą formą zobowiązania, a nawet wyłącznym typem umowy. Wynika to naturalnie z faktu szczególnego zainteresowania państwa tymi działami gospodarki. Takim działem gospodarki jest niewątpliwie szczególnie nas interesujący międzynarodowy obrót bronią i wyposażeniem sił zbrojnych.

Te właśnie sfery obrotu ogólnie scharakteryzujemy, opierając się przede wszystkim na praktyce międzynarodowego obrotu gospodarczego. Wybierzemy kilka najbardziej charakterystycznych rodzajów kontraktów państwowych, co pozwoli na analizę cech typowych dla wszelkich kontraktów państwowych. Rozważania zawarte w tej części pracy mają stanowić materiał do próby uogólniającej wizji konstrukcji kontraktu państwowego i umowy offsetowej jako rodzaju kontraktu państwowego. Należy jednak podkreślić, że tak jak skupienie się na pewnych tylko sferach międzynarodowego obrotu gospodarczego, tak i wyliczenie rodzajów kontraktów państwowych nie wyczerpuje problematyki związanej z udziałem państwa w szeroko rozumianym procesie wymiany międzynarodowej.

Zamierzamy wykazać wyraźne podobieństwa w różnych transakcjach międzynarodowych, w których bezpośrednio uczestniczy państwo. Szereg z nich wykazują bowiem także umowy związane z międzynarodowym obrotem uzbrojeniem i sprzętem wojskowym, w tym umowy offsetowe. Prezentacja najbardziej typowych kontraktów państwowych wykaże dobitnie, że we współczesnym międzynarodowym obrocie gospodarczym typ relacji podmiotowych właściwych dla umowy offsetowej jest zjawiskiem dość częstym.

3.2. MIĘDZYNARODOWA DZIAŁALNOŚĆ INWESTYCYJNA

3.2.1. Inwestycje międzynarodowe

Trudno sobie obecnie wyobrazić inwestycję międzynarodowe bez różnorodnych przejawów bezpośredniej aktywności gospodarczej państwa[1]. Jest przeto zrozumiałe, że w tej właśnie sferze współczesnego obrotu międzynarodowego rolę dominującą odgrywają kontrakty państwowe.

Inwestycje międzynarodowe z udziałem państwa nie są zjawiskiem nowym. Ich stały rozwój można dostrzec, poczynając od dziewiętnastowiecznych inwestycji surowcowych metropolii kolonialnych[2], poprzez inwestycje państwowe okresu międzywojennego[3] aż do – nowego jakościowo – zjawiska prawdziwego *boomu* inwestycyjnego po 1945 r. Inwestycjom międzynarodowym angażującym kapitały państwowe sprzyjały – sygnalizowane wcześniej – przemiany w zasadach gospodarowania poszczególnych krajów, wynikające z rozwiniętego interwencjonizmu. Gwałtownie zaktywizowały państwową działalność inwestycyjną takie czynniki, jak: wymogi postępu technicznego i technologicznego, rosnący głód surowcowy, szczególnie zapotrzebowanie na ropę naftową i inne surowce strategiczne, chęć wykorzystania taniej siły roboczej, a ostatnio – tendencja do pozbywania się z własnego terytorium technologii niebezpiecznych lub szkodliwych dla środowiska naturalnego. Pogłębiający się w ostatnich latach stan zadłużenia potencjalnych importerów kapitałów inwestycyjnych znacznie utrudnia działalność inwestycyjną. Najnowszym rozwiązaniem jest dążenie do wykorzystania inwestycji międzynarodowych w procesie oddłużania poszczególnych państw. Chodzi między innymi o sprzedawanie udziałów w krajowych przedsiębiorstwach zagranicznym kontrahentom prywatnym, którzy wykupili część państwowego zadłużenia.

Poza bezpośrednim udziałem państwa znaczącym czynnikiem powodującym publicyzację i internacjonalizację działalności inwestycyjnej jest zainteresowanie nią szeregu organizacji międzynarodowych, jak np. IBRD, IFC, IDA[4], UNIDO, UNCTAD i mniej znanych, jak choćby International Association for the Promotion and Protection of Private Foreign Investments. Należy podkreślić także rosnące znaczenie ICSID, a ostatnio MIGA instytucjonalizujących tryb rozstrzygania sporów inwestycyjnych oraz system gwarancji inwestycyjnych.

---

[1] Por. **B. Goldman**, we wstępie do pracy **LB**, s. 1-2, zob. także **S**, *passim*, niektórzy autorzy oceniają udział kapitału państwowego w ramach inwestycji międzynarodowych na ponad 70%, zob. **F. Heidhues**: *Zur Theorie der internationalen Kapitalbewegungen*, Tübingen 1969,s. 84.

[2] Zob. bliżej np. **F. Budziński**: *Zagraniczne inwestycje produkcyjne instrumentem międzynarodowego transferu technicznego*, Warszawa - Kraków 1987, s. 15 i nast.

[3] Por. **J. H. Dunning**: *Studies in International Investment*, London 1970, s. 10 i nast., a także **G. Y. Bertin**: *L'investissements international*, Paris 1972, s.15 i nast.

[4] Por. **J. Makarczyk**: *Finansowanie rozwoju gospodarczego w systemie Narodów Zjednoczonych* /IBRD,IFC,IDA/, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1974, s. 24 i nast.

Pojęcie inwestycji międzynarodowych nie jest w pełni jednoznaczne. W najbardziej uproszczony i ogólny sposób można je określić jako wykorzystanie finansowych i innych środków z jednego kraju w innym kraju. Przedsięwzięcia inwestycyjne są wyjątkowo różnorodne. Najczęściej wyodrębnia się trzy podstawowe formy inwestycji międzynarodowych: **kredyty inwestycyjne** (finansujące na przykład sprzedaż gotowych dóbr inwestycyjnych), tzw. **inwestycje portfelowe** (polegające na nabywaniu akcji lub udziałów firm w kraju przyjmującym), **inwestycje bezpośrednie**. Często w jednym przedsięwzięciu inwestycyjnym występują różne typy inwestowania. Poza wspomnianym podziałem umowy inwestycyjne można różnicować przedmiotowo. Według P. Leboulangera, około 40% umów inwestycyjnych dotyczy szeroko rozumianych inwestycji przemysłowych, 29% związanych jest z poszukiwaniem i eksploatacją zasobów ropy naftowej, zaś 7% wiąże się z poszukiwaniem i wykorzystaniem innych zasobów naturalnych[5]. Zazwyczaj wyodrębnia się umowy:

– związane z poszukiwaniem i eksploatacją bogactw naturalnych, w szczególności umowy naftowe i umowy dotyczące innych bogactw naturalnych;

– związane z kooperacją i współpracą przemysłową;

– o wykonanie określonych inwestycji przemysłowych, co może polegać bądź na realizacji jednego obiektu, bądź wykonaniu całego kompleksu inwestycyjnego „pod klucz",

– o kooperację lub współpracę techniczną, które mogą polegać na wymianie określonych dóbr inwestycyjnych lub na transferze technologii, wiedzy technicznej, świadczeniu usług w dziedzinie wspólnych badań naukowych, przekazywaniu wiedzy w zakresie zarządzania i kierowania działalnością przemysłową etc.

Podobne podziały, jak się wydaje, niewiele wnoszą z punktu widzenia naszych rozważań, gdyż interesuje nas głównie aspekt podmiotowy umów inwestycyjnych. Poza tym ujęcie wyłącznie przedmiotowe odsuwa na plan dalszy charakter prawny poszczególnych umów. I tak, w grupie pierwszej zdecydowanie dominują tzw. **umowy koncesyjne**, natomiast grupa druga charakteryzuje się dużą różnorodnością, poczynając od klasycznej sprzedaży, aż do umów właściwych dla transferu technologii, przybierających formę licencji, *know-how*, *franchizingu*, *factoringu*. Niekiedy umowy tego rodzaju nazwane bywają **umowami kompleksowymi**, ze względu na różnorodność funkcji, jakie mają do spełnienia[6]. Kompleksowość tych umów wynika nie tylko faktu powiązania np. funkcji umowy sprzedaży lub umowy o dzieło z umową o świadczenie usług, umowami kredytowymi, lecz także z tego, iż tworzą one pewną równowagę interesów ekonomicznych pomiędzy państwem przyjmującym nowe technologie i obcy kapitał a spółkami, które dążą do maksymalizacji zysku z określonego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Jest to próba godzenia interesu publicznego z interesem prywatnym. Tak więc umowy kompleksowe zawierają szereg instrumentów swoistych mających zapewnić równowagę

[5] Zob. **LB**, s. 13.

[6] Por. **LJF**, s. 990.

stron, w tym elementy publicznoprawne, związane na przykład z podatkami, zezwoleniami, cłami etc. Obszerność kompleksowych umów inwestycyjnych wynika także z coraz szerszego wiązania z nimi elementów udziałowych, korporacyjnych, założycielsko-organizacyjnych, dotyczących nowo powstających struktur (spółek mieszanych, *joint ventures*, filii i oddziałów firm zagranicznych) umożliwiających realizację określonego przedsięwzięcia inwestycyjnego. W sumie można przyjąć, że infrastruktura prawna więzi między uczestnikami międzynarodowego procesu inwestycyjnego jest wyjątkowo złożona. Nie ulega wszakże wątpliwości, że najważniejszą rolę odgrywają w tej działalności instrumenty umowne.

Dlatego wydaje się, że jakiekolwiek próby klasyfikacji umów inwestycyjnych oparte na kryterium przedmiotowym, a nawet charakterze prawnym, ze względu na mieszany ich charakter, nie może dać pozytywnych rezultatów. Mając to na uwadze, jak również przedmiot naszych badań, przyjmujemy dla potrzeb tego opracowania następujący podział umów inwestycyjnych w obrocie międzynarodowym:

– umowy inwestycyjne będące kontraktami państwowymi, co oznacza, że z jednej strony występuje w nich państwo, w rozumieniu wyżej przyjętym, z drugiej zaś zagraniczny podmiot prywatnoprawny,

– umowy inwestycyjne nie będące kontraktami państwowymi, a więc mające charakter kontraktów między podmiotami cywilnoprawnymi z różnych krajów bądź też będące umowami międzynarodowymi[7].

W ramach inwestycyjnych kontraktów państwowych za najbardziej charakterystyczne, wykazujące szereg cech odrębnych, ukształtowanych w praktyce, uznajemy umowy koncesyjne oraz umowne gwarancje inwestycyjne.

3.2.2. Kontrakty koncesyjne

3.2.2.1. Rozwój systemu koncesyjnego

Koncesje bez wątpienia należą do najstarszych form bezpośredniej aktywności gospodarczej państwa. Należy przy tym od początku uściślić pojęcie koncesji. Koncesją powszechnie jest nazywana jednostronna decyzja państwa, dająca możliwość działalności gospodarczej w sferze, w której wyłączność przysługuje państwu. Pierwotna forma koncesjonowania polegała w zasadzie wyłącznie na jednostronnych aktach państwa, eksponujących jego absolutną suwerenność i z góry wykluczających jakąkolwiek równość stron stosunku koncesyjnego[8]. Taka metoda

[7] Do takich umów międzynarodowych zaliczyć można przede wszystkim umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji; wykaz takich umów wiążących Polskę zawiera praca **M. H. Kozińskiego**: *Morskie prawo gospodarcze*, cz. 2, Gdynia 1999, s. 92; system bilateralnych gwarancji inwestycyjnych o charakterze międzynarodowym jest bardzo rozbudowany w świecie, zob. wykaz tego typu umów międzynarodowych w pracy **Z. A. Kronfola**: *Protection of Foreign Investment*, Leiden 1972, s.164 i nast.

[8] Taki charakter miały np. pierwsze koncesje papieskie, por. **M**, s. 219 oraz cytowana tam literatura.

koncesjonowania jest nadal w pełni aktualna, zwłaszcza w stosunkach wewnętrznych. Administracyjny stosunek koncesyjny nie wyklucza możliwości ukształtowania wzajemnych praw i obowiązków państwa i koncesjobiorcy. Mimo to wspomniany układ koncesyjny nie może być w żadnym wypadku utożsamiany ze stosunkiem kontraktowym, albowiem pozbawiony jest zasadniczej cechy takiego stosunku, to znaczy równości stron. Nie można także traktować równorzędnie z umowami koncesyjnymi tzw. umów kapitulacyjnych. Umowy te, jakkolwiek związane z koncesjami, są umowami międzynarodowymi. Nierzadko były to wręcz dyktaty, wynikające z faktycznej nierównowagi stron umowy. Wydaje się, że obecnie – mając na uwadze procesy emancypacyjne obejmujące wszystkich uczestników wspólnoty międzynarodowej – ta forma „powiązań międzynarodowych" może być rozpatrywana wyłącznie w aspekcie historycznym. Z drugiej wszakże strony, pogłębiające się zróżnicowanie ekonomiczne, cywilizacyjne, a zwłaszcza nadmierne zadłużenie poszczególnych państw mogą niejednokrotnie przywodzić na pamięć tę minioną formę umów, z tym że rolę państw dyktujących warunki przejmują ponadnarodowe korporacje, których potencjał finansowy jest często większy niż „suwerennych" państw, a także banki i międzynarodowe instytucje finansowe.

Interesować nas przeto będą wyłącznie kontrakty koncesyjne, przy czym w odniesieniu do tej kategorii umów inwestycyjnych w zasadzie zbędne jest zastrzeżenie co do typowego dla kontraktów państwowych układu podmiotowego. Immanentną cechą koncesji międzynarodowych jest bowiem wykorzystywanie konstrukcji kontraktu państwowego. Nic przeto dziwnego, że niekiedy utożsamia się obie te formacje prawne. Nie jest to jednak właściwe, gdyż pojęcie kontraktu państwowego jest znacznie bardziej ogólne. Bez wątpienia wszakże koncesje nadal stanowią najbardziej klasyczną formę bezpośredniej aktywności gospodarczej państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

3.2.2.2. Próba określenia istoty prawnej kontraktu koncesyjnego

Orzecznictwo dotyczące umów koncesyjnych, niestety, nie daje jednoznacznych wskazówek co do oceny istoty prawnej tej kategorii kontraktów państwowych. Prób definiowania tego typu umów mamy sporo w doktrynie. Te liczne próby wynikają z potrzeb praktyki, z powszechności wykorzystania tej grupy kontraktów[9]. Wartość tych formuł, z prawnego punktu widzenia, budzi jednak szereg zastrzeżeń[10].

[9] **BR**, s. 59 – autor pisze, że „*Eine Rechtsordung, die keine Konzession kennt, ist eine Anomalie*", podobnie **H. Mosler**: *Wirtschafkonzessionen bei Änderungen der Staatshoheit*, Stuttgart 1948, s. 96. Na temat stosowania koncesji w obrocie morskim zob. **M. H. Koziński**: *Próba określenia istoty prawnej koncesji na poszukiwanie i wydobywanie kopalin występujących w granicach obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej*, BOiGM 1991, nr 9 i tegoż: *Koncesjonowanie morskiej działalności górniczej i geologicznej w Polsce*, PM 1995, t. 8, s. 125 i nast.

[10] Por. **G. Gidel**: *Les effets de l'annexion sur les concessions*, Paris 1904, s. 104.

Dość często określa się koncesje jako „*international economic development contracts*"[11]. J. N. Hyde dość arbitralnie stwierdza: „*Such agreements have in the past been ofen called concessions. It is perhaps more realistic to describe of today as international economic development agreements*"[12]. Wydaje się, że wartość tego określenia jest identyczna jak założenie, które przyjęliśmy na wstępie, to znaczy, że koncesja jest rodzajem *state contract*. Wynika to z faktu, że wszystkie kontrakty państwowe są uznawane za „umowy rozwoju ekonomicznego". Zatem z braku powszechnie akceptowanej definicji „*international economic development agreement*" uznanie koncesji za tego typu umowę wydaje się czystym werbalizmem.

Eksponując najważniejsze funkcje kontraktu koncesyjnego, określa się go jako „*contract permitting the use of land and the appropriation of its products*"[13]. Współczesne realia bardziej chyba uwzględnia formuła podkreślająca, iż „umowa koncesyjna to umowa między państwem (organem państwowym) a przedsiębiorstwem zagranicznym, na mocy której uzyskuje ono zgodę na eksploatację bogactw naturalnych"[14]. Spotkać można także określenia ogólnikowe, jak np. w orzeczeniu w sprawie ARAMCO, w którym stwierdzono, że „koncesja jest aktem prawnym *sui generis*". Natura prawna koncesji nie jest taka sama zależnie od tego, czy chodzi o koncesję dotyczącą „*service public*", czy zwykłą koncesję na roboty publiczne albo koncesję dotyczącą zajęcia terenów publicznych lub eksploatację bogactw naturalnych, należących do państwa, koncesję dotyczącą portów, koncesję górniczą etc."[15]

Wydaje się dość wątpliwe uzależnianie istoty kontraktu koncesyjnego od przedmiotu koncesji. Zdarzają się nawet tak oryginalne definicje, jak „*concessionary contract is essentialy the same as the pachtvertrage*", „*Konzession sei ein privatlicher Mietvertrag*". Jak widać, powyższe próby nie tylko przesądzają o cywilnoprawnym charakterze umowy koncesyjnej, ale nawet wskazują konkretny rodzaj umowy prawa cywilnego (dzierżawę, najem).

Można sądzić, że skazane na niepowodzenie są zarówno koncepcje oceny kontraktów koncesyjnych wyłącznie na gruncie prawa międzynarodowego publicznego[16], jak i traktowanie koncesji jedynie w kategoriach cywilistycznych. Jedną z najistotniejszych cech kontraktu koncesyjnego jest bowiem ścisłe powiązanie elementów publicznoprawnych i prywatnoprawnych[17].

---

[11] Zob. np. **J. N. Hyde**: *Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources*, AJIL 1956, vol. 50, s. 862; **K. S. Carlston**: *op. cit.*, s. 260; **V**, s. 635; **A. D. McNair**: *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, BYIL 1957, vol. 33, s. 19.

[12] **J. N. Hyde**: *op. cit.*, s. 862

[13] **D. P. O'Connel**: *Critique of Iranian Oil Litigation*, ICLQ 1955, s. 269.

[14] **A. S. El-Kosheri**: *Stabilité et evolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisaton* [w:] Le contrat économique international, Bruxelles – Paris 1975, s. 286.

[15] RCDIP 1963, s. 306.

[16] Por. **G. Cohen-Jonathan**: *Les concessions en droit international public*, Paris 1966, s. 223 i nast

[17] Zob. **F**, s. 208; **H. Cattan**: *The Law of Oil Concessions in the Middle East end North Africa*, New York 1967, s. 30; **Z. Kronfol**: *op. cit.*, s. 69.

Według H. Cattana, kontrakt koncesyjny opiera się w pierwszym rzędzie na prawie publicznym, lecz jednocześnie kreuje prawa indywidualne o naturze prywatnoprawnej. Trudno zatem oddzielić oba elementy i wskazać, który w danej koncesji dominuje[18]. Pogląd ten przeważa w literaturze, przy czym dodaje się, że cechą tego typu stosunków jest łączenie metody administracyjnej, opierającej się na aktach jednostronnych, generalnych lub indywidualnych, z metodą cywilnoprawną, bazującą na kontraktowym współdziałaniu stron[19].

Wydaje się, że na ocenie charakteru prawnego kontraktów koncesyjnych zbytnio ciążą poglądy zaczerpnięte z prawa wewnętrznego, głównie praktyka francuska. Nic przeto dziwnego, że dość często utożsamia się kontrakty koncesyjne z *contrat administratif*[20].

W sumie, podwójny charakter koncesji, wyzwala poglądy, które trudno uznać za jednoznaczne, a z drugiej strony nie można ich kwestionować w świetle różnorodności praktyki. I tak K. G. Borchers konkluduje, że stosunek koncesyjny może powstać w różny sposób, czy to jako akt administracyjny, czy to w drodze kontraktowej, czy to jako czynność prawna wykazująca znamiona kontraktu i aktu administracyjnego. Jednakże w przypadku koncesji międzynarodowej z reguły obaj partnerzy stanowią o jej sformułowaniach, tak że można wówczas mówić o międzynarodowych kontraktach koncesyjnych[21].

Jak z tego widać, można zauważyć w orzecznictwie, i w doktrynie, pewną bezradność w ocenach prawnych kontraktów koncesyjnych. Wynika to zapewne z faktu, podniesionego w sentencji ARAMCO, że „prawo narodów nie zawiera norm w przedmiocie kwalifikacji tej instytucji prawnej"[22]. Względy ekonomiczne decydują o tym, by koncesje międzynarodowe odrywać od jednego systemu prawa wewnętrznego, powoduje to jednak zasadniczą sprzeczność, gdyż widzimy zupełne niedostosowanie prawa międzynarodowego do oceny umów koncesyjnych. Nic przeto dziwnego, że w końcu pozostają ogólne, acz wyjątkowo nieprecyzyjne „zasady prawa narodów cywilizowanych".

Jest jeszcze jeden istotny czynnik utrudniający wypracowanie definicji ogólnie akceptowanej. Chodzi o element polityczny, czy wręcz ideologizację pojęcia kon-

---

[18] **H. Cattan**: *op. cit.*, s. 31, zob. także sentencję orzeczenia w sprawie ARAMCO, gdzie podkreślono m.in., że *„nie jest możliwe podsumowanie wszystkich typów koncesji i natura prawna koncesji nie jest taka sama w poszczególnych systemach prawnych"* (ILR, 1958, s. 157).

[19] Por. **G. Langrod**: *Administrative Contracts, a comparative study*, AJIL 1955, vol. 4, s. 331. Zob. także **D. P. O'Connel**: *The Law of State Succesion*, Cambridge 1956, s. 107 – *„The contract is constituded in the first instance under public law, but it gives rise to rights of a subjective private nature. Althout it is at times difficult to decide whether it is the poubic or private aspects of the concessionary contract which are predominant (...)"*. Zob. także **F**, s. 718.

[20] Zob. **S. M. Schwebel**: *op. cit.*, s. 332, **H. Cattan**: *op. cit.*, s. 19, por. także **M**, s. 350, **H. Sultan**: *Legal Nature of Oil Concession*, „Revué égiptienne de droit international" 1965, s. 73.

[21] **BR**, s. 85.

[22] RCDIP 1963, s. 306; oraz **W**, s. 108-109.

cesji. Przy czym nie dotyczyło to jedynie byłych krajów socjalistycznych[23], ale ostatnio może bardziej krajów „trzeciego świata". Nie jest sprawą przypadku, że literatura na temat koncesji jest zdominowana przez prawników z tych właśnie krajów, a poglądy reprezentowane przez nich są nierzadko diametralnie różne od koncepcji prawników z krajów inwestujących. To co przez jedną stronę uważane jest za „wzajemne korzyści", „pomoc techniczną i rozwój nowych technologii", przez drugą stronę uznawane jest za „eksploatację bogactw naturalnych", „wyzysk" lub nawet „neokolonializm" albo „korzystanie z taniej siły roboczej". Kraje rozwijające się posługują się w sporach inwestycyjnych argumentacją eksponującą prawa suwerenne, nawiązują do dawnych układów kolonialnych czy postkolonialnych, nakierowanych na eksploatację słabszego partnera, sięgają nawet do argumentów natury religijnej[24].

Dotychczasowe ujęcia kontraktu koncesyjnego nie tylko wydają się mało precyzyjne, lecz w swej większości są przestarzałe. Bazują one bowiem na praktyce koncesyjnej sprzed kilkudziesięciu lat. Obecnie klasyczna koncesja coraz bardziej przekształca się w umowę o wielostronnej współpracy, zwykle umowę założycielską spółki lub szeroko rozumianego *joint venture*. Początki tej formy działalności inwestycyjnej są dość odległe[25], lecz współczesna formuła tzw. „*d'association petrolieré*" jest najczęstszym przykładem koncesyjnych kontraktów państwowych[26]. Ten typ koncesji jest znacznie łatwiej akceptowany przez państwa przyjmujące, gdyż daje większe możliwości stałej kontroli działalności powstającej spółki

---

[23] Podkreśla się to zwłaszcza w literaturze zachodniej. Zob. **V**, s. 648, **T. T. F. Huang**: *Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question*, AJIL 1957, vol. 51, s. 291 – ten ostatni analizuje m.in. definicję koncesji sformułowaną w latach pięćdziesiątych przez naukę radziecką, gdzie podkreślono jej klasowy charakter, wyjątkowość w systemie prawa oraz fakt, że nie stanowi ona gwarancji dla prywatnego przedsiębiorcy. W definicji tej (według T.T.F. Huanga) zawarto następujące określenie: *„A concession is a contract of sovereign government with its class enemy – foreign capitalist (...)"*.

[24] Por. **N. J. Coulson**: *The State and the Individual Islamic Law*, ICLQ 1957, vol. 6, s. 49 i nast.

[25] Już koncesja d'Arcy z 1901 r. przewidywała, że Iran bedzie posiadał akcje spółki eksploatującej jego zasoby. Zastrzegł to sobie także Irak w umowie z 1920 r. co do akcji Iraq Petroleum Company. W 1948 r. w umowie Kuwejtu ze spółką AMINOIL, przewidziano 15% partycypacji państwa, w umowie zawartej w 1957 r. z Japan Petroleum Trading Company Kuwejt zastrzegł sobie 10% akcji, a w umowie z Shellem zawartej w 1961 r. – 20% udziału. Ilustruje to metodę przekształcania dawnych koncesji we wspólne przedsięwzięcia z udziałem państwa, na którego terytorium eksploatuje się bogactwa naturalne. W rozwoju nowego rodzaju koncesji znaczną rolę odegrały koncepcje E. Mattei, prezydenta ENI, ostatnio zaś sugestie OPEC, która to organizacja ustaliła nawet ogólne zasady kontraktów koncesyjnych opartych na *joint venture*. Niektóre koncesje dawnego typu przekształcają się we wspólne przedsięwzięcia z udziałem państwa, np. Getty Petroleum dokonało tego w umowie z Algierią. Por. także **J. N. Hyde**: *Economic Development Agreement,* RCADI 1962, vol. 105, s. 271 i nast. Ostatnio w wyniku renegocjacji umów koncesyjnych dochodzi do stałego zwiększania udziału państwa, aż do wywłaszczenia. Przekonujące zestawienia licznych tego typu zabiegów przedstawia **S. K. B. Asante**: *Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process*, ICLQ 1979, vol. 28, s. 460 i nast.

[26] Zob. **LB,** s. 14 – autor używa określenia *„la convention d'association"*.

z udziałem państwa bądź podmiotów państwowych (*operating company*)[27]. Sądzić można, że ta nowa forma umów koncesyjnych eksponuje znacznie bardziej elementy cywilnoprawne stosunku koncesyjnego, w mniejszym zaś stopniu występują jednostronne metody administracyjne.

Mimo tych zmian w kształcie współczesnej koncesji wydaje się, że pewne cechy kontraktu koncesyjnego można jednak wyodrębnić. Dlatego istoty tego typu umowy szukać należy w zestawieniu jej cech charakterystycznych, nie zaś przez formułowanie arbitralnych i na ogół dość ogólnikowych definicji. Trzeba także zwrócić uwagę, że różnorodność celów, jakim służą koncesje, nie pozwala łączyć ich z jakąkolwiek, jedną umową prawa cywilnego. Do typowych cech kontraktu koncesyjnego zaliczyć można:

- **układ podmiotowy**; umowy koncesyjne charakteryzuje przede wszystkim stały układ podmiotowy. Warunkiem *sine qua non* kontraktu koncesyjnego jest wykorzystanie formy kontraktu państwowego. Koncesja z istoty swej polega na wyrzeczeniu się lub ograniczeniu przez państwo pewnych praw suwerennych, np. wynikających z nich uprawnień monopolistycznych. Zazwyczaj polega to na ograniczonym w czasie i przestrzeni niewykonywaniu przez państwo swych uprawnień, zastrzeżonym na korzyść konkretnego podmiotu niepaństwowego – zwykle zagranicznego – w zamian za określone świadczenia. Korzyści te mogą mieć różny charakter, nie tylko będą to opłaty koncesyjne, ale np. stworzenie nowych miejsc pracy, postęp techniczny, nierzadko także pewne ustępstwa polityczne etc. Jak z tego wynika, udział państwa w tego typu umowie jest niezbędny. Rację mają ci autorzy, którzy genezy koncesji upatrują w dawnych przywilejach lennych[28]. Wspomniany układ podmiotowy musi być zachowany także dlatego, że w wyniku ograniczeń koncesyjnych następuje zawsze uszczuplenie „interesu publicznego", którego stróżem winno być państwo. W drodze koncesyjnej państwo wyzbywa się części władzy nad dobrem wspólnym całego społeczeństwa. Ten czynnik spowodował nawet wyodrębnianie w niektórych systemach prawnych tzw. koncesji służby publicznej[29]. Z ochroną interesu publicznego wiąże się obowiązek szczególnej kontroli państwa nad działalnością koncesjobiorcy, a przede wszystkim pozostawienie stronie państwowej kontraktu koncesyjnego określonych uprawnień władczych, które gwarantują zabezpieczenie wspomnianego interesu. Wszystko to pozwala stwier-

[27] Forma takiego wspólnego przedsięwzięcia może być bardzo różna, począwszy od mającej osobowość prawną spółki prawa handlowego do tzw. *„non profit company"*. Por. **A. S. El-Kosheri**: *op. cit.*, s. 285 i nast. oraz tegoż: *Le régime juridique crée par les accords de partocipation dans le domaine pétrolier*, RCADI 1975, vol. 133, s. 219 i nast. Na jeszcze inne formy umów koncesyjnych zwraca uwagę **S. K. B. Asante**: *Restructuring Transnational Mineral Agreements*, AJIL 1979, vol. 73, s. 359 i nast. (m.in.: *service contracts*, *production-sharing contracts*, *technical assistance agreements*).

[28] Zob. **H. Mosler**: *op. cit.*, s. 72, **M. Imboden**: *Des verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel 1958, s. 79 i nast. oraz 187 i nast.

[29] We Francji pod pojęciem *„services publics"* rozumie się *„toute activité d'une collectivité publique visant á satiafaire un besoin d'intéret général"*, podobnie pojęcie *„servizi pubblici"* zna prawo włoskie, a także w prawie anglo-amerykańskim możemy znaleźć odpowiednik w postaci *„public utilities"*.

dzić, że wszelkie stosunki koncesyjne charakteryzują się: przeniesieniem przez państwo na koncesjobiorcę określonych uprawnień, które w jakimś zakresie dotyczą z reguły interesu publicznego i dlatego państwo zachowuje zawsze zwierzchność koncesyjną i monopol koncesyjny (wyłączność koncesjonowania)[30].

Wprawdzie niektórzy autorzy proponują jeszcze jedną formę umowy koncesyjnej, w której jakoby państwo nie uczestniczy, ale jest to jedynie półprawda. Chodzi o koncepcję koncesji zawieranych z wyspecjalizowanymi agencjami rządowymi[31]. Początek tej praktyce dały umowy zawierane przez NIOC. Model ten szybko się upowszechnił, czego dowodem zawieranie umów koncesyjnych przez Argentina State Oil Agency[32], Iraq National Oil Company[33] i inne podobne organizacje. Twierdzenie, że koncesje te nie są kontraktami państwowymi, jest dalekie od prawdy, albowiem mimo wyodrębnienia wspomnianych agencji reprezentują one państwo i w konsekwencji wyżej przeprowadzonych wywodów muszą być uznane za „stronę państwową". Nie wydaje się zatem, by rzeczywiście ta forma koncesji była nowym rodzajem umowy koncesyjnej, różnym od kontraktu państwowego.

- **neutralizacja systemu prawnego**; szczególna pozycja państwa, w kontrakcie koncesyjnym powoduje, że strona niepaństwowa stara się polepszyć swoją pozycję kontraktową między innymi przez wprowadzenie odpowiedniej klauzuli o właściwości prawa. Klauzula ta jest najczęściej powiązana z zapisem o właściwości organu, trybu, a nawet miejsca rozstrzygania ewentualnych sporów. Mimo że państwowe kontrakty koncesyjne należą do tego rodzaju umów, które wykazują stosunkowo największe powiązanie z systemem prawa wewnętrznego strony państwowej, widzimy w przypadku sporów, że orzekający arbitrzy w różny sposób starają się zneutralizować jednostronność norm zainteresowanego państwa. W interesującej nas grupie stosunków prawnych dostrzegamy również zjawisko zacierania się granic między normami prywatnoprawnymi i publicznoprawnymi, wewnętrznymi i międzynarodowymi. Strony kontraktów koncesyjnych sięgają nawet do systemu zasad spoza prawa pozytywnego, jak np. „zasady ogólne prawa narodów cywilizowanych", zwyczaje, a nawet świadomie odrzucają jakiekolwiek odniesienia prawne, poza treścią samego kontraktu.

Omawiane zjawiska ilustrują przykłady wzorcowych klauzul z umów koncesyjnych, stanowiące dowód różnorodności stosowanych w praktyce rozwiązań:

- formuła wyboru prawa krajowego obu stron, np. art. 11 kontraktu między Radio Corporation of America a Czechosłowacją z 1928 r. – *„This Agre-*

---

[30] **BR,** s. 71-72.

[31] Por. **G. Kojanec**: *The Nature of Agreements concluded by Private Entities with Foreign States*, „Académie de Droit International de la Haye, Colloque de 1968 sur accords de commerce international", s. 308-309; autor zwraca uwagę na zwiększony zakres kontroli administracyjnej.

[32] Np. umowa z Shell Production Company of Argentina lub Panamerican International Oil Company.

[33] Np. umowa z francuską firmą ERAP z 1968 r.; podobne agencje działają także w innych krajach, np. Saudi Arabian State Oil and Mineral Agency (Petromin) i zawarta przez tę agencję rządową umowa z włoską firmą AGIP z 1957 r.

ement...shall be construed, interpreted and enforced accordig to the laws of State of New York, USA and the Republic of Czechoslovakia";

- formuła wyboru prawa państwa przyjmującego, z powołaniem się na zasady dobrej wiary, np. kontrakt Lena Goldfields Ltd z ZSRR – (art. 75 i 85) *„The Company shall submit to all existing and future legislation of the USRR in so far as special conditions are not provided in this Agreement". „The parties base their relations with regard to this Agreement on the principle of good will and good faith as well as a resonable interpretation of the terms of this Agreement"*;
- formuła powołująca prawo międzynarodowe i zasady dobrej wiary, np. kontrakt Anglo-Iranian Oil Company z Iranem, art. 22, f – *„the award shall be based on the juridical principles contained in art. 38 of Statutes of Permanent Court of International Justice"*, art. 21,1 *„The contracting parties decalre that they base the performance of the present Agreement on principles of mutual good will and good faith as well as on a resonable interpretation of this Agreement"*[34];
- formuła bazująca na powiązaniu prawa państwa przyjmującego z zasadami prawa narodów cywilizowanych, np. w licznych umowach, w których stroną jest NIOC – *„In view of diverse nationalities of the parties to this Agreement in shall be governed by and interpreted and aplied in accordance with the principles of law common to Iran and the civilized nations in which the other parties to this Agreement are incorporated, and in absence of such common principles then by in accordance with principles of law recognized by civilized nations in general including such of those principles as may have been applied by international tribunals"*;
- formuła oparta wyłącznie na zasadach dobrej wiary, np. umowa Petroleum Development (Trucial Coast) z szejkiem Abu Dhabi art. 17 – *„The Ruler and the Company both declare that they base their work in this Agreement on goodwill and sincerity of belief and on the interpretation of this Agreement in a fashion consistent with reason"*;
- wreszcie, w kontrakcie koncesyjnym, może nie być żadnej wzmianki o prawie właściwym, np. umowa szejka Kataru z International Marine Oil Company.

• **stabilizacja systemu prawnego**; jak wspomniano, powyższe, często niezbyt jasne klauzule umowne mają na celu poprawę sytuacji partnera niepaństwowego, który obawiając się zdominowania kontraktu przez prawo państwa przyjmującego, stara się stworzyć dla kontraktu koncesyjnego swoisty mikrosystem prawny, bardziej obiektywny dla obu partnerów umowy. Często zabiegu tego dokonuje arbitraż, nie zawsze zresztą w sposób zasługujący na pełną aprobatę. Jak jednak ma bronić swoich interesów prywatny inwestor zagraniczny, gdy kontrakt koncesyjny jest wyraźnie poddany prawu państwa przyjmującego, jeśli w drodze negocjacji nie

[34] Jeszcze wyraźniejsza formuła tego typu zawarta jest w umowie Texaco z Libią – *„This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals"*.

udało się powiązać kontraktu z systemem norm niezależnych od państwa. Charakterystyczne dla kontraktów koncesyjnych są tzw. **klauzule stabilizacyjne**. Występują różne rodzaje tego typu klauzul umownych. Najczęstsze są klauzule „zamrażające" (*freeze clauses*) stan prawny w stosunku do kontraktu koncesyjnego. Przewidują one, że prawo wewnętrzne w zakresie inwestycji zagranicznych będzie w stosunku do danego koncesjobiorcy stabilne, przez określony w umowie czas. Naturalnie wspomniane klauzule w niczym nie godzą w suwerenne prawa państwa do zmiany swego wewnętrznego porządku prawnego, ale gwarantują inwestorowi, że nowe przepisy, które mogłyby pogorszyć jego pozycję kontraktową, nie będą miały do niego zastosowania. Najczęściej klauzula tego typu stwierdza, że dany kontrakt koncesyjny podlegać będzie prawu obowiązującemu w konkretnym dniu[35]. Inny typ klauzuli stabilizacyjnej ma wyraźnie semiimperatywny charakter, gdyż nie zamraża stanu prawa odnoszącego się do kontraktu w ogóle, lecz jedynie eliminuje skuteczność zmian niekorzystnych dla koncesjobiorcy. Tak więc na przykład obniżenie podatków będzie skuteczne, zaś podniesienie nie będzie skuteczne. Jeszcze inny charakter ma klauzula stabilizacyjna zawarta np. w umowie między Grecją a Esso Hellenic Inc. W art. 24 tego kontraktu koncesyjnego mówi się, że „państwo gwarantuje korporacji, że generalne i szczegółowe przepisy prawa oraz żadne środki administracyjne, nie będą dotyczyć umowy koncesyjnej, bez zgody korporacji". Innymi słowy, ewentualne zastosowanie nowych przepisów zależy od koncesjobiorcy, a nie od suwerennego państwa. Jest to niewątpliwie daleko idące ustępstwo strony państwowej. Różne rodzaje klauzul stabilizacyjnych mogą być łączone w zależności od warunków wynegocjowanych w danym kontrakcie, jak np. w umowie Sapphire z NIOC. Klauzule stabilizacyjne stosuje w kontraktach koncesyjnych szereg państw afrykańskich[36]. Klauzule te mogą mieć charakter ogólny bądź dotyczyć tylko niektórych przepisów, jak np. podatkowych, prawa pracy, transferu waluty etc.

- **wyjątkowość pozycji koncesjobiorcy w wewnętrznym porządku prawnym**; zauważalną cechą wszystkich umów koncesyjnych jest wyjątkowość pozycji koncesjobiorcy w porównaniu z innymi uczestnikami obrotu w państwie przyjmującym. Wyjątkowość ta wynika z indywidualizmu większości kontraktów koncesyjnych. Uprzywilejowanie zagranicznego inwestora może być bardzo różne: od niemalże „suwerenności", eksterytorialności, tworzenia specjalnych enklaw gospodarczych na terytorium państwa przyjmującego do pozycji zwykłego uczestnika obrotu, różniącego się wyłącznie tym, że działa na mocy kontraktu koncesyjnego. Szczególną formą umacniania pozycji inwestora zagranicznego są klauzule koncesyjne, które *per analogiam* można nazwać klauzulami największego koncesyjnego uprzywilejowania (*most favored company clauses*). Mają one na celu przeciwdzia-

[35] Np. umowa między Ghaną a firmą Volta Aluminium Company Ltd. (VALCO) w art. 47 mówi, że strony koncesji obowiązuje stan prawny istniejący w Ghanie w dniu 22 stycznia 1962 r.

[36] Por. art. 8 umowy między Senegalem a Compagnié Sucriére Sénagalaise z 1970 r. lub kontrakt między Madagaskarem a Societé de Petroles de Madagaskar z 1972 r. (art. 13), zob. także D, § 3 s. 40.

łanie dyskryminacyjnemu traktowaniu określonych inwestorów, gdyż wyjątkowość pozycji koncesjobiorcy może być niekiedy odwrotnością uprzywilejowania. Przykładowo w umowie naftowej między sułtanem Omanu a Sun Group z 1973 r. (art. 22.3) oraz umowie między Mali a Texas Overseas Petroleum Company z 1970 r. (art.7) znajdują się następujące sformułowania: „rząd przyrzeka, że spółka, jej pracownicy, dyrektorzy, akcjonariusze nigdy nie będą przedmiotem dyskryminacji, ani *de iure*, ani *de facto*". Gwarantuje się także, że państwo nie udzieli innym firmom konkurencyjnym większych przywilejów, niż uzyskała w danej koncesji zainteresowana spółka. Są także postanowienia tych klauzul o charakterze wzajemnym. Na przykład w umowie wzorcowej opracowanej przez Abu Dhabi w 1973 r. jest zapis: „jeżeli w przyszłości umowa zawarta między rządem Abu Dhabi i innym państwem Bliskiego Wschodu, agencją lub spółką, lub jakimkolwiek przedsiębiorstwem działającym w przemyśle naftowym, spowoduje wzrost korzyści dla zarządu, władca oraz spółka przejrzą i przedyskutują zmiany w regulacjach dotyczących przemysłu naftowego i zmodyfikują treść niniejszej umowy, z zachowaniem zasady sprawiedliwości dla obu stron".

- **szczególna ochrona własności zagranicznego inwestora;** dominującą tendencją zauważalną we wszystkich umowach koncesyjnych, zarówno gdy chodzi o ich konstrukcje, jak i poszczególne klauzule właściwości prawa: arbitrażowe, stabilizacyjne i inne, jest dążenie do zagwarantowania nienaruszalności własności obcego inwestora. Specyfika inwestowania polega między innymi na tym, że inwestor wprowadza na terytorium obcego państwa często ogromne środki finansowe i rzeczowe. Musi mieć przeto pewność, że będzie mógł je otrzymać z powrotem po wygaśnięciu, zazwyczaj wieloletniego stosunku koncesyjnego. Doświadczenia ostatnich kilkudziesięciu lat nauczyły inwestorów ostrożności przed jednostronnymi aktami władczymi państwa, które nacjonalizowały, wywłaszczały, konfiskowały mienie zagranicznych inwestorów. Problematyce wpływu nacjonalizacji i innych podobnych aktów państwa na koncesję nie możemy poświęcić więcej miejsca, gdyż jest to kwestia odrębna i szeroko naświetlona w doktrynie[37]. Ważne dla nas jest to, że w wielu koncesjach zawiera się odrębne postanowienia na wypadek ewentualnej nacjonalizacji lub innego podobnego działania strony państwowej, a zwłaszcza konsekwencji finansowych tego rodzaju aktów.

Z problematyką ochrony interesów koncesjobiorcy wiąże się podkreślanie w orzecznictwie arbitrażowym zasady *pacta sunt servanda*[38] i „świętości" umów koncesyjnych[39].

---

[37] Zob. np. **I. Foighel**: *Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law*, Copenhagen 1957, **L. T. Kissam, E. K. Leach**: *Sovereign Expropration of Property and Abrogation of Concession Contracts*, „Fordham Law Review" 1959, vol. 28, s. 156 i nast.

[38] **H. Wehberg**: *Pacta sunt servanda*, AJIL 1959, vol. 53, s. 775-786.

[39] Por. **L. C. Wadmond**: *The Sanctity of Contracts between a Sovereign and Foreign National*, „Proceedings, American Bar Association" 1957 s. 177; zob. także **RAY**, s. 36 i nast.

• **kompleksowość stosunku koncesyjnego**; poza kompleksowością umów koncesyjnych w znaczeniu wyżej podniesionym warto zwrócić uwagę na to, że kontrakt koncesyjny często łączy się z umowami międzynarodowymi, zawartymi między państwem przyjmującym inwestycję i państwem macierzystym inwestora. Poza tym w niektórych kontaktach koncesyjnych są wyraźne odniesienia do przyszłych zezwoleń, decyzji państwa przyjmującego lub jego organów umożliwiających realizację koncesji. Zdarzają się nawet swoiste delegacje ustawodawcze, umożliwiające czy wręcz nakazujące stronie państwowej wydanie określonych przepisów prawa wewnętrznego bądź modyfikację ustawodawstwa wewnętrznego. Na kompleksowość stosunku koncesyjnego wpływa zawarcie w kontakcie postanowień o charakterze typowo publicznoprawnym, np. w zakresie przywilejów celnych, podatkowych, zobowiązań dla władz lokalnych, mających na celu zaopatrzenie w energię elektryczną, wodę, uprawnień dewizowych. W istotny sposób na kompleksowość stosunku koncesyjnego wpływa dążenie państwa do efektywnej kontroli nad działalnością koncesjobiorcy. Jak wspomniano, kontrola ta przybiera coraz częściej formę instytucjonalną w ramach przedsięwzięcia gospodarczego z udziałem państwa.

• **gospodarczy charakter umów koncesyjnych**; cechą koncesji jest ich gospodarczy charakter, niektórzy autorzy mówią wręcz o „*economic concessions*"[40]. Nie znaczy to, że koncesje są tym rodzajem kontraktów państwowych, który wyraźnie odcina się od polityki, wręcz przeciwnie. Historia koncesji naftowych to historia grup nacisku (układ w Acnaccary), interwencji dyplomatycznych, interwencji zbrojnych. Nie ulega jednak wątpliwości, że koncesja to przede wszystkim przedsięwzięcie gospodarcze. Wiąże się z tym dyskusyjny problem proporcji w udziale w zyskach przynoszonych przez koncesje. Ważne jest także to, że koncesja jest instrumentem służącym konfrontacji kapitału prywatnego z kapitałem państwowym. Dotychczasowa jednostronność wielu umów koncesyjnych jest już reliktem przeszłości. Sytuacja, gdy wielkie korporacje miały do czynienia ze „śpiącymi partnerami" (*partneairs dormants*) czy „nieobecnymi właścicielami" (*propriétaires absents*) – jak obrazowo ujmuje to El Kosheri[41] – nie jest dzisiaj możliwa do utrzymania. Obecnie wzajemny charakter umów koncesyjnych nie powinien budzić wątpliwości[42].

[40] **Z. A. Kronfol**: *op. cit.*, s. 68 i nast.

[41] **A. S. El-Kosheri**: *op. cit.*, s. 286.

[42] **W**, s. 110 i cytowane przez tego autora orzeczenie w sprawie Societé d'Electricité d'Athénes *v.* Grecja.

3.3. GWARANCJE INWESTYCYJNE

3.3.1. Ustalenia pojęciowe

Państwowe gwarancje inwestycyjne są jedynie jednym z rodzajów gwarancji państwowych. Główny temat pracy nie pozwala na umówienie innych typów gwarancji państwowych. Są one jednak ważną formą bezpośredniego udziału państwa obrocie gospodarczym.

Pojęcie gwarancji państwowej w ogóle, a gwarancji inwestycyjnej w szczególności, jest nad wyraz wieloznaczne. Nie wszystkie gwarancje państwowe bazują na konstrukcji kontraktu państwowego. Niezbędne będzie przeto omówienie poszczególnych typów gwarancji inwestycyjnych i próba uporządkowania tej problematyki.

Istotne jest oddzielenie tzw. **gwarancji międzynarodowych**[43] oraz gwarancji opartych na innym źródle niż umowa cywilnoprawna. Gwarancje udzielane w relacji państwo – państwo i państwo – organizacja międzynarodowa, chociaż funkcjonalnie zbieżne z gwarancjami państwowymi typu kontraktowego, a niejednokrotnie w zakresie treści analogiczne lub związane z gwarancjami kontraktowymi, podlegają prawu międzynarodowemu publicznemu, mając zazwyczaj formę umów międzynarodowych. Gwarancje te nie będą przedmiotem naszej analizy[44].

Podkreślić wszakże należy, że tendencja do internacjonalizacji stosunków ekonomicznych nie ominęła także gwarancji. Zwłaszcza w literaturze amerykańskiej forowano koncepcję udzielania gwarancji międzynarodowych dla ponadnarodowych korporacji. Sugerowano wręcz udzielanie wielostronnych gwarancji międzynarodowych poszczególnym firmom prywatnym. Wiąże się z tymi tendencjami instytucja tzw. **międzynarodowych kodeksów inwestycyjnych**, określających w sposób wiążący warunki inwestowania prywatnych podmiotów gospodarczych poza granicami swych krajów. Tego rodzaju gwarancje, mimo że charakterystycz-

[43] Próbę definicji „gwarancji międzynarodowej" daje **J. Makowski** (*Prawo międzynarodowe, organa państwa w stosunkach międzynarodowych, zjazdy międzynarodowe, umowa międzynarodowa*, Warszawa 1957, s. 196): „Poręczenie lub gwarancja państw trzecich to zobowiązanie się jednego lub kilku państw do zapewnienia, przy pomocy środków będących w ich rozporządzeniu, wykonania całkowitego lub częściowego umowy, zawartej przez inne państwa lub zapewnienia utrzymania pewnego stanu faktycznego lub tego, że pewne świadczenia lub czynności będą wykonywane lub zaniechane". Podkreśla przy tym znaczenie różnych form gwarancji międzynarodowych. **E. J. M. Wells** (*Guarantees in International Economic Law*, ICLQ 1965, vol. 4, s. 426-444) dokonuje próby ich klasyfikacji: 1) gwarancja państwa trzeciego (stosowana przy pożyczkach i umowach kredytowych, udzielana przez jedno lub więcej państw; 2) uboczne gwarancje międzynarodowe różnych typów, np. prawnorzeczowe (hipoteki, zastawy, przewłaszczenia na zabezpieczenie) i bardzo specyficzne, jak np. przekazanie monopolu państwowego; 3) okupacja (zajęcie) o charakterze gwarancyjnym określonego terytorium; 4) gwarancje za pośrednictwem agencji kontrolnych (*control agencies*) – polegające na wprowadzeniu instytucjonalnej kontroli przez państwa wierzycielskie w stosunku do dłużnika, np. kontrola stosowana przez USA w niektórych krajach karaibskich, kontrolne agencje Ligi Narodów. Obecnie rodzajem takiej kontroli jest nadzór Międzynarodowego Funduszu Walutowego.

[44] Przyjęta konwencja podmiotowa niezbyt przystaje do praktyki, gdyż zwłaszcza gwarancje finansowe, wykazują wręcz nierozerwalny związek obu rodzajów gwarancji.

ne dla międzynarodowej działalności inwestycyjnej, nie są gwarancjami państwowymi *sensu stricto*. Teza jakoby kodeksy inwestycyjne, przyobleczone w formę wielostronnych konwencji międzynarodowych, stanowiły realną gwarancję dla prywatnych inwestorów, nigdy nie została w praktyce zweryfikowana w formie uniwersalnych rozwiązań legislacyjnych[45]. W literaturze także nie była ona w pełni akceptowana[46]. Większość propozycji konwencyjnych opierała się na dość ogólnikowych założeniach, podkreślając obowiązywanie zasady „*pacta sunt servanda*", reguły należytego odszkodowania za wywłaszczone mienie „*prompt, adequate and effective compensation*", neutralnego arbitrażu dla rozstrzygania sporów i innych nie zindywidualizowanych i mało konkretnych „gwarancjach".

Znacznie większego znaczenia praktycznego nabrały umowy dwustronne o wzajemnej ochronie inwestycji zagranicznych. Ostatnio Polska w coraz szerszym zakresie korzysta z tego typu gwarancji inwestycyjnych. Są to wszakże umowy międzynarodowe i jakkolwiek ich związek z kontraktami koncesyjnymi i innymi umowami inwestycyjnymi jest wyjątkowo ścisły, nie będziemy ich szczegółowo omawiać[47].

Z zakresu naszych zainteresowań należy ponadto wyłączyć gwarancje państwowe w rozumieniu *sensu largo*, polegające na generalnych deklaracjach zawartych w różnej rangi aktach legislacyjnych. Tradycyjnie przykładem tego rodzaju gwarancji ustawowej w naszym systemie prawnym było tzw. poręczenie przez państwo wkładów oszczędnościowych ludności. W Polsce gwarancja ta obowiązywała do początku 2000 r. W krajach zachodnich takie gwarancje państwowe wiążą się często z emisją obligacji pożyczek państwowych. Podobne bezumowne ogólne gwarancje stosowane są także w zakresie działalności inwestycyjnej, zarówno przez państwa eksportujące, jak i importujące kapitał. Są one elementem jednostronnych programów gwarantowania inwestycji zagranicznych,

---

[45] Zob. *Charter of International Trade Organization*, Havana 1948, rozdział III, (art. 8-15); por. **C.Wilcox**: *A Charter for World Trade*, New York 1949, s. 231-327, Economic Agreement of Bogota 1948, rozdz. IV (art. 22-27), ICC International Code of Fair Treatment for Foreign Investments (projekt z 1949 r.). Zob. **D. R. Mummeery**: *The Protection of International Investments*, New York 1968, s. 52, International Convention for Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries (projekt opracowany przez Society to Advance the Protection of Foreign Investments, Bergisch Gladbach 1959, s. 44-51); kolejny projekt konwencji opracowany został w 1958 r. przez International Association to the Promotion and Protection of Private Foreign Investments (APPI); projekt brytyjskiej grupy parlamentarnej – A World Investment Code?, London 1959, s. 5-21; prywatny projekt Absa i Shawcrossa z 1959 r. (zob. Draft Convention on Investment Abroad, „Journal of Public Law" 1960, vol. 9, s. 116-124). Wreszcie Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) sformułowała w 1962 r. Draft Convention on the Protection of Foreign Property (ILM 1963, vol. 2, s. 241-267), która z czasem przekształciła się w przyjęty w 1969 r. *Code of Liberalization of Capital Movements*.

[46] Por. **A. A. Fatouros**: *International Code to Protect Private Investments – Proposals and Perspectives*, „University of Toronto Law Journal" 1961, vol. 14, s. 202 –"większość z przedstawionych projektów ma typowo jednostronny charakter, przewiduje gwarancje dla inwestorów, nie dbając o zapewnienie minimum ochrony interesów państw importujących dobra inwestycyjne".

[47] Por. **M. H. Koziński**: *op. cit.*, s. 92-93.

uzupełniającym system gwarancji kontraktowych. Gwarancje ustawowe mają w założeniu stanowić magnes dla obcych inwestorów, stąd ich powszechność w prawie państw importujących kapitał inwestycyjny. Gwarancje tego typu mogą mieć różnorodną formę i treść, począwszy od inwestycyjnych gwarancji zawartych w aktach rangi konstytucyjnej[48] do gwarancji zawartych w aktach prawnych niższego rzędu[49]. Chociaż ten rodzaj gwarancji jest bardzo popularny i odgrywa istotną rolę w rozwoju inwestycji zagranicznych, nie będziemy się nimi zajmować, gdyż różnią się charakterem prawnym od interesującej nas grupy gwarancji państwowych.

Poza tym w licznych umowach międzypaństwowych strony często zawierają sformułowania następujące: „strony podejmą niezbędne środki dla zabezpieczenia dostaw", „przedsiębiorstwa stron będą zawierać kontrakty na dostawę towarów"[50]. Podobne zapewnienia spotykamy także w umowach międzynarodowych dotyczących inwestycji zagranicznych. Czy tego rodzaju zobowiązania stanowią gwarancje państwowe dla zainteresowanych uczestników obrotu? Niektórzy autorzy uważają, iż są to gwarancje państwowe[51]. Trafny jest wszakże pogląd przeciwny[52]. Jeśli bowiem pod pojęciem gwarancji rozumiemy to, że państwo jest gwarantem wykonania umów cywilnoprawnych, w sensie ponoszenia odpowiedzialności majątkowej za wszelkie niewykonanie tych umów, to zobowiązania państwa w umowach handlowych nie mogą być traktowane jako bezpośrednie gwarancje państwowe[53].

Należy także zwrócić uwagę na gwarancje państwowe typu kontraktowego udzielane w ramach indywidualnych programów wspierania inwestycji zagranicz-

---

[48] Por. np. art. 19 konstytucji Kenii z 1963 r., przewidujący należytą kompensatę dla obcych inwestorów w razie ich wywłaszczenia; art. 17, ust. 4 konstytucji Jugosławii, stanowiący, że „prawa cudzoziemca do środków zainwestowanych (...) nie mogą być ograniczone w drodze ustawy lub jakiegokolwiek innego aktu prawnego."

[49] Przykładowo, w Chinach zgodnie z ustawą o obcych inwestorach, państwo gwarantuje, że przez 10 lat nie wywłaszczy obcej firmy, w Indonezji obowiązuje tzw. próbna gwarancja, z tym że jej okres wynosi 20 lat, podobne gwarancje dla obcych inwestorów istnieją w Turcji (*Law on Expropriation or Confiskation Guarantees*, No 6791 z 1956 r.), w Grecji, Jugosławii. Por. **W. G. Friedmann, R. C. Pugh** (red.): *Legal Aspects of Foreign Investment*, Boston-Toronto 1959, s. 158, 273, 561, 696. Podobnymi gwarancjami posługują się również inne kraje: art. 23 kubańskiego dekretu z 1982 r. przewiduje, że „państwo gwarantuje zagranicznemu inwestorowi za pośrednictwem Narodowego Banku Kuby, swobodę transferu w walucie wymienialnej dywidend i zysków, zapłaty otrzymanej od partnera kubańskiego, w przypadku przeniesienia na niego całości lub części wkładu oraz przypadającego mu udziału w wyniku likwidacji wspólnego przedsiębiorstwa". Podobnie KRLD w ustawie z 1984 r. „zapewnia prawną ochronę zagranicznym inwestorom w odniesieniu do ich wkładów i dochodów". Także wietnamskie rozporządzenie z 1977 r. stanowi, że „rząd SRW gwarantuje ochronę zainwestowanego kapitału". Zob. bliżej **J. Rajski**: *Rozwój prawa dotyczącego zagranicznych inwestycji gospodarczych w państwach socjalistycznych*, PiP 1986, nr 3, s. 67-68.

[50] Por. **H. de Fiumel**: *Prawnomiędzynarodowa odpowiedzialność majątkowa państw*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1979, s. 61.

[51] Zob. **F. Madl**: *Foreign Trade Monopoly, Private International Law*, Budapest 1967, s. 46.

[52] **A. Wasilkowski**: *Zagadnienie odpowiedzialności majątkowej państwa za zobowiązania podejmowane w obrębie RWPG*, PiP 1971, nr 8-9, s. 282; zob. także **H. de Fiumel**: *op. cit.*, s. 62.

[53] *Ibidem*, s. 282.

nych w krajach eksportujących kapitał. Gwarancje tego rodzaju przybierają na ogół formę umowy zawieranej z prywatnym inwestorem przez wyspecjalizowane agencje w jego kraju macierzystym. Najlepiej chyba charakteryzuje te podmioty F. Eisemann nazywając je *„organismes étatiques ou para – étatiques"*[54]. Tego rodzaju gwarancje państwowe mają niewątpliwie charakter kontraktowy, występuje tu „strona państwowa", mamy też do czynienia z „bezpośrednią aktywnością państwa w obrocie gospodarczym", jednakże nie są to gwarancje inwestycyjne oparte na konstrukcji kontraktu państwowego, gdyż zawierane są z kontrahentem krajowym. W większości wypadków będą to umowy państwowe, chociaż ich związek z międzynarodowym obrotem inwestycyjnym jest bezpośredni.

Zatem w zakresie inwestycji międzynarodowych gwarancję państwową będzie stanowić wyłącznie kontrakt państwowy, o zindywidualizowanym charakterze. Naturalnie przyjęta konwencja nie neguje w niczym przydatności innych rodzajów gwarancji inwestycyjnych, jak również celowości łączenia różnych rodzajów gwarancji państwowych w skuteczny system stymulujący międzynarodową działalność inwestycyjną.

3.3.2. Kontraktowe państwowe gwarancje inwestycyjne

Gwarancje państwowe występują najczęściej w tych sferach działalności gospodarczej, w których innego rodzaju zabezpieczenie nie byłoby w pełni skuteczne. Państwo, udzielając gwarancji, angażuje nie tylko środki majątkowe, ale i swój autorytet. Tym samym gwarancja taka ma niejako podwójny charakter. Trafny jest również pogląd, że gwarancje państwowe w obrocie międzynarodowym są typowym przejawem interwencjonizmu państwowego (*active intervention*)[55].

Gwarancje typu *„state contract"* są udzielane zarówno przez państwa importujące, jak i eksportujące kapitał. Nieraz obie strony zainteresowane w przypływie kapitału udzielają gwarancji kontraktowych prywatnemu inwestorowi. Gwarancje państwowe zabezpieczają z reguły ryzyko polityczne przedsięwzięcia gospodarczego (*special politic risk guarantees*). Występują także tzw. gwarancje państwowe o rozszerzonym ryzyku[56], które obejmują nie tylko ryzyko polityczne, ale i handlowe.

Umowny charakter państwowych gwarancji inwestycyjnych potwierdza znaczna część doktryny[57]. Jeśli chodzi o naturę prawną tych umów, to poza tym, że są

[54] Por. **F. Eisemann**: *Arbitrage et garanties contractuelles (garanties de soumission, de bonne exécution et de remboursement)*, IV Congres International de l'Arbitrage, Moskwa 1972, s. 4.

[55] Zob. **C. McCormick-Crosswell**: *International Business Techniques. Legal, Finnancial Aspects*, New York 1963, s. 20-22; **K. Secomski**: *Polityka społeczno-gospodarcza, Zarys teorii* Warszawa 1977, s. 294. Zob. także **J. Bernard**: *Les warrants industriels*, Paris 1941, s. 8.

[56] **W. P. Mozolin**: *Prawo SSZA i ekspansija amerykańskich korporacji*, Moskwa 1974, s. 104.

[57] Zob. np. **P. C. Jessup**: *Transnational Law*, New Haven 1956, s. 64; **M. McDougal, H. D. Lasswell, J. C. Miller**: *Interpretation of Agreements and World Public Order*, New Haven, London 1967, s. 13 i nast.; **F**, s. 192 oraz tegoż: *The Quest for Legal Security of Foreign Investment*, „Rutgers Law Review" 1963, vol. 17, nr 2, s. 275.

kontraktami państwowymi, są to na ogół umowy poręczenia[58] lub umowy gwarancyjne[59].

Co do charakteru prawnego kontraktów państwowych, formułujących różne rodzaje gwarancji państwowych, panuje nie mniejsza kontaminacja pojęciowa niż w przypadku umów koncesyjnych. Zresztą zwraca się w literaturze uwagę na ścisłą więź i liczne podobieństwa tych obu rodzajów zobowiązań inwestycyjnych. A. Fatouros uważa, że „*concession agreements*" są aktami prawnymi pomiędzy państwem a osobą fizyczną lub prawną, udzielającymi podmiotowi indywidualnemu określonych praw i środków normalnie przynależnych i wykonywanych przez państwo, zaś „*guarantee contracts*" są instrumentami, za pomocą których państwo udziela inwestorowi, na określonych warunkach, konkretnych gwarancji i przywilejów[60].

Powiązanie obu typów umów inwestycyjnych można zilustrować przykładem. Gwarancja inwestycyjna tworzy niejako warunki do prowadzenia określonej działalności inwestycyjnej. Związana z odpowiednią koncesją gwarancja inwestycyjna udzielona przez rząd Indii firmie Standard-Vacuum Oil Company, budującej w tym kraju rafinerię, została sformułowana na podstawie konkretnej propozycji firmy zagranicznej, przyjętej *en bloc* przez państwo. Gwarancja dotyczyła wielu spraw, m.in. gwarancji nie wywłaszczania firmy przez co najmniej 25 lat, a w przypadku nacjonalizacji przyznania „*resonable compensation*", gwarancji podatkowych, zwolnień eksportowych i importowych, gwarancji przyznania odpowiednich terenów, dostaw wody, elektryczności, ułatwień transportowych. Jak widać, jest to umowa dotycząca głównie zobowiązań cywilnoprawnych, precyzująca zakres praw i obowiązków stron, przyjmująca sankcje cywilnoprawne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań przez stronę państwową. Gwarancja jest integralnie związana z całością stosunku koncesyjnego.

Podobnie jak w przypadku koncesji, gwarancje inwestycyjne, oparte na konstrukcji kontraktu państwowego, podlegają procesowi internacjonalizacji. Szczególnie w odniesieniu do tych państwowych gwarancji inwestycyjnych, które zabezpieczać mają przed nacjonalizacją i wywłaszczeniem mienia zagranicznych inwestorów, podkreśla się, że pogwałcenie zobowiązań kontraktowych winno być traktowane jako naruszenie norm prawa międzynarodowego.

W kontekście sygnalizowanego już problemu związku tzw. umów państwowych z międzynarodową działalnością inwestycyjną warto zwrócić uwagę na dość swobodną interpretację pojęcia „kontraktu międzynarodowego" w niektórych kra-

[58] **LB**, s. 115-117 i cytowana tam literatura.

[59] Bliżej na temat pojęcia umowy gwarancyjnej i zastosowania tej konstrukcji prawnej w międzynarodowym obrocie gospodarczym zob. **M. H. Koziński**: *Umowy gwarancyjne w międzynarodowym obrocie handlowym*, Gdańsk 1981; tegoż: *Gwarancja bankowa w międzynarodowym obrocie handlowym*, PPHZ, 1983, t. 7, s. 60 i nast.; tegoż: *Umowy gwarancyjne w morskim obrocie handlowym* [w:] Wybrane zagadnienia prawa morskiego, Gdańsk, Słupsk, Szczecin 1984, s. 19 i nast.; tegoż: *Gwarancje umowne w morskim obrocie handlowym*, PWN 1999, nr 7, s. 128 i nast.

[60] **F**, s. 124; **Z. A. Kronfol**: *op. cit.*, s. 43.

jach[61]. Otóż niejednokrotnie uznaje się, że międzynarodowy charakter mają na przykład gwarancje umowne pomiędzy podmiotami z jednego kraju, o ile dotyczą zobowiązań międzynarodowych, czy jeśli dług główny wynika z transakcji międzynarodowej, powiedzmy z umowy inwestycyjnej[62]. Mimo tego typu interpretacji i naturalnej więzi państwowych umów gwarancyjnych, choćby Eximbanku, OPIC, COFACE, L'Office National du Ducroire[63] z międzynarodowym obrotem inwestycyjnym, nie wydaje się właściwe zaliczenie tego typu gwarancji państwowych do kategorii kontraktów państwowych.

Gdy mowa o gwarancjach inwestycyjnych o charakterze umownym, należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden rodzaj umów. Są to gwarancje oparte na konstrukcji kontraktu państwowego i dotyczące inwestycji międzynarodowych, ale nie będące gwarancjami państwowymi. Chodzi o gwarancje w odwrotnej relacji podmiotowej, udzielane państwu przyjmującemu przez inwestora zagranicznego. Gwarancje te mają zwykle charakter poręczenia lub umowy gwarancyjnej[64]. Stosowane są także powszechnie różnego typu zabezpieczenia bankowe, w tym gwarancje bankowe „na pierwsze żądanie"[65]. Formą taką zdaje się być tzw. **gwarancja offsetowa**, o której będzie jeszcze mowa.

Szczególną formą gwarancji udzielanych państwu przez inwestorów obcych są gwarancje macierzystych firm za firmy filialne. Tego typu gwarancje, najczęściej w postaci tzw. *lettre de responsabilite*, winny być oceniane – o ile pozwala na to ich treść – jako umowy gwarancyjne. Trudno się bowiem zgodzić na to, by oceniać tego typu zobowiązania jako *„instruments juridiques sui generis nés de la practique commercialé"*, tym bardziej, że zasada odpowiedzialności macierzystych towarzystw za ich jednostki filialne jest utrwalona w obrocie międzynarodowym[66].

Próby klasyfikowania gwarancji inwestycyjnych są bardzo liczne, lecz podobnie jak to było z umowami inwestycyjnymi, podziały te niezbyt wiele wnoszą w sensie teoretycznym i na ogół nie oddają różnorodności zobowiązań gwarancyjnych.

Przykładowo W. P. Mozolin[67] dzieli gwarancje inwestycyjne na trzy typy:

---

[61] **D**, § 5 i cytowane tam orzecznictwo francuskie.

[62] Zob. orzeczenie z 14. 02. 1934 r. w sprawie Banque Hypothecaire Franco-Argentine *v.* Bonnaud und Reynaud, „Recueil Sirey" 1934, vol. 1. s. 297, zob. **D**, § . 5, s. 37 i nast.

[63] Por. **H. Buch**: *Le garantie e l'état et des établissements publics en Belgique* (w:) Recueil de la Societé Jean Bodin, vol. 30, Bruxelles 1969, s. 174; **P. F. Smets**: *La loi de garanaties des investissements belges á l'étranger*, „Revue de la Banque" 1971, nr 1, s. 45-58, nr 3, s. 218-224. Autorzy prezentują praktykę belgijską związaną przede wszystkim z działalnością l'Office National du Ducroire. Także umowy zawierane przez polską Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych (zob. **M. H. Koziński**: *op. cit.*, s. 249) nie są kontraktami państwowymi.

[64] **LB**, s. 117.

[65] **M. H. Koziński**: *Gwarancja bankowa...* s. 47 i nast. oraz cytowana tam literatura. Zob. także **G. Tracz**: *Umowa gwarancji ze szczególnym uwzględnieniem gwarancji bankowej*, Kraków 1998; **R. Zimmermann**: *Gwarancja bankowa*, Sopot 1999.

[66] Por. **LB**, s. 137.

[67] **W. P. Mozolin**: *op. cit.*, s. 81.

– gwarancje międzynarodowe;
– gwarancje udzielane przez państwa importujące kapitał;
– gwarancje udzielane przez państwa eksportujące kapitał.

Nieco odmiennie ujmuje tę kwestię A. Fatouros[68], wyróżniając:
– kodeksy inwestycyjne;
– dwustronne umowy inwestycyjne;
– gwarancje państwa importera;
– gwarancje państwa eksportera.

Jak widać, oba podziały są niekonsekwentne, gdyż łączą różne kryteria: źródło powstania gwarancji, podmiot udzielający, charakter prawny gwarancji.

Zupełnie z innego punktu widzenia ocenia gwarancje, na przykładzie gwarancji amerykańskich[69], C. McCormick-Crosswell[70]. Autorka przyjmuje kryterium przedmiotowe i wyróżnia trzy typy gwarancji:

– *Exchange and Convertiblity Guarantees* (gwarancje walutowe, polegające na zapewnieniu przez państwo, iż zainwestowane w danym kraju fundusze i zyski, które inwestor uzyska, otrzyma i będzie mógł wywieźć w walucie wymienialnej);

– *Expropriation Guarantees* (gwarancje antywywłaszczeniowe, polegające na zapewnieniu rządu amerykańskiego, że zwróci danej firmie zawartość kapitału zainwestowanego w obcym państwie, gdyby akty publicznoprawne tego państwa doprowadziły do utraty kapitału inwestycyjnego);

– *War Risk Guarantees* (gwarancje ryzyka wojennego – *„less due to war, revolution or insurrection"*).

Podobne podziały można mnożyć, zwłaszcza przy zastosowaniu kryterium przedmiotowego. Sądzić należy, że zaproponowane wyżej ustalenia co do form państwowych gwarancji inwestycyjnych, w zestawieniu z prostą formułą podziału umów inwestycyjnych na umowy będące kontraktami państwowymi i nie będące takimi kontraktami, dostatecznie identyfikują ten rodzaj bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

---

[68] **F**, s. 69 i nast.; tegoż: *Legal Security for Interntaional Investment* [w:] **W. G. Friedmann, R. G. Pugh**: *op. cit.*, s. 699 i nast.; analogicznie **Z. A. Kronfol**: *op. cit,*. s. 30 i nast.

[69] Poza Stanami Zjednoczonymi system gwarancji państwowych, inwestycyjnych i eksportowych rozwinięty jest w Wielkiej Brytani i RFN, Japonii, Francji, Belgii, we Włoszech, por. **J. Agad**: *Die Investitionsgarantien der USA, Japan und der Bundesrepublik Deutschland*, „Wirtschaft und Recht" 1967, vol. 19, s. 134 i nast.

[70] Por. **C. McCormick-Crosswell**: *op. cit.*, s. 28-34; **Yuan Li Wu**: *Government Guarantees and Private Foreign Investment*, „American Economic Review" 1950, vol. 40, s. 61-73. Ten ostatni eksponuje zwłaszcza gwarancje walutowe i nacjonalizacyjne. Gwarancje międzynarodowe klasyfikuje także **E. J. M. Wells**: *op. cit.*, s. 426-444.

3.4. INNE RODZAJE MIĘDZYNARODOWEJ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

3.4.1. Handel międzynarodowy

3.4.1.1. Uwagi ogólne

State trading jest szeroko rozpowszechnioną formą bezpośredniej aktywności gospodarczej państwa w obrocie międzynarodowym. Kontrakty państwowe są praktycznie wykorzystywane we wszystkich rodzajach wymiany międzynarodowej. Nie można ograniczać współczesnego *state trading* wyłącznie do sprzedaży[71]. Jak już wskazywano, praktyka obrotu wydatnie rozszerza obecnie pojęcie handlu międzynarodowego i ma to w pełni zastosowanie do handlu z udziałem państwa[72].

Tak więc w ramach *state trading* możemy spotkać się z umowami o dzieło, a także o świadczenie specjalistycznych usług oraz z umowami nienazwanymi o mieszanym charakterze, coraz bardziej typowych dla stosunków międzynarodowych o kompleksowym charakterze. Jeśli chodzi o treść tych kontraktów, to trzeba stwierdzić, że udział w nich strony państwowej nie powoduje na ogół większych modyfikacji, w zestawieniu z innymi tego typu kontraktami. Stosunkowo rzadko w tej grupie kontraktów państwowych obserwujemy proces „internacjonalizacji" stosunku obligacyjnego, zwykle zastosowanie ma prawo wewnętrzne stron kontraktu, wskazane odpowiednimi normami kolizyjnymi. Wybór prawa na ogół nie wykracza poza ogólnie przyjęty w obrocie handlowym standard. Nieco częściej występują klauzule o zrzeczeniu się immunitetu, klauzule arbitrażowe. Typowo handlowy charakter tych kontraktów powoduje, że są one z reguły traktowane tak jak inne kontrakty handlowe. Nie zdarza się także, by kwestionowano ich prywatnoprawny charakter[73]. W sumie można stwierdzić, że niezbyt docenia się w tej grupie umów specyfikę wynikającą z udziału państwa, jako strony kontraktu.

---

[71] Zob. **BR**, s. 27 – „state trading refers generally to the fact that government in engaging in purchasing and selling"; por. także **SU**, s. 316, nieco rozszerza to ujęcie **J. F. S. Fewcett**: Legal Aspects of State Trading, BYIL 1948, vol. 25, s. 34-35 – „state trading is purchase, or sale of goods for import or export, or supply of commercial services by the State".

[72] **SU**, s. 317, stwierdza, że „the trading of a State, normally includes the sale of goods, the export of objects and materials, the supply of services such as the carriage of commodities and passangers by air and sea"; wydaje się, że i to ujęcie jest obecnie zbyt wąskie, w literaturze ekonomicznej powstało nawet określenie „invisible commerce", które obejmuje m.in. usługi bankowe, ubezpieczenia, turystykę etc.

[73] Por. **H. J. Berman**: *Force Majeure and Denial of an Export Licence under Soviet Law*, „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 1959, vol. 24, s. 449 i nast.; **S. Pisar**: *The Comunist System of Foreign Trade Adjudication*, „Harvard Law Review" 1958/1959, vol. 72, s. 1433. Zob. także orzecz. Komisji Arbitrażu Handlu Zagranicznego ZSRR z 1958 r. w sprawie „Jordan Investment Ltd. *v.* Sojuznieftieksport. Na V międzynarodowym kongresie arbitrażowym w New Dheli, w 1975 r. przyjęto następującą formułę: „...jest celowe podkreślenie różnicy między umowami zawieranymi z zagranicznymi firmami prywatnymi z jednej strony przez sam rząd i z drugiej strony

Sądzić należy, że wspomniane utożsamienie kontraktów państwowych z kontraktami w handlu międzynarodowym nie jest w pełni uzasadnione. Zawsze bowiem udział państwa w kontrakcie stwarza potencjalnie te same zagrożenia, które analizowaliśmy na przykładzie innych rodzajów kontraktów państwowych. Z pewnością jednak handlowe kontrakty państwowe, są w znacznie mniejszym stopniu „spublicyzowane", zdecydowanie większa i na ogół nie kwestionowana jest w tym przypadku rola zwyczajów handlowych i uniwersalnych reguł obrotu cywilnoprawnego.

Podawanie licznych przykładów typowo handlowych kontraktów mijałoby się z celem. Jest to po prostu inna skala w porównaniu ze stosunkowo nielicznymi umowami koncesyjnymi, czy nawet zagranicznymi pożyczkami państwowymi. Warto natomiast zwrócić uwagę na pewne specjalne grupy tego typu transakcji.

3.4.1.2. Umowy wzajemnie uwarunkowane

Według Europejskiej Komisji Gospodarczej, umowy wzajemnie uwarunkowane można podzielić na operacje handlowe i umowy zawierane w ramach kooperacji przemysłowej[74].

Przykładem kooperacji może być kontrakt państwowy zawarty między byłym ZSRR a firmą Rhone-Poulenc w 1976 r. Firma francuska miała dostarczyć fabryki nawozów sztucznych, pestycydy oraz tworzywa sztuczne o wartości 60 mld franków, w zamian za radziecką ropę naftową, amoniaku oraz metanol. Podobny kontrakt zawarto z firmą Occidental Petroleum[75].

Transakcje towarowe na zasadach samospłaty inwestycji typu „*buy-back*" także często przybierają formę kontraktów państwowych, np. kontrakt między byłym ZSRR a firmami austriackimi z 1968 r., na mocy którego dostarczono do ZSRR rury o dużej średnicy, maszyny i urządzenia, a ZSRR w zamian zobowiązał się do dostawy gazu ziemnego. Podobny był układ w umowie między ZSRR a koncernem Shewron Corporation w kwestii wykorzystania pola naftowego „Tengiz" na Morzu Kaspijskim.

Nie znaczy to, że jedynie kraje o gospodarce uspołecznionej wykorzystywały tego typu transakcje, chociaż jest oczywiste, że dzięki omnipotencji państwa

---

poprzez jednostki państwowe, ostatni typ umów należy bowiem traktować jak umowę między osobami prywatnymi", por. **J. Jakubowski, M. Tomaszewski, A. Tynel, A. W. Wiśniewski**: *op. cit.*, s. 115. Umowy, w których uczestniczy bezpośrednio państwo, są zawsze traktowane w sposób szczególny, bywają nawet określane, jako rodzaj współczesnego „neoprotekcjonizmu" i „merkantylizmu", zob. **H.G. Johnson**: *Mercantilism: Past, Present and Future*, JWTL 1974, nr 1, s. 10-16.

[74] Pojęcie umów wzajemnie uwarunkowanych, w sensie technicznym, obejmuje zróżnicowane formy umów: *barter*, *counter-purchase*, *switches*, *buy-back*, *swap* etc. Zob. np. **A. Olejniczak**: *Treść umowy kontrzakupu w mniędzynarodowym obrocie handlowym*, RPEiS 1988, nr 1, s. 83 i nast.; **P. Asheghian, B. Ebrahimi**: *International Business*, New York 1990, s. 329 i nast.; **S. Włodyka**, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 339 i nast. Do kwestii tej wrócimy analizując umowę offsetową.

[75] Zob. Commision Économique pour l'Éurope (CEE): Trade (AC,18) R1, s. 10-11.

w gospodarce tych krajów, znacznie łatwiej było im zorganizować podobne przedsięwzięcia. Nie od rzeczy będzie wspomnieć, że przyczyną wykorzystywania tego rodzaju powiązań w stosunkach Wschód – Zachód było nie tylko zapotrzebowanie na nowe technologie, brak walut wymienialnych, ale i duże zaufanie, jakim cieszyły się przedsięwzięcia państwowe wśród zachodnich inwestorów prywatnych. Umowy barterowe, wiązane i inne są powszechnie stosowane także w handlu między innymi kontrahentami:

a) kraje rozwinięte – już w 1935 r. między firmą Czech Bata Company a rządem włoskim taką umowę zawarto na dostawę butów wojskowych[76]; z nowszych to rodzaj *gentelmens agreement* z 1976 r., między Szwajcarią a amerykańskimi dostawcami samolotów, umowa bardzo przypominająca offset, w której spłata miała nastąpić towarami szwajcarskimi;

b) kraje rozwijające się – na przykład Egipt sprzedawał ropę naftową za indyjskie wyroby przemysłu stalowego, a Wenezuela za rudę żelaza kupowała argentyńskie zboże;

c) kraje rozwinięte i rozwijające się – zgodnie z umową z 1982 r. dostawę dwóch satelitów komunikacyjnych, wyprodukowanych przez firmy francuskie, Brazylia miała spłacać kawą[77].

W transakcjach wzajemnie uwarunkowanych bierze udział także rząd Stanów Zjednoczonych. Przykładowo surowce rolne, jak: pszenica, ryż, kukurydza, tytoń, bawełna, są wymieniane za towary i usługi potrzebne amerykańskim siłom zbrojnym w bazach zagranicznych[78]. W wielu krajach powstały wyspecjalizowane instytucje zajmujące się popularyzacją obrotów kompensacyjnych, np. austriackie Evidenzbüro für Aussenhandelsgeschäfte czy francuskie Stowarzyszenie do spraw Kompensacji Wymiany Handlowej.

3.4.1.3. Międzynarodowy handel bronią

O specyfice międzynarodowego obrotu gospodarczego związanego z uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych była już mowa wyżej. Tradycyjnie typowym rodzajem *state trading* i sferą praktycznego wykorzystania kontraktów z udziałem państwa jest międzynarodowy handel bronią i materiałami niezbędnymi do produkcji zbrojeniowej. Transakcje tego rodzaju i związany z nimi system rozliczeń międzynarodowych są wyjątkowo trudne do oceny prawnej, albowiem ich specyficzną cechą jest poufność. Publikowane dane mają raczej charakter zbiorczy. Poza

[76] **M. S. Gordon**: *Bariers to World Trade*, New York - London 1983, s. 186.

[77] Zob. **K. Kielbartowski**: *Transakcje wzajemnie uwarunkowane*, HZ 1982, nr 1, s. 1.

[78] Por. **M. Korth**: *Barter: An Old Practice*, „Business" 1981, nr 9-10, s. 2. Na temat umów kompensacyjnych istnieje obszerna literatura zob. np.: **J. Rajski**:*Umowy kompensacyjne w międzynarodowym obrocie gospodarczym w świetle badań praktyki kontraktowej,* PPHZ 1989, vol.13, s. 9 i nast.; tegoż: *Cywilnoprawne problemy transakcji kompensacyjnych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, PiP 1985, nr 1, s. 30 i nast.; **A. Olejniczak**: *Transakcje kompensacyjne w handlu międzynarodowym, Studium cywilnoprawne*, Poznań 1994.

tym wiele uwarunkowań politycznych powoduje, że strona państwowa nadal korzysta w tym przypadku z różnych form „kamuflażu prawnego". Trudno wszakże nie zauważyć tej części handlu państwowego, gdyż roczne obroty są tu liczone w dziesiątkach miliardów dolarów. Według danych za 1999 r. do największych dostawców uzbrojenia zalicza się USA, Rosję i Niemcy. Jednostkowa wartość transakcji zbrojeniowych jest znacząca, np. warto odnotować, że Chiny w 1999 r. zakupiły w Rosji 60 samolotów SU-30 MKK. Łączna wartość tego kontraktu państwowego zawartego między rosyjską firmą „Rosvooruženije" a rządem chińskim przekracza 2 mld dolarów. Praktycznie większość krajów zajmuje się, mniej lub bardziej oficjalnie, tą działalnością[79].

Nie znaczy to, że wszystkie umowy związane ze sferą militarną są oparte na konstrukcji kontraktu państwowego. Mamy cały szereg umów o charakterze typowo międzynarodowym, np. w ramach sojuszów wojskowych. Wiele umów dostawy broni między państwami ma wprawdzie pewne cechy umów handlowych, cywilnoprawnych (sprzedaż, najem, darowizna), lecz w swej istocie są to porozumienia międzynarodowe, realizujące przede wszystkim określone cele polityczne, w znikomym zaś zakresie interesy ekonomiczne. Umowy tego typu określić można – za Grocjuszem – jako *„regis qua regis"*[80].

Dzisiaj, gdy działalność gospodarcza w sferze militarnej znacznie się skomercjalizowała, całkowicie przestarzałe wydają się dawne zapatrywania na temat działań władczych (*iure imperii*) i niewładczych (*iure gestionis*) państwa[81]. Ostatnio widzimy, że wyraźnie słabną motywacje ideologiczne w tym procederze[82]. Inaczej się obecnie podchodzi do kontraktów państwowych, których przedmiotem jest dostawa broni. Nie są to już operacje z pogranicza ideologii i polityki, lecz po prostu bardzo intratny interes. Na rynku międzynarodowym można sprzedać i ku-

---

[79] Według SIPRI największymi eksporterami broni w latach dziewięćdziesiątych były: ZSRR, USA, Francja, Chiny, Wielka Brytania, RFN, Holandia i Szwecja; największymi importerami: Indie, Irak, KRLD, Arabia Saudyjska, Japonia, Hiszpania, Syria, Turcja, Angola. Tradycyjnym producentom rośnie groźna konkurencja, gdyż produkcją nowoczesnej broni zajmują się coraz liczniejsze kraje, jak: Izrael, Brazylia, Afryka Południowa. W większości krajów firmy prywatne zajmujące się produkcją zbrojeniową należą do najlepiej prosperujących. Według przygotowanej przez SIPRI listy 100 największych producentów broni w 1998 r. przodują głównie firmy lotnicze (Lockheed-Martin, Boeing, Raytheon, British Aerospace, Northrop-Gruman) i firmy elektroniczne (Thomson, Litton, ITT Industries). Wśród firm amerykańskich, niemieckich i brytyjskich pojawiają się także producenci z innych krajów, np. Japonii, Indii, Singapuru, Izraela, Afryki Południowej. Szczególną reklamę producentom tworzą wojny lokalne, np. po wojnie argentyńsko-brytyjskiej napłynęło 2000 zamówień na pociski „Exocet" z 27 krajów, eksport izraelskiego samolotu bojowego w jednym roku wzrósł o 1600%.

[80] **MNL**, s. 24; **BR**, s. 28; **J. F. Lavile**: *L'immunité de jurisdiction des États et des organisations internationales*, RCADI 1953, vol. 84, s. 285.

[81] Por. sprawy: Rumunia *v.* Trutta z 1926 r. oraz Gugenheim *v.* Wietnam z 1955 r. Problem immunitetu obcego państwa w transakcjach związanych z obrotem bronią wymagałby osobnego omówienia.

[82] W okresie wojny iracko-irańskiej były ZSRR dostarczał około 47% irackiego uzbrojenia, podczas gdy ponad 50% broni irańskiej było pochodzenia chińskiego.

pić praktycznie każdy rodzaj broni. Firmy prywatne wręcz licytują się na specjalistycznych targach międzynarodowych. Rozwinięty system prywatnych pośredników powoduje, że transakcje z dostawcami oraz odbiorcami państwowymi stają się niemal anonimowe[83].

Specyficzną cechą tej grupy kontraktów państwowych jest działalność na pograniczu prawa lub wbrew prawu. Odnosi się to do samego kontraktu, który bywa sprzeczny z prawem międzynarodowym, zwłaszcza w okresie konfliktów zbrojnych, bądź z prawem wewnętrznym importera lub eksportera. Wyżej była mowa, jak ściśle reglamentowany jest międzynarodowy i wewnętrzny rynek broni i materiałów służących wyposażeniu sił zbrojnych. Między innymi dlatego coraz częściej próbuje się obchodzić zakazy i nakazy z tym związane. Z handlem bronią wiążą się głośne afery korupcyjne na szczytach władzy. Ostatnio np. w Austrii sprawa kontraktu państwowej firmy Noricum z Iranem na 300 mln dolarów i udział w tej sprawie ministra finansów F. Laciny. Poważne podejrzenia były związane z bardzo intratnym dla pośredników kontraktem państwowym na dostawę do Indii okrętów podwodnych z RFN. Kontrakt na dostawę dla armii indyjskiej haubic przez szwedzką firmę Bofors-Nobel za 1,3 mld dolarów istotnie wpłynął na upadek R. Gandhiego. Wstrząs na szczytach władzy byłego ZSRR wywołało wykrycie nielegalnego eksportu czołgów przez jedną ze spółek radzieckich. Nie trzeba przypominać znanych afer, jak uprowadzenie z RFN kanonierek do Izraela czy sprawa „Iran – Contras". Korupcja związana z zamówieniem włoskich śmigłowców była przyczyną upadku szefa NATO J. Lunsa. Także w naszym kraju głośne były sprawy związane z przemytem broni, np. „afera pistoletowa". Wszystko to stanowi wierzchołek góry lodowej. Konieczność mniej lub bardziej wyraźnej akceptacji przez państwo[84] tego typu kontraktów tworzy pole do nadużyć i nacisków zainteresowanych producentów i handlarzy bronią.

W przypadku handlu bronią z udziałem państwa i przy wykorzystaniu systemu prywatnych pośredników zazwyczaj mamy do czynienia z co najmniej dwoma kontraktami państwowymi. Umową między państwem lub firmą prywatną dostarczającymi broń a pośrednikiem, a także umową między tym pośrednikiem a państwem odbierającym broń. W przypadku nabywania broni bezpośrednio przez rząd od prywatnego producenta zagranicznego również występuje układ typowy dla kontraktu państwowego. Jeśli chodzi o treść tych umów, to są to zwykle umowy

[83] Zob. np. działalność International Armament Corporation (*Interarms*) założonej w 1953 r. Jedna z największych prywatnych firm handlu bronią kupuje nadwyżki broni lekkiej i ciężkiej oraz samolotów bojowych od armii państw NATO, a następnie sprzedaje tę broń innym państwom – kontrakty te „nie mogą szkodzić interesom USA".

[84] Zob. **W. Roberts**: *Private and Public International Law Aspects of Government Contracts*, „Military Law Review" 1967, vol. 37, s. 51-53. Autor analizuje m.in. działalność *Armed Services Board of Contracts*; w wielu krajach istnieją specjalne organy nadzorujące obrót uzbrojeniem np. we Francji CIEEMG (*Inter-ministerial Commission for Study of Export of War Materials*) w Kanadzie – DFAIT (*Departament of Foreign Affairs and International Trade*), w USA – ODTC (*Office of Defense Trade Control*).

sprzedaży, dostawy, rzadko zdarzają się inne typy umów[85]. Wyjątkiem w handlu bronią może być kontrakt Indii, którego przedmiotem było wynajęcie radzieckiego okrętu podwodnego o napędzie atomowym.

Militarne kontrakty państwowe, poza poufnością, cechują się:

– uproszczoną oraz odformalizowaną treścią kontraktów; fakt działania na pograniczu prawa oznacza przyjęcie odgórnego założenia, iż ewentualne spory z tego typu umów nie trafią do sądu ani do arbitrażu międzynarodowego[86];

– brakiem charakterystycznych dla innych kontraktów państwowych klauzul zmierzających do wyrównania pozycji stron;

– szczególnym eksponowaniem gwarancji zapłaty; w przypadku pośredników zwykle w grę wchodzi zapłata gotówkowa, z uwzględnieniem kosztów pośrednictwa, sięgających od 10 – 20% ceny transakcji;

– krótkoterminowością, najczęściej jednorazowym charakterem świadczenia;

– gospodarczym charakterem tych kontraktów ze znaczącym jednak oddziaływaniem państwa za pomocą instrumentów publicznoprawnych (np. kontrola kierunków eksportu lub importu broni, koncesjonowanie podmiotów gospodarczych zajmujących się handlem bronią, wprowadzanie do kontraktów klauzul zakazujących reeksportu i innych warunków), chyba że transakcja dokonywana jest całkowicie „poza kontrolą" władz kraju, na terytorium którego ma siedzibę producent lub eksporter broni.

Jak z tego widać, offset który nas szczególnie interesuje, jest tylko jednym z rodzajów umów dotyczących obrotu uzbrojeniem i środkami służącymi zaopatrzeniu sił zbrojnych. Nie jest to forma dominująca w handlu bronią. Wręcz można powiedzieć, iż skomplikowane relacje prawne wynikające z umowy offsetowej nie są typowe dla współczesnego handlu bronią. Wydaje się jednak, że coraz większa konkurencja na rynku uzbrojenia i konieczność oszczędności budżetowych spowodują, że offset będzie coraz częściej stosowany.

3.4.2. Działalność o szczególnie dużym stopniu ryzyka

Nową formą działalności z udziałem państwa stają się ostatnio przedsięwzięcia gospodarcze o szczególnie dużym stopniu ryzyka. Umowy między podmiotami z różnych państw dotyczą obecnie takich dziedzin gospodarki, w których drobna nieostrożność lub niedbalstwo mogą doprowadzić do katastrofy o trudnych do wyobrażenia skutkach. Odnosi się to m.in. do działalności człowieka na morzu: sto-

[85] Na uwagę zasługuje działalność byłego ZSRR, która polegała na zawieraniu kontraktów z firmami prywatnymi, przedmiotem których było zbywanie na złom starych okrętów wojennych np. zob. umowa z firmą norweską „Fram Shipping Bermudes".

[86] Zob. np. Hanukiew *v.* Minister Finansów Afganistanu; chodziło jednak w tym przypadku nie o samą dostawę broni, lecz o jej finansowanie, RCDIP 1934, s. 435, Aktiebolaget Bofors *v.* USA, zob. **D.** § 13, s. 32-33.

suje się energię jądrową do napędu statków i okrętów, bardzo duże jest ryzyko zanieczyszczenia środowiska morskiego spowodowane przewozami wielkich ładunków ropy naftowej i innych szkodliwych substancji chemicznych[87]. W rękach prywatnych znajdują się coraz potężniejsze środki, mogące potencjalnie stanowić społeczne zagrożenie[88].

Jest zrozumiałe, że tego rodzaju przedsięwzięcia wymagają nadzwyczajnych zabezpieczeń. Powoduje to szereg interwencji gwarancyjnych państwa. Zaznaczyć trzeba, że państwo staje się w tych przypadkach stroną umowy gwarancyjnej bardziej z konieczności niż z własnej inicjatywy.

Praktyka dostarcza przykładów tego typu gwarancji państwowych. Art. VII, ust. 12 konwencji brukselskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane zanieczyszczeniem olejami z 1992 r. (CLC 92) przewiduje, gwarancję państwa za ewentualne szkody olejowe spowodowane przez statki państwowe. Rola państwa i jego cywilnoprawna odpowiedzialność, w tym także kontraktowa, w zakresie ochrony środowiska morskiego jest coraz bardziej znacząca[89]. Konwencja brukselska z 1962 r. o odpowiedzialności cywilnej osób eksploatujących statki o napędzie jądrowym również przewiduje gwarancje państwa[90].

Wydaje się, że działalność o dużym stopniu ryzyka na ogół jest pod kontrolą państwa. Jeżeli zatem dochodzi do zawierania umów związanych z tą działalnością, to bardzo często opierają się one na konstrukcji kontraktu państwowego[91].

---

[87] Głośnym echem odbiły się katastrofy morskie „Torrey Canyon", „Antonio Gramsci", „Amoco Cadiz", „Exxon Valdez", „Braer". Zob. także **M. H. Koziński**: *Problemy odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane zanieczyszczeniem morza innymi substancjami niż ropa naftowa*, TGM 1976, nr 10, s. 599 i nast.; tegoż: *Odpowiedzialność za szkodę spowodowaną zanieczyszczeniem morza*, PM 1999, vol. XII, s. 49 i nast.

[88] Przykładem może być katastrofa ekologiczna związana z kontraktem koncesyjnym amerykańskiej firmy Union Carbide, w indyjskim Bophalu.

[89] Zob. Konwencję brukselską dotyczącą interwencji na morzu pełnym w razie zanieczyszczenia olejami z 1969 r. Państwa uczestniczą bezpośrednio w procesach przeciwko armatorom zbiornikowców, np. rząd Francji przeciwko armatorom „Amoco Cadiz", są także beneficjentami ubezpieczeniowych świadczeń kompensacyjnych od funduszów takich, jak TOVALOP, CRISTAL.

[90] Konwencja nie weszła w życie. Por. **S. Matysik**: *Prawo morskie, Zarys systemu*, t. I, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1971, s. 267. Także polskie prawo atomowe przewiduje gwarancje państwowe. W pracach nad innymi konwencjami atomowymi podnoszona jest kwestia odpowiedzialności państwa. Zob. **J. Łopuski**: *Liability for nuclear damage an international perspective*, Warszawa 1993, s. 54 i nast.

[91] Zob. np. Iran *v.* Sociétés EURODIF i SODITIF, „Revue de l'Arbitrage" 1982, s. 204; sprawa dotyczyła kontraktu państwowego, związanego z rozwojem irańskiej energetyki jądrowej. Zob. także sprawę Eldow International Company *v.* Elektrownia Nuklearna Krsko (Jugosławia); chodziło o dostawy przez firmę prywatną z Bermudów dla elektrowni jugosłowiańskiej. W orzeczeniu sąd podkreślił, że jakkolwiek mamy tu do czynienia z odrębnym przedsiębiorstwem, to jest ono w pełni kontrolowane przez państwo, por. **D**, § 11, s. 14.

3.4.3. Państwowe kontrakty założycielskie

Przykładem kontraktu państwowego z udziałem podmiotów prawa międzynarodowego i podmiotów prywatnoprawnych może być umowa z 1976 r. o Międzynarodowej Organizacji Morskiej Łączności Satelitarnej (INMARSAT). W umowie tej uczestniczą nie tylko państwa, lecz także bezpośrednio zainteresowane podmioty gospodarcze[92].

Wspomniany rodzaj porozumienia sygnalizuje zjawisko, które wymagałoby odrębnych badań, chodzi o umowy założycielskie, w których uczestniczy państwo wraz z podmiotami niepaństwowymi. Powstają w ten sposób różne organizacje gospodarcze, spółki międzynarodowe, ponadnarodowe korporacje ze znacznym udziałem kapitału państwowego, np. posiadajacych rezerwy finansowe krajów arabskich. Wydaje się, że wspomniane umowy mają szereg cech kontraktów państwowych o wielostronnym charakterze.

3.4.4. Gospodarcze wykorzystywanie techniki kosmicznej

Jeśli chodzi o inne rodzaje umów gospodarczych w obrocie międzynarodowym, w których może być wykorzystana konstrukcja kontraktu państwowego, to ogólnie wskazać należy wszystkie te nowe techniki i technologie, przy których opracowaniu i stosowaniu zaangażowane jest państwo. W Polsce powołano w 1996 r. specjalną instytucję państwową – Agencję Techniki i Technologii[93]. Wskazano wyżej na nierozdzielność technologii jądrowej i interwencji państwa. Także państwowe kontrakty kosmiczne są już dzisiaj rzeczywistością. Są to także m.in. umowy związane z łącznością i telewizją satelitarną. Dzięki technice wahadłowców coraz bliższa jest komercjalizacja transportu kosmicznego. Propozycje zawierania umów w zakresie wynoszenia obiektów kosmicznych, a nawet kosmonautów w przestrzeń kosmiczną, przez państwa dysponujące odpowiednimi środkami technicznymi, stały się faktem.

Jednym z najczęściej wykorzystywanych komercyjnie elementów techniki kosmicznej staje się nawigacja satelitarna. Toczą się obecnie ożywione dyskusje na temat charakteru prawnego relacji, jakie zachodzą pomiędzy państwowymi właścicielami systemów nawigacji satelitarnej a ich prywatnymi użytkownikami[94]. Trudno przecenić rolę państwa w tym zakresie. Rozważania prawników dotyczą jednak przede wszystkim ewentualnej odpowiedzialności za szkody spowodowane awa-

[92] Zob. **A. Kołodkin, J. Kozłow**: *SSSR i Mieżdunarodnaja Organizacja Morskoj Sputnikowoj Swiazji (INMARSAT)*, „Sovetskoje Gosudarstwo i Prawo" 1977, nr 8, s. 99-107.

[93] *Dz. U. Nr 74, poz. 352.*

[94] Por. **G. E. Michael**: *Legal Issues Including Liability in Conjunction with the Acquisition, Use and Failure of GNSS*, materiały z sympozjum w Tuluzie (20-23.10.1998) – Global Nawigation System GNSS – 98.

riami systemu. Istnieją poważne wątpliwości co do skuteczności jakiejkolwiek odpowiedzialności deliktowej państwa w tym przypadku. Wprawdzie Stany Zjednoczone zgodnie z *Federal Tort Claims Act* (FTCA) zrzekają się immunitetu w stosunku do roszczeń majątkowych związanych z zawinionymi działaniami pracowników państwowych, ale nie dotyczy to roszczeń powstałych na terytorium innych państw i udowodnienie winy państwu nie jest sprawą łatwą. Należałoby raczej stworzyć odpowiednią międzynarodową organizację gospodarczą zajmującą się eksploatacją systemów nawigacji satelitarnej, która zawierałaby umowy, mogłaby ubezpieczyć swoją ewentualną odpowiedzialność cywilną.

3.4.5. Umowy o pomocy technicznej

Na zakończenie tego obszernego przeglądu, należy wspomnieć o ogólniejszej kategorii zobowiązań międzynarodowych, którą można by określić, jako umowy rozwoju ekonomicznego *stricto sensu*. Chodzi o umowy stanowiące element nowego międzynarodowego ładu gospodarczego, umowy o pomocy technicznej, transferze technologii, których celem jest przede wszystkim wyrównywanie zapóźnień rozwojowych niektórych państw. Tego typu umów bez udziału państwa nie można sobie w ogóle wyobrazić. Już dzisiaj w ramach programów wewnętrznych niektórych krajów rozwiniętych oraz programów międzynarodowych, zawierane są umowy np. między prywatnymi podmiotami – korzystającymi ze wsparcia i preferencji rządowych – z krajów wysoko rozwiniętych, a rządami krajów rozwijających się. W sensie cywilistycznym są to transakcje bardzo różne od sprzedaży, budowy kompletnych obiektów przemysłowych, poprzez umowy obsługi technicznej, aż do licencyjnych i *know-how*[95]. Szczególna dogodność warunków tych kontraktów, ich rozwojowy charakter, skłaniają do wniosku, że nie są to zwykłe umowy gospodarcze, zakładające maksymalizację zysku.

Spektakularnym przejawem zupełnego lekceważenia wszelkich tradycyjnych układów podmiotowych ustalonych w obrocie międzynarodowym, może być określenie „strony" umowy transferu technologii, zawarte w *International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, opracowanym z inicjatywy UNCTAD w 1983 r.:

„Party means any person, either natural or juridical, of public or private law, either individual or collective, such as corporations, companies, firms, partnerships and other associatons or any combination there of, whether created, owned or controlled by States, Government agencies, juridical persons, or individuals, whe-

[95] Zob. np. kontrakt z 21.12.1967 r. między PETRAMIN i ANIC oraz Arabią Saudyjską, wzorcową umowę o pomocy technicznej między Petrolero Brasilero oraz Offshore Exploration, kontrakt z 23.03.1980 r. między Enterprise Tunisiene de Activités Petroliérs i firmami prywatnymi. Na temat prawnomiędzynarodowych uwarunkowań umów pomocy technicznej, zob. **J. Śladkowski**: *Pomoc i współpraca techniczna w systemie Narodów Zjednoczonych*, Wrocław 1975.

rever they poerate, as well as States, Government agencies and international regional and subregional organizations, when they engage in en international transfer of technology transaction, which is usually considered to by of a commercial nature[96]*."*

Cechą typową tych umów jest także powiązanie ich z umowami międzynarodowymi o współpracy i pomocy. Poza tym charakteryzują się one znacznie większym stopniem nacjonalizacji prawnej, polegającej na ścisłym powiązaniu z konkretnym krajowym systemem prawnym, zazwyczaj z prawem strony państwowej kontraktu. Tendencja ta jest zauważalna nawet wśród krajów słabo rozwiniętych, które chcą określać zasady udzielanej im pomocy technicznej. Tendencja ta, nawiązująca wyraźnie do początkowego okresu rozwoju kontraktów państwowych, jest wynikiem, z jednej strony, stosunkowo ograniczonych efektów internacjonalizacji tych kontraktów, z drugiej – postępującego procesu emancypacji politycznej krajów rozwijających się.

3.5. PRÓBA PODSUMOWANIA

Przedstawione w tej części opracowania rozważania na temat bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym bez wątpienia nie wyczerpują tej tematyki. Świadomie przedstawiono najbardziej znane rodzaje powiązań umownych, ale również rozwiązania mniej lub w ogóle nieznane: od standardowych koncesji do gwarancji olejowych, kontraktów atomowych i kosmicznych, od gwarancji państwowych po umowy transferu technologii.

Przede wszystkim chodziło o zilustrowanie skali, rangi i możliwości tej znaczącej grupy zobowiązań międzynarodowych, typowych dla aktywności państwa w obrocie międzynarodowym. Jednocześnie wykazaliśmy, że zazwyczaj udział państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym przybiera formę kontraktu państwowego. Różnorodność materii objętej kontraktami państwowymi wskazuje dobitnie na uniwersalność tej instytucji prawnej. Wykazaliśmy, że kontrakty państwowe występują niemal we wszystkich sferach międzynarodowej działalności gospodarczej, stanowiąc dowód na to, że bezpośrednia aktywność gospodarcza państwa jest trwałym elementem obrotu, wykazującym tendencje rozwojowe. Państwo zainteresowane jest najbardziej dynamicznymi rodzajami wymiany międzynarodowej. Widzimy to choćby na przykładzie inwestycji, w tym odkrywaniu nowych przestrzeni eksploracji. Państwo jest niezastąpione jako gwarant – tam gdzie ryzyko działalności jest szczególnie duże.

[96] Zob. UNCTAD, TD/Code TOT, 41, 1983, bliżej na temat umów transferu technologii w aspekcie regulacji wewnętrznych poszczególnych państw. Zob. także UNCTAD, TD/B/C.6/91, 1822, *Restructuring the Legal Environment: International Transfer of Technology.*

Wszelkie koncepcje o zmierzchu państwa, zaniku jego funkcji gospodarczych nie potwierdzają się w praktyce międzynarodowego obrotu gospodarczego. Natomiast nie ulega wątpliwości, że metody interwencji państwa ulegają stałym przemianom. Wydaje się, że przejawem tych zmian jest rozwój kontraktów i umów państwowych.

Próby określenia istoty prawnej niektórych z wyżej omówionych rodzajów kontraktów państwowych zapewne nie w pełni zadawalają, ale niezbicie wskazują na specyfikę tych umów, obrazują zjawisko, które można określić jako stały syndrom udziału państwa w kontrakcie z podmiotem prywatnoprawnym.

Zgromadzony materiał oraz szereg wniosków, które nasunęły się w trakcie jego analizy, nie stanowią jedynie standardowego wprowadzenia w problematykę udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Wskazują kluczowe kwestie wymagające pogłębienia i pozwalają na próbę określenia istoty prawnej kontraktu państwowego. Powyższe wywody także wyraźnie lokalizują umowę offsetową w praktyce obrotu gospodarczego. Postaramy się bowiem wykazać, że offset jest jedną z form udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Liczne, wieloletnie doświadczenia praktyki obrotu międzynarodowego, dotyczące w szczególności umów inwestycyjnych, powinny być wykorzystywane w polskiej praktyce w większym zakresie. Dlatego wiele z powyższych wniosków, związanych z omówionymi umowami z udziałem państwa, może mieć zastosowanie do umów offsetowych.

4. OFFSET W MIĘDZYNARODOWYM OBROCIE GOSPODARCZYM

4.1. GENEZA OFFSETU

Offset w znaczeniu prawnym i ekonomicznym oznacza złożone przedsięwzięcie gospodarcze, które zaliczyć należałoby do międzynarodowych transakcji wzajemnie uwarunkowanych z udziałem państwa. Głównym motywem do podejmowania tego rodzaju operacji jest chęć pozyskania dla potrzeb sił zbrojnych produkowanego za granicą, niezwykle kosztownego uzbrojenia i innego wyposażenia. Początkowo u podstaw transakcji offsetowych, jak zresztą wszystkich umów wzajemnie uwarunkowanych w handlu zagranicznym, leżał brak środków na niezbędne zakupy. Obecnie bez wątpienia jest to nadal czynnik ważny, ale przed offsetem stawia się dużo więcej istotnych celów. Oczywiste jest, że w tego typu operacji aktywny i bezpośredni udział bierze państwo. Ono bowiem odpowiada za obronność i w dużej mierze za związane z nią sektory gospodarki.

Offset jest zjawiskiem stosunkowo nowym i według J. Rajskiego[1] jego początków szukać należy w relacjach gospodarczych między USA i Kanadą; praktyka ta rozszerzyła się następnie na inne państwa NATO. Tego typu operację stosowano przy sprzedaży sprzętu wojskowego, zwłaszcza broni. Wiązało się to z tzw. koprodukcją różnych rodzajów broni i sprzętu wojskowego przez szereg państw. W tym systemie firmy z poszczególnych krajów produkowały określone elementy, części finalnego produktu, kupowanego następnie przez wszystkie państwa NATO. Powstawały wzajemne rozliczenia. Państwo, które wyprodukowało określone części, mogło sobie ich wartość potrącić przy zakupie danego rodzaju broni. Offset stanowił zatem rodzaj „handlu potrąceniowego". Forma tej swoistej kooperacji zachęcała także do standaryzacji broni. Z czasem regułą w handlu coraz droższą i bardziej skomplikowaną bronią stało się warunkowanie jej zakupu od zagranicznych dostawców zawarciem przez nich umów poddostawy, np. części zamiennych od krajowych producentów[2]. A. Szumański[3] określa to zjawisko, jako „wymuszoną kooperację".

---

[1] **J. Rajski**: *Rozwój umów kompensacyjnych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, „*Acta Universitatis Nicolai Copernici*", Prawo XXVIII, zeszyt 205, Toruń 1990, s. 232-233.

[2] **T. B. McVey**: *Countertrade: Commercial Practices. Legal Issuees and Policy Dilemma*, „Law and Policy in International Busines" 1984, nr 1, s. 12.

[3] **SZ**, s. 12.

Obecnie państwa importujące broń i wyposażenie wojskowe traktują operacje offsetowe, nie tylko jako formę handlu międzynarodowego, lecz starają się powiązać je w pewien system interwencji we własną gospodarkę. Niewątpliwie wymuszenie na zagranicznych dostawcach zawarcia określonych umów z krajowymi przedsiębiorcami, dokonania często poważnych i trwałych inwestycji, wprowadzenia nowych technologii pozwala pobudzić koniunkturę gospodarczą w państwach przyjmujących świadczenia offsetowe.

Należy podkreślić, że transakcje typu offsetowego nie muszą się wiązać wyłącznie z obrotem uzbrojeniem i wyposażeniem sił zbrojnych. Offset jest jednak instytucją typową wyłącznie dla międzynarodowego obrotu gospodarczego. Początki offsetu w Polsce związane są z umowami zawieranymi w latach osiemdziesiątych przez Polskie Linie Lotnicze LOT w związku z modernizacją polskiego lotnictwa cywilnego. Zakup samolotów ATR-72 był związany z kompensatą na rzecz polskiego przemysłu lotniczego. Przykładem pośredniego offsetu jest późniejsza produkcja drzwi do samolotów Boeing przez WSK Rzeszów[4].

Wydaje się, że instytucja offsetu jest istotnym instrumentem nie tylko w sferze gospodarki, ale i polityki. Mamy liczne przykłady „wspierania" nowymi technologiami wojskowymi konkretnych państw, w pewnym czasie i w określonej sytuacji politycznej. Widzimy także, że nie ma przypadkowości w doborze zagranicznych dostawców. Przy czym dla wyboru konkretnej oferty nie zawsze wystarczające są względy ekonomiczne. Tak jak powiedziano na wstępie tej pracy, w handlu bronią rola państwa jest nadal zasadnicza.

4.2. ZADANIA OFFSETU W POLSCE

Zmiany ostatniej dekady, które nastąpiły w Polsce, a zwłaszcza w naszej gospodarce, nie mogły ominąć sił zbrojnych i przemysłu obronnego. Radykalna modyfikacja orientacji politycznej spowodowała, iż większość polskich przedsiębiorstw zbrojeniowych, produkujących w dużej mierze dla zaopatrzenia armii państw dawnego Układu Warszawskiego i dla znacznie liczniejszej niż obecnie polskiej armii, stanęła przed widmem bankructwa.

Niezbędne wydaje się podjęcie pilnych i stanowczych kroków w celu restrukturyzacji polskiego przemysłu obronnego[5]. Chodzi nie tylko o utrzymanie tysięcy miejsc pracy[6], ale o bezpieczeństwo naszego kraju. Zapewne offset nie będzie je-

---

[4] Por. **R. Czerwiński**: *The history of „Offset" in Poland*, materiał internetowy z konferencji pod auspicjami NATO, NATO Academic Forum, 1999.

[5] Zob. ustawa z 7.10.1999 r. o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (*Dz. U. Nr 83, poz. 932*).

[6] **R. Czerwiński** (w cytowanym wyżej opracowaniu) umieścił zestawienie konsekwencji ekonomicznych związanych z transakcjami zbrojeniowymi bez offsetu i z offsetem. W wariancie z offsetem skutki dodatnie dotyczą: celów politycznych, militarnych, wzrostu gospodarczego, zatrudnienia. Offset, według niego, jest obojętny dla skutków inflacyjnych i dla deficytu budżetowego. Już w 1994 r. przyjęto w Polsce zasadę „***To the Polish military market througt or together with Polish defence and aviation industry***", którą można byłoby uznać także za motto niniejszego opracowania.

dynym instrumentem prawnym wspomagającym ten ważny proces, może mieć jednak znaczący wpływ na poprawę stanu wyposażenia polskiej armii i kondycji naszego przemysłu obronnego.

Rzeczpospolita Polska, jako członek NATO, musi dostosować jakość wyposażenia swoich sił zbrojnych do standardów obowiązujących w państwach członkowskich. Nasz kraj będzie w najbliższych latach dokonywał poważnych zakupów broni i wyposażenia wojskowego. Należy mieć nadzieję, że nie będzie to wyłącznie obciążenie dla budżetu, lecz ważny, korzystny impuls dla polskiej gospodarki.

4.3. CHARAKTER PRAWNY UMOWY OFFSETOWEJ

4.3.1. Zakres stosowania nowego rodzaju umowy

Umowę offsetową reguluje ustawa z 10.09.1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa[7]. Można powiedzieć, że tytuł tej ustawy jest dość niefortunny. Przede wszystkim wątpliwe jest zaliczenie umów offsetowych unormowanych w ustawie do umów kompensacyjnych. Do kwestii tej jeszcze wrócimy. Tłumaczy się użycie określenia „**umowa kompensacyjna**" zamiast określenia „umowa offsetowa" niechęcią do stosowania nazwy obcojęzycznej. Nie wydaje się to racjonalne, albowiem „kompensata", jest także słowem zapożyczonym. Poza tym umowa kompensacyjna jest określeniem o małej wartości systematyzującej, ponieważ stanowi określenie zbiorcze, obejmujące różne rodzaje nienazwanych umów obrotu międzynarodowego. Treść ustawy nie odpowiada tytułowi, bowiem dotyczy ona wyłącznie jednego rodzaju umowy – **umowy offsetowej**. Nie to jednak wydaje się najbardziej istotne w tytule ustawy. Chodzi o sformułowanie „o niektórych umowach...". Można z niego wnosić, że ustawodawca zakłada, iż mogą być zawierane także inne, niż unormowana w u.o., umowy kompensacyjne w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności. Zresztą w art. 2 u.o. mamy dwa wyjątki, kwotowy (5 mln EURO) i przedmiotowy (remonty i dostawa części zamiennych do uzbrojenia i sprzętu zakupionego przed dniem 23.10.1999 r.), wyłączające stosowanie offsetu, które zdają się to rozumowanie potwierdzać.

Cel ustawodawcy był zdecydowanie inny. Offset ma się stać regułą w dużych dostawach uzbrojenia lub sprzętu wojskowego dokonywanych przez zagranicznych dostawców na rzecz polskich sił zbrojnych. Chodzi o to, że zagraniczni dostawcy winni uczestniczyć w restrukturyzacji i rozwoju gospodarki polskiej.

Nawet bardzo korzystne warunki proponowanych, innych niż offset, form zbrojeniowych transakcji kompensacyjnych nie powinny skłaniać do odejścia od przyjętego w ustawie z 1999 r. systemu. W przeciwnym bowiem wypadku, nie-

[7] *Dz. U. Nr 80, poz. 903* (ustawa obowiązuje od 24.10.1999 r.)

rzadko dolegliwy dla obcego kontrahenta, sformalizowany i trudny offset stanie się martwą literą prawa. Jeśli zagraniczny partner będzie mógł – za zgodą polskiego państwa – obejść obowiązek podjęcia zobowiązania offsetowego, to instytucja ta nigdy nie spełni zakładanych celów. Wszelkie próby na przykład dzielenia umów dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego na umowy o wartości poniżej ustawowego minimum należałoby traktować jako sprzeczne z u.o. i stosować do nich sankcję z art. 58 k.c. Niewątpliwie ogranicza to możliwości naszego kraju w nabywaniu uzbrojenia i sprzętu wojskowego, ale za to dostawy będą nie tylko służyć armii, lecz całej gospodarce.

Zakres przedmiotowy ustawy obejmuje zasady zawierania oraz prawa i obowiązki stron umowy offsetowej, która jest zawierana w związku z umowami dostawy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uzbrojenia lub sprzętu wojskowego wyprodukowanego lub wytworzonego za granicą. Poza cytowanym art. 2 u.o. nie ma żadnych innych wyłączeń umów dostawy zagranicznego uzbrojenia, wręcz z definicji ustawowej (art. 3 pkt. 6) wynika, że przez „dostawę" rozumieć należy umowy sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how* i inne umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie usług, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy. Równie szeroko rozumie się w przepisach offsetowych określenie „uzbrojenie lub sprzęt wojskowy". Ustawodawca odsyła w tym zakresie do obowiązujących od dawna regulacji dotyczących obrotu tzw. towarami specjalnymi[8], o których była mowa na wstępie tego opracowania. Jest to norma zdecydowanie blankietowa, albowiem ustawa z 1993 r. zawiera delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw gospodarki, w porozumieniu z Ministrem Spraw Zagranicznych, do wydania zarządzenia zawierającego wykaz towarów i technologii objętych szczególną kontrolą, a tym samym objętych offsetem. Trudno uznać to rozwiązanie za właściwe. Po pierwsze w tak istotnych dla zagranicznych dostawców kwestiach nie powinno się stosować zarządzenia, które nie jest powszechnie obowiązującym źródłem prawa. Po drugie problematyczne jest, czy cele ustawy z 1993 r. są w pełni zgodne z założeniami ustawy offsetowej. Być może należałoby raczej odesłać do ustawy z 11.12.1997 r. o administrowaniu obrotem z zagranicą towarami i usługami oraz o obrocie specjalnym[9]. Wprawdzie ustawa ta także odsyła dalej do wspomnianej ustawy z 1993 r., ale dość dokładnie precyzuje pojęcie „obrotu specjalnego z zagranicą".

---

[8] Zob. ustawa z 2.12.1993 r. o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związki z porozumieniami i zobowiązaniami międzynarodowymi (*Dz. U. Nr 129, poz. 598* z późniejszymi zamianami).

[9] *Dz. U. Nr 157, poz. 1026.* Należy podkreślić, że w unormowaniu zakresu przedmiotowego offsetu niezwykle jaskrawo widać specyfikę udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. W gruncie rzeczy to „zainteresowane" naczelne organy administracji państwowej, które reprezentują stronę państwową w umowie offsetowej, decydują, czy określone towary specjalne będą objęte offsetem, czy nie. Rada Ministrów może wręcz wprowadzić, w drodze rozporządzenia, zakaz obrotu specjalnego z zagranicą lub jego ograniczenie, może także określić państwa, z którymi obrót specjalny jest zakazany.

Ważne w u.o. jest również to, że stworzenie legislacyjnej podstawy dla tych specyficznych kontraktów z udziałem państwa nie godzi w żadne nasze zobowiązania międzynarodowe. Swobodę w kształtowaniu norm dotyczących obronności daje prawo Unii Europejskiej. Szereg krajów NATO posiada zbliżone regulacje dotyczące offsetu, np. Belgia, Dania, Holandia, Hiszpania, Grecja, Norwegia, Turcja, Czechy.

4.3.2. Pojęcie umowy offsetowej

4.3.2.1. Definicja ustawowa

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. definiuje tę umowę następująco: to „**umowa zawarta pomiędzy Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą, określająca zakres i wartość zobowiązania offsetowego, które zagraniczny dostawca ma wykonać na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium państw obcych, wspólnie z polskim przedsiębiorcą**" (art. 3 pkt 1). Zobowiązanie offsetowe ma natomiast polegać na „**zobowiązaniu (bezpośrednim lub pośrednim) zagranicznego dostawcy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego do wniesienia wkładów do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej lub do zawarcia umowy poddostawy z polskim przedsiębiorcą**" (art. 3 pkt 2).

Z definicji powyższych wynika, że w prawie polskim nie stosuje się formuły tzw. **klauzul offsetowych**, wzbogacających umowy dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego. W u.o. przyjęto koncepcję dwóch powiązanych ze sobą umów: dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego i offsetowej. Tak więc umowa offsetowa jest zawsze odrębną umową.

Umowa offsetowa charakteryzuje się wyjątkowym, specyficznym rodzajem głównego świadczenia umownego, nazwanego „zobowiązaniem offsetowym". Świadczenie to nie jest jednorodne i może obejmować różne zobowiązania przede wszystkim zawarcia konkretnych umów, z określonymi kontrahentami, w wyznaczonym terminie i o określonej treści.

4.3.2.2. Podstawowe cechy

Z prawnego punktu widzenia umowa offsetowa należy do wyjątkowo interesujących konstrukcyjnie stosunków prawnych. Jest ona skomplikowana zarówno w aspekcie cywilnoprawnym, jak i publicznoprawnym. *Prima facie* o tej umowie można powiedzieć, że stanowi typowy przejaw „bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym". Do specyficznych cech tej umowy zaliczyć należy:

- określenie przez ustawę jej *essentialia negotii*, czyli stworzenie nowego rodzaju umowy nazwanej;
- ścisłą reglamentację podmiotową (określenie obu stron umowy);
- obligatoryjność umowy, „dostawca zagraniczny ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej na zasadach określonych w ustawie" (art. 4 ust. 1 u.o.);
- stałość stosunku offsetowego, „żadna ze stron nie może odstąpić od umowy offsetowej, ani jej wypowiedzieć" (art. 4 ust. 3 u.o.);
- terminowość umowy, „umowa nie może być zawarta na okres dłuższy niż 10 lat" (art. 12 ust. 1 u.o.);
- określenie formy pisemnej *ad solemnitatem* (art. 12 ust. 2 u.o.);
- zakaz wyboru prawa przez strony – „w zakresie nie objętym ustawą prawem właściwym dla umowy jest prawo polskie" (art. 18 u.o.);
- ustalenie minimalnej wartości świadczenia w kwocie 5 mln EURO.

Co do charakteru prawnego umowy offsetowej nie sposób podzielić poglądu A. Szumańskiego, że jest to „umowa prawa prywatnego", lecz zgodzić się należy z tym autorem, iż „nie można jej kwalifikować, jako umowy prawa publicznego, mimo że jedną ze stron umowy jest państwo, jako Skarb Państwa"[10].

Uznanie umowy offsetowej za zwykły kontrakt, czyli cywilnoprawną umowę o charakterze międzynarodowym, jest zbytnim uproszczeniem. Nie tylko aspekt podmiotowy odróżnia umowę offsetową od innych umów prawa cywilnego. Niewątpliwie o jej specyfice decyduje istotne ograniczenie zasady swobody umów, dominacja elementów publicznoprawnych, wręcz powiązanie treści umowy z decyzjami administracyjnymi. Zapewne dążenie do zachowania równorzędności strony państwowej i zagranicznego dostawcy, stosowanie w jak najszerszym zakresie, w ocenie praw i obowiązków stron, norm prawa cywilnego winno być główną wytyczną interpretacyjną omawianej grupy umów. Bez uwzględnienia jednak szeregu norm prawa publicznego nie sposób określić istoty prawnej instytucji offsetu.

Trzeba przypomnieć, że offset jest **instrumentem interwencjonizmu państwa** w obrocie gospodarczym, przeto umowa offsetowa nie może być oceniana wyłącznie z perspektywy praw i obowiązków majątkowych. Umowa ta realizuje cele ogólniejsze. Wynika to *expressis verbis* z art. 5 u.o., w którym mówi się, że jej zadaniem jest m.in.:

- rozwój polskiego przemysłowego potencjału obronnego, a także przemysłu lotniczego, elektronicznego oraz wdrażanie nowych technologii;
- otwarcie nowych rynków eksportowych dla wspomnianych gałęzi polskiego przemysłu lub zwiększenie jego dotychczasowych możliwości eksportowych;
- przekazanie Polsce nowych technologii oraz usprawnień organizacyjnych;
- rozwój prac naukowo-badawczych, rozwój polskich uczelni i jednostek badawczo-rozwojowych;

[10] **SZ**, s. 41.

– tworzenie nowych miejsc pracy w Polsce, w szczególności w regionach zagrożonych bezrobociem, w których znajdują się spółki przemysłowego potencjału obronnego.

Abstrahując od, chyba zbyt szeroko przez ustawodawcę ujętych, celów umów offsetowych nie ulega żadnej wątpliwości, iż nie są to cele charakterystyczne dla zobowiązań cywilnoprawnych. Jest oczywiste, iż umowy offsetowe stanowią klasyczny przykład realizacji przez państwo określonej polityki gospodarczej. Wprowadzając do polskiego systemu prawnego offset, trzeba zaakceptować związaną z bezpośrednim udziałem państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym specyficzną formę zobowiązania międzynarodowego, jaką jest kontrakt państwowy (*state contract*). Umowa offsetowa uznana zatem powinna być nie za zwykły kontrakt w międzynarodowym obrocie gospodarczym, lecz za rodzaj **kontraktu państwowego**.

Istotną cechą umowy offsetowej jest jej **administratywizacja**, przejawiająca się m.in. w: zatwierdzaniu warunków każdej umowy przez Radę Ministrów, stałym nadzorze ministra nad realizacją umowy, obowiązku składania przez zagranicznego dostawcę sprawozdań z realizacji umowy, sporządzaniu raportów przez Komitet do Spraw Umów Offsetowych etc.

Najważniejszą jednak cechą umowy offsetowej jest jej **akcesoryjność**[11]. Nie ma bowiem samodzielnych umów offsetowych: są one ściśle związane z innymi umowami. Umów tych może być cały szereg. Przede wszystkim w grę mogą wchodzić umowy „dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego", czyli umowy sprzedaży, dostawy, umowy licencyjne, *know-how* lub inne, których celem jest przeniesienie prawa lub świadczenie usług i których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy. Wydaje się, że umowy te mogą być zawierane bezpośrednio przez państwo z zagranicznym dostawcą. Takie umowy będą zatem również kontraktami państwowymi. Mogą to być jednak także umowy o zupełnie innym charakterze podmiotowym, bowiem stronami ich mogą być wyłącznie przedsiębiorcy (polscy i zagraniczni), np. firmy polskie pośredniczące w handlu bronią. Umowy takie to zwykłe kontrakty handlowe, przy czym w świetle ustawy z 1999 r. ich ważność zależy od zawarcia przez zagranicznego przedsiębiorcę umowy offsetowej z polskim Skarbem Państwa (art. 4). Osobną grupę stanowią tzw. **umowy wykonawcze do umowy offsetowej**, realizujące zobowiązanie offsetowe, zagranicznego dostawcy. Wszystkie one są zwykłymi kontraktami, albowiem u.o. wymaga, by były zawierane między zagranicznym dostawcą a polskim przedsiębiorcą, czyli „osobą fizyczną, osobą prawną oraz nie mającą osobowości prawnej spółką handlową, które zawodowo, we własnym imieniu podejmują i wykonują działalność gospodarczą i mają miejsce zamieszkania bądź siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a nie są osobami prawnymi zależnymi od przedsiębiorcy zagranicznego". Umowy te mogą być różnorodne. Przede wszystkim w grę wchodzą

[11] Zob. **SZ**, s. 46 i **MHO**, s. 3.

umowy poddostawy, czyli „umowy sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how* i inne umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie usług, zawarte pomiędzy zagranicznym dostawcą a polskim przedsiębiorcą, których przedmiot pozostaje w związku z przedmiotem umowy dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego".

Niezwykle specyficzną formą umów wykonawczych są tzw. **umowy założycielskie** spółek kapitałowych. Ustawodawca przewiduje, że zagraniczny dostawca może „wnieść wkłady do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej". Zdaniem A. Szumańskiego, w grę może wchodzić nawet jednoosobowa spółka z o.o., w której cały kapitał będzie należał do zagranicznego dostawcy, zaś wkłady do spółek mogą być także niepieniężne, np. w formie licencji, *know-how*[12]. Wydaje się, że zwłaszcza nowe technologie mogą być atrakcyjnym elementem zaobowiązań offsetowych. Warto odnotować jeszcze jedną możliwość. Skoro offset ma otwierać dla polskich przedsiębiorców nowe rynki eksportowe i może być realizowany także na terytorium państw obcych, to można sobie wyobrazić zobowiązania offsetowe dotyczące tworzenia spółek *joint venture* wspólnie z zagranicznymi dostawcami w innych krajach. Warto w tym miejscu przypomnieć powyższe uwagi na temat przedsięwzięć inwestycyjnych z udziałem państwa, w których umowy założycielskie stają się coraz częstsze.

Umowę offsetową można także uznać za rodzaj **umowy ramowej**[13], gdyż określone w niej prawa i obowiązki nie mogą być realizowane bez pomocy innych umów, o charakterze wykonawczym; ponadto treść zobowiązania offsetowego może ulec modyfikacji w trakcie wykonywania umowy, a poszczególne etapy realizacji tego zobowiązania są realizowane w odrębnie, co jest sukcesywnie potwierdzane. Zgodnie z art.15 ust.1 Minister Gospodarki po zasięgnięciu opinii Komitetu do Spraw Umów Offsetowych, zalicza wykonanie konkretnych zobowiązań offsetowych, niezwłocznie po ich wykonaniu w formie protokołów podpisanych przez stronę państwową i zagranicznego dostawcę. Ramowy charakter tej umowy potwierdza także ust. 2 cytowanego przepisu, który pozwala zaliczyć do zobowiązania offsetowego „stare" umowy wykonane przez dostawcę zagranicznego na terytorium RP w okresie do 12 miesięcy przed zawarciem umowy offsetowej. Z ramowym charakterem umowy wiąże się także to, iż w treści zobowiązania offsetowego nie muszą być precyzyjnie i ostatecznie określone rodzaje umów wykonawczych i ewentualni kontrahenci polscy tych umów. Taka możliwość tworzy z umowy offsetowej rodzaj **umowy ewoluującej**, której modyfikacja i uszczegółowienie jest możliwe już po jej zawarciu. Wydaje się jednak, że powyższa możliwość może być trudna do akceptacji przez stronę państwową, bowiem może uniemożliwić realizację wspomnianych wyżej gospodarczych celów offsetu.

---

[12] **SZ**, s. 51.

[13] Warto przypomnieć, że w literaturze podkreślano znaczenie elementów publicznoprawnych w ocenie ramowych stosunków prawnych. Por. **S. Włodyka**: *Porozumienia gospodarcze*, Warszawa 1978, s. 111; **Z. Radwański** [w:] *System prawa cywilnego*, t. III. *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 422.

Jak z tego wynika, na instytucję offsetu składa się **kompleks wielu umów**. A. Szumański nazywa tę strukturę „trójkątem kontraktowym" złożonym z umowy głównej (dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego), umowy offsetowej, umów wykonawczych do umowy offsetowej[14]. Trzeba się zgodzić z tą sugestią, z tym wszakże, że za podstawową umowę należałoby raczej uznać umowę offsetową. Bez niej bowiem nieważna jest umowa dostawy i naturalnie nie ma umów wykonawczych. Istota ekonomiczna i cele publicznoprawne tak charakterystyczne dla instytucji offsetu są także związane z umową offsetową. Stosunki prawne „w trójkącie" są dość częste w praktyce obrotu gospodarczego. Główną rolę wzbogacającą w ten sposób klasyczne umowy dwustronne spełnia instytucja umów gwarancyjnych, a także konstrukcja *pactum in favorem tertii*. Wydaje się, że analizując treść zobowiązania offsetowego, warto będzie do tych instytucji prawa cywilnego nawiązać.

Mając na uwadze elementy publicznoprawne offsetu i stosunkowo lakoniczną regulację ustawową, ryzykowna wydaje się próba oceny umowy offsetowej przy zastosowaniu typowych kryteriów cywilnoprawnych. Można jednak przyjąć, że umowa ta ma charakter zobowiązujący. Nie uwzględniając jej specyficznej funkcji w stosunku offsetowym i roli w niej strony państwowej, o czym dalej będzie mowa, świadczenie zagranicznego dostawcy wydaje się jednostronne. W umowie offsetowej w zasadzie nie występują świadczenia pieniężne. Umowa offsetowa nie jest umową wzajemną (synallagmatyczną). Ma ona nadto charakter konsensualny i kauzalny. Nie jest to umowa masowa i nie może mieć ona charakteru adhezyjnego. Jest to umowa formalna.

Rozwinięcia wymaga jeszcze jedna z wyżej wymienionych cech, ponieważ jest ona nietypowa dla stosunków cywilnoprawnych, a zwłaszcza wyjątkowo rzadko występuje w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Jak wspomniano, u.o. nakłada na zagranicznego dostawcę uzbrojenia i sprzętu wojskowego **obowiązek zawarcia umowy offsetowej**. W ustawie z 1999 r. widać, jak ustawodawca konsekwentnie eliminuje z transakcji offsetowej zasadę wolności umów. Nie tylko bowiem obligatoryjne jest zawarcie umowy offsetowej, ale nie wolno od niej odstąpić ani jej wypowiedzieć. Przy tym to ostatnie ograniczenie obejmuje także Skarb Państwa. Jak widać, u.o. eliminuje właściwie większość elementów zasady *freedom of contract*, gdyż poza tym co wyżej powiedziano, wyłączona jest swoboda wyboru kontrahenta umowy offsetowej, w dużej mierze ograniczona swoboda ukształtowania treści umów, a także wyłączona swoboda wyboru prawa właściwego i formy umowy.

[14] **SZ**, s. 28 i 50.

4.3.3. Aspekt podmiotowy umowy offsetowej

4.3.3.1. Strona państwowa

Całość niniejszych rozważań opiera się w gruncie rzeczy na aspekcie podmiotowym. Interesują nas bowiem formy bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Wiele miejsca przeto poświęcono charakterystyce „strony państwowej" *state contracts*. Umowy offsetowe z istoty swej zakładają nie tylko to, że ich stroną musi być państwo, ale nadto że drugą stroną musi być zagraniczny dostawca. Państwo w umowie offsetowej ma szeroką i jednoznaczną reprezentację. Stroną umowy jest Skarb Państwa (art. 3 pkt. 1 u.o), rozumiany jako szczególna osoba prawna (art. 33 k.c.). Skarb Państwa jest reprezentowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 7 ust. 3). Podkreślić należy, że zgodnie z art. 23 u.o. zawarcie każdej umowy offsetowej i stwierdzenie jej wykonania wymaga zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Minister Gospodarki ma także obowiązek przedkładania Radzie Ministrów rocznych sprawozdań z wykonania zobowiązań offsetowych. O nadzorze Rady Ministrów nad tymi umowami będzie jeszcze mowa. Zważywszy nadto na zadania i skład Komitetu do Spraw Umów Offsetowych, który analizując te umowy, „kieruje się względami bezpieczeństwa i obronności państwa" można jednoznacznie stwierdzić, że za zawarcie i kontrolę wykonania umów offsetowych ponosi pełną odpowiedzialność rząd. Trudno o bardziej oczywiste określenie „strony państwowej" w tego typu kontraktach.

4.3.3.2. Zagraniczny dostawca

O ile określenie strony państwowej w umowie offsetowej jest w prawie polskim jednoznaczne, o tyle pojęcie zagranicznego dostawcy może budzić wątpliwości. Powyższe uwagi na temat niepaństwowego kontrahenta strony państwowej uzmysłowiły fakt, iż nie zawsze jest możliwe uznanie określonego podmiotu za przedsiębiorcę. Zapewne nie ułatwi tego zadania stosowanie do oceny charakteru prawnego danego podmiotu jego prawa macierzystego, albowiem koncepcje „kupca", „przedsiębiorcy" są bardzo zróżnicowane. Ustawa z 19.11.1999 r. – Prawo działalności gospodarczej uznaje za przedsiębiorcę zagranicznego „osobę zagraniczną wykonującą działalność gospodarczą za granicą". W tym kontekście problematyczne jest uznanie przez u.o. za „zagranicznego dostawcę" także polskiego podmiotu gospodarczego, jeżeli jest on osobą zależną od przedsiębiorcy zagranicznego. Można zrozumieć motywy, które kierowały ustawodawcą, by tak rozszerzyć pojęcie zagranicznego dostawcy – chodziło zapewne o ułatwienie wykonywania zobowiązania offsetowego, za pośrednictwem spółek zakładanych przez zagranicznych kontrahentów na terytorium Polski. Wydaje się jednak, że „międzynaro-

dowość" takiego stosunku offsetowego staje się bardzo problematyczna. W istocie można mieć w tym przypadku wątpliwości, czy umowa offsetowa, w której uczestniczy Skarb Państwa i polski podmiot gospodarczy, to jeszcze offset, czy jest to kontrakt międzynarodowy, czy też rodzaj tzw. umowy państwowej.

4.3.3.3. Syndrom *state contract*

Niewątpliwie – z wyjątkiem sytuacji, o której wyżej wspomniano – do istoty umowy offsetowej należy układ podmiotowy nazwany w tym opracowaniu syndromem *state contract*. Można sądzić, że także sama treść umów offsetowych i szczególna rola, jaką pełni w tym kontrakcie państwo, potwierdzają ten wniosek.

Typowe dla kontraktu państwowego jest również to, że strona państwowa wyraźnie dominuje w określaniu treści umowy. Z jednej strony jest to ukształtowanie wzorca normatywnego tej umowy. Z drugiej pewna jednostronność w określaniu treści świadczenia zagranicznego dostawcy. Art. 6. u.o. wymaga, by „wartość umowy offsetowej zawartej z zagranicznym dostawcą nie była mniejsza od równowartości dostawy uzbrojenia". Pomijając tautologiczne sformułowanie tej normy, trzeba zauważyć, że państwo decyduje tu nie tylko o treści zobowiązania offsetowego, ale wpływa na treść pozornie objętej pełną autonomią stron umowy dostawy. Nadto strona państwowa wymaga, by bezpośrednie zobowiązanie offsetowe nie było niższe niż 50% wartości dostawy. Ponadto w trybie administracyjnym, rozporządzeniem Rady Ministrów, określa się szczegółowe zasady zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy na poczet wartości umowy offsetowej. Podobne przejawy szczególnej pozycji strony państwowej w tym kontrakcie można mnożyć.

4.3.3.4. Inne podmioty występujące w stosunku offsetowym

W art. 3 pkt. 4 u.o. definiuje się pojęcie polskiego przedsiębiorcy. Definicja odpowiada rozumieniu przedsiębiorcy utrwalonemu w polskim prawie gospodarczym, z wyłączeniem wszakże przedsiębiorców zależnych od zagranicznego dostawcy, o czym wyżej była mowa. Wydaje się, że zamiast tej definicji winno być w u.o. zastosowane odesłanie do p.d.g.

Ponieważ jeszcze do tego zagadnienia wrócimy, wspomnieć należy, iż u.o. w art. 3 pkt. 13 wspomina o *sit venia verbo* „uczestniku zbiorowym" stosunku offsetowego. Chodzi o polski „przemysłowy potencjał obronny", przez który ustawa rozumie „zasoby materialne i niematerialne istniejące w przemyśle Rzeczypospolitej Polskiej, zabezpieczające potrzeby obronne państwa, w tym potrzeby Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w uzbrojenie lub sprzęt wojskowy". Wspomniane określenie stanowi pewne *iuncitim* z ustawą z 10.09.1999 r. o wspieraniu

restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Podobnych „zbiorowych adresatów" unormowań offsetowych jest więcej, np. w art. 5 pkt.1 wymienia się „przemysł lotniczy i elektroniczny", a w pkt. 4 „polskie uczelnie i jednostki badawczo-rozwojowe". Wśród podmiotów gospodarczych z tych właśnie gałęzi polskiej gospodarki są potencjalni kontrahenci zagranicznych dostawców uzbrojenia i sprzętu wojskowego, czyli indywidualni beneficjenci offsetu.

Wreszcie z art.16 u.o. wynika, że w stosunku offsetowym może uczestniczyć bank, udzielający „gwarancji bankowej należytego wykonania zobowiązania offsetowego". Zważywszy na specyfikę zobowiązania offsetowego i wspomniane cechy syndromu *state contract,* można wątpić, czy istniejące warunki zwykłych bankowych gwarancji należytego wykonania zobowiązań będą w tym wypadku wystarczające.

4.3.4. Aspekt przedmiotowy umowy offsetowej

4.3.4.1. Zobowiązanie offsetowe

Elementem cytowanej wyżej definicji umowy offsetowej jest pojęcie **zobowiązania offsetowego**. Przypomnijmy, iż chodzi tu o wniesienie przez zagranicznego dostawcę wkładów do spółek kapitałowych lub zawarcie umów poddostawcy z polskim przedsiębiorcą. Z przepisów u.o. wynika, że ustawodawca wyróżnia dwa rodzaje zobowiązań offsetowych: bezpośrednie i pośrednie. Pierwsze musi spełniać kumulatywnie dwa warunki: wiązać się z umową dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego i jego beneficjentem zbiorowym musi być „przemysłowy potencjał obronny". Określić można ten typ zobowiązania, jako „offset *sensu stricto*". Ten typ offsetu służy niemal wyłącznie siłom zbrojnym i przemysłowi obronnemu RP. Drugi nie musi spełniać żadnego z powyższych warunków. Tak więc kontrahent zagraniczny może zawrzeć umowy np. z polskimi przedsiębiorstwami elektronicznymi nie związane z uzbrojeniem i wyposażeniem armii, dostarczyć zleceń na prace naukowo-badawcze polskim uczelniom wyższym i instytutom naukowym. Zakres tego offsetu *sensu largo* jest praktycznie nieograniczony. Można sądzić, że właśnie ta forma offsetu winna się najbardziej rozwinąć, gdyż z różnych powodów offset wyłącznie w sferze militarnej może być utrudniony[15].

[15] **SZ**, s. 63.

4.3.4.2. Wartość zobowiązania offsetowego i mnożniki offestowe

O wartości umowy offsetowej już wspomniano. Widać w jej określeniu wyraźnie akcesoryjność umowy offsetowej oraz jej ścisłą więź z umową dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego. **Wartość umowy offsetowej** musi być równowartością umowy dostawy, w tym wartość offsetu *sensu stricto* winna obejmować co najmniej połowę wartości umowy dostawy. Należy jednak odróżnić wartość łączną zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy, czyli wartość globalną zobowiązania określoną w umowie ze Skarbem Państwa, od wartości rzeczywistej świadczenia offsetowego. Różnica wynika ze stosowania **mnożników offsetowych**. Definicja mnożnika offsetowego zawarta jest w art. 3, pkt. 11. Jest to „określony liczbą współczynnik zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy na poczet wartości umowy offsetowej". Dodać by można zaliczania „rzeczywistych zobowiązań zagranicznego dostawcy". Innymi słowy, dostawca zagraniczny zawiera przykładowo umowę poddostawy z polskim przedsiębiorstwem przemysłu obronnego na kwotę 10 mln złotych. U.o. w art. 10 przewiduje możliwość zastosowania do niej mnożnika od 0,5 do 2,0. Konkretny mnożnik wynika z rozporządzenia Rady Ministrów[16]. Przyjmując zastosowanie mnożnika najwyższego, wspomniana umowa zostałaby zaliczona na poczet wartości zobowiązania offsetowego w kwocie 20 mln złotych. W innym zaś wypadku, gdyby chodziło o pośrednie zobowiązanie offsetowe, umowa o tej samej wartości mogłaby być zaliczona na poczet zobowiązania offsetowego przy zastosowaniu znacznie niższego mnożnika.

Instytucja mnożnika offsetowego wydaje się wyjątkowo ważna z punktu widzenia celów, jakie stawia się przed offsetem. Jest ona bowiem instrumentem interwencji państwa, pozwalającym realizować określoną politykę gospodarczą, nie tylko politykę zakupów uzbrojenia. Przy zastosowaniu określonych mnożników można stymulować rozwój pewnych działów gospodarki. Związanie wyjątkowo korzystnego mnożnika z konkretną branżą, czy nawet określonym przedsięwzięciem gospodarczym winno zapewnić im „zagraniczny zastrzyk kapitałowy".

[16] Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 1.08.2000 r. w sprawie szczegółowych zasad zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na poczet wartości umowy offsetowej i wielkości mnożników dla zobowiązań offsetowych bezpośredniej i pośrednich (*Dz.U. Nr 66, poz.792*). Do jednej umowy offsetowej stosuje się jeden mnożnik, chyba że charakter przedmiotu tej umowy pozwala na zastosowanie więcej niż jednego mnożnika, nie może to jednak prowadzić do kumulacyjnego ich stosowania. Zarówno przy offsecie bezpośrednim, jak i pośrednim mnożniki zestawiono w cztery grupy: inwestycje kapitałowe i transfer technologii, szkolenia, zwiększenie eksportu polskich towarów i usług oraz inne dziedziny. W każdej z grup występują poszczególne dziedziny działalności gospodarczej, dla których przewidziano widełkowe mnożniki. Przykładowo offset bezpośredni polegający na transferze technologii w odniesieniu do pojazdów bojowych: 0,5 – 2,0, morskich jednostek pływających: 1,0 – 2,0, offset pośredni polegający na marketingowym i promocyjnym wsparciu dla eksportu polskich wyrobów i usług: 0,5 – 1,8. Rozporządzenia wykonawcze do – przyjętej w trybie pilnym – u.o. zostały wydane z rocznym opóźnieniem; niezbyt pomyślnie rokuje to instytucji offsetu w naszym kraju.

Umożliwienie określania mnożników przez rząd pozwala na prowadzenie elastycznej polityki offsetowej. Może to być jednak dość ryzykowne dla zagranicznych dostawców.

Podkreślić należy, że świadczenie w umowie offsetowej – mimo wyeksponowania pojęcia wartości zobowiązania offsetowego – ma charakter niepieniężny. Wartość offsetu, nawet jeśli jest kwotowo określona w treści umowy, ma bowiem wyłącznie rozliczeniowy charakter.

4.3.4.3. Istota zobowiązania offsetowego

Nie ulega wątpliwości, że określenie w u.o. zobowiązania offsetowego jest specyficzne. W gruncie rzeczy polskie przepisy mówią wyłącznie o zobowiązaniu zagranicznego dostawcy, czyli o zobowiązaniu jednostronnym. Zastanowić się wypada, do czego zobowiązuje się zagraniczny dostawca w umowie offsetowej. Wydaje się, że jego zobowiązanie przypomina **umowę przedwstępną** (*pactum de contrahendo*), jeśli chodzi o formę świadczenia, albowiem przyrzeka on, że w określonej ścisłym terminem (harmonogram realizacji zobowiązania offsetowego) przyszłości zawrze określone umowy (wniesie wkłady kapitałowe, zawrze umowę z polskim przedsiębiorcą). Wydaje się, że przy offsecie, podobnie jak przy umowie przedwstępnej, można mówić o „umowie przyrzeczonej". U.o. nie mówi o stopniu konkretyzacji *essentialia negotii* umów przyrzeczonych, wymaga jedynie określenia ich łącznej wartości. Mogą jednak w treści zobowiązania offsetowego znaleźć się zobowiązania bardzo konkretne, określające dokładnie zarówno treść, jak i kontrahenta przyrzeczonej umowy. Jeśli treść zobowiązania offsetowego odpowiada dyspozycji art. 389 k.c., to należałoby te zobowiązania zagranicznego dostawcy traktować jako zobowiązanie z umowy przedwstępnej.

Czy przeto potencjalny polski kontrahent zagranicznego dostawcy może mieć bezpośrednie roszczenie do zagranicznego dostawcy o zawarcie umowy przyrzeczonej w umowie offsetowej? Pozytywna odpowiedź mogłaby stworzyć jeszcze jedną grupę podmiotów żywotnie zainteresowanych w offsecie, które mogłyby niezależnie od rządu, metodami cywilnoprawnymi „kontrolować" realizację zobowiązań offsetowych. Przypomnijmy to, co wyżej powiedziano o ścisłej więzi między umową offsetową, umową dostawy i umowami wykonawczymi, o owym „trójkącie kontraktowym". Sądzić można, że jedną z najistotniejszych cech umowy offsetowej jest to, że państwo działa w tym przypadku na korzyść własnych podmiotów gospodarczych. Innymi słowy, umowy offsetowe są **umowami *in favorem tertii***. Jeśli przeto zobowiązanie offsetowe wyczerpuje znamiona art. 389 i 393 k.c., to należy uznać, że „osoba trzecia" – w braku odmiennego postanowienia umowy – może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia[17].

[17] W nauce prawa cywilnego dopuszcza się możliwość łączenia konstrukcji *pactum de contrahendo* i *pactum in favorem tertii*. Por. **A. Kubas**: *Umowa na rzecz osoby trzeciej*, Warszawa-Kraków 1976, s. 57 i nast.; **Z. Radwański**, [w:] *op. cit.*, s. 410.

Nasuwa się kolejny problem, który może wywołać dyskusję. Czy istotnie umowa offsetowa ma jednostronnie zobowiązujący charakter? Czy tylko dostawca zagraniczny spełnia w tym stosunku prawnym swoje specyficzne świadczenie? Gdyby tak sądzić, to offset należałoby traktować jako formę darowizny, filantropii ze strony obcego kapitału. Przede wszystkim trudno tu mówić o formie darowizny, gdyż świadczenia zagranicznego dostawcy mają naturalnie swój ekwiwalent i to – naszym zdaniem – zarówno w samej umowie offsetowej, jak i w stosunkach prawnych z nią związanych. W zamian za zobowiązanie offsetowe państwo dopuszcza do zawarcia umowy dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego, umożliwia wejście zagranicznemu partnerowi na polski rynek, w dość hermetycznie na ogół strzeżonym segmencie. Podpisując umowę offsetową w imieniu Skarbu Państwa Minister Gospodarki przejmuje także pewną część ryzyka gospodarczego związanego z dostawą, produkcją, eksportem danego typu broni i sprzętu. Trudno sobie np. wyobrazić, by ten sam minister jedną ręką podpisywał umowę offsetową, w której zagraniczny dostawca zobowiązuje się udostępnić nam nowe rynki eksportowe na produkowaną wspólnie z polskimi przedsiębiorcami broń, a drugą formułował ograniczenia w obrocie specjalnym na tym kierunku eksportowym. Specyfika udziału państwa w kontrakcie offsetowym bardzo przypomina umowy inwestycyjne, a ściślej koncesyjne. Skoro państwo godzi się udostępnić obcemu kontrahentowi jakąś zastrzeżoną dziedzinę gospodarki, to zapewne nie będzie utrudniać mu prowadzenia tej działalności, naturalnie pod ścisłą kontrolą, lecz raczej będzie ją ułatwiać. Jak wymierna w sensie komercyjnym jest taka sytuacja, nie trzeba uzasadniać. Przy offsecie zainteresowanie państwa w sukcesie gospodarczym wspólnych przedsięwzięć jest tym większe, im więcej celów gospodarczych zamierza ono dzięki tej instytucji osiągnąć.

Jeśli chodzi o umowy założycielskie, umowy z podwykonawcami i umowy dostawy, to bez wątpienia mają one charakter odpłatny i wzajemny. Nie ma tu świadczeń nieekwiwalentnych. W odróżnieniu od offsetu w tych umowach mamy do czynienia nie z przeliczeniowymi wartościami pieniężnymi, lecz z realnymi przepływami finansowymi.

Jeszcze jeden aspekt prawny umowy offsetowej wymagałby rozważenia. Chodzi o to, na ile państwo, tworząc przy pomocy offsetu sprzyjające warunki konkretnym krajowym podmiotom gospodarczym, w stosunku do nich ponosi odpowiedzialność za ewentualne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania offsetowego. Dość często wobec polskich podmiotów gospodarczych używa się określenia beneficjenci offsetu. Ponownie nawiązać wypada do stosunków „w trójkącie". Niewątpliwie Minister Gospodarki mógłby, niejako zachęcając polskie firmy do udziału w offsecie, zawrzeć z nimi umowy gwarancyjne, w których zobowiązywałby się do tego, że zagraniczny dostawca zawrze z nimi określone umowy lub spełni na ich rzecz określone świadczenia (art. 391 k.c.). Z u.o. jednak taki obowiązek nie wynika, co jest tym dziwniejsze, że strona państwowa w umowie offsetowej dobrze zabezpiecza swoje interesy. Mianowicie umowa offsetowa

musi zawierać postanowienia o odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań offsetowych, w tym kary umowne.

Nasuwa się w tym miejscu jeszcze jedna ważna kwestia. Chodzi mianowicie o przekształcenie swoiście rozumianego świadczenia niepieniężnego zagranicznego dostawcy w świadczenie pieniężne. W świetle naszego prawa może to mieć miejsce jedynie w sytuacji wykonania zastępczego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Wydaje się, że omówione już cechy umowy offsetowej, w tym syndrom *state contract*, mogą stworzyć poważne trudności w przypadku dochodzenia od zagranicznego dostawcy odszkodowania na zasadach ogólnych. Wątpliwe jest, czy stosując do kontraktu offsetowego zasady polskiego prawa cywilnego, odnoszące się do odpowiedzialności *ex contractu* lub *ex delicto*, łatwo byłoby Skarbowi Państwa wykazać szkodę, w rozumieniu konkretnego uszczerbku majątkowego, a zwłaszcza wykazać związek przyczynowy pomiędzy brakiem świadczenia zagranicznego dostawcy, a szkodą w polskim potencjale obronnym.

Dlatego – sądzić należy, że – w umowach offsetowych trzeba raczej stosować **odpowiedzialność typu gwarancyjnego**. Dużą rolę winny odgrywać związane z offsetem umowy gwarancyjne, zwłaszcza gwarancje bankowe. Mając na uwadze obiektywny charakter kar umownych, warto byłoby tę instytucję stawiać przed odpowiedzialnością na zasadach ogólnych, formułując nawet kary umowne o charakterze wyłącznym.

Wydaje się, że w tym kierunku idą regulacje art. 19 u.o. Przepis ten przewiduje, że umowa offsetowa może wygasnąć także w wypadku, gdy zagraniczny dostawca zapłaci na rzecz Skarbu Państwa „odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego". Odszkodowanie to nie może być niższe niż równowartość nie wykonanej lub nienależycie wykonanej umowy offsetowej. Jest to rodzaj zobowiązania gwarancyjnego, albowiem na pewno powyższe „odszkodowanie" nie podlega ogólnym regułom odpowiedzialności *ex contractu*. W tym przypadku ustawodawca *ex lege* określił przesłanki i wysokość odszkodowania.

Reasumując, należy stwierdzić, że zobowiązanie offsetowe jest bardzo charakterystyczne. Zapewne trudno byłoby zagranicznemu przedsiębiorcy dochodzić konkretnych roszczeń na podstawie umowy offsetowej od Skarbu Państwa, ale wykluczyć tego nie można (np. odpowiedzialność z tytułu *culpa in contrahendo*). Wydaje się przeto, że w umowie offsetowej można jednak mówić o obustronnych zobowiązaniach, chociaż one są specyficzne i niewątpliwie istnieje między nimi wyraźna prawna oraz ekonomiczna asymetria.

4.3.5. Zawarcie umowy offsetowej i jej forma

Umowa offsetowa zawierana jest w drodze rokowań prowadzonych przez ministra właściwego do spraw gospodarki na podstawie oferty offsetowej złożonej przez zagranicznego dostawcę (art. 7, ust. 1 u.o.). Jest to model występujący w tych państwach, które podkreślają silniejszy związek offsetu z interesami całej gospodarki, niż z interesem wyłącznie obrony narodowej. Formuła ta wymaga jednak stałej współpracy Ministra Gospodarki i Ministra Obrony Narodowej, by zapewnić jednolitość koncepcji negocjacyjnej w umowie offsetowej oraz umowie dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego.

Ustawa z 1999 r. bardzo dokładnie określa zasady składania ofert offsetowych. Termin składania ofert jest powiązany z terminem składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oba tryby postępowania dotyczą zagranicznego dostawcy i oba mają na celu umożliwienie zawarcia konkretnych umów: offsetowej i dostawy. Zgodnie z art. 8 u.o. zagraniczny dostawca składa ofertę offsetową ministrowi właściwemu do spraw gospodarki, nie później niż w terminie złożenia oferty w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, na zasadach określonych w ustawie z 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych[18]. Treść oferty offsetowej jest określona i obejmuje: podstawowe informacje o zagranicznym dostawcy, w tym o jego doświadczeniach w wykonywaniu umów offsetowych, proponowaną wartość umowy offsetowej, przedmiot zobowiązań offsetowych i terminy ich wykonania. Oferta offsetowa winna być sporządzona w języku polskim i złożona na piśmie pod rygorem nieważności. Sankcją nieważności objęte jest przeto nie tylko niedochowanie formy pisemnej, ale także niezastosowanie języka polskiego w treści oferty.

Każdą ofertę offsetową opiniuje Komitet do Spraw Umów Offsetowych. W opinii tej Komitet proponuje m.in. sposób zaliczania zobowiązań offsetowych na poczet proponowanej przez zagranicznego dostawcę wartości umowy offsetowej, w tym przyjęte mnożniki offsetowe. Opinia Komitetu winna być ważnym elementem określającym stanowisko strony państwowej w negocjacjach z zagranicznym kontrahentem, ale nie ma ona charakteru wiążącego.

Rokowania z zagranicznym dostawcą prowadzone są równolegle z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Rokowania winny się zakończyć nie później niż w dniu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Synchronizacja obu postępowań, toczących się przed różnymi organami państwowymi, w których występuje wprawdzie ten sam dostawca zagraniczny, ale

[18] *Dz.U. Nr 76, poz. 344*, t.j. *Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773* z późniejszymi zmianami. Art. 38 tej ustawy przewiduje, że wyznaczony przez zamawiającego termin nie może być krótszy niż 6 tygodni od dnia ogłoszenia przetargu nieograniczonego i 4 tygodnie od daty wysłania zaproszeń w przetargu ograniczonym. Istnieje możliwość skrócenia powyższych terminów do 3 tygodni, przy czym w przypadku zamówień o znacznej wartości może to mieć miejsce tylko za zgodą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Regułą w zamówieniach zbrojeniowych jest forma przetargu ograniczonego.

różni ministrowie (Minister Obrony Narodowej i Minister Gospodarki) wydaje się najtrudniejszym elementem technicznym operacji offsetowej. Raz jeszcze potwierdza się ścisła więź umowy offsetowej i umowy dostawy.

Jeśli strony prowadzące rokowania w sprawie umowy offsetowej dojdą do porozumienia, co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem rokowań, dochodzi do zawarcia umowy. Powstaje jednak problem, w jakim momencie można uznać, że umowa offsetowa jest zawarta. Art. 13 pkt 1 u.o. wymaga, by w umowie podana była data i miejsce jej zawarcia. Była już o tym mowa, że zarówno w negocjacjach, jak i przy zawieraniu, a także wykonywaniu umowy offsetowej Skarb Państwa jest reprezentowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Nie ulega przeto kwestii, że to Minister Gospodarki podpisuje umowy offsetowe. Jest jednak w u.o. wspominany już art. 23, mówiący o zatwierdzaniu przez Radę Ministrów zawarcia i wykonania umowy offsetowej. Na tej podstawie A. Szumański wywodzi, że w przypadku offsetowego oświadczenia woli Ministra Gospodarki mamy do czynienia z **konstrukcją bezskuteczności zawieszonej**[19]. To znaczy, że umowa offsetowa jest ważna, ale do czasu jej potwierdzenia nie wywołuje skutków prawnych. Dodajmy, że ustawa nie przewiduje żadnego terminu dla Rady Ministrów i taki stan zawieszenia może trwać nieokreślony czas. Wątpliwe jest, czy w takiej sytuacji zagraniczny dostawca będzie realizował umowę dostawy, czy zawrze umowy wykonawcze i umowę gwarancji bankowej etc.

Trudno zaakceptować to stanowisko. *Negotium claudicans* stwarza stan niepewności prawnej, szczególnie niebezpieczny w relacji między państwem a zagranicznym przedsiębiorcą. Rzadko na gruncie kontraktów państwowych dochodzi do wieloetapowego kreowania umowy przez hierachicznie podporządkowane organy państwowe. Stroną tych umów jest państwo, a relacje wzajemne jego emanacji są kwestią wewnętrzną. W przypadku polskich kontraktów offsetowych reprezentacja państwa jest jednoznaczna i wynika z ustawy. Nie ma żadnego uzasadnienia ograniczanie kompetencji Ministra Gospodarki do składania samodzielnie wiążącego oświadczenia woli w imieniu Skarbu Państwa. Trudno także traktować Radę Ministrów, jako „osobę trzecią" – w rozumieniu art. 63 § 1 k.c. – w stosunku offsetowym, gdyż jest to cały czas ta sama „strona państwowa" kontraktu. Cytowany autor nie zauważył, że wspomniany art. 23 u.o. znajduje się nie w rozdziale „Zawarcie umowy offsetowej", lecz w rozdziale „Nadzór nad wykonywaniem umów offsetowych". Sądzić przeto należy, że „zatwierdzanie przez Radę Ministrów" nie oznacza w tym przypadku cywilnoprawnej „zgody osoby trzeciej" lecz wewnętrzny akt administracyjny, po prostu kontrolę działania ministra przez rząd. Sądzić można, że minister właściwy do spraw gospodarki zobowiązany jest przedstawić w odpowiednim czasie Radzie Ministrów projekt umowy offsetowej, którą zamierza podpisać i uzyskać jego zatwierdzenie, podobnie jak projekt protokołu, o którym mowa w art. 15, ust.1 u.o., stwierdzającego wykonanie zobowiązania offsetowego.

[19] **SZ**, s. 78.

Sądzić można, że ta procedura uwzględnia w wystarczającym stopniu znaczenie tych umów dla interesów naszej gospodarki i obronności.

Jeśli chodzi o formę umowy offsetowej, to u.o. wymaga *ad solemnitatem* formy pisemnej. Wydaje się, że winien to być jeden dokument zawierający co najmniej te dane, o których mowa w art. 13 u.o. Przepisy o.u. nie wymagają wprawdzie, by umowa offsetowa zawarta była w języku polskim, ale ten obowiązek wynika z art. 8 ustawy z 7.10.1999 r. o języku polskim[20].

4.3.6. Prawo właściwe i sposób rozstrzygania sporów

W artykule 18 u.o. przyjmuje się, że prawem właściwym dla umowy offsetowej jest prawo polskie. Tak więc u.o. jest w tej materii wyjątkowo kategoryczna, zabrania bowiem wyboru przez strony umowy prawa innego niż polskie. Sądzić należy, że jest to formuła rzadko stosowana w handlu międzynarodowym, jeśli zaś chodzi o kontrakty państwowe jeden z najrzadziej stosowanych wariantów reglamentacji prawnej. W następnym rozdziale tej pracy szeroko omówimy stosowane w praktyce międzynarodowej sposoby podporządkowania tej specyficznej grupy umów określonemu porządkowi prawnemu.

Podkreślić należy, że rozwiązanie to może być przez kontrahentów niepaństwowych uznawane za znacznie bardziej korzystne dla strony państwowej, nie dlatego iż kontrahent zagraniczny nie jest w stanie poznać interesującego go porządku prawnego, lecz przede wszystkim dlatego, że „prawo polskie" oznacza cały system prawa polskiego. W grę wchodzą przeto także regulacje o charakterze publicznoprawnym (administracyjne, podatkowe, celne etc.). W tym zaś zakresie państwo ma nie tylko możliwość określonej interpretacji obowiązujących norm, ale także może te normy modyfikować.

Swoiste ryzyko dla zagranicznego kontrahenta polega także na tym, że „prawo polskie" oznacza nie tylko normy powstałe po zawarciu umowy offsetowej, ale ogromną ilość przepisów powstałych wcześniej, nierzadko w innej epoce. Sprzeczności nie brakuje w żadnym systemie prawa wewnętrznego, ale okres transformacji i nakładający się nań proces harmonizacji prawa polskiego z normami Unii Europejskiej wyjątkowo niekorzystnie wpłynął na polskie prawo gospodarcze.

Z kolei wyraźnie zwiększa pewność prawa polskiego wprowadzony na mocy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. zamknięty katalog źródeł prawa. Niewątpliwie podstawą umowy offsetowej mogą być wyłącznie tzw. powszechnie obowiązujące źródła prawa. Są nimi obecnie: konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Nie wydaje się natomiast, by tzw. normy prawa miejscowego mogły mieć zastosowanie w relacji między Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą.

[20] *Dz.U. Nr 90, poz. 999*; ustawa przewiduje jednak możliwość sporządzenia dodatkowo umowy w języku obcym.

Znaczenie norm o pochodzeniu międzynarodowym w polskim systemie prawa stale rośnie, dlatego iluzją jest przekonanie, że norma art. 18 u.o. jest w stanie wyłączyć całkowicie różne próby internacjonalizacji stosunku offsetowego. Zwłaszcza w przypadku ewentualnego konfliktu z zagranicznym dostawcą będzie on powoływał się niewątpliwie na normy konwencyjne, uchwały organizacji międzynarodowych, międzynarodowe zwyczaje handlowe, a być może także na coraz częściej stosowane nienormatywne standardy międzynarodowe związane z handlem bronią. Zgodnie zaś z art. 8 Konstytucji Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego. Dlatego – mając na uwadze specyfikę umów offsetowych, ich rzadkość, ogromne znaczenie dla interesów naszego kraju – być może większa doza swobody w kształtowaniu właściwego dla kontraktu środowiska prawnego byłaby zachętą dla potencjalnych dostawców zagranicznych.

O rozstrzyganiu ewentualnych sporów z umów offsetowych będzie jeszcze mowa w dalszej części tej pracy. W tym miejscu wypada zauważyć pewną niekonsekwencję ustawodawcy. Skoro przyjęto wyłączną właściwość prawa polskiego, to należało wprowadzić wyłączną jurysdykcję polskich sądów. W u.o. nie ma jednak takiego rozwiązania, zatem strony umowy offsetowej mogą wybrać sąd obcy lub arbitraż. Wydaje się mało prawdopodobne, by polskie państwo zgodziło się na udział w procesie offsetowym przed sądem innego państwa, nawet w charakterze powoda. Bardziej prawdopodobne jest stosowanie w umowach offsetowych klauzul arbitrażowych i to przede wszystkim na arbitraż *ad hoc*. Praktyka arbitrażowa w najgłośniejszych sporach między państwem a zagranicznym kontrahentem niepaństwowym dowodzi, że mimo stosowania prawa strony państwowej, które z reguły jest prawem obcym dla niezależnych od stron arbitrów, dominuje dążenie do kompromisu i zastosowanie mają nierzadko wręcz zasady słuszności lub ogólne zasady prawa. Dlatego być może lepiej byłoby wybrać dla kontraktu stabilny, powszechnie akceptowany w obrocie międzynarodowym system prawa, tym bardziej, że oceniać się według niego będzie nie świadczenie strony państwowej, gdyż jest ono na tyle specyficzne, że procesy są tu mało prawdopodobne, lecz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania offsetowego (ewentualne odszkodowanie lub kary umowne) przez typowy podmiot międzynarodowych stosunków gospodarczych, jakim jest zagraniczny przedsiębiorca.

Jeszcze jeden problem wydaje się przemawiać za tym, że art. 18 u.o. stanowi dla Skarbu Państwa *privilegium odiosum*. Otóż kontrakt offsetowy – jak starano się wykazać – jest jedynie elementem złożonej instytucji offsetu. Wszystkie inne umowy związane z umową offsetową, w tym nawet umowa dostawy zawarta bezpośrednio przez stronę państwową (*state contract*), nie zawierają podobnego ograniczenia swobody wyboru prawa. Tak więc w ramach „offsetowego trójkąta kontraktowego" może dojść do pomieszania różnych systemów prawnych.

4.3.7. Kompensacyjny charakter umowy offsetowej

Nie ulega wątpliwości, że kontrakty na dostawę broni są w rozumieniu systematyki stosowanej w handlu międzynarodowym często umowami wzajemnie uwarunkowanymi, czy jednak można ich offsetową formę uznać za transakcje kompensacyjne – jak to deklaruje ustawodawca – jest kwestią dyskusyjną. Formy *countertrade* są wprawdzie różnorodne, ale istotą kompensaty jest dążenie do ekwiwalentności, zaś w przypadku omawianych przepisów dopuszcza się, by wartość bezpośredniego zobowiązania offsetowego nie była mniejsza od połowy wartości umowy offsetowej. Wartość offsetu nie jest wartością rzeczywistych świadczeń finansowych zagranicznego dostawcy, gdyż stosuje się umowne mnożniki offsetowe. W umowie offsetowej praktycznie nie ma żadnego realnego świadczenia finansowego. Dopiero – jak wspomniano wyżej – ewentualne wykonanie zastępcze, czyli odszkodowanie ma wymiar pieniężny.

Poza tym kompensata winna mieć miejsce między uczestnikami kontraktu kompensacyjnego, a w naszym przypadku zobowiązanie offsetowe jest podejmowane na rzecz „przemysłowego potencjału obronnego", rzadko zaś konkretnego polskiego przedsiębiorcy, będącego stroną umowy wykonawczej. Przy offsecie pośrednim w ogóle związek potencjalnych kontrahentów z umową dostawy uzbrojenia jest żaden. Ramowy i otwarty charakter umowy offsetowej także nie pozwala dokładnie wyliczyć, jakie świadczenie z jakim świadczeniem się potrąca. A. Szumański podkreśla, że nie sposób uznać zobowiązania offsetowego za świadczenie wzajemne i ekwiwalentne wobec wartości dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego, a co ważniejsze strona podmiotowa umowy offsetowej rozmija się całkowicie z układem podmiotowym typowym dla umów kompensacyjnych. W umowie offsetowej beneficjentem transakcji kompensacyjnej nie jest odbiorca uzbrojenia, czyli Skarb Państwa, lecz osoba nie uczestnicząca ani w umowie dostawy, ani w umowie offsetowej, czyli polski przedsiębiorca[21].

W sumie nie wydaje się, by polska wersja umowy offsetowej odpowiadała którejkolwiek formie ukształtowanych przez praktykę umów kompensacyjnych. Kompensacyjny charakter nie tyle samej umowy offsetowej, co stosunku prawnego offsetu opartego na kompleksie omówionych wyżej umów, nazwać można kompensatą bilansową. Offset, poza wszystkimi wyżej wskazanymi celami, ma służyć bilansowaniu w skali makro wydatków na uzbrojenie i sprzęt wojskowy z potencjalnymi i rzeczywistymi korzyściami ekonomicznymi oraz innymi wynikającymi z wejścia na polski rynek określonych zagranicznych przedsiębiorców.

Istnieją od lat wątpliwości, czy niektóre formy międzynarodowej kooperacji przemysłowej stanowią rodzaj *countertrade*, czy nie. Nie będziemy podejmować tej dyskusji. Wydaje się jednak, że offset w dużej mierze przypomina kooperację, gdyż jego celem jest trwałe zsynchronizowanie procesów produkcji i zbytu towa-

[21] **SZ**, s. 27.

rów, usług oraz uzyskanie układu komplementarnego, optymalnego z punktu widzenia wyników ekonomicznych.

Trudność w jednoznacznej ocenie kompensacyjnego charakteru offsetu nie powinna dziwić, albowiem transakcje kompensacyjne prowadzą niejednokrotnie do kształtowania kompleksowych, coraz bardziej skomplikowanych powiązań umownych, wychodzących poza zakres tradycyjnych instytucji prawnych[22].

4.3.8. Offset ustawowy i umowny

Nowa instytucja międzynarodowego obrotu gospodarczego, jaką jest offset, nie musi służyć wyłącznie celom militarnym czy militarnym w powiązaniu z innymi celami gospodarczymi. Można mieć nadzieję, że różne formy tej swoistej wymuszonej kooperacji staną się trwałym instrumentarium uwarunkowanych transakcji międzynarodowych. Tego typu tranansakcje są bowiem nadal bardzo częste. Być może offset, stanowiący przykład bezpośredniego udziału państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym, obejmie niedługo inne sektory gospodarki. Przykładowo można sobie łatwo wyobrazić uzależnienie przez państwo wejścia na szczególnie atrakcyjny rynek telekomunikacyjny, bankowy, surowcowy od zawarcia umowy offsetowej, np. zapewniającej zawarcie umów związanych z restrukturyzacją mniej rentownych gałęzi gospodarki. Takie umowy offsetowe są możliwe. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, by poza u.o. Skarb Państwa posługiwał się umownym offsetem. Natomiast w zakresie zagranicznych dostaw uzbrojenia i sprzętu wojskowego stosowany być powinien, omówiony wyżej, offset ustawowy.

4.3.9. Komitet do Spraw Umów Offsetowych

Komitet działa przy Ministrze Gospodarki i składa się z przedstawicieli: Prezesa Rady Ministrów oraz ministrów właściwych do spraw gospodarki, finansów publicznych, Skarbu Państwa, spraw zagranicznych, spraw wewnętrznych, spraw pracy, obrony narodowej, a także Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Przewodniczącego Komitetu Badań Naukowych. W jego pracach może uczestniczyć przedstawiciel Prezydenta RP. Rada Ministrów w drodze rozporządzenia winna określić regulamin organizacyjny Komitetu[23].

Komitet nie jest organem administracji państwowej, lecz jedynie ciałem doradczym. Regulamin w § 2 określa go jako „organ pomocniczy ministra". Mimo to

[22] Por. **J. Rajski**: *Cywilnoprawne problemy transakcji kompensacyjnych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, PiP 1985, nr 1, s. 39.

[23] Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 1.08.2000 r. w sprawie regulaminu organizacyjnego Komitetu do Spraw Umów Offsetowych (*Dz. U. Nr 66, poz. 793*).

u.o. formułuje szereg ważnych zadań tego gremium, wykonywanych w ramach przedsięwzięć offsetowych. Zadaniami tymi są:

- opracowanie założeń do wykonania umów offsetowych dla poszczególnych zamówień publicznych na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego;
- analizowanie i opiniowanie ofert offsetowych pod kątem zapewnienia największych korzyści dla interesów gospodarczych Rzeczypospolitej Polskiej oraz bezpieczeństwa i obronności państwa;
- przedkładanie Ministrowi Gospodarki oraz udzielającemu zamówienia publicznego na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego opinii dotyczących poszczególnych ofert offsetowych;
- analizowanie sprawozdań zagranicznych dostawców z wykonania zobowiązań offsetowych;
- przedkładanie Ministrowi Gospodarki raportów z wykonania zobowiązań offsetowych przez zagranicznych dostawców.

Powyższe wyliczenie nie jest wyczerpujące i Rada Ministrów może wskazać Komitetowi inne zadania, jednak ściśle związane z offsetem.

Przewodniczącego Komitetu powołuje minister właściwy do spraw gospodarki. Posiedzenia Komitetu zwołuje i prowadzi przewodniczący lub jego zastępca. Komitet obraduje na posiedzeniach, a jego ustalenia są przyjmowane bezwzględną większością głosów, przy obecności co najmniej połowy osób wchodzących w skład tego organu. Komitet może powoływać zespoły problemowe lub doradcze w celu sporządzenia niezbędnych ekspertyz. Posiedzenia Komitetu są jawne, jednak przewodniczący może wyłączyć jawność obrad z uwagi na charakter omawianych spraw. Obsługę organizacyjno-administracyjną Komitetu zapewnia Ministerstwo Gospodarki.

5. ISTOTA PRAWNA KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO

5.1. POJĘCIE KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO

Różnorodne poglądy na temat kontraktów państwowych rzadko odnoszą się do kwestii istoty prawnej tej specyficznej grupy zobowiązań w międzynarodowym obrocie gospodarczym. W literaturze, a zwłaszcza w orzecznictwie, zwraca się przede wszystkim uwagę na aspekty praktyczne, stąd szczególne rozbudowanie problematyki reglamentacji prawnej oraz zagadnień związanych z rozstrzyganiem sporów[1]. Teoretyczna analiza charakteru prawnego kontraktów państwowych sprowadza się zazwyczaj do zwrócenia uwagi na przenikanie się w tych zobowiązaniach elementów publicznoprawnych i prywatnoprawnych oraz wygodnego uogólnienia, polegającego na stwierdzeniu, że kontrakty państwowe to umowy *sui generis*.

Jak się wydaje, skalę porównawczą dla interesującej nas grupy umów stanowić mogą jedynie ogólne konstrukcje umowy międzynarodowej, umowy administracyjnej i umowy cywilnoprawnej. Wydaje się, że jedynie porównanie kontraktu państwowego z tymi podstawowymi konstrukcjami prawnymi pozwoli uchwycić cechy charakterystyczne tej nowej formy zobowiązania międzynarodowego.

Zanim wszakże przejdziemy do wspomnianych porównań, należy zwrócić uwagę na szczególną różnorodność terminologiczną w ramach omawianej materii. Świadczy to niezbicie o trudnościach, jakie ma teoria w kwalifikacji *state contracts*.

W większości wypadków różnice w określaniu umów między państwem a zagranicznym podmiotem niepaństwowym nie wynikają jedynie z dążenia do oryginalności ujęcia problemu przez poszczególnych autorów. Konkretne nazwy mają zazwyczaj ścisły związek z oceną charakteru prawnego kontraktu państwowego, a zwłaszcza z wyborem opcji lokalizacji tego typu umów w systemie prawa.

Uznanie kontraktów państwowych za „*quasi-international agreements*" jednoznacznie wiąże te umowy z prawem międzynarodowym. Użycie określenia „*quasi*" wskazuje na bliskość kontraktu państwowego i umowy międzynarodowej[2]. Wyjąt-

---

[1] Por. **B. Goldman** we wstępie do pracy **P. Leboulangera** (**LB**, s. 3). W niniejszym opracowaniu, poświęconym przede wszystkim umowom offsetowym, zagadnienia te omawiamy w sposób dość skrótowy, zwłaszcza kwestię rozstrzygania sporów.

[2] Por. **G. Schwarzenberger**: *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, London 1957, s. 147, 578 i nast.

kowe jest jedynie stanowisko A. Verdrossa, który umowy *quasi*-międzynarodowe wiąże z *lex contractus*[3], ale i w tym przypadku istnieje powiązanie wspomnianych umów z prawem międzynarodowym, poprzez system zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Jeszcze wyraźniej umiędzynarodowienie widzimy u tych autorów, którzy nazywają kontrakty państwowe „umowami podobnymi do umów międzynarodowych"[4], ograniczonymi umowami międzynarodowymi (*beschränk völkerrechtliche Verträges*)[5], albo niewłaściwymi umowami międzynarodowymi (*uneigentliche völkerrechtliche Verträges*)[6]. W grupie ujęć prawnomiędzynarodowych spotkać można także określenie „*public contracts*"[7].

Niekiedy określa się omawiane umowy bardziej opisowo, ale również w nawiązaniu do formy umowy międzynarodowej, np. „*international agreement other than inter – state treaty*"[8], „*agreement of state with other partie than state*"[9], „*Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern*"[10], „*Verträge nichtstaatlicher Verbände und ihrer Organe mit Staaten und Staatsorganen*"[11], „*agreement concluded by private entity with foreign state*"[12].

Mówiąc o umowach inwestycyjnych, zwracaliśmy uwagę na dość często stosowane określenie „*economic development agreement*"[13]. Wiąże się ono nie tylko z umownymi koncesyjnymi, lecz bywa stosowane do wszystkich umów z udziałem państwa i podmiotów niepaństwowych z innych krajów. Wydaje się jednak, że określenie to niestety niczego nie wnosi w zakresie oceny istoty prawnej kontraktów państwowych. U podstaw koncepcji umów rozwoju ekonomicznego leżało

---

[3] Por. **A. Verdross**: *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*, „Yearbook for World Affairs" 1964, vol. 18, s. 230 i nast.

[4] Zob. **I. I. Łukaszuk**: *K woprosu o sogłaszenijach podobnych mieżdunarodnym dogoworam*, „Sovetskoje Gosudarstwo i Prawo" 1960, nr 12, s. 51-56 – autor poddaje jednak krytyce zachodnie koncepcje umiędzynarodowienia umów, które nazywa „podobnymi" do umów międzynarodowych.

[5] Por. **B**, s. 303 i nast.

[6] Zob. **LB**, s. 4.

[7] **G. Schwarzenberger**: *op. cit.*, s. 146-148.

[8] **J. M. Jones**: *International Agreements other than „Inter – State Treaties" – Modern Development*, BYIL 1944, vol. 21, s. 111-122.

[9] Zob. np. **W. Wengler**: *Agreements of States with oher Parties, than States in international Relations*, „Revué Hellenique de Droit International" 1955, IV-XII, s. 118 i nast.

[10] **K**, s. 133 i nast.

[11] **W. Wengler**: *Bemerkungen zu den Verträgen nichtstaatlicher Verbände und ihrer Organe mit Staaten und Staatsorganen* [w:] *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Milano 1957, vol. II, s. 423 i nast.

[12] **G. Kojanec**: *The Legal Nature of Agreeements concluded by Private Entities with Foreign States*, RCADI 1968, Colloque, s. 299 i nast.

[13] Zob. np.: **A. D. McNair**: *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, BYIL 1957, vol. 34, s. 1 i nast.; **A. Verdross**: *The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Caluses*, ZaöRV 1958, vol. 18, s. 635 i nast.; **J. N. Hyde**: *Economic Development Agreements*, RCADI 1962, vol. 105, s. 271 i nast.; **G. W. Ray**: *Economic Development Agreements*, „World Peace through Law Center, Conference Reports" 1963, s. 305 i nast.; **M. Bourquin**: *Arbitration and Economic Development Agreements*, „The Business Lawyer" 1960, s. 860 i nast.

przekonanie, że wielkie ponadnarodowe korporacje, wchodząc w bezpośrednie stosunki umowne z państwami rozwijającymi się, są stymulatorem ich rozwoju ekonomicznego[14]. Takie określenie było swego rodzaju alibi dla rabunkowej eksploatacji bogactw naturalnych, nawiązaniem do ewentualnej spłaty „długów kolonialnych" zaciągniętych przez dawne metropolie. Trudno wykluczyć, że niektóre koncesje spełniły w praktyce pozytywną rolę, ale w większości wypadków umowy rozwoju ekonomicznego rozwijały nie tę stronę umowy, której było to szczególnie potrzebne. Sądzić można również, że przeciwko temu określeniu coraz częściej przemawia odwrócenie relacji podmiotowych. Dzisiaj takie państwa, jak Kuwejt, Arabia Saudyjska, są „sponsorami" firm prywatnych z krajów wysoko rozwiniętych. Zapewne zdarzają się i dzisiaj umowy, oparte na konstrukcji podmiotowej typowej dla kontraktu państwowego, które istotnie mają na celu rozwój ekonomiczny partnera z kraju słabo zindustrializowanego. Jednakże podobne umowy zdarzają się także w grupie umów międzynarodowych oraz zwykłych kontraktów.

Są autorzy, którzy uważają, że kontrakty państwowe najlepiej określa formuła „*transnational agreement*"[15], ale i ona niewiele wyjaśnia, jeśli chodzi o charakter prawny tych umów, natomiast prowadzi nas na nieprzetarte szlaki prawa transnarodowego. Do kwestii tej jeszcze wrócimy.

Oryginalnego określenia używa J. Makowski, nazywając interesującą nas grupę umów „semiprywatnymi", podkreślając, że są to umowy leżące na skraju dwóch systemów prawnych wewnętrznego i międzynarodowego[16].

Specyficzną nazwą posługuje się M. M. Bogusławski, pisząc o umowach „diagonalnych" (*diagonalnyje sogłaszenija*) i podnosząc, iż umowy te nie mogą być w żadnym wypadku traktowane jako międzynarodowe, czy nawet *quasi*-międzynarodowe[17].

G. Dahm mówi o „kontraktach międzynarodowych *sui generis*" zawierających elementy publicznoprawne i prywatnoprawne[18]. Wydaje się, że z punktu widzenia istoty prawnej, więcej wnoszą określenia nawiązujące do kontraktowej, a więc cywilnoprawnej proweniencji omawianej grupy zobowiązań międzynarodowych. Poglądy wychodzące z tych założeń, również nie są jednolite. Wynika to przede wszystkim z braku klarownej koncepcji kontraktu międzynarodowego. Będzie o tym jeszcze mowa. Używa się powszechnie określeń „*contract between state and foreign company*", „*international public contract*", „*contract between government and foreign nationals*", najczęściej jednak *state contract*[19].

---

[14] Por. **RAY**, s. 14.

[15] **LJF**, s. 987.

[16] Por. **J. Makowski**: *Organa państw w stosunkach międzynarodowych, zjazdy międzynarodowe, umowa międzynarodowa*, Warszawa 1957, s. 155.

[17] **M. M. Bogusławskij**: *Mieżdunarodnyje ekonomiczeskoje prawo*, Moskwa 1986, s. 125-127.

[18] **G. Dahm**: *Völkerrecht*, t. I, Stuttgart 1958, s. 14.

[19] Zob. **MNL**, s. 11 i nast.; **R. Y. Jennings**: *State Contracts inInternational Law*, BYIL 1961, vol. 37, s. 156 i nast.; **F**, s. 222 i nast.

Określenie „kontrakt państwowy"[20] trudno uznać za idealne, ale – jak się wydaje – zwraca ono uwagę na dwa najbardziej zasadnicze elementy omawianej grupy umów. Po pierwsze podkreśla kontraktowy, cywilnoprawny charakter więzi między stronami. Po drugie uwypukla podmiotowo kwalifikowany charakter tych umów. Istotnym argumentem, zwłaszcza w kontekście ilustrowanej powyżej różnorodności, przemawiającym za przyjęciem proponowanego terminu, jest jego dość powszechna akceptacja w literaturze prawniczej.

Należy jednak zwrócić uwagę na okoliczności, które mogą przemawiać przeciwko określeniu *state contract*. Przede wszystkim pojęcie „kontraktu państwowego" jest w literaturze niemieckiej i brytyjskiej stosowane również w odniesieniu do umów w prawie wewnętrznym, nawiązujących do charakterystycznego układu podmiotowego państwo – podmiot prywatny. Niejednokrotnie zatem należałoby mówić o międzynarodowych kontraktach państwowych, ale to określenie nie byłoby jasne, gdyż nawiązywałoby do nazw przyjmowanych przez zwoleników opcji publicznomiędzynarodowej. W niniejszej pracy przyjęto dla uściślenia termin „umowa państwowa", natomiast pojęcie „kontrakt państwowy" lub *state contract* konsekwentnie odnoszono do interesującej nas kategorii zobowiązań związanych z bezpośrednią aktywnością gospodarczą państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

Poza tym określeniu „kontrakt państwowy" stawiany bywa zarzut, że jest ono zbyt neutralne, gdyż – jak zauważyliśmy w poprzednich rozważaniach – posługują się nim zwolennicy różnych koncepcji, odnoszących się do tej kategorii umów. Wydaje się jednak, że nie jest to wada terminu *state contract*. Powszechna akceptacja pojęcia i kojarzenie z nim stosunku umownego stron, wywodzących się z różnych systemów prawnych, powoduje że staje się ono uniwersalnym wyznacznikiem instytucji prawnej.

5.2. KONTRAKT PAŃSTWOWY A UMOWA MIĘDZYNARODOWA

5.2.1. Założenia wstępne

Proces internacjonalizacji stosunków obligacyjnych między państwem a zagranicznym podmiotem niepaństwowym w pełni uzasadnia porównanie kontraktu państwowego z umową międzynarodową. Musimy wszakże w tym porównaniu wyjść od klasycznego pojęcia umowy międzynarodowej. Jedynie odrzucenie liberalnego podejścia do kwestii podmiotów prawa międzynarodowego może nadać owej dyferencjacji sens. W przeciwnym bowiem wypadku musielibyśmy dojść do

[20] Stosuje się także określenie *„government contract"*, zob. np. **J. Meweet**: *The Theory of Government Contracts*, „McGill Law Journal" 1969, vol. 56, s. 224 i nast., oraz *„contracts with government"*, por. **A. Borches**: *Choice-of-Law Provisions in Contracts with Governments*, „Record of the Association of the Bar of the City of New York" 1971, vol. 26, nr 1, s. 42 i nast.

określeń: umowa *quasi*-międzynarodowa, kontrakt zbliżony do umowy międzynarodowej lub zbliżonych. Taki wynik nie może jednak zadowalać, gdyż już poprzednie wywody pozwalają przyjąć za bezdyskusyjny fakt, iż kontrakty państwowe mają wiele wspólnego z umowami międzynarodowymi.

Zdać sobie jednak trzeba sprawę, że powyższe założenie, ułatwiające odróżnienie obu typów umów, w coraz mniejszym stopniu odpowiada rzeczywistości. Zwraca się od dawna uwagę na trudności z identyfikacją umów międzynarodowych. Kontrowersje wzbudza w praktyce określenie, co dla państw jest wiążące, „w gruncie rzeczy niejasny jest obraz stosunków łączących dziś państwa"[21].

Przyjmujemy przeto, że umowy międzynarodowe mogą być zawarte wyłącznie między podmiotami prawa międzynarodowego[22]. Wbrew tezom niektórych prawników, nie możemy uznać za podmioty prawa międzynarodowego podmiotów indywidualnych (osób fizycznych, prawnych, korporacji międzynarodowych)[23]. Równocześnie wyraźnie należy oddzielić te umowy zawierane między podmiotami prawa międzynarodowego, które mają charakter umów prawa cywilnego[24]. Stosowanie kryterium podmiotowego jest zawodne i nie sposób zgodzić się z A. N. Tałałajewem, iż o tym, czy mamy do czynienia z umową międzynarodową, nie rozstrzyga nic poza stroną podmiotową[25].

Mówi się także o umowach międzynarodowych wielostronnych, o charakterze mieszanym, tj. takich, w których uczestniczą zarówno podmioty międzynarodowe, jak i osoby fizyczne, bądź prawne. W umowach takich mamy dwa rodzaje zobowiązań: między państwami i innymi podmiotami prawa międzynarodowego – zobowiązania prawnomiędzynarodowe, między państwami i innymi podmiotami prawa międzynarodowego a stronami nie będącymi podmiotami międzynarodowymi – zobowiązania cywilnoprawne, nie mające prawnomiędzynarodowego charakteru[26]. Wydawać by się mogło, że takie umowy mieszane, o ile mają gospodarczy charakter, zawierają w sobie konstrukcję typową dla kontraktu państwowego, ale literatura radziecka, nie chcąc jej zaakceptować w żadnej postaci, dokonywała sztucznego rozróżnienia różnych rodzajów zobowiązań w ramach jednej umowy.

---

[21] Por. **M. Frankowska**: *Umowy międzynarodowe w formie uproszczonej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981, s. 286.

[22] Tak np. **I. I. Łukaszuk**: *Storony w mieżdunarodnych dogoworach*, Moskwa 1966, s. 10 i nast.; **L.A. Modżorian**: *Subiekty mieżdunarodnogo prawa*, Moskwa 1958, s. 20 i nast.

[23] Por. **G**, s. 63 i nast.; **P. Fischer**: *Die Privatpersone als völkerrechtlicher Verträgspartner des Staates*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" 1973, vol. 24, s. 339-366.

[24] Zob. **L. Gelberg**: *Zarys prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 37.

[25] **A. N. Tałałajew**: *Juridiczeskaja priroda mieżdunarodnogo dogowora*, Moskwa 1963, s. 94-95. Można dodać, że nie do przyjęcia są także inne poglądy tego autora na temat kontraktów państwowych, w tym twierdzenie, że koncesje są wyłącznie wewnętrznymi aktami administracyjno-prawnymi, do których w żadnym wypadku nie mogą być stosowane normy prawa międzynarodowego, tak zresztą jak i do wszystkich kontraktów państwowych; do umów między państwem a podmiotem indywidualnym nie ma zastosowania zasada *pacta sunt servanda*. Autor uważa, że „nie ma prawa umownego w ogóle i umów w ogóle, umowy międzynarodowe i prywatne to różne zjawiska prawne i nie można ich mieszać".

[26] **A. N. Tałałajew**: *Prawo mieżdunarodnych dogoworow*, Moskwa 1980, s. 95.

Przedmiotem porównania będzie, *sit venia verbo*, umowa międzynarodowa *sensu stricto*. W ocenie, czy mamy do czynienia z taką właśnie umową, przewodnikiem będzie konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowych z 1969 r. Tak więc umową międzynarodową jest porozumienie międzynarodowe, w którym stronami są państwa, zawarte w formie pisemnej, podlegające prawu międzynarodowemu[27]. Elementami konstruującymi umowę międzynarodową są:

- porozumienie stron, a więc uzgodnienie wspólnej woli, czyli *consensus*, stanowiący podstawę wszelkich zobowiązań umownych; niekiedy definiuje się umowę międzynarodową w sposób niezwykle zbliżony do umowy cywilnoprawnej, uznając ją za „wyraźne oświadczenie woli (...) tworzące węzeł obligacyjny i związane z nim skutki prawne"[28];
- porozumienie musi dojść do skutku między podmiotami prawa międzynarodowego i winno mieć międzynarodowy charakter[29], przy czym ten na pozór oczywisty wymóg staje się coraz bardziej kontrowersyjny[30];
- porozumienie musi podlegać prawu międzynarodowemu.

5.2.2. Podobieństwa i różnice

Zaczynając od najbardziej dyskusyjnej strony podmiotowej, należy stwierdzić że cechą kontraktu państwowego jest to, by podmioty w nim uczestniczące miały zróżnicowany charakter, zaś umowa międzynarodowa wzmaga bezwzględnie jednolitości stron. Poza tym państwa nie występują w kontrakcie państwowym jako „podmioty prawa międzynarodowego", nawet jeśli reprezentują je te same organy co w przypadku umów międzynarodowych.

Kontrakt państwowy nigdy nie ma „międzynarodowego charakteru" w tym sensie, o jaki chodzi w definicji umowy międzynarodowej. Znaczy to, że kontrakty państwowe nie kreują zobowiązań prawnomiędzynarodowych państwa, nawet jeśli do kontraktu mają zastosowanie niektóre normy prawa międzynarodowego lub zasady tego prawa. Podkreślić należy, że postanowienia kontraktów państwowych nie mają wpływu na kształtowanie stosunków w ramach wspólnoty międzynarodowej; mają znaczenie wyłącznie *inter partes*.

---

[27] Zob. także ustawę z 14.04.2000 r. o umowach międzynarodowych (*Dz.U. Nr 39, poz.443*), która w art. 2 pkt 1 definuje umowę miedzynarodową, jako „porozumienie między Rzeczpospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe...".

[28] **A. Klafkowski**: *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1965, s. 244. Niekiedy wyodrębnia się wręcz tzw. umowy międzynarodowe – kontrakty, zawierające treść nie tworzącą norm publicznoprawnych, lecz kreującą wzajmne zobowiązania stron. Zob. **R. Bierzanek, J. Symonides**: *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1994, s. 70.

[29] **M. Frankowska**: *Z problematyki identyfikacji aktów prawnych w prawie międzynarodowym*, PiP 1980, nr 8, s. 23.

[30] Por. **M. Frankowska**: *op. cit.*, s. 28, **A. D. McNair:** *op. cit.*, s. 21.

Procesy internacjonalizacji kontraktów państwowych powodują, że znaczenie prawa międzynarodowego w ocenie zobowiązań stron jest znaczne. Nie można jednak powiedzieć, że kontrakty państwowe są regulowane prawem międzynarodowym. Po pierwsze zazwyczaj chodzi o zasady ogólne prawa, nie zaś konkretne normy. Nie zdarza się by jakikolwiek arbitraż nawiązał do zasad prawa traktatowego. Po drugie nigdy nie jest to wyłączne odniesienie prawne. Zazwyczaj prawo międzynarodowe ma charakter subsydiarny, uzupełniający kompleksową reglamentację prawną kontraktu państwowego. W sumie nie można powiedzieć, by kontrakt państwowy podlegał prawu międzynarodowemu tak jak umowa międzynarodowa.

Istotną różnicą jest także wola stron kontraktu i umowy międzynarodowej. W pierwszym przypadku stronom nie chodzi o złożenie oświadczeń woli formułujących zobowiązania prawnomiędzynarodowe. Oświadczenia woli strony niepaństwowej w ogóle nie mogą być w tych kategoriach oceniane. Także strona państwowa, wykonując swoje *ius contrahendi*, nie traktuje go jako *ius tractatum*.

Jak wspomniano, trudno niekiedy oddzielać politykę od gospodarki, nie ulega wszakże wątpliwości, że treść kontraktów państwowych obejmuje przede wszystkim materię gospodarczą, można nawet stwierdzić, iż w grę wchodzą zobowiązania o charakterze majątkowym. W umowach międzynarodowych, nawet o charakterze gospodarczym, bezpośredni element majątkowy należy do rzadkości. Umowy te określają raczej politykę gospodarczą układających się stron, nie są zaś podstawą bezpośredniej wymiany dóbr i usług.

Pewne znaczenie mają także różnice formalnoprawne. Sama nomenklatura międzynarodowych umów gospodarczych nie pozostawia wątpliwości co do ich natury prawnej. Tak więc gdy mamy do czynienia z traktatem, konwencją, układem handlowym, porozumieniem, a nawet protokołem handlowym, wskazuje to na porozumienia prawnomiędzynarodowe. Poza tym należy zauważyć, że w praktyce kontraktów państwowych nie przykłada się tego samego znaczenia do formalizmu przyjmowanych przez strony zobowiązań. Naturalnie nie stosuje się języka porozumień międzynarodowych, tradycyjnie eksponującego suwerenność stron umowy międzynarodowej.

Wiele cech obu rodzajów umów wykazuje daleko idące zbieżności. W zakresie formułowania merytorycznej treści umów – pomijając wspomniany wyżej uroczysty, tradycyjny styl – nie ma dużych różnic. Zresztą tendencja do posługiwania się terminologią typową dla kontraktów zauważalna jest od dawna w licznych umowach międzynarodowych. Mimo to można łatwo wyróżnić pewne sformułowania zawierane wyłącznie w kontraktach państwowych, co wiąże się z dążeniem do wyrównania pozycji stron. Przykładem mogą być formuły o zrzeczeniu się immunitetu przez państwo, klauzule stabilizacyjne. Ważnym wyróżnikiem kontraktów państwowych są klauzule delokalizacyjne, wybierające określony porządek prawny. Tego typu formuły nie występują w umowach międzynarodowych, które *ex definitione* muszą być rządzone prawem międzynarodowym.

Wprawdzie kontrakty państwowe z reguły są zawierane w formie pisemnej, ale nie wydaje się, by należało porozumienia ustne uznawać za bezwzględnie nieważne. Mimo znacznie mniejszego stopnia formalizmu trudno w przypadku kontraktów państwowych doszukać się odpowiednika umów międzynarodowych w formie uproszczonej. Wyjątkowo rzadko spotykane są państwowe kontrakty wielostronne, przynajmniej jeśli idzie o wielość podmiotów po stronie państwowej. Poza tym kontrakty państwowe zazwyczaj zawierane są *uno acto*.

Podobne są wymogi ratyfikacji obu typów umów. Wydaje się jednak, że w odniesieniu do kontraktów państwowych, proces ratyfikacji ma przede wszystkim znaczenie kontrolne. Zwykle parlament kontroluje wysokość zaciągniętych przez rząd kredytów czy zasady umów koncesyjnych. Nie można traktować ratyfikacji, jako momentu od którego państwo jest związane kontraktem państwowym, chyba że sam kontrakt w ten sposób warunkuje moc obowiązującą. Wydaje się, że w przeciwnym wypadku, nawet gdy prawo wewnętrzne strony państwowej przewiduje ratyfikację kontraktów państwowych, brak tego aktu nie wpływa na ważność zobowiązania podjętego w imieniu państwa przez uprawniony organ. Zważywszy na charakter zobowiązań formułowanych przez kontrakty państwowe, w grę może wchodzić odpowiedzialność cywilna kontrahenta państwowego, nawet z tytułu *culpa in contrahendo*.

Zasadniczą różnicą pomiędzy kontraktem a umową międzynarodową jest brak normatywnej treści w kontrakcie. Rozumieć to należy w ten sposób, że kontrakt nigdy nie staje się częścią prawa wewnętrznego stron, jak to ma miejsce z umowami międzynarodowymi. Kontrakty państwowe mają charakater wybitnie indywidualny. Jeżeli już *per analogiam* traktować *state contract* jako „źródło prawa", to jedynie w stosunku *inter partes*, na bazie koncepcji *lex contractus*.

Różnicę dostrzec możemy także w kwestii publikowania, czy nawet jawności obu rodzajów porozumień międzynarodowych. Kontrakty państwowe często nie są ujawniane przez strony. Naturalnie nie ma w tym przypadku obowiązku rejestracji, wynikającego z art. 102 Karty Narodów Zjednoczonych. Zdarza się, że o treści wielkich kontraktów koncesyjnych lub innych umów z udziałem strony państwowej dowiadujemy się dopiero w momencie głośnego sporu, chociaż zdarza się także, iż strony zastrzegają sobie poufność nawet orzeczenia arbitrażowego.

Jeśli chodzi o wykonanie kontraktów państwowych nie mogą mieć zastosowania rozwiązania właściwe dla umów międzynarodowych, jak np. stosowanie retorsji czy – przewidziane w konwencji wiedeńskiej – zawieszenie stosowania umowy. W zasadzie nie kwestionuje się w tym zakresie rozwiązań typowych dla prawa cywilnego, chociaż – biorąc pod uwagę powiązania polityki i gospodarki – wielokrotnie dochodzi do nadużyć w tej materii, z obu stron.

Wreszcie, podobny dla obu typów umów jest międzynarodowy tryb rozstrzygania sporów. Jednak podobieństwo to wydaje się dość pozorne, bowiem sądownictwo międzynarodowe dotyczące sporów między państwami i między państwami a podmiotami niepaństwowymi jest zdecydowanie odmienne.

5.2.3. Koncepcja „*sanctity of contract*"

Często próbuje się utożsamiać zobowiązania wynikające z umowy międzynarodowej i kontraktu państwowego, przez transponowanie na grunt stosunków między państwem a zagranicznym – partnerem prywatnym prawnomiędzynarodowej interpretacji zasady *pacta sunt servanda.*

Od zasady *pacta sunt servanda* trudno się oderwać, pisząc o stosunkach umownych. Przypomnijmy jedynie, iż w stosunkach umownych między podmiotami prawa międzynarodowego szczególnie się ją eksponuje, podkreślając wyjątkową trwałość zobowiązań traktatowych, mówiąc wręcz o „świętości umów"[31].

Ta interpretacja, korzystna dla prywatnych inwestorów, traktowana jest jako ważna gwarancja dla indywidualnych partnerów w kontraktach państwowych[32].

L. C. Wadmond pisze wyraźnie, że: „*agreements between sovereign and foreign national have a sanctity under international law*"[33]. Podobnie uważa H. Wehberg: „*the principle of sanctity of contracts is an essential condition of the life of any social community. No economic relations between states and foreign corporations can exist without the principle pacta sunt servanda*"[34].

Bezdyskusyjne jest twierdzenie, że zasada *pacta sunt servanda* jest wspólna wszystkim stosunkom umownym[35]. Jak się wydaje, inne jest jednak znaczenie tej zasady między dwoma suwerennymi państwami, które traktatowo kształtują wzajemne relacje, niż w przypadku kontraktu pomiędzy państwem i zagranicznym podmiotem niepaństwowym. W tej drugiej sytuacji możemy mówić wyłącznie o cywilnoprawnej zasadzie *pacta sunt servanda,* gdyż tylko w tym zakresie obaj kontrahenci są równoprawnymi podmiotami.

Naturalnie również w prawie cywilnym przestrzeganie zawartych umów jest regułą generalną, zwłaszcza w obrocie profesjonalnym i międzynarodowym zwraca się uwagę na zasadę realnego wykonania zobowiązań. Nie wydaje się jednak, by *per analogiam* można było mówić o „świętości umów" prawa cywilnego. Jest sprawą bezsporną, że w związku ze znacznie większą niestabilnością stosunków gospodarczych, niż np. terytorialno-politycznych, kontrakty są znacznie bardziej elastyczne w porównaniu z umowami międzynarodowymi. Znacznie szybciej odzwierciedlają na przykład koniunkturalne zmiany gospodarcze. Wydaje się, że ta

[31] Zob. np. londyńska deklaracja o świętości umów z 17.01.1891 r., według której „żadne państwo nie może zwolnić się z zobowiązań traktatu, ani zmienić jego postanowień inaczej, jak tylko za zgodą układających się stron, osiągniętą przez przyjazne porozumienie".

[32] Przy czym na ogół zapomina się, że idea ta jest bronią obosieczną, gdyż może się zdarzyć, że to strona państwowa powoła się na ową „świętość", zmuszając kontrahenta prywatnego do wykonania zobowiązania kontraktowego.

[33] **L. C. Wadmond**: *The Sanctity of Contract between a Sovereign and Foreign National*, „Proceeding of American Bar Association" 1957, s. 177 i nast.

[34] **H. Wehberg**: *Pacta sunt servanda*, AJIL 1959, vol. 53,s. 788; zob. także cytowane wyżej poglądy R. Delsona.

[35] Por. orzeczenie w sprawie Sapphiro – *Le régle pacta sunt servanda est la basé meme de toute relation contractuelle.*

cecha kontraktu jest dla stron korzystna, pozwala uniknąć zbędnego „skostnienia" podstawy stosunku kontraktowego, dając możliwość dostosowania umowy do aktualnych realiów ekonomicznych.

Patrząc w sposób realistyczny na relacje umowne, w jakich uczestniczy strona państwowa, widzimy niebezpieczeństwo jednostronnych, arbitralnych działań państwa, które powołując się na atrybut suwerenności, niekorzystnie dla drugiej strony modyfikuje treść umowy. Nie wydaje się, by temu mogła przeciwstawić się koncepcja „*sanctity of contract*". Odrzucić także trzeba, równie skrajne, stanowisko, że państwo w każdym wypadku stoi ponad kontraktem państwowym, że może w każdym czasie, dowolnie, jednostronnie zmienić treść umowy bądź od niej odstąpić[36]. Obie przeciwstawne koncepcje, mają to samo źródło, przenoszą bezkrytycznie rozwiązania prawa międzynarodowego publicznego w sferę stosunków cywilnoprawnych.

Starając się dać rozwiązanie jak najbliższe praktyce obrotu, należałoby się opowiedzieć za przyjęciem dla kontraktów państwowych domniemania klauzuli „*rebus sic stantibus*". Prawidłowa, obiektywna interpretacja pojęcia „zmiany stosunków" winna być wystarczającą barierą przed działaniami państwa zupełnie nieuzasadnionymi, samowolnymi, nierzadko wrogimi, maskowanymi ideą suwerenności lub interesem publicznym. Podkreślić trzeba, że klauzula „*rebus sic stantibus*" winna mieć zastosowanie obustronne.

Dość powszechnie uważa się, że reguła „*rebus sic stantibus*" jest zaprzeczeniem zasady „*pacta sunt servanda*". Spojrzeć wszakże można na ten problem inaczej. Jeśli uznamy zasadę przestrzegania umów, jako instrument umacniający wolę stron umowy, to istnienie klauzuli *rebus sic stantibus* jest gwarancją, że owa wola nie obróci się, w zmienionych stosunkach, przeciwko stronom umowy. W tym ujęciu klauzula *rebus sic stantibus* jest uzupełnieniem i konsekwencją zasady *pacta sunt servanda.*

Wydaje się, że pełna akceptacja teorii cywilnoprawnej, odnoszącej się do klauzuli *rebus sic stantibus* na gruncie kontraktów państwowych, stanowi jedną z istotniejszych różnic w zestawieniu z umowami międzynarodowymi, albowiem w prawie międzynarodowym kwestia wpływu zmiany stosunków na obowiązywanie umów jest nadal przedmiotem kontrowersji[37].

5.2.4. Powiązanie umów międzynarodowych z kontraktami państwowymi

Na swoistą konwergencję umów międzynarodowych i kontraktów państwowych wpływa jeszcze jedno zjawisko, które sygnalizowaliśmy, pisząc o umowach inwestycyjnych. Chodzi o ścisłą więź zobowiązań prawnomiędzynarodowych,

[36] **W**, s. 211 i cytowane tam poglądy saudyjskiego doradcy prawnego Hendryxa.

[37] Zob. **M. Frankowska**: *Wypowiedzenie umowy międzynarodowej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1976, s. 10; **AT. Jasudowicz**: *Wpływ zmiany okoliczności na obowiązywanie umów międzynarodowych. Norma rebus sic stantibus*, Toruń 1977, *passim*.

wynikających z klasycznych umów międzynarodowych i zobowiązań międzynarodowych zawartych w kontraktach państwowych. Na ogół dochodzi do „unii personalnej" obu typów zobowiązań, gdyż po stronie państwowej te same organy zawierają oba rodzaje porozumień. Nierzadko dochodzi do podwójnej reglamentacji prawnej jednego stosunku gospodarczego, zarówno umową międzynarodową, jak i umową cywilnoprawną. Umowy międzynarodowe warunkują często zawarcie odpowiednich kontraktów państwowych[38]. Zdarza się również, że umowa międzynarodowa wyraźnie wskazuje, iż jej wykonanie nastąpi przez zawarcie umów cywilnoprawnych, a nawet wskazuje określone podmioty publiczne i kontrahentów prywatnych z państw będących stronami umowy międzynarodowej. Podkreśla się w literaturze, że „wielce niepewny" jest charakter prawny porozumień „wykonawczych" w ramach umów międzynarodowych o współpracy kulturalnej i naukowej[39].

Także w licznych kontraktach państwowych, zawierających przede wszystkim postanowienia cywilnoprawne, spotykamy wyraźne odesłanie do umowy międzynarodowej łączącej stronę państwową i państwo macierzyste kontrahenta prywatnego. Liczne są przykłady, gdy umowa międzynarodowa „aprobuje", „zatwierdza" porozumienie w formie zwykłego kontraktu lub kontraktu państwowego[40].

Brak jakichkolwiek podstaw normatywnych, które mogłyby stanowić punkt wyjścia do oceny, czy i na ile wspomniane więzi wpływają na charakter kontraktów, kontraktów państwowych i umów międzynarodowych. Wydaje się, że mimo wspomnianej konwergencji każdy z tych typów umów, mimo tak wyraźnego powiązania, nie traci swej tożsamości i odrębności. Każdy z nich wiąże się z innym systemem prawnym. Nie ulega wszakże wątpliwości, że wzajemne relacje poszczególnych rodzajów umów są dowodem na przenikanie się płaszczyzn regulacji prawnej w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

---

[38] Widzimy to np. w systemie gwarancji finansowych. Zob. umowa z 14.03.1964 r. między IBRD a Algierią, w kwestii gwarancji państwowych za Compagnie Algérienne de Méthane Liquide (CAMEL), ILM 1964, nr 3, s. 821 i nast.

[39] Por. **VR**, s. 124. Autor podaje przykład kontraktu między SONTRACH i ERAP, stanowiącego „załącznik" do francusko-algierskiej umowy międzynarodowej z 29.06.1965 r., ILM, 1965, nr 4, s. 809.

[40] Na przykład umowa z 25.10.1962 r. między firmą Sud-Aviation i British Aircraft Corporation została „zaaprobowana" przez francusko-brytyjska umowę międzynarodową (sprawa Concorde), kontrakt państwowy między argentyńskim Gas de Estado i boliwijską firmą Gulf Oil Company z 23.06.1968 r. (ILM 1971, vol. 10, s. 94) zatwierdzony został wymianą not między Argentyną i Boliwią. **VR**, s. 126, zwraca uwagę na ciekawą relację umów TOVALOP z 7.01.1969 r. i CRISTAL z 14. 01.1971 r., które wyraźnie zachęcają państwa do zawierania odpowiednich konwencji międzynarodowych w zakresie odpowiedzialności cywilnej za zanieczyszczenia olejowe; umowy offsetowe zależne zapewne będą od polskich zobowiązań w ramach NATO (zob. **MHO**).

5.3. KONTRAKT PAŃSTWOWY A UMOWA ADMINISTRACYJNA

5.3.1. Pojęcie umowy administracyjnej

Porównanie kontraktu państwowego z umową administracyjną napotyka na szereg trudności. Przede wszystkim konstrukcja umowy administracyjnej charakterystyczna jest jedynie dla niektórych systemów prawa wewnętrznego. Poza tym nie istnieje powszechnie akceptowana definicja tej umowy; rozbieżności istnieją nawet w doborze cech uznawanych za charakterystyczne dla umowy administracyjnej. Niewątpliwie umowa administracyjna skonstruowana została dla potrzeb obrotu wewnętrznego i ściśle jest powiązana z konkretnym systemem prawa administracyjnego. Dlatego sądzić należy, że właściwsze będzie porównywanie w obu rodzajach umów właściwych im cech w ujęciu abstrakcyjnym, bez opierania się na określonym systemie prawa administracyjnego.

Francuska teoria umowy administracyjnej (*contrat administratif*) podlegała istotnej ewolucji. Początkowo nie podkreślano istotnych różnic między umowami prawa prywatnego a umowami administracyjnymi, z czasem wywiedziono jednak koncepcję „klauzul wykraczających poza prawo powszechne". Tego typu klauzule podkreślały prerogatywy władzy publicznej, ograniczały wyraźnie swobodę umów[41]. Następnie rozwinięto pojęcie tzw. „służby publicznej" (*servicé public*). Tak więc umowę administracyjną charakteryzuje istnienie owych specyficznych klauzul, które wykraczają poza tradycyjne rozwiązania prawa cywilnego oraz udział kontrahenta w wykonywaniu służby publicznej. Istotna dla umowy administracyjnej jest niezwykle silna pozycja strony reprezentującej administrację, co przejawia się na wszystkich etapach stosunku kontraktowego. Między innymi stronie administracyjnej służy prawo kontroli, możliwość stosowania sankcji w stosunku do partnera umownego, prawo jednostronnej zmiany warunków umowy bądź nawet jej rozwiązania. Do szczególnie istotnych różnic, w stosunku do umów cywilnoprawnych, należy poddanie umów administracyjnych sądownictwu administracyjnemu[42].

W nauce niemieckiej używa się dwóch określeń: umowa publicznoprawna (*öffentlichrechtliche Verträg*) i umowa administracyjna (*verwaltungsrechtliche Verträg*). Nie wdając się w szczegóły poszczególnych ujęć[43], można przyjąć, że cechami typowymi dla interesującej nas grupy umów są: strona podmiotowa, to znaczy, iż po

---

[41] Por. **A. de Laubadére**: *Traité élemataire de droit administratif*, Paris 1963, s. 297 oraz ML, s. 179 i cytowana tam literatura.

[42] Zob. **MHC**, s. 83; **W. Brzeziński**: *Sądowa kontrola administracji we Francji*, Warszawa 1960, s. 34.

[43] Bliżej zob. **S. Biernat**: *Działania wspólne w administracji państwowej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1979, s. 98 i nast.

jednej ze stron musi występować osoba prawna prawa publicznego – „nosiciel władzy publicznej", wyłączenie spod działania ogólnych przepisów prawa cywilnego. Należałoby jednak zauważyć, że do umów administracyjnych stosuje się zasadę *pacta sunt servanda*. Jak widzimy, uniwersalność tej reguły potwierdza się także w obszarze umów administracyjnych. Trzeba również zwrócić uwagę na istotne analogie w ujmowaniu umów publicznoprawnych w zestawieniu z powyższymi uwagami na temat umów międzynarodowych.

Chodzi o posiłkowe stosowanie zasad prawa cywilnego, gdyż – podobnie jak w prawie międzynarodowym – w prawie administracyjnym brak jest odpowiednich uregulowań. W literaturze niemieckiej zwraca się uwagę na większą stabilność umów administracyjnych, z drugiej zaś strony podkreśla się konieczność stosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, w większym zakresie niż ma to miejsce w umowach cywilnoprawnych[44].

Doktryna austriacka zawiera różne opinie na temat umów administracyjnych, od pełnej afirmacji do negacji. T. Öhlinger proponuje, aby przez umowę administracyjną rozumieć „umowę należącą do prawa publicznego, zawartą między organem administracji a podmiotem prywatnoprawnym, opartą na zasadzie podporządkowania"[45]. Zwraca on ponadto uwagę na sposób rozstrzygania sporów; rozstrzygają je organy administracji z prawem kontroli przez sądy administracyjne.

Umowy administracyjne znane są także w wielu innych państwach, przy czym na ogół ich wykorzystanie wiąże się z przejawami interwencjonizmu państwowego. Przykładem może być Algieria. Obowiązujące w tym kraju prawo cywilne wyróżnia umowy cywilnoprawne i umowy administracyjne. Umowami administracyjnymi są umowy wskazane przez konkretne normy prawne[46] lub tzw. klasyczne umowy administracyjne, które polegają m.in. na przejmowaniu przez podmioty niepaństwowe mienia będącego własnością państwa, uzyskiwaniu koncesji w zakresie świadczenia usług komunalnych[47].

Większość autorów piszących o umowach administracyjnych podkreśla, że w sferze prawa administracyjnego są one instrumentem pozwalającym przezwyciężyć skostniałe koncepcje wyłączności decyzji administracyjnej, otwierającym przed administracją, czyli przed państwem, potencjał wysoce elastycznych metod cywilnoprawnych. Na przydatność konstrukcji umowy administracyjnej zwraca się

---

[44] Por. **E. Forsthoff**: *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München-Berlin 1956, s. 246-247.

[45] **T. Öhlinger**: *Umowa administracyjna*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska" 1978, vol. 25, Sectio G, s. 169.

[46] Zob. ordonans z 30.01.1974 r. Jest to jeden z nielicznych przykładów, gdy o przynależności do grupy umów administracyjnych nie decyduje strona podmiotowa, lecz przedmiot umowy, np. wszelka umowa o pracę, umowa dostawy zawarta w systemie planowej gospodarki. Zob. **M. Boussoumah**: *L'enterprise socialiste en Algérie*, Paris 1983, s. 653.

[47] Por. *Sovetskoje i inostrannoje graždanskoje prawo, problemy wzaimodiejstwija i razwitia*, red. **W. P. Mozolin**, Moskwa 1989, s. 300-301.

coraz powszechniej uwagę[48]. J. Łętowski wyrażał to bardzo dobitnie: „polska teoria i praktyka broni się jeszcze przed totalną akceptacją formy umowy administracyjnej, jest to jednak tylko kwestia czasu"[49].

5.3.2. Podobieństwa i różnice

Zastanawiający jest fakt, że analogii dla kontraktów państwowych w umowach administracyjnych poszukiwało wielu autorów[50], a przecież umowy te wykazują jedynie dość powierzchowne podobieństwo do kontraktów państwowych.

Podobieństwem niewątpliwym jest zróżnicowanie podmiotowe. O ile jednak w przypadku kontraktów państwowych strony dążą do wyrównania pozycji stron, podejmują starania, by naturalną różnicę między stroną państwową a zagranicznym partnerem prywatnym wyrównać, czy to przez zrzeczenie się określonych przywilejów przez państwo, czy też przez oderwanie od państwowego systemu prawnego, o tyle istota kontraktowej więzi administracyjnej sprowadza się do utrwalenia faktycznej i formalnej nierównowagi stron. Tak więc, jeśli u podstaw kontraktu państwowego leży idea równorzędności partnerów, właściwa obrotowi międzynarodowemu, to u podstaw umowy administracyjnej leży zasada „podporządkowania" właściwa dla stosunków administracyjnych.

Kontrakty państwowe zawierane są zawsze w imieniu państwa, przez rząd lub inny organ państwowy, na ogół uprawniony także do zawierania umów międzynarodowych, natomiast umowy administracyjne mogą być zawierane przez każdy organ administracji, w ramach jego właciwości terytorialnej i rzeczowej.

Zdecydowaną różnicą jest podporządkowanie umów administracyjnych prawu publicznemu, chociaż pomocnicze zastosowanie mają normy cywilnoprawne. Odwrotnie jest w przypadku kontraktów państwowych, które generalnie podlegają normom cywilnoprawnym, a nawiązania do norm publicznoprawnych są wyjątko-

---

[48] Zob. **T. Öhlinger:** *op. cit.*, s. 181, **S. Biernat:** *op. cit.*, s. 103; **P. Stojanov**: *La theorie des contrats administratif et le droit socialiste*, „Revue de droit Public et de la Science Politique" 1966, nr 3-4, s. 229 i nast.; **S. A. Jampolska**: *O tieorii administratiwnogo dogowora*, „Sovetskoje Gosudarstwo i Prawo" 1966, nr 10, s. 132 i nast.; **W. J. Nowosiełow**: *K woprosu ob administratiwnych dogoworach*, „Prawowiedienije" 1969, nr 3, s. 40 i nast.

[49] **J. Łętowski**: *W sprawie granic między prawem publicznym i prywatnym* [w:] Prace z prawa cywilnego. *Księga pamiątkowa J. S. Piątowskiego*, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1985, s. 361, **H. Dawidowicz**: *Umowy administracyjne w gospodarce uspołecznionej*, PUG 1964, nr 1, s. 4 i nast.; **D. Kijowski:** *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji* państwowej, PiP 1987, nr 2, s. 86 i nast.; **G. Domański, R. Pietrusiński**: *Aspekty cywilnoprawne zamówień rządowych*, PUG 1984, nr 2, s. 40 i nast.; **Z. Kmieciak**: *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką narodową*, RPEiS 1987, nr 3, s. 159 i nast.

[50] Zob. **VJG**, s. 240; **G. Langrod**: *Administrative Contracts. A Comparative Study*, AJIL 1955, vol. 4, s. 325; **A. Fatouros**: *The Administrative Contracts in Transnational Transactions: Reflections on the Uses of Comparison, Ius Privatum Gentium*, Festschrift für M. Rheinstein, Tübingen 1969, s. 259 i nast.

we. Zasadą jest poddawanie kontraktów państwowych prawu powszechnemu, a nie regulacjom administracyjnoprawnym, nawet w sytuacji gdy właściwe jest prawo strony państwowej.

Istotną różnicą jest niemożliwość oderwania umowy administracyjnej od konkretnego systemu organizacji administracji i prawa administracyjnego. Umowy administracyjne są integralnie związane wewnętrznym porządkiem prawnym. Zdaniem A. Verdrossa, jest to główna różnica w stosunku do kontraktu państwowego, który „nie jest oparty na wewnętrznym porządku prawnym, lecz bazuje na ogólnych zasadach prawa"[51].

Kontrakty państwowe nie są związane w zakresie interpretacji i wykonania z normami wewnętrznego systemu prawnego, lecz kreują mniej lub bardziej samowystarczalny, oparty na *lex contractus*, porządek prawny. Według niektórych autorów, porządek ten jest niezależny i wyczerpujący[52]. Trudno sobie wyobrazić, by jakiekolwiek prawo administracyjne dopuszczało tak daleko idącą swobodę kształtowania stosunku kontraktowego przez organ administracji. Nie sposób sobie także wyobrazić oderwania umowy administracyjnej od krajowego prawa publicznego; nie do pogodzenia są normy prawa międzynarodowego z normami prawa administracyjnego, opartymi na absolutnym autorytecie tworzącego je państwa. Nie wydaje się możliwe zrzeczenie się przez państwo immunitetu w umowie administracyjnej, podobnie jak stosowanie przez organ administracji prawa obcego, czy poddanie się przezeń obcej jurysdykcji.

I w tym przypadku pozorna jest analogia co do specjalnego trybu rozstrzygania sporów. Szczególny tryb rozstrzygania sporów z umów administracyjnych ma na celu utrwalenie dominującej pozycji państwa, wykorzystanie przepisów prawa publicznego. Natomiast odrzucenie państwowego sądownictwa w przypadku *state contracts*, na rzecz arbitrażu, ma na celu ugruntowanie równorzędności partnerów, eliminowanie przewagi strony państwowej.

Wszystko to skłania do wniosku, że opcja administracyjna nie powinna być przyjmowana jako podstawa konstrukcyjna kontraktów państwowych. Wydaje się, że wszelka administratywizacja stosunków z zagranicznym partnerem prywatnym jest niekorzystna dla międzynarodowego obrotu gospodarczego[53]. Ta konstatacja wydaje się szczególnie istotna dla umów offsetowych, albowiem u.o. dość wyraź-

---

[51] **V**, s. 637-639; **VJG**, s. 356 i nast.

[52] **VJG**, s. 358.

[53] Odmiennie należałoby oceniać przydatność umowy administracyjnej w obrocie wewnętrznym. **J. Starościak** [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1978, s. 104, pisze, że „na awans umowy do roli jednej z podstawowych form działania administracji istotny wpływ wywarła teoria prawa, przede wszystkim cywilnego". Forma umowy administracyjnej wydaje się szczególnie przydatna w związku z powstaniem w Polsce samorządu terytorialnego. Osobną kwestią jest coraz szersze wykorzystywanie tzw. **umów koncesyjnych** (wydobywanie bogactw naturalnych, autostrady), zob. **M. H. Koziński**: *Koncesjonowanie morskiej działalności górniczej i geologicznej w Polsce*, PM 1995, vol.V, s.125 i nast. i tegoż: *Morskie prawo publiczne*, Gdynia 1997, s. 83 i nast.

nie administratywizuje stosunki prawne w ramach offsetu, tworząc nawet nową strukturę administracyjną, jaką jest Komitet do Spraw Umów Offsetowych przy ministrze właściwym do spraw gospodarki.

5.4. KONTRAKT PAŃSTWOWY JAKO UMOWA PRAWA CYWILNEGO

Podejmując temat kontraktów państwowych od początku wydawało się oczywiste, że gospodarczemu charakterowi stosunków między państwem a zagranicznym podmiotem prywatnym, najlepiej odpowiadać powinna konstrukcja umowy cywilnoprawnej. Przedstawione wyżej porównania z jednej strony potwierdzają to wstępne założenie, z drugiej zaś uzmysłowiają, że istnieje abstrakcyjna, uniwersalna struktura prawna umowy „bezprzymiotnikowej". Ta właśnie struktura powoduje, że mimo różnic istniejących w poszczególnych działach prawa zawsze między umowami możemy dostrzec elementarne podobieństwo.

Wydaje się, że omawiając tak specyficzną grupę umów, jakimi są kontrakty państwowe, celowe jest nawiązanie do najbardziej elementarnych, pierwotnych składników umowy. Nie bez przyczyny tak często powoływano fundamentalną zasadę *pacta sunt servanda*. W obrocie międzynarodowym w ogóle, a być może na przykładzie kontraktów państwowych w szczególności, widzimy, że coraz bardziej wysublimowane teorie kontraktowe właściwe poszczególnym systemom prawnym, określonym szkołom prawniczym, odgrywają stosunkowo niewielką rolę. Wydaje się, że tak jak nie sposób narzucić swej woli niezależnemu kontrahentowi zagranicznemu, tak nie można narzucać mu swej ideologii, nawet jeśli chodzi tylko o idee prawne. Cóż przeto pozostaje stronom umów, sędziom i arbitrom? Na ogół jedynie odwołanie się do pryncypiów prawa umownego, które przez nikogo nie mogą być kwestionowane. Sądzić można, że dlatego rozwój teorii zobowiązań międzynarodowych jest nadal w powijakach i długo trzeba będzie czekać na wypracowanie jednolitego, międzynarodowego prawa kontraktowego.

Jak dowodzi przykład wielu orzeczeń, oparcie kontraktów państwowych na nieprecyzyjnych zasadach ogólnych nie jest wystarczające i w zakresie merytorycznej treści kontraktu nieodzowne jest sięgnięcie do rozwiązań zawartych w regulacjach cywilnoprawnych. Czy jednak uznanie kontraktu państwowego za rodzaj umowy cywilnoprawnej oznacza przejęcie rozwiązań współczesnego prawa cywilnego niejako „z dobrodziejstwem inwentarza"? Abstrahując od oceny, który z systemów prawa cywilnego wchodziłby w grę, generalnie wniosek taki wydaje się dyskusyjny.

Chodzi o to, że teoria prawa cywilnego w ostatnich latach ulega dość ważnym zmianom. Polegają one między innymi na tym, że *consensus*, czyli sprawcza przyczyna umowy, podstawa jej konstrukcji, ulega deformacji, staje się coraz bardziej formalny, odległy od realnej zgodności oświadczeń, nie wspominając już o woli

stron[54]. Ograniczenie „współpracy kontraktowej" stron, właściwe dla obrotu wewnętrznego, jak na razie nie znajduje odzwierciedlenia w międzynarodowym obrocie gospodarczym.

W wewnętrznym prawie cywilnym dość wyraźnie zauważalna jest ostatnio tendencja do podważania zasady autonomii woli stron, coraz wyraźniejsze są ograniczenia swobody umów[55]. Trudno kwestionować te trendy we współczesnej cywilistyce, mają one bowiem głębokie uzasadnienie w praktyce obrotu i w teorii. Jednak w odniesieniu do obrotu międzynarodowego ograniczenia te są dość wątpliwe. Jeśli przyjmiemy za A. Stelmachowskim, że autonomia woli stron w prawie cywilnym jest zależna od stopnia autonomiczności podmiotów[56], to w stosunkach międzynarodowych owa autonomiczność jest bez porównania większa niż w obrocie wewnętrznym.

Wydaje się, że stosowanie do kontraktów państwowych tego rodzaju nowych koncepcji prawa cywilnego, wypracowanych na gruncie innych stosunków społeczno-gospodarczych, rozwijających się w innym tempie i w innych kierunkach, byłoby przeskoczeniem pewnego etapu rozwoju stosunków kontraktowych obrotu międzynarodowego. Naturalnie, powyższe stanowisko może być kwestionowane, tym bardziej że także w literaturze prawa międzynarodowego zwraca się uwagę na ograniczenie autonomii woli stron[57]. Podkreślić jednak trzeba, że nie chodzi nam o negację ogólnego rozwoju teorii zobowiązań, wnioski powyższe opieramy bowiem wyłącznie na praktyce międzynarodowej związanej z kontraktami państwowymi. Praktyka ta, jak się wydaje, zatrzymała się na wręcz dziewiętnastowiecznej, klasycznej teorii prawa cywilnego. Zapewne słusznie brzmi postulat G. Glucka, że teoria autonomii kontraktowej musi być uzupełniona „delikatną równowagą pomiędzy sferą publiczną a prywatną"[58]. Nie widać jednak – jak na razie – instrumentów prawnych zachowania tej równowagi, zakotwiczonych poza wolą stron kontraktu państwowego.

Głównym kryterium wyróżniającym kontrakty państwowe jest ich strona podmiotowa. Należałoby się zastanowić, czy jest to dość wyrazisty wyróżnik. Zauważyć trzeba, że kryterium to jest powszechne przy określaniu rodzajów umów na-

---

[54] Por. **E. Łętowska**: *Kształtowanie się odrębności obrotu mieszanego* [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1983, s. 578 i nast.; zob. także **Z. Radwański**: *Toria umów*, Warszawa 1977, s. 84.

[55] Zob. np. **M. Sośniak**: *Z problematyki oceny pojęcia umowy w kontynentalnej doktrynie europejskiej* [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa A. Szpunara*, Warszawa-Łódź 1983, s. 230-232 i cytowana tam literatura. **M. Horowitz** (*The Historical Foundations of Modern Contract Law*, „Harvard Law Review" 1974, vol. 89, s. 917 i następne) stwierdza, że „dziewiętnastowieczna idea pełnej autonomii jest coraz bardziej obecnie krępowana przez prawo".

[56] **A. Stelmachowski**: *Ewolucja autonomii woli* [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, red. E. Łętowska, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1983, s. 159.

[57] Por. **S. K. B. Asante**: *Stability of contractual relations in the transnational investment process*, ICLQ 1979, vol. 28, nr 3, s. 401 i nast.

[58] **G. Gluck**: *Standard Form Contract: The Contract Theory Reconsidered*, ICLQ 1979, vol. 28, nr 1, s. 72 i nast.

zwanych, dzięki niemu także wyodrębnia się umowy międzynarodowe i administracyjne. Podobnie rzecz się ma z umowami gospodarczymi[59].

Uznanie kontraktu państwowego za rodzaj umowy cywilnoprawnej spowodowane jest wyraźną dominacją treści cywilnoprawnych i konstrukcji prawa cywilnego w stosunkach kontraktowych pomiędzy państwem a zagranicznym podmiotem niepaństwowym. Ocenę tę uzupełnić należy jeszcze jednym niezwykle istotnym elementem: kontrakt państwowy jest ponadto zawsze kontraktem międzynarodowym.

Kontrakty międzynarodowe lub międzynarodowe kontrakty gospodarcze należą do umów budzących liczne wątpliwości[60]. Podkreśla się wprawdzie, że okoliczność, czy kontrakt zawarty jest w obrocie wewnętrznym czy międzynarodowym, nie wpływa zasadniczo na jego naturę prawną, lecz kontrakty funkcjonujące w sferze międzynarodowego obrotu gospodarczego różnią się jednak pewnymi elementami[61].

Jak stwierdza G. R. Delaume, nie można powiedzieć, że istnieje obecnie definicja kontraktu międzynarodowego[62]. Na trudność w sformułowaniu wspomnianej wyżej specyfiki kontraktów tego rodzaju zwracają uwagę także inni autorzy[63].

Głównym elementem wyróżniającym jest bez wątpienia „czynnik międzynarodowy", który przede wszystkim oznacza, że strony kontraktu są różnej „narodowości"[64]. Na pozór okoliczność ta nie powinna budzić zastrzeżeń, ale nie zawsze łatwo określić przynależność ponadnarodowych korporacji, filii, oddziałów przedsiębiorstw zagranicznych oraz coraz bardziej komplikujących się form organizacyjnych obcej partycypacji kapitałowej. Poza tym nie wszystkie kraje analogicznie rozumieją ten zasadniczy element kontraktu międzynarodowego. Przykładowo praktyka francuska dość liberalnie podchodzi do międzynarodowości kontraktu, uznając za międzynarodowe nawet kontrakty między podmiotami francuskimi, o ile np. płatności w transakcji mają być dokonane w obcej walucie, gdy dług główny wynika z transakcji międzynarodowej – to umowy gwarancyjne lub poręczenia także mają międzynarodowy charakter. Wydaje się, że obecnie zdecydowanie niewystarczające dla określenia międzynarodowego charakteru kontraktu jest kryterium siedziby stron umowy, a nawet konieczność przekroczenia przez towar

[59] Zob. np. **A. Rembieliński**: *Umowa gospodarcza* [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa A.Szpunara*, Warszawa-Łódź 1983, s. 188. Na temat koncepcji umowy gospodarczej zob. bliżej **M. H. Koziński**: *Morskie prawo gospodarcze*, cz.1, Gdynia 1999, s. 88 -89.

[60] Por. obszerne zbiory studiów z zakresu prawa kontraktowego: *Renaissance du phénoméne contractuel*, Liegé-La Haye 1971, *Le contrat économique international – stabilité et evolution*, Bruxelles, Paris 1975.

[61] **J. Łopuski:** *Międzynarodowe kontrakty gospodarcze a zagadnienie autonomii woli*, PPHZ 1985, vol. 9, s. 32-33. Zob. także **M. Dragun-Gertner**: *Ograniczenie autonomii woli stron morskich kontraktów żeglugowych*, Gdańsk 1996, s. 55 i nast.

[62] **G. R. Delaume**: *What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma*, ICLQ 1979, vol. 28, s. 279.

[63] **J. Łopuski**: *op. cit.*, s. 32; **D**, § 65, s. 37 i nast.

[64] **G. R. Delaume**: *op. cit.*, s. 262.

granic jednego krajowego systemu prawnego[65]. Trafny jest sąd J. Łopuskiego, że „element zewnętrzny" kontraktu, występujący czy to *ratione personae,* czy też *ratione materiae,* nie zawsze decyduje o jego międzynarodowym charakterze[66].

Wydaje się, że kontrakty państwowe z istoty swej nie budzą takich wątpliwości, gdyż sam układ podmiotowy powoduje, że kontrakt taki nigdy nie ciąży ku jednemu systemowi prawnemu; zbieg różnych możliwości podporządkowania czyni z kontraktów państwowych klasyczny przykład międzynarodowego kontraktu gospodarczego.

Poza „elementem międzynarodowym" za wyróżniki kontraktu międzynarodowego uznaje się m.in. swoisty sposób negocjacji, prowadzonych przez prawników specjalizujących się w problematyce międzynarodowego obrotu gospodarczego, przedmiot kontraktu oraz odrębny tryb rozstrzygania sporów. Wszystkie te czynniki charakterystyczne są dla kontraktów państwowych. Przedmiot takich kontraktów, jak koncesje międzynarodowe, zagraniczne pożyczki państwowe, niektóre rodzaje gwarancji międzynarodowych, a także umowy offsetowe, jest właściwy wyłącznie dla międzynarodowych stosunków gospodarczych.

W sumie można stwierdzić, że kontrakty państwowe stanowią jeden z ważniejszych rodzajów współczesnych kontraktów międzynarodowych. Analogicznie jak te kontrakty, trzeba je zaliczyć do szeroko rozumianej kategorii kontraktów, czyli umów prawa cywilnego z elementem zagranicznym. Jednak zasadniczą konstrukcję cywilnoprawną kontraktów państwowych „zakłóca" z jednej strony specyfika kontraktu międzynarodowego, z drugiej własna odrębność, wynikająca z udziału strony państwowej i daleko idącej publicyzacji.

5.5. REGLAMENTACJA PRAWNA KONTRAKTÓW PAŃSTWOWYCH

5.5.1. Prawo międzynarodowe

Przed kilkudziesięciu laty, gdy problem umów zawieranych przez państwa z zagranicznymi podmiotami indywidualnymi, dopiero był postrzegany, w nauce prawa międzynarodowego zdecydowanie dominował pogląd, że wspomniane stosunki kontraktowe nie mogą być regulowane przez prawo międzynarodowe. Wyrazicielem tego stanowiska był Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, którego słynne zdanie cytowane jest powszechnie do dziś – „*Tout contrat qui n'est pas un contrat entré des États en tant que sujets du droit international a son fon-*

[65] **G. R. Delaume**: *op. cit.*, s. 268, autor zwraca uwagę, że dominująca w praktyce francuskiej teoria o uznawaniu za międzynarodowe kontraktów, z którymi wiąże się przekraczanie granic przez wartości majątkowe i towary, zastępowana jest coraz wyraźniej koncepcją przyjmującą, że kontrakt można uznać za międzynarodowy jeśli dotyczy „międzynarodowego interesu handlowego".

[66] **J. Łopuski**: *op. cit.*, s. 35.

dement dans une loi nationale"[67]. Nadto podkreślano, że prawo międzynarodowe może regulować wyłącznie stosunki publicznoprawne, nie zaś prywatnoprawne[68]. Zasady te próbowano utrwalić w międzynarodowym porządku prawnym[69].

Zdawać by się mogło, że powyższa teza, w świetle rozwoju aktywności gospodarczej państwa, winna być dzisiaj zweryfikowana, jako niezgodna ze współczesnymi koncepcjami prawa międzynarodowego. Jednak i dzisiaj można spotkać się z pełną akceptacją wspomnianych wyżej poglądów[70], przy czym uzasadnienie tego stanowiska jest bardzo zróżnicowane. Przykładowo dawne państwa socjalistyczne pryncypialnie podchodziły do kwestii suwerenności i podmiotowości międzynarodowej. Argumentacja podtrzymująca te tradycyjne poglądy była wyraźnie zabarwiona ideologią[71]. Innymi motywami kieruje się cały szereg państw rozwijających się, które nawet nie usiłują przytaczać prawnych argumentów, lecz przez akceptację powstałych w innej epoce, zasad chcą storpedować zakusy potencjalnych prywatnych kontrahentów, co do denacjonalizacji czy internacjonalizacji przyszłych kontraktów państwowych[72].

Jakiekolwiek próby eliminowania prawnomiędzynarodowej reglamentacji kontraktów państwowych byłyby dzisiaj zupełnie oderwane od realiów międzynarodowego obrotu gospodarczego. W ogóle wydaje się, że dotychczasowe podejście doktryny prawa międzynarodowego do kwestii kontraktów jest nie do utrzymania. Jednocześnie trudno się ustrzec przed refleksją, że wielokrotnie internacjonalizacja jest poszukiwaniem alibi prawnego dla postanowień kontraktowych, których nie

---

[67] W orzeczeniu dotyczącym pożyczek serbskich (1929 r.) Case Concerting the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, PCIJS No 20 (21, s. 41-42) wyrażono nawet myśl, że: „*un État souverain... ne peut être presumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui á ce sujet á une loi autre que sa loi propre*". Zob. także orzeczenie w sprawie pożyczek brazylijskich, oraz sprawę Panevezys – Sololutiskis Railway, w której wyrażono pogląd, że „*...the property rights of individuals in each State depend on the municipal law of each State*", PCIJS Nr 76.

[68] **F. Liszt**: *Das Völkerrecht*, Berlin 1925 (wydane przez M. Fleischmanna) wyd. 12, s. 2.

[69] Zob. Report of the Comittee for Study of International Loan Contracts, League of Nations Publication, 1939, II, A. 10, s. 21 – *Every contract which is not an international agreement (...) is subject to municipal law*.

[70] Np. **C. F. Amerasinge**: *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, AJIL 1964, vol. 13, s. 898 i 905-906. W pracach nad rezolucją ONZ nr 1803/XVII, dotyczącą stałej suwerenności nad bogactwami naturalnymi, przeciwstawiono się (Irak, Liban, Syria, ZSRR) amerykańskiej koncepcji, by zasady rezolucji objęły także kontrakty państwowe. Na temat znaczenia tej rezolucji zob. **M**, s. 242 i nast.

[71] Por. **I. I. Łukaszuk**: *op.cit.*, s. 91-56, autor w internacjonalizacji kontraktów państwowych widzi próbę przemycenia idei podmiotowości międzynarodowej wielkich korporacji i dążenie do ochrony kapitału inwestycyjnego. Zob. także **A. N. Tałałajew**: *Prawo mieżdunarodnych dogoworow*, Moskwa 1980, s. 96. Por. również **G. Neumann**: *Zum Rechtscharakter von Vereinbarungen zwischen Staaten und Wirtschaftsunternehmen in dem internationalen Beziehungen*, „Wissenschaftliche Zeitschrift der Hochschule fôr Ökonomie „Bruno Leuschner", Berlin 1982, nr 4, s. 61-63. Autorka skupiała się na umowach koncesyjnych, w których z jednej strony występuje państwo socjalistyczne, z drugiej prywatny koncern zagraniczny, podkreśliła przy tym ich cywilnoprawny charakter i niewłaściwość zachodnich koncepcji internacjonalizacyjnych.

[72] **W**, s. 119.

może zaakceptować prawo wewnętrzne[73]. Z powodu braku odpowiednich uregulowań merytorycznych, dotyczących stosunków kontraktowych, korzystanie z międzynarodowego porządku prawnego jest bardzo trudne. Niewątpliwie słuszny jest pogląd P. Weila, że do prawa międzynarodowego trzeba obecnie dopisać nowy rozdział[74].

Ocenę poglądów akceptujących możliwość międzynarodowej reglamentacji kontraktów państwowych utrudnia nie tylko istnienie ogromnego bogactwa stanowisk w tej materii, ale przede wszystkim wątpliwości powoduje niejednoznaczność wielu koncepcji, by nie powiedzieć enigmatyczność. Poza tym poszczególni autorzy nie zawsze uzasadniają swoje twierdzenia, niesłusznie zakładając ich oczywistość. Dla przykładu można wymienić następujące poglądy, które wykazują większą niż inne konsekwencję.

F. A. Mann, jeden z głównych zwolenników umiędzynarodowienia kontraktów państwowych, uważa, że nie ma żadnych przeszkód, by kontrakty z udziałem państwa i podmiotu indywidualnego mogły być regulowane normami prawa międzynarodowego. Jednak kontrakt państwowy może być zinternacjonalizowany wyłącznie z woli stron, to znaczy, że prawo międzynarodowe może mieć zastosowanie nie *ex lege*, lecz *ex contractu*[75]. Autor poza umowami koncesyjnymi podaje przykłady szeregu umów finansowych, opartych na zasadach prawa międzynarodowego, w tym umowy kredytowe zawierane przez IBRD[76]. Istota poglądu tego autora sprowadza się do klasycznego rozróżnienia dwóch porządków prawnych, wewnętrznego i międzynarodowego, oraz odrzucenia koncepcji trzeciego porządku prawnego. Jednak, jego zdaniem, komercjalizacja umów międzynarodowych i internacjonalizacja kontraktów są różnymi aspektami tej samej fundamentalnej idei, polegającej na tym, że nie można już dzisiaj mówić o istnieniu wyłącznej płaszczyzny zastosowania określonego prawa. Przenikanie się obu płaszczyzn regulacji widzimy na przykład w zakresie odpowiedzialności majątkowej państwa[77]. W istocie zarówno prawo międzynarodowe, jak i prawo krajowe „są gałęziami tego samego drzewa", trudno przeto na podstawie kryterium podmiotowego ograniczać stosowanie każdego z tych działów[78].

Według **R. Y. Jenningsa**[79], nie ma w strukturze prawa międzynarodowego i w stosunkach między prawem międzynarodowym a prawem wewnętrznym niczego, co wykluczałoby stosowanie prawa międzynarodowego bezpośrednio do

---

[73] Por. **G. Delaume**: *What is an International Contract?*, ICLQ 1979, vol. 28, s. 258 i nast. oraz **D**, § 5, s. 37 i nast.

[74] **W**, s. 119.

[75] **MNL**, s. 19.

[76] **MNP**, s. 52-53.

[77] **MNS**, s. 574.

[78] Zob. także **MNL**, s. 11; tegoż: *Reflections on a Commercial Law of Nations*, BYIL 1957, vol. 33, s. 20 i nast.; tegoż: *Die Verträge der Völkerrechtsubiekte und die Parteiautonomie* [w:] *Ius et lex*, Festgabe zum M. Gutzwiller, Basel 1959, s. 465 i 477; tegoż **MNP**, s. 34 i 43.

[79] **R. Y. Jennings**: *State Contract in International Law*, BYIL 1961, vol. 35, s. 181-182.

kontraktów państwowych. Autor nie wyklucza stosowania do tej kategorii umów prawa krajowego, jako „*proper law*", z tym wszakże, iż prawo międzynarodowe „*is therefore relevant to the contractual situation as an adiectival law*". Szczególnej roli nabiera prawo międzynarodowe w przypadku *breach of contract*. Autor polemizuje w tym zakresie z F. A. Mannem, twierdząc, że zerwanie kontraktu państwowego w prawie krajowym zawsze stanowi pogwałcenie prawa międzynarodowego. Koncepcja ta jest wyraźnie tendencyjna, nie chodzi tu bowiem o uzasadnienie właściwości prawa międzynarodowego dla kontraktu, czy uznania go za rodzaj umowy międzynarodowej, lecz o zapewnienie prawnomiędzynarodowej odpowiedzialności państw, na wypadek gdyby strona państwowa jednostronnie uchyliła się od swych cywilnoprawnych zobowiązań kontraktowych.

Zdaniem **P. Weila**, właściwy do regulowania umów między państwem a zagranicznym podmiotem indywidualnym jest prawnomiędzynarodowy porządek prawny, ale porządek znacznie zmodyfikowany, gdyż autor proponuje utworzenie nowej gałęzi prawa międzynarodowego tzw. **międzynarodowego prawa kontraktów** (*droit international des contrats*), które rozumie jako „*l'ensemble des régles de droit international public relatives aux contrats passés entre un Etat et un ressortissant étranger*"[80]. Autor uważa, że w prawie międzynarodowym istnieją zasady, które mogą stanowić podstawy międzynarodowego prawa kontraktów. Jeżeli chodzi o źródło tego prawa, to P. Weil nie poprzestaje na katalogu określonym w art. 38 statutu MTS. Według niego, także normy prawa wewnętrznego poszczególnych państw, w zakresie stosunków kontraktowych, są cennym źródłem prawa.

Podobnie, nieco postulatywnie, ujmuje kwestie reglamentacji kontraktów państwowych **K. G. Borchers**, który w konkluzji swych obszernych i niezwykle interesujących wywodów stwierdza, że ten rodzaj kontraktów winien być poddany reglamentacji prawnomiędzynarodowej. Zdaniem autora „międzynarodowe prawo kontraktów gospodarczych" jest znacznie bliżej prawa międzynarodowego niż prawa krajowego: „*Das internationale Wirtschaftsverträgsrecht und das Völkerrecht stehen also nebeneinander unter dem gemainsamen Dach des Rechtes der Internationalen Gemeinschaft*"[81].

Zwolennikami zbliżonych poglądów na temat umiędzynarodowienia kontraktów państwowych są: W. Wengler[82], H. D. Lange[83], G. Schwarzenberger[84], F. V. Gar-

[80] **W**, s. 189.

[81] **BR**, s. 209.

[82] **W. Wengler**: *Bemerkungen zu den Verträgen nichtstaatlicher Verbände und ihrer Organe mit Staaten und Staatsorganen* [w:] Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi, Milano 1957, t. II, s. 423 i nast.; tegoż: *Agreements of States with other Parties than States in International Relations*, „Revue Hellénique de Droit International" 1955, vol. 8, s. 113 i nast., tegoż: *Immunité législative des contrats multinationaux*, RCDIP 1971, nr 4, s. 459-661.

[83] **H. D. Lange**: *Die Internationalen Banken*, Göttingen 1963, s. 139 i nast. – przede wszystkim chodzi o umowy finansowe banków międzynarodowych z podmiotami prywatnymi.

[84] **G. Schwarzenberger**: *The Protection of British Property Abroad*, „Current Legal Problems" 1952, vol. 5, s. 312 i nast.

cia-Amador[85], T. T. F. Huang[86], B. Bindschedler[87], W. Schaumann[88], C. H. Winkler[89], M. Grassi[90], H. J. Gutike[91], Ch. M. Spofford[92].

Specyficznym ujęciem kontraktów państwowych, także wyraźnie łączącym te umowy z prawem międzynarodowym publicznym, jest koncepcja tzw. *„beschränkt völkerrechtlichen Verträges"*. Przedstawia ją K. H. Böckstiegel, zaznaczając, że samo pojęcie przejął od G. Schwarzenbergera. Wydaje się, że jest to jedna z mutacji teorii o istnieniu umów zbliżonych do umów międzynarodowych, ale nie będących nimi. Nazywa się je również *quasi-international contracts* bądź *quasi-international agreements*[93]. Umowy te są „ograniczone", dlatego że jeden z podmiotów, będący ich stroną, nie jest podmiotem prawa międzynarodowego, ale są międzynarodowe, gdyż mają do nich zastosowanie niektóre zasady prawa międzynarodowego, zwłaszcza zasada *pacta sunt servanda*. Cechy tych umów w pełni uzasadniają określenie *quasi* gdyż wiele z nich upodabnia je do umów międzynarodowych, np. zawieranie ich w imieniu państwa przez te same organy, które uprawnione są do zawierania umów międzynarodowych, mieszany publicznoprawny i prywatnoprawny charakter, możliwość wyłączenia jurysdykcji sądowej na rzecz międzynarodowego arbitrażu.

Osobna grupa poglądów internacjonalizuje kontrakty państwowe poprzez stosowanie do nich tzw. „ogólnych zasad prawa narodów cywilizowanych". Głównym rzecznikiem tego poglądu był Lord McNair. Autor ten, wychodząc z klasycznego założenia, że prawo międzynarodowe jest wyłącznie *ius inter gentes*[94], oraz opierając się na klasycznej teorii prawa międzynarodowego publicznego, skłania się jednak wyraźnie w kierunku „trzeciego porządku prawnego". Porządek ten stanowić miałyby *„general principles of law recognized by civilized nations"*. McNair uważa, że wspomniane zasady są nie tylko źródłem pomocniczym, uzu-

---

[85] **F. V. Garcia-Amador**: *State Responsability. Reports to the International Law Commission,* „Yearbook of the International Law Commission" 1959, II, s. 28 i nast.

[86] **T. T. F. Huang**: *Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question,* AJIL 1957, vol. 51, s. 284, 307.

[87] **B. Bindschedler** [w:] dyskusji nad pracami Kippa i Zweigerta, BDGVR, Heft 5, s. 232-233 – „Jeżeli państwo zawiera umowę koncesyjną z zagranicznym przedsiębiorstwem, to tym samym uznaje partnera za podmiot prawa międzynarodowego i umowa ta jest podporządkowana prawu międzynarodowemu".

[88] **W. Schaumann** [w:] *ibidem*, s. 238.

[89] **C. H. Winkler**: *Verträge zu Gunsten und zu Zasten Dritter im Völkerrecht*, Leipzig 1932, s. 74.

[90] **M. Grassi**: *Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Winterthur 1955, s. 34.

[91] **G**, s. 65 i nast. Autor podkreśla znaczenie zasady *„pacta sunt servanda"* jako podstawy tego typu umów, zasady podstawowej w prawie międzynarodowym.

[92] **Ch. M. Spofford**: *Third party judgement and international economic transactions*, RCADI 1964, vol. 113, s. 153.

[93] Tak zwłaszcza **H. Pazarici**: *La responsabilité internationale des États á l'occasion des contrats conclus entre États et personnes priveés étrangéres*, RGDIP 1975, vol. 79, s. 354 i nast.; tegoż: *La responsabilité internationale des États en matiére contractuelle,* Ankara 1973, *passim.*

[94] **Lord McNair**: *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations,* BYIL 1957, vol. 33, s. 10.

pełniającym luki w prawie, lecz stanowią odrębny, samodzielny porządek prawny[95]. Słusznie zwraca się uwagę, że pogląd o stosowaniu ogólnych zasad prawa do kontraktów państwowych nie może być utożsamiany wyłącznie z grupą poglądów akceptujących prawnomiędzynarodowe podporządkowanie tej grupy umów, jak to czyni m.in. F. A. Mann[96]. Coraz wyraźniej to zapatrywanie trzeba łączyć z owym „trzecim porządkiem prawnym", gdyż ogólne zasady prawa „wyrosły ponad swoje znaczenie, jako źródła prawa międzynarodowego"[97]. Wydaje się, że taka interpretacja koresponduje z zasadą autonomii woli i znajduje wyraz w praktyce szeregu kontraktów państwowych. K. Zweigert mówi wyraźnie, że podporządkowanie kontraktu ogólnym zasadom prawa jest wyjściem w przypadku, gdy „struktura kontraktu jest tego rodzaju, że lokalizacja go w krajowym porządku prawnym, jest niemożliwa z punktu widzenia interesów obu stron"[98].

Twierdzenia na temat samowystarczalności i odrębności ogólnych zasad prawa, jako autonomicznego porządku prawnego, nie tylko deprecjonują dotychczasowy rozwój prawa, lecz wręcz prowadzą do cofnięcia tego rozwoju na zupełnie pierwotny etap. Nie wydaje się możliwe w praktyce obrotu dokonywanie oceny merytorycznej niezwykle złożonych stosunków kontraktowych z udziałem państwa wyłącznie na bazie ogólnych zasad. W większości orzeczeń arbitrażowych spełniają one jedynie rolę subsydiarną, korygującą i uzupełniającą prawo pozytywne.

Tak więc próba stworzenia namiastki porządku prawnego na podstawie ogólnych zasad prawa, w odniesieniu do kontraktów państwowych, nie wydaje się udana. Tego typu internacjonalizacja kontraktów tworzy szczególnie zauważalną niepewność i mimo że w niektórych orzeczeniach arbitrażowych miała pozytywne skutki, nie wpływa na zwiększenie bezpieczeństwa obrotu międzynarodowego.

Krytycznie należy odnieść się do jeszcze jednej metody internacjonalizacji kontraktów państwowych. Jest to bowiem nie tyle metoda umiędzynarodowienia samego kontraktu, co raczej odpowiedzialności kontraktowej państwa. Niektórzy autorzy chcą pogodzić dwie trudne do pogodzenia sprawy, z jednej strony klasyczną doktrynę podmiotowości prawa międzynarodowego, a z drugiej dążenie do zapewnienia prawnomiędzynarodowej ochrony stronie kontraktu, która nie jest podmiotem prawa międzynarodowego.

Jednym z bardziej interesujących rozwiązań jest **konstrukcja *„denial of justice"***. Istota jej sprowadza się do tego, że państwo, które jest kontrahentem zagranicznego podmiotu indywidualnego, winno mu zapewnić należytą ochronę jego praw. Chodzi o ochronę przed bezprawnymi, a nawet zgodnymi z prawem, lecz

[95] *Ibidem,* s. 19. Zob. także **BR**, s. 177; **Z**, s. 210; **K**, s. 182.

[96] **MNL**, s. 11 i nast.; **MNP**, s. 34 i nast.

[97] **B**, s. 112; **Z**, s. 201 i nast.; **R. B. Schlessinger, H. J. Grundish**: *Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren*, „Rabels Zaitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" 1964, vol. 28, s. 29 i nast.; **J. F. Lalive**: *Un recent arbitrage Suisse entré un organisme d'État et une societé privé étrangere (Sapphire International Peroleum Ltd c. NIOC)*, „Schweizeriches Jahrbuch für internationales Recht" 1962, vol.15, s. 247 i nast.

[98] **Z**, s. 208.

wyraźnie jednostronnymi, dyskryminacyjnymi działaniami państwa lub jego organów. Tak więc państwo zawsze winno zapewnić cudzoziemcowi należytą ochronę prawną – w przypadku uchybienia tej generalnej regule państwo narusza prawo międzynarodowe[99]. Zatem, w gruncie rzeczy, ta koncepcja międzynarodowa, wiąże się z zasadą stosowania do kontraktów państwowych prawa wewnętrznego strony państwowej i jurysdykcji państwowej. Partner prywatny powinien mieć możność skorzystania z oceny niezależnego sądu krajowego[100]. Jak słusznie podkreśla K. G. Borchers, konstrukcja ta nie jest „superrewizją" lecz jej celem jest zapobieżenie aktom samowoli państwa w majestacie prawa[101], chodzi o sytuacje, gdy „*...manifestly unjust decision is rendered with the evident intention of causing injury to the alien*"[102]. W przypadku nieefektywności zobowiązania kontraktowego państwa i nieskuteczności ochrony interesów kontrahenta zagranicznego w wewnętrznym postępowaniu przed organami zainteresowanego państwa, może on zwrócić się o ochronę prawnomiędzynarodową, realizowaną przez państwo macierzyste podmiotu niepaństwowego. Wielu autorów wątpi w skuteczność tej formy ochrony interesów prywatnych kontrahentów[103].

Bardziej syntetyczne ujęcie poglądów na temat internacjonalizacji kontraktów państwowych, a zwłaszcza umiędzynarodowienia przy pomocy odpowiedzialności międzynarodowej strony państwowej, pozwala wskazać dwie wyróżniające się tendencje: maksymalistyczną i minimalistyczną. Pierwsza zakłada, że każde naruszenie kontraktu państwowego jest sprzeczne z prawem międzynarodowym. Według zwolenników tego stanowiska, prawo międzynarodowe narzuca absolutne honorowanie zawartych umów. Prawnicy francuskojęzyczni określają tę zasadę jako „*caractéré obligatoire du contrat*"[104], zaś anglojęzyczni mówią o „*sanctity of contract*"[105]. Druga przyjmuje, że dla kontraktów państwowych właściwe jest w zasadzie prawo wewnętrzne państwa strony kontraktu, przy czym naruszenie praw strony niepaństwowej, przez zmianę postanowień tego prawa, jednostronnie

---

[99] Zob. bliżej **Ch. de Visscher**: *Le deni de justice en droit international*, RCADI 1935, vol. 52, s. 365 i nast.; **A. V. Freemen**: *The International Responsability of States for Denial of Justice*, London 1939.

[100] **W. Weith, K. H. Böckstiegel**: *Der Schutz von ausländischen Vermögen im Völkerrecht*, Baden-Baden 1962, s. 162; **F. V. Garcia-Amador**: *op. cit.*, s. 5; ten ostatni ujmuje tę kwestię nastepująco: „*...if the court of the State did not allow the alien concerned to exercise: a) the right to apply tu such courts or the competent organs of the State, by means of remedies and proceedings which offer adequate and effective redress for violations of fundamental human rights and freedoms, and b) the right to a public hearing, with proper safeguard, by the competent organs of the State, in the determination of rights and obligations under civil law...*".

[101] **BR**, s. 122.

[102] **F. V. Garcia-Amador**: *op. cit.*, s. 5.

[103] **F**, s. 252; por. także **R. Y. Jennings**: *op. cit.*, s. 166.

[104] **W**, s. 134; **M. Bourquin**: *op.cit.*, s. 860 i nast.

[105] Por. **H. Wehberg**: *op. cit.*, s. 778; **L. C. Wadmond**: *op. cit.*, s. 177 i nast.; **L. T. Kissam, E. K. Leach**: *Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*, „Fordham Law Review" 1957, s. 618 i nast.

korzystne dla państwa, czy też uniemożliwienie dochodzenia roszczeń przez zagranicznego kontrahenta, stanowi rodzaj „deliktu międzynarodowego".

Zasadnicze wątpliwości budzą oba rozwiązania i to nie tylko dlatego, że formuła międzynarodowej odpowiedzialności kontraktowej państwa nie wyszła poza sferę projektów. O ile do zaakceptowania byłoby, *pro futuro*, skonstruowanie modelu odpowiedzialności majątkowej *ex contractu* państwa, która oparta byłaby na normach prawa międzynarodowego, o tyle sztuczna wydaje się metoda „ratowania" zobowiązania cywilnoprawnego strony państwowej przez transformowanie go w zobowiązanie międzynarodowo-publicznoprawne. Mimo to wydaje się, że ogólna tendencja do umiędzynarodowienia kontraktów państwowych utrwaliła się w nauce prawa międzynarodowego[106]. Chociaż z wieloma szczegółowymi koncepcjami nie można się w pełni solidaryzować, gdyż starają się one dostosować klasyczne rozwiązania prawa międzynarodowego do nowych, bardzo specyficznych wymogów, zamiast wymuszać dalszy rozwój norm tego prawa, przełamywać istniejące bariery, tworzyć nowy porządek prawny, zacierający granice między prawem wewnętrznym i międzynarodowym, publicznym i prywatnym, to przyznać trzeba – w świetle praktyki – że znaczenia prawa międzynarodowego w reglamentacji kontraktów państwowych, nie sposób nie doceniać.

5.5.2. Prawo wewnętrzne

Pomimo wyraźnego trendu do internacjonalizacji stosunków obligacyjnych pomiędzy państwem a zagranicznym kontrahentem prywatnym, bez wątpienia najbardziej naturalnym prawnym systemem odniesienia dla kontraktów – także ich szczególnej odmiany, którą omawiamy – jest jeden z krajowych porządków prawnych. Trudno kwestionować fakt, że w dotychczasowej praktyce prawo wewnętrzne ma największe znaczenie dla kształtowania treści zobowiązań powstających między państwem a jego niepaństwowym kontrahentem zagranicznym. Niektóre rodzaje państwowych kontaktów inwestycyjnych, w tym także umowy offsetowe – co wyżej wyeksponowano – są integralnie związane z porządkiem prawnym zainteresowanego państwa[107].

Forma wyboru prawa wewnętrznego jest bardzo zróżnicowana. Nie zawsze wybór jest wyraźny, niekiedy nasuwają się wątpliwości, zwłaszcza w kontekście innych klauzul umownych. Nieraz za wybór pośredni uznaje się klauzulę określa-

[106] **H. Lauterpacht**: *Emprunts norvégiens,* CIJ Report 1957, s. 37-38; tenże: *The Drafting of Traties for the Protection of Investment*, ICLQ 1962, Supplementary Publication Nr 3, s.18 i nast. – „kontrakt międzynarodowy winien być podporządkowany jakiemuś prawu wewnętrznemu, nie oznacza to jednak, że prawo wewnętrzne może być sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi państwa. Prawo wewnętrzne nie może uniknąć całkowicie kontroli prawa międzynarodowego...".

[107] Zob. **BR,** s. 85; **J. Salzwedel**: *Die Grenzen des öffentlich – rechtlichen Vertäges*, Berlin 1958, s. 125; **H. Mosler**: *Ius cogens im Völkerrecht, „Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht"* 1968, vol. 25, s. 80 i nast.

jącą właściwość sądu krajowego jako organu orzekającego w sporach wynikających z kontraktu. Nie wydaje się to jednak słuszne, gdyż judykatura krajowa w tego typu sprawach także się wyraźnie internacjonalizuje. Najczęstszym obecnie rozwiązaniem jest wybór określonego porządku prawnego wewnętrznego i uzupełnienie go przez odwołanie się również do innych systemów normatywnych czy reguł interpretacyjnych o pozakrajowym pochodzeniu. Zgodnie z tą praktyką tworzą się różnorodne „mieszane reglamentacje prawne"[108]. Wydaje się, że wybór prawa staje się podstawą do stworzenia indywidualnego, charakterystycznego dla danego kontraktu „środowiska prawnego", w ocenie którego zawodzą dotychczasowe metody. Nawet jeśli w tej reglamentacji przeważają normy zaczerpnięte z prawa wewnętrznego, powstaje nowa jakość, co daje wielu autorom asumpt do twierdzenia, iż wytwarza się „trzeci porządek prawny".

Należy podkreślić, że o ile internacjonalizacyjne próby delokalizacji kontraktu państwowego zwykle są udziałem doktryny oraz arbitrażu, o tyle same strony najczęściej swą autonomię wyrażają wyborem w ramach prawa wewnętrznego. Wydaje się to oczywiste, gdyż kształtując swój stosunek kontraktowy borykają się przede wszystkim z materią cywilnoprawną, a jak wspomniano, w tym zakresie możliwości prawa międzynarodowego są bardzo ograniczone.

Wielość krajowych systemów prawnych z góry daje możliwość wyborów optymalizujących reglamentację stosunku kontraktowego. Możliwe są następujące opcje:

a) prawo wewnętrzne strony państwowej;

b) prawo wewnętrzne państwa macierzystego kontrahenta niepaństwowego;

c) prawo wewnętrzne kraju trzeciego;

d) łączenie systemów prawa krajowego, najczęściej chodzi o prawa obu partnerów kontraktu;

e) prawo wewnętrzne uzupełnione odesłaniem do zasad dobrej wiary;

f) akceptowane przez strony zasady prawne krajowych porządków prawnych obu stron, a przy kontraktach wielostronnych wszystkich uczestników umowy;

g) kombinacja różnych, wyżej wspomnianych rozwiązań i nawiązanie do prawa, które trudno określić jako wewnętrzne lub międzynarodowe;

h) swoisty wybór prawa poprzez uprawnienie arbitrażu bądź arbitra do orzekania *ex boni et aequi*, co sprowadza się najczęściej do orzekania w oparciu o system norm prawa krajowego, najlepiej znanych arbitrowi.

Jak widać, zasada autonomii woli pozwala każdy kontrakt państwowy poddać właściwości prawa wewnętrznego bądź związanego z prawem wewnętrznym melanżu normatywnego. Przypomnijmy, że szereg koncepcji umiędzynarodowienia kontraktów państwowych nie wyklucza stosowania obu zasadniczych porządków prawnych łącznie. Pewne jest, że na gruncie kontraktów państwowych, kwestia

[108] **M. Sośniak**: *Prawo prywatne międzynarodowe*, Katowice 1978, s. 154. Autor odrzuca możliwość poddania umowy (czy poszczególnych jej elementów) kilku wybranym systemom prawnym lub przepisom wybranym z kilku różnych systemów prawnych.

wyboru prawa jest jednym z najważniejszych dylematów stojących przed stronami i zupełnie wyjątkowo strony nie podejmują w tej mierze konkretnej decyzji, przemyślanej i optymalizującej wzajemne interesy ekonomiczne, a nierzadko polityczne.

Za stosowaniem do kontraktów państwowych przede wszystkim prawa wewnętrznego opowiadają się m.in.: G. Kojanec[109], J. Szaszy[110], G. Brehme[111].

Omawiając związek kontraktu państwowego z prawem wewnętrznym, nie możemy – bez rozwijania tej problematyki – nie nawiązać do zasad **prawa międzynarodowego prywatnego**. W większości bowiem systemów prawnych to one właśnie kreują swobodę stron w wyborze prawa właściwego dla kontraktu z elementem obcym. One też, w braku wyboru prawa, zawierają wskazówki normatywne co do określenia prawa właściwego dla kontraktu.

Zanim wszakże przejdziemy do oceny metody kolizyjnej, jako swoistego ekwiwalentu wyboru prawa, kilka uwag o wyborze prawa jako łączniku subiektywnym. Powstaje problem, czy wypracowane w prawie międzynarodowym prywatnym koncepcje oceny wyboru prawa przystają do interesującej nas formy zobowiązań umownych. Posłużymy się przykładem polskiej ustawy z 1965 r.[112], ale uwagi te można odnieść do zdecydowanej większości systemów prawa kolizyjnego.

Zgodnie z art. 25 § 1 p.p.m., wybrane przez strony może być tylko prawo[113] i to pozostające w związku ze stosunkiem zobowiązaniowym[114]. Oba ograniczenia stoją w jawnej sprzeczności z praktyką autonomii woli wykazywaną przez strony kontraktów państwowych.

W prawie polskim nie jest dopuszczalny tzw. **wybór negatywny**, polegający na udzieleniu stronom uprawnienia do uchylenia się od właściwości prawa wskazanego łącznikiem obiektywnym, zawartym w normie kolizyjnej[115]. Inaczej mówiąc, nie może być mowy – w świetle naszego prawa kolizyjnego – o umowach „bez prawa".

Wypada zgodzić się z dominującym poglądem, że wybór prawa dla umowy, w tym także dla kontraktu państwowego, stanowi odrębną umowę (*pactum de lege*

---

[109] **G. Kojanec**: *The Legal Nature of Agreements Concluded by Private Entities with Foreign States*, RCADI 1968, Colloque, s. 329.

[110] **J. Szaszy**: *The Proper Law of Contract in Trade between Eastern Europe and West*, ICLQ 1969, vol. 18, s. 103-128.

[111] **G. Brehme**: *Souveränität der jungen Nationalstaaten über Naturreichtümer*, Berlin 1967, s. 220 i nast.

[112] Ustawa z 12.11.1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (*Dz.U. Nr. 46, poz. 59 z późn. zmianami*).

[113] **M. Pazdan** (*Prawo prywatne międzynarodowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1987, s.125) podkreśla, że „nie może być to zespół norm o innym charakterze".

[114] **J. Jakubowski** (*Prawo międzynarodowe prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1984, s. 102) słusznie stwierdza, że w dziedzinie międzynarodowych transakcji handlowych ograniczenie to nie jest uzasadnione. Autor podaje przykład umów inwestycyjnych, gdy z reguły wybiera się prawo kraju trzeciego, zupełnie nie związanego ze stosunkiem zobowiązaniowym. Wspomniane zastrzeżenia są jeszcze bardziej zasadne na tle umów z udziałem strony państwowej.

[115] Zob. **M. Sośniak**: *op. cit.*, s. 153.

utendo) bez względu na to, czy dokonany jest w odrębnym akcie, klauzuli kontraktu podstawowego, przed zawarciem umowy zasadniczej, czy później, nawet już w toku sporu. Wydaje się jednak, że zawsze jest to umowa akcesoryjna, ściśle związana z umową podstawową, której odrębny byt prawny nie znajduje żadnego uzasadnienia. Dlatego wydaje się, że właściwe do oceny ważności wyboru prawa jest jedynie prawo wybrane. W przypadku nieważności umowy podstawowej, traci ważność wybór prawa dla niej dokonany[116].

Zasadniczego znaczenia nabiera jednak metoda kolizyjna w braku wyboru prawa właściwego przez strony. Jak już zauważono, w przypadku kontraktów państwowych jest to sytuacja zupełnie wyjątkowa. Rozważmy jednak, czy istniejące instrumentarium kolizyjne daje jednoznaczną odpowiedź na pytanie, jakie prawo ma być w tym przypadku zastosowane. Podkreślić trzeba, że łączniki obiektywne zawarte w art. 26 – 29 p.p.m. są wyraźnie dostosowane do konkretnych umów nazwanych prawa cywilnego. Powstaje przeto problem, czy fakt, że konkretna umowa sprzedaży lub przewozu jest kontraktem państwowym, nie powoduje, iż nabiera ona tak szczególnych cech, że nie powinna być utożsamiana ze zwykłym kontraktem handlowym. Była już o tym mowa wyżej, w tym miejscu przypomnijmy, że uznaliśmy, iż kontrakt państwowy nie jest zwykłą umową cywilnoprawną z elementem obcym. Tak więc nawet jeśli zawiera on *essentialia negotii* charakterystyczne dla określonej umowy nazwanej, to zawsze uzupełniają go elementy publicznoprawne.

Dlatego powstaje zasadnicza wątpliwość, czy właściwe jest stosowanie do kontraktów państwowych tych samych łączników obiektywnych, które mają zastosowanie do zwykłych umów prawa cywilnego. Podkreślić należy, że w katalogu umów uwzględnionych w przepisach polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, nie ma takich rodzajów zobowiązań, które najczęściej wiążą się z bezpośrednią aktywnością gospodarczą państwa. Podobnie jest w innych systemach prawnych.

Ogólna reguła art. 25 p.p.m. nie przystaje do zobowiązań związanych z bezpośrednią aktywnością gospodarczą państwa, zwłaszcza w sferze finansów międzynarodowych, gdzie przy pożyczkach dominuje prawo pożyczkodawcy. Zasada ta budzi wątpliwości także w odniesieniu do *joint ventures* i wieloetapowych powiązań obligacyjnych.

Dość istotny wpływ na określenie prawa właściwego dla kontraktów państwowych ma także arbitrażowy tryb rozstrzygania sporów z nich wynikających, a ściślej rzecz ujmując, postanowienia regulaminów arbitrażowych. Postanowienia te dalekie są od jakiegokolwiek automatyzmu przy korzystaniu z rozwiązań kolizyjnoprawnych[117].

---

[116] Odmiennie **M. Sośniak**: jw.

[117] Art. VII ust. 1 europejskiej konwencji o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r. zezwala arbitrom – w razie nieoznaczenia prawa przez strony – „stosować prawo wskazane przez normę kolizyjną, uznaną przez arbitrów za odpowiednią dla danego wypadku", podobnie art. 33 Regulaminu arbitrażowego UNCITRAL z 1976 r.

W sumie, wydaje się, że istniejące regulacje prawnokolizyjne nie uwzględniają zupełnie specyfiki zobowiązań powstających w związku z bezpośrednią aktywnością gospodarczą państwa w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Tak więc strony kontraktu państwowego, które nie dokonają wyraźnego wyboru prawa właściwego dla kontraktu, licząc na rozstrzygnięcie tej kwestii przez organ orzekający, który z konieczności bazować musi na ogólnych rozwiązaniach prawa prywatnego międzynarodowego, narażają się na ryzyko pewnej przypadkowości, przy czym decyzja sądu nie zadawala żadnej ze stron, chyba że zastosuje się, *per fas et nefas*, prawo strony państwowej.

Nie sposób przyjąć ogólnego domniemania właściwości prawa wewnętrznego strony państwowej we wszystkich kontraktach państwowych. Wprawdzie praktyka wypracowała pewne reguły, które można by uznać za taką wskazówkę, w braku wyboru prawa, choćby w przypadku umów inwestycyjnych czy finansowych[118], ale wniosek, że prawo wewnętrzne państwa stosuje się zawsze, gdy strona państwowa wchodzi w relacje kontraktowe z zagranicznym podmiotem niepaństwowym, jest zbyt daleko idący.

Należy jednak stwierdzić, że we wszystkich systemach prawa kolizyjnego istnieje generalna preferencja własnego prawa wewnętrznego. W Polsce, w braku odpowiednich łączników obiektywnych, w przypadku podważenia przez sąd wyboru prawa, np. w sytuacji przyjęcia przez strony za podstawę „ogólnych zasad prawa", może powstać trudność w określeniu prawa właściwego dla kontraktu państwowego, a wtedy na zasadzie art. 7 p.p.m. stosuje się prawo polskie.

Nic przeto dziwnego, że wobec braku w pełni jednoznacznych i precyzyjnych metod określania prawa właściwego dla zobowiązań umownych, od dawna powstają koncepcje, mające stanowić namiastkę wyboru prawa, a więc eksponujące zasadę autonomii woli poprzez formułowanie zasad tzw. **hipotetycznego, dorozumianego wyboru prawa**. Według J. Jakubowskiego, chodzi o to, „którego państwa prawo strony wybrałyby, jako właściwe dla umowy, gdyby w czasie zawierania umowy o tej sprawie pomyślały"[119].

Trudno jednak negować, dominującą w literaturze tezę, że koncepcja woli hipotetycznej jest oparta na zupełnej fikcji, że „próbuje odszukać coś, co nigdy nie istniało i nie może istnieć". Nie można jednak negować, iż koncepcja ta powstała wobec braku jednoznacznych rozwiązań kolizyjnych oraz że wyraźnie nawiązuje ona do zasady autonomii woli. Powoduje to, że w odniesieniu do kontraktów państwowych, w tak szerokim zakresie zdominowanych przez zasadę autonomii woli, metody tej całkowicie odrzucać nie można. Wydaje się również, że metoda woli hipotetycznej wyraźnie współgra z arbitrażowym trybem rozstrzygania sporów. Jest tylko problematyczne, czy mimo swej elastyczności pozwala ona na nawiązanie do innych niż prawo krajowe porządków prawnych.

[118] Por. **VR**, s. 137; **H. Cattan**: *The Law of Oil Concessions in Middle East and North Africa*, New York 1967, s. 20 i nast.

[119] **J. Jakubowski**: *op. cit.*, s. 103.

Należałoby dążyć do wypracowania takiego modelu kolizyjnej interpretacji stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez *state contract*, który zakładałby istnienie swoistego ***favor contrahendi***. Tak więc w ocenie właściwości prawa winna mieć zawsze znaczenie podstawowe wola stron wyrażona w sposób wyraźny bądź dorozumiany. Jeżeli nie można woli stron ustalić, to w duchu *favor contrahendi* sąd lub arbitraż powinien określać prawo właściwe, mając na uwadze istotę *consensusu* stron, ich wolę kompromisu i pełnej równorzędności i równoprawności obu stron. W tym duchu należałoby oceniać wszelkie obiektywne sposoby wskazania prawa właściwego. Wydaje się, że poszukiwanie woli hipotetycznej, określającej prawo właściwe dla kontraktu państwowego, wywodząc ją z autonomicznie, swobodnie wyrażonej woli zawarcia i wykonania kontraktu, a przede wszystkim woli zrealizowania określonego przedsięwzięcia gospodarczego, dającego korzyści obu stronom, skorelowane jest z ideą skrajnego subiektywizmu w ocenie prawa rządzącego umowami z udziałem państwa. Tak więc wniknięcie w „ducha kontraktu państwowego", kierowanie się *favor contrahendi*, mającym podtrzymać i umocnić stosunek umowny, zapewnić osiągnięcie celów kontraktowych stron, nawet jeśli prowadziłoby do przyjęcia – tak dyskusyjnej – woli hipotetycznej, jest mniejszym złem aniżeli mechaniczne stosowanie łączników zawartych w ustawach kolizyjnych. Dlatego słuszne wydaje się – na gruncie naszego prawa kolizyjnego – nawiązanie do wspomnianych koncepcji, wbrew dotychczasowemu stanowisku w tej materii. W odniesieniu do kontraktów państwowych ma to pełne uzasadnienie. Byłoby to zresztą zgodne z tendencją do zwiększania marginesu swobody sądu w rozstrzyganiu sporów z udziałem obcych kontrahentów, co może przyczynić się do optymalizacji orzecznictwa, dotyczącego międzynarodowego obrotu gospodarczego.

W tym miejscu musimy nawiązać do specyfiki umów offsetowych. Jak wyżej wskazano, w polskim systemie prawnym w przypadku tej grupy kontraktów państwowych poważnie ograniczono autonomię woli stron, a wręcz odrzucono ich autonomię kolizyjnoprawną. Dla umów offsetowych właściwe jest wyłącznie polskie prawo wewnętrzne na mocy normy merytorycznej art. 18 u.o. Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden nowy element w naszym systemie prawnym, który niejako koresponduje z narzuceniem właściwości prawa polskiego. Chodzi o nowe **przepisy o języku polskim**, które wymagają, by umowa była sporządzona w języku polskim, jeżeli jej stroną jest podmiot polski, a jej wykonanie ma nastąpić na terytorium Polski. Nie bez słuszności podnosi się w literaturze[120], że takie ograniczenie ustawowe ma istotny wpływ na właściwość prawa, stanowi wręcz formę „wymuszenia prawa polskiego". Nie trzeba tłumaczyć, jakie trudności może to spowodować w negocjacjach z zagranicznymi dostawcami, a w szczególności ile problemów przysporzyć może w przypadku, gdy ewentualny spór będzie rozstrzygany przez międzynarodowy arbitraż handlowy.

[120] Por. **A. Opalski**: *Ustawa o języku polskim a język umów w obrocie międzynarodowym*, „Glosa" 2000, nr 4, s. 3 i nast.

Znaczna publicyzacja *state contracts* wymaga rozważenia kontrowersyjnego problemu stosowania obcego prawa publicznego. Nie będziemy podejmować dyskusji na temat rozróżnienia prawa prywatnego i publicznego, wychodząc z założenia, że mimo wyraźnej utraty ostrości granic owego podziału, zwłaszcza w regulacjach dotyczących obrotu gospodarczego, bez wątpienia takie uregulowania, jak np. dewizowe, celne, podatkowe, administracyjne, powszechnie uznawane są za publicznoprawne.

Tradycyjnie w literaturze podkreśla się zasadę „terytorialności" prawa publicznego[121]. Nic przeto dziwnego, że sądy krajowe bronią się przed stosowaniem norm prawa obcego, obarczonego tylu negatywnymi cechami, a mają do tego poważny argument w postaci *orde public*. Zderza się w tym przypadku wola jednego państwa z wolą innego państwa, co praktycznie eliminuje normy obcego prawa publicznego jako potencjalną podstawę reglamentacji prawnej. Ta ogólna tendencja jeszcze wyraźniej widoczna jest w przypadku bezpośredniej aktywności gospodarczej państwa. Kolizja interesów dwu państw staje się w tym przypadku często trudna do przezwyciężenia.

Praktyka sądowa w poszczególnych krajach daleka jest od jednolitości. Zauważyć jednak można coraz więcej wyjątków od zasady terytorialności, sądy krajowe stosują obce prawo publiczne, przy czym jest to na ogół obwarowane różnymi zastrzeżeniami. Wydaje się, że zbytni tradycjonalizm doktryny prawa międzynarodowego prywatnego, w kwestii stosowania obcego prawa publicznego, jest jedną z głównych trudności w wykorzystaniu metody kolizyjnej w określaniu prawa właściwego dla kontraktów państwowych.

W stosunkach między państwem a podmiotem indywidualnym prawo publiczne winno wyrażać równowagę między interesem publicznym i prywatnym. Reguły prawa publicznego stanowią nierozłączną część całościowej koncepcji państwa. Prawo publiczne nie było akceptowane chyba głównie dlatego, że nie było powszechnie akceptowanego minimalnego standardu prawa publicznego. Byłoby nierealistyczne twierdzenie, że obecnie różnice między systemami prawa publicznego i koncepcjami państwa nie istnieją, ale niewątpliwie są one mniejsze niż do niedawna.

Pogląd wyrażony na warszawskiej konferencji International Law Association (ILA), że nie ma w prawie międzynarodowym generalnej zasady negującej transnarodową skuteczność obcego prawa publicznego, winien wpłynąć na dotychczasowe zapatrywania w tym zakresie. Na szczególną uwagę zasługują najnowsze

[121] Por. **P. Lalive**: *L'application du droit public étranger*, Annuaire 1975, vol. 56, Session de Wiesbaden, s. 222-223. Wielu autorów cytowanych w tym opracowaniu (Seidl-Hohelveldern, Mezger, Arminjon) podkreśla, że prawo publiczne to „*lois politiques*", a nawet prawo to obarcza się takimi cechami, jak: egoizm, dyskryminacyjny charakter, wrogość. Dodać by można do tego katalogu ideologizację i niekiedy jawny nacjonalizm. Na temat stosowania obcego prawa publicznego zob. także: **L. Hjerner**: *Foreign Exchange Restrictions and Private International Law*, Upsala 1957; **R. Heiz**: *Das Fremde öffentliche Recht im internationalen Kolisionrecht*, Zürich 1959; **F. A. Mann**: *Conflict of Laws and Public Law*, RCADI 1971, vol. 107, s. 191.

badania na temat stosowania norm publicznoprawnych[122]. Słusznie uznaje się dopuszczalność uwzględnienia obcych przepisów prawa publicznego[123], ale jest to nadal sprawa dyskusyjna w literaturze i w praktyce[124]. W. Popiołek opowiada się za „pośrednim" oddziaływaniem przepisów prawa publicznego, należących do systemów prawnych innych niż własny i *legis causae*, natomiast odrzuca koncepcję stosowania *stricte* obcych przepisów prawa publicznego w polskim prawie międzynarodowym prywatnym[125]. Wydaje się, że jest to wyraźny krok nauki prawa kolizyjnego w kierunku pełnej akceptacji prawa publicznego, etap ten jednak wyraźnie nie wystarcza do należytej oceny tak spublicyzowanych kontraktów jak *state contracts*.

5.5.3. „Trzeci porządek prawny"

5.5.3.1. Prawo transnarodowe i nowa *„lex mercatoria"*

Rozważania na temat tzw. „trzeciego porządku prawnego", jako podstawy reglamentacji prawnej kontraktów państwowych, wydają się szczególnie interesujące. Są one także bardzo istotne dla zrozumienia istoty prawnej omawianej grupy umów. Swoistego kolorytu tej problematyce nadaje nie tylko wielość i różnorodność stanowisk poszczególnych autorów, bowiem tematyka udziału państwa w obrocie gospodarczym do tego już nas przyzwyczaiła, ale przede wszystkim oryginalność niektórych ujęć, poszukiwanie zupełnie nowych dróg, łamiące dotychczasowe kanony teorii prawa.

Nie chcąc nadmiernie rozbudowywać poniższych rozważań, zwłaszcza w zakresie różnych mutacji koncepcji prawa międzynarodowego gospodarczego, prawa kontraktów międzynarodowych, pominiemy obszerną argumentację, dotyczącą wytyczenia granic tych nowych ujęć prawa międzynarodowego. Z naszego punktu widzenia istotna jest bowiem nie sama geneza owych koncepcji, lecz raczej przydatność tak określonego prawa do regulacji kontraktów państwowych.

Zwrócić trzeba uwagę na ważną kwestię logiczną. Otóż istnienie „trzeciego porządku prawnego" – nawet jeśli eksponuje się jego pełną autonomiczność – zależy od omówionych wyżej dwóch porządków prawnych. Trzeci porządek prawny istnieje zatem tylko wtedy, gdy zestawimy go z porządkami wewnętrznymi bądź międzynarodowym porządkiem prawnym. Możliwości teoretycznego formułowa-

[122] Zob. **W. Popiołek**: *Znaczenie przepisów „prawa publicznego" różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego*, PPHZ 1988, vol. 12, s. 56 i nast. oraz cytowana tam literatura.

[123] **M. Pazdan**: *op. cit.*, s. 78.

[124] Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 26.03.1982 r. (III CZP 61/80) OSNCA 1982, nr 11-12, s. 9, wypowiedział pogląd tyle anachroniczny, co kategoryczny, że „prawo publiczne pozostaje poza zakresem prawa międzynarodowego prywatnego".

[125] **W. Popiołek**: *op. cit.*, s. 73 i 75.

nia trzeciego porządku prawnego jest wiele. Po pierwsze u jego podstaw może leżeć całkowite odrzucenie jakichkolwiek więzi między tradycyjnymi systemami prawnymi. Po drugie mogą to być próby łączenia obu wspomnianych porządków prawnych i tworzenie systemu mieszanego, stanowiącego nową jakość. Wreszcie w grę może wchodzić tworzenie porządku prawnego, stojącego ponad prawem wewnętrznym i międzynarodowym, systemu uniwersalnego, który *pro futuro* byłby systemem w pełni omnipotentnym. Są także koncepcje bazujące na wydzieleniu z prawa międzynarodowego bądź prawa cywilnego zespołów norm związanych z instytucją kontraktu państwowego, czy szerzej – kontraktu międzynarodowego. Wydaje się jednak, że wbrew intencjom szeregu prawników, wspomnianej wyżej zależności logicznej nie można w żadnym razie ominąć.

Jeszcze jeden moment wydaje się godny podkreślenia. W tej grupie poglądów, kreujących zupełnie nowe teorie, burzących dotychczasowe systemy pojęć, trudno o pełną jednoznaczność. U podstaw poszczególnych twierdzeń leżą bowiem często diametralnie różne poglądy na temat istoty prawa i jego stratyfikacji. Niezwykle trudno sprowadzić do wspólnego mianownika sugestie Verdrossa, bazujące na normatywistycznej wizji Kelsena i poglądy przedstawicieli współczesnego prawa natury, twierdzenia autorów zachodnich eksponujące autonomiczność jednostki oraz zapatrywania autorów z byłych krajów socjalistycznych podnoszących przewagę interesu publicznego, społecznego nad wolą jednostki.

Wspomniano wyżej, że przybrała na sile w ostatnich latach dyskusja na temat „trzeciego porządku prawnego"[126], przy czym od dawna istnieją różne poglądy, nie tylko na temat jego treści, ale na temat jego istnienia bądź nieistnienia.

Warto zauważyć, że zjawisko poszukiwania „trzeciego wyjścia" nie jest charakterystyczne wyłącznie dla prawa regulującego międzynarodowy obrót gospodarczy. Podniesiono już fakt zacierania się różnic między prawem publicznym i prywatnym, co powoduje na styku prawa cywilnego i administracyjnego tworzenie sie prawnego „trzeciego świata"[127].

W prawie międzynarodowym od dawna istniały tendencje do obejmowania tą dyscypliną coraz to szerszego zakresu stosunków społecznych. Obecnie jednak wydaje się, że koncepcje uniwersalistyczne[128] w tej gałęzi prawa nie mają wyłącznie inspiracji teoretycznej, lecz uwzględniają po prostu aktualne potrzeby obrotu międzynarodowego. Między innymi instytucja kontraktu państwowego stymuluje rozwój koncepcji akceptujących „mieszane" reglametacje prawne. W płaszczyźnie

[126] Por. np. **E. Langen**: *Studien zum Internationalen Wirtschaftrecht,* München-Berlin 1963, s. 1 i nast., **B**, s. 136 i nast., **S**, s. 42 i nast.; **G. Kojanec**: *op. cit.*, s. 328; **K. Nagy**: *Problems of Relationship between International and Domestic Law* [w:] Questions of International Law, Budapest 1977, s. 125 i nast.; **W**, s. 179 i nast.

[127] **J. Łętowski**: *op.cit.*, s. 361 i nast.

[128] Np. **W. C. Jenks** (*The Common Law of Mankind*, London 1958, s.120), podkreśla uniwersalizację ogólnych zasad prawa, a **C. P. Jessup** (*op. cit.*, s. 2), także zwraca uwagę na uniwersalizację problemów ludzkości, a wszystko to, jak się wydaje, na podłożu założenia monistycznego, jak choćby w teorii „*un droit international unifé*" G. Scelle.

międzynarodowych zobowiązań umownych wyraźnie daje się zaobserwować konwergencja systemów prawnych[129]. Ważnym czynnikiem sprzyjającym tym tendencjom jest wyraźne nienadążanie rozwiązań kolizyjnoprawnych, o czym wyżej była mowa.

Jeżeli przyjąć za E. Langenem, że *obligatio* stanowi, jako *vinculum iuris*, most pozwalający przekraczać granice systemów prawnych, to niewątpliwie koncepcje prawa transnarodowego wydatnie ów most wzmacniają.

P. C. Jessup uważa, że wszystkie kontrakty należałoby podporządkować prawu transnarodowemu, obejmującemu normy prawne bez względu na ich pochodzenie. Tak więc wspomniana reglamentacja prawna obejmowałaby normy prawa międzynarodowego, krajowych porządków prawnych, publiczne i prywatne. Zdaniem tego autora, odpowiedzialność państwa może być regulowana przez prawo międzynarodowe, prawo krajowe własne lub obce. W odniesieniu do organizacji międzynarodowych odpowiednikiem prawa krajowego są ich statuty i wewnętrzne regulacje. Z drugiej zaś strony, odpowiedzialność korporacji i osób fizycznych może się opierać na prawie krajowym, własnym i obcym, prawie kolizyjnym lub międzynarodowym prawie publicznym[130]. Tak więc w tym ujęciu reglamentacji prawnej międzynarodowego obrotu gospodarczego charakter prawny kontrahentów stosunków obligacyjnych nie miałby większego znaczenia[131].

W. C. Jenks zmierza do podporządkowania kontraktów, w tym także kontraktów między państwami a podmiotami niepaństwowymi z innych państw, tzw. „*common law of mankind in an early stage of its development*"[132]. Ten powstający nowy porządek prawny ma charakter uniwersalny, zaciera przeto granice między prawem wewnętrznym i międzynarodowym.

J. F. Lalive uważa, że najwłaściwszym podporządkowaniem kontraktów państwowych jest prawo transnarodowe. Przy tym ten ostatni autor eksponuje, nie tak jak Jessup, wszechogarniający charakter tej dziedziny prawa, lecz jej „mieszany i pośredni charakter". Prawo to czerpie swą treść z różnych źródeł, częściowo z prawa wewnętrznego, częściowo z postanowień kontraktowych, a także z zasad ogólnych. Te ostatnie to nie tylko zasady prawa międzynarodowego, ale również zasady prawa wewnętrznego. Zespół takich uniwersalnych zasad Lalive uznaje za prawo ponadnarodowe. Według tej koncepcji, podporządkowanie kontraktów państwowych prawu transnarodowemu przyniosłoby wiele korzyści, m.in. ominęłoby się wątpliwości związane z „internacjonalizacją" oraz kontrowersje związane z wzajemnymi relacjami prawa międzynarodowego i prawa wewnętrznego[133].

---

[129] Por. np. **G. Eörsi**: *Convergence in Civil Law* [w:] *A Socialist Approach to Comparative Law*, Leyden-Budapest 1977, s. 45 i nast.

[130] **P. C. Jessup**: *op.cit.*, s. 102.

[131] *Ibidem*; zob. także tegoż: *Modernization of the Law of International Contractual Agreements*, AJIL 1947, vol. 41, s. 392.

[132] **W. C. Jenks**: *op. cit.*, s. 8, 14, 51 i nast., 60 i nast.

[133] **J. F. Lalive**: *Un récent arbitrage suissé entre un organisme d'Etat et une societé privé étrangére*, „Annuaire suisse de droit international" 1962, s. 297 oraz **LJF**, s. 1010.

Koncepcjom tym przeciwstawia się K. G. Borchers, podnosząc jednak dużą atrakcyjność samej idei, a zwłaszcza jej znaczenie *de lege ferenda*[134]. Wątpliwości uzasadnione względami pewności obrotu wysuwają co do wszechograniającego porządku prawnego F. A. Mann[135] i M. S. Korowicz[136]. Zasadniczy jednak zarzut stawia J. Stoll, nie bez racji twierdząc, że nie jest to porządek prawny „realnie istniejący", a przez to rozwiązanie to jest mało efektywne[137].

Od wspomnianych wyżej tendencji do denacjonalizacji, czy to opartej na prawie międzynarodowym, czy też prawie transnarodowym, prosta droga do koncepcji autonomicznego porządku prawnego, tworzącego się na podstawie współczesnego obrotu handlowego, **nowej *lex mercatoria***. Tamte sugestie mają genezę głównie teoretyczną, te zdają się wyrastać z doświadczeń praktyki obrotu gospodarczego.

Efektowna wydaje się następująca teza: średniowieczne prawo kupieckie, autonomiczne, stanowe i jednolite, pozwalało przekraczać stosunkom kontraktowym granice państw, bez problemów kolizyjnych, integrowało obrót gospodarczy, a przez swój profesjonalizm było dobrze dostosowane do wymogów praktyki obrotu. Kres rozwojowi *lex mercatoria* położył rozwój państw absolutystycznych, podnoszących problem suwerenności, rolę prawa narodowego. Dzisiaj, gdy państwo coraz wyraźniej pragnie odrzucić – przynajmniej w sferze gospodarki – owe dziewiętnastowieczne atrybuty władzy, gdy staje w szeregu profesjonalnych uczestników międzynarodowego obrotu gospodarczego, dostosowuje swoje prawo do potrzeb wymiany międzynarodowej – czas na odrodzenie dawnej *lex mercatoria*, obejmującej także przejawy bezpośredniego udziału państwa w obrocie.

Renesans współczesnej *lex mercatoria* widzimy w licznych opracowaniach[138]. Jednak dyscyplina ta ujmowana jest bardzo różnie, od klasycznej koncepcji autonomicznego prawa kręgów handlowych, poprzez powiązanie międzynarodowego prawa handlowego z transnarodowym porządkiem prawnym, aż do koncepcji międzynarodowego prawa gospodarczego lub ekonomicznego. Wydaje się, że najwłaściwsze, odpowiadające idei *lex mercatoria*, jest formułowanie międzynarodowego prawa handlowego jako dyscypliny cywilistycznej, jako ogółu norm regulujących prywatnoprawne stosunki handlowe o międzynarodowym charakterze. Próbowano wyodrębnić interesujący nas zespół norm przy pomocy prostego podziału, rezer-

---

[134] **BR**, s. 170.

[135] **MNP**, s. 56 i nast.

[136] **M. S. Korowicz**: *The Problem of the International Personality of Individuals*, AJIL 1956, vol. 50, s. 538.

[137] **S**, s. 50-51; **VR**, s. 142.

[138] Zob. np. **C. M. Schmitthoff**: *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation* [w:] *The Sources of the Law of International Trade*, London 1964, s. 3 i nast.; **B. Goldman**: *Lex mercatoria et frontirés du droit*, „Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique" 1964, s. 177 i nast.; tenże: *Le contrat international* [w:] *op. cit.*, s. 467 i nast.; **J. Jakubowski**: *Prawo jednolite w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Warszawa 1972, s. 26 i nast.; **P. Level**: *op. cit.*, s. 212, ten ostatni mówi o nowym „*ius gentitum*".

wującego regulację stosunków makroekonomicznych prawu międzynarodowemu publicznemu, zaś stosunki mikroekonomiczne pozostawiając przedmiotem zainteresowania międzynarodowego prawa handlowego[139].

W zakresie omawianej w tej pracy grupy kontraktów ów podział byłby trudny do przeprowadzenia, ze względu na skalę gospodarczą niektórych kontraktów państwowych, a co ważniejsze klasyfikacja ta zupełnie nie oddaje publicyzacji tego typu umów. Czyżby przeto z założenia międzynarodowe prawo handlowe należało wyłączyć z kręgu możliwych podstaw reglamentacji kontraktów państwowych? Wydaje się, że wniosek taki byłby przedwczesny. W szeregu prac poświęconych międzynarodowemu prawu handlowemu uznaje się bowiem za podmiot stosunków kontraktowych także państwo[140]. Międzynarodowe prawo handlowe uwzględnia również pluralizm źródeł, przy czym nie ogranicza się do norm cywilnoprawnych pochodzenia międzynarodowego, lecz sięga też do uregulowań prawa wewnętrznego, eksponuje rolę zwyczaju, wzorców umownych i jednolitych reguł utrwalonych w praktyce obrotu.

Są wszakże cechy tego prawa, stawiające pod znakiem zapytania możliwość jego wykorzystania jako normatywnej płaszczyzny odniesienia dla kontraktów państwowych. Po pierwsze nie wszyscy uznają *lex mercatoria* za „trzeci porządek prawny", lecz traktują tę grupę norm jako część prawa międzynarodowego publicznego lub prawa wewnętrznego. Przy takiej interpretacji wracamy do wątpliwości podniesionych wyżej. Po drugie koncepcja *lex mercatoria*, jako autonomicznego porządku prawnego, przez większość autorów traktowana jest postulatywnie. Trudno międzynarodowe prawo handlowe uznać za w pełni ukształtowany i kompletny system prawa pozytywnego[141].

Wspomniane cechy prawa międzynarodowego handlowego powodują, że sądy niechętnie powołują się na ten porządek prawny. Nieco bardziej pozytywnie odnosi się do *lex mercatoria* międzynarodowy arbitraż handlowy.

Wykorzystaniu międzynarodowych regulacji handlowych w stosunku do kontraktów państwowych nie sprzyja też – poza ich fragmentarycznością – fakt, że znaczna część tych rozwiązań normatywnych musi być traktowana jako tzw. *soft law*. Ta forma reglamentacji nie stwarza odpowiedniej pewności dla stron kontraktu państwowego. Natomiast w interesującej nas grupie umów stronom zależy na znalezieniu gwarancji prawnych o niewątpliwym i jednoznacznym charakterze. Jak na razie prawo handlowe takich gwarancji normatywnych nie daje.

Lex mercatoria tworzona jest w dużej mierze przez samych uczestników obrotu, niezależnie od państwowego legislatora. Podkreśla się, że ten tryb tworzenia

---

[139] **J. Jakubowski**: *op. cit.*, s. 32-33.

[140] **J. Jakubowski** [w:] *op. cit.*, s. 120 i nast.

[141] Por. **S**, s. 43 i nast.; **B. Goldman**: *op. cit.*, s. 473-474; **J. Jakubowski** (*op. cit.*, s. 44) zwraca uwagę, że koncepcje te nie tworzą dla międzynarodowego prawa handlowego układu odniesienia takiego, jakim jest wspólnota międzynarodowa dla prawa międzynarodowego, a państwo dla prawa krajowego.

norm *lex mercatoria* ma zapewnić im obiektywizm i dostosowanie do wymogów praktyki. Takie prawo może być jednak także odebrane jako naruszające równowagę stron. Prawo krajowe tworzone jest bez udziału podmiotów niesuwerennych, a *lex meratoria* bez woli podmiotów suwerennych.

5.5.3.2. „*Lex contractus*"

Niejako ukoronowaniem wątpliwości związanych z reglamentacją prawną kontraktów państwowych, są koncepcje odrywające ten rodzaj umów od istniejących, pozytywnych porządków prawnych. Poglądy na ten temat są bardzo zróżnicowane, nie brak także sugestii kontrowersyjnych. Wydaje się jednak, że wszystkie teorie, którym poświęcimy dalej uwagę, mają tę cechę wspólną, że idą o wiele dalej niż modele „trzeciego porządku prawnego", albowiem anarchizują one nie tylko utrwalone pojmowanie systemu prawa, lecz burzą klasyczne ujęcia sposobów tworzenia prawa i w ogóle pojmowania prawa.

Omawiana grupa wypowiedzi bazuje na założeniu, że same strony kontraktu państwowego, bez ingerencji czynników zewnętrznych, mogą stworzyć własny, indywidualny, mniej lub bardziej autarkiczny, porządek prawny. Można by ten rodzaj porządku prawnego nazwać autonomicznym prawem *ad hoc*, czy wręcz „prawem jednorazowego użytku"[142]. Ponieważ zaś jego źródłem jest wyłącznie wola stron, wyrażona przez umowny *consensus*, a wspomniane negatywne lub pozytywne ukształtowanie porządku prawnego stanowi zasadniczy element kontraktu, najwłaściwsze będzie określenie „***lex contractus***". Wydaje się, że tak skrajne poglądy mogły powstać tylko w systemie normatywnym kształtującym międzynarodowy obrót gospodarczy, w którym od dawna inna – niż w obrocie wewnętrznym – była rola wzorców normatywnych powstałych poza systemem legislacji państwowej. Nie od rzeczy będzie wspomnieć, że w tym właśnie obrocie wykształciła się koncepcja **umowy samoregulującej** (*self-regulatory contract*), którą to konstrukcję wielokrotnie wskazuje się, jako właściwą dla kontraktów państwowych[143].

Wydaje się, że właśnie instytucja kontraktów państwowych, które nie mogą sobie znaleźć miejsca w istniejącym systemie normatywnym, w prawie umownym powinna szukać podstawy prawnej. Nietrudno jednak zauważyć, że poszukiwania idące w tym kierunku są niejako ostatnim z możliwych kierunków poszukiwań, wymuszonym brakiem właściwych rozwiązań w istniejących systemach prawa pozytywnego. Stąd zapewne tendencja do stawiania *lex contractus* nieco przesad-

[142] **K. Stern** (*Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich – rechtlichen Verträges*, „Verwaltungsarchiv" 1958, vol. 49, s. 132-134) mówi o „*mini -Rechtsordung*", zaś **S** (s. 34) o „*Rechtsordung inter partes*" oraz „*autonomen Rechtsgemeinschaft*".

[143] Por. **J. Łopuski**: *Zarys prawa handlu międzynarodowego*, Toruń 1981, s. 126 i 137.

nych wymagań oraz zbytnia radykalizacja poglądów, prowadząca do nihilizmu prawnego.

A. Verdross wychodzi z założenia, że interesująca nas grupa kontraktów nie powinna być regulowana ani prawem wewnętrznym, ani międzynarodowym. Wprowadza on pojęcie tzw. *quasi-international agreements*[144], stojących na pograniczu kontraktów i umów międzynarodowych. Autor odróżnia ten rodzaj umów także od umów administracyjnych[145]. Opowiada się on za istnieniem kontraktowego porządku prawnego, niezależnego od istniejących regulacji prawnych wewnętrznych czy międzynarodowych[146]. *Lex contractus* wiąże się jednak ze wspomnianymi porządkami prawnymi wspólną zasadą *pacta sunt servanda.*

O ile dobrze rozumieć wywody A. Verdrossa, podkreślana przez niego wyłączność *lex contractus* nie oznacza odrzucenia zasad ogólnych prawa, a przede wszystkim nie można jej rozumieć jako odrzucenia jakichkolwiek norm merytorycznych pochodzenia pozaumownego. Dlatego wydaje się niesłuszna krytyka wyrażona przez K. G. Borchersa, który uważa, iż A. Verdross prowadzi swoją koncepcję *ad absurdum*, określając *lex contractus* jako suwerenne jeszcze wtedy, gdy odsyła do prawa krajowego[147]. Polemista zdaje się nie dostrzegać możliwości inkorporacji wolą stron umowy nawet całego porządku prawnego (wewnętrznego bądź międzynarodowego) lub zespołu norm powstałych poza kontraktem (prawa jednolitego, międzynarodowych wzorców umownych). Nie oznacza to jednak, że skoro normy te obowiązują strony jako prawo krajowe czy międzynarodowe – będzie to *lex contractus*. *Per analogiam* można powiedzieć, że strony kontraktu mogą „tworzyć" *lex contractus* przez stanowienie nowych, oryginalnych norm kontraktowych bądź przez uznanie norm już istniejących. Nic nie stoi – naszym zdaniem – na przeszkodzie, by wspomniane „uznanie" objęło także pozaprawne reguły postępowania, w tym przede wszystkim zwyczaje.

W literaturze amerykańskiej również głoszone są poglądy o celowości podporządkowania kontraktów państwowych *lex contractus*. Uzasadnienia dla nich szuka

---

[144] Samo pojęcie jest znane, gdyż używa go np. **G. Schwarzenberger** (*op. cit.*, s. 578).

[145] Jednakże „*comparatio non est ratio*"; o wzajemnej relacji między umową administracyjną a kontraktem państwowym była już mowa, wyjaśnić należy, że przyjęcie przez A. Verdrossa zasady „*pacta sunt servanda*" jako podstawy ważności kontraktów *quasi*-międzynarodowych, nie oznacza – jak chcą niektórzy – że należy go zaliczyć do grupy autorów uznających dla kontraktów państwowych właściwość ogólnych zasad prawa. A. Verdross z czasem modyfikował swój pogląd. Zwłaszcza w pracy *Quasi-International Agreements and Economic Transactions*, („Yearbook for World Affairs" 1964, vol. 18, s. 246) pisze, że „kontrakty są podporządkowane ogólnym zasadom prawa przez zawarcie i ważność", a w 1965 r. stwierdza, że „kontrakty nie żyją przecież w obszarze bezprawia, bo istnieją ogólne zasady prawa, które mają do nich zastosowanie" (zob. *Gibt es Verträge, die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerecht unterliegen?*, „Zeitschrift für Rechtsvergleichung" 1965, vol. 6, s. 131). Istotne jest wszakże to, że A. Verdross nie uznaje ogólnych zasad prawa, jako porządku prawnego, zważywszy na ich małą konkretność.

[146] **A. Verdross (VJG**, s. 358) podkreśla samodzielny i wyczerpujący charakter umownego porządku prawnego – „*lex contractus created by a quasi-international agreement, is and independent legal order, regulating the relation between the parties exhaustively*".

[147] **BR**, s. 175.

się głównie w europejskiej myśli prawniczej. Główny radca prawny ARAMCO, G. W. Ray, wywodzi myśl o *lex contractus* od Ulpiana i Justyniana[148], podkreśla też znaczenie art. 1134 Kodeksu Napoleona. Uważa, że te czynniki wpływają do dziś na przekonanie o dominującej roli kontraktu. Jego zdaniem, wiele umów międzynarodowych rozwoju ekonomicznego, ze swej natury musi być regulowane *ad hoc law of the parties*. Czasami jest to system wyłączny, jak w koncesji między Tunezją a Transport par Pipelines z 30.06.1958 r., w której stwierdzono, że *the contract was the full law between parties*. Najczęściej jednak poza treścią kontraktu reglamentację prawną kontraktów państwowych stanowią włączane przez strony, zasady ogólne prawa narodów cywilizowanych. W sumie podstawą kontraktu państwowego – według tego autora – jest „*ad hoc law of contract*", będące prawem między stronami, oraz zasada *pacta sunt servanda*[149].

Poza cytowanymi autorami zwolennikiem *lex contractus*, jako podstawy regulacji prawnej *state contracts*, jest H. Kipp[150]. Jego zdaniem, umowy między państwem i zagranicznym kontrahentem niepaństwowym winny być poddane autonomicznemu porządkowi prawnemu stworzonemu wyłącznie wolą stron umowy. Podkreślić należy, że autor ten wyraźnie odróżnia *lex contractus* od kolizyjnoprawnego *proper law*[151]. Każdy kontrakt państwowy tworzy integralny porządek prawny, który H. Kipp określa jako „indywidualno-autonomiczne prawo umowne" (*individuel-autonomes Verträgsrecht*). Akceptuje on w pełni dość ryzykowną tezę A. Verdrossa, że zasada „*ubi societas ibi ius*" może być w odniesieniu do prawa kontraktowego odwrócona „*ubi ius ibi societas*", co uzasadniać ma samodzielny byt *lex contractus*[152]. Uzupełnia jednak uzasadnienie istnienia *lex contractus*, jako odrębnego porządku prawnego, przede wszystkim argumentacją personalistyczną, autonomią woli jednostki. Charakterystyczne dla tego stanowiska jest zasygnalizowanie wzajemnej relacji *lex contractus* do prawa wewnętrznego i międzynarodowego oraz wyeksponowanie znaczenia ogólnych zasad prawa, jako stymulatorów treści kontraktów państwowych.

Zwolennikami *lex contractus* są także M. Bourquin[153] i H. Mosler. Drugi z wymienionych autorów uważa, że *state contracts* należą do „odrębnego porządku prawnego, na który składają się *lex contractus* i ogólne zasady prawa"[154].

Nie można pominąć także stanowiska K. H. Böckstiegla[155], który uważa, że poglądy zwolenników *lex contractus*, głównie A. Verdrossa i H. Kippa, w gruncie rzeczy są odmianą stanowiska, że kontrakty państwowe regulowane są w oparciu

---

[148] **RAY**, s. 24-25.
[149] *Ibidem*, s. 23.
[150] **K**, s. 133-193.
[151] *Ibidem*, s. 141.
[152] Tezę tę zasadniczej krytyce poddaje **I. I. Łukaszuk** (*op.cit.*, s. 95), pisząc, iż A. Verdross „stara się udowodnić coś, co jest nie do udowodnienia".
[153] **M. Bourquin**: *op.cit.*,s. 861.
[154] **H. Mosler**: *Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubiekte*, ZaÖRV 1962, vol. 22, s. 47.
[155] **B**, s. 131-132.

o ogólne zasady prawa. Autor ten wywodzi, że zwolennicy *lex contractus* – podobnie jak np. K. Zweigert – uważają ogólne zasady prawa za wyraz prawa ponadpozytywnego, stojącego nad prawem wewnętrznym i międzynarodowym, jako „niezależny od woli państwa system prawny".

5.5.3.3. Negatywny wybór prawa – „*contrat sans loi*"

Odrębną koncepcją, choć niewątpliwie związaną z ideą prawa umownego, jest próba całkowitego oderwania kontraktu od jakiegokolwiek prawa pozytywnego, a nawet zasad ogólnych prawa, przez wyraźne wykluczenie stosowania wspomnianych odniesień prawnych. Zdarzają się kontrakty państwowe, zawierające jednoznaczną klauzulę „negatywnego wyboru prawa" (wyłączającą stosowanie do konkretnej umowy określonych porządków prawnych), przyjmujące, że stosunki między stronami winny być oceniane wyłącznie „*aus sich selbst heraus*". Tego typu *self-regulatory contracts* stały się, głównie w literaturze francuskiej, która ukształtowała się w duchu tradycji art.1134 Kodeksu Napoleona, podstawą do wypracowania pojęcia „umowy bez prawa" – „*contrat sans loi*"[156]. Przyczyną powstania takiego antynomicznego określenia, jak „**kontrakt bez prawa**", jest praktyka obrotu, nie od dziś podnosząca nierównowagę stron w umowach z udziałem państwa. Wielkie firmy prywatne i ponadnarodowe korporacje nie chcą poddawać się prawu państwowemu, państwo zaś nie zamierza utracić autorytetu przez stosowanie prawa obcego[157].

Zdaniem P. Levela, koncepcja „*contrat sans loi*" jest także odpowiedzią na kryzys prawa kolizyjnego, gdyż poprzez oderwanie stosunku kontraktowego od wszelkich powiązań z prawem pozytywnym znika problem konfliktu prawa[158]. Autor określa powstałą w tym przypadku sytuację, jako „*non-droit volue et recherchée par les individus*". Zatem można tu mówić o *lex contractus*, pożądanym i wyszukanym przez zainteresowane strony. Mówi się również, że strony kontraktu tworzą własne prawo (*propré loi*), odrzucając prawo stanowione[159].

Nauka prawa w zdecydowanej większości neguje koncepcję kontraktu bez prawa. Podkreśla się, że kontrakt państwowy, tak jak każdy kontrakt międzynarodowy, jest zawsze powiązany zarówno z prawem krajowym, jak i międzynarodowym i z trudem odrywa się od jednego bądź drugiego. Na ogół oderwanie od jednego porządku prawnego powoduje poddanie się drugiemu. Zasada ta leży u podstaw omówionych wyżej poglądów o internacjonalizacji kontraktów państwowych.

---

[156] Zob. **L. Peyrefitte**: *Le probleme de contrat dit „sans loi"*, „Recueil Dalloz Sirey, Chronique" 1965, XVIII, s. 113-120; **P. Level**: *Le contrat dit sans loi,* „Travaux de Comité Français de Droit International Privé" 1964-1966, Paris 1967, s. 209-243.

[157] Por. **LP**, s. 19.

[158] Zob. **P. Level**: *op. cit.*, s. 209.

[159] **L. Peyrefitte**: *op. cit.*, s. 113.

Nie wydaje się przeto zasadne mówienie o „*contrat sans loi*", lecz raczej o „*contrat did sans loi*"[160]. H. Mazeaud stwierdza jednoznacznie, że „kontrakt bez prawa nie ma sensu, gdyż umowa musi być bezwzględnie rządzona prawem, albowiem strony nie są w stanie wszystkiego uregulować w kontrakcie"[161].

Nie należy utożsamiać z negacją prawa pozytywnego klauzul kontraktów państwowych, które odrzucają możliwość jednostronnego pogorszenia sytuacji normatywnej partnera umownego przez państwo. Wręcz przeciwnie, omawiane już klauzule stabilizacyjne i podobne wskazują na wybór prawa wewnętrznego strony państwowej.

W sumie wydaje się, że całkowite oderwanie kontraktu od prawa pozytywnego i pełna autonomiczność prawa umownego, jakkolwiek bywają zamiarem stron kontraktu państwowego, rzadko mogą być zrealizowane.

5.5.4. Próba podsumowania

Analiza wielu wypowiedzi skłania do wniosku, że kontrakty państwowe, a zwłaszcza kwestia ich reglamentacji prawnej, stanowią w dużej mierze „temat zastępczy" w toczącej się ogólnej dyskusji nad przyszłością prawa międzynarodowego i wewnętrznego oraz nad ich wzajemnymi relacjami. Dopóki przeto ta dyskusja nie przyniesie ostatecznych rezultatów, dopóty istnieć będą tak skrajne poglądy na temat umów z udziałem państw i podmiotów niepaństwowych.

Zbliżenie prawa międzynarodowego i prawa cywilnego, w zakresie interesującej nas grupy kontraktów, jest niewątpliwe i przejawia się m.in. w rosnącym znaczeniu zasady *pacta sunt servanda*. Jest to zjawisko korzystne. Po co bowiem szukać nowych rozwiązań, oryginalnych dróg dla międzynarodowego prawa kontraktowego, jeżeli w sferze zobowiązań umownych istnieją sprawdzone klasyczne wzorce cywilistyczne. Zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności kontraktowej należałoby w szerszym zakresie korzystać z zasad cywilnoprawnych, także w odniesieniu do „strony państwowej" kontraktów państwowych.

Praktyka kontraktów państwowych dobitnie wykazuje, że afirmacja określonego porządku prawnego nie oznacza wykluczenia innych odniesień normatywnych. Zdarza się coraz częściej, że poszczególne elementy stosunku kontraktowego bazują na innych porządkach prawnych. Tworzą się reglamentacje prawne *ad hoc*

---

[160] **P. Level**: *op. cit.*, s. 230. Podobnie **LP** (s. 20), który uważa, że można mówić jedynie o kontraktach oderwanych od prawa wewnętrznego, przede wszystkim prawa państwa-kontrahenta, ale **J. Łopuski**: *op. cit.*, s. 138, twierdzi, że „aczkolwiek niemożliwe jest całkowite oderwanie kontraktu cywilnoprawnego od prawa krajowego jakiegokolwiek państwa, strony mogą zapobiec stosowaniu do kontraktu prawa materialnego kraju, któremu kontrakt podlega". Zob. tenże: *Klauzule wyłączające lub zmniejszające odpowiedzialność dłużnika w międzynarodowych kontraktach gospodarczych* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa W. Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 262-263.

[161] W dyskusji nad pracą **P. Levela** („Travaux de Comité Français de Droit International Privé" 1964-1966, Paris 1967, s. 234). Zob. także **BR**, s. 171 i nast., **B**, s. 133-135.

o kompleksowym charakterze. W oczywisty sposób nasuwa się wniosek, że aktualnie niezwykle trudno umiejscowić kontrakt państwowy w jednym porządku prawnym. Nawet gdy jest to prawo wewnętrzne strony państwowej, wypracowano szereg sposobów internacjonalizacji kontraktu. I odwrotnie, gdy strony opierają umowę na rozwiązaniach prawa międzynarodowego nie mogą uniknąć nawiązania w treści kontraktu do prawa wewnętrznego. Tak więc zwykle właściwym dla kontraktu państwowego jest mieszany porządek prawny, charakterystyczne dla tej formy zobowiązań *l'environnement juridique*. Stąd wynika nieadekwatność prostego przeciwstawiania prawa wewnętrznego prawu międzynarodowemu i niewłaściwość „czystych" schematycznych koncepcji reglamentacji prawnej kontraktów państwowych.

Należałoby przeto optować za dwoma kierunkami rozwoju reglamentacji prawnej kontraktów państwowych. Pierwszy kierunek wiąże się z obecnym etapem rozwoju systemu prawa międzynarodowego obrotu gospodarczego. Podstawą winno być szczególne eksponowanie znaczenia umowy i to nie tylko w duchu zasady *pacta sunt servanda*, lecz zwłaszcza w zakresie ustalenia woli stron odnośnie do porządku prawnego, któremu kontrakt chcą poddać.

Ogromne znaczenie ma w tym zakresie koncepcja *lex contractus*, przy czym nie należy tego rodzaju prawa indywidualnego rozumieć jako alternatywy dla pozytywnych porządków prawnych, wewnętrznego i międzynarodowego. W żadnym zaś razie nie powinno się uznawać *lex contractus* za w pełni autarkiczne i samowystarczalne źródło prawa. *Lex contractus* powinno stanowić uzupełnienie obu systemów prawa, dające na ich podstawie możliwość ukształtowania optymalnego, mieszanego, w dużej mierze zindywidualizowanego systemu odniesień normatywnych. Wydaje się, że *lex contractus* to jest wyłącznie **metoda** indywidualnej legitymizacji, ukształtowanego dla konkretnego kontraktu, zwykle mieszanego porządku prawnego. Tak więc *lex contractus* jest formułą uniwersalną, dającą możliwość połączenia norm prawa wewnętrznego i międzynarodowego oraz ogólnych zasad prawa. Dodać można, że pojęcie *lex contractus* nie jest w pełni jednoznaczne. Cywiliści rozumieją je jako formę standaryzacji obrotu umownego, wzroce i regulaminy, które wolą stron stają się częścią umowy. Niektórzy traktują *lex contractus* jako prawo wybrane przez strony w zakresie kolizyjnoprawnej autonomii woli. Wreszcie są tacy, którzy uznają je za odrębny porządek prawny. Można sądzić, że ta wieloznaczność przemawia za postawioną wyżej tezą, iż *lex contractus* jest wyłącznie metodą, metodą która może być szeroko wykorzystana także na gruncie kontraktów państwowych. Złożoność stosunków gospodarczych regulowanych przez *state contracts* czyni iluzoryczną koncepcję pełnego samoregulowania tych umów, a „teoria umów bez prawa jest złudzeniem"[162]. Tym bardziej należy cenić *lex contractus* jako znakomity sposób łączenia różnych norm w jeden, kontraktowy porządek prawny.

[162] **W**, s. 182.

Nie wydaje się zasadne stosowanie do kontraktów państwowych żadnych sztywnych reguł oceny właściwości prawa, czy to wynikających z niedostosowanych do ich specyfiki, obiektywnych łączników kolizyjnych, czy to z określonego dogmatu doktrynalnego. Należy maksymalnie dążyć do zachowania woli stron, którą to regułę określono wyżej jako zasadę *favor contrahendi*. Tendencja do ograniczania autonomii woli stron w obrocie wewnętrznym i międzynarodowym w znacznie mniejszym zakresie powinna odnosić się do kontraktów państwowych. Arbitraż międzynarodowy, mając na uwadze wspomniane trudności w zakresie reglamentacji prawnej *state contracts*, najczęściej uznaje nieograniczoną autonomię stron, nie badając ani podstawy normatywnej autonomii woli, ani tym bardziej jej granic.

Drugi kierunek związany jest z przyszłością kontraktów państwowych. *Pro futuro* można sobie wyobrazić pozytywny system prawny o charakterze uniwersalnym, który układ podmiotowy właściwy dla kontraktów państwowych w pełni zaakceptuje, który jednolitą reglamentacją prawną obejmie wszelkie kontrakty w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Czy będzie to prawo transnarodowe, międzynarodowe prawo handlowe lub gospodarcze, prawo kontraktów gospodarczych stanowiące nowy dział prawa międzynarodowego, czy też jak chce F. A. Mann – „*commercial law of nations*"[163] – odpowiedź wydaje się przedwczesna.

Aż trudno uwierzyć, ale w ogromnej ilości prac na temat kontraktów państwowych, jakkolwiek autorzy nie stronią od śmiałych sformułowań, nie pada ani razu stwierdzenie, że stronom kontraktu państwowego w istocie jest najczęściej obojętne, który z istniejących porządków prawnych stanowić będzie podstawę reglamentacji ich stosunku kontraktowego. Irracjonalne uprzedzenia religijne, polityczne czy patologiczny nacjonalizm są w stosunkach gospodarczych czymś zupełnie wyjątkowym. Kontrahentom jest wszystko jedno, czy będzie to prawo wewnętrzne czy międzynarodowe, transnarodowe czy ogólne zasady prawa narodów cywilizowanych; chodzi im jedynie o to, by było to prawo dobre z ich indywidualnego punktu widzenia. Dobre w rozumieniu stron, a więc dające im identyczne gwarancje ochrony interesów, stanowiące wystarczającą merytoryczną podstawę do specyficznego stosunku prawnego, jaki powstaje między państwem a jego niepaństwowym kontrahentem zagranicznym. Chodzi im o prawo optymalne w rozumieniu jego skuteczności, jasne i precyzyjne na wypadek sporu, znane obu partnerom w wystarczającym stopniu, stabilne. Jeżeli system prawa spełnia te wymogi, to strony kontraktu państwowego nie będą od niego odchodziły. Jeżeli zaś powstanie nawet wspomniany system uniwersalny, transnarodowy, który wyżej określonych warunków nie będzie spełniał, to strony kontraktów państwowych będą, tak jak dziś, starać się obejść te normy i w inny sposób zapewnić sobie należyte unormowanie stosunku kontraktowego.

[163] Por. **F. A. Mann**: *Reflections on Commercial Law of Nations*, BYIL 1957, vol. 33, s. 21 i nast. i tegoż: *Die Verträge der Völkerrechtsubiekte und die Parteiautonomie* [w:] *Jus et Lex. Festgabe M. Gutzwiller*, Basel 1959, s. 487 i nast.

Jak widać z powyższych rozważań, kwestia znacznej autonomii w zakresie wyboru prawa właściwego dla kontraktów państwowych jest zasadniczym elementem w ocenie istoty prawnej tej specyficznej grupy zobowiązań międzynarodowych. Ustawodawca polski, regulując offsetowy wariant kontraktów państwowych, wybrał formułę niezwykle prostą, wyłączność własnego prawa, odrzucił przeto całkowicie dziesięciolecia doświadczeń międzynarodowych związanych z udziałem państwa w obrocie gospodarczym. Praktyka pokaże, co przeważy na polskim rynku broni, czy ostrożność i siła wielkich firm zbrojeniowych, czy też atrakcyjność naszego rynku i dążenie do jego opanowania, na warunkach narzuconych przez polskiego ustawodawcę.

6. UMOWA OFFSETOWA A CECHY CHARAKTERYSTYCZNE KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO

6.1. UMOWA OFFSETOWA A KONSTRUKCJA KONTRAKTU PAŃSTWOWEGO

Próbą podsumowania rozważań zawartych w tej pracy niechaj będzie rodzaj zestawienia cech charakterystycznych umowy offsetowej i kontraktu państwowego. Kontrakt państwowy jest, jak starano się wykazać, konstrukcją ogólną, otwartą, nie można go zatem łączyć z żadnym ze znanych rodzajów umów nazwanych. Co nie znaczy, że niektóre umowy nazwane nie mogą opierać się na konstrukcji kontraktu państwowego. Kontraktem państwowym może być także *contractus innominatus*.

Dość często umowy z udziałem państwa mają mieszany, kompleksowy charakter. Wydaje się jednak, że niekiedy konstrukcja ta może wręcz należeć do *essentialia negotii* pewnych umów. Tak jest w przypadku umów offsetowych, a także innych kontraktów międzynarodowych z udziałem państwa, np. umów koncesyjnych, gwarancji państwowych. Można by przeto porównać tę konstrukcję z niektórymi konstrukcjami w sferze prawa zobowiązań, które pozwalają stronom wzbogacić stosunek umowny, np. o elementy gwarancyjne czy możliwość świadczenia *in favorem tertii*. Jest wszakże zasadnicza różnica: konstrukcja kontraktu państwowego ma charakter obiektywny, wystąpienie syndromu związanego z udziałem państwa w kontrakcie nie zależy od woli stron.

Pojęcie kontraktu państwowego jest kategorią oceną stojącą o piętro wyżej niż typowe klasyfikacje umów prawa cywilnego. Raz jeszcze potwierdza się teza, że miejsca dla tej formacji umownej należy szukać pomiędzy abstrakcyjnymi ujęciami umowy międzynarodowej, administracyjnej i cywilnoprawnej, ze szczególnym uwzględnieniem jej kontraktowej odmiany. Tak więc zaliczenie umów offsetowych do omawianej kategorii kontraktów nie przesądza o ich innych cechach, dotyczących m.in. oceny charakteru prawnego świadczeń umownych, powiązania z innymi kontraktami, wzajemnego uwarunkowania etc.

6.2. NIESAMODZIELNOŚĆ KONSTRUKCJI

Konstrukcja kontraktu państwowego nie jest ani w pełni rozłączna z wymienionymi wyżej typami umów, ani w pełni wyczerpująca. Zarówno w praktyce, jak i w teorii jest rodzajem konglomeratu cech właściwych dla umów cywilnoprawnych, międzynarodowych, a nawet administracyjnych. Kontrakt państwowy jest konstrukcją prawną, poprzez którą wiążą się nie tylko teoria prawa cywilnego i prawa międzynarodowego, ale także prawo wewnętrzne i międzynarodowe.

Przez niesamodzielność konstrukcji kontraktu państwowego trzeba również rozumieć fakt, że stosunki prawne między państwem a zagranicznym podmiotem niepaństwowym na ogół nie są wyczerpująco określane normami cywilnoprawnymi, czy mówiąc inaczej, metodą właściwą dla prawa cywilnego. Znacząca cześć stosunku prawnego regulowana jest w sposób typowy dla prawa publicznego. Ta przenikająca się prywatnoprawna i publicznoprawna struktura stosunku prawnego jest szczególnie charakterystyczna dla umów offsetowych.

Dodać można, że wspomniana wyżej akcesoryjność umów offsetowych, ich w dużej mierze ramowy charakter powoduje, że umowa taka stanowi zawsze jedynie pewien element skomplikowanego stosunku prawnego, w którym przenikają się różnorodne interesy podmiotów prawa publicznego i cywilnego, krajowych i zagranicznych.

6.3. DWUSTRONNIE PODMIOTOWO KWALIFIKOWANY CHARAKTER

Kontrakty państwowe należy zaliczyć do umów dwustronnie podmiotowo kwalifikowanych. Ta zaczerpnięta z teorii zobowiązań formuła jest warunkiem *sine qua non* uznania określonej umowy za kontrakt państwowy. Przy czym kwalifikacja podmiotowa polega na spełnieniu kumulatywnie następujących warunków. Po pierwsze, właściwe dla kontraktu państwowego jest zróżnicowanie obu stron umowy, ze względu na charakter prawny kontrahentów. Po drugie, jednym z partnerów winnna być „strona państwowa". Określenie, czy rzeczywiście mamy do czynienia z państwem jako stroną kontraktu w praktyce nieraz nie jest łatwe. Po trzecie, drugą stroną musi być partner niepaństwowy, a dodatkowo winien to być podmiot zagraniczny.

Z treści ustawy z 1999 r. wynika jednoznacznie, że wspomniany układ podmiotowy jest charakterystyczny dla umów offsetowych.

6.4. ROZSZERZONY ZAKRES AUTONOMII WOLI STRON

W zestawieniu z obrotem wewnętrznym, a nawet zwykłym kontraktem międzynarodowym, strony kontraktu państwowego są znacznie bardziej swobodne we wszystkich płaszczyznach autonomii woli. Autonomie woli obu stron ścierają się w ramach negocjacji kontraktu państwowego. Szczególna jest w tym przypadku rola *consensusu*, który staje się w jakimś sensie wyznacznikiem granic autonomii woli. Przyczyną tak szerokiego zakresu autonomii jest bez wątpienia brak wspólnego dla obu zróżnicowanych stron kontraktu autorytetu zewnętrznego, mogącego ograniczyć skutecznie wolność kontraktową stron.

W tym zakresie polskie ustawodawstwo wyraźnie różni się od praktyki kontraktowej typowej dla tej specyficznej formy umów. Przede wszystkim umowa offsetowa jest umową obligatoryjną. Obowiązek jej zawarcia wynika z art. 4 ust. 1 ustawy z 1999 r. Także w zakresie treści tej umowy, zwłaszcza określenia zobowiązania offsetowego widzimy daleko idącą formalizację.

6.5. SZCZEGÓLNA STABILNOŚĆ

Wyjątkową trwałość relacji umownych między stronami kontraktu państwowego powoduje z jednej strony udział państwa traktowanego jako wyjątkowo stabilny, w zasadzie zawsze wypłacalny partner, z drugiej specyfika większości tego rodzaju umów wymagająca znacznych wkładów kapitałowych, stosunkowo wolno rentujących się, co stymuluje ciągłość stosunku prawnego. Stąd długoterminowość większości kontraktów państwowych. Widzimy to na przykład w przypadku pożyczek zagranicznych, które państwom udzielane są na dłuższe okresy niż innym pożyczkobiorcom. Stabilność kontraktów państwowych zależy także od stopnia ich internacjonalizacji i przenoszenia na układy kontraktowe doświadczeń traktatowych. „Świętość kontraktów państwowych" wydaje się jednak przechodzić do lamusa historii[1]; w coraz liczniejszych kontraktach państwowych możemy dostrzec klauzulę *rebus sic stantibus*[2].

---

[1] Zob. zwłaszcza **S. K. B. Asante**: *Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process*, ICLQ 1979, vol. 28, nr 3, s. 404, który uważa, że istnieje aktualnie konieczność renegocjacji umów inwestycyjnych, bowiem dotychczasowe kontrakty państwowe charakteryzowały się neokolonialnym wymuszeniem szeregu zobowiązań i jednostronnością szeregu koncesji. Coraz więcej kontraktów państwowych zawiera postanowienia o renegocjowaniu po określonym czasie i przeglądzie poszczególnych postanowień umowy. **R. Geiger** (*The Uniteral Change of Economic Development Agreements*, ILCQ 1974, vol. 23, s. 73 i nast.) uważa, że zasada świętości umów nigdy nie była traktowana jako zasada absolutna.

[2] **L. Réczei** [w:] *Le contrat économique international. Stabilite et evolution*, Bruxelles – Paris 1975, s. 8, dość dramatycznie odnosi się do tej tendencji – „...i oto mamy nowy produkt prawa, lub raczej bezprawia – „*le contrat sans loi*". Swoboda kontraktowa, czy nie jest sama w sobie instytucją prawną? Międzynarodowy kontrakt gospodarczy, jako autonomiczna forma zobowiązania rozwija się w próżni prawnej, wypierając się prawa, które mu przyznało swobodę powstania, a następnie *consensus* stron".

Ustawa z 1999 r. stwierdza, że umowa offsetowa nie może być zawarta na czas dłuższy niż 10 lat, a więc zakłada jej długoterminowość. Stabilność umowy eksponuje art. 4 ust. 3 u.o., który mówi, że żadna ze stron nie może odstąpić od umowy ani jej wypowiedzieć. Jednakże ustawa w art. 17 formułuje rodzaj klauzuli *rebus sic stantibus* – „w razie istotnej zmiany okoliczności w czasie wykonywania zobowiązania offsetowego może nastąpić zmiana przedmiotu, wartości oraz terminu wykonania zobowiązania".

6.6. AUTONOMICZNOŚĆ STOSUNKU KONTRAKTOWEGO

Na autonomiczność stosunku kontraktowego składa się przede wszystkim dążenie do kompleksowości ukształtowania treści umowy. Przekształca to szereg kontraktów państwowych w umowy samoregulujące (*self-regulatory contract*). Autonomiczność stosunku kontraktowego wiąże się też oczywiście ze szczególną rolą zasady autonomii woli – zwłaszcza w zakresie wyboru prawa[3]. Brak jakichkolwiek wzorców umownych, standardów, tworzenie mieszanych porządków prawnych, godzących na zasadzie kompromisu normy międzynarodowe i krajowe, publiczne i prywatne, powodują że poszczególne stosunki kontraktowe mają bardzo indywidualny charakter.

Trudno przesądzić, jaka będzie treść polskich umów offsetowych. Zapewne będą to umowy obszerne i skomplikowane. Niewątpliwie jednak związanie ich z prawem polskim poważnie ograniczy możliwość ich autonomiczności. Wydaje się, że powołanie Komitetu do Spraw Umów Offsetowych nie będzie sprzyjało nadmiernej indywidualizacji postanowień kontraktowych, a wręcz wpłynie na opracowanie określonych standardów ofertowych, negocjacyjnych i umownych.

6.7. CECHY „*ECONOMIC DEVELOPMENT AGREEMENT*"

Odrzuciliśmy wyżej koncepcję utożsamiania wszystkich kontraktów państwowych z tzw. umowami rozwoju ekonomicznego. Jednak wydaje się, że niektóre cechy typowe dla umów rozwoju ekonomicznego są właściwe także kontraktom państwowym. Można przeto stwierdzić, że pewna część kontraktów państwowych może być dodatkowo kwalifikowana jako *economic development agreements*. Do wspólnych cech zaliczyć można przede wszystkim:

[3] Typowe przykłady klauzuli *rebus sic stantibus* zawiera na przykład kontrakt między Papuą Nową Gwineą a Baugainville Copper Ltd z 1974 r. (przegląd w dobrej wierze umowy co 7 lat) czy kontrakt między Ghaną a Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd z 1974 r. (przegląd umowy co 5 lat). Często zmiana treści umowy wynika ze specyficznej klauzuli najwyższego uprzywilejowania zawieranej w kontraktach, np. w umowie Aluminium Smelter z 1966 r. zawartej między Swiss Aluminium Ltd i Islandią.

– specyficzny rodzaj świadczeń objętych tymi umowami, polegający na tym, że nie są to zwykłe dostawy czy wkłady kapitałowe, lecz takie których celem jest wspieranie rozwoju określonych działów gospodarki, świadczenie pomocy technicznej, budowa niezbędnej infrastruktury „publicznej", jak: drogi, koleje, porty, elektrownie, poszukiwanie i zagospodarowywanie bogactw naturalnych;

– współczynnik czasu (na który już zwracaliśmy uwagę) polegający na tym, że kontrakty rozwoju ekonomicznego zawierane są na wiele lat;

– konieczność trwałego „zainstalowania" się kontrahenta zagranicznego na terytorium państwa przyjmującego; wprowadzenie własnego personelu, urządzeń, wybudowania obiektów, zorganizowanie przedsiębiorstw;

– uzyskanie przez kontrahenta prywatnego szczególnych przywilejów publicznoprawnych, np. celnych, podatkowych, aż do stworzenia swoistej enklawy gospodarczej na terytorium danego państwa[4];

– „duch kompromisu" polegający na pomijaniu w kontrakcie kwestii spornych, tworzeniu dwustronnych gwarancji dla kontrahentów[5];

– wyważanie wzajemnych interesów gospodarczych, przy czym założeniem jest pewna „nadwyżka" świadczeń na rzecz państwa; nie zawsze wspomniane korzyści muszą polegać na wartościach majątkowych, nie mniej ważne są elementy niematerialne (wiedza techniczna, nowe metody zarządzania, rozwiązywanie pewnych problemów społecznych itp.).

W tym zakresie umowy offsetowe bardzo przypominają powyższą formę umów międzynarodowego obrotu gospodarczego. Przypomnijmy, że celem umowy offsetowej jest zapewnienie udziału zagranicznych dostawców w restrukturyzacji i rozwoju gospodarki naszego kraju, w tym rozwój polskiego przemysłowego potencjału obronnego, przemysłu lotniczego, elekronicznego, wdrażanie nowych technologii, a także otwarcie nowych rynków eksportowych, rozwój prac naukowo-badawczych, tworzenie nowych miejsc pracy.

6.8. GOSPODARCZY CHARAKTER

Kontrakty państwowe są umowami gospodarczymi i mimo elementów administracyjnych, finansowych, ogólniej mówiąc – publicznoprawnych zasadnicza treść umowy dotyczy majątkowych stosunków między stronami. Aktywność gospodarcza państwa wyrażająca się w kontraktach państwowych jest jednak powiązana z innymi funkcjami państwa. Tak więc kontrakty państwowe spełniają nie tylko cele gospodarcze, lecz realizują także zadania polityczne, zwłaszcza polityki gospodarczej poszczególnych krajów. W tym zakresie umowy offsetowe w niczym nie odbiegają od innych kontraktów państwowych.

[4] **P. Kahn**: *Problémes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française*, „Journal de Droit International" 1965, s. 383; **W**, s. 111.

[5] **G. Kojanec**: *The Legal Nature of Agreements concluded by Private Entities with Foreign States*, RCADI 1968, Colloque, s. 340, uważa, że *state contracts* są stałą ekwilibrystyką między suwerennością państwową a gwarancją dla obcych interesów prywatnych.

6.9. ASYMETRIA RÓL UMOWNYCH

Zauważalna jest w kontraktach państwowych specyficzna asymetria ról umownych. Wynika ona niewątpliwie z istoty podmiotowej tej grupy umów. Otóż każda ze stron ma do spełnienia właściwą dla siebie rolę w umowie, przy czym nie ma tu zamienności tych ról. Państwo zobowiązuje się do takich świadczeń, do których poza nim żaden inny podmiot nie może się zobowiązać.

W tym zakresie umowy offsetowe wykazują dodatkową cechę. Zobowiązanie offsetowe wydaje się zobowiązaniem jednostronnym. W umowie tej strona państwowa właściwie do niczego się nie zobowiązuje, lecz samo zawarcie tej umowy z określonym dostawcą zagranicznym jest warunkiem *sine qua non* ważności kontraktu na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego zawartego z polskim przedsiębiorcą.

6.10. *QUASI*-KONCESYJNY CHARAKTER

Nie bez kozery sporo miejsca poświęcono w tym opracowaniu omówieniu umów koncesyjnych. Uznaje się je za najbardziej typową formę kontraktów państwowych. Pozornie można byłoby sądzić, że umowa offsetowa nie ma wiele wspólnego z koncesją. Analizując jednak ten rodzaj umowy, zwrócono uwagę na niemal zupełny brak jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego ze strony państwa na rzecz zagranicznego kontrahenta w umowie offsetowej. Wprawdzie dostrzega się ową dyskusyjną kompensatę w kontrakcie podstawowym, ale przecież jest to kontrakt równoprawnych partnerów i trudno przypuścić, że jest on jednostronnie korzystny dla zagranicznego partnera. Nasuwa się przeto fundamentalne pytanie, dlaczego zagraniczny przedsiębiorca zawiera umowę offsetową. Wydaje się, że jedną z zasadniczych przyczyn jest rodzaj uprawnienia do wejścia na polski rynek wewnętrzny, związany z wyposażeniem sił zbrojnych. Zobowiązanie offsetowe jest przeto warunkiem *sine qua non* podjęcia określonej działalności gospodarczej, kontrolowanej przez państwo. Bardzo przypomina to koncesjonowanie. Nierzadko koncesje na wydobywanie surowców naturalnych są podobnie uzależniane jak umowa offsetowa.

6.11. SPECYFIKA REGLAMENTACJI PRAWNEJ

Najbardziej charakterystyczną cechą kontraktów państwowych, poza aspektem podmiotowym, jest trudność w lokalizacji prawnej tej grupy zobowiązań międzynarodowych. Praktyka kontraktów państwowych wskazuje, że jako porządek prawny właściwy dla tej grupy umów można przyjąć prawo międzynarodowe, prawo wewnętrzne, a nawet tzw. „trzeci porządek prawny". Zagadnienie to szcze-

gółowo omówiono, oceniając istotę prawną kontraktu państwowego. Można wręcz zaryzykować, że wyjątkowo charakterystyczne dla tej kategorii zobowiązań międzynarodowych jest poszukiwanie nowych dróg w zakresie lokalizacji prawnej kontraktu. Bogate orzecznictwo wskazuje, że swoista niepewność co do systemu norm, które mogą być zastosowane do kontraktów państwowych, negatywnie wpływa na ocenę kontraktów z udziałem państwa. Dlatego przyjęcie, jako wyłącznej podstawy prawnej umów offsetowych zawieranych przez Rzeczpospolitą Polską, prawa polskiego nie tylko powinno uprościć umowy offsetowe, ale może przyczynić się do zwiększenia ich pewności. W przypadku tej formy kontraktów państwowych wydaje się to rozwiązanie szczególnie zasadne. Można się jednak obawiać, że zagraniczni kontrahenci, zwłaszcza w przypadku sporów, mimo to będą próbowali kwestionować niewygodne dla siebie regulacje i opierać swe roszczenia o normy międzynarodowe, a nawet zwyczaje międzynarodowe i zasady ogólne prawa. Nie od rzeczy będzie także zauważyć, że procesy globalizacji spowodowały tak poważne wzmocnienie potencjału ekonomicznego niektórych ponadnarodowych korporacji, że to one mogą starać się narzucać swoim kontrahentom, nawet państwowym, własne rozwiązania prawne. Trudno obecnie powiedzieć, na ile skutecznie polskie regulacje offsetowe potrafią się tym praktykom przeciwstawić.

6.12. MOŻLIWOŚĆ NARUSZEŃ PRAWA

Zapewne przesadą byłoby stwierdzenie, że wszystkie kontrakty państwowe mają kryminogenne tendencje. Faktem jest jednak, że wskutek występowania po jednej stronie organów państwa, którym na ogół nie bardzo zależy na zawarciu konkretnej umowy, z drugiej zaś prywatnej firmy, której bardzo zależy na zawarciu kontraktu i określeniu korzystnych dla niej warunków, dochodzi do wypadków korupcji. Nie tylko cytowane wyżej kontrakty w handlu bronią, lecz także szereg koncesji nie zostaje zawartych bez naruszeń prawa.

Także fakt, że z kontraktami państwowymi wiąże się idea umów „bez prawa" czy „poza prawem", prowadzi do wykorzystania tego rodzaju zobowiązań do obejścia różnych zakazów i nakazów, przepisów prawa wewnętrznego i prawa międzynarodowego. Wskutek niejasności w zakresie przyporządkowania kontraktów państwowych do określonego porządku prawnego rządzą się one nierzadko „prawem dżungli" i pozostają często poza jakąkolwiek kontrolą.

Sądzić można, że jednym z głównych motywów leżących u podstaw uchwalenia ustawy z 1999 r. była próba wyeliminowania z naszej praktyki kontraktowej powyższych mankamentów. Uniemożliwienie delokalizacji normatywnej umów offsetowych, ścisły nadzór nad ich zawieraniem i wykonywaniem, daleko idąca reglamentacja obrotu uzbrojeniem i sprzętem wojskowym dają nadzieję, że dostawy broni do naszego kraju odbywać się będą bez naruszeń prawa.

6.13. TRYB ROZSTRZYGANIA SPORÓW

Nie analizowaliśmy dotychczas tej kwestii, albowiem rozstrzyganie sporów o charakterze gospodarczym z udziałem państwa jest problemem złożonym i wymagającym obszernych wywodów, na które brak miejsca w tym opracowaniu. Badania wskazują, że tryb rozstrzygania sporów z kontraktów państwowych nie jest ich cechą charakterystyczną[6].

Mimo to ukształtowała się specyficzna procedura arbitrażowa, która jest typowa dla sporów z udziałem strony państwowej i indywidualnego inwestora zagranicznego. Na podstawie konwencji waszyngtońskiej z 18.03.1965 r. zostało utworzone Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (ICSID)[7].

W umowach ze stroną państwową szczególnie drażliwą kwestią jest ewentualność rozstrzygania sporu z takiej umowy przez sąd państwowy państwa-kontrahenta. Dlatego rzadko zdarzają się kontrakty państwowe, które nie zawierają odpowiednich klauzul arbitrażowych. Nierzadko klauzule te wiążą się z wyborem prawa, o czym wyżej była mowa. Umowa offsetowa – w polskim systemie prawa – nie daje wprawdzie możliwości wyboru prawa, ale niewątpliwie może zawierać odpowiednią klauzulę arbitrażową. Wyłączy to jurysdykcję polskich sądów państwowych na rzecz arbitrażu międzynarodowego *ad hoc* lub stałego sądu arbitrażowego. Wydaje się, że także Skarb Państwa – zgodnie z art. 1105 § 2 k.p.c. – może być stroną umowy derogacyjnej. Wyłączenie właściwości polskich sądów państwowych okazać się może istotnym czynnikiem internacjonalizującym stosunek prawny wynikający z umowy offsetowej. Są co najmniej dwa powody, które preferują pozasądowy tryb rozstrzygania sporów z umów offsetowych. Pierwszy to dążenie stron do zachowania poufności[8]. Drugi wydaje się jeszcze istotniejszy. Umowa offsetowa jest przecież jedynie elementem skomplikowanej operacji prawno-ekonomicznej, zwanej potocznie offsetem. Z umową tą integralnie związane są liczne kontrakty międzynarodowe, które rutynowo zawierają klauzule arbitrażowe. Byłoby bardzo niewskazane, by jedne elementy offsetu podlegały orzecznictwu sądów państwowych, dla innych zaś właściwy był międzynarodowy arbitraż handlowy.

Jeszcze dwie kwestie warto zasygnalizować. Czy umowy offsetowe, wpisując się w reguły właściwe kontraktom państwowym, mogą podlegać właściwości ICSID? Wprawdzie Polska dotychczas nie ratyfikowała konwencji waszyngtońskiej, ale zgodnie z wypracowaną praktyką wola stron mogłaby poddać spór

---

[6] **MHK**, s. 292 i nast.

[7] Zob. bliżej **M. H. Koziński**: *Tryb rozstrzygania międzynarodowych sporów inwestycyjnych z udziałem państwa jako forma gwarancji dla inwestorów zagranicznych* [w:] *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe* red. C. Mik, Toruń 1997, s. 163 i nast. Zob. także **M. Domke**: *Arbitration between Governments and Foreign Private Firms*, „Proceedings, American Society of International Law" 1971, s. 65 i nast., **J. Banaszek**: *Międzynarodowy Ośrodek Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych*, „Sprawy Międzynarodowe" 1979, nr 12, s. 137 i nast.

[8] **SZ**, art. 18.

z umowy offsetowej temu specjalistycznemu sądowi arbitrażowemu. Zapewne właściwość *ratione personae* byłaby zachowana, ale można mieć wątpliwości, czy umowa offsetowa odpowiadałyby temu arbitrażowi przedmiotowo (*ratione materiae*). Innymi słowy, mimo wspomnianych wyżej podobieństw do umowy koncesyjnej, wątpliwe jest, czy spór z umowy offsetowej można byłoby uznać za spór *stricte* inwestycyjny.

Kwestia „inwestycyjnego" charakteru offsetu wymagałaby obszerniejszej analizy. Chodzi bowiem o to, że z większością państw, z których pochodzić mogą zagraniczni dostawcy, Polska podpisała umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji. Ani u.o., ani tym bardziej treść umów offsetowych i związanych z nimi kontraktów nie może być sprzeczna z naszymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Ustawa z 1999 r. przewiduje pewną wyjątkowość umów offsetowych w systemie prawa wewnętrznego, ale nie może naruszyć istniejących minimalnych zasad ochrony inwestycji.

Standardem w ochronie inwestycji jest to, że spory między państwem przyjmującym a zagranicznym inwestorem „będą w miarę możliwości rozstrzygane polubownie" (umowa z Francją, 1989), „spór między Umawiającą się Stroną a inwestorem Drugiej Umawiającej się Strony, dotyczący inwestycji tego ostatniego na jej terytorium zostanie poddany, za porozumieniem stron sporu, rozstrzygnięciu trybunału arbitrażowego" (umowa ze Szwecją, 1989). Jak się wydaje powyższe sugestie o dominacji w umowach offsetowych, a zwłaszcza w związanych z nimi umowach wykonawczych, pozasądowego trybu rozstrzygania sporów, znajdują uzadnienie także w międzynarodowych porozumieniach inwestycyjnych.

6.14. WYJĄTKOWOŚĆ

Na ocenach prawych kontraktów państwowych cecha ta waży w szczególnie dużym stopniu. W większości wypowiedzi podkreśla się swoistość tej grupy umów, ich *sui generis* charakter. Wynika to z faktu, że mimo utrwalenia się w praktyce obrotu tego typu umów, nadal zobowiązania państwa w stosunku do zagranicznego podmiotu niepaństwowego są zjawiskiem wyjątkowym. Nie są to umowy masowe, zawsze mają charakter indywidualny. Wyjątkowość umów offsetowych, jak wspomniano, eksponuje zresztą sam ustawodawca (art. 25 u.o. wyłącza *expressis verbis* przepisy anymonopolowe)[9].

[9] Ustawa z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumenta (*Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz.547* z późniejszymi zmianami); **SZ**, s. 13 zwraca uwagę na szereg innych poważnych wyjątków cechujących umowy offsetowe: naruszenie zasady wolności gospodarczej, ograniczenie zasady wolności umów, zmiana reguł związanych z zamówieniami publicznymi. W rządowym uzasadnieniu projektu u.o. określa się ją, jako *lex specialis* wobec ustaw o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i o zamówieniach publicznych.

Nierzadko przedsięwzięcia z udziałem państwa mają wyjątkowo dużą skalę bądź wymagają specyficznych uprawnień, albo charakteryzuje je szczególnie duże ryzyko. Wszystko to powoduje, że środki prawne wykorzystywane w tych przedsięwzięciach są wyjątkowe. Wydaje się, że można przyjąć jako regułę, iż dla realizacji określonych celów gospodarczych szuka się na ogół drogi zwykłego kontraktu, dopiero gdy okazuje się to niemożliwe strony wkraczają na dość niepewny grunt kontraktów państwowych.

Jest również oczywiste, że suma „wyjątków", z jaką mamy do czynienia w przypadku omawianej grupy umów, z trudem pozwala na uogólniające ujęcie. Poza tym nie ulega wątpliwości, że kontrakty państwowe są nadal formacją umowną ewoluującą, będącą w dużej mierze *in statu nascendi*. Potwierdza to dobitnie powstanie nowej formy kontraktu państwowego, jaką stanowi umowa offsetowa.

WYBRANA LITERATURA

STOSOWANE SKRÓTY BIBLIOGRAFICZNE

B – Böckstiegel, Karl-Heinz: *Der Staat als Verträgspartner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main 1971

BR – Borchers, Klaus Günther: *Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen*, Göttingen 1966

D – Delaume, Georges R.: *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Dobbs Ferry – New York 1985

F – Fatouros, Arghyris A.: *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York-London 1962

G – Gutike, Hans Johen: *Völkerrechtliche Verträge als Grundlage von Rechten und Pflichten der Individuen*, Heidelberg 1973

K – Kipp, Heinrich: *Verträge zwischen staatlichen und nichtsaatlichen Partnern*, BDGVR, Heft 5, Karlsruhe 1964

LJF – Lalive, Jean-Flavien: *Contracts between a State or a State Agency and Foreign Company*, ICLQ 1964, vol. 13

LP – Lalive, Pierre: *Réflexions sur l' Etat et ses contrats internationaux*, Genéve 1976

LB – Leboulanger, Philippe: *Les Contrats entre États et Enterprises Étrangéres*, Paris 1985

M – Makarczyk, Jerzy: *Zasady nowego międzynarodowego ładu gospodarczego*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź, 1988

MHC – Koziński, Mirosław Henryk: *Państwo jako strona kontraktu (state contract)*, PPHZ 1988, vol.12

MHK – Koziński, Mirosław Henryk: *Kontrakty państwowe w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Gdańsk-Toruń 1990

MHO – Koziński, Mirosław Henryk: *Umowa offsetowa jako rodzaj kontraktu państwowego*, PPH 2000, nr 9 i 10

ML – Mitchell, J. D. B.: *The Contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, London 1954

MNS – Mann, Frederic Alexander: *State Contracts and State Responsability*, AJIL 1960, vol. 54

MNL – Mann, Frederic Alexander: *The Law Governing State Contracts*, BYIL 1944, vol. 21

MNP – Mann, Frederic Alexander: *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, BYIL 1959, vol. 35

RAY – Ray, George W.: *Law Governing Contracts between States and Foreign Nationals*, New York-Albany 1960

S – Stoll, Jutta: *Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, Berlin, Heidelberg, New York 1982

SU – Sucharitkul, Sompong: *State Immunities and Trading Activities*, London 1959

SZ – Szumański, Andrzej: *Ustawa o umowach offsetowych, Komentarz*, Kraków 2000

V – Verdross, Alfred: *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwiclung mit Schiedsklauseln*, ZaöRV 1958, vol. 18

VJG – Verdross, Alfred: *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements*, „Varia Juris Gentium" Liber Amicorum J. P. François, Leyden 1959

VR – Verhoeven, Joë: *Le contrat économique international, Contrats entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Bruxelles-Paris 1975

W – Weil, Prosper: *Problemes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, RCADI 1969, vol. 128

Z – Zweigert, Konrad: *Verträge zwischen staatlichen und nichtsaatlichen Partnern*, BDGVR, Heft 5, Karlsruhe 1964

WYBRANA LITERATURA

ADEDE Y. S.: *A Profile of Trends in the State Contracts for Natural Resources Development between African Countries and Foreign Companies*, „New York University Journal of International Law and Politics" 1980, vol.12

AMERASINGE C. F.: *State Breaches of Contracts with Aliens and International Law*, AJIL 1964, vol.58

ANTONOWICZ L.: *Pojęcie państwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1974

ASANTE S. K. B.: *Restructuring Transnational Mineral Agreements*, AJIL 1979,vol.73; *Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process*, ICLQ 1979, vol. 28

BANASZEK J.: *Międzynarodowy Ośrodek Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych*, SM 1979, nr 12

BERTIN C. Y.: *L'investissement international*, Paris 1972

BIERNAT S.: *Działania wspólne w administracji państwowej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1979

BÖCKSTIEGEL K. H.: *Der Staat als Verträgsparner ausländischer Privatunternehmen*, Frankfurt am Main 1971; *Arbitration of Disputes between States and Private Enterprises in the International Chamber of Commerce*, AJIL 1965, vol. 59

BOGUSŁAWSKI M. M.: *Immunitiet gosudarstwa*, Moskwa 1962; *Mieżdunarodnoje ekonomiczeskoje prawo*, Moskwa 1986

BORCHARD E. M.: *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York 1927

BORCHARD E. M., WYNNE W.H.: *State Insolvency and Foreign Bondholders*, New Haven 1951

BORCHERS K. G.: *Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen*, Göttingen 1966

BUCH H.: *La garantie e l'état et des établissements publics en Belgique* [w:] Recueil de la Societe Jean Bodin, vol.30, Bruxelles 1969

BIAŁOCERKIEWICZ J.: *Powstanie i rozwój prawa międzynarodowego gospodarczego*, Toruń 1987

BUWAJLIK G. E.: *Prowowoje regulirowanije mieżdunarodnych ekonomiczeskich otnoszenij*, Moskwa 1977

CARLSTON K. S.: *International Role of Concession Agreements*, „Northwestern University Law Review" 1957, vol. 52; *Nationalism, Nationalisation and International Law*, „Revue de Droit

International pour Moyen-Orient" 1958, vol. 1; *Concession Agreements and Nationalisation*, AJIL 1958, vol. 52; *Law and Organisation in World-Society*, Urbana 1962

CATTAN H.: *The Law of Oil Concession in the Middle East and North Africa*, Dobbs Ferry, New York 1967; *The Evolution of Oil Concession in the Middle East and North Africa*, New York 1967

CAVARÉ L.: *La protection des droits contractuels reconnus par les Etats á des étrangeres á l'exception des emprunts*, Valladolid 1956

COHEN JONATHAN G.: *Les concessions en droit international public*, Paris 1966

COULSON N. J.: *The State and the Individual in Islamic Law*, ICLQ 1957, vol. 6

CZERWIŃSKI R.: *The History of „Offset" in Poland*, http:/www.nato.int/acad.conf.

DAWIDOWICZ H.: *Umowy administracyjne w gospodarce uspołecznionej*, PUG 1964, nr 1

DELAUME G. R.: *Jurisdiction of Courts and International Loans*, AJIL 1957, vol. 51; *The Proper Law of Loans concluded by International Persons*, AJIL 1962, vol. 56; *Public Debt and Sovereign Immunity*, AJIL 1977, vol. 77; *What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma*, ICLQ 1979, vol. 28 nr 2; *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes (A Study in Conflict Avoidance)*, Dobbs Ferry, New York 1985

DUNING J. H.: *Studies in International Investment*, London 1970

DUPUY P. M.: *La responsabilite international des Etats*, Paris 1976

DYKE van V.: *The Responsability of State in International Law*, New York 1928

FATOUROS A. A.: *International Code to Protect of Private Investment – Proposals and Perspectives*, „University of Toronto Law Journal" 1961, vol.14; *Legal Security for International Investment* [w:] Legal Aspects of Foreign Investment, London 1959; *Government Guarantees to Foreign Investors*, London 1962; *The Administrative Contract in Transnational Transactions: Reflections on the Uses of Comparison* [w:] *Ius Privatum Gentium, Festschrift für M.Rheinstein*, Tübingen 1969; *International Law and the International Contract*, AJIL 1980, vol. 74, nr 1

FEWCETT J. E. S.: *Legal Aspects of State Trading*, BYIL 1948, vol. 25; *The Legal Character of International Agreement*, BYIL 1953, vol. 30; *Same Foreign Effects of Nationalization of Property*, BYIL 1950, vol. 27

FISCHER P.: *Die Privatperson als völkerrechtlicher Verträgs partner des Staates*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht"1973, vol. 24

FIUMEL de H.: *W sprawie pojęcia odpowiedzialności państwa we współczesnym prawie międzynarodowym*, PiP 1976, nr 3; *Prawnomiędzynarodowa odpowiedzialność majątkowa państw*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1979

FRANKOWSKA M.:*Umowy międzynarodowe. Wprowadzenie do prawa traktatów*, Warszawa 1972; *Z problematyki identyfikacji aktów prawnych w prawie międzynarodowym*, PiP 1980, nr 8; *Wypowiedzenie umowy międzynarodowej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1976; *Umowy międzynarodowe w formie uproszczonej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1981

FRIEDMANN W. G., PUGH R. C.: *Legal Aspects of Foreign Investment*, Boston-Toronto 1959

GILAS J.: *Suwerenność a handel zagraniczny*, AUNC 1973, vol. 56, *Prawne problemy rynku międzynarodowego. Zarys problematyki prawa publicznego*, Warszawa, Poznań, Toruń 1975; *Zasady nowego międzynarodowego ładu gospodarczego*, PSM 1981, nr 6; *Systemy normatywne w stosunkach międzynarodowych*, Warszawa, Poznań, Toruń 1981; *Międzynarodowe prawo gospodarcze*, Bydgoszcz 1998

GOLDSCHMIDT W.: *Transactions between States and Public Firms and Foreign Private Firms (A Methodological Study)*, RCADI 1972, vol. 118

GUHA ROY S. N.: *Is the Law Responsability of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law*, AJIL 1961, vol. 55

GULDBERG T.: *International Concessions, A Problem of International Economic Law*, „Acta Scandinavia Juris Gentium" 1944, vol. 15

GUTIKE H. I.: *Völkerrechtliche Verträge als Grundlage von Rechten und Pflichten der Individuen*, Heidelberg 1973

HAZARD J. N.: *State Trading and Arbitration* [w:] International Trade Arbitration, A Road to World Wide Cooperation (red. M. Domke) New York 1958

HAZARD J. M., DOMKE M.: *State Trading and Most–Favored–Nation Clause*, AJIL 1958, vol. 52

HELENIAK P.: *Aktualne problemy międzynarodoweho handlu bronią w świetle prawa międzynarodowego i prawa wewnętrznego RP*, RPEiS 1999, nr 3-4

HYDE J. N.: *The Exportation of Private Capital and Some Observations about Nationalization*, International Bar Association, Monte Carlo 1954; *Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources*, AJIL 1956, vol. 50; *Economic Development Agreement*, RCADI 1962, vol. 105

IANNI E. M.: *The International Treatment of State Trading*, JWTL 1982, nr 11-12

JAKUBOWSKI J.: *Zagadnienie immunitetu przedsiębiorstw państwowych*, SP 1967, *Przedsiębiorstwo w handlu międzynarodowym*, Warszawa 1970; *Prawo jednolite w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Warszawa 1972; *Z problematyki prawnej kapitalistycznych przedsiębiorstw międzynarodowych*, RPEiS 1980, nr 3

JASUDOWICZ T.: *Wpływ zmiany okoliczności na obowiązywanie umów międzynarodowych. Norma rebus sic stantibus*, Toruń 1977

JENKS C. W.: *The Common Law of Mankind*, London 1958; *International Immunities*, London, New York 1961

JENNINGS R. Y.: *State Contracts in International Law*, BYIL 1961, vol. 35

JESSUP P. C.: *Modernization of the Law of International Contractual Agreements*, AJIL 1947, vol. 41; *A Modern Law of Nations*, New York 1948; *Transnational Law*, New Haven 1956

JEŻEWSKI J.: *Administracja pod rządami prawa cywilnego. Z badań porównawczych nauki prawa administracyjnego*, Wrocław 1974

JONES M. J.: *International Agreements other then „Inter-States Treaties"*, BYIL 1944, vol. 21

KIPP H.: *Verträge zwischen staatlichen und nichtsaatlichen Partnern*, BDGVR, Heft 5, Karlsruhe 1964

KMIECIAK Z.: *Umowa cywilnoprawna i porozumienie administracyjne jako formy działania organów administracji w sferze zarządzania gospodarką narodową*, RPEiS 1987, nr 3

KOCOT K.: *Pacta sunt servanda w prawie traktatów*, SM 1973, nr 12

KOJANEC G.: *Problemes de l'arbitrage entre Etats et companies privées étrangeres*, „Annuarie de l'A.A.A." 1967-1968, vol. 37-38; *The Legal Nature of Agreements concluded by Private Entities with Foreign States*, „Académie de Droit International de la Haye" Colloque de 1968 sur lesaccords de commerce international, *Recent Developments in the Law of State Contracts*, „Yearbook of World Affairs" 1970

EL-KOSHERI A. S.: *Stabilité et evolution dans les techniques juridiques utilisées par les pays en voie d'industrialisation* [w:] Le contrat economique international, Bruxelles, Paris 1975; *La régime juridique crée per les accords de perticipation dans le domaine pétrolier*, RCADI 1975, vol. 133

KOSTECKI M. M.: *State Trading in Industrialized and Developing Countries*, JWTL 1978, vol.12, nr 3; *State Trading in Foreign Trade of the Mixed Economies*, Geneva 1982

KOZIŃSKI M. H.: *Gwarancja bankowa w międzynarodowym obrocie handlowym*, PPHZ 1983, vol. 7; *Umowy gwarancyjne w morskim obrocie handlowym* [w:] *Wybrane zagadnienia prawa morskiego*, Gdańsk, Słupsk, Szczecin 1984; *Jednolite zasady gwarancji kontraktowych*, PSM 1985, nr 2-3; *Poręczenia i gwarancje państwowe w prawie polskim*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego" 1986, vol.10, *Państwo jako strona kontraktu (state contract)*, PPHZ 1988, t. 12, *Kontrakty państwowe w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Toruń-Gdańsk 1990; *Próba określenia istoty prawnej koncesji na poszukiwanie i wydobywanie kopalin występujących w granicach obszarów morskich Rzeczypospolitej Polskiej*, BOiGM 1991, nr 9; *Koncesjonowanie morskiej działalności górniczej i geologicznej w Polsce*, PM 1995, t. VIII; *Tryb rozstrzygania międzynarodowych sporów inwestycyjnych z udziałem państwa, jako forma gwarancji dla inwestorów zagranicznych* [w:] *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe*, Toruń 1997; *Gwarancje umowne w morskim obrocie handlowym*, PWN 1998, nr 7; *Morskie prawo gospodarcze*, cz.1 i 2, Gdynia 1999; *Umowa offsetowa jako rodzaj kontraktu państwowego*, PPH 2000, nr 9 i 10

KRONFOL Z. A.: *Protection of Foreign Investment*, Leiden 1972

KUUSI J.: *State Contracts with Foreigners: Consideration on Law and Policy*, Oxford 1976; *The Host State and the Transnational Corporation*, Westmead, Farnborough 1981

LALIVE P. F.: *Aspects proceduraux de l'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger dans la Convention du 18 mars 1965* [w:] *Investissements étrangers*, Paris 1969; *Les accords entre Etats et particuliers étrangers. L'influence des clauses arbitrales*. „Colloque de Louvain sur les contrats entre Etats et personnes privées étrangéres", 15.10.1974, *L'aplication du droit public étrangére*, Annuaire 1975, vol. 56; *Réflexions sur l'Etat et ses contrats internationaux*, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Geneve 1976; *L'Etat en tant que partie á des contrats de concession ou d'investissement conclus avec des sociétés privées étrangeres*, Raport UNIDROIT 1977

LALIVE J. F.: *L'immunité de jurisdiction des Etats et des Organisations Internationales*, RCADI 1953, vol. 84; *Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une societé privée étrangere. (Sapphire International Petroleum Ltd v.NIOC)*, Annuaire suisse de droit international, 1962, vol. 19; *Contracts between a State or State Agency and Foreign Company*, ICLQ 1964, vol. 13; *Abrogation or Alteration of an Economic Development Agreement between State and a Foreign National*, „The Business Lawyer" 1962

LANGROD G.: *Le contrat – instrument d'action des administrations publiques*, „Annales Universitatis Saraviensis" 1955; *L'enterprise publique en droit administratif comparé*, „Revué internationale de droit comparé" 1956, nr 4-5; *Administrative Contracts, A Comparative Study*, AJIL 1955, vol. 4

LASOK K. P. E.: *Government Intervention and State Trading*, „Modern Law Review" 1981, nr 5

LEBOULANGER P.: *Le regime juridique des investissements pétroliers en Egypte*, „Revue égyptienne de droit international" 1972; *Les contrats entre États et enterprises étrangéres*, Paris 1985

LAVEL P.: *Le contrat dit sans loi*, „Travaux de Comité Français de Droit International Privé" 1964-1966, Paris 1967

ŁĘTOWSKI J.: *W sprawie granic między prawem publicznym i prywatnym* [w:] *Prace z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa J. S. Piątowskiego*, Warszawa, Wrocław, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985

ŁOPUSKI J.: *Międzynarodowe kontrakty gospodarcze a zagadnienie autonomi woli*, PPHZ 1985, t. 9, *Międzynarodowe konwencje cywilnoprawne – niektóre zagadnienia stosowania i wykładni* [w:] *Prace z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa J. S. Piątowskiego*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985

ŁUKASZUK I. I.: *K woprosam o sogłaszenijach podobnych mieżdunarodnym dogoworam*, „Sovetskoje Gosudarstvo i Prawo" 1960, nr 12; *Storony w mieżdunarodnych dogoworach*, Moskwa 1966; *The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation,* AJIL 1989, vol. 83

MAKARCZYK J.: *Finansowanie rozwoju gospodarczego w systemie Narodów Zjednoczonych (IBRD, IFC, IDA),* Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1974; *Zasady nowego międzynarodowego ładu gospodarczego*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1988

MANN F. A.: *The Law Governing State Contracts*, BYIL 1944, vol. 21; *Die Verträge der Völkerrechtsubiekte und die Parteiautonomie* [w:] *Ius et Lex, Festgabe für M. Gutz*willer, Basel 1959; *State Contracts and State Responsability*, AJIL 1960, vol. 54; *State Contracts and International Arbitration*, BYIL 1967, vol. 42; *The Proper Law of Contracts concluded by International Persons,* BYIL 1959, vol. 35; *Conflict of Laws and Public Law,* RCADI 1971, vol.107; *Arbitration between Governments and Foreign Private Firms*, „Proceedings, American Society of International Law" 1971; *The Theoretical Approach towards the Law Governing Contracts between States and Private Firms,* „Revué Belge de Droit International" 1975, nr 11; *Money and Public International Law*, RCADI 1951, vol. 96; *The Legal Aspects of Money*, Oxford 1982

McCORMIC-CROSSWELL C.: *International Business Techniques. Legal; Financial Aspects,* New York 1963

MERON T.: *Repudiation of Ultra Vires State Contracts and the International Responsability of States*, ICLQ 1957, vol. 6; *International Responsability of States for Unauthorized Acts of Officials*, BYIL 1957, vol. 33

MEWEET J.: *The Theory of Government Contracts*, „McGill Law Journal" 1969, vol. 56

MILLER A. S.: *Protection of Private Foreign Investment by Multilateral Conventions*, AJIL 1959, vol. 53

MITCHELL J. D. B.: *The Contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, London 1954

NOWOGUGU E. J.: *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester 1965

O'CONNEL D. P.: *Economic Concession in the Law of State Succesi*on, BYIL1950, vol. 27; *La personalité en droit international,* RGDIP 1963, vol. 67; *Secured and Unsecured Debts in the Law of State Succesion*, BYIL 1951, vol. 28

ÖHLINGER T.: *Umowa administracyjna, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska"* 1978, vol. 25

OPALSKI A.: *Ustawa o języku polskim a język umów w obrocie międzynarodowym*, „Glosa" 2000, nr 4

PAZARICI H.: *La responsabilité internationale des Etats en matiére contractuelle*, Ankara 1973; *La responsabilité internationale des Etats á l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangeres*, RGDIP 1975, vol. 79

PEYREFITTE L.: *Le problemé du contrat dit „sans loi"*, „Recueil Dalloz, Sirey, Chronique" 1965, vol. 18

POPIOŁEK W.: *Znaczenie praepisów „prawa publicznego" różnych systemów prawnych dla stosunków umownych handlu zagranicznego*, PPHZ 1988, vol. 12; *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania. Zagadnienia kolizyjnoprawne*, Katowice 1980

QUIN M.: *State Trading i Western Europe*, LCP 1959, vol. 24

RADWAŃSKI Z.: *Teoria umów*, Warszawa 1977

RAJSKI J.: *Rozwój umów kompensacyjnych w międzynarodowym obrocie gospodarczym,* „Acta Universitatis Niocolai Copernici" 1990, Prawo XXVIII, z. 205; *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 1994

RAY G. W.: *Law Governing Contratcts between States and Foreign Nationals*, Southwestern Legal Foundation Proceedings of the 1960 Institute on Private Investment Abroad, Albany 1960; *The Development and Maintenance of an Oil Operation in Middle East* [w:] Legal Problems in International Trade and Investment, 1962; *Economic Development Agreements*, „World Peace Through Law Center, Conference Reports" 1963; *Transnational Trade and Investments – Guarantees,* „World Peace Through Center, Conference Reports" 1965

ROBERTS N. L.: *Private and Public International Law Aspects of Governments Contracts,* „Military Law Review 1967, vol. 36

ROY GUHA S. N.: *The Responsability of the State for Injuries to Aliens*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" 1962, vol. 12

SALZWEDEL J.: *Die Grenzen des öffentlich - rechtlichen Verträges*, Berlin 1958

SANDLER T., HARTLEY K.: *The Political Economy of NATO: Past, present and into the 21st Century*, Cambridge, New York 1999

SEIDL-HOHENVELDERN I.: *The Impact of State Trading on Classical International Law*, „Yearbook for World Affairs" 1962; *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, ICLQ 1963, vol. 12; *International economic „soft law"*, RCADI 1979, vol. 134

SMETS P. F.: *La loi de garanties des investissement belges á l'étranger*, „Revue de la Banque" 1971, nr 1

SOHN L. B., BAXTER R. R.: *Responsability of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens,* AJIL 1961, vol. 55

SOŚNIAK M.: *Z problematyki genezy pojęcia umowy w kontynentalnej doktrynie europejskiej* [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa A. Szpunara,* Warszawa – Łódź 1983, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986

STELMACHOWSKI A.: *Ewolucja autonomii woli* [w:] *Tendencje rozwoju prawa cywilnego* red. E. Łętowska, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1983

STOLL J.: *Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, Berlin, Heidelberg, New York 1982

SUCHARITKUL S.: *State Immunities and Trading Activities in International Law*, New York–London 1959, *Immunities of Foreign States*, RCADI 1976, vol.135

SUŁKOWSKI J.: *Uregulowanie handlu państwowego w dwustronnych umowach międzypaństwowych*, RPEiS 1962, z. 3

SYMONIDES J.: *Odpowiedzialność państwa w prawie międzynarodowym,* SP 1971, nr 30; *Nowe prawo morza*, Warszawa 1986

SZUMAŃSKI A.: *Pojęcie i charakter prawny umowy kooperacji przemysłowej w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Kraków 1991; *Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym,* Kraków 1994; *Ustawa o umowach offsetowych. Komentarz,* Kraków 2000

ŚLADKOWSKI J.: *Pomoc i współpraca techniczna w systemie Narodów Zjednoczonych,* Wrocław 1975

TAŁAŁAJEW A. N.: *Juridiczeskaja priroda mieżdunarodnogo dogowora*, Moskwa 1963, *Prawo mieżdunarodnych dogoworow*, Moskwa 1980

TRZCIŃSKI J.: *Z zagadnień współczesnej teorii osobowości prawnej państwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 1970, vol. 32

VERDROSS A.: *The Status of Foreign Private Interest Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clasuses*, ZaöRV 1958, vol. 18; *Protection of Private Property under Quasi-International Agreements,* „Varia Iuris Gentium, Liber Amicorum J.P.A. Français „Leyden 1959; *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions,* „Yearbook for

World Affairs" 1964, vol. 18; *Gibt es Verträge, die weder dem interstaatlicher Recht noch dem Völkerrecht unterliegen?*, „Zeitschrift für Rechtsvergleichung" 1965, vol.6,

VERHOEVEN J.: *Contrats entre Etats et resortissants d'autres Etats* [w:] Contrat économique international. Stabilite et evolution, Bruxelles 1975; *Droit international des contrats et droit des gens*, „Revue belge de droit international" 1979

WADMOND L. C.: *The Sanctity of Contract between a Sovereign and Foreign National*, „Proceeding of American Bar Association, Section of Mineral and Natural Resources Law" 1957

WASILKOWSKI A.: *Międzynarodowa współpraca gospodarcza a stosunki własności*, PiP 1969, nr 2; *Zagadnienie odpowiedzialności państwa za zobowiązania podejmowane w ramach RWPG*, PiP 1971, nr 8-9

WEHBERG H.: *„Pacta sunt servanda"*, AJIL 1959, vol. 53; *Der Grundsatz der Vertragstreue* [w:] Festschrift für A.Verdross, Wien 1960

WEIL P.: *Problemes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, RCADI 1969, vol. 128, *Le clauses de stabilisations ou d'intangibilité insérées dans les accords de developpement économique* [w:] Melanges offerts á Ch. Rousseau, Paris 1974; *Droit international et contrats d'Etat* [w:] Melanges offerts á P. Reuter, Paris 1981

WEITH W. BÖCKSTIEGEL K. H.: *Der Schutz von ausländischen Vermögen im Völkerrecht*, Baden-Baden 1962

WELLS E. J. M.: *Guarantees in International Economic Law*, ICLQ 1955, vol. 4

WENGLER W.: *Agreement of States with other Partners than States in International Relations*, „Revue Hellenique de Droit International" 1955; *Bemerkungen zu den Verträgen nichtstaatlicher Verbände und ihrer Organe mit Staaten und Staat organen* [w:] Scritti di diritto iternazionale in onore do T. Perrasi. Milano 1957; *Les accords entre Etats et enterprises étrangeres sont-ils des traités de Droit International* „Revue generale de droit international public" 1972

WIECZOREK P.: *Rejestr Uzbrojenia Konwencjonalnego – stan obecny i perspektywy*, SM 1994, nr 4

WINIECKI J.: *Umowy o pomocy technicznej ONZ. Treść, cechy szczególne, charakter prawny*, SP 1971, nr 31

WU YUAN-LI: *Government Guarantees and Private Foreign Investment*, „American Economic Review" 1950, vol. 40

ZWEIGERT K.: *Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern*, BDGVR Heft 5, Karlsruhe 1964

Mirosław H. Koziński

THE OFFSET CONTRACT AND OTHER FORMS OF STATE PARTICIPATION IN INTERNATIONAL TRADE

SUMMARY

The role of the state is still significant in international trade. This is not simply a matter of setting regulations within the framework of international and national legislation, but, in addition, the state in many cases is a direct participant in international trade.

Research into this topic was virtually unknown under the previous economic system of the so – called socialised economy, because the participation of the state in the economy was rule and not exception. The essays author of this volume – on the subject of state participation in international trade – are pioneering in this part of Europe.

The main impulse for preparing this book was the passing in Poland of the ***Act of 10 September 1999 on certain compensation contracts concluded in connection with supply contracts for the need of nations defence and security***, common known as the ***Offset Contracts Act***. This act brought the offset contract into Polish legal practice. Such a contract is one made between the State Treasury and a foreign supplier of armaments and military equipment. Thus, it is undoubtedly one of forms of state participation in international trade.

This study consist of six chapters. The first is introductory and it aims to justify the usefulness of research into state participation in international trade. Is also sets out the main thesis of this study – that an offset contract is one of kind of so – called state contract. Because of the fact that an offset contract is principally concerned with the trade in armaments and military equipment, this chapter presents the specific features of the international arms trade, above all its strict regulation both on an international and national level.

The second chapter analyses the role of the state in the economy, demonstrating the historical changes the have taken place in the state's involvement in economic relations. This part of the work discusses the concept of the state in terms of public and private law. For the purposes of further discussion, the author introduces the concept of „direct state participation in international trade". This means the

involvement of the state as one of parties to a contract with a foreign economic entity.

The third part of the work presents the range of forms taken by state participation in international trade. *Inter alia*, the chapter discusses concessionary contracts, investment guarantees, and also trade contract with state participation, form example mutually conditional contract, and arm contracts. The range of features of these various manifestations of state trading has direct reference of offset contract, and, further indicates the possibility of a widespread employment of the concept of the state contract.

The fourth chapter discusses, above all, new Polish regulation connected with offset contracts. The author presents the origins of this institution of international trade, and attempts to define the legal essence of this new type of contract, based on the regulation applying to offset contracts. The definition of this specific type of international obligation is a contract between the State Treasury and foreign supplier of armaments or military equipment that sets the sphere and value of the so – called offset obligation – that is, relating to paying a deposit into a capitalised company or entering into a contract for sub-contracted supply with a Polish entrepreneur. This offset obligation has be fulfilled by the foreign supplier on the territory of the Republic of Poland, or on that of foreign states in conjunction with a Polish entrepreneur. The unusually complex legal instrument of offset – which, besides the offset contract itself, involves a whole complex of other contracts – is intended to ensure the participation of foreign suppliers in the restructuring and development of the Polis economy, especially in relation to its defence potential. In other words, no foreign supplier can conclude a treaty to supply Poland with armament and military equipment worth than five million Euros, if in does not at the same time conclude an offset contract with the Polish State Treasury whereby it enters into the obligation to sign specific contracts supporting the Polis economy. Such contract in the *sine qua non* of entry into Polish market. A detailed analysis of the offset contract suggests that it contains typical features of a state contract.

The long fifth chapter deals with the legal essence of the state contract. The author presents many varied observations on the subject of a contract between the state and its foreign, non – state partner. The discussion of the legal character of the state contract is based on a comparison of this form of international obligation with en international treaty, an administrative contract and a civil contract. There is a particular discussion of the kind of legal regimen that is particular and appropriate to a state contract. It is characteristic of this group of contracts that they aim at e certain autonomisation of the law governing the contract, making it independent of the law of the state that is party to the agreement.

Finally, the last part of the study – instead of conclusions – contains a comparison of the characteristic features of an offset contract and of a state contract. Not all the features that are characteristic of the majority of state contracts are reflected in the Polish normalisation off offset contracts, particularly the above – mentioned

aim at making the contract independent of the legal regime of state that is party to the contract. Despite this, the thesis proposed in introduction to this study that an offset contract is a type of state contract is fully justified.

BIBLIOTEKA GŁÓWNA - ARCHIWUM
Nr ewid. 53549
II
Akademii Obrony Narodowej

ISBN 83-88062-61-1

AON WYDZIAŁ WYDAWNICZY