

**dr hab. Andrzej Szlęzak**

**profesor Uniwersytetu Humanistycznospołecznego SWPS**

**w Warszawie**

## **RECENZJA**

**rozprawy doktorskiej mgr Dominika Horodyskiego pt.**

**„Transparentność arbitrażu inwestycyjnego”**

### **I. Uwagi wstępne. Wybór tematu.**

Praca doktorska mgr Dominika Horodyskiego jest monografią interesującą przede wszystkim z tego względu, że krajowej literatury naukowej dotyczącej tego rodzaju arbitrażu jest jak na lekarstwo. Więcej jest wypowiedzi publicystycznych, a to z uwagi na kontrowersje (w tym natury politycznej), jakie arbitraż inwestycyjny wywołuje, co zresztą Autor dostrzega.

Wiadomo wszak, że arbitraż inwestycyjny spotyka się z krytyką z różnych kierunków, z których jednemu aspektowi krytycznemu (potrzebie transparentności) Autor poświęca swą dysertację. Można zaryzykować stwierdzenie, że próby otwarcia arbitrażu inwestycyjnego na kontrolę publiczną, a więc właśnie uczynienie tego arbitrażu bardziej transparentnym, są odpowiedzią na wątpliwości podnoszone wobec tego sposobu rozstrzygania sporów. Ale też trzeba zauważyć, że krytyka ta wcale nie sprowadza się w pierwszym rzędzie do zarzutu braku transparentności, a więc (np.) że prace trybunału *in camera* nie pozwalają na ocenę zasadności rozstrzygnięcia czy motywów, jakimi trybunał się kieruje, lub też że nie umożliwiają poznania przesłanek, przesądzających o redystrybucji (jeśli wyrok jest po myśli inwestora) środków publicznych lub ogólniej: w jaki sposób trybunał dostrzega interes publiczny w postępowaniu i rozstrzygnięciu sprawy. Krytyka ta jest szersza i szkoda, że Autor nie poświęca jej więcej uwagi. Na dobrą sprawę o krytyce tej pisze Autor sumarycznie w dwóch przypisach na stronach 78 i 79, wspominając o zaledwie „pewnych wadach” arbitrażu inwestycyjnego.

Mam wrażenie, że główne ostrze krytyki skierowane jest w inną stronę: traktaty o ochronie inwestycji zwykle posługują się właściwą dla nich siatką pojęciową, a przy tym zwrotami, nieprzekładalnymi wprost na pojęcia języka prawnego danego państwa, a więc niezwiązanymi z jego instytucjami prawnymi. To akurat wadą nie jest, lecz wynika ze specyfiki ponadpaństwowego regulowania materii prawnych. Wadą jest natomiast nadmierne otwarcie katalogów pojęciowych (np. pojęcie „inwestycji” zwykle definiowane jest z zastosowaniem zwrotu „w szczególności”), a zarazem używa się w poszczególnych traktatach zwrotów niedookreślonych (np. „uczciwe i sprawiedliwe traktowanie”,

„sprawiedliwa rekompensata”, czy „bezpośrednie i pośrednie pozbawienie inwestycji”), co pozwala na dość szeroką – a czasami wręcz dowolną – interpretację. Ponadto pozycja inwestorów zagranicznych, wyznaczona treścią traktatów o ochronie inwestycji, jest nierzadko lepsza, niż inwestorów krajowych, co prowadzi do dyskryminacji tych ostatnich. Z założenia też traktuje się krajowe instytucje powoływane do rozstrzygania sporów prawnych podejrzliwie (bo w przeciwnym razie po co „pozapaństwowe” rozstrzyganie sporów?), wyjmując spod ich kognicji spory z inwestorami zagranicznymi. Wreszcie „klausule parasolowe”, *forum shopping* (pozwalające na powołanie się na „korzystniejszy” traktat zawarty w państwie, gdzie inwestor ma za ledwie „skrzynkę pocztową”, główny zaś ośrodek działalności gospodarczej w państwie „z mniej korzystną” regulacją traktatową), czy inne tego rodzaju rozwiązania prawne z pewnością przysparzają zwolenników tezie o wątpliwej wartości rozstrzygania sporów w drodze arbitrażu inwestycyjnego.

Nie bez przyczyny więc arbitraż inwestycyjny jest przedmiotem krytyki. Współczesne tendencje niekoniecznie też dobrze mu wróżą. Nie można wykluczyć, że w przewidywalnej przyszłości w sporach pomiędzy inwestorami z krajów należących do Unii Europejskiej a państwami będącymi członkami tej wspólnoty arbitraż inwestycyjny zostanie uregulowany innymi instrumentami niż międzypaństwowe umowy dwustronne. Czy więc jego „niesamowita” (*sic!*, zob. s. 79) popularność się utrzyma, czas pokaże. Być może więc to, że Autor podjął się omówienia problematyki arbitrażu inwestycyjnego właśnie teraz, to „ostatni dzwonek” dla tego rodzaju rozważań. Byłby to jednak „ostatni dzwonek” dobrej próby, bo decyzja, czy rozwój arbitrażu inwestycyjnego wspierać, czy go osłabiać, wymaga uprzedniego wszechstronnego przedstawienia zjawiska, o jakie chodzi, co Autor udatnie zrobił, przynajmniej w zakresie badawczym, jaki sobie określił. Swą dysertacją Autor niewątpliwie więc wnosi istotny wkład w szerzenie wiedzy o tym sposobie rozstrzygania sporów w ogóle, a o zagadnieniu transparentności w szczególności.

Nie ulega wątpliwości, że transparentność – zwłaszcza w jej odmianie otwierającej szerszy, niż dotąd, dostęp dla osób trzecich do postępowania, czy promującej jawność rozprawy, jak również postulującej publikację stanowisk stron oraz orzeczeń trybunałów – jest podstawowym instrumentem umożliwiającym kontrolę rzetelności postępowania, a także ustalenie (i kontrolę doktrynalną poprawności takiego ustalenia) znaczenia wskazanych wyżej traktatowych zwrotów niedookreślonych. To ostatnie pozwala z kolei na większą przewidywalność kierunku rozstrzygnięć w przyszłych sporach, gdy orzeczenia w poszczególnych sprawach mają charakter prawotwórczy w podobnym sensie, jak to jest w państwach opartych na prawie precedensu. Sama jednak transparentność nie eliminuje innych wad (rzeczywistych lub, zdaniem niektórych, tylko domniemanych) arbitrażu inwestycyjnego. Niemniej, podjęcie przez Autora problematyki transparentności, współcześnie bardzo aktualnej, zasługuje na aprobatę, nawet gdyby miał to być tylko niewielki wycinek zagadnień wartych uwagi. Wspomniano już wcześniej, że transparentność wydaje się być instrumentem, przy pomocy którego środowisko arbitrażowe chce bronić arbitrażu inwestycyjnego przed jego krytykami. Głos Autora jest mocnym, choć być może

niewielko zbyt bezkrytycznym (zob. dalej, pkt IV), ale za to dobrze wyartykułowanym, stanowiskiem w tym sporze.

Z podanych wyżej względów **wybór tematu** zasługuje na pełne uznanie.

## II. Metoda badawcza.

Na aprobatę zasługuje też **metoda badawcza**. Choć w przeważającej mierze Autor jedynie relacjonuje historię, przebieg i efekty prac nad poszczególnymi rozwiązaniami traktatowymi i regulaminowymi – w wielu miejscach (m.zd.) nazbyt szczegółowo – daje to ciekawy obraz ucięcia się stanowisk poszczególnych państw w pracach nad traktatami, jak również stanowisk wiodących instytucji arbitrażowych w staraniach o nowelizację ich regulaminów, wobec wyzwań stawianych przez potrzebę transparentności.

Praca ze swej natury ma charakter **prawnoporównawczy**; imponuje bogata obcojęzyczna literatura przedmiotu, jak również szerokie odwołanie do kontekstu orzeczniczego, zarówno krajowego (gdy chodzi o dostęp do informacji publicznej), jak i zagranicznego.

Ciekawym przedsięwzięciem, choć (m.zd.) raczej o publicystycznym zabarwieniu, jest zamieszczenie w pracy wywiadów z czołowymi przedstawicielami z kręgów arbitrażowych, bo pokazuje sposób myślenia osób, których wpływ na rozwój arbitrażu inwestycyjnego może być nader doniosły. Na koniec bowiem to, jakie rozwiązanie dane państwo wesprze lub odrzuci, jest wynikiem pracy koncepcyjnej jednostek.

Natomiast nie przekonują wysiłki (w pierwszym rzędzie dogmatyczne, a też i aksjologiczne) Autora przy próbie rozróżnienia pomiędzy znaczeniami „poufności”, „prywatności” oraz „tajności” (zob. s. 64 – 65), a więc pojęciami często pojawiającymi się w rozważaniach dotyczących „transparentności”. Skoro bowiem „poufność” miałyby być czymś innym, niż „tajność” (s. 64, nb. 1), to późniejsze definiowanie tej ostatniej w kategoriach „nieujawniania” (a więc właśnie „poufności”) zawodzi (s. 65, nb. 4). Mniejsza jednak o to. Tego rodzaju ustalenia wymagałyby daleko bardziej zaawansowanych, niż przeprowadzone w pracy, wysiłków badawczych i większej precyzji pojęciowej; temat pracy pozwalał jednak na marginalne potraktowanie tych kwestii, jak to właśnie Autor uczynił.

## III. Uwagi warsztatowe.

Natomiast na poważniejsze zarzuty zasługuje Autor, gdy chodzi o jego **warsztat** pisarski.

Przede wszystkim, niestaranna jest **interpunkcja**, co zdaje się być plagą doktoratów doby współczesnej (jak to wynika przynajmniej z ostatnich doświadczeń recenzenckich niżej podpisanego). Zdarzają się też **błędy ortograficzne i gramatyczne** (zob. np. s. 20 i 93 – gdzie zamiast o „liczbie”, mowa o „ilości”; s. 110 – „krok na przód” zamiast „krok naprzód”), czy frazy należące do „żargonu prawniczego” typu *oczywistym jest* (zamiast: *oczywiste jest*). Notorycznie też błędnie odmienia Autor nazwę „Mauritius”, pisząc o „Konwencji z Mauritiusa” zamiast o „Konwencji z Mauritiusu”.

Natomiast staranna jest **redakcja przypisów**, choć trzeba postawić Autorowi zarzut permanentnego łamania powszechnie przyjmowanej w polskim piśmiennictwie konwencji, w myśl której oznaczenie numeru przypisu stawia się przed kropką, nie po.

Natomiast poprawnie i konsekwentnie Autor **pracę buduje**. Rozdziały są o objętości uzasadnionej materiałem w nich analizowaną, a tytuły rozdziałów i podrozdziałów oddają ujętą w nich problematykę. Zbyt liczne są jednak w pracy podsumowania, bo zdarza się, że Autor podsumowuje rozważania zawarte w kolejnych podrozdziałach, by następnie podsumowywać cały rozdział. Rwie to tok wyводу i prowadzi o zbędnych powtórzeniach, choć może ułatwia orientację w analizowanej materii.

Wreszcie praca napisana jest **starannym językiem prawniczym**; efekt psują jednak wskazane wyżej uchybienia interpunkcyjne, gramatyczne i ortograficzne. Wszyscy wiemy, że po długotrwałej pracy z tekstem czyta się nie to, co się napisało (a więc że czyta się nie „ze strony”, a „z głowy”), tj. że błędów się nie widzi. Zawsze jednak warto zadbać o niezależną adiustację tekstu, chociażby po to, by złośliwemu recenzentowi nie dawać satysfakcji.

Natomiast nie jestem przekonany, czy praca napisana w konwencji komentarza czy właśnie wyroku arbitrażowego, z gęstym podziałem tekstu na „numery brzegowe”, jest konwencją wartą stosowania w rozprawie doktorskiej. Numer brzegowy usprawiedliwia – jak to z reguły zdarza się właśnie w komentarzach – brak powiązania kolejnej uwagi z wcześniejszą, gdy wywód naukowy powinien być płynny, a tekst bardziej zwarty. Być może jednak jest to „znak czasu”, którego zaawansowany wiekiem recenzent jeszcze (a może już) nie dostrzega.

Wreszcie **mało czytelna i niekonsekwentna jest bibliografia**. Autor bowiem zalicza do „monografii” komentarze (zob. np. poz. 1), podręczniki (zob. np. poz. 4), a nawet materiały pokonferencyjne (zob. np. poz. 10), zaś jako „rozdziały w monografiach” traktuje wypowiedzi poszczególnych autorów zamieszczone w komentarzach (zob. np. poz. 20). Powoduje to zbędne zwiększenie objętości bibliografii (zwielokrotnienie powoływania tej samej pozycji) oraz błędne ich zaszeregowanie. Moim zdaniem, zabrakło tu precyzyjnego klucza przyporządkowującego poszczególne opracowania do kategorii bibliograficznych wyróżnionych przez Autora.

#### **IV. Uwagi merytoryczne.**

Przechodząc do omówienia merytorycznej strony pracy, należy zwrócić uwagę na następujące kwestie.

Autor twierdzi, że potwierdzenie znalazła większość tez badawczych, jakie postawił we wstępie. Na to zgoda. Powstaje jednak pytanie, co z tego wynika (prócz zakończonej sukcesem pracy nad doktoratem) dla praktyki tworzenia i stosowania prawa (traktatowego i nie tylko), bo dopiero wtedy problem badawczy, jakiego rozwiązanie powinno być zwieńczeniem dysertacji doktorskiej, można uznać za gruntownie przeanalizowany.

W szczególności, zdaniem Autora potwierdzenie znalazła teza, że Regulamin Transparentności UNCITRAL („Regulamin”) ma charakter uniwersalny, „akceptowalny przez społeczność międzynarodową i możliwy do przyjęcia w różnych częściach świata” (s. 357). Jeśli „akceptowalność” i „możliwość przyjęcia” mierzyć liczbą państw, uczestniczących w pracach nad stworzeniem Regulaminu, zgoda. Tyle tylko, że od uchwalenia dokumentu na forum międzynarodowym do jego zastosowania droga jest daleka, a dopiero wdrożenie jego postanowień do praktyki arbitrażowej pozwoli na ogłoszenie sukcesu w stosowaniu instytucji transparentności. Tu zaś – jak podaje sam Autor – wiele jeszcze jest do zrobienia. Koncepcja związania Regulaminem (w odniesieniu do sporów opartych na traktatach zawartych przed uchwaleniem Regulaminu) wedle zasady *opt in* (zamiast *opt out*), nie sprzyja łatwemu upowszechnieniu Regulaminu w praktyce, bo – trawestując uwagi Autora – „trudniej jest coś zrobić, niż czegoś nie zrobić”, a więc wymóg podjęcia stosownej aktywności w celu związania Regulaminem (*opt in*), wydaje się zawieszac poprzeczkę wyżej, niż gdyby przyjęto zasadę *opt out*, tj. gdyby Regulamin wiązał strony sporu *a priori*. Po wtóre zaś – i co ważniejsze – Konwencja z Mauritiusu, mająca uchylić potrzebę renegotjacji dotychczas zawartych BITów w kierunku uwzględnienia wymogów Regulaminu w postępowaniach arbitrażowych, prowadzonych na podstawie BITów starszych niż Regulamin, nie weszła jeszcze w życie i nawet jeśli wkrótce wejdzie, to oznaczać to będzie, że ratyfikowały ją zaledwie trzy państwa. Ponadto pokazuje Autor liczne przykłady państw „protransparentnych” (w tym nawet najbardziej liberalnych w tym względzie, jak USA czy Kanada), które same nie dość gorliwie stosują się do obowiązku ujawniania materiałów z postępowań arbitrażowych. Do praktycznego sukcesu Regulaminu wcale więc nie jest blisko.

Po wtóre, choć Autor przekonuje, że podejście do transparentności nie zależy od pozycji państwa w arbitrażu inwestycyjnym, wiele wskazuje – także to, o czym Autor sam pisze, gdy zachęca Polskę do zmiany stanowiska dość sceptycznego wobec transparentności oraz przyjęcia Konwencji z Mauritiusu (o czym dalej) – że niekoniecznie tak właśnie jest. Po lekturze pracy Autora, skłaniałbym się raczej do poglądu, że podstawowym kryterium podziału na państwa „pro” i „anty” transparentne (lub sceptyczne wobec tego standardu) jest rodzaj kultury prawnej akceptowanej w danej społeczności i przyzwyczajenie do transparentności jako standardu w postępowaniu państwa wobec obywateli. Dobrym tego przykładem jest pokazanie przez Autora, że praktyka polskiej władzy wykonawczej jest w zasadzie „antytransparentna” (bez względu na „kolory polityczne”) i dopiero wysiłki orzecznicze otwierają drogę do innego spojrzenia na to, co w sferze informacji publicznej można i trzeba ujawniać, gdy przecież polskie prawo jest „protransparentne” w podobnym stopniu, jak prawo w państwach, które standard transparentności respektują w praktyce w daleko bardziej zaawansowanym zakresie, niż u nas.

Wreszcie ciekawym spojrzeniem na uzasadnienie „protransparentne” (pokazujące m.zd. niewiarę Autora w siłę sprawczą innych argumentów) jest to, jak Autor chce przekonać Polskę do przyjęcia standardu transparentności w postępowaniach arbitrażowych z jej udziałem. Mianowicie, pisze Autor (na przykładzie Etiopii, z którą Polska negocjuje BIT), że

tam, gdzie Polska może okazać się eksporterem kapitału (a więc właśnie w przypadku Etiopii), „protransparentność” wzmacnia pozycję Polski wobec państwa przyjmującego (co dla niej korzystne); dalej zaś pisze, że jest mało prawdopodobne, by Polska stała się państwem przyjmującym kapitał z Etiopii, a więc nie będzie zobowiązana do ujawnienia informacji i dokumentów w relacji z tym państwem (co dla niej też ma być korzystne, choć przecież wcale nie „protransparentne”; zob. s. 369). Podejście takie jest nieco nieszczerze, bo nie pokazuje zalet „protransparentności w ogóle”, ale zwraca uwagę na korzyści i niekorzyści w zależności od tego, czy Polska miałaby kapitał do Etiopii eksportować, czy stamtąd importować. Niedaleko stąd do poglądu, który Autor wcześniej (trafnie) krytykuje, mianowicie że zwolennicy czy przeciwnicy standardu transparentności jednak dzielą się wedle kryterium „eksportowania” czy „importowania” kapitału. Skoro zaś tak ma nie być, proponowanie uzasadnień dla Polski za przyjęciem standardu „protransparentnego” w zależności od tego, w jakiej roli (eksportera czy importera kapitału) Polska miałaby występować, nie przekonuje.

## **V. Wnioski.**

Uwagi, jakie zamieściłem powyżej, można by podsumować w następujący sposób. Nieco umniejszają wartość pracy uchybienia natury warsztatowej oraz nadmiernie opisowy charakter wyводу (nierzadko powołujący informacje w doktoracie zbędne, bo nazbyt kazuistyczne). Z drugiej jednak strony nie waży to na ogólnie pozytywnej ocenie pracy, bo przesądza o niej przede wszystkim wybór tematu i erudycyjne zacięcie Autora (choć może czasami niedostatecznie krytyczne wobec poglądów, jakie Autor przytacza), w tym także szerokie pokazanie praktyki arbitrażu w materiałach, jakie Autor omawia.

Wobec powyższego, stwierdzam, że rozprawa doktorska mgr Dominika Horodyskiego spełnia wymogi stawiane rozprawom doktorskim przez ustawę z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki (tekst jednolity: Dz.U 2016, poz. 882 z późn. zm.) i tym samym stanowi podstawę do dalszych etapów postępowania w sprawie nadania mgr Dominikowi Horodyskiemu stopnia naukowego doktora nauk prawnych.



**Warszawa, 10 sierpnia 2017 r.**

**Andrzej Szlęzak**