

Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym



Łukasz Kułaga

Asystent w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, ekspert w Departamencie Prawno-Traktatowym Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Protection of Human Rights in International Investment Arbitration

Article describes significance of human rights norms in international investment arbitration. Firstly, two theoretical issues are analyzed: nature of investor rights in international investment law and methods of importing human rights norm to investment arbitration. As regards the latter three methods were singled – systemic interpretation, analogy and comparative argument. Importance of this part flows from the fact that on the one side investment tribunals seems to consider impossibility of taking into account human rights norm when adjudicating on the basis of investment treaty, and on the other side occasional invocation of human rights jurisprudence by these tribunal without any explanation whether such invocation is legally possible. Secondly, different kind of using human rights in investment arbitration are presented: as a sword when invoked by investor, as a shield when invoked by a host state and as a double shield when invoked by *amicus curiae*. In conclusion it is stated that there exist legal techniques of bringing before investment arbitral tribunal human rights norm as an applicable law nevertheless often they are not used appropriately by parties and in consequence they are rarely taken into account in jurisprudence.

Wstęp

Argumenty oparte na konieczności uwzględnienia norm międzynarodowego prawa praw człowieka w sprawach zawisłych przed trybunałami arbitrażowymi działającymi na podstawie traktatów inwestycyjnych są przywoływane przez wszystkie strony postępowania: skarżą-

cych, państwa przyjmujące oraz podmioty trzecie. Jest to o tyle zaskakujące, że traktaty inwestycyjne, zarówno dwustronne, jak i wielostronne, nie odwołują się *explicite* do praw człowieka¹.

¹ C. Reiner, C. Schreuer, *Human Rights and International Investment Arbitration* (w:) P.-M. Dupuy,

Być może z tego względu trybunały arbitrażowe jak dotąd prezentowały pewien sceptycyzm co do możliwości szerokiego wykorzystania norm z zakresu ochrony praw człowieka dla rozstrzyganych zawisłych przed nimi spraw². Może wiązać się to również ze specyfiką arbitrażu, który z uwagi na swoją doraźność i ukierunkowanie na rozwiązanie konkretnego sporu powoduje, że trybunały w mniejszym stopniu są skłonne do uwzględniania innych niż prawo inwestycyjne dziedzin prawa międzynarodowego³.

stawie traktatów inwestycyjnych. Stosowanie i interpretacja tych traktatów mogą bowiem prowadzić zarówno do zwiększenia ochrony praw człowieka, jak i do obniżenia zakresu tej ochrony. Artykuł podejmuje kwestię relacji międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka do międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Badanie tego zjawiska wydaje się interesujące z perspektywy naukowej, ponieważ działy te posiadają zarówno szereg cech wspólnych, jak i kilka kluczowych różnic. Do cech wspólnych



Poza orzecnictwem regionalnych trybunałów praw człowieka międzynarodowy arbitraż inwestycyjny jest najczęściej wykorzystywanym mechanizmem rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym.

Tego rodzaju praktyka rodzi pytanie odnośnie do zakresu, możliwości i skuteczności powoływania naruszeń norm z zakresu praw człowieka przed trybunałami arbitrażowymi funkcjonującymi na pod-

zalicza się ukierunkowanie na ochronę uprawnień jednostki przed ingerencją państwa, trudność w rezygnacji ze zobowiązań traktatowych⁴ oraz możliwość bezpośredniego zaskarżenia państwa przez jednostkę do organu międzynarodowego. Te podobieństwa znajdują konkretne odzwierciedlenie w międzynarodowej praktyce. Poza orzecnictwem regionalnych trybunałów praw człowieka, w szczególności europejskiego oraz międzyamerykańskiego, międzynarodowy arbitraż inwestycyjny jest najczę-

E-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford 2009, s. 82.

2 M. Hirsch, *Human Rights & Investment Tribunals Jurisprudence Along The Private/Public Divide* (w:) T. Weiler, F. Baetens (eds.), *New directions in international economic law: in memoriam Thomas Wälde*, Leiden 2011, s. 8; J. Krommendijk, J. Morijn, 'Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration (w:) P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law...*, dz. cyt., s. 446.

3 M. Hirsch, *Human Rights & Investment Tribunals...*, dz. cyt., s. 8; M. Hirsch, *The Interaction between International Investment Law & Human Rights Treaties: A Sociological Perspective* (w:) Y. Shany (ed.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Hart 2011, s. 224; zob. również *Glamis Gold, Ltd. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 8 czerwca 2009 r., <http://www.italaw.com/> (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 3.

4 Traktaty inwestycyjne bardzo często zawierają klauzulę przewidującą kontynuację ochrony inwestora przez określony okres czasu (nawet 20 lat). Odnośnie do traktatów dotyczących ochrony praw człowieka niezawierających klauzul wypowiedzenia istnieje pogląd, że z uwagi na ich szczególny charakter nie mogą być one wypowiedziane, zob. np. komentarz nr 26 Komitetu Praw Człowieka z 8.12.1997 r. dotyczący specyfiki zobowiązań wynikających z Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, <http://www.ccprcentre.org/iccpr-and-hr-committee/general-comments/> (dostęp 5 lipca 2014 r.).

kiej wykorzystywanym mechanizmem rozstrzygania sporów w prawie międzynarodowym⁵. Równocześnie nie można zapominać o istotnych odrębnościach charakteryzujących te działy prawa międzynarodowego. Zobowiązania dotyczące praw człowieka są postrzegane jako mające charakter *erga omnes partes*, podczas gdy normy inwestycyjne generują jedynie klasyczne dwustronne zobowiązania oparte na zasadzie wzajemności⁶. W aspekcie proceduralnym należy odnotować, że system inwestycyjny dochodzenia roszczeń nie przewiduje zazwyczaj wymogu wyczerpania drogi krajowej, co wydaje się zasadą w międzynarodowych organach ochrony praw człowieka⁷. Wreszcie w prawie ochrony praw człowieka obywatelstwo jednostki odgrywa poza kwestią praw politycznych niewielką rolę, odmiennie natomiast w arbitrażu inwestycyjnym, gdzie kwestia ta jest zazwyczaj kluczowa dla ustalenia jurysdykcji organu rozstrzygającego spory⁸.

W celu przedstawienia pełnego obrazu tytułowego zagadnienia konieczna będzie nie tylko analiza orzecznictwa trybunałów arbitrażowych rozstrzygających spory inwestycyjne, ale również przedstawienie dwóch teoretycznoprawnych kwestii: charakteru uprawnień jednostki wynikających z międzynaro-

dowego prawa inwestycyjnego oraz środków prawnych umożliwiających przywołanie norm z zakresu ochrony praw człowieka w arbitrażu inwestycyjnym. Dla celów tego artykułu przyjęta została szeroka definicja międzynarodowego prawa praw człowieka, obejmująca wszystkie trzy generacje tych praw, aczkolwiek autor ma świadomość ich zróżnicowanego znaczenia. Pod pojęciem międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego rozumie się proces rozstrzygania przez trybunały arbitrażowe sporów, pomiędzy państwem a inwestorem zagranicznym, powstałych w kontekście stosowania traktatów inwestycyjnych, tj. dwustronnych umów o ochronie i popieraniu inwestycji (tzw. BIT-ów – *Bilateral Investment Treaties*) oraz niektórych porozumień wielostronnych (przed wszystkim Traktatu karty energetycznej oraz porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu).

1. Charakter uprawnień jednostki wynikających z międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Na podstawie poglądów doktrynalnych wyróżnić można przynajmniej trzy stanowiska dotyczące charakteru uprawnień jednostki wynikających z międzynarodowego prawa inwestycyjnego.

Pierwsze zakłada, że możliwość wnoszenia roszczeń do trybunału arbitrażowego przez jednostkę przeciwko państwu obcemu, w którym realizuje ona inwestycje, stanowi indywidualne prawo przyznane na podstawie traktatów inwestycyjnych. Taki pogląd znajduje oparcie w praktyce międzynarodowej dotyczącej traktatów z zakresu ochrony praw człowieka przyznających jednostkom bezpośrednio uprawnienie do wnoszenia skarg do organów międzynarodowych⁹. Podejście to znajduje również potwierdzenie

5 W 2012 r. na podstawie traktatów inwestycyjnych wszczęto 58 spraw przeciwko państwu, a trybunały arbitrażowe wydały 42 rozstrzygnięcia, zob. *Global Value Chains: Investment and Trade for Development – World Investment Report 2013*, UNCTAD/WIR/2013, <http://unctad.org/> (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 110–111.

6 W zakresie specyfiki zobowiązań prawnomiędzynarodowych dotyczących ochrony praw człowieka zob. B. Simma, *From bilateralism to community interest*, „Recueil des Cours” 1994, s. 364; C. Mik, *On the Specific Character of State Obligations in the Field of Human Rights*, „Polish Yearbook of International Law” 1993, vol. 20, s. 113–136.

7 N. Klein, *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?*, „Goettingen Journal of International Law” 2012, vol. 4 nr 1, s. 207–208.

8 C. Reiner, C. Schreuer, *Human Rights...*, dz. cyt., s. 95; P.-M. Dupuy, *Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law* (w:) P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law...*, dz. cyt., s. 47.

9 Prawo do kierowania skargi indywidualnej do organu międzynarodowego przewidują następujące instrumenty międzynarodowego prawa praw człowieka: Amerykańska deklaracja praw i obowiązków człowieka z kwietnia 1948 r.; europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (zmieniona protokołami nr 3, 5, 8 i 14); Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r.; Protokół fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich

w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, który uznał istnienie indywidualnych uprawnień jednostek nawet w sytuacji, w której norma prawna wprost się do nich nie odnosiła⁹, oraz Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie interpretacji artykułu 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1961 r.¹¹ Zwolennicy tego poglądu wskazują również, że fakt

ści wnoszenia roszczeń – opiera się na argumente, że przyznane im uprawnienia mają ściśle utylitarny charakter, ponieważ ich celem jest przede wszystkim zachęcanie do prowadzenia działalności gospodarczej na konkretnym terytorium. Z tego względu drugie stanowisko postuluje postrzeganie inwestorów jako beneficjentów traktatów inwestycyjnych, używających uprawnienia jako podmioty trzecie na pod-



Krytyka postrzegania praw inwestorów jako analogicznych do praw człowieka opiera się na argumente, że przyznane im uprawnienia mają ściśle utylitarny charakter.

przyznania jednostkom bezpośrednich uprawnień przez traktaty inwestycyjne może wynikać z preambuł tych traktatów, które w wielu przypadkach *expressis verbis* wymieniają inwestorów stron jako podmioty uprawnione na podstawie traktatu¹².

Krytyka postrzegania praw inwestorów jako analogicznych do praw człowieka – w zakresie możliwo-

stawie wnioskowania *per analogiam* z odpowiednich postanowień Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.¹³ (dalej: KWPT)¹⁴. Pogląd ten jest jednak stosunkowo słabo podbudowany teoretycznie.

Trzecie stanowisko opiera się na założeniu, że wnosząc skargę do trybunału arbitrażowego jednostka robi to za zgodą państwa pochodzenia, korzystając z prawa, które w rzeczywistości należy do tego państwa. Według tej koncepcji, określanej jako teoria praw pochodnych (ang. *derivative theory*)¹⁵ lub teoria agencji (praw delegowanych), traktaty inwestycyjne uzupełniają istniejące na gruncie prawa zwyczajowego zasady ochrony dyplomatycznej, poprzez przekazanie kompetencji państw w tym zakresie jednostkom¹⁶. W sprawie *Loewen przeciw-*

i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.; Amerykańska konwencja praw człowieka z 22 listopada 1969 r.; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984 r.; Protokół do afrykańskiej karty praw człowieka i ludów z 9 czerwca 1998 r.; Protokół Fakultatywny do konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 6 października 1999 r.; Protokół Fakultatywny do konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006 r.; Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 10 grudnia 2008 r.; Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury skargowej z 19 grudnia 2011 r.

10 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko holenderskiej administracji celnej*, sprawa 26/62, wyrok z 5 lutego 1963 r.

11 *Sprawa braci La Grand*, ICJ Rep. 2001, § 42 oraz 77.

12 A. Diehl, *The core standard of international investment protection – fair and equitable treatment*, Wolters Kluwer 2012, s. 303.

13 Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r. nr 74, poz. 439).

14 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, „European Journal of International Law” 2013, vol. 24, s. 624–625; M. Paparinskis, *Analogies and Other Regimes of International Law*, <http://papers.ssrn.com> (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 10.

15 A. Diehl, *The core standard...*, dz. cyt., s. 302; Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, „British Yearbook of International Law” 2003, vol. 74, s. 163.

16 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration...*, dz. cyt., s. 625.

ko Stanom Zjednoczonym trybunał arbitrażowy za-
uważył, że „poprzez traktaty kompetencja państw
wynikająca z prawa do podejmowania międzynaro-
dowych środków w celu zadośćuczynienia narusze-
niom uczynionym ich obywatelom została zastąpiona
przez definicję *ad hoc* niektórych naruszeń połączone
ze szczególnymi środkami kompensacyjnymi (...).
Nie ma podstaw, aby wprowadzać reguły wynikające
z prawa prywatnego do przestrzeni prawa między-
narodowego, w której skarżącym pozwolono dla ich
wygody na egzekwowanie praw, które ze względu
na ich pochodzenie należą do Państw-Stron”¹⁷. Ar-
gumentem przemawiającym za tym stanowiskiem
jest zawierana niekiedy w traktatach inwestycyjnych

nych, jak się wydaje, podobnie jak w przypadku re-
żimu ochrony praw człowieka, możliwość takiego
skutecznego zrzeczenia się uprawnienia przez inwe-
stora nie jest możliwa.

2. Jurysdykcja trybunałów arbitrażowych a prawo właściwe

Regułą jest, że strony sporów inwestycyjnych nie
powołują się wprost na normy z zakresu praw czło-
wieka. Takie podejście wydaje się naturalne, gdy mamy
na względzie jurysdykcję trybunałów arbitrażowych,
która jest ograniczona zazwyczaj do sporów dotyczą-
cych interpretacji i stosowania traktatów inwestycyj-
nych²⁰. W sprawie *Biloune oraz Marine Drive Complex*

Regułą jest, że strony sporów inwestycyjnych nie powołują się wprost na normy z zakresu praw człowieka.

klauzula odmowy korzyści, określająca uprawnienia
inwestora jako „korzyści” oraz zakładająca, że ich za-
kres jest ściśle określony ramami prawnymi przeka-
zanymi lub delegowanymi inwestorowi¹⁸.

Praktyczne znaczenie przedstawionych teorii do-
tyczy przede wszystkim kwestii, czy inwestor może
samodzielnie zrzec się uprawnień traktatowych do
skorzystania z arbitrażu międzynarodowego, np.
poprzez zawarcie kontraktu z państwem przyjmują-
cym, w którym zastrzeżono dochodzenie wszelkich
roszczeń dotyczących inwestycji dla sądów krajo-
wych. W tym zakresie możliwe jest skorelowanie
prawa do zrzeczenia się uprawnienia z oceną, czy
podmiot zrzekający się może dokonać zmiany tego
uprawnienia¹⁹. W przypadku traktatów inwestycyj-

*Ltd przeciwko Ghana Investments Centre oraz Rządowi
Ghany* syryjski inwestor domagał się odszkodowania –
za naruszenie praw człowieka – przed trybunałem ar-
bitrażowym przewidzianym jako środek rozwiązywa-
nia sporów w umowie, którą skarżący jako inwestor
zawarł z Ghaną. Naruszenia miały obejmować prze-
trzymywanie w areszcie bez oskarżenia przez 13 dni,
a następnie deportowanie z Ghany do Togo. W roz-
strzygnięciu trybunał potwierdził, że prawo między-
narodowe gwarantuje wszystkim jednostkom niezby-
walne prawa człowieka. Niemniej zastrzegł, że nie jest
właściwy do oceny tego typu naruszeń, powołując się

of-rights-and-powers-waiving-investment-treaty-protection/
(dostęp 5 lipca 2014 r.).

17 *The Loewen Group Inc. And Raymond L. Loewen przeciwko
Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 26 lipca 2003 r., § 488.

18 M. Paparinskis, *Investment Treaty Arbitration...*, dz. cyt.,
s. 626–627.

19 B. L. Smit Duijzentkunst, *Of Rights and Powers: Waiving Invest-
ment Treaty Protection*, 9 grudnia 2013 r., www.ejiltalk.org/

20 Zob. Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rzą-
dem Republiki Finlandii o popieraniu i ochronie inwestycji,
sporządzona w Helsinkach dnia 25 listopada 1996 r. (Dz.U.
z 1998 r. nr 54 poz. 342), art. 8; Umowa między Rzeczpospo-
litą Polską i Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej
ochronie inwestycji, sporządzona w Warszawie dnia 7 września
1992 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 57 poz. 235), art. 12.

na klauzulę arbitrażową, która umożliwiła mu rozstrzygnięcie sporów dotyczących wyłącznie inwestycji. Na tej podstawie stwierdził, że nie posiada jurysdykcji w zakresie naruszeń praw człowieka²¹.

Występowanie ograniczonych klauzul jurysdykcyjnych w traktatach nie oznacza zupełnego wykluczenia możliwości stosowania norm międzynarodowego prawa praw człowieka. Ocena, czy nastąpiło naruszenie traktatu lub kontraktu inwestycyjnego, jest formułowana bowiem na podstawie prawa właściwego, którym obok prawa państwa przyjmującego jest zazwyczaj również prawo międzynarodowe.

Warto odnotować, że w niewielkim zakresie w niektórych nowych dwustronnych traktatach inwestycyjnych pojawia się odniesienie do międzynarodowego prawa praw człowieka. Modelowe amerykańskie porozumienie inwestycyjne z 2012 r. przewiduje możliwość wprowadzenia ograniczeń przez państwo przyjmujące, w celu ochrony zdrowia ludzi, aczkolwiek odpowiednie postanowienia w tym zakresie znalazły się w przepisie zatytułowanym „inwestycje a środowisko” (sic!)²². Podobnie projekt norweskiego modelowego porozumienia inwestycyjnego z 2007 r. w preambule odwoływał się do konieczności podejmowania działalności inwestycyjnej w sposób spójny z ochroną zdrowia i uznanymi prawami pracownikami, jak również wprost odnosił się do zobowiązań państwa wynikających z międzynarodowego prawa praw człowieka, w tym do zasad Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Ponadto w projektowanym artykule 24, dotyczącym ogólnych wyjątków, wskazano, że postanowienia traktatu nie powinny być interpretowane jako uniemożliwiające państwu-stronie przyjęcie środków koniecznych do ochrony moralności publicznej, porządku publicznego oraz zdrowia²³.

21 Wyrok z 27 października 1989 r., „International Law Reports” 1990, vol. 95, s. 184–231. Wyrok został wydany na podstawie kodeksu inwestycyjnego obowiązującego w Ghanie, który przewidywał analogiczny do traktatów inwestycyjnych mechanizm rozstrzygnięcia sporów.

22 Zob. art 12 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.).

23 Projekt porozumienia *Norway 2007 Draft Model BIT*, <http://www.italaw.com/investment-treaties> (dostęp 5 lipca 2014 r.).

Znaczenie tego wyjątkowego z perspektywy praw człowieka porozumienia inwestycyjnego pozostało jednak niewielkie, ponieważ Norwegia nie zdecydowała się negocjować jakiegokolwiek porozumienie w oparciu o ten projekt.

Nie sposób nie wspomnieć, że argumentem wzmacniającym możliwość przywoływania norm dotyczących ochrony praw człowieka w postępowaniu przed trybunałami arbitrażowymi jest ogólny charakter najważniejszych standardów inwestycyjnych, takich jak traktowanie narodowe, klauzula najwyższego uprzywilejowania, ochrona przed wywłaszczeniem, czy traktowanie sprawiedliwe i słuszne²⁴ oraz ochrona i bezpieczeństwo. Standardy te posiadają odpowiadające im treściowo normy w międzynarodowym prawie praw człowieka. Przykładowo traktowanie narodowe oraz klauzula najwyższego uprzywilejowania stanowią odzwierciedlenie zasady niedyskryminacji²⁵. Ochrona przed wywłaszczeniem dotyczy prawa do poszanowania mienia. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne (niekiedy utożsamiane z minimalnym standardem traktowania) obejmuje w szczególności prawo do słusznego procesu oraz zakaz arbitralnego działania państwa. Natomiast standard ochrony i bezpieczeństwa gwarantuje ochronę przed naruszeniem integralności fizycznej jednostki.

3. Metody przywołania norm z zakresu ochrony praw człowieka w arbitrażu inwestycyjnym

W sporach dotyczących naruszeń traktatów inwestycyjnych zarówno strony, jak i trybunały stosują różne techniki w celu przywołania norm międzynarodowego prawa praw człowieka. Do najbardziej podstawowych należą wykładnia systemowa na podstawie art. 31 ust. 3 lit. c) KWPT, rozumowanie przez analogię oraz komparatystyka. Bez wątpienia zakres i możliwość ich stosowania wpisują się w szer-

24 I. Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms* (w:) P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law...*, dz. cyt., s. 322–326 oraz 336–342.

25 Opinia indywidulana B. Schwartza w sprawie *S.D. Myers, Inc. przeciwko Kanadzie*, wyrok z 12. listopada 2000 r.

szą debatę dotyczącą fragmentacji prawa międzynarodowego. Jak wskazał Martti Koskenniemi, pojęcie fragmentacji oznacza „rozpad materii powszechnego prawa międzynarodowego na rzekomo autonomiczne, celowościowo zorientowane reżimy samowystarczalne (ang. *self contained regimes*)”²⁶.

Wspomniane techniki mają na celu pokazanie, że rozstrzygnięcie sporów inwestycyjnych nie musi z założenia ograniczać się do rozstrzygnięcia na podstawie jednego, samowystarczającego dla rozwiązania sporu traktatu, czy szerzej prawa inwestycyjnego, ale może uwzględniać również normy prawne z innych dziedzin prawa międzynarodowego²⁷. Potwierdził to trybunał w sprawie *AAPL przeciwko Sri Lance*, stwier-

„Trybunał powinien był stosować prawo międzynarodowe jako całość w stosunku do roszczenia, a nie tylko odizolowane postanowienia dwustronnego traktatu inwestycyjnego”²⁹.

Wykładnia systemowa

Artykuł 31 ust. 3 pkt c) KWPT przewiduje, że w procesie interpretacji umowy międzynarodowej „[i]łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę (...) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami”²⁷. Ta metoda interpretacji określana jest w doktrynie jako wykładnia systemowa³⁰. Jej podstawowym założeniem jest uwzględnianie środowiska



W sporach dotyczących naruszeń traktatów inwestycyjnych zarówno strony, jak i trybunały stosują różne techniki w celu przywołania norm międzynarodowego prawa praw człowieka.

dzając, iż „należy odnotować, że Traktat o ochronie i popieraniu inwestycji nie jest samowystarczającym, zamkniętym systemem prawnym ograniczonym do zapewnienia reguł materialnych dających się bezpośrednio zastosować, ale został on przewidziany w szerszym prawnym kontekście, w którym normy z innych źródeł są integrowane poprzez dorozumianą metodę inkorporacyjną lub przez bezpośrednie odniesienie do niektórych uzupełniających reguł krajowych lub międzynarodowych”²⁸. Podobnie komitet unieważniający w sprawie *MTD Equity* zauważył, że

normatywnego, tj. „pozostałego prawa międzynarodowego”, traktatu w procesie wykładni jego postanowień³¹. Zakłada ona wykorzystanie reguł (ang. *rules*) prawa międzynarodowego obowiązujących między stronami sporu, które mogą wynikać z różnych źródeł prawa międzynarodowego – nie tylko traktatów³². Według Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ: „Przyjąć, że trybunał może nie być upoważniony do stosowania powszechnego prawa międzynarodowego w interpretacji traktatu, to prezentować pogląd, że państwa zawierając traktat dwustronny

26 M. Koskenniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, „Theoretical Inquiries in Law” 2006, vol. 8, nr 1, s. 18.

27 C. McLachlan, *Investment Treaties and General International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 2008, vol. 57, s. 370.

28 *AAPL przeciwko Sri Lance*, wyrok z 27 czerwca 1990 r., International Centre for Settlement of Investment Disputes (dalej: ICSID), ARB/87/3, § 21.

29 Decyzja Komitetu unieważniającego w sprawie *MTD Equity Sdn Bhd przeciwko Chile*, ICSID, ARB/01/7, § 61.

30 *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi, 13 kwietnia 2006 r., A/CN.4/L.682, pkt 413.

31 Tamże, pkt 419 i 423.

32 Tamże, pkt 426 oraz pkt 472.

tworzą próżnię (...). Przeciwnie, ogromna ilość materiałów potwierdza zastosowanie powszechnego prawa międzynarodowego w celu interpretowania jakiegokolwiek wązła prawnego, bez względu na to, czy jest on określony w traktacie dwustronnym, lokalnym zwyczajem, czy nieformalnej wymianie stanowisk, która uzyskała charakter wiążący poprzez *estoppel* lub *acquiescence*³³.

nych oraz braku regulacji dotyczących podobnych stanów faktycznych (*analogia iuris*)³⁶. W prawie międzynarodowym analogia jest postrzegana raczej w tym pierwszym znaczeniu, a zatem jako „zastosowanie reguł dotyczących jednego stanu faktycznego do podobnego, aczkolwiek nieuregulowanego stanu faktycznego”³⁷. Rozumowanie przez analogię było stosowane przez Stały Trybunał Sprawiedliwo-



Analogia jest metodą wykorzystywaną niekiedy przez trybunały arbitrażowe – wobec trudności w rozstrzygnięciu wszystkich wątpliwości interpretacyjnych jedynie na podstawie zasad zawartych w konwencji o prawie traktatów.

Kwestią otwartą pozostaje natomiast, co należy rozumieć poprzez sformułowanie „brać pod uwagę”, o którym mowa w art. 31 ust. 3 KWPT. Według Komisji Prawa Międzynarodowego to, jakie konkretnie znaczenie normatywne przyznać tej wykładni, wymaga za każdym razem indywidualnego rozstrzygnięcia³⁴.

Analogia

Analogia jest metodą wykorzystywaną niekiedy przez trybunały arbitrażowe – wobec trudności w rozstrzygnięciu wszystkich wątpliwości interpretacyjnych jedynie na podstawie zasad zawartych w konwencji o prawie traktatów³⁵.

W prawie polskim analogia jest rozumiana dwójako: jako stosowanie do stanu faktycznego norm prawnych, które odnoszą się do innego podobnego stanu (*analogia legis*), lub stosowanie norm prawnych wyprowadzanych z ogólnych zasad prawa, w sytuacji zaistnienia luki w uregulowaniach praw-

ści Międzynarodowej (STSM)³⁸, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości³⁹ oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁴⁰. Niemniej istnieje również pogląd zakładający, że stosowanie analogii w prawie międzynarodowym jest niedopuszczalne, ponieważ może godzić ono w zakaz domniemania ograniczeń kompetencji państw sformułowany przez STSM w sprawie statku *Lotus*⁴¹. Wykorzystanie międzynarodowego prawa praw człowieka w orzeczeni-

36 T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1998 r., s. 94–95.

37 S. Vöneky, *Analogy in International Law* (w:) R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 1.

38 Sprawa statku *SS 'Wimbledon'*, Wielka Brytania, Francja, Włochy, Japonia przeciwko Niemcom (interwencja Polski), wyrok z 17 sierpnia 1923 r., s. 24.

39 Sprawa militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui, *Nikaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok w sprawie jurysdykcji, ICJ Rep. 1986, § 420.

40 *John Friedrich Krohn przeciwko Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, sprawa C-194/91, wyrok z 16 grudnia 1992 r., § 13–14; *Krings GmbH przeciwko Oberfinanzdirektion Nürnberg*, sprawa C-130/02, § 35–38.

41 S. Vöneky, *Analogy...*, dz. cyt., § 14.

33 Tamże, pkt 460.

34 Tamże, pkt 474 oraz 479–480.

35 A. Roberts, *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, „American Journal of International Law” 2013, vol. 107, s. 50–52.

ctwie inwestycyjnym przez analogię zaproponował Thomas Wälde w opinii indywidualnej w sprawie *Thunderbird*, odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC)

tatów. Wiąże się to ze znaczącą lakonicznością postanowień traktatów inwestycyjnych. W tym kontekście publicznoprawna analiza komparatystyczna jest postrzegana jako narzędzie, które umożliwiałoby skon-



Publicznoprawna analiza komparatystyczna jest postrzegana jako narzędzie, które umożliwiałoby skonkretyzowanie ogólnych standardów inwestycyjnych.

dla nakreślenia ram prawnych uzasadnionych oczekiwań, jako elementu standardu traktowania sprawiedliwego i słusznego⁴². Niemniej w orzecznictwie inwestycyjnym można odnaleźć również sceptyczne podejście do korzystania z tej metody rozumowania: „Argentyna odwołała się również przez analogię do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz do Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu. Ponieważ zakres ochrony przyznanej przez traktat o ochronie inwestycji zależy każdorazowo od konkretnych określeń traktatu, o którym mowa, Komitet uznaje porównanie z odmiennie ukształtowanymi traktatami o niewielkim znaczeniu, w szczególności jeśli chodzi o traktaty spoza zakresu ochrony inwestycji⁴³.”

Komparatystryka

Podobnie jak rozumowanie przez analogię, publicznoprawna metoda komparatystyczna jest proponowana i niekiedy stosowana w międzynarodowym prawie inwestycyjnym z uwagi na ograniczone możliwości satysfakcjonującego wykorzystania zasad interpretacji zawartych w konwencji o prawie trak-

tyzowanie ogólnych standardów inwestycyjnych, zapewniałoby równowagę pomiędzy interesami inwestycyjnymi a nieinwestycyjnymi, gwarantowałyby większą spójność orzecznictwa arbitrażowego oraz otwarcie na inne reżimy międzynarodowe, takie jak np. prawa człowieka czy prawo ochrony środowiska oraz prawo krajowe, w szczególności konstytucyjne i administracyjne⁴⁴. Metoda ta umożliwia również wprowadzenie zasady proporcjonalności w celu równoważenia konkurujących interesów występujących w postępowaniu arbitrażowym⁴⁵. W sprawie *Total przeciwko Argentynie* trybunał stwierdził: „Przy ocenie zakresu praw i obowiązków trybunały często uznawały za wzorzec międzynarodowe lub komparatystyczne standardy. W rzeczywistości, jak to

42 International Thunderbird Gaming Corporation przeciwko Meksykowi, wyrok z 26.1.2006 r., opinia indywidualna T. Wälde, § 27.

43 Decyzja komitetu nieważniącego w sprawie *Azurix Corp przeciwko Argentynie*, wyrok z 1 września 2009 r., ICSID ARB/01/12, § 128.

44 S. Schill, *Comparative Public Law Methodology in International Investment Law*, 3 stycznia 2014 r., www.ejiltalk.org/comparative-public-law-methodology-in-international-investment-law/#more-10138 (dostęp 5 lipca 2014 r.); S. Schill, *W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law*, „European Journal of International Law” 2011, vol. 22 nr 3, s. 901–902 oraz 904–905.

45 B. Kingsbury, S. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*, „New York University Public Law and Legal Theory Working Papers” 2009, s. 24–39; B. Kingsbury, S. Schill, *Public Law Concepts to Balance Investor's Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality* (w:) S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford 2010, s. 88.

bywa w przypadku ogólnych standardów stosowanych w różnych systemach prawnych (jak np. prawo do słusznego procesu), analiza komparatystyczna tego, co jest powszechnie uznawane za postępowanie sprawiedliwe lub niesprawiedliwe przez kraje władze publiczne w odniesieniu do prywatnych przedsiębiorstw lub inwestorów w prawie krajowym, może również być istotna dla zidentyfikowania standardów prawnych BIT-ów. Takie podejście jest usprawiedliwione, ponieważ w rzeczywistości sytuacje i zachowania, które mają być oceniane na podstawie BIT-u, mają miejsce w ramach systemu prawnego oraz uwarunkowań społecznych, gospodarczych i biznesowych państwa przyjmującego⁴⁶.

Istotnym ograniczeniem i źródłem krytyki publicznoprawnej analizy komparatystycznej jest brak jasnej metodologii jej stosowania. Podkreśla się, że zakłada ona przede wszystkim analizę porównaw-

trzecia istniejących traktatów o ochronie inwestycji została zawarta pomiędzy państwami rozwijającymi się, a jednym z państw, które podpisało najwięcej BIT-ów, są Chiny, próba określenia publicznoprawnej komparatystki przez spoglądanie jedynie na garść zachodnich sojuszników jest śmieszna⁴⁸.

4. Zakres jurysdykcji trybunałów arbitrażowych działających na podstawie traktatów inwestycyjnych a prawa człowieka – prawa człowieka jako miecz

Inwestorzy zagraniczni niezbyt często powołują się na argumenty oparte na normach dotyczących ochrony praw człowieka. Mogą na to wpływać przynajmniej trzy czynniki. Po pierwsze, wskazane już ograniczenie jurysdykcyjne orzekania trybunałów arbitrażowych tylko w zakresie spraw dotyczących



Inwestorzy zagraniczni niezbyt często powołują się na argumenty oparte na normach dotyczących ochrony praw człowieka.

czą rozwiązań zaakceptowanych przez państwa dominujące w Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), a zatem w zachodniej koncepcji rządów prawa, która niekoniecznie musi być podzielana przez wszystkie państwa zawierające traktaty inwestycyjne⁴⁷. Jak wskazuje José Enrique Alvarez: „uderzające jest, jak niewielka część świata jest reprezentowana w próbach realizacji publicznoprawnej komparatystyki (...), w świecie, w którym jedna

interpretacji i stosowania traktatów inwestycyjnych. Po drugie, fakt, że znaczna część postępowań jest inicjowana przez osoby prawne, które w większości przypadków nie są podmiotami uprawnionymi do ochrony na podstawie prawa międzynarodowego praw człowieka⁴⁹. Po trzecie, *de facto* precedensowy charakter orzecznictwa trybunałów rozstrzygają-

46 *Total S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID ARB/04/01, wyrok z 27 listopada 2013 r., niepublikowany, cytat za S. Schill, *The Public Law Approach in the Practice of Investment Treaty Arbitration*, <http://www.ejiltalk.org/the-public-law-approach-in-the-practice-of-investment-treaty-arbitration> (dostęp 5 lipca 2014 r.).

47 J.E. Alvarez, *Beware: Boundary Crossings*, www.law.yale.edu/intellectuallife/16664.htm (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 40–41.

48 Tamże; podobnie J. Hepburn, *Saar Papier v Poland: Comparative Public Law and the Second-Ever Investment Treaty Award*, 3 lutego 2014 r., www.ejiltalk.org/saar-papier-v-poland-comparative-public-law-and-the-second-ever-investment-treaty-award/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

49 Wyjątkowo Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. (Dz.U. z 1995 r. nr 36, poz. 175 z późn. zm.) stanowi: „Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do poszanowania swego mienia” (art. 1).

cych spory inwestycyjne powoduje, że dotychczasowa wstrzeźliwość tych organów w powoływaniu się na normy z zakresu praw człowieka implikuje prawdopodobieństwo podobnych sentencji w tym zakresie na przyszłość.

W sprawie kanału kolejowego pod tunelem La Manche, przeciwko Francji oraz Wielkiej Brytanii, wobec wielu przypadków wtargnięcia nielegalnych imigrantów do tunelu spółka zarządzająca tunelem domagała się stwierdzenia naruszenia porozumienia koncesyjnego, którego postanowienia powinny być interpretowane w powiązaniu z Europejską Konwencją Praw Człowieka (dalej: EKPC) oraz Protokołem nr 1 do EKPC, jako chroniącymi prawo do korzystania z posiadania. Działający na podstawie porozumienia trybunał stwierdził, że porozumienie koncesyjne nie przewiduje kontraktowego zobowiązania przez państwa strony do przestrzegania prawa europejskiego, a skargi tego rodzaju powinny być kierowane do odpowiedniego europejskiego organu⁵⁰.

W sprawie *Grand River Enterprises* rdzenni mieszkańcy Kanady domagali się uznania, że władze amerykańskie traktowały ich w sposób sprzeczny z minimalnym standardem traktowania – określonym w art. 1105 Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*), ponieważ zawarły porozumienie z największymi krajowymi przedsiębiorstwami tytoniowymi, co negatywnie wpłynęło na działalność prowadzoną przez kanadyjskich autochtonów w tym zakresie⁵¹. Odpowiedni przepis stanowi:

„Artykuł 1105: Minimalny Standard Traktowania.

1. Każda Strona przyzna inwestycjom inwestorów innej Strony traktowanie zgodnie z prawem międzynarodowym, w tym traktowanie sprawiedliwe i słuszne oraz pełną ochronę i bezpieczeństwo”⁵².

50 *Channel Tunnel Group przeciwko Wielkiej Brytanii oraz Francji*, wyrok z 30 stycznia 2007 r., www.pca-cpa.org/upload/files/ET_PAen.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 148–153.

51 *Claimants' Memorial on the Merits*, w sprawie *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et alii przeciwko Stanom Zjednoczonym*, 10 lipca 2008 r., www.naftaclaims.com (dostęp 5 lipca 2014 r.).

52 W 2001 r. Komisja ds. Wolnego Handlu NAFTA wydała notę interpretacyjną dotyczącą art. 1105, która stanowi: „Minimalny

Skarżący podkreślali, że minimalny standard traktowania powinien być interpretowany jako obejmujący również zwyczajowy obowiązek państwa do konsultowania z ludami tubylczymi, będącymi równocześnie inwestorami zagranicznymi decyzji, które mogą na nich istotnie oddziaływać⁵³.

W rozstrzygnięciu trybunał uznał, że nawet jeżeli istnieje norma zwyczajowa, na którą powołują się skarżący, „byłoby trudno uznać taką regułę jako element minimalnego standardu traktowania, który powinien być przyznany każdej zagranicznej inwestycji zgodnie z art. 1105. Kwestii szczególnych uprawnień proceduralnych niektórych tylko inwestorów nie można pogodzić ze zwyczajowym minimalnym standardem traktowania należnym wszystkim inwestycjom”⁵⁴. W sentencji zaprezentowano zatem trafny pogląd, że prawa zwyczajowe dotyczące traktowania ludów tubylczych nie mieszczą się w zakresie minimalnego standardu traktowania, który mimo mało precyzyjnej redakcji jest rozumiany w określony sposób, ukształtowany przez prawo zwyczajowe oraz orzecznictwo arbitrażowe w tym zakresie⁵⁵.

standard traktowania zgodnie z prawem międzynarodowym. Artykuł 1105 ust. 1 nakazuje, aby zwyczajowy prawnomiędzynarodowy standard minimalny traktowania cudzoziemców został przyznany inwestycjom inwestorów innej Strony, jako minimalny standard traktowania. Pojęcia »sprawiedliwe i słuszne traktowanie« oraz »pełna ochrona i bezpieczeństwo« nie wymagają traktowania dodatkowego lub ponad to, co jest wymagane przez zwyczajowy prawnomiędzynarodowy minimalny standard traktowania cudzoziemców. Ustalenie, że nastąpiło naruszenie innego postanowienia Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu lub oddzielnego międzynarodowego porozumienia nie oznacza, że nastąpiło naruszenie art. 1105 ust. 1”, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp (dostęp 5 lipca 2014 r.).

53 *Claimants' Memorial on the Merits...*, dz. cyt., pkt 178.

54 *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et alii przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 12 stycznia 2011 r., www.naftaclaims.com (dostęp 5 lipca 2014 r.), § 210.

55 Zob. sprawa *Mondev International Ltd. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 11 października 2002 r. (dalej: *Mondev*); sprawa *R. Loewen and Loewen Corp. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 26 marca 2003 r. (dalej: *Loewen*); sprawa *Waste Management Inc. przeciwko Meksykowi*, wyrok z 30 kwietnia

Wykorzystanie międzynarodowego prawa praw człowieka jako argumentu wzmacniającego naruszenie norm traktatu inwestycyjnego w postępowaniu arbitrażowym wiąże się z postrzeganiem ochrony inwestycji zagranicznych jako narzędzia do budowania rządów prawa w państwie przyjmującym. Mimo że traktaty wymagają przyznania uprawnień korespondujących z normami z zakresu praw człowieka jedynie inwestorom zagranicznym, podkreśla się, że istnienie tego rodzaju zobowiązań może poprzez efekt rozlania (ang. *spillover*) mieć korzystne skutki również dla podmiotów krajowych⁵⁶.

5. Możliwość wykorzystania norm z zakresu ochrony praw człowieka jako prawa właściwego przez trybunały arbitrażowe – prawa człowieka jako tarcza

Państwa wykorzystują niekiedy zobowiązania dotyczące ochrony praw człowieka jako argument defensywny⁵⁷. Próbuje w ten sposób wykazać, że działania, które inwestor zagraniczny uznaje za naruszenie traktatu, stanowią konieczne środki dla wykonania

zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa praw człowieka. Prekursorem w stosowaniu tego rodzaju argumentacji był Egipt, który w sprawie *SPP* nieskutecznie bronił swojego postępowania, powołując się na konieczność przestrzegania zobowiązań wynikających z Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 r.⁵⁸ Niemniej na szeroką skalę metoda ta została zastosowana przez Argentynę, postawioną wobec szeregu prowadzonych przeciwko niej postępowań na podstawie traktatów inwestycyjnych, w związku z środkami, które podjęła w ramach zmagania się z kryzysem finansowym.

Konieczność uwzględniania roli praw człowieka w kontekście zawieranych traktatów inwestycyjnych i handlowych jest w coraz większym stopniu podkreślana przez organy funkcjonujące na podstawie podstawowych traktatów z zakresu ochrony praw człowieka⁵⁹. Odzwierciedleniem wzrastającej świadomości w tym zakresie jest raport specjalnego sprawozdawcy ds. prawa do żywności, Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ, Oliviera de Schuttera, z grudnia 2011 r., zawierający „Kierunkowe wytyczne dotyczące oceny oddziaływania na prawa człowieka traktatów handlowych i inwestycyjnych”⁶⁰. W opinii sprawozdawcy w przypadku, jeżeli zobowiąza-

2004 r. (dalej: *Waste Management*); sprawa *Gami Investment Inc. przeciwko Meksykowi*, wyrok z 15 listopada 2004 r. (dalej: *Gami*); sprawa *Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 3 sierpnia 2005 r. (dalej: *Methanex*); sprawa *International Thunderbird Gaming Corporation przeciwko Meksykowi*, wyrok z 26 stycznia 2006 r. (dalej: *Thunderbird*); sprawa *Chemtura Corporation przeciwko Kanadzie*, wyrok z 2 sierpnia 2010 r. (dalej: *Chemtura*); sprawa *ADF Group Inc. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 4 stycznia 2003 r. (dalej: *ADF*); sprawa *Glamis Gold Ltd przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z 14 maja 2009 r. (dalej: *Glamis Gold*) www.naftalaw.org/disputes.htm (dostęp 5 lipca 2014 r.); sprawa *Merrill & Ring Forestry L. P. przeciwko Kanadzie*, wyrok z 31 marca 2010 r., int.ita.law.uvic.ca/ (dostęp 5 lipca 2014 r.).

56 C. Schreuer, U. Kriebaum, *From Individual to Community Interest in International Investment Law* (w:) U. Fastenrath, R. Geiger, D.-E. Khan, A. Paulus, S. von Schorlemer, C. Vedder (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford 2011, s. 1088.

57 L.E. Peterson, K.R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, April 2003, www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.), s. 30.

58 Sprawa *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited przeciwko Arabskiej Republice Egiptu*, wyrok z 20 maja 1992 r., ICSID ARB/84/3; trybunał uznał argumentację Egiptu za nietrafną z uwagi na fakt, że większość zarzutów inwestora nie dotyczyła bezpośrednio Konwencji lub dotyczyła stanu faktycznego sprzed wejścia w życie Konwencji w stosunku do Egiptu, § 190–191; zob. również R. Pavonis, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal* (w:) P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law...*, dz. cyt., s. 535–537.

59 Komitet ds. Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, uwagi dotyczące Ekwadoru (E/C.12/1/Add.100), § 56; Komitet Praw Dziecka, uwagi dotyczące El Salwadoru (CRC/C/15/Add.232), § 48; Komitet ds. Eliminacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet, uwagi dotyczące Kolumbii (CEDAW/C/COL/CO/6), § 29, Filipin (CEDAW/C/PHI/CO/6), § 26, oraz Gwatemali (CEDAW/C/GUA/CO/6), § 32.

60 O. de Schutter, *Guiding principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, Report of the

nia państwa wynikające z międzynarodowego prawa praw człowieka okazały się sprzeczne z zawartym traktatem inwestycyjnym, który wszedł w życie, to te pierwsze mają pierwszeństwo, co wynika z „obowiązku wszystkich państw do współpracy w celu pełnej realizacji praw człowieka na podstawie Karty Narodów Zjednoczonych oraz ze szczególnej natury

W sprawie *CMS Argentyna* dowodziła, że społeczny i gospodarczy kryzys miał negatywny wpływ na ochronę praw człowieka i w tym kontekście „żaden traktat inwestycyjny nie może przeważać, ponieważ stanowiłoby to naruszenie praw gwarantowanych w konstytucji”⁶³. W rozstrzygnięciu trybunał uznał, że w sporze „nie ma zagadnienia dotyczącego

Państwa wykorzystują niekiedy zobowiązania dotyczące ochrony praw człowieka jako argument defensywny.

traktatów dotyczących ochrony praw człowieka, które generują prawa jednostek i nie są zależne od zasady wzajemności między państwami”. Ponadto pierwszeństwo norm dotyczących ochrony praw człowieka w opinii specjalnego sprawozdawcy wynika z faktu, że „prawa człowieka są normami *ius cogens*”⁶⁴. Pogląd ten nie znajduje zasadniczo potwierdzenia w sentencjach arbitrażowych, a trybunały inwestycyjne, nie dostrzegając bezpośredniego konfliktu normatywnego, nie uważają za konieczne rozstrzygnięcie o pierwszeństwie zobowiązań państwa przyjmującego.

Z kolei Bruno Simma i Theodore Kill podkreślają, że wykorzystując wykładnię systemową, trybunały inwestycyjne mogłyby zastosować ogólne domniemanie, że traktaty inwestycyjne powinny być interpretowane w sposób spójny z zasadami międzynarodowego prawa praw człowieka. Równocześnie jednak autorzy ci trafnie zauważają, że „będzie niezwykle trudne, jeżeli nie niemożliwe, udowodnić, że prawa gospodarcze, społeczne oraz kulturalne są częścią międzynarodowego prawa zwyczajowego”⁶².

go fundamentalnych praw człowieka”⁶⁴. W sprawie *Siemens Argentyna* dowodziła, że w konkretnych uwarunkowaniach gospodarczych i społecznych, w których się znalazła, uznanie praw własności skarżącego prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnych praw człowieka⁶⁵. Trybunał odrzucił jednak ten argument, uznając, że nie został wystarczająco rozwinięty i z tego względu *prima facie* nie dotyczy on meritum sporu⁶⁶. Podobny pogląd został przyjęty w sentencji w sprawie *Azurix*, w której trybunał nie zgodził się z argumentem Argentyny zakładającym istnienie konfliktu między zobowiązaniami inwestycyjnymi a obowiązkiem do zapewniania wody pitnej mieszkańcom, wynikającym z międzynarodowego prawa praw człowieka, który powinien być rozstrzygnięty na korzyść tego ostatniego⁶⁷. W sprawie *Sempra* sąd arbitrażowy nie uznał argumentu o konieczności ochrony praw człowieka wobec możliwości ich znaczących naruszeń w razie upadku porządku konstytucyjnego Argentyny, wskazując na brak wystarczających dowodów o nieuchronności

Special Rapporteur on the right to food, Addendum, 19 grudnia 2011 r., A/HRC/19/59/Add.5.

61 Tamże, § 1.3.

62 B. Simma, T. Kill, *Harmonizing investment protection and international human rights: First steps towards methodology* (w:) C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford 2009, s. 698.

63 *CMS Gas Transmission Company przeciwko Argentynie*, wyrok z 12.5.2005 r., ICSID ARB/01/8, § 114.

64 Tamże, § 121.

65 *Siemens A.G. przeciwko Argentynie*, wyrok z 6 lutego 2007 r., ICSID ARB/02/8, § 75.

66 Tamże, § 79.

67 *Azurix Corp przeciwko Argentynie*, wyrok z 14 lipca 2006 r., ICSID ARB/01/12, § 311–312.

upadku oraz na możliwość ochrony porządku również innymi środkami, aniżeli takie, które naruszają uprawnienia inwestora⁶⁸. W sprawie *Vivendi* trybunał nie uznał obrony Argentyny, powołującej się na wynikający z międzynarodowego prawa praw człowieka obowiązek zapewnienia swojej ludności prawa do wody, stwierdzając, że „w świetle okoliczności tej sprawy zobowiązania Argentyny w zakresie praw człowieka oraz zobowiązania wynikające z traktatu inwestycyjnego nie są niespójne, sprzeczne lub wzajemnie wykluczające. Zatem, jak wskazano wcześniej, Argentyna mogła przestrzegać obu rodzajów zobowiązań”⁶⁹.

Podobnie jak Argentyna w sprawie *Vivendi*, Tanzania w sprawie *Biwater* prezentowała pogląd, że przejście usług w zakresie dostarczania wody przez państwo od podmiotu prywatnego było uzasadnione koniecznością zapewnienia ochrony prawa do wody, powołując się m.in. na doktrynę marginesu uznania wypracowaną przez ETPC⁷⁰. Trybunał nie odniósł się do tych argumentów, stwierdzając jedynie, że działania Tanzanii były „nieuzasadnione, arbitralne, nieusprawiedliwione przez jakikolwiek cel publiczny (...) naruszały prawa wynikające z Traktatu, bez odpowiedniego usprawiedliwienia”⁷¹.

Wyjątkowo odmienne stanowisko przyjął sąd arbitrażowy w sprawie *Continental Casualty*, uznając możliwość wykorzystania doktryny marginesu uznania przy ocenie działań państwa przez zastosowanie art. XI argentyńsko-amerykańskiego BIT-u dotyczącego ochrony ważnych interesów państwa⁷². Trybunał podzielił tym samym argument defensywny Argentyny, która powoływała się m. in. na orzeczenie ETPC w sprawie *Jahn i inni przeciwko RFN*, nie wskazując jednakże, jaki środek prawny stosuje dla wykorzystania orzecznictwa sądu strasburskiego do

interpretacji argentyńsko-amerykańskiego traktatu inwestycyjnego.

Warto również w tym kontekście odnotować nierozstrzygniętą ostatecznie poprzez arbitraż, z powodu zawarcia ugody, sprawę *Piero Foresti przeciwko RPA*. Włoscy inwestorzy skarżyli się na wymagania stawiane ich inwestycji w sektorze górniczym spowodowane polityką wspierania ludności czarnej przez władze RPA. Działania RPA w kontekście tego sporu były szeroko komentowane w doktrynie, jako dające się obronić, poprzez przywołanie zobowiązań wynikających z Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (z 1965 r.), umożliwiające stosowanie środków wspierających, korzystnych dla grup wcześniej dyskryminowanych⁷³.

6. Prawa człowieka w opiniach *amicus curiae* – wzmocniona tarcza

Wraz ze wzrostem ilości spraw rozstrzyganych na podstawie traktatów inwestycyjnych zwiększyło się zainteresowanie społeczeństwa obywatelskiego postępowaniami arbitrażowymi w tym zakresie. W rezultacie w coraz większej ilości sporów inwestycyjnych organizacje pozarządowe domagały się możliwości przedstawiania stanowiska w postępowaniu arbitrażowym opartym na traktatach inwestycyjnych. Początkowo kwestia możliwości dopuszczania tego rodzaju opinii była przedmiotem kontrowersji. Niemniej już w 2006 r. nastąpiła zmiana reguł arbitrażowych Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, m.in. przez wprowadzenie nowego artykułu 37 ust. 2, który wyraźnie umożliwia trybunałowi wzięcie pod uwagę opinii *amicus curiae*. Podobne rozwiązanie przewidują „Reguły przejrzystości w arbitrażu inwestor–państwo wynikającym z traktatów inwestycyjnych”, dotyczą-

68 Tamże, § 332.

69 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. i Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*, wyrok z 30 lipca 2010 r., ICSID ARB/03/19, § 262.

70 *Biwater Gauff przeciwko Tanzanii*, ICSID ARB/05/22, wyrok z 24 lipca 2008 r., § 434–436.

71 Tamże, § 503.

72 *Continental Casualty przeciwko Argentynie*, ICSID ARB/03/9, wyrok z 5 sierpnia 2008 r., § 181.

73 B. Simma, *Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights*, „International and Comparative Law Quarterly” 2011, vol. 60 nr 3, s. 585–586. Autor wskazuje również na możliwość analogicznego zastosowania Paktu Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., zob. s. 586–591. Podobnie A. Wythes, *Investor–State Arbitrations: Can the ‘Fair and Equitable Treatment’ Clause Consider International Human Rights Obligations?*, „Leiden Journal of International Law” 2010, vol. 23, s. 242–255.

ce postępowania arbitrażowego na podstawie regulaminu Komisji ONZ ds. międzynarodowego prawa handlowego (*United Nation Commission on Interna-*

W sprawie *Glamis Gold* w opinii *amicus curiae* zaprezentowano pogląd, że zaskarżone przez inwestora zagranicznego działania, podejmowane przez stan



Wraz ze wzrostem ilości spraw rozstrzyganych na podstawie traktatów inwestycyjnych zwiększyło się zainteresowanie społeczeństwa obywatelskiego postępowaniami arbitrażowymi w tym zakresie.

tional Trade Law – UNCITRAL), przyjęte w formie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ dnia 16 grudnia 2013 r.⁷⁴

⁷⁴ Zob. art. 4 tego dokumentu: „Article 4. Submission by a third person 1. After consultation with the disputing parties, the arbitral tribunal may allow a person that is not a disputing party, and not a non-disputing Party to the treaty (“third person(s)”), to file a written submission with the arbitral tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. 2. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal: (a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization including any organization that directly or indirectly controls the third person); (b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party; (c) Provide information on any government, person or organization that has provided to the third person (i) any financial or other assistance in preparing the submission; or (ii) substantial assistance in either of the two years preceding the application by the third person under this article (e.g. funding around 20 per cent of its overall operations annually); (d) Describe the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and (e) Identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address in its written submission. 3. In determining whether to allow such a submission, the arbitral tribunal shall take into consideration, among other factors it determines to be relevant: (a) Whether the third person has

Kalifornia, powinny być postrzegane z perspektywy konwencji nr 169 Międzynarodowej Organizacji Pracy, wymagającej zapewnienia ochrony praw i terytoriów społeczności tubylczych. Sprawa dotyczyła zawieszenia przez stan Kalifornia możliwości prowadzenia działalności kanadyjskiej spółki górniczej z uwagi na jej negatywny wpływ na kulturę Indian Quecha. Trybunał odnotował istnienie takiego zagadnienia, aby lakonicznie stwierdzić, że „[n]ie jest konieczne, aby trybunał rozstrzygał wszystkie kontrowersyjne zagadnienia podniesione w trakcie postępowania”⁷⁵.

a significant interest in the arbitral proceedings; and (b) The extent to which the submission would assist the arbitral tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitral proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties. 4. The submission filed by the third person shall: (a) Be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person; (b) Be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal; (c) Set out a precise statement of the third person’s position on issues; and (d) Address only matters within the scope of the dispute. 5. The arbitral tribunal shall ensure that any submission does not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party. 6. The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person”, www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf (dostęp 5 lipca 2014 r.).

⁷⁵ Sprawa *Glamis Gold Ltd*, cyt. wyżej, § 8.

W zarządzeniu proceduralnym w sprawie *Pezold* trybunał odmówił prawa do przedstawienia stanowiska przez Europejskie Centrum Praw Konstytucyjnych i Człowieka (*The European Center for Constitutional and Human Rights*) oraz czterem grupom społeczności tubylczej Zimbabwe⁷⁶. Społeczności tubylcze uzasadniały prawo do przedstawienia stanowiska potencjalnym wpływem rozstrzygnięcia na zamieszkiwany przez nie obszar oraz możliwość ingerencji w uprawnienia tej grupy wynikające z prawa międzynarodowego. Centrum podkreśliło swoje zainteresowanie ochroną praw ludów tubylczych oraz koniecznością uwzględnienia w zawieszanej przed trybunałem sprawie inwestycyjnych uregulowań i praktyki prawnomiędzynarodowej w tym zakresie. Wnioskodawcy twierdzili, że obie strony postępowania ponoszą dzieloną odpowiedzialność względem społeczności tubylczej – na podstawie prawa międzynarodowego, które znajduje zastosowanie równolegle do dwustronnego traktatu inwestycyjnego⁷⁷. Podkreślili również, że współzależność międzynarodowego prawa inwestycyjnego oraz międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka powoduje, iż jakiegokolwiek rozstrzygnięcie trybunału, które nie weźmie pod uwagę tej ostatniej dziedziny, będzie prawnie niekompletne⁷⁸. Krytyczny pogląd wobec stanowiska wnioskodawców przyjął skarżący, zauważając, że nie są oni niezależni od państwa przyjmującego, a prawo właściwe nie obejmuje praw ludów tubylczych. Podkreślił, że „trybunał działający na podstawie traktatu inwestycyjnego nie powinien rozstrzygać, kto jest ludem tubylczym, jakie przysługują mu prawa oraz jakie posiada zobowiązania. Państwa powinny być pierwszorzędnymi decydentami w tym zakresie”⁷⁹.

76 Zarządzenie proceduralne nr 2 z 26 czerwca 2012 r. w sprawie *Bernhard von Pezold i inni przeciwko Zimbabwe*, ICSID ARB/10/15 i *Border Timbers Limited, Border Timbers International (private) limited oraz Hangani Development co. (private) limited przeciwko Zimbabwe*, ICSID ARB/10/25.

77 Tamże, § 21–25.

78 Tamże, § 27–28, wnioskodawcy dla uzasadnienia swojej tezy powołali się na deklarację praw ludów tubylczych przyjętą w 2007 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ oraz na praktykę OECD i Banku Światowego.

79 Tamże, § 29.

W wydanym zarządzeniu trybunał uznał, że wnioskujący nie spełniają kryterium niezależności – w oparciu o dowody potwierdzające, że popierają oni politykę władz Zimbabwe – oraz stwierdził, że nie re-alizują oni funkcji *amicus curiae*, ponieważ nie informują o prawnych lub faktycznych zagadnieniach dotyczących postępowania. W szczególności – w ocenie trybunału – odniesienie w traktacie inwestycyjnym do „takich reguł powszechnego prawa międzynarodowego, jakie mogą mieć zastosowanie, nie włącza całego prawa międzynarodowego do traktatu inwestycyjnego lub sporu wynikającego z tego traktatu”, a wnioskujący nie przedstawili żadnego dowodu dla tezy, że „międzynarodowe prawo inwestycyjne oraz międzynarodowe prawo praw człowieka są współzależne tak, że jakiegokolwiek decyzja tego trybunału arbitrażowego, która nie uwzględni treści międzynarodowych norm dotyczących praw człowieka, będzie prawnie niekompletna”⁸⁰. Trybunał zwrócił również uwagę, że państwo goszczące nigdy nie podniosło – jako argumentu defensywnego – swoich zobowiązań względem społeczności tubylczych na podstawie prawa międzynarodowego, a merytoryczne ustosunkowanie się do stanowiska wnioskujących wymagałoby oceny, czy są oni ludem tubylczym, co znajduje się poza zakresem kompetencji trybunału⁸¹.

7. Inne sposoby wykorzystania praw człowieka w orzecznictwie arbitrażowym – uzupełniające środki interpretacji

Trybunały arbitrażowe odwoływały się do międzynarodowego prawa praw człowieka również *propriu moto*, próbując w tym dziale prawa międzynarodowego znaleźć wskazówki dla interpretacji ogólnych standardów zawartych w traktatach inwestycyjnych. Cechą charakterystyczną tego odwołania było zazwyczaj sięganie do wybranego orzecznictwa ETPC – co ciekawe, nawet przez organy arbitrażowe rozstrzygające spory na podstawie Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu – oraz brak określenia metod prawnych, na podstawie których to odwołanie następowało.

80 Tamże, § 57–58.

81 Tamże, § 59–60.

W sprawie *Mondev* sąd arbitrażowy uznał, że relacja między krajowym immunitetem rządowej agencji a prawem do sądu powinna być oceniana

podstawy odwołania się do wyroku strasburskiego sądu. Na tym rozstrzygnięciu wzorował się sąd arbitrażowy w sprawie *Azurix*, stwierdzając, że weźmie

Trybunały arbitrażowe odwoływały się do międzynarodowego prawa praw człowieka również *proprio moto*, próbując w tym dziale prawa międzynarodowego znaleźć wskazówki dla interpretacji ogólnych standardów zawartych w traktatach inwestycyjnych.

w świetle analogicznego zagadnienia dotyczące relacji między immunitetem państwa a prawem do sądu podejmowanego w orzecznictwie ETPC⁸². W sprawie *Tecmed* trybunał, analizując, czy działanie państwa przyjmującego było proporcjonalne w stosunku do realizowanego interesu publicznego w kontekście wyłączenia, powołał się na orzecznictwo ETPC i cytował z aprobatą *in extenso* rozstrzygnięcie w sprawie *James i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*⁸³. Co istotne, trybunał nie wskazał

pod uwagę orzecznictwo ETPC jako „pożyteczne wytyczne dla określenia, czy działania regulacyjne mają charakter wyłączeniowy i stają się podstawą do odszkodowania”⁸⁴. W sprawie *Lauder* trybunał, odnosząc się do zarzutu dotyczącego wyłączenia, przywołał wyrok ETPC w sprawie *Mellacher przeciwko Austrii*, by na tej podstawie stwierdzić, że Czechy nie dokonały wyłączenia inwestora zagranicznego⁸⁵. Co ciekawe, rozpatrujący ten sam stan faktyczny inny trybunał arbitrażowy w sprawie *CME* stwierdził wyłączenie, przy czym w dochodzeniu do tej konkluzji nie odwoływał się do międzynarodowego prawa praw człowieka⁸⁶. Jednym

82 Sprawa *Mondev*, cyt. wyżej, § 143–144; zob. również F. Francioni, *Access to Justice, Denial of Justice, and International Investment Law* (w:) P.-M. Dupuy, E.-U. Petersmann, F. Francioni (eds.), *Human Rights in International Investment Law...*, dz. cyt., s.70.

83 „Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim »in the public interest«, but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (...). The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear »an individual and excessive burden« (...). The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto. (...) non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals

and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals”, zob. *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA przeciwko Meksykowi*, wyrok z 29 maja 2003 r., ICSID ARB(AF)/00/2, (2004), § 122 oraz *James i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 21 lutego 1986 r., nr 8793/79, § 19–24.

84 *Azurix Corp. przeciwko Argentynie*, wyrok z 14 lipca 2006 r., ICSID ARB/01/12, § 311–312; zob. również w kontekście oceny, czy wyrok sądu może stanowić wyłączenie, *Saipem SpA przeciwko Bangladeszowi*, ICSID. ARB/05/07, decyzja dotycząca jurysdykcji z 21 marca 2007 r., § 130–132.

85 *R.S. Lauder przeciwko Czechom*, wyrok z 3 września 2001 r., UNCITRAL, § 200–202.

86 *CME przeciwko Czechom*, wyrok częściowy z 14 marca 2001 r., UNCITRAL, § 591–624.

ze źródeł zróżnicowania w ocenie prawnej tego samego stanu faktycznego mógł być fakt odwołania się do międzynarodowego prawa praw człowieka w procesie interpretacji pojęcia wyłączenia tylko przez jeden z sądów arbitrażowych⁸⁷. W sprawie *Loewen* trybunał powołał się na orzeczenie Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Nielsen* dla potwierdzenia swojego poglądu, że skarżący powinni wyczerpać wszystkie możliwe oraz skuteczne środki⁸⁸.

Wyjątkowo można spotkać się z poglądem w ramach *obiter dictum* sentencji arbitrażowej o konieczności przyznania pierwszorzędного charakteru nor-

8. Zakończenie

Trybunały arbitrażowe stosunkowo rzadko odwoływały się do norm z zakresu ochrony praw człowieka, w szczególności nie uznawały, że mogą one być powoływane jako tarcza, tj. jako normy, które mając z urzędu pierwszeństwo, zastępują traktatowe normy inwestycyjne. Przy czym dostrzegalny jest brak zaangażowania trybunałów do analizy stanu faktycznego z szerszej, systemowej perspektywy, uwzględniającej normy dotyczące ochrony praw człowieka przy wykorzystaniu dostępnych narzędzi prawnych, takich jak wykładnia systemowa, analogia czy komparatystyka. Nietrafne jednak wydaje się przerzucanie od-

Trybunały arbitrażowe stosunkowo rzadko odwoływały się do norm z zakresu ochrony praw człowieka.

mom międzynarodowego prawa praw człowieka w przypadku, jeżeli mają one charakter *ius cogens*. W sprawie *Phoenix* trybunał zauważył, że ochrona „nie powinna być przyznana inwestycjom, które naruszają podstawowe normy chronione przez międzynarodowe prawo praw człowieka, takim jak inwestycje poczynione przy udziale tortur lub ludobójstwa, lub przy wykorzystaniu niewolnictwa, czy handlu ludzkimi organami”⁸⁹. Podobnie komitet unieważniający w sprawie *Azurix*, zauważając, że „poza *normami ius cogens* traktat inwestycyjny może zmienić istniejące między jego stronami międzynarodowe prawo zwyczajowe”⁹⁰.

powiedzialności za nienależyty brak uwzględnienia praw człowieka w międzynarodowym prawie inwestycyjnym wyłącznie na trybunały arbitrażowe. Tej „dezintegracyjnej skłonności”⁹¹ służyła niekiedy postawa stron, które w wielu sprawach, nawet powołując się na zobowiązania z zakresu praw człowieka, czyniły to w mało spójny sposób, przedstawiając chaotyczne argumenty, tak jakby samo odwołanie do wzniosłych idei praw człowieka miało spowodować, że wszystkie inne uwarunkowania prawne muszą z założenia być im podporządkowane⁹². Należy również pamiętać, że sądy arbitrażowe działają na podstawie konkretnych ram prawnych – wynegocjowanych przez państwa traktatów, które nie pozwalają w łatwy sposób na uwzględnienie norm dotyczących praw człowieka. Takie rozwiązanie wydaje się w znacznym stopniu wynikać z woli samych państw, które mimo braku wyraźnych dowodów wiążących istnienie traktatu inwestycyjnego ze wzrostem gospodarczym, w sposób wręcz masowy zawierały tego

87 J.D. Fry, *International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity*, „Duke Journal Of Comparative and International Law” 2007, vol. 18, s. 84.

88 Sprawa *Loewen*, cyt. wyżej, § 165.

89 *Phoenix Action Ltd. przeciwko Czechom*, ICSID ARB/06/5, wyrok z 15 kwietnia 2009, § 78.

90 Decyzja komitetu unieważniającego w sprawie *Azurix Corp. przeciwko Argentynie*, wyrok z 1 września 2009 r., ICSID ARB/01/12, § 90.

91 B. Simma, T. Kill, *Harmonizing investment...*, dz. cyt., s. 679.

92 J. Krommendijk, J. Morijn, *Proportional...*, dz. cyt., s. 446–448.

rodzaju porozumienia, szczególnie w ostatniej dekadzie XX wieku. Celem tych traktatów był i jest przede wszystkim rozwój współpracy gospodarczej, inne wartości są w nich najczęściej przemilczane, ponieważ waż uznawano, że potencjalnie mogą szkodzić celowi podstawowemu przez tworzenie niepotrzebnych obciążeń dla inwestorów. Choć zatem istnieją techniki prawne umożliwiające większe zrównoważenie praw i obowiązków wynikających z tych traktatów inwestycyjnych, w tym przez uwzględnienie praw człowieka, ich stosowanie wobec takiego, a nie innego charakteru traktatów inwestycyjnych nie jest oczywiste. Co ciekawe, można dostrzec jednak ograniczoną tendencję do wykorzystania niektórych koncepcji międzynarodowego prawa praw człowieka przez sądy arbitrażowe *motu proprio*⁹³.

Omawiana problematyka wpisuje się w szersze zagadnienie dotyczące charakteru arbitrażu inwestycyjnego, w związku z tym, że łączy on cechy prywatnej i publicznej metody rozstrzygania sporów. W opinii autora trafny jest pogląd zakładający, że inwestycyjny trybunał arbitrażowy powinien być ot-

warty na uwzględnienie szeregu różnych czynników, interesów i zobowiązań, a nie postrzegać swojej roli jedynie jako tymczasowego organu mającego na celu rozstrzygnięcie jednej konkretnej sprawy opartej na jednym akcie prawnym.

Warto również odnotować, że prawa człowieka nie były powoływane przez trybunały arbitrażowe w sprawach dotyczących Polski⁹⁴, z tym że konstatacja ta dotyczy wyłącznie rozstrzygnięć, które są publicznie dostępne⁹⁵.

Artykuł stanowi realizację projektu: „Ochrona praw człowieka przez międzynarodowe prawo inwestycyjne. Zarys problematyki” finansowanego przez Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

93 S.L. Karamanian, *Human Rights Dimensions of Investment Law* (w:) E. de Wet, J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford 2012, s. 269.

94 Eureko; *Nordzucker przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyroki z 28.1.2009 r. oraz 23.11.2009 r.; *Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyrok 14.2.2014 r.

95 Szereg rozstrzygnięć przeciwko Polsce nie jest dostępnych, zob. np. *Cargill przeciwko Polsce*, UNCITRAL, wyrok z 1.3.2008 r.; *Crespo i inni przeciwko Polsce*, wyrok z 1.1.2005 r.; *East Cement for Investment Company przeciwko Polsce*, wyrok z 26.8.2011 r.