

Rozdział I. Poglądy na temat natury arbitrażu

W literaturze przedstawiano wiele odmiennych od siebie koncepcji dotyczących natury arbitrażu i wywodzonej z niej kompetencji sądów arbitrażowych do rozstrzygania sporów. Kolejni autorzy starali się pogrupować istniejące poglądy, co z kolei doprowadziło do pojawienia się różniących się od siebie katalogów teorii arbitrażowych. Mimo znacznego zróżnicowania, warto jednak poszukać punktów stycznych między różnymi podziałami.

Najpełniejszy jest prawdopodobnie katalog teorii dotyczących natury arbitrażu zaproponowany przez *H.-L. Yu*. Autor wyróżnił pierwotnie aż pięć teorii arbitrażowych:

- 1) jurysdykcyjną,
- 2) kontraktową,
- 3) hybrydową (mieszaną),
- 4) autonomiczną,
- 5) koncesyjną.

W późniejszych rozważaniach autor zrezygnował jednak z wyodrębnienia teorii koncesyjnej¹. Bazować ona miała na stwierdzeniu, że państwo ma monopol w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i ono samo rozstrzyga o tym jakie spory poddane mogą być postępowaniu arbitrażowemu. W swych założeniach nie różniła się więc znacząco od teorii jurysdykcyjnej, choć w większym stopniu niż teoria jurysdykcyjna wspierać miała dalszy rozwój arbitrażu².

Teoria jurysdykcyjna uznaje, że kompetencja trybunału arbitrażowego do rozstrzygania sporów w postępowaniu arbitrażowym ma swoje źródło w delegacji odpowiednich uprawnień przez państwo, które w uznawanym przez siebie zakresie rezygnuje z monopolu w sferze sądowniczej³. Państwo zezwala więc na to, że konkretne kategorie spraw mogą być rozstrzygane przez inne

¹ *H.-L. Yu*, A theoretical overview, s. 255 i n.

² *H.-L. Yu*, Explore the Void (Part 1), s. 180.

³ W prawie polskim zwolennikami teorii jurysdykcyjnej są: *T. Ereciński*, *K. Weitz*, Sąd arbitrażowy, s. 83.

podmioty niż sądy państwowe; ono decyduje o tym według jakich zasad takie organizmy funkcjonują. To wreszcie państwo udziela mocy wiążącej decyzjom ferowanym przez te organizmy. Zwolennicy teorii jurysdykcyjnej nie negują wprowadzie tezy, że arbitrzy nie mogą orzekać w danej sprawie w braku umowy stron postępowania arbitrażowego, jednak wymóg ten traktują jako pochodną regulacji krajowej. Na zawarcie takiej umowy pozwala system prawny konkretnego państwa i to on decyduje o zakresie swobody stron w takiej umowie. Przyjęcie powyższych założeń prowadzi do szeregu dalszych wniosków. Naturalne jest wówczas uznanie, że arbiter pełni – na mocy delegacji uprawnień – tę samą funkcję jaką w systemie krajowym pełni sędzia sądu państwowego. Z tego względu ma on obowiązek zastosować właściwe przepisy prawne – te same, które stosować powinien sędzia sądu państwowego. Wyrok wydany przez sąd arbitrażowy spełnia w systemie prawnym tę samą funkcję jaką spełnia wyrok sądu państwowego⁴. W skrajnej odmianie tej teorii uznaje się, że kontrola takiego orzeczenia przebiega według podobnych zasad do tych, które dotyczą wyroków sądów państwowych. Arbitra wiązać ma wola stron wyrażona w umowie arbitrażowej, jednak wyłącznie w takim zakresie, jaki nie jest sprzeczny z prawem państwa delegującego kompetencje do orzekania⁵. Przyjęcie założeń teorii jurysdykcyjnej pociąga za sobą szereg konsekwencji dla postępowania arbitrażowego. W pierwszej kolejności znaczenie tej koncepcji widoczne jest w zakresie przepisów regulujących zdatność arbitrażową. Państwo samodzielnie określa zakres spraw, które mogą być rozpatrywane poza sądami państwowymi. Jeśli zagadnienie związane z postępowaniem arbitrażowym badane będzie przez sąd danego państwa – sąd ten sięgnie do przepisów o zdatności arbitrażowej niezależnie od tego co w tej kwestii postanowiły same strony⁶. Teoria ta wpływa także na ocenę statusu prawnego arbitra. Arbiter korzysta ze swoich uprawnień na mocy delegowanej mu przez państwo kompetencji do rozstrzygnięcia danej sprawy. W tym zakresie sytuacja arbitra nie różni się od sytuacji sędziego sądu państwowego⁷. Niektórzy autorzy wywodzą tę tezę z założenia, że państwo miejsca arbitrażu samodzielnie reguluje kompetencje orzecznicze na swoim terytorium (podejście obiektywne), inni, że arbiter uzyskuje kompetencje sędziego, ponieważ taka jest wola stron określających

⁴ H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 258. W Polsce tak traktują orzeczenie arbitrażowe w szczególności T. Ereciński, K. Weitz, Sąd arbitrażowy, s. 85.

⁵ H.-L. Yu, Explore the Void (Part 1), s. 180.

⁶ Szerzej o zdatności arbitrażowej w ramach teorii jurysdykcyjnej H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 260 oraz H.-L. Yu, Explore the Void (Part 1), s. 180.

⁷ H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 261 i n.

miejsce arbitrażu i wskazujących arbitra (podejście subiektywne)⁸. Zwolennicy ostatniego punktu widzenia słusznie zwracają uwagę, że o ile sędzia czerpie swoje kompetencje bezpośrednio ze sfery państwowego imperium, o tyle arbiter potrzebuje do tego nominacji stron⁹.

Konsekwencją takiego określenia źródeł kompetencji arbitra jest pojawienie się obowiązku przestrzegania przez niego bezwzględnie wiążących przepisów tego systemu, który delegował na arbitra uprawnienie do wydania orzeczenia. Arbitra wiązać mają w szczególności normy kolizyjne prawa miejsca arbitrażu. Także autonomia stron umowy arbitrażowej osadzona jest w krajowym systemie prawnym. Strony mają tyle swobody, ile przyznają im przepisy *legis fori*¹⁰. Najbardziej jednak doniosła konsekwencja przyjęcia założeń teorii jurysdykcyjnej jest taka, że to sądy tego państwa, które delegowało kompetencję orzeczniczą do trybunału arbitrażowego mają monopol w zakresie kontroli wyroku arbitrażowego¹¹. Wyrok sądu arbitrażowego przestaje istnieć po uchyleniu go przez sąd państwowy a nie istniejącego wyroku nie da się egzekwować, nie może on również wywołać żadnych konsekwencji prawnych¹².

Na drugim krańcu szali poglądów dotyczących natury arbitrażu znajdują się zwolennicy teorii kontraktowej¹³. Zgodnie z jej założeniami, samodzielnym źródłem kompetencji arbitrów jest umowa stron. Uznaje się wprawdzie, że umowa arbitrażowa może pozostawać związana z jakimś prawem krajowym, jednak oddziaływanie tego prawa jest minimalizowane. Fundamentem arbitrażu jest zasada *pacta sunt servanda*, a strony w ramach zawartej umowy określają swobodnie czas i miejsce postępowania arbitrażowego, jak również systemy: proceduralny i merytoryczny, które będą właściwe w postępowaniu arbitrażowym¹⁴. Przepisy krajowego systemu prawnego dochodzą do

⁸ Zob. E. Gaillard, *The Representations*, s. 7 i powołana tam literatura.

⁹ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 262, w przyp. 22 powołuje w tym zakresie poglądy J.P. Niboyet oraz J. D. M. Law przedstawione w pracach: J. P. Niboyet, *Traité de droit* oraz J. D. M. Lew, *Applicable Law*.

¹⁰ A. Barraclough, J. Waincymer, *Mandatory Rules*, s. 6, w przyp. 20 zwracają uwagę, że twierdził tak główny propagator teorii jurysdykcyjnej F. A. Mann. Większą niespodzianką jest to, że w podobnym duchu wypowiadają się współcześnie niektórzy autorzy: P. Nygh, *Autonomy*, s. 33 oraz A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Law and Practice*, s. 91.

¹¹ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 259 i 260.

¹² Zob. dyskusję jaką toczył swego czasu J. Paulsson z F. A. Mannem, które to zdarzenie barwnie opisał J. Paulsson, *Arbitration in three dimensions*, s. 33 i 34.

¹³ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 265, w przypisie 34 wymienia zwolenników teorii kontraktowej.

¹⁴ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 266.

głosu właściwie jedynie w celu wypełnienia pustych przestrzeni, których strony w swojej umowie nie uregulowały¹⁵.

Skoro kompetencja trybunały wywodzi się z umowy arbitrażowej, ta umowa stanowi również źródło obowiązku wykonania wyroku arbitrażowego. Strony powinny zresztą – zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* – wykonać takie orzeczenie dobrowolnie¹⁶, co w ogóle wyłączy konieczność angażowania sądów państwowych oraz krajowego systemu prawnego. Takie ujęcie pociąga za sobą radykalne powiększenie obszaru, w którym strony postępowania oraz arbitrzy mogą się poruszać, znika bowiem sztywny kaganiec przepisów miejsca arbitrażu, a także potencjalnego oddziaływania innych systemów prawnych. Przyjęcie założeń teorii kontraktowej znajdzie swoje odzwierciedlenie także w sferze relacji stron z arbitrami. Kompetencje arbitra nie mają wówczas swego źródła w sferze imperium państwa, lecz wywodzą się bezpośrednio z więzi łączącej arbitrów ze stronami. Pomiędzy zwolennikami teorii kontraktowej nie ma jednak zgodności co do tego jak dochodzi do powstania tej więzi oraz jaki jest jej charakter¹⁷.

Zwolennicy każdej ze wspomnianych teorii zarzucają adwersarzom niedostosowanie poglądów do praktyki arbitrażowej¹⁸. Większość tych zarzutów okazuje się zasadna, bowiem żadna z dwóch teorii nie odpowiada zadawalająco na pojawiające się w arbitrażu problemy. Krytyczną analizę teorii kontraktowej i teorii jurysdykcyjnej zacząć można od pozytywnych i negatywnych następstw, jakie każda z nich wywołuje przy określaniu statusu prawnego arbitra. Teoria kontraktowa stanowi silną podbudowę dogmatyczną dla uprawnienia arbitrów do otrzymania wynagrodzenia i to nawet wówczas, gdy wynagrodzenie to nie zostało bezpośrednio określone w ramach kontaktów stron z arbitrem. Choć zwolennicy teorii kontraktowej różnią się w ocenie szczegółów relacji arbitrów ze stronami, to jednak wszyscy zgodnie dostrzegają istnienie więzi umownej między stronami i arbitrem¹⁹. Nie radzi sobie z tym

¹⁵ Zob. stanowisko *Kleine* przywoływane przez H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 266, przyp. 37.

¹⁶ H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 271 i n.

¹⁷ Zob. spory na tym tle pomiędzy zwolennikami teorii agencji oraz jej przeciwnikami opisane przez H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 267 i n.

¹⁸ J. Paulsson, Arbitration in three dimensions, s. 15, posuwa się do stwierdzenia, że rzeczywistość nie tyle jest sprzeczna z trzema komentowanymi przez niego teoriami: jurysdykcyjną, kontraktową i autonomiczną, co bardziej ignoruje te teorie. Nie jest niespodzianką, że twierdzenia Paulssona zmierzają do uzasadnienia prawidłowości własnej teorii, która analizowana jest w dalszej części niniejszego rozdziału.

¹⁹ Wspomniana już dyskusja powołana przez H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 267 i n.

problemem teoria jurysdykcyjna, która niekoniecznie dostrzega istnienie więzi cywilnoprawnej pomiędzy arbitrem i stronami, bowiem kompetencje arbitra wywodzi z delegacji odpowiednich uprawnień do orzekania przez państwo. Ta ostatnia teoria stanowi z kolei stabilną podstawę poglądów uzasadniających konieczność ograniczenia odpowiedzialności arbitra (poszukujących czegoś na kształt immunitetu arbitra zbliżonego w swej naturze do immunitetu sędziego). W tym przypadku zawodzi natomiast teoria kontraktowa. Jeśli bowiem więź stron z arbitrem ma wyłącznie cywilnoprawny charakter, brak jest podstaw do ograniczania odpowiedzialności arbitra z tytułu nienależytego wykonania umowy (rozumianego jako niedołożenie należytej staranności)²⁰.

W dalszej kolejności wskazać warto blaski i cienie każdej z konkurujących koncepcji w kwestii stosowania przepisów prawa krajowego w arbitrażu. Z pewnością teoria kontraktowa lepiej radzi sobie z uzasadnieniem powszechnie występującej w arbitrażu tendencji do odchodzenia – w zakresie określania prawa właściwego dla sporu – od norm kolizyjnych obowiązujących w miejscu arbitrażu. Zwolennicy tej teorii mogą z łatwością usprawiedliwić stosowanie w arbitrażu pozapaństwowych kodyfikacji prawnych czy też orzekanie na zasadach słuszności, z uwzględnieniem międzynarodowych zwyczajów handlowych²¹. Z tymi zjawiskami nie może sobie poradzić teoria jurysdykcyjna, która w skrajnej wersji nie pozwala na odstępstwa od reguł kolizyjnych miejsca arbitrażu²². Z kolei teoria jurysdykcyjna lepiej odzwierciedla ograniczenia autonomii woli stron wyrażające się w szczególności w krajowych przepisach dotyczących zdadności arbitrażowej²³. Problemem teorii kontraktowej jest również narzucana przez różne systemy krajowe (w różnym zresztą stopniu) kontrola nad orzeczeniami arbitrażowymi, co do których dany system prawny uznaje własną jurysdykcję.

Teoria kontraktowa zawodzi ponadto w przypadku arbitrażu tzw. przymusowego oraz w niektórych arbitrażach wielostronnych. Arbitrażem przymusowym nazywane są te przypadki, w których jedna ze stron praktycznie nie ma wyboru w kwestii drogi rozstrzygania sporu, a klauzula arbitrażowa jest jej narzucona w ramach kontraktu głównego. Często strona taka nawet nie ma świadomości bycia związaną zapisem na sąd polubowny. Chodzi tu-

²⁰ Zob. H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 270 i 271; H.-L. Yu, Explore the Void (Part 1), s. 188.

²¹ H.-L. Yu, A theoretical overview, s. 273.

²² *Ibidem*, s. 263 (autor powołuje jednak także bardziej liberalne stanowisko zwolennika teorii jurysdykcyjnej R. Luzzatto, International Commercial Arbitration, który dopuszcza orzekanie na zasadzie słuszności, o ile możliwość taką przewiduje prawo miejsca arbitrażu).

²³ H.-L. Yu, Explore the Void (Part 1), s. 186.

taj o powszechną w Stanach Zjednoczonych praktykę arbitrażu konsumencckiego i pracowniczego²⁴. Z pewnego rodzaju przymusem arbitrażu można się spotkać także w niektórych wielostronnych sporach podlegających konkretnej jurysdykcji przewidującej taki przymus²⁵. Problem ma zresztą głębszy wymiar. Umowne źródło kompetencji sądu arbitrażowego staje się mocno dyskusyjne we wszystkich przypadkach rościągania właściwości sądu arbitrażowego na podmioty, które formalnie nie zawierały umowy arbitrażowej. Teoria kontraktowa nie sprawdzi się w żadnej sytuacji, w której ma dojść do związania jakiegoś podmiotu właściwością sądu arbitrażowego niejako poza umową arbitrażową²⁶.

Zasadniczym problemem każdej z dwóch głównych teorii arbitrażu jest ich jednostronność. O ile teoria kontraktowa przez podkreślenie znaczenia umowy arbitrażowej pomija jurydyczne aspekty arbitrażu, o tyle teoria jurysdykcyjna boryka się z odwrotnym problemem: podkreślając powiązanie arbitrażu z prawem krajowym przekreśla lub minimalizuje znaczenie woli stron umowy arbitrażowej. Powyższe problemy stały się źródłem stworzenia trzeciej teorii nazywanej hybrydową lub mieszaną²⁷. Jej zwolennicy utrzymują, że

²⁴ Więcej na temat „*mandatory arbitration*” zob.: C. A. Rogers, *The Arrival*, s. 341 i n.; A. S. Rau, *Arbitral Power*, s. 435 i n.; G. Padis, *Arbitration Under Siege*, s. 665 i n.; A. J. Schmitz, *Consideration*, s. 123 i n.; R. B. Jacobs, *Fits and Starts*, s. 547 i n.; J. W. Stempel, *Tainted Love*, s. 795 i n. Na ścieranie się poglądów Sądu Najwyższego ze sceptycznym podejściem wielu sądów stanowych zwraca uwagę A.-A. P. Bruhl, *The Unconcionability Game*, s. 1420 i n.

²⁵ H.-L. Yu, *Explore the Void (Part 1)*, s. 187, w przyp. 69–73 wskazuje na ówczesne regulacje w Nowym Jorku, Kolumbii Brytyjskiej, Holandii czy Hong Kongu, które pozwalały nakazać osobie trzeciej wzięcie udziału w postępowaniu arbitrażowym toczącym się pomiędzy innymi stronami, gdy było to uzasadnione choćby ze względu na ekonomikę procesową.

²⁶ Na temat udziału osób trzecich w postępowaniu arbitrażowym bądź oddziaływania postępowania arbitrażowego na sytuację osób trzecich znaleźć można pokazną literaturę, której w tym miejscu nie da się wyczerpująco wymienić. Jedynie tytułem przykładu wspomnieć można o następujących publikacjach: E. Levine, *Amicus Curiae*, s. 200 i n.; J. J. Mayer, T. W. Seitz, *Recognizing*, s. 504 i n.; S. I. Strong, *Intervention*, s. 915 i n.; S. Brekoulakis, *The effect of an arbitral award*, s. 177 i n.; A. L. Thomas, *Comment: nonsignatories in arbitration*, s. 953 i n.; D. E. Williams, *Binding nonsignatories*, s. 175 i n.; S. Brekoulakis, *The relevance*, s. 1165 i n.; K. Belton, *Game, set, and match*, s. 161 i n.; S. Wilske, L. Shore, J.-M. Ahrens, *The “group of companies doctrine”*, s. 73 i n.; J. M. Hosking, *The third party*, s. 469 i n.; B. Hanotiau, *Problems*, s. 251 i n. W polskiej literaturze zob. przykładowo A. Szumański, *Konkludentne przystąpienie*, s. 29 i n.; A. Szumański, *Wpływ uczestnictwa*, s. 44 i n.; M. Zachariasiewicz, J. Zralek, *Czy umowa arbitrażowa*, s. 155 i n.; A. W. Wiśniewski, *Nadużycie prawa*, s. 9 i n.; E. Wętrys, *Skuteczność zapisu*, s. 141 i n.; A. Surma, *Piercing the corporate veil*, s. 526 i n.; S. Sołtysiński, *Związanie zapisem*, s. 9 i n.; W. Popiołek, *W sprawie*, s. 448 i 449; R. Poprawski, *Związanie osób trzecich*, s. 53 i n.

²⁷ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 274, wskazuje jako twórców tej teorii F. Surville oraz G. Sauser-Hall. Jej zwolennikami byli A. Redfern, R. L. C. Hunter, J. P. Ancel, a także P. Sanders.

w arbitrażu międzynarodowym występują cechy zarówno teorii kontraktowej, jak i teorii jurysdykcyjnej i nie można oceny kompetencji sądu arbitrażowego zawężać do jednego ze źródeł (bądź umowy stron bądź prawa państwowego). Uznaje się, że strony mają możliwość wyboru prawa właściwego dla sporu i dla postępowania arbitrażowego, niemniej jednak w braku wyboru do głosu dojść powinny odpowiednie przepisy prawa krajowego. Dodatkowo twierdzi się, że wola stron wyrażona w umowie arbitrażowej nie może uchylić działania przepisów mandatoryjnych²⁸ odpowiedniego systemu prawnego²⁹. Także w toku postępowania arbitrażowego poszukuje się bądź to elementów kontraktowych, bądź też jurysdykcyjnych. O ile ukonstytuowanie się sądu arbitrażowego i jego kompetencje do rozstrzygania sporu między stronami wywodzić się mają z umowy arbitrażowej, o tyle ważność umowy arbitrażowej oraz zgodność wyroku arbitrażowego z państwowym porządkiem publicznym podlegać będą ocenie właściwego prawa krajowego³⁰. Mimo próby zlikwidowania niedostatków teorii jurysdykcyjnej i kontraktowej, także teoria hybrydowa nie potrafi przezwyciężyć sporu dotyczącego dwubiegunowości umowy arbitrażowej. Pochodną przyjęcia jurysdykcyjnej lub kontraktowej natury arbitrażu było rozbieżne kwalifikowanie samej umowy arbitrażowej. O ile teoria jurysdykcyjna prowadzi do uznania prawnoprocesowego charakteru umowy arbitrażowej, o tyle w teorii kontraktowej umowa arbitrażowa jest umową prawa materialnego³¹. Teoria hybrydowa nie wyłamuje się z tego podziału, a jedynie

Z kolei A. Barraclough, J. Waincymer, *Mandatory Rules*, s. 6 i 7 zaliczają do zwolenników teorii hybrydowej O. Chukwumerije, J. D. M. Lew, H. van Houtte oraz H. G. Naón.

²⁸ W pracy używane jest określenie „przepisy mandatoryjne”, które stanowi skrót myślowy i jednocześnie uproszczone tłumaczenie zwrotu „mandatory rules”, który jest chyba najpopularniejszym określeniem tej kategorii przepisów w literaturze anglojęzycznej. Autor nie podejmuje się w pracy precyzyjnego definiowania tych przepisów jak również unika rozważań dotyczących optymalnego sformułowania w polskim języku prawniczym dla tej kategorii (choć najbliższe mu jest sformułowanie o przepisach wymuszających własne zastosowanie, wywodzące się ze śródowiska Wydziału Prawa Uniwersytetu Śląskiego). Osoby zainteresowane tą tematyką należy odesłać do bogatej krajowej literatury dotyczącej tego zagadnienia. Przytaczają ją: M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające*, s. 28 i n.; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, s. 109.

²⁹ H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 277.

³⁰ Tak J. Robert powoływany przez H.-L. Yu, *A theoretical overview*, s. 277, przyp. 81.

³¹ A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 36. Jednocześnie autor zaznacza, że ocena charakteru prawnego umowy o arbitraż, choć jest powiązana z teorią dotyczącą natury arbitrażu, to jednak nie jest przez nią determinowana. Zob. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 306. W polskiej literaturze szerzej na temat charakteru prawnego umowy arbitrażowej zob. literatura powołana przez A. W. Wiśniewskiego, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 308 i A. W. Wiśniewski, *Charakter prawny*, s. 58 i n.

w jednej umowie arbitrażowej wyróżnia zarówno elementy prawnoprocesowe jak i prawnomaterialne. W związku z faktem, że poszukiwanie w umowie arbitrażowej bądź elementów procesowych, bądź materialnoprawnych okazuje się niewystarczające, pojawiły się twierdzenia, że taka umowa jest umową *sui generis*, której nie da się analizować w kategorii prawa procesowego lub prawa materialnego³².

Odpowiedzią na problem dwubiegowości arbitrażu (istniejący we wszystkich trzech wspomnianych teoriach) było pojawienie się autonomicznej teorii arbitrażu. Jako jej twórcę wskazuje się *J. Rubellin-Devichi*³³. Odrzuciła ona założenia zarówno teorii kontraktowej, jak i jurysdykcyjnej, uznając je za zbyt przeciwstawne sobie i nie odzwierciedlające realnego funkcjonowania arbitrażu, natomiast teorię hybrydową uznała za niejasną co do zakresu własnego zastosowania³⁴. W ramach teorii autonomicznej traktuje się arbitraż jako ponadnarodowy twór, który nie podlega jurysdykcji żadnego państwa. Rozwój arbitrażu pozostaje w zgodzie z oczekiwaniami międzynarodowej społeczności handlowej, która oczekuje elastycznego i łatwego do kontrolowania sposobu rozstrzygania sporów wewnętrznych. Ten argument przemawiać ma za potrzebą przyznania nieskrępowanej autonomii uczestnikom postępowania arbitrażowego³⁵. Tym samym teoria autonomiczna w swoim pierwotnym ujęciu odmawiała jakiegokolwiek krajowemu systemowi prawnemu kompetencji do kontrolowania zarówno postępowania jak i wyroku arbitrażowego.

Nieco odmienną systematykę teorii arbitrażowych przedstawił *E. Gaillard*. Według niego istniejące poglądy mogą zostać ujęte w trzy nurty³⁶:

- 1) jednomiejscowy,
- 2) wielomiejscowy,
- 3) ponadnarodowy.

Teoria jednomiejscowa („*monolocal*”) zakłada, że arbitraż ma określone forum, a orzeczenie „narodowość”, która jest wskazywana w oparciu o lokalizację arbitrażu. Funkcja arbitra utożsamiana jest z funkcją sędziego, a zadania

³² W Polsce pogląd taki zaprezentował jako pierwszy *M. Pazdan*, Prawo właściwe dla umowy stron z arbitrem, s. 183 i n.; *M. Pazdan*, Prawo właściwe do oceny zapisu, s. 176. Za dominującą uważa taką kwalifikację umowy arbitrażowej *S. Brekoulakis*, On Arbitrability, s. 37.

³³ *H.-L. Yu*, A theoretical overview, s. 278, gdzie w przyp. 85 powołuje się na pracę *J. Rubellin-Devichi*, L'arbitrag.

³⁴ Zob. *H.-L. Yu*, A theoretical overview, s. 278.

³⁵ Zob. *ibidem*, s. 279.

³⁶ Najbardziej obrazowo *E. Gaillard* przedstawił swoją propozycję podziału teorii arbitrażowych i różnic między nimi w tabeli zaprezentowanej w artykule: *E. Gaillard*, Three Philosophies, s. 310.

obu mają być analogiczne³⁷. Teoria jednomiejscowa dzielić się ma na szkołę obiektywistyczną, której reprezentantem ma być *F. A. Mann* oraz subiektywistyczną, reprezentowaną przez *J. F. Poudret* oraz *S. Besson*³⁸. *F. A. Mann* jest wskazywany jako jeden z twórców teorii jurysdykcyjnej przez *H.-L. Yu*, co skłania do wniosku, że obiektywistyczna teoria jednomiejscowa *E. Gaillarda* jest w zasadzie tożsama z teorią jurysdykcyjną według wcześniej przedstawionego podziału. Według *E. Gaillarda*, istnieją istotne różnice między szkołą obiektywistyczną i subiektywistyczną. O ile ta pierwsza wywodzi kompetencję arbitrażu z delegacji udzielonej sądowi arbitrażowemu przez odpowiedni system prawny, o tyle ta druga uzasadnia legitymację prawa państwowego wyborem stron. Strony mają dokonywać tego wyboru poprzez lokalizację arbitrażu w jakimś obszarze prawnym i tą drogą udzielać legitymacji konkretnemu systemowi prawnemu³⁹. Obie szkoły teorii jednomiejscowej uznawać mają za wiążące niejako automatycznie postanowienia antyarbitrażowe (*antiarbitration injunctions*) wydane przez sądy państwa miejsca arbitrażu. Obie również prowadzą do wniosku, że orzeczenie uchylone nie istnieje i nie może wywołać konsekwencji prawnych. Różnią się jednak jeśli chodzi o stanowczość i rygorystyczność w pozostałych kwestiach. *F. A. Mann* twierdzi, że w arbitrażu należy stosować przepisy procesowe forum, do oceny prawa właściwego dla sporu – odpowiednie normy kolizyjne forum z jednoczesnym uwzględnieniem norm mandatoryjnych forum⁴⁰. Z kolei *J. F. Poudret* i *S. Besson* dopuszczają możliwość elastycznego wskazania zarówno przepisów procesowych jak i przepisów materialnoprawnych, oraz postulują, aby przekazać do kompetencji arbitrów decyzję o zastosowaniu odpowiednich przepisów mandatoryjnych⁴¹.

Teoria wielomiejscowa („*multilocal*”) wychodzi z odmiennych założeń niż teoria jednomiejscowa. O ile ta ostatnia legitymizuje arbitraż przez pryzmat rozpoczęcia postępowania arbitrażowego, o tyle teoria wielomiejscowa koncentruje się na efektach tego postępowania⁴². Zgodnie z teorią wielomiejscową, postępowania arbitrażowego nie legitymizuje porządek prawny jednego pań-

³⁷ Zob. *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 15; *E. Gaillard*, *The Representations*, s. 9.

³⁸ *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 19, powołuje pracę *J. F. Poudret*, *S. Besson*, *Comparative Law* jako tę, która prezentuje poglądy subiektywistycznej szkoły teorii monolokalizacyjnej. Sentyment do subiektywistycznej szkoły wykazuje również *R. Goode*, *The role*, s. 245 i n.

³⁹ *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 15 i n. oraz s. 18 i n.

⁴⁰ Kontynuatorem poglądów *F. A. Manna* w wersji dostosowanej do obecnej rzeczywistości arbitrażowej wydaje się być *W. W. Park*. Zob. *W. W. Park*, *The Lex Loci Arbitri*, s. 21 i n.

⁴¹ *E. Gaillard*, *Three Philosophies*, s. 310.

⁴² *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 25.

stwa, lecz zbiorczo porządki prawne, które – po spełnieniu określonych przesłanek – uznają skuteczność wyroku arbitrażowego⁴³. Reprezentantem teorii wielomiejscowej jest A. T. von Mehren⁴⁴. Teoria ta prowadzi do elastycznego wskazania zarówno przepisów procesowych jak i przepisów materialnoprawnych w arbitrażu oraz postuluje, aby od arbitrów zależała decyzja o zastosowaniu odpowiednich przepisów mandatoryjnych. Dodatkowo nie są, zdaniem zwolenników tej teorii, wiążące postanowienia antyarbitrażowe (*antiarbitration injunctions*) wydane przez sąd miejsca arbitrażu. Niekoniecznie również przyzna się wiążące skutki orzeczeniu sądu, w którym uchylono wyrok arbitrażowy⁴⁵.

Ostatnią teorią, którą wyróżnia E. Gaillard jest teoria ponadnarodowa. Zgodnie z jej założeniami arbitrażu nie legitymizuje żaden państwowy porządek prawny (ani pojedynczo ani zbiorowo), lecz ponadnarodowy, arbitrażowy system prawny. System ten istnieć ma niezależnie od krajowych systemów prawnych⁴⁶. Wyróżnia się dwie szkoły w ramach teorii ponadnarodowej. Pierwsza nazywa się szkołą prawa naturalnego, natomiast druga – szkołą pozytywistyczną. Jako przedstawiciele szkoły prawa naturalnego wskazywani są: R. David, P. Mayer, H. Motulsky⁴⁷. Przedstawiciele szkoły prawa naturalnego idą tak dalece w swych zapatrywaniach, że nie tylko uwalniają arbitrów z ram narzucanych przez krajowe systemy prawne, ale także pozwalają czasami na odstępstwa od postanowień umowy arbitrażowej. P. Mayer uznaje, że arbitrzy mogą nie zastosować prawa krajowego wybranego przez strony jako właściwe, gdyby wynik był w rażąco stopniu sprzeczny z wyznawanymi przez arbitrów wartościami moralnymi⁴⁸. Z kolei zwolennicy szkoły pozytywistycznej (do których zalicza się sam E. Gaillard) wywodzą istnienie ponadnarodowego arbitrażowego porządku prawnego nie tyle z idei prawa naturalnego co z koncepcji kumulatywnego działania krajowych porządków prawnych, które razem tworzą arbitrażowy system prawny niezależny od poszczególnych krajowych

⁴³ *Ibidem*, s. 24.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 28, powołuje pracę tego autora: A. T. von Mehren, Limitations on Party Choice, w której A. T. von Mehren postulował, że arbitraż nie potrzebuje lokalizacji geograficznej oraz że nie ma pojedynczego porządku prawnego, który miałby monopol rozstrzygania o losach wyroku arbitrażowego. W przypadku arbitrażu, jego legitymizacja jest rozproszona między różnymi porządkami prawnymi, a postępowanie arbitrażowe nie ma forum.

⁴⁵ E. Gaillard, Three Philosophies, s. 310.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 35.

⁴⁷ E. Gaillard, Legal Theory, s. 40 i n. oraz przytoczona tam literatura.

⁴⁸ R. Mayer, La règle morale, s. 397.

systemów prawnych⁴⁹. Przedstawione założenia dowodzą, że ponadnarodowa teoria *E. Gaillarda* jest praktycznie tożsama z autonomiczną teorią *H.-L. Yu*, choć każdy z tych autorów wskazuje inne osoby jako twórców tych zbliżonych teorii.

Bliższa analiza prezentowanych poglądów pozwala postawić tezę, że większość wprowadzonych podziałów w sposób stosunkowo sztuczny mnoży rozbieżne byty. Oś sporu dotyczącego natury arbitrażu toczy się na jednym odcinku, który w dwóch krańcowych punktach, które zamykają dwa skrajne poglądy. Na jednym krańcu umieścić można tezę, że arbitraż w całości podporządkowany jest prawu krajowemu, z tym, że dominuje wskazanie w tym przypadku państwa miejsca arbitrażu jako tego, które udziela kompetencji trybunałowi arbitrażowemu do działania. Propagatorzy tego punktu widzenia (niezależnie od tego czy nazwie się go teorią monolokalizacyjną, jurysdykcyjną czy terytorialną) twierdzą, że to prawo miejsca arbitrażu jest tym systemem, któremu całe postępowanie podlega – każde państwo ma bowiem samodzielną kompetencję do oceny zdarzeń zachodzących na jego terytorium. To prawo miejsca arbitrażu stanowi *lex fori*, któremu arbiter musi się podporządkować⁵⁰. Na drugim krańcu skali poglądów jest stanowisko, zgodnie z którym arbitraż jest niezależny od jakiegokolwiek konkretnego systemu prawnego. Jest bytem unoszącym się jakby ponad krajowymi porządkami prawnymi, niezależnie od tego w jaki sposób to unoszenie się jest uzasadnione. Teorię tę najtrafniej jest nazwać autonomiczną. Trudniej w jej przypadku wskazać jednego autora propagowanego stanowiska, choć lokalizacja centrum intelektualnego tej doktryny nie nastręcza trudności. Starając się zidentyfikować dwie skrajności, *J. Paulsson* wspomina z jednej strony o skrajnym terytorializmie *F. A. Manna*, a z drugiej o „paryskiej poezji”⁵¹. Wydaje się, że przyczyna tego stanu niedookreślenia po stronie teorii autonomicznej jest dosyć prosta. O ile punkt widzenia zwolenników skrajnej teorii jurysdykcyjnej jest skupiony w jasnych poglądach zaprezentowanych przez *F. A. Manna*, o tyle trudno jest w ten sam sposób zogniskować pogląd przeciwny do zaprezentowanego przez tego autora. *F. A. Manna* nie należy bowiem traktować jako twórcy teorii jurysdykcyjnej. Jego prace raczej usystematyzowały i ubrały w doktrynalną otoczkę po-

⁴⁹ Szerzej *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 45 i n.

⁵⁰ Z tego względu sztandarowym przedstawicielem tego nurtu jest *F. A. Mann*, który przedstawił swoje poglądy w klasycznej już pracy: *F. A. Mann*, *Lex Facit Arbitrum*. Poglądy *F. A. Manna* były tak skrajne i charakterystyczne, że jest to chyba najczęściej cytowana praca we wszystkich publikacjach, w których prowadzone są rozważania dotyczące natury arbitrażu.

⁵¹ *J. Paulsson*, *Arbitration in three dimensions*, s. 2.

gład uznawany za jedynie słuszny w pierwszej połowie XX w.⁵² Warto przypomnieć, że stanowisko *F. A. Manna* było odpowiedzią na przełomowe w owych czasach głosy *B. Goldmana*⁵³, *Ch. N. Fragistas*⁵⁴ oraz *P. Foucharda*⁵⁵, wskazujące na samodzielność arbitrażu w stosunku do krajowego systemu wymiaru sprawiedliwości i na odmienność statusu arbitra w stosunku do statusu sędziego sądu państwowego⁵⁶. Wypowiedzi te, jak również późniejsze krytyczne oceny stanowiska *F. A. Manna* stanowiły więc kontestację zastanego stanu i dążyły do uwolnienia arbitrażu z więzów prawa krajowego. Trudno w związku z tym mówić o jednym rozwiązaniu, bowiem różni autorzy proponowali różne uzasadnienia dla takiego uwolnienia jak również różnili się w ocenie skali koniecznej samodzielności arbitrażu. O ile jedni dążyli do całkowitego odseparowania arbitrażu od wpływów prawa krajowego, o tyle inni starali się rozłożyć akcenty pomiędzy więcej niż jednym porządkiem prawnym, którym pierwotnie był porządek prawny miejsca arbitrażu. Pojawia się więc wielość dróg zmierzających do obalenia archaicznego (zdaniem wielu) porządku i przecięcia lub ograniczenia relacji między postępowaniem arbitrażowym a prawem miejsca arbitrażu. Wynikiem tego są propozycje zakotwiczenia arbitrażu w różnych innych systemach prawnych (czy to krajowych czy też autonomicznych). Odnosi się zresztą wrażenie, że eksponowane różnice są dosyć sztuczne i poszukiwane trochę na siłę. *J. Paulsson* słusznie wskazuje na wzajemną sprzeczność twierdzeń *E. Gaillarda*, który z jednej strony utrzymuje, że w takich kwestiach jak np. uznanie wyroku arbitrażowego, decyzja zależy od konkretnego krajowego systemu prawnego, to z drugiej strony traktuje arbitraż jako byt autonomiczny⁵⁷. Poszukiwania autonomicznego porządku prawnego zakotwiczonego w systemach prawnych państw wydają się zawierać logiczną sprzeczność. Ostatecznie *J. Paulsson* stwierdza, że teoria autonomiczna w jej pozytywistycznej wersji, poszukującej arbitrażowego, autonomicznego porządku

⁵² *Ibidem*, s. 7 stwierdza: "One can understand the territorialist model as a product of attitudes prevalent until the middle of the 20th Century".

⁵³ *B. Goldman*, *Les conflits*, s. 347 i n. *B. Goldmana* traktuje się często jako pioniera koncepcji autonomicznego prawa handlowego (*lex mercatoria*). Zob. *A. W. Wiśniewski*, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 43, który powołuje się z kolei na *E. Gaillarda*.

⁵⁴ *Ch. N. Fragistas*, *Arbitrage*, s. 1 i n.

⁵⁵ *P. Fouchard*, *L'arbitrage*.

⁵⁶ Szerzej o tym sporze zob. *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 15 i n.

⁵⁷ Zob. *E. Gaillard*, *Aspects*, s. 91, powołany przez *J. Paulssona*, *Arbitration in three dimensions*, s. 12: "When Gaillard focuses on the 'more delicate' matter of the recognition of the 'ordre juridique arbitral', he says that it 'flows from the will of States, which does not prevent it from being seen as an autonomous legal order'."

prawnego, którego źródłem są systemy krajowe stanowi jedynie „przebraną” wersję teorii wielomiejskowej⁵⁸. Odnosząc się do istniejących trendów *J. Paulsson* uznaje, że teoria jednomiejskowa jest przestarzała, że rzeczywistość wykracza poza zbyt restrykcyjną teorię wielomiejskową oraz że teoria autonomiczna nie przełamuje wcale założeń teorii wielomiejskowej, co prowadzi go do zanegowania wszystkich trzech teorii i wysunięcia własnej propozycji⁵⁹. W tym celu sięga do dorobku włoskiego teoretyka prawa z początków XX w. – *Santi Romano*⁶⁰. *S. Romano* był adwersarzem *H. Kelsena*, publikował jednak tylko po włosku. Jego dorobek przeszedł prawie niezauważony, jeśli porównać go z oddziaływaniem prac *H. Kelsena*⁶¹. Na podstawie tezy *S. Romano*, że każda grupa społeczna tworzy swój własny porządek prawny, *J. Paulsson* maluje wizję arbitrażowego porządku jako jednakowo legitymowanego z porządkami prawnymi państw⁶². *J. Paulsson* uznaje istnienie takich porządków za fakt, powołując się na przykłady systemów normatywnych funkcjonujących w zorganizowanych grupach przestępczych, w sektach religijnych, kartelach handlowych czy w federacjach sportowych⁶³. Twierdzi, że te systemy normatywne funkcjonują w oderwaniu od państwowego porządku prawnego (a czasami nawet wbrew temu porządkowi). Arbitraż ma być analogicznym systemem, w którym orzeczenia są wykonywane często dobrowolnie, bez ingerencji i wsparcia ze strony jakiegokolwiek państwa. Z przedstawionym poglądem nie sposób się jednak zgodzić. *J. Paulsson* zapomina o tym, że wszystkie wymienione przez niego systemy normatywne dysponują odpowiednim aparatem sankcji, który jest w stanie zmusić członków grupy społecznej do dostosowania się do wiążącego ich systemu normatywnego⁶⁴. Jeśli natomiast wyrok arbitrażowy nie bę-

⁵⁸ *J. Paulsson*, *Arbitration in three dimensions*, s. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 17.

⁶⁰ *J. Paulsson*, *Arbitration in three dimensions*, s. 16 i n.

⁶¹ O poglądach *S. Romano* pisze także *E. Gaillard*, *Legal Theory*, s. 4 i n.

⁶² Zob. *J. Paulsson*, *Arbitration in three dimensions*, s. 20, gdzie autor stwierdza: “Yet, all social groups, as *Santi Romano* saw it, produce legal orders. Since law is the reflection of a social ordering, it excludes any feature which at its heart is the product of arbitrariness or opportunistic force. The legal order emerges from a necessity of coexistence: overcoming the weakness of individuals by providing a lasting basis for life in society ‘through the creation of social entities more enduring and stronger than individuals’. And so a system emerges from the accretion of a multitude of arrangements. A legal order is therefore not the product of a set of positive laws, but rather the inevitable result of the formation of a social group”.

⁶³ *J. Paulsson*, *Arbitration in three dimensions*, s. 16.

⁶⁴ Czasem jedyną sankcją jest możliwość wykluczenia podmiotu niestosującego się do norm danej społeczności z kręgu tej społeczności, czasem jednak – jak w przypadku zorganizowanych grup przestępczych – sankcje mogą przybrać bardziej opresyjny charakter.

dzie wykonany dobrowolnie, a jednocześnie nie stanie za nim państwowy aparat przymusu, arbitraż okaże się gigantem na słomianych nogach. Tak samo bezradny jest arbitraż pozbawiony asysty krajowego systemu prawnego w sytuacji, w której konieczna będzie zastępcza nominacja arbitra czy asysta organów państwowych w przeprowadzeniu dowodu bądź przy zabezpieczaniu roszczenia. W przeciwieństwie do powołanych przez *J. Paulssona* systemów normatywnych, arbitraż nie jest samowystarczalny i zawsze opiera się hipotetycznej asyście państwowych systemów prawnych (nawet wówczas, gdy w konkretnej sprawie angażowanie krajowego porządku nie jest potrzebne). Widać to szczególnie dobrze na przykładzie tak chętnie powoływanej przez *J. Paulssona* sprawy arbitrażowej rozpatrywanej przed Sądem Arbitrażowym do Spraw Sportowych (CAS), w której rozstrzygano spór dotyczący transferu piłkarza z meksykańskiego klubu Tigres do brazylijskiego klubu Atletico Mineiro⁶⁵. W tym przypadku za wyrokiem arbitrażowym stały sankcje, które w stosunku do podmiotów biorących udział w postępowaniu arbitrażowym mogła nałożyć FIFA. To nie siła arbitrażowego porządku prawnego była w stanie wymusić realizację wyroku, lecz zagrożenie wykluczeniem z rozgrywek FIFA dla klubu, który nie dostosowałby się do wyroku arbitrażowego⁶⁶.

Choć *J. Paulsson* uważa, że jego poglądy pozostają w opozycji zarówno do poglądów zwolenników teorii jurysdykcyjnej jak i do krytykowanych przez niego poglądów zwolenników teorii autonomicznej, to ostatecznie nie wyłamuje się poza przedstawiony powyżej obraz głównych nurtów legitymizujących działanie arbitrażu. Propozycje *J. Paulssona* okazują się kolejnym głosem wspierającym tezę o potrzebie oderwania arbitrażu od krajowych porządków prawnych. Co więcej, poglądy *J. Paulssona* opisać można jako jedną z bardziej skrajnych odmian teorii autonomicznej. Wydaje się, że zbliżone stanowisko na temat natury arbitrażu prezentuje *J. D. M. Lew*⁶⁷.

⁶⁵ Autor opisuje tę sprawę przy różnych okazjach. Zob. przykładowo *J. Paulsson*, Arbitration in three dimensions, s. 24 oraz *J. Paulsson*, International Arbitration is not Arbitration, s. 7.

⁶⁶ Pośrednio przyznaje to sam *J. Paulsson*, Arbitration in three dimensions, s. 25.

⁶⁷ Zob. *J. D. M. Lew*, Does National Court, s. 491, gdzie autor stwierdza "Arbitration does not, as some have suggested, operate solely on the basis of contract, or from the relinquishment of jurisdictional control by states, or even a combination of these two things. Instead, arbitration is an autonomous system with a life of its own that inhabits a domain wholly outside any system of national law. Access to the autonomous domain of international arbitration is obtained through contract and the relinquishment of rights by national courts. However, once entered, and subject to controls as discussed later, arbitration exists in its own rarefied domain". Wcześniej autor prezentował ten pogląd w pracy: *J. D. M. Lew*, Achieving the Dream, s. 179 i n.

Raczej powszechnie dostrzega się obecnie, że arbitraż musi utrzymywać jakieś kontakty z krajowymi systemami prawnymi. Nawet zwolennicy teorii autonomicznej zwracają uwagę na sprzeczność polegającą na tym, że z jednej strony arbitraż próbuje się uwolnić od wpływów prawa krajowego, a z drugiej dąży do współpracy z krajowymi systemami prawnymi⁶⁸. A. W. Wiśniewski stara się w związku z tym wyróżnić dwa nurty teorii autonomicznej. W pierwszej kolejności wspomina o autonomicznej teorii absolutnej, która dąży do całkowitego oderwania arbitrażu od prawa krajowego. Autor uznaje założenia tego nurtu za nierealne⁶⁹, a ich nierealność polegać ma na dążeniu do stworzenia systemu prawnego autonomicznego, funkcjonującego bez wsparcia systemów krajowych⁷⁰. Rozwiązaniem tego problemu ma być wersja teorii autonomicznej, nazywana przez A. W. Wiśniewskiego relatywną lub integralną. Twórcą tej teorii ma być J. Rubellin-Devichi⁷¹. Ta wersja teorii autonomicznej poszukuje źródeł kompetencji arbitrażu w umowie arbitrażowej oraz w zasadzie *pacta sunt servanda*, z tym że zasadę tę wynosi ponad poziom prawa krajowego. Z tej zasady wywodzi się możliwość żądania przez strony zapewnienia przez krajowe porządki prawne optymalnych warunków funkcjonowania arbitrażu⁷². Warto jednak zwrócić uwagę na wewnętrzną sprzeczność tej wersji teorii autonomicznej (niezależnie od tego jak jest ona przez poszczególnych autorów kategoryzowana). Uznaje bowiem ona jedynie względną autonomiczność arbitrażu, zgadzając się na to, że granice owej autonomii wyznacza prawo krajowe⁷³. Sprzeczności tej nie rozwiązuje stwierdzenie, że ustawodawca krajowy powinien uznać swój obowiązek sprzyjania arbitrażowi⁷⁴. Niewątpliwą wartością prac J. Rubellin-Devichi jest natomiast przyjęcie założenia jednolitego charakteru prawnego arbitrażu (w tym sensie, że autorka nie traktowała

⁶⁸ J. Paulsson, *Arbitration in three dimensions*, s. 2.

⁶⁹ A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 43 i n.

⁷⁰ A. W. Wiśniewski podaje jako reprezentanta nurtu absolutnego E. Gaillarda, choć jednocześnie opisując poglądy tego ostatniego stwierdza, że E. Gaillard „postuluje współistnienie arbitrażowego porządku prawnego (...) z krajowymi porządkami prawnymi”. Zob. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 45.

⁷¹ Zob. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 46, przyp. 48. Warto przypomnieć, że autorka ta wskazywana jest przez H.-L. Yu jako twórcza teorii autonomicznej.

⁷² A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 46.

⁷³ *Ibidem*, s. 47.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 47.

jako wewnętrznie odmiennych od siebie: arbitrażu międzynarodowego i arbitrażu krajowego⁷⁵).

E. Gaillard słusznie zwrócił uwagę w swoich pracach, że przyjęcie takiej lub innej teorii dotyczącej natury arbitrażu nie mieści się w ramach badań zmierzających do odróżnienia prawdy od fałszu⁷⁶. Ostatecznie odzwierciedlają one bardziej przekonania czy może nawet wiarę poszczególnych autorów co do tego jak konkretne struktury społeczne powinny funkcjonować⁷⁷. O ile dana teoria spełnia wymagania co do swojej integralności, kompletności i wewnętrznej niesprzeczności, nie może zostać zanegowana. Zdaniem E. Gaillarda ocena wartości danej teorii może być dokonana jedynie według tego w jaki sposób charakteryzuje ona obecne w arbitrażu trendy i w jakim stopniu przyczynia się do ewolucji i rozwoju tej dziedziny⁷⁸.

Bardziej kategorycznie wypowiada się J. Paulsson. Twierdzi on, że bezwarściowe są teorie, które nie dają się zaadoptować do praktyki i w efekcie odrzuca wszystkie inne poza własną⁷⁹. Nie da się jednak nie zauważyć, że także teoria J. Paulssona nie odzwierciedla rzeczywistości. Jeśli sądy francuskie wywodzą w wyrokach dotyczących postanowień arbitrażowych określone konsekwencje ze stwierdzenia autonomicznego bytu arbitrażu, to oczywiste jest, że u źródeł francuskiego rozumienia arbitrażu można znaleźć teorię autonomiczną. Jeśli sądy amerykańskie stworzyły i podtrzymują doktrynę *first and second look*⁸⁰, to u jej źródeł leży rozumienie postanowień konwencji nowojorskiej nie dające się pogodzić z założeniami francuskiej teorii autonomicznej. Jeśli sądy niemieckie czy polskie wywodzą określone konsekwencje prawne z faktu zlokalizowania na ich terenie postępowania arbitrażowego, to wynika to z faktu, że u fundamentów ich rozumowania leżą założenia teorii jurysdyk-

⁷⁵ J. Rubellin-Devichi, *L'Arbitrage*, s. 363–364 – za A. W. Wiśniewskim, *Międzynarodowy arbitraż*, s. 47, przyp. 53. Autor podkreśla, że próby różnicowania natury arbitrażu krajowego i międzynarodowego wciąż obecne są w literaturze francuskiej. Odróżnia arbitraż krajowy od międzynarodowego także J. Paulsson. Autor ten wyraził swoje poglądy w najbardziej skrajnej wersji w pracy J. Paulsson, *International Arbitration is not Arbitration*. Podział na arbitraż krajowy i międzynarodowy znajduje swoje odbicie także m.in. w ustawodawstwie francuskim: zob. E. Gaillard, *France Adopts New Law*.

⁷⁶ E. Gaillard, *Legal Theory*, s. 9.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 152.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 153.

⁷⁹ J. Paulsson, *Arbitration in three dimensions*, s. 26.

⁸⁰ Doktryna *second look* opisana jest poniżej przy opisie sprawy *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*