

20 stycznia 2022

Dr hab. Aleksander Gubrynowicz

Wydział Prawa i Administracji UW

Recenzja

osiągnięć naukowych oraz aktywności naukowej Pana Doktora Łukasza Kułagi sporządzona w związku z prowadzonym postępowaniem habilitacyjnym

1. Uwagi wprowadzające:

Pismem z dnia 15 kwietnia 2001 Pan Doktor Łukasz Kułaga, (dalej także jako Habilitant lub autor cyklu), wszczął postępowanie o nadanie mu stopnia doktora habilitowanego w dziedzinie nauk społecznych w dyscyplinie prawo. W związku z pismem Rady Doskonałości Naukowej (Z5.400.43.2021), uchwałą nr. 1/2021/2022 przyjętą w dniu 29 września 2021 Rada Dyscypliny Nauki Prawne WPiA UKSW powierzyła niżej podpisanemu zadanie sporządzenia recenzji w zakresie, o którym mowa w/w tytule. Jej przedmiotem jest ocena czy wymienione we wniosku Habilitanta, Pana Doktora Łukasza Kułagi osiągnięcie naukowe oraz wykazana pozostała aktywność naukowa spełniają wymagania ustawy z dnia 20 lipca 2018 Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. 2018 poz. 1668 z późn. zm.)¹. Z uwagi na konieczność dokonania zmian w składzie komisji oraz inne czynności natury proceduralnej, dokumenty niezbędne do wykonania recenzji zostały doręczone niżej podpisanemu w dniu 25 listopada 2022². Jednocześnie z uwagi na to, że w piśmie informującym o powołaniu na recenzenta powołano się na art. 18 ust. 5 a) ustawy z 14 marca 2003 o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz. U. z 2017 poz. 1789) recenzent czuje się w obowiązku stwierdzić co następuje.

Jak wiadomo z mocy art. 169 pkt. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – prawo o szkolnictwie wyższym i nauce z 3 lipca 2018 (Dz.U. Dz. U. z 2018 r. poz. 1669, z 2019 r. z późn. zm.) ustawa 14 marca 2003 o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1789 – patrz zał. do obwieszczenia Marszałka Sejmu z 15 września 2017 – dalej jako ustawa z 2003) definitywnie utraciła moc obowiązującą. Powyższa zmiana pociągnęła za sobą również utratę mocy

¹ Dalej ustawa określana skrótem p. s. w. n.

² Por. art. 221 ust. 8 p.s.w.n

wszystkich aktów wykonawczych do tej ustawy, w tym rozporządzenia Ministra Szkolnictwa Wyższego i Nauki w sprawie szczegółowego trybu i warunków przeprowadzania czynności w przewodzie doktorskim, w postępowaniu habilitacyjnym oraz w postępowaniu o nadanie tytułu profesora (Dz.U. 2018 poz. 261 – dalej jako rozporządzenie z 2018). W związku z powyższym należy przyjąć, że w chwili obecnej (a więc również w chwili sporządzania niniejszej recenzji) jedynym źródłem prawa regulującym postępowanie w sprawie nadania stopnia doktora habilitowanego (i to zarówno pod względem materialnoprawnym, jak i proceduralnym) jest w/w Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce a konkretnie zaś jej Rozdział 3, Działu V w/w ustawy, zamykający się w art.art.218-226 (włącznie), zatytułowany *Stopień doktora habilitowanego*³.

Z perspektywy recenzyjnej kluczowe znaczenie ma oczywiście art. 219 ust. 1 , który stanowi, iż osoba ubiegająca się o nadanie stopnia doktora habilitowanego musi spełniać następujące kryteria:

- 1) posiadać stopień doktora;
- 2) posiadać w dorobku osiągnięcia naukowe albo artystyczne, stanowiące znaczny wkład w rozwój określonej dyscypliny, w tym co najmniej:
 - a) 1 monografię naukową wydaną przez wydawnictwo, które w roku opublikowania monografii w ostatecznej formie było ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. a, lub
 - b) 1 cykl powiązanych tematycznie artykułów naukowych opublikowanych w czasopismach naukowych lub w recenzowanych materiałach z konferencji międzynarodowych, które w roku opublikowania artykułu w ostatecznej formie były ujęte w wykazie sporządzonym zgodnie z przepisami wydany- mi na podstawie art. 267 ust. 2 pkt 2 lit. b, lub
 - c) 1 zrealizowane oryginalne osiągnięcie projektowe, konstrukcyjne, technologiczne lub artystyczne;

³ Na marginesie warto podkreślić, iż – inaczej niż to miało miejsce pod rządami w/w wygasłych przepisów ustawy z 2003, p.s.w.n. nie tworzy dla organów administracji państwowej żadnych podstaw prawnych, w oparciu o które mogłyby one wydawać akty wykonawcze doprecyzowujące warunki ustawowe odnoszące się do postępowań habilitacyjnych. W konsekwencji należy przyjąć w aktualnym stanie prawnym, jest zamierzoną intencją prawodawcy, aby p.s.w.n. stanowiło regulację tyleż kompleksową co i wyczerpującą, tj. znajdującą zastosowanie w odniesieniu do wszystkich przypadków postępowań habilitacyjnych, chyba że *leges speciales* stanowiąc będą inaczej.

3) wykazywać się istotną aktywnością naukową albo artystyczną realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej.

W porównaniu z przepisami wspomnianej wyżej ustawy z 2003 r., obowiązujące w chwili obecnej uregulowania wykazują dwie dość istotne różnice. Po pierwsze art. 16 ust. 1 ustawy z 2003, jednoznacznie ograniczał dorobek naukowy podlegający ocenie recenzentów, do dorobku stworzonego przez habilitanta po uzyskaniu przezeń stopnia doktora. W świetle przepisów art. 219 ust. 1 jest jednak jasne, że powyższe ograniczenie czasowe przestało obowiązywać i w chwili obecnej, recenzent dokonując oceny dorobku naukowego obowiązany jest wziąć pod uwagę nie tylko dorobek stworzony po uzyskaniu stopnia doktora, ale także dorobek stworzony przed tą datą.

Jednocześnie art. 16 ust. 4 ustawy z 2003, jak również §12 ust. 2 rozporządzenia z 2018 jednoznacznie wskazywały na obowiązek recenzentów wzięcia pod uwagę nie tylko przedłożonego dzieła oraz pozostałej działalności naukowej, ale również osiągnięć dydaktycznych, popularyzatorskich, realizowanej współpracy międzynarodowej i uzyskanych nagród. Tymczasem art. 219 prawa o szkolnictwie wyższym i nauce przyjmuje za jedyne kryteria oceny *osiągnięcie naukowe* (art. 219 ust. 1 pkt. 2) oraz *istotną aktywność naukową albo artystyczną*. (art. 219 ust. 1 pkt. 3) W konsekwencji wykładnia literalna tego przepisu – o ile miałyby zostać przyjęta - wykluczałaby działalność dydaktyczną i popularyzatorską z dopuszczalnego zakresu oceny recenzenckiej, redukując tym samym jej przedmiot wyłącznie do oceny przedłożonego osiągnięcia naukowego (monografii lub cyklu artykułów – o czym niżej) oraz pozostałej aktywności naukowej lub artystycznej. Zważywszy jednak, że art. 219 ust. 1 pkt. 2 i 3 warunki wymienione w tych punktach traktuje w kategoriach warunków minimalnych, (nie zaś enumeracji pozytywnej), to należy przyjąć, że definitywne wykluczenie z zakresu recenzji oceny osiągnięć dydaktycznych, popularyzatorskich, byłoby interpretacją idącą zbyt daleko. Jakkolwiek bowiem prawdą jest, że w świetle przepisów p.s.w.n. osiągnięcia w zakresie dydaktyki i popularyzacji nie są warunkiem koniecznym do uzyskania stopnia doktora habilitowanego, nic nie stoi jednak na przeszkodzie by w recenzji zwrócić uwagę również i na ten aspekt działalności habilitanta. Biorąc zaś pod uwagę, że wskutek omówionych powyżej zmian w przepisach, prawodawca wyraźnie inaczej rozłożył akcenty w porównaniu ze stanem, jaki obowiązywał do dnia wejścia w życie „Konstytucji dla Nauki”, oczywistym jest, że uwzględnienie w recenzji innych aspektów działalności habilitanta, aniżeli te wymienione *expressis verbis* art.219 ust. 1 dopuszczalne jest wyłącznie *à titre supplémentaire*.

Jak wskazano wyżej zarówno ustawa z 2003, jak i obecnie obowiązujące przepisy stwarzają habilitantom możliwość, przedłożenia jako osiągnięcia naukowego podlegającego ocenie recenzyjnej monografii lub też cyklu artykułów naukowych opublikowanych w czasopismach naukowych. Doktor Łukasz Kułaga zdecydował się skorzystać z tej drugiej możliwości. (Por. art. 219 ust. 1 pkt 2 b)). W myśl tego przepisu habilitant może *przedłożyć cykl powiązanych tematycznie artykułów naukowych opublikowanych w czasopismach naukowych lub w recenzowanych materiałach z konferencji międzynarodowych*(...).W istocie rzeczy, aby przedkładane do recenzji publikacje mogły stanowić „osiągnięcie naukowe”, o którym mowa w art. 219 ust. 1, winny one spełnić dwa kryteria. Po pierwsze muszą one stanowić pewien cykl, a zatem pozostając ciągiem powtarzających się publikacji jednocześnie muszą stanowić one pewną całość, w dodatku odpowiadającą kryterium znaczącego wkładu w rozwój określonej dyscypliny naukowej (*ad casum*: nauk prawnych) Z drugiej strony spełnienie warunków, o którym mowa w tym przepisie, zależy w znacznej mierze od tego, czy publikacjom tym przyświeca wspólne założenie doktrynalne, a zwłaszcza zaś cel badawczy. Ponadto sformułowanie „powiązane tematycznie” nasuwa spostrzeżenie, że choć przedkładane publikacje muszą być ze sobą w pewnym stopniu powiązane, to jednak związek ten niekoniecznie musi być aż tak ścisły, jak związek zachodzący pomiędzy poszczególnymi rozdziałami w monografii. W przypadku cyklu artykułów spełnienie tak wygórowanych oczekiwań byłoby by bowiem arcytrudne, a nawet można byłoby wątpić – czy byłoby w ogóle możliwe.

Biorąc powyższe pod uwagę informuję, że za jedyną podstawę prawną wyznaczającą kryteria w/w recenzji, przyjmuję przepisy p.s.w.n, jako że ustawa w 2003 utraciła już swoją moc prawną. Jednocześnie dokonując oceny osiągnięcia naukowego oraz aktywności naukowej Habilitanta kieruję się interpretacją postanowień art. 219 Konstytucji dla Nauki, w świetle której:

- a) Zważywszy, że z przesłanych dokumentów wynika bezspornie, iż uchwałą Rady WPiA UKSW z dnia 16 listopada 2014 Habilitant uzyskał stopień doktora nauk prawnych na podstawie przedstawionej i obronionej rozprawy doktorskiej zatytułowanej *Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a minimalny standard traktowania w międzynarodowym prawie inwestycyjnym* przyjmuję za udowodnione, że kryterium, o którym mowa w art. 219 ust. 1 pkt 1 jest spełnione. W konsekwencji główny ciężar analizy prowadzony w ramach niniejszej recenzji położony jest na ocenę dzieła naukowego, a więc artykułów przedłożonych jako cykl powiązanych ze sobą tematycznie publikacji w rozumieniu art. 219 ust. 1 pkt. 2. (część I) Ocena ta obejmuje swoim zakresem zarówno aspekt

merytoryczny, jak i aspekt formalny, w ramach którego udzielię odpowiedzi na pytanie czy został spełniony warunek cykliczności i powiązania tematycznego przedłożonych publikacji, o którym mowa w art. 219 ust. 1 pkt 2 (b) .

- b) Niezależnie od oceny osiągnięcia naukowego w niniejszej recenzji zostanie poddana ocenie pozostała aktywność Habilitanta w celu ustalenia, czy ustawowy warunek istotnej aktywności naukowej jest spełniony. Z uwagi na opuszczenie przez ustawodawcę wyraźnych odniesień do ram czasowych, w ramach których dana publikacja miałaby ukazać się drukiem, biorę pod uwagę całokształt dorobku naukowego, jaki przekazał do recenzji Habilitant. (część II) Tytułem uzupełnienia recenzja niniejsza obejmuje również swoim zakresem dorobek dydaktyczny, popularyzatorski oraz organizacyjny habilitanta, który jednak – z uwagi na zmianę wcześniej obowiązujących kryteriów ustawowych, jakiej dokonano na gruncie p.s.w.n. – nie jest wyodrębniony w oddzielną część niniejszej recenzji, lecz został omówiony na samym końcu części II.
- c) Recenzję poniższą kończą wnioski końcowe, w których przedstawiam ostateczne konkluzje niniejszej recenzji.

II. Ocena cyklu artykułów.

Jak wskazano wyżej, w celu spełnienia wymogów, o których mowa w art. 219 ust.1 pkt. 2 b), habilitant przedłożył cykl artykułów, któremu nadał tytuł *Zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym w kierunku zrównoważonego podejścia*⁴. Odpowiedź na pytanie, czy przedłożone publikacje spełniają warunki, o których mowa w/w przepisie p.s.w.n musi zostać podzielona na dwie części. W pierwszej z nich zajmiemy się aspektem formalnym, a więc ocenie zostanie poddana jednotematyczność, stopień powiązania przedłożonych artykułów ze sobą, a także kompletność i spójność prowadzonej narracji. W części drugiej zostanie dokonana ocena merytoryczna: tj. prawidłowość wyrażanych poglądów, prawidłowość toku rozumowania, kwestia zgodności tytułu cyklu z treścią artykułów, zastosowana metodologia i inne elementy standardowo wymagane przy ocenie pracy prawniczej.

⁴ W świetle przesłanych dokumentów powyższy tytuł może budzić wątpliwości, gdyż nie jest on do końca zbieżny z tytułem wskazanym we wniosku, który brzmi „Zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym”. Zważywszy jednak, że tytuł recenzowanego cyklu w autoreferacie zawiera sformułowanie „w kierunku zrównoważonego podejścia”, (patrz pkt. 4 Autoreferatu) jak również mając na uwadze, że tytuł projektu NCN, którego owocem jest recenzowany cykl, również zawierał to rozszerzenie w końcu zaś, że tytuł odwołujący się do „kierunku zrównoważonego podejścia” zawarty jest na wydruku cyklu, jaki został przekazany do recenzji, zakładam, że poprawna nazwa cyklu brzmi tak, jak to sformułowano powyżej.

1. Ocena cyklu w aspekcie formalnym.

Po zaznajomieniu się z cyklem przedłożonych publikacji recenzent nie ma najmniejszych wątpliwości, że wszystkie elementy niezbędne by uznać je za cykl o charakterze jednotematycznym są spełnione. Powyższa konkluzja wypływa przede wszystkim z faktu, że zgłoszone przez habilitanta artykuły dotyczą jednego i tego samego problemu tj. przekształceń zachodzących w obrębie międzynarodowego prawa inwestycyjnego, które – zdaniem Habilitanta - na przestrzeni ostatnich 15 lat uległy wyraźnie nabrały tempa. Dr. Łukasz Kułaga wskazuje przy tym na kierunek tych przemian, których istota sprowadza się do poszukiwania „złotego środka” pomiędzy interesem państwa lokalizacji inwestycji zagranicznej, a interesem samego inwestora. W wymiarze praktycznym skutkiem owych przemian ma być uwzględnienie w przepisach MPI w daleko wyższym stopniu, aniżeli czyniły to traktaty zawierane w latach 80tych i 90tych, wartości innych aniżeli materialne, na straży których stoi z reguły polityka regulacyjna państwa. W obrębie tak zakreślonej tematyki, wymóg cykliczności, którego istota sprowadza się do przedstawienia publikacji stanowiących pewną zamkniętą całość – został bez wątpienia spełniony: o ile pierwszy z przedłożonych artykułów zatytułowany w *kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych porozumień inwestycyjnych* (Forum Prawnicze 2016, 5(37) str. 31-48 stanowi tyleż analizę czynników stymulujących zachodzące przemiany, co i przypomnienie najważniejszych cech MPI jako subdziału prawa międzynarodowego, o tyle artykuł ostatni zatytułowany *Zmiana paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie międzynarodowego prawa inwestycyjnego* (Prawo i Wiąż 2020 4(34) s 286-319) pełni w ocenianym cyklu funkcję swego rodzaju klamry, a ponadto – bardziej na zasadzie indukcji niż dedukcji – usiłuje przenieść cząstkowe konkluzje wszystkich wcześniejszych cyklu na poziom teoretycznych uogólnień⁵.

Bezspornie przedłożone do oceny artykuły spełniają warunek jednotematyczności. Nawet jeśli – w celu wyjaśnienia niektórych aspektów formalnych – autor potrafi wyjść poza ścisły zakres MPI i poświęcić nieco więcej uwagi zagadnieniom z zakresu prawa traktatów (por. w szczególności artykuł *Deklaracje interpretacyjne jako instrument transformacji międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Ku ograniczeniu aktywizmu sędziowskiego*, RPES 81(3) 2019, str. 53-69) to i tak czyni to jedynie po to, by główny wątek jego narracji w ramach cyklu stał się lepiej zrozumiany. W konsekwencji tak skonstruowany artykuł nie narusza w niczym wymogu

⁵ Artykuł ten będzie określany na dalszych stronach recenzji mianem artykułu konkludującego.

jednotematyczności, gdyż uwaga czytelnika cały czas pozostaje skoncentrowana wokół kwestii zachodzących przemian w MPI.

Odrębną kwestią pozostaje problem czy, a jeśli tak to w jakim stopniu przedłożone do oceny artykuły spełniają wymóg wystarczającego stopnia *powiązania ze sobą*, tak jak nakazuje to przepis art. 2019 ust. 1 (2). Być może dla uzasadnienia odpowiedzi twierdzącej wystarczyłoby udowodnienie prostego kryterium tożsamości tematycznej i na tym można byłoby zamknąć całą analizę. Wydaje się jednak, że nawet gdyby powyższe kryterium uznać za niewystarczające, wówczas i tak należałoby przyjąć, że w przypadku recenzowanych artykułów warunek ten jest spełniony. Prawdą jest, że omawiane prace mają pewien wyraźny rys opracowań „reaktywnych” (widać bowiem wyraźnie, że pisząc poszczególne części swego cyklu Habilitant usiłował reagować na bieżące wydarzenia, a zarazem nadążać za zachodzącymi zmianami w MPI). W konsekwencji prawdą jest również i to, że nie zawsze treść jednego artykułu nawiązywała bezpośrednio do artykułów poprzednich, (a już na pewno nie do artykułu poprzedzającego następną publikację w obrębie cyklu). Mimo to pozostaje poza sporem, że element powiązania tematycznego zabezpieczony jest przede wszystkim poprzez zagadnienie reform dochodzenia roszczeń przed międzynarodowym arbitrażem inwestycyjnym, jak również wspomnianą wyżej problematykę *police power*, które pozostają głównym lejtmotywem praktycznie wszystkich elementów recenzowanego cyklu. Jakkolwiek w poszczególnych artykułach powyższe dwa łączniki występują z różnym natężeniem (tj. w niektórych z nich przeważa aspekt materialnoprawnych gwarancji dla inwestora zagranicznego, w innych zaś problematyka prawa procesowego ze szczególnym uwzględnieniem zagadnienia reform ISDS) to jednak zważywszy, iż obydwa te wątki w mniejszym lub większym stopniu przewijają się przez wszystkie recenzowane artykuły, należy przyjąć, że wymóg powiązania tematycznego publikacji przedłożonych przez Habilitanta do oceny - jest spełniony.

Na podkreślenie zasługuje również i to, że choć poza jednym wyjątkiem gros recenzowanych artykułów opublikowano w czasopiśmie wydawanych w Polsce, to jednak ich jakość oraz renoma (zwłaszcza PYIL czy RPES) nie budzi u recenzenta żadnych wątpliwości.

Ocena recenzowanego cyklu w aspekcie merytorycznym

Na ogół w publikacjach naukowych tytuł odzwierciedla ich zakres przedmiotowy. W przypadku recenzowanego cyklu brzmi on: *Zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym w kierunku zrównoważonego podejścia*. Jak nadmieniał sam Habilitant, tytuł ocenianego

cyklu pokrywa się z tytułem projektu finansowanego przez NCN, w ramach którego prowadził on wcześniej badania naukowe⁶. Z uwagi na cykliczny charakter swoich publikacji Habilitant w żadnym z artykułów składających się na recenzowany cykl nie sformułował w sposób jasny i precyzyjny pytań badawczych, na które usiłował udzielić odpowiedzi. Niemniej jednak zważywszy na charakterystyczne cechy cyklu artykułów, które z reguły są ogłaszane drukiem w rozmaitych czasopismach, mających rozmaite wymagania redakcyjne, w ocenie recenzenta byłoby nierozsądne oczekiwać, że pytania zostaną sformułowane *expressis verbis* w artykule pierwszym, tak jak to z reguły czyni się we wstępie monografii. Ponadto w autoreferacie Habilitant wypełnia tę lukę konstrukcyjną, informując, że swoim cyklem usiłował odpowiedzieć na następujące pytania.

- 1) W jaki sposób można dokonać zmian w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i na czym polegają trudności w tym zakresie charakterystyczne dla tego działu prawa;
- 2) Na czym polegają zmiany zachodzące w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i jaki mają one charakter;
- 3) Czym jest i co zakłada zmiana paradygmatu w konkretnym dziale prawa międzynarodowego.

Tak skonstruowane pytania budzą sporo zastrzeżeń recenzenta. Odnosnie pytania pierwszego (*W jaki sposób można dokonać zmian w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i na czym polegają trudności w tym zakresie charakterystyczne dla tego działu prawa*) stwierdzić wypada, że tak skonstruowane pytanie badawcze od początku miało swoją wadę konstrukcyjną, gdyż z punktu widzenia dogmatyki prawa międzynarodowego, odpowiedź na pierwszy jego człon wydaje się banalna: MPI można zmienić w dokładnie taki sam sposób, w jaki zmienia się inne działy prawa międzynarodowego publicznego, a zatem zgodnie z KPT oraz regułami prawa zwyczajowego. Gdy mowa o *specyfice trudności*, to stwierdzić wypada, że w samym cyklu można znaleźć bardzo niewiele informacji na ten temat i szczerze pisząc, powyższy brak informacji niezbyt zaskakuje: w istocie rzeczy decentralizacja będąca jedną z cech charakterystycznych tej części międzynarodowego prawa gospodarczego jest spowodowana w dużej mierze przez czynniki pozaprawne, w konsekwencji też trudno byłoby napisać na ten temat coś więcej w pracy *stricte* prawniczej. Co zaś się tyczy pytania Nr. 3 (*Czym jest i co zakłada zmiana paradygmatu w konkretnym dziale prawa międzynarodowego*), warto zwrócić już w tym miejscu uwagę na jego ewidentną dwojaką wadę konstrukcyjną: z jednej bowiem strony

⁶ Por. pkt. 4 Autoreferatu, (nr. grantu 2015/17/D/HS5/02555).

nie jest jasne, jak rozróżnić kwestię *czym jest* i od kwestii *co zakłada* zmiana paradygmatu⁷, z drugiej zaś od razu rzuca się w oczy zbyt szeroko sformułowany zakres przedmiotowy badań, który w sposób oczywisty rozmija się z treścią recenzowanego cyklu⁸.

Jak była o tym mowa wyżej, zdecydowana większość artykułów recenzowanego cyklu odnosi się do problematyki zmian w obowiązujących przepisach międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Jak twierdzi przy tym Habilitant, celem tych modyfikacji byłoby z jednej strony zastąpienie istniejącego systemu rozstrzygania sporów opierającego się o klasyczne rozwiązania arbitrażowe typu ISDS, systemem zdecydowanie bardziej zbliżonym do koncepcji sądownictwa międzynarodowego z drugiej zaś – na gruncie standardów materialnoprawnych – zawężenie uprawnień inwestora i wzmocnienie pozycji państwa w ewentualnych sporach przed arbitrażowymi trybunałami inwestycyjnymi. Jednocześnie autor cyklu sądzi, (i jest to bez wątpienia myśl przewodnia, która przewija się zarówno przez artykuł konkludujący, jak i tezy sformułowane w autoreferacie), że zmiany te mają charakter zmian fundamentalnych, gdyż dotyczących samego paradygmatu MPI. Pan Doktor Łukasz Kułaga twierdzi ponadto, że proces zmian, o których tu mowa, nawet jeśli jeszcze nie został zakończony, to z całą pewnością trwa i – jak wydaje się, że ma on wszelkie szanse zostać doprowadzony do końca. Jak zostanie to wykazane poniżej poglądy przedstawione przez Habilitanta - oceniając je *in toto* - nie są przekonywujące, sama zaś praca zawiera dużo rozlicznych mankamentów i usterek, które nie są dopuszczalne w pracy mającej być podstawą do nadania stopnia doktora habilitowanego.

Kłopoty zaczynają się już przy odpowiedzi na pytanie, na ile tytuł odpowiada treści artykułów składających się na całość recenzowanego cyklu. Dzieje się tak dlatego, gdyż dopiero w artykule konkludującym Habilitant postanowił odpowiedzieć na pytanie, co konkretnie rozumie pod pojęciami *paradygmatu*, oraz *zrównoważonego podejścia*, wreszcie – co niemniej istotne – na czym ma polegać *zmiana paradygmatu*. W dodatku uczynił to w sposób budzący bardzo poważne wątpliwości natury merytorycznej.

⁷ Jeśli bowiem przyjąć, (a taką interpretację sugerowałoby literalne brzmienie powyższego pytania), że w obydwu przypadkach mowa jest o *zmianie paradygmatu*, to należy przyjąć, że Habilitant w żadnym z artykułów recenzowanego cyklu nie wyjaśnił na czym rozróżnienie to miałoby polegać.

⁸ Trudno bowiem zakładać, że celem Habilitanta było omawianie zmiany paradygmatu w prawie międzynarodowym w ogóle – jak zdaje się sugerować literalne brzmienie w/w pytania. Niezależnie od tego, czy jednak od tego, jaka była jego intencja, recenzowany cykl traktuje wyłącznie od zmiany paradygmatu w obrębie MPI, a końcowe wyniki analizy w żadnym wypadku nie odnoszą się do prawa międzynarodowego publicznego *in toto*.

Prima facie mogłoby się wydawać, że dyskusja o tym, czym jest paradygmat w naukach prawnych jest po prostu stratą czasu, gdyż kwestia ta była szeroko opisywana w literaturze z zakresu teorii i filozofii nauki oraz prawa. Nic bardziej błędnego! Wiadomo bowiem, że T.S. Khun w swej głośnej pracy *The Structure of Scientific Revolutions* definiował paradygmat jako „ *pewne akceptowane wzory faktycznej praktyki naukowej – wzory obejmujące równocześnie prawa, teorie, zastosowania i wyposażenie techniczne – tworzą model, z którego wylania się jakaś szczególna zwarta tradycja badań naukowych*”⁹. Na podkreślenie zasługuje jednak, że autor ten nigdy nie traktował powyższej definicji jako jedynej dopuszczalnej¹⁰, a nie jest żadną tajemnicą, że przeniesienie tych poglądów na grunt nauk prawnych, okazało się zagadnieniem wysoce skomplikowanym. Dość przypomnieć często cytowaną, acz sarkastyczną, uwagę R. Sarkowicza, w świetle której pojęcie paradygmat bardzo często stanowi dla prawników swego rodzaju „*protezę pojęciową*” stosowaną tak długo, jak długo nie uda się wpracować pojęć bardziej precyzyjnych¹¹. Skądinąd zaś przegląd polskiego piśmiennictwa z zakresu nauk prawnych wskazywałby również i na to, że pojęcie to stosuje się przede wszystkim w odniesieniu do fundamentalnych zasad przenikających cały porządek prawa krajowego¹², albo też w odniesieniu do pewnych standardów metodologicznych¹³, czy też w kontekście badań nad teoretycznymi modelami prawa¹⁴. W nieco innym kontekście bywa ono również w dyskusjach na temat kluczowych zagadnień filozofii prawa¹⁵, czasem zaś odnosi się je do poszczególnych nurtów występujących na gruncie prawoznawstwa (pozytywizmu, naturalizmu, psychologizmu etc.)¹⁶. W podręcznikach

⁹ Cytat za wydaniem polskim tej pracy T. S. Khun, *Struktura rewolucji naukowych* Aletheia Warszawa 2009 str. 34. (przeł. H. Ostromęcka).

¹⁰ Jak wspomina o tym Ilona Przybojewska, *Sam Kuhn na kartach swojego dzieła niejednokrotnie w rozmaitych kontekstach przedstawia różne alternatywne definicje paradygmatu, powiększające tylko pojęciowy zamęt. Być może właśnie wspomniana niejednoznaczność powoduje, że termin „paradygmat” jest tak często używany*. Por. I. Przybojewska *O możliwości adaptacji koncepcji paradygmatu Thomasa Khuna do nauk prawnych na przykładzie prawa unijnego, jako szczególnego porządku prawnego* [w:] Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne, Nr 6 (1/2013)

¹¹ R. Sarkowicz, *Uwagi o współczesnej interpretacji prawniczej*, [w:] S. Wronkowska (red.) *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005 str. 17

¹² Por. przykładowo: Piotr Kantor-Kozdrowicki *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych* [w:] *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis* 2018, vol. 7 (1), 95

¹³ Por. przykładowo: Dawid van Kędzierski *metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych* [w:] „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2018, nr 3, s. 5 patrz także M. Olszewska *(Nie)zmiennność paradygmatu dogmatycznoprawnego w świetle tez postmodernistycznego feminizmu prawniczego*, [w:] *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis* 2021, vol. 10 (1), 58, która uznaje również metody egzegezy stosowanych w nauce prawa za posiadające charakter paradygmatyczny (id. str. 64)

¹⁴ Por np. Paweł Skuczyński: Wydawnictwo Lexis Nexis Warszawa 2010 str. 229.

¹⁵ Por. np. Jadwiga Potrzeszcz *Filozofia prawa Czesława Martyniaka w kontekście współczesnej dyskusji wokół paradygmatu niepozytywistycznej koncepcji prawa*. *Roczniki Nauk Prawnych*, Tom XX, nr. 2 str. 17

¹⁶ M. Walczak, *Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych*, „Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ. Nauki Społeczne” 2015, nr 10(1).

traktujących o poszczególnych gałęziach nauk prawnych, zwłaszcza zaś w podręcznikach prawa administracyjnego wspomina się stosunkowo często o wieloparadygmatyczności tej gałęzi prawa¹⁷. Z powyższego zestawienia wynika zatem dość jasno, że pojęcie paradygmatu używane bywa w nauce prawa w Polsce w bardzo różnych kontekstach, a w środowiskach teoretyków z reguły pamięta się również o zastrzeżeniu samego Kuhna, który wyraźnie pragnął ograniczyć zakres zaproponowanej przez siebie definicji wyłącznie do nauk ścisłych. W konsekwencji wśród prawników istnieje świadomość, że pojęcie *paradygmatu* należy stosować ostrożnie, z pełną świadomością istniejącego ryzyka pogłębienia panującego chaosu terminologicznego, które pojawi się praktycznie zawsze wówczas, gdy termin ten nie zostanie należycie wyjaśniony w tekście publikacji naukowej.

Pan Doktor Łukasz Kułaga, oczywiście zna definicję paradygmatu zaproponowaną przez Kuhna, lecz najwyraźniej się z nią nie zgadza. Argumentuje on, że pod pojęciem tym *nie muszą być rozumiane jedynie (...) podstawowe teoretyczne założenia tworzące zwartą doktrynę badawczą ale również (...) jako podstawowe założenia, typowe rozwiązania, czy standardowe mechanizmy charakterystyczne dla danego działu prawa międzynarodowego lub dla prawa międzynarodowego jako całości*¹⁸. (podkr. AG). Gdyby zatem zaakceptować propozycję Pana Doktora Łukasza Kułagi, wówczas należałoby przyjąć, że w obrębie MPI paradygmatyczny charakter miałby nie tylko minimalny standard traktowania cudzoziemców stanowiący jego rzeczywisty rdzeń, lecz także zdecydowana większość klauzul standardowo zawieranych w umowach typu MTI (tj. KNU, klauzula ekspropriacyjna, standard FET (określany przez Habilitanta polskim mianem *traktowanie sprawiedliwe i słusze*), klauzula ramowa, czy *last but not least* mechanizmy typu ISDS¹⁹. Idąc dalej tym tropem rozumowania, należałoby zatem przyjąć, że przekształcenia w/w klauzul, zwłaszcza gdyby miały one wystąpić w podobnych ramach czasowych i to nie w jednej, lecz wielu umowach typu MTI, pociągałyby za sobą zmianę zakresu paradygmatów MPI. Gdyby zaś przekształcenia te spełniły warunki, które habilitant opisał w skonstruowanym

¹⁷ Por. Piotr Przybysz *Instytucje prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer Warszawa 2020 str. 41; Patrz także Jacek Jagielski, Marek Wierzbowski *Prawo administracyjne dziś i jutro*, Wolters Kluwer Warszawa 2018 str. 552 (zwracając uwagę na przynajmniej dwa zasadnicze momenty zmiany obowiązujących paradygmatów, które znacząco wpłynęły zwłaszcza na zakres zadań administracji publicznej)

¹⁸ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. cit. 311

¹⁹ Z artykułu konkludującego zdaje się również wynikać, że w ocenie habilitanta także definicja inwestora i inwestycji miałyby wchodzić w zakres pojęcia MPI (por. Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. Cit. str. 306)

przez siebie pojęciu *zmiana paradygmatu*, wówczas – rzecz oczywista – następowałaby zmiana dotychczasowego paradygmatu MPI²⁰.

Tak szerokie ujęcie paradygmatu, które proponuje swym czytelnikom autor recenzowanego cyklu, nie budzi entuzjazmu recenzenta. Pomińmy w tym miejscu fundamentalne zagadnienie, czy w nauce prawa na poziomie wyodrębnionych subdziałów w ramach poszczególnych gałęzi jest w ogóle miejsce na jakiegokolwiek paradygmaty²¹ oraz wysoce chaotyczny styl rozważań dotyczących tej zasadniczej z punktu widzenia doktrynalnego kwestii. Podstawowy problem polega bowiem na tym, że definicja, jaką ostatecznie Habilitant przyjął na użytek swego cyklu, drastycznie i w sposób doktrynalnie nieusprawiedliwiony rozszerza zakres pojęcia *paradygmat*. W dodatku czyni to w sposób, który zagraża zasadniczym funkcjom, jakie w dotychczasowej nauce przypisywano paradygmatom, i które to funkcje – choć może bardziej pośrednio – sam Doktor Kułaga zdaje się akceptować na gruncie skonstruowanej przez siebie definicji. Recenzent jest bowiem przekonany, że to, co łączy klasyczną definicją Kuhna oraz definicję zaproponowaną w recenzowanym cyklu jest rola wzorcowa czy też – używając wprost terminologii użytej przez samego Habilitanta – właśnie rola standardu. Skoro tak, to w ocenie recenzenta, aby móc bez obaw o pomyłkę nadać paradygmatyczny charakter wszystkim wymienionym wyżej klauzulom, musiałyby one odzwierciedlać jakiś jeden ogólnie przyjęty wzorzec spotykany jeśli nie we wszystkich, to przynajmniej w znacznej większości umów typu MTI zawartych w skali światowej. Choć umowy te na ogół konstruowane są według dość podobnego wzorca, to jednak praktyka obrotu wykazywała w tej materii dość daleko idące różnice, wskutek czego nie przyczyniły się one do wykształcenia zbyt wielu norm zwyczajowych. Powyższa konstatacja powinna zatem studzić zapał przed włączaniem wymienionych wyżej klauzul w zakres pojęcia „paradygmat MPI”. Skoro bowiem paradygmat ma być dostarczyć pewnego wzorca, to warunek ten nie może być spełniony wówczas, gdy pomiędzy poszczególnymi klauzulami występują – niekiedy bardzo daleko idące – odmienności.

Nie zależnie od tego, przeciwko koncepcji Habilitanta świadczy również przysłowiowy „zdrowy rozsądek”. Gdyby bowiem przyjąć, że wszystkie wymienione wyżej klauzule miały by być objęte zakresem paradygmatu, wówczas należałoby postawić pytanie odwrotne: które klauzule występujące

²⁰ O problemach dotyczących poglądach Habilitanta na problem „zmiany paradygmatu” będzie mowa na dalszych stronach niniejszej recenzji.

²¹ W świetle obowiązującej klasyfikacji nauki prawne są dyscypliną w dziedzinie nauk społecznych. W obrębie nauk prawnych w ramach szeroko rozumianej dogmatyki tradycyjnie wyodrębniano naukę prawa międzynarodowego (internacjonalistykę), którego częścią jest dział znany jako międzynarodowe prawo gospodarcze, którego częścią (subdziałem) jest międzynarodowe prawo inwestycyjne.

standardowo w każdym MTI nie byłyby paradygmatem międzynarodowego prawa inwestycyjnego? Być może byłyby to klauzula transferowa, być może klauzula ochrony i bezpieczeństwa, może jeszcze arbitraż pomiędzy państwami: ale czy coś jeszcze? Wydaje się, że przyjmując „za dobrą monetę” poglądy Habilitanta na paradygmat odpowiedź na powyższe pytanie musiałaby być przecząca. W praktyce oznaczałoby tyle, że w przeciwieństwie do innych subdziałów prawa międzynarodowego, a także innych gałęzi prawa (prawa cywilnego, karnego czy administracyjnego) MPI stanowiłoby swoisty fenomen, gdyż zdecydowana większość jego reguł (zwłaszcza gdy mowa o standardach materialnoprawnych) wykazywałaby paradygmatyczny charakter albo byłaby po prostu paradygmatem.

Rzecz jasna powyższe uwagi, choć krytyczne, nie odbierają habilitantowi prawa „postawienia na swoim”. Z teoretycznego punktu widzenia właśnie przez brak wyraźnie zarysowanych konturów, pojęcie paradygmatu pozostawia naukowcom pewne pole do interpretacji, czy też wręcz inwencyjności. Ale swoboda ta nie może jednak iść tak daleko, by bez starannego uzasadnienia na gruncie doktrynalnym zezwalać na arbitralne przypisanie określonym pojęciom znaczeń innych niż te, które są już stosowane w literaturze. Tymczasem sposób, w jaki z tej swobody skorzystał autor recenzowanego cyklu daje asumpt do formułowania kolejnych zarzutów odnośnie poprawności zaproponowanej przezeń definicji. Po pierwsze, nawet gdyby przyjąć, że nadanie paradygmatycznego charakteru poszczególnym klauzulom z reguły występującym na gruncie MTI jest zabiegiem sensownym, to pozostaje niejasne dlaczego Pan Doktor Łukasz Kułaga wyselekcjonował jedynie niektóre z nich, a inne (zwłaszcza klauzulę transferową) pozostawił poza zakresem swojej definicji paradygmatu. Recenzent nie widzi uzasadnienia dla powyższego *criterium divisionis*, a co za tym idzie zarzut arbitralności należy uznać niestety za zasadny. Po drugie zaś, publikacje cytowane jako podparcie teoretyczne dla poglądów habilitanta na konstrukcję paradygmatu nie dość, że są już dość „zaawansowane w latach”²², to dodatkowo nie dostarczają mocnych argumentów na rzecz jego propozycji. W istocie rzeczy nie ma w nich w ogóle mowy o paradygmacie w nauce prawa, lecz o transformacji prawa międzynarodowego, względnie Wspólnot Europejskich. Tymczasem transformacja danego działu prawa - nawet tak głęboka, jak to miało miejsce na przełomie XX i XXI wieku - wcale niekoniecznie musi wiązać się ze zmianą jego paradygmatów i powyższa uwaga dotyczy również procesów analizowanych w recenzowanym cyklu.

²² Por. Artykuł konkludujący str. 308 przypis 108, w których cytowane są artykuły Josepha A. Weilera oraz Philippe’a Sandsa odpowiednio z 1991 i 2005 roku.

Niezależnie jednak od tego, czy zgodzimy się z definicją *paradygmatu* zaproponowaną przez habilitanta, czy też nie, odrębny problem stanowi odpowiedź na pytanie, czy opisane przez habilitanta przekształcenia zachodzące w MPI spełniają przyjęte przez niego kryteria *zmiany paradygmatu*. W praktyce oznacza to, że, aby odpowiedzieć na powyższe pytanie, ponownie musimy rozpocząć naszą analizę od wyjaśnienia, co konkretnie Habilitant rozumie pod pojęciem „zmiany paradygmatu”. Dopiero po wyjaśnieniu tej kwestii będzie można spróbować ocenić czy zebrany przez niego materiał uzasadnia tezę, iż już teraz istnieją wystarczająco solidne podstawy naukowe na poziomie teoretycznym i praktycznym dla wysnucia wniosków, że do takiej zmiany może dojść w przyszłości.

W języku polskim najpóźniej od czasów Witolda Doroszewskiego pod pojęciem zmiany rozumiano albo *fakt, że jakaś rzecz, istota, cecha jakiejś rzeczy lub istoty, stała się, staje się inna niż dotychczas* względnie też jako synonim zamiany lub wymiany *czegoś na coś innego*²³. Pisząc wprost: w języku polskim, w zależności od kontekstu, *zmiana* może oznaczać tyleż ewolucję co i rewolucję, a więc zmiany o charakterze fundamentalnym, właściwie zrywające ze *status quo ante*²⁴. Odnosząc powyższe dwojakie znaczenia słowa „zmiana” do poglądów Habilitanta trudno oprzeć się wrażeniu, iż pisząc pierwszych 9 artykułów swego cyklu rozumiał on to pojęcie bardziej w duchu stopniowej ewolucji norm MPI²⁵, aniżeli zmian fundamentalnych, które uzasadniałyby tezę o *zmianie paradygmatu*²⁶. Natomiast w artykule konkludującym Habilitant postanowił wyraźnie zradyzalizować swój pogląd, niedwuznacznie sugerując, że z obserwowane przekształcenia trzeba - *hic et nunc* – postrzegać w kategoriach zapowiedzi „zmian fundamentalnych” a zatem bardziej w kategoriach zerwania z zastaną tradycją MPI, aniżeli jej przekształceń czy też adaptacji do zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej i politycznej. W konsekwencji

²³ SJP pod red. W. Doroszewskiego W-wa 1958 – 1962.

²⁴ Na podkreślenie zasługuje przy tym, że, powyższe dwojakie rozumienie słowa *zmiana* pokrywa się z intuicją językową w także innych językach, w tym również rozumieniem słowa *change* w języku angielskim

²⁵ Na rzecz powyższej tezy świadczyć może choćby fakt, iż jeszcze w 2019 roku formułując swoje poglądy o zachodzących przekształceniach w języku angielskim Habilitant dość konsekwentnie używał sformułowania *paradigm shift*. (por. Ł. Kułaga *A brave, new, international investment court in context towards a paradigm shift* (podkr. AG) *of the ISDS* [w:] XXXVIII PYIL, 2018 p. 115. Analogicznie pojęcie *shift* zostało użyte w tłumaczeniu wskazanego wyżej projektu NCN (por. Ł. Kułaga *ISDS during a period of transformation, favoring domestic courts and selective judicialization of USMCA* [w:] TDM 17 (March 2020) 4 str. 1 przypis 1).

²⁶ Na podkreślenie zasługuje przy tym, że stanowisko Habilitanta w tej materii również nie jest jasne. Z jednej bowiem strony - jak wskazano wyżej - używa on sformułowania *paradigm shift*. W rezultacie zatem gdyby sformułowanie to rozumieć dosłownie, to – zgodnie ze słownikiem Collinsa, - należałoby przyjąć, że zmiany, o których mowa w recenzowanym cyklu nie są duże, lub wręcz, że są one nieznaczne. Z drugiej zaś strony nie sposób zapomnieć, że w amerykańskiej odmianie języka angielskiego słowo *shift* oznacza po prostu zmianę. Skądinąd zaś sam T.S. Kunz gdy używał sformułowania *paradigm shift*, wówczas z reguły odnosił je do zmian poważnych lub zgoła fundamentalnych. Tak czy inaczej w recenzowanym cyklu autor nie podejmuje żadnych prób, aby wyjaśnić czytelnikowi w jaki sposób należy rozumieć używane przezeń sformułowanie *paradigm shift*.

wedle jego własnych słów - *zmiana paradygmatu*, to (...) przyjęcie w określonym dziale prawa międzynarodowego **fundamentalnie nowego modelu normatywnego** (podkr. AG), istotnie odmiennego od dotychczasowego od dotychczasowych rozwiązań na skutek zaistnienia nowych uwarunkowań społecznych, politycznych czy ekonomicznych wobec zasadniczego kryzysu dotychczasowych rozwiązań²⁷.

Skoro zatem ostatecznie udało się ustalić, co konkretnie Habilitant rozumie pod pojęciem *zmiany paradygmatu*, to w tym miejscu można przejść do drugiego etapu analizy i udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zebrany przezeń materiał oraz procesy opisane w artykułach recenzowanego cyklu upoważniają do twierdzeń, że warunki zmiany (tak jak je rozumie autor cyklu) zostały spełnione. Z powodów, o których niżej, na powyższe pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Na gruncie ściśle metodologicznym zasadniczy sprzeciw recenzenta budzi dość arbitralny wybór MTI, które Habilitant poddał analizie. Być może przyjął on, iż praktyka traktatowa UE, skorelowana z UMCSA, do której dorzuci się kilkanaście umów bilateralnych zawieranych przez Brazylię, RPA, czy (w daleko mniejszym stopniu) Indie, będzie próbą wystarczającą dla obrony stanowiska, jakie zawarł w swych konkluzjach. Niezależnie jednak od tego, czy powyższe przypuszczenia są prawdziwe, czy też nie – pozostaje poza sporem, że umowy, które poddano analizie w recenzowanym cyklu są dobrane tyleż arbitralnie (praktyka ChRL jest w recenzowanym cyklu praktycznie całkowicie pominięta), to na dodatek pobrana próba jest pod względem ilościowym zbyt szczupła, by w oparciu o wyniki tak przeprowadzonej analizy głosić tezy o *zmianie paradygmatu*, która w dodatku miałaby zachodzić w obrębie całego MPI. Dla jasności warto również stwierdzić, że powyższe zarzuty natury metodologicznej nie są w żadnym wypadku sformułowane *in abstracto*: Jak to zostanie wykazane poniżej, to właśnie wąska baza źródłowa stała się jedną z przyczyn, dla których konkluzje autora zasługują na ocenę krytyczną ze wszystkimi stąd płynącymi konsekwencjami dla oceny całego cyklu.

Co ciekawe: uważna lektura wywodów Habilitanta zawartych w artykule konkludującym wskazywałaby na to, że zdaje on sobie sprawę, iż udzielenie odpowiedzi potwierdzającej jednoznacznie tezę o zachodzącej zmianie paradygmatu może być co najmniej trudne. Mimo to utrzymuje on, że taka zmiana albo już nastąpiła, albo też następuje. W jego ocenie, *choć podstawowa funkcja MPI nie uległa zmianie, to szczegółowe cele i środki podlegają fundamentalnym przekształceniom. Uprawnienia inwestora zagranicznego*

²⁷ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...*op. Cit. Str. 295

przestają być jedynym i najważniejszym wzorcem, wobec którego zachowania państw mają być mierzone. Uprawnienia te zostają wpisane w szerszy kontekst zrównoważonego rozwoju (w tej perspektywie obejmujący prawo państwa do regulacji). W rezultacie uprawnienia inwestora uzyskują znacznie bardziej zrelatywizowany, doprecyzowany i ograniczony charakter²⁸. Następnie, zestawiając ze sobą postanowienia TKE oraz umowy UE z Singapurem z 2018 habilitant stwierdza także, że występują między nimi zasadnicze różnice. *Choć cel jest ten sam – ochrona inwestycji zagranicznych - to środki dla jej osiągnięcia są albo znacząco bardziej doprecyzowane albo zupełnie nowe przy równoczesnym zarysowaniu drugiego konkurencyjnego celu (...) jakim jest zapewnienie poszanowania dla takich wartości jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska, moralności publicznej, ochrona socjalna lub ochrona konsumenta lub promowanie różnorodności kulturowej*²⁹.

Pomijając problem „zrównoważonego rozwoju”, w którego kontekst – jak twierdzi Habilitant - miałby być wpisany proces przemian MPI opisany w recenzowanym cyklu³⁰ - powyższe wywody nie są przekonujące z kilku niezależnych od siebie powodów.

Po pierwsze, *doprecyzowanie, ograniczenie*, a choćby i nawet *zrelatywizowanie uprawnień inwestora* nie może być uznane za zmianę spełniającą kryteria zmiany, które sformułował on sam w artykule konkludującym. Ponadto, w kontekście wcześniejszych uwag dotyczących samego pojęcia *paradygmat*, wydaje się oczywiste, że zmiany tego typu, w gruncie rzeczy odpowiadające pojęciu *shift* w rozumieniu, jakie nadaje mu brytyjska odmiana języka angielskiego i tak nie miałyby wystarczająco mocnego potencjału by zmienić paradygmaty MPI, (zakładając, że – o czym była mowa wyżej - że w ogóle istnieją one na poziomie subdziałów poszczególnych działów w obrębie nauk prawnych).

Po drugie: skoro – jak to wynika wprost z przytoczonego tekstu - Habilitant zgadza się z tezą, że podstawowy cel, a zarazem funkcja MPI nawet po opisywanych przez niego zmianach pozostaje bez zmian, (a jest nią ochrona inwestycji podmiotu zagranicznego³¹, to w ocenie recenzenta należy przyjąć, że również domniemany paradygmat tego subdziału pozostał bez zmian. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, gdyż od zarania dziejów MPI zakres uprawnień

²⁸ Id. str. 307 i nast.

²⁹ Id. str. 308.

³⁰ Na ten temat formułuję dalsze uwagi na stronach niniejszej recenzji.

³¹ Na podkreślenie zasługuje przy tym, że powyższy cel, a zarazem funkcja MPI przez niektórych autorów rzeczywiście bywa traktowany w kategoriach paradygmatu. (por. R. Dolzer. Ch. Schreuer *Principles of International Investment Law* OUP 2nd 2012 p. 1)

przysługujących inwestorom był (i nadal jest) zmienny w czasie i przestrzeni³². Z historii wiadomo, że w internacjonalistyce najpóźniej od drugiej połowy XIX wieku toczyła się ostra debata na temat zakresu minimalnego standardu traktowania (ang. MST). W konsekwencji, w zależności od tego, czy władze państwa, na terytorium którego zlokalizowano inwestycję, składały się ze zwolenników doktryny Calvo, czy też wychodziły z założenia, że minimalny standard traktowania cudzoziemców jest normą autonomiczną, niezależną od statusu obywateli takiego państwa, cudzoziemiec/inwestor zagraniczny był traktowany podług standardów wysoce odmiennych. Samo pojawienie się nowoczesnego BIT również nie przyczyniło się do ujednolicenia praktyki państw w tej materii, gdyż poziom ochrony, jaki jest na ich mocy przyznawany inwestorom był (i nadal jest) wysoce zróżnicowany. W rezultacie pojawienie się nowej generacji umów dwustronnych, które wyraźnie stwierdzają, że przepisy chroniące określone kategorie interesu publicznego co do zasady nie mogą być uznane za sprzeczne z umową typu BIT, względnie też nie zawierają rozwiązań typu ISDS - nie wpływają w niczym na cele i funkcje MPI, które cały czas pozostają niezmiennie.

Po trzecie i być może najważniejsze: wbrew temu, co twierdzi Habilitant, nawet najbardziej otwarte na tendencje proreformatorskiej MTI nie stawiają sobie za *konkurencyjny cel (...) zapewnienie poszanowania dla takich wartości jak ochrona zdrowia publicznego, bezpieczeństwa, środowiska, moralności publicznej, ochrona socjalna lub ochrona konsumenta lub promowanie różnorodności kulturowej*. Jeżeli bowiem niektóre z MTI rzeczywiście uwzględniają problem potencjalnego konfliktu pomiędzy inwestorem, a państwem lokalizacji inwestycji na tle szeroko rozumianej polityki regulacyjnej, to nie oznacza to bynajmniej, że ich przepisy statuują jakieś *konkurencyjne cele*, które jakoby państwa strony zamierzałyby osiągnąć. W szczególności, w żadnym wypadku **nie jest ich zamiarem przyznanie** sobie wzajemnie prawa do prowadzenia polityki regulacyjnej w tej czy innej dziedzinie (ochrony zdrowia, ochrony środowiska, w zakresie prawa pracy i tp.) W istocie rzeczy jedyny wniosek, jaki wypływa z treści zobowiązań, o których nadmieniam w cytowanym fragmencie Habilitant, sprowadza się do **potwierdzenia** prawa państwa lokalizacji inwestycji do wydawania przepisów w określonych obszarach w ramach prowadzonej przez nie polityki regulacyjnej³³. Jak wiadomo jednak

³² Na marginesie trzeba zauważyć, że Pan Doktor Łukasz Kułaga zdaje się naprawdę sądzić, iż początki rozwoju MPI można datować na okres po 1959, a więc od daty zawarcia pierwszej w historii umowy dwustronnej typu BIT między Niemcami a Pakistanem. (Patrz autoreferat). Recenzent czuje się w obowiązku podkreślić, że jest to pogląd zasadniczo błędny.

³³ Por. przykładowo art. 3 *in principle* kanadyjskiej umowy modelowej z 2021, który stwierdza: *The Parties reaffirm the right of each Party to regulate within its territory...* (podkr. AG). Nieco inaczej formułuje to zagadnienie niedawno zawarta umowa BIT między Turcją i Kazachstanem, która w art. 5 ust. 1 *in principle*

prawo do ustanawiania przepisów państwa na swoim terytorium wynika wprost z zasady suwerenności państwa sprawowanej nad jego terytorium, względnie też – przyjmując bardziej anglosaski punkt widzenia – jest częścią szeroko rozumianej jurysdykcji. W obydwu przypadkach prawo to nie ma żadnego związku treściowego z prawami, jakie nadaje inwestorom oraz państwom MPI. W konsekwencji właśnie dlatego, że odwołania zawarte w nowej generacji MTI wyłącznie doprecyzowują uprawnienia, z których korzystają inwestorzy, a jednocześnie nie nakładają na nich żadnych obowiązków w tej materii trudno przyjąć tezę autora cyklu o jakiś konkurencyjnych celach, czy tym bardziej zmianie paradygmatu. Gdyby w przyszłości w MPI rzeczywiście pojawiły się obowiązki ciążące na inwestorach, wówczas teza o zmianie paradygmatu w MPI zyskałaby lepsze zakotwiczenie w materiale normatywnym. Jak dotąd jednak – nic podobnego nie nastąpiło³⁴.

Na obronę Pana Doktora Kułagi możnaby teoretycznie przywołać ten fragment jego konkluzji, w którym twierdzi on, że o zasadniczości i fundamentalnym charakterze zachodzących zmian miałyby decydować *ich skala* oraz *zasadniczo kompleksowy charakter*³⁵. Jak zostanie to wykazane poniżej, nie da się dowieść ani jednego, ani drugiego.

Gdyby rzeczywiście potraktować serio zaproponowane przez Habilitanta kryterium skali, wówczas ponownie pojawi się problem, czy zakres wykonanych badań pozwala na wyciągnięcie aż tak daleko idących konkluzji (tj. wniosków, w świetle których przedstawione w cyklu zmiany w obowiązujących traktatach z zakresu MPI są na tyle częste, że można je postrzegać jako dominujący trend przemian w obowiązujących przepisach tej części międzynarodowego prawa gospodarczego). Aby jednak dowiedzieć się czegoś więcej o rzeczywistym zakresie zachodzących przemian należałoby – jako wymóg minimum – zebrać dane o rozwiązaniach przyjętych w MTI zawartych w ciągu ostatnich 15 lat, następnie podzielić je na umowy obowiązujące i

stwierdza, iż *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining, or enforcing any non-discriminatory legal measures*.. Zważywszy jednak na postanowienia preambuły nie wydaje się, aby za powyższymi różnicami natury leksykalnej kryła się jakakolwiek jakościowa różnica. Z kolei BIT marokańsko-japoński z 2020 w ostatnim akapicie preambuły wyraźnie określa prawa państwa do regulacji w wymienionych w nim dziedzinach jako prawo przyrodzone (w oryginale - *inherent*) Powyższych przykładów można byłoby mnożyć.

³⁴ Na zasadzie odstępstwa od tej reguły należy odnotować Protokół w sprawie współpracy i ułatwiania inwestycji w państwach grupy Mercosour z 2017 roku, którego art. 13 i 14 wyraźnie stypulują obowiązki, których adresatami nie są państwa lecz właśnie inwestycje zagraniczne. Z uwagi jednak na fakt, iż Protokół ten posiada wyraźnie ograniczony zakres podmiotowy, trudno uznać go za dowód na jakikolwiek przełom w obrębie paradygmatów MPI. W ocenie recenzenta w żadnym wypadku o zmianie paradygmatu nie świadczą również przepisy, które nakładają na rządy obowiązek zachęcania inwestorów do przestrzegania określonego zestawu reguł z zakresu odpowiedzialności korporacyjnej (por. przykładowo art. 16 ust. 3 cytowanej wyżej kanadyjskiej umowy modelowej).

³⁵ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. Cit. Str. 307.

umowy oczekujące na wejście w życie, a następnie – w obrębie tak skonstruowanych parametrów wyjściowych - poddać szczegółowej analizie przepisy, świadczące na rzecz tezy o zmianie paradygmatu w *kierunku zrównoważonego podejścia*. Przedstawienie sumarycznych rezultatów w formie prostej tabeli nie stanowiłoby żadnego problemu, a byłoby ono potrzebne choćby po to, aby móc wykazać, że – zgodnie z przekonaniem autora – kryterium ilościowe zostało rzeczywiście spełnione. Niestety, takiej tabeli – w recenzowanym cyklu nie zamieszczono, a dodatkowo wąska baza źródłowa przyjęta za podstawę dla formułowania wniosków końcowych, nakazuje przyjąć, że Habilitant argumentu odwołującego się do tego kryterium - po prostu nie udowodnił.

Na podkreślenie zasługuje przy tym, że – z powodów, o których mowa niżej – wydaje się mocno wątpliwe, czy na gruncie teorii MPI zmiany, o których mowa w konkluzjach recenzowanego cyklu, mogłyby w ogóle nastąpić. Udzielenie odpowiedzi pozytywnej wymagałoby bowiem przyjęcia założenia, że przekształcenia w *kierunku zrównoważonego podejścia*, leżałyby w interesie zdecydowanej większości państw współczesnego świata. Tymczasem, gdy spojrzeć na rozwój MPI w szerszej perspektywie historycznej, wówczas okaże się, że jest ono tą częścią międzynarodowego prawa gospodarczego, w której od zarania dziejów ścierały się interesy eksporterów i importerów kapitału. Nie jest przy tym specjalną tajemnicą, że role eksportera i importera kapitału nie są przypisane określonym państwom „raz na zawsze”. Lapidarnie rzecz ujmując „wczorajsi importerzy” stają się „eksporterami”, a ekspansja dawnych eksporterów, z biegiem czasu słabnie, a wraz z tymi zmianami zmienia się również ocena decydentów aktualnego stanu przepisów MPI. W rezultacie międzynarodowe prawo inwestycyjne, znajdując się w stanie permanentnych zmian (ang. *constant flux*), praktycznie od zawsze skazane jest na odzwierciedlenie w swojej treści tendencji, które często są po prostu przeciwstawne.

Powyższa konstatacja niesie ze sobą dla oceny konkluzji Habilitanta wcale ważne konsekwencje. Jak sugeruje bowiem tytuł, teza konkluzji oraz autoreferat³⁶ - *zmiana paradygmatu* mająca zmierzać w *kierunku zrównoważonego podejścia*, już teraz miała osiągnąć odpowiednią skalę. Wychodząc z powyższych założeń Habilitant twierdzi, że o ile konstrukcja i treść umów zawieranych na przełomie stuleci ukształtowana została pod wpływem założeń doktrynalnych ortodoksyjnego liberalizmu ekonomicznego (odzwierciedlonego zwłaszcza w konsensusie waszyngtońskim), o tyle umowy

³⁶ Por. pkt. 4 Autoreferatu część „Wprowadzenie” *in fine*.

zawierane na przestrzeni ostatnich 15 lat (a przynajmniej ich zdecydowana większość) odzwierciedlają nowoczesne trendy zbiorczo określane mianem *zrównoważonego podejścia*. Nie sposób jednak nie dostrzec, że zmiany te bynajmniej nie są korzystne dla eksporterów kapitału, gdyż albo ograniczają one zakres ich praw, albo też wręcz zmierzają do eliminacji obecnego systemu rozstrzygania sporów bazującego na klasycznym schemacie ISDS. Wynika stąd, że o ile państwa, które są importerami kapitału mogą być rzeczywiście zainteresowane reformą obowiązujących przepisów MPI, (a w konsekwencji mogą mieć żywotny interes, by poprzeć zmiany o których mowa w recenzowanym cyklu), o tyle państwa eksportujące kapitał –będą raczej zainteresowane w obronie *status quo*, a w konsekwencji odniosą się do tych innowacji ze zdecydowanie większą rezerwą.

Zatem ogólny wniosek, jaki wynika z powyższych uwag sprowadza się więc do tezy, że wbrew nadziejom Habilitanta w obecnych realiach pozaprawnych postulowany przez niego efekt skali zmian w MPI bez mała z definicji nie może osiągnąć takich rozmiarów by osiągnąć rezultat zmiany paradygmatu. Nie jest to możliwe, gdyż decentralizacja tej specyficznej części międzynarodowego prawa gospodarczego, nie jest jakimś przypadkowym zbiegiem okoliczności, lecz jest spowodowana m.in. sprzecznością interesów państw stron MTI. W konsekwencji MPI jest poniekąd skazane na swoistą polifoniczność, by nie rzec – kakofonię, gdyż obok nurtu odzwierciedlającego założenia doktrynalne *zrównoważonego podejścia*, wzmiankowanego w tytule recenzowanego cyklu, zawsze będzie istniał równolegle nurt *status quo ante*, bazujący na rozwiązaniach wypracowanych pod wpływem liberalizmu ekonomicznego. Nie trudno przy tym dostrzec, że ów zachowawczy nurt, odporny na nowe tendencje i innowacyjność, pełni rolę czynnika, który znosząc pozytywne impulsy płynące ze zmian zaobserwowanych przez habilitanta, nie tyle skutecznie hamuje, ile raczej paraliżuje krystalizowanie się nowego kształtu MPI, o którym pisze Habilitant w konkluzjach swojego cyklu.

Tytułem ilustracji, jako dowód na prawdziwość powyższych twierdzeń, warto wskazać na praktykę ChRL, której poświęcono stosunkowo niewiele miejsca. Jak wiadomo zawarta w 1988 z PRL umowa w sprawie wzajemnego popierania i ochrony inwestycji³⁷ w sporach inwestorów z państwem lokalizacji inwestycji dopuszczała wyłącznie możliwość zaskarżenia „wysokości odszkodowania” uzyskanego za wywłaszczony majątek³⁸. Nie jest również żadną tajemnicą, iż

³⁷ Dz. U. 1989 Nr. 13 poz. 67

³⁸ Por. art. 10 tej umowy. Na marginesie warto dodać, że podobne sformułowania zawierała przeważająca większość umów BIT, zawieranych przez ChRL od połowy lat 80tych do początku lat 90tych (por. przykładowo art. 8 ust. 3 chińsko – duńskiego BIT, czy też art. 13 chińsko- japońskiego BIT z 1988, albo też art. 10 chińsko- węgierskiego BIT.

jeszcze u progu lat 90tych Chiny nie były stroną Konwencji Waszyngtońskiej z 1965³⁹. Tymczasem w późniejszych latach praktyka „Państwa Środka” wyraźnie ewoluowała w kierunku zawierania MTI, które (stopniowo lecz wyraźnie) nie tylko że nie ograniczały, lecz wręcz rozszerzały zakres ochrony inwestorów zagranicznych. W szczególności należy podkreślić, że zawarte ostatnio przez ChRL umowy BIT w niczym nie potwierdzają tezy o *całkowitej rezygnacji z dotychczasowego arbitrażu inwestorów zagranicznych przeciwko państwu*, który to trend – jak twierdzi w artykule konkludującym Pan Doktor Łukasz Kułaga – miałyby się stać bez mała cechą charakterystyczną głównego kierunku rozwoju MPI w czasach nam współczesnych⁴⁰. Tezy tej nie potwierdza również ani szcążkowa w tej materii praktyka Indii⁴¹, ani też Federacji Rosyjskiej⁴², nie potwierdzają jej również BITy zawierane przez Japonię⁴³, czy Turcję⁴⁴. Nie potwierdzają jej również umowy modelowe USA⁴⁵, Kanady⁴⁶, Federacji Rosyjskiej⁴⁷, Unii Ekonomicznej Belgii i Luksemburga⁴⁸ czy Republiki Czeskiej⁴⁹. W rezultacie, poza przypadkami niektórych umów zawieranych przez UE (np. CETA) w aktualnym stanie prawnym byłoby niezwykle trudno wskazać w MPI jakiekolwiek inne umowy przewidujące *expressis verbis* powołanie stałego sądu, który z woli państw-stron miałyby zastąpić dotychczasowe rozwiązania w zakresie rozstrzygania sporów bazujące

³⁹ Do Konwencji tej ChRL przystąpiła w 1993.

⁴⁰ Por Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. Cit. str. 311. W tym kontekście por art. 9 Turecko Chiński BIT z 2020. Umowa ta, choć wprowadza pewne ograniczenia odnośnie temporalnego i przedmiotowego zakresu sporu, to jednak nie są one zbyt daleko idące. W konsekwencji arbitrzy, o ile spór zostałby im rzeczywiście przekazany do rozstrzygnięcia przez inwestora jednej z umawiających się stron, dysponowaliby nadal bardzo szerokim zakresem swobody, który niewiele różniłby się od zakresu, jakim dysponują arbitrzy rozstrzygający spór w oparciu o klasyczne formuły klauzuli arbitrażowej. W tej samej umowie próżno szukać jakichkolwiek śladów zasady wyczerpania krajowych środków odwoławczych. Chociaż prawdą jest, że praktyka CHRL nie jest pod tym względem jednolita, to – jak dotąd – nie odnotowano żadnego przypadku, by umowa typu BIT zawarta przez Chiny nakazywała inwestorowi wykorzystać wszystkie środki, jakie przewiduje system prawny obowiązujący w państwie lokalizacji inwestycji, zanim spór zostanie przekazany arbitrażowym trybunałom inwestycyjnym. (por. postanowienie art. 5 Protokołu do Porozumienia w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji pomiędzy Szwajcarską Radą Federalną a Rządem Chińskiej Republiki Ludowej oraz art. 12 umowy ChRL z Uzbekistanem (2012)).

⁴¹ Dość przypomnieć, że w zawartej w 2013 roku umowie typu BIT między Indiami a ZEA, art.10 (pomijając drobne zmiany dotyczące głównie okresu prekluzji roszczeń inwestorskich) pozostawił bez zmian klasyczną klauzulę arbitrażową. Podobnie też por. Umowę Indii z państwami ASEAN (por. Art. 20 Porozumienia w sprawie inwestycji w ramach Porozumienia Ramowego o Kompleksowej Współpracy Ekonomicznej między ASEAN i Indiami (*Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India*)).

⁴² Por. przykładowo art. 9 rosyjsko – irańskiego BIT z 2015 roku.

⁴³ Por. art. 17 umowy Japonii z ZEA z 2018, art. 15 umowy Japonii z Omanem z 2015, art. 16 umowy Japonii z Marokiem z 2020.

⁴⁴ Por. art. 10 umowy Turcji z Uzbekistanem z 2018.

⁴⁵ Por. Seccion B (art. Art 23 -30) of the US Model BIT 2012;

⁴⁶ Por. Seccion E i F (art. art. 24 – 53) of the Canada Model BIT 2021.

⁴⁷ Por. Part V (art. art. 38 – 53) of the Russian Federation Model BIT 2016.

⁴⁸ Por. Chapter IV of Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT 2019.

⁴⁹ Por. art. 8 of the Czech Model BIT 2016

klasycznym arbitrażu inwestycyjnym. Umów modelowych BIT, przewidujących całkowitą rezygnację z klasycznych mechanizmów ISDS – również nie ma zbyt wiele, a z całą pewnością w chwili obecnej jest ich mniej, aniżeli nowych umów modelowych przyjmujących rozwiązania typu *ad hoc* jako podstawowy mechanizm rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem lokalizacji inwestycji. Powyższe rozważania prowadzą zatem do konkluzji, że - *de lege lata* - owe krytykowane (skądinąd bardzo często - słusznie) trybunały arbitrażowe nie utraciły swego znaczenia ani w teorii, ani w praktyce. Ponadto rozwiązania alternatywne doczekały się realizacji w praktyce wyłącznie na gruncie nielicznych traktatów, albo też (jak osławiony Międzynarodowy Trybunał Inwestycyjny, czy Europejski Trybunał Inwestycyjny) nie wyszły poza stadium mniej lub bardziej zaawansowanych projektów lub zgoła czystej spekulacji akademickiej. W konsekwencji efekt *skali*, na który Habilitant powołuje się w swoim cyklu jako na argument mający przemawiać na rzecz jego tezy o zmianie paradygmatu, nie jest argumentem przekonującym⁵⁰.

Nie jest również przekonująca teza o *zasadniczo kompleksowym charakterze* zachodzących zmian. Również i temu mankamentowi ocenianego cyklu – warto poświęcić nieco więcej uwagi.

Inaczej niż to ma miejsce w przypadku definicji paradygmatu, Habilitant nie przedstawia żadnych bliższych wyjaśnień dlaczego jego zdaniem zachodzące zmiany w MPI są *zasadniczo kompleksowe*. Przeglądając wcześniejsze artykuły recenzowanego cyklu oraz autoreferat, a następnie zestawiając wyrażone tam poglądy z treścią artykułu konkludującego można postawić hipotezę, że na rzecz

⁵⁰ Na obronę Habilitanta trzeba jednak wskazać, że – zgodnie z tym co pisze on w swoim artykule konkludującym – w ciągu ostatniej dekady znacząco wzrosła liczba MTI zawierających przepisy ograniczające zakres uprawnień inwestorów o charakterze materialnoprawnym. Prawdą jest również i to, że z roku na rok rośnie liczba umów *expressis verbis* wyłączających możliwość złożenia skargi w przypadku gdy wyłączenie inwestora ma charakter pośredni, lecz jest ono następstwem zastosowania przepisów państwa lokalizacji inwestycji wydanych w ramach prowadzonej polityki regulacyjnej w zakresie wyznaczonym przez konkretne postanowienie danego MTI. Problem w tym, że w braku dokładnych danych, które ewentualnie Habilitant musiałby przedstawić, trudno stwierdzić z całą pewnością, czy rzeczywiście umowy zawierające klauzule tego typu już dziś osiągnęły skalę, o której pisze on w swoich konkluzjach. Czy nam podoba się, czy też nie, także w dzisiejszej praktyce obrotu można wskazać przypadki umów typu BIT, które nie różnią się konstrukcyjnie od umów MTI, zawieranych na przełomie ubiegłego i obecnego stulecia. (por. np. BIT irańsko – nikaraguański z 2019). Gdyby jednak okazało się, że Habilitant ma w tym punkcie rację, to i tak nie można zapominać, że w poszczególnych umowach MTI elementy innowacyjne, o których mowa w recenzowanym cyklu, rozkładają się wysoce nierówno. Co więcej różnice w tej materii pojawiają się nie tylko w praktyce obrotu pomiędzy poszczególnymi państwami, lecz istnieją również w obrębie praktyki obrotu jednego i tego samego państwa. Tytułem ilustracji powyższego problemu warto zwrócić uwagę na stosunkowo nową praktykę Japonii. Jeśli umowa z Ukrainą z 2015 przewiduje wyłącznie ekscepcje w zakresie bezpieczeństwa, kwestii własności intelektualnej, czy też spraw podatkowych, (a w konsekwencji problematyka ochrony środowiska została w tej umowie w ogóle pominięta), o tyle umowa z Republiką Wybrzeża Kości Słoniowej z 2020 zawiera zdecydowanie mniej odniesień tego typu, a umowa z ZEA z 2018 posiada elementów innowacyjnych zdecydowanie więcej. Dlatego też powyższe różnice stopnia nasycenia poszczególnych umów rozwiązaniami innowacyjnymi nakazują podejść z dużą dozą ostrożności do argumentu skali zmian, na który powołuje się Habilitant w swoim artykule konkludującym.

tezy o domniemanej kompleksowości zmian ma świadczyć fakt, iż modyfikacje wprowadzane do MTI zawieranych w ciągu ostatniej dekady idą nie w jednym, lecz zasadniczo trzech kierunkach. Po pierwsze nowe MTI uwzględniają w większym stopniu problemy powstające na polityki regulacyjnej państwa lokalizacji oraz uprawnień inwestora. Po drugie – ich treść albo w ogóle nie zawiera niektórych klauzul spotykanych w wielu MTI zawieranych na przełomie XX i XXI wieku (np. klauzuli ramowej), albo też ich zakres zostaje zawężony (np. KNU). Po trzecie zaś umowy te albo nie przewidują w ogóle klasycznych mechanizmów dochodzenia roszczeń typu ISDS, albo też wprowadzają ograniczenia zakresu zastosowania klasycznej klauzuli arbitrażowej.

Jeśli powyższe domysły odnośnie *kompleksowego charakteru zmian* byłyby trafne, wówczas należałoby stwierdzić, iż tak rozumiana kompleksowość jest wyraźnie niepełna, gdyż praktycznie w ogóle nie obejmuje swoim zakresem niezwykle istotnego trendu, mającego na celu zespolenie czy też harmonizację przepisów MTI z pozostałymi przepisami prawa międzynarodowego *sensu largo*⁵¹. Przepisy te stanowią niezwykle ważny i ciekawy komponent umów MTI nowej generacji, nie jest zatem jasne, dlaczego habilitant poświęcił im tak mało uwagi. Niezależnie od tego, trudno mówić o kompleksowym charakterze zmian omawianych w recenzowanym cyklu skoro – jak zresztą sam Habilitant przyznaje – zmiany te nie następują skokowo, lecz stopniowo, a w dodatku – o czym była mowa wyżej – skala tych zmian pozostaje na gruncie poszczególnych MTI wysoce zróżnicowana.

Zasadniczy problem polega jednak na tym, że nawet te MTI, które zostały zawarte na przestrzeni ostatnich 15 lat i zawierają stosunkowo wiele elementów innowacyjnych (zwłaszcza tych potwierdzających uprawnienia państwa lokalizacji inwestycji do prowadzenia polityki regulacyjnej w określonym zakresie) często sformułowane są w sposób daleki od precyzji, czasem wręcz aksjologicznie niespójny, a w konsekwencji pozostawiający w dalszym ciągu bardzo duże pole manewru dla arbitrów rozstrzygających spór między państwem lokalizacji inwestycji a samym inwestorem.

⁵¹ Najbardziej jaskrawym przejawem takich tendencji są postanowienia znane m.in. z praktyki japońskiej, które zwykle stanowią co następuje: *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures: (...) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.* (W ten sposób m.in. umowa BIT między Japonią, a Iranem z 2016 (art. 13 ust. 2 (b)), a Ukrainą z 2015 (art. 19 ust. 1 (b)), W podobnym duchu umowa BIT między Iranem a Singapurem z 2016 (por. art. 14 (d)) czy umowa BIT między Turcją a Kazachstanem (art. 5 ust. 2 (c)). Na podkreślenie zasługuje jednak, że wspomniana harmonizacja obejmuje swoim zakresem nie tylko KNZ, ale również przepisy międzynarodowego prawa podatkowego (por. np. art. 22 umowy BIT Japonii z ZEA), międzynarodowe prawo własności intelektualnej art. 21 ust. 2 i 3 tej samej umowy).

Tytułem przykładu warto zatem wskazać, że art. 5 amerykańskiej umowy modelowej z 2012, faktycznie nie odwołuje się w tytule wprost do klauzuli FET. Mimo to w swojej treści używa on nadal sformułowania *fair and equitable treatment*. Teoretycznie jasne odesłanie do standardu minimalnego wynikającego z obowiązującego prawa zwyczajowego, jako dla probierza oceny, czy standard, o którym mowa w art. 5, jest spełniony winno zabezpieczać przed zbyt szeroką interpretacją, którą mógłby ewentualnie przyjąć arbitrażowy trybunał inwestycyjny. Z uwagi jednak na podzielone opinie, jak dalece inwestor chroniony jest na mocy zwyczaju, można dość łatwo przewidzieć, że owo odesłanie z art. 5 ust. 2 stanowi klasyczny przykład *ignotum per ignotum*, a ostateczna treść wyroku będzie w dużej mierze zależeć od oceny superarbitra. Inny przykład takiej próby pogodzenia „wody z ogniem”, można znaleźć w art. 8 ust. 3 (c) tej samej umowy modelowej, w którym stwierdza się co następuje: ***Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment***, (podkr. AG) *paragraphs 1(b), (c), (f), and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty; (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources*. W konsekwencji nawet jeśli amerykańska umowa modelowa rzeczywiście doprecyzowuje zakres uprawnień, z których miałby korzystać inwestor, (a tym samym w większym stopniu bierze pod uwagę uprawnienia państwa lokalizacji inwestycji w zakresie polityki regulacyjnej), to z drugiej strony przyznając arbitrom prawo oceny tych środków, w praktyce w znacznej mierze niweluje potencjalną wartość praktyczną wprowadzonej innowacji. Na podkreślenie zasługuje przy tym, że pod tym względem amerykańska umowa modelowa nie jest odosobnionym przypadkiem. Cytowana wyżej umowa BIT między Iranem a Japonią, zawiera dokładnie takie same postanowienia⁵², podobnie jak umowa BIT Marokka z Republiką Konga z 2018⁵³, Z kolei porozumienie chińsko-tureckie z 2020 stanowi w art. 5 ust. 3 co następuje: ***Except in rare circumstances, such as the measures adopted severely surpassing the necessity of maintaining corresponding reasonable public welfare, non-discriminatory legal measures adopted by one Contracting Party for the purpose of legitimate public welfare, such as public health, safety and environment, do not constitute indirect expropriation***. Podobne rozwiązania

⁵² Por. art. 13 *in principe* tej umowy

⁵³ Por. art. 2 ust. 3 tej umowy.

zawierają m.in. traktat TPP z 2016⁵⁴, umowa USMCA⁵⁵ umowa Japonii z Marokiem z 2020⁵⁶, czy też porozumienie FTA+ zawarte w 2021 między Japonią i Gruzją⁵⁷ i wiele innych⁵⁸.

Można wątpić czy tak skonstruowane przepisy, które ewidentnie usiłują pogodzić „ogień z wodą” okażą się efektywną zaporą przed nadużyciami zbyt radykalnych arbitrów przysługujących im uprawnień. Pomijając bowiem niekonsekwencję tych sformułowań, (z którą w wielu przypadkach idzie w parze wyraźne oddanie oceny proporcjonalności arbitrażowym trybunałom inwestycyjnym), nie można zapominać również i o tym, że te części MTI, w których można znaleźć przepisy potwierdzające prawo państwa do wydawania przepisów w danej dziedzinie, (a tym samym wyłączające dany fragment polityki regulacyjnej państwa spod ogólnych zasad reżymu ustanowionego przez dany MTI) niejednokrotnie zatytułowane są jako *general exceptions*, lub *general exemptions*⁵⁹. W konsekwencji nawet gdyby przyjąć, iż tytuły te mają wyłącznie informacyjny czy też porządkowy charakter, to i tak – zważywszy na dotychczasową praktykę arbitrażowych trybunałów inwestycyjnych - trudno nie wyrazić obaw, że tak skonstruowane przepisy, o ile w ogóle znajdą zastosowanie, będą postrzegane przez arbitrów przez pryzmat zasady *exceptiones non sunt extaende* ze wszystkimi stąd płynącymi konsekwencjami dla wyników toczącego się postępowania.

Gwoli ścisłości należy przy tym nadmienić, że - zgodnie z tezą Habilitanta – ostatnimi czasy rzeczywiście niektóre państwa zawarły umowy zawierające zdecydowanie bardziej jednoznaczne postanowienia w odniesieniu do polityki regulacyjnej, aniżeli te, które tytułem ilustracji przytoczono powyżej. Taką umową jest bez wątpienia CETA⁶⁰, porozumienie EU – Singapur z 2018, czy też – choć kwestia ta budzi pewne kontrowersje - Porozumienie *Regional Comprehensive Economic Partnership* z 2020⁶¹. Jak dotąd jednak umów tego

⁵⁴ Por. Annex 9-B (por. art. 3 b in fine tegoż aneksu)

⁵⁵ Por. Annex 14- B (por art. 3 b in fine tegoż aneksu)

⁵⁶ W tym przypadku jednak Aneks tego porozumienia stanowi, że przepisy ustanawiane na rzecz ochrony zdrowia, środowiska jak również standardy prawa pracy co do zasady nie mogą być zakwalifikowane jako przejaw wyłączenia pośredniego, acz od tej reguły postanowienia Aneksu dopuszczają wyjątki

⁵⁷ Art. 11 ust. 4 tej umowy.

⁵⁸ Dokładnie to samo sformułowanie, które spotykamy w art. 11 ust. 4 wspomnianego porozumienia gruzińsko-japońskiego, spotykamy również art. 11 ust. 3 (b) umowy BIT zawartej w 2018 między Japonią, a Argentyną. Na podkreślenie zasługuje jednak, że w art. 11 ust. 3 (a) strony tej umowy wyraźnie zdefiniowały parametry w oparciu o które należałoby oceniać, czy dane działania państwa można zakwalifikować jako wyłączenie pośrednie.

⁵⁹ Por. przykładowo: art. 13 umowy BIT między Japonią, a Iranem z 2016 art.5 umowy BIT między Turcją a Kazachstanem,

⁶⁰ Por. art. 8.15 CETA

⁶¹ Annex 10B RCEP (por art. 4 tegoż aneksu). W tym kontekście należy jednak podkreślić, że umowa ta – nie bez podstaw - bywa krytykowana za to, iż w niedostatecznym stopniu uwzględnia międzynarodowe standardy

typu jest zdecydowanie mniej niż umów konstrukcyjnie niekonsekwentnych. Powyższe rozważania prowadzą zatem do konkluzji, że zmiany, jakie w porównaniu z okresem przełomu stuleci wprowadzają MTI zawierane na przestrzeni ostatniej dekady, nie posiadają pod względem jakościowym aż tak daleko idącego wymiaru by można było mówić o ich kompleksowym charakterze.

Odrębnym problemem, który nie doczekał się w recenzowanym cyklu należytego wyjaśnienia, jest pojęcie *zrównoważonego podejścia*. Pisząc wprost: na gruncie recenzowanych artykułów również i to pojęcie stanowi *ignotum*. Co gorsza zaś, o ile w przypadku takich terminów jak *paradygmat* i jego *zmiana*, intencje autora można w miarę wiernie zrekonstruować, o tyle w żadnym miejscu nie przybliżył on czytelnikom jakie *podejście* i jaką *równowagę*, miał on na myśli, gdy formułował on tytuł całego cyklu. Z całokształtu omawianych tu publikacji można oczywiście wyciągnąć wniosek, że autor określa w ten sposób taką zmianę, która w większym stopniu, niż to czyniła dotychczasowa praktyka trybunałów arbitrażowych, weźmie pod uwagę kategorię interesu publicznego, na straży którego stoi polityka regulacyjna państwa lokalizacji inwestycji⁶². Jeżeli jednak taka właśnie była intencja autora, to pozostaje co najmniej niezrozumiałe dlaczego na ostatniej stronie swego konkludującego artykułu stwierdza on autorytatywnie, że zachodzące przekształcenia MPI polegają *na odejściu od neoliberalnego wzorca na rzecz zrównoważonego rozwoju*.⁶³ (sic!) Recenzent jest oczywiście świadom, że ani nauce prawa (w tym również i nauce prawa międzynarodowego), ani też w praktyce nigdy nie było (i nadal nie ma) pełnej zgodności odnośnie zakresu i treści pojęcia *sustainable development*. Prawdą jest również i to, że niektóre z wartości, o

prawa człowieka prawa pracy, ochrony środowiska zob. Patricia Ranald *RCEP has limited trade gains and ignores labour and human rights*. 27 November 2020 d(na stronie internetowej Australian Institute of International Affairs <https://www.internationalaffairs.org.au/australianoutlook/rcep-has-limited-trade-gains-and-ignores-labour-and-human-rights/> (dostęp 17.01.2022).

⁶² Por Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. Cit. str. 307) gdzie autor egzemplifikuje takie kategorie interesu publicznego, które bez wątpienia wzięte pod uwagę przy rozstrzyganiu przez arbitrów sporów klasyfikowanych jako wchodzące w zakres ISDS. Hipotezę tę wzmacnia także powołanie się przez habilitanta w jego ostatnim artykule na poglądy Stephana W. Shilla oraz Heather L. Bray (Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu w prawie międzynarodowym na przykładzie MPI* [w:] *Prawo i Więź* nr 4(34) zima 2020 str. 288 przypis 10, cytując S. W. Shill, H. L. Bray *The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals* [w:] Thilo Rensman (ed.) *Mega-Regional Trade Agreements* Cham Springer 2017 str. 145 i nast. W innym miejscu tego samego artykułu habilitant pisze o kontrowersjach wynikających z zakresu *możliwej ingerencji przez mechanizm ISDS w kompetencje regulacyjne państw oraz ich zdolności do ochrony nieekonomicznych wartości w świetle zobowiązań inwestycyjnych wynikających z MTI*. (por. Ł. Kułaga, id. str. 302) w jeszcze innym zaś stwierdza on że *Struktura zobowiązań określona w MPI znacząco utrudniała w procesie ich interpretacji wartości kolektywne istotnych dla społeczeństwa*. (id. str. 303) Znamienne jednak, że – jak zresztą sam habilitant zauważa – cytowani S.W. Shill i H. L. Bray piszą raczej o „rekalibracji”, a niekoniecznie o *zrównoważonym podejściu*, a już na pewno nie o *zmianie paradygmatu*.

⁶³ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* op. Cit. 311 i nast.

których poszanowanie przez arbitrażowe trybunały inwestycyjne upomina się autor cyklu, są wymieniane *explicite* w wielu dokumentach o charakterze *soft law* przyjmowanych przez państwa właśnie na rzecz zrównoważonego rozwoju⁶⁴. Ale nawet gdyby zakres pojęcia „zrównoważony rozwój” rozciągnąć do granic możliwości akceptowalnych w doktrynie, to i tak poza jego zakresem znalazłyby się takie kategorie interesu publicznego jak spójność systemu podatkowego, prawo własności intelektualnej, ochrona moralności publicznej czy prawa konsumenta, które również – z lepszym czy gorszym skutkiem – usiłuje uwzględnić nowy trend w MTI omawiany w recenzowanym cyklu.

Powyższa konstatacja prowadzi zatem do wniosku, że odwołanie się w tytule do *zrównoważonego podejścia* prowadzi na manowce. Chociaż bowiem nie można zaprzeczyć, że zrównoważony rozwój posiada również swój wymiar socjalny, to w żadnym wypadku pojęcie to nie odnosi się do wszystkich kategorii interesu publicznego, które nowa generacja BIT wymienia jako kategorie wchodzące w zakres statuowanych przez nie ekscepcji, a dotyczy to w pierwszej kolejności tzw. *security exceptions*. W konsekwencji podjęte przez Habilitanta próby arbitralnego rozciągnięcia pojęcia zrównoważony rozwój na wszelkie przejawy polityki regulacyjnej niezależnie od tego, czego one dotyczą należy po prostu odrzucić, jako próbę zmiany treści tego pojęcia nie znajdującą żadnego uzasadnienia na gruncie doktrynalnym⁶⁵.

Po wtóre (i zdecydowanie ważniejsze): uważna lektura MTI zawieranych w ciągu ostatniej dekady nie pozostawia cienia wątpliwości, że jeżeli w ogóle w ich treści można znaleźć przepisy uprawdopodobniające hipotezę o zmianie paradygmatu, to wydaje się że nie są to w żadnym wypadku przepisy odnoszące się do kompetencji regulacyjnych państwa w obronie wartości niematerialnych, lecz raczej tych ekscepcji, które ze zrównoważonym rozwojem mają zdecydowanie mniej wspólnego takich jak bezpieczeństwo, podatki, czy ochrona własności intelektualnej. Postanowienia te z reguły są sformułowane zdecydowanie bardziej precyzyjnie, z reguły nie dopuszczają również żadnych wyjątków, a często wprost odwołują się do standardów odzwierciedlonych w obowiązujących umowach wielostronnych z KNZ na czele. W konsekwencji, choć hipoteza o sile sprawczej tego typu modyfikacji, jako o czynniku mogącym wymusić zmiany paradygmatu MPI również nie jest przekonująca, to jednak modyfikacje mające na celu harmonizację obowiązujących przepisów MPI z

⁶⁴ Por. zwłaszcza dokumenty końcowe z Konferencji z 2012, (tzw. Konferencja Rio + 20) znane jako *The future we want* <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/733FutureWeWant.pdf> (akces 6.01.2022)

⁶⁵ Por. Autoreferat, w którym Habilitant stwierdza m.in., *Uprawnienia te zostają bowiem wpisane w szerszy kontekst zrównoważonego rozwoju (w tej perspektywie obejmujący również prawo państwa do regulacji)* (Sic!)

resztą systemu prawa międzynarodowego (np. z TRIPS, czy KNZ), stanowią zdecydowanie lepszy punkt wyjścia do dyskusji na ten temat, aniżeli chaotyczne i niekonsekwentne przepisy MTI odnoszące się bezpośrednio czy pośrednio do wartości objętych zakresem zrównoważonego rozwoju⁶⁶.

Składną zaś uważna lektura wywodów Habilitanta zdaje się wskazywać, że jest on świadom, iż procesy, które analizuje, wcale niekoniecznie przebiegają wzdłuż jasno zdeteminowanych trajektorii. Wie on również dobrze, że zdecentralizowany charakter MPI stanowi wyraźny hamulec w procesie *zmiany paradygmatu* tak, jak pojęcie to zostało przezeń zdefiniowane⁶⁷, a co za tym idzie, że jest mało prawdopodobne, by zmiana ta mogła nastąpić w sposób podobny do trybu, w jakim postawiono poza prawem *ius ad bellum* z chwilą wejścia w życie KNZ. Mimo to proces opisanych zmian uważa on za nieuchronny, choć bez wątpienia rozłożony w czasie i przestrzeni⁶⁸. Być może właśnie w celu uchwycenia tej zróżnicowanej dynamiki w tytule cyklu pojawiło się słowo *w kierunku*. Jeśli takie byłyby intencje Pana Doktora Kułagi wówczas należałoby przyjąć, iż sądzi on, że z jednej strony analizowane przezeń MTI posiadają wystarczający potencjał konstrukcyjny, by – o ile wejdą w życie – doprowadzić do zmiany paradygmatu MPI, z drugiej zaś – że proces ten od jakiegoś czasu już trwa, choć nie został on jeszcze definitywnie zakończony. Przekonanie pierwsze (o ile odpowiada ona rzeczywistym intencjom autora cyklu), należy odrzucić z powodów, o których była mowa wyżej. Aby zaś sprawdzić, czy rzeczywiście proces zmian rozpoczął się i trwa, należy zadać pytanie o realną siłę sprawczą tych MTI, które na poparcie swoich tez przywołuje w swoim cyklu Habilitant. Odpowiedź na powyższe pytanie nie jest specjalnie trudna i w praktyce sprowadza się do prostego testu, jak wiele państw (i jak szybko) wyraziło zgodę na związanie się MTI odzwierciedlającymi nowe trendy.

Otóż zdaniem recenzenta powyższy test wypada zdecydowanie na niekorzyść tezy Habilitanta. Status umów zawartych przez UE z Singapurem, Wietnamem czy Kanadą pozostaje w najlepszym wypadku niewyjaśniony, a w każdym razie szanse na ich rychłą ratyfikację przez wszystkie strony w ich obecnym kształcie

⁶⁶ Na marginesie powyższych rozważań warto dodać, że cytowane wyżej przepisy dotyczące ochrony własności intelektualnej, w żadnym wypadku nie mogą być uznane za pozytywny sygnał dla zrównoważonego rozwoju, choćby dlatego, iż znaczna część z nich dążąc do podtrzymania obowiązującego *status quo* w zakresie praw patentowych dodatkowo osłabia presję na zmiany, które byłyby potrzebne w celu urzeczywistnienia idei *sustainable development*. W konsekwencji przepis te dodatkowo osłabia tezę Habilitanta o zrównoważonym rozwoju jako o punkcie odniesienia dla potencjalnych zmian zachodzących w MPI.

⁶⁷ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* str. 309 ((...) *zmiany nie są stosowane w sposób powszechny i spójny*) a także wzmiankę na następnej stronie, gdzie autor stwierdza m.in., że *bez względu na uwarunkowania i interesy, które powodują, że dotychczasowe MTI są zastępowane w zróżnicowanym tempie...* (podkr. Dod. AG)

⁶⁸ W tym duchu por. Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* str. 310

– oglądnie pisząc – nie są duże. Ostatnia zmiana Administracji w USA bynajmniej nie zapowiada powrotu do stołu rokowań w sprawie TTIP. Negocjacje umowy UE o wolnym handlu z Australią zawierającej postanowienia z zakresu MPI wyraźnie wyhamowały na jesieni tego roku, co zaś tyczy się USMCA – to sam habilitant przyznaje, że likwidacja dotychczasowego systemu rozstrzygania sporów, nie została przeprowadzona konsekwentnie.

Teoretycznie na rzecz potwierdzenia tezy o zmianach jako o zjawisku zachodzącym *hic et nunc* można byłoby przywołać zmiany, jakie kolejne państwa wprowadzają w umowach modelowych (tzw. Model BITs), a które rzeczywiście coraz częściej (choć – powtórzmy raz jeszcze - daleko nie zawsze i nie w takim samym stopniu) odzwierciedlają tendencje, o których mowa w recenzowanym cyklu. Nie sposób jednak nie zauważyć, że - jak dotąd - te nowe modele rzadko (a może nawet chciałoby się napisać – za rzadko) zdołały znaleźć zastosowanie w praktyce. Jak dotąd jednak, w dalszym ciągu gros obowiązujących MTI, to umowy zawierane w latach 90tych, względnie na początku tego stulecia. Niezależnie jednak od tego, jakie znaczenie przypiszemy umowom modelowym, pozostaje poza sporem, że gdy mowa o liczbie nowych umów MTI oraz o okresie oczekiwania na ich wejście w życie, to ostatnia dekada charakteryzowała się wyraźnym wyhamowaniem tempa przyrostu nowych umów tego typu w skali globalnej. Nie jest również żadną tajemnicą, że nowe umowy MTI coraz częściej napotykają na problemy z uzyskaniem ostatecznej zgody na związanie się nimi wyrażonej przez sygnatariuszy⁶⁹. Tym bardziej więc przywoływanie na poparcie tezy o zmianie paradygmatu praktyki brazylijskiej, czy południowo-amerykańskiej jest ryzykowne. Dosyć stwierdzić, że z 27 umów typu BIT, jakie w swej historii podpisała Brazylia jedynie nielicznym udało się uzyskać status porozumień obowiązujących w rozumieniu międzynarodowego prawa traktatów. Przypadek RPA jest nieco odmienny, niemniej jednak także i praktyka tego państwa świadczy o wyhamowaniu dynamiki zawieranych umów typu MTI i coraz większych trudności z uzyskaniem ostatecznej zgody państw na związanie się umowami zawartymi na przestrzeni ubiegłej dekady⁷⁰. W tej sytuacji należy przyjąć, że – inaczej niż twierdzi Habilitant – proces reform MTI w kierunku zrównoważonego podejścia nie tyle trwa, ile tak naprawdę jeszcze nie zaczął się. W konsekwencji, informacje o trwających negocjacjach w sprawie reformy nawet tak kluczowych instrumentów UNCITRAL – nie wpływają w niczym na poprawność ogólnej

⁶⁹ Pogląd powyższy formułuję w oparciu o dane dostępne na stronie internetowej UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy> (odwiedziny 18.01.2022)

⁷⁰ Id.

konkluzji, w świetle której realna siła sprawcza MTI zawieranych na przestrzeni ostatnich 15 lat i odzwierciedlających tendencje, o których mowa w recenzowanym cyklu, jak dotąd - ogólnie pisząc - nie jest duża.

Niezależnie od tego, nie jest w ogóle jasne, czy - mając na uwadze aktualny stan stosunków międzynarodowych - analizowane przez habilitanta innowacyjne rozwiązania zyskają powszechne zastosowanie w zawieranych w przyszłości umowach typu MTI. Zważywszy na zaostrzający się proces rywalizacji między mocarstwami dzisiejszego świata można żywić w tym względzie uzasadnioną wątpliwość. Abstrahując jednak od tego, jaka jest odpowiedź na powyższe pytanie, jest jeszcze jeden czynnik, który winien być wzięty pod uwagę, a który również nie świadczy na rzecz, lecz raczej przeciw poglądom Habilitanta. Jak była o tym mowa wyżej, zarówno celem, jak i skutkiem omawianych w cyklu przekształceń, jest praktycznie zawsze ograniczenie uprawnień inwestorskich. W konsekwencji nie wydaje się, aby państwa, których inwestorzy eksportują kapitał za granicę miały rzeczywisty interes w szybkiej i sprawnej ratyfikacji umów nowego typu. Na gruncie teorii zdecydowanie większy interes powinny mieć państwa importujące kapitał. Niemniej jednak oczekiwanie, iż państwa te bez większych oporów (a nawet z zapalem) podejmą starania, by trend, o którym pisze Pan Doktor Kułaga, przekształcił się w ogólnie przyjęty standard MPI, może okazać się niebezpieczną iluzją. Nie jest bowiem żadną tajemnicą, iż niektóre państwa zamiast wiązać się umowami o konstrukcji kompromisowej, już teraz bezpardonowo wypowiadają obowiązujące umowy MTI, tym samym pozostawiając inwestorów bez jakiegokolwiek ochrony traktatowej. Na podkreślenie zasługuje przy tym, iż osławiona umowa państw członkowskich UE z maja 2020, której celem jest doprowadzenie do wygaśnięcia tzw. BIT-ów wewnętrznych nie jest tu kluczowym problemem, choć należy podkreślić, że w chwili obecnej pytanie o docelowy model relacji pomiędzy inwestorem z państwa członkowskiego, a państwem członkowskim pozostaje nadal bez jednoznacznej odpowiedzi. Gdy jednak spojrzeć na ten problem szerzej i zwrócić uwagę na relatywnie świeżą praktykę takich państw, jak Indie, Boliwia, a w mniejszym stopniu również – Republika Południowej Afryki, czy Indonezja, wówczas okaże się, że rządy tych państw podejmują działania mające na celu doprowadzenie do jak najszybszego wygaśnięcia obowiązujących MTI, jak gdyby zupełnie nie wierząc (słusznie – czy niesłusznie - to już inna kwestia), że jakakolwiek reforma MPI zdoła ukrócić nadużycia, których niejednokrotnie dopuszczały się arbitrażowe trybunały inwestycyjne. W konsekwencji w dobie narastających napięć pomiędzy mocarstwami, mając na uwadze powyższe tendencje w praktyce wielu państw (a po części również i samej UE) wydaje się zasadne by dopuścić myśl, że w dzisiejszym MPI pojawił się zdecydowanie

bardziej radykalny nurt, który po prostu unicestwia obowiązujące MTI, tym samym redukując poziom ochrony inwestora do zakresu określonego prawem zwyczajowym. Chociaż jego wpływ na MPI musiałby również podlegać dalszym badaniom, w tym miejscu dwie kwestie nie podlegają żadnej dyskusji. Po pierwsze, w przeciwieństwie do nurtu umiarkowanego, o którym traktuje recenzowany cykl - ów radykalny nurt, już teraz *hic et nunc* wywołuje konkretne skutki prawne: po drugie zaś (i z punktu widzenia celów recenzji – zdecydowanie ważniejsze) w żadnym wypadku nie może być kwalifikowany jako zmiana w kierunku „zrównoważonego podejścia” *qua* zrównoważonego rozwoju. W konsekwencji nurt, o którym pisze w swoim cyklu Pan Doktor Kułaga jawi się póki co jako *sui generis* „wielka obietnica” której spełnienie jest zdarzeniem tyleż przyszłym i mocno niepewnym i w żadnym wypadku nie ma mocy sprawczej zdolnej zmienić paradygmat MPI.

Część II. Ocena aktywności naukowej (art. 219 ust. 1 pkt. 3 p. s. w. n)

Jak była o tym mowa wyżej, w myśl przepisów ustawy osoba ubiegająca się o stopień doktora habilitowanego obowiązana jest wykazywać się *istotną aktywnością naukową albo artystyczną realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej*. Z dokumentów przedłożonych przez Habilitanta wynika, że dorobek ten w sensie ilościowym w rzeczy samej nie jest mały. Składają się na niego zarówno monografia będąca opublikowaną dysertacją doktorską (Ł. Kułaga, *Minimalny standard traktowania a traktowanie sprawiedliwe i słuszne w międzynarodowym prawie inwestycyjnym* Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2016), jak i cały szereg innych publikacji, a wśród nich 14 rozdziałów w monografiach naukowych, 14 artykułów w czasopiśmie, kilka glos do wyroków MTS lub TSUE. Ponadto Habilitant uczestniczył w swojej karierze w 13 konferencjach naukowych (w tym 3 o wymiarze międzynarodowym), a w latach 2016-2018 był również kierownikiem grantu NCN (Sonata 9), (nr. grantu 2015/17/D/HS5/02555). W opinii recenzenta nie istnieją żadne wątpliwości odnośnie znaczącej aktywności organizacyjnej Habilitanta, czy to jako współorganizatora wielu konferencji, czy też recenzenta artykułów naukowych. Nie należy również pomijać milczeniem jego działalności edytorskiej, którą wraz z prof. Cezarym Mikiem podejmował on przy w procesie przygotowania do druku dwóch innych publikacji o charakterze monografii⁷¹.

Gdy mowa o jakości publikacji składających się na w/w aktywność naukową Habilitanta, to pierwszą cechą charakterystyczną, jaka rzuca się w oczy, jest

⁷¹ Podobnie jak to ma miejsce w przypadku wzmiankowanego w przypisie powyżej artykułu przyjętego do druku w *International Community Law Review* 2021, publikacja *Przestrzeń cyfrowa, wyzwania dla prawa międzynarodowego i prawa UE*, nie może być wzięta pod uwagę w procesie recenzyjnym.

zasadnicza dysproporcja pomiędzy ilością publikacji w języku polskim, a publikacjami w języku angielskim. Zasadniczy problem polega bowiem na tym, że o ile w przypadku publikacji w języku polskim, pozostaje poza sporem, że niektóre z nich zostały opublikowane w najbardziej prestiżowych czasopismach prawniczych wydawanych w naszym państwie⁷², o tyle nie można tego samego napisać o publikacjach napisanych po angielsku. W tym przypadku nie chodzi nawet o to, że w porównaniu z publikacjami w języku ojczystym, jest ich w sensie ilościowym zdecydowanie mniej; podstawowy problem polega na tym, że w istocie rzeczy praktycznie żadna z nich nie była opublikowana za granicą. Zważywszy zaś na postępujący stopień umiędzynarodowienia nauki oraz związane z tym oczekiwania, jakim musi sprostać również i nauka prawa recenzent nie jest w stanie przejść całkowicie nad tym faktem do przysłowiowego porządku dziennego. Argument podniesiony przez Habilitanta w jego wniosku, wskazujący na listę MSNISW, jako na kryterium rozstrzygające – bynajmniej nie we wszystkim przekonuje. Dodać do tego trzeba, że przedłożone artykuły (zarówno napisane w języku polskim, jak i te w języku angielskim) posiadają dość zróżnicowany poziom merytoryczny: niektóre z nich – jak choćby cytowany wyżej artykuł z *Państwa i Prawa* – trzeba uznać za bardzo dobry, inne zaś są mniej innowacyjne. Na podkreślenie zasługuje jednak, że żaden z nich nie prezentuje poglądów, które recenzent czułby się zmuszony odrzucić jako bezpodstawne, a z całą pewnością świadczą one o szerokich zainteresowaniach Habilitanta, obejmując swoim zakresem poza międzynarodowym prawem inwestycyjnym tak odmienne działy prawa międzynarodowego, jak kwestię immunitetów, MPH, kompetencje organów ONZ, wyzwania, jakie niesie ze sobą dla prawa międzynarodowego rozwój nowoczesnych technologii, prawo kosmiczne, czy ochrona środowiska.

Jak wynika to wprost z przepisów p.s.w.n, istotna aktywność naukowa, którą ma wykazać się osoba ubiegająca się o stopień doktora habilitowanego ma być *realizowaną w więcej niż jednej uczelni, instytucji naukowej lub instytucji kultury, w szczególności zagranicznej*. Interpretacja tego przepisu nie jest sprawą łatwą. Pojawiające się w komentarzach do p.s.w.n. propozycje oscylują od uznania, iż na mocy art. 219 ust. 1 pkt.3 nałożył na takie osoby obowiązek podjęcia aktywności na niemniej niż dwóch uczelniach zagranicznych, do wymogu dyslokacji do tylko jednej uczelni lub instytucji naukowej znajdującej się poza granicami Polski⁷³. W świetle dokumentów przedłożonych przez Habilitanta wydaje się, że wymóg ten jest spełniony. Jakkolwiek bowiem nie

⁷² Por. w szczególności Ł. Kułaga *obowiązek nieuznawania legalności następstw poważnych naruszeń prawa* (prace KPM i praktyka NZ) [w:] PiP 7/2017 str. 77 - 89.

⁷³ W tym duchu H. Izdebski J. M. Zieliński *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce – komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2019 str. 350.

można uznać za działalność, o której tu mowa jego aktywności jako praktyka, który w ramach swojej pracy w MSZ reprezentował Polskę w czasie licznych negocjacji, czy konferencji, o tyle już stypendium im. Bohdana Winiarskiego odbyte w CPM im. H. Lauterpachta bez wątpienia jest aktywnością, o której wspomina przytoczony wyżej przepis p.s.w.n.

Gdy mowa o działalności dydaktycznej Habilitanta, to jakkolwiek nie stanowi ona już samodzielnej przesłanki, od której spełnienia zależy pozytywna ocena wniosku o nadanie stopnia doktora habilitowanego, recenzent odnotowuje, że Habilitant prowadzi rozmaite zajęcia nie tylko na UKSW, ale również w ramach Akademii Dyplomatycznej MSZ.

Konkluzje

Powyższe rozważania prowadzą do konkluzji, że o ile Habilitant spełnia warunki, o których mowa w art. 219 ust. 1 pkt. 3, o tyle warunek, o którym mowa w art. 219 ust. 1 pkt. 2 – nie jest spełniony. Tytułem uzasadnienia powyższej konkluzji chciałbym raz jeszcze podkreślić, że o ile przedstawiona przez Doktora Łukasza Kułagę seria publikacji bez wątpienia jest cyklem w rozumieniu pkt. b) wyżej przywołanego przepisu, o tyle cyklu tego z powodów, o których pisałem wyżej, nie można uznać za osiągnięcie naukowe, o którym mowa w tym przepisie. Na powyższy wniosek składa się cały szereg przyczyn, wśród których za najważniejsze uważam następujące.

Pomijając tak oczywistą kwestię, jak rozbieżność w sformułowaniach tytułu cyklu występująca pomiędzy wnioskiem Habilitanta z 15 kwietnia 2021, a autoreferatem oraz sformułowaniem tytułu w przekazanych materiałach, (co w najlepszym wypadku nie ułatwia ustalenia intencji autora), fundamentalnym obowiązkiem recenzenta jest weryfikacja, czy Habilitant udzielił odpowiedzi na postawione przez siebie pytania badawcze, a jeśli tak – to czy odpowiedzi te są przekonujące, czy też nie. Odnośnie pytania pierwszego (*W jaki sposób można dokonać zmian w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i na czym polegają trudności w tym zakresie charakterystyczne dla tego działu prawa*), to stwierdzić wypada, że z uwagi na wspomniane wyżej wady konstrukcyjne recenzowany cykl co najwyżej połowicznie spełnił swoje zadanie, choćby z uwagi na całkowite pominięcie w analizach roli prawa zwyczajowego w zachodzących przemianach w kierunku zrównoważonego podejścia.

Na pytanie nr. 2 (*Na czym polegają zmiany zachodzące w międzynarodowym prawie inwestycyjnym i jaki mają one charakter*) w ramach swojego cyklu Habilitant na pewno udzielił częściowej odpowiedzi, choć recenzent, jak była o tym mowa wyżej – ze prezentowanym przezeń stanowiskiem zgadza się co najwyżej częściowo. Co zaś się tyczy pytania Nr. 3 (*Czym jest i co zakłada*

zmiana paradygmatu w konkretnym dziale prawa międzynarodowego), to odpowiedź, której udzielił Habilitant nie jest przekonywająca. Warto przy tym podkreślić, że zagadnieniu temu jest poświęcony słownie jeden artykuł tj. artykuł konkludujący. Nie są to jednak jedyne usterki, które powodują, że recenzowany cykl nie spełnia kryteriów przywołanego wyżej przepisu p.s.w.n. Natomiast z najważniejszych dostrzeżonych mankamentów natury szczegółowej należy wymienić następujące:

- 1) Zbyt swobodne i niezbyt precyzyjne operowanie pojęciem *paradygmat*, przejawiające się w szczególności w arbitralnym rozszerzeniu jego zakresu, które idzie w parze z brakiem konsekwencji zastosowania własnej definicji do zjawisk analizowanych w omawianym cyklu. Do powyższych usterek należałoby dołączyć również stosunkowo niski poziom odniesień literaturowych, które wspierałyby Habilitanta w jego poglądach w tej materii, jak również niejasności dotyczące pojęcia *zmiana paradygmatu*;
- 2) Arbitralny dobór analizowanego materiału badawczego oraz brak ścisłych danych kwantytatywnych, co ostatecznie prowadzi Habilitanta do konkluzji obarczonych błędem *pars pro toto*. W tym kontekście na szczególne podkreślenie zasługuje zwłaszcza całkowite pominięcie w rozważaniach tych umów, które - choć zawierane były na przestrzeni ostatnich 15 lat - nie wprowadzają literalnie żadnych modyfikacji w zakresie procedur załatwiania sporów, które Habilitant przyjmuje jako jeden z głównych przejawów zachodzącego procesu zmiany paradygmatu MPI. W tym kontekście należy również umieścić ewidentne przeoczenie, że obok trendu, o którym traktuje recenzowany cykl, tendencje zachowawcze pozostają w MPI nadal bardzo żywe i – co ważniejsze - wywierają na tę dziedzinę potężny wpływ (tym samym niwelując znaczną część, o ile nie większość pozytywnej wartości dodanej, jaką mogą przynieść rozwiązania innowacyjne zawarte w wielu traktatach MTI nowej generacji). Ten ostatni mankament również nie może zostać pominięty w recenzji całkowitym milczeniem. Nie jest to możliwe, gdyż konserwatywny trend w MPI nie tylko dowodnie istnieje, ale także i sam charakter tego specyficznego subdziału prawa międzynarodowego stanowi z punktu widzenia teorii prawa skuteczną barierę przed zbyt szybkim rozprzestrzenianiem się ewentualnych modyfikacji chroniących wartości inne niż materialne. W konsekwencji prosta asekuracja Habilitanta, iż obserwowane zmiany zachodzą w różnym czasie i zakresie – nie może liczyć na bezkrytyczną akceptację;

- 3) Pominięcie w analizie wysoce zróżnicowanej konstrukcji przepisów MTI nowej generacji, jak również problemu ich niespójności aksjologicznej, a w konsekwencji również ich potencjalnie niewielkiej skuteczności, jako zapory przed nieuzasadnionymi roszczeniami inwestorów zagranicznych podnoszonych w postępowaniu przed arbitrażowymi trybunałami inwestycyjnymi. W tym kontekście należy również umieścić brak jakiegokolwiek refleksji na temat potencjalnych skutków przypisania przepisom tego typu roli wyjątku od reguły;
- 4) Niedostrzeżenie, że procesy przemian w obrębie MTI, które Habilitant częściowo opisał w recenzowanym cyklu wcale niekoniecznie orientują się na realizację założeń doktrynalnych zrównoważonego rozwoju, lecz ich niemniej ważnym celem jest zapewnienie lepszej harmonizacji MPI z resztą przepisów prawa międzynarodowego publicznego, nie wyłączając przy tym nawet Karty Narodów Zjednoczonych.
- 5) Arbitralne i niejasne potraktowanie pojęcia „zrównoważonego rozwoju”, jako synonimu „zrównoważonego podejścia”, któremu w dodatku Habilitant przypisał niezwykle szeroki zakres przedmiotowy nie znajdujący żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa międzynarodowego (w tym również i w dokumentach natury *soft law*)
Niedostrzeżenie, że niektóre z przepisów, o których mowa w pkt. 4 (zwłaszcza te dotyczące ochrony własności intelektualnej) raczej należałoby uznać za przejaw konserwatywnego trendu, który bynajmniej nie świadczy na rzecz tezy o zmianie paradygmatu MPI w kierunku zrównoważonego rozwoju, lecz – wręcz przeciwnie, tezę tę osłabia;
- 6) Nieuwzględnienie niskiego stopnia skłonności państw do wyrażania ich ostatecznej zgody na związanie się MTI zawierającymi w swych przepisach innowacje, o których pisze Habilitant w swoim cyklu oraz faktu, że znaczna część innowacyjnych rozwiązań, o których traktuje cykl, nie wyszła poza fazę projektów znajdujących się na rozmaitych etapach zaawansowania prac przygotowawczych. Przyszłość tych rokowań zważywszy na aktualną sytuację panującą w stosunkach międzynarodowych pozostaje w dniu dzisiejszym jedną wielką niewiadomą.

Reasumując zatem: pisząc swój cykl na tak ważny temat, jak przemiany MPI w oparciu o zebrany materiał, Doktor Łukasz Kułaga, mógł spokojnie i bez obawy o popełnienie jakiegś poważniejszej pomyłki skonkludować, iż w aktualnym stanie prawnym w MPI powoli krystalizuje się nowy trend, który usiłując zharmonizować przepisy tego subdziału prawa międzynarodowego z resztą przepisów prawa międzynarodowego publicznego usiłuje również uwzględnić

założenia doktrynalne zrównoważonego rozwoju. Gdyby na powyższej konkluzji poprzestał, a jednocześnie zrezygnował z argumentów sugerujących nieuchronność tej ewolucji, (która w dodatku miałyby sięgnąć paradygmatów MPI), wówczas – wedle wszelkiego prawdopodobieństwa – jego konkluzje byłyby bliższe prawdy. Niestety: w swoich wnioskach Habilitant postawił na zdecydowanie bardziej „rewolucyjny scenariusz”. Przekonuje on, że *bez względu na uwarunkowania i interesy, które powodują, że dotychczasowe MTI są zastępowane w zróżnicowanym tempie, niekontrowersyjne jest, że nowo zawierane MTI mają zupełnie odmienny charakter (...)*⁷⁴ (podkr. AG). W rezultacie, zarówno rozważania artykułu konkludującego, jak i analizy prowadzone w innych artykułach wchodzących w skład recenzowanego cyklu, prowadzą Habilitanta do ogólnego wniosku, że w dzisiejszych czasach *MPI podlega fundamentalnym przemianom o charakterze paradygmatycznym zarówno w aspekcie teoretycznych założeń (odejście od neoliberalnych wzorca na rzecz zrównoważonego rozwoju), jak i w aspekcie materialnym oraz proceduralno instytucjonalnym*, nawet jeśli zmiana ta ma być rozłożona w czasie i w chwili obecnej trudno uchwycić dokładnie ich rzeczywiste tempo oraz zakres⁷⁵.

Jak wykazano powyżej są to wnioski albo błędne, albo zbyt daleko idące. Z uwagi na powyższe z przykrością informuję, że w obliczu powyższych ustaleń, z których jasno wynika, że warunek, o którym mowa w art. 219 ust. 1 pkt. 2 b) nie został spełniony, wnoszę o odrzucenie wniosku Pana Doktora Łukasza Kułagi o nadanie mu stopnia doktora habilitowanego.


Aleksander Gubrynowicz.

⁷⁴ Ł. Kułaga *Zmiana paradygmatu...* str. 310, gdzie można znaleźć wzmiankę, iż *bez względu na uwarunkowania i interesy, które powodują, że dotychczasowe MTI są zastępowane w zróżnicowanym tempie...* (podkr. Dod. AG)

⁷⁵ W tym duchu id. str. 311 i nast.