

IWONA SZYMCZAK

METODA NAUKI O PORÓWNYWANIU SYSTEMÓW PRAWNYCH

I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Opracowanie przedstawia główne cechy metody prawnoporównawczej, w szczególności w kontekście celów, do których może mieć ona zastosowanie. Są nimi zarówno cel unifikacji prawa (np. w obszarze UE), jak i cel reformy prawa krajowego. Wstępne rozważania będą jednak poświęcone kwestii przyporządkowania tej metody określonej nauce. W doktrynie toczy się bowiem spór o to, czy „prawo komparatystyczne” („prawo porównawcze”) jest to nauka czy tylko metoda badawcza. Wydaje się, że u jego podstaw leżą kwestie leksykalne, od nich więc rozpocznię.

II. ANALIZA JĘZYKOWA TERMINU „PRAWO PORÓWNAWCZE”

W języku prawniczym „prawo porównawcze” ma, w zależności od kontekstu, aż trzy desygnaty¹. Po pierwsze, terminem tym określa się naukę, po drugie – metodę naukową, po trzecie – rezultaty badań powstałych z zastosowaniem metody komparatystycznej. O ile co do ostatniego znaczenia nie ma wątpliwości, że jest to tylko skrót myślowy, o tyle zasadnicza dyskusja w zagranicznym piśmiennictwie toczy się na temat kwestii, czy jest to dyscyplina naukowa czy tylko metoda badawcza. Przyłączając się do tego dyskursu prowadzonego w różnych językach (najczęściej w angielskim, ale też i niemieckim), trzeba już na początku odnieść się do precyzyjności tłumaczenia terminologii przenikającej do polskiego języka prawniczego, co będzie miało znaczenie przy objaśnianiu problemów merytorycznych.

Na początek krytycznej analizie poddam występujący w języku polskim termin „prawo porównawcze” (lub jego ekwiwalent: „prawo komparatystyczne”). Termin ten jest wynikiem dosłownego tłumaczenia występującego w języku angielskim pojęcia „comparative law”. Stanowi on jego kalkę językową, która niestety nie dość precyzyjnie oddaje jego istotę. W języku angielskim (podobnie

¹ M. Bussani, U. Mattei (red.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, s. 3.

jak w języku polskim) taka konstrukcja jest bowiem stosowana do określenia różnych gałęzi prawa, jak np. prawo spółek czy prawo cywilne (odpowiednio: *company law*, *civil law*). W podanych przykładach chodzi więc o gałęzie prawa w ujęciu dogmatycznym, rozumiane jako zespoły norm prawnych. Wobec tego zagraniczny naukowiec, piszący w języku angielskim, może pozostawać w błędnym przekonaniu, że podobnie jak inne gałęzie prawa (w znaczeniu dogmatycznym), również i „prawo porównawcze” zawiera własny zespół norm prawnych². Nic bardziej mylącego, gdyż prawo porównawcze nie ma „własnego” zbioru takich norm prawnych, co potwierdza Mathias Reimann, który jednocześnie akceptuje możliwość użycia terminu „comparative law” w znaczeniu metody³. Natomiast bardziej precyzyjna jest siatka pojęciowa występująca w języku niemieckim, w którym można spotkać już co najmniej dwa określenia. Po pierwsze, pojawia się termin „Rechtsvergleichung”, który należałoby rozumieć jako metodę („porównanie prawa”)⁴, po drugie, jest też termin „vergleichende Rechtswissenschaft”, który – gdyby dokonać jego głębszej analizy leksykalnej – okaże się, że znaczy „nauka o porównywaniu prawa”⁵.

W literaturze polskiej tę tematykę porusza Roman Tokarczyk, który wiele uwagi poświęca na objaśnienie genezy pojęcia „prawo porównawcze”. Autor rozważa wiele terminów, które mogłyby mieć zastosowanie, są to m.in.: „prawoznawstwo porównawcze” czy „porównawcza nauka prawna”, a w końcowej części rozważań – wytykając ich niedoskonałości – proponuje termin „komparatystyka prawnicza”, co znajduje potwierdzenie w tytule monografii⁶.

Po tych uwagach należy rozważyć, jakie wnioski na przyszłość płyną stąd dla nauki polskiej. Otóż warto zastanowić się, czy należy podążać za terminologią stosowaną w literaturze angielskojęzycznej i jednym terminem „prawo porównawcze” obejmować (w zależności od kontekstu) alternatywnie aż trzy desygnaty, czy też może zdywersyfikować terminologię.

A w związku z tym można w języku polskim zaproponować – jako funkcjonalny ekwiwalent angielskiego terminu „comparative law” – „naukę o porównywaniu systemów prawnych”⁷. Przede wszystkim warto używać go w odniesieniu do jego desygnatu w postaci nauki i nie szkodzi, że w polskiej

² Na temat poglądów występujących w literaturze anglojęzycznej będzie mowa w punkcie III.

³ M. Reimann, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, w: M. Bussani, U. Mattei (red.), op. cit., s. 14.

⁴ B. Grossfeld używa tego pojęcia, opisując metodę prawnoporównawczą. Jest to też odzwierciedlone w tytule monografii. B. Grossfeld, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, s. 4. Inny przykład tytułu: K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Oxford University Press, Oxford 1998.

⁵ Terminologia ta pojawia się w tytułach opracowań (np. H. Koschacker, *Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanen-frage beizusteuern*, Heidelberg 1936, czy też w nazwach naukowych czasopism zajmujących się tą problematyką (niemieckie zeszyty komparatystyczne są zatytułowane: „Zeitschriften für vergleichende Rechtswissenschaft”).

⁶ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, s. 25.

⁷ Propozycja terminu „nauka o porównywaniu systemów prawnych” jest wynikiem konsultacji z prof. zw. dr. hab. Maciejem Zielińskim, kierownikiem Katedry Tworzenia i Wykładni Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego. Szczegółowe argumenty na rzecz tej koncepcji pojawiają się w dalszej części tego artykułu.

literaturze nie ma na ten temat wielu opracowań, być może ten „zasób wiedzy” jeszcze się w pełni nie rozwinął, co nie oznacza, że jej rdzeń nie istnieje. W związku tym w dalszej części artykułu termin ten będzie stosowny wtedy, gdy autorka wyraża własne poglądy. Natomiast relacjonując wypowiedzi innych autorów, będę przytaczała stosowaną przez nich terminologię występującą w cytowanych opracowaniach.

III. SPÓR NA TEMAT STATUSU PRAWA KOMPARATYSTYCZNEGO – POGŁĄDY DOKTRYNY

Wobec toczącego się sporu, czy prawo komparatystyczne to dyscyplina naukowa czy tylko metoda, warto poddać analizie argumenty przytaczane zarówno przez zwolenników, jak i przeciwników tych teorii. Spór ten toczy się w zasadzie w literaturze angielskojęzycznej (w mniejszym stopniu w niemieckojęzycznej⁸), co jest spowodowane tym, że w języku angielskim brakuje odpowiedniej siatki pojęciowej, która pozwoliłaby ukazać różnice między terminem określającym „metodę prawnoporównawczą” oraz „naukę o porównywaniu systemów prawnych”. Zastosowanie tego ostatniego w języku polskim pozwoliłoby uniknąć sporów, jakie występują w piśmiennictwie anglojęzycznym (zobacz uwagi poniżej).

Przegląd zagranicznych poglądów rozpocznę od przedstawienia przeciwników uznania tezy, że „prawo porównawcze” jest nauką. Należy do nich Esin Örüçü, który w zasadzie stwierdza tylko, że prawo komparatystyczne nie może być traktowane jako klasyczna gałąź prawa. W konsekwencji uznaje on, że prawo porównawcze nie ma własnej substancji⁹. Po części trzeba zgodzić się ze stwierdzeniem, że prawo porównawcze nie może być traktowane jako klasyczna gałąź prawa. Natomiast nie można już podzielić stanowiska tego autora, że prawo porównawcze nie ma żadnej własnej substancji. Wydaje się zasadne doprecyzowanie, że prawo komparatystyczne – choć nie jest jeszcze jedną odrębną gałęzią prawa, jak wymienione wcześniej gałęzie, ma jednak swój substrat. Nawet sami oponenti tego stwierdzenia nie są do końca konsekwentni w swoich wypowiedziach, przyznając, że prawo komparatystyczne konsoliduje wiedzę o prawie i pozwala na zrozumienie prawa w kontekście¹⁰. A więc i w wypowiedziach przeciwników istnienia materialnego substratu tego prawa pojawiają się sformułowania świadczące o jego byciu materialnym, choć nie w znaczeniu gałęzi prawa (prawa cywilnego, gospodarczego czy karnego).

W polskiej literaturze na temat zakresu pojęcia prawa porównawczego (prawa komparatystycznego) wypowiadał się Tokarczyk, który wyraża wątpliwość, czy rezultaty badań komparatystycznych należy traktować łącznie,

⁸ W języku niemieckim jest odpowiednia siatka terminologiczna, o czym było już w punkcie II.

⁹ E. Örüçü, *Enigma of Comparative Law. Variations on Theme for the Twenty-First Century*, Leiden-Boston 2004, s. 37.

¹⁰ *Ibidem*, s. 34.

jak odrębną gałąź, czy też jego elementy wchodzą w skład różnych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, karnego, administracyjnego¹¹. Autor skłania się do uznania, że prawo komparatystyczne ma swój substrat, zastrzega jednak, że nie jest to typowa gałąź prawa. Ze względu na „porównawcze elementy” w tych opracowaniach kształtują się nowe, specyficzne treści, które różnią je od klasycznych opracowań odnoszących się tylko do prawa wewnętrznego¹².

Do zwolenników traktowania prawa komparatystycznego jako nauki należą Mauro Bussani i Ugo Mattei, którzy piszą o poznawczym powołaniu tej dyscypliny. Chociaż zwracają też uwagę, że zakres jej obserwacji badawczych może pokrywać się z dyscyplinami sąsiednimi, stąd pojawia się trudność w jej precyzyjnym wyodrębnieniu¹³. Podobnie za zwolennika należy uznać Reimanna. Autor akceptuje podwójną rolę prawa porównawczego: jako metody studiowania prawa oraz jako „zasobu” naukowej wiedzy (as a „stock» of academic knowledge”)¹⁴. A w dalszych uwagach pisze o rdzeniu naukowym („core of science”¹⁵). Ponadto cytuje wybitnych komparatystów Konrada Zweigerta i Heinego Kötz, którzy piszą o czystej nauce („pure science”). I właśnie istnienie tego rdzenia ma stanowić formalną podstawę do uznania tej nauki.

Na marginesie rozważań można dodać, że komparatyści narzekają na ubogi zasób opracowań. Basil Markesinis i Jörg Fedtke zwracają uwagę, że wybitni komparatyści nie zostawili opracowań metodologicznych¹⁶. Podobnie cytowany już wcześniej Reimann ubolewał, że społeczność naukowa nie wyodrębniła minimalnego kanonu tej nauki. Przytoczone tu skrajne opinie wydają się po części niezasadne. Są bowiem – co prawda nieliczne – opracowania teoretyczne: wciąż cytowany jest podręcznik Zweigerta i Kötz¹⁷, choć rzeczywiście brakuje „nowych” opracowań.

Istota problemu nie polega na tym, czy ten kanon jest, ale gdzie jest on opisany, ponieważ większość opracowań zwanych „opracowaniami komparatystycznymi” składa się z części metodologicznej oraz głównego opracowania dotyczącego badania prawa pozytywnego w ujęciu prawnoporównawczym¹⁸.

W tym kontekście wypada odnieść się również do podziału typów studiów porównawczych¹⁹. O ile sama koncepcja teoretyczna objaśniająca przyczyny

¹¹ R. Tokarczyk, op. cit., s. 23.

¹² Ibidem, s. 23.

¹³ M. Bussani, U. Mattei (red.), op. cit., s. 13.

¹⁴ M. Reimann, op. cit., s. 14.

¹⁵ M. Reimann (op. cit., s. 16) w przypisie odwołuje się do poglądów K. Zweigerta i H. Kötz, którzy pisali o czystej nauce (ibidem, op. cit., s. 6).

¹⁶ B. Markesinis, J. Fedtke, *Engaging with Foreign Law*, Oxford-Oregon 2009, s. 30.

¹⁷ K. Zweigert, H. Kötz, op. cit., s. 6.

¹⁸ U. Mattei, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, w: M. Reimann, R. Zimmermann, *Comparative Law*, Oxford 2008, s. 823.

¹⁹ Po pierwsze, studia zawierające porównanie obcych systemów prawnych z systemem prawa krajowego dla ustalenia podobieństw i różnic między nimi, które służą reformowaniu prawa wewnętrznego. Po drugie, uniwersalne porównanie polegające na obiektywnej analizie pozwalającej na systematyczne uporządkowanie istniejących rozwiązań, aby odpowiedzieć na pytanie, jak istniejące rozwiązania konstrukcje prawne przyczyniają się do rozwiązania danego problemu (gospodarczego, społecznego). Po trzecie, są opracowania pokazujące ewolucję systemów prawnych w poszczególnych okresach czy rozwój rozwiązań legislacyjnych w tych system-

istnienia tego podziału – opisująca cechy szczególne każdego z wymienionych typów opracowań – będzie częścią (materialną treścią) nauki o porównywaniu praw, o tyle konkretne opracowanie, zaszeregowane do któregoś z wymienionych typów, będzie ze względu na swoją merytoryczną zawartość podlegało kwalifikacji według przedmiotu badania (np. prawo rzeczowe). Podobnie należałoby traktować teoretyczne rozważania na temat, jakich błędów powinni unikać naukowcy stosujący metodę prawnoporównawczą. Peter de Cruz, powołując się na dwóch wybitnych komparatystów niemieckich Zweigerta i Kötzta, wyjaśnia, jakie nie powinno być opracowanie prawnoporównawcze. Po pierwsze, nie może to być opis jednego zagranicznego systemu prawa bądź jego części, czy wybranej instytucji. Po drugie, nie może to być tylko „elementarny opis” kilku systemów prawnych, musi on dodatkowo zawierać wkład intelektualny. Po trzecie, opracowanie nie może być traktowane jako wyłącznie proces porównywania. Badacz komparatysta powinien posiadać już na starcie wybrany problem prawny, który będzie determinował realizację wyznaczonego w badaniach celu²⁰. Komparatysta, prowadząc badania, powinien dążyć do rozwiązania tego problemu przez przygotowanie np. wniosków *de lege ferenda*.

Tej formalnej klasyfikacji treści (substratu) komparatystyki prawniczej nie może podważać dość powszechna praktyka występująca w bibliotekach, która polega na katalogowaniu opracowań dotyczących konkretnej gałęzi prawa przygotowanych z uwzględnieniem podejścia prawnoporównawczego w odrębnym dziale. Może okazać się to celowe i użyteczne, ponieważ opracowania te w dużym zakresie opisują kwestie dotyczące metody służącej do opracowania wyników ich pracy. W takim kontekście zasadne jest wyróżnienia w ramach danej gałęzi prawa takiego podzbioru opracowań, chociażby ze względu na metodę pozyskiwania wyników. Niemniej jednak nie zmienia to formalnego charakteru takiego opracowania, które zawsze bada konkretną gałąź prawa.

Takim przykładem jest chociażby sposób klasyfikowania zbiorów w Instytucie Maxa Plancka w Hamburgu, gdzie odrębnie są usystematyzowane pozycje opisujące system prawny w danym kraju (np. monografie czy komentarze do niemieckiej instytucji „prawa zabudowy” uregulowanej w ustawie z 15 stycznia 1919 r. o prawie zabudowy będą w dziale poświęconym prawu niemieckiemu). Natomiast literatura komparatystyczna obejmująca np. zagadnienie na temat „prawa zabudowy” występującego w Bośni i Hercegowinie oraz Niemczech będzie w odrębnym dziale dotyczącym opracowań prawnoporównawczych²¹. Co więcej, monografie zawarte w takim dziale są zwykle uszeregowane według gałęzi prawa. Taki podział nie tylko ułatwia odnalezienie poszukiwanej pozycji, ale odzwierciedla też pewną prawidłowość, a mianowicie, z jednej strony opracowania „czysto” teoretyczne, zajmujące się charak-

ach w różnych okresach historycznych. Są też studia specjalistyczne, np. takie, których celem jest ukazanie zależności pomiędzy różnymi systemami prawa (P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, New York 2007, s. 8).

²⁰ P. de Cruz, op. cit., s. 8.

²¹ L. Velić, *Das Erbbaurecht in Bosnien-Herzegowina im Vergleich zur Erbbaurecht in Deutschland*, Sarajevo 2011.

terystyką metody, stanowią w obszarze prawa komparatystycznego zaledwie niewielki ułamek (była o ty mowa wcześniej), z drugiej – wzrasta też zainteresowanie zastosowaniem tej metody w obszarze badań dogmatycznych. Opracowanie odnoszące się do danej gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, powinno więc zawierać, przynajmniej w minimalnym zakresie, opis metody, która zawsze ma jakieś cechy szczególne, odpowiednie do celu badawczego stawianego sobie przez autora tego opracowania²². Ta właśnie część stanowi „wkład intelektualny” do teorii nauki. Rozdzielnie tych dwóch elementów (zawartych w jednym dziele naukowym) nie wydaje się racjonalne (choćby ze względu na jedność dzieła w rozumieniu prawa autorskiego).

IV. ILOŚĆ METOD W NAUCE O PORÓWNYWANIU SYSTEMÓW PRAWNYCH

Celem każdej nauki jest opisywanie i objaśnianie, a w naukach humanistycznych – także przedstawienie własnej oceny otrzymanego rezultatu. Każda nauka wypracowuje swoje metody. Tak więc i nauka o porównywaniu systemów prawnych ma swoją metodę (metodę komparatystyczną²³). O tym, czy można mówić o jednej metodzie, czy może jest ich kilka, będzie mowa w dalszej części, ale na początek trochę o samym terminie „komparatystyka”, który pochodzi od łacińskiego czasownika „comparare”. Termin ten od strony leksykalnej składa się z dwóch elementów „com-” oraz „parare” (od „par”). Rozpoczynając tłumaczenie od tyłu, jest to „porównywanie” „z czymś”. Podobna zasada słotwórcza legła u podstaw terminologii niemieckiej. Łacińskiemu słowu „par” („równy, równo”) odpowiada niemieckie „gleich”, które oznacza nie tylko czyste podobieństwa, lecz zestawienie podobieństw i różnic²⁴. W literaturze wyróżnia się komparatystkę literatur, komparatystkę ekonomiczną, komparatystkę socjologiczną oraz komparatystkę prawniczą²⁵. A więc metoda komparatystyczna ma szerszy zakres zastosowania niż tylko prawo.

W nauce o porównywaniu systemów prawnych chodzi o ogólne objaśnienie, na czym polega proces porównywania instytucji prawnych należących do co najmniej dwóch systemów (przedmiot badania tej nauki zostanie przedstawiony szczegółowo w punkcie VI). Proces porównywania systemów prawnych (a najczęściej ich fragmentów) polega na objaśnieniu podobieństw istniejących między różnymi rozwiązaniami, jak też ukazaniu różnic występujących po-

²² Jak przykład można wskazać monografię: J.-H. Röver, *Vergleichende Principien dinglicher Sicherheiten. Eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung*, München 1999. Zawiera ona w rodz. I.1: Opis metody badań.

²³ Termin „metoda” w języku greckim oznaczał: sposób badania. Podobnie w języku łacińskim pojęcie to oznaczało „racjonalną procedurę”. Przez pojęcie metody można więc rozumieć całokształt sposobów badawczych docierania do prawdy i przedstawiania jej lub sposób uzyskiwania materiału naukowego do prowadzenia badań.

²⁴ M. C. Firmenich, *Comparative Legal Analysis. Kreditsicherung durch Grundpfandrechte in England und Deutschland*, Baden-Baden 2011, s. 44.

²⁵ R. Tokarczyk, op. cit., s. 24.

między podobnymi instytucjami prawnymi²⁶. Powstaje więc pytanie, czy prawnicy komparatyści posługują się jakąś uniwersalną metodą, czy też w ramach tej dyscypliny naukowej można mówić o metodach szczegółowych.

Poglądy na ten temat są różne. Z jednej strony pojawia się stanowisko, że jeśli chodzi o metody ogólne, niewątpliwie na pierwszy plan wysuwa się metoda funkcjonalna. Zweigert i Kötz uznają ją za podstawową zasadę metodologiczną prawa porównawczego²⁷. Z drugiej strony w literaturze wyrażane są też sceptyczne opinie, czy w obszarze komparatystyki można mówić o jakiejś jednej uporządkowanej czy usystematyzowanej metodzie²⁸. A zatem usiłując pogodzić oba przeciwstawne stwierdzenia, trzeba odwołać się do stwierdzenia Kartezjusza zawartego w jego *Traktacie o metodzie*, że każda metoda jest koloryzowana przez osobiste doświadczenia badacza. Szczegółowe metody badawcze zależą od inwencji badacza, od celu, jaki sobie stawia w badaniach. Niemniej jednak w procesie poznawczym prowadzonym przez prawnika komparatystę można wyróżnić pewne etapy, które odróżniają ten obszar badań od innych i pokazują nam, na czym polega istota badań prawnoporównawczych.

Pierwszy z nich obejmuje właściwy dobór systemów referencyjnych, czyli tych systemów prawnych, które będą stanowić przedmiot badania. Na konieczność grupowania systemów prawnych zwraca uwagę Örücü. Co ciekawe, twierdzi on, że z jednej strony wybór systemów prawnych jest dla badacza nieograniczony. Nie musi odwoływać się do systemów podobnych należących do tej samej rodziny, ale może też sięgać do zupełnie odrębnych systemów, lecz trzeba wtedy pamiętać, aby taki nadzwyczajny system opisać oraz zestawić obok tych, które zostały zaliczone do rozwiązań zwykłych (typowych). Z drugiej strony trzeba też przestrzegać przed szerokim badaniem zbyt wielu systemów prawnych, gdyż analiza staje się wtedy powierzchowna i może okazać się, że jej rezultaty będą niezadowolające.

W podobnym tonie można też zinterpretować opinię wyrażoną przez Jana-Hendrika Rövera, który stwierdził, że wybór systemów prawnych wpływa na dobór zastosowanej metody²⁹. W procesie porównywania istotne jest nie tylko zbieranie materiałów dotyczących analizowanego zagadnienia, ale też konieczna jest ich selekcja i klasyfikacja. Tak jak wcześniej wspomniano, że celem pracy naukowca nie jest tylko opis, lecz objaśnienie przyczyn (powodów) pojawiających się różnic i podobieństw w istniejących rozwiązaniach prawnych. A skoro tak, badanie musi być pogłębione, co jest niemożliwe, gdy wybranych systemów prawnych jest zbyt wiele. Kiedy porównuje się bowiem każdy z każdym, wtedy może okazać się, że porównywanych wariantów jest tak wiele, że brakuje miejsca na wyciągnięcie wniosków badawczych³⁰. Minimalna i wystarczająca liczba obiektów porównywanych to dwa. Wtedy rozważania można prowadzić równolegle, odnosząc się do poszczególnych rozwiązań, a gdy

²⁶ E. Örücü, op. cit., s. 34.

²⁷ K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 34.

²⁸ R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, w: K. Zimmermann, M. Reimann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, s. 339.

²⁹ J. H. Röver, op. cit., s. 11.

³⁰ B. Pozzo, *Comparative Law and Language*, w: M. Bussani, U. Mattei (red.), op. cit., s. 94.

w konkretnym przypadku nie ma ekwiwalentu instytucjonalnego w jednym z systemów, warto próbować uzasadnić, czy jego brak powoduje niekorzystne skutki, czy też dany problem został rozwiązany innym środkami. Natomiast gdy liczba porównywanych systemów prawnych jest większa, bezpośrednie porównywanie jednego elementu ze wszystkimi jego odpowiednikami może w skrajnych sytuacjach prowadzić do chaosu, braku klarownych ustaleń. Wobec tego wzrasta wtedy znaczenie klasyfikacji i porządkowania, jeśli nie całych systemów prawnych, to badanych instytucji.

Zadaniem naukowca jest zestawienie i opisanie badanych rozwiązań. Niewątpliwie jest to jeden z ważnych etapów w procesie badawczym, nie jest to jednak etap finalny (cel zamierzony). W swej istocie metoda prawnoporównawcza nie polega tylko na prostym opisie systemów prawnych czy występujących w nich rozwiązań. Przed takim ujęciem badań porównawczych przestrzega w literaturze anglojęzycznej de Cruz. Aby uznać opracowanie za studia prawnoporównawcze, musi ono zawierać „wkład intelektualny”³¹. Podobnie w literaturze niemieckiej krytykuje się prace (badania) ograniczające się jedynie do „potwierdzenia istniejących różnic prawnych” (czy wręcz nazywa „błędnym kołem”)³². Naukowiec powinien pójść dalej i przedstawić propozycje własnych rozwiązań. Uzasadnienie przyczyn, dlaczego te różnice lub podobieństwa istnieją, i ich wyjaśnienie jest głównym celem naukowca. Ponadto trzeba też pamiętać, że prace komparatystyczne są wykorzystywane jako „materiał wyjściowy” (źródłowy) w procesie legislacyjnym, dlatego nie wystarczy tylko analiza stanu prawnego obowiązującego w różnych systemach prawnych, lecz musi też zostać dokonana synteza³³.

V. ANALIZA PRAWNOPORÓWNAWCZA A WYKŁADNIA PRZEPISÓW PRAWNYCH

Ogólnie wyrażany jest pogląd, że przedmiotem analizy prawnoporównawczej jest porównywanie prawa. Nie jest to jednak wystarczająco precyzyjne określenie, trzeba zatem objaśnić, co kryje się pod tym sformułowaniem. W literaturze obcojęzycznej zakłada się, że w rozwijających się społeczeństwach w erze globalizacji pojawiają się podobne, jeśli nie te same problemy, a skoro tak, naukowcy powinni znajdować funkcjonalne ekwiwalenty reguł (norm prawnych) w obcych systemach prawnych, których zastosowanie w tamtym obcym systemie powoduje podobne skutki³⁴. Treściowa ekwiwalent-

³¹ P. de Cruz, op. cit., s. 8.

³² J.-H. Röver, op. cit., s. 12.

³³ J. Rajski, *Podejście prawo-porównawcze do prac legislacyjnych w dziedzinie prawa cywilnego*, w: B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego. Wydane dla uczczenia pracy naukowej Prof. J. S. Piątoskiego*, Wrocław 1985, s. 383.

³⁴ W literaturze angielskojęzycznej używa się określenia *functional equivalent rule*, co można przetłumaczyć w tym kontekście jako „funkcjonalnie ekwiwalentna norma prawna”. J. Gordley, *The Functional Method*, w: P. G. Monateri (red.), *Methods of Comparative Law*, Northampton

ność porównywanych norm prawnych jest też związana z innym czynnikiem, na który zwraca się uwagę w procesie porównywania prawa. Jest nim porównywalność obiektów³⁵. Już na początku badań powinno nastąpić wskazanie obiektów, które będą porównywane (*tertium comparationis*).

Wynika z tego, że przedmiotem analizy prawnoporównawczej jest zestawienie co najmniej dwóch norm prawnych należących do dwóch różnych systemów prawnych. Jeżeli jednak uwzględnić, że norma prawna (jej treść) jest odtwarzana z przepisu prawnego (bądź szerzej: z tekstu prawnego) w wyniku procesu wykładni³⁶, to pozostaje do zbadania, czy i w jakim zakresie komparatysta może dokonywać wykładni (interpretacji) prawa obcego. Nie należy zapominać, że jego głównym celem jest szukanie (ustalenie) treści normy prawnej³⁷ obowiązującej w badanym systemie prawnym, a nie tylko przepisów prawnych. Wobec tego można zadać pytanie, czy prawnik komparatysta może dokonać samodzielnie interpretacji obcego przepisu prawnego. Odpowiedź na to pytanie jest przecząca, ponieważ, co do zasady, badacz komparatysta, z założenia, nie należy do tego kręgu kultury prawnej, którą bada, i nie powinien on występować w roli interpretatora przepisów należących do obcego systemu prawnego. W szczególności kwestia ta jest jednak o wiele bardziej złożona i wymaga pogłębionego objaśnienia odwołującego się do opracowanej przez polską doktrynę koncepcji o poziomowej wykładni prawa³⁸. Nie ulega wątpliwości, że prawnik komparatysta jest w stanie dokonać wykładni przepisów prawnych na najniższym jej poziomie, tzw. poziomie deskryptywnym, która polega na studiowaniu tekstu prawnego pod względem językowym. Obawy jednak budzi już rezultat wykładni normatywnej (wykładni dyrektywnej), której celem jest odtworzenie normy postępowania. Tu trzeba przede wszystkim zasygnalizować ewentualne niebezpieczeństwa wynikające z rozczłonkowania norm prawnych, które są rozproszone w różnych przepisach. Zbigniew Radwański i Maciej Zieliński wyróżniają rozczłonkowanie: syntaktyczne, treściowe oraz wyjaśniające³⁹. W procesie interpretacji, aby ustalić jednoznacznie treść danej normy prawnej, należy odszukać możliwie wszystkie modyfikatory w stosunku do treści przepisu centralnego, co wymaga szerokiej wiedzy prawniczej w danej dziedzinie⁴⁰.

2012, s. 118. W literaturze niemieckiej również pisze się o funkcjonalnym odpowiedniku instytucji prawnej (*Funktionsgleichheit von Rechtsinstitutionen*). J.-H. Röver, op. cit., s. 14.

³⁵ J. Gordley wyjaśnia, że o funkcjonalnych ekwiwalentnie normach można mówić, gdy w porównywanych porządkach prawnych występują te same problemy. Na przykładzie brytyjsko-japońskim wyjaśnia, że chociaż w obu krajach wartością jest ochrona natury, krajobrazu, to Anglicy jednak szczególnie opieką otaczają trawniki, stąd Japończyk (mieszkaniec Kraju Kwitnącej Wiśni) nie znajdzie tam wielu norm dotyczących pielęgnacji kwitnących drzew (J. Gordley, *The Functional...*, s. 118.)

³⁶ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 46.

³⁷ Norma prawa jest normą postępowania, która w sposób jednoznaczny wskazuje określone podmiotowi (adresatowi), w określonych okolicznościach, nakazuje (bądź zakazuje) określone zachowanie (M. Zieliński, op. cit., s. 47).

³⁸ Na temat koncepcji poziomowej wykładni prawa zobacz: M. Zieliński, op. cit., s. 91.

³⁹ Z. Radwański, M. Zieliński, *Wykładnia prawa cywilnego*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, nr 1, s. 15.

⁴⁰ Ibidem, s. 15.

Przykład dotyczy normy prawnej pozwalającej na wykluczenie członka ze wspólnoty mieszkaniowej. W prawie austriackim analiza ustawy o własności lokali na poziomie deskryptywnym prowadzi do ustalenia obowiązywania normy pozwalającej wykluczyć właściciela lokalu ze wspólnoty mieszkaniowej (za niewłaściwe, antyspołeczne zachowanie). Natomiast w prawie szwajcarskim analiza takiej samej grupy przepisów obejmującej własność piętra (prawie szwajcarskim „własności piętra” jest uregulowana w kodeksie cywilnym, art. 712a-712k ZGB⁴¹) prowadzi do ustalenia, że norma pozwalająca wspólnocie na wykluczenie takiej osoby nie obowiązuje. Jeżeli jednak odwołamy się do poglądów doktryny szwajcarskiej, uzupełnia ona tę lukę legislacyjną, powołując się na obowiązującą w prawie szwajcarskim normę ogólną zawartą w art. 649 ZGB, która pozwala wykluczyć członka każdej wspólnoty majątkowej, jeżeli narusza on wspólnotowe zasady.

A zatem zdecydowanie należy odradzać samodzielny wykładnię przepisów na poziomie normatywnym, co więcej, dużą wagę należy przywiązywać do doboru przedstawicieli doktryny, których poglądy są powoływane w pracy do uzasadnienia rezultatów prowadzonych badań. Konieczne jest sięganie do reprezentatywnych poglądów wybitnych przedstawicieli nauki. Skrajne poglądy mogą, a nawet powinny być odnotowane, jeżeli w danej kwestii istnieją wątpliwości, brakuje jednolitości w doktrynie czy w orzecznictwie. Wtedy trzeba wyjaśnić, na czym polega spór, przedstawić istniejące poglądy ze wskazaniem – o ile to możliwe – poglądu dominującego⁴².

Podobne wskazówki znajdujemy w literaturze angielskojęzycznej, w której jest mowa, że w analizie prawnoporównawczej konieczne jest uwzględnienie takich elementów, jak przepisy prawne (*legislation*), wypowiedzi doktryny (*jurisprudic science*) oraz orzecznictwo sądów (*judicial decision*)⁴³. Tylko całościowa analiza wszystkich tych elementów jednocześnie pozwoli ustalić normę prawną obowiązującą w danym systemie prawnym.

Z powyższych uwag wynika, że prawnik komparatysta nie może dokonywać samodzielnej interpretacji prawa obcego, czy wyrażać własnych opinii, co do zagadnień polemicznych występujących w innych (obcych) systemach prawnych. A to może prowadzić do refleksji, że prawnik komparatysta jest tylko „skrybą” relacjonującym obowiązujące rozwiązania jurydyczne. Nie jest to jednak prawdziwe stwierdzenie, ponieważ jego zadaniem jest przedstawienie wszystkich stanowisk, a następnie powinien dokonać oceny, ale już z perspektywy komparatystycznej. Jest to też opinia merytoryczna, ale oparta na szerszych przesłankach wynikających z przeprowadzonego badania porównawczego. Jest więc ona w pewnym sensie inna, bardziej syntetyczna, posługuje się także szerszą argumentacją, która wynika z wyjaśniania przyczyn istnienia różnic i istoty podobieństw występujących pomiędzy poszczególnymi rozwiązaniami prawnymi.

⁴¹ Szwajcarski kodeks cywilny z 10 grudnia 1907 r. – Zivilgesetzbuch (dalej jako: ZGB).

⁴² W literaturze niemieckojęzycznej: J. H. Röver zwraca uwagę, że komparatysta nie tylko musi uwzględniać wynik wykładni normatywnej, lecz także powinien zwracać uwagę na formułowane w literaturze wnioski *de lege ferenda*, które są wyrazem polityki prawa prowadzonej przez prawodawcę (idem, op. cit., s. 8-9).

⁴³ E. Örücü, op. cit., s. 42.

Natomiast jeżeli jednym z porównywanych obiektów jest jego własne prawo, należy tu odróżnić jego rolę jako „prawnika komparatysty” od drugiej z ról, w której może również wystąpić, czyli eksperta w danej dziedzinie prawa krajowego. Wydaje się, że wtedy autor powinien wyraźnie zaznaczyć, że wyraża na dany temat własne opinie (eksperskie), które odnoszą się do kwestii merytorycznych; jest to uzasadnione zwłaszcza co do kwestii dotyczących systemu prawa, którego jest przedstawicielem, np. referując różne grupy poglądów, opowiada się za jednym z nich. Będzie wtedy można powiedzieć, że wnosi „podwójny” wkład własny do nauki (ekspersko-komparatystyczny). Jest to możliwe w pracach, które mają cel partykularny, czyli są przeznaczone do reformy prawa krajowego

Wcześniej wspomniano, że istnieje jeszcze trzeci poziom interpretacji prawa, który wyróżnia niestety tylko polska doktryna. Jest on określanym poziomem presupozycji⁴⁴. Zawiera on informacje o wartościach preferowanych przez prawodawcę, które zazwyczaj odzwierciedlają wartości akceptowane w kulturze i tradycji społeczeństwa (narodu). Dokonanie tego rodzaju wykładni (na tym poziomie) jest możliwe przez prawnika komparatystę, który jest w stanie, studiując literaturę zagraniczną i dokonując syntezy poruszanych problemów, uchwycić preferencje ustawodawcy, zwłaszcza gdy bada kilka systemów. Co więcej, analiza w ujęciu prawnoporównawczym nawet ułatwia odkrywanie nadrzędnych zasad, którymi kieruje się dany prawodawca, ponieważ komparatysta może je porównać (i skonfrontować) z systemem wartości w innych prawodawstwach.

Chociaż, jak wcześniej wspomniałam, w literaturze obcej nie wyróżniono trzech poziomów wykładni prawa, lecz mimo to da się dostrzec pewne podobieństwo w tym podejściu, gdyż zagraniczni autorzy piszą o dwóch poziomach odniesienia, które mają wpływ na kształtowanie się poglądów wynikających z prawnego porównania⁴⁵. Pierwszy to makrosystem, przez który należy rozumieć cały system prawny. Nawet gdy konkretne badanie dotyczy tylko porównania szczegółowych regulacji czy instytucji prawnych na poziomie mikrosystemu prawnego, naukowiec musi, choć w niezbędnym zakresie, porównać różnice kulturowe, które oddziałują na mentalność prawną (kulturę prawną) w badanym systemie.

VI. CEL BADAWCZY A DOBÓR OBIEKTU PORÓWNAWCZEGO

Porównywany obiekt może być ujęty szeroko, np. cały system prawny, badanie poszczególnych gałęzi prawa (np. prawo rzeczowe), czy też instytucji prawa (rodzaje zabezpieczeń rzeczowych, konstrukcja jurydyczna prawa do lokalu), ale również przedmiotem badania może być poszukiwanie odpowiedzi na

⁴⁴ M. Zieliński, op. cit., s. 91.

⁴⁵ U. Liukkenen, *The Method of Understanding and an International Viewpoint – On the Interface between Comparative Law and Private International Law*, „Vergleichende Rechtswissenschaft” 106, 2007, s. 150.

pojedyncze pytania prawne, jak np. zagadnienie czasowego związania sprzedającego ofertą wynikającą z wystawienia produktu na wystawę sklepową⁴⁶.

Co do zasady przedmiotem badania jest prawo obowiązujące, nie można jednak też wykluczyć konieczności prześledzenia historycznych etapów rozwoju danej instytucji prawnej. W zależności od stawianego sobie celu badawczego prawnik komparatysta nie musi ograniczać się tylko do norm obowiązujących, ponieważ czasami cel poznawczy wymaga zbadania rozwoju danej instytucji w szerszym przedziale czasowym. Poszczególne etapy rozwoju, czyli procesu doskonalenia się konstrukcji jurydycznej, stają się doskonałym źródłem wiedzy dla badacza komparatysty. W takim przypadku trzeba jednak zwrócić uwagę na zasadę, że jest to dopuszczalne pod warunkiem, że przedmiotem badania obejmie się przepisy, które obowiązywały w danym systemie w tym samym momencie. Natomiast nie można odtwarzać normy prawnej z kilku przepisów, z których tylko niektóre obowiązują w danym momencie, a inne nie⁴⁷.

W zależności od zakresu tego przedmiotu, od obszerności konkretnych zagadnień składających się na wybrany temat naukowiec musi wskazać kryterium, według którego nastąpi wybór obiektów porównywanych, oraz dobrać do tego odpowiednią metodę. Ponieważ nie ma jednej uniwersalnej metody, prawnik komparatysta musi liczyć się z trudnościami dotyczącym zrozumienia prawa, które płyną z odmiennej tradycji, kultury danego kraju, a więc też przenikają do wyrażanych myśli prawnych czy ideologii⁴⁸. Nawet gdy badacz określił bardzo wąsko zakres przedmiotu badania, np. wybrał jedną normę prawną czy instytucję jurydyczną – zawsze powinien jednak, choćby tylko w minimalnym zakresie, poznać wybraną instytucję prawną i dokonać jej oceny z poziomu makrosystemu prawa⁴⁹.

VII. PODSUMOWANIE

Przedstawione w tym opracowaniu argumenty pozwalają na zaprezentowanie tezy o istnieniu nauki o porównywaniu systemów prawnych, która posiada swój szczególny materialny substrat. Jednak nie są to poszczególne gałęzie prawa ani też za jej przedmiot nie można uznać rezultatów badań prowadzonych z zastosowaniem metody komparatystycznej. Nauka o porównywaniu systemów prawnych zajmuje się opisem metody rozumianej jako ogólne ramy racjonalnej procedury, którą musi zachować każdy badacz komparatysta. Dlatego spór o liczbę metod jest pozorny, raczej należałoby uznać istnienie

⁴⁶ Taki problem prawny analizuje T. K. Graziano (*Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien*, „Zeitschriften für Vergleichende Rechtswissenschaft” 106, 2007, s. 2).

⁴⁷ M. Zieliński, op. cit., s. 47.

⁴⁸ J. H. Röver, op. cit., s. 14.

⁴⁹ Czasem bywa, że naukowiec zagłębi się w interpretację formalną bez wstępnej analizy kultury prawa, a właśnie ten kontekst społeczno-kulturowy może mieć w pewnych przypadkach decydujące znaczenie. „Sometimes the scholars are accused of »putting cart before the horse«” (U. Liukkenen, op. cit., s. 150).

ogólnej metody, która może być przedstawiana i charakteryzowana z różnym stopniem szczegółowości.

Niemniej nie należy zapominać, że każde badanie komparatystyczne cechuje się indywidualnymi celami, które powinny być przez badacza znalezione jeszcze przed przystąpieniem do zasadniczej części pracy. Praca będzie owocna, jeżeli już na początku naukowiec ma taki wyjściowy cel („starting point”), który z determinacją i konsekwencją będzie realizował. W literaturze zagranicznej powszechnie krytykuje się prace, które tylko opisują, czyli „stwierdzają” pewne rozwiązania jurystyczne. Konieczne jest bowiem, aby prawnik wniósł swój „wkład intelektualny”, wyjaśniając przyczyny różnic występujących w badanych systemach prawnych.

dr Iwona Szymczak
Uniwersytet Szczeciński
iwona.szymczak@wzieu.pl

METHOD OF COMPARATIVE LAW STUDIES

Summary

The main subject of the article is a deliberation on a method (or methods) used in comparing legal systems. However, discussing the method requires first to make a reference to the jurisprudence views on the understanding of the term *comparative law*. The scholars' views are divided into two groups. While by some scholars the term comparative law is considered to be a scientific method, other scholars accept it as a separate branch of law. In this article a thorough analysis of the arguments of both groups of scholars is presented. Regarding the terminological imprecision concerning 'comparative law', a new term: a 'science of comparison of legal systems' is proposed. This notion describes more precisely and more thoroughly the specific nature of a comparison of legal systems.

Further in the article, the main features of a comparative method as a research tool are discussed. The important ones include a selection of objects to be compared and an indication of the adequate legal reference systems. Those features have to be taken into account by the scholars using a comparative method in research.

Copyright of Journal of Law, Economics and Sociology is the property of Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznan and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

Właścicielem praw autorskich do „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego” jest Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Zawartość czasopisma nie może być kopiowana, przesyłana do innych stron internetowych bądź zamieszczana na blogach bez pisemnej zgody wydawcy. Niemniej artykuły można drukować, kopiować lub przysyłać w formie elektronicznej na własny użytek.