

Rafał Czachor

dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

orcid.org/0000-0002-5929-9719

rczachor@afm.edu.pl

Konstytucjonalizmy niezachodnie jako wyzwanie dla komparatystki prawa

Wprowadzenie

Wartość badań prawno-porównawczych oraz użyteczność metody porównawczej w naukach prawnych nie jest kwestionowana¹. Ma ona duże znaczenie dla badań prawa ustrojowego, którego kształt i specyfika jest w istotny sposób uwarunkowana takimi czynnikami jak historyczne doświadczenie organizacji i struktura danego społeczeństwa, system organów władzy publicznej i stopień instytucjonalizacji rywalizacji politycznej czy też struktura i stan gospodarki². Powyższe uwarunkowania stwarzają szerokie pole do wieloaspektowych badań porównawczych. Sytuację tę dobrze charakteryzuje metafora głosząca, że konstytucje są swoistymi „autobiografiami” systemów politycznych (a szerzej: społecznych), wynikającymi ze specyficznego stanu i okoliczności panujących w danym społeczeństwie i wytworzonym przezeń państwie³. Choć opracowania dotyczące sposobu, zakresu i celu badań prawno-porównawczych prowadzone są regularnie, to wciąż istnieją zagadnienia wymagające weryfikacji i aktualizacji. W szczególności odnosi się to do badań nad systemami prawa państw

¹ Zob. J. Wawrzyniak, *O potrzebie uprawiania prawa konstytucyjnego porównawczego*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 9, s. 112–120.

² Jak pisał o prawie konstytucyjnym Z. Ziemiński, „swoistość tej dyscypliny polega nie tylko na tym, że zajmuje się ona normami systemu prawnego o hierarchicznie nadrzędnej pozycji w stosunku do innych, normami stanowiącymi, można tak powiedzieć, statut organizacyjny państwa – ale też na tym, że szczególnie doniosła merytorycznie jest ich treść, gdyż wyznaczają one założenia ustroju społeczno-politycznego”. *Idem, Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 29.

³ A. Harding, P. Leyland, *Comparative Law in Constitutional Context*, [w:] *Comparative Law. A Handbook*, eds E. Örücü, D. Nelken, Portland 2007, s. 316.

spoza kręgu kultury zachodniej, w tym zwyczajowo nazywanych Trzecim Światem, a współcześnie coraz częściej Globalnym Południem. Choć ich konstytucjonalizmy wyrastają po części z tradycji Zachodu, będąc dziedzictwem epoki kolonialnej, to dokonały one rozmaitych absorpcji, modyfikacji i zanegowania poszczególnych zachodnich instytucji prawnych.

W ciągu ostatnich kilku dekad zachodzące w Trzecim Świecie i Globalnym Południu zmiany polityczne i prawne oceniane były najczęściej przez pryzmat dostosowania się do zachodniocentrycznego porządku prawa międzynarodowego publicznego oraz proponowanych przezeń demokratyczno-liberalnych reform ustrojowych (znanych m.in. w postaci koncepcji *good governance* czy *structural adjustment* i konsensusu waszyngtońskiego). Współcześnie, wraz ze wzrostem znaczenia Chin, Indii, Indonezji, Brazylii i innych podmiotów wcześniej klasyfikowanych jako światowe peryferia, coraz wyraźniej artykułowana jest koncepcja multicytryczności prawa, a wraz z nią potrzeba bardziej wnikliwego badania i rozumienia innych kultur prawnych. Nieprzypadkowo w ostatnich latach ukazało się wiele opracowań podejmujących rzeczową próbę opisu i wyjaśnienia niezachodnich modeli prawa ustrojowego⁴, choć zaznaczyć należy, że w najnowszym obrocie prawnoporównawczym wciąż dominuje literatura przyjmująca stanowisko zachodniocentryczne⁵. W polskim obrocie naukowym spośród niezachodnich kultur ustrojowych incydentalnie uwagę poświęcano głównie ustrojom Ameryki Łacińskiej⁶, Azji Środkowej⁷, niemalże nie dostrzegając prawa konstytucyjnego Afryki, Azji Południowo-Wschodniej

⁴ M.in. W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge 2006; *Human Rights, Southern Voices. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upendra Baxi*, ed. W. Twining, Cambridge 2009; *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, ed. D.B. Maldonado, Cambridge 2013; *Constitution Making in Asia. Decolonisation and State-Building in the Aftermath of the British Empire*, ed. H. Kumarasingham, Abingdon–New York 2016; *Constitutional Foundings in Southeast Asia*, eds K.Y.L. Tan, B.N. Son, Bloomsbury 2020; *The Global South and Comparative Constitutional Law*, eds P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, Oxford 2020; A.B. Gebeye, *A Theory of African Constitutionalism*, Oxford 2021.

⁵ K. Zweigert, H. Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998; *Comparative Law in the 21st Century*, eds A. Harding, E. Orücü, The Hague–New York 2002; *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008; *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford 2012; G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford–Portland 2014; *Comparing Comparative Law*, eds S. Besson, L. Heckendorn, S. Jubé, Zurich 2017.

⁶ M.in. K. Complak, *Parlament we współczesnej Ameryce Łacińskiej*, Wrocław 1994; A. Ławniczak, *Ustroje polityczne państw latynoamerykańskich*, Wrocław 2008.

⁷ M.in. A. Bisztyga, *Pozycja ustrojowa, organizacja i kompetencje Rady Konstytucyjnej Republiki Kazachstanu*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 2, s. 41–53; R. Czachor, *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Jana Wyżykowskiego. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12, s. 35–50; J. Szymanek, *Ustrój konstytucyjny Kazachstanu*, Warszawa 2013.

czy Oceanii⁸. Zakorzenie w zachodniocentrycznym naukowym habitusie, utrwalenie pewnych nawyków badawczych, a także historycznej siatki pojęciowej, jest jednym z wyzwań dla takich badań⁹.

Za punkt wyjścia poniższego artykułu służy teza o współlistnieniu we współczesnym świecie częściowo zbieżnych i częściowo przeciwstawnych tendencji: postępującej globalizacji prawa konstytucyjnego, rozumianego jako upowszechnienie w różnych częściach świata wyrastającego z tradycji zachodniej modelu ustroju, tj. demokratycznego państwa prawa, implementacji właściwych mu instytucji prawnych oraz gospodarki wolnorynkowej, przy jednoczesnym zachowaniu lokalnych tradycji stosunków społecznych, w tym systemów prawnych¹⁰, oporze wobec zachodniocentrycznego modelu prawa (nie tylko demokratycznego konstytucjonalizmu, ale także prawa międzynarodowego publicznego), przejawiającym się nie tylko w reakcji lokalnych środowisk naukowych, ale także w praktyce politycznej. Dla wielu badaczy reprezentujących *mainstream* konstytucjonalizmu taka sytuacja jest powodem do zgłaszania obaw odnośnie do trwałości zachodniocentrycznych pojęć państwa prawa i demokratycznego systemu władzy¹¹.

Świadomość tego, że ustroje odmienne od zachodniocentrycznych wzorców nie są zjawiskiem przejściowym, skazanym na zanik, co jeszcze na początku lat 90. XX wieku zapowiadał F. Fukuyama w *Końcu historii*¹², w sposób

⁸ M.in. Z. Biskupski, *Prezydent republiki w państwach Afryki Zachodniej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 2, s. 1–19; S. Chodak, *Systemy polityczne „czarnej” Afryki*, Warszawa 1963; Ł. Jakubiak, *System ustrojowy Senegalu*, Kraków 2014; A. Siekiera, *Prawo zwyczajowe i wierzenia maoryskie a system prawny Nowej Zelandii*, „Acta Erasmiana” 2015, nr 9/II, s. 199–211; A. Michalak, *Przestrzeganie praw człowieka w wybranych państwach Azji postkolonialnej – aktualne problemy*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 1, s. 115–134.

⁹ Jak obrazowo pisze C. Dupré: „w 1900 roku rozumienie prawa porównawczego bazowało na dwóch założeniach, tak oczywistych, że nie były artykułowane. Po pierwsze, że prawo, tak jak je rozumiano na Zachodzie, było oznaką cywilizacji. Uważano, że tylko narody cywilizowane posiadają systemy prawa. Po drugie, że cywilizacja była europejska (obejmując Amerykę ze względu na wcześniejszą europejską emigrację i osadnictwo)”. *Eadem, The Importation of Law. A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court*, [w:] *Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 269.

¹⁰ W istocie w wielu częściach świata funkcjonuje pluralizm prawny, oznaczający równoległe funkcjonowanie, w tym konflikt i wzajemne uzupełnianie się, norm prawa pisanego (państwowego), zwyczajowego, w tym plemiennego, a ponadto religijnego czy też moralnego. M.in. M. Davies, *Legal Pluralism*, [w:] *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds P. Cane, H.M. Kritzer, Oxford 2012, s. 805–827.

¹¹ M.in. *Constitutions in Authoritarian Regimes*, eds T. Ginsburg, A. Simpter, Cambridge 2014; *Constitutional Democracy in Crisis?*, eds M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, Oxford 2018; T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago–London 2018; A. Przeworski, *Crises of Democracy*, Cambridge 2019; G. Frankenberg, *Authoritarianism. Constitutional Perspectives*, Cheltenham–Northampton 2020.

¹² Zob. F. Fukuyama, *Koniec historii*, tłum. T. Bieroń, M. Wichrowski, Poznań 1996.

uzasadniony implikuje ponowne zadanie pytań o funkcje badań prawnoporównawczych. Dotychczasowa kulturowa, społeczna i gospodarcza dominacja Zachodu nad pozostałą częścią świata najprawdopodobniej odchodzi w przeszłość. Ekspansja demograficzna i gospodarcza Globalnego Południa nie powinna być niezauważona przez komparatystykę ustrojową, jednak wymaga właściwego instrumentarium. Jak wskazuje W. Menski, „współczesne badania prawnicze są zbyt skoncentrowane na przestarzałych podejściach normatywnych, dumnie głoszących swoją wyższość nad wszystkimi innymi”¹³. Pewną możliwość przełamania problemów badawczych, o których jest mowa poniżej, przynosi „zmiana języka” badań oferowana przez konstruktywizm społeczny, postmodernizm, kontestujący tradycyjny, typowy dla nauki Zachodu pozytywizm i normatywizm, na język epistemologiczny oraz śmielsze otwarcie się na pluralizm badawczy. Zaproszenie do niepozytywistycznych badań prawoznawczych daje szansę naukowcom osadzonym w zachodnim habitusie nie tylko na nowe paradygmaty i krytyczną reinterpretację zachodnich porządków społecznych, ale także na lepsze zrozumienie Globalnego Południa. Nawet jeśli tak radykalna „zmiana języka” dla wielu badaczy jest nie do przyjęcia, to prawdopodobnie stopniowo akceptują oni pogląd, że pozytywistyczny formalizm badawczy w przypadku badań nad ustrojami Afryki, Azji czy Pacyfiku powinien cechować się większą wrażliwością badawczą i otwarciem na podejścia interdyscyplinarne¹⁴.

W związku z powyższym cele niniejszego artykułu są następujące: po pierwsze, przedyskutowanie bieżących ustaleń doktryny w przedmiocie statusu badań prawnoporównawczych, często określanymi mianem prawa porównawczego, opartych w istocie na komparatystyce jako metodzie (a niebędących odrębną gałęzią nauk prawnych); po drugie, wskazanie specyfiki konstytucjonalizmów państw niezachodnich jako wyzwania badawczego dla komparatystyki prawniczej oraz związanych z tym szans i zagrożeń dla procesu badawczego; po trzecie – zarysowanie problemu badań niezachodniego prawa ustrojowego z dwóch perspektyw: „radykalnej”, niepozytywistycznej, osadzonej na gruncie konstruktywizmu społecznego oraz bliższej tradycyjnemu normatywizmowi perspektywy zmierzającej ku interdyscyplinarności w ramach nauk społecznych. Poniższy tekst podnosi niektóre wątpliwości i dylematy, odzwierciedlając współczesny obraz ustrojowych badań porównawczych państw niezachodnich, pretendując jedynie do miana głosu w dyskusji.

¹³ W. Menski, *Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 5.

¹⁴ Zagadnienia metodologiczne, w tym deskryptywizm i konstruktywizm, w naukach prawnych wyczerpująco omawiają: T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dylematy. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016.

Prawo porównawcze – odrębna gałąź prawa czy metoda badawcza?

Dla zagadnienia będącego przedmiotem niniejszego artykułu fundamentalne znaczenie ma określenie treści pojęcia „prawo porównawcze”. Rozbieżności dotyczą tego, czy należy je rozumieć jako odrębną gałąź prawa (traktując je na równi z m.in. prawem administracyjnym, cywilnym czy międzynarodowym publicznym), czy też jako określoną metodę badawczą znajdującą zastosowanie na gruncie nauk prawnych, podobnie jak i innych dyscyplin naukowych.

Powyzsza kwestia od dawna jest przedmiotem zainteresowania doktryny¹⁵. Źródłem problemu identyfikacji prawa porównawczego (*ius comparatum*, *comparative law*) jest kwestia natury językowej, albowiem w języku polskim, podobnie jak i angielskim, nie dokonuje się tak wyraźnego rozróżnienia, jakie ma miejsce w języku niemieckim, gdzie funkcjonuje *Rechtsvergleichung* oraz *vergleichende Rechtswissenschaft* oznaczające odpowiednio porównywanie prawa oraz prawoznawstwo porównawcze. W przypadku obu pojęć nie ma jednak próby pretendowania przez nie do miana subdyscypliny prawa. Ze względu na specyfikę i zakres badań opartych na metodzie prawnoporównawczej przychylić należy się do stanowiska, iż uprawnione jest posługiwanie się pojęciem „nauki o porównywaniu systemów prawnych”¹⁶. Nie jest to jednak subdyscyplina nauk prawnych. Decyduje o tym to, iż tak ujęte „prawo porównawcze” nie posiada własnego budulca w postaci wyłącznie jemu właściwych norm prawnych, nie posiada żadnej własnej substancji, wreszcie nie ma wyrazistego desygnatu, bowiem nie ma norm, które można by nazwać „normami porównawczymi”¹⁷. Uprawianie m.in. administracyjnego, karnego czy konstytucyjnego „prawa porównawczego” jest możliwe tylko na podstawie uprzednio wykształconego dogmatycznego fundamentu powyższych subdyscyplin prawa. Komparatystyka ma zatem w tym przypadku charakter wtórny, odwołuje się do już istniejących ustaleń badawczych, dokonując zestawienia i porównania norm prawnych pochodzących z różnych porządków (normy prawa miejscowego, krajów związkowych tworzących federację czy państwowego). Z powyższego wynika, że rezultaty badań porównawczych nie stanowią odrębnego obszaru wiedzy, lecz lokują się w obszarze np. prawa administracyjnego, karnego czy konstytucyjnego¹⁸. Tym samym komparatystyka jest jedynie metodą badawczą, sposobem pozyskiwania wiedzy, która

¹⁵ Z nowszego piśmiennictwa polskiego: R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 9, Warszawa 2008; I. Szymczak, *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, R. 76, z. 3, s. 37–48.

¹⁶ I. Szymczak, *Metoda nauki...*, *op. cit.*, s. 38.

¹⁷ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza...*, *op. cit.*, s. 23.

¹⁸ *Ibidem*.

następnie jest strukturyzowana przez badacza i staje się podstawą do sformułowania określonych wniosków.

W świetle powyższego uprawnione jest twierdzenie o istnieniu prawa porównawczego wyłącznie jako metody badawczej na gruncie nauk prawnych. Jej podstawą jest porównanie, zestawienie dwóch bądź większej liczby obiektów w celu ujawnienia podobieństw i różnic na podstawie analizy norm prawnych. Metoda porównawcza oferuje badaczowi szeroki wachlarz norm i instytucji prawa, które mogą być poddane badaniu, a także kryteriów, wedle których takie badanie będzie prowadzone. Zarówno wybór przedmiotu, jak i kryteriów badania może uzasadniać odwołanie się do innych dyscyplin naukowych. Co więcej, na poszczególnych etapach badania prawno-porównawczego, w tym wyjaśnienia i oceny podjętego problemu badawczego oraz przy opracowaniu wniosków z badań porównawczych, zasadne bywa odwoływanie się do metod właściwych głównie innym dyscyplinom (np. socjologii). Dla klasycznego prawniczego pozytywizmu i zakorzenionych w europejskim paradygmacie spadkobierców H. Kelsena może być to poważnym wyzwaniem¹⁹.

Tradycyjne normatywistyczne podejście wyróżnia cztery możliwe cele badań prawno-porównawczych. Jak przed czterdziestu laty pisał Z. Ziemiński, prawo porównawcze może, po pierwsze, sprowadzać się do równoległego prowadzenia badań dogmatycznych nad kilkoma systemami prawa, tak by porównywać co do treści odpowiednie normy oraz instytucje prawa, „tak pojęte prawoznawstwo nie przedstawia jednak w zasadzie niczego szczególnego co do sposobu formułowania i rozwiązywania problemów dogmatycznych [...], a jedynie sposób opracowania wyników jest w tym przypadku szczególny”²⁰. Po drugie, może ono służyć poznawaniu określonych elementów obcych systemów prawnych, w szczególności o podobnym ustroju i kulturze prawnej w celu doskonalenia rodzimego systemu prawnego. Po trzecie, może być punktem wyjścia dla „dyscypliny przygotowującej unifikację prawa różnych państw, a w każdym razie

¹⁹ Tęgo, że normatywizm jest podstawową, domyślną orientacją świadczą słowa badającego różne kultury prawne (*sic!*) Z. Brodeckiego: „Na Wschodzie nie przywiązuje się tak dużej wagi do prawa w życiu społecznym jak na Zachodzie. Bliskowschodnia zależność prawa od religii i skłonność do marginalizacji prawa w stosunkach społecznych Chin (Man i Wai) i Japonii powoduje, że w kulturze Wschodu prawo jest ledwie dostrzegalne”. *Idem, Metodologia regule iuris*, [w:] Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010, s. 23. Tymczasem sytuacja jest zgoła odmienna, prawo nie tylko nie jest „ledwie dostrzegalne”, lecz ma różnorodny charakter: stanowiący, zwyczajowy, religijny/moralny (zależnie od części Azji). Ma zatem miejsce pluralizm prawny, dodatkowo w przypadku większości państw tego obszaru wzbogacony unikalnym charakterem prawa stanowiącego, łączącego instytucjonalne naleciałości epoki kolonialnej z rozwiązaniami lokalnymi.

²⁰ Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983, s. 23–24.

upodobnienie systemów prawnych jakiegoś typu”²¹. Po czwarte, może być „dyscypliną czy specjalnością naukową mającą za zadanie formułować jeśli nie prawa ogólne, to przynajmniej generalizacje historyczne odnoszone do systemów prawnych określonych krajów i określonych formacji”²². Nieprzypadkowo F. Longchamps de Bérier pisał zaś, że „spojrzenie porównawcze [...] ukaże, że nauka ta [chodziło o komparatystykę prawa administracyjnego – przyp. R.C.] potrafi ciekawie i trafnie zdawać sprawę ze swego przedmiotu, otwierać szerokie horyzonty poznawcze i dawać impulsy dla bardziej ogólnych refleksji”²³.

Powyższy podział z perspektywy pozytywistycznej zachodniocentrycznej nauki prawa nie stracił aktualności. Upraszczając, można przyjąć, że zasadnicze cele komparatystyki prawnoustrojowej mają dwojaki charakter: naukowo-poznawczy oraz praktyczny²⁴. W ramach pierwszego z nich wyróżnić można cele bardziej szczegółowe, w tym: a) wzbogacenie istniejącej wiedzy, rozbudowanie siatki pojęciowej m.in. odnośnie do instytucji prawnych istniejących w innych systemach prawa; b) generalizowanie, klasyfikowanie i tworzenie standardowych modeli, a dzięki temu także identyfikowanie odstępstw od standardowych modeli (np. model demokratycznego sądownictwa konstytucyjnego); c) lepsze zrozumienie własnego systemu prawa przez konfrontowanie własnych rozwiązań prawnych z rozwiązaniami obcymi. Wśród celów praktycznych wskazać można: a) interpretację własnego prawa przez odwołanie się do doświadczeń innych systemów prawa; b) doskonalenie i konwergencję prawa (np. w celu dostosowania do przepisów prawa ponadnarodowego, w tym Unii Europejskiej).

Czynności badawcze z wykorzystaniem metody porównawczej – zgodnie z pozytywistycznym kryterium jedności ontologicznej i epistemologicznej – obejmują selekcję przedmiotu badań (zgodnie z zasadą, że porównywać należy obiekty porównywalne), ujawnienie podobieństw i różnic oraz sformułowanie wniosków. Współcześnie coraz częściej uwidacznia się próba uwzględniania szerokiego spektrum czynników wpływających na system prawa, co skutkuje przyjmowaniem *a priori* założenia o istnieniu różnic pomiędzy porównywanymi obiektami. Podejście takie służy m.in. podkreśleniu różnorodności, bogactwa poszczególnych tradycji prawnych i specyfikę każdego z systemów prawa. Dobitnie oddaje to myśl i dorobek P. Legranda, który stwierdza, że badania prawnoporównawcze służą badaniom i pomiarowi różnic, a nie tylko ujawnianiu

²¹ *Ibidem*, s. 24–25.

²² *Ibidem*, s. 25; por. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 41–43.

²³ F. Longchamps de Bérier, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy*, red. J. Boć, K. Nowacki, Wrocław 2001, s. 4.

²⁴ Jak pisał R. Tokarczyk, „prawo porównawcze ma dwie orientacje – praktyczną i teoretyczną, lecz nie są one oddzielone od siebie »chińskim murem«”. *Idem*, *Komparatystyka prawnicza...*, *op. cit.*, s. 24.

podobieństw²⁵. Z pewnością ujawnienie różnic i ich opis są większym wyzwaniem niż stwierdzenie podobieństw²⁶. Wąski normatywizm, dla którego punktem wyjścia badań jest norma prawna i który instytucje społeczne postrzega jako pochodną prawa, stoi przed poważnym wyzwaniem rewizji swoich kulturowo ukształtowanych sposobów porządkowania wiedzy, realizmu ontologicznego i własnych wyobrażeń uznawanych za prawdę i obiektywną rzeczywistość. Jaskrawo obrazuje to opinia, iż „pozytywizm prawniczy jest wrogiem zrozumienia w naukach prawnych. Jest on redukcjonistyczną perspektywą, która sztucznie wyklucza z pola widzenia głębsze struktury prawa (jak kultura prawna, język wyrażający normy prawne, rewolucyjne momenty), a także jego dekoracyjne i symboliczne elementy. W konsekwencji pozytywizm zostaje zdemaskowany jako na wskroś formalistyczne podejście, w tym sensie że forma dominuje nad strukturą i dominuje w dyscyplinie prawa. Ignoruje (w oryginale – *outlaws*) jego głębsze aspekty strukturalne”²⁷. Dostrzegając ten problem, jeden z częściej cytowanych badaczy ustrojów państw azjatyckich M. Chiba wyróżniał kategorie „prawa oficjalnego”, „nieoficjalnego” i „postulatów prawnych” jako kategorii, po pierwsze, racjonalizujących funkcjonowanie orientalnych systemów prawa, po drugie, jako podstawy własnej siatki pojęciowej z zakresu ustrojoznawstwa²⁸. Z powyższego wynika potrzeba redefinicji paradygmatów stosowanych w odniesieniu do konstytucjonalizmu jako przedmiotu badań prawnoporównawczych. Jak wynika z tych rozważań, metoda porównawcza, mimo swojego ontologicznego wymiaru i pozytywistycznego zakorzenienia, stwarza możliwości jej elastycznego dostosowywania i stosowania także w perspektywie epistemologicznej. Nie jest bowiem komparatystyka prawnicza zmonopolizowana przez pozytywizm prawniczy. Sposób gromadzenia danych, ich opracowania i nadania sensu nie jest metodą prawnoporównawczą w żaden sposób zdeterminowany. Prawnik-komparatysta może swobodnie przesuwac się w układzie współrzędnych ontologia–epistemologia.

²⁵ P. Legrand, *Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity*, „Journal of Comparative Law” 2006, no. 1, s. 365–460; *idem*, *The Same and the Different*, [w:] P. Legrand, M. Roderick, *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge 2003, s. 240–311.

²⁶ Z tego powodu W. Menski pisze, że badania prawnoporównawcze są bardziej wymagającym zajęciem niż praca „prawników-techników” zajmujących się prawem krajowym. *Idem*, *Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 67.

²⁷ *Ibidem*, s. 33, gdzie jest cytowany U. Mattei: *idem*, *The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco. A Study in Legal Influence*, [w:] *Rethinking the Masters of Comparative Law*, ed. A. Riles, Oxford–Portland 2001, s. 254.

²⁸ Z najważniejszych dzieł tego japońskiego prawnika: *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, ed. M. Chiba, New York 1986; *idem*, *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo 1989; *idem*, *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, „Ratio Juris” 2002, vol. 11, no. 3, s. 228–245.

Konstytucjonalizm czy konstytucjonalizmy?

Konstytucjonalizm jest pojęciem, które w ostatnich dekadach stało się jednym z popularniejszych wśród ustrojznawców. Przy tym zasadne jest stanowisko, że „nie ma żadnej powszechnie akceptowanej definicji konstytucjonalizmu”²⁹. R. Ludwikowski pisze, że „wąsko pojęty konstytucjonalizm jest kierunkiem w teorii państwa i prawa opierającym się na istniejących w kulturze politycznej społeczeństwa poglądach i ocenach uznających, że organizacja państwa i społeczeństwa winna być oparta na porządku wyjaśnionym i unormowanym w określonych zasadach i normach konstytucji. Konstytucjonalizm pojęty szeroko obejmuje zarówno faktyczny porządek konstytucyjny, czyli sposób organizacji państwa i społeczeństwa, opierający się na zasadach i instytucjach określonych przez konstytucję, jak i zespół funkcjonujących poglądów wskazujących na to, jakie winny być funkcje i struktura konstytucji”³⁰.

Współczesna epoka, nazywana późnym modernizmem lub postmodernizmem, przyniosła istotne zmiany, na które nauki prawne, w tym konstytucjonalizm, powinny dać odpowiedź. Jak słusznie wskazuje N. Krisch, po zakończeniu zimnej wojny na przełomie lat 80. i 90. XX wieku konstytucjonalizm, będący od dwóch stuleci fundamentem ustrojów europejskich, przeszedł drogę od największego triumfu do najpoważniejszego kryzysu³¹. Jego źródłem jest globalizacja, która znosi dotychczasowe bariery międzynarodowe, ogranicza suwerenność państw, dotychczasowe hierarchie zastępuje heterarchiami i tymczasowymi, dynamicznymi strukturami opartymi na wspólnym interesie.

Globalizacja pochodzi z Zachodu: zmienia kulturę, wartości, stosunki społeczne, a napędzające ją siły neoliberalne oczekują, że świat je zaakceptuje i wdroży, przede wszystkim dokonując demokratyzacji i reform wolnorynkowych. Pod wpływem globalizacji następuje redefinicja pojęcia państwa, władzy publicznej czy też suwerenności. W jej wyniku państwa stają się kosmopolityczne i takiego charakteru nabiera również – będące jednym z kluczowych regulatorów stosunków społecznych – prawo. Tradycyjne dychotomiczne ujęcie prawa krajowego i międzynarodowego jest stopniowo zastępowane nowymi podejściami, w tym przynoszącymi przesunięcie akcentu na jego spójność i specyficzną organizację w postaci wielopoziomowości³². Wielopoziomowość

²⁹ R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000, s. 4.

³⁰ *Ibidem*, s. 41. Z najnowszej polskojęzycznej literatury dotyczącej granic rozumienia pojęcia konstytucjonalizmu zob. A. Kustra-Rogatka, *Konstytucjonalizm a polityczność*, „Krytyka Prawa” 2020, t. 12, nr 3, s. 50–69.

³¹ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010, s. 3.

³² *Ibidem*.

oznacza jednak utrzymanie hierarchii społeczności międzynarodowej z dominującą rolą Zachodu wobec peryferyjnego Globalnego Południa³³.

Potwierdzeniem tego typu supozycji jest koncepcja „konstytucjonalizmu globalnego”, która ufundowana jest na jednym z dwóch filarów neoliberalizmu: doktrynie praw człowieka (drugim filarem jest gospodarka wolnorynkowa). Istnieją podstawy, by twierdzić, że ma miejsce powtarzanie w wymiarze światowym określonych okcydentalnych wzorców, jednak dyskusyjne jest, czy można to traktować jako dowód na poparcie tezy, iż „konstytucjonalizm globalny” staje się faktem³⁴. Po pierwsze, ma miejsce popularyzacja pisanych konstytucji, które stypulują demokratyczny system rządów, gwarancje praw człowieka i obywatela, swobodę działalności gospodarczej. Po drugie, upowszechnił się dyskurs demokratyczny i liberalny, nie posiadając obecnie poważnej alternatywy³⁵. Po trzecie, coraz większy wpływ na ustawodawstwo krajowe i funkcjonowanie instytucji publicznych ma prawo międzynarodowe, w tym prawo podmiotów ponadnarodowych, jak Unia Europejska, oraz *soft law* organizacji międzynarodowych, tworząc presję głównie na demokratyzację i przestrzeganie praw człowieka. Po czwarte, coraz powszechniejszą praktyką stają się ustrojowe „transplantacje”. „Dawcami” takich instytucjonalnych „przeszczepów” stają się systemy należące do zachodniej kultury prawa, zaś biorcami – mniej lub bardziej dobrowolnymi – państwa należące do innych kultur prawnych³⁶. Fakty te, jak wskazuje W. Menski, prowadzą do tego, że mainstreamowa nauka prawa

³³ Najbardziej znaną współczesną koncepcją świata jako zhierarchizowanej przestrzeni opartej na dominacji ekonomicznej (ale także hegemonii kulturowej) Zachodu nad peryferiami jest teoria systemów-światów I. Wallersteina: *idem, Analiza systemów-światów. Wprowadzenie*, tłum. K. Gawlicz, M. Starnawski, Warszawa 2007.

³⁴ M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, „Virginia Journal of International Law” 2009, vol. 49, no. 4, s. 985–1006.

³⁵ Tezę tę potwierdza to, iż do tej pory tylko pięć krajów w swoich ustawach zasadniczych utrzymało zasadę państwa socjalistycznego: Chińska Republika Ludowa, Koreańska Republika Ludowo-Demokratyczna, Socjalistyczna Republika Wietnamu, Laotańska Republika Ludowo-Demokratyczna i Republika Kuby. Por. N.S. Bui, *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World*, Oxford 2020.

³⁶ Na marginesie rozważań pozostaje kwestia, czy przeniesienie określonego zespołu norm prawnych z jednego systemu prawa do innego nie wiąże się z utratą przez nie dotychczasowych walorów. Przykładem może służyć nieudana, dokonana „od góry”, demokratyzacja Iraku po obaleniu Saddama Husajna (por. A. Arato, *Constitution Making Under Occupation. The Politics of Imposed Revolution in Iraq*, New York 2009). Z kolei oddolnie, lecz „pod przymusem” instytucji międzynarodowych (w tym Organizacji Narodów Zjednoczonych, Międzynarodowego Funduszu Walutowego i Banku Światowego, Światowej Organizacji Handlu), wdrażano demokratyczne i wolnorynkowe reformy ustrojowe w takich państwach jak Kambodża czy Rwanda. Ich rezultatów również nie można ocenić jednoznacznie. Krytycznie na temat tego, czy pierwotna treść „przeszczepianych” norm prawnych w trakcie „operacji” może zostać zachowana: P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 1997, vol. 4, no. 2, s. 111–124.

traktuje globalizację jako uniformizację³⁷. Tymczasem zasada „rządów prawa”, która w opinii J. Waldrona jest obok demokracji, praw człowieka i wolnego rynku rdzeniem zachodniej moralności politycznej³⁸, nie jest w takim rozumieniu znana światu niezachodniemu. Ignorując to, odrzuca się pogląd, że ład międzynarodowy i harmonia mogą być osiągnięte przez tolerancję dla różnorodności, traktując tę różnorodność jako problem, który należy usunąć³⁹.

Uniwersalistyczne tendencje globalizacji powodują, że równoległe do niej w różnych częściach świata kształtuje się trend odmienny – ku utrzymywaniu lokalnych struktur społecznych, nieliberalnych systemów prawa, które czerpią z miejscowych tradycji i własnego doświadczenia⁴⁰. Nieprzypadkowo wiele społeczeństw Globalnego Południa jest zaniepokojonych globalizacją, postrzegając ją jako nową formę kolonializmu, która dokonuje się na niwie gospodarki i kultury⁴¹. W szczególności wskazać należy, po pierwsze, na emancypację narodów wcześniej skolonizowanych⁴², po drugie, odrodzenie lokalnych modeli władzy i dystrybucji zasobów wśród społeczeństwa, które dokonuje się przez

³⁷ W tym kontekście W. Twining już w 2000 r. pisał, że globalizacja i totalizacja przynosi postęp zachodniocentrycznego „przemysłu praw człowieka”, który odrzuca możliwość ochrony praw człowieka przez normy prawa lokalnego, narzucając globalne, zuniformizowane standardy. *Idem, Globalisation and Legal Theory*, London 2000, s. 192. Z innego punktu widzenia przyjęcie redukcjonistycznego założenia o uniwersalności konstytucjonalizmu zachodniego prowadzi do błędnych wniosków. Ich przykładem jest stwierdzenie, że „już ponad dwieście lat temu owe zasady konstytucjonalizmu [amerykańskiego – przyp. R.C.] stały się symbolem nowoczesnego społeczeństwa. Były nie tylko amerykańską specyfiką, ale wplotły się w zasadę konstytucjonalizmu na globalną skalę”. D. Minich, *Konstytucjonalizm a rozumienie prawa*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 19, s. 37.

³⁸ J. Waldron, *The Rule of Law as a Theatre of Debate*, [w:] *Arguing about Law*, eds A. Karanagh, J. Oberdiek, New York 2012, s. 212.

³⁹ R. Cotterell, *Seeking Similarity, Appreciating Difference. Comparative Law and Communities*, [w:] *Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 44. Dzieje się tak w wyniku błędnego rozumienia konstytucjonalizmu zawężonego do jego liberalnego wariantu, którego implikacjami są demokratyczne rządy prawa i liberalizm. M.in. M. Korycka-Zirk, *Filozoficznoprawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, s. 178.

⁴⁰ Tego, że jest to zjawisko datujące się od początku dekolonizacji, dowodzą słowa pioniera badań na konstytucjonalizmem afrykańskim K. Biskupskiego z 1964 roku: „Nie negując wartości europejskiej tradycji kulturalnej, wielu afrykańskich intelektualistów odgrzebuje z pyłu niepamięci własne tradycje ustrojowe, dorobek i związki międzynarodowe starej nauki afrykańskiej. Tendencje te niejednokrotnie zabarwione są mistycznie lub nawet mesjanistycznie”. *Idem, Prezydent republiki...*, *op. cit.*, s. 2. Por. H. Kwasi Prempeh, *Africa's „Constitutionalism Revival” False Start or New Dawn?*, [w:] *Democracy, Constitutionalism, and Politics in Africa. Historical Contexts, Developments, and Dilemmas*, ed. E.N. Sahle, New York 2017, s. 13–60.

⁴¹ S.L. Doshi, *Modernity, Postmodernity and Neo-sociological Theories*, Jaipur–New Delhi 2003, s. 367; W. Menski, *Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 12.

⁴² Na gruncie doktrynalnym największej emancypacji dokonały Indie, które w ostatnich dekadach nie tylko twórczo rozwinęły system prawa odwołujący się do dziedzictwa brytyjskiego *common law* i własnych tradycji, ale także wnoszą wkład w studia ustrojowe z perspektywy postkolonialnej. Odnotować można m.in. takie postaci jak U. Baxi i V.R. Krishna Iyer.

redefinicję dotychczasowych systemów, absorpcję (często jako „nowomodny dodatek”) lub odrzucenie prawa kolonialnego⁴³, po trzecie, podejmowanie przez konstytucjonalizmy niezachodnie specyficznych problemów społecznych i gospodarczych, praktycznie niebędących przedmiotem zainteresowania doktryny zachodniej (m.in. sprawiedliwość tranzycyjna, konflikty etniczne, odbudowa powojenna). Opór wobec zachodniocentrycznego, promowanego przez doktrynę neoliberalną modelu prawa, widać w różnych częściach świata. Wśród przyczyn tego stanu rzeczy można upatrywać tego, że zachodnia kultura prawna pojawiła się tam wraz z kolonizacją, uzasadniając i legitymizując opresję. W świetle powyższego, uznając istnienie multicytryczności prawa, uzasadnione jest pytanie, jakie instrumentarium winien mieć konstytucjonalizm porównawczy, by obejmował tak różnorodne praktyki społeczne.

Klasyczne pozytywistyczne rozumienie konstytucjonalizmu wywodzi się z tradycji oświecenia i za główny produkt uznawało pisaną konstytucję. Nawet na gruncie zachodniej kultury prawnej nie był on rozumiany jednolicie. Odrębnie rozwijał się on w kulturze anglosaskiej, gdzie silny wpływ odgrywało *common law*, odrębnie w kulturze Europy kontynentalnej, gdzie również wyróżnić można niemiecką tradycję normatywną i francuską tradycję egzegezy⁴⁴. Mimo to wspólną jego cechą jest scjentyzm, rozumność, kult postępu oparty na kartezjańskich ideałach i postrzeganie tekstu prawnego jako posiadającego obiektywne, tj. możliwe do ustalenia naukowego, znaczenie⁴⁵. Ten swoisty konserwatyzm wynika, w opinii W. Twininga, z tego, że „przez ponad 200 lat zachodnia nauka prawa była zdominowana koncepcją dążącą do monizmu, statyzmu i pozytywizmu”⁴⁶. Współczesne analityczne podejście wyróżnia trzy zasadnicze formy konstytucjonalizmu: a) praktykę państwową opartą na demokratycznym *rule of law*, gdzie konstytucja jest źródłem gwarancji wolności i praw człowieka, ogranicza dyskrejonalną władzę władz publicznych; b) ideę związania władzy konstytucją pisaną lub inną formą niezależnych od tej władzy normatywów; c) filozoficznie uwarunkowany dyskurs wokół zagadnień władzy, jej obowiązków i wpływu na stosunki społeczne. Wszystkie one wyrastają z pozytywistycznej orientacji prawa. Pierwsza ma charakter stricte normatywny i preskryptywny. Perspektywa ta niewątpliwie ułatwia prowadzenie badań porównawczych, bowiem wystarczy

⁴³ A. Ławniczak, *Kilka uwag na temat powstawania i charakteru konstytucyjnych ustrojów prawno-politycznych byłego Trzeciego Świata*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr 120/1, s. 195.

⁴⁴ A. Sulikowski, *Pozytywistyczne pojęcie konstytucji a kontrola konstytucyjności prawa*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2008, nr 11, s. 47–51.

⁴⁵ *Idem*, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec triumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012, s. 88.

⁴⁶ W. Twining, *Globalisation...*, *op. cit.*, s. 232.

porównać treść odpowiednich aktów prawnych. Jednakże ma to sens w przypadku porównywania instytucji prawnych w ramach tej samej kultury prawnej. W przypadku różnych kultur prawnych może prowadzić do uproszczeń, nieporozumień i błędnych wniosków. Druga perspektywa analizuje funkcjonowanie prawa konstytucyjnego w szerszym kontekście jego uwarunkowań społecznych, aczkolwiek bywa ograniczana Kelsenowskim postulatem metodologicznej czystości prawa. Ostatnia perspektywa ma charakter filozoficzny, dotyczy nie tyle konstytucjonalizmu jako systemu norm prawnych, ale dyskursu o konstytucjonalizmie. Skupia się on na tym, jak ustrukturyzowane są praktyki wytwarzające konstytucjonalizm i intensywnie czerpie ze współczesnej filozofii – krytyki pozytywizmu, podejść krytyczno-dyskursywnych, jest inspirowana przez hermeneutykę i strukturalizm.

Rozumiejąc powyższe metodologiczne szanse i ograniczenia, M. Tushnet wzywa do pluralizacji rozumienia konstytucjonalizmu⁴⁷, F. Hoffmann do „deweberyzacji” normatywnych założeń prawa porównawczego⁴⁸, a R. Hirschl podkreśla, że musi się to odbyć w ścisłym dialogu z innymi naukami społecznymi (twierdząc o przejściu od konstytucyjnego prawa porównawczego do porównawczych studiów konstytucyjnych)⁴⁹, a dialog ten odbywać się może przez nacisk na polityczne aspekty konstytucjonalizmu⁵⁰. Takie badawcze otwarcie się nie jest dla zachodniego konstytucjonalizmu łatwe, bowiem, jak celnie zauważają M. Stambulski i A. Czarnota: „wypracowany przez prawników sposób uprawiania konstytucjonalizmu dawno już zasłużył na swoją nazwę, którą jest »dogmatyka konstytucyjna«. Jak każda dogmatyka także ta posiada swoich kapłanów, święte teksty oraz rytuały. Jej energia poświęcona jest zachowaniu czystości doktrynalnej oraz obronie istniejących hierarchii”⁵¹. Zatem w świetle powyższych stanowisk nie będzie nadużyciem konstatacja, że bycie strażnikiem normatywizmu i czystości badań prawnoporównawczych przestaje być cnotą, a raczej doskwierającym ograniczeniem.

Wyjście poza strefę badawczego komfortu oznacza porzucenie esencjonalizmu, zachodniocentrycznej dogmatyki konstytucyjnej i uznanie godności

⁴⁷ M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues*, [w:] *Constitutions in Authoritarian Regimes...*, *op. cit.*, s. 36.

⁴⁸ F. Hoffmann, *Facing South. On the Significance of An/Other Modernity in Comparative Constitutional Law*, [w:] *The Global South...*, *op. cit.*, s. 42.

⁴⁹ R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2015.

⁵⁰ Z najnowszych polskich publikacji „odkrywających” polityczną stronę konstytucjonalizmu zob. M. Stambulski, A. Czarnota, *Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa” 2019, t. 11, nr 1, s. 1–16; A. Kustra-Rogatka, *Konstytucjonalizm...*, *op. cit.*

⁵¹ M. Stambulski, A. Czarnota, *Janusowe oblicze...*, *op. cit.*, s. 10.

wszystkich dyskursów konstytucyjnych. Świadomość powyższego nie rozwiązuje problemów, z którymi stykają się zakorzenieni w zachodnim habitusie prawnicy, podejmując się badań obcych systemów prawa. Do tych problemów należy: po pierwsze, nieprzystawalność wypracowanej w nauce zachodniej siatki pojęciowej (w ogóle należałoby zadawać fundamentalne pytanie, jak w danej kulturze jest rozumiane prawo); po drugie, nierozumienie lokalnego kontekstu kulturowego i stosowanie upraszczających klisz, ponadto nierzadko ma także miejsce aprioryczne założenie, że konstytucjonalizm jest wynalazkiem Zachodu i inne systemy obligatoryjnie z niego czerpią i są jego pochodną, co prowadzi do przekonania o wyższości własnego systemu prawa, ignorowaniu i odrzuceniu wartości dorobku innych kultur traktowanych jako „lokalne”, „rdzenne” lub „przednowoczesne”⁵² czy wręcz „prymitywne”⁵³.

W stronę pluralizacji (I): paradygmaty postpozytywistyczne

Rozważania nad warsztatem badawczym, który sprostałby wyzwaniu właściwego poznania i porównania instytucji niezachodniego prawa ustrojowego, rozpocząć należy od konstatacji, iż klasyczny, wąsko rozumiany normatywizm nie jest w tym zakresie właściwy. Świadomość tego w literaturze anglosaskiej datuje się przynajmniej od kilku dekad⁵⁴. W związku z tym poszukiwania prowadzić można przynajmniej w dwóch kierunkach. Po pierwsze, sięgając do paradygmatów postpozytywistycznych, w tym krytycznych studiów nad prawem (*Critical Legal Studies*), można próbować zrozumieć niezachodnie konstytucjonalizmy jako odmienne, lecz równe zachodniemu, opowieści o prawie, uwikłane w przesady, oparte na pewnych założeniach i służące określonym celom formułowanym przez mniej lub bardziej jawne grupy⁵⁵. Po drugie, sięgając do koncepcji konstytucjonalizmu w jego społeczno-historycznym i funkcjonalistycznym kontekście, gdzie badacz pozostaje na gruncie – najprawdopodobniej bliższego mu – normatywizmu, lecz wzbogaca swoją perspektywę o wątki związane z funkcjonalnym aspektem kształtu analizowanych i porównywanych przez siebie instytucji prawnych. Są to dwie epistemologicznie zgoła odmienne próby rozwiązania zarysowanego powyżej problemu i – co oczywiste – doprowadzą badaczy do zgoła innych wyników. Co więcej, opisane poniżej podejścia

⁵² P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, *The Global South and Comparative Constitutional Law. An Introduction*, [w:] *The Global South...*, *op. cit.*, s. 4.

⁵³ E.A. Hoebel, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard 1964.

⁵⁴ Zob. m.in. M.B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford 1975.

⁵⁵ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, *op. cit.*, s. 20–21.

nie mogą pretendować do wyłącznie możliwych. Stanowią jednak dobry punkt wyjścia ku przełamaniu dotychczasowych ograniczeń, otwierając nowe „wymiar” badań nad prawem.

Powyższe zastrzeżenia dowodzą, że nowoczesne, refleksyjne i epistemologiczne badania nad prawem ustrojowym Globalnego Południa znajdują się wciąż *in statu nascendi*. Do tej pory środowiska konstytucjonalistów komparatystów nie wypracowało paradygmatu zbliżonego w swej treści, metodzie i orientacji badawczej do TWAIL (*Third World Approaches to International Law*)⁵⁶. Wynika to albo, co mało prawdopodobne, z triumfu neoliberalizmu wśród konstytucjonalistów i ich wiary w zwycięstwo zachodniocentrycznego modelu rządów, co czyniłoby ignorowanie odmiennych perspektyw badawczych i systemów rządów uzasadnionym, albo, co bardziej możliwe, z tego, że prawo konstytucyjne dopiero może organizować się w postaci ruchu podobnego do TWAIL⁵⁷. Zachodnie konstytucyjne prawo porównawcze skupia się głównie na porównaniach normatywnych, funkcjonalnych dotyczących stosunkowo niewielkiej grupy państw, sporadycznie wykraczając poza krąg zachodniej kultury prawnej. Tym samym poza polem ich badań pozostają kwestie ważne dla konstytucjonalizmów Globalnego Południa, m.in. pluralizm prawny i wzajemne relacje współistniejących porządków prawnych, odmienne od zachodnich modele legitymizacji władzy, pozycja prawna jednostki, problemy emancypacji społeczno-gospodarczej, dystrybucji dóbr i ubóstwa, różnorodności wewnętrznych form organizacji społeczeństwa. Specyficzną reakcją nauki zachodniej na rozwój konstytucjonalizmów niezachodnich stało się jego etykietowanie (*labeling*). Stąd na gruncie zachodniocentrycznego pozytywizmu funkcjonują mało wyjaśniające i redukcjonistyczne pojęcia jak konstytucjonalizm afrykański, wschodnioazjatycki⁵⁸.

Punktem wyjścia postmodernistycznych paradygmatów w prawoznawstwie jest ogólna konstatacja, że wielkie narracje utraciły swoją wiarygodność⁵⁹.

⁵⁶ Szerzej o TWAIL: B.S. Chimni, *Third World Approaches to International Law. A Manifesto*, [w:] *The Third World and International Order. Law, Politics, and Globalization*, eds A. Anghie et al., Leiden 2003, s. 3–27; O. Okafor, *Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL). Theory, Methodology, or Both?*, „International Community Law Review” 2008; J. Gathii, *TWAIL. A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography*, „Trade, Law, and Development” 2011, vol. 3, no. 1, s. 26–64.

⁵⁷ Por. Z. Okłopcic, *The South of Western Constitutionalism. A Map Ahead of a Journey*, „Third World Quarterly” 2016, vol. 37, no. 11, s. 2080.

⁵⁸ Jak stwierdza R. Grosfoguel, Globalne Południe bywa redukowane do „po pierwsze, miejsca bez historii, dalej do miejsca bez rozwoju a ostatecznie bez demokracji”. *Idem*, *Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political Economy. Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality*, „Transmodernity. Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World” 2011, vol. 1, no. 1, b.s.; F. Hoffmann, *Facing Souths...*, *op. cit.*, s. 58.

⁵⁹ J.F. Lyotard, *The Postmodern Condition*, Manchester 1984.

Traktując rzeczywistość jako subiektywne wytwory lub interpretacje, postmodernizm dokonuje aprecjacji pluralizmu badawczego i podkreśla złudność uniwersalizmu pretendującego do miana jedynego paradygmatu. W związku z powyższym dla postmodernizmu odkrywczym poznawczo jest sięgnięcie do współczesnych postliberalnych, krytycznych paradygmatów prawa, np. poststrukturalizmu, który wykładnię prawa umieszcza wśród praktyk społecznych, odzwierciedlających takie zjawiska polityczno-prawne jak podział władzy, dóbr, przywilejów czy nierówności społeczne⁶⁰. W ujęciu postpozytywistycznym konstytucjonalizm staje się jedną z teorii społecznych, szeroką narracją obrazującą rozwój i funkcjonowanie społeczeństw. Próbuje wyjaśniać i interpretować zjawiska społeczne, nadawać im znaczenie, wpływać na ich treść, nie rezygnując z zaangażowania i ocen moralnych.

Jak celnie zauważa A. Sulikowski, niechęć zachodnich konstytucjonalistów kontynentalnych (nieanglosaskich) do paradygmatu krytycznego wynika „z obaw przed otwarciem puszką Pandory, w której drzemie przekształcająca, a z konserwatywnego punktu widzenia niszcząca moc trudna do opanowania”⁶¹. Krytyczne studia nad prawem dają jednak możliwość świeżego spojrzenia na prawo ustrojowe w kontekście środka, przez który rozmaite grupy interesu (klasowe, etniczne, płciowe itd.) uzyskują statusy uprzywilejowanych, a także aprecjacji lekceważonych dotychczas w doktrynie dyskursów prawniczych. Tym samym paradygmat krytyczny odrzuca obecną *a priori* w dyskursie normatywnym tezę o apolityczności prawa, jego odrębności i neutralności względem czynników społecznych, jak i neguje pogląd, że prawo może być nieuwikłane w wartościowanie i nie ma partykularnych celów (a więc nie jest narzędziem opresji)⁶². W perspektywie tej celem badań prawnoporównawczych jest „zrozumienie, dekonstrukcja i ujawnienie (oryg. *unpacking*) wykorzystania prawa jako środka tworzącego i utrzymującego

⁶⁰ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, *op. cit.*, s. 185. J. Schacherreiter, *Postcolonial Theory and Comparative Law. On the Methodological and Epistemological Benefits to Comparative Law through Postcolonial Theory*, „Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia and Latin America” 2016, vol. 49, no. 3, s. 291–312.

⁶¹ A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność...*, *op. cit.*, s. 209–210.

⁶² *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 159; H. Izdebski, J. Winczorek, *Critical Legal Studies*, [w:] *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, red. A. Kojder, Z. Cywiński, Warszawa 2014, s. 50–54. W trzeciej dekadzie XXI stulecia, a więc około 40 lat od pojawienia się CLS, można stwierdzić, że był on, jako paradygmat *sui generis* zachodniocentryczny, jedynie pierwszym krokiem ku współczesnych postkrytycznych studiów nad prawem. Por. M. Bönemann, L. Jung, *Critical Legal Studies and Comparative Constitutional Law*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, eds R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum, Oxford 2017, b.n.s., https://www.rewi.huberlin.de/de/lf/l/dnn/pub/oxcon_critical_legal_studies_and_comparative_constitutional_law.pdf/view.

rasowej, genderowej hierarchii norm i instytucji podporządkowujących Nie-europejczyków i Europejczyków⁶³.

W tym kontekście konstytucjonalizmy Globalnego Południa wydają się szczególnie wdzięcznym polem badawczym. Pojęcie „konstytucjonalizmów Globalnego Południa” oznacza „specyficzną epistemiczną, metodologiczną i instytucjonalną wrażliwość, która wzmacnia trend ku większej epistemicznej refleksyjności, metodologicznego pluralizmu i instytucjonalnej dywersyfikacji nauki prawa konstytucyjnego porównawczego”⁶⁴. Podejście postkolonialne pokazuje, że zachodni konstytucjonalizm jest li tylko, mimo aspiracji do uniwersalności, jednym z lokalnych modeli, zaś zachodnia nauka prawa pozostaje uwięziona w pułapce metodologicznego nacjonalizmu i prowincjonalizmu⁶⁵. Świat niezachodni oferuje ustrojodawcom rozmaite wyzwania badawcze, które – będąc przez badaczy zachodnich wstępnie zidentyfikowanymi – otrzymują od nich takie tymczasowe określenia jak „cienki konstytucjonalizm” (*thin constitutionalism*) czy „konstytucjonalizm oddolny” (*constitutionalism from below*)⁶⁶. W skrajnym wariancie należałoby uznać, że uwięzieni w swoich kontekstach kulturowych badacze zachodni *ex definitione* nie są w stanie właściwie badać prawo obcych sobie kultur, a w związku z tym głos należy oddać wyłącznie przedstawicielom miejscowej doktryny prawa.

Świadomość polityczności konstytucjonalizmu jest obecna w doktrynie prawa ustrojowego i nie jest ona wyłącznie pokłosiem wpływów marksowskich. Opiera się na uznaniu, że prawo ustrojowe, będąc jednym z elementów rzeczywistości społecznej, przedmiotem badań czyni określone zjawiska społeczne związane z funkcjonowaniem instytucji prawnych. Przedmiotem prawa konstytucyjnego jest zatem badanie „związków między rzeczywistością społeczną a normami prawa konstytucyjnego, jak i zajmowanie się porównywaniem normowania i funkcjonowania prawa konstytucyjnego na osi czasu oraz w odniesieniu do różnych państw”⁶⁷. Tego typu badania ustrojowe, choć mogą przynieść nową wiedzę o niezachodnich konstytucjonalizmach, nie mogą

⁶³ F. Hoffmann, *Facing South...*, *op. cit.*, s. 58; M. Mutua, *What is TWAIL?*, „Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting” 2000, vol. 94, s. 31–38.

⁶⁴ P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, *The Global South...*, *op. cit.*, s. 4.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 6. Por. D. Chakrabarty, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2009; J. Comaroff, J.L. Comaroff, *Theory from the South, or How Euro-America in Evolving toward Africa*, Boulder 2012.

⁶⁶ *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, eds B. de Sousa Santos, C. Rodriguez-Garavito, Cambridge 2005; P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, *The Global South...*, *op. cit.*, s. 25–28.

⁶⁷ P. Uziębło, [w:] *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Szmyt, Warszawa 2010, s. 393.

uniknąć epistemologicznego zaangażowania, uwikłania w społeczne konteksty, a zatem subiektywizacji.

W stronę pluralizacji (II): polityczne rozumienie konstytucjonalizmu

Paradygmaty postpozytywistyczne z pewnością nie stanowią remedium na heurystyczne problemy pozytywizmu i nie wyprą go z warsztatu prawoznawców. Obrona pozytywizmu i jego dostosowanie do potrzeby względnie wszechstronnego poznania systemów niezachodnich dokonać się może przez „tworzenie badawczego sojuszu” prawoznawstwa z innymi naukami (naukami o polityce i administracji, a także socjologią, ekonomią), zaś jego podstawą są wspólne założenia ontologiczne i epistemologiczne. Taką interdyscyplinarność badań prawnoporównawczych należy rozumieć jako wyjście poza zwyczajowo przyjęte ramy normatywizmu, tj. odwołanie się do metod badawczych i przedmiotów badań konwencjonalnie należących do innych dyscyplin, w celu zrozumienia współzależności i współdziałania prawa z innymi fenomenami społecznymi, w tym kulturą, tradycją czy polityką.

Wydaje się, że badania porównawcze nad prawem konstytucyjnym predestynowane są do tego, aby uwzględnić szerszy kontekst funkcjonowania norm prawnych oraz stosować podejście interdyscyplinarne. Już C. Montesquieu i A. de Toqueville wskazywali bowiem na problem zgodności prawa politycznego (ustrojowego) z cechami danego społeczeństwa. Niemiecki badacz A. Blankenagel wręcz *a priori* wskazuje, że „komparatystyka prawnicza i prawo konstytucyjne porównawcze mają z samej swojej istoty charakter interdyscyplinarny”⁶⁸. W jego ocenie niezbędne jest „zanurzenie się” w rzeczywistości społecznej państw obcych, bez tego badacz nie uwzględni czynników ekonomicznych i społeczno-kulturowych, które to stanowią klucz do zrozumienia norm prawnych⁶⁹. Wynika to z tego, że prawo jest w stopniu większym niż inne elementy kultury wytworem działalności podmiotów zbiorowych⁷⁰. Z. Ziemiński twierdził, że „nauka o prawie konstytucyjnym zawiera szczególnie silny ładunek polityczny i ideologiczny, szczególnie też silnie związana jest ona z naukami politycznymi i historią doktryn polityczno-prawnych”⁷¹. Wynika to z tego, że prawo ustrojowe jest regulatorem stosunków politycznych i społecznych, w jego treści materializuje się specyfika rozwoju historycznego, istniejący stan stosunków społecznych, których rdzeniem jest relacja wzajemna pomiędzy

⁶⁸ A. Блакенагель, *О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права*, „Сравнительное Конституционное Обозрение” 2004, № 3, s. 51–52.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ A. Pieniążek, M.E. Stefaniuk, *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, wyd. 5, Warszawa 2021, s. 263.

⁷¹ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa...*, *op. cit.*, s. 29–30.

organami władzy publicznej a *socium*. System prawa regulującego stosunki społeczne wyrasta z potrzeb, interesów i bieżących zadań stojących przed danym społeczeństwem. Jest to jednak w istocie więź o charakterze dwukierunkowym: zarówno stosunki społeczne wpływają na kształt prawa ustrojowego, jak i te ostatnie kształtują stosunki społeczne. Ta wzajemna zależność powoduje, że przyjęcie perspektywy interdyscyplinarnej, włączającej przede wszystkim metody badawcze i przedmioty badań nauki o polityce i socjologii (struktury społeczne, instytucje i aktorzy polityczni, stosunki współpracy i rywalizacji o władzę), jest uzasadniona. Oprócz niej możliwe jest korzystanie z dorobku historii oraz ekonomii⁷². W szczególności godzi się wskazać, że prawo i polityka jako fenomeny społeczne są dwoma emanacjami tego samego przedmiotu (koncepcja monizmu ontologicznego), zaś ich odrębne postrzeganie wynika z doraźnych celów i ograniczeń. Prawo i polityka stymulują, kształtują oraz ograniczają rozwój stosunków społecznych, nadając im określony porządek (wsparty narracją o jego sprawiedliwości). Nieprzypadkowo większość decyzji politycznych przybiera postać aktów prawnych. W tym ujęciu prawo posiada określone funkcje względem polityki, będąc traktowane jako cel, środek lub przeszkoda⁷³.

W tym kontekście niezbędne wydaje się przyjęcie, wspomnianej wcześniej, tezy o politycznym charakterze konstytucjonalizmu. Nieprzypadkowo jeszcze przed kilkoma dekadami prawo konstytucyjne było określane mianem prawa politycznego. Badanie ustrojów państwowych wymaga uznania, że prawo konstytucyjne jest regulatorem stosunków społecznych, które cechuje większa elastyczność niż prawo zwyczajowe, plemienne czy religijne. Wynika to z tego, że kształtuje się w wyniku dynamicznie zmieniających się stosunków politycznych, formalizując pewien konsensus (lub jego brak) odnośnie do sposobu sprawowania władzy, cyrkulacji elit (np. przez pluralistyczne wybory lub monopartyjność), alokacji dóbr (m.in. unormowanie kwestii własności ziemi, środków produkcji). Perspektywa politologiczna umożliwia wejście „do wewnątrz” systemu politycznego, pozwala na funkcjonalistyczne podejście do kwestii trwałości czy ewolucji prawa ustrojowego. Z kolei perspektywa socjologiczna i antropologiczna, również deklarując pogląd, iż „prawo to proces”, pozwalają uchwycić, jak jest ono determinowane społecznie i stosowane w praktyce.

Postulat włączania nauk społecznych do badań prawnoporównawczych potwierdza stanowisko, że jeśli mają one być pełnowartościowe, to powinny one

⁷² R. Hirschl, *From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies*, „International Journal of Constitutional Law” 2013, vol. 11, no. 1, s. 1–12; A. Троицкая, *Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании*, „Сравнительное Конституционное Обозрение” 2017, № 5, s. 59.

⁷³ M. Cerar, *The Relationship between Law and Politics*, „Annual Survey of International & Comparative Law” 2009, vol. 15, no. 1, s. 19.

odnosić się do „żywego prawa” (*living law*), a więc uwzględniać środowisko społeczne, w którym funkcjonuje. Zgodnie z nim w maksymalnie możliwym stopniu winno wykorzystywać się dorobek socjologii⁷⁴. Podobnie sytuacja wygląda z naukami o polityce. M. Tushnet stwierdza wręcz, że poprowadzenie granicy pomiędzy nimi a prawem konstytucyjnym nastęrcza istotnych trudności⁷⁵. Wynika to z tego, iż przedmiot regulacji prawa ustrojowego – tj. stosunki władzy oraz pozycja organów władzy publicznej oraz inne instytucje polityczne – lokują się w centrum zainteresowania politologii. W rezultacie prawo konstytucyjne w znacznym stopniu formalizuje politykę, nadając jej normy prawne, ale równocześnie polityka istotnie wpływa na kształt ustroju państwa i treść prawa konstytucyjnego. Nie bez powodu w ostatnich latach podniesiono postulat włączania obu dyscyplin do konstytucyjnoprawnych badań porównawczych⁷⁶. Nieprzypadkowo także polska nauka prawa konstytucyjnego w ostatnich latach ponownie odkrywa, że konstytucjonalizm jest jednocześnie aktem prawnym i politycznym. Jak zauważają M. Stambulski i A. Czarnota, „konstytucjonalizm jest wielowymiarową praktyką społeczną, polityczną grą z wieloma aktorami, a konstytucjonalizm prawników jest jedynie jednym z możliwych jego ujęć. Swoją konstytucjonalizm mają obywatele oraz państwo, a odmienne ujęcia konstytucjonalizmu odzwierciedlające sprzeczne interesy mogą wchodzić ze sobą w konflikty”⁷⁷.

Powyższe oznacza, że uzasadnione jest podejmowanie badań porównawczych na podstawie paradygmatu konstytucjonalizmu politycznego. Oprócz pełniejszego i wielowymiarowego spojrzenia na kwestie ustrojowe z perspektywy prawnej dają one możliwość integracji wyników badań podejmowanych przez inne dyscypliny, głównie nauki o polityce i administracji. Mimo potencjalnych zalet przyjęcia takiej optyki badań nad ustrojami państwowymi oczywiste jest, że nie chroni ona badacza przed groźbą niewłaściwej interpretacji bądź nadmiernego redukcjonizmu⁷⁸.

Podsumowanie

Jak wskazano w powyższym artykule, nauka prawa konstytucyjnego, będącego ważnym regulatorem stosunków społecznych, odnotowuje potrzebę uprawia-

⁷⁴ U. Drobnig, *Methods of Sociological Research in Comparative Law*, „The Rabel Journal of Comparative and International Private Law” 1971, vol. 35, no. 3, s. 498.

⁷⁵ M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law...*, *op. cit.*, s. 1228.

⁷⁶ R. Hirschl, *Comparative Matters...*, *op. cit.*, s. 13.

⁷⁷ M. Stambulski, A. Czarnota, *Janusowe oblicze...*, *op. cit.*, s. 16.

⁷⁸ Por. G.K. Hadfield, *The Strategy of Methodology. The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law*, „The University of Toronto Law Journal” 2009, vol. 59, no. 2, s. 223–236.

nia komparatystyki. Służy ona nie tylko formułowaniu określonych wniosków *de lege ferenda* prawa krajowego, ale także lepszemu poznaniu współczesnych osiągnięć poszczególnych społeczeństw w zakresie prawnych regulacji sprawowania władzy czy pozycji jednostki. Prawo konstytucyjne nie funkcjonuje w próżni, lecz w otoczeniu, które ma charakter zarówno krajowy, jak i międzynarodowy. Otoczenie to cechuje się wielowymiarowością i zawiera aspekt polityczny, społeczny, historyczny, kulturowy oraz gospodarczy. Relacja pomiędzy prawem konstytucyjnym a wspomnianym otoczeniem jest dwukierunkowa, bowiem oddziaływania mają charakter wzajemny. Dla zrozumienia aktualnych zmian w świecie, a szczególnie w niezachodniej części świata potrzebne jest wyjście poza Kelsenowski wąsko rozumiany normatywizm.

Jest to możliwe, bowiem komparatystyka prawnicza nie jest dogmatyczną subdyscypliną prawa. „Prawo porównawcze” jest w istocie metodą badań polegającą na zestawieniu, porównaniu obiektów pochodzących z różnych systemów prawa. Stanowiąc określone instrumentarium w rękach badacza, komparatystyka prawnicza nie determinuje sposobu dalszego opracowywania materiału. Dokonanie naukowej oceny, wyjaśnienia istoty czy interpretacji i nadanie znaczenia, a więc ontologiczne i epistemologiczne ulokowanie badania, nie jest zadaniem metody prawnoporównawczej.

Powyższe stwierdzenie umożliwiło sformułowanie tezy, iż ta swoista paradygmatyczna wolność na gruncie badań porównawczych ma szczególne znaczenie dla ustrojoznawców podejmujących trud studiów nad prawem państwowym państw niezachodnich, reprezentujących odmienne kultury prawne, lecz poddawane wieloaspektowej presji ze strony Zachodu. Rozwój współczesnego świata nie jest jednorodny. Podział świata na centrum i peryferie, Północ i Południe, dotyczy nie tylko kwestii ich majątku, dobrobytu materialnego, ale także sposobu organizacji społecznej. Turbokapitalizm, w tym aprecjacja jednostki, rozpad struktur grupowych (rodzinnych, etnicznych), celebrowanie konsumpcji, nowe postindustrialne formy produkcji dotyka głównie świata Zachodu. Świat niezachodni ma inną dynamikę rozwoju, zachowuje własne, bardziej tradycyjne z punktu widzenia Zachodu, struktury i praktyki społeczne (m.in. dominacja tożsamości grupowej nad indywidualną, odmienny sposób hierarchizacji społeczeństwa, odmienne postrzeganie władzy i jej funkcji). Zjawiska te dotyczą również sfery kultury prawnej i nie powinny być przez prawników pomijane. Jak podkreślono, w przypadku „Niezachodu”, dawniej określanego mianem Trzeciego Świata a współcześnie Globalnego Południa, uzasadnione jest twierdzenie o funkcjonowaniu konstytucjonalizmów – celowo w liczbie mnogiej – różniących się pomiędzy sobą aksjologią, treścią, celami. W celu uniknięcia pułapki redukcjonizmu, rozwiązania problemu nieprzystawalności

pojęć i stosowania błędnych heurystycznych klisz, zaproponowano odejście od klasycznego, wąskiego normatywizmu, który w zasadzie zdominował europejskie (kontynentalne) myślenie o prawie. Wskazano na dwie główne, spośród wielu możliwych, dróg, które lokują się na przeciwległych brzegach teorii prawa – konstruktywistyczną i deskrypcyjną, sięgającą po instrumentarium innych nauk społecznych.

Odejście od restrykcyjnego normatywizmu w badaniach porównawczych nad prawem konstytucyjnym i włączenie aspektów epistemologicznych pozwala odejść od prostych studiów opisowych, przedteoretycznych, do pogłębianych, teoretycznych studiów, które obejmują ocenę przedmiotu badań, są politycznie zaangażowane, odrzucając tezę o możliwości bezstronności i neutralności normatywizmu. Ponowoczesne rozumienie konstytucjonalizmu opiera się na założeniu, że konstytucjonalizm jest wolny od predefiniowanych założeń, tworzy przypadkowe konstelacje, stanowi ramy dyskursu politycznego w danym momencie dziejów, nie wynikając wprost z przeszłości i nie determinując przyszłości.

Powyższe nie oznacza, że paradygmat normatywny traci sens istnienia. Uzasadnione jest jego uzupełnienie przez przyjęcie perspektywy interdyscyplinarnej, włączanie obiektów badań i paradygmatów właściwych innym naukom bliskim prawu, w tym naukom o polityce i socjologii. Jak wskazano, właściwie rozumiana interdyscyplinarność nie wymaga całościowej redefinicji warsztatu naukowego konstytucjonalisty. Dzieje się tak dlatego, że nauki społeczne, w swym podziale na dyscypliny, dotyczą w istocie tych samych fenomenów społecznych. Do standardowego badania treści norm prawnych, jak do tej pory czynią to normatywiści, należy dołączyć analizę społecznych uwarunkowań ich wprowadzenia do systemu prawa i społecznej recepcji jako warunku oceny funkcjonowania. W rezultacie osiągnąć jest cel interdyscyplinarności, a więc pełniejsze, lepiej ugruntowane poznanie przedmiotu badania w jego interakcji z innymi fenomenami społecznymi. Drogę ku takiemu rozszerzonemu normatywizmowi daje koncepcja konstytucjonalizmu politycznego. Oddaje ona dynamiczną naturę prawa i jego wtórną wobec celów i interesów politycznych funkcję.

Rzecz jasna omówione w artykule możliwe perspektywy badań nad ustrojami niezachodnimi nie rozwiązują wszystkich kwestii związanych z nieredukowalnym pluralizmem porządków prawnych, synkretyzmem, współistnieniem rozmaitych systemów prawa, ich dynamicznymi interakcjami i hierarchizacją.

Prawnoporównawcze badania nad niezachodnimi konstytucjonalizmami mogą ponadto być pośrednim narzędziem krytyki konstytucyjnej ortodoksji. Mogą służyć jako podstawa do całościowego przemyślenia prawa, w tym

epistemologii tej dyscypliny i dekonstrukcji hierarchii ukształtowanej przez zachodnie instytucje i badaczy. Dzieje się tak przez odrzucenie pozytywizmu i formalizmu jako heurystycznej podstawy prawa, zwrócenie się ku innym źródłom wiedzy o prawie i jego społecznej roli⁷⁹.

Powyższe rozważania potwierdzają również tezę, że nauki prawne – podobnie jak i inne nauki społeczne – znajdują się w fazie transformacji, co odzwierciedla m.in. sytuacja związana z ich metodologią. Tradycyjne, normatywne ujęcia obecnie współlistnieją z nowymi, inkluzywnymi podejściami czerpiącymi z szerokiego dorobku także innych dyscyplin⁸⁰. Przychylając się do postulatu metodologicznego pluralizmu w badaniach prawnoporównawczych, przywołać można słowa cytowanego już P. Legranda, że stosunku do badanych obcych systemów prawa „empatia jest niezbędnym warunkiem jakiegokolwiek poważnej pracy komparatystycznej”⁸¹.

Bibliografia

- Arato A., *Constitution Making Under Occupation. The Politics of Imposed Revolution in Iraq*, New York 2009.
- Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law*, ed. M. Chiba, New York 1986.
- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, wyd. 2, Warszawa 2007.
- Baxi U., *Constitutionalism as a Site of State Formative Practices*, „Cardozo Law Review” 1999, vol. 21, s. 1183–1210.
- Biskupski Z., *Prezydent republiki w państwach Afryki Zachodniej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 2, s. 1–19.
- Bisztyga A., *Pozycja ustrojowa, organizacja i kompetencje Rady Konstytucyjnej Republiki Kazachstanu*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 2, s. 41–53.
- Bönemann M., Jung L., *Critical Legal Studies and Comparative Constitutional Law*, [w:] *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, eds R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum, Oxford 2017, b.n.s., https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/lis/dnn/pub/oxcon_critical_legal_studies_and_comparative_constitutional_law.pdf/view.
- Brodecki Z., *Metodologia regulae iuris*, [w:] Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010, s. 15–24.
- Bui N.S., *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World*, Oxford 2020.
- Cerar M., *The Relationship between Law and Politics*, „Annual Survey of International & Comparative Law” 2009, vol. 15, no. 1, s. 19–23.
- Chakrabarty D., *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2009.

⁷⁹ U. Baxi, *Constitutionalism as a Site of State Formative Practices*, „Cardozo Law Review” 1999, vol. 20, s. 1183–1210.

⁸⁰ F. Crownie, *Legal Academics. Cultures and Identities*, Oxford–Portland 2004, s. 58–59.

⁸¹ P. Legrand, *How to Compare Now*, „Legal Studies” 1996, vol. 16, no. 2, s. 240.

- Chiba M., *Legal pluralism. Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo 1989.
- Chiba M., *Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World*, „Ratio Juris” 2002, vol. 11, no. 3, s. 228–245.
- Chimni B.S., *Third World Approaches to International Law. A Manifesto*, [w:] *The Third World and International Order. Law, Politics, and Globalization*, eds A. Anghie et al., Leiden 2003, s. 3–27.
- Chodak S., *Systemy polityczne „czarnej” Afryki*, Warszawa 1963.
- Comaroff J., Comaroff J.L., *Theory from the South, or How Euro-America in Evolving toward Africa*, Boulder 2012.
- Comparative Law in the 21st Century*, eds A. Harding, E. Orücü, The Hague–New York 2002.
- Comparing Comparative Law*, eds S. Besson, L. Heckendorn, S. Jubé, Zurich 2017.
- Complak K., *Parlament we współczesnej Ameryce Łacińskiej*, Wrocław 1994.
- Constitutions in Authoritarian Regimes*, eds T. Ginsburg, A. Simpter, Cambridge 2014.
- Constitution Making in Asia. Decolonisation and State-Building in the Aftermath of the British Empire*, ed. H. Kumarasingham, Abingdon–New York 2016.
- Constitutional Democracy in Crisis?*, eds M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, Oxford 2018.
- Constitutional Foundings in Southeast Asia*, eds K.Y.L. Tan, B.N. Son, Bloomsbury 2020.
- Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, ed. D.B. Maldonado, Cambridge 2013.
- Cotterell R., *Seeking Similarity, Appreciating Difference. Comparative Law and Communities*, [w:] *Comparative Law in the 21st Century*, eds A. Harding, E. Orücü, The Hague–New York 2002, s. 35–54.
- Crownie F., *Legal Academics. Cultures And Identities*, Oxford–Portland 2004.
- Czachor R., *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Jana Wyżykowskiego. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12, s. 35–50.
- Dann P., Riegner M., Bönemann M., *The Global South and Comparative Constitutional Law. An Introduction*, [w:] *The Global South and Comparative Constitutional Law*, eds P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, Oxford 2020, s. 1–38.
- Davies M., *Legal Pluralism*, [w:] *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds P. Cane, H.M. Kritzer, Oxford 2012, s. 805–827.
- Doshi S.L., *Modernity, Postmodernity and Neo-Sociological Theories*, Jaipur–New Delhi 2003.
- Drobning U., *Methods of Sociological Research in Comparative Law*, „The Rabel Journal of Comparative and International Private Law” 1971, vol. 35, no. 3, s. 496–504.
- Dupré C., *The Importation of Law. A New Comparative Perspective and the Hungarian Constitutional Court*, [w:] *Comparative Law in the 21st Century*, eds A. Harding, E. Orücü, The Hague–New York 2002, s. 267–280.
- Frankenberg G., *Authoritarianism. Constitutional Perspectives*, Cheltenham–Northampton 2020.
- Fukuyama F., *Koniec historii*, tłum. T. Bieroń, M. Wichrowski, Poznań 1996.
- Gathii J., *TWAIL. A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography*, „Trade, Law, and Development” 2011, vol. 3, no. 1, s. 26–64.

- Gebeye A.B., *A Theory of African Constitutionalism*, Oxford 2021.
- Ginsburg T., Huq A.Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago–London 2018.
- Gizbert-Studnicki T., Dyrda A., Grabowski A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016.
- Grosfoguel R., *Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political Economy. Transmodernity, Decolonial Thinking, and Global Coloniality*, „Transmodernity. Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World” 2011, vol. 1, no. 1, b.s.
- Hadfield G.K., *The Strategy of Methodology. The Virtues of Being Reductionist for Comparative Law*, „The University of Toronto Law Journal” 2009, vol. 59, no. 2, s. 223–236.
- Harding A., Leyland P., *Comparative Law in Constitutional Context*, [w:] *Comparative Law. A Handbook*, eds E. Orücü, D. Nelken, Portland 2007, s. 313–338.
- Hirschl R., *Comparative Matters. The Renaissance Of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2014.
- Hirschl R., *From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies*, „International Journal of Constitutional Law” 2013, vol. 11, no. 1, s. 1–12.
- Hoebel E.A., *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard 1964.
- Hoffmann F., *Facing South. On the Significance of An/Other Modernity in Comparative Constitutional Law*, [w:] *The Global South and Comparative Constitutional Law*, eds P. Dann, M. Riegner, M. Bönemann, Oxford 2020, s. 41–66.
- Hooker M.B., *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford 1975.
- Human Rights, Southern Voices. Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai and Upen-dra Baxi*, ed. W. Twinning, Cambridge 2009.
- Izdebski H., Winczorek J., *Critical Legal Studies*, [w:] *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, red. A. Kojder, Z. Cywiński, Warszawa 2014, s. 50–54.
- Jakubiak Ł., *System ustrojowy Senegalu*, Kraków 2014.
- Korycka-Zirk M., *Filozoficzno-prawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017.
- Krisch N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2010.
- Kustra-Rogatka A., *Konstytucjonalizm a polityczność*, „Krytyka Prawa” 2020, t. 12, nr 3, s. 50–69.
- Kwasi Prempeh H., *Africa's „Constitutionalism Revival”. False Start or New Dawn?*, [w:] *Democracy, Constitutionalism, and Politics in Africa. Historical Contexts, Developments, and Dilemmas*, ed. E.N. Sahle, New York 2017, s. 469–506.
- Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, eds B. de Sousa Santos, C. Rodriguez-Garavito, Cambridge 2005, s. 1–26.
- Legrand P., *Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity*, „Journal of Comparative Law” 2006, no. 1, s. 365–460.
- Legrand P., *How To Compare Now*, „Legal Studies” 1996, vol. 16, no. 2, s. 232–242.
- Legrand P., *The Impossibility of Legal Transplants*, „Maastricht Journal of European and Comparative Law” 1997, vol. 4, no. 2, s. 111–124.
- Legrand P., *The Same and the Different*, [w:] P. Legrand, M. Roderick, *Comparative Legal Studies. Traditionas and Transitions*, Cambridge 2003, s. 240–311.

- Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007.
- Longchamps de Bérier F., *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na Zachodzie Europy*, red. J. Boć, K. Nowacki, Wrocław 2001.
- Ludwikowski R., *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Toruń 2000.
- Liotard J.F., *The Postmodern Condition*, Manchester 1984.
- Ławniczak A., *Kilka uwag na temat powstawania i charakteru konstytucyjnych ustrojów prawnopolitycznych byłego Trzeciego Świata*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr 120/1, s. 187–201.
- Ławniczak A., *Ustroje polityczne państw latynoamerykańskich*, Wrocław 2008.
- Menski W., *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge 2006.
- Michalak A., *Przestrzeganie praw człowieka w wybranych państwach Azji postkolonialnej – aktualne problemy*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 1, s. 115–134.
- Minich D., *Konstytucjonalizm a rozumienie prawa*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 19, s. 35–48.
- Mutua M., *What is TWAIL?*, „Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting” 2000, vol. 94, s. 31–40.
- Okafor O., *Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL). Theory, Methodology, or Both?*, „International Community Law Review” 2008, vol. 10, s. 371–378.
- Okłopcic Z., *The South of Western Constitutionalism. A Map Ahead of a Journey*, „Third World Quarterly” 2016, vol. 37, no. 11, s. 2080–2097.
- Pieniążek A., Stefaniuk M.E., *Socjologia prawa. Zarys wykładu*, wyd. 5, Warszawa 2021.
- Przeworski A., *Crises of Democracy*, Cambridge 2019.
- Samuel G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford–Portland 2014.
- Schacherreiter J., *Postcolonial Theory and Comparative Law. On the Methodological and Epistemological Benefits to Comparative Law through Postcolonial Theory*, „Verfassung und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia and Latin America” 2016, vol. 49, no. 3, s. 291–312.
- Siekiera A., *Prawo zwyczajowe i wierzenia maoryskie a system prawny Nowej Zelandii*, „Acta Erasmiana” 2015, nr 9/II, s. 199–211.
- Stambulski M., Czarnota A., *Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa” 2019, t. 11, nr 1, s. 1–16.
- Sulikowski A., *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012.
- Sulikowski A., *Pozytywistyczne pojęcie konstytucji a kontrola konstytucyjności prawa*, „Zeszyty Naukowe Wałbrzyskiej Wyższej Szkoły Zarządzania i Przedsiębiorczości” 2008, nr 11, s. 47–55.
- Szymanek J., *Ustrój konstytucyjny Kazachstanu*, Warszawa 2013.
- Szymczak I., *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, R. 76, z. 3, s. 37–48.
- The Global South and Comparative Constitutional Law*, eds P. Dann, M. Riegner, M. Böne-mann, Oxford 2020.

- The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, eds M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford 2012.
- The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008.
- Tokarczyk R., *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 9, Warszawa 2008.
- Tushnet M., *Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues*, [w:] *Constitutions in Authoritarian Regimes*, eds T. Ginsburg, A. Simpser, Cambridge 2014, s. 36–49.
- Tushnet M., *Comparative Constitutional Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, eds M. Reimann, R. Zimmermann, Oxford 2008, s. 1193–1221.
- Tushnet M., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, „Virginia Journal of International Law” 2009, vol. 49, no. 4, s. 985–1006.
- Twining W., *Globalisation and Legal Theory*, London 2000.
- Uziębło P., [w:] *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Szymt, Warszawa 2010.
- Waldron J., *The Rule of Law as a Theatre of Debate*, [w:] *Arguing about Law*, eds A. Karanagh, J. Oberdiek, New York 2012, s. 212–227.
- Wallerstein I., *Analiza systemów-światów. Wprowadzenie*, tłum. K. Gawlicz, M. Starnawski, Warszawa 2007.
- Wawrzyniak J., *O potrzebie uprawiania prawa konstytucyjnego porównawczego*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 9, s. 112–120.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983.
- Zweigert K., Kotz H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998.
- Блаженгель А., *О скрытой пользе сравнительного правоведения и сравнительного конституционного права*, „Сравнительное Конституционное Обозрение” 2004, № 3, s. 51–52.
- Троицкая А., *Междисциплинарность в сравнительном конституционно-правовом исследовании*, „Сравнительное Конституционное Обозрение” 2017, № 5, s. 57–77.

Streszczenie

Konstytucjonalizmy niezachodnie jako wyzwanie dla komparatystki prawa

Poniższy artykuł podejmuje kilka kwestii aktualnych dla współczesnych badań prawnoporównawczych. Punktem wyjścia jest przekonanie, że klasyczne normatywistyczne podejście jest zbyt redukcjonistyczne, by właściwie badać prawo konstytucyjne państw niezachodnich, reprezentujących odmienne kultury prawne. Po pierwsze, w artykule przedyskutowano status prawa porównawczego, wskazując, że jest ono w istocie metodą badawczą, a nie odrębną gałęzią prawa. Daje to możliwość jej elastycznego dostosowania do paradygmatycznych preferencji komparatysty. Po drugie, wskazano na wieloaspektowość pojęcia konstytucjonalizmu, którego treść w przypadku współczesnych państw niezachodnich kształtowana jest w wyniku jednoczesnej absorpcji, modyfikacji i odrzucenia

prawa kolonialnego. Po trzecie, omówiono dwa możliwe podejścia badawcze pozwalające przełamać heurystyczne słabości normatywizmu: postpozytywistyczne rozumienie prawa, z jego konstruktywistyczną orientacją i subiektywnym zaangażowaniem oraz bliższy normatywizmowi konstytucjonalizm polityczny, który otwiera badania prawnoporównawcze na interdyscyplinarność. Oba wymienione podejścia umożliwiają świeże i intelektualnie twórcze spojrzenie na różnorodność ustrojową współczesnego świata.

Słowa kluczowe: prawo porównawcze, konstytucjonalizm, konstytucjonalizm polityczny, postpozytywizm prawniczy, prawo ustrojowe państw niezachodnich

Abstract

Non-Western constitutionalisms as a challenge for comparative legal studies

The following paper picks up a few current questions that pertain to comparative legal studies. The paper departs from the thesis that the classical normative approach is too reductionist to properly deal with the constitutional law of non-Western countries representing different legal cultures. Firstly, the paper discusses the status of comparative law, arguing that in fact, it is merely a research method, not a sub-branch of law. This enables the researcher to flexibly apply such a method according to his or her paradigmatic preferences. Secondly, it argues in favour of the thesis of the multifaceted nature of constitutionalism. In the case of the non-Western state, its contents is shaped by simultaneous processes of the absorption, modification, and rejection of the inherited colonial law system. Thirdly, the paper discusses two possible approaches that should overcome the heuristic weaknesses of normativism: the postpositivist paradigm of law, with its constructivist nature and subjective engagement, and closer to normativism political constitutionalism, which opens comparative legal studies for interdisciplinary. Both discussed approaches can bring a fresh look and intellectually fertile ground for studies of the legal plurality of the contemporary world.

Key words: comparative law, constitutionalism, political constitutionalism, legal postpositivism, non-Western constitutional law