

Komparatystyka prawnicza a umiędzynarodowienie obrotu krajowego

Wprowadzenie

Od momentu upadku bipolarnego układu okresu „zimnej wojny” obserwuje się przyspieszające procesy internacjonalizacji i globalizacji w gospodarce światowej oraz natężenie integracji gospodarczej w skali regionalnej. Przejawem tych tendencji jest „poszerzenie i pogłębienie się współzależności między krajami i regionami wskutek rosnących przepływów międzynarodowych oraz działalności korporacji transnarodowych, co prowadzi do jakościowo nowych powiązań między firmami, rynkami i gospodarkami”¹. Sytuacja ta tworzy niespotykane wcześniej możliwości rozwoju gospodarczego, ale także niezaprzeczalnie staje się motorem do poszukiwania nowych rozwiązań w pozostałych sferach – w tym w obszarze prawa. Postępujący proces umiędzynarodowienia – rozumianego jako wychodzenie poza granice państwowe elementów gospodarki, nauki, kultury czy polityki – stwarza warunki sprzyjające stykaniu się w praktyce stosowania norm wywodzących się z różnych systemów prawnych, a nawet wzajemnemu wpływaniu przez nie na siebie i nadawaniu kształtu zmianom legislacyjnym i interpretacyjnym. Umiędzynarodowienie obrotu krajowego zatem mimowolnie wyzwala procesy zmiany przepisów prawa krajowego w oparciu o potrzebę ich dostosowywania do transnarodowych warunków polityczno-gospodarczych, często z inspiracji pochodzących z obserwacji rozwiązań funkcjonujących w obcych systemach prawa.

Dotychczas funkcje te po części pełniła komparatystyka prawnicza², zakładając istnienie wielu przepisów prawnych oraz instytucji i badając je w

* Doktor. Asystent w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

¹ B. Liberska, *Współczesne procesy globalizacji gospodarki światowej*, [w:] *Globalizacja. Mechanizmy i wyzwania*, B. Liberska (red.), Warszawa 2002, s. 20.

² Komparatystyka prawnicza niezbyt adekwatnie określana jest nazwą „prawo porównawcze”. Wydaje się jednak wskazane rozróżnienie komparatystyki prawniczej (prawa) jako teoretycznej dyscypliny prawa od prawa porównawczego rozumianego jako

celu ustalenia, do jakiego stopnia są one identyczne, podobne lub różne³. Jako dobrze ugruntowana dyscyplina prawnicza⁴ ma ona potencjał robienia kroku naprzód, aby zmierzyć oraz zrozumieć analogie i różnice pośród alternatywnych wzorców prawnych, przez użycie narzędzi, które są uważane przez większość naukowców za najbardziej teoretycznie zaawansowane nauki społeczne⁵. Według Romana Tokarczyka komparatystyka urasta do jednego z najważniejszych symboli osiągnięć duchowych i intelektualnych człowieka oraz tworzy podstawy postępu w naukach prawnych⁶: „Potrzeby uwzględnienia kontekstów międzynarodowych przy regulacji spraw wewnętrznych państwa są współcześnie tak oczywiste, że prawnicy mimo woli stają się komparatystami”⁷. Komparatystyka prawa konsoliduje wiedzę o prawie i pozwala na zrozumienie prawa w kontekście⁸. Przekonanie Rudolfa von Iheringa, że jursprudencja ograniczająca się do prawa krajowego jest

przedmiot teorii komparatystyki prawniczej. Więcej na ten temat: R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, s. 10 i nast.

³ R. Sacco, *Legal formants: A dynamic approach to comparative law (I)*, „American Journal of Comparative Law” 1991, nr 39(1), s. 5.

⁴ Na marginesie warto podkreślić, że w doktrynie toczy się spór o to, czy prawo porównawcze (prawo komparatystyczne) jest nauką czy tylko metodą badawczą. Czytelny jest on w zasadzie w literaturze anglojęzycznej, 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”. Np. Esin Örüçü stwierdza, że prawo komparatystyczne nie może być traktowane jako klasyczna gałąź prawa, gdyż nie ma własnej substancji – zob. E. Örüçü, *Enigma of Comparative Law. Variations on Theme for the Twenty-First Century*, Leiden-Boston 2004, s. 37). Do zwolenników traktowania prawa porównawczego jako nauki należą między innymi 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 wyodrębnieniu – zob. M. Bussani, U. Mattei (red.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, s. 13. W polskiej literaturze na temat zakresu pojęcia prawa porównawczego (prawa komparatystycznego) wypowiadał się R. Tokarczyk, który wyraża wątpliwość, czy rezultaty badań komparatystycznych należy traktować łącznie, jak odrębną gałąź, czy też jego elementy wchodzi w skład różnych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, karnego, administracyjnego. Autor skłania się do uznania, że prawo komparatystyczne ma swój substrat; zastrzega jednak, że nie jest to typowa gałąź prawa – zob. R. Tokarczyk, op. cit., s. 23.

⁵ R. D. Cooter, *The Cost of Coase*, „Journal of Legal Studies” 1982, nr 11, s. 147.

⁶ R. Tokarczyk, *Zmiany tradycji i postępu w prawie*, „Teki Komisji Prawniczej O.L. PAN” 2008, t. I, s. 187–207.

⁷ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza...*, op. cit., s. 10.

⁸ E. Örüçü, op. cit., s. 34.

upokarzająca i niegodna nazwy dyscypliny naukowej⁹, znajduje obecnie praktyczny wyraz w codziennej konieczności biegłego poruszania się w realiach różnych kultur prawnych. Zdzisław Brodecki idzie dalej i stwierdza: „Przyszłość świata zależy od gruntownej rewizji sposobu, w jaki zdobywamy wiedzę o otaczających nas zjawiskach. Mamy bowiem do czynienia z kryzysem świata, który sami sobie stworzyliśmy, i natury, której nie możemy w pełni rozpoznać. Obecny chaos myśli nie jest efektem ani „zderzenia cywilizacji” (jak to opisuje Huntington), ani „końca historii” (jak twierdzi Fukuyama), ani „nierozwiązanej gry w szachy” (jak pisze Brzeziński). Jest to kwestia braku metodologii badań interdyscyplinarnych w skali makro. Dlatego tak ważne jest zrozumienie myśli, które zostały zaprezentowane pod hasłem *art de comparaison*”¹⁰.

Można zatem stwierdzić, że zasadniczą funkcją współczesnej komparatystyki prawniczej powinno być wypracowywanie oraz udostępnianie podmiotom tworzącym i stosującym prawo krajowe narzędzi do właściwego procesu oceny i do dokonywania adekwatnych transplantacji obcych norm prawnych czy innowacji wspartych na zapożyczonych ideach. Niejednokrotnie podnosi się też, że komparatystyka prawnicza może mieć zdolność subwersji i wywoływania przełomowych zmian – również w obszarze jurysprudencji¹¹. Okazuje się jednak, że, aby stanowić użyteczny instrument dyscyplina ta – jej założenia, metodologia, praktyka stosowania, wymaga skonfrontowania z wyzwaniami płynącymi samego zjawiska umiędzynarodowienia obrotu krajowego będącego pochodną globalizacji. Najważniejsze – według autorki – z wyzwań oraz propozycje odpowiedzi na nie zostaną przedstawione w dalszej części niniejszego opracowania.

⁹ R. von Ihering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, część I, Leipzig 1865, cyt. za: K. Zweigert, K. Siehr, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, „The American Journal of Comparative Law” 1971, vol. 19, no. 2, s. 216.

¹⁰ Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010, s. 12.

¹¹ Szerzej na ten temat: H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, „Revue internationale de droit comparé” 2000, nr 52(3), s. 503–527.

Umiedzynarodowienie obrotu krajowego jako wyzwanie dla komparatystyki prawniczej

Zintensyfikowanie procesu interakcji między państwami, ponadnarodowymi i prywatnymi podmiotami prawa, a nawet jednostkami prowadzi do powstawania na forum międzynarodowym wzorów zachowań, które przyczyniają się do umiedzynarodowienia prawa i wzrostu stopnia jego złożoności. W ten sposób tworzy się tkanka nowego systemu normatywnego wiążącego państwa lub podmioty niezależne od państwa. Reguluje on jednocześnie stosunki na poziomach międzynarodowym i ponadnarodowym¹². Element międzynarodowy staje się coraz częściej częścią struktur prawnych i politycznych państwa poprzez włączanie do nich standardów, środków wykonawczych, środków sądowych, umów i inne aktów o charakterze prawnie wiążącym dla aktorów pozapaństwowych.

Pojawienie się nowych sfer normatywnych, różnych od tych zarezerwowanych dla państwa, wzmocnienie pozycji prywatnych i transnarodowych aktorów na arenie międzynarodowej oraz nowe konfiguracje stosunków między nimi każą weryfikować tradycyjne rozumienie samego prawa, czyniąc granice między tym co publiczne i prywatne mniej ostrą. Kwestionują też dokonywany z perspektywy Zachodu podział na Centrum i Peryferie, który stanowił fundament dla poszukiwań komparatystycznych do tej pory¹³. Z tej perspektywy umiedzynarodowienie obrotu krajowego może być widziane jako proces nie

¹² Wątkiem nie do pominięcia z perspektywy europejskiej kultury prawnej w kontekście omawianej problematyki pozostaje proces europeizacji. Skupia się on na tym, jak międzynarodowe zobowiązania państw członkowskich Unii Europejskiej ulegają transformacji w wyniku ich członkostwa w UE. Klasyczne powiązanie prawa międzynarodowego i krajowego doznaje w tym przypadku rozszerzenia, zmieniając się w układ trójkąta z prawem unijnym jako pośrednim porządkiem prawnym. W ostatnich latach proces ten nabiera prędkości, a złożoność tego obszaru pogłębia się wraz z rozrostem odpowiedzialności Unii Europejskiej w sferze stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego, co potwierdzają przepisy Traktatu lizbońskiego przewidujące szczególnie miejsce prawa międzynarodowego w ramach UE (art. 3). Więcej na ten temat: N. Chronowski, T. Drinóczy, *A Triangular Relationship Between Public International Law, EC Law and National Law? The Case of Hungary*, [w:] *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*, J. Wouters, A. Nollkaemper, E. De Wet (red.), The Hague, 2008, s. 176.

¹³ H. Muir Watt, *Globalization and comparative law*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (red.), Oxford 2006, s. 580.

tylko powodujący dekonstrukcję idei przestrzeni i państwa¹⁴, ale zarazem wywołujący głębokie napięcia i będący źródłem sprzeczności. Ekonomiczny liberalizm redukujący istotę prawa do statusu produktu spotyka się tu między innymi z uniwersalizmem praw człowieka. David Nelken, badając zależności między zjawiskiem globalizacji a prawem, przestrzega przed dokonywaniem jednostronnych założeń na temat tego, co oznacza globalizacja, i sposobu, w jaki wpływa ona na prawo. Zawiera ona bowiem w sobie liczne i czasami sprzeczne aspekty społeczne, kulturalne, technologiczne, polityczne czy ekonomiczne¹⁵. To samo można odnieść do zjawiska umiędzynarodowienia. Często staje się ono etykietą używaną do opisania przemian, które mogłyby być definiowane za pomocą innych pojęć. Zmiany mogą być przypisywane w sposób mylny umiędzynarodowieniu – co *de facto* może być skutkiem równoległych wewnętrznych procesów wpływających na prawo krajowe. Umiędzynarodowienie nie jest samo w sobie w nowym zjawiskiem – przynajmniej w rozumieniu jako hegemonii określonej tradycji prawnej¹⁶. Imperium Rzymskie budowało świat przez prawo, a średniowieczna Europa odkryła ponownie *ius commune* będące ucieleśnieniem podobnego zjawiska opartego na wspólnocie kultury, nie na polityce. Liczne wstrząsy na skalę światową towarzyszące dziś rozwojowi tych zjawisk modyfikują samą definicję prawa, jego związki z państwem i społeczeństwem oraz wzorce wzajemnych styków i reakcji między różnymi tradycjami prawnymi. W sposób oczywisty nie mogą zatem pozostać bez wpływu na komparatystykę prawniczą.

„Porównywanie” jako dyscyplina prawna było pierwotnie związane z planami stworzenia jednolitego korpusu prawa międzynarodowego. Jak wskazuje Roderick Munday, celem I Międzynarodowego Kongresu Prawa

¹⁴ A. Garapon, *French legal culture and the shock of globalization*, „Social and Legal Studies” 1995, vol. 4, s. 493.

¹⁵ D. Nelken, *Comparatists and transferability*; [w:] *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand, R. Munday (red.), Cambridge 2003, s. 439.

¹⁶ Pojęcie „tradycja prawna” jest używane w tekście w znaczeniu zespołu „głęboko zakorzenionych, historycznie uwarunkowanych ogólnych ujęć genezy, istoty i funkcji prawa, poglądów na temat stosunku prawa do polityki, ekonomiki i całej organizacji życia społecznego, przekonań o właściwych drogach legislacji, stosowania, udoskonalania i nauczania prawa” – R. Tokarczyk (red.), *Tradycja i postęp w prawie*, Lublin 1983, s. 18. Warto jednak wskazać, że w tytułach publikacji poświęconych zarysom całości tej problematyki najczęściej występują jako synonimy terminy „tradycja prawa” i „kultura prawa”.

Porównawczego w Paryżu w 1900 roku było odkrycie obiektywnej, międzynarodowej nauki prawa, która właściwie zastosowana pozwoli odkryć najgłębsze sekrety istoty prawa i w końcowym rezultacie doprowadzi do możliwie największej jednolitości między systemami prawnymi – co miało być gwarancją pokoju i zrozumienia między narodami¹⁷. Jednakże związek komparatystyki prawniczej z procesami zarządzanymi globalnie daje nowy kontekst. Jako produkt myśli prawniczej związanej z naukową koncepcją prawa właściwej dla Europy kontynentalnej, porównywanie praw funkcjonuje w środowisku wielu tradycji prawnych luźno identyfikowanych z państwami.

Pomimo założenia, że bezpośrednie rozprzestrzenianie się koncepcji i instytucji prawnych między państwami zdominowało historię ludzką i pozostaje najważniejszą siłą w rozwoju systemów prawnych, prawo pozostaje przede wszystkim konstrukcją charakterystyczną dla państwa, wyrazem jego suwerenności, która odzwierciedla oraz buduje unikalne społeczne i polityczne środowisko. Tylko niektóre normy prawne wyróżniają się jednak w wystarczający sposób, aby przypisać im cechę oryginalności. W literaturze opisującej transnarodowy ruch prawa istotne innowacje nie są wykluczone – co wyraża chociażby twierdzenie Sacco, że być może jedna na tysiąc to innowacja oryginalna¹⁸. Jednakże główny nacisk położony jest tu na rozprzestrzenianie się prawnych transplantów jako procesu wymuszonego przez globalizację i na rozkwit prawa ponadnarodowego¹⁹.

Komparatystyka prawnicza staje przed problemem wskazania, co składa się na tradycję prawa – oderwaną od państwa lub zredukowaną do krajowego systemu prawnego. Jest jasne, że tradycyjne zasoby komparatystyki prawniczej pozostają niewystarczające, aby odnieść się do wielowymiarowego zjawiska umiędzynarodowienia i jego następstw obecnych w lokalnych tradycjach prawnych. Interdyscyplinarne podejście właściwe dla takich dziedzin jak nauki polityczne, ekonomia i socjologia prawa muszą służyć komparatystom jako uzupełnienie metodologii. Wydaje się jasne, że, jeśli studia prawnoporównawcze mają zachować charakter

¹⁷R. Munday, *Accounting for an Encounter*, [w:] *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand, R. Munday (red.), Cambridge s. 27.

¹⁸R. Sacco, *Legal formants: A dynamic approach to comparative law (II)*, „American Journal of Comparative Law” 1991, nr 39(2), s. 367.

¹⁹A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens 1993, s. 14.

dyscypliny dającej rozumienie wpływu globalnych zmian na istniejące lokalne tradycje prawne, ich interakcji i wpływu strategii przetrwania, z pewnością ogniskowa komparatystyki wymaga pewnego dostosowania. Przede wszystkim wyzwania dotyczą metodologii komparatystyki prawniczej oraz założeń ideologicznych. Z bardziej praktycznego punktu widzenia wskazane będzie także uwzględnienie wpływu rosnącego dostępu do informacji o obcych systemach prawnych i wzroście ponad- i międzynarodowych źródeł jednolitego prawa. Pozwoli to na zachowanie użyteczności komparatystyki prawniczej.

Wyzwania w obszarze metodologii

Implikacje umiędzynarodowienia dla metodologii komparatystyki prawniczej mają swoje źródło w przeformułowaniu koncepcji suwerenności państwa oraz zjawisku policentrycznego tworzenia norm prawnych²⁰. Po pierwsze, istnieje potrzeba zmiany przedmiotu porównania z państw na tradycje wspólnot czy społeczności. Jednocześnie coraz większa jest świadomość, że jedynie dynamiczna perspektywa może realnie przyczynić się do przyrostu wiedzy prawnoporównawczej²¹. Wydaje się również konieczne zweryfikowanie ugruntowanych założeń tradycyjnego podejścia komparatystycznego, które do tej pory głównie skupiało się na badaniu prawa prywatnego.

Studia prawnoporównawcze niezaprzeczalnie powiązane są z istnieniem różnych i różnorodnych lokalnych tradycji prawnych lub przynajmniej różnych społeczności. Optyka, przy pomocy której dokonywano obserwacji kultur prawa, ulegała przemianom. Oczywiście nawet zakwalifikowanie komparatystyki prawniczej jako dyscypliny „tradycyjnej” nie sprawia, że sama w sobie pozostaje ona metodologicznie jednorodna. Pionierzy przedwojennej komparatystyki nie dzielili metod swoich powojennych spadkobierców²². Jednakże w głównym nurcie metodologicznym zawsze pozostawało porównywanie systemów prawnych

²⁰ M. Bussani, *Current trends in European comparative law: The common core approach*, „Hastings International and Comparative Law Review” 1998, nr 21(4), s. 789.

²¹ W. Twining, *Globalisation and Comparative Law*, [w:] *Comparative Law: A Handbook*, E. Öricü, D. Nelken (red.), Oxford 2007, s. 71.

²² M. Delmas-Marty, *Comparative Legal Studies and Internationalization of Law*, Paris 2015, tryb dostępu: <http://books.openedition.org/cdf/3644> [24.05.2016].

państw²³. Wspomniany plan unifikacji prawa promowany przez główny nurt przedwojennej komparatystyki prawniczej dotyczył praw czy systemów prawnych państw. Było to postrzeganie świata kompatybilne z poglądami ówczesnej doktryny prawa międzynarodowego publicznego.²⁴ Pomimo wielu przemian, które znalazły swój wyraz w dominacji metody funkcjonalnej²⁵ i stworzeniu specyficznego warsztatu komparatystyki, nadal przedmiotem badań tej dyscypliny pozostają systemy prawne państw. Po pierwsze, oznacza to dalsze postrzeganie prawa jako wyrazu terytorialnej suwerenności państwa lub alternatywnie jako emanacji systemu, gdzie podstawowe normy mogą być wyprowadzone z przepisów konstytucyjnych. Po drugie, podejście to wskazuje na nacisk na działanie komparatystyki głównie w odniesieniu do zasad prawa. Współczesne podejście zdaje się odrzucać bezpośrednie asocjacje zarówno prawa z zasadami prawa, jak i prawa z państwem²⁶.

Komparatystyka prawnicza może być realizowana na gruncie dwóch paradygmatów, tzn. statycznej i dynamicznej analizy. Pierwsze podejście zajmuje się porównaniem zestawu prawnych formantów w dwóch lub większej liczbie systemów prawnych w określonym czasie. Ponadto podejście to próbuje zidentyfikować zarówno różnice, jak i podobieństwa w sferze każdego z prawnych formantów oraz zrozumieć, jak każdy z nich przyczynia się do opracowania zasady pracy. Z kolei dynamiczna analiza próbuje przedstawić wzajemne stosunki między prawnymi systemami w odniesieniu do historii, jednakże najbardziej skupia się na zmianach prawnych.

²³ W tradycyjnych ujęciach prawo porównawcze jest ujmowane jako porównywanie historii prawa (*comparative history of law*), porównywanie ustawodawstw (*comparative legislation*) i porównywanie systemów prawnych (*descriptive comparative law*). Więcej w: M.C. Firmenich, *Comparative Legal Analysis. Kreditsicherung durch Grundpfandrechte in England und Deutschland*, Baden-Baden 2011, s. 44.

²⁴ M. Perkowski, *Kształtowanie się podmiotowości prawa międzynarodowego*, [w:] *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, J. Menkes (red.), Warszawa 2007, s. 454 i nast.

²⁵ Zweigert i Kötz uznają ją za podstawową zasadę metodologiczną prawa porównawczego (zob. K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, s. 34), choć w literaturze wyrażane są też sceptyczne opinie, czy w obszarze komparatystyki można mówić o jednej uporządkowanej czy usystematyzowanej metodzie – tak m.in. R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, K. Zimmermann, M. Reimann (red.), Oxford 2006, s. 339.

²⁶ H. Muir Watt, *Globalization and comparative law...*, op. cit., s. 582.

Jeśli intensyfikacja umiędzynarodowienia obrotów krajowych państw nie oznacza końca komparatystyki lub przynajmniej końca różnorodności w obszarze prawa, zjawisko to musi wpłynąć na sposób, w jaki porównanie jest dokonywane. W pierwszej kolejności, uszczuplenie koncepcji suwerenności państwa łączy się z koniecznością oderwania konceptu społeczności od geopolitycznych podziałów świata. Pogłębiająca się nieadekwatność tych ostatnich doprowadza do porównywania kultur prawa, które obejmują swoim wpływem terytoria rozleglejsze niż terytoria państwa. Podobne problemy wynikają np. dla obszaru stosowania międzynarodowego prawa prywatnego, co zmusza do myślenia w kategoriach raczej społeczności niż klasycznych terytoriów państwowych. Stąd posługiwanie się pojęciem tradycji prawnych ma większe uzasadnienie, niż trzymanie się klasycznej definicji systemu prawnego. Powstaje jednak pytanie, które wymaga od komparatystyki prawniczej odpowiedzi: czy i do jakiego stopnia tradycje prawne mogą zachować swoje poczucie tożsamości i odrębności w obliczu zmian? A jeżeli prawo wpisuje się w kulturę prawną społeczności, czy umiędzynarodowienie obrotu krajowego może je zmieniać czy raczej konsolidować? Stąd statyczne podejście prezentowane przez tradycyjną komparatystykę prawniczą wydaje się nieadekwatne.

Wzajemne przenikanie się krajowych ustawodawstw, wielokierunkowe powiązania rynków, powstawanie takich odrębnych obszarów prawa jak *lex mercatoria*²⁷ i wzrost stopnia uniformizacji międzynarodowych źródeł prawa w porządkach krajowych, w tym dotyczących praw człowieka, doprowadzą do powstania zupełnie innego systemu prawa, różnego od narodowych kultur prawa lub doprowadzą do powolnej erozji różnorodności – w ten sposób pozbawiając komparatystykę prawniczą przedmiotu jej zainteresowania.

²⁷ P. Mazzacano, *The Lex Mercatoria as Autonomous Law*, „Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper” 2008, nr 29, tryb dostępu: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> [24.05.2016].

Wyzwania w obszarze ideologii

Główny nurt komparatystyki prawniczej w drugiej połowie XX wieku pozostawał w sposób świadomy przywiązany do politycznego agnostycyzmu, powstrzymując się od wkraczania w sferę ideologii²⁸. Szeroko rozpowszechniona akceptacja dla funkcjonalizmu jako głównej metody komparatystyki wzmocniła ideę, że porównanie składa się głównie z mapowania cech wspólnych i rozbieżności między systemami prawnymi, i że wiedza, która w ten sposób powstaje, jest niezależna od wyborów politycznych i planów ośrodków władzy. Ideologia agnostycyzmu komparatystyki prawniczej jest dziś trudniejsza do zachowania po prostu dlatego, że świat (a raczej kategorie, w jakich się go opisuje), staje się coraz mniej podzielony. Pluralizm prawny daje swój wyraz w ponadnarodowych normach prawa prywatnego, a rozprzestrzenienie się dyskursu praw człowieka oznacza, że refleksja nad uniwersalizmem praw i nad relatywizmem kultur nie może być zignorowana. Wzrost wymiany społecznej i ekonomicznej generuje wiele okazji do kontaktu z głęboko różnymi kulturami prawa, spoza orbity zachodniej cywilizacji, i sprowadza „egzotyczne światy prawa” na nasz próg.

Z uwagi na europocentryzm obecny przez wiele dekad w rozwoju komparatystyki prawniczej, wskazane byłoby wezwanie prawników-komparatystów do etycznego spotkania z „innym w prawie”²⁹. Etyka komparatystyki prawniczej w świecie, który podlega głębokiemu umiędzynarodowieniu, powinna opierać się na szacunku do różnic i na tworzeniu odpowiednich relacji, bez narzucania jednej wizji świata, wyzbycia się założeń, które zaburzać mogą zasady równości i bezstronności w dokonywaniu badań komparatystycznych.

Komparatystyka prawnicza może w końcu odegrać rolę jako dyscyplina tłumacząca zjawiska mające miejsce na rynku globalnym. Wiedza prawnoporównawcza przy wsparciu innych dziedzin wiedzy jest w stanie wskazywać na efekty zmian w paradygmacie relacji prawa krajowego lub lokalnego i rynków globalnych. Poprzez swoją ewolucję komparatystyka prawnicza doszła do bardzo ważnego wniosku:

²⁸ D. Kennedy, *The methods and the politics*, [w:] *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, P. Legrand, R. Munday (red.), Cambridge 2003, s. 357.

²⁹ P. Zumbansen, *Transnational legal pluralism*, „*Transnational Legal Theory*” 2010, nr 10(2), s. 164.

w większości przypadków, zmiany w systemach prawnych wynikają z prawnych przeszczepów. Przemieszczanie się zasady prawnej albo całego systemu prawnego z jednego państwa do innego okazało się być najbardziej płodnym źródłem dla rozwoju prawa, ponieważ „większość zmian w większości systemach prawnych jest rezultatem zapożyczeń”³⁰. Próby wyjaśnienia prawnych przeszczepów z jednego systemu do innego w dużej mierze oparła się na pustej idei „prestżu”. Niedogodność, jaka jest z tym związana, spowodowana jest faktem, że prawnicy zajmujący się prawnymi przeszczepami są mniej zainteresowani teoretycznym wyjaśnianiem powodów prawnych zapożyczeń – interesuje ich samo obserwowanie ich występowania. Jeżeli tłem dla przeszczepu jest konkurencja, to prawdopodobne jest, że przeszczepiona zasada prawna albo doktryna jest bardziej wydajna niż jej możliwe alternatywy³¹. Jednak pomimo tego, że istnieją rozbieżności w różnych prawnych systemach, nie oznacza to, że są one nieefektywne. Co więcej, jeżeli wydaje się, że mamy do czynienia z przypadkiem efektywności w doktrynie prawnej, która jest uznawana przez większość na konkurencyjnym rynku prawniczej teorii i praktyki, nie oznacza to wcale, że istnieje tylko jedna zasada prawna skuteczna dla każdego problemu prawnego. Różne tradycje prawa mogą rozwijać neutralne (z punktu widzenia wydajności) alternatywne rozwiązania dla tych samych prawnych problemów.

Wyzwania w obszarze praktyki

Mathias Reimanna wskazuje na podwójną rolę prawa porównawczego: jako metody studiowania prawa oraz jako „zasobu” naukowej wiedzy („as a „»stock« of academic knowledge”)³². Tradycyjnie, co stwierdził David Gerber³³, jedną z podstawowych funkcji komparatystyki prawniczej było zapewnienie informacji o innych, różnych kulturach prawnych. W istocie studia prawnoporównawcze często były deskryptywne lub w sposób anatomiczny koncentrowały się na zbieraniu informacji na

³⁰ A. Watson, op. cit., s. 20.

³¹ U. Mattei, *Comparative law and critical legal studies*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (red.), Oxford 2006, s. 824.

³² M. Reimann, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, [w:] M. Bussani, U. Mattei (red.), op. cit., s. 14.

³³ D. J. Gerber, *Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law*, *Tulane Law Review* 2001, no. 75, s. 949

temat prawa obcego, co w inny sposób nie było do osiągnięcia. Najbardziej oczywisty sposób zwiększenia dostępu do wiedzy na temat prawa państw obcych dokonuje się obecnie poprzez nowe technologie informacyjne. Tworzy to ważne implikacje w zakresie przydatności komparatystyki prawnej jako źródła informacji na temat prawa obcego.

Praktyczne zmiany wywołane przez proces umiędzynarodowienia obrotu krajowego, w którym nowe technologie informacyjne, wzajemne powiązania między krajowymi gospodarkami, pojawienie się norm ponadnarodowych i praktyki aktów ponadnarodowych, stawiają przed studiami prawnoporównawczym dwa różne i widocznie sprzeczne wyzwania. Z jednej strony, wciąż poszerzający się dostęp do informacji na temat systemów prawnych państw obcych, jak i ekspansja ponadnarodowych i międzynarodowych źródeł uniformizacji prawa mogą czynić komparatystykę prawniczą dyscypliną zbędną. Jaka jest potrzeba studiów prawnoporównawczym, jeśli informacja o prawie obcym jest już dostępna lub jeśli dana regulacja stanowi regulację o charakterze prawa zuniformizowanego? Studia prawnoporównawcze nadal odgrywają ważną rolę: wzrost ilości dostępnych zasobów informacji czyni je niezbędnymi do przekładania i konwersji podstawowych informacji na temat systemu prawa krajowego na formę zrozumiałą dla obcego użytkownika. Jednocześnie jednolite prawo wymaga dla jego opracowania interpretacji i porównania możliwych rozwiązań alternatywnych.

Podsumowanie

Umiędzynarodowienie obrotu krajowego w sposób nieuchronny stwarza nowe wyzwania dla prawa porównawczego. Wpływa na paradygmat, w ramach którego prawo porównawcze kształtowało się do tej pory jako dyscyplina naukowa. Studia prawnoporównawcze wyrosły z wizji świata oddzielonych od siebie systemów prawnych związanych z suwerennymi państwami i w nich się zawierających. Głębokie zmiany dotyczące osnowy międzynarodowego środowiska prawnego, zwłaszcza postępujący upadek deskryptywnego i normatywnego znaczenia tradycyjnych podziałów geopolitycznych, wskazują na nieadekwatność niektórych założeń, na których przez długi czas opierała się komparatystyka prawnicza w swoim głównym nurcie. Skłania to do przemyślenia jej ideologicznej podbudowy i metodologicznego warsztatu.

Komparatystyka prawa jest konieczna, gdy będąc świadkami rozwoju prawa ponadpaństwowego chce się zdefiniować je inaczej niż poprzez rozszerzenie systemu mocniejszego państwa. Studia porównawcze dają preferencję pluralistycznej internacjonalizacji, w pełni uwzględniającej różnorodność systemów. Ale, aby odnieść sukces, potrzeba więcej niż po prostu ich zestawiania. Konieczne jest zidentyfikowanie różnic i znalezienie wspólnej gramatyki, która umożliwi zgodność (harmonizacja) lub rzeczywiste połączenie (hybrydyzacja). Nawet w skali europejskiej pojawiają się w tym obszarze trudności, gdyż procesy mnożą się – od prawa kontraktowego do prawa karnego, poprzez prawo socjalne lub proceduralne.

Metoda porównawcza ma podwójną funkcję – przyczynia się do procesu integracji w samym centrum umiędzynarodowienia prawa oraz jest elementem oporu wobec tego zjawiska. Przyczynia się do integracji w zakresie, w jakim prawo porównawcze jest konieczne, aby przewyciężyć rozbieżności poprzez syntezę, która w pewnych przypadkach i pewnych warunkach umożliwia hybrydyzację prawniczą i dla której Europa stanowi rodzaj laboratorium do analizy, a czasami testowania³⁴. Prawo porównawcze pozwala na harmonizację i siebie nasiona konieczne do rozwoju hybrydyzacji – tym samym przyczynia się do przekształcania pluralizmu w prawdziwie jednolite prawo, które przewycięża opozycję istniejącą między relatywizmem i uniwersalizmem.

³⁴ Na przykład projekt europejskiego prokuratora został stworzony przez połączenie elementów wywodzących się z tradycji postępowania prowadzonego przez sędziego śledczego oraz z tradycji oskarżyciela publicznego. Ale hybrydyzacja nie jest możliwa we wszystkich dziedzinach i w tym samym projekcie zrezygnowano z pomysłu, aby uczynić obowiązkowym zaangażowanie sędziów zawodowych, gdyż w świetle prawa brytyjskiego zbyt duże było przywiązanie do ławy przysięgłych jako symbolu demokracji.