

redakcja naukowa:
Monika Florczak-Wątor
Andrzej Grabowski

ARGUMENTY I ROZUMOWANIA PRAWNICZE W KONSTYTUCYJNYM PAŃSTWIE PRAWA

KOMENTARZ

Michał Araszkiewicz · Marcin Biskupski · Aleksandra Dębowska
Monika Florczak-Wątor · Filip Gołba · Andrzej Grabowski
Justyna Holoher · Dominika Kowalska · Jakub Kret
Marcin Krzemiński · Zuzanna Krzykańska · Barbara Krzyżewska
Magdalena Latacz · Rafał Michalczak · Magdalena Michalska
Maciej Pach · Oskar Pogorzelski · Kaja Ptak

gościnnie: Manuel Atienza



PRAWO
KONSTYTUCJA
ARGUMENTACJA

Argumenty i rozumowania prawnicze
w konstytucyjnym państwie prawa

Komentarz



PRAWO
KONSTYTUCJA
ARGUMENTACJA

SERIA POD REDAKCJĄ
TOMASZA GIZBERT-STUDNICKIEGO
I PIOTRA TULEI

REDAKCJA NAUKOWA:
MONIKA FLORCZAK-WĄTOR • ANDRZEJ GRABOWSKI

Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa Komentarz

Michał Araszkiewicz • Marcin Biskupski • Aleksandra Dębowska
Monika Florczak-Wątor • Filip Gołba • Andrzej Grabowski
Justyna Holocher • Dominika Kowalska • Jakub Kret
Marcin Krzemiński • Zuzanna Krzykalska • Barbara Krzyżewska
Magdalena Latacz • Rafał Michalczak • Magdalena Michalska
Maciej Pach • Oskar Pogorzelski • Kaja Ptak

gościnnie: Manuel Atienza



Kraków 2021

© Copyright by Monika Florczak-Wątor  & Andrzej Grabowski , Kraków 2021

Recenzent

prof. zw. dr hab. Tomasz Gizbert-Studnicki

Redakcja

Ewa Dąbrowska

Projekt okładki

dr hab. Grzegorz Kuca, prof. UJ

ISBN 978-83-8138-336-3 [druk]

ISBN 978-83-8138-337-0 [online, pdf]

<https://doi.org/10.12797/9788381383370>

Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2015/17/B/HS5/00457

Stan prawny: 1 lipca 2020 r.

WYDAWNICTWO KSIĘGARNIA AKADEMICKA

ul. św. Anny 6, 31-008 Kraków

tel./faks: 12 431-27-43, 12 421-13-87

e-mail: akademicka@akademicka.pl

Księgarnia internetowa: <https://akademicka.pl>

Spis treści

Przedmowa (<i>M. Florczak-Wątor, A. Grabowski</i>)	9
Wykaz skrótów	11
Wprowadzenie (<i>A. Grabowski</i>).....	23
Teoria konstytucyjnego państwa prawa a topiczny model argumentacji prawniczej (<i>J. Holocher</i>)	30
Aksjologia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (<i>M. Florczak-Wątor</i>).....	61
Rozumowania prawnicze i schematy argumentacyjne w sądowym stosowaniu prawa (<i>M. Araszkiewicz</i>)	90
KOMENTARZ do argumentów i toposów prawniczych (<i>M. Araszkiewicz, M. Biskupski, A. Dębowska, M. Florczak-Wątor, F. Gołba, A. Grabowski, J. Holocher, D. Kowalska, J. Kret, M. Krzemiński, Z. Krzykalska, B. Krzyżewska, M. Latacz, R. Michalczak, M. Michalska, M. Pach, O. Pogorzelski, K. Ptak</i>).....	157
Wstęp (<i>A. Grabowski</i>)	159
1. <i>Ius est ars boni et aequi</i>	168
2. Zasada dobra wspólnego.....	183
3. Zasada demokratycznego państwa prawnego	196
4. Zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa	224
5. Zasada ochrony praw słusznie nabytych.....	239
6. Zasada pewności prawa.....	249
7. <i>Lex non obligat nisi promulgata</i>	263
8. <i>Lex retro non agit</i>	274

9. <i>Ignorantia iuris nocet</i>	286
10. <i>Clara non sunt interpretanda</i>	301
11. Argument ze sprawiedliwości społecznej	316
12. Argument ze zmian społecznych	327
13. Nakaz wykładni prawa zgodnie z zasadami prawnymi	342
14. Argument z odwołania się do wartości pozaprawnych	363
15. Zasada słuszności	381
16. <i>Summum ius summa iniuria</i>	396
17. <i>Ex iniuria non oritur ius</i>	408
18. <i>Lex iniustissima non est lex</i>	417
19. Prawo nie powinno ustępować przed naruszeniem prawa	439
20. Założenie racjonalnego prawodawcy	453
21. Nakaz respektowania dyrektyw techniki prawodawczej w procesie interpretacji	467
22. Nakaz uwzględniania definicji legalnych	480
23. Nakaz określoności przepisów prawa	491
24. Argument z typu przepisów prawa	500
25. Zakazy wykładni synonimicznej i homonimicznej	510
26. <i>Lege non distinguente nec nostrum est distinguere</i>	527
27. Argument z języka powszechnego	534
28. Nakaz stosowania reguł syntaktycznych języka ogólnego (powszechnego)	547
29. Zakaz wykładni <i>per non est</i>	556
30. Argument <i>a rubrica</i>	564
31. Argument systemowy	576
32. Argument z unikania sprzeczności	588
33. Dyrektywa wykładni holistycznej	596
34. Argument z woli historycznego prawodawcy	612
35. Argument z <i>ratio legis</i>	623
36. Argument teleologiczny (celowościowy)	635
37. Wnioskowanie z celu na środki	650
38. Argument z natury rzeczy	661

39. <i>Impossibilium nulla obligatio</i>	675
40. Argument <i>ad absurdum</i>	688
41. Nakaz respektowania zasady derogacji wyraźnej	700
42. <i>Lex superior derogat legi inferiori</i>	707
43. <i>Lex specialis derogat legi generali</i>	719
44. <i>Lex posterior derogat legi priori</i>	726
45. <i>Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali</i>	740
46. Zasada legalizmu	751
47. Zakaz wykładni prawotwórczej	765
48. Zakaz wykładni rozszerzającej/zwężającej	778
49. <i>Exceptiones non sunt extendendae</i>	787
50. Argument <i>a contrario</i>	796
51. Nakaz pierwszeństwa wykładni językowej	804
52. Argument <i>ab exemplo</i>	826
53. Argument z poglądu dominującego	840
54. Nakaz wykładni prawa w zgodzie z konstytucją	849
55. Domniemanie konstytucyjności ustawy	861
56. Argument ze spójności	878
57. Nakaz respektowania hierarchii źródeł prawa	895
58. Nakaz (zasada) interpretacji prawa zgodnie z prawem międzynarodowym	910
59. Nakaz prounijnej wykładni prawa krajowego	922
60. Argument prawnoporównawczy	934
61. Zasada podziału władzy	951
62. Zasada godności człowieka jako źródła wolności i praw	967
63. Zasada proporcjonalności	986
64. Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw	1001
65. Zakaz nadmiernej ingerencji w sferę praw człowieka	1013
66. Argument <i>a fortiori</i>	1028
67. Zasada równości	1038
68. Argument z analogii	1052
69. <i>Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio</i>	1072

70. Zakaz wykładni prowadzącej do luk	1080
71. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege</i>	1094
72. <i>Cogitationis poenam nemo patitur</i>	1113
73. Domniemanie niewinności.....	1120
74. <i>In dubio pro reo</i>	1133
75. Domniemanie i ochrona dobrej wiary.....	1147
76. Sama możliwość wątpliwości nie powinna mieć rozstrzygającego znaczenia ...	1163
77. <i>Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat</i>	1178
78. Argument z faktów notoryjnych	1191
79. <i>Audiat et altera pars</i>	1199
80. <i>Nemo (est) iudex in causa sua</i>	1214
81. <i>Iura novit curia</i>	1234
82. Zasada powagi rzeczy osądzonej (<i>res iudicata</i>)	1247
83. <i>Ius publicum privatorum pactis mutari non potest</i>	1261
84. <i>Ne eat iudex ultra petita partium</i>	1270
85. Zakaz <i>reformationis in peius</i>	1283
86. <i>Pacta sunt servanda</i>	1293
87. <i>Rebus sic stantibus</i>	1308
88. Zakaz nadużycia prawa.....	1324
89. <i>Nulla iniuria est, quae in volentem fiat</i>	1342
90. <i>Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet</i>	1356
91. <i>Nullum tributum sine lege</i>	1364
 Dekalog dobrego argumentatora (<i>M. Atienza</i>)	 1373
Autorzy	1377
Contents	1381
Summary (<i>F. Gołba</i>).....	1385

60. Argument prawnoporównawczy

[1. FORMUŁY ALTERNATYWNE I POKREWNE] Argument komparatystyczny; Wykładnia prawnoporównawcza (komparatystyczna).

[2. ISTOTA] Argument prawnoporównawczy to instrument wykładni funkcjonalnej, polegający na wykorzystaniu obcego prawa, orzecznictwa i poglądów doktrynalnych w procesie interpretacji analogicznych przepisów prawa krajowego w celu wypracowania oraz dodatkowego uzasadnienia podjętej decyzji interpretacyjnej (por. ZWP: 172; Paprocka 2017: 37–38).

Prawo innych państw nie obowiązuje w Polsce, dlatego argument komparatystyczny w ramach wykładni prawa nadaje się do stosowania jedynie pomocniczo, po to, aby zilustrować podobieństwa i różnice między krajowym a zagranicznym porządkiem prawnym i wyciągnąć wnioski na użytek interpretacji przepisu krajowego. Rozwiązywanie konkretnych, praktycznych problemów prawnych stanowi częstą przyczynę odwoływania się do argumentów prawnoporównawczych przez organy stosujące prawo i sądy konstytucyjne (por. np. Dannemann 2008: 401–405). Za komparatystyką prawniczą przemawiają i inne racje, takie jak chęć lepszego zrozumienia obowiązującego prawa i pogłębienia wiedzy o nim (Dannemann 2008: 405). Te ostatnie motywacje przyświecają jednak częściej przedstawicielom doktryny niż organom stosującym lub kontrolującym prawo.

Argument prawnoporównawczy pozwala umiejętniej „zaprogramować” określone zmiany w rzeczywistości społecznej, dlatego może stanowić jedno z narzędzi pomocnych również w procesie stanowienia prawa, a nie tylko jego wykładni, np. poprzez wskazanie konsekwencji określonego sposobu rozwiązania zbliżonego problemu w innych krajach. Problematykę przeszczepienia do macierzystego systemu prawnego obcego rozwiązania określa się mianem „transplantacji prawnej”, a przenoszone całe instytucje lub częściowe rozwiązania to „transplanty” (Szymczak 2015: 29–39).

Formuły „argument prawnoporównawczy” i „argument komparatystyczny” to synonimy. Nie należy z kolei za argument prawnoporównawczy (komparatystyczny) uważać wypowiedzi poświęconych wiążącemu w danym państwie prawu między-

narodowemu lub unijnemu, bo odwoływanie się do tych norm, będących częścią prawa krajowego, stanowi przejaw wykładni systemowej (tak też Paprocka 2017: 38–39). Niemniej w orzecznictwie TSUE argument prawnoporównawczy bywa rozumiany także jako argument odnoszący się do prawa międzynarodowego (zob. Lenaerts, Gutman 2015: 144–145). Warto ponadto zwrócić uwagę na to, że choć sam termin „argument prawnoporównawczy” nie zawiera bezpośredniej wskazówki, iż chodzi o konfrontację regulacji krajowej z regulacją zagraniczną, to powszechnie stosuje się go właśnie w tym znaczeniu. Dlatego w przypadku innego przedmiotu porównań prawnych, choćby analogicznych unormowań prawnych w różnych okresach historii danego państwa (np. zakresu prezydenckiego prawa łaski pod rządami kolejnych konstytucji) czy tych samych pojęć w różnych gałęziach prawa (np. pojęcia winy w prawie karnym i cywilnym), nie może być mowy o argumencie komparatystycznym, tylko np. o argumencie wpisującym się w schemat wykładni historycznej. Wynika to z utrwalonej już konwencji doktrynalnej i orzeczniczej.

[3. UZASADNIENIE] Argument prawnoporównawczy stanowi przykład toposu prawniczego, a nie prawnego, skoro w polskim porządku prawnym – nie licząc wyjątków w postaci prawa prywatnego międzynarodowego (por. Matczak 2010: 43) – brakuje unormowań nakazujących posługiwanie się prawem lub orzecznictwem obcym w procesie stosowania przepisów (a tym bardziej ich stanowienia). Polska wpisuje się w tym zakresie w standard światowy. Odstępstwo od niego wykazuje np. art. 39 ust. 1 lit. c Konstytucji Republiki Południowej Afryki, w myśl którego sąd, trybunał lub inna instytucja mająca dokonać wykładni Deklaracji Praw „może wziąć pod uwagę prawo obce”. Należy to interpretować jako jeden z przejawów odcinania się od apartheidowej przeszłości RPA i dążenia do jak najpełniejszej ochrony konstytucyjnego statusu jednostki (por. np. Davis 2003: 195), a zarazem środek służący rozwiązaniu problemu braku własnych doświadczeń z praktykowaniem konstytucjonalizmu (zob. np. Halmai 2013: 1344).

Uzasadnienie aksjologiczne argumentu prawnoporównawczego wiązać trzeba z właściwym każdemu porządkowi prawnemu dążeniem do uzyskania możliwie najlepszego, najbardziej sprawiedliwego rozwiązania problemu prawnego poprzez rozważanie wszelkich dostępnych racji. Komparatystyka stanowi narzędzie naukowego warsztatu, które daje możliwość weryfikacji sposobu myślenia i postrzegania rzeczywistości, wzbogaca wykładnię prawa, a w rezultacie pomaga w zrozumieniu istoty problemów prawnych (Wudarski 2016: 7).

Argument prawnoporównawczy jest traktowany jako metoda należąca do arsenału wykładni funkcjonalnej i realizuje wyznaczone przez nią cele. U podstaw jego zastosowania leży założenie o pokrewieństwie kultur prawnych, tożsamości

i porównywalności problemów prawnych oraz możliwości ich rozwiązania dzięki współpracy z innymi krajami. Służy ujednolicaniu i ulepszaniu prawa, jego pełniejszemu poznaniu, zrozumieniu, a także racjonalniejszemu uzasadnieniu decyzji legislacyjnych i interpretacyjnych oraz przewidywaniu ich konsekwencji.

Konstytucyjnego uzasadnienia dla posługiwania się argumentem prawnoporównawczym w pierwszej kolejności można poszukiwać w preambule do Konstytucji RP, w której ustrojodawca wyraża świadomość „potrzeby współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej”. Jak zauważył Marek Piechowiak, „na podstawie tego fragmentu można argumentować na rzecz istnienia konstytucyjnego obowiązku do rozwijania międzynarodowej współpracy w dziedzinie ochrony praw człowieka i przystępowania do istniejących traktatów służących realizacji tych praw” (Piechowiak 2016: 143). Jednak współpraca, o której tu mowa, może też przybrać postać wzajemnego inspirowania się zwłaszcza orzecznictwem konstytucyjnym, tym bardziej że sądy konstytucyjne i organy stosujące prawo mierzą się często z problemami prawnymi o charakterze uniwersalnym, a nie specyficznym dla danego państwa. W szczególności dotyczy to interpretacji postanowień Konstytucji RP wyrażających prawa i wolności jednostki, z uwagi na zjawisko „stopniowej konwergencji w europejskiej przestrzeni prawnej” (Brzozowski 2014: 11). Jeżeli zatem zagraniczny sąd konstytucyjny wypracował już dorobek orzecniczy w kwestii np. granic prawa do prywatności, to jest wskazane, aby rodzimy sąd konstytucyjny, rozpatrując podobny problem, pomocniczo sięgnął po zastosowaną argumentację, mając wszakże na uwadze różnice w brzmieniu odnośnych przepisów konstytucyjnych. Może ona nakierować go na przekonujące rozwiązanie problemu.

Również art. 2 Konstytucji RP i ściśle z nim związany art. 7 wspierają odwoływanie się do argumentacji prawnoporównawczej. Zanim bowiem elementy definicyjne demokratycznego państwa prawnego pojawiły się w polskim orzecznictwie konstytucyjnym, były szeroko charakteryzowane w judykaturze europejskich sądów konstytucyjnych. Niemala część dorobku orzeczniczego TK w zakresie interpretacji obecnego art. 2 Konstytucji RP czerpie z wcześniejszych ustaleń niemieckiego FTK (zob. Wojtyczek 2010: 51).

Jeżeli konstytucja danego państwa zawiera postanowienia będące wyrazem recepcji lub inspiracji instytucjami znanymi konstytucji innego państwa, to odwoływanie się w procesie ich interpretacji do prawa i orzecznictwa zagranicznego znajduje dodatkowe uzasadnienie w fakcie zagranicznej genezy owych instytucji. W przypadku Polski takim przepisem jest art. 158 Konstytucji RP (konstruktywne wotum nieufności), wyraźnie inspirowany konstytucją niemiecką (zob. np. Wojtyczek 2010: 51). Szczególnie cenną pomocą w procesie wykładni tego rodzaju

postanowień konstytucyjnych służy konfrontowanie ich z pierwowzorem w celu wyeksponowania zarówno podobieństw, jak i różnic.

[4. RODOWÓD I EWOLUCJA] Rodowód argumentu komparatystycznego sięga antyku – wiąże się z Platonem, Arystotelesem i Teofrastem, którzy konfrontowali ze sobą ustroje wielu greckich państw-miast (zob. np. Zweigert, Kötz 1998: 49; Donahue 2008: 4–5; Madeja 2010: 123). Ze względu na ówczesne przekonanie o przewadze prawa rzymskiego nad innymi komparatystyka zasadniczo nie rozwijała się w Imperium Rzymskim (zob. np. Zweigert, Kötz 1998: 49; Madeja 2010: 123–124), choć w *Instytucjach* Gajusza można odnaleźć fragmenty dotyczące prawa prywatnego, porównujące rzymskie *ius proprium* z *ius commune* czy też *ius gentium*, czyli prawem występującym wszędzie tam, gdzie zamieszkuje człowiek (zob. Donahue 2008: 5). Z IV w. pochodzi – stanowiące wyjątek – dzieło *Lex Dei quam praecepit Dominus ad Moysen*, zestawiające prawo Mojżeszowe z prawem rzymskim i zmierzające do udowodnienia, że to drugie pozostaje w zgodzie z zasadami pierwszego, a nawet je wprowadza (Donahue 2008: 7–8).

Należy przyjąć, że wzrost lub spadek skłonności do operowania argumentem prawnoporównawczym stanowił konsekwencję ewolucji komparatystyki prawniczej. Zastój w rozwoju tej dyscypliny trwał, co do zasady, w średniowiecznej Europie (zob. np. Donahue 2008: 9–14). Znaczący rozwój badań komparatystycznych nastąpił dopiero w renesansie, w związku z powrotem do dorobku kulturowego starożytności, odkryciami geograficznymi i reformacją (Tokarczyk 2008: 44; por. Madeja 2010: 125). W oświeceniu zainteresowanie komparatystyką towarzyszyło zwykle zainteresowaniu prawem natury (Madeja 2010: 127–128), ale zasługi dla porównań systemów prawnych, zwłaszcza poprzez wskazanie na rolę pozaprawnych (m.in. społecznych, historycznych, klimatycznych) uwarunkowań skuteczności rozwiązań prawnych, położył też w dziele *O duchu praw* Monteskiusz (Madeja 2006: 128; Tokarczyk 2008: 45–46), niebędący reprezentantem szkoły prawa naturalnego (Donahue 2008: 23). Postępowi badań komparatystycznych nie służyły natomiast sukcesy szkoły historycznej Friedricha Carla von Savigny’ego, głoszącej, że „prawo, podobnie jak język, odzwierciedla ducha jedynie własnego narodu”. Postęp nie nastąpił także w dobie tryumfów pozytywizmu prawniczego, akontekstowo analizującego prawo obowiązujące (Tokarczyk 2008: 46).

Rozwojowi komparatystyki konstytucyjnej sprzyjały z kolei rewolucje amerykańska i francuska oraz epoka napoleońska, gdy poza granicami kraju poszukiwano instytucji pozwalających na unowocześnienie i usprawnienie procesu sprawowania władzy (Madeja 2006: 129). Zacieśnianie kontaktów międzynarodowych w XIX w. skłaniało do komparatystycznych badań nad prawem handlowym i cywilnym,

a także prawem karnym. Towarzyszył temu rozwój relewantnych instytucji oraz dydaktyki. W 1831 r. w *College de France* otwarto katedrę historii porównawczej i filozofii prawa, w 1838 r. w *Faculté de Droit* rozpoczęto wykłady z porównawczego prawa karnego, zaś w 1869 r. w Anglii powołano do życia *Society of Comparative Legislation*, a w Oksfordzie rozpoczęto wykłady z prawa porównawczego (Brodecki, Konopacka, Brodecka-Chamera 2010: 15).

Zaowocowało to wpływem rozwiązań kodeksowych jednych państw na inne (szerzej zob. Zweigert, Kötz 1998: 51–52). Już na paryskim kongresie komparatystyki prawniczej w 1900 r. podkreślano praktyczne zalety komparatystyki z perspektywy ulepszania obowiązującego prawa (Tokarczyk 2008: 48–49; Brodecki, Konopacka, Brodecka-Chamera 2010: 15), przyjmując założenie, że sensownie porównywać ze sobą można tylko instytucje prawne pochodzące ze względnie bliskich sobie systemów prawnych, przez co dystansowano się od badania *common law* jako nienadającego się do porównań z prawem kontynentalnym (Zweigert, Kötz 1998: 59). Jednak po kilkunastu latach uznano, że celem powinno być zgłębianie różnych metod rozwiązywania tych samych problemów, choćby i na gruncie zupełnie odmiennych systemów prawnych, co umożliwiło otwarcie na *common law* (zob. Zweigert, Kötz 1998: 61–62). Motorem napędowym badań porównawczych stała się – paradoksalnie – I wojna światowa, której doświadczenia skłoniły rządzących do unifikacji porządków prawnych w celu utrzymania pokoju (zob. np. Tokarczyk 2008: 49–50). W odrodzonej w 1918 r. Polsce, na obszarze której początkowo wciąż obowiązywały różne porządki prawne dawnych zaborców (zob. np. Grodziski 2000: 11–12), co w naturalny sposób motywowało do analiz porównawczych, pogłębioną komparatystykę uprawiali członkowie Komisji Kodyfikacyjnej, pracującej nad nowymi kodeksami (zob. np. Wąsowicz 2018: 22). Polskie prawo, mające tradycję komparatystyczną, pozostawało więc także po odzyskaniu niepodległości w dialogu między różnymi kulturami prawnymi (Zoll 2016: 119).

Odmienną tendencję obserwowano w Niemczech hitlerowskich, gdzie prawo utożsamiano z wolą Führera, a „ekskluzywny” charakter tego rodzaju źródła prawa likwidował przestrzeń dla komparatystyki prawniczej (Madeja 2006: 134). Po II wojnie światowej etapy rozwoju i regresu komparatystyki prawniczej były wyznaczane okresami odprężenia lub napięcia w stosunkach bloku zachodniego i wschodniego (Tokarczyk 2008: 50–51). W bloku wschodnim konfrontowano ustroje socjalistyczne i „burżuazyjne”, aby wykazać wyższość tych pierwszych; porównywano też rozwiązania konstytucyjne państw socjalistycznych, ale wysnuwane wnioski podporządkowywano wstępnemu założeniu ideologicznemu o przewadze socjalizmu nad kapitalizmem (Madeja 2006: 137–138). Była to kom-

paratystyka negatywna, usiłująca z motywacji politycznych zdyskwalifikować określone rozwiązania prawne.

Po przełomie ustrojowym 1989/1990 r. Europa Środkowo-Wschodnia stała się podatnym gruntem dla rozwoju komparatystyki ustrojowej w związku z pracami nad nowymi konstytucjami i tendencjami do sięgania po recepcję (Madeja 2006: 140–141; szerzej zob. Wyrzykowski 1992: 23n). W Polsce postępowało wypieranie wpływów francuskich na rzecz inspiracji rozwiązaniami niemieckimi (zob. Wojtyczek 2010: 50–51).

Odwoływaniu się do argumentu komparatystycznego sprzyjają procesy integracyjne i otwarcie porządku prawnego na prawo międzynarodowe (ZWP: 173), świadczące o pokrewieństwie kultury prawnej państw, w których występują te zjawiska. Członkostwo w UE powoduje nie tylko europeizację prawa krajowego, ale także otwarcie tego prawa na systemy prawne innych państw członkowskich (Baińczyk 2016: 505).

W literaturze wskazywano na wiele czynników wpływających na rozwój i ewolucję komparatystyki. Przykładowo Adam Szpunar wyróżnił trzy podstawowe zagrożenia: nacjonalizm, pozytywizm i wzrastającą specjalizację w nauce. Dwa pierwsze prowadzą do ignorowania obcych porządków prawnych i dążą do opierania rozstrzygnięć na materiałach zaczerpniętych wyłącznie z danego systemu prawa pozytywnego. Trzecie z kolei jest konsekwencją tego, że nikt nie może pretendować do znajomości danej gałęzi prawa we wszystkich systemach, w związku z czym zamiast formuł abstrakcyjnych i uogólniających należy przejść do tego zagadnienia w sposób empiryczny i konkretny (Szpunar 1967: 43). Dziś zagrożenia te, głównie za sprawą wspólnej europejskiej przestrzeni prawnej (materialnoprawnej i instytucjonalnej) oraz zmiany rozumienia pozytywizmu prawniczego, wydają się być już po części nieaktualne. Tendencje unifikacyjne zrodziły jednak kolejne problemy, które dotyczą także komparatystyki. Sprowadzają się one chociażby do pytania, czy ujednolicenia prawa będzie prowadziło do utraty tożsamości porządków prawnych, a przez to również do zaniku komparatystyki.

[5. PRZYKŁADY ZASTOSOWANIA] Argumentacja komparatystyczna jest w europejskim dyskursie naukowym obecna od dawna i stanowi jeden z fundamentów jego rozwoju. Występuje ona również w polskiej doktrynie, choć jej wartość jest mocno zróżnicowana (Wudarski 2016: 8). Podobnie rzecz się ma w orzecznictwie, gdzie argument ten nie jest wykorzystywany zbyt często.

Na tle ogólnej, zdecydowanie mniejszej niż w sądach, liczby spraw do niego kierowanych względnie często odnajdujemy argument prawnoporównawczy w judykaturze TK. Trzeba jednak zgodzić się z tezą, że jak dotąd odwoływanie się do tego

argumentu w orzecznictwie TK szwankowało pod względem metodologicznym, cechując się nieraz przypadkowością i brakiem klarownego uzasadnienia (zob. Paprocka 2017: 51n). Fryderyk Zoll dostrzega jednak zmianę w stylu argumentacji polskich sądów, polegającą na odchodzeniu od autorytatywnego do bardziej dyskursywnego stylu uzasadnień sądowych, uwzględniającego argumentację komparatystyczną. Zaznacza jednak, że tendencja ta nie ma powszechnego charakteru (Zoll 2016: 120–121).

Wzorcowy przykład posłużenia się argumentem prawnoporównawczym pojawia się w wyroku SN z 17.11.2006, V CSK 268/06. Czytamy w nim: „Za dopuszczalnością odwołania przez wierzyciela zastrzeżenia, zanim osoba trzecia nie wyraziła woli skorzystania z zastrzeżenia, opowiedzieli się projektodawcy art. 92 kz, poprzednika art. 393 kc, i pogląd ten jest podtrzymywany przez część piśmiennictwa także na gruncie obecnego stanu prawnego. Przemawiają za nim również argumenty czerpane z wykładni prawnoporównawczej, zwłaszcza odwołującej się do art. 112 szwajcarskiego kodeksu zobowiązań oraz do art. 6.110 ust. 3 Zasad europejskiego prawa umów, zgodnie z którym wierzyciel może, powiadamiając o tym dłużnika, pozbawić osobę trzecią prawa do świadczenia, chyba że osoba trzecia otrzymała od wierzyciela zawiadomienie, że uprawnieniu temu nadano charakter nieodwołalny, albo dłużnik lub wierzyciel otrzymali od osoby trzeciej zawiadomienie, że z uprawnienia tego chce skorzystać [...]. Strona skarżąca ma oczywiście rację, gdy twierdzi, że ten przepis w Polsce nie obowiązuje, to jednak nie wyklucza możliwości odwołania się do niego pomocniczo w ramach wykładni prawnoporównawczej, a nawet – przeciwnie – możliwość tę warunkuje”. SN trafnie przyjął, że rola argumentu komparatystycznego w procesie stosowania prawa polega na wskazaniu wspierających daną interpretację racji pochodzących z obcego prawa, zastrzegając zarazem, że argument ten może pełnić funkcję wyłącznie pomocniczą, a nie podstawową.

Celnie nakreślił też rolę argumentu komparatystycznego NSA w wyroku z 12.03.2008, II GSK 412/07: „Nie sposób [...] podzielić zarzutu naruszenia przez Sąd I instancji art. 2 i 87 Konstytucji RP, poprzez powołanie się na praktykę i poglądy prawne wyrażone przez Urzędy Patentowe w Rumunii, Słowacji i Czechach [...]. Kasator utożsamiał bowiem zastosowanie przez Sąd określonego przepisu, źródłem którego musi być akt normatywny należący do katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego [...], z akceptacją przez Sąd określonego dorobku orzeczniczego, literatury, względnie poglądów prawnych wyrażonych w orzeczeniach innych organów (także organów innych państw). Wyjaśnić zatem wypada, że o ile podstawą prawną orzeczenia nie może być akt nienależący do katalogu źródeł wskazanych w art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, o tyle dopuszczalne, a nawet wręcz pożądane, jest stosowanie prawnoporównawczej wykładni przepisów, uwzględniającej sta-

nowisko innych organów i ich uzasadnienie. Takie działanie Sądu pozwala [...] na szerszą ocenę rozpoznawanego zagadnienia i uzupełnia wykładnię językową, celowościową lub historyczną stosowanego przepisu. Zabieg prawnoporównawczej wykładni nie może być zatem utożsamiany ze związaniem Sądu poglądami innych organów (autorów publikacji)”.

W praktyce orzeczniczej TK argumentację prawnoporównawczą wykorzystywano w bardzo różnych sprawach, m.in. zdefiniowania minimum egzystencji (zob. wyrok TK z 28.10.2015, K 21/14), lekarskiej klauzuli sumienia w kontekście konstytucyjnej wolności sumienia (zob. wyrok TK z 7.10.2015, K 12/14), zasady swobody umów (zob. wyrok TK z 27.11.2006, K 47/04), karnoprawnej ochrony przed zniesławieniem (zob. wyrok TK z 30.10.2006, P 10/06) czy kompetencji organu państwa do zestrzelenia uprowadzonego samolotu pasażerskiego, który miałby być użyty do ataku na cel naziemny (zob. wyrok TK z 30.09.2008, K 44/07). Szczególnie często nawiązywano do orzecznictwa niemieckiego FTK, co nie zaskakuje, bo jest to organ o uznanej renomie międzynarodowej i ogromnym dorobku, a przy tym funkcjonujący w państwie, z którego polski porządek prawny zaczerpnął szereg instytucji konstytucyjnych (zob. pkt 3 i 4). W ostatnim ze wskazanych wyroków rozstrzygnięcie i uzasadnienie były zbieżne z wcześniejszym judykatem FTK w podobnej sprawie, w zakresie, w jakim zachodziło podobieństwo, tj. prawnej ochrony życia i zasady godności człowieka (zob. cz. III, pkt 3 uzasadnienia wyroku K 44/07).

Odniesienia do orzecznictwa obcego stanowiły dla TK pomocniczy argument przy ustalaniu treści normatywnej adekwatnych przepisów Konstytucji. Przykładowo „zasada swobody umów nie powinna być traktowana jako pochodna «klasycznych» praw wolnościowych (wolności człowieka i obywatela), dotyczących relacji władz publicznych i jednostek w niektórych sferach życia, ale ogólnej konstytucyjnej proklamacji wolności człowieka. Można tu odwołać się również do argumentów prawnoporównawczych, wskazując, że w Republice Federalnej Niemiec przyjmuje się, iż zasada swobody umów wynika z proklamowanego w art. 2 Ustawy Zasadniczej z 1949 r. prawa do swobodnego rozwoju swej osobowości oraz nienaruszalności wolności każdej osoby” (wyrok TK z 27.11.2006, K 47/04).

Trybunał Konstytucyjny wykorzystywał argument prawnoporównawczy realizując nie tylko swoją funkcję orzeczniczą, ale również niewładczą funkcję sygnalizowania luk i niespójności w systemie prawa. Celem jego wypowiedzi w tym zakresie było zainspirowanie ustawodawcy do wprowadzenia korzystnych dla konsumentów zmian normatywnych. Stało się tak w postanowieniu z 2.08.2010, S 3/10, w którym czytamy: „Aktualnie Polska jest jednym z ostatnich krajów Unii Europejskiej, w których relacja między klientem i deweloperem nie jest regulowana żadnymi przepisami. W większości państw Unii prawo chroni klientów firm dewelo-

perskich. We Francji już od 1954 r. obowiązuje regulacja, zgodnie z którą deweloper może finansować inwestycję ze środków klientów po uprzednim przeniesieniu na nich udziału we własności gruntu, na którym ma powstać inwestycja. W Niemczech deweloperowi wolno przyjmować zaliczki tylko wraz z postępowaniem inwestycji. Klienci wpłacają pieniądze na rachunek powierniczy w banku, a dzięki gwarancji bankowej mają pewność, że odzyskają wpłacone zaliczki w razie niepowodzenia inwestycji. Natomiast w Danii i Szwecji zakazana jest sprzedaż mieszkań w inwestycji, która dopiero się rozpoczęła. Sprzedaż obejmuje wyłącznie gotowe mieszkania i domy, a dla pełnego bezpieczeństwa klientów deweloperów uregulowano nawet sam moment przeniesienia własności i gwarancji ceny. Pieniądze kupujących trafiają do depozytu, a do dewelopera – dopiero po przeniesieniu własności”.

Po argument komparatystyczny sięga również – i to często (szerzej zob. Lenaerts 2003: 873n; Lenaerts, Gutman 2015: 141n) – TSUE, np. interpretując sporne pojęcie „ogólnych zasad prawnych”. Metodę, jaką się wtedy posługuje, wyłożył w wyroku z 15.10.2009, C-101/08, gdzie czytamy: „Zgodnie z definicją prezentowaną w piśmiennictwie, do ogólnych zasad prawnych zaliczają się te podstawowe przepisy niepisanego wspólnotowego prawa pierwotnego, które stanowią integralną część samego porządku prawnego Wspólnot Europejskich albo które są wspólne porządkom prawnym państw członkowskich. Zasadniczo można rozróżnić ogólne zasady prawa wspólnotowego w wąskim rozumieniu, mianowicie te, które rozwinęły się wyłącznie z ducha i systemu traktatu WE oraz odnoszą się do szczególnych problemów prawa wspólnotowego, oraz takie ogólne zasady prawne, które są wspólne porządkom prawnym i konstytucyjnym państw członkowskich. Podczas gdy pierwsza grupa ogólnych zasad prawnych wynika bezpośrednio z pierwotnego prawa wspólnotowego, Trybunał w przypadku drugiej grupy posługuje się prawnoporównawczą analizą krytyczną i wartościującą, przy której jednak metoda najmniejszego wspólnego mianownika nie znajduje zastosowania. Tym bardziej nie uważa się przy tym za potrzebne, aby rozwinięte w ten sposób zasady prawne w ich konkretnych sformułowaniach na płaszczyźnie wspólnotowej występowały zawsze jednocześnie we wszystkich porównywanych porządkach prawnych”.

Niejednokrotnie posługiwał się też argumentacją prawnoporównawczą ETPC, jak np. w wyroku z 19.07.2012, *Koch przeciwko Niemcom*, 497/09, w którym stwierdził: „Badania prawnoporównawcze pokazują, iż większość z Państw członkowskich [Rady Europy] nie dopuszcza żadnej formy pomocy przy samobójstwie. Jedynie cztery Państwa pozwalają lekarzom na przepisanie leku śmiertelnego w celu umożliwienia pacjentowi zakończenia życia. Stąd wynika, iż Państwa-strony Konwencji są dalekie od osiągnięcia konsensusu w tej mierze, co wskazuje na istnienie poważnego marginesu uznania, z którego Państwo korzysta w tym kontekście”. Zatem

spojrzenie komparatystyczne na regulację określonego problemu w poszczególnych państwach członkowskich pozwala ETPC ustalić zbieżność lub rozbieżność tej regulacji, a w tym drugim wypadku wesprzeć powołanie się na margines uznania co do sposobu unormowania danej kwestii (zob. też np. wyrok Wielkiej Izby ETPC z 15.10.2015, *Kudrevičius i inni przeciwko Litwie*, 37553/05).

Argument komparatystyczny bywa niewłaściwie stosowany. Na kilka takich przykładów zwrócił uwagę, analizując sposób stosowania tego argumentu w polskim orzecznictwie, Fryderyk Zoll. Swoje uwagi przedstawił na kanwie kilku orzeczeń: uchwały(7) SN z 6.11.2003, III CZP 61/03, dotyczącej problemu dopuszczalności skutecznego podniesienia przez dłużnika zarzutu braku doznania przez wierzyciela szkody w przypadku zastrzeżenia kary mownej; wyroku SN z 24.06.2014, I CSK 392/13, w którym SN rozstrzygał dopuszczalność odstąpienia od umowy w przypadku niewykonania dodatkowych obowiązków kontraktowych, towarzyszących konstytutywnemu obowiązkowi wynikającemu z umowy na podstawie przepisu pozwalającego na odstąpienie od umowy na wypadek zwłoki (Zoll 2016: 125–127) oraz uchwały SN z 19.11.2010, III CZP 79/10, odnoszącej się do problemu odpowiedzialności za utraconą przyjemność urlopu. W tych orzeczeniach zasadnicze błędy w stosowaniu wykładni komparatystycznej polegały na niewskazaniu kryterium wyboru konkretnego porządku prawnego, przypadkowości, wybiórczości i ogólnikowości przywołań, skoncentrowaniu się na jednej instytucji oraz niespójności i braku konsekwencji w argumentacji (Zoll 2016: 124). Nieprawidłowości te zdaniem Zolla finalnie uniemożliwiają ustalenie, czy normy prawne przywołanych porządków prawnych i praktyka ich stosowania zostały prawidłowo odtworzone. Ponadto pod komparatystycznymi fragmentami orzeczeń ukrywa się niemożność lub nieumiejętność przedstawienia przez sąd dostatecznie przekonującej argumentacji dogmatycznej, wyprowadzonej z prawa polskiego. W ostateczności prowadzi to do stwierdzenia, że przywołanie obcego prawa w rzeczywistości nie służy merytorycznemu uzasadnieniu poglądu (Zoll 2016: 126, 129)

Przykładem błędnego stosowania argumentu komparatystycznego jest także orzeczenie TK z 17.07.2018, K 9/17, dotyczące aktu indywidualnej abolicji jako negatywnej przesłanki postępowania karnego. Zarzuca mu się wadliwość metodologiczną w postaci nieuwzględnienia tego, że systemy prawne, pomimo wielu podobieństw, posługują się odrębnymi siatkami pojęciowymi (Dziwiński, Kos 2020: 104). W doktrynie wskazano, że przeprowadzona przez TK analiza jest pozbawiona kontekstu, nie tłumaczy w jaki sposób normy funkcjonują, co ostatecznie sprowadziło obserwacje Trybunału jedynie do spostrzeżeń na poziomie translatorskim, potwierdzając tym samym, że samo stwierdzenie istnienia danej instytucji

w porządku prawnym, bez rozwinięcia jej funkcji, nie ma wartości poznawczej ani argumentacyjnej (Dziwiński, Kos 2020: 104).

[6. CHARAKTERYSTYKA] Komparatystyka bazuje na różnorodności prawa obowiązującego w poszczególnych państwach. Zróżnicowanie to, z wielu powodów problematyczne, jest dla komparatysty atrakcyjne (Mączyński 2017: 11n), również dlatego, że dostarcza dodatkowych argumentów w sporach prawnych.

Argument prawnoporównawczy jest to argument prawniczy, nie ma bowiem podstawy w przepisach prawa obowiązującego. Jest on wykorzystywany zarówno przez doktrynę, dogmatyków i teoretyków prawa, jak i przez judykaturę. Nie sposób przypisać go do kategorii norm bądź zasad. Jest to argument metodologiczny i pragmatyczny, wiąże się bowiem z wieloma wyborami o charakterze metodologicznym i badawczym (Szymczak 2014: 37, 42; Grossfeld 1996: 4), w szczególności takimi jak: co powinno się porównywać (kultury prawne, ustroje, systemy czy poszczególne instytucje, przepisy definicje, metody wykładni, orzecznictwo, znaczenie nauki prawa, znaczenie precedensów), i w jakiej ilości oraz w jaki sposób generalizować (uogólniać) wyniki.

Prawo porównawcze jest traktowane jedynie jako metoda czy technika; nie jest samodzielnym bytem ani autonomiczną dziedziną prawa, lecz jest procesem jego porównywania (Brodecki, Konopacka, Brodecka-Chamera 2010: 17). Zdaniem Jerzego Wróblewskiego termin „wykładnia prawnoporównawcza”, podobnie jak „wykładnia historyczna”, nie odnosi się do określonego sposobu (metody) interpretacji prawa, jak się to powszechnie przyjmuje, lecz do „materiału użytego do wykładni”, przy czym uciekając się do analizy prawnoporównawczej interpretator może uwzględnić bądź samą normę, bądź też normę wraz z jej interpretacjami występującymi w praktyce i nauce prawa (ZTWPL: 130–131). Zasadniczy problem sprowadza się do tego, czy i w jakim zakresie komparatysta może dokonywać wykładni (interpretacji) prawa (Szymczak 2014: 45) i jaka będzie jej wartość jako argumentu w sporze.

W literaturze niemieckiej za dołączeniem wykładni komparatystycznej do klasycznych metod wykładni wyróżnionych przez F.C. von Savigny’ego opowiadał się Peter Häberle (Häberle 1996: 72). Pogląd ten nie spotkał się wszakże z powszechną akceptacją w doktrynie niemieckiej; zastrzeżenia wysuwano w szczególności wobec akcentowania rangi tego typu analizy prawniczej w odniesieniu do wykładni konstytucji (Chybalski 2019: 35).

W związku z tym, że argumentu z prawa obcego nie zalicza się do kanonu argumentów, jego zastosowanie w doktrynie i orzecznictwie nie jest uznawane za obowiązkowe. Zwykle zachodzi ono jednak w sprawach trudnych, precedensowych,

doniosłych, w jakimś stopniu i z pewnych względów kontrowersyjnych. Precyzując proces wykładni funkcjonalnej, omawiany argument służy przede wszystkim wypełnieniu luk w prawie niedających się wypełnić za pomocą zwykłych zabiegów interpretacyjnych, a także aktualizacji prawa ze względu na zmiany społeczne (Zoll 2016: 130). Jest zasadny, gdy zestawienie poszczególnych pojęć, norm czy instytucji będzie miało wartość heurystyczną w danej sprawie. Z istoty swej wiąże się z wielością ocen, wynikającą też ze współistnienia różnych porządków prawnych (multicentryczności). To, że różne centra mogą wiążąco wypełnić swoim działaniem tę samą przestrzeń prawną, determinuje rodzaj argumentów i sposób argumentacji (Łętowska 2005: 4). Argument komparatystyczny wydaje się tu nie tyle dopuszczalny, ile konieczny. Jest stosowany poprawnie, gdy uwzględnia różnorodność systemów prawnych, w tym odrębność siatki pojęciowej, oraz kontekst, w jakim pojęcia te i normy funkcjonują. Zasadniczo przedmiot badania stanowi prawo obowiązujące, niemniej nie można wykluczyć konieczności przeprowadzenia analiz historycznych dotyczących etapów rozwoju danej instytucji prawnej (Szpunar 1967: 56; Gebethner 1975: 178).

Argument ten jest toposem interpretacyjnym, właściwym dla kontekstu uzasadnienia. Specyfika argumentacji porównawczej w kontekście teorii wykładni prawa polega na przejściu od tego, co lokalne i krajowe, do tego, co uniwersalne i wspólne dla kilku wybranych porządków prawnych.

Moc konkretnych argumentów prawnoporównawczych wynika z poznawczego potencjału komparatystyki; oferuje ona prawnikowi nowe perspektywy i kryteria, dzięki którym możliwe jest klasyfikowanie obiektów prawnych. Z założenia argument ten ma pełnić funkcję wzmacniającą (retoryczną), potwierdzającą słuszność głoszonej tezy, a niekiedy także perswazyjną (Zweigert, Kötz 1998: 17; Zoll 2016: 130). Jak zauważył Fryderyk Zoll: „W takim rozumieniu normy obcego porządku prawnego, a raczej obcych porządków prawnych podkreślają racjonalność przyjętego kierunku interpretacyjnego. Jest to argument opierający się na założeniu, że porządki prawne, przynajmniej należące do jednej tradycji lub obowiązujące w krajach o podobnym rodzaju ustroju gospodarczego i społecznego ewoluują we wspólnym kierunku. Jeżeli w istotnej liczbie tych porządków przyjmuje się dane rozwiązanie, to stanowi to dowód pozwalający wnioskować o funkcjonalności danego rozwiązania. W dopuszczalnych granicach wykładni danej normy prawa krajowego, przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej, może zatem uwzględniać rzeczywiście utrwalone rozumienie danej instytucji w różnych systemach prawnych” (Zoll 2016: 130).

Toposowi temu nadaje się także funkcję prewencyjną, pozwalającą na uniknięcie rozwiązań przypadkowych i błędnych, które nie sprawdziły się w innych porządkach

prawnych. Argument ten nie jest przypisany do żadnego z rodzajów orzeczeń, nie jest również właściwy jednej dziedzinie prawa. Wzmacnia argumentację, przy czym sposób jego wykorzystania nie jest charakterystyczny, typowy. W związku z tym może on odgrywać rolę zarówno toposu „pozytywnego”, uzasadniającego wyrok zasądający, jak i toposu „negatywnego”, uzasadniającego wyrok oddalający. Bywa jednak, że zamiast stanowić znaczące wzmocnienie argumentacji sądu, topos ten pozostaje jedynie ozdobnikiem, pozornie wspierającym głoszone tezy (Zoll 2016: 122, 132).

[7. KRYTYKA] Argument komparatystyczny to przykład toposu prawniczego stosunkowo łatwo podatnego na krytykę. Bywa ona uprawiana m.in. z perspektyw metodologicznej, pragmatycznej i nawiązującej do „deficytu legitymacji”.

Po pierwsze wątpliwości budzi metodologia badań komparatystycznych. Najbardziej rozpowszechniona metoda, czyli funkcjonalna (szerzej zob. np. Michaels 2008; Zweigert, Kötz 1998: 34n; Kischel 2015: 93–108) – zakładająca, że należy analizować regulacje służące w różnych państwach rozwiązywaniu podobnych problemów, a w konsekwencji można ze sobą porównywać wyłącznie to, co jest porównywalne – zawiera presupozycję dotyczącą tego, co nadaje się do porównywania, choć rości sobie pretensje do bezstronności (Frankenberg 1985: 436–437, 439). Zastrzeżenia metodologiczne wywołują zresztą nie tylko prace naukowe wykorzystujące argument komparatystyczny, lecz także praktyka legislacyjna, w której nie zawsze pamięta się o tym, że zestawienia komparatystyczne obarczone są ryzykiem błędu w ustaleniach na temat oddziaływania regulacji prawnej na rezultaty. Zwraca się uwagę, że „[n]awet jeśli ten sam wspólny mianownik, którego brak w grupie o odmiennych wynikach, może być odnaleziony w grupie, w której osiągnięto podobne wyniki, to często trudno wskazać i wykluczyć inne wspólne mianowniki albo czynniki indywidualne, które mogłyby wyjaśnić różnicę” (Dannemann 2008: 398). Niektórzy są nawet sceptyczni co do komparatystycznych możliwości wyjaśniania wpływu regulacji na zmiany rzeczywistości, zauważając, że „prawo jest [...] zbyt złożonym fenomenem” (Husa 2003: 433). Niezależnie od trafności takiego spojrzenia podkreślmy, że relacja następstwa to coś innego niż relacja wynikania, a wyjaśnienia monokauzalne zwykle zawodzą. Powinien to mieć na uwadze prawodawca inspirowany się zagranicznymi regulacjami mającymi rozwiązać problem podobny do tego, z którym przyszło mu się zmierzyć.

Z metodologicznego punktu widzenia krytykuje się także leżące u podstaw komparatystyki prawniczej rozumowanie, że wszystkie porządki prawne są do siebie podobne, wskazując na nieprzystawalność, nieporównywalność (pojęcio-

wą, terminologiczną, treściową) poszczególnych krajowych systemów prawnych i występujących w nich instytucji.

Po drugie krytykę argumentu prawnoporównawczego prowadzi się z pozycji pragmatycznych. W przypadku organów stosujących prawo lub kontrolujących jego konstytucyjność często brakuje kompetencji i czasu na pogłębione analizy komparatystyczne. Niezależnie od tego, że komparatystyce prawniczej – i konstytucyjnej, i każdej innej – znane są różne podejścia metodologiczne (por. Jackson 2013: 54), rzadko widać ślady wykorzystywania któregośkolwiek z nich w orzecznictwie. Świadectwem tego jest np. przypadkowy dobór państw, w których poszukuje się odpowiedników analizowanych instytucji prawnych. Tymczasem arbitralny wybór i ogólnikowe zestawienie rozwiązań prawnych obcego państwa lub tamtejszego orzecznictwa z prawem krajowym może prowadzić do błędnych wniosków, z uwagi na to, że rzetelnie użyty argument prawnoporównawczy nie powinien ograniczać się do analizy językowej, ale uwzględniać również okoliczności o charakterze pozaprawnym; to zaś wymaga nieraz wyzwolenia się z okowów własnej kultury i zbadania, jak prawo funkcjonuje w obcej kulturze (Eberle 2009: 452–453, 458–459). Nie jest to jednak, ze względu na naturalną skłonność do myślenia w kategoriach prawa rodzimego, takie proste. Czy wobec tego w ogóle możemy mówić tutaj o obiektywności bądź neutralności? Ponadto – oprócz ograniczeń o charakterze poznawczym – należy mieć świadomość, że wybór porządków prawnych czy instytucji może być różnie motywowany, w tym politycznie. Zdarza się też, że z dorobku sądu zagranicznego wybiera się tylko te orzeczenia, które wspierają przyjętą przez sędziego linię rozumowania, a pomija judykaty niepasujące do niej, co nie musi wynikać ze złej woli, lecz z niedostatecznej znajomości obcego orzecznictwa (Annus 2004: 319–320). Podobne błędy może popełnić podmiot inicjatywy ustawodawczej, a ich wychwyceniu i usunięciu powinna służyć debata parlamentarna.

Po trzecie, przeciwko posługiwaniu się argumentami prawnoporównawczymi w procesie stosowania prawa przemawia brak legitymacji obcego prawa i orzecznictwa do bycia podstawą rozstrzygnięć organów krajowych. Argument ten mocno dochodził do głosu w dyskusjach w SN USA (por. Matczak 2010: 41–42), którego część sędziów, na czele z Antoninem Scalią, stanowczo sprzeciwiała się zapożyczeniom z orzecznictwa sądów europejskich, a inni, np. Stephen Breyer, po nie sięgali. Skoro zadaniem sędziów SN USA jest wykładnia konstytucji amerykańskiej, to według Scalii odwoływanie się do prawa obcego nie znajduje uzasadnienia (Choudhry 1999: 832). Uzasadnienie to pojawia się na etapie projektowania konstytucji, gdy prawo obce może być źródłem inspiracji, ale nie w procesie wykładni jej postanowień nie-inspirowanych rozwiązaniami zagranicznymi (Scalia, Breyer 2005: 525). Zdaniem Scalii mało kto przyzna, że chce być poddany władzy zagranicznych poglądów,

a skoro argument komparatystyczny nie ma być argumentem autorytatywnym, to traci rację bytu (Scalia, Breyer 2005: 522). Trudno wszakże zgodzić się z tym ostatnim stwierdzeniem w epoce charakteryzującej się odejściem od modelu sylogistycznego na rzecz modelu argumentacyjnego, w którym decyzja orzecznicza jest uwarunkowana licznymi argumentami, a żaden z nich sam w sobie nie ma charakteru konkluzyjnego.

[8. REKOMENDACJA/WSKAZÓWKI] Argument komparatystyczny nie może polegać na prostym zestawieniu podobieństw i różnic pomiędzy regulacjami w różnych krajach oraz wyciąganiu wniosków na tej jedynie podstawie. Takie podejście prowadziłoby do nieporozumień, a nawet katastrofy (Kischel 2015: 6), z uwagi na niejednokrotnie zupełnie odmienny kontekst normatywny i pozanormatywny funkcjonowania przepisów. Istotny wpływ na sens analizowanych norm prawnych mogą wywierać uwarunkowania: historyczne, kulturalne, polityczne i społeczno-ekonomiczne (por. np. Frankenberg 2006: 443). Samo przytoczenie brzmienia zagranicznych przepisów nie wystarczy i może nawet bardziej zaszkodzić argumentacji, niż ją wesprzeć. Zatem wybór systemu prawnego i konkretnych instytucji, do których następuje odwołanie (wyrok TK z 3.07.2008, K 38/07), nie może być przypadkowy. Ponadto badania komparatystyczne i formułowana na ich podstawie argumentacja nie powinny ograniczać się do wniosków *de lege lata*, lecz uwzględniać także formułowane w literaturze wnioski *de lege ferenda*, będące wyrazem polityki prawa prowadzonej przez prawodawcę (Szymczak 2014: 41, 46).

Wykładnia prawnoporównawcza pozwala znacznie wzbogacić argumentację prawniczą (por. Matczak 2010: 42), jednak rzetelne odwoływanie się do niej, służące uzasadnieniu zapożyczenia dokonanego z obcego prawa lub orzecznictwa, stanowi poważną trudność. Wymaga ono spełnienia co najmniej trzech warunków: występowania „wspólnoty komunikacyjnej” porównywanych porządków prawnych, wykazania, że „terminy, których znaczenie ustalamy, były w tradycji orzeczniczej obu porządków używane w podobnych sytuacjach faktycznych” oraz istnienia bogatszej niż rodzima zagranicznej tradycji w interpretacji danego pojęcia (Matczak 2010: 43–44). Sięgać po tę metodę wykładni powinno się ostrożnie, po pogłębionej analizie prawa i orzecznictwa obcego, uwzględniającej obok litery przepisów również relewantny kontekst normatywny i pozanormatywny (np. odmienność kultury politycznej i prawnej). Trzeba też upewnić się, że zestaw regulacji i orzecznictwa, którym dysponujemy, jest reprezentatywny dla porządku prawnego, z którym konfrontujemy unormowania krajowe. Nie należy opierać się na argumencie komparatystycznym w celu osiągnięcia wyniku wykładni niezgodnego z jednoznacznym rezultatem językowej wykładni interpretowanej regulacji, za to

zgodnego z własnym wyobrażeniem na temat pożądanego kształtu tej regulacji. Argument prawno porównawczy powinien przy tym odgrywać rolę argumentu pomocniczego, a nie wiodącego. Niemniej w przypadku interpretacji przepisu recypowanego z innego porządku prawnego jego ranga wyraźnie wzrasta.

Szczegółne pole dla argumentu prawno porównawczego pojawia się przy wykładni ogólnych, a mających krótki staż w danym państwie pojęć konstytucyjnych zagranicznej proveniencji. Dzięki niemu łatwiej wydobyć z nich konkretne treści. Dobrego przykładu dostarcza wyrok TK z 12.01.1999, P 2/98. W jego uzasadnieniu czytamy: „W poprzednim stanie prawnym z uwagi na brak unormowań, które *expressis verbis* statuowałyby zasadę zakazu nadmiernej ingerencji w sferę wolności i praw jednostki, konieczne było odwoływanie się do generalnej formuły państwa prawnego jako normatywnego źródła jej obowiązywania. Na ostateczny kształt zasady proporcjonalności – wobec braku bezpośrednich podstaw w ówczesnych przepisach konstytucyjnych – przemożny wpływ miały także ustalenia o charakterze doktrynalnym i prawno porównawczym”. Ze względu na to, że w obecnie obowiązującej Konstytucji RP zawarto art. 31 ust. 3, wyrażający zasadę proporcjonalności w kontekście dopuszczalności ograniczania konstytucyjnych wolności i praw, w ww. wyroku TK nie sięgnął po argumentację opartą na art. 2 Konstytucji (zasada państwa prawnego, w tym wywodzona z niej, niezależnie od art. 31 ust. 3, zasada proporcjonalności), wskazując jednak, że argument komparatystyczny odegrał w orzecznictwie TK istotną rolę przy kształtowaniu rozumienia zasady proporcjonalności we wcześniejszym stanie prawnym.

[9. ARGUMENTY POWIĄZANE] Argument *ab exemplo* (→52); Argument z analogii (→68).

[LITERATURA] T. Annus (2004), Comparative Constitutional Reasoning: the Law and Strategy of Selecting the Right Arguments, DJCIL XIV/2, 301–349; M. Bainczyk (2016), Odwołania do prawa obcego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w sprawach związanych z integracją europejską, w: D. Wudarski (red.), Prawo obce w doktrynie prawa polskiego. Polska komparatystyka prawa, Warszawa, 505–532; Z. Brodecki, M. Konopacka, A. Brodecka-Chamera (2010), Komparatystyka kultur prawnych, Warszawa; W. Brzozowski (2014), Obejście konstytucji, PiP LXIX/9, 3–22; S. Choudhry (1999), Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation, ILJ LXXIV/3, 819–892; P. Chybalski (2019), Wykładnia komparatystyczna w orzecznictwie konstytucyjnym – zarys problemu, Temidium 2, 33–36; G. Dannemann (2008), Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, w: OHCL, 383–419; D.M. Davis (2003), Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience, I•CON I/2, 181–195; Ch. Donahue (2008), Comparative Law Before the Code Napoléon, w: OHCL, 3–32; P. Dziwiński, K. Kos (2020), Zakres przedmiotowy prawa łaski

(uwagi o argumentacji TK w sprawie 9/17), PiP LXXV/5, 96–114; *E.J. Eberle* (2009), *The Method and Role of Comparative Law*, WUGSLR VIII/3, 451–486; *G. Frankenberg* (1985), *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, HILR XXVI/2, 411–455; *tenże* (2006), *Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology – Toward a Layered Narrative*, I•CON IV/3, 439–459; *S. Gebethner* (1975), *Metoda i badania porównawcze w naukach politycznych*, w: K. Opalek (red.), *Metodologiczne i teoretyczne problemy nauk politycznych*, Warszawa, 152–186; *S. Grodziski* (2000), *W osiemdziesięciolecie Komisji Kodyfikacyjnej (geneza i struktura)*, PiP LV/4, 11–21; *G. Halmai* (2013), *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, w: OHCL, 1328–1348; *P. Häberle* (1996), *Źródła prawa w nowych konstytucjach*, PSejm 4 (16), 58–74; *J. Husa* (2003), *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*, RZAIP LXVII/3, 419–447; *V.C. Jackson* (2013), *Comparative Constitutional Law: Methodologies*, w: OHCL, 54–73; *U. Kischel* (2015), *Rechtsvergleichung*, München; *K. Lenaerts* (2003), *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, ICLQ LII/4, 873–906; *K. Lenaerts, K. Gutman* (2015), *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union*, w: M. Andenæs, D. Fairgrieve (red.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 141–176; *E. Łętowska* (2005), *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP LX/4, 3–10; *A. Madeja* (2010), *Komparatystyka konstytucyjnoprawna. Antecedencje, ewolucja, przewidywanie kierunki rozwoju*, SIT VI, 118–151; *M. Matczak* (2010), *Semantyka otwarcia – czy argument z zagranicznego orzecznictwa i doktryny da się pogodzić z pozytywistyczną wizją prawa?*, w: T. Giaro (red.), *Prawo w dobie globalizacji. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego*, 5 marca 2010 r., Warszawa, 41–44; *R. Michaels* (2008), *The Functional Method of Comparative Law*, w: OHCL, 339–382; *A. Paprocka* (2017), *Argument komparatystyczny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, PiP LXXII/7, 37–54; *M. Piechowiak* (2016), *objaśnienie do preambuły*, w: KRPKomSaf1, 118–158; *A. Scalia, S. Breyer* (2005), *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, I•CON III/4, 519–541; *A. Szpunar* (1967), *Zastosowanie metody prawno-porównawczej w orzecznictwie*, SC X, 43–56; *I. Szymczak* (2014), *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, RPEiS LXXVI/3, 37–50; *R.A. Tokarczyk* (2008), *Komparatystyka prawnicza*, wyd. 9, Warszawa; *M. Wąsowicz* (2018), *Przeszłość – teraźniejszości. Znaczenie prawnego i prawniczego dorobku Polski międzywojennej dla nauki prawa początków XXI wieku*, PiP LXXIII/11, 20–38; *K. Wojtyczek* (2010), *Polska nauka prawa konstytucyjnego na przełomie wieków*, w: M. Zubik (red.), *Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce. 51. Ogólnopolski Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego*, Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r., Warszawa, 35–54; *J. Wróblewski* (1959), *Zagadnienia wykładni teorii prawa ludowego*, Warszawa; *D. Wudarski* (2016), *Słowo wstępne*, w: D. Wudarski (red.), *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego. Polska komparatystyka prawa*, Warszawa, 5–6; *M. Wyrzykowski* (1992), *Recepcja w prawie publicznym – tendencje rozwojowe konstytucjonalizmu w Europie Środkowej i Wschodniej*, PiP XLVII/11, 23–35; *F. Zoll* (2016), *Argumentacja komparatystyczna w polskich sądach*, w: A. Wudarski (red.), *Prawo obce w doktrynie prawa polskiego. Polska komparatystyka prawa*, Warszawa, 119–132; *K. Zweigert, H. Kötz* (1998), *An Introduction to Comparative Law*, wyd. 3 popr., Oxford.



Książka jest unikatem na skalę światową. Autorzy przedstawiają dokładny opis i analizę toposów (argumentów) stosowanych w dogmatyce prawa i orzecznictwie, wzbogacając je o historię tych toposów i interesujące przykłady ich zastosowania. Dodatkową zaletę stanowi wskazanie bogatej literatury krajowej i zagranicznej. Publikacja będzie nieocenioną pomocą nie tylko dla orzecznictwa i dogmatyki prawa, lecz także dla studentów tej dziedziny – również z tego względu, że napisano ją precyzyjnym językiem, z dbałością o jasność i zrozumiałość, nawet dla tych czytelników, którzy nie mają przygotowania teoretycznoprawnego.

Prof. Tomasz Gizbert-Studnicki



<https://akademicka.pl>