

## **CZEŚĆ I. Referaty**



## A.

### Tworzenie prawa: *common law* – prawo stanowione

#### 1. Tworzenie prawa: pomiędzy kulturą prawa stanowionego i kulturą *common law* (Roman Tokarczyk)

##### Sformułowanie zagadnień

Każda kultura prawa ukształtowała typowe dla niej sposoby tworzenia prawa. Sposoby te są najbardziej rozwinięte w dwóch głównych kulturach świata – kulturze prawa stanowionego i kulturze *common law*<sup>1</sup>. Obie te kultury jednak, w całych ich dziejach, nie były od siebie odizolowane toteż oddziaływały na siebie wzajemnie. Rozwijając się ulegały wewnętrznym procesom różnicowania – dywergencji, ale procesy ich ujednolicania – konwergencji przeważały, zapewniając im status kulturowej odrębności. O ile zewnętrzne procesy kultur prawnych – dywergencji i konwergencji – są na ogół dobrze znane, o tyle mniej znane są procesy przebiegające między kulturami prawnymi, tutaj kulturą prawa stanowionego a kulturą *common law*<sup>2</sup>.

Podobnie jak wewnątrz kultur prawnych, również w ich relacjach wzajemnych, konwergencja przeważa nad dywergencją. Nazwy „konwergencja” i „dywergencja” łączą się z wieloma innymi nazwami bliskoznacznymi, ale nie synonimicznymi. Owa bliskoznaczność wskazuje na ich ścisłe związki znacze-

---

<sup>1</sup> Wybrane pozycje z obszernej literatury na temat tworzenia prawa w kulturze prawa stanowionego podają autorzy hasła „Tworzenie prawa”, w pozytywnej publikacji – Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć, *J. Zajadło* (red.), Warszawa 2007, s. 391 i n. Odnośnie do kultury *common law* zob. np. *D. Carpenter, P. Brand, Making of the Common Law*, Schlütersche Verlag 2003.

<sup>2</sup> Ogólna charakterystykę kultur prawnych świata zawiera książka *R. Tokarczyk, Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2010 i podana tam bogata literatura.

niowe, niepełną synonimiczność, mające swoją doniosłość poznawczą w określonych kontekstach. Do nazwy „konwergencja” zbliżony sens mają takie nazwy jak ujednoczenie, unifikacja, uniwersalizacja, globalizacja, integracja, autopojeza, harmonizacja, zbliżanie, upodabnianie, zrównywanie, koordynacja, standaryzacja, aproksymacja, asymilacja, *rapprochement*, *Angleichung*, *Annäherung*, *Anpassung*, *avvicinamento* i inne. Natomiast z nazwą „dywergencja” powiązane są m.in. znaczenia takich nazw jak różnicowanie, rozdzielanie, fragmentyzacja, dysharmonizacja, oddalanie, partykularyzacja, niekoordynacja, niedostosowanie, dywersyfikacja, źródłowość<sup>3</sup>.

Już same liczne nazwy, dwóch w zasadzie fenomenów prawnych, mających duży wpływ na tworzenie i stosowanie prawa, mogłyby być przedmiotem specjalnych dociekań. Nasuwają skojarzenia z biblijną wieżą Babel poświadczając, że wielkie zróżnicowanie kultur prawnych, podobnie jak ona, oceniane jest, na ogół, jako powodujące zamęt, wywołujące konflikty i skłaniające do obstrukcjonizmu. Z tych właśnie względów, nie brakuje zwolenników ujednoczonego prawa we wszystkich jego zakresach, od krajowych poprzez regionalne aż po globalne. Dlatego również procesy konwergencji prawa notowane są wyżej niż procesy jego dywergencji.

Od 1970 roku obok odwiecznych procesów dywergencji i konwergencji prawa, na przeobrażenia kultur prawnych i ich stosunki wzajemne oddziaływają także procesy wielokulturowości. Obecne w wielu współczesnych społeczeństwach wielokulturowych stały się źródłem nowego nurtu myśli politycznej i prawnej zwanego wielokulturalizmem (*multiculturalism*), który, oczywiście, jest czymś odmiennym od międzykulturalizmu (*interculturalism*). Wielokulturalizm, wynikający ze świadomości, że w społeczeństwie określonego kraju współżyją grupy ludzi zróżnicowanych kulturowo, większości z mniejszością albo mniejszościami, odmiennymi etnicznie, językowo, religijnie, rasowo itd., objawia regulacyjny stosunek do tej wielokulturowości. Akceptuje owe odmienności i pobudza do regulowania prawem stosunków zróżnicowanych kulturowo grup żyjących w jednym kraju, w celu zapobiegania konfliktom między nimi albo przynajmniej ich łagodzenia<sup>4</sup>.

Rozważania z zakresów dywergencji, konwergencji i wielokulturowości kultur prawnych są możliwe dzięki komparatystyce prawniczej, niezbyt trafnie, ale częściej określanej prawem porównawczym (*comparative law*), toteż niektórzy badacze posługują się jeszcze inną nazwą – „komparatywizm prawniczy” (*legal comparativism*). Bez względu na używaną nazwę, chodzi tutaj o wskazywanie i ocenianie różnic i podobieństw między jednostkami składa-

---

<sup>3</sup> J.H. Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, Stanford Journal of International Law 1981, No. 17, s. 358 i n.

<sup>4</sup> Szerzej zob. R. Tokarczyk, Wielokulturalizm, maszynopis rozdziału do wyd. XVII książki R. Tokarczyk, Współczesne doktryny polityczne (w przygotowaniu).

jącymi się na krajowe systemy prawne i ponadkrajowe kultury prawne<sup>5</sup>. Wskazywanie i ocenianie owych różnic prowadzi do rozwoju szczególnego działu jurysprudencji – jurysprudencji różnic (*jurisprudence of difference*), natomiast podobieństw – jurysprudencji podobieństw (*jurisprudence of similarity*). W ramach poszczególnych krajowych systemów prawnych i kultur prawnych, w ich relacjach wzajemnych, wyłania się z tych różnic i podobieństw jakaś jedność prawnej różnorodności (*unity from legal diversity*). Ową jednością są przede wszystkim wartości sprawiedliwości i słuszności, współkształtowane kierunkami dynamiki treści konwergencyjnych i dywergencyjnych w obrębach kultury prawa stanowionego i kultury *common law* jak i między nimi.

### Koncepcje konwergencji

Nazwa „konwergencja” wywodzi się od łacińskiego słowa *convergere* w języku polskim wyrażanego jako upodabnianie się czegoś do czegoś tutaj – ustrojów państwowych, organizacji gospodarki, określonych kultur, szczególnie systemów prawnych i kultur prawnych. Na różnorodność kontekstowych znaczeń nazwy „konwergencja” wskazują także liczne jej nazwy bliskoznaczne, wspomniane już wcześniej. Nazwa „konwergencja”, podobnie jak nazwa „dywergencja”, przeniknęła z nauk matematycznych i fizycznych do nauk społecznych i przyrodniczych. Wnosi do nich tezę, opartą na założeniu, że w podobnych warunkach w różnych miejscach mogą niezależnie (albo) i zależnie od siebie powstawać podobne struktury<sup>6</sup>. W obecnych czasach, szybko postępującej globalizacji, teza ta stała się zaczynem ożywionego rozwoju teorii konwergencji w wyspecjalizowanych strukturach badań naukowych i realizacji wielu specjalnych programów badawczych<sup>7</sup>.

W przekrojach dziejowych konwergencja kultury prawa stanowionego z kulturą *common law* opisywana jest w różnych jej koncepcjach: prostoty i pewności, ewolucji prawa, prawa natury, *ius commune*, prawa jako nadbudowy, transakcji międzynarodowych i integracji międzynarodowej, globalizacji prawa i biojurysprudencji<sup>8</sup>.

Deklaracje teoretyczne prawa w prostocie i jasności prawa upatrują trafnie jego niewątpliwe walory, które niekiedy stają się również istotnymi

---

<sup>5</sup> Tak R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, s. 29 i n.

<sup>6</sup> Matematyczne ujęcie tej teorii z możliwością zastosowań do praw różnych nauk opracowali M. Benaïm, O. Raimond, *Self-interacting difusions II: Convergence in Law*, *Annales I. H. Poincaré* – PR 2003, No. 6, s. 1043–1055.

<sup>7</sup> Zob. np. *Convergence Law Institute*, 1229 19<sup>th</sup> Street, NW, Suite 800, Washington DC 20036 (telefon: 2022048532); Interesujący program badawczy realizowany pod przewodnictwem profesora *Pierre Larouche* z Uniwersytetu w Tylburgu, poświęcony konwergencyjnym i dywergencyjnym wyzwaniom rzucanym prawu przez globalizację, został przedstawiony pod adresem <http://www.hiil.org/research/ther-research-projects>.

<sup>8</sup> Omówił je zwięźle J.H. Merryman, *On the Convergence...*, *op.cit.*, s. 359–365.

czynnikami konwergencji kultur prawnych. Trudne do praktycznej realizacji, dążenia do prostoty i jasności prawa najwyraźniej występują w mniej rozwiniętych kulturach prawnych, jak chociażby kultura prawna animizmu. Natomiast w bardziej rozwiniętych kulturach prawnych, jak kultura prawa stanowionego i kultura *common law*, niepotrzebne nierzadko, komplikowanie już z istoty swej kompleksowych fenomenów prawnych, trudnych do praktycznego ich stosowania, nie może nie wywoływać niezadowolenia. W owym nieuzasadnionym komplikowaniu prawa przoduje niechlubnie pozytywizm prawniczy, w przeciwieństwie do nurtów realizmu prawniczego, które upatrują w psychice ludzkiej i jej uwarunkowaniach społecznych głęboko zakorzenioną potrzebę prostoty i jasności. Warunkom tym odpowiada również biojursprudenca jako jeden z najnowszych nurtów jursprudenji.

Ewolucja prawa, przebiegająca w zmiennym tempie, jest procesem niezaprzeczalnym i ciągłym, w którym mniej rozwinięte kultury prawne przejmują niektóre składniki bardziej rozwiniętych kultur prawnych. Znacznie młodsza i mniej rozwinięta, ale na wskroś pragmatyczna kultura *common law* czerpie więcej ze starszej i bardziej rozwiniętej, lecz często zbyt spekulatywnej, kultury prawa stanowionego niż odwrotnie. Ta ogólna teza, potwierdzająca ewolucję prawa poprzez konwergencję kultur prawnych, może być poparta licznymi przykładami z rzeczywistości prawnej dotyczącej funkcjonowania poszczególnych norm, instytucji i gałęzi prawa. Oto konwergencyjna tendencja kodyfikacji prawa, typowa dla kultury prawa stanowionego, przeniknęła do kultury *common law*. W Stanach Zjednoczonych obowiązuje w całości skodyfikowany system prawa, równoległy do wyżej cenionego tam *common law*, natomiast w Wielkiej Brytanii nie skodyfikowano jeszcze całego jej prawa. Angielskie prawo stanowione nigdy nie ulegało tak silnym wpływom prawa rzymskiego jak prawo stanowione kontynentu europejskiego, ale ze względu na jego wewnętrzną konwergencję z *common law* jest bliższe duchowi prawa rzymskiego niż to kontynentalne.

Prawo natury, pomimo dywergencyjnej różnorodności jego filozofii, opiera się na wspólnej konwergencyjnej przesłance, że istota natury człowieka, społeczeństwa, wszechświata, Boga wskazuje na wspólnotę jej cech, prowadzącą do wspólnoty cech prawa i opartych na nim struktur społecznych. Konwergencja prawa polega na właściwym dostrzeganiu i normowaniu dynamiki tych cech przez prawodawców w formie prawa. Główna przy tym trudność objawia się brakiem powszechnej zgodności cech owych natur warunkujących cechy prawa. Trudność owa jest tym większa, co zakrawa na paradoks, im bardziej rozwinięta jest filozofia prawa natury i podlegające konwergencji nawiązujące do niej kultury prawne. Wśród wielu funkcji, jakie w dziejach ludzkich spełniało prawo natury, na wnikliwą uwagę zasługuje również jego niewątpliwy wpływ na konwergencyjną harmonizację, integrację czy też nawet unifikację w pewnych zakresach, prawa kultury prawa stanowionego z kulturą *common*

## **CZEŚĆ II. Komunikaty**





## **1. Przejawy suwerenności kantonów szwajcarskich w sferze stanowienia prawa – kilka uwag (Maciej Aleksandrowicz)**

Zgodnie z Konstytucją Szwajcarii z 1999 r.<sup>1</sup> naród szwajcarski i kantony ustanawiają Konstytucję (preambuła) oraz tworzą Konfederację Szwajcarską (art. 1). Takie ujmowanie źródła władzy w państwie ma w Szwajcarii uzasadnienie historyczne.

### **Rys historyczny**

W Układzie Związkowym z 1291 r. strony gwarantowały wzajemnie posiadane dotąd przez siebie prawa i wolności, w tym zwłaszcza zachowanie autonomii wspólnot wiejskich (gmin). Terytorialny rozwój Związku Szwajcarskiego nie wpływał na zmianę stosunków pomiędzy kantonami zwycięskimi w podbojach nowych obszarów, jak też tymi, które przystępowały do niego dobrowolnie, bądź jedynie się z nim (lub jedynie poszczególnymi kantonami sprzymierzały). Suwerenne kantony zawierały między sobą liczne umowy, których charakter odpowiadał współczesnemu rozumieniu umów międzynarodowych. Jedynym instytucjonalnym przejawem współpracy tych niewielkich państweczek, była praktyka odbywania Zgromadzeń (Sejmów Związkowych). W spotkaniach tych uczestniczyli delegaci z każdego kantonu, ewentualnie też z krajów sprzymierzonych. Każde przedstawicielstwo dysponowało jednym głosem. Wszyscy oni byli wyposażeni w instrukcje od swych władz lokalnych.

Zasadą przy podejmowaniu decyzji na Zgromadzeniu była jednogłośnieść. Wyjątkowo dopuszczalna była reguła większościowa w niektórych sprawach dotyczących krajów poddanych, przykładowo w kwestiach religijnych. Decyzje dotyczące stosunków z zagranicą zawsze musiały być podejmowane jednogłośnie. Zgromadzenie nie posiadało żadnych organów wykonawczych.

---

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101. Tł. na jęz. polski Z. *Czeszejko-Sochacki*, Konstytucja Federalna Konfederacji Szwajcarskiej z dnia 18 kwietnia 1999 r., Warszawa 2000.

Jego uchwały realizowano wyłącznie przez władze poszczególnych krajów związkowych i przy użyciu własnych środków. Na swych terytoriach kantony zachowywały pełnię władzy.

Efektom interwencji francuskiej 1798 r. było zrównanie (co do zasady, *vide* kwestia żydowska i duchownych) praw nie tylko osób zamieszkujących ziemie szwajcarskie, lecz także (tu już bez wyjątków), odebranie kantonom przymiotu suwerenności. Zgodnie z Konstytucją Helwecką, w miejsce luźnego związku suwerennych państw utworzono republikę jako „jedną i niepodzielną”, gdzie „nie ma już granic pomiędzy kantonami i krajami poddanymi ani między poszczególnymi kantonami”<sup>2</sup>. Terytorium państwa podzielono na prowincje (zachowały nazwę kantonów), które spełniały jedynie funkcje odpowiadające francuskim departamentom – posiadały charakter jednostek podziału administracyjnego kraju i nie zachowały istotnych kompetencji własnych.

Wyjście wojsk francuskich ze Szwajcarii oznaczało odejście od rozwiązań centralistycznych. W II Konstytucji Helweckiej z 1802 r. kantonom nadano szereg kompetencji samorządowych. W tym aspekcie następujący po niej Akt Mediacyjny *Napoleona* z 1803 r., wzmacniał pozycję kantonów – „dziewiętnaście kantonów (...) [nie zaś Związek] dla wzajemnego zagwarantowania swych konstytucji, terytoriów, wolności i niezawisłości podejmuje się...”<sup>3</sup>. Ponadto Akt Mediacyjny przewidywał równość wobec prawa – „nie ma w Szwajcarii krajów poddanych ani przywilejów dla miejscowości, osób, rodów czy z racji pochodzenia”<sup>4</sup>. Zgodnie z Konstytucją kantony sprawowały władzę we wszystkich sferach poza wyraźnie przeniesionymi w gestię organów związkowych.

Na Kongresie Wiedeńskim zaakceptowano Pakt Związkowy<sup>5</sup>, który stanowił o utworzeniu związku 22 kantonów, jako Konfederacji Szwajcarskiej. Związek miał zapewniać kantonom wolność, niezawisłość, zabezpieczenie przed jakimkolwiek zamachem ze strony obcych sił oraz pokój i porządek wewnętrzny. Konfederacja zapewniała określone wolności poszczególnym

<sup>2</sup> Zob. art. 1 zd. 1 i 2 Verfassung der helvetischen Republik: „Die helvetische Republik macht einen unzertheilbaren Staat aus. Es giebt keine Grenzen mehr zwischen den Cantonen und den unterworfenen Landen noch zwischen einem Canton und dem andern”. Tekst niemieckojęzyczny aktu (zachowano pisownię oryginalną) za A. Kölz (red.), Quellenbuch zur Neuere schweizerischen Verfassungsgeschichte, t. 1, Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, s. 126. Tł. tej konstytucji na jęz. polski P. Sarnecki, Najstarsze konstytucje z końca XVIII i I połowy XIX wieku, Warszawa 1997.

<sup>3</sup> Zob. art. 1 Mediationsakt. Zwanzigstes Kapitel: Bundesverfassung: „Die neunzehn Kantone der Schweiz (...) übernehmen gegenseitig die Gewährleistung für ihre Verfassung, ihr Gebiet, ihre Freiheit und Unabhängigkeit (...)”. Tekst niemieckojęzyczny aktu za A. Kölz (red.), Quellenbuch..., *op.cit.*, s. 175.

<sup>4</sup> Zob. art. 3: „Es gibt in der Schweiz weder Unterthanenlande noch Vorrechte der Orte, der Geburt, der Personen oder Familien, *ibidem*, s. 177.

<sup>5</sup> Bundesvertrag zwischen den XXII Kantonen der Schweiz, za A. Kölz (red.), Quellenbuch..., *op.cit.*, s. 193 i n.

krajom związkowym, a nie swoim mieszkańcom. Kantony także wzajemnie gwarantowały swe konstytucje oraz nienaruszalność granic.

Wydarzenia francuskiej Rewolucji Lipcowej 1830 r., wpłynęły także na Szwajcarię. Jedenaście kantonów poddało się ustrojowej „regeneracji”, której przejawem były ich nowe konstytucje kantonalne. W każdym z tych aktów proklamowano zasadę suwerenności ludu. Miała się ona realizować przede wszystkim poprzez uczestnictwo w wyborach do kantonálnego ciała ustawodawczego oraz w instytucji obligatoryjnego kantonálnego referendum konstytucyjnego.

Obowiązujący Pakt Związkowy kantony „zregenerowane” traktowały, jako tamę w gospodarczym i społecznym rozwoju Szwajcarii. Narastające napięcia między reformatorami a konserwatystami katolickimi zaowocowały wojną domową 1847 r. zakończoną rychłą klęską katolików.

Zmieniona sytuacja polityczna wymuszała podjęcie prac nad nową konstytucją państwa. Po pierwsze należało rozstrzygnąć, kto jest w nim suwerenem. Z jednej strony wskazywano na konieczność uznania, że „źródło suwerenności w państwie mieści się w ludzie”<sup>6</sup>, że wzrastające z roku na rok poczucie szwajcarskiej świadomości narodowej nakazuje uznanie za „suwarena ogółu narodu szwajcarskiego”<sup>7</sup>. Z drugiej – konserwatyści wskazywali, że historycznie suwerenem pierwotnym zawsze były jedynie kantony szwajcarskie, które łącząc się w związek, ograniczają swą suwerenność dla dobra ogółu<sup>8</sup>. Szwajcarzy odnaleźli kompromisowe rozwiązanie. Po raz pierwszy w historii Szwajcarii zastosowano tak zwane podwójne referendum: uwzględniono w nim zarówno opinię obywateli oraz zdanie kantonów. Ostatecznie 12.9.1848 r. Zgromadzenie przyjęło Konstytucję. Odtąd „połączone w niniejszym związku narody 22 suwerennych kantonów tworzą razem Konfederację Szwajcarską”<sup>9</sup>. Szwajcaria utraciła charakter związku państw-kantonów, przekształciła się w państwo federalne. Należy zauważyć, że kolejna Konstytucja Federalna z 1874 r.<sup>10</sup>, w zakresie ustrojowym nie odbiegała zasadniczo od założeń swej poprzedniczki.

Tworząc Konfederację Szwajcarską, jako państwo federalne, zakładano, że pozycja Federacji i kantonów nie może być przeciwstawna. Na poziomie

<sup>6</sup> „Die Quelle der Souveränität [liegt] im Volke”, *idem*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, t. 1, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, s. 554.

<sup>7</sup> „Die Souveränität in die Gesamtheit der schweizerischen Nation”, *ibidem*, s. 555.

<sup>8</sup> Zob. opis obrad parlamentarnych z 19 lutego 1848 r., *ibidem*, s. 556 i n.

<sup>9</sup> Zob. art. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: „Die durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften der zwei und zwanzig souveränen Kantone (...) bilden in ihrer Gesamtheit die schweizerische Eidgenossenschaft” (*A. Kölz* (red.) Quellenbuch..., *op.cit.*, s. 447).

<sup>10</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; tekst pierwotny za *A. Kölz*, Quellenbuch zur Neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, t. 2, Von 1848 bis in die Gegenwart, Bern 1996, s. 151 i n. Tł. tej konstytucji na jęz. polski *M. Rybicki*, [w:] *A. Burda, M. Rybicki* (red.), Konstytucje Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Belgii i Szwajcarii, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970.