

## Kontrowersje wokół zagadnienia „legal transplants”

W artykule tym chciałabym przede wszystkim zbadać zjawisko „legal transplants”, które w polskiej teorii prawnej nie ma swojego odpowiednika. Analizując doktrynę anglosaską i poglądy stojące w opozycji do niej przytoczyłam przykłady transplantacji z różnych krajów. Nie zawężyłam przy tym pola obserwacji tylko do prawa europejskiego. Prezentowane przeze mnie ujęcia mogą stać się przyczynkiem do szerszej analizy na temat instrumentalnego charakteru prawa i jego roli w zglobalizowanym świecie.

Termin „legal transplants” wywodzi się z nauk zapoczątkowanych w 1970 r. przez Alana Watsona<sup>1</sup>, który utrzymywał, że transplantacja prawna jest najbardziej urodzajnym źródłem prawnego rozwoju czy też najpowszechniejszą formą prawnych przemian<sup>2</sup>. Różnice między importowanymi regulacjami prawnymi a ich pierwotnymi wersjami dostrzeżone przez badaczy były podstawą do krytyki tej „teorii”. Obóz przeciwników transplantacji prawnych, potocznie zwany obozem „kulturalistami”, wskazywał przede wszystkim na trudności i niebezpieczeństwa nieostrożnych transplantacji. Poglądy te zostały przedstawione bliżej przez O. Kahn-Freund<sup>3</sup>, a następnie wykorzystane przez Pierre’a Legranda. Ten ostatni przez wiele lat polemizował z A. Watsonem, stojąc na stanowisku niemożliwości transplantacji dokonywanych na gruncie prawnym.

Zjawisko „legal transplants” jest zastępowane przez pojęcia takie jak: „transpozycja”<sup>4</sup>, „zapożyczenie” czy „migracja”, częściej wska-

---

<sup>1</sup> Książka tego autora opublikowana została po raz pierwszy w Edynburgu w 1974 r. i nosi tytuł *Legal Transplants*.

<sup>2</sup> Szerzej zob. A. Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London 1991, s. 73.

<sup>3</sup> O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review*, 37, 1974.

<sup>4</sup> Por. E. Orici, *Law as Transposition*, *INT’L & COMP. L.Q.*, 51, 2002.

zuje się na proces dyfuzji lub pojęcie „legal acculturation”. Ostatniego terminu po raz pierwszy w ujęciu prawnym użył J.W. Powell w 1980 r. w sprawozdaniu dla Amerykańskiego Prezydium Etnograficznego, wyjaśniając, że odnosi ono do psychologicznych zmian wywołanych przez „cross-cultural imitation”. Akulturacja<sup>5</sup> to proces polegający na kulturowej wymianie, któremu towarzyszy zazwyczaj stres odnoszący się do psychologicznych, somatycznych i społecznych problemów<sup>6</sup>. Dyfuzja natomiast jest procesem zmian prawnych w dzisiejszej dobie globalizacji odnoszącym się do relacji prawno-społeczeństwo i stanowi nowy obszar badań w XXI w.

Do rozpatrywania związków prawa między poszczególnymi państwami można by posłużyć się komparatystką – jest to rzecz oczywista. Trudno byłoby zrozumieć rzeczywiste pojęcie zachodniej tradycji prawnej bez uznania różnorodności reguł i stylów, które się na nią składają. „Takie analogie są skutkami prawnych przeszczepów, starożytnych, jak również współczesnych”<sup>7</sup>. Zarzut, jaki się pojawia w stosunku do prawa porównawczego w związku z przeszczepami, to brak „zainteresowania teoretycznymi wyjaśnieniami, dlaczego prawne zapożyczenie się zdarza”<sup>8</sup>, a skupienie uwagi jedynie na „liczeniu i egzaminowaniu podobieństw i różnic w systemach, które mają historyczne związki”<sup>9</sup>. Do momentu pojawienia się w teorii anglosaskiej zjawie-

<sup>5</sup> Akademycki przykład akulturacji można odnaleźć w prawie Platona z IV w. p.n.e., który to twierdził, że ludzie mają tendencję do naśladowania obcych, zwłaszcza dzięki podróżom wprowadzając nowe praktyki kulturowe. Studia nad akulturacją przeprowadził w Polsce socjolog humanistyczny, ale także filozof F. Znaniecki w 1918 r. w pracy *Chłop polski w Europie i Ameryce*. Zakładał w swojej teorii, że człowiek i społeczeństwo mają wspólne cechy, są tworem historycznym, a sam człowiek działający i doświadczający jest zależny od przeszłości kulturalnej. Zależność ta ciągle wzrasta i dzisiaj jest on niezdolny do postrzegania świata inaczej niż przez pryzmat kultury.

<sup>6</sup> Zagadnienie stresu po raz pierwszy zauważone zostało w pracy R. Redfield, R. Linton, M.J. Herskovits, *Memorandum for the Study of Acculturation*, *American Anthropologist*, 1936, Vol. 38, No. 1, s. 152. Określone tam zostało jako „konflikt psychologiczny”, mogący wynikać ze sprzecznych norm kulturowych.

<sup>7</sup> U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, *International Review of Law and Economics* 1994, 14, s. 4.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, *Ius Commune Lectures*, no. 2, METRO 2000, s. 16.

ska będącego tematem tego artykułu, prawnicy wyjaśniając problem przeniesienia regulacji prawnych z jednego kraju do drugiego, najczęściej posługiwali się gołosłownym pomysłem „prestżu”. Alternatywą w związku z tym stała się teoria „legal transplants”<sup>10</sup>. Wśród komparatystów można zauważyć pewien rozłam na tych, którzy twierdzą, że prawo porównawcze jest w stanie wyjaśniać związki zachodzące między prawem i społeczeństwem<sup>11</sup>, oraz tych, którzy stają w opozycji do rozpowszechnionego paradygmatu współczesnej prawnej teorii, jakoby prawo było rezultatem „odczucia społecznych potrzeb”<sup>12</sup>.

P. Legrand wierzy, że filozofia prawa jest kluczem do zrozumienia prawa rządzącego społeczeństwem. Dla niego reguły prawa wyrażone w jednym państwie za pomocą pewnych słów, wyrażen nie stanowią tych samych reguł w innym państwie. Można by zgodzić się z tym poglądem poprzez uwzględnienie reguł semiotycznych języka prawnego, które należy rozpatrywać w przypadku dokonywania wykładni językowej przez sądy. Nie zgadza się także z poglądem, iż europejska historia prawna stanowi wkład do europeizacji prawnego myślenia. Za R.H. Helmholzem wskazuje na niebezpieczeństwo „przesadnego romantyzmu transformacyjnych sił *ius commune*”<sup>13</sup>. Przykładu dostarcza projekt kodeksu cywilnego dla Unii Europejskiej, który w przekonaniu niektórych ma być jedynie prostym technicznym zabiegiem, a trudności, jakie wynikną przy jego spisaniu, będą natury politycznej.

<sup>10</sup> Termin ten może być rozumiany za A. Watsonem jako „przesunięcie reguły lub systemu prawnego z jednego kraju do drugiego” – A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens 1993, sec. edit., s. 21. Natomiast w wersji przedstawianej przez ekonomicznych analityków prawa przeszczep jest postrzegony jako jednostronny akt zmiany prawnego rozkazu, przez który władza jednego kraju importuje prawne normy z drugiego kraju.

<sup>11</sup> Wśród nich jest z pewnością P. Legrand.

<sup>12</sup> Według P. Legranda Watson postrzega komparatystyczne studia prawa jako naukę zajmującą się transplantacjami prawnymi, a te z kolei regułami prawnymi („legal rules”) – rozważane w izolacji od społeczeństwa (por. szerzej A. Watson, *The Evolution of Law*, Baltimore 1985). To podejście pozytywistyczne można wytropić w pracach Karola Marksa i Maxa Webera.

<sup>13</sup> P. Legrand, *Legal Traditions in Western Europe. The Limits of Commonality*, [w:] R. Jagtenberg, E. Örüćü, A.J. de Roo (edd.), *Transfrontier Mobility of Law*, The Hague–London–Boston 1995, s. 66.

P. Legrand, jako przeciwnik wspólnotowego kodeksu, uważa, że projektowanie wspólnego prawa jest stratą czasu, ponieważ prawo będzie nadal różnić się w poszczególnych krajach: „Jak długo dwie kultury prawne odnoszą się względem siebie, różnice pomiędzy nimi dominują podobieństwa (...)”<sup>14</sup>. Twierdzi, że europejskie jurysdykcje wykształciły odmienne style i metody pracy, w związku z tym interpretacja będzie przesądzała o odmienności transplantowanych reguł prawnych. Ten punkt widzenia – czyli interpretacja ze względu na odmienne drogi prawnego myślenia i tradycje państwowe – stanowi sedno rozważań P. Legranda. Natomiast według A. Watsona w przypadku wystąpienia interpretacji to właśnie prawne szkoły zajmą się analizowaniem przypadków odmiennych i zasugerują najlepsze rozwiązania do wdrażania w przyszłości. „Reguły, instytucje, pojęcia i struktury mogą być zawsze określane namacalnie, mogą być łatwo sprawdzane do pisemnej formy i są przystępne”<sup>15</sup>. Przyczyny podobieństw tkwią właśnie w zapożyczeniach lub transplantacjach. Historia systemu prawa jest głównie historią zapożyczeń, o czym świadczy najstarszy przykład – podobieństwo sformułowań i substancji między Kodeksem Hammurabiego i Biblią Hebrajską (Księgą Wyjścia). W stosunku do tych dwóch aktów nie ma możliwości, aby prawne rozwiązania, które się tam znalazły, rozwijały się równoległe w obcych kulturach. Uczeni wskazują także na bezpośredni grecki wpływ na przepisy Prawa Dwunastu Tablic (pierwszej rzymskiej kodyfikacji, która nie przetrwała do dnia dzisiejszego). Nie można wierzyć, aby zapożyczona reguła mogłaby funkcjonować w ten sam sposób co w swoim pierwotnym państwie, a udana transplantacja porównana do ludzkiego organizmu – to taka gdy przeszczepione prawo stanie się częścią tego organizmu i „jako reguła bądź instytucja będzie kontynuowała jego rozwijanie się w macierzystym systemie”<sup>16</sup>. A. Watson nie zajmuje się w zasadzie interpretacją transplantowanego prawa we współczesnych przypadkach, a kwestie rozwoju transplantowanego prawa w nowej kulturze

---

<sup>14</sup> P. Legrand, *Against a European Civil Code*, The Modern Law Review Limited, 1997, s. 45.

<sup>15</sup> A. Watson, *Legal Transplants and European...*, s. 16.

<sup>16</sup> A. Watson, *Legal Transplants. An Approach...*, s. 27.

uznaje za całkiem odrębny temat<sup>17</sup>. Raczej chodziło mu ukazanie tego, że identyczność zastanych reguł dowodzi o wiele większe podobieństwo między dwoma systemami prawnymi (np. *common law* i *civil law*), między którymi dochodziło do transplantacji prawa. Ponadto stanowi fundament do zrozumienia, jak, dlaczego i kiedy prawo zmieniało się oraz kierunki tych zmian i rozwoju w społeczeństwie. Wyróżnia trzy rodzaje dobrowolnych przeszczepów<sup>18</sup>: 1) kiedy ludzie przenoszą się na inne terytorium, gdzie nie ma żadnej porównywalnej cywilizacji prawnej i wdrażają swój porządek prawny; 2) ludzie przenoszą się na nowe terytorium, gdzie zastają podobną cywilizację, ale nadal pozostają przy prawach rodzimych; 3) kiedy ludzie dobrowolnie przyjmują dużą część systemu prawnego innego społeczeństwa.

Przez przeszczepy prawa autor rozumie także pojęcie „psychicznej transplantacji”<sup>19</sup>. Dotyczyła ona pracy Szkota T. Craiga z 1655 r. o fundamentalnych podobieństwach między Szkocją a Anglią. Pozycja ta była następnie wznowiona wiek później w Saksonii (Lipsk) przez L. Mencken pod nowym tytułem *Długo wyczekiwana praca przez Niemcy*. Autor tłumaczy ten zabieg niezmierną przydatnością dzieła w niemieckich sądach, nie ze względu na zainteresowanie rodzimym prawem szkockim, ale wartościową pozycją prawnego myślenia. Współcześnie przykładem przeszczepów o fundamentalnym znaczeniu dla A. Watsona jest budowa tureckiego systemu prawnego nazwana przez tureckiego profesora E. Öřücü z Uniwersytetu w Glasgow „rywalizacją prawnych systemów”. Teoria ta była podstawą kształtowania praw w latach 1924–1930 wybieranych spośród wielu europejskich systemów<sup>20</sup> bądź to w oparciu o prestiż regulacji, bądź o efektywność czy też o zwykły traf. Po selekcji tych praw zostały one przeszczepione (transplantowane), a następnie dostosowane do rozwiązania socjalnych

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 29–30. Tłumaczy swoją koncepcję, która może stanowić alternatywę dla współcześnie przyjmowanych takich pojęć, jak: recepcja, infiltracja, krypto-recepcja, wszczepienie, narzucenie.

<sup>19</sup> A. Watson, *Legal Transplants and European...*, s. 18.

<sup>20</sup> Dla przykładu prawo zobowiązań i procedura cywilna wzięta została ze Szwajcarii, prawo handlowe, małżeńskie i procedura karna z Niemiec, prawo karne z Włoch, a prawo administracyjne z Francji.

i prawnych problemów w Turcji. Jednocześnie wybór tych modeli prawnych może stanowić zapożyczenie „kulturowej legitymacji”, jako dążenie Turcji do ukazania związków z kulturą zachodnią, a przez to możliwość przystąpienia do Unii Europejskiej. Innym interesującym przykładem jest nowy włoski kodeks procedury karnej, który wprowadza procedurę akuzatoryjną taką jak w USA z wieloma pomysłami kompletnie nieznanymi kulturze *civil law*<sup>21</sup>.

W wielu przypadkach prawna transplantacja jest trudna do uodwodnienia, a „my jesteśmy wciąż na etapie gdzie nawet podstawowe czynniki, za pomocą których dokonuje się prawnych zmian, są niezrozumiałe”<sup>22</sup>. P. Legrand zastanawia się w jednym ze swoich artykułów, co oznacza dokładnie termin „legal transplants”? Hermeneutyczne poszukiwanie tego znaczenia doprowadza do pytania, czego dotyczy ten przeszczep – czy „legal” zredukowane do „rules” (reguły prawne) czy „the law”. Nie wskazuje jednocześnie, co ma na myśli przez szerokie pojęcie „the law”. Dochodzi jednak do przekonania, że autorowi tej teorii chodzi o „rules”, a A. Watson wskazując na „koczowniczy charakter reguł” dowodzi, że idea bliskich związków między prawem i społecznością jest mitem, ponadto transplantacja reguł („rules”) prawnych jest socjalnie prostym zabiegiem. „Zmiany w prawie są niezależne od współpracy społecznych, kulturalnych i historycznych substratów, są one raczej następstwem działania »rulet«, które są importowane z innego ustawodawstwa”<sup>23</sup>. Należy zauważyć według P. Legranda, że kto wierzy w realność prawnych transplantacji, musiałyby zaakceptować fakt, że prawo zredukowane jest do pojęcia „rules”, a podróżujące w ten sposób „rules” pomiędzy jurysprudenjami są w pewnym stopniu bytami autonomicznymi, nieobarczonymi kulturowo, historycznie czy też epistemologicznie. Ale czy na pewno o to chodziło A. Watsonowi w wyjaśnianiu zjawiska „legal transplants”?

Autor „przeszczepów prawa” również wskazuje, że prawo jest częścią kultury. Jednak kultury tych, co tworzą prawo (prawników jako

<sup>21</sup> U. Mattei, R. Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, International Review of Law and Economics, 1991, 11, s. 270.

<sup>22</sup> A. Watson, *Law and Legal Change*, Cambridge 1978, s. 320.

<sup>23</sup> P. Legrand, *What „Legal Transplants”?*, [w:] D. Nelken, J. Feest (edd.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford–Portland, Oregon, 2001, s. 55.

elity oraz populacji w ogólności). Dla niego prawo musi być szeroko rozumiane, aby rozpoznać jego proces tworzenia przez ustawodawców czy sędziów; reguła nie może być prawem, jeżeli nie jest przedmiotem kultury prawnej<sup>24</sup>. Ta pozycja jest ważna dla czytelnika, gdyż wskazuje na kluczową dwuznaczność tego, co A. Watson rozumie pod pojęciem prawa. Nie daje on jednocześnie adekwatnego wytłumaczenia, w jaki sposób zachodzą interakcje pomiędzy jurysdykcjami<sup>25</sup>; wpływać to może przede wszystkim z braku dostatecznego zdefiniowania pojęcia „rules” w jego dziełach. Nie należy jednak dziwić się, ponieważ autor przedstawia swoją teorię z punktu widzenia systemu *common law*; poniekąd „aby przedstawić system *common law* jako komplet reguł, należy narzucić obcą koncepcję”<sup>26</sup>.

Według P. Legranda żadna forma słowa będąca regułą („rules”) nie może być całkowicie pozbawiona semantycznej treści, bo jego znaczenie nie jest nigdy samo wyjaśniające. Rozumienie „rules” nie może być akontekstualne, gdyż pełni funkcję aplikacji reguły na etapie stosowania prawa. Znaczenie to jest założeniem epistemologicznej asumpcji interpretatora, która jest względem siebie historycznie i kulturalnie uwarunkowana. Dodatkowo wskazuje w innym ze swoich artykułów, że „system prawny nie może być kojarzony w oparciu o reguły i pojęcia”, gdyż „reguły są w większości efemerycznymi i nieuchronnie przypadkowymi”<sup>27</sup>. To narzędzia użyte przez prawników w celu poznania rzeczywistości, która w jakimś szacunku oprócz swojego ontologicznego istnienia, jest nieuchronnie konsekwencją własnych wyobrażeń sędziów i ustawodawców. W związku z tym każde pojęcie sugeruje pochodzenie. Przykładem mogą być studenci prawa, którzy w procesie szkolnictwa pozostają pod wrażeniem pewnych warto-

<sup>24</sup> A. Watson, *Legal Origins...*, s. 100.

<sup>25</sup> Wydawać by się mogło, że prawne zapożyczenie z innego systemu jest całkiem proste, jeśli prawodawca ma wolę i umiejętność, może wybrać regulację prawną o charakterze prestiżowym bądź też technicznie zaawansowaną, zob. R. Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas In the Mirror of Social Theory*, Aldershot 2006, s. 115.

<sup>26</sup> R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Pennsylvania 1992, s. 22.

<sup>27</sup> P. Legrand, *European Legal Systems are not Converting*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, 45, s. 55.

ści, poglądów, uprawnień i dyspozycji, a ta praktyczna świadomość pozwala na ich skonsolidowanie według kulturalnego kodu. Reguły odkodowują te doświadczenia.

Podsumowując, traktowanie prawa na równi z regułami, a nawet i pojęciami, nic nie powie o danym systemie prawnym i jego głęboko zakorzenionych strukturach. Kultura jest źródłem tożsamości, podobnie reguły są źródłem tożsamości. „Największym intelektualnym wyzwaniem dla komparatystów prawa jest zaakceptowanie faktu, że gdy chcą wyjaśnić jakąś prawną formę i prawidłowo zaczynają swoje „śledztwo” od materiałów – takich jak kulturalny, historyczny, socjalny lub ekonomiczny dyskurs – musi być on potraktowany jako marginesowy przy analizie prawnej”<sup>28</sup>. Prawo jest społecznym podsystemem, a żeby dobrze go zrozumieć, musimy sięgnąć do interpretacji, która zachodzi wtedy, gdy jesteśmy niezdolni do zdefiniowania prawa; poszukujemy wówczas wskaźników w języku, molarności, tradycji itd.<sup>29</sup> Interpretacja jest zawsze subiektywnym produktem, a przez to kulturowym produktem. W innych słowach „jest rezultatem partykularnego rozumienia »rules«, które jest natomiast pod wpływem licznych czynników (w dużej mierze mało uchwytnych) różniących się w sytuacji danej interpretacji”<sup>30</sup>. To właśnie nierównomierna dystrybucja socjalnej i kulturalnej siły w państwie poprzez interpretacje dokonywane przez prawników (m.in. sędziów, profesorów) czy urzędników, pozwala na eliminowanie alternatyw. W społeczeństwie przez cały czas konstytuują się wyartykułowane wartości społeczne lokowane przez obserwatorów w języku<sup>31</sup> tekstów prawnych, podtrzymując

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>29</sup> H.G. Gadamer nazwałby to pre-rozumieniem. „Rzeczy, które ulegają zmianie, w większym stopniu podlegają naszej uwadze niż te, które pozostają takie same [wszelkiego rodzaju założenia prawne w danej kulturze prawnej]. W związku z tym punkt widzenia, będący rezultatem doświadczenia historycznej zmiany, zawsze jest w niebezpieczeństwie wyolbrzymienia, ponieważ nie uwzględnia się tego co niewidoczne”, zob. H.G. Gadamer, *Truth and Method*, przeł. J. Weinsheimer, D.G. Marshall, New York 1993, s. XXIV.

<sup>30</sup> P. Legrand, *What „Legal Transplants”?...*, s. 52.

<sup>31</sup> Głównym powodem krytyki zagadnienia „legal transplants” wśród pisarzy jest także język. E. Hoffman twierdzi, iż „żeby transportować pojedyncze słowo bez wypaczenia, każdy musiałby transportować cały język wokół tego istniejącego”. Nato-



tym samym kulturalną tożsamość tej społeczności. Trzeba pamiętać, że przedmiotem wykładni zawsze jest język, w którym sformułowane są teksty prawne. Jeżeli dokonywalibyśmy transplantacji danej regulacji prawnej, w której dominującą rolę odgrywa wyrażenie niedookreślone, to pomimo literalnego „przekopiowania”, może ona nie osiągnąć identycznego skutku prawnego jak w państwie źródła. Natomiast związki między słowami tworzącymi daną regułę także mogą wygenerować inne rozumienie w obcej kulturze. Według mnie to stanowiłoby sedno rozważań P. Legranda, który prowadzi rozważania w duchu szkoły pozytywistycznej. Wykładnia przeprowadzona w państwie przyjmującym nową regulację, posłuży się dyrektywami interpretacyjnymi konstruowanymi i rekonstruowanymi przez teorie prawne funkcjonujące w danym społeczeństwie<sup>32</sup>. Chociaż cytowany przeze mnie autor występuje przeciwko transplantacjom prawa, w jednym przypadku wskazuje na możliwość ich akceptacji. Jeżeli reguła prawna otrzyma swoje znaczenie na zewnątrz (poza domem), a państwo przyjmujące zgodzi się z taką interpretacją oraz przy założeniu że „propositional statement” (oświadczenie zdań), będzie także przyjęte przez nową kulturę prawną.

Nie wszyscy zgadzają się z powyższym poglądem, uważając, iż przyczyny prawnych transplantacji mają znaczenie przy oddziaływaniu na zachowania prawnej społeczności, która dokonuje interpretacji i egzekwuje prawo. Interpretacja może zmierzać w kierunku dosłownej realizacji przeszczepionych reguł – „(...) powszechność transplantacji to nie motywacja, ale wada ludzkiego poznania i wydawania decyzji: reguły prawne są często zapożyczane w pośpiechu bez adekwatnego przygotowania bądź zażyłości [z prawem państwa źródła]”<sup>33</sup>, czyli

miast P. Legrand w swoim dziele *What „Legal Transplants”?* wskazuje jako przykład na rzymskie regulacje prawne – skądinąd tak często przywoływanych przez A. Watsona – twierdząc, że pisane po łacinie i dla mieszczan Konstantynopola nie mają wiele wspólnego z nowymi regułami napisanymi po francusku i dla porewolucyjnej Francji.

<sup>32</sup> Wydawałoby się, że nawet dyrektywy mające moc prawa obowiązującego jak w przypadku brytyjskiego Interpretation Act z 1889 r. nie zdadzą tu egzaminu.

<sup>33</sup> C. Milhaupt, K. Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago 2008, s. 210. Autorzy ci wprowadzają pewne novum do teorii „legal transplants”, wskazując że jej funkcjonowanie jest uzależnione od zasięgu, do którego stopnia zmiany są uzgod-

tw. „ślepe kopiowanie”<sup>34</sup>. P. Legrand twierdzi, że uchwalając jakąś regułę („rule”), kierujemy się nie tylko sposobem myślenia, interesami i nadziejami, które wiążą się z bytem tej reguły; przykładem są tu Francuzi, tworzący coś „charakterystycznie francuskiego, w ten sposób czynią aluzje do modalności prawnego doświadczenia, które jest nierozłącznie ich”<sup>35</sup>. Reguła zatem nie ma jakiegoś empirycznego istnienia oderwanego od świata znaczeń. Transplantowana reguła zostanie zinterpretowana inaczej przez zobowiązanych do jej wdrożenia i pozostanie pod wpływem ich świadomości leżącej u podłoża wartości, na których ta norma opiera się. Gdy kraj transplantacji stosuje zasadę, którą otrzymał od kraju pochodzenia, to skutecznie stosuje zasadę do swoich własnych lokalnych warunków. Stąd spodziewalibyśmy się, że interpretacja prawnej zasady będzie różnić się znacznie w państwie przeszczepienia niż pochodzenia. Część doktryny zagranicznej sugeruje, że zjawisko „legal transplants” zawiedzie, gdyż przeszczepiane prawo będzie odmienne od kultury lokalnej. Należy zgodzić się z poglądem, że „niejednoznaczne pojęcie kultury otwiera puszkę Pandory interpretacyjnych koszmarów”<sup>36</sup>.

Przeciwnik transplantacji prawa może się zgodzić z poglądem, że słowa przekraczając granice jednego z państw „wdają się w inne

---

nione z zachowaniem prawników, sędziów czy biurokratów. Transplantowane prawo wpasuje się do nowej jurysdykcji, gdy możemy wymagać, że społeczność podejmie się zintegrowania nowego prawa z systemem rodzimym – ten pogląd nazwali „micro-fit” (mikro odpowiednim). Natomiast komplementarność pomiędzy transplantacjami a polityczną gospodarką nazwali „macro-fit” (makro odpowiednim).

<sup>34</sup> *Ibidem*. Autorzy dają przykład, kiedy to w połowie XIX w. Kolumbia bez niemal żadnych zmian przekopowała ok. 100 artykułów z hiszpańskiego Commercial Code (z 1829 r.).

<sup>35</sup> P. Legrand, *What „Legal Transplants”?*... Każda modalność tworzy odrębny, autonomiczny sposób scalania potocznego doświadczenia ludzkiego (natomiast nie jest sposobem jego dzielenia), wskazuje na inny sposób jego transkrypcji. Każda modalność doświadczenia tworzy odrębny obraz, spójną całość, opartą na innych kategoriach interpretacyjnych. Oceny dokonywane na gruncie jednej modalności doświadczenia są nieadekwatne w stosunku do innych, zastosowane w ich obrębie powodują tylko błąd. Szerzej na ten temat w filozofii angielskiego myśliciela XX w., M.J. Oakeshotta, zob. J.L. Auspitz, *Bibliographical Note*, *Political Theory*, Vol. 4, Nr 3, 1976, s. 262.

<sup>36</sup> C. Milhaupt, K. Pistor, *op. cit.*, s. 208.

racjonalności i moralności”<sup>37</sup>. To, co w jednym społeczeństwie uznamy za obowiązkowe do uregulowania w akcie prawnym z punktu powszechnie akceptowalnych wartości, niekoniecznie musi być chronione prawnie w innym społeczeństwie. Nowa kultura prawna, w której następuje transplantacja prawa, prowadzi swoje badanie pod kątem zastanych standardów jurysdykcji<sup>38</sup>. Ciężko jest odrzucić głęboko zakorzenione poglądy tkwiące w całym systemie prawnym jednego państwa. Świadczy o tym przykład z 1993 r., kiedy to po zakończeniu prac komisji w Mediolanie dotyczących europejskiego prawa kontraktów Anglicy przyjęli pojęcie dobrej wiary (*good faith*), mówiąc otwarcie, iż w celu respektowania całego przedsięwzięcia i nawet po tym wyrażali przedmiot obrad jako „fair dealing” (uczciwe stosunki)<sup>39</sup>.

Na przykładzie Unii Europejskiej można zorientować się, iż regulacje wspólnotowe często są kompromisem między sprzecznymi interesami społeczeństw uczestniczących w obrocie prawnym. W związku z czym „rule” transportowana z jednego systemu prawnego nawet na podłoże wspólnotowe nie będzie taka sama jak w państwie pierwotnym.

Wizja transplantacji jako izolowanego wydarzenia, w którym całkowity system prawa albo duża jego część jest transponowany przez jednego wyraźnego eksportera do innego systemu prawnego była może

<sup>37</sup> Przykładem może być wprowadzanie w życie zasady wolności kontraktowej w chińskim społeczeństwie rządzonym przez związki pokrewieństwa albo *guanxi* – termin, który nawiązuje do norm wzajemności albo bardziej ogólnie: ludzkich uczuć. Spowodowało to nieskuteczność przeszczepionego prawa, bo w rezultacie wszystkie przedsięwzięcia (niezarejestrowane przedsiębiorstwa rodzinne Chińczyków) były nazywane spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, zob. W.C. Kirby, *China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-Century China*, The Journal of Asian Studies, Vol. 43, 1995, s. 50.

<sup>38</sup> W jednym z nielicznych przykładów, które powołuje w swojej pracy P. Legrand, jest angielska decyzja w sprawie *O'Reilly v. Mackman* dotycząca dystynkcji pomiędzy procesem publicznym a prywatnym w angielskiej procedurze *de facto* opierającej się na francuskim prawie znającym to rozróżnienie już w XIX w. I chociaż w Anglii został zaakceptowany taki podział, to prawna reguła konstytuująca taki stan rzeczy według autora nie jest identyczna z regułą francuską.

<sup>39</sup> A.M. Rabello (ed.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, s. 201.

ważna we wczesnej debacie, która skupiała się na transplantacjach zrealizowanych przez kolonizatorów. Jednak świat prawa dawno uległ zmianie. W dzisiejszym globalnym środowisku, przeszczepy dotyczą określonego pola prawa, jeśli nie określonych kompozycji; są realizowane w odcinkach, a nie w liczbie pojedynczej, a także często są produktem interakcji pomiędzy kilkoma, rzadziej dwoma, graczami. Jest to więc wynikiem procesu pobudzonego przez globalizację i rozkwit międzynarodowego prawa<sup>40</sup>. Większość krajów po prostu nie może zajmować się międzynarodowy handlem albo oczekiwać międzynarodowych inwestycji bez przekształcania swoich prawnych reżimów w kierunku wspólnych standardów; nie może żądać dobrych zapisów w obszarach takich jak międzynarodowe prawa człowieka, ochrona przyrody czy prawo antykorupcyjne, bez wysiłku przyjęcia modeli zagranicznych albo międzynarodowych. Liczne programy sponsorowane przez rząd, fundacje i międzynarodowe instytucje mają za zadanie aktywnie pobudzać te procesy transplantacyjne.

Do tej pory naukowe osiągnięcia zidentyfikowały przeszczepy w praktycznie każdej dziedzinie prawa – przykład prawa autorskiego czy alternatywnych sposobów rozstrzygania sporów. Przyczyny przeszczepów były wyjaśnianie przez pryzmat hegemonii USA czy lobby rodzinnego. Literatura skupiała się na wyjaśnianiu określonych przeszczepów albo na opisywaniu określonych zjawisk, takich jak międzynarodowe sieci poparcia („transnational advocacy networks”) czy tzw. „path dependence”, i pominęła socjologiczne wyjaśnienia. Aktualna debata dotycząca transplantacji prawa poszerzyła się o nowe wizje rozwoju tego zagadnienia, wzbogacając tym samym argumenty przedstawiane przez dwa obozy: zwolenników i przeciwników transplantacji. Wieloaspektowa analiza oraz głębsze badania tej dziedziny nauki stały się możliwe dzięki typologii stworzonej przez Millera<sup>41</sup>. Jednym z narzędzi wykorzystanych przez socjologów, które pojawia

---

<sup>40</sup> M. Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, s. 584 i n.

<sup>41</sup> J. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, s. 845–868.

się w rozmaitych kontekstach jest właśnie typologia. Autor stwarza podział, który opisuje wszystkie formy prawnych przeszczepów. Każda z czterech grup prawnych transplantacji jest uwarunkowany innym zbiorem czynników. Czynniki te z kolei wpływają na motywację dokonania przeszczepu. Transplantacje możemy zatem podzielić według Millera na:

1) „**the cost-saving transplant**” (przeszczep oszczędzający koszty). Taka transplantacja dotyczy najprościej ujmując przyjęcia gotowego rozwiązania, oszczędzając tym samym koszty projektowania, badania rynku itp. Jeśli ktoś już spróbował czegoś, co dobrze funkcjonowało, ustawodawca albo sędzia może oszczędzić dużo czasu przez proste przyjęcie podejścia kraju, od którego nastąpi transplantacja. Czasami taki proces wymaga scalenia różnych rozwiązań, a wynik może okazać się inny niż w państwie projektodawcy. Z drugiej strony kraj, od którego następuje transplantacja prawnych rozwiązań, może poświęcić za mało czasu, aby zakotwiczyć przeszczepioną normę w miejscowej rzeczywistości, bądź też kraj ten nie będzie posiadał technicznej kompetencji<sup>42</sup>.

2) „**the externally-dictated transplant**” (zewnątrznie narzucony przeszczep) – stał się wszechobecną siłą na całym świecie, ale szczególnie w krajach rozwijający się. Warunkiem prowadzenia interesów z państwem słabszym gospodarczo może się stać obowiązek przyjęcia rozwiązania wystosowanego przez państwo lub jednostkę silniejszą. Akceptacja nowego porządku może być motywowana zadowoleniem zagranicznego potentata, korzyściami wynikającymi z obustronnej współpracy czy w końcu oceną miary politycznej niezależności<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> J. Miller używa przykładów z systemu argentyńskiego, gdyż jurysdykcja ta jest mu najbardziej znana i jak zaznacza, bogata w przykłady transplantacji. Przykładem pierwszej typologii jest ustawa Argentyny o niebezpiecznych odpadach. To prawo jest dosłownie kopią ustawodawstwa USA.

<sup>43</sup> Kraje rozwijające się musiały przyjąć standardy Światowej Organizacji Handlu dotyczące własności intelektualnej, gdyż nieprzyjęcie łączyło się z niebezpieczeństwem sankcji handlowych ze strony Stanów Zjednoczonych. Inna sytuacja, która otworzyła drogę prawnym przeszczepom, gdy IMF i Bank Światowy zaczęły uzależniać pożyczki od warunku prawnych reformach. Natomiast najważniejszym czynnikiem zapewniającym argentyńskie stosowanie się do modelu ICAO (standardów Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego) jest presja Stanów Zjednoczonych. Mocarstwo to do-

3) „**the entrepreneurial transplant**” (przeszczep świadczący o przedsiębiorczości) – w tym typie wykorzystywane są znajomości i międzynarodowe powiązania osób bądź grup. Wyraźnym czynnikiem motywującym dla prawnego przeszczepu jest obecność w przyjmującym kraju osób zainteresowanych inwestowaniem w transplantowaną prawną strukturę, chociażby poprzez uzyskanie politycznych albo gospodarczych korzyści swojej inwestycji<sup>44</sup>.

4) „**the legitimacy-generating transplant**” (przeszczep generujące legalność) – oparty jest na prestiżu transplantowanej instytucji prawnej bądź systemu praw. A. Watson był początkowo jedynym autorem, który wyjaśniał, dlaczego prestiż zagranicznego modelu będzie motywować ustawodawcę do wybrania tego, a nie innego. Daje do zrozumienia, że ustawodawcy czy sędziowie mają problemy z wdrażeniem nowego podejścia, które byłoby akceptowane przez innych. To właśnie prestiż zagranicznego modelu zapewnia potrzebny autorytet prawny<sup>45</sup>. Ugo Mattei poszedł o krok dalej, utrzymując, że prestiż pochodzi z gospodarczej efektywności. Zalecał, aby związek pomiędzy prestiżem a wydajnością był wiarygodny, natomiast oferował w swoich pracach zbyt mało empirycznych dowody, nigdy nie wyjaśniając procesu, w którym ciało ustawodawcze i sędziowie importują dany model prawny. Podsumowując można stwierdzić, że urzędnicy państwowi (szeroko pojęta władza państwowa) narzekający na brak autorytetu ze względu na brak źródła władzy<sup>46</sup>, mogą chcieć przyjąć zagraniczny model – najbardziej prestiżowy, który będzie gwarantem legalności (praworządności). Przypadek motywacji przy tak rozumianym typie transplantacji jest charakterystyczny dla państw wychodzących z długiego okresu despotycznych rządów.

konuje podziału krajów na 1 i 2 kategorię, łącząc z tym wyodrębnieniem odpowiednie konsekwencje, zob. szerzej J. Miller, *op. cit.*, s. 848.

<sup>44</sup> Przykład doradcy rządu Argentyńskiego Carlosa Manfroni, który był głównym poplecznikiem zmuszania Argentyny do zaadoptowania podejścia USA w tworzeniu administracyjnych norm etycznego zachowania się urzędników państwowych. Amerykański model został ostatecznie przyjęty w Kodeksie Etyki.

<sup>45</sup> A. Watson, *Aspects of Reception of Law*, American Journal of Comparative Law, 1996, s. 346, 350–351.

<sup>46</sup> Innymi słowami nie wpisują się w trzy typy legalnej dominacji zidentyfikowanej przez M. Webera, *Economy and Society*, Berkeley 1978, s. 218.

Rozpatrując zagadnienie, jak prawne systemy rozwijają się w relacji jeden do drugiego, ani A. Watson, ani P. Legrand nie ujęli ekonomicznych wyjaśnień, o których warto wspomnieć. Umiejętność dostosowania przeszczepionego prawa do miejscowych warunków ma duży wpływ na rozwój gospodarczy państw. W ostatnich latach odrodziły się: dziedziny porównawczej ekonomii i sformalizowanej analizy. Analitycy prawa z punktu widzenia ekonomii skupiają się na wydajności (efektywności) prawnych systemów, konsekwencji transplantacji i polityki instytucjonalnego projektowania. Można wskazać na hipotezę, że konkurencja między „dostawcami prawnych reguł” (jak nazywają odrębne systemy prawne poszczególnych państw) znacząco wpływa na przeszczepy prawa, a przez to na wybór najefektywniejszej doktryny – *civil law* bądź *common law*. D. Berkowitz argumentuje, że „droga, jaką prawo jest transplantowane, jest dużo bardziej wyznacznikiem efektywności systemu prawa niż faktu czy system prawny był dostarczony przez szczególną rodzinę prawa”<sup>47</sup>. Przykładem może być teoria trustów, będąca wynikiem współdziałania *common law* i *equity*. Kontynentalne prawo własności bez elastyczności charakterystycznej dla trustów rozwinęło się na podstawie teorii zobowiązań i prawa kontraktów. W rezultacie bardzo różny historyczny rozwój utworzył różne instytucje prawne, z tym że beneficjent teorii trustów<sup>48</sup> jest lepiej sytuowany niż jego cywilny odpowiednik. „Prawnicy prawa komparatystycznego, oczywiście, zostali przyciągnięci przez tę prawną instytucję i wykreowali minimalną wiedzę tak konieczną dla przeszczepu, by mógł zaistnieć. Nie ma w tym nic dziwnego, że wbrew bardzo sformalizowanemu podłożu, w którym prawo trustów rozwinęło się (...), ta instytucja stała się bardzo modna”<sup>49</sup>. Ugo Mattei wskazuje na fakt przyjęcia jej przez wiele południowoamerykańskich krajów *civil law*, Japonię, Lichtenstein czy też pozostawienie jej w mieszanych

<sup>47</sup> D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, Pittsburgh 2001, s. 2 i n.

<sup>48</sup> Jeżeli koszty transakcji wydają się niskie, to instytucja trustów jest rekomendowana przez normatywną teorię R.H. Coase’a – twórcę ekonomicznej analizy prawa, którą przedstawił w artykule *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, 3.

<sup>49</sup> U. Mattei, *op. cit.*, s. 9–10.

jurysdykcjach: Quebec, Luisiany czy Szkocji. Okazuje się, że państwa posiadające prawo bardziej przyjazne inwestorom, przejawiają tendencje ku skuteczniejszemu wprowadzaniu nowych rozwiązań; kraje w obrębie kultury prawnej *common law* wykazują lepszą egzekwowalność praw niż kraje kultury *civil law*<sup>50</sup>.

Ze względu na etapy ekonomicznej analizy prawa możemy wyróżnić cztery sytuacje<sup>51</sup>:

1) obie jurysdykcje są skłonne, by dostosować i prawne reguły, i praktyki, co do których zachodzi konwergencja. Ten rezultat osiągną w drodze konwencji jako kompromis między odmiennymi systemami prawnymi;

2) jurysdykcja państwa A jest skłonna, by dostosować (importować prawne reguły), ale jurysdykcja państwa B nie. W tej sytuacji mamy do czynienia z tzw. „**transplant effect**”, czyli skutkiem przeszczepu;

3) odwrotnie jurysdykcja państwa B jest skłonna, by dostosować (importować prawne reguły), ale jurysdykcja państwa A nie. Znow mamy „**transplant effect**”, ale w przeciwnym kierunku;

4) obie jurysdykcje są niechętne do zmian, wtedy ekonomiści przyjmują bilans zerowy.

Jeżeli przemysły krajowe rywalizujące w międzynarodowym rynku odkryją, że ich narodowy system prawny narzuca wyższe koszty niż te, które ponoszą ich rywale pod obcą jurysdykcją, mogą położyć nacisk na zmianę ustawodawstwa. Nie zawsze jednak założenie w relacjach homogenicznych produktów, że konkurencja zwycięży, będzie prawdziwe. Przeszczep jest bardziej prawdopodobny, jeżeli importacja i koszty dostosowania są asymetryczne i niskie dla kraju przyjmującego nową regulację. Na koszty dostosowania mogą się m.in. składać się:

– bezpośrednio koszty nabywania informacji, sporządzania szkiców prawa, nauka nowych reguł i praktyk oraz interpretacja w ramach postępowań sądowych;

– strata kosztów wystąpi ze względu na zmianę prawnych reguł wyrażających długo zakorzenione interesy podmiotów, które są skłon-

<sup>50</sup> D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *The Transplant Effect*, *The American Journal of Comparative Law*, 51, 2003, s. 166.

<sup>51</sup> N. Group, A. Ogus, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, *Journal of Legal Studies*, 35, 2006, s. 344–345.



ne do zmarnowania środków finansowych, tylko by uniknąć tych zmian (np. prawnicy, stowarzyszenia, rady);

- pośrednie koszty ze względu na potencjalną utratę spójności i niestałość wewnętrzną nowo wyłonionego prawa (przykładem jest tu regulacja jednych obszarów prawa w większej mierze niż innych);

- prywatne koszty wynikające z ograniczania indywidualnych korzyści w nowo regulowanym prawie;

- koszty wynikające z braku innowacji, ponieważ systemy prawne bez miejscowych odmian (fluktuacji) są mniej podatne na wprowadzenie tych innowacji;

- jeżeli nowe prawo jest dostosowywane do miejscowego w wyniku prywatnego wpływu, przez działanie sądów (*case law*), bądź przez praktykę międzynarodowych firm prawniczych (tj. przez klauzule wyboru prawa w kontraktach, wybieranie prawa jako sposób wyznaczenia siedziby zarządu spółki lub miejsca jej działalności), zysk z publicznego dostosowania prawa jest niższy i dlatego stosunkowy koszt jest wyższy;

- adaptacja prawa w rodzinie, która wypływa z danej kultury prawnej (tj. prawa kontynentalnego czy *common law*) jest tańsza niż między różnymi rodzinami. Współcześnie kultury prawne opisywane są przez pojęcie „Network”;

- zderzenie ekonomicznej i wojskowej analizy pozwala analitykom wyodrębnić grę: symetryczną (gdzie graczami prawa są państwa Unii Europejskiej bądź stany w USA) i asymetryczną (byłe kolonie). W pierwszym przypadku konwencje za obopólną zgodą są tańsze niż przeszczepy, bo dają ekonomiczne i polityczne uzupełnienia. W drugiej grze jednostronne przeszczepy są prawdopodobiejsze.

Kiedy ekonomiczni analitycy prawa mówią o możliwości zaadoptowania przez jurysdykcje państw reguł prawnych, to nie mają na myśli sytuacji, że przeszczepione prawo będzie identyczne z tym prezentowanym w systemie państwa źródła. Świadczy to o przyjęciu założenia, w którym zjawisko „legal transplant” stanowi o możliwości modyfikacji reguł w ostatecznym porządku prawnym (czyli nie wersja prawnych przeszczepów z punktu widzenia P. Legranda ma tu rację bytu).

Na przykładzie wspomianej przeze mnie powyżej instytucji trustów – popularnej współcześnie w wielu krajach nieanglosaskich –

można przeanalizować możliwość transplantacji, która jest uzależniona od analizy regulacji występujących w państwach, które mają przyjąć nową instytucję. Ostatecznie po zaadoptowaniu trusty, choć zbudowane na wspólnym fundamencie mogą różnić się między sobą w zależności od systemu prawnego; albo wystąpi niecałkowite przyjęcie regulacji z państwa źródła (przykładem są niektóre kraje karaibskie, które dopuszczają przeniesienie majątku na powiernika w celu uchronienia go przed wierzycielami ustanawiającego tzw. *self-settled spendthrift trusts* zabronionymi w Anglii i większości stanów USA z wyjątkiem np. Alaski), albo zakorzeniona kultura państwa przyjęcia odmiennie „osadzi” w prawie nową instytucję. Ta ostatnia uwaga dotyczy sytuacji, gdy jedno z państw przyjmie, że trust jest osobą prawną (np. Anstalt), inne, że jest to majątek odrębny (Quebec). Wtedy na etapie rozpatrywania co jest według prawa krajowego osobą prawną, czy też jakie uprawnienia można nadać masom majątkowym (jeśli w ogóle można), ujawniają się rozbieżności, których nie da się ostatecznie usunąć. Druga rzecz – czy w danym państwie zainteresowanym trustem nie ma już podobnej instytucji, a jeśli jest, to czy nowa regulacja prawna powinna zmienić starą czy też współistnieć obok niej?

Z czym muszą zmierzyć się państwa przyjmujące nowe rozwiązania prawne? Jest to zarazem odpowiedź na pytanie o skutki, jakie dały nowe instytucje prawne w państwie przeszczepu. „Transplant effect” ma prognozować efektywność instytucji prawnych w nowych warunkach. Żeby spełnić przyjęte założenia, „popyt na prawo musi istnieć w ten sposób, że *law in books* musi być w użyciu, a prawni pośrednicy zaangażowani w stosunku do tego popytu, są jednocześnie odpowiedzialni za jego rozwijanie. Jeżeli kraj przeszczepu dostosował prawo do miejscowych warunków albo miał społeczeństwo zaznajomione już z podstawowymi zasadami przeszczepionego prawa, wtedy możemy oczekiwać, że prawo będzie w użyciu [*law in action*]”<sup>52</sup>. W związku z tym silny publiczny popyt na prawo dostarczyłby zasobów do zmiany prawa. W którym państwie powyższe warunki są spełnione, analitycy wskazują, że nowy porządek prawny będzie działał tak skutecznie jak

<sup>52</sup> D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, Pittsburgh 2001, s. 3.

w kraju źródła – bo „efekt przeszczepu jest ważniejszym prorokiem legalności niż zaopatrzenie od danej kultury prawnej”<sup>53</sup>.

Podsumowując, warto przytoczyć pogląd, że „na drodze, jakiej prawo jest konceptualizowane – na przykład jako reguły, idee zakorzenione w prawnej kulturze, jako część kultury w szerszym sensie czy instrumenty partykularnych celów [ekonomicznych] – rzutuje na drogę, w której rozsądzany jest sukces przeszczepów prawnych”<sup>54</sup>. A akcent na prawo postrzegane wyłącznie jako reguły w sensie pozytywistycznym, może na wstępie komplikować zagadnienie „legal transplants”. Podobnie jeśli prawo jest rozumiane jako wyraz kultury, w sensie: wartości, dzielonej tradycji czy poglądów, przeszczep prawa będzie mógł zaistnieć, tylko wtedy gdy okaże się zgodny z tymi aspektami kultury w środowisku państwa-odbiorcy albo gdy przekształca je zgodnie z kulturowymi założeniami przeszczepionego prawa<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> R. Cotterrell, *Law, Culture and Society...*, s. 116.

<sup>55</sup> W ramach zagadnienia „legal transplants” można zastanowić się nad wyrokami sądów powszechnych (w szczególności niemieckich), które kierują się szariatem, czyli prawem opartym na Koranie przy rozpoznawaniu spraw obywateli Unii Europejskiej wyznania muzułmańskiego. Jest to odrębny temat mogący wpisać się w dyskusję nad jednym z typów transplantacji obcego prawa, nieuwzględnionym w typologii przedstawionej powyżej przez Millera.