

IWONA SZYMCZAK

## DOBÓR EKWIWALENTNYCH ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH W PROCESIE TRANSPLANTACJI PRAWA

### I. UWAGI OGÓLNE

Zjawisko globalizacji polega na powstawaniu współzależności i integracji zjawisk gospodarczych, społecznych czy kulturalnych, które wykraczają poza granice jednego państwa. W związku z tym dość powszechna staje się transplantacja prawa. Jest to pewien proces, którego rezultatem jest przeszczepienie do macierzystego systemu prawnego obcego rozwiązania zwanego transplantem prawnym. Uznaje się, że przeszczepianie obcych rozwiązań do krajowego systemu prawnego jest łatwe. Problem jednak w tym, czy takie działanie jest skuteczne, to bowiem okazuje się dopiero w dłuższym okresie obowiązywania takiej transplantowanej instytucji prawnej. Chociaż ustawodawca nie jest związany wynikami badań naukowych, a studia (opracowania) powstające z zastosowaniem metody prawnoporównawczej stanowią tylko materiał wyjściowy do prac legislacyjnych, niemniej biorąc pod uwagę, że transplantacja prawa powinna opierać się na rezultatach tych badań, należy dyskutować na temat ich jakości. Jednym z kryteriów oceny tej jakości jest dobór ekwiwalentnych rozwiązań prawnych.

W procesie transplantacji prawa może chodzić o przenoszenie całych instytucji prawnych lub tylko częściowych rozwiązań<sup>1</sup>. W obu przypadkach kraj przyjmujący obcą konstrukcję prawną może dokonać pewnej korekty stosownie do uwarunkowań systemu prawnego, do którego następuje przeniesienie transplantu (*reshaping*). W każdym z tych przypadków na początku badań trzeba odpowiednio dobrać funkcjonalny ekwiwalent, co wynika z tego, że w rozwiniętych społeczeństwach pojawiają się podobne problemy<sup>2</sup>.

W związku z tym głównym celem tego artykułu jest przedstawienie zasad doboru ekwiwalentnych rozwiązań prawnych, które będą stanowić przedmiot badań porównawczych.

---

<sup>1</sup> W literaturze niemieckiej pisze się, że takim ekwiwalentem może być pojedyncza norma prawna lub kompleks norm, czyli instytucja prawna (J. H. Röver, *Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten. Eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung*, München 1999, s. 14).

<sup>2</sup> W literaturze angielskojęzycznej: J. Gordley, *The functional method*, w: P. G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Northampton 2012, s. 118. Podobnie w literaturze niemieckiej pisze się o kryterium w postaci funkcjonalnej porównywalności prawnych instytucji (*Vergleichskriterium: Funktionsgleichheit von Rechtsinstituten*). J. H. Röver, op. cit., s. 14.

## II. TRANSPLANTACJA PRAWA A ANALIZA PRAWNOPORÓWNAWCZA

Termin „transplantacja prawa” został zaczerpnięty z medycyny, jest już jednak powszechnie stosowany w literaturze prawniczej, o czym świadczą tytuły cytowanych dalej publikacji. W literaturze komparatystycznej pojęcie „transplantacja prawa” występuje w kontekście opisywania zjawiska (procesu badawczego) przejmowania obcych rozwiązań jurydycznych do porządku krajowego. Natomiast termin „transplant prawny” jest stosowany w odniesieniu do określenia jego rezultatu, którym jest przyjęcie do systemu prawnego obcego rozwiązania prawnego (instytucji jurydycznej). Naukowcy zwracają uwagę, że jest to tylko metafora wyrażająca transfer instytucji prawnych<sup>3</sup>. Wydaje się, że jest to jednak stosowne określenie, które zarazem oddaje istotę tego zjawiska. Odwołanie się do terminologii medycznej podkreśla złożoność tej czynności (transplantacji), w której nie chodzi tylko o samo przeniesienie (transfer, pożyczanie<sup>4</sup>) konstrukcji jurydycznej z jednego systemu prawnego do drugiego, to bowiem nie stanowi większej trudności. W medycynie operacja ta polega nie tylko na przeniesieniu obcego organu do organizmu biorcy, ale organ ten musi „podjąć pracę”, czyli rozpocząć realizację funkcji wraz z innymi jego organami. W tej metaforze ważne jest, że transplant podejmuje pracę, wznawia swoje funkcje w nowym środowisku (otoczeniu prawnym). Tak też jest z transplantacją instytucji prawnych, które muszą zacząć funkcjonować w systemie prawnym, do którego zostały przeszczepione. Jeżeli ten cel został zrealizowany, oznacza to, że zabieg się udał. Wydaje się, że – posługując się dalej tym terminem medycznym – udana (skuteczna) transplantacja może mieć miejsce, gdy dokonujący przeszczepu zespół specjalistów zrobi odpowiednie badania dotyczące „zdolności bycia dawcą”, jak też odpowiednio oceni cechę „zdolności bycia biorcą”.

Do tego potrzebna jest szczegółowa analiza zarówno systemu, z którego transplant jest przenoszony, jak i tego, do którego zostanie „wszczepiony”. Jej wyniki mogą być podstawą podjęcia decyzji przez ustawodawcę. Tą analizą jest badanie prawnoporównawcze, którego celem jest ustalenie, czy i w jakim zakresie będą potrzebne zmiany legislacyjne w systemie prawnym, do którego ta instytucja jest przenoszona, lub ewentualnie, czy modyfikacji ulegnie sam transplant (*reshaping*). Na przykład przeszczepiając instytucję należącą do prawa materialnego, trzeba w obu systemach porównać związane z nim instytucje prawa procesowego.

Podobne poglądy można spotkać w literaturze obcej. Esin Öürücü twierdzi, że obecnie mamy do czynienia z horyzontalnym transferem, który już doprowadził do istnienia „mieszanych” systemów prawnych, chociaż proces ten stale się pogłębia. W konkretnym przypadku ocena tego fenomenu eksportu lub

---

<sup>3</sup> D. Nelken, *Legal transplant and beyond: of disciplines and metaphors*, w: A. Harding, E. Öürücü, *Comparative Law in the 21st Century*, London-New York 2002, s. 29.

<sup>4</sup> Takie nazewnictwo pojawia się w literaturze zagranicznej, chociaż w tytułach opracowań dominuje pojęcie „transplant prawny”. D. Nelken, op. cit., s. 30.

importu instytucji prawnych bywa różna w zależności od jego skutków, które zwykle ujawniają się dopiero w dłuższym okresie obowiązywania takiej transplantowanej instytucji prawnej<sup>5</sup>.

### III. POJĘCIE EKWIWALENTNYCH ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH W ANALIZIE PRAWNOPORÓWNAWCZEJ

Wybór ekwiwalentnych rozwiązań prawnych jest dokonywany na wstępie badania komparatystycznego. Następnie badacz komparatysta dokonuje weryfikacji, przeprowadzając pogłębioną analizę porównawczą pod kątem (ewentualnego) przeszczepienia do innego systemu prawnego. Na początku powinien więc odnaleźć odpowiednie systemy referencyjne, czyli takie, w których istniały (istnieją) podobne zjawiska, a następnie ustalić, jakie rozwiązania jurydyczne zostały tam wprowadzone oraz czy rozwiązują one dany problem<sup>6</sup>. Samo badanie rozwiązań prawnych – wybranych ze względu na podobnie brzmiącą nazwę badanej instytucji prawnej bez ustalenia, czy i w jakim stopniu rozwiązuje dany problem – jest tylko opisem potwierdzającym obowiązywanie określonych norm prawnych.

Pomyślnie przeprowadzenie zabiegu transplantacji wymaga sprawdzenia otoczenia prawnego występującego w macierzystym systemie prawnym, przede wszystkim dotyczy to zbadania regulacji prawnych, które będą korespondowały z transplantem w przejmującym go systemie prawnym.

Szczególne znaczenie przy ocenie możliwości dokonania „przeszczepu” mają też uwarunkowania kulturowe. Örücü podaje bardzo klarowny przykład oddający sens tego problemu, który pochodzi z porównania prawa tureckiego z prawem szkockim<sup>7</sup>. Porównywana jest instytucja adopcji. Inny kontekst kulturowy sprawia, że porównywanie tych instytucji nie niesie żadnych pozytywnych wyników na poziomie rozwiązań szczegółowych, np. wieku przysposobionego, jego statusu cywilnego (rodzinnego). Jest to spowodowane inną funkcją adopcji w świadomości kulturowej społeczeństwa tureckiego, której celem jest zapewnienie opieki ludziom starszym, jak również zapewnienie kontynuacji rodziny, albo też przekazanie przedsiębiorstwa przez osobę, która nie posiada własnych dzieci. Dlatego przesłanka wieku nie jest istotna, osobami adoptowanymi mogą być dorośli. Natomiast w prawie szkockim inna jest funkcja adopcji, ponieważ chodzi o zapewnienie opieki małoletnim dzieciom.

Podobną opinię wyraził też James Gordley, który podkreśla, że głównym celem badawczym jest rozwiązywanie problemów społecznych. Prawnik kom-

---

<sup>5</sup> E. Örücü, *A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'*, w: eadem, D. Nelken (eds.), *Comparative Law. Handbook*, Oxford-Portland 2007, s. 179.

<sup>6</sup> W nauce nie zawsze wyeliminowanie danego zjawiska jest możliwe, co nie zwalnia jej z poszukiwania rozwiązań lepszych od już istniejących.

<sup>7</sup> E. Örücü, *Enigma of Comparative Law: Variations on Theme for the Twenty-first Century*, Leiden-Boston 2004, s. 56.

paratysta szuka ekwiwalentnych norm prawnych, czyli takich, które w zagranicznym systemie rozwiązują dane zagadnienie. Zwraca on też uwagę, że jeśli taka norma prawna nie obowiązuje, to komparatysta powinien sprawdzić ponownie, czy prawidłowo określił obszar badawczy<sup>8</sup>.

#### IV. TŁUMACZENIA W ANALIZIE KOMPARYTYSTYCZNEJ

##### 1. Rodzaje tekstów źródłowych

Chociaż analiza prawno-porównawcza jest prowadzona na dwóch poziomach. Pierwszy to tzw. makropoziom – powinien on uwzględniać kontekst systemowy, uwarunkowania społeczno-gospodarcze oraz kulturę prawną. Niemniej jednak podstawowe znaczenie ma analiza dokonywana na mikropoziomie – obejmuje badanie konkretnej instytucji prawnej. Dla jej wyników kluczowe znaczenie mają rezultaty wynikające z tłumaczenia tekstów źródłowych.

Przedmiotem kompleksowej analizy komparatystycznej są teksty aktów prawnych, komentarze doktryny, orzeczenia sądowe. Każde z tych źródeł wymaga odmiennego podejścia prawnika komparatysty dokonującego tego tłumaczenia. W piśmiennictwie wyróżnia się następujące rodzaje prawniczych tłumaczeń. Po pierwsze, tłumaczenie tekstów prawnych (treści przepisów prawnych). Po drugie, tłumaczenia tekstów prawniczych (monografie, komentarze, teksty orzeczeń sądowych). Po trzecie, dodatkowo wyróżnienia wymagają tłumaczenia wielojęzyczne. Najczęściej dotyczą one tekstów zawierających przepisy prawne zawarte w aktach unijnych (np. dyrektywy czy rozporządzenia UE). Ten ostatni problem – wynikający z wielojęzyczności tłumaczeń tych tekstów – ma szczególne znaczenie w procesie harmonizacji prawa. W związku z tym pojawił się nawet specjalny termin „brukselski angielski”, wyrażający specyfikę języka angielskiego jako najbardziej neutralnego spośród licznych języków UE. Zyskał on nawet status *lingua franca*<sup>9</sup>.

Zarówno język prawny, jak i prawniczy zawierają wiele pojęć abstrakcyjnych, z których tłumaczeniem wiąże się wiele trudności. Warto jednak kierować się ogólną zasadą, że przy tłumaczeniu tekstów prawnych chodzi przede wszystkim o dokładne ustalenie treści danej instytucji prawnej, o precyzyjne określenie uprawnień i obowiązków składających się na jej treść. Natomiast przy tłumaczeniu tekstów prawniczych należy uwzględnić szerszy kontekst – koncepcję teoretyczną, kulturę prawną danego systemu, zwyczaje, jak też sposób prawniczego myślenia. Pewne sugestie i wskazówki interpretacyjne można odnaleźć w samym sposobie wyrażania treści, doborze terminologii, którą posługuje się autor reprezentujący odmienną tradycję prawną<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> J. Gordley, *The functional method*, w: P. G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Northampton 2012, s. 117-118.

<sup>9</sup> B. Pozzo, *Comparative law and language*, w: M. Bussani, U. Mattei (eds.), *Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, s. 109.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 105.

W ramach tego punktu warto jeszcze zwrócić uwagę na zakres wykorzystania przez prawników komparatystów źródeł wtórnych. Istnieje obawa spłylenia rezultatów dociekań naukowych, gdy korzysta się nadmiernie ze źródeł opartych na ogólnie dostępnych translatorach bądź z innych niezwyfikowanych tłumaczeń. Stąd nie zaleca się obejmowania zakresem prac badawczych zbyt wielu systemów, gdy prawnik komparatysta nie zna samodzielnie języka; co więcej, nawet dobra ogólna znajomość danego języka obcego nie gwarantuje jeszcze nabycia umiejętności przetłumaczenia idei prawnych, o których była już mowa. W komparatystyce chodzi nie tylko o tłumaczenie leksykalne, ale o umiejętność „objaśniania” znaczenia poszczególnych terminów prawnych w kontekście, w którym one występują. Od wiarygodności tłumaczeń zawartych w tych źródłach zależą więc ustalenia i wnioski przyjmowane przez badacza. Konkludując, nie warto kosztem jakości podejmować się analizy zbyt wielu systemów prawnych, gdyż eksperci przestrzegają, że skutkuje to powierzchownością osiągniętych rezultatów (*superficial result*)<sup>11</sup>. Obawa przed powierzchownością badania, gdy przedmiotem analizy jest zbyt wiele systemów prawnych, jest uzasadniana tym, że takie opracowanie powinno być raczej pogłębione i szczegółowe, aby możliwe było wyprowadzenia z nich syntetycznych wniosków.

## 2. Naukowe teorie dotyczące tłumaczeń prawnoporównawczych

Prawniki komparatysta poszukujący funkcjonalnego ekwiwalentu prawnego powinien dokonywać tłumaczenia zarówno tekstów prawnych, jak i tekstów prawniczych. Chociaż nie może dokonywać samodzielnej wykładni normatywnej obcego prawa, lecz powinien kierować się wykładnią dokonywaną przez przedstawicieli doktryny reprezentujących badany system<sup>12</sup>, trudno jednak sobie wyobrazić badacza, który ogranicza się do badania poglądów zagranicznej doktryny. Dlatego duże znaczenie w jego pracy, a w szczególności na etapie poszukiwania ekwiwalentnych rozwiązań prawnych, ma proces twórczego (ale nie swobodnego!) tłumaczenia. Język prawniczy jest specyficzny, a więc nie wystarczy nawet bardzo dobra znajomość języka ogólnego. Badacz musi na każdym kroku dokonywać samodzielnie przekładu tekstu, uwzględniając kontekst i cel tłumaczenia.

Chociaż sam nie może dokonywać wykładni normatywnej przepisów prawnych, pełna analiza prawnoporównawcza musi uwzględniać też strukturę przepisu prawnego. Przykładowo w prawie niemieckim występuje normatywne pojęcie *Dienstbarkeit*, które ogólnie można przetłumaczyć jako „służebność”. W niemieckim kodeksie cywilnym występuje ono dwukrotnie. Po pierwsze, jest to tytuł rozdziału 4: *Dienstbarkeiten*, który dzieli się następnie na trzy podrozdziały (tytuły): Służebności gruntowe (*Grunddienstbarkeiten*),

<sup>11</sup> Ibidem, s. 94.

<sup>12</sup> O poziomowej koncepcji wykładni prawa zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 90-91. Natomiast o jej zastosowaniu w pracy prawnika komparatysty zob. I. Szymczak, *Metoda nauki o porównywaniu systemów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 76, 2014, z. 3, s. 45.

użytkowanie (*Nießbrauch*) oraz służebności osobiste (*beschränkte persönliche Dienstbarkeiten*). W tym kontekście tytuł *Dienstbarkeiten* można tłumaczyć jako określenie zbiorcze dla ograniczonych praw rzeczowych, które polegają na korzystaniu z rzeczy. Są nimi: służebności gruntowe i osobiste oraz użytkowanie. Tymczasem w polskim Kodeksie cywilnym mamy inną systematykę praw rzeczowych. W księdze drugiej jest dział II, który jest zatytułowany: „Użytkowanie”, oraz dział III: „Służebności”. W prawie polskim służebności dzielią się na: służebności gruntowe oraz służebności osobiste (odpowiednio: rozdział I oraz II). A zatem prawnik komparatysta powinien poznać przynajmniej w podstawowym zarysie strukturę praw rzeczowych, aby prawidłowo ocenić, że niemiecki termin *Dienstbarkeit* będący odpowiednikiem polskiego terminu „służebność” ma w prawie niemieckim aż trzy desygnaty, którymi są ograniczone prawa rzeczowe dotyczące korzystania z rzeczy.

Takie swoiste porównanie przepisu prawnego (zespołu przepisów) oraz wyinterpretowanej (czyli odtworzonej) z niego przez zagraniczną doktrynę normy postępowania umożliwiła badaczowi poznanie obcej kultury prawnej („sposobu myślenia prawniczego”). A zatem w tym tłumaczeniu chodzi raczej o ustalenie (odkrycie) pełnego znaczenia danego terminu prawnego w kontekście, w którym on został użyty, niż o poprawne wskazanie jego znaczenia leksykalnego, które podaje słownik (nawet słownik terminów prawniczych nie zawiera wszystkich znaczeń).

W nauce waga tego problemu została już dostrzeżona i zaowocowało to koncepcją naukową określaną mianem teorii niezrozumienia (*idea of misreading*). Zaprezentowali ją przedstawiciele Critical Legal Studies<sup>13</sup>. Opisuując zjawisko zwane w języku prawniczym fenomenem eksportu i importu prawa, przestrzegają oni przed niewłaściwym zrozumieniem porównywanych instytucji. Przyczyną niewłaściwego rozumienia danej instytucji jest często pójście na skróty, czyli zastosowanie akustycznej recepcji (*acoustic reception*). W zasadzie ta sama koncepcja, tylko pod inną nazwą, pojawia się w literaturze jako metoda rozumienia (*method of understanding*). Są to studia nad znaczeniem i treścią badanej instytucji (*exploring of meaning*)<sup>14</sup>.

W tłumaczeniach prawnoporównawczych chodzi o ustalenie funkcji oraz wyjaśnienie treści danej instytucji, a nie tylko przetłumaczenie etykiety (nazwy) danej konstrukcji prawnej. Naukowiec musi mieć świadomość, że ten sam termin może mieć różne znaczenia, i odwrotnie, leksykalne współbrzmienie nie musi od razu oznaczać tożsamości treściowej porównywanych instytucji prawnych. Nie zawsze zbieżność nazewnictwa świadczy o podobieństwie instytucji, i odwrotnie – czasami różnice terminologiczne nie przeszkadzają w znalezieniu istotnych podobieństw między badanymi instytucjami czy rozwiązaniami prawnymi. Dla prawników komparatystów podstawowe znacze-

<sup>13</sup> Szkoła zwana Critical Legal Studies (Krytyczne Studia Prawnicze) to ruch naukowy rozwijający się w Stanach Zjednoczonych, który znajduje zwolenników również w europejskich ośrodkach naukowych. Więcej na ten temat: U. Mattei, *Comparative law and Critical Legal Studies*, w: M. Reimann, R. Zimmermann, *Comparative Law*, Oxford 2008, s. 828.

<sup>14</sup> U. Liukkunen, *The method of understanding and an internal viewpoint – on the interface between comparative law and private international law*, „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft” 106, 2007, s. 154.

nie ma zrozumienie treści danego pojęcia, które jest poznawane podczas jego szczegółowej analizy. Polega ona na eksplorowaniu jego znaczenia (*exploring meaning*)<sup>15</sup>. Ula Liukkenen podaje bardzo przekonujący przykład dziecka, które nie uczy się języka z listy nazw różnych obiektów, ale poznaje język, odkrywając znaczenie słów w działaniu. A zatem poznawanie (kognicja) obcego prawa odbywa się w kontekście<sup>16</sup>, przez poznawanie procesu kształtowania się norm prawnych w określonej tradycji czy kulturze danej społeczności.

Prawnik komparatysta nie może kierować się tylko blisko brzmiącą nazwą, ale powinien ustalić treść porównywanych instytucji. Przykładowo w prawie szwajcarskim istnieje instytucja *Retentionsrecht*, którą słowniki ogólne definiują jako „prawo niewydania rzeczy”<sup>17</sup>. Jeżeli dokonamy analizy w oparciu o usytuowanie w strukturze szwajcarskiego kodeksu cywilnego, okazuje się, że instytucja *Retentionsrecht* jest uregulowana w części dotyczącej ograniczonych praw rzeczowych (art. 895-898 ZBG<sup>18</sup>) i stanowi jeden z rodzajów prawa zastawu, czyli ograniczonego prawa rzeczowego. Natomiast polski odpowiednik akustyczny względem szwajcarskiego pojęcia *Retentionsrecht* to *ius retentionis*, czyli prawo zatrzymania. W polskim systemie prawnym jest to prawo względne. Osoba zobowiązana do wydania cudzej rzeczy może ją zatrzymać do czasu zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczeń o zwrot dokonanych przez nią nakładów na tę rzecz<sup>19</sup>. Uprawnienie to służy dłużnikowi wobec wierzyciela w przypadkach wskazanych w ustawie (np. art. 461 § 1 k.c.). Wracając więc do tłumaczenia szwajcarskiego *Retentionsrecht*, od strony funkcjonalnej należałoby je przetłumaczyć jako „ustawowe prawo zastawu”, ponieważ po pierwsze, w prawie szwajcarskim jest to ograniczone prawo rzeczowe (zastawnicze). Po drugie, oba prawa, czyli ustawowe prawo zastawu (w prawie polskim art. 670 k.c.) oraz *Retentionsrecht* (w prawie szwajcarskim art. 268a ZGB) mają podobną funkcję – służą zaspokojeniu roszczeń powstałych m.in. w stosunkach najmu, przysługują one wynajmującemu wobec najemcy, gdy ten ostatni zalega z płatnościami czynszu. Wynika z tego, że w prawie polskim jego funkcjonalnym ekwiwalentem jest nie „prawo zatrzymania”, ale ograniczone prawo rzeczowe, którym jest „ustawowe prawo zastawu”.

Widać więc wyraźnie, że definicja słownikowa oparta na podobieństwie brzmieniowym może zawieść. Przedstawiony przykład nie kwestionuje słownikowego znaczenia zawartych tam definicji, które muszą odpowiadać zasadom ogólnym i nie mogą zawierać wszystkich szczegółowych przypadków. Nie ma takiej potrzeby, gdyż to na badaczu porównującym konkretne instytucje prawne spoczywa obowiązek ostatecznej weryfikacji treści terminu prawniczego w konkretnym kontekście.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> W najnowszych opracowaniach bardzo często autorzy dostrzegają rolę kontekstu w interpretacji prawa porównawczego. M. A. Damirli, *Comparative law hermeneutics: cognitive possibilities*, w: W. E. Batler, O. V. Kresi, I. S. Shemshuchenko (eds.), *Foundations of Comparative Law. Methods and Typologies*, London 2011, s. 87.

<sup>17</sup> A. Kozieja-Dachterska, *Großwörterbuch der Wirtschafts- und Rechtssprache*, Band 1: *Deutsch-polnisch*, Warszawa 2006, s. 368.

<sup>18</sup> Szwajcarski kodeks cywilny (Zivilgesetzbuch, dalej jako: ZGB).

<sup>19</sup> Z. Radwański, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 307.

### 3. Brak ekwiwalentu funkcjonalnego a nieprzetłumaczalność terminu

W legislacji są też przypadki, gdy autonomiczny ustawodawca wprowadza do porządku prawnego instytucję, której nadaje nazwę oraz określa jej treść, nie uwzględniając żadnych podobnych rozwiązań istniejących w ustawodawstwach zagranicznych. Dla badacza komparatysty może to skutkować nieprzetłumaczalnością danego terminu (*untransferable term*). Barbara Pozzo podaje jako przykład takiego pojęcia instytucję „trust” (pochodzącą z systemu *common law*), który nie ma odpowiednika w prawie niemieckim, a nawet szerzej – w systemach prawa kontynentalnego<sup>20</sup>. Autorka pisze wprost, że komparatyści muszą się nauczyć, które pojęcia należy tłumaczyć, a które są nieprzetłumaczalne na dany język<sup>21</sup>. Uzasadnia to brakiem prawnego ekwiwalentu, co może być spowodowane niewystępowaniem danego zjawiska, a w konsekwencji nie ma konieczności uregulowanie tej kwestii w danym systemie prawnym. Wówczas taki termin zawierający nowe treści staje się terminem obiektywnie nieprzetłumaczalnym.

Może też pojawić się sytuacja odwrotna, gdy występującej zbieżności funkcjonalnej instytucji prawnych nie towarzyszy wcale jednolitość terminologiczna w różnych systemach prawnych, które posługują się tym samym językiem. Jako przykład można podać nazwę instytucji „prawo zabudowy”. Poszukując jej odpowiednika w prawie niemieckim, ustalono, że jej instytucjonalny ekwiwalent kryje się pod pojęciem *Erbbaurecht*. Prawo to jest uregulowane w odrębnej ustawie z 15 stycznia 1991 r. o prawie zabudowy (*Erbbaurechtsverordnung*), która została zmieniona nowelą z 23 listopada 2007 r. Natomiast „prawo zabudowy” w prawie szwajcarskim występuje pod terminem *Baurecht*. Jest ono uregulowane w szwajcarskim kodeksie cywilnym (art. 779 i n. ZGB). Niezależnie od tego znaczenia cywilistycznego, w prawie szwajcarskim przez pojęcie *Baurecht* rozumie się też „prawo budowlane”.

Kolejny problem, z którym bardzo często zmagają się prawnicy komparatyści, dotyczy trudności w tłumaczeniu obcego pojęcia, wynikającej z innego podejścia koncepcyjnego co do istoty danej instytucji. Jako przykład można wskazać na pojęcie „prawo własności”. Jeżeli tłumaczenie jest dokonywane z języka polskiego na język niemiecki, to nie ulega wątpliwości, że jego ekwiwalentem funkcjonalnym jest niemiecki termin *Eigentum*.

Według § 903 BGB<sup>22</sup> termin *Eigentum* odnosi się do rzeczy materialnych (por. § 903 BGB oraz § 90 BGB). Ponadto niemieckojęzyczne pojęcie *Eigentum* jest też używane w kontekście ochrony konstytucyjnej prawa własności, zagwarantowanej w art. 14 Konstytucji Niemiec, w której koncepcja własności jest rozszerzona o prawa własności intelektualnej<sup>23</sup>. Co w pełni oddaje ideę ochrony własności, o której mowa w art. 21 Konstytucji RP. Niestety więcej problemów dotyczy tłumaczenia tego terminu na język angielski, co wynika z odrębności systemu *common law*. Sprawiają one, że w języku angielskim wy-

<sup>20</sup> B. Pozzo, op. cit., s. 93.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 101.

<sup>22</sup> Niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch; dalej jako: BGB).

<sup>23</sup> B. Pozzo, op. cit., s. 96.



stępują dwa terminy, których zastosowanie może zależeć od tego, jaką koncepcję (ideę) chce wyrazić dokonujący tłumaczenia. Pierwszy z nich – *property* może znaleźć zastosowanie do wyrażenia przedmiotowego zakresu prawa własności. W literaturze prawnoporównawczej zwraca się uwagę na możliwość zastosowania tego terminu zarówno do określenia tytułu prawnego odnoszącego się do jednego prawa rzeczowego (np. prawa własności), jak i do określenia łącznie wszystkich praw na rzeczy oraz praw na dobrach niematerialnych (w znaczeniu majątku)<sup>24</sup>. Natomiast pojęcie *ownership (right of ownership)* jest stosowane do określenia prawa własności w ujęciu podmiotowym. Prawidłowe tłumaczenie musi uwzględniać kontekst funkcjonalny, w którym jest dokonywane.

Na wierność tłumaczenia koncepcji prawnych mają też wpływ uwarunkowania historyczne, tradycja czy kultura prawna. I znowu przykładem może być prawo własności, tym razem w ujęciu zawężonym do własności nieruchomości, w prawie anglosaskim opartej na tzw. systemie „tenuralnym”. O ile w systemach prawnych kontynentalnych zawsze własność ma charakter absolutny, o tyle w prawie angielskim wyróżnia się dwie formy własności odnoszące się do nieruchomości. Po pierwsze, „własność absolutna” (ang. *freehold estate*) oraz „własność lenna”, określaną też czasem „własnością czasową” (ang. *leasehold estate*), która jest czasowo ograniczona<sup>25</sup>. Dlatego cywiliści mają trudność w objaśnianiu koncepcji własności podzielonej w prawie anglosaskim. Innymi słowy, chodzi o wytłumaczenie zgodnie z teorią prawa stanowionego istnienia dwóch różnych tytułów do tego samego przedmiotu własności. Pochodzenie tej konstrukcji jest związane z utrzymywaniem się przez dość długi okres stosunków feudalnych. U podstaw tego podziału legły dwie zasady pochodzące z tamtego czasu: *doctrine of tenure* i *doctrine of estate*, które są fundamentalne dla wyjaśnienia koncepcji własności obowiązującej w systemie *common law*. Inaczej rozumiano własność na Kontynencie, gdzie poglądy polityczne głoszone podczas rewolucji francuskiej miały wpływ na treść nowej koncepcji własności.

W podsumowaniu można wyrazić ogólną refleksję, że trudności w tłumaczeniach można pokonać, ćwicząc umiejętność przekładania własnych koncepcji jurystycznych na obce języki. Pozytywny stosunek do wyrażania rodzimych myśli prawnych w obcym języku wyrażają prawnicy niemieccy. Jako przykład można wskazać czasopismo „German Law Journal”. Chociaż może wywoływać zdziwienie, dlaczego takie czasopismo jest wydawane oraz kto i dlaczego pisze o niemieckim prawie po angielsku. Okazuje się, że wartość pisania o swoim prawie dostrzegają przede wszystkim sami Niemcy. Bruno-Otto Bryde, sędzia niemieckiego Sądu Konstytucyjnego uważa, że pisanie w języku angielskim pozwala mu na głębsze poznanie jego własnego systemu prawa, a możliwość wyrażenia niemieckich koncepcji teoretycznych w tym języku sprawia, że zaczyna dostrzegać wartość płynącą z kontroli klarowno-

<sup>24</sup> K. Quitmann, *Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht: Rechtsvergleichende Analyse des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentum und Besitz*, Berlin 2011, s. 26 i 70.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 26 i 76.

ści swojego sposobu myślenia<sup>26</sup>. Tym bardziej zewnętrzny punkt widzenia na prawo niemieckie mają zagraniczni autorzy, którzy dodatkowo mają świeże spojrzenie na czysto jurydyczne konstrukcje prawne, niezależne od uwarunkowań społeczno-kulturowych. Pozytywny odbiór zewnętrznej krytyki jest mile widziany, tym bardziej że język niemiecki jest znany z długich wieloczłonowych zdań, co kontrastuje z innymi językami, jak np. łacina, w której krótkie sentencje zawierają te same treści merytoryczne<sup>27</sup>.

## V. WNIOSKI

W procesie transplantacji prawa obcego nie chodzi tylko o samo przenoszenie konstrukcji jurydycznych, ale – posługując się w dalszym ciągu metaforą medyczną – o to, aby po tej operacji nie było odrzutów. Inaczej mówiąc, należy dbać o dobrą jakość tworzonego przez ustawodawcę prawa krajowego. Kluczowe jest zatem dobranie ekwiwalentnych rozwiązań prawnych. W tym procesie duże znaczenie ma sposób tłumaczenia. Konsekwencją niewłaściwego (niepogłębianego) tłumaczenia może być niewłaściwy dobór porównywanych obiektów. Język prawniczy jest specyficzny, a więc nie wystarczy nawet bardzo dobra znajomość języka ogólnego. Badacz musi na każdym kroku dokonywać samodzielnie przekładu tekstu, uwzględniając kontekst i cel tłumaczenia. Efekt tej pracy oddziałuje na skuteczność transplantacji, ponieważ transplant, który w wersji pierwotnej jest bardzo oryginalny, może po „obrobieniu” go do potrzeb nowego systemu prawnego nie funkcjonować prawidłowo, stąd w tym artykule tak wiele uwagi poświęcono problemom wynikającym ze specyfiki tłumaczenia dokonywanego przez prawnika komparatystę.

*dr Iwona Szymczak*  
*Uniwersytet Szczeciński*  
*iwona.szymczak@wzieu.pl*

### CHOICE OF EQUIVALENT LEGAL SOLUTIONS IN THE TRANSPLANTATION OF LAW

#### Summary

The purpose of this article is to present how a comparative legal research can contribute to effective transplantation of legal solutions. The first three sections clarify the notions of: 'transplantation of law', 'comparative law analysis', and 'functional legal equivalent.' The interdependence between those notions is also indicated. The article focuses in particular on the initial stage of a comparative study in which a comparatist lawyer chooses an equivalent legal solution. In comparative studies translations of legal terms are of major importance. A comparative transla-

---

<sup>26</sup> Była to wypowiedź podczas sympozjum z okazji 10-lecia tego czasopisma, która została cytowana przez R. A. Millera, w: idem, P. C. Zumbansen, *Comparative Law as Transnational Law*, Oxford 2012, s. 4.

<sup>27</sup> B. Pozzo, *op. cit.*, s. 102.

tions has its own specific features. These differences are examined by comparative lawyers who then produce different theories on the subject. Their concepts are presented in section IV.2. The study also accounts for other cases affecting the result of a comparative research, and namely the absence of a functional equivalent resulting in a lack of an objective way to translate a given term.

The overall conclusion arising from the article is that a comparative translator should take into account the context and purpose of the study for which it is made, and in this way influence the outcome of the entire scientific research, affecting, in consequence, the shape of the new institution, that is a legal transplant.

