

**Περί της αναγκαιότητας των δικαιικών μεταφυτεύσεων –
Η θεωρία της δικαιικής αλλαγής του Alan Watson**

*Συλβάνα Βανέζου**

Το παρόν άρθρο πραγματεύεται τη θεωρία των δικαιικών μεταφυτεύσεων, οι οποίες αποτελούν βασική πηγή ανάπτυξης του δικαίου, όπως ισχυρίσθηκε ο εισηγητής της θεωρίας της δικαιικής αλλαγής Alan Watson, ο οποίος διασταυρώθηκε με την κρατούσα αντίληψη μιας μεγάλης χορείας στοχαστών από τον Montesquieu έως τον Marx περί στενών σχέσεων κοινωνίας και δικαίου, απορρίπτοντας την ύπαρξή τους και υποστηρίζοντας την αυτονομία του δικαίου. Με αφετηρία ότι η θεώρηση αυτή περιάγει την κατά τα άλλα χρήσιμη θεωρία του Watson σε δυσχερή θέση και κατάληξη την απόρριψη της ιδέας της αυτονομίας του δικαίου, η παρούσα μελέτη αναπτύσσεται σε πέντε κεφάλαια. Στο πρώτο εξετάζονται οι δικαιικές μεταφυτεύσεις εν γένει, στο δεύτερο παρουσιάζεται η θεωρία της δικαιικής αλλαγής του Watson, στο τρίτο εκτίθεται ο αντίλογος στη θεωρία δύο βασικών διαφωνούντων, αν και σε διαφορετικό βαθμό, των Otto Kahn-Freund και Pierre Legrand, στο τέταρτο αποτιμάται κριτικά η εν λόγω θεωρία και στο πέμπτο, εν είδει συμπερασμάτων, αφενός, εξάιρεται η συμβολή του Watson και, αφετέρου, επισημαίνεται ότι, προκειμένου να αποκαλυφθεί ο ορθολογικός πυρήνας της θεωρίας του, το δίκαιο θα πρέπει να στηριχθεί στο ιστορικοκοινωνικό του περιεχόμενο.

ανάπτυξη του δικαίου – δικαιικές/νομικές μεταφυτεύσεις – δίκαιο και κοινωνία – θεωρία της δικαιικής αλλαγής – νομική ελίτ – συγκριτικό δίκαιο

Εισαγωγή

Η παρούσα εργασία πραγματεύεται ένα από τα πιο πολυσυζητημένα ζητήματα του συγκριτικού δικαίου, αυτό των δικαιικών μεταφυτεύσεων, οι οποίες αποτελούν μια συνήθη πρακτική, παρούσα ιστορικά για αιώνες, που οδήγησε στη δημιουργία εξελιγμένων νομικών συστημάτων και βαθμηδόν σε μεγάλες μεταξύ των δικαίων συγκλίσεις, οι οποίες στον σύγχρονο παγκοσμιοποιημένο κόσμο είναι όσο ποτέ άλλοτε ορατές, αλλά και αναγκαίες. Κατά την έννοια αυτή, οι δικαιικές μεταφυτεύσεις αποτελούν αναμφίβολα βασική πηγή ανάπτυξης του δικαίου, όπως ισχυρίσθηκε ο κορυφαίος εισηγητής της θεωρίας της δικαιικής αλλαγής Alan Watson.

Προς υποστήριξη της θέσης αυτής, ωστόσο, ο καθηγητής Watson διασταυρώθηκε με την κρατούσα αντίληψη μιας χορείας στοχαστών από τον Montesquieu έως τον Marx περί στενών σχέσεων κοινωνίας και δικαίου, απορρίπτοντας την ύπαρξή τους και υποστηρίζοντας την αυτονομία του δικαίου, το οποίο φαίνεται, κατά τον ίδιο, να διαγράφει οιονεί εντός του τη δική του ιστορία, ανεξαρτήτως κοινωνικών πλαισίων και ιστορικών συνθηκών.

Με αφετηρία ότι η θεώρηση αυτή περιάγει την κατά τα άλλα χρήσιμη θεωρία του Watson σε δυσχερή θέση, η παρούσα εργασία, απορρίπτοντας την ιδέα της αυτονομίας του δικαίου, αναπτύσσεται σε πέντε κεφάλαια. Στο πρώτο εξετάζονται οι δικαιικές μεταφυτεύσεις εν γένει, στο δεύτερο παρουσιάζεται η θεωρία της δικαιικής αλλαγής του Watson, στο τρίτο εκτίθεται ο αντίλογος στη θεωρία δύο βασικών διαφωνούντων, αν και σε διαφορετικό βαθμό, των Otto Kahn-Freund και Pierre Legrand, στο τέταρτο αποτιμάται κριτικά η εν λόγω θεωρία και στο πέμπτο, εν είδει συμπερασμάτων, αφενός, εξάιρεται η συμβολή του Watson και, αφετέρου, επισημαίνεται ότι, προκειμένου να αποκαλυφθεί ο ορθολογικός πυρήνας της θεωρίας του, το δίκαιο θα πρέπει να στηριχθεί στο ιστορικοκοινωνικό του περιεχόμενο.

* MA in Philology, LLM, PhD(c) in Law, Πρώτη Λειτουργός Ερευνών, Μελετών και Εκδόσεων, Βουλή των Αντιπροσώπων Κυπριακής Δημοκρατίας

1. Περί των δικαιοκτών μεταφυτεύσεων εν γένει

Η έννοια των δικαιοκτών μεταφυτεύσεων¹, που βρίσκεται για δεκαετίες στο επίκεντρο του συγκριτικού, και όχι μόνο², δικαίου, απολαύοντας μιας αξιοσημείωτης όσο λίγες «σταδιοδρομίας» και δημοτικότητας³, χρησιμοποιείται για να δηλώσει τον νομικό δανεισμό, τη μεταφορά κανόνων δικαίου από μια δικαιοδοσία σε μια άλλη. Η ιδέα είχε ήδη τεθεί από τον Jeremy Bentham το 1782 στην πραγματεία του «*Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*»⁴, που δημοσιεύθηκε είκοσι χρόνια αργότερα, στην οποία παρηγορήθησαν πρακτικές συμβουλές προς την Εταιρεία Ανατολικών Ινδιών για τη θέσπιση αγγλοβεγγαλικού δικαίου. Αργότερα, κατά το πρώτο μισό του 20ού αιώνα, το 1927, ο Σκωτσέζος νομικός Frederick P. Walton, βασιζόμενος στις μελέτες του για τους αιγυπτιακούς κώδικες αλλά και το σκωτσέζικο νομικό παράδειγμα και απευθυνόμενος στη Διεθνή Ακαδημία Συγκριτικού Δικαίου, με θέμα «*Η Ιστορική Σχολή του Δικαίου και Δικαιοκτές Μεταφυτεύσεις*»⁵, άσκησε κριτική στη θέση του Γερμανού νομικού του 19ου αιώνα Friedrich Carl von Savigny ότι το δίκαιο μιας χώρας συνιστά προϊόν της ιδιότυπης ιδιοφυίας του λαού της, αντιτάσσοντας το παράδειγμα του γερμανικού δικαίου, του οποίου πολύ μεγάλο μέρος δεν προέκυψε από το πνεύμα του γερμανικού λαού και δεν αποτυπώνει το στίγμα της ιδιοφυίας του, καθώς προήλθε από το πνεύμα του ρωμαϊκού λαού, του οποίου και φέρει τη σφραγίδα⁶. Ως παραδείγματα μεταμοσχεύσεων ο Walton αναφέρει αυτές που συντελέστηκαν στην Αίγυπτο, την Ιαπωνία και την Τουρκία, οι έννομες τάξεις των οποίων δανείστηκαν από το δίκαιο άλλης, μάλιστα ουσιωδώς διάφορης, δικαιοκτικής οικογένειας, εν προκειμένω αυτής του δυτικού κόσμου⁷. Μία και πλέον δεκαετία αργότερα, το 1938, ο Roscoe Pound εύστοχα παρατηρούσε ότι η ιστορία ενός συστήματος δικαίου είναι σε μεγάλο βαθμό μια ιστορία νομικών δανεισμών από άλλα συστήματα δικαίου⁸.

Οι νομικές μεταφυτεύσεις, που κατέλαβαν δεσπόζουσα θέση στο πεδίο του συγκριτικού δικαίου από το δεύτερο μισό του 20ού αιώνα, άρχισαν να σχηματίζονται στον χάρτη του παγκόσμιου νομικού πολυπολιτισμού, πολύ προτού η θεωρία αναπτύξει σαφή αντίληψη γι' αυτές. Εν αντιθέσει προς τον κοινά αποδεκτό χαρακτηρισμό του δικαίου ως εθνικού και πολιτιστικού φαινομένου, τα διαφορετικά εθνικά, φυλετικά, θρησκευτικά, πολιτικά, κοινωνικά και πολιτιστικά χαρακτηριστικά των δικαιοκτών συστημάτων δεν φαίνεται να αποτέλεσαν εμπόδιο στις κατά το μάλλον ή ήττον εκτεταμένες νομικές μεταφυτεύσεις που πραγματοποιήθηκαν ανά τους αιώνες, π.χ. του ρωμαϊκού δικαίου στη μεσαιωνική Ευρώπη, του ισλαμικού δικαίου στην Ασία κατά την ίδια περίοδο, του ηπειρωτικού δικαίου κατά την περίοδο των ευρέων κωδικοποιήσεων, του ηπειρωτικού δικαίου και του κοινοδικαίου στις αποικιοκρατούμενες από την Αγγλία, Γαλλία και Ισπανία χώρες της Ευρώπης, της Ασίας, της Αμερικής, της Αφρικής κ.ά., δυτικών δικαιοκτών μοντέλων και νομοθεσιών στην Ιαπωνία και την

¹. Ο όρος «transplant», που αποδόθηκε στην ελληνική γλώσσα ως «μεταφύτευση», στην αγγλική σημαίνει επίσης «μεταμόσχευση», σημασία στην οποία η αλλοδαπή θεωρία φαίνεται να εστίασε περισσότερο, παρομοιάζοντας τον νόμο με όργανο που μεταμοσχεύεται από ένα σώμα (δότης χώρα) σε ένα άλλο (λήπτρια χώρα), όπου δύναται να γίνει αποδεκτό ή να απορριφθεί. Η λέξη «μεταμόσχευση» αποδίδει υπό αυτή την έννοια καλύτερα το νομικό φαινόμενο, αν και η συννοσηματοδοτούμενη σε αυτήν, όπως εξάλλου και στη λέξη «μεταφύτευση», αφαίρεση του οργάνου (ή του φυτού), ώστε να μεταμοσχευθεί (ή μεταφυτευθεί), δεν συνάδει με τη διατήρηση του νόμου που μεταφέρεται σε μια άλλη τάξη στην τάξη στην οποία ανήκει. Ενδεχομένως, η λέξη «μετάσταση» υπό αυτό το πρίσμα να βρίσκεται εγγύτερα στο σύνθετο σημειούμενο.

². Η έννοια και οι προεκτάσεις της απασχολούν επίσης τους ιστορικούς, τους ανθρωπολόγους και τους κοινωνιολόγους του δικαίου, αλλά και γειτονικούς κλάδους όπως τους οικονομικούς κ.ά.

³. Βλ. G. R. BANDEIRA GALINDO, *Legal Transplants between Time and Space*, in: Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History* (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2014), σ. 129· A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT, *Legal and Economic Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?*, *Scandinavian Studies in Law*, 2015, σ. 112.

⁴. Ο όρος που χρησιμοποίησε ο Bentham και δεν φαίνεται να προκάλεσε ιδιαίτερες συζητήσεις ήταν «*Transplanting Laws*», αντί του επικρατούντος μετέπειτα όρου που καθιέρωσε ο Watson «*Legal Transplants*», βλ. J. BENTHAM, *Essay on the Influence of Time and Place in Matters of Legislation* [Digitized text from Vol. I of the 1843 Bowring edition of Bentham's works] CUWS, <https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/timeplace/index.html>, τελευταία επίσκεψη 30.10.2022.

⁵. Βλ. F.P. WALTON, *The Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law*, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1927, σσ. 183-192.

⁶. Βλ. J.W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2014, σ. 691.

⁷. *Ibid.*, σ. 692.

⁸. Στο έργο του «*The Formative Era of American Law*», 1938, βλ. σχετικά A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *The European Journal of International Law*, 2016, σ. 852 και σημ. 1.

Τουρκία, που «κατάπιαν» κατά τον 19ο και τον 20ό αιώνα ολόκληρους ευρωπαϊκούς κώδικες⁹, του δικαίου της Δυτικής Ευρώπης και της Αμερικής στις πρώην σοσιαλιστικές χώρες, μετά την κατάρρευση του σοσιαλισμού, κ.ο.κ. Στο ίδιο πλαίσιο εγγράφονται, εξάλλου, οι μεταφυτεύσεις που οδήγησαν στα μικτά, ή υβριδικά, νομικά συστήματα, των οποίων η ανάπτυξη επηρεάστηκε από δύο ή και περισσότερες νομικές παραδόσεις, όπως αυτά των Φιλιππίνων, του Πουέρτο Ρίκο, της Λουιζιάνα, του Κεμπέκ, της Νότιας Αφρικής, της Σκωτίας, του Ισραήλ¹⁰ και της Κύπρου¹¹.

Για την κατανόηση του φαινομένου των δικαιικών μεταφυτεύσεων σημαντική είναι η αναζήτηση του αιτιώδους μηχανισμού τους, ο οποίος δύναται να οδηγήσει και σε ταξινόμησή τους¹². Ανάμεσα στους βασικούς λόγους εισαγωγής κανόνων δικαίου από μια έννομη τάξη σε μια άλλη δεσπόζουν, αφενός, η επιβολή τους μέσω της κατάκτησης κρατών από κράτη ισχυρότερα και, αφετέρου, η υιοθέτησή τους μέσω της πολιτικής επιρροής που ασκούν κράτη με κύρος σε άλλα τα οποία επιλέγουν να δανειστούν σε μεταβατικές κυρίως ιστορικές περιόδους από τα πρώτα.

Υπό το φως των μεγάλων, επιτυχημένων κατά το μάλλον ή ήττον, νομικών δανεισμών που επιβεβαιώνονται από την ιστορία, ευλόγως τίθεται το κρίσιμο ζήτημα των σχέσεων μεταξύ νόμου και κοινωνίας, που θεωρούνταν λυμένο από την εποχή του Montesquieu, ο οποίος διεκήρυττε ότι οι νόμοι αντανάκλουν την κοινωνία¹³ και, μη διαθέτοντας αυτόνομη ύπαρξη, αλλάζουν ως απάντηση σε εξωτερικές αυτού δυνάμεις. «Οφείλουν» δε, σύμφωνα με τον Γάλλο Διαφωτιστή, «να προσιδιάζουν τόσο πολύ στον λαό για τον οποίο δημιουργήθηκαν, ώστε θα είναι πολύ μεγάλη σύμπτωση, αν οι νόμοι ενός έθνους ταιριάζουν σε ένα άλλο»¹⁴. Υπό το πρίσμα αυτό, οι δικαιικές μεταμοσχεύσεις είναι αδύνατες, ενδεχόμενη ύπαρξή τους οφείλεται όχι σε κάποια αναγκαιότητα αλλά σε μια απλή τυχαιότητα. Την πεποίθηση αυτή, που κυριάρχησε στη θεωρία του δικαίου, επιχείρησε να ανατρέψει, αν και όχι αναντίρρητα, ο Alan Watson με τη θεωρία της δικαιικής αλλαγής.

⁹. Βλ. Ε. ΜΟΥΣΤΑΪΠΑ, Σταθμοί στην πορεία του Συγκριτικού Δικαίου, Αθήνα, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2003, σ. 107. Το φαινόμενο χαρακτηρίζεται και ως διάχυση του δικαίου. Βλ. σχετικά Η. SPAMANN, Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law, *BYU Law Review*, 2009, σσ. 1813-1878.

¹⁰. Βλ. Ε. ΜΟΥΣΤΑΪΠΑ, Συγκριτικό Δίκαιο, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 71.

¹¹. Για μια ανάλυση του νομικού συστήματος της Κύπρου, του «παράδεισου του συγκριτικού δικαίου», βλ. S.C. SYMEONIDES, The Mixed Legal System of the Republic of Cyprus, *Tulane Law Review*, 2003, σσ. 441-456:453 και D. KOUKIADIS, Legal Transplantation's Contribution to the Formation of Mixed Legal Systems, and the Paradigm of Cyprus' Legal System as a "Polyjural" System, *The Cyprus Review*, 2018, σσ. 85-99, όπου αναφέρεται ότι ο νομικός πολιτισμός της Κύπρου υπερβαίνει τα παραδοσιακά όρια του ηπειρωτικού και του κοινού δικαίου, καθώς βασίζεται στο ρωμαϊκό-βυζαντινό δίκαιο, στο δίκαιο των επισκοπικών δικαστηρίων, σε γαλλογενετικούς κανόνες, σε στοιχεία του οθωμανικού δικαίου, στο βρετανικό ιδιωτικό/ποινικό δίκαιο, καθώς και στο αστικό/ποινικό δικονομικό δίκαιο, το ηπειρωτικό δημόσιο και διοικητικό δίκαιο και επιπλέον στο ευρωπαϊκό πρωτογενές και παράγωγο δίκαιο (ibid, σ. 96).

¹². Μια τέτοια προσπάθεια τυποποίησης επιχειρήθηκε από τον Jonathan Miller, ο οποίος προσδιόρισε τέσσερις τύπους νομικών μεταφυτεύσεων: η μεταφύτευση για εξοικονόμηση χρήματος, η εξωτερικά υπαγορευόμενη μεταφύτευση, η μεταφύτευση για ανάπτυξη του επιχειρείν και η μεταφύτευση που δημιουργεί νομιμότητα λόγω κύρους. Βλ. σχετικά J.M. MILLER, A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process, *The American Journal of Comparative Law*, 2003, σ. 842 επ. Μια άλλη είδους ταξινόμηση παρατίθεται εξάλλου από τους D. Berkowitz, K. Pistor και J.-F. Richard, σύμφωνα με τους οποίους οι μεταφυτεύσεις διακρίνονται σε δεκτικές και μη δεκτικές, με τις πρώτες να χαρακτηρίζονται από προσαρμοστικότητα και οικειότητα, βλ. D. BERKOWITZ / K. PISTOR / J.-F. RICHARD, Economic development, legality, and the transplant effect, *European Economic Review*, 2003, σ. 174 επ.

¹³. Με αφετηρία τις απόψεις του Montesquieu περί αντανάκλασης, αναπτύχθηκαν οι θεωρίες που ο W. Ewald ονόμασε «mirror theories of law», η βασική ιδέα των οποίων συμπυκνώνεται στη ρήση του L. Friedman «τίποτα στον νόμο δεν είναι αυτόνομο, ο νόμος είναι ο καθρέφτης της κοινωνίας, κάθε πτυχή του νόμου διαμορφώνεται από την οικονομία και την κοινωνία, [...] αντανάκλα τις επιθυμίες και τις ανάγκες της, με όλο τους τον παραλογισμό, την ασάφεια και την ασυνέπιά τους», βλ. W. EWALD, Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, *The American Journal of Comparative Law*, 1995, σ. 492 και σημ. 2.

¹⁴. Βλ. MONTESQUIEU, Το πνεύμα των νόμων [1651] (μτφ. Π. Κονδύλης / Κ. Παπαγιώργης, Γνώση, 2006), Πρώτο Βιβλίο, Κεφάλαιο III.

2. Η θεωρία της δικαιοκίνησης του Alan Watson

Εκκινώντας από την έκδοση του έργου του «Νομικές Μεταμοσχεύσεις: Μια Προσέγγιση στο Συγκριτικό Δίκαιο»¹⁵, το 1974, και συνεχίζοντας με μια σειρά άλλων έργων¹⁶ με αντικείμενο τους παράγοντες ανάπτυξης του δικαίου, ο καθηγητής Alan Watson επιχείρησε να οικοδομήσει μια ολοκληρωμένη θεωρία αλλαγής και εξέλιξης του δικαίου από την αρχαιότητα έως τη σύγχρονη εποχή¹⁷, η οποία θεμελιώνεται επί τη βάση των νομικών μεταφυτεύσεων, ήτοι του δανεισμού από μια δικαιοδοσία νομικών κανόνων, δογμάτων και θεσμών¹⁸ που ανήκουν σε μια άλλη. «Ο δανεισμός από άλλο νομικό σύστημα», υποστηρίζει ο Watson, «αποτελεί την πιο κοινή μορφή δικαιοκίνησης»¹⁹. Το δίκαιο, αποδεικνύει η ιστορική εμπειρία, αναπτύσσεται μεταφυτευόμενο, γεγονός που, αφενός, προϋποθέτει την αυτονομία του και, αφετέρου, καταρρίπτει κάθε άποψη περί στενού σχέσης του με την κοινωνία, η οποία αποδεικνύεται μια πλάνη²⁰. Οι κανόνες δικαίου μεταφυτεύονται, όχι επειδή κάποιος κανόνας συνιστά αναπόφευκτη συνέπεια μιας αλλαγής στην κοινωνική δομή, αλλά επειδή εκείνοι που ελέγχουν τη νομοθεσία γνωρίζουν έναν ξένο κανόνα και αναγνωρίζουν τα προφανή οφέλη που θα μπορούσαν να προκύψουν από αυτόν²¹. Ο ρόλος προεχόντως των νομικών επομένως και όχι της κοινωνίας είναι καθοριστικός στις δικαιοκίνησης και στην εξέλιξη του δικαίου εν γένει. Στο διαχρονικό ως εκ τούτου ερώτημα αν οι δικαιοκίνησης κανόνες αντανακλούν τις επιθυμίες, τις ανάγκες και τις προσδοκίες μιας κοινωνίας απαντούν, κατά τον Watson, ρητώς τα δύο εκπληκτικά, και ταυτόχρονα προφανή, χαρακτηριστικά των κανόνων δικαίου, αφενός, η ευκολία με την οποία συχνά μεταφυτεύονται από ένα σύστημα σε ένα άλλο και, αφετέρου, η ικανότητά τους για μεγάλη διάρκεια ζωής²², ανεξαρτήτως της δικαιοδοσίας στην οποία ανήκουν ή αναπτύσσονται.

Η ανάπτυξη του δικαίου ως αποτέλεσμα του ευρέως διαδεδομένου φαινομένου των μεταφυτεύσεων συνεπικουρείται από δύο βασικούς παράγοντες διαμόρφωσης του δικαίου στην κοινωνία, την έλλειψη ενδιαφέροντος από πλευράς κρατικής εξουσίας να θεσπίσει δίκαιο²³, ιδία το ιδιωτικό, και τον θεμελιώδη ρόλο των προαναφερθέντων νομικών, των καλούμενων «δευτερευόντων» νομοθετών²⁴, μιας νομικής ελίτ²⁵ που είναι απομονωμένη από τις κοινωνικές ανησυχίες και, ενώ στερείται της δυνατότητας να νομοθετήσει, παράγει δίκαιο, όπως οι δικαστές κατά την έκδοση αποφάσεων, οι δημόσιοι λειτουργοί κατά την άσκηση του νομοπαρασκευαστικού έργου²⁶ και άλλοι επαγγελματίες.

15. Βλ. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, 1993. Για τη συγγραφή του έργου, το 1969, τη δημοσίευση του οποίου αποθάρρυναν εξέχοντες ακαδημαϊκοί, συνάδελφοι του Watson, βλ. G.L. FRANCIONE, *Alan Watson: Some Reflections on a Great Legal Scholar and Teacher, and a Wonderful Friend*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2013, σσ. 595-604.

16. Βλ., ανάμεσα σε άλλα, A. WATSON: *Legal Transplants and Law Reform*, *Law Quarterly Review*, 1976, σσ. 79-84· *Society and Legal Change*, *Scottish Academic Press*, 1977· *Comparative Law and Legal Change*, 1978, σ. 37, *Cambridge Law Journal*, σσ. 313-336· *Society's Choice and Legal Chance*, 1981, *Hofstra Law Review*, σσ. 1473-1484· *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1984· *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, 1985.

17. Βλ. G. MOUSOURAKIS, *Explaining Legal Development: A Jurisprudential and Comparative Law Approach*, 2018, 立命館国際研究, σ. 84, https://www.ritsumei.ac.jp/ir/isaru/assets/file/journal/31-2_03Mousourakis.pdf, τελευταία επίσκεψη 03.11.2022.

18. Οι μεταφυτεύσεις ενίοτε αφορούν την υποδοχή ενός ολόκληρου νομικού συστήματος, όπως έγινε με την εισαγωγή του Ναπολεόντειου Κώδικα σε πολλές ευρωπαϊκές χώρες.

19. Βλ. A. WATSON, *Legal Origins and Legal Change*, *Hambledon Press*, 1991, σ. 73.

20. Πρβλ. A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, 1978, *Cambridge Law Journal*, σσ. 314-315.

21. *Ibid*, σσ. 315-316.

22. *Ibid*, σ. 321 επ.

23. Κατά την έννοια κυρίως ότι δεν ενδιαφέρονται για το ακριβές νόημα του νόμου αλλά για υψηλότερους στόχους όπως ο «εκσυγχρονισμός», βλ. J. BROWN, *Law reform, legal transplants and developing the law of defamation*, 2020, *Scottish Law Gazette*, <https://strathprints.strath.ac.uk/73416/>, τελευταία επίσκεψη 03.11.2022.

24. A. WATSON, *Comparative Law, Law, Reality and Society*, *Univerzitet u Beogradu*, 2007, σ. 5.

25. Για τον ρόλο της νομικής ελίτ στη θεωρία του Watson βλ. P.G. MONATERI, *The "Weak Law": Contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms)*, *Univerzitet u Beogradu*, 2007, όπου αναφέρεται ότι προκύπτει μια αθέμιτη διακυβέρνηση από τον ρόλο των νομικών ελίτ, *ibid*, σσ. 5-6.

26. Για τις νομικές μεταφυτεύσεις στη διαδικασία της νομοθετικής σύνταξης (Drafting) βλ. H. XANTHAKI, *Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap*, 2008, *The International and Comparative Law Quarterly*, σσ. 659-673, και C. J.P. VAN

Γιατί επιλέγεται όμως ένας ξένος νόμος, για να υιοθετηθεί; Η δημιουργία ενός νέου αυτόχθονου νόμου είναι δύσκολη και κοπιαστική, απαντά ο Watson, ενώ πολύ ευκολότερο είναι να δανειστεί κανείς από ένα ήδη υπάρχον και δη πιο εξελιγμένο σύστημα²⁷, ιδιαίτερα δε εάν αυτό είναι γλωσσικά προσβάσιμο. Περαιτέρω, αναζητείται στο ξένο δίκαιο το κύρος, η αυθεντία, που θα νομιμοποιήσουν τον εισαγόμενο κώδικα, σύστημα ή κανόνα. Συνήθως, η δότρια χώρα συνιστά έτσι έναν ισχυρό εξάγοντα δικαίου, πρόκειται για δικαιοδοσία που κατέχει δεσπίζουσα θέση στο παγκόσμιο νομικό, οικονομικό κ.λπ. σύστημα.

Η θεωρία του Watson προκάλεσε ευρεία συζήτηση²⁸ στους κόλπους του συγκριτικού δικαίου τονώνοντας το ενδιαφέρον και την κατανόηση βασικών νομικών φαινομένων και διευρύνοντας το πεδίο της συγκριτικής νομικής επιστήμης πέρα από τη στατική χαρτογράφηση των παραδοσιακών νομικών οικογενειών και συστημάτων.

3. Ο αντίλογος των Otto Kahn-Freund και Pierre Legrand

Έναν χρόνο πριν από την έκδοση του βιβλίου του Watson, το 1973, σε διάλεξή του στο London School of Economics ο συγκριτολόγος Otto Kahn-Freund²⁹, αποδεχόμενος την ύπαρξη νομικών «μεταμοσχεύσεων»³⁰, αναζητεί τη διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στην καλή και την κακή χρήση τους, με αφετηρία τη θεώρηση που εδραιώνεται με τον Montesquieu περί της ύπαρξης εγγενούς σχέσης μεταξύ του νόμου ενός κράτους και της κοινωνίας του. Υπό το πρίσμα αυτό, οι νόμοι δεν πρέπει να διαχωρίζονται από τον σκοπό τους ή από τις συνθήκες υπό τις οποίες θεσπίζονται. Ως εκ τούτου, «δεν μπορούμε να θεωρούμε δεδομένο ότι οι κανόνες ή οι θεσμοί είναι μεταφυτεύσιμοι»³¹. Στο πλαίσιο αυτό, ο Kahn-Freund προέτεινε μια διαδικασία δύο σταδίων για τον προσδιορισμό της βιωσιμότητας μιας προτεινόμενης μεταφύτευσης. Το πρώτο αφορά τον καθορισμό της σχέσης μεταξύ του κανόνα που πρόκειται να μεταφυτευθεί και της κοινωνικοπολιτικής δομής του κράτους δότη και το δεύτερο τη σύγκριση του κοινωνικοπολιτικού περιβάλλοντος του κράτους δότη και του κράτους λήπτη.

Μία και πλέον δεκαετία μετά, στην ίδια δικαιοπολιτική διαμάχη που συνεχίζεται έως τις μέρες μας³², κατά της θεωρίας του Watson τάχθηκε σθεναρά ο Pierre Legrand, καθώς, όπως υποστήριξε, αυτή αρνείται να εκλάβει τον νόμο ως χώρο ιδεολογικής διάθλασης βαθιά ενσωματωμένων πολιτισμικών διαθέσεων³³. Αντλώντας από την ερμηνευτική του Hans-Georg Gadamer, ο Legrand κατηγορεί τους θιασώτες της θεωρίας για κατανόηση του δικαίου ως ενός συστήματος γυμνών προτασιακών δηλώσεων, εκτοπίζοντας το περιεχόμενο σε αυτές νόημα και την ερμηνεία του³⁴, που προκύπτουν μέσα από το ευρύτερο ιστορικό και πολυπολιτισμικό πλαίσιο στο οποίο αναπτύσσονται και λειτουργούν. Πρόκειται μάλιστα για ένα νόημα και μια ερμηνεία που δίδονται από την κυρίαρχη στην κοινωνία εξουσία, γεγονός που υποκρύβει την άνιση κοινωνική κατανομή της³⁵. Οι κανόνες που ο Watson

LAER / H. XANTHAKI, Legal Transplants and Comparative Concepts: Eclecticism Defeated?, Statute Law Review, 2013, σσ. 128-137.

²⁷. Βλ. A. WATSON, (αρ. 24) 7.

²⁸. Για μια συνολική παρουσίαση στον διάλογο που ανεπτύχθη, βλ. J.W. CAIRNS (αρ. 6), σσ. 637-696.

²⁹. Βλ. O. KAHN-FREUND, On Uses and Misuses of Comparative Law, The Modern Law Review, 1974, σσ. 1-27.

³⁰. Η χρήση του όρου «transplant» από τον Kahn-Freund παραπέμπει στην έννοια της μεταμόσχευσης και όχι της μεταφύτευσης: «Μόλις κάποιος αναφέρει τη λέξη “μεταμόσχευση” αναπόφευκτα δημιουργεί την εικόνα εκείνων των συχνά περίπλοκων και μερικές φορές επικίνδυνων χειρουργικών επεμβάσεων με τις οποίες μέρος ενός ανθρώπινου σώματος μεταφέρεται από τον έναν άνθρωπο στον άλλο. Μιλάμε για μεταμόσχευση του κερατοειδούς χιτώνα, μεταμόσχευση νεφρού, ακόμη και μεταμόσχευση της καρδιάς», *ibid*, σ. 5.

³¹. *Ibid*, σ. 27.

³². Βλ., αντί άλλων, E. ΜΟΥΣΤΑΪΠΑ, Συγκριτικό δίκαιο & πολιτιστικά αγαθά, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 75, και A. HARDING, The Legal Transplants Debate: Getting Beyond the Impasse?, in: V. Breda (ed.), Legal Transplants in East Asia and Oceania, Cambridge University Press, 2019, σσ. 13-33.

³³. Βλ. P. LEGRAND, The Impossibility of “Legal Transplants”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, σ. 121.

³⁴. *Ibid*, σ. 120.

³⁵. P. LEGRAND, What Legal Transplants?, in: D. Nelken / J. Feest (eds), Adapting Legal Cultures, Hart Publishing, 2001, σ. 59.

υποστηρίζει ότι μεταφυτεύθηκαν, σημειώνει ο Legrand, δεν είναι οι ίδιοι κανόνες, κάθε ομοιότητά τους σταματά στη γυμνή μορφή των λέξεων, εξαντλείται στην επιφάνεια των νομικών συστημάτων των οποίων οι πραγματικές διαστάσεις βρίσκονται αλλού³⁶, στο χωροχρονικό τους υπόβαθρο και τα πολιτισμικά τους συμφραζόμενα. Ως εκ τούτου, οι μεταφυτεύσεις είναι είτε αδύνατο να πραγματοποιηθούν είτε δεν πρόκειται για μεταφυτεύσεις, καθώς το αποτέλεσμα τους είναι άσχετο με το αρχικό αντικείμενό τους, και υπό αυτή την έννοια μπορούν να αποβούν επικίνδυνες για την τάξη που καλούνται να υπηρετήσουν.

4. Κριτική αποτίμηση της θεωρίας του Watson

Η κομβική σημασία των νομικών μεταφυτεύσεων στο σύγχρονο πεδίο του συγκριτικού δικαίου έγκειται στη χρήση τους ως εργαλείου, αφενός, για τη βελτίωση ενός εθνικού νομικού συστήματος και, αφετέρου, για την προώθηση ενός ενιαίου παγκόσμιου νομικού πλαισίου σε τομείς όπως του διεθνούς εμπορίου, της προστασίας του περιβάλλοντος, της προστασίας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, του διαδικτύου κ.λπ. Υπό αυτή την έννοια, οι δικαικές μεταφυτεύσεις συνιστούν ουσιώδη παράγοντα και πηγή ανάπτυξης του δικαίου. Μάλιστα, η αναγκαιότητα της ύπαρξής τους είναι τόσο αντικειμενική, καθώς, όπως έχει ήδη επισημανθεί, συντελούνται νομοτελειακά στην ιστορία, όσο και υποκειμενική, καθόσον επιλέγονται ως βέλτιστα μέσα δικαικών μεταρρυθμίσεων.

Η προβληματική ωστόσο που αναπτύχθηκε περί των δικαικών μεταφυτεύσεων, με επίκεντρο τη θεωρία του Watson, δεν περιορίστηκε σε πρακτικής υφής θέματα αναφορικά με τη μεταφορά των κανόνων δικαίου από μια έννομη τάξη σε μια άλλη, αλλά εμβάθυνε σε κρίσιμα και ερίζοντα ζητήματα φιλοσοφίας του δικαίου όπως αυτό των σχέσεων νόμου και κοινωνίας. Η θεωρία της δικαικής αλλαγής διασταυρώθηκε με τις θεωρίες του καθρέφτη και της αντανάκλασης του δικαίου, που υποστηρίχθηκε από μια σειρά μεγάλων στοχαστών από τον Montesquieu έως τον Karl Marx. Η απόλυτη άρνηση των θεωριών αυτών, η πλήρης αποσύνδεση του νόμου από το κοινωνικό και κατ' επέκταση πολιτικό του υπόβαθρο, αποτελεί τη βασική αδυναμία της θεωρίας του Watson. Το δίκαιο συνιστά φορέα πολιτισμού, προϊόν των κοινωνικών δυνάμεων και αγωγός αυτών. Μια τέτοια θεώρηση δεν επάγεται την περιχαράκωση του δικαίου στα άκαμπτα στενά εθνικά του όρια, κάτι που θα καθιστούσε τις δικαικές μεταφυτεύσεις δυσεξήγητες, καθώς «*το δίκαιο δεν είναι μόνο εθνικό φαινόμενο, είναι πρωτίστως ανθρώπινο φαινόμενο και ένας λαός μπορεί να υιοθετήσει ως δικό του νόμο που δημιουργήθηκε από άλλο λαό, επειδή στη φύση και των δύο λαών υπάρχουν κοινές απαιτήσεις και ανάγκες που συχνά εκφράζονται στον νόμο*»³⁷.

Περαιτέρω, κάθε νομικός πολιτισμός, αν και προϊόν ενός μοναδικού συνδυασμού κοινωνικών και ιστορικών παραγόντων, ως συλλογική πολιτισμική ταυτότητα, διαμορφώνεται μέσω της αλληλεπίδρασης με άλλους νομικούς πολιτισμούς, ώστε κανείς εξ αυτών να μην μπορεί να χαρακτηριστεί ως εντελώς πρωτότυπος. Παράλληλα, καθώς οι κοινωνίες τείνουν προς την ανάπτυξη, προχωρούν σε παρόμοια στάδιά της, παρουσιάζοντας ενός βαθμού ομοιομορφία στην εμφάνιση ορισμένων αναγκών. Στην πορεία αυτή δεν είναι ξένη η μίμηση των πλέον ανεπτυγμένων κοινωνιών από τις λιγότερες ανεπτυγμένες, καθώς η μίμηση, αντιγραφή κ.λπ. λειτουργεί ως επιταχυντής προόδου³⁸.

Τόσο η δημιουργία του δικαίου όσο και η μεταφορά του μεταξύ δικαιοδοσιών είναι πράξη προεχόντως πολιτική και πολύ συχνά εμποτισμένη με ανισορροπίες εξουσίας. Ακόμα και ο έως έναν βαθμό ισχύων ισχυρισμός του Watson περί νομοθετούντων νομικών ελίτ δεν καταρρίπτει αυτή τη θέση, καθώς και οι ίδιες οι νομικές ελίτ εκφράζουν και διερμηνεύουν κοινωνικές ανάγκες, σαφώς λιγότερο συλλογικές και κατά μείζονα λόγο ανήκωσες στην ευρύτερη τάξη την οποία αυτές εκπροσωπούν, που συνήθως είναι και η κυρίαρχη. Πέραν αυτού, αν και οι κοινωνίες πράγματι δεν ενδιαφέρονται ιδιαίτερα

³⁶. Βλ. P. LEGRAND (αρ. 33), σ. 119.

³⁷. Βλ. G. DEL VECCHIO, Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit, Revue Internationale de Droit Comparé, 1960, σ. 497, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1960_num_12_3_11678, τελευταία επίσκεψη 08.11.2022.

³⁸. Βλ. σχετικά τη θεωρία του G. Tarde για τους νόμους της μίμησης, G. TARDE, The Laws of Imitation (trans. Elsie Clews Parsons, Henry Holt and Company, 1903), https://monoskop.org/images/3/35/Tarde_Gabriel_The_Laws_of_Imitation.pdf, τελευταία επίσκεψη 08.11.2022.

για τους περισσότερους από τους τομείς του δικαίου και υπήρξαν αρκετά πρόθυμες να μεταβιβάσουν την ευθύνη σε καθιερωμένες νομικές ελίτ, οι κανόνες που διατυπώνονται από τέτοιες ελίτ γίνονται αποδεκτοί, μόνο εφόσον δεν έρχονται σε σύγκρουση με τις κοινωνικές ανάγκες και πεποιθήσεις³⁹.

Η θεωρία της δικαιικής αλλαγής μέσω των νομικών μεταφυτεύσεων, που υπαγορεύονται από τις κοινωνικές ανάγκες και τις υπηρετούν, αναδεικνύεται στη σύγχρονη εποχή περισσότερο επίκαιρη παρά ποτέ. Στο γόνιμο έδαφος της παγκοσμιοποίησης, τα εθνικά δίκαια οδεύουν νομοτελειακά, αργά και σταθερά, προς μείζονες συγκλίσεις που ευδοκιμούν στο υπό διαμόρφωση νέο περιβάλλον της Τέταρτης Βιομηχανικής Επανάστασης. Και πάλι οι ιστορικές και κοινωνικές συνθήκες επιβάλλουν την ανάπτυξη του δικαίου, προκειμένου να διευκολύνουν την κοινωνική πρόοδο, με τις νομικές μεταφυτεύσεις να καταλαμβάνουν θέση περιωπής στη δικαιική αλλαγή.

5. Συμπεράσματα

Οι δικαιικές μεταφυτεύσεις αποτελούν μια ιστορική πραγματικότητα, είτε συνιστούν αποτέλεσμα εξωτερικής επιβολής είτε υπαγορεύονται εκ των έδων για σκοπούς μεταρρυθμίσεων με ατώτερο στόχο την κοινωνική ανάπτυξη. Η σημασία τους στην εξέλιξη του δικαίου, αλλά και της κοινωνίας είναι κομβική, καθώς παρέχουν ευχερώς και χωρίς ιδιαίτερο κόστος λύσεις σε προβλήματα που διαιωνίζουν παρωχημένα νομοθετικά πλαίσια. Υπό αυτή την έννοια αποτελούν ένα χρήσιμο και αποτελεσματικό εργαλείο νομοθέτησης τόσο για τους ίδιους τους νομοθέτες όσο και για τους δικαστές και τους επαγγελματίες νομοπαρασκευαστές. Η συμβολή του Alan Watson, ο οποίος ανέπτυξε και τεκμηρίωσε ιστορικά τη θεωρία των δικαιικών μεταφυτεύσεων, βασική πηγή της εξέλιξης του δικαίου, είναι ιδιαίτερα σημαντική.

Επιχειρώντας να στοιχειοθετήσει πειστικά τη θεωρία του, ωστόσο, ο Watson διασταυρώθηκε με μια ευρύτερη προβληματική, αυτή της σχέσης μεταξύ κοινωνίας και δικαίου. Η απόρριψη της σχέσης αυτής και η θεώρηση του δικαίου ως αυτόνομου φαινομένου που υπάρχει και λειτουργεί πέραν των κοινωνικών πλαισίων αποτιμάται αρνητικά στη θεωρία του, που εξ αυτού μπορεί να χαρακτηριστεί ιδεαλιστική, καθώς ευρίσκεται με το κεφάλι κάτω και, για να αποκαλυφθεί ο ορθολογικός πυρήνας της, θα πρέπει να αντιστραφεί και να στηριχθεί στα πόδια της⁴⁰.

Η κοινωνική εμπλαίσωση του νόμου δεν αποτελεί εμπόδιο στο διαδεδομένο φαινόμενο των δικαιικών μεταφυτεύσεων, καθώς η ρίζα που μεταφυτεύεται και ευδοκιμεί συνιστά έναν οιονεί *tertium comparationis*, έναν κοινό παρονομαστή, που εγγράφεται στην επικράτεια του ανθρώπινου εν γένει, και όχι μόνο του νομικού, πολιτισμού. Πέραν αυτού, κάθε δίκαιο αναπτύσσεται μέσα από μια συνεχή αλληλεπίδραση με άλλα δίκαια, με αποτέλεσμα να διευρύνονται διαδραμόντος του χρόνου οι ομοιότητες και οι συγκλίσεις, χαρακτηριστικό στοιχείο διαχρονικά σημαντικό και αλλά προεχόντως της σύγχρονης εποχής.

³⁹. Βλ. M. H. HOEFLICH, *Law, Society, and Reception: The Vision of Alan Watson*, *Michigan Law Review*, 1987, σ. 1091.

⁴⁰. Πρβλ. τη γνωστή φράση του Marx για τη διαλεκτική του Hegel, K. MARX, *Το Κεφάλαιο*, τόμ. Α' (μτφ. Π. Μαυρομάτη, Σύγχρονη Εποχή, 2002, σ. 26).