



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
Εθνικών και Καποδιστριακών  
Πανεπιστημίων Αθηνών  
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

## ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών και Συγκριτικές Νομικές Σπουδές

ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: Συγκριτικές Νομικές Σπουδές

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2021-2022

### ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Του Σπυρίδωνος Ντίλη Α.Μ.: 7340182102005

## Οι νομικές μεταφυτεύσεις (Legal Transplants). Οφέλη και προβληματική.

### Επιβλέποντες:

Ονοματεπώνυμα επιβλεπόντων

α) Ελίνα Μουσταϊρα

β) Φίλιππος Βασιλόγιαννης

γ) Ανδρέας Χέλμης

Αθήνα, 31. 10.2022

Copyright © [Σπυρίδων Ντίλης, 2022]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

## ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

Copyright © [Σπυρίδων Ντίλης, 2022] .....	1
Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved. ....	1
Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα. ....	1
Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών. ....	1
I. ΠΡΟΛΟΓΟΣ .....	4
II. ΕΙΣΑΓΩΓΗ .....	5
1.1 Σύγκρουση δύο αντιδιαμετρικών λογικών: Συνέπεια ή Δέον; .....	9
III. ΜΕΡΟΣ Α: Η προβληματική των νομικών μεταφυτεύσεων. ....	12
3.1. Η θέση υπέρ της αναγκαιότητας των νομικών μεταφυτεύσεων .....	15
3.1.1. Οι θέσεις του Alan Watson. ....	18
3.2. Ο θεωρητικός αντίλογος .....	21
3.2.1. Οι θέσεις του Otto Kahn-Freund .....	24
3.2.2. Οι θέσεις του Pierre Legrand .....	26
3.2.3. Οι θέσεις του Lawrence Friedman .....	29
3.2.4. Η θέση του Gunther Teubner. ....	31
3.3. Σύγχρονη νομική πραγματικότητα και ρεαλιστικές θεωρητικές προσεγγίσεις .....	32
3.3.1. Νομικός πλουραλισμός και υβριδικά νομικά συστήματα. ....	33

3.3.1.1 Νομικός Πλουραλισμός .....	33
3.3.1.2. Νομική Υβριδικότητα .....	36
3.3.2. Μία αποτελεσματική θεωρητική προσέγγιση για την εφαρμογή των νομικών μεταφυτεύσεων. ....	38
IV. ΜΕΡΟΣ Β: Περιπτώσεις εφαρμογών που αναδεικνύουν την προβληματική. ....	46
4.1. Εισαγωγή κανονιστικού πλαισίου για απαγόρευση των διακρίσεων στα κράτη μέλη της ΕΕ. ....	48
4.1.1. Η περίπτωση της Ελλάδας .....	52
4.1.2. Η περίπτωση της Γαλλίας .....	54
4.1.3. Η περίπτωση της Γερμανίας .....	56
4.2. Η ποινική διαπραγμάτευση ως νομική μεταφύτευση. ....	58
V. ΕΠΙΛΟΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ .....	65
ΞΕΝΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ .....	68
ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ – ΜΕΛΕΤΕΣ .....	73

## I. ΠΡΟΛΟΓΟΣ

*«...οι νομικές μεταφυτεύσεις αναφέρονται στη «μετακίνηση» ενός κανόνα δικαίου από ένα κράτος σε ένα άλλο, ή από ένα λαό σε έναν άλλο λαό...»<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Alan Watson, Legal Transplants, 2<sup>nd</sup> ed, University of Georgia Press, 1993, σ. 21

## II. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το δίκαιο έχει ως πρωταρχικό σκοπό την ομαλή κοινωνική συμβίωση. Πράγματι χωρίς δίκαιο, οι προστριβές, ανάμεσα στα μέλη μιας κοινότητας, θα διέλυαν την κοινωνική συνοχή σε ελάχιστο χρονικό διάστημα. Η ίδια η εξέλιξη του ανθρώπου στηρίζεται στο δίκαιο, το οποίο αποτελεί μία *conditio sine qua non* της πρώτης.

Στα ιστορικά χρόνια το δίκαιο είχε χαρακτήρα, θα λέγαμε τοπικό ή εθνικό και σίγουρα στα χρόνια της επικράτησης του έθνους-κράτους, αυτό είναι κάτι που ισχύει σε μεγάλο βαθμό. Εξάλλου, σήμερα εμφανίζονται, τοπικά, εθνικά, αλλά και υπερεθνικά δικαιικά συστήματα τα οποία σε αριθμό είναι πολύ περισσότερα από τον αριθμό των εθνών κρατών<sup>2</sup>.

Από την άλλη μεριά, οι κοινωνίες, σε πολλές περιπτώσεις, όπου είχαμε συνάντηση πολιτισμών, ενίοτε υιοθετούσαν ξένες νομικές λύσεις για συγκεκριμένα προβλήματα. Με άλλα λόγια, στα προβλήματα που συναντούσαν οι κοινωνίες, σε πολλές περιπτώσεις, εφάρμοζαν δοκιμασμένες λύσεις από άλλες κοινωνίες, μεταφυτεύοντας δίκαιο από τις τελευταίες.

Φυσικά, η εξέλιξη των νομικών κανόνων σε ένα νομικό σύστημα βρίσκεται, ενίοτε, σε άμεση σχέση και εξάρτηση με τον μηχανισμό των νομικών μεταφυτεύσεων. Όπως έγινε, ήδη, αντιληπτό, με τον όρο νομικές μεταφυτεύσεις, εννοούμε την εισαγωγή νομικών κανόνων από ένα ξένο νομικό σύστημα. Πέρα από το συγκεκριμένο νομικό όρο, έχουν χρησιμοποιηθεί και άλλοι, όπως δανεισμός, υποδοχή, επιβολή, μετάθεση κ.α. Ο όρος νομική μεταφύτευση, υποστηρίχθηκε σθεναρά από τον Alan Watson, ο οποίος θεωρήθηκε ο πατέρας των νομικών μεταφυτεύσεων, ενώ βέβαια, δεν ήταν αυτός ο εμπνευστής τους<sup>3</sup>.

Διαισθητικά αντιλαμβανόμαστε πως η μεταφορά των νομικών κανόνων από ένα νομικό σύστημα σε ένα άλλο νομικό σύστημα αποτελεί ένα περίπλοκο διάβημα με βαθιές εξωνομικές επιπτώσεις. Μεταξύ αυτών, οι πολιτιστικές επιπτώσεις είναι προφανείς.

---

<sup>2</sup> **Χ. Δεληγιάννη-Δημητράκου**, Εισαγωγή στο Συγκριτικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1997, εκδ. Σάκκουλα, σ. 3

<sup>3</sup> **Ελίνα Ε. Μουσταΐρα**, Δικαιικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού Δικαίου, 2013, σ. 45

Ο Alan Watson, που μελέτησε το φαινόμενο και στάθηκε υπέρμαχος του, αρχικά, θεώρησε ότι οι κανόνες έχουν ένα νομαδικό χαρακτήρα ο οποίος αποτελεί διαδεδομένο και αδήριτο φαινόμενο. Ο νομαδικός αυτός χαρακτήρας αποδεικνύει, ότι «η ιδέα μιας στενής σχέσης μεταξύ νόμου και κοινωνίας» είναι μια πλάνη<sup>4</sup>. Βεβαίως, αργότερα, σε άλλο σημείο του έργου του, ανασκευάζει δηλώνοντας πως πρέπει να γίνει δεκτό ότι, σε κάποιο βαθμό, υπάρχει συσχέτιση δικαίου και κοινωνίας<sup>5</sup>.

Σύμφωνα με τον Alan Watson, η αλλαγή του δικαίου είναι ανεξάρτητη από τη λειτουργία οποιουδήποτε κοινωνικού, ιστορικού ή πολιτιστικού υποστρώματος· περισσότερο είναι μια λειτουργία κανόνων που εισάγονται από άλλο νομικό σύστημα.

Πράγματι, υποστήριξε ότι «η μεταμόσχευση νομικών κανόνων είναι κοινωνικά εύκολη».<sup>6</sup> Η βασική του θέση ήταν ότι το δίκαιο δημιουργείται, κυρίως, με τη μεταφορά νομικών λύσεων από ένα νομικό σύστημα σε ένα άλλο. Φυσικά, αυτό ακούγεται, μάλλον απλοϊκό και ατελές γιατί διαισθητικά αντιλαμβανόμαστε πως οι πολιτισμοί δημιουργούν δίκαιο (κυρίως) και με άλλους μηχανισμούς.

Πάντως, μελετώντας το συγκριτικό δίκαιο τη δεκαετία του 1970 ο Alan Watson υιοθέτησε την άποψη ότι το δίκαιο δημιουργείται με τη μεταφορά νομικών λύσεων από ένα νομικό σύστημα σε ένα άλλο. Τη θέση αυτή την υποστήριξε σθεναρά. Βεβαίως, αργότερα, ο ίδιος ο Alan Watson δήλωσε<sup>7</sup> πως για πολύ καιρό όταν εστίαζε στο συγκριτικό δίκαιο κοιτούσε τα νομικά δάνεια, αλλά γνώριζε ότι και άλλοι γενικοί παράγοντες λειτουργούσαν<sup>8</sup>.

Οι θέσεις του Alan Watson αντικρούστηκαν από πολλούς θεωρητικούς. Θα αναφερθούμε στις πιο σημαντικές διαφωνίες στο πρώτο μέρος της παρούσης. Από την άλλη μεριά υπήρξαν και μελετητές που αποδέχτηκαν τις θέσεις του, τα τελευταία χρόνια έστω εν μέρει<sup>9</sup> και αυτό δείχνει ότι πρέπει να ενσκήψουμε πάνω σε αυτές για να καταλήξουμε τελικά στο γιατί δημιουργείτε το φαινόμενο των

---

<sup>4</sup> Alan Watson, *Legal Transplants*, 2<sup>nd</sup> ed, University of Georgia Press, 1993, σ. 108

<sup>5</sup> Alan Watson, *COMPARATIVE LAW AND LEGAL CHANGE*, *Cambridge Law Journal*, 37 (2), November 1978, σ. 321

<sup>6</sup> Alan Watson, *Legal Transplants*, 2<sup>nd</sup> ed, University of Georgia Press, 1993, σ. 95

<sup>7</sup> Alan Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, 1995, σ. 469

<sup>8</sup> Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law* 97ff, 1991

<sup>9</sup> John W Cairns, *WATSON, WALTON, AND THE HISTORY OF LEGAL TRANSPLANTS*, σ.638

νομικών μεταφυτεύσεων, ποια η προβληματική και ποια τα οφέλη που ενδεχόμενα υπάρχουν από αυτό.

Το ζήτημα, βεβαίως που εγείρεται είναι κατά πόσο το δίκαιο μπορεί να στηρίζεται και να δημιουργείται από νομικές μεταφυτεύσεις και τι προβλήματα δημιουργούνται για το δίκαιο και συνακόλουθα για τον πολιτισμό και την κοινωνία.

Ένα βασικό ζήτημα που εγείρεται είναι πως όταν χρησιμοποιούνται νομικές μεταφυτεύσεις υποσκάπτεται και ενίοτε χάνεται το τοπικό δίκαιο. Όταν όμως χάνεται ένα τοπικό δίκαιο, ένα κομμάτι του Παγκόσμιου Πολιτισμού χάνεται και αυτό με ότι δυσμενείς συνέπειες επιφέρει αυτή η αλλαγή.

Υπό αυτήν την προσέγγιση και προσπαθώντας να ικανοποιηθεί η ανάγκη να μη χαθούν ολόκληρα κομμάτια του Ανθρώπινου Πολιτισμού, στα πλαίσια της Ανθρωπολογίας του Δικαίου, αλλά και του Συγκριτικού Δικαίου καταγράφονται συστηματικά<sup>10</sup> τα τοπικά δίκαια που εφαρμόζονται ή εφαρμόστηκαν σε τοπικές κοινωνίες. Φυσικά, αυτό αποτελεί μία επίπονη διαδικασία, γιατί οι επιβληθείσες, πολλές φορές, νομικές μεταφυτεύσεις έχουν υποσκιάσει τα προϋφιστάμενα τοπικά δίκαια, ειδικά στις περιπτώσεις των λαών που τέθηκαν κάτω από την κυριαρχία των αποικιοκρατών, τους προηγούμενους αιώνες.

Από την άλλη πλευρά, ειδικά κατά την περίοδο της αποικιοκρατίας, δημιουργήθηκε μια υβριδικότητα δικαίου, («νομική υβριδικότητα» - legal hybridity), από την μίξη στοιχείων των νομικών λύσεων της Δύσης από τη μία και των τοπικών δικαίων των αυτοχθόνων από την άλλη<sup>11</sup>. Μέσα από αυτό το υβριδικό πλαίσιο, γίνεται μία επίπονη προσπάθεια για να συλληφθούν, εννοιολογικά, τα δίκαια των αυτοχθόνων λαών.

Ένα άλλο σοβαρό ζήτημα έχει να κάνει με το κατά πόσο μία νομική μεταφύτευση μπορεί να αφομοιωθεί από ένα άλλο νομικό σύστημα, το νομικό σύστημα του λήπτη και να λειτουργήσει ικανοποιητικά μέσα σε αυτό.

Έτσι, θα γίνει μια προσπάθεια να απαντηθούν στην παρούσα ερωτήματα, όπως: κατά πόσο οι νομικές μεταφυτεύσεις αλλοιώνουν τον πολιτισμό μιας κοινωνίας, μπορούν να εισάγονται χωρίς κάποιες προϋποθέσεις ή με κάποιο

<sup>10</sup> **Ε. Ν. Μουσταΐρα**, Συγκριτικό Δίκαιο και Πολιτιστικά Αγαθά, 2012, σ. 10

<sup>11</sup> **Ε. Ν. Μουσταΐρα**, Δικαιικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού δικαίου, 2013, σ. 72



μηχανισμό, ποιοι οι κίνδυνοι και γιατί, εν τέλει, χρησιμοποιούνται.

Φυσικά, δεν πρέπει να ξεχνάμε πως στην εποχή μας, τα νομικά συστήματα είναι πολυεπίπεδα σύνθετα και εξάλλου, ο νομικός πλουραλισμός συμβάλει στο να εισάγονται ξένες λύσεις στα δίκαια. Έχει φανεί, από σύγχρονες μελέτες, πως υπάρχει έντονη διάδραση, ανάμεσα στις έννομες τάξεις και πως υφίσταται κανονιστική σύγκλιση η οποία επιτυγχάνεται και διαμέσου των νομικών μεταφυτεύσεων.

Στο πρώτο μέρος της παρούσης θα αναφερθεί το θεωρητικό υπόβαθρο των νομικών μεταφυτεύσεων, ποια τα επιχειρήματα υπέρ και ποια κατά αυτών. Η προβληματική που αναπτύσσεται, στο πρώτο μέρος, αφορά ακριβώς στα μειονεκτήματα και στα πλεονεκτήματα που έχουν οι νομικές μεταφυτεύσεις για το δικαϊκό σύστημα του λήπτη της νομικής μεταφύτευσης.

Περαιτέρω, στο δεύτερο μέρος θα παρουσιαστούν παραδείγματα στα οποία διαφαίνεται όλη η προηγουμένως αναλυθείσα θεωρητική διαμάχη.

## 1.1 Σύγκρουση δύο αντιδιαμετρικών λογικών: Συνέπεια ή Δέον;

Στην υπό μελέτη προβληματική και για να την κατανοήσουμε σε βάθος, θα πρέπει να προστεθεί και μία άλλη οπτική. Όπως θα δούμε τα επιχειρήματα υπέρ των νομικών μεταφυτεύσεων, είναι επιχειρήματα τα οποία έχουν ως κεντρικό εννοιολογικό χώρο τις βέλτιστες συνέπειες που ενδεχόμενα προκύπτουν από την υιοθέτηση δοκιμασμένων νομικών λύσεων από μία ξένη κοινωνία με σκοπό την αντιμετώπιση ενός προβλήματος που σχεδόν ίδιο ή έστω παρόμοιο έχει αντιμετωπίσει (με επιτυχία) η ξένη αυτή κοινωνία.

Στην ιστορία της Φιλοσοφίας η πιο μεγάλη έριδα ή έστω μια από τις πιο μεγάλες<sup>12</sup>, είναι η διαμάχη μεταξύ της θεωρίας η οποία υποστηρίζει ότι η ηθική αξιολόγηση της ανθρώπινης συμπεριφοράς πρέπει να λαμβάνει χώρα με κριτήριο την πρόθεση και της θεωρίας σύμφωνα με την οποία το κριτήριο της ηθικής αξιολόγησης της ανθρώπινης συμπεριφοράς είναι οι συνέπειες της. Το πρώτο θεωρητικό ρεύμα ονομάζεται, ως γνωστό, δεοντοκρατία, ενώ το δεύτερο συνεπειοκρατία.

Επιχειρήματα, λοιπόν, που χρησιμοποιούν εκφράσεις όπως: «πιο γρήγορα», «με λιγότερους πόρους», «με καλά αποτελέσματα», «πιο αποδοτικά» κλπ, συχνά, αν όχι πάντα, επιστρατεύονται για να στηρίξουν την αναγκαιότητα των νομικών μεταφυτεύσεων. Αντίστοιχα, μένουν στην άκρη επιχειρήματα που έχουν να κάνουν με τη δογματική συνέπεια.

Τα επιχειρήματα που αναφέραμε πιο πάνω, επιστημολογικώς, φαίνεται να γειτνιάζουν ή και να εκπηγάζουν από παρακλάδι της οικονομικής επιστήμης και του τρόπου που λαμβάνονται οι στρατηγικές αποφάσεις και χαρακτηρίζονται ως συνεπειοκρατικά επιχειρήματα. Δηλαδή είναι επιχειρήματα που βασίζονται στις συνέπειες αυτών των αποφάσεων σχετικά με τη νομοθέτηση και στην περίπτωση μας, όπως αναφέρθηκε, στηρίζουν την αναγκαιότητα της υιοθέτησης νομικών μεταφυτεύσεων.

---

<sup>12</sup> **Γιούλη Παπαϊωάννου**, Δεοντοκρατία ή συνεπειοκρατία; Μια διαχρονική διαμάχη υπό το φως της σύγχρονης επιστήμης., 2013World congress Proceedings, Vol. 10, Contemporary Philosophy, σ. 279

Πράγματι η λήψη αποφάσεων για τη νομοθέτηση ομοιάζει, όλο και πιο πολύ, με τις στρατηγικές αποφάσεις στον τομέα των οικονομικών. Έτσι, ο αντίκτυπος των χαρακτηριστικών της διαδικασίας λήψης στρατηγικών αποφάσεων, όπως είναι ο ορθολογισμός, η συμμετοχή, η διάρκεια και το επίπεδο των πολιτικών δραστηριοτήτων είναι σημαντικός<sup>13</sup> και είναι σημαντικός και για τη λήψη αποφάσεων σχετικά με τη διαδικασία και το περιεχόμενο της νομοθετικής διαδικασίας.

Προσφάτως, υπήρξαν πορίσματα συγχρόνων επιστημονικών ερευνών από τους Greene και άλλους<sup>14</sup>, που έδειξαν ότι όταν έχουμε ηθική αξιολόγηση με κριτήριο τις συνέπειες, ενεργοποιούνται περισσότερο «έλλογες» περιοχές του εγκεφάλου μας. Αυτό θεωρήθηκε ως δικαίωση των οπαδών της συνεπειοκρατίας<sup>15</sup>. Θεωρώ, όμως, ότι εδώ έχουμε ένα λογικό άλμα και μια απρόσφορη προσπάθεια από την πλευρά του ιδεολογικού στρατοπέδου της συνεπειοκρατίας.

Πράγματι κεντρικό σημείο αναφοράς είναι ότι με την υιοθέτηση νομικών μεταφυτεύσεων, έχουμε καλύτερες συνέπειες για την κοινωνία, γεγονός που τις περισσότερες φορές είναι και μετρήσιμες. Η λογική, λοιπόν, είναι η εξής: γιατί να καθόμαστε να ταλαιπωρούμαστε, όταν οι λύσεις είναι έτοιμες (;), δοκιμασμένες, προς εφαρμογή, μπροστά μας και με καλά αποτελέσματα; Είναι προφανές πως η όλη λογική εδράζει στο ρεύμα της Συνεπειοκρατίας.

Και το Δέον;

Το Δέον είναι σε πολλές περιπτώσεις το «θύμα» της άκριτης και βιαστικής υιοθέτησης «έτοιμων και δοκιμασμένων» λύσεων από άλλα νομικά συστήματα. Σε πολλές περιπτώσεις το δόγμα της έννομης τάξης που δέχεται τη νομική μεταφύτευση υποχωρεί με βαθιές συνεπακόλουθες εξωνομικές διαφοροποιήσεις (πάλι επιχείρημα συνεπειοκρατικό, βέβαια).

Για τους Δεοντοκράτες, το σημαντικό δεν είναι αν και κατά πόσο οι νομικές μεταφυτεύσεις δεν είναι πάντα πετυχημένες στην πράξη ως προς τα πιο πάνω

---

<sup>13</sup> **Σ. Ντίλης**, Η αρχή του Pareto κατά τη διαδικασία λήψης αποφάσεων σε μικρομεσαίες επιχειρήσεις., 2021, σ. 5

<sup>14</sup> **N. Levy**, Neuroethics, Cambridge University Press, 2007, σ. 288

<sup>15</sup> **Γιούλη Παπαϊωάννου**, Δεοντοκρατία ή συνεπειοκρατία; Μια διαχρονική διαμάχη υπό το φως της σύγχρονης επιστήμης., 2013, World congress Proceedings, Vol. 10, Contemporary Philosophy, σ. 279

επιχειρήματα, αλλά το ότι οι νομικές μεταφυτεύσεις αλλοιώνουν τις δογματικά ορθές επιλογές.

Ορθότερα, δηλαδή, το Δέον, δεν είναι δυνατόν να «λυγίζει», να διαφοροποιείται, να υποχωρεί και να ταλανίζεται από ευκαιριακές λύσεις. Φυσικά, όπως, θα δούμε, είναι συχνό το φαινόμενο να υπερακοντίζεται και το συνεπειοκρατικό επιχείρημα, αφού οι νομικές μεταφυτεύσεις δεν είναι πάντα πετυχημένες. Το τελευταίο, βέβαια, αποτελεί ένα αφ' εαυτού συνεπειοκρατικό επιχείρημα.

### III. ΜΕΡΟΣ Α: Η προβληματική των νομικών μεταφυτεύσεων.

Νομικές μεταφυτεύσεις υπήρξαν, φυσικά, από την αρχαιότητα και υπήρξαν νομικοί που ασχολήθηκαν με αυτές. Βασικό στοιχείο των νομικών μεταφυτεύσεων ήταν άλλοτε η επιθυμία των τοπικών νομοθετών για γρήγορη και αποτελεσματική εισαγωγή νομικών λύσεων σε ασφυκτικά κοινωνικά προβλήματα που έπρεπε να αντιμετωπίσουν και σε άλλες περιπτώσεις η επιβολή της αυθεντίας ή του γόητρου ενός νομικού συστήματος πάνω σε μία ξένη και πολλές φορές κατακτημένη κοινωνία.

Έτσι, η αυθεντία ή αλλιώς το γόητρο του αρχικού νομικού συστήματος, βέβαια, υποκρύπτει και αλλαγές που, ενίοτε, επιβάλλονται, ακόμα και αν η κοινωνία δεν τις επιζητεί<sup>16</sup> ή δεν τις χρειάζεται.

Τέτοιες περιπτώσεις, εξάλλου, παρατηρήθηκαν στις περιόδους της αποικιοκρατίας. Οι αποικιοκράτες δεν εκτιμούσαν τα τοπικά δίκαια και ως άμεσο επακόλουθο ήταν ότι επέβαλαν το δικό τους δίκαιο στις αποικίες με διάφορα τεχνάσματα ή με τη βία. Φυσικά, αυτό δεν ήταν θέμα καλαισθησίας. Η αλήθεια είναι ότι οι αποικιοκράτες ήξεραν πως δια μέσου των νομικών μεταφυτεύσεων, της «εξαγωγής» του δικού τους δικαίου και του εξακοντισμού των τοπικών δικαίων, ουσιαστικά, επηρέαζαν πολιτισμικά, οικονομικά και κοινωνικά τις αποικίες, εκμαύλιζαν τις τοπικές κοινωνίες και βάρθαιναν την εξάρτηση των αποικιών από αυτούς. Το ζήτημα, λοιπόν, δεν ήταν νομικό.

Στις αποικίες μεταφέρθηκε, λοιπόν, και ο νομικός πολιτισμός της Δύσης<sup>17,18,19</sup>, φυσικά με την παράλληλη καταστροφή ή έστω επισκίαση των τοπικών δικαίων. Εξάλλου βασική επιδίωξη ήταν να μετατρέψουν την οικονομία των αποικιών σε καπιταλιστική, όπως και έκαναν<sup>20</sup>, με αδήριτη ανάγκη να μεταφυτευτούν στα νομικά συστήματα των αποικιών οι απαραίτητες διατάξεις από το νομικό σύστημα της Δύσης.

Η λογική των αποικιοκρατών ήταν πως μόνο η Ευρώπη είναι πολιτισμένη

<sup>16</sup> **Ελίνα Ε. Μουσταϊρα**, Δικαιικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού Δικαίου, 2013, σ. 70-71

<sup>17</sup> **Ελίνα Ε. Μουσταϊρα**, Δικαιικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού δικαίου, 2013, σ. 69

<sup>18</sup> **S. E. Merry**, Law and Colonialism, 1991, σ. 890

<sup>19</sup> **A. Anghie**, Finding the Peripheries Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, 1999, σ. 2

<sup>20</sup> **A. Loomba**, Colonialism/Postcolonialism, 1998, σελ. 3-4

και όλοι οι άλλοι λαοί της Γης ήταν πρωτόγονοι και θα έπρεπε να εκπολιτιστούν, με φυσικό επακόλουθο να πρέπει να εφαρμόζεται το Δυτικό νομικό σύστημα<sup>21</sup> για να εκπολιτιστούν και οι (ημι)άγριοι<sup>22</sup> ιθαγενείς των αποικιών με αυτό το «δώρο»<sup>23</sup> της Δύσης.

Αυτή η «νομική αποικιοκρατία» οδήγησε αναπόδραστα στην κατάργηση, εξαφάνιση και στην καλύτερη περίπτωση περιορισμό των τοπικών δικαίων. Εφαρμόστηκαν, λοιπόν, νομικές μεταφυτεύσεις οι οποίες επιβλήθηκαν στις ανήμπορες να αντιδράσουν αποικίες. Δε θα ασχοληθούμε, όμως, πιο εκτενέστερα στην παρούσα με αυτή την πτυχή.

Υπάρχουν, εξάλλου, πολλά επίπεδα και τρόποι νομικής μεταφύτευσης. Η μεταφορά, για παράδειγμα, του Ρωμαϊκού Δικαίου στη μεσαιωνική Ευρώπη ήταν μια περίπτωση που τέθηκε θέμα σύγκλισης μεταξύ των τοπικών, εθμικών κυρίως, δικαίων και του εισαγόμενου δικαίου.

Σε άλλες περιπτώσεις υπήρξαν νομικές μεταφυτεύσεις υπό την μορφή διάχυσης δικαιοκτών συστημάτων στην ολόκληρη τους (diffusion). Η περίπτωση της εκδυτικοποίησης της έννομης τάξης της Ιαπωνίας είναι ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα, όπου η αποδοχή των δυτικών νομικών θεωριών είχε ως βασικό κίνητρο την προσαρμογή του Ιαπωνικού δικαίου στη στροφή του προς την παγκοσμιοποιημένη οικονομία<sup>24</sup>.

Ο Alan Watson, από την άλλη πλευρά, υποστήριξε ότι οι νομικές μεταφυτεύσεις αποτελούν τον άξονα που επιτρέπει τη δημιουργία του δικαίου και τη διάπλαση του. Φυσικά, όπως θα αναλυθεί, η θέση του αυτή δε θα μπορούσε παρά να τύχει μίας δριμείας θεωρητικής αντιπαράθεσης, προερχόμενες, μάλιστα, από σημαντικούς θεωρητικούς.

Η μελέτη των μεταφυτεύσεων του δικαίου, ή αλλιώς των legal transplants, συστηματοποιήθηκε στη δεκαετία του 1970 από τον Alan Watson. Ο Alan Watson ήταν σκωτσέζος νομικός και ιστορικός του δικαίου, που γεννήθηκε το 1933 και θεωρείται μία από τις πλέον εξέχουσες προσωπικότητες στη μελέτη του

<sup>21</sup> **E. N. Μουσταΐρα**, Σταθμοί στην πορεία του συγκριτικού δικαίου, 2003, σ. 20

<sup>22</sup> **S. D. Bachmann**, T. Frost, Colonialism, Justice and the Rule of Law: A Southern African and Australian Narrative, 2012, σ. 310

<sup>23</sup> **σ.σ.**: Όπου ο άνθρωπος ακούει για «δώρο» προερχόμενο από την ισχυρή πλευρά πρέπει να είναι ανήσυχος και δύσπιστος για το κατά πόσο πρόκειται περί δώρου.

<sup>24</sup> Βλ. **Ελίνα Ε. Μουσταΐρα**, Συγκριτικό Δίκαιο και Πολιτιστικά Αγαθά, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 76

ρωμαϊκού δικαίου. Αυτός εισήγαγε, ουσιαστικά τον όρο «νομικές μεταφυτεύσεις» ή στα αγγλικά “legal transplants”

Έγραψε πάνω από 150 βιβλία και άρθρα και μελέτησε τη «θεωρία της δικαιοκίνησης αλλαγής» ή στα αγγλικά «theory of legal change». Υποστήριξε, μέσα από αυτή τη θεωρία ότι η ανάπτυξη του δικαίου οφείλεται κατά κύριο λόγο στη διαδικασία των νομικών μεταφυτεύσεων των κανόνων του δικαίου<sup>25</sup> από νομικά συστήματα που έχουν λύσεις (δότες) σε νομικά συστήματα που έχουν ανάγκη αυτές τις λύσεις (λήπτες).

Στο παρόν κεφάλαιο θα αναλυθούν τα πλεονεκτήματα των νομικών μεταφυτεύσεων και οι βασικές θέσεις της θεωρίας του Alan Watson, σχετικά με τις νομικές μεταφυτεύσεις, την αναγκαιότητα τους και την ρεαλιστική αντιμετώπιση των κοινωνικών ζητημάτων που απαιτούν γρήγορες, δοκιμασμένες και αποδοτικές νομικές λύσεις.

Από την άλλη μεριά, θα παρουσιαστεί και ο βασικός (και πειστικός οφείλω να παρατηρήσω) θεωρητικός αντίλογος στις, ίσως, απλοϊκές θέσεις του Alan Watson. Ο αντίλογος αυτός, εκφράστηκε από κορυφαίους θεωρητικούς του δικαίου, όπως οι Otto Kahn-Freund, ο Pierre Legrand και άλλοι στους οποίους θα γίνει αναφορά στη συνέχεια.

---

<sup>25</sup> Βλ. **Ελίνα Ε. Μουσταίρα**, Συγκριτικό Δίκαιο και Πολιτιστικά Αγαθά, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 73

### 3.1. Η θέση υπέρ της αναγκαιότητας των νομικών μεταφυτεύσεων

Σε πολλές περιπτώσεις μία κοινωνία βρίσκεται μπροστά σε ένα πρόβλημα το οποίο μία άλλη κοινωνική ομάδα το έχει λύσει, με ομολογουμένως ικανοποιητικό τρόπο, χρησιμοποιώντας μία μέθοδο που εμπεριέχει μία δέσμη κανόνων.

Τίθεται, λοιπόν ένα ερώτημα: Πρέπει η κοινωνία που έχει το πρόβλημα να κατασκευάσει, από την αρχή, μία δική της δέσμη κανόνων ή θα μπορούσε να λύσει το πρόβλημα της υιοθετώντας τη λύση που έχει επεξεργαστεί μία άλλη κοινωνία; Πρέπει, με άλλα λόγια, να κατασκευαστεί μία νομική λύση από την κοινωνία που αντιμετωπίζει το πρόβλημα ή θα μπορούσε να λυθεί το πρόβλημα με μία νομική μεταφύτευση;

Σε πολλές παρόμοιες περιπτώσεις τα ζητήματα έχουν λυθεί με νομικές μεταφυτεύσεις. Πράγματι οι νομικές μεταφυτεύσεις παρουσιάζουν τα εξής πλεονεκτήματα:

1. Έχουν δοκιμαστεί, με (σχετική) επιτυχία, από άλλες κοινωνίες για την αντιμετώπιση ίδιων ή έστω παρόμοιων προβλημάτων.
2. Τα αποτελέσματα των νομικών λύσεων είναι γνωστά και ίσως μετρήσιμα.
3. Οι νομικές λύσεις που θα μεταφυτευθούν, πέρα από δοκιμασμένες, με επιτυχία, είναι και έτοιμες για εφαρμογή, εδώ και τώρα. Δε χρειάζεται να περιμένουμε εύλογο χρονικό διάστημα για να επινοηθεί νέα λύση, να δοκιμαστεί και τέλος να εφαρμοστεί
4. Η νομική μεταφύτευση οδηγεί σε μια ομοιομορφία λύσεων για την



αντιμετώπιση παρόμοιων προβλημάτων από τις κοινωνίες, γεγονός που είναι σημαντικό σε μια παγκοσμιοποιημένη κοινωνία, ειδικά αν μιλάμε για εμπορικούς κανόνες.

5. Εξοικονομούνται πόροι, πέρα από το χρόνο που, ήδη, αναφέρθηκε πιο πάνω.
6. Σε αντίθετη περίπτωση, δηλαδή στην περίπτωση που δεν ακολουθείται μία νομική μεταφύτευση, πολλές φορές λόγω ανθρώπινης αδράνειας, δε δίνεται καμία απολύτως λύση και η κατάσταση λιμνάζει ή έστω αργεί ιδιαίτερα η εύρεση κάποιας λύσης.
7. Η λύση που θα βρεθεί, αν δε πραγματοποιηθεί η νομική μεταφύτευση έχει αυξημένο κίνδυνο να μην είναι λειτουργική ή ικανοποιητική.

Με βάση αυτά τα (συνεπειοκρατικά) πλεονεκτήματα των νομικών μεταφυτεύσεων, αναπτύχθηκε ένας επιστημονικός διάλογος στο δεύτερο μισό του εικοστού αιώνα σε σχέση με την αξία των νομικών μεταφυτεύσεων. Κεντρική θέση σε αυτόν τον επιστημονικό διάλογο είχε, όπως ήδη τονίστηκε, ο Σκωτσέζος νομικός Alan Watson.

Για να μελετηθεί και εδώ, λοιπόν το ζήτημα, θα ακολουθήσουμε τα κύρια σημεία αυτού του διαλόγου, αρχίζοντας από τις θέσεις του Alan Watson οι οποίες προφανώς είναι υπέρ των νομικών μεταφυτεύσεων.

Κομβική θέση στη συζήτηση σχετικά με τις νομικές μεταφυτεύσεις έχει φυσικά το ερώτημα του αν και κατά πόσο υπάρχει αναπόδραστη ή έστω σημαντική σχέση ανάμεσα στο νομικό πολιτισμό μιας κοινωνίας και στο γενικότερο πολιτισμικό πλαίσιο της.

Ιδιαίτερα, το ιδεολογικό υπόβαθρο, η οικονομική κατάσταση, ο πολιτισμός, ακόμα και οι γεωγραφικές και κλιματικές συνθήκες έχουν σχέση και εν τέλει

καθορίζουν ή θα έπρεπε να καθορίζουν σημαντικά την παραγωγή δικαίου;

Οι έννοιες του νομικού πολιτισμού και της νομικής κουλτούρας διαδραματίζουν ένα σημαντικό ρόλο στην προβληματική σχετικά με το κατά πόσο οι νομικές μεταφυτεύσεις είναι δυνατό να υπάρξουν<sup>26</sup>.

Γύρω από αυτό το ζήτημα αναπτύχθηκε αρχικά, αλλά και σε πιο εξελιγμένα στάδια ο επιστημονικός διάλογος ανάμεσα στον Alan Watson και τους υποστηρικτές του από τη μία και από τους θεωρητικούς πολέμιους των νομικών μεταφυτεύσεων ή έστω των θέσεων του Alan Watson από την άλλη.

---

<sup>26</sup> **J. Gillespie**, *Developing a dissented analysis of legal transfers*, στο *Examining Practice, Integrating Theory: Comparative Studies in Asia*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, σ. 25

### 3.1.1. Οι θέσεις του Alan Watson.

Όπως, ήδη, ειπώθηκε ο Alan Watson υιοθέτησε τη θέση ότι το δίκαιο δημιουργείται, κυρίως, με τη μεταφορά νομικών λύσεων από ένα νομικό σύστημα σε ένα άλλο.

Κατά συνέπεια, ανέπτυξε μια θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων που εξηγεί τη μετεξέλιξη του δικαίου με το δανεισμό διατάξεων από το σύστημα μιας χώρας δωρητή στο σύστημα μιας χώρας που εισάγει τις νομικές μεταφυτεύσεις, δανειζόμενη τις δοκιμασμένες νομικές λύσεις της χώρας δωρητή.

Τα πιο σημαντικά κριτήρια βάσει των οποίων επιλέγεται το συγκεκριμένο νομικό σύστημα για μεταφορά κανόνων του στο άλλο σύστημα είναι η αυθεντία του αρχικού συστήματος, καθώς και η ίδια η διαθεσιμότητά του συστήματος και των νομικών λύσεων που έχει χρησιμοποιήσει με επιτυχία.

Φυσικά, ήδη έγινε αναφορά στην αυθεντία ή αλλιώς στο γόητρο του νομικού συστήματος του δότη και συγκεκριμένα στα γεγονότα της εποχής της αποικιοκρατίας, όπου οι νομικές μεταφυτεύσεις του Δυτικού νομικού πολιτισμού, εξοστράκισαν και σε μερικές περιπτώσεις εξαφάνισαν τα τοπικά δίκαια των λαών που βρέθηκαν υπό την επικυριαρχία της Δύσης.

Γυρίζοντας στο κυρίως θέμα μας, πρέπει να τονιστεί πως ο Alan Watson κατέληξε σε σημαντικό αριθμό συμπερασμάτων σχετικά με τους τρόπους με τους οποίους μεταφέρονται οι διατάξεις και οι νομικές λύσεις από ένα νομικό σύστημα σε ένα άλλο, με βάση τη θεωρία που ανέπτυξε περί των νομικών μεταφυτεύσεων.

Ο ίδιος ο Alan Watson εκκινεί από τη θέση ότι ο νόμος υπάρχει για τις ανάγκες της κοινωνίας. Είναι μία ανθρώπινη κατασκευή, όπως λέει, για τη διευκόλυνση των κοινωνικών δραστηριοτήτων. Ο νόμος δεν μπορεί να συλληφθεί ως έννοια χωρίς την κοινωνία. Οι κοινωνίες ποικίλλουν σε μεγάλο βαθμό, και το ίδιο ισχύει και για τους νομικές κανόνες<sup>27</sup>.

Όμως ο Alan Watson δεν υιοθέτησε τη θεωρία που ονομάστηκε mirror theory, σύμφωνα με την οποία το δίκαιο αντικατοπτρίζει την κοινωνική

---

<sup>27</sup> Alan Watson, COMPARATIVE LAW AND LEGAL CHANGE, Cambridge Law Journal, 37 (2), November 1978, σ. 313-336

πραγματικότητα του λαού πάνω στον οποίο βρίσκει εφαρμογή. Θεώρησε, μάλλον ρεαλιστικά, πως η ελίτ των νομικών (και όχι μόνο των νομικών θα συμπλήρωνα) είναι αυτή που κυριαρχικά αποφασίζει<sup>28</sup> για το τεθειμένο δίκαιο σε μια γεωγραφική περιοχή και σε ένα χρονικό ιστορικό σημείο.

Συνεχίζει με το ερώτημα του κατά πόσο οι νομικοί κανόνες αντικατοπτρίζουν επιθυμίες, ανάγκες και φιλοδοξίες μιας κοινωνίας και ενώ αποδέχεται πως η σύγχρονη του θεώρηση είναι μάλλον καταφατική<sup>29</sup> ως προς το ερώτημα αυτό, ο ίδιος διατηρεί αποστάσεις θεωρώντας ότι τα δύο πιο εντυπωσιακά και προφανή χαρακτηριστικά των νομικών κανόνων είναι η ευκολία με την οποία μπορούν να μεταφυτευθούν από ένα σύστημα ή μία κοινωνία σε μια άλλη, και η ικανότητά τους για μεγάλη διάρκεια ζωής.

Για να δείξει το τι επίδραση έχουν οι νομικές μεταφυτεύσεις εφιστίνει την προσοχή στην υποδοχή -με την ευρύτερη έννοια - του ρωμαϊκού δικαίου και στη διάδοση του στο αγγλικό κοινοδίκαιο. Το σύστημα του ιδιωτικού δικαίου που αναδείχτηκε τον έκτο αιώνα από τους συντάκτες του Ιουστινιανού Κώδικα για την πρώιμη Βυζαντινή Αυτοκρατορία, υιοθετήθηκε σε μεγάλο βαθμό από τις περισσότερες ευρωπαϊκές χώρες του Μεσαίωνα και μέσω της Αναγέννησης έφτασε στο 19<sup>ο</sup> αιώνα<sup>30</sup>.

Θεωρεί, περαιτέρω πως η μεγάλη διάρκεια ζωής νομοθετικών ρυθμίσεων αποδεικνύει πως ο βασικός τρόπος παραγωγής δικαίου είναι οι νομικές μεταφυτεύσεις. Άλλωστε η επιτακτική ανάγκη μιας κοινωνίας, που βρίσκεται μπροστά σε ένα κοινωνικό πρόβλημα, για πετυχημένους και άμεσα εφαρμόσιμους νόμους οδηγεί αναπόδραστα στην υιοθέτηση δοκιμασμένων λύσεων από άλλες κοινωνίες που προηγούνται στην επίλυση του δοθέντος κοινωνικού προβλήματος.

Εξάλλου, ο Alan Watson, επιχειρηματολογεί λέγοντας ότι θα μπορούσε να προταθεί ως συμπέρασμα ότι οι ομοιότητες ανάμεσα στις ανθρώπινες κοινωνίες, τόσο στο παρελθόν όσο και στο παρόν, είναι τόσο μεγάλες που νομικοί κανόνες, θεσμοί και δομές ταιριάζουν αξιοθαύμαστα σε πολλές κοινωνίες.

---

<sup>28</sup> **A. Watson**, *The Birth of Legal Transplants*, 2013, σ. 606-607

<sup>29</sup> **L. M. Friedman**, *A history of American Law*, Simon & Schuster, 1973, Νέα Υόρκη, σ 595

<sup>30</sup> **Alan Watson**, *COMPARATIVE LAW AND LEGAL CHANGE*, *Cambridge Law Journal*, 37 (2), November 1978, σ. 313

Ένα άλλο συμπέρασμα του είναι ότι οι νομικοί κανόνες, πέραν του ότι είναι μέρος της κοινωνικής δομής, λειτουργούν επίσης στο επίπεδο των ιδεών. Επί αυτής της βάσης ο νόμος αναπτύσσεται με μεταφύτευση, επειδή ο ξένος κανόνας ήταν γνωστός σε όσους έχουν τον έλεγχο της νομοθεσίας και παρατήρησαν τα εύλογα και εξόφθαλμα οφέλη τα οποία επέρχονται λόγω του νομικού δανεισμού.

Πάλι προβάλλεται η ανάγκη της γρήγορης θέσης σε ισχύ ενός κανόνα με επιτυχία, το οποίο, βέβαια, ειδικά στις μέρες μας αποτελεί μία πραγματική και αδιαμφισβήτητη ανάγκη. Αυτού του είδους οι ανάγκες εξυπηρετούνται από τη νομική μεταφύτευση. Ο Alan Watson αναφέρει<sup>31</sup> πως το να δανείζεσαι είναι πολύ πιο εύκολο από να σκέφτεσαι. Επ' αυτού, επιφυλάσσομαι να τοποθετηθώ στο τέλος της παρούσας.

---

<sup>31</sup> **Alan Watson**, The Birth of Legal Transplants, Ga. J, INT'L & COMP. L., Vol 41:605, 013, σ.607

## 3.2. Ο θεωρητικός αντίλογος

Θεωρία μεγάλης σημασίας για την εξέλιξη και τη φιλοσοφία του δικαίου, η θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων συγκέντρωσε πολλούς υποστηρικτές μέσα σε λίγα έτη. Ωστόσο, δεν έλειψε και η έντονη κριτική από τους θεωρητικούς που αρνούνται τη δυνατότητα επιτυχών δανεισμών δικαίου, κατά τον τρόπο που περιγράφει ο Watson.

Το βασικό επιχείρημα που εκφράστηκε εναντίον της θεωρίας του Watson είναι ότι αντιμετωπίζει το δίκαιο ως μια ενότητα υπερκοινωνική και απομονωμένη από την κοινωνία. Το επιχείρημα αυτό βάζει κατά της κεντρικής θέσης του Watson, ότι δηλαδή δεν υφίσταται καμία απολύτως σχέση μεταξύ του δικαίου και της κοινωνίας που το πλαισιώνει<sup>32</sup>.

Στις θέσεις του Alan Watson, όπως, ήδη, αναφέρθηκε αντιτάχθηκε μεγάλη μερίδα νομικών που θεώρησαν πως οι νομικές μεταφυτεύσεις δεν προάγουν το δίκαιο το οποίο είναι συνυφασμένο με ολόκληρο το πολιτισμικό και κοινωνικό πλαίσιο.

Σύμφωνα, λοιπόν με τον επιστημονικό αντίλογο είναι αδύνατον να επιτευχθεί με επιτυχία μία νομική μεταφύτευση χωρίς να ληφθούν υπόψιν οι ιδιαιτερότητες κάθε πολιτισμού.

Εξάλλου, η θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων έρχεται σε αντίθεση με τη θεωρία ότι ο κυρίαρχος Λαός αποτελεί την πηγή του Δικαίου. Ιδιαίτερα στο ποινικό δίκαιο ισχύει ότι η ποινή ως το δραστικότερο μέσο κρατικού καταναγκασμού, επιτρέπεται να στηρίζεται μόνο σε απόφαση των εκπροσώπων της λαϊκής κυριαρχίας<sup>33</sup>. Ο Friedrich Carl von Savigny, άλλωστε, εισήγαγε μία δαρβινικής έμπνευσης χροιά της νομικής εξέλιξης. Ο Savigny αναδεικνύει το πνεύμα του Λαού ως πηγή του δικαίου.

---

<sup>32</sup> **J. Gillespie**, *Transplanted Company Law: An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam*, *International & Comparative Law Quarterly*, 2002, 51 (3), σ. 643, ο οποίος ισχυρίζεται ότι οι νομικές μεταφυτεύσεις δε μεταφέρουν πολιτισμό παρά λειτουργούν ως μια σειρά τεχνικών προσαρμογών μεταξύ δικαϊκών συστημάτων.

<sup>33</sup> **Σ. Ντίλης**, Το κατ' εξακολούθηση έγκλημα μετά το Ν. 2721/1999. Η διάταξη του α. 98 παρ. 2 και ο συνολικός δόλος, 2017, σ. 92 (<https://pergamos.lib.uoa.gr/uoa/dl/frontend/el/browse/2686474#contents>)

Η Ιστορική Σχολή του Δικαίου, της οποίας ο Savigny αποτελεί το σημαντικότερο εκπρόσωπο, θεωρεί ότι η θεμελίωση του Δικαίου λαμβάνει χώρα στην εθνική νομική συνείδηση του Λαού, σύμφωνα και με την ιστορική του πορεία και εξέλιξη.

Οι πολέμιοι αυτής της θέσης υποστηρίζουν ότι το δίκαιο δεν είναι αυτόνομο, αλλά μετέχει μιας ευρύτερης κοινωνικής και πολιτισμικής παραδόσεως.

Εάν λοιπόν θεωρήσουμε ότι το δίκαιο αποτελεί μια κοινωνική κατασκευή, η μεταφύτευση του συνεπάγεται τη μεταφορά του από μια κοινωνία σε μια άλλη. Τι ακριβώς όμως είναι αυτό που μετατίθεται;

Οι αντίθετοι της θεωρίας των μεταφυτεύσεων υποστηρίζουν ότι οι νομικές έννοιες δεν μπορούν να ταξιδέψουν, διότι αν θεωρηθούν αυτόνομες, αποκομμένες από το νομικό σύστημα στο οποίο ανήκουν, τότε χάνουν αυτόνομα το νόημα τους.

Στην άποψη αυτή έρχεται να προστεθεί η παραδοχή ότι δεν υπάρχει κανόνας δικαίου που να είναι τελείως αυθύπαρκτος και αυτεξήγητος. Βασικό συστατικό του κανόνα είναι το νόημα που τον συνοδεύει, το οποίο δεν παρέχεται αυτοτελώς από τον ίδιο τον κανόνα, αλλά αναδύεται από το ευρύτερο κοινωνικοοικονομικό και πολιτισμικό περίγυρο που τον χαρακτηρίζει.

Κατά συνέπεια, η ερμηνεία ενός κανόνα δικαίου συνιστά ένα κατεξοχήν υποκειμενικό και κατά συνέπεια κοινωνικό - πολιτισμικό προϊόν. Ήδη από το 1748 ο Montesquieu, στο κυριότερο συγγραφικό του έργο με τίτλο «Το πνεύμα των νόμων», προσδιόριζε τα τοπικά χαρακτηριστικά όπως είναι το κλίμα, το έδαφος, ο πληθυσμός και η θρησκεία, ως βασικά στοιχεία για τη δικαιοκή εξέλιξη και τη διαμόρφωση του δικαίου, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι το δίκαιο του κάθε έθνους, είναι τόσο στενά συνδεδεμένο με το λαό του, ώστε είναι πρακτικά απίθανο να μπορέσει να ανταποκριθεί στις ανάγκες κάποιου άλλου έθνους<sup>34</sup>. Το έργο του Montesquieu αποτέλεσε τη βάση για την ανάπτυξη θεωριών από πολλούς σύγχρονους θεωρητικούς του δικαίου.

Έτσι, λοιπόν, θεωρητικοί όπως ο Otto Kahn-Freund και ο Pierre Legrand αντιτάχθηκαν σθεναρά στις θέσεις του Alan Watson, φτάνοντας στο σημείο να

---

<sup>34</sup> C. Montesquieu, *The Spirit of Laws*, 1748

απορρίψουν εν γένει τις νομικές μεταφυτεύσεις, περνώντας, σε κάποιες περιπτώσεις ακόμα και στο άλλο άκρο.

Δηλαδή δεν έμειναν μόνο στο να περιγράψουν τις δυσκολίες μιας νομικής μεταφυτεύσεις και στους σύστοιχους και συνεπακόλουθους κινδύνους, αλλά προχώρησαν στην απόρριψη των νομικών μεταφυτεύσεων.



### 3.2.1. Οι θέσεις του Otto Kahn-Freund

Ο Otto Kahn-Freund, Γερμανός εργατολόγος και συγκριτολόγος του 20ού αιώνα, επικαλούμενος τον Montesquieu, αναφέρεται ειδικά στη ρήση του σύμφωνα με την οποία το δίκαιο που θεσπίζεται για το λαό μιας χώρας θα πρέπει να αρμόζει πάρα πολύ στο λαό αυτής της χώρας· σύμφωνα με την άποψη αυτή, είναι δύσκολη η μεταφύτευση του δικαίου ενός κράτους σε άλλο κράτος .

Υπήρξαν, λοιπόν, έντονες συζητήσεις και αντιπαράθεσεις με τον Alan Watson, προερχόμενες από τις θέσεις του Otto Kahn-Freund<sup>35</sup>. Διαφωνώντας για το ρόλο του συγκριτικού δικαίου στο πως το δίκαιο μεταλλάσσεται, ο Otto Kahn-Freund προσέφερε μια μεταφορά που έγινε αρκετά διάσημη: συνέκρινε τη μεταμόσχευση νεφρού από ένα άνθρωπο σε ένα άλλο άνθρωπο και τη μεταφορά ενός καρμπυρατέρ από ένα αυτοκίνητο σε ένα άλλο, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι «η μεταμόσχευση μέρους ενός ζωντανού οργανισμού και η μεταφορά μέρους ενός μηχανισμού είναι συγκρίσιμα στο σκοπό, αλλά σε τίποτα άλλο.»<sup>36</sup>

Η μεταφορά του οδήγησε στο συμπέρασμα ότι υπάρχουν «διαφορετικοί βαθμοί μεταβιβασιμότητας» ανάμεσα στις νομικές μεταφύτευσης. Ο Otto Kahn-Freund καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η χρήση του συγκριτικού δικαίου στη μεταρρύθμιση του δικαίου πρέπει να συνεπάγεται μια βαθιά γνώση του αλλοδαπού δικαίου καθώς και του κοινωνικού, πολιτισμικού και πολιτικού πλαισίου από το οποίο έχει ληφθεί. Αν αγνοήσουμε αυτό το συνολικό πλαίσιο, μέσα στο οποίο δημιουργείται, αναδύεται και λειτουργεί μία νομική λύση θα μετατραπεί η χρήση αυτής της συγκριτικής μεθόδου, δηλαδή της νομικής μεταφύτευσης σε κατάχρηση.

Ωστόσο ο Kahn-Freund δεν απορρίπτει εντελώς την πιθανότητα μιας νομικής μεταφύτευσης, αλλά τονίζει ότι η άκρατη μεταφορά αλλοδαπών στοιχείων στο εσωτερικό δίκαιο, η οποία αγνοεί το κοινωνικό και πολιτισμικό πλαίσιο του νόμου, είναι καταδικασμένη να αποτύχει .

Προς το σκοπό αυτό προτείνει μια σειρά κριτηρίων για τον προσδιορισμό

<sup>35</sup> Mathias M Siems, Comparative Law, CUP 2014, σ.195.

<sup>36</sup> Otto Kahn-Freund, On Uses and Misuses of Comparative Law, 1974, 37 MLR 1, 5.

του βαθμού μεταφύτευσιμότητας κανόνων και θεσμών. Τα κριτήρια αυτά περιλαμβάνουν περιβαλλοντικούς, γεωγραφικούς, πολιτισμικούς αλλά και κοινωνικοπολιτικούς παράγοντες, οι οποίοι μπορούν κατά τον Kahn-Freund να αποτελέσουν εμπόδια στη μεταφύτευση νομικών κανόνων.

Επισημαίνει βέβαια, μεταξύ άλλων, ότι από την εποχή του Montesquieu, ήτοι από τον 18ο αιώνα μέχρι σήμερα, οι ανωτέρω παράγοντες έχουν χάσει σε μεγάλο βαθμό τη σημασία τους. Τούτο διότι στον σύγχρονο ανεπτυγμένο και βιομηχανοποιημένο κόσμο, τόσο οι κοινωνιολογικοί όσο και οι οικονομικοί αλλά και οι περιβαλλοντικοί παράγοντες έχουν απωλέσει σε μεγάλο βαθμό τη σημασία που είχαν κάποτε .

### 3.2.2. Οι θέσεις του Pierre Legrand

Ακόμα, ισχυρός αντίλογος υπήρξε και από άλλους θεωρητικούς, ιδιαίτερα ως προς τη σχέση δικαίου και κοινωνίας. Ο Pierre Legrand, ένας από τους ισχυρότερους αντιπάλους των μεταφυτεύσεων, υποστηρίζει με πάθος ότι μπορούμε να ερμηνεύσουμε και να κατανοήσουμε το κάθε δίκαιο μόνο μέσα στο πολιτισμικό πλαίσιο στο οποίο αυτό υφίσταται και λειτουργεί. Είναι συνεπώς αδύνατον, σύμφωνα με τον Legrand, να επιτευχθεί βαθιά εκτίμηση του συνδέσμου μεταξύ δικαίου και πολιτισμού, χωρίς να ληφθούν ταυτόχρονα υπόψη οι ιδιαιτερότητες του κάθε πολιτισμού. Ο Pierre Legrand καταλήγει ότι η μεταφύτευση ενός κανόνα δικαίου είναι πρακτικά αδύνατη<sup>37</sup>.

Ο Pierre Legrand, υιοθετώντας τη θέση του Marcel Mauss αντίτινε ότι κάθε νομικός κανόνας πρέπει να γίνεται αντιληπτός ως ένα ολοκληρωμένο κοινωνικό γεγονός<sup>38</sup>, γεγονός που σίγουρα, φαίνεται λογικό.

Εξάλλου, είναι αναντίρρητο πως οι δυσκολίες μίας νομικής μεταφύτευσης είναι σημαντικές. Το κανονιστικό περιεχόμενο μιας ή περισσότερων διατάξεων έχει δημιουργηθεί μέσα σε ένα αξιακό, πολιτισμικό πλαίσιο και ήταν η απάντηση σε ένα συγκεκριμένο ζήτημα μιας συγκεκριμένης κοινωνίας, η οποία βρισκόταν κάτω από μια συγκεκριμένη οργάνωση.

Ταυτόχρονα βρίσκεται μέσα σε ένα αυστηρά καθορισμένο νομικό σύστημα. Η απέκδυση αυτού του νομικού συστήματος είναι το πρώτο σοβαρό ζήτημα, από το οποίο μπορούν να προκύψουν σοβαρές εννοιολογικές συνέπειες. Από την άλλη μεριά, ο τρόπος που θα ενσωματωθεί η νομική μεταφύτευση σε ένα νέο νομικό σύστημα μπορεί να καταστεί προβληματική.

Όσο, λοιπόν και αν γοητεύει η ιδέα πως το δίκαιο μπορεί να δημιουργηθεί γρήγορα και αποτελεσματικά μέσω της υιοθέτησης κανόνων από ένα άλλο νομικό σύστημα, κανόνων οι οποίοι έχουν ήδη δοκιμαστεί στην πράξη, εξελιχτεί, αποκτήσει μια τελική μορφή και έχουν βρεθεί να είναι αποτελεσματικοί, το πρόβλημα έγκειται στο ότι κάθε νομικό σύστημα έχει δημιουργηθεί για να

<sup>37</sup> **P. Legrand**, *What Legal Transplants? στο Adapting Legal Cultures*, 2001, σσ. 57-63

<sup>38</sup> **Marcel Mauss**, 'Essai sur le don', *Sociologie et anthropologie*, 6th ed., Presses Universitaires de France, 1995, at 274-275

εξυπηρετήσει μία συγκεκριμένη κοινωνία με τα δικά της θέσφατα και επιδιώξεις. Υπό αυτό το πρίσμα, ένα σύμπλεγμα διατάξεων που λύνει ένα τεθειμένο κοινωνικό πρόβλημα δεν μπορεί παρά να συνδέεται άμεσα με την ίδια την κοινωνία της οποίας το συγκεκριμένο πρόβλημα προσπαθεί να λύσει.

Φυσικό επακόλουθο είναι πως κοινωνίες που διαφοροποιούνται αισθητά δεν είναι εύκολο να χρησιμοποιούν η μία τις νομικές λύσεις της άλλης αποτελεσματικά, χωρίς τουλάχιστον να είναι αναγκαία μία σημαντική εργασία προσαρμογής.

Αν προσπαθήσουμε να εισάγουμε νομικές λύσεις σε κοινωνικά ζητήματα από μία κοινωνία σε μία άλλη με σημαντικά διαφορετικά πολιτισμικά, θρησκευτικά, φιλοσοφικά υπόβαθρα, είναι σχεδόν βέβαιο πως οι λύσεις αυτές ή δε θα αφομοιωθούν ή δε θα είναι αποτελεσματικές ή θα δημιουργήσουν πληθώρα συνεπακόλουθων και δυσεπίλυτων προβλημάτων, συχνά μεγαλύτερων σε ένταση από το πρόβλημα για του οποίου τη λύση εισάχθηκαν. Σημειωτέο ότι η ως άνω διάζευξη δεν είναι αποκλειστική, δηλαδή μπορούν και συνήθως έτσι γίνεται, να εμφανιστούν περισσότερα από ένα από τα ως άνω προβλήματα που πιθανόν να δημιουργεί η νομική μεταφύτευση.

Το βασικό, λοιπόν, επιχείρημα του Legrand ενάντια στις νομικές μεταφυτεύσεις είναι ότι εμπεριέχουν έναν ακραίο θετικισμό και δεν εκφράζουν τον πολυσήμαντο χαρακτήρα της αλληλεπίδρασης μεταξύ των στοιχείων ενός κοινωνικού συνόλου<sup>39</sup>.

Ακόμα οι κανόνες όπως λειτουργούν στο νομικό σύστημα στο οποίο δημιουργήθηκαν, έχουν πλαισιωθεί από άλλους κανόνες και κριτήρια του οικείου νομικού και κοινωνικού πλαισίου. Οι κανόνες και τα κριτήρια αυτά θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ακολουθήσουν τις διατάξεις που επιλέγονται προς νομική μεταφύτευση.

Σε αντίθετη περίπτωση ελλοχεύει ο κίνδυνος, όχι μόνο η νομική μεταφύτευση να μην μπορεί να λειτουργήσει στο δίκαιο του λήπτη, αλλά να δημιουργήσει και πληθώρα σημαντικών προβλημάτων όπως παραβιάσεις σημαντικών αρχών, ενίοτε και συνταγματικών αρχών οι οποίες φυσικά, δεν είναι

---

<sup>39</sup> P. Legrand, What Legal Transplants? , Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, 4, σ. 122

ανεκτό να παραβιάζονται..

Θα μπορούσε η νομική μεταφύτευση, για παράδειγμα, η οποία εισάγεται χωρίς την εισαγωγή των κριτηρίων που υπάρχουν στο σύστημα του δότη να οδηγήσει σε ανεπιεικείς λύσεις ή άδικες λύσεις ή λύσεις που παραβιάζουν την αρχή της ισότητας<sup>40</sup>, την αρχή της αναλογικότητας και άλλες αρχές.

Είναι, ως εκ τούτου, σημαντικό, όταν επιχειρούνται νομικές μεταφυτεύσεις, αυτό να γίνεται με πολύ προσεκτικό τρόπο και να λαμβάνεται υπόψιν όλο το κανονιστικό περιεχόμενο, αλλά και όλο το κοινωνικό, πολιτισμικό, πολιτικό υπόβαθρο του από ξένο σύστημα και υπό μεταφύτευση νομικού κανόνα. Ο ίδιος ο Pierre Legrand, βέβαια, τις απορρίπτει σε κάθε περίπτωση και επισημαίνει τον κίνδυνο που ενυπάρχει σε κάθε περίπτωση ενοποιητικής ιδεολογίας, ο οποίος είναι ότι έτσι εξαφανίζονται στοιχεία, γεγονός που μπορεί να είναι καταστροφικό<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Σύμφωνα με την αρχή της αναλογικής ισότητας, όμοιες καταστάσεις πρέπει να ρυθμίζονται με παρόμοιο τρόπο και ανόμοιες καταστάσεις με αναλογικά ανόμοιο τρόπο (α 4 παρ 1 και 25 παρ 1 Σ). Το πρόβλημα της παραβίασης της Αρχής της Αναλογικής Ισότητας τις περισσότερες φορές εδράζεται σε λανθασμένη επιλογή κριτηρίου.

Βλ. **Σπυρίδων Ντίλης**, Η θεμελίωση και η υφή των δικαιωμάτων σύμφωνα με τον Robert, Nozick., 2020, σ. 22επ.

Αντί δηλαδή να διαχωριστούν οι ανθρώπινες συμπεριφορές με βάση ένα σαφές και ορθό κριτήριο, διαχωρίζονται με βάση ένα λανθασμένο, άσχετο και έωλο κριτήριο, με αποτέλεσμα παρόμοιες συμπεριφορές να θεωρούνται διαφορετικής βαρύτητας εξ' αιτίας του λανθασμένου κριτηρίου και να αντιμετωπίζονται διαφορετικά ή από την άλλη πλευρά, διαφορετικές συμπεριφορές, λόγω ακριβώς αυτού του λανθασμένου κριτηρίου, να θεωρούνται ότι ανήκουν στην ίδια ομάδα συμπεριφορών και να αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο.

<sup>41</sup> **P. Legrand**, The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure, Tulane Law Review, 75, 2001, σσ. 1033 - 1035

### 3.2.3. Οι θέσεις του Lawrence Friedman

Ο Lawrence Friedman, επίσης, αντιπαράκειται ακόμη πιο σθεναρά στην αναπτυγμένη από τον Alan Watson θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων. Απορρίπτει, ακολούθως τη θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων αφού είναι λάθος να αντιμετωπίζονται τα δικαιοκτικά συστήματα σαν στατικά<sup>42</sup>, ενώ, προφανώς, δεν είναι.

Το δίκαιο είναι ένα διαρκώς μεταβαλλόμενο κοινωνικό φαινόμενο και εξελίσσεται παράλληλα με την κοινωνία και ανταποκρίνεται σε ό,τι συμβαίνει σε αυτή<sup>43</sup>.

Αντίθετη με τη θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων είναι και η θεωρία του καθρέπτη (mirror theorie). Σύμφωνα με αυτή, το δίκαιο είναι ο καθρέπτης που αντικατοπτρίζει την κοινωνία, ή τουλάχιστον ορισμένη όψη αυτής<sup>44</sup>. Αυτή είναι και η θέση που υιοθετεί ο Lawrence Friedman. Συνεπακόλουθα δε δέχεται τις νομικές μεταφυτεύσεις ως ένα ορθό ή έστω αποτελεσματικό τρόπο διάπλασης του δικαίου.

Οι νομικές μεταφυτεύσεις, υπό αυτή τη λογική, έρχονται από μία άλλη κοινωνία με τα δικά της πραγματικά και πολιτισμικά στοιχεία και κυρίως τις δικές της ανάγκες. Δεν μπορούν, λοιπόν, να εκφράζουν και να ταιριάζουν με τις ιδιαίτερες ανάγκες της κοινωνίας που δέχεται μια νομική μεταφύτευση.

Η θεωρητική αυτή θέση του Lawrence Friedman βρίσκεται σε πλήρη αντίθεση με τη θέση του Alan Watson. Με αυτόν τον τρόπο ξεκίνησε ένας έμμεσος διάλογος ανάμεσα σε αυτούς τους δύο θεωρητικούς, δια μέσου των έργων τους.

Φυσικά ο αντίλογος του Watson έχει κάποια σημεία που χρήζουν τουλάχιστον σκέψης. Ο Watson αντέτεινε ότι οι νομικοί κανόνες παραμένουν σε ισχύ, για αρκετό καιρό μετά την θέσπισή τους, ακόμα και αν αποδειχτούν αναποτελεσματικοί. Οι νομικοί κανόνες παραμένουν σε ισχύ μέχρι να

<sup>42</sup> **Ελίνα Ε. Μουσταϊρά**, Δικαιοκτικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού Δικαίου, 2013, σ. 44

<sup>43</sup> **L. Friedman**, Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants στο *Adapting Legal Cultures* (Nelken, D & Feest, J. Eds) Oxford: Hart Publishing, 2001, σ. 93

<sup>44</sup> **R. Cotterrell**, Is there a logic in Legal Transplants? στο *Adapting Legal Cultures*, 2001, σ. 71-72

καταργηθούν ή έστω να τροποποιηθούν<sup>45</sup>.

Με βάση αυτή την αδήριτη πραγματικότητα δεν ισχύει πάντα ότι όλοι οι κανόνες δικαίου βρίσκονται σε αιτιώδη συνάφεια με τις κοινωνικές ανάγκες<sup>46</sup> ή τουλάχιστον δεν βρίσκονται διαρκώς σε αιτιώδη συνάφεια με αυτές.

---

<sup>45</sup> **A. Watson**, *Legal Transplants*, 2nd ed, University of Georgia Press, 1993, σ. 95

<sup>46</sup> **M. Gal**, The "Cut and Paste" of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant, *European Journal of Law Reform*, 9 (3), 2007, σ. 470-471

### 3.2.4. Η θέση του Gunther Teubner.

Ο Gunther Teubner, ο οποίος υπήρξε σημαντικός μελετητής της κοινωνικής θεωρίας του δικαίου, επεδίωξε να βρει μία μέση θεωρητική λύση. Με αφορμή τις προσπάθειες ενοποίησης του δικαίου εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>47</sup> μελέτησε το ζήτημα.

Ο Teubner προτείνει μια εννοιολογική διαφοροποίηση της θεωρίας των μεταφυτεύσεων. Σύμφωνα με αυτόν, η θεωρία του Legrand είναι υπερβολικά προσκολλημένη στο πολιτισμικό πλαίσιο και δεν λαμβάνει υπόψιν ότι υπάρχουν περιπτώσεις που ο Watson έχει δίκιο και δεν ισχύει η mirror theory και συμφωνεί με τον Watson ότι οι νομικές μεταφυτεύσεις αποτελούν μια σημαντική πηγή εξέλιξης του δικαίου, όμως δεν είναι η μοναδική και φυσικά δεν είναι η βασική.

Φυσικά, αναγνωρίζει τις δυσκολίες και δίνει βάση σε μια προσεκτική προσέγγιση στην κάθε περίπτωση μιας νομικής μεταφύτευσης, αφού πράγματι, αποδέχεται ότι μπορούν να υπάρξουν (όχι πάντα, όμως) βαθιές εξωνομικές συνέπειες που θα μπορούσαν να είναι αρνητικές.

---

<sup>47</sup> **G. Teubner**, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, *Modern Law Review*, 1998, 61, σσ. 11-32.



### 3.3. Σύγχρονη νομική πραγματικότητα και ρεαλιστικές θεωρητικές προσεγγίσεις

Πέρα από τη θεωρητική σύγκρουση εδραζόμενη στο ζήτημα των νομικών μεταφυτεύσεων, η αλήθεια είναι πως υπάρχουν ανάγκες για γρήγορες λύσεις που λύνουν εποικοδομητικά και αποτελεσματικά κοινωνικά προβλήματα. Υπό αυτήν την έννοια, μία κοινωνία δεν μπορεί να μείνει αδιάφορη σε λύσεις που έχουν δοθεί, στα πλαίσια ενός ξένου νομικού συστήματος, με επιτυχία στο ίδιο κοινωνικό πρόβλημα που καλείται να αντιμετωπίσει και η ίδια.

Περαιτέρω, ο νομικός πλουραλισμός, δηλαδή η συνύπαρξη στοιχείων από διαφορετικά νομικά συστήματα, στην ίδια κοινωνία είναι διαδεδομένος στα χρόνια που ολόκληρη η υδρόγειος μοιάζει με ένα ενιαίο διαδραστικό χώρο.

### 3.3.1. Νομικός πλουραλισμός και υβριδικά νομικά συστήματα.

#### 3.3.1.1 Νομικός Πλουραλισμός

Με τον όρο «νομικός πλουραλισμός» νοηματοδοτείται το φαινόμενο της συνύπαρξης στην ίδια κοινωνία η ταυτόχρονη συνύπαρξη νομικών συστημάτων, διαφορετικής προέλευσης. Αυτή η προέλευση μπορεί να είναι για παράδειγμα, κρατική ή εκκλησιαστική ή υπερκρατική ή διεθνής ή εθιμική ή συλλογική κλπ.

Το φαινόμενο αυτό, ασφαλώς και δεν είναι νέο. Αντίθετα, έχει υπάρξει διαδεδομένο στους προηγούμενους αιώνες και μάλιστα ήταν και το συνήθως συμβαίνον. Ας σκεφτούμε λίγο πως στο Βυζάντιο<sup>48</sup> το εκκλησιαστικό δίκαιο μπορούσε να διορθώσει ακόμα και τις αυτοκρατορικές νεαρές και φυσικά και το αντίστροφο. Συνυπήρχαν λοιπόν και το κρατικής προέλευσης δίκαιο και το εκκλησιαστικό<sup>49</sup>.

Ήδη από τις απαρχές του 20ο αιώνα το μονοπώλιο του κράτους στην ουσιαστική νομοθέτηση δέχτηκε κλυδωνισμούς. Φιλοσοφικά ρεύματα που ανέδειξαν τον ιδιαίτερο ρόλο της εμπειρίας από τη μία πλευρά και της ανθρώπινης κοινωνικότητας από την άλλη αμφισβήτησαν την αρχή της νομιμότητας και προώθησαν το νομικό πλουραλισμό<sup>50</sup>.

Παράλληλα η ανθρωπολογία ανέδειξε αρκετά ημιαυτόνομα πεδία νομικής ρύθμισης και ευνόησε το νομικό πλουραλισμό στη Δύση, αφού πρώτα μελέτησε το φαινόμενο στις παραδοσιακές κοινωνίες<sup>51 52</sup>.

---

<sup>48</sup> **A. Παπαχρίστου**, Εισαγωγή στην Κοινωνιολογία του Δικαίου, Ι. Θεωρητικό πλαίσιο, 1984, σ. 99 επ

<sup>49</sup> **G. Michaelides-Nouaros**, «Quelques remarques sur le du pluralisme juridique en Bysance», Βυζαντινά, 1977, τ. 9ος, σ. 421 επ

<sup>50</sup> Βλ. **D. Christopoulos**, Droit, Europe et Minoritis, Critique de la connaissance juridique, σ. 158 επ.

<sup>51</sup> Βλ. **K. Tfoore**, «Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», Law and Society Review, 1973, σ. 719 επ

<sup>52</sup> **B. Doupret**, «Ligal Pluralism, Plurality of Laws and Legal Practices. Theories critiques and Praxiological Re-specification», European Journal of Legal Studies, 2007, 1,1

Η παγκοσμιοποίηση οδήγησε στην περαιτέρω αμφισβήτηση του κρατικού μονοπωλίου στην ουσιαστική νομοθέτηση<sup>53</sup> και επέτεινε το φαινόμενο. Ένας κόσμος με οικουμενική διάδραση δε θα μπορούσε να είναι τόσο «κλειστός» από τη σκοπιά της δικαιοπαραγωγής. Η παγκοσμιοποίηση δε θα μπορούσε να μην έχει άμεσες και ουσιαστικές επιρροές στο δίκαιο<sup>54</sup>.

Εξάλλου, στο παγκοσμιοποιημένο περιβάλλον, έχει εγκαθιδρυθεί ένα σύστημα πολυεπίπεδης διακυβέρνησης<sup>55</sup> με τα διάφορα επίπεδα της να αλληλεπιδρούν και ενίοτε να συγκρούονται. Αυτό φυσικά επιρρωνύει τη θέση, σύμφωνα με την οποία η κρατική νομοθετική παραγωγή δεν είναι η μόνη πηγή ουσιαστικής νομοθέτησης.

Από την άλλη μεριά, οι εξελίξεις στην παραγωγή και στο εμπόριο είχαν, ως λογικό επακόλουθο, την γέννηση νέων αυτόνομων ή σχεδόν αυτόνομων πεδίων νομικής ρύθμισης. Ο Παγκόσμιος Οργανισμός Εμπορίου, η Παγκόσμια Τράπεζα, το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο κ.α. ρύθμισαν τα πεδία ενασχόλησης και δράσης τους, αυτόνομα. Οι κανόνες που παρήχθησαν λειτουργήσαν ρυθμιστικά και φυσικά δεν αποκρούστηκαν από τις κρατικές οντότητες. Αντίθετα οι κρατικές οντότητες τις αγκάλιασαν και τελικώς τις δέχτηκαν.

Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα σύγχρονου οικουμενικού δικαίου μη κρατικής προέλευσης αποτελεί η *Lex Mercatoria*. Η *Lex Mercatoria* διαμορφώθηκε έξω από κρατικές παρεμβάσεις και είναι τυπικό παράδειγμα νομικού πλουραλισμού στο πεδίο των διεθνών συναλλαγών<sup>56</sup>.

Ως *Lex Mercatoria* μπορούμε να πούμε ότι ορίζεται το δίκαιο της εκδίκασης των διαφορών που προκύπτουν από διεθνείς εμπορικές συμβάσεις, βάσει μερικών ουσιαστικών και διαδικαστικών αρχών, δυνάμει των οποίων οι εύλογες προσδοκίες των μερών μιας συγκεκριμένης σύμβασης καθίστανται η ενιαία πηγή των συμβατικών δικαιωμάτων, υποχρεώσεων και κατανομών κινδύνων. Με το ουσιαστικό της πλαίσιο, η *Lex Mercatoria* ασχολείται, είτε ως *lex contractus* είτε

---

<sup>53</sup> **B. Z. Tamanaha**, «The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism)), *Journal of Law and Society*, 1993, σ. 192 επ

<sup>54</sup> **Boaventura de Sousa Santos**, *Vers un Nouveau Sens Commun juridique, Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, γαλλική μετάφραση του έργου *Toward a New Common Sense*, 1995, από N. Gonzales Lajoie, L.G.D.J., 2004, σ. 275-435

<sup>55</sup> **A. Μανιτάκη**, *Συνταγματική Οργάνωση του Κράτους, Κράτος-Έθνος-Σύνταγμα, Κυριαρχία, Παγκοσμιοποίηση*, Εκδ. Σάκκουλα, 2001, σ. 140 επ

<sup>56</sup> Βλ. αναλυτικά **Χ. Παμπούκη**, *Η Lex Mercatoria, ως εφαρμοστέο δίκαιο στις διεθνείς συμβατικές σχέσεις*, Αθήνα, 1996

ως *lex fori*, με την ερμηνεία, τη συμπλήρωση και τη διόρθωση της σύμβασης, καθώς και τις εφαρμοστέες εθνικές νομοθεσίες σύμφωνα με τις βασικές αρχές στις οποίες στηρίζεται με τη σειρά του το διεθνές εμπόριο

Οι μορφές νομικού πλουραλισμού έχουν επηρεάσει τη δομή του συγκριτικού δικαίου, γιατί έχουν διευρύνει το αντικείμενο του, εντάσσοντας στην ύλη του, δίπλα στα κρατικής προέλευσης δίκαια που λειτουργούν σε οριζόντιο επίπεδο, και ποικίλους άλλους διεθνείς, υπερεθνικούς και διεθνικούς, νομικούς κανόνες, οι οποίοι λειτουργούν σε περιφερειακό και παγκόσμιο επίπεδο<sup>57</sup>.

Εξαιτίας αυτής της διεύρυνσης, στο παγκοσμιοποιημένο σύγχρονο περιβάλλον, η νομική σύγκριση διεξάγεται συγχρόνως τόσο οριζοντίως όσο και καθέτως<sup>58</sup>. Εμφανίζει, με άλλα λόγια, μια πολυεπίπεδη δομή<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Βλ. **H. Muir Watt**, «Globalization and Comparative Law», εις M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, σ. 579 επ.

<sup>58</sup> **A. Riles**, «Comparative Law and Socio-Legal Studies», εις M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, σ. 776 επ.

<sup>59</sup> **H. Zacher**, «Einleitung: horizontaler und verticaler Sozialrechtsvergleich», εις του ιδίου, *Sozialrechtsvergleich in Bezugsrahmen in-ternationalen und supranationalen Rechts*, 1978, σ. 9

### 3.3.1.2. Νομική Υβριδικότητα

Οι σύγχρονοι νομικοί, άμεσα επηρεαζόμενοι, αφ' ενός από τη θεωρία της νομικής υβριδικότητας (legal hybridity) και αφ' ετέρου από τη θεωρία του νομικού πλουραλισμού, χρησιμοποιούν αυτές για να καταδείξουν το γεγονός ότι, σε πολλές περιπτώσεις, στο ίδιο δικαιοσύστημα αλληλοεπιδρούνε δύο ή περισσότερες νομικές παραδόσεις<sup>60</sup>.

Η νομική υβριδικότητα ορίζεται ως η μελέτη των νομικών συστημάτων, δυτικών και μη, στα οποία αναγνωρίζεται και φαίνεται η επιρροή στοιχείων αλλότριων δικαίων.

Τα νομικά συστήματα αυτά, ονομάζονται από τον Donlan ως υβριδικά (hybrid). Τα υβριδικά νομικά συστήματα έχουν ευρύτερο εννοιολογικό περιεχόμενο από αυτό των μικτών δικαιοσύστημάτων και χρησιμοποιείται για να εκφράσει γενικότερα την ανάμιξη αλλοδαπών στοιχείων στα διάφορα δίκαια. Τα μικτά νομικά συστήματα αποτελούν μία ειδικότερη κατηγορία<sup>61</sup> των υβριδικών νομικών συστημάτων. Θα λέγαμε ότι αποτελούν ένα γνήσιο υποσύνολο τους.

Η υβριδικότητα των νομικών συστημάτων, ουσιαστικά αποκαλύπτει την πολυπλοκότητα των σύγχρονων δικαιοσύστημάτων σε όλα τους τα επίπεδα – παγκόσμιο, κρατικό, τοπικό<sup>62</sup> και τη διάδραση τους.

Τα εθνικά νομικά συστήματα σήμερα, μόνο κατ' επίφαση συνιστούν ένα αδιαίρετο ενιαίο σύνολο. Είναι πασιφανές ότι στα εθνικά νομικά συστήματα συνυπάρχουν επίσημες και ανεπίσημες, διαφορετικής προέλευσης, δικαιοδοσίες και αναμεταξύ τους υπάρχει μία σύνθεση, σύμφωνα με την οποία τελικά προκύπτει μία πανσπερμία αναφορικά με την προέλευση των δικαιοσύστημάτων λύσεων. Με αυτό τον τρόπο, νομικοί κανόνες τόσο από επίσημες όσο και από ανεπίσημες

---

<sup>60</sup> **V. Palmer**, Two Rival Theories of Mixed Legal Systems, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008, σ. 16,

<sup>61</sup> **S. Donlan**, Comparative Law and hybrid legal traditions: an introduction στο *Comparative and hybrid legal traditions* (Cashin-Ritaine, E., Donlan, S. & Sychold, M. Eds) Swiss Institute of Comparative Law, 2010, 67, σσ. 9-11

<sup>62</sup> **S. Donlan**, Remembering: Legal Hybridity and Legal History στο *Comparative Law Review*, 2(1), 2011, σ. 4

πηγές δικαίου, συνθέτουν το κρατικό δίκαιο στο σύνολό του<sup>63</sup>. Το φαινόμενο, λοιπόν, αυτό είναι καθοριστικό και μελετώντας τις νομικές μεταφυτεύσεις, πρέπει να έχουμε πάντα υπόψιν, αυτήν τη σύγχρονη πραγματικότητα.

---

<sup>63</sup> **Ελίνα Ε. Μουσταΐρα**, Δικαιικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού Δικαίου, 2013, σ. 74

### 3.3.2. Μία αποτελεσματική θεωρητική προσέγγιση για την εφαρμογή των νομικών μεταφυτεύσεων.

Τα πλεονεκτήματα των νομικών μεταφυτεύσεων που αναλύθηκαν προηγουμένως, ότι δηλαδή οι διατάξεις που μεταφυτεύονται έχουν δοκιμαστεί, με (σχετική) επιτυχία, από άλλες κοινωνίες για την αντιμετώπιση ίδιων ή έστω παρόμοιων προβλημάτων, ότι τα αποτελέσματα αυτών των νομικών λύσεων είναι γνωστά και ίσως μετρήσιμα, ότι οι νομικές λύσεις που θα μεταφυτευθούν, πέρα από δοκιμασμένες, με επιτυχία, είναι και έτοιμες για εφαρμογή, εδώ και τώρα και δε χρειάζεται να περιμένουμε εύλογο χρονικό διάστημα για να επινοηθεί νέα λύση, να δοκιμαστεί και τέλος να εφαρμοστεί, ότι η νομική μεταφύτευση οδηγεί σε μια ομοιομορφία λύσεων για την αντιμετώπιση παρόμοιων προβλημάτων από τις κοινωνίες, γεγονός που είναι σημαντικό σε μια παγκοσμιοποιημένη κοινωνία, ειδικά αν μιλάμε για εμπορικούς κανόνες, ότι εξοικονομούνται πόροι, πέρα από το χρόνο που, ήδη, αναφέρθηκε πιο πάνω, ότι σε αντίθετη περίπτωση, δηλαδή στην περίπτωση που δεν ακολουθείται μία νομική μεταφύτευση, πολλές φορές λόγω ανθρώπινης αδράνειας, δε δίνεται καμία απολύτως λύση και η κατάσταση λιμνάζει ή έστω αργεί ιδιαίτερα η εύρεση κάποιας λύσης, ότι η λύση που θα βρεθεί, αν δε πραγματοποιηθεί η νομική μεταφύτευση έχει αυξημένο κίνδυνο να μην είναι λειτουργική ή ικανοποιητική, είναι πλεονεκτήματα που δεν αφήνουν ασυγκίνητους τους σύγχρονους νομοθέτες.

Η σύγχρονη πραγματικότητα, λοιπόν, επιτάσσει μια κοινωνία να αφουγκραστεί τις λύσεις σε δεδομένα προβλήματα τις οποίες μία άλλη κοινωνία έχει χρησιμοποιήσει με επιτυχία. Οι νομικές μεταφυτεύσεις, λοιπόν, όσο και αν ενέχουν κινδύνους, όσο και αν ακόμα και σήμερα υποκρύπτουν μία μέθοδο «νομικής αποικιοκρατίας» δεν μπορούν να παροραθούν.

Από την άλλη μεριά, αναζητείται μία μέθοδος που να μπορεί να αντιμετωπίσει τα προβλήματα που ανακύπτουν από την υιοθέτηση νομικών λύσεων μιας ξένης κοινωνίας από μία άλλη. Ιδανικά αυτή η μέθοδος πρέπει να περιγράφει το μηχανισμό και τα βήματα του, ώστε να μπορεί να εισαχθεί μία νομική μεταφύτευση σε ένα δίκαιο από ένα άλλο, χωρίς να υπάρχουν και όλα τα

συμπαρομαρτούντα προβλήματα τα οποία ήδη περιεγράφηκαν πιο πάνω.

Στο παρόν υποκεφάλαιο θα προσπαθήσουμε να παρουσιάσουμε μία τέτοια θεώρηση και θα περιγραφούν τα βήματα που πρέπει να ακολουθούνται για να εισάγεται μία νομική μεταφύτευση, όσο γίνεται, χωρίς προβλήματα, από το νομικό σύστημα του δότη στο νομικό σύστημα του λήπτη.

Ανεξαρτήτως των θέσεων που αναλύθηκαν πιο πάνω είναι, νομίζω, δεδομένο πως εξετάζοντας τον τρόπο με τον οποίο οι νομικές λύσεις και οι νομικοί θεσμοί κινούνται σε διάφορες δικαιοδοσίες, οι συγκριτικολόγοι-μελετητές του δικαίου χρησιμοποιούν τις νομικές μεταφυτεύσεις αφού πρώτα έχουν κατανοήσει τόσο τους κινδύνους όσο και τα οφέλη από τη λήψη κανόνων ενός άλλου νομικού συστήματος.

Καθώς ζούμε σε μία κοινωνία της παγκοσμιοποίησης, όπου μεταφορές, εμπόριο, συγκοινωνίες και επικοινωνίες δε γνωρίζουν σύνορα ή έστω όχι όπως σε παλαιότερες ιστορικές περιόδους, οι μελετητές του δικαίου και της κοινωνίας ενδιαφέρονται, όλο και περισσότερο, για την επιρροή του διεθνή παράγοντα στην αναζήτηση των βέλτιστων νομικών λύσεων στα κοινωνικά ζητούμενα.

Είναι λογικό, λοιπόν, πως ένας νομοθέτης θα αναζητήσει νομικές λύσεις που έχουν αντιμετωπίσει παρόμοια θέματα με αυτά που καλείται να επιλύσει μέσα στο κοινωνικό πλαίσιο που δρα.

Το βασικό είναι πως οι νομοθέτες έχουν στέρεη γνώση για τις λύσεις που έχουν προωθηθεί από άλλα συστήματα, ενδεχόμενα σε πολύ μακρινά σημεία του πλανήτη, ως απάντηση σε αντίστοιχους προβληματισμούς με αυτούς που έχουν και οι ίδιοι να αντιμετωπίσουν. Μπορούμε λοιπόν να μάθουμε πολλά από την πλούσια πρακτική σε άλλες νομοθεσίες και ίσως είναι εφικτό να υιοθετηθούν λύσεις οι οποίες δοκιμάστηκαν σε άλλα νομικά συστήματα.

Η επιλογή της σωστής νομοθετικής ρύθμισης ως απάντηση σε ένα κοινωνικό ζήτημα αξιώνει την ορθή κατανόηση κατ' αρχήν του ίδιου του κοινωνικού ζητήματος και των επί μέρους συνιστωσών οι οποίες το συναπαρτίζουν και από την άλλη πλευρά όλων των πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων που υπάρχουν στις υφιστάμενες νομοθετικές ρυθμίσεις, αλλά και σε αυτές που μπορούν να υιοθετηθούν. Πέρα από τη θεωρητική γνώση, είναι διαθέσιμα και τα εμπειρικά αποτελέσματα νομοθετικών ρυθμίσεων που έχουν



υιοθετηθεί από ξένα νομοθετικά συστήματα.

Δεδομένου ότι οι νομικές ρυθμίσεις επηρεάζουν πολλαπλώς την κοινωνικοπολιτική πραγματικότητα, η ενδελεχής παρατήρηση του τρόπου με τον οποίο οι κανόνες δικαίου μεταφέρονται από ένα σύστημα σε ένα άλλο, από μια νομική οικογένεια σε μία άλλη είναι αδήριτη επιστημολογική ανάγκη. Σε σχέση, λοιπόν, με το θέμα της νομικής μεταφύτευσης, είναι σημαντικό να προηγηθεί πλήρης μελέτη των επιμέρους στοιχείων των ξένων λύσεων που πρόκειται να μεταφυτευθούν. Η αλήθεια είναι πως είναι δύσκολη η επακριβής περιγραφική προοπτική της έννοιας και η αυστηρή της σύλληψη.

Πραγματολογικά, ο όρος μεταφύτευση σημαίνει τόσο το κομμάτι της μετακίνησης από το ένα μέρος στο άλλο όσο και τον εγκλιματισμό στις συνθήκες μιας άλλης περιοχής. Κατ' ουσία μία νομική μεταφύτευση εμπεριέχει τρία χρονικώς διαδοχικά στάδια νοητικής λειτουργίας από την πλευρά του νομοθέτη:

1. Στο πρώτο στάδιο οι διατάξεις του ξένου συστήματος (ας το ονομάσουμε Νομικό Σύστημα του Δότη) πρέπει να εξαχθούν πολύ προσεκτικά και να απομονωθούν από το σύστημα από το οποίο προέρχονται.

Εδώ οι δυσκολίες δεν είναι πάντα προφανείς. Αρκεί όμως να αναλογιστούμε πως οι υπό υιοθέτηση διατάξεις ενυπάρχουν σε ένα ενιαίο ξένο σύστημα και αλληλοεπιδρούν με πλείστες άλλες διατάξεις του ξένου συστήματος, αλλά κυρίως αλληλοσυμπληρώνονται με διατάξεις του ξένου συστήματός που πιθανότατα απουσιάζουν από το δικό μας σύστημα (ας το ονομάσουμε Νομικό Σύστημα του Λήπτη).

Είναι, ως εκ τούτου πολύ σημαντικό, όταν εξάγονται οι διατάξεις που θα αποτελέσουν το υλικό της νομικής μεταφύτευσης να συμπεριλαμβάνονται σε αυτές και διατάξεις του Νομικού Συστήματος του Δότη που η ανάγκη υιοθέτησής τους δεν είναι μεν προφανής, γιατί πιθανόν απέχουν από το χώρο του εννοιολογικού πυρήνα των διατάξεων της νομικής

μεταφύτευσης, αλλά που στηρίζουν και σηματοδοτούν τις τελευταίες.

Το στάδιο αυτό είναι πολύ σημαντικό και πολύ δύσκολο. Η νομική ομάδα που αναλαμβάνει αυτήν την εργασία πρέπει απαραίτητα να έχει ως μέλος της ένα συγκριτικολόγο ή έστω να υπάρχουν στέρεες γνώσεις συγκριτικού δικαίου.

Οι δυσκολίες δεν είναι προφανείς. Δυσκολίες υπάρχουν ακόμα και από τη μετάφραση. Περαιτέρω, σε πολλές περιπτώσεις η μετάφραση κάποιων νομικών όρων, σε πολλές περιπτώσεις δεν έχει το ίδιο εννοιολογικό περιεχόμενο στις δύο έννομες τάξεις. Μπορεί το εννοιολογικό περιεχόμενο της μίας από τις δύο να είναι υποσύνολο της άλλης ή μπορεί να έχουν ένα κοινό υποσύνολο και κάθε έννομη τάξη να διευρύνει το εννοιολογικό περιεχόμενο με το δικό της τρόπο. Αυτή η πραγματικότητα χρειάζεται ιδιαίτερη προσοχή γιατί είναι πολύ σημαντική η διερεύνηση των διαφορών που συνακόλουθα θα επηρεάσουν το σύνολο των διατάξεων που χρειάζεται να εισέρθουν στο Νομικό σύστημα του λήπτη.

2. Το δεύτερο στάδιο είναι το στάδιο της μεταφοράς των διατάξεων που έχουν εξαχθεί από το ξένο σύστημα στο δικό μας σύστημα.

Σε αυτό το στάδιο πρέπει να εισέρθουν πολύ προσεκτικά οι νέοι κανόνες και θεσμοί στο Νομικό Σύστημα του Λήπτη.

Είναι πολύ πιθανόν από το νομικό σύστημα του λήπτη να λείπουν διατάξεις που στηρίζουν την υπό υιοθέτηση νομική λύση.

Ακόμα, πρέπει να ληφθεί υπόψιν ότι η υπό υιοθέτηση νομική λύση έχει εξυπηρετήσει ένα άλλο νομικό σύστημα και μία άλλη νομική, πολιτισμική, κοινωνική και οικονομική πραγματικότητα.

Οι ως άνω παρατηρήσεις συντείνουν στην πολύ προσεκτική και

μεθοδική μεταφορά των διατάξεων στο νέο νομικό σύστημα το οποίο πρέπει ενδεχομένως να πλαισιωθεί και από έτερες διατάξεις και στοιχεία, ώστε να καταστεί ομαλή η μετάβαση των ρυθμίσεων στο Νομικό Σύστημα του Λήπτη.

Δηλαδή, σε πολλές περιπτώσεις το σύνολο των υπό υιοθέτηση διατάξεων στο Νομικό Σύστημα του Δότη δεν επαρκεί για να περιγράψει τη σύνθετη πραγματικότητα στο Νομικό Σύστημα του Λήπτη και να λύσει το κοινωνικό πρόβλημα για το οποίο έχει επιλεγθεί η λύση της νομικής μεταφύτευσης.

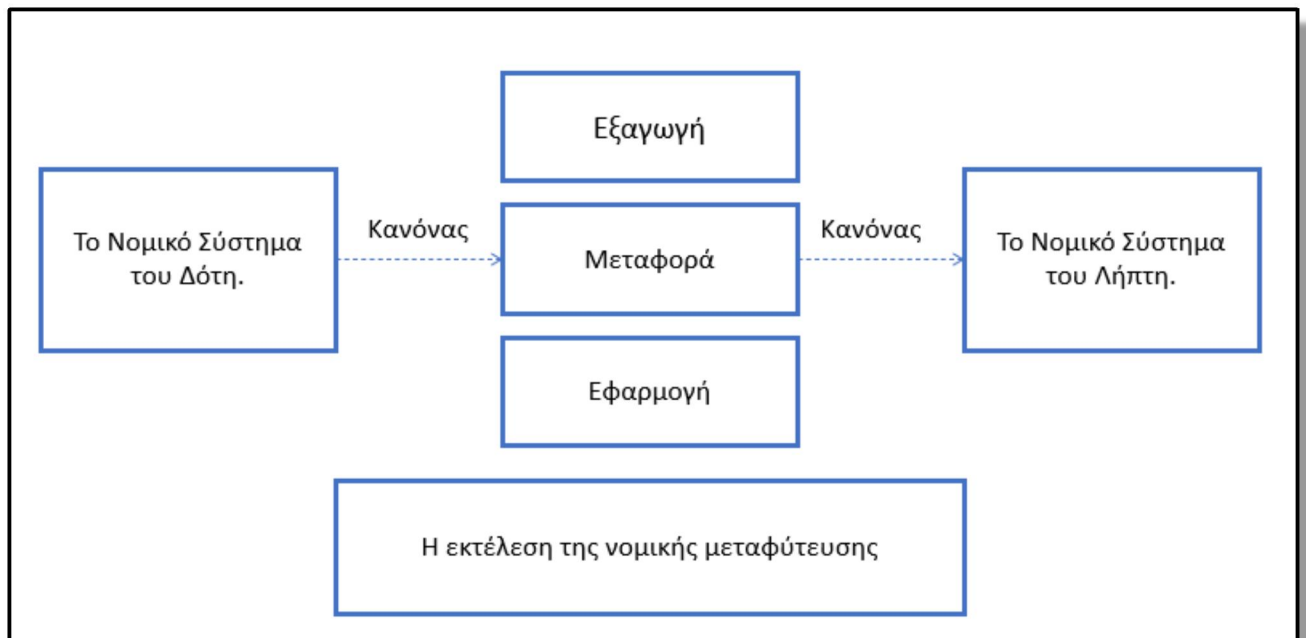
3. Το τρίτο στάδιο είναι το στάδιο της εφαρμογής του νομικού εμφυτεύματος. Θεωρητικά θα πρέπει να εξαχθούν συμπεράσματα από την εφαρμογή του νομικού εμφυτεύματος και να ξεκινήσει μια αναστοχαστική διαδικασία με σκοπό την ομαλή λειτουργία του νομικού εμφυτεύματος και την επίλυση πιθανής μερικής ή ολικής του αστοχίας στο Νομικό Σύστημα του Λήπτη.

Ουσιαστικά, μετά την εφαρμογή της νομικής μεταφύτευσης, πρέπει να προβλεφθεί ένα όχι μικρό διάστημα στο οποίο θα υπάρξουν μελέτες χρησιμότητας και αξιολόγησης της αποτελεσματικότητας της νομικής μεταφύτευσης καθώς και εντοπισμού και αξιολόγησης προβλημάτων που ίσως παρουσιαστούν, επειδή ακριβώς επιλέχθηκε ως λύση η υιοθέτηση νομικών λύσεων από ένα ξένο σύστημα, το Νομικό Σύστημα του Δότη.

Αυτή η αναστοχαστική διαδικασία θα φέρει στην επιφάνεια τις ατέλειες και θα δείξει τις διορθώσεις που πρέπει να; Λάβουν χώρα, ώστε να αυξηθεί η αποτελεσματικότητα του όλου εγχειρήματος, από τη μία πλευρά, καθώς και να αφομοιωθούν οι εισερχόμενες διατάξεις στο Νομικό Σύστημα του Λήπτη με το βέλτιστο δυνατό τρόπο, από την άλλη πλευρά.

Θεωρητικά το τρίτο στάδιο δεν εκτείνεται σε κάποιο μικρό

χρονικό ορίζοντα, αλλά αντίθετα το άνω χρονικό άκρο του θα μπορούσε, θεωρητικά, να είναι όλο το χρονικό διάστημα που η νομική μεταφύτευση παραμένει σε ισχύ και δεν καταργείται από κάποιο άλλο πλέγμα διατάξεων που θα κληθεί να δώσει μια άλλη μορφή στη λύση του κοινωνικού προβλήματος το οποίο η νομική μεταφύτευση έχει κληθεί για να λύσει.



**Σχήμα 1:** Νομική μεταφύτευση: προσπάθειες συνειδητοποίησης και απεικόνιση της λειτουργίας της.<sup>64</sup>

Οι νομικές μεταφυτεύσεις εγκυμονούν κινδύνους, γεγονός που αρκετοί

<sup>64</sup> **Maria Beatrice Berna**, ON LEGAL NORMS AND THEIR CULTURAL CONTEXT: SOME OBSERVATIONS REGARDING LEGAL TRANSPLANTS, *Journal of Law and Administrative Sciences* No.9/2018, σ. 170

θεωρητικοί ανέπτυξαν, αντικρούοντας τη θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων. Όμως είναι αδήριτο γεγονός πως η νομική επιστήμη, σε όλα τα μήκη και πλάτη της υφελίου παρουσιάζει αξιομνημόνευτη ομοιότητα σε αρκετούς θεσμούς, γεγονός που επιρρωνύει, ως ένα σημαντικό, θα λέγαμε, βαθμό, τις θέσεις του Alan Watson.

Στο παρόν υποκεφάλαιο μπόρεσε να αναπτυχθεί, ακροθιγώς, ένα πλαίσιο λειτουργικής ενσωμάτωσης των νομικών λύσεων άλλων νομικών συστημάτων, αντιμετωπίζοντας, με σχετική αποτελεσματικότητα, τα προβλήματα που δημιουργούνται.

Ο τρόπος λειτουργίας που προτείνεται, όταν βρισκόμαστε μπροστά στην ανάγκη μίας νομικής μεταφύτευσης είναι εξαιρετικά επίπονος και δεν ακολουθεί την άποψη του Alan Watson, σύμφωνα με την οποία ο νομοθέτης εισάγει νομικές μεταφυτεύσεις, αφού το να δανείζεσαι (αντιγράφεις) είναι πολύ πιο εύκολο από να σκέφτεσαι.

Αντίθετα, για να εισαχθεί, με τον πιο ασφαλή και αποδοτικό τρόπο, μια νομική μεταφύτευση είναι απαραίτητο να ακολουθηθεί η πιο πάνω αναστοχαστική διαδικασία η οποία και επίπονη είναι και έντονη σκέψη προσ απαιτεί και απαιτητική είναι για το νομοθέτη και κυρίως οδηγεί σε μια διαρκή εξέλιξη των διατάξεων και που συνακόλουθα οδηγεί σε μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα τους, καθώς και μεγαλύτερη προσαρμογή στο νομικό σύστημα του λήπτη.

Δυστυχώς, βέβαια, υπάρχουν πλείστες περιπτώσεις που ο νομοθέτης δεν ακολουθεί τα ως άνω προταθέντα βήματα και το αποτέλεσμα είναι, εν πολλοίς, καταδικασμένο να εμπεριέχει μέρος ή το σύνολο των προβλημάτων και των αστοχιών που αναλύθηκαν πιο πάνω. Είναι βέβαια λογικό και επόμενο ο εκάστοτε νομοθέτης να υιοθετεί μια νομική μεταφύτευση για να αντιμετωπίσει γρήγορα ένα συγκεκριμένο κοινωνικό πρόβλημα, πλην όμως αυτό δε σημαίνει πως δεν μπορεί να δημιουργήσει τις προϋποθέσεις για την προταθείσα αναστοχαστική διαδικασία και κατ' αυτόν τον τρόπο μία μέτρια ρύθμιση να μπορεί να εξελιχθεί και να απωλέσει τα προβλήματα ή σημαντικό μέρος τους, με τα οποία εισήχθη.

Θα λέγαμε, δυστυχώς, πως ο κανόνας είναι ότι το πιο πάνω θεωρητικό

σχήμα και προσέγγιση δεν υιοθετείται ή έστω δεν υιοθετείται στον προσήκοντα βαθμό. Το αποτέλεσμα, εύλογα είναι πως οι νομικές μεταφυτεύσεις, πολύ συχνά δεν πετυχαίνουν τους στόχους τους, δεν είναι αποτελεσματικές και συχνά τα προβλήματα που δημιουργούν είναι συγκρίσιμα, αν όχι και μεγαλύτερα από τις λύσεις που παρέχουν.

## IV. ΜΕΡΟΣ Β: Περιπτώσεις εφαρμογών που αναδεικνύουν την προβληματική.

Στο παρόν μέρος θα εξεταστεί η προβληματική μέσω παραδειγμάτων ένα εκ των οποίων, το δεύτερο από τα δύο που θα εξετάσουμε, είναι λίαν πρόσφατο, από την ελληνική νομική πραγματικότητα. Πρόκειται για την εισαγωγή του αγγλοσαξονικού θεσμού της ποινικής διαπραγμάτευσης στο ελληνικό ποινικοδικονομικό σύστημα. Να σημειωθεί πως το ποινικοδογματικό μας σύστημα είναι ξένο σε λύσεις αγγλοσαξονικού τύπου και εγείρονται σοβαρά θεωρητικά και δογματικά ζητήματα. Άλλωστε υπάρχει σοβαρός θεωρητικός αντίλογος, σύμφωνα με τον οποίο ο θεσμός αυτός είναι ιδιαίτερα προβληματικός για το σύστημα μας.

Είναι άξιο αναφοράς ότι στο συγκεκριμένο παράδειγμα εμφανίζεται εναργώς όλη η θεωρητική προβληματική που αναλύθηκε στην παρούσα, με τα μειονεκτήματα της πρακτικής των νομικών μεταφυτεύσεων, αλλά και η αναγκαιότητα που οδηγεί στη λύση της εισαγωγής νομικών μεταφυτεύσεων από ξένες έννομες τάξεις.

Ο θεσμός αυτός, της ποινικής διαπραγμάτευσης, εξάλλου, καθιερώθηκε, αρχικά, στις χώρες του αγγλοσαξονικού δικαίου κυρίως για πρακτικούς λόγους, υπό την έννοια ότι μέσω αυτού μπορούν να αποφευχθούν<sup>65</sup> οι μακράς διάρκειας δίκες στα ποινικά ακροατήρια και να αποσυμφορηθούν τα ποινικά δικαστήρια από τον, πράγματι μεγάλο όγκο υποθέσεων.

Θα ξεκινήσουμε, όμως, με ένα παράδειγμα από τον ευρύτερο ενωσιακό χώρο:

Συγκεκριμένα θα μελετήσουμε τις ευρωπαϊκοενωσιακές Οδηγίες για την εξάλειψη των διακρίσεων (κάθε μορφής), οι οποίες αποτελούν ένα ιδιαίτερο παράδειγμα μεταφύτευσης νομικών διατάξεων και έλκουν την καταγωγή τους από τις ΗΠΑ. Κεντρικό στόχος για τον Ενωσιακό νομοθέτη σχετικά με το εφαρμοστέο δίκαιο αποτελεί η ασφάλεια δικαίου και η άρση κάθε αμφιβολίας για

---

<sup>65</sup> **Χρίστος Μυλωνόπουλος**, Ο θεσμός της (ποινικής) διαπραγμάτευσης (plea bargaining). Σκέψεις για τη θεωρητική θεμελίωση και την πρακτική λειτουργία του, σ. 1

το νομικό πλαίσιο<sup>66</sup> στα πλαίσια της ΕΕ.

Αυτές οι Οδηγίες έτυχαν επεξεργασίας από την Ευρωπαϊκή Ένωση και στη συνέχεια υιοθετήθηκαν από τα εσωτερικά δίκαια των κρατών μελών της ΕΕ

Η ΕΕ έχει εισάγει διατάξεις για την καταπολέμηση των διακρίσεων τόσο στο πρωτογενές της δίκαιο, όσο και στο δευτερογενές δίκαιο της και μέσω αυτών των Οδηγιών θα φανεί πως έχουν εισαχθεί οι αντίστοιχες διατάξεις και ποια τα προβλήματα που δημιουργήθηκαν στις χώρες-κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

---

<sup>66</sup> **Σ. Ντίλης**, Κύρια και Δευτερεύουσες διαδικασίες αφερεγγυότητας στο πλαίσιο των Κανονισμών 1346/2000 και 2015/848, 2018, σ.12



#### 4.1. Εισαγωγή κανονιστικού πλαισίου για απαγόρευση των διακρίσεων στα κράτη μέλη της ΕΕ.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, οι Οδηγίες της ΕΕ (πρώην ΕΚ) για την εξάλειψη των διακρίσεων (κάθε μορφής), αποτελούν ένα παράδειγμα νομικής μεταφύτευσης με καταγωγή από τις ΗΠΑ και επεξεργασία από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Στη συνέχεια υιοθετήθηκαν από τα εσωτερικά δίκαια των κρατών μελών της ΕΕ.

Η ΕΕ έχει εισάγει διατάξεις για την καταπολέμηση των διακρίσεων τόσο στο πρωτογενές της δίκαιο, όσο και στο δευτερογενές. Επίσης η ΕΣΔΑ περιέχει αντίστοιχες ρυθμίσεις. Ενδεικτικά:

- τα άρθρα 10 και 19 της ΣΛΕΕ αναφέρονται σε ζητήματα διακρίσεων
- Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης περιλαμβάνει συγκεκριμένες διατάξεις για:
  - την ισότητα (άρθρο 20),
  - την απαγόρευση των διακρίσεων (άρθρο 21),
  - την πολιτιστική, θρησκευτική και γλωσσική πολυμορφία (άρθρο 22),
  - την ισότητα γυναικών και ανδρών (άρθρο 23)
  - την ένταξη των ατόμων με αναπηρίες (άρθρο 26)
- το 12ο Πρωτόκολλο της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων συμπληρώνει και επεκτείνει την ισχύουσα διάταξη του άρθρου 14 της εν λόγω Σύμβασης για την καταπολέμηση των διακρίσεων<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> G. De Búrca, The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law, The American Journal of Comparative Law, 60 (1),2012, σσ. 2-3

Περαιτέρω σημαντικότερες είναι οι Οδηγίες:

- Οδηγία 43/2000/ΕΚ για τη φυλετική ισότητα
- Οδηγία 78/2000/ΕΚ για την ισότητα στην απασχόληση
- Οδηγία 2002/73/ΕΚ για την ισότητα των φύλων στην απασχόληση
- Οδηγία 2004/113/ΕΚ, για την ισότητα των φύλων στα αγαθά και τις υπηρεσίες

Η ΕΕ (πρώην ΕΚ) εμπνεύστηκε από τις αντίστοιχες νομοθετικές ρυθμίσεις του ΗΒ, οι οποίες είχαν αντίστοιχα πηγή έμπνευσης τους τη νομολογία και νομοθεσία των ΗΠΑ στα αντίστοιχα πεδία. Στις ΗΠΑ αναπτύχθηκε το κίνημα για την κατοχύρωση των αστικών και πολιτικών δικαιωμάτων (civil rights movement), μετά το 2<sup>ο</sup> Παγκόσμιο Πόλεμο. Το εν λόγω κίνημα προώθησε την ανεκτικότητα απέναντι στο διαφορετικό στις ΗΠΑ κατά το δεύτερο μισό του 20ου αιώνα<sup>68</sup>, γεγονός που ήταν αναγκαίο για την κοινωνική ειρήνη, μιας και οι κοινωνίες στις ΗΠΑ ήταν πολυπολιτισμικές.

Οι αρχές αυτές υιοθετήθηκαν μετέπειτα από το Ηνωμένο Βασίλειο, με τη:

- i. Sex Discrimination Act του 1975, που απαγόρευε τις διακρίσεις με βάση το φύλο
- ii. Race Relation Act του 1976 που απαγόρευε τις διακρίσεις με βάση τη φυλετική καταγωγή και επηρεάστηκε σε σημαντικότατο βαθμό από τη νομολογία του Ανώτατου Δικαστηρίου των ΗΠΑ,
- iii. Disability Discrimination Act (1995), που απαγόρευε τις διακρίσεις λόγω αναπηρίας.

---

<sup>68</sup> **Χ. Δεληγιάννη-Δημητράκου**, Οι Πολλαπλές Διακρίσεις, Συγκριτική Προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2012, 71, σ. 968

Το 2005, υπήρξε η Equality Act, η οποία είναι ο σύγχρονος νόμος περί ισότητας και απαγορεύει τις διακρίσεις λόγω φυλής, φύλου, αναπηρίας, σεξουαλικού προσανατολισμού, θρησκείας, πεποιθήσεων και ηλικίας<sup>69</sup>.

Οι έννοιες της ίσης προστασίας και της μη διάκρισης υπαγορεύτηκαν από σημαντικές αποφάσεις για το δίκαιο των Η.Π.Α., όπως η *Brown v. Board of Education* (1954)<sup>70</sup> όπου το Ανώτατο Δικαστήριο των Η.Π.Α. κήρυξε αντισυνταγματικούς τους πολιτειακούς νόμους που προέβλεπαν χωριστά δημόσια σχολεία για μαύρους και λευκούς φοιτητές. Η απόφαση αυτή ανέτρεψε το προϋφιστάμενο καθεστώς το οποίο υπαγορεύτηκε από την απόφαση *Plessy v. Ferguson* του 1896, η οποία επέτρεπε τον φυλετικό διαχωρισμό (segregation) στη δημόσια εκπαίδευση.

Ακόμα, η έννοια των έμμεσων διακρίσεων διατυπώθηκε αρχικά στην απόφαση *Griggs v. Duke Power Co.* του 1971<sup>71</sup>. Η έννοια αυτή εισήχθη αυτούσια στην *Sex Discrimination Act* του 1975 και στη *Race Relation Act* του 1976. Εισήχθη, περαιτέρω και στις Οδηγίες 2000/43/EΚ και 2000/78/EΚ<sup>72</sup>.

Η νομοθεσία στο ΗΒ υιοθέτησε την αμερικανική νομική πραγματικότητα και έτσι οδηγηθήκαμε σε (έμμεσες) νομικές μεταφυτεύσεις, από το Αμερικάνικο Δίκαιο, στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>73</sup>.

Ο βασικός σκοπός των μεταφυτεύσεων αυτών στην ΕΕ ήταν η επίτευξη της κοινωνικής ισότητας κι ευημερίας<sup>74</sup>, ενώ στις ΗΠΑ το ζήτημα ξεκίνησε από το *civil rights movement*. Μέσα σε αυτό το πλαίσιο, το αμερικανικό μοντέλο μη διάκρισης δημιούργησε και συναγωνίστηκε αμέσως στη συνέχεια με το

---

<sup>69</sup> **G. De Búrca**, *The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law*, *The American Journal of Comparative Law*, 60 (1), 2012, σ. 4

<sup>70</sup> **Brown v. Board of Education of Topeka**, *Shawnee County, Kan*, 1954, 347 U.S. 483, 495. Στην εν λόγω υπόθεση – σταθμό για το αμερικανικό δίκαιο μη διάκρισης, το Ανώτατο Δικαστήριο των Η.Π.Α. κήρυξε αντισυνταγματικούς τους πολιτειακούς νόμους που προέβλεπαν χωριστά δημόσια σχολεία για μαύρους και λευκούς φοιτητές, ανατρέποντας την προγενέστερη νομολογία **Plessy v. Ferguson**, 1896, η οποία επέτρεπε τον φυλετικό διαχωρισμό (segregation) στη δημόσια εκπαίδευση.

<sup>71</sup> **Griggs v. Duke Power co**, 1971, 401 US 424.

<sup>72</sup> **B. Hepple**, *The European Legacy of Brown v. Board of Education*, *University of Illinois Law Review*, 2006, σ. 609

<sup>73</sup> **D.G. Schiek**, *Enforcing (EU) Non-Discrimination Law: mutual learning between British and Italian Labour Law*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2012, 28 (4), σ. 507

<sup>74</sup> **G. Quinn, E. Flynn**, *Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability*, *The American Journal of Comparative Law*, 2012, 60 (1), σ. 24

Ευρωπαϊκό. Τα δύο αυτά συστήματα συνεχίζουν να συνυπάρχουν μέχρι και σήμερα στον ευρωπαϊκό χώρο<sup>75</sup>.

Η νομική μεταφύτευση, μέσω της Ε.Ε., στα νομικά συστήματα των κρατών μελών της ΕΕ δεν έχει γίνει μόνο στο δίκαιο των διακρίσεων, αλλά και σε άλλα δίκαια. Στην ΕΕ υιοθέτησαν νομικές έννοιες αγγλοαμερικανικής προέλευσης, όπως αυτές των εμμέσων διακρίσεων, της παρενόχλησης, των εύλογων προσαρμογών αλλά και των θετικών δράσεων<sup>76</sup>.

Φυσικά υπήρξαν σημαντικές δυσκολίες κατά την ενσωμάτωση των Οδηγιών.

---

<sup>75</sup> **G. Quinn, E. Flynn**, 'Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability, *The American Journal of Comparative Law*, 2012, 60 (1), σ. 25

<sup>76</sup> **Χ. Δεληγιάννη-Δημητράκου**, Οι Πολλαπλές Διακρίσεις, Συγκριτική Προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2012, 71, σ. 980

#### 4.1.1. Η περίπτωση της Ελλάδας

Στην Ελλάδα υπήρχε ήδη ένα καθεστώς προστασίας της αναλογικής ισότητας, το οποίο προέκυπτε από το πλέγμα των διατάξεων του α. 4 του Συντάγματος αρχικά και μετέπειτα του α. 4 και α. 25 του Συντάγματος.

Έτσι οι εφαρμοστές του δικαίου είχαν συνηθίσει να ανατρέχουν σε αυτές τις διατάξεις και έγινε περιορισμένη χρήση του εισερχόμενου νέου κανονιστικού πλαισίου.

Περαιτέρω στην κοινωνία μας επικρατούσε η άποψη περί εθνοτικής ομοιογένειας και ισότητας δικαιωμάτων. Οι Συνταγματικές διατάξεις, όπως αναφέρθηκε κάλυπταν το κανονιστικό νόημα των Οδηγιών 2000/43 και 2000/78 και με αυτόν τον τρόπο τα Δικαστήρια και οι δικηγόροι είχαν συνηθίσει να ανατρέχουν στις Συνταγματικές διατάξεις.

Με τον Ν. 3304/2005 ενσωματώθηκαν οι Οδηγίες 2000/43 και 2000/78 στην ελληνική έννομη τάξη. Όμως, εξαιτίας των προαναφερθέντων, ο νόμος αυτός αναφέρθηκε πολύ λίγες φορές σε νομολογιακά κείμενα. Πιο πολύ ο Νόμος αυτός ήρθε για να καλύψει την υποχρέωση της Ελληνικής Δημοκρατίας να ενσωματώσει στο δίκαιο της το κανονιστικό περιεχόμενο των Οδηγιών 2000/43 και 2000/78, παρά για να χρησιμοποιηθούν οι Οδηγίες αυτές και το κανονιστικό τους περιεχόμενο από του Έλληνες Δικαστές και δικηγόρους.

Το ΕΔΔΑ εξέδωσε σημαντικές αποφάσεις<sup>77</sup> που καταδικάζουν την Ελλάδα για αδικαιολόγητη διακριτικής μεταχείρισης σύμφωνα με την Οδηγία 2000/78<sup>78</sup>.

Το 2016 υπήρξε ο Ν. 4443/2016, ο οποίος ενσωμάτωσε το κανονιστικό περιεχόμενο των Οδηγιών που αναφέρθηκαν καθώς και της Οδηγίας 2014/54/Ε.Ε. και εισήγαγε και νέους λόγους διάκρισης, που δεν περιγράφονταν στις Οδηγίες 2000/43 και 2000/78.

Δυστυχώς, μέχρι σήμερα, παρατηρούμε ότι τα ελληνικά δικαστήρια, ελάχιστη χρήση κάνουν των εν λόγω κανονιστικών ρυθμίσεων του Ν 4443/2016

<sup>77</sup> Βλ. Ε.Δ.Δ.Α., απόφαση της 3.10.2013, **Ι.Β. κατά Ελλάδος** (αρ. προσφυγής 552/10), Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου 2015, 364 και απόφαση της 7.11.2013 Βαλλιανάτος κ.ά. κατά Ελλάδος (αρ. προσφυγών 29381/09 και 32684/09)

<sup>78</sup> **Δ. Γούλας, Σ. Κοφίνης**, Ο νέος νόμος 4443/2016 για την απαγόρευση των διακρίσεων: Μια πρώτη ερμηνευτική και κριτική προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2016, σ. 1304

και ουσιαστικά οι εφαρμοστές του δικαίου καταφεύγουν στις Συνταγματικές διατάξεις περί ισότητας και στην ερμηνεία τους.

#### 4.1.2. Η περίπτωση της Γαλλίας

Στο δίκαιο της Γαλλίας και συγκεκριμένα στο άρθρο L1132-1 του γαλλικού Κώδικα Εργασίας, απαγορεύονται πολλοί λόγοι διάκρισης. Επίσης τα γαλλικά δικαστήρια με ευκολία επεκτείνουν τους λόγους αυτούς.

Πέραν αυτού, τα γαλλικά δικαστήρια συνηθίζουν να χαρακτηρίζουν ως δυσμενή διάκριση στον τομέα των αμοιβών, κάθε διαφορετική μεταχείριση που επιφυλάσσει ο εργοδότης στον εργαζόμενο του, ανεξάρτητα από το αν αυτή οφείλεται ή όχι σε κάποιον απαγορευμένο λόγο διάκρισης.

Ένα ζήτημα εμφανίστηκε, αφού η Οδηγία 2000/43 προέβλεπε ανεξάρτητο φορέα ελέγχου για τις διακρίσεις και προώθησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, μόνο που το νομοσχέδιο για την ίδρυση μιας ανεξάρτητης αρχής για την καταπολέμηση των διακρίσεων είχε απορριφθεί το 1999, δηλαδή ένα χρόνο πριν θεσπιστεί η Οδηγία.

Ένα άλλο πρόβλημα ήταν ότι η Οδηγία απαιτούσε την αντιστροφή του βάρους αποδείξεως στις αστικές υποθέσεις που εμπεριείχαν στοιχεία διακριτικής μεταχείρισης. Αυτό προερχόταν από το δίκαιο των ΗΠΑ, όπου αρχικά είχε εμφανιστεί η αντιστροφή του βάρους απόδειξης υπέρ του θύματος της διακριτικής μεταχείρισης. Αυτό είναι πολύ λογικό, αφού το θύμα-ενάγων συνήθως δε διαθέτει στοιχεία, τα οποία όμως τα έχει ο θύτης-εναγόμενος<sup>79</sup>.

Αυτό το σημείο προσέκρουε στο α. 9 του του γαλλ. Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας το οποίο αναφέρει ότι κάθε διάδικος φέρει το βάρος απόδειξης των γεγονότων που είναι απαραίτητα για την κάλυψη των ισχυρισμών του. Σύμφωνα με τη νομολογία των γαλλικών δικαστηρίων το κανονιστικό περιεχόμενο του α. 9 του γαλλ. Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας εδράζει στην αρχή της δίκαιης δίκης<sup>80</sup> και γίνεται αντιληπτό το πρόβλημα που υπήρξε σε αυτό το σημείο.

---

<sup>79</sup> **M. Mercat-Bruns**, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, 2016, σ. 61

<sup>80</sup> **J.C. Suk**, *Globalization and Legal Transplant: Lessons from Implementing the EU Race Directive*, American Society of Comparative Law Annual Meeting, 2007, σ. 2

Φυσικά η έννομη τάξη της Γαλλίας έπρεπε να υιοθετήσει, περαιτέρω αλλαγές για να στηριχθεί η νομική αυτή μεταφύτευση, που στην προκειμένη περίπτωση ήταν πιο ορθή. Εξάλλου και το ΔΕΕ (πρώην ΔΕΚ) σε αντίστοιχες περιπτώσεις έχει ταχθεί χωρίς κανένα δισταγμό υπέρ της αντιστροφής του βάρους απόδειξης.

Είναι, όμως φανερό, πως μία νομική μεταφύτευση δεν είναι το πιο απλό πράγμα στον κόσμο. Χρειάζονται αλλαγές και μεταρρυθμίσεις που ξεπερνούν την απλή υιοθέτηση του κορμού των νομοθετικών ρυθμίσεων που συνιστούν τη συγκεκριμένη νομική μεταφύτευση.



#### 4.1.3. Η περίπτωση της Γερμανίας

Στη γερμανική έννομη τάξη δεν υπήρχε σθεναρό πλαίσιο κατά των διακρίσεων στο βαθμό που οι Οδηγίες προέβλεπαν. Έτσι οι Οδηγίες έγιναν η αφορμή για να ξεκινήσει μία διαδικασία σημαντικού διαλόγου των διάφορων φορέων και κυρίως των πολιτικών φορέων, προκειμένου να ενσωματωθούν οι προβλέψεις των Οδηγιών που έθεταν καινοφανή ζητήματα.

Υπήρξαν σημαντικές αντιδράσεις από εργοδοτικές ενώσεις και από τη συντηρητική πολιτική πτέρυγα. Φυσικά το 2006 ψηφίστηκε ο νόμος που ενσωμάτωνε τις Οδηγίες, ψηφίστηκε, δηλαδή, ο Γενικός Νόμος για την Ίση Μεταχείριση. Ο νόμος αυτός κάλυψε ολόκληρο το πλαίσιο του αστικού δικαίου και όχι μόνο το εργατικό δίκαιο<sup>81</sup>.

Ο Γενικός Νόμος για την Ίση Μεταχείριση του 2006, είναι ένα πολύ σημαντικό βήμα για τη νομική αντιμετώπιση των διακρίσεων στη Γερμανία, όμως έχει παρατηρηθεί ένας δισταγμός, θα λέγαμε, από τα δικαστήρια να τον εφαρμόζουν, παρά κυρίως στις περιπτώσεις διακρίσεων ανάλογα με το φύλο και στην εργασία.

Τα εθνικά δικαστήρια, λοιπόν, αρχικά δε φάνηκαν ιδιαίτερα πρόθυμα να χρησιμοποιήσουν τις νέες διατάξεις και ενώ θα περίμενε κάποιος η Γερμανία, λόγω της ιστορίας της στα μέσα του 20<sup>ου</sup> αιώνα και της θέλησης να την ξεπεράσει, να παρουσιάζεται πιο θετική στην καταπολέμηση των διακρίσεων<sup>82</sup>, εντούτοις κάτι τέτοιο δε συνέβη.

Το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο, όμως, με αποφάσεις του, έχει ενισχύσει την πορεία προς την αφομοίωση των νέων ρυθμίσεων.

Θεωρώ, βέβαια, πως το όλο Γερμανικό νομικό σύστημα θα κινηθεί προς την πλήρη υιοθέτηση των θέσεων των Οδηγιών τις οποίες ενσωμάτωσε, πράγματι επιτυχημένα η Γερμανία με τον Γενικό Νόμο για την Ίση Μεταχείριση. Φυσικά με αυτόν τον τρόπο επιτεύχθηκε, όπως δείξαμε, μία έμμεση νομική μεταφύτευση

<sup>81</sup> **M. Peucker**, Equality and anti-discrimination approaches in Germany, 2006, σ. 2

<sup>82</sup> **J.M. Mushaben**, Women Between a Rock and a Hard Place: State Neutrality vs. EU Anti-Discrimination Mandates in the German Headscarf Debate' German Law Journal, 14 (9), 2013, σ. 1776

των Αμερικάνικων θέσεων για την αντιμετώπιση των αδικαιολόγητων διακρίσεων, αφού πάνω σε αυτές τις θέσεις βασίστηκε ο Ενωσιακός νομοθέτης και προχώρησε στις Οδηγίες που αναφέραμε. Βλέπουμε, όμως, εναργώς τις δυσκολίες που παρατηρούνται στην αφομοίωση των μεταφυτευμένων λύσεων από το Γερμανικό νομικό σύστημα.

## 4.2. Η ποινική διαπραγμάτευση ως νομική μεταφύτευση.

Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα στο οποίο αναδεικνύονται οι πτυχές της προβληματικής που αναλύθηκαν στο Α μέρος, αποτελεί μια νέα νομική μεταφύτευση στο χώρο του ελληνικού ποινικού δικαίου. Συγκεκριμένα, με το νόμο 4620/2019 εισήχθη στην Ελληνική έννομη τάξη ο θεσμός της ποινικής διαπραγμάτευσης (plea bargaining). Ο θεσμός αυτός είναι μεν αγγλοσαξονικής προέλευσης, αλλά είναι ιδιαιτέρως διαδεδομένος στις χώρες του ηπειρωτικού δικαίου.

Με βάση το θεσμό της ποινικής διαπραγμάτευσης, ο κατηγορούμενος συμφωνεί με τις διωκτικές αρχές και δέχεται την ενοχή του, χωρίς να εισαχθεί η κατηγορία σε δικαστήριο και αντιμετωπίζεται, για αυτή του τη συμφωνία με ηπιότερη ποινή σε σχέση με αυτήν που θα είχε απαγγελθεί εναντίον του σε περίπτωση που είχε κριθεί ένοχος από το Δικαστήριο στο οποίο θα είχε εισαχθεί η κατηγορία.

Επί του πρακτέου, υπάρχουν παραλλαγές του θεσμού:

1. Το λεγόμενο sentence bargaining, το οποίο περιγράφηκε πιο πάνω.
2. Το λεγόμενο count bargaining, όταν ο κατηγορούμενος αποδέχεται την ενοχή του για μία από τις πράξεις για τις οποίες κατηγορείται και αθώνεται για τις υπόλοιπες.
3. Το λεγόμενο charge bargaining, όταν ο κατηγορούμενος ομολογεί ένα ελαφρύτερο αδίκημα από αυτό που κατηγορείται.

4. Το λεγόμενο fact bargaining, όταν η συμφωνία αποδοχής της κατηγορίας πλαισιώνεται και από αναγνώριση ελαφρυντικών περιστάσεων με φυσική συνέπεια να έχουμε δια αυτού του τρόπου ηπιότερη ποινή.

Όπως καταδεικνύει ο Langbein, ο οποίος πολέμησε σφοδρότατα το θεσμό, η ποινική διαπραγμάτευση:

- λειτουργεί με βάση την απειλή,
- δημιουργεί κίνδυνο καταχρήσεων εκ μέρους της κρατικής εξουσίας,
- ενέχει ανεντιμότητα, και
- ο κατηγορούμενος συχνά απειλείται ότι, αν ασκήσει τα συνταγματικά δικαιώματά του, θα υποστεί βαρύτερη ποινή) και
- υπονομεύει την ηθική δύναμη του ποινικού δικαίου<sup>83 84</sup>.

Αντιλαμβανόμαστε, λοιπόν, πως ιδιαίτερα στο δικό μας σύστημα ποινικής δικαιοσύνης δημιουργούνται πάρα πολλά δογματικά προβλήματα με την υιοθέτηση αυτής της νομικής μεταφύτευσης.

Ο λόγος που ο Έλληνας νομοθέτης υιοθέτησε αυτόν το θεσμό, προχωρώντας στην αντίστοιχη νομική μεταφύτευση ήταν ο όγκος των εκκρεμών ποινικών υποθέσεων. Η όλο και αυξανόμενη επιβάρυνση του συστήματος της ποινικής δικαιοσύνης αποτελεί μία σημαντική απειλή για τη λειτουργία του ίδιου του συστήματος αφ' ενός και κάνει εμφανή την πιθανότητα να μένει σημαντικός αριθμός υποθέσεων αδίκαστες.

Το τελευταίο είναι μία σημαντική παράμετρος, αφού σε αυτήν την

---

<sup>83</sup> **Langbein**, On the Myth of Written Constitutions, The Disappearance of Criminal Jury Trial, Harvard JLPP 1992, 121 επ., 124, 126

<sup>84</sup> **Langbein**, Torture and Plea Bargaining, UChILReview 1978, 3 επ., 12 επ.

περίπτωση το ποσοτικό ζήτημα μεταπίπτει σε ποιοτικό, λόγω του τόσο μεγάλου μεγέθους του. Δηλαδή, το να έχουμε πολλές ή πάρα πολλές υποθέσεις να περιμένουν την εκδίκαση τους, αυτό αποτελεί ένα ποσοτικό ζήτημα. Όταν, όμως, λόγω αυτού του μεγέθους, υπάρχει ο κίνδυνος να μην εκδικαστούν τελικά οι υποθέσεις τότε έχουμε μία μετάπτωση του εξεταζόμενου θέματος σε ποιοτικό ζήτημα.

Φυσικά, η εμμονή στην άρτια δογματικά ποινική δίκη έχει ως αποτέλεσμα η Πολιτεία να αναγκαστεί να νομοθετήσει και να θεσπίσει «ειδική παραγραφή» η οποία αποτελεί «κρυπτοαμνηστία»<sup>85</sup> και μάλλον είναι αντισυνταγματική λύση και σίγουρα πολύ χειρότερη από τη λύση της νομικής μεταφύτευσης την οποία εξετάζουμε. Δυστυχώς μια πλήρης τήρηση των αρχών του κράτους δικαίου σε όλες τις ποινικές υποθέσεις δεν είναι εφικτή αφού οι ποινικές παραβάσεις δεν αφορούν σε ένα μικρό ποσοστό της κοινωνίας.

Διατυπώθηκαν, βέβαια, έντονες αντιρρήσεις για την εισαγωγή του νέου θεσμού στο ποινικοδικονομικό μας σύστημα. Συγκεκριμένα ο θεσμός της ποινικής διαπραγμάτευσης κατηγορείται, μεταξύ άλλων, ότι:

1.Περιστέλλει τα δικαιώματα του κατηγορουμένου, όπως αυτά προστατεύονται από την ΕΣΔΑ, όπως:

- τα δικαιώματα υπεράσπισης,
- το τεκμήριο αθωότητας,
- το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη,
- το δικαίωμα σιωπής,

2.Επιτρέπει στους ενόχους να αποφεύγουν την ανάλογη κύρωση

3.Επιτρέπει να μην επιβάλλεται κύρωση αντίστοιχη με την ενοχή και το

---

<sup>85</sup> Βλ, **Ν. Ανδρουλάκης**, Αμνηστία, κρυπτοαμνηστία, «ειδική παραγραφή» και «αντεγκληματική πολιτική», ΠοινΧρ ΛΒ', 1982, σ. 577

άδικο που πραγματώθηκε, με αποτέλεσμα την εξασθένηση του κύρους της εννόμου τάξεως στη συνείδηση των κοινωνιών. Δηλαδή, παραβιάζεται η αρχή της ενοχής.

4.Οδηγεί στο να καταδικάζονται αθώοι για εγκλήματα που δεν έχουν διαπράξει, υπό την πίεση μιας αβέβαιης ποινικής διαδικασίας. Κατ' αυτήν την έννοια δημιουργείται ένα βαθύ ρήγμα στην αρχή της ουσιαστικής αλήθειας. Χαρακτηριστική είναι η υπόθεση North Carolina v. Alford του 1970, όπου ο κατηγορούμενος για φόνο Alford ισχυρίστηκε στο δικαστήριο ότι ήταν αθώος, αλλά είχε δηλώσει ένοχος, διότι θα αντιμετώπιζε την ποινή του θανάτου αν δεν το έπραττε.

5.Παραβιάζει την αρχή της δίκαιης δίκης, λόγω της πίεσης που υφίσταται ο κατηγορούμενος προκειμένου να δεχθεί την συμφωνία, ώστε να μην προκαλέσει την δυσαρέσκεια του δικαστηρίου που θα τον δικάσει<sup>86</sup>.

Στο Ελληνικό ποινικό σύστημα δικαιοσύνης, όπως γενικότερα ισχύει, η ομολογία του κατηγορουμένου, πολύ ορθά, δεν αποτελεί απόλυτη απόδειξη για το δικαστήριο και συνεπακόλουθα δεν οδηγεί, άνευ ετέρου, στην ποινική καταδίκη του.

Γιατί ισχύει αυτό; Ας δούμε μια περίπτωση: Ας υποθέσουμε ότι ένα έγκλημα έχει τελεστεί από ένα δράστη και ο πατέρας του για να προφυλάξει το γιο του, αναλαμβάνει την ευθύνη. Όταν, όμως, η υπόθεση φτάνει στα δικαστήρια, γίνεται αντιληπτό ότι ο πατέρας δεν είναι ο δράστης. Μια χαρακτηριστική τέτοια περίπτωση ήταν όταν ο νέος σε ηλικία οδηγός του αυτοκινήτου του πατέρα του, ενεπλάκη σε καυγά στο δρόμο και προκάλεσε απλές σωματικές βλάβες σε άλλο οδηγό, ο οποίος κράτησε την πινακίδα του αυτοκινήτου.

Στη συνέχεια ασκήθηκε ποινική δίωξη για πρόκληση σωματικής βλάβης στον ηλικιωμένο πατέρα και ιδιοκτήτη του οχήματος. Αν είχαμε, σε αυτή την περίπτωση, εφαρμογή της ποινικής διαπραγμάτευσης, γίνεται αντιληπτό πως θα

---

<sup>86</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., σ. 455.

είχε τιμωρηθεί με μειωμένη ποινή ο πατέρας και όχι ο γιος. Φυσικά, μπορούν να υπάρξουν παρόμοιες περιπτώσεις που η ανάληψη της ευθύνης γίνεται από έτερο πρόσωπο και όχι το δράστη. Αντιλαμβανόμαστε ότι όλη αυτή η προβληματική οδηγεί σε σημαντική διαστρέβλωση της αρχής της δίκαιης ποινικής δίκης.

Από την άλλη μεριά η αρχή της ενοχής σύμφωνα με την οποία η τιμωρία δεν μπορεί να κατέβει κάτω από ένα επίπεδο για την διωκόμενη πράξη και τις περιστάσεις αυτής πλήττεται όταν πραγματοποιείται μία ποινική διαπραγμάτευση, αφού το κίνητρο για να τη ζητήσει ένας κατηγορούμενος είναι ακριβώς αυτή η πολύ μικρότερη και κάτω από τα όρια που επιτάσσει η αρχή της ενοχής, ποινή. Το αντίθετο επιχείρημα είναι ότι είναι κοινωνικά προτιμότερο σε ζητήματα ήσσονος σημασίας να έχουμε ποινές που παραβιάζουν προς τα κάτω την αρχή της ενοχής, παρά να έχουμε de facto ατιμωρησία σε μεγάλο αριθμό υποθέσεων που τελικά δε δικάζονται.

Στον αντίποδα, λοιπόν, των προβλημάτων που δημιουργούνται για το σύστημα ποινικής δικαιοσύνης μας, ο θεσμός αναμένεται να βοηθήσει στην ταχύτερη έκδοση των ποινικών αποφάσεων και ως εκ τούτου στην αποσυμφόρηση των ποινικών δικαστηρίων από τις όλο και αυξανόμενες σε αριθμό υποθέσεις.

Το επιχείρημα, όπως είδαμε, με βάση το οποίο ο θεσμός εισήχθη στην Ελληνική έννομη τάξη είναι ότι ο αυξανόμενος αριθμός των υποθέσεων οδηγεί σε τεράστιες καθυστερήσεις στην εκδίκαση των υποθέσεων, που ενίοτε αγγίζουν τα όρια της αρνησιδικίας.

Ως εκ τούτου, αν δεν είχε εισαχθεί ο θεσμός αυτός το πρόβλημα που θα αντιμετωπίζαμε θα ήταν πολύ μεγαλύτερο από τα προβλήματα που αντιμετωπίζουμε από ποινικοδογματικής πλευράς.

Για παράδειγμα η μακροχρόνια υποδικία αποτελεί παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και της αξίας του ανθρώπου. Ουσιαστικά παραβιάζονται οι διατάξεις του α. 2 παρ 1 και 25 παρ 1 του Συντάγματος μας. Φυσικά και το α. 6 της ΕΣΔΑ επιτάσσει την σε εύλογο χρόνο εκδίκαση κάθε υπόθεσης.

Εξάλλου, Με το νέο ΠΚ εισήχθη στην Ελληνική έννομη τάξη η διάταξη του α. 84 παρ 3 ΠΚ σύμφωνα με την οποία ως ελαφρυντική περίπτωση λογίζεται και η μη εύλογη διάρκεια της ποινικής διαδικασίας που δεν οφείλεται σε

υπαιτιότητα του κατηγορουμένου<sup>87</sup>. Με τη διάταξη αυτή επετεύχθη ο εναρμονισμός του θετικού δικαίου μας με τη νομολογία του ΕΔΔΑ<sup>88</sup>, αναφορικά με την παραβίαση του θεμελιώδους δικαιώματος του δράστη σε δίκαιη δίκη υπό την έννοια ότι η εκδίκαση της υπόθεσης του πρέπει να λαμβάνει χώρα εντός λογικής προθεσμίας<sup>89</sup>.

Όπως αναφέρθηκε το ζήτημα μεταπίπτει σε ποιοτικό από ποσοτικό, όταν η ποσότητα των δικών που αναμένουν εκδίκαση γίνεται τόσο μεγάλη που τελικά πολλές δίκες δε γίνονται.

Το να προσπαθήσουμε να εξαντλήσουμε τις δικαιοκρατικές αρχές σε όλες τις εκκρεμείς υποθέσεις, ανεξαρτήτου βαρύτητας της εκάστοτε υπόθεσης είναι μία «σπατάλη» πόρων, που απλά το σύστημα μας δεν αντέχει και είτε δεν εφαρμόζεται σωστά η θεωρία πάνω στην οποία εδράζεται το σύστημα των δικαιοκρατικών μας αρχών ή δεν είναι ορθή. Όταν, βέβαια, μία θεωρία αποτυγχάνει στην πράξη τότε δύσκολα να είναι ορθή<sup>90</sup>. Στην περίπτωση μας, ο νομοθέτης σκέφτηκε ότι ίσως θα έπρεπε να υποχωρήσουν οι δικαιοκρατικές αρχές σε περιπτώσεις ήσσονος σημασίας.

Από την άλλη πλευρά, σε χώρες όπως η Γαλλία, η συμμετοχή του θεσμού στην όλη λειτουργία των ποινικών δικαστηρίων δεν είναι ποσοστιαίως μεγάλη και ως εκ τούτου είναι ένα ζήτημα το κατά πόσο στη χώρα μας ο θεσμός αυτός θα αγγίξει τις προσδοκίες που οδήγησαν στην υιοθέτηση του.

Στα πρώτα χρόνια της λειτουργίας του θεσμού στην Ελλάδα, η χρήση του είναι, πράγματι, ελάχιστη. Μέχρι τώρα, οι δικηγόροι δε φαίνονται να οδηγούν τους εντολείς τους σε αυτή τη λύση. Ένας λόγος είναι ότι δεν είναι εκπαιδευμένοι σε αυτή τη διαδικασία και φυσικά ένας σοβαρός λόγος είναι ότι η συγκεκριμένη νομική μεταφύτευση δεν παύει να είναι έξω από τη λογική του ποινικού μας συστήματος δικαιοσύνης. Φυσικά υπάρχουν και περιπτώσεις που η εισαγγελική αρχή δε δέχτηκε την εφαρμογή του θεσμού. Βέβαια, είναι ακόμα αρχή, αλλά ας μην ξεχνάμε τη ρήση η οποία αναφέρει ότι η αρχή είναι το ήμισυ του παντός.

<sup>87</sup> **Σ. Ντίλης**, Οι αυτοτελείς και λοιποί ισχυρισμοί καθώς και τα ένδικα μέσα στη δίκη περί εξαρτησιογόνων ουσιών., 2021, σ. 53

<sup>88</sup> Βλ. Αιτιολογική έκθεση ΠΚ (Ν. 4619/2019), σ. 44

<sup>89</sup> **Η. Αναγνωστόπουλος**, Η παραβίαση του δικαιώματος δίκαιης δίκης, ΠοινΧρον 2000, σ. 3επ.

<sup>90</sup> **Kant**, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Werke, Bd. 11, Frankfurt a. Main 1977, 127 επ



Με μια γρήγορη, λοιπόν ματιά, βρίσκουμε όλη την προβληματική που αναπτύχθηκε προηγουμένως σε αυτή τη λύση που υιοθετήθηκε, προσφάτως, από τον Έλληνα νομοθέτη, όπως το διαφορετικό νομικό πλαίσιο, τόσο οργανωτικά όσο και ποινικοδογματικά. Από την άλλη μεριά, αντιλαμβανόμαστε και την ανάγκη η οποία οδήγησε να εισαχθεί στο ελληνικό ποινικοδικονομικό σύστημα μία λύση από ένα ξένο και εν πολλοίς διαφορετικό δικονομικό σύστημα.

Το πως θα προσαρμοστεί η λύση αυτή, που αποτελεί μία νομική μεταφύτευση, το αν θα στεφθεί με επιτυχία το εγχείρημα και το κατά πόσο αλλοιώνει και σε ποιο βαθμό το ποινικοδογματικό μας σύστημα, είναι σήμερα υπό διερεύνηση.

Ένα σημαντικό ζήτημα είναι αν ακολουθήθηκε η διαδικασία, όπως περιγράφηκε στο υποκεφάλαιο 3.3.2. όπου και αναπτύχθηκε μια αποτελεσματική θεωρητική προσέγγιση για την εφαρμογή των νομικών μεταφυτεύσεων.

Πράγματι δεν έχει καταστεί σαφές το αν οι διατάξεις του ξένου συστήματος εξάχθηκαν πολύ προσεκτικά και να απομονώθηκαν από το σύστημα από το οποίο προέρχονται, αν έλαβε χώρα μία μεθοδική μεταφορά των διατάξεων στο νομικό μας σύστημα και αν εξετάστηκε η ανάγκη να πλαισιωθούν οι διατάξεις και από έτερες διατάξεις και στοιχεία και φυσικά προς το παρόν δεν έχει προβλεφθεί μία αναστοχαστική διαδικασία, αλλά θεωρώ πως θα εξαχθούν συμπεράσματα και θα υπάρξει μεταβολή στον ποινικό κώδικα, αν χρειαστεί, μετά από εύλογο χρονικό διάστημα.

## V. ΕΠΙΛΟΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Όπως αναφέρθηκε η σύγχρονη κοινωνία είναι μια παγκοσμιοποιημένη κοινωνία. Σε αυτό το πλαίσιο μεταφορές, εμπόριο, συγκοινωνίες και επικοινωνίες δε γνωρίζουν σύνορα και οι νομοθέτες έχουν να αντιμετωπίσουν καινοφανή προβλήματα από αυτήν την πραγματικότητα τα οποία απαιτούν ταχύτατη νομική αντιμετώπιση.

Το ζήτημα δεν είναι, λοιπόν, αυτό που τονίζει ο Alan Watson, ότι δηλαδή είναι πιο απλό να αντιγράψεις από το να σκέφτεσαι, αλλά μερικές φορές η ταχύτητα που απαιτείται καθώς και η αποδοτικότητα δεν αφήνουν άλλο περιθώριο παρά της μεταφύτευσης ενός νομικού κανόνα από ένα άλλο νομικό σύστημα, ο οποίος έχει δοκιμαστεί και θεωρείται πετυχημένος.

Όπως ειπώθηκε, στην εποχή μας, τα νομικά συστήματα είναι πολυεπίπεδα σύνθετα και εξάλλου, ο νομικός πλουραλισμός συμβάλει στο να εισάγονται ξένες λύσεις στα δίκαια. Οι νομικές μεταφυτεύσεις εγκυμονούν κινδύνους, γεγονός που αρκετοί θεωρητικοί ανέπτυξαν, αντικρούοντας τη θεωρία των νομικών μεταφυτεύσεων. Όμως είναι αδήριτο γεγονός πως η νομική επιστήμη, σε όλα τα μήκη και πλάτη της υφηλίου παρουσιάζει αξιομνημόνευτη ομοιότητα σε αρκετούς θεσμούς.

Έχει φανεί, από σύγχρονες μελέτες, πως υπάρχει έντονη διάδραση, ανάμεσα στις έννομες τάξεις και πως υφίσταται κανονιστική σύγκλιση η οποία επιτυγχάνεται και διαμέσου των νομικών μεταφυτεύσεων.

Πέρα από τη θεωρητική σύγκρουση εδραζόμενη στο ζήτημα των νομικών μεταφυτεύσεων, η αλήθεια είναι πως υπάρχουν ανάγκες για γρήγορες λύσεις που λύνουν εποικοδομητικά και αποτελεσματικά κοινωνικά προβλήματα. Υπό αυτήν την έννοια, μία κοινωνία δεν μπορεί να μείνει αδιάφορη σε λύσεις που έχουν δοθεί, στα πλαίσια ενός ξένου νομικού συστήματος, με επιτυχία στο ίδιο κοινωνικό πρόβλημα που καλείται να αντιμετωπίσει και η ίδια. Τα βασικά προβλήματα, όμως, είναι αφ' ενός, κατά πόσο, ακόμα και αν υιοθετηθεί μία νομική μεταφύτευση, η τελευταία θα τύχει εφαρμογής από τους παράγοντες του νομικού συστήματος του Λήπτη και αφ' ετέρου το τι ζητήματα θα ανακύψουν με το δόγμα στο νομικό σύστημα του Λήπτη.

Ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα, αποτελούν οι νέες ποινικοδικονομικές διατάξεις οι οποίες εισάγουν στοιχεία αγγλοσαξονικού δικαίου, όπως η ποινική διαπραγμάτευση και τέθηκαν σε ισχύ την 1.7.2019.

Σαφέστατα υπήρξε μία κάμψη του δόγματος, αλλά μπροστά στα πιεστικά προβλήματα που υπήρξαν (μεγάλος αριθμός εκκρεμών ποινικών υποθέσεων και σχετικές καθυστερήσεις) ο Έλληνας νομοθέτης προτίμησε να υιοθετήσει αυτούς τους θεσμούς.

Εξάλλου, στα πρώτα χρόνια της λειτουργίας του θεσμού στην Ελλάδα, όπως αναφέρθηκε, η χρήση του είναι, πράγματι, ελάχιστη. Μέχρι τώρα, οι δικηγόροι δε φαίνονται να οδηγούν τους εντολείς τους σε αυτή τη λύση. Παρόμοια πενιχρά αποτελέσματα υπήρξαν και στη Γαλλία.

Ένα άλλο παράδειγμα νομικής μεταφύτευσης που μελετήθηκε είναι οι Οδηγίες της ΕΕ (πρώην ΕΚ) για την εξάλειψη των διακρίσεων (κάθε μορφής), Αυτές αποτελούν ένα παράδειγμα νομικής μεταφύτευσης με καταγωγή από τις ΗΠΑ και επεξεργασία από την Ευρωπαϊκή Ένωση. Είδαμε ότι υπάρχουν σοβαρά προβλήματα αφομοίωσης και εφαρμογής και σε αυτήν την περίπτωση.

Το βασικό, λοιπόν, παραμένει πως πράγματι οι νομοθέτες έχουν γνώση σχετικά με δοκιμασμένες λύσεις από άλλα συστήματα ως απάντηση σε προβληματισμούς που χρήζουν άμεσης αντιμετώπισης. Θεωρητικά, κάθε κοινωνία μέσα από τη δική της ποικιλομορφία σε κοινωνικούς, πολιτισμικούς και πολιτικούς θεσμούς θα έπρεπε ιδανικά να αναπτύσσει τις δικές τις μοναδικές λύσεις. Σήμερα, όμως, δεν έχουμε, τις περισσότερες φορές την πολυτέλεια να μην αποδεχόμαστε την πρακτική των νομικών μεταφυτεύσεων, αφού η ταχύτητα και η αποδοτικότητα είναι καθοριστικοί παράγοντες για την ομαλή ανάπτυξη των κοινωνιών μας.

Μία ενδιάμεση λύση για να αντιμετωπιστούν τα ως άνω πρακτικά ζητήματα είναι οι νομικές μεταφυτεύσεις να γίνονται πολύ προσεκτικά και να ακολουθούνται τα βήματα που καθορίστηκαν πιο πάνω και η προτεινόμενη αναστοχαστική μέθοδος, ώστε να γίνεται όσο πιο ομαλή η μεταφύτευση και όσο πιο λειτουργικές οι νέες διατάξεις που εισάγονται ως δάνειο από ένα άλλο νομικό σύστημα.

Ιδανικά, θα προτιμούσα κάθε έννομη τάξη να παράγει τους δικούς της

θεσμούς με βάση το δόγμα, την κοινωνική, οικονομική και πολιτισμική της πραγματικότητα καθώς και τις ανάγκες της κοινωνίας της. Δυστυχώς, όμως τα συνεπειοκρατικά επιχειρήματα υπέρ της υιοθέτησης νομικών μεταφυτεύσεων και οι αμείλικτες κοινωνικές ανάγκες που εμφανίζονται δεν μπορούν να μας αφήσουν αδιάφορους, όσο και αν αυτό, εγώ το βρίσκω διαισθητικά και αισθητικά μη αρεστό.

Σε διαφορετική περίπτωση, οι κίνδυνοι που ελλοχεύουν είναι σημαντικότεροι με πιθανότερες λειτουργικές αστοχίες και συνεπακόλουθα κοινωνικά προβλήματα. Ο Alan Watson έχει δίκιο, ως ένα βαθμό, στο ότι είναι πιο εύκολο να αντιγράψεις παρά να σκέφτεσαι για να παράγεις, αλλά ζητούμενο δεν είναι η ευκολία αλλά μία νομική λύση να είναι αποδοτική και να μη δημιουργεί περαιτέρω παράλληλα και ενίοτε δυσεπίλυτα, προβλήματα.

Το ζήτημα, λοιπόν, είναι ότι σε κάθε περίπτωση, ο νομοθέτης πρέπει να σκεφτεί είτε για να παράξει μία νέα νομοθετική λύση για ένα υπάρχον πρόβλημα ή για να υιοθετήσει και να εντάξει αρμονικά μία νομική λύση από κάποιο άλλο νομικό σύστημα, σύμφωνα με την ως άνω ανάλυση για μια αποτελεσματική θεωρητική προσέγγιση για την εφαρμογή των νομικών μεταφυτεύσεων. Αγαπητέ κύριε Watson, χωρίς σκέψη, αποτελεσματικές και βέλτιστες νομικές λύσεις δεν είναι εφικτές.

## ΞΕΝΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ - ΜΕΛΕΤΕΣ

- **Anghie A.**, Finding the Peripheries Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law, 1999
- **Berna M. B.**, ON LEGAL NORMS AND THEIR CULTURAL CONTEXT: SOME OBSERVATIONS REGARDING LEGAL TRANSPLANTS, Journal of Law and Administrative Sciences No.9/2018
- **Cairns J. W.**, WATSON, WALTON, AND THE HISTORY OF LEGAL TRANSPLANTS
- **Christopoulos D.**, Droit, Europe et Minorités, Critique de la connaissance juridique
- **Cotterrell R.**, Is there a logic in Legal Transplants? στο Adapting Legal Cultures, 2001
- **De Búrca G.**, The Trajectories of European and American Antidiscrimination Law, The American Journal of Comparative Law, 60 (1),2012
- **Donlan S.**, Comparative Law and hybrid legal traditions: an introduction στο Comparative and hybrid legal traditions (Cashin-Ritaine, E., Donlan, S. & Sychold, M. Eds) Swiss Institute of Comparative Law, 2010, 67
- **Donlan S.**, Remembering: Legal Hybridity and Legal History στο Comparative Law Review, 2(1), 2011
- **Doupret**, «Legal Pluralism, Plurality of Laws and Legal Practices. Theories critiques and Praxiological Re-specification», European Journal of Legal Studies, 2007,

1,1

- **Friedman L. M.**, A history of American Law, Simon & Schuster, 1973, Νέα Υόρκη
- **Friedman L. M.**, Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants στο Adapting Legal Cultures (Nelken, D & Feest, J. Eds) Oxford: Hart Publishing, 2001
- **Gal M.**, The "Cut and Paste" of Article 82 of the EC Treaty in Israel: Conditions for a Successful Transplant, European Journal of Law Reform, 9 (3)
- **Gillespie J.**, Developing a dissented analysis of legal transfers, στο Examining Practice, Integrating Theory: Comparative Studies in Asia, Martinus Nijhoff Publishers, 2008
- **Gillespie J.**, Transplanted Company Law: An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam, International & Comparative Law Quarterly, 2002, 51 (3)
- **Hepple B.**, The European Legacy of Brown v. Board of Education, University of Illinois Law Review, 2006
- **Kahn-freund O.**, On Uses and Misuses of Comparative Law, 1974, 37 MLR 1
- **Kant**, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Werke, Bd. 11, Frankfurt a. Main 1977
- **Kühne**, Strafprozessrecht, 8. Aufl.
- **Langbein**, On the Myth of Written Constitutions, The Disappearance of Criminal Jury Trial, Harvard JLPP 1992
- **Langbein**, Torture and Plea Bargaining, UChiLReview 1978

- **Legrand P**, The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure, *Tulane Law Review*, 75, 2001
- **Legrand P**, What Legal Transplants? στο *Adapting Legal Cultures*, 2001
- **Legrand P**, What Legal Transplants?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 4,
- **Levy N.**, *Neuroethics*, Cambridge University Press, 2007
- **Loomba A.**, *Colonialism/Postcolonialism*, 1998
- **Mauss M.**, *Essai sur le don*, *Sociologie et anthropologie*, 6th ed., Presses Universitaires de France, 1995
- **Mercat-Bruns M.**, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, 2016
- **Merry S.**, *Law and Colonialism*, 1991
- **Michaelides-Nouaros G.**, «Quelques remarques sur le du pluralisme juridique en Bysance», *Βυζαντινά*, 1977, τ. 9ος
- **Montesquieu C.**, *The Spirit of Laws*, 1748
- **Mushaben J.M.**, Women Between a Rock and a Hard Place: State Neutrality vs. EU Anti-Discrimination Mandates in the German Headscarf Debate, *German Law Journal*, 2013, 14 (9)
- **Palmer V.**, Two Rival Theories of Mixed Legal Systems, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2008
- **Peucker M.**, Equality and anti-discrimination approaches in Germany, 2006
- **Quinn G., Flynn E.**, *Transatlantic Borrowings: The Past*

and Future of EU Non Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability, *The American Journal of Comparative Law*, 2012 , 60 (1)

- **Riles A.**, *Comparative Law and Socio-Legal Studies*, εις M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*
- **Santos Boaventura de Sousa**, *Vers un Nouveau Sens Commun juridique, Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, γαλλική μετάφραση του έργου *Toward a New Common Sense*, 1995, από N. Gonzales Lajoie, *L.G.D.J.*, 2004
- **Schiek D.G.**, *Enforcing (EU) Non-Discrimination Law: mutual learning between British and Italian Labour Law*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28 (4), 2012
- **Siems M. M.** , *Comparative Law*, CUP 2014
- **Suk, J.C.**, *Globalization and Legal Transplant: Lessons from Implementing the EU Race Directive*, *American Society of Comparative Law Annual Meeting*, 2007
- **Tamanaha Z.**, «The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism)), *Journal of Law and Society*, 1993
- **Teubner G.**, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *Modern Law Review*, 1998, 61
- **Tfoore K.**, «Law and Social Change: the Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study», *Law and Society Review*, 1973



- **Watson A.**, *COMPARATIVE LAW AND LEGAL CHANGE*, Cambridge Law Journal, 37 (2), November 1978
- **Watson A.**, From Legal Transplants to Legal Formants, 1995
- **Watson A.**, Legal Transplants, 2<sup>nd</sup> ed, University of Georgia Press, 1993
- **Watson A.**, The Birth of Legal Transplants, Ga. J, INT'L & COMP. L., Vol 41:605, 2013
- **Watson A.**, Roman Law and Comparative Law 97ff, 1991
- **Watt Muir**, «Globalization and Comparative Law», εις M. Reimann, R. Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law
- **Zacher H.**, «Einleitung: horizontaler und verticaler Sozialrechtsvergleich», εις του ιδίου, Sozialrechtsvergleich in Bezugsrahmen in-ternationalen und supranationalen Rechts, 1978

## ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ – ΑΡΘΟΓΡΑΦΙΑ – ΜΕΛΕΤΕΣ

- **Αναγνωστόπουλος Η.**, Η παραβίαση του δικαιώματος δίκαιης δίκης, ΠοινΧρον 2000
- **Ανδρουλάκης Ν.**, Αμνηστία, κρυπτοαμνηστία, «ειδική παραγραφή» και «αντεγκληματική πολιτική», ΠοινΧρ ΛΒ΄, 1982
- **Γούλας, Α. & Κοφίνης Σ.**, Ο νέος νόμος 4443/2016 για την απαγόρευση των διακρίσεων: Μια πρώτη ερμηνευτική και κριτική προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2016
- **Δεληγιάννη-Δημητράκου Χ.**, Εισαγωγή στο Συγκριτικό Δίκαιο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1997, εκδ. Σάκκουλα
- **Δεληγιάννη-Δημητράκου Χ.**, Οι Πολλαπλές Διακρίσεις, Συγκριτική Προσέγγιση, Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου, 2012, 71
- **Μανιτάκη Α.**, Συνταγματική Οργάνωση του Κράτους, Κράτος-Έθνος-Σύνταγμα, Κυριαρχία, Παγκοσμιοποίηση, Εκδ. Σάκκουλα, 2001, σ. 140 επ
- **Μουσταΐρα Ε.**, Δικαικές επιρροές στο πλαίσιο του Συγκριτικού Δικαίου, 2013
- **Μουσταΐρα Ε.**, Συγκριτικό Δίκαιο και Πολιτιστικά Αγαθά, 2012
- **Μουσταΐρα Ε.**, Σταθμοί στην πορεία του συγκριτικού δικαίου, 2003,
- **Μυλωνόπουλος Χ.**, Ο θεσμός της (ποινικής) διαπραγμάτευσης (plea bargaining). Σκέψεις για τη θεωρητική θεμελίωση και την πρακτική λειτουργία του

- **Ντίλης Σ.**, Η αρχή του Pareto κατά τη διαδικασία λήψης αποφάσεων σε μικρομεσαίες επιχειρήσεις., 2021
- **Ντίλης Σ.**, Η θεμελίωση και η υφή των δικαιωμάτων σύμφωνα με τον Robert, Nozick., 2020
- **Ντίλης Σ.**, Κύρια και Δευτερεύουσες διαδικασίες αφερεγγυότητας στο πλαίσιο των Κανονισμών 1346/2000 και 2015/848, 2018
- **Ντίλης Σ.**, Οι αυτοτελείς και λοιποί ισχυρισμοί καθώς και τα ένδικα μέσα στη δίκη περί εξαρτησιογόνων ουσιών., 2021
- **Ντίλης Σ.**, Το κατ' εξακολούθηση έγκλημα μετά το Ν. 2721/1999. Η διάταξη του α. 98 παρ. 2 ΠΚ και ο συνολικός δόλος. 2018
- **Παμπούκη Χ.**, Η Lex Mercatoria, ως εφαρμοστέο δίκαιο στις διεθνείς συμβατικές σχέσεις, Αθήνα, 1996
- **Παπαϊωάννου Γ.**, Δεοντοκρατία ή συνεπειοκρατία; Μια διαχρονική διαμάχη υπό το φως της σύγχρονης επιστήμης., 2013 World congress Proceedings, Vol. 10, Contemporary Philosophy
- **Παπαχρίστου Α.**, Εισαγωγή στην Κοινωνιολογία του Δικαίου, Ι. Θεωρητικό πλαίσιο, 1984