

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

LEGAL TRANSPLANT – POSSIBILITIES AND LIMITS. THEORIES AND CONCEPTUALIZATION

Răzvan Cosmin Roghină

Assist., PhD, "Lucian Blaga" University of Sibiu

Abstract: The Law is dynamic, found in a constant mutation and in a continuum flow of informations and influences. Legal systems interact in many and varied ways, in so much that we can capture, without great difficulty, besides natural differences, common norms (social, legal) to many societal funds. How and why these facts are recorded (?) are inherent questions. Answers can be offered by exploring the legal transplant theories.

Alan Watson, through his work "Legal Transplant: An Approach to Comparative Law" in 1974, triggered numerous discussions upon the relationship between law and society and upon the factors driving changes in law. The American professor (Scottish in origin) gave great attention to the phenomenon called "legal transplant". Due to rich replies received from other theorists, we witness a great dispute of ideas around the above-mentioned issues, on which we will focus in this article.

Keywords: legal transplant; law; society; comparative law; mirror thesis.

În mod inevitabil sintagma „*transplant juridic*” canalizează atenția, în primă fază, spre domeniul medicinei. Este bine cunoscut faptul că orice transplant din lumea medicală presupune nu numai un rând de analize anterioare procesului în sine, dar și un set de verificări ulterioare, menite să certifice reușita preconizată de primul demers (confirmarea compatibilității). O atare logică a fost transpusă și în drept, însă, după cum vom observa, fără să se aibe mereu în vedere necesitatea compatibilității (absolute) dintre donator și receptor.

Unii teoreticieni ai dreptului sau ai sociologiei pun accent pe riscul respingerii de către receptor a corpului juridic străin (o consecință a valențelor metaforice preluate din medicină), pe pericolul unei funcționări defectuoase sau pe riscul generării unei realități juridice mult prea artificiale, în vreme ce alții nu se concentrează asupra acestor aspecte, considerând că transplantul juridic, spre deosebire de cel medical, poate opera și în caz de incompatibilitate teoretică (e.g. opinia lui A.Watson).

Metafora „*transplant juridic*” nu grupează o sumă de condiții uniforme, conforme cu valențele sale „medicale”, dar este, în ciuda acestui fapt, sintagma cea mai des folosită în cadrul discuțiilor referitoare la circulația modelelor (sisteme, norme, concepte, idei etc.) juridice în lume¹.

¹ Din cauza faptului că fenomenul supus discuției este unul complex, care comportă multe variabile, nu s-a reușit încheierea unei teorii general valabile și, evident, nici formularea unei metafore care să proiecteze fără echivoc logica și efectele circulației modelelor

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

I. TRANSPLANTUL JURIDIC ESTE O REALITATE – TEORIA LUI A. WATSON

A. Watson, prin publicarea lucrării „*Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*” în 1974, este cel care a deschis planul a numeroase discuții în jurul relației dintre lege și societate și asupra factorilor care determină schimbările în drept. Profesorul american (de origine scoțiană) a acordat atenție sporită fenomenului denumit „transplant juridic”. Datorită replicilor primite din partea altor teoreticieni, astăzi putem asista la o nuanțată dispută de idei în cadrul fenomenologiei transplantului juridic.

În lucrările sale², A. Watson reiterează faptul că schimbările dintr-un sistem de drept sunt datorate în primul rând transplantului juridic. Potrivit gândirii profesorului american, caracterul nomad al regulilor dovedește că nu există o relație strânsă între societate și lege³. Legea este în mare măsură autonomă și se dezvoltă prin transplant, pentru că aceia care au prerogativa legiferării sunt atenți la fondurile juridice străine pentru a identifica beneficiile unor norme și foloasele ce pot rezulta din transferul lor⁴. Folosul nu trebuie să fie neapărat direcționat spre cei mulți sau spre o clasă generală, întrucât, spune A. Watson, cei care aplică dreptul au cea mai mare influență și tot ei sunt cei care culeg, adoptă și cultivă interesele, motiv pentru care distingem, pe lângă tipurile de interese ce se evidențiază, dreptul înțeles de cei care îl aplică și dreptul înțeles de cei asupra cărora se aplică.

Watson nu evocă faptul că normele împrumutate nu ar fi supuse vreunei alterări sau modificări, ci mai degrabă indică faptul că transplantul voluntar implică întotdeauna (în cazul unui transplant masiv) schimbări (în mare măsură) fără legături cu anumiți factori particulari ce operează în cadrul societății. În viziunea sa, dreptul transplantat „*nu este același lucru cu cel care a fost în casa anterioară*”⁵. Corpurile juridice (concepte, principii, instituții, norme, structuri juridice ș.a.m.d.) sunt accesibile celui care caută să importe, însă „spiritul” sistemului de drept donator nu poate și nu nici nu se urmărește a fi importat. Nu se susține, astfel, că dreptul importat va lucra sau funcționa întocmai precum în fondul mamă⁶. În acest context, A. Watson subliniază faptul că dreptul

juridice în lume. Fără a încerca să nominalizăm o metaforă în detrimentul alteia – toate având plusuri și minusuri, fiind susceptibile a fi folosite precum niște lentile în funcție de unghiul de abordare al fenomenului supus discuției –, noi am ales să folosim, independent de teoria profesorului A. Watson, sintagma transplant juridic. Precizăm că în unele cazuri, din considerente legate de frazare, vom folosi, sub formă de sinonime, și alte sintagme: transfer juridic, import juridic.

² *Aspects of Reception of Law* (American Journal of Comparative Law, Vol. 44, Issue 3, Spring 1996, pp 335-352); *Comparative Law and Legal Change* (Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978), *Legal Transplants and Law Reform* (Law Quarterly Review, Vol. 92, 1976); *Society and Legal Change* (Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977; 2nd edn, Temple University Press, Philadelphia, 2001); *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984); *The Evolution of Law* (Blackwell, Oxford, 1985); *Legal Origins and Legal Change*, (Hambledon Press, London, 1991); *The Evolution of Western Private Law* (Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001); *From Legal Transplants to legal formants* (American Journal of Comparative Law, Vol. 43, Issue 3, Summer 1985, pp. 469-476; *Law out of context* (Edinburgh Law Review, vol. 4, Issue 2, May 2000, pp. 147-167; ș.a. .

³ A. WATSON, *supra* nota de subsol 2.

⁴ IDEM, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978, p. 313.

⁵ În *Legal History and Common Law for Europe, Mystery, Reality, Imagination*, Arne Longfern Offset AB, SticHolm, 2001, p. 104.

⁶ *Ibidem*, p. 115

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

comparat ar trebui să se preocupe de studiul relațiilor istorice dintre ordinele de drept și de “destinul” transplanturilor juridice din diferite țări⁷. Astfel s-ar putea identifica factorii care explică schimbările sau imutabilitatea dreptului⁸. A. Watson a ilustrat o serie de cazuri⁹ care, în opinia sa, duc spre concluzia că circulația regulilor/ ideilor juridice de la un stat la altul este cea mai fertilă sursă de dezvoltare în domeniul juridic¹⁰.

Așadar, dreptul comparat, potrivit gândirii lui Watson, nu ar trebui să se concentreze (doar) pe dimensiunea statică a dreptului, ci (și) pe dimensiunea sa dinamică, avându-se în vedere complexul fenomen al circulației modelelor juridice în lume. Dreptul comparat este chemat să se ocupe cu studiul relațiilor istorice dintre sistemele de drept¹¹. Pe această cale s-ar permite celor implicați în reforma dreptului să-și înțeleagă mai bine rolul și sarcinile, să obțină o mai clară perspectivă asupra lui dacă, cât (până la ce cotă apropierea este rezonabilă) și de unde să se facă apropieri în drept (alegerea sistemului de drept), respectiv dacă este posibilă acceptarea corpurilor juridice străine cu sau fără modificări.

Conceptul de “*înclinare spre transplant*” sau “*disponibilitatea pentru transplant*” (*transplant bias*)¹² este un element esențial pentru teoria lui A. Watson, în viziunea căreia schimbările juridice apar – în mod primar – prin apropiere sau imitare de norme. Conceptul se referă la receptivitatea față de un anumit sistem de drept, o apropiere nedatorată unei selecții bazate pe cântărirea tuturor alternativelor posibile. Această receptivitate variază în funcție de factori precum: tradiția lingvistică avută în comun (în parte sau în tot) cu potențialul sistem donator; prestigiul celui din urmă; pregătirea educațională și experiența (influențată de doctrină sau/și practica sistemului de drept donator) teoreticienilor și practicienilor din sistemul de drept receptor¹³.

Un minus al teoriei profesorului american poate sta în faptul că este concentrată doar pe dimensiunea dreptului privat din dreptul occidental. Această împrejurare (în concurs cu respingerea teoriei dreptului ca oglindă a societății) a generat incertitudini sau semne de întrebare în jurul teoriei sale. Interesant este că tocmai aceste semne de întrebare au dus la constatarea (nu generală) că transplantul juridic poate opera cu orice și în cele mai vitrege condiții, existând, bineînțeles, și excepții.

Referitor la cauzele sau factorii care înlesnesc sau deschid calea către un transplant juridic, A. Watson a evidențiat: tradiția lingvistică, prestigiul, accesibilitatea și experiența anterioară.

II. IMPOSIBILITATEA TRANSPLANTULUI JURIDIC

⁷ IDEM, *Legal transplant. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, 1993, p. 6

⁸ *Ibidem*, p.21

⁹ *Ibidem*, p. 108

¹⁰ *Ibidem*, pp. 7-9, p.194

¹¹ *Ibidem*, pp. 5-6

¹² Această disponibilitate sau înclinare spre transplant interacționează cu o serie de factori precum: sursa legii, gradul de generalitate, inerția, nevoile acoperite. În acest sens, a se vedea IDEM, *Comparative Law and Legal Change...* cit., pp. 313-336.

¹³ Adoptarea unui cod străin în întregime sau a unei legi fundamentale este un exemplu în sprijinul conceptului afirmat. În momentul în care se transferă un întreg care acoperă o sferă largă de relații, se poate prezuma că se are în vedere în mod principal identitatea sursei și, dacă este cazul, precedentele înregistrate în relația donator – receptor.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

Există și opinia potrivit căreia transplantul juridic este imposibil. Profesorul P. Legrand pune în lumină inabilitatea normelor juridice de a „călători” prin jurisdicții, neîmpovărate de un bagaj istoric, epistemologic sau cultural¹⁴. Potrivit acestuia, o parte esențială a normei juridice – sensul său – nu „supraviețuiește” transferului, împrejurare ce face ca forma juridică importată să fie cu totul altceva, căpătând un sens nou, conform cu modul de înțelegere al societății receptoare¹⁵. O normă nu se explică prin ea însăși, interpretatorii având rolul să-i depisteze sensul și să-l explice, dar cum modelele de interpretare diferă de la o societate la alta, sensul va fi unul complet deformat în dreptul receptor. Ca atare, transferul juridic, în definitiv, nu are loc¹⁶. În cel mai bun caz, conform lui P. Legrand, ceea ce se poate transfera de la o societate la alta este un set de cuvinte fără unitate de sens¹⁷.

P. Legrand, în cursul său de drept comparat, expune reținerea potrivit căreia un comparatist trebuie să surprindă ideea propozițiilor, frazelor pe care le traduce, și nu să se concentreze doar asupra cuvintelor: “*O teorie a traducerii îi va permite să-și dea seama că nu traduce cuvinte, ci idei*”¹⁸ (...)¹⁹.

III. NUANȚAREA POSIBILITĂȚILOR ȘI LIMITELOR TRANSPLANTULUI JURIDIC

¹⁴ A se vedea P. LEGRAND, *The Impossibility of “Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, pp. 111–118.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 114-115

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Ibidem*, p.120

¹⁸ IDEM, *Drept comparat*, Ed. Lumina LEX, București, 2001, (traducator: R. Bercea), p. 26.

¹⁹ În prelungirea acestei afirmații, considerând că este posibil ca un comparatist să surprindă ideile expuse de un text juridic străin, de ce nu ar fi posibil că acele idei reținute să fie transpuse în alt sistem? Dacă X are în vedere și înțelege fondul cultural, istoric, economic, epistemologic al sursei pe care o consideră a fi un bun candidat pentru un transplant juridic, nu poate, în definitiv, să preia sensul celor reperate și să le cultive (teoria lui Öricü are o utilitate sporită în acest caz) cu succes și în textul rezultat în dreptul importator? Este evident că echivalența nu poate fi perfectă, dar cu siguranță se pot obține linii de esență similare. Chiar și într-un atare scenariu, dominat de rațiune și conștiință, transplantul este imposibil? Răspunsul se conturează în jurul a unui nu, mai ales dacă adăugăm în calcul și pleiada de transplanturi juridice înregistrate de istorie și redată spre a fi caracterizate cu scopul de se reține informații utile asupra la: de unde, cât și în ce circumstanțe se poate transplantă și de ce a intervenit o anume schimbare și nu alta? În ce circumstanțe se poate transplantă? Astfel, cu ajutorul istoriei, s-au constatat cazuri când un transfer juridic s-a realizat cu succes și între fonduri culturale vitrege. Faptul că sensul suferă o alterare accentuată poate să conțene mai puțin atâta timp cât efectele scontate s-au obiectivat în societatea receptoare ori, deși nu au fost scontate, s-au înregistrat altele apropiate sau unele chiar mai bune. A spune că transplantul juridic este imposibil înseamnă a străbate o cale foarte lungă, eliminând în pășirea ei orice semn de întrebare. Legrand este frustrat în această cale lungă de numeroasele exemple de transplant juridic ce s-au întâmplat și încă se întâmplă.

P. Legrand, probabil din dorința de a invalida teoria lui Watson, a trecut într-o extremă mult prea închisă, care ignoră realități sau, după caz, excepții veritabile. Legrand l-a “acuzat” pe Watson că vede transplantul juridic într-un mod mult prea simplist, fără să ia în considerare multitudinea de piedici ce stau în calea lui. Watson, sub formă de replică, a reiterat că normele juridice, pe lângă faptul că sunt parte dintr-o structură socială, operează și la nivel de idei și că, de cele mai multe ori, ideea este cea care se transferă (A. WATSON, *Comparative Law and Legal Change...* cit., p.315; *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 131, Issue 5, p.1152.; *The Evolution of Law: Continued*, Law and History Review, 1987, p.537 și urm.). Pe lângă aceasta, Watson „reproșează” lui Legrand faptul că ignoră importanța istoriei dreptului în materie de comparare. Profesorul american recunoaște că diferențele dintre sistemele de drept trebuie să fie luate în calcul, dar tot așa trebuie să fie cântărite în importanță și similitățile, cauzele acestora, incluzând cazurile de transplant ce nu pot fi omise (*Legal Transplants and European Private Law*, University of Belgrad, 2006; lucrarea a fost consultată online la adresa: www.alanwatson.org, 08.10.2016).

În această ordine de idei, ne putem întreba: care tip de transplant juridic este proclamat ca fiind imposibil? Transplantul imaginat de Alan Watson (ulterior preluat cu sau fără nuanțări și de alți teoreticieni) sau transplantul juridic înțeles de P. Legrand? Împrejurarea că o normă juridică transplantată îmbracă haine noi și că, implicit, produce efecte diferite (poate neașteptate) în fondul receptor, duce la absența transplantului juridic? Se poate ignora actul care a dus la introducerea unor elemente străine, respectiv efectele înregistrate prin intermediul corpurilor juridice introduse pe calea unei aplecări asupra unui fond extern? Teoria lui Legrand, deși ignoră o realitate obiectivă, conține idei utile în analizarea și caracterizarea unui transplant juridic concret.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

Profesorul turc E.Örücü propune o reconsiderare a transplantului juridic în lumina pozițiilor extreme adoptate de A. Watson și P. Legrand. Apropiată mult mai mult de viziunea lui A. Watson, E. Örücü nu contestă realitatea transferului juridic, ci doar atrage atenția asupra unui plus de considerente ce trebuie luate în calcul, sens în care propune și folosirea unei noi metafore: transpoziția juridică, care, în viziunea sa, descrie mai bine fenomenul importului juridic.

E.Örücü dezvoltă o teorie a transplantului juridic de succes, caracterizare ce ar putea fi obținută printr-o adaptare corespunzătoare, precum în muzică, așa cum evocă metafora propusă spre folosire de comparatistul turc²⁰. În absența unei adaptări sau în prezența unei adaptări superficiale a dreptului importat, cel din urmă va determina efecte negative în societatea importatoare²¹.

Lăsând la o parte necesitatea compatibilității, dar fără a o anula, E. Örücü consideră că un import juridic voluntar sporește probabilitatea reușitei transpoziției și adaptării întrucât actul se desfășoară în prezența unei receptivități autentice din partea societății importatoare²². Referindu-se la teoria „iritației juridice”, promovată de G. Teubner²³, E.Örücü consideră că iritația cauzată de un transplant juridic este necesară, în limitele unui nivel acceptabil, pentru o transpoziție reușită²⁴. Spre deosebire de E. Örücü, G. Teubner susține că un transplant juridic reușit este acela care nu irită „legăturile obligatorii” cu societatea, dar fără să se aplece și asupra a ce trebuie făcut pentru a se evita iritarea. Profesorul turc, pune, în schimb, un accent pozitiv pe divergență (ca element ce duce spre o relație constructivă) în rezolvarea problemei convergenței. „*De ce se ne așteptam la „repulsie” și nu la interacțiune? (...) Convergența nu înseamnă a încerca să creăm similarități, ci să acceptăm diversitatea*”²⁵.

²⁰ E.ÖRÜCÜ, *Law as Transposition, Law and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, issue 2, April 2002, p 207.

²¹ *Ibidem*, p.212.

²² *Ibidem*, p.208.

²³ G. Teubner caută să înțeleagă actul transferului juridic prin concentrarea pe efectele ce se înregistrează în fondul societății importatoare. Profesorul german socotește poziția lui P. Legrand ca fiind mult prea puternic legată de fondul cultural, ignorând situațiile în care regulile juridice și cultura socio-juridică nu sunt interdependente, precum și multele exemple de transferuri juridice (de succes) ce au avut loc, consemnate de istorie.

În relație cu Watson, Teubner recunoaște că transferul juridic a fost și este o sursă principală de schimbare juridică, însă nu în modul imaginat de profesorul american (de origine scoțiană). Teubner nu crede că transplantul juridic este simplu, ci, din contră, este dificil în marea parte a cazurilor. Acesta se apropie de gândirea lui Kahn Freud, conform căreia dreptul este în mod selectiv încorsetat în cultura unei anumite societăți (G. TEUBNER, *Legal Irritants*, *Modern Law Review*, vol. 61, Issue 1, January 1987, pp. 14-18). În plus, tot în raport cu A. Watson, G. Teubner blamează metafora „transplant juridic” pe motivul că ar pune accent pe actul mecanic al importului și prea puțin pe efectele sau consecințele actului asupra dreptului societății importatoare, pe partea sa organică. Acesta a indicat sintagma „iritație juridică” ca fiind mult mai sugestivă pentru ceea ce se întâmplă în cazul unui transfer juridic.

Profesorul german distinge două feluri de drepturi. Pe de o parte, există un drept care nu prezintă strânse legături cu fondul cultural originar și care, implicit, poate fi importat; este susceptibil de succes cu condiția, încă valabilă, a cultivării mediului în care va fi așezat. Așadar, pentru Teubner, necesitatea adaptării elementelor importate se consolidează într-o cerință universală. Pe de altă parte, se mai face cunoscut un drept ce nu poate fi „domesticit”, ce „nu poate fi transformat din ceva străin în ceva familiar” (*Ibidem*) din cauza puternicelor legături cu fondul cultural originar. Într-un asemenea caz, transferul juridic se manifestă sub forma unei „iritații juridice”. Dreptul importat nu este asimilat în totalitate. Nici nu ar putea fi absorbit în întregime, din vreme ce, conform rațiunii lui Teubner, dreptul cu „legături obligatorii” generează o *dinamică evoluționistă în care sensul normei externe va fi reconstruit, iar contextul intern va suferi o schimbare fundamentală* (*Ibidem*, p.12). Astfel, dreptul importat este recontextualizat, societatea importatoare reasamblându-l într-un mod propriu, într-un limbaj specific.

²⁴ E. Örücü, op. cit., p.211.

²⁵ *Ibidem*

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

Adaptarea, pentru a fi încununată cu succes, trebuie să se realizeze la toate nivelurile sistemului de drept, mai ales în rândul judecătorilor și al viitoarelor generații de juriști, deci și la nivel educațional, cât și printre ceilalți actori (activi) cu pregătire juridică²⁶.

*Care sunt plusurile și minusurile modelelor străine în procesul legiferării? Ce condiții trebuie să fie îndeplinite pentru a-l face dorit sau pentru a permite celor care pregătesc o nouă legislație să se folosească de reguli și instituții dezvoltate în țări străine?*²⁷. O. Kahn Freud susține că există grade de transferabilitate și că șansele de acceptare sau respingere a corpului juridic străin din mediul importator depind de o serie de factori politici (cei mai importanți în viziunea sa), economici, sociali și geografici²⁸.

Factorul politic prezintă o importanță sporită, fiind chiar decisiv în considerarea șanselor pentru supraviețuirea sau repulsia celor transplantate. Spre exemplu, diferențele dintre statele comuniste și noncomuniste ori dintre dictaturi și democrații prezintă impedimente serioase pentru ipoteza unui transfer juridic. De asemenea, o importanță crescută o au grupurile de interese în elaborarea și întreținerea instituțiilor juridice, în activitatea lor politico-socială²⁹. Cu titlu de exemplu, O. Kahn Freud expune opunerea Bisericii Catolice, din Italia, în fața reformelor din domeniul dreptului familiei, privitoare la instituția divorțului, instituție supusă unei reale tendințe de a fi împrumutată de alte state³⁰. Un alt exemplu se poate surprinde în ipotezele unor reforme din dreptul muncii, unde grupurile profesionale au puterea să influențeze procesul edictării dreptului în materia pe care o reprezintă. În sprijinul unor schimbări, grupurile se pot comporta precum nișe grupuri antreprenoriale, iar în măsura în care expun și susțin variante preluate din alte sisteme de drept, asistăm la promovarea unui transplant de tip antreprenorial.

O. Kahn Freud spune că transferul de norme și instituții juridice nu ar trebui să fie luat ca și efectuat în majoritatea situațiilor, întrucât utilizarea unor norme în afara mediului lor natural generează un însemnat risc de respingere, mai ales când se ignora sau se evaluează greșit contextul (în principal cel politic). O normă sau o instituție juridică nu trebuie să fie separată de scopul și de circumstanțele proprii în care s-a născut și dezvoltat, fiind un produs al culturii, iar cultura este proprie și netransferabilă. Viziunea lui O. Kahn Freud se apropie de poziția lui Legrand. Totuși, acesta lasă loc transplantului juridic prin ferestrele unor grade de transferabilitate, determinate de anumiți factori mai mult sau mai puțin decisivi.

IV. CONCEPTUALIZAREA TRANSPLANTULUI JURIDIC

Cele mai multe încercări de a înțelege transferurile juridice sunt puternic condiționate de teoriile socio-juridice. Din perspectiva acestora, problema centrală este: dreptul unui stat, dezvoltându-se în baza unor condiții istorice proprii, specifice, se poate transplanta în alte fonduri

²⁶*Ibidem*, p. 208.

²⁷ O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law* (1974) 37 *Modern Law Review*, p. 2.

²⁸*Ibidem*, p. 8

²⁹*Ibidem*, p. 15

³⁰*Ibidem*, pp. 14-17

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

care oferă condiții diferite? În cazul în care transferul este realizat spre a organiza modele politice, economice, morale, precum și alte forme de comportament, atunci conținutul său ar trebui să se potrivească cu condițiile din societățile beneficiare³¹.

Pe această linie, se evocă faptul că gradul de transferabilitate este, în mare măsură, determinat de cota autonomiei normelor în raport cu societatea mamă și de deschiderea prezentată de sistemul receptor.

În literatura socio-juridică, grupând teoriile prezentate și nu numai, se evidențiază trei abordări principale cu privire la transferul juridic: evoluția juridică, autonomia juridică limitată și autonomia juridică.

IV.1. EVOLUȚIA JURIDICĂ

Teoria evoluției juridice pune în legătură transferul juridic cu dinamica proceselor sociale din societatea receptoare³². Evoluționiștii susțin că sistemele juridice mai puțin dezvoltate absorb, sub egida necesității, corpuri juridice din sistemele mai dezvoltate, mai eficiente³³. Omul își modelează activitatea obiectivă prin intermediul deciziilor, hotărâri care poartă sau trebuie să conțină amprenta raționalului. Unii teoreticieni spun că aceasta este o caracteristică universală a omului, o trăsătură ce caracterizează întreg comportamentul uman. Întrucât valorile personale sunt considerate non-comparabile, diferența culturală nu își găsește locul în ecuație, viziune în baza căreia se înțelege de ce sistemele juridice aleg – în numele experienței oferite și filtrate de timp - cele mai eficiente reguli și instituții reperate în urma unei selecții a soluțiilor găsite în diferite sisteme naționale³⁴. Bineînțeles, pot să intervină și anumiți factori subiectivi precum dependența culturală, care poate să facă ca o anumită variantă, deși nu mai eficientă decât alta, dar eficientă, să pară a fi soluția mai rațională. Într-un atare context, cultura juridică este, poate în mod inconștient, luată în calcul, determinând modul în care beneficiarii implementează conținutul juridic transferat.

Evoluția juridică, deși nu suficient de puternică pentru a fi o teorie de reper, generală, are fără dubiu relevanța unui factor ce determină sau deschide calea spre opțiunea unui transplant juridic.

IV.2. TEORIILE AUTONOMIEI JURIDICE

Unii teoreticieni, după cum am văzut, cred că transferabilitatea legilor poate fi evaluată prin examinarea congruenței sau legăturii existente între lege și forțele sociale – teoria autonomiei juridice.

Dacă legile sunt doar seturi de declarații propoziționale – cum susținătorii autonomiei depline par a considera – atunci transplantul juridic este ușor, pentru că legile autonome nu sunt istoric sau cultural conectate la societate într-o manieră semnificativă. Dacă, dimpotrivă, legile nu pot fi separate

³¹ MARK VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp.37-39.

³² P. STEIN, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, The Cambridge Law Journal, 1980, pp. 23-29.

³³ L. M. FRIEDMAN, *Borders: On the Emerging Sociology of Trans-national Law*, Stanford Journal of International Law, 1996, pp 65, 70 și urm. .

³⁴ A se vedea U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, University of California Hastings College of the Law, International Review of Law and Economics, March, 1994, lucrare consultată online la http://works.bepress.com/ugo_mattei/14 , 22.09.2016.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

de caracteristicile sociale, atunci au o autonomie limitată și necesită o adaptare atentă pentru a se potrivi cu structurile sociale de bază din țările beneficiare.

IV. 2.1. AUTONOMIA JURIDICĂ LIMITATĂ

Autonomia juridică limitată are ca punct de plecare convingerile expuse de teoria dreptului ca imagine a societății, cultivată de Montesquieu, conform căreia legile dețin o autonomie limitată, restrânsă. Montesquieu a expus și susținut, în celebra sa lucrare *Spiritul legilor* ideea că “*legile politice și civile ale fiecărei națiuni... trebuie să fie atât de specifice persoanelor pentru care acestea sunt elaborate, încât ar fi o mare întâmplare ca acestea să se potrivească și altei națiuni*”³⁵. Îmbrățișând întru-totul aserțiunile din urmă, am ajunge la concluzia că transplantul juridic se poate înregistra foarte rar, ca rezultat dominat de factorul “*alea*”.

Totuși, istoria prezintă contrariul: transferul juridic se înregistrează la o scară însemnată. În fața acestei realități constatate în mod obiectiv, teoreticienii care îmbrățișează teoria autonomiei limitate recunosc faptul că normale juridice se pot transfera, dar spiritul juridic, cultura juridică, construcțiile epistemologice nu pot fi transferate sau nu supraviețuiesc transplantului. Aceasta pentru că fondul cultural este cel care oferă înțeles și sens regulilor juridice. Legile rezultate în urma unui transplant juridic pot să arate la fel și să fie administrate de instituții configurate în mod similar, însă din moment ce acestea sunt puse în aplicare de actori cu mentalități juridice diferite, transferul nu are loc, fiind chiar imposibil (*i.e.* teoria lui P. Legrand).

O. Kahn Freud și G. Teubner, după cum deja s-a evocat, au un model de abordare mai ponderat, în comparație cu poziția adoptată de P. Legrand (una de extremă în cadrul teoriei autonomiei juridice limitate). Cei din urmă spun că o mare parte din normele juridice sunt mai puternic înrădăcinate în fondul originar. Totuși, unele legi se pot prezenta a fi mai autonome decât altele și, deci, să fie susceptibile transplantării, granițele social-politice nefiind un impediment major.

IV.2.2. AUTONOMIA JURIDICĂ

Fără îndoială, cea mai profundă articulare a autonomiei juridice se găsește în lucrările lui A. Watson. Nu se pune accent pe gradele de autonomie, normele putând fi transplantate cu ușurință. Ele, în generalul lor, nu sunt considerate a fi împovărate cu un bagaj cultural atât de greu încât să nu fie asimilabile. A. Watson s-a concentrat pe motivele transplantului juridic și mai puțin pe efectele ce se pot înregistra în fondul social receptor ori pe necesitatea adaptării conținutului transferat, dar a insistat pe ideea că efecte planificate se pot obține chiar și atunci când transplantul are loc între societăți cu fonduri culturale foarte diferite. Selecția și cântărirea celor transplantate cad în sarcina celor care pot/au puterea să le și implementeze. Se prezumă ca aceia surprind ideea și deduc că poate fi aplicată și în dreptul lor. *Dacă reprezentanții unei culturi cred că o idee dintr-o altă cultură își poate găsi aplicarea și-n fondul lor intern, de ce să nu fie așa?* Bineînțeles, nu este obligatoriu ca trăirile culturale ale celor care reprezintă o societate să fie similare cu cele ale celor care se găsesc în

³⁵ CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, *Despre spiritul legilor*, Edit. Științifică, București, 1964.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

celelalte straturi sociale. Relativismul stă prezent și în această ecuație. De aceea sintagma *cultură juridică* este mai nou privită ca o sumă a unor comunități interpretative adunate într-o națiune³⁶.

Oricum, în orice caz, se consideră că normele juridice, indiferent de tip, prezintă un grad de autonomie suficient de ridicat pentru a permite desprinderea ideii care o guvernează, care i-a dat “contur”, idee ce poate duce la o schimbare în societatea importatoare, odată transplantată.

E. Örucü este cea care a adus o prelungire segmentelor transplantului juridic, prezentând și necesitatea adaptării corpurilor juridice transpuse la imaginea societății beneficiare³⁷.

V. TEORIA SISTEMELOR

Teoria sistemelor caută să analizeze poziția destinatarilor unui transplant juridic, dreptul fiind privit ca un sistem de comunicații. Se pune accent pe ceea ce cred destinarii și pe modul în care aceștia (se) folosesc de corpurile juridice primite. Cel care a construit această teorie este N. Luhman³⁸. Potrivit acestuia, oamenii din cadrul instituțiilor, cum ar fi companiile, organismele politice, universitățile, folosesc comunicarea pentru a crea o proprie variantă de realitate și sens³⁹. Practic, întreaga societate este fragmentată în subsisteme⁴⁰, iar sistemul de drept nu este o excepție.

Teoria sistemelor pendulează între teoria autonomiei juridice și cea a autonomiei juridice parțiale sau limitate, sugerând că sistemele sunt „cognitiv deschise”, dar “operațional închise”⁴¹. Aspectul din urmă face că teoria sistemelor să fie una controversată. Comunicarea este împărțită în sisteme autopoietice operațional închise. Luhman a împrumutat termenul „autopoietice” din lumea cercetărilor biologice⁴², unde este folosit pentru a descrie capacitatea de autoreplicare sau autocreare a unor subsisteme organice. Așadar, societatea este compusă din sisteme autopoietice care se reproduc și organizează conform unor principii intrinseci, fără a fi direcționate din și de exterior (alopoietic). Ele stau în contact cu mediul care le înconjoară și preiau de la acesta elementele necesare pentru supraviețuirea sistemului, dar nu sunt dirijate de mediu. Astfel, subSistemele comunicante sunt închise operațional, deoarece acestea selectează și adaptează, în funcție de logica internă, informațiile provenite din exterior. Sunt, în schimb, deschise cognitiv la cunoașterea externă, cum ar fi transferurile juridice, dar, în definitiv, tot în mod propriu vor decide asupra modului în care informațiile primite trebuie să fie înțelese și integrate.

³⁶ R. COTTEREL, *Is there a Logic of Legal Transplant*, în *Adapting Legal Cultures*, edit. D.Nelken / J.Feest, Hurt Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2001, p. 81 și urm. .

³⁷ E. ÖRUCÜ, *op. cit.*, p.206.

³⁸ A se vedea A. PHILLIPOPOULOS – MIHALOPOULOS, *Dealing (with) Paradoxes: On law, justice and cheating University of Westminster* in M King and C Thornhill (eds), *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, 2005, lucrare consultată online la <http://ssrn.com/abstract=1356054>, 28.10.2016.

³⁹ N. LUHMAN, *A Sociological Theory of Law*, trans. K Ziegert, ed. F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff and R. Zieger, Oxford University Press, 2004.

⁴⁰ A. BECK, *Is Law an Autopoietic System?*, *Oxford Legal Studies* (401), 1994, pp. 401, 404-15

⁴¹ R. NOBLES, D. SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2006, pp.19-47.

⁴² S-a inspirat din modelul cibernetic autopoietic construit de biologul Humberto Maturana.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

G. Teubner a aplicat teoria sistemelor pentru a explica transferul principiului buneii credințe în dreptul englez⁴³. El a susținut că sistemele juridice beneficiare nu sunt închise niciodată complet la transferurile juridice. Corpurile juridice străine funcționează precum niște perturbații care, dacă sunt utilizate în mod constant, pot determina modul în care un sistem înțelege și integrează elementele juridice străine. Este interesantă remarcă din urmă în condițiile în care G. Teubner a afirmat că există un drept care nu poate fi domesticit din cauza strânselor legături cu fondul cultural original, intervenind astfel, după cum s-a expus mai în urmă, o iritație juridică. Există, ca atare, și în viziunea profesorului german circumstanțe care permit anumitor corpuri juridice strâns cuplate de fondul mamă să fie decuplate, prin apelarea la un exercițiu constant?

Teoria sistemelor contestă ideea că transferurile juridice pot crea pur și simplu reguli juridice noi, care să inducă un comportament prestabilit în rândul beneficiarilor. Acest mod nou de a înțelege transferurile juridice ca evenimente de comunicare evită „tradiționalele” probleme legate de definiții și concepte asociate analizei culturii juridice.

Teoria sistemelor respinge ideea că transplantul juridic depinde de o potrivire sau congruență între ceea ce se transferă și beneficiari. Pentru susținătorii acestei teorii, oamenii nu sunt simpli receptori pasivi de informații deja filtrate și formate de o realitate externă, ci sunt implicați în mod activ în producerea unei realități proprii. Din acest punct de vedere, o normă juridică este transferată dincolo de granițele sale geopolitice și culturale nu pentru că este autonomă, universală și de durată, ci mai degrabă pentru că regula exprimă sensul actorilor sociali din societatea receptoare. Prin influențarea gândirii locale, transferul juridic formează practici contingente, ipoteze, obiective și categorii de gândire în statele receptoare. Cercetarea compatibilității dintre ceea ce se transferă și condițiile sociale din organismul receptor este utilă numai în măsura în care dezvăluie ce informații sunt transferate către destinatari. Unii teoreticieni îmbrățișează perspectiva oferită de teoria sistemelor, dar cu reținerea că N. Luhman supraestimează diviziunile epistemologice din cadrul societăților⁴⁴.

CONCLUZII

Fenomenul transplantului juridic pune în atenție o gamă largă de păreri. Unele oferă o viziune optimistă asupra actului de transfer juridic, punctând capacitatea actorilor dreptului de a-l controla, în timp ce altele se îndepărtează gradat de caracterul amintit ori se așează într-o poziție dominată de pesimism.

Toate aceste păreri nu pot fi ignorate. Faptul că teoria X nu corespunde pe deplin cu viziunea lui A sau B, susținători ai actului de transfer ori nu, nu înseamnă că X își pierde din utilitatea generală, cu toate că nu are un acoperământ general ori absolut. În evaluarea unui caz concret putem ajunge la concluzia că se aplică, în concurs, părți din mai multe teorii, iar într-un alt caz să surprindem inoperativitatea aceluiași părți din aceleași teorii, respectiv valabilitatea părților care în cazul

⁴³ TEUBNER G., *op. cit.*, pp.11-32.

⁴⁴ NELKEN D., *Law's New Boundaries: The Consequences of Legal Autopoiesis*, Jiri Priban & David Nelken eds, 2001, pp.282-286.

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureș, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

precedent nu s-au dovedit a fi valabile. Din cele prezentate se poate trage concluzia că un import juridic nu se poate realiza după o metodologie prestabilită. Fiecare caz are specificul său și trebuie analizat ca atare.

BIBLIOGRAFIE

- BECK A., *Is Law an Autopoietic System?*, Oxford Legal Studies (401), 1994;
- COTTEREL R., *Is there a Logic of Legal Transplant*, în *Adapting Legal Cultures*, edit. D.Nelken / J.Feest, Hurt Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2001;
- ÖRÜCÜ E. , *Law as Transposition*, *Law and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, issue 2, April 2002;
- FRIEDMAN L. M., *Borders: On the Emerging Sociology of Trans-national Law*, Stanford Journal of International Law, 1996;
- KAHN-FREUND O., *On Uses and Misuses of Comparative Law* (1974) 37 Modern Law Review;
- LEGRAND P.: *The Impossibility of “Legal Transplants*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, pp. 111–118. *Legal Transplants and European Private Law*, University of Belgrad, 2006; *Drept comparat*, Ed. Lumina LEX, Bucuresti , 2001, (traducator: Raluca Bercea);
- LUHMAN N., *A Sociological Theory of Law*, trans. K Ziegert, ed. F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff and R. Zieger, Oxford University Press, 2004;
- MARK VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford: Hart Publishing, 2002;
- MATTEI U., *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, University of California Hastings College of the Law, International Review of Law and Economics, March, 1994;
- MONTESQUIEU CHARLES DE SECONDAT, *Despre spiritul legilor*, Edit. Științifică, București, 1964;
- NELKEN D., *Law’s New Boundaries: The Consequences of Legal Autopoiesis*, Jiri Priban & David Nelken eds, 2001;
- NOBLES R., SCHIFF D., *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2006;
- PHILLIPOPOULOS – MIHALOPOULOS A., *Dealing (with) Paradoxes: On law, justice and cheating University of Westminster* in M King and C Thornhill (eds), Luhmann on *Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, 2005;
- STEIN P., *Legal Evolution: The Story of an Idea*, The Cambridge Law Journal, 1980;
- TEUBNER G., *Legal Irritants*, Modern Law Review, vol. 61, Issue 1, January 1987;
- WATSON A.: *Aspects of Reception of Law* (American Journal of Comparative Law, Vol. 44, Issue 3, Spring 1996); *Comparative Law and Legal Change* (Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978), *Legal Transplants and Law Reform* (Law Quarterly Review, Vol. 92, 1976); *Society and Legal Change* (Scottish Academic Press, Edinburgh, 1977; 2nd edn, Temple University Press, Philadelphia, 2001); *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984); *The Evolution of Law* (Blackwell, Oxford, 1985); *Legal Origins and*

Iulian Boldea, Dumitru-Mircea Buda (Editors)

CONVERGENT DISCOURSES. Exploring the Contexts of Communication

Arhipelag XXI Press, Tîrgu Mureş, 2016

ISBN: 978-606-8624-17-4

Legal Change, (Hambleton Press, London, 1991); *The Evolution of Western Private Law* (Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2001); *From Legal Transplants to legal formants* (American Journal of Comparative Law, Vol. 43, Issue 3, Summer 1985); *Law out of context* (Edinburgh Law Review, vol. 4, Issue 2, May 2000); *Legal History and Common Law for Europe, Mystery, Reality, Imagination*, Arne Longfern Offset AB, Sticholm, 2001; *Legal transplant. An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, 1993; *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge Law Journal, Vol. 37, 1978; *The Evolution of Law: Continued*, Law and History Review, 1987.