

# ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΑ ΤΟΥ ΑΝΘΡΩΠΟΥ

REVUE HELLÉNIQUE  
DES DROITS DE L'HOMME

---

ΔΙΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗ

ΦΙΛΙΠΠΟΣ Κ. ΒΑΣΙΛΟΓΙΑΝΝΗΣ

Michel Troper, Το σύνταγμα  
και ο νομικός ρεαλισμός

ΑΝΑΤΥΠΟ

79

2019



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ  
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

# *Michel Troper*, Το σύνταγμα και ο νομικός ρεαλισμός\*

ΦΙΛΙΠΠΟΣ Κ. ΒΑΣΙΛΟΓΙΑΝΝΗΣ

**Μ**Ε ΤΗΝ ΕΓΚΥΡΗ ΕΚΔΟΣΗ της προκείμενης συλλογής αντιπροσωπευτικών δοκιμίων του *Michel Troper*, το ελληνικό αναγνωστικό κοινό έχει την ευκαιρία να έλθει για πρώτη φορά (εξ όσων γνωρίζω) σε άμεση επαφή με τη σκέψη του επιφανέστερου σύγχρονου Γάλλου νομικού θετικιστή ή καλύτερα, όπως ο ίδιος θα προτιμούσε, *ρεαλιστή* (69<sup>1</sup>). Η περιεκτική εισαγωγή του μεταφραστή των δοκιμίων *Γιώργου Καραβοκέρη*, ήδη αποτελεί συγχρόνως και μια πρώτης τάξεως *κριτική* παρουσίαση της θεωρίας του *Troper*. Συμφωνώντας με τις κριτικές επισημάνσεις του μεταφραστή και αφήνοντας για το τέλος κάποιο σχόλιο σχετικό με τις πνευματικές συνθήκες υποδοχής της έκδοσης (καθ' εαυτήν ασφαλώς αξιόλογης) στη χώρα μας, θα ήθελα, χάριν της συνέχειας του διαλόγου και των σχετικών αντιπαραθέσεων και επί ελληνικού εδάφους, να θέσω υπό δοκιμασία μια σχετι-

---

Ο κ. *Φίλιππος Κ. Βασιλόγιαννης* είναι αναπληρωτής Καθηγητής Φιλοσοφίας του Δικαίου στη Νομική Σχολή του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

\* Μετάφραση *Γιώργου Καραβοκέρη*, Εκδόσεις Παπαζήση, Αθήνα 2018. Στο κυρίως κείμενο βασίστηκε η ομιλία μου κατά την παρουσίαση του εν θέματι βιβλίου τη 12.3.2018 στον Δικηγορικό Σύλλογο Αθηνών. Τη δημόσια συζήτηση οργάνωσε το Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου (Ίδρυμα Θεμιστοκλή και Δημήτρη Τσάτσου), το οποίο, και ιδιαίτερα τον Πρόεδρό του Καθηγητή *Ξενοφώντα Κοντιάδη*, ευχαριστώ θερμά, και από τη θέση αυτή, για την πρόσκληση να λάβω μέρος στην επιστημονική εκδήλωση. Ευχαριστώ, επίσης, για τις παρεμβάσεις τους και τα σχόλιά τους, τον Καθηγητή *Ενάγγελο Βενιζέλο* και τον συνάδελφο δικηγόρο *Ιωάννη Κουτσούκο*, καθώς και, για τις παρατηρήσεις και τις επισημάνσεις τους, τους ομιλητές στην ίδια εκδήλωση *Χρήστο Ράμμο*, Αντιπρόεδρο του Συμβουλίου της Επικρατείας, *Απόστολο Βλαχογιάννη*, Δρ. Συνταγματικού Δικαίου, *Γιώργο Καραβοκέρη*, Επίκουρο Καθηγητή, *Νίκο Παπασπύρου*, Επίκουρο Καθηγητή, και τη συντονίστρια της συζήτησης *Σταυρούλα Κτιστάκη*, Καθηγήτρια, Πάρεδρο του Συμβουλίου της Επικρατείας.

1. Οι εντός παρενθέσεων αριθμοί του κυρίως κειμένου παραπέμπουν στις σελίδες του βιβλίου.

κή αποτίμησή του: «Η εγγενής και μεγάλη αξία... της θεωρίας» – υποστηρίζει ο μεταφραστής – «είναι η δυνατότητα της ενσωμάτωσής της στο ίδιο το συνταγματικό επιχείρημα και για αυτό το λόγο παραμένει πάντα επίκαιρη, παρά τον μάλλον αποδομητικό, παρά συγκροτητικό της χαρακτήρα για τη συνταγματική θεωρία» (10 επ.). Εν συνόψει, θα υποστηρίξω ότι η θεωρία του *Troper* μάλλον αδυνατεί να ενσωματωθεί στη συνταγματική επιχειρηματολογία στην *ονομαστική αξία* της τελευταίας, ακριβώς επειδή δεν είναι (και οπωσδήποτε στον βαθμό που δεν είναι) *εποικοδομητική*.

Θα χαρακτηρίζα, κατ' αρχάς, τη θεωρία του *Troper* ως *μεταθητικά ανυποψίαστη* (Ο ίδιος πάντως εκλαμβάνει ως *ηθική* μόνο τη λεγόμενη *κοινωνική*, η οποία αποτελεί, βέβαια, αντικείμενο μιας γνήσια *ηθικής* κριτικής ακριβώς ως *επικρατούσα*, και τη διακρίνει – ορθά – όχι από το *δίκαιο*, αλλά από την *επιστήμη* του δικαίου [91 επ.]). Λέγοντας *μεταθητικά*, περιορίζομαι εν προκειμένω στα, ούτως ειπείν, *μετανομικά* ζητήματα που συνυφαινονται με την ίδια τη δυνατότητα να συγκροτηθεί μια αξία λόγου *νομική δογματική*, όπως ακριβώς αυτή είναι πράγματι συγκροτημένη π. χ., η δογματική των κλάδων του αστικού δικαίου και του γενικού ποινικού δικαίου. Ο συγγραφέας των δοκιμίων ομολογεί (85) ότι είναι *μεταθητικά αγνωστικιστής*<sup>2</sup>. Η εν λόγω νομική δογματική, ωστόσο, καλλιεργημένη από τη θεωρία και την πράξη το αργότερο από την αρχαία Ρώμη, παρά τις κατά καιρούς αποτυχίες και τα ξεστρατισμάτα της (ο νομικός ρεαλισμός ως *λειτουργισμός* είναι από αυτά!), αποτελεί ένα επίτευγμα *θεμελιωδώς* γνωστικό. Ο *Troper*, διαφωνώντας με τους νομοδιδασκάλους (οι τελευταίοι πρέπει ασφαλώς να είναι σε θέση να *διαφωνήσουν* μαζί του σε αυτό τουλάχιστον το σημείο), υποστηρίζει ότι το δίκαιο αδυνατεί να αποτελέσει αντικείμενο *γνώσης*, διότι οι σχετικές (νομικές) κρίσεις μας ως αξιολογικές θα εξέφραζαν «μόνο τα συναισθήματα ή τη βούλησή μας... Ο λόγος των νομικών της πράξης [π. χ. σε μια διεκδικητική αγωγή]... δεν περιγράφει δικαίες σχέσεις, ούτε είναι αποτέλεσμα γνώσης, αντιθέτως εκφράζει τη βούληση και τα συναισθήματά τους... [, και] σε κάθε περίπτωση... δεν συνιστά επιστήμη» (ό.π.). Για την επιστήμη του δικαίου, ως επιστήμη ικανή να εκφέρει *αληθείς* και *ψευδείς* προτάσεις, δηλαδή *αξιολογικά ουδέτερη*, αντικείμενο δύναται να είναι, κατά το πρότυπο των εμπειρικών επιστημών (99 επ.), *μόνον* ένα τμήμα της *εμπειρικής* πραγματικότητας, π. χ. η συμπεριφορά των δικαστών ως *ψυχοκοινωνικό* φαινόμενο (59)· ήτοι, κατά έναν ήδη παρωχημένο δημοφιλή δυϊσμό, *γε-*

2. Βλ., εκτενέστερα, PIERRE BRUNET/VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS/ERIC MILLARD/CARLOS MIGUEL HERRERA/JEAN LOUIS HALPERIN/ANDRÉ JEAN ARNAUD, *20th-Century Legal Philosophy in France*, in ENRICO PATTARO/CORRADO ROVERSI (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, τ. 12, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, 1. Language Areas* (Dordrecht: Springer, 2016), σσ. 448 επ.

γονότα και όχι αξίες. Δεν πρόκειται, κατά τη γνώμη μου, για μια θέση αντιμεταφυσική, αλλά για μια κακή μεταφυσική. Π.χ., ο έγκυρος δικανικός συλλογισμός αποτελεί μεν γεγονός, όχι όμως εμπειρικό.

Αναφερόμενος ενδεικτικά στον προκείμενο δυϊσμό ως παρωχημένο, δεν εννοώ, όπως θα έλεγε ένας ομοεθνής του συγγραφέα ποιητής, ότι είναι άνευ ετέρου επιβεβλημένο να είναι κανείς «μοντέρνος». Ωστόσο, εν προκειμένω, οφείλει κανείς να μη αγνοεί, ακόμη και όταν εκ προοιμίου διαφωνεί με τα κοινώς παραδεδεμένα (ιδίως τότε), τη σύγχρονη μεταθητική προβληματική, κατά βάση αγγλοσαξονική: στο πλαίσιο της, έχουν πράγματι προ πολλού συζητηθεί, και μάλιστα κατά τρόπο υποδειγματικό, και ήδη εγκαταλειφθεί ως ανυποστήρικτες τέτοιου είδους *αφελείς* μεταθητικές αντιλήψεις, εμπνεόμενες από τον κάποτε κρατούντα *επιστημονισμό* ή *λογικό θετικισμό* (95). Κάτι τέτοιο ως προς τον Troper δεν θα ήταν πράγματι αναμενόμενο, δοθέντος ότι αυτός είναι που πρώτα από όλους θέλησε να γνωρίσει στο γαλλικό αναγνωστικό κοινό τους σύγχρονους *μη γαλλόφωνους* φιλοσόφους του δικαίου, μεταξύ αυτών και τον πρωτότυπο και σε θέματα *μεταθητικά Ronald Dworkin*<sup>3</sup> (Ασφαλώς, η επιστήμη του δικαίου δεν είναι *φυσική* επιστήμη ούτε όμως και *απλώς πνευματική*, όπως η ιστορία ή η φιλολογία, για να χρησιμοποιήσουμε τη χαρακτηριστική αντιδιαστολή, ή *κοινωνική*, όπως η επιστήμη των οικονομικών: ο Παύλος Σούβλας<sup>4</sup> προσφώνως τη χαρακτηρίζει ως *πρακτική* επιστήμη. Αντικείμενό της δεν είναι παρά η επίλυση των πρακτικών προβλημάτων που συνυφαίνονται με τη συμβίωσή μας, ως *προσώπων*, υπό *θεσμικές* συνθήκες *ελευθερίας* και *ισότητας*.).

Οι *εσφαλμένες* μεταθητικές δεσμεύσεις του Troper υπόκεινται στη μοιραία για το εγχείρημά του «*ρεαλιστική*» θεωρία της ερμηνείας (και εφαρμογής) του δικαίου. Κατά τον ίδιο (57), παραδόξως, η ερμηνεία είτε *διαπιστώνει* ένα *προδεδωμένο* (αντικειμενικό) νόημα είτε το *καθορίζει*. Υποστηρίζω, αγνοώντας και εγώ (59) άλλες περιπτώσεις ερμηνείας, όπως της *λογοτεχνικής*, ότι η νομική ερμηνεία *ούτε* διαπιστώνει το νόημα των κανόνων δικαίου *ούτε* το καθορίζει. Ο Troper, ακριβώς επειδή *δέχεται* ότι η νομική ερμηνεία καθορίζει το νόημα του κανόνα, ο τελευταίος δεν υφίσταται προ της ερμηνείας (64),

---

3. Τον οποίο περιέργως δεν απαριθμούν οι PIERRE BRUNET/VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS/ERIC MILLARD/CARLOS MIGUEL HERRERA/JEAN LOUIS HALPERIN/ANDRÉ JEAN ARNAUD, ό.π., σ. 447· βλ. ήδη από τη δεκαετία του 1980 το ειδικό αφιέρωμα του περιοδικού “Droit et Société” 1 (1985), σσ. 27 επ. (πρώτο μέρος), και 2 (1986), σσ. 7 επ. (δύετο), στο οποίο ο Michel Troper συμμετέχει πανηγυρικά, παρουσιάζοντας τον συγγραφέα και μεταφράζοντας ένα δοκίμιο του στο πρώτο μέρος (σσ. 27 επ. και 31 επ.) και δημοσιεύοντας σχετική μελέτη του στο δεύτερο (σσ. 41 επ.).

4. Βλ., π. χ., ΠΑΥΛΟΥ Κ. ΣΟΥΒΛΑ, *Justi atque injusti scientia: Μιά εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου*, εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα Αθήνα-Κομοτηνή 1995, σσ. 234 επ.

διακρίνει δε εξεζητημένα τον κανόνα από το κείμενο του νόμου (65 επ.), θεωρώντας ότι μόνο το τελευταίο δύναται να είναι αντικείμενο ερμηνείας: ο κανόνας, λοιπόν, «δεν επιδέχεται ερμηνεία, γιατί θα ήταν προφανώς παράδοξο να καθορίζουμε το νόημα ενός νοήματος» (Σημειωτέον ότι, κατά τη μόνη αξιόπιστη<sup>5</sup> ρωσισανή μέθοδο της αναστοχαστικής ισορροπίας, προφανώς δεν αποτελεί παράδοξο να καθορίζουμε το νόημα ενός νοήματος...). Καθορισμός του (νομικού) νοήματος, κατά τον *Troper*, σημαίνει ότι η (νομική) ερμηνεία αποτελεί πράξη βουλήσεως, όχι γνώσεως: δηλαδή, όπως και κατά την (νομικά ανακριβώς) ονομαζόμενη από τον *Hans Kelsen*<sup>6</sup> αυθεντική ερμηνεία των δικαιοδοτικών οργάνων, κατ' αντιδιαστολήν πάντως προς την επιστημονική, η νομική ερμηνεία θέτει και δεν προϋποθέτει κανόνες δικαίου. Ο κανόνας δικαίου, δηλαδή, δεν αποτελεί ούτε, κατά τον σημασιολογικό ορισμό του<sup>7</sup>, τη σημασία μιας διατάξεως δικαίου (Ο κανόνας δικαίου, βέβαια, αποτελεί την επιχειρηματολογική αναδιατύπωση της διατάξεως δικαίου<sup>8</sup>). Τούτο σημαίνει, όπως ο ίδιος ο *Troper* δέχεται (και η ειλικρίνειά του αποτελεί ασφαλώς προτέρημα του), ότι δεν νοείται *contra legem* ερμηνεία, όχι επειδή αυτή είναι νομικά απαράδεκτη, αλλά επειδή είναι νομικά αδύνατη (60 επ.). Η ασυδοσία του ερμηνευτή γνωρίζει μόνον εμπράγματα όρια (77), συνυφασμένα ιδίως με τον συσχετισμό δύναμης των κρατικών οργάνων και εξουσιών, ζήτημα στο οποίο θα επανέλθω στη συνέχεια. Προς το παρόν, αρκεί η εύλογη ανησυχία του αναγνώστη μήπως, κατά τον *Troper*, κανόνες δικαίου δεν αποτελούν παρά το πλέον αμφιλεγόμενο είδος των κανόνων εν γένει, οι λεγόμενοι ατομικοί (ακριβώς ως κρίσεις ενικές)<sup>9</sup>. Εν πάση περιπτώσει, πώς είναι κανονιστικά δυνατό, βάσει των παραδοχών του, ο κανόνας που θέτει το δικαστήριο «να ανατραπεί από ένα νέο κείμενο» του νομοθέτη, όπως ο ίδιος υποστηρίζει (75); Ο *Troper* απλώς αγνοεί τον καταμερισμό πνευματικής εργασίας στο θεσμικό πλαίσιο της έννομης τάξης (η συναφής διάκρισή του μεταξύ επιστήμης του δικαίου και του δικαίου ως αντικειμένου της [84 επ.] απλώς επιβεβαιώνει τις μετανομικές παραδοχές του). Θεωρώ, πάντως, ότι ορθά ο συγγραφέας επισημαίνει το ανεύλογον του αξιώματος ότι η ερμηνεία παύει στα σαφή (65 επ.) ή των παραδοχών της λεγόμενης ιστορικής ερμηνείας, όπως την εννοεί η παραδο-

5. Βλ. T. M. SCANLON, *Rawls on Justification*, in SAMUEL FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), σ. 149.

6. Βλ. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre* (Wien: Franz Deuticke, 2<sup>η</sup> έκδ. 1960), σ. 352.

7. Πρβλ. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986), σσ. 42 επ.

8. Πρβλ., αναλυτικά, ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΑΑ, *Δίκαιο και δικανική κρίση: Μια φιλοσοφική αναθεώρηση της μεθοδολογίας του δικαίου*, Πανεπιστημιακές Εκδόσεις Κρήτης, Ηράκλειο 2017, σσ. 271 επ.

9. Πρβλ. ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΑΑ, ό.π., σσ. 297 επ.

σιακή διδασκαλία, καθότι τα συλλογικά σώματα δεν έχουν προθέσεις (61 επ.), αν και επειδή ο ίδιος θεωρεί ότι δεν υπάρχει αντικειμενικό νόημα ανεξάρτητο των προθέσεων (64) και όχι επειδή η βούληση του νομοθέτη είναι πάντοτε *δικαίω δυνατή*· δηλαδή, εν τέλει μόνον *εικαζόμενη*, πράγμα που αποτελεί μάλλον ζήτημα γνώσεως παρά βουλήσεως.

Ο πλέον σκανδαλώδης ισχυρισμός του Troper έγκειται στο ότι «ο ερμηνευτής έχει την ευχέρεια να καθορίσει την ίδια του την αρμοδιότητα... Εάν ο ερμηνευτής είναι αυτός που προσδιορίζει το κύρος του κειμένου, τότε ο ίδιος θέτει την ίδια στιγμή τα όρια, τόσο της αρμοδιότητας του νομοθέτη, όσο και της δικής του» (66)· αποτελεί, δηλαδή, «συννομοθέτη» (75). Η αρμοδιότητα εν προκειμένω δύναται να νοηθεί μόνον ως ένα *πραγματικό γεγονός*. Συνεπώς – και πάλι, συμπεραίνουμε ότι – *δεν* είναι νομικά δυνατή, από την οπτική γωνία του *ερμηνεύοντος* οργάνου, η εκ μέρους του παραβίαση της αρμοδιότητάς του. (Όπως προσφύως επισημαίνει ο Γιώργος Καραβοκύρης [54], η ρεαλιστική θεωρία καθιστά αδύνατη την ίδια την *επανάσταση*: ή, με άλλα λόγια, αυτή έχει ήδη δημιουργήσει δίκαιο πριν καν επικρατήσει...) Εν κατακλείδι, «για τη ρεαλιστική θεωρία, το δίκαιο συνίσταται σε ένα σύνολο εμπειρικών γεγονότων, πράξεων δηλαδή με τις οποίες οι ερμηνευτές καθορίζουν τη σημασία κάθε δήλωσης», περιλαμβανομένων των εν χρήσει νομικών *επιχειρημάτων* κατά τη ρητορική *αποτελεσματικότητά* τους (π. χ., 164). Ο Troper, αγνοώντας τις νεοκαντιανές ρίζες του *κανονιστικού θετικισμού* του Kelsen (δεν υφίσταται, κατά τη γνώμη μου, κελσενική *οντολογία* των κανόνων<sup>10</sup>, ακριβώς επειδή η *ύπαρξη* του κανόνα έγκειται στην *ισχύ* του<sup>11</sup>), δεν υπονομεύει απλώς την εκ μέρους του τελευταίου ιεράρχηση των κανόνων δικαίου (τη γνωστή *πυραμίδα* του δικαίου), αλλά συγχέει και τη κελσενική *κατηγορική διάκριση αποτελεσματικότητας και κανονιστικής ισχύος* του δικαίου<sup>12</sup>. Θα ήθελα πάντως να εξετάσω τα ζητήματα που θέτει στη «ρεαλιστική» θεωρία μια *μη* νομοθετική πηγή του δικαίου: το *έθιμο*.

10. Όπως αντιθέτως κατά τους PIERRE BRUNET/VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS/ERIC MILLARD/CARLOS MIGUEL HERRERA/JEAN LOUIS HALPERIN/ANDRÉ JEAN ARNAUD, *20th-Century Legal Philosophy in France*, σ. 448.

11. Βλ. HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, μετάφραση Anders Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949), σ. 30.

12. Δεν συμφωνώ εν προκειμένω με τον μεταφραστή (σ. 20 σημ. 26) ότι η έννοια της αποτελεσματικότητας «συνδέεται σαφώς με την εγκυρότητα του κανόνα και έτσι υπονομεύεται μοιραία ο διαχωρισμός *είναι... και δέοντος*» (η έμφαση δική μου). «[Η] αποτελεσματικότητα αποτελεί συνθήκη της ισχύος· μια συνθήκη, όχι τον λόγο της ισχύος. Ένας κανόνας δεν είναι έγκυρος *επειδή* είναι αποτελεσματικός· είναι έγκυρος, *εάν* η τάξη στην οποία ανήκει είναι, εν όλω, αποτελεσματική» HANS KELSEN, *ό.π.*, σ. 42. Με άλλα λόγια, απλώς δεν νοείται θέσπιση *ιδιωτικού* συντάγματος, ακριβώς επειδή απουσιάζουν οι κοινωνικοί του (Η αποτελεσματικότητα ή η *πραγματική* ισχύς του

Αποτελεί, άραγε, το *έθιμο* ένα γεγονός *εμπειρικό*; Κατά τον *Troper*, πρόκειται μεν για ένα γεγονός, ωστόσο, επειδή αφ' εαυτού δεν παράγει δίκαιο (σημειωτέον ότι το *έθιμο αποτελεί δίκαιο...*), χρειάζεται «ένας κανόνας που να επιβάλλει τη συμμόρφωσή μας» προς αυτό· δηλαδή, κατ' αρχάς, η *νομοθετική* αναγνώρισή του και, ακολούθως, η *δικαστική* (70). Κάπως έτσι – σημειωτέον – αντιλαμβάνεται ο (ηπειρωτικός και όχι μόνον αυτός...) νομικός θετικισμός τη δεσμευτικότητα του (αγγλοσαξονικού) κοινοδικαίου (*common law*)<sup>13</sup>, συλλαμβάνοντας την απαιτούμενη *πεποίθηση* δικαίου ως ένα ψιλό ψυχολογικό γεγονός (και αδυνατώντας να εκτιμήσει τη χαρακτηριστική *ολιγονομία* του ιδιωτικού δικαίου<sup>14</sup>. Οι κωδικοποιήσεις μάλλον απλώς κωδικοποιούν τα *ήδη* κρατούντα στη θεωρία και την πράξη<sup>15</sup>). Η *πεποίθηση δικαίου* είναι όμως πρωτίστως γεγονός οιονεί

---

κανόνα αποτελεί ασφαλώς αντικείμενο *εμπειρικής* διαπιστώσεως. Ωστόσο, η *μεταστροφή* της νομολογίας είναι κανονιστικά και επιχειρηματολογικά δυνατή, μόνον επειδή η *παγία* νομολογία είναι *εσφαλμένη*. Το ζήτημα *δεν* είναι εμπειρικό.)

13. Πρβλ. ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΛΑ, *Δίκαιο και δικανική κρίση*, σσ. 67 επ., και, εκτενώς, του ΙΔΙΟΥ, *Le rôle des précédents: Quelques réflexions générales inspirées de l'exemple grec*, in EWOUND HONDIUS (ed.), *Precedent and the law, in General reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law* (Bruxelles: Bruylant, 2007), σσ. 211 επ.

14. Στο κοινοδικαίο πρόκειται επί πλέον και για το γνώρισμα του *αμνημονεύτου* των πηγών του. Κάθε άξια λόγου θεωρία πρέπει να ανταποκριθεί στην εξ αντικειμένου πρόκληση ενός σώματος *προδεδικασμένων* (*precedents*): στην ίδια την πρωταρχή τους πρόκειται άραγε για απονομή δικαιοσύνης ή για νομοθεσία; Εδώ μάλλον απαιτείται άσκηση της νομικής φαντασίας: έστω ότι, ως δικαστές ενός κοινοδικαίου, είχαμε αντιμετωπίσει μέχρι σήμερα μόνο ζητήματα προστασίας της κυριότητας. Για να αποφύγει, π. χ., την *probatio diabolica* ο ευφυής δικηγόρος του καλλιεργητή *A*, ο οποίος βρήκε τον αγρό που καλλιέργησε πέρυσι περιφραγμένο από τον *B*, ζητεί για πρώτη φορά προστασία μιας πρωτόγνωρης στα δικαστικά χρονικά σχέσης. Ο *B* προβάλλει την ένσταση *ιδίας κυριότητας*. Ο *A* ανταπαντά ότι το επίδικο ζήτημα δεν είναι όπως τα προηγούμενα (δεν χωρεί εν προκειμένω *αναλογία*): δεν πρόκειται, δηλαδή, περί προστασίας της κυριότητας, αλλά, *κατ' αντιδιαστολήν*, για την προστασία της *νομής*, όπως σήμερα την αποκαλούμε (ο δικηγόρος της φαντασίας μας της είχε δώσει ένα εξωτικό όνομα...). Μια νέα κατηγορία αγωγών, λοιπόν, μόλις *ανακαλύφθηκε*. Αν τεθεί ζήτημα παραγραφής της εν λόγω αγωγής, γιατί ο *έβλογος* χρόνος να μην είναι ένα (1) έτος και μία (1) ημέρα; Σε μια κοινωνία αγροτική, ο κρίσιμος κύκλος είναι της καλλιέργειας της γης που αρχίζει το φθινόπωρο με το όργωμα και τη σπορά, ολοκληρώνεται το καλοκαίρι με τον θερισμό και ξαναρχίζει το επόμενο φθινόπωρο.

15. Είναι χαρακτηριστική η αντίθεση του μεγάλου *Friedrich Karl von Savigny* στην κωδικοποίηση του αστικού δικαίου (Για τα προγραμματικά κείμενα της περιώνυμης διαμάχης, βλ. HANS HATTENHAUER (ed.), *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften* [München: Verlag

κανονιστικό. Το κρίσιμο ζήτημα έγκειται στο ότι αδυνατώ να σχηματίσω την κρίσιμη πεποίθηση χωρίς τη συνδρομή *αντικειμενικών λόγων* (Οι *υποκειμενικοί* λόγοι, π. χ. επειδή με *συμφέρει*, είναι καθ' εαυτοί ασήμαντοι.). Η παραδοσιακή διδασκαλία περί του εθίμου δεν είναι *απλώς ιδεολογική*, όπως – θεωρώ ότι – θα υποστήριζε ο Troper, αλλά *ασυνάρτητη*: αν έχω σχηματίσει την κρίσιμη πεποίθηση, γιατί να απαιτείται να αναμένω να διαβούν και κάποιοι αιώνες μακράς και ομοιόμορφης συνήθειας, προκειμένου ο σχετικός κανόνας να καταστεί και νομικά δεσμευτικός<sup>16</sup>; Η άγνοια των *αρχών του δικαίου* και η

Franz Vahlen, 2002]). Πέρα από τον γνωστό συντηρητισμό του Savigny (ο γαλλικός Αστικός Κώδικας είναι και ως ναπολεόντειος ιστορικό προϊόν της Γαλλικής Επανάστασης), οφείλει πάντως να επισημάνει κανείς και την επιφύλαξη του ως προς το ότι η εν λόγω κωδικοποίηση ενέχει τον κίνδυνο της συγχύσεως *δικαίου* και *διατάξεων*, καθιστώντας έτσι τους νομικούς πνευματικά νωθρούς. Θεωρώ ότι ο κίνδυνος, δυστυχώς, πραγματώθηκε: ένας πιστός οπαδός του Savigny (πρώτου – σημειωτέον – μεθοδολόγου του δικαίου), ο οποίος θα ακολουθούσε την παραδοσιακή διδασκαλία περί προτεραιότητας της λεγόμενης *γραμματικής ερμηνείας*, διαβάζοντας, π. χ., τη λέξη «περιέλθει» στη διάταξη του άρθρου 192 του Αστικού Κώδικα (: «Η σύμβαση συντελείται μόλις περιέλθει σ' αυτόν που πρότεινε η δήλωση αποδοχής της πρότασής του»), δεν θα άνοιγε λεξικό, ακριβώς επειδή θα γνώριζε ότι ο νομοθέτης κωδικοποίησε εν προκειμένω την *καλύτερη* από τις *ανταγωνιστικές* θεωρίες (το παράδειγμα του ΠΑΥΛΟΥ Κ. ΣΟΥΡΑΑ, *Θεωρία και ερμηνεία του δικαίου*, Ισοπολιτεία 2 [1998], σσ. 221 επ.) τη θεωρία της *λήψεως* έναντι των θεωριών της *εξωτερικεύσεως*, της *αποστολής* και της *γνώσεως* (της δηλώσεως αποδοχής). Οι δύο πρώτες μάλλον δεν είναι *ακριβοδίκαες* ως προς τον προτείναντα: η σύμβαση έχει καταρτισθεί, π. χ., ήδη με τη σύνταξη του απαντητικού (στην πρόταση) ηλεκτρονικού μηνύματος («δεκτή») ή την αποστολή του· ενώ η τελευταία μάλλον δεν είναι *ακριβοδίκαη* ως προς τον αποδεχθέντα: η δήλωση αποδοχής είναι *ήδη* εντός της σφαιράς ευθύνης του προτείναντος (έστω στον φάκελο των ανεπιθύμητων μηνυμάτων...) *πριν* αυτός λάβει γνώση της.

16. Το δικαϊκό σκάνδαλο έγκειται στο ότι το έθιμο, κατά την παραδοσιακή θεωρία (για ενόητους πολιτικούς και ιδεολογικούς λόγους...), αποτελεί *πρωτογενή* πηγή του δικαίου. Έστω, λοιπόν, η συνήθεια x. Σε ένα πολύ μεταγενέστερο χρονικό σημείο από την έναρξη της συνήθειας σχηματίζω την πεποίθηση, για κάποιους *αντικειμενικούς* λόγους (το *νομίζω* δεν αρκεί), ότι η εν λόγω συνήθεια αποτελεί κανόνα δικαίου (και όχι συνήθεια). Αυτό σημαίνει ότι προηγουμένως *έσφαλλα*. Η συνήθεια καθ' εαυτήν (χωρίς πεποίθηση δικαίου) δύναται να αποτελέσει μόνο *δευτερογενή* πηγή του δικαίου. Έστω, τώρα, ότι σχηματίζω την πεποίθηση, και *πάλι* για κάποιους αντικειμενικούς λόγους, ότι «ο κύριος του ισογείου είναι αποκλειστικός κύριος του οικοπέδου και του υπεδάφους και ο κύριος του ανωγείου ο αποκλειστικός κύριος του αέρος» (το γνωστό έθιμο των Κυκλάδων), γιατί απαιτείται *δικαίω* να εγκαινιάσω κατά κάποιον τρόπο μια πρακτική και να περιμένω αυτή να ασκηθεί για μακρό χρόνο; Συνοψίζοντας τη θέση μου στο ζήτημα, το οποίο δεν θα μπορούσα να το πραγματευθώ εδώ χωρίς να το αδικήσω (ας μου επιτραπεί η παραπομπή στην υπό εκπόνηση μονογραφία μου, *Ολιγονομία: συγκριτική φιλοσοφία του κοινοδικαίου*): Λαμβάνοντας



παραγνώριση της *επιχειρηματολογικής βαρύτητάς* τους αποβαίνουν εν προκειμένω μοιραίες. Το κοινοδικαίο δεν αποτελεί παρά θεσμικά δεσμευτική *επιχειρηματολογική πρακτική*<sup>17</sup>. Γνωμοδοτώντας, π. χ., ο *Ανδρέας Γαζής* επί μιας περιπτώσεως ψευδούς εμπιστεύματος (*trust*), επικαλείται γνωστή δικαστική απόφαση, η οποία, κατά τα λεγόμενά του, «εβασίσθη, μεταξύ άλλων, σε νορμανδικό έθιμο, κατά το οποίο ‘conner et retenir ne vaut’, δηλ. το να δώσει και να παρακρατήσει δεν ισχύει, οπότε δεν μεταβιβάζεται το δίδόμενο και παρακρατούμενο»<sup>18</sup>. Χρειάζεται, άραγε, έθιμο και για τη δεσμευτικότητα *πρόδηλων νομικών αληθειών*; Ο *Troper* αρνείται την κανονιστική δυνατότητα τέτοιων αληθειών. Τούτο όμως δεν γίνεται χωρίς αξιοσημείωτο διανοητικό κόστος. Εξηγούμαι:

Τα καλύτερα, κατά τη γνώμη μου, δοκίμια του βιβλίου δεν είναι τα δύο πρώτα (για τη ρεαλιστική θεωρία της ερμηνείας και τον νομικό θετικισμό), αλλά τα δύο τελευταία (για τη λογική της θεμελίωσης του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων [105 επ.] και την έννοια της κυριαρχίας [143 επ.]). Εδώ, ο *Troper* είναι – θεωρώ – στα καλύτερά του και αναδεικνύει όλες τις αρετές και τα αναμφισβήτητα χαρίσματά του, παρέχοντάς μας, με γενναιοδωρία, υψηλή πνευματική απόλαυση. Ο ίδιος ασκεί μεν αξιοσημείωτη και συνήθως βάσιμη, αλλά *εσωτερική* κριτική, όπως ο ίδιος συνομολογεί (106), π. χ., στις δικαιολογήσεις του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, συνυφασμένες με αποτυχίες της νομικής δογματικής. Ωστόσο, και η εν λόγω ισχνή κριτική είναι δυνατή, ακριβώς επειδή οι δικαιολογήσεις αυτές είναι ενεργήματα *γνώσεως* (έστω και ψευδή ή, καλύτερα, ακριβώς *ως ψευδή...*) και όχι *ενεργήματα βουλήσεως* ή – έστω – γεγονότα *εμπειρικά*. Αγνοώντας τις *μη* σκεπτικιστικές καντιανές συλλήψεις της βουλήσεως *ως ανταποκρίσεως σε καθολικεύσιμους λόγους προς το πράττειν*, σε (μη καντιανά) ενεργήματα βουλήσεως τι δύναται να αντιτείνει κανείς χωρίς να καταστεί κοινότοπος; Και ο

---

σοβαρά υπ’ όψιν το κανονιστικό πεδίο των *αρχών του δικαίου*, εφ’ όσον η πεποίθηση δικαίου πρέπει να αποτελεί *νομοθετική βούληση* και όχι απλώς συνείδηση ότι ακολουθείται συνήθεια που αποτελεί κανόνα δικαίου, εφ’ όσον, δηλαδή, η πεποίθηση δικαίου δεν αποτελεί *ιδιωτικό* θέμα, αλλά πρέπει να σχηματίζεται υπό όρους *δημοσιότητας*, το έθιμο μάλλον δεν δύναται να αποτελέσει πρωτογενή πηγή του δικαίου, αλλά *δευτερογενή*, επειδή ακριβώς το ορίζει ο *νόμος* ως πράγματι, όπως και οι αρχές του δικαίου, πρωτογενής πηγή. Γι’ αυτό και η ισχύς του δικαίου είναι παραδόξως αντικείμενο δικονομικής αποδείξεως (Χρωστώ την παρούσα υποσημείωση στον σχολιασμό του αγαπητού φίλου και συναδέλφου *Δημήτρη Δημούλη*.)

17. Βλ., αναλυτικά, GERALD J. POSTEMA, *Philosophy of the Common Law*, in JULES L. COLEMAN KAI SCOTT SHAPIRO (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, σσ. 588 επ.

18. In *Γνωμοδοτήσεις: 1956-1994*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1995, σ. 274.

*Troper*, εν προκειμένω, κάθε άλλο παρά κοινότοπος αποδεικνύεται. Ωστόσο, η αποτίμησή του, ως εσωτερική, είναι πάντοτε, παρ' ότι ο ίδιος κάπου διακρίνει μεταξύ *εξήγησης* και *θεμελίωσης* (107), κριτική ως προς τη *συνοχή* του συνταγματικού λόγου (98, 106). Αν όμως πρέπει κανείς να διαλέξει μεταξύ συνοχής και ορθότητας, πρέπει να διαλέξει τη δεύτερη, και ο *Troper* είναι υποχρεωμένος, βάσει των μετανομικών δεσμεύσεών του, να παραιτείται και ο ίδιος απλώς συνεπής (ως μεταθητικά αγνωστικιστής<sup>19</sup>). Γι' αυτό, π. χ., του διαφεύγει μια καίρια, κατά τη γνώμη μου, αντίρρηση στη σύλληψη του συνταγματικού δικαστή ως *σταθμάρχη* (124). Ο συνταγματικός δικαστής δεν ενεργεί μεν ως *σηματοδότης* ούτε όμως καλείται να ενεργήσει κατά τις προτιμήσεις του, ασκώντας απλώς διακριτική ευχέρεια· να μεν αυτός ο ίδιος θα αποφασίσει (και όχι κάποιος άλλος στη θέση του), ασκώντας όμως την *κρίση* του, *ανταποκρινόμενος*, δηλαδή, σε *εξ αντικειμένου λόγους*.

Είναι άραγε το συνταγματικό δικαστήριο ένας θεσμός μη δημοκρατικός, ικανός να μεταβάλει ένα δημοκρατικό πολίτευμα σε *μεικτό* (110); Ο έλεγχος της συνοχής εν προκειμένω δεν αρκεί και είναι αυτός, π. χ., που δεν εμποδίζει τη διάπραξη – θεωρώ – μιας πρόδηλης αστοχίας από τον εν προκειμένω αυτοαναιρούμενο *Troper* (Ο συγγραφέας φαίνεται να λαμβάνει σοβαρά υπ' όψιν του μια *εσφαλμένη* αυτοκατανόηση κάποιων δικαστών, όπως μας διαβεβαιώνει, ότι *δεν ερμηνεύουν, αλλά απλώς εφαρμόζουν* τον νόμο – εν τέλει μέσω του ερμηνευτικά δυσπρόσιτου *νομικού χαρακτηρισμού*<sup>20</sup> των κρίσιμων γεγονότων [71]). Ασκώντας, π. χ., ο ίδιος κριτική σε μια *φυσικοδικαϊκή* δικαιολόγηση του δικαστικού ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, λαμβάνει ως δεδομένο ένα ζητούμενο, ότι, δηλαδή, «η αντίληψη αυτή δεν συμβαδίζει με τη θεωρία της υπεροχής του Συντάγματος, καθόσον η προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων ανάγεται στην εγγενή τους αξία... Υπ' αυτή την έννοια, θα έπρεπε να διασφαλίζονται εξίσου και τα μη συνταγματικά δικαιώματα» (135). Ο *Troper* που υποστηρίζει ότι η θεωρία (του) του δικαίου *απέχει από* (πρωτοβάθμιας) δογματικές θεμελιώσεις (141) *απλώς διαφωνεί* με το Σύνταγμα των ΗΠΑ. Ως γνωστόν, κατά την Ενάτη Τροποποίηση (του έτους 1791) του εν λόγω συντάγματος, η *απαρίθμηση* συνταγματικών δικαιωμάτων δεν συνεπάγεται την άρνηση ή την αποδυνάμωση άλλων δικαιωμάτων που διατηρεί ο λαός.

Πράγματι, ο *ουδέτερος έλεγχος* της εσωτερικής συνοχής δεν αρκεί για την ετυμολογία περί αποτυχίας της νομικής δογματικής (140). Χαριτολογώντας, θα ήθελα να διαμαρτυρηθώ προσωπικά, διότι ο *Troper* δεν έλαβε υπ' όψιν κατά τον έλεγχό του όλα τα

19. Για γνωστικό «βαθμό μηδέν» της κατά *Troper* «νομικής επιστήμης» κάνει εύστοχα λόγο ο ΔΗΜΗΤΡΗΣ ΔΗΜΟΥΛΗΣ σε ένα παλιό άρθρο του, *Ο νομικός-πολιτικός πραγματισμός ως μέθοδος συνταγματικής ερμηνείας*, Εφαρμογές Δημοσίου Δικαίου 5 (1992), σ. 403 σημ. 28.

20. Βλ. ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΑ, *Δίκαιο και δικανική κρίση*, ιδίως σσ. 821 επ.

πιθανά επιχειρήματα (ό.π.) και ιδίως ένα που σπεύδω να το κατοχυρώσω πνευματικά... Κατά τη γνώμη μου, αδυνατούμε να συλλάβουμε τον κανονιστικό πυρήνα της *αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας* με αντιλήψεις του αρχαίου κόσμου ή με αρχές της Νεωτερικότητας μεν, αλλά απλώς διαδικαστικές (που προτιμά ο *Troper*), τελολογικές ή συνεπειοκρατικές: οι θεσμοί της αντιπροσωπευτικής δημοκρατίας δικαιολογούνται πρωτίστως *δεοντοκρατικά* από το *πρωταρχικό* δικαίωμα καθενός να αντιμετωπίζεται από την κρατική εξουσία με σεβασμό, ως πρόσωπο, *ανεξαρτήτως* της ενεργού συμμετοχής του στα κοινά. Με άλλα λόγια, ένα θεσμικό βάρος άμεσης και ενεργού συμμετοχής μας στα κοινά ήδη υπονομεύει το *status* μας ως προσώπων, προσβάλλοντας σχετική *ασυλία* μας· δηλαδή, μιλώντας αφοριστικά, η ίδια η *άμεση δημοκρατία*, ως επιλογή πολιτεύματος, προκαλεί *δικαϊκή* βλάβη. Τα υπόλοιπα απλώς έπονται. Θεωρώ, λοιπόν, ότι ο *Troper* θα προσπαθούσε να με *αντικρούσει*: έτσι όμως ορίζεται ακριβώς το *γνωστικό αντικείμενο* της συνταγματικής ερμηνείας και θεωρίας στην ονομαστική αξία τους (ως κανονιστικά πεδία διαφωνίας και όχι παράλληλων *μονολόγων*). Ισχυρίζεται, π. χ., ο ίδιος ότι στη δική του επιστήμη του δικαίου ανήκει η πρόταση: «για να διασφαλίσουμε την υπεροχή του Συντάγματος... πρέπει να θεσπίσουμε τον έλεγχο της συνταγματικότητας των νόμων». Δεν πρόκειται – αντιτείνω – παρά για μια θεμιτή ερμηνεία της *εικαζόμενης* βούλησης του συντακτικού νομοθέτη. Ο ίδιος ομοίως υποστηρίζει ότι «[ό]λοι οι νόμοι, ανεξαρτήτως περιεχομένου, απολα[ύουν] το[ύ] τεκμηρ[ίου] της συνταγματικότητας» (118). Δεν υπάρχουν άραγε δικαστές που θα προσυπέγραφαν τον ισχυρισμό του, ασκώντας ακριβώς τη *συνήθη* δικαστική εξουσία; Εν τέλει, πώς, κατά τις μετανομικές παραδοχές του, μια έννοια, όπως της *κυριαρχίας*, δύναται να ανήκει συγχρόνως «στη γλώσσα της θεωρίας του δικαίου, αλλά και σε εκείνη του θετικού δικαίου» (173); Το πρόβλημα του νομικού ρεαλισμού, για να παραφράσουμε μαζί με τον *Dworkin*<sup>21</sup> μια θαυμάσια έκφραση του *Sidney Morgenbesser*, έγκειται στο ότι «δεν λειτουργεί».

Γιατί, λοιπόν, η θεωρία του *Troper*, δηλαδή ο νομικός ρεαλισμός του καθ' εαυτόν, και όχι άλλες πτυχές του έργου του (που ασφαλώς είχε κατά νουν ο μεταφραστής του βιβλίου), αδυνατεί να ενσωματωθεί στον συνταγματικό λόγο (εννοώντας τον τελευταίο υπό μία *μη* εξεζητημένη έννοια); Θεωρώ ότι, ακολουθώντας τη ρεαλιστική θεωρία της ερμηνείας, όχι μόνον αδυνατώ να προσφύγω στο δικαστήριο, να συντάξω, δηλαδή, ένα στοιχειωδώς *ευπρεπές* ένδικο βοήθημα, αλλά ούτε και να εμφανιστώ ενώπιόν του *επιχειρηματολογώντας* (Αδυνατώ να απευθυνθώ στον δικαστή ως *νομοθέτη*, ακόμη και στη δικαιοδοσία του *common law*, ακόμη και όταν δεν υφίσταται – ασφαλώς κάτι τέτοιο πρέπει να είναι *κανονιστικά* δυνατό – σχετικό προδεδικασμένο [*precedent*]). Διότι, ήδη, για να ασκήσω ένδικο βοήθημα, όπως βέβαια και να επιχειρηματολογήσω, πρέπει να επικα-

21. Βλ. τη συνέντευξή του στον *James Garvey*, <http://blog.talkingphilosophy.com/?p=6854>.

λεσθώ, επί πλέον του τι συνέβη στο παρελθόν, και κάποιους λόγους (δικαίου), οι οποίοι δεν δύνανται να εκφράζουν τα συναισθήματά μου ή να είναι απλώς υποκειμενικοί. Ήδη, δηλαδή, π. χ. σε μια αγωγή λόγω αδικοπραξίας, έχω πλήρη την αξίωσή μου *προ* της ασκήσεως της αγωγής και δεν ζητώ από το δικαστή να προβεί σε κάποιου είδους *διανομή*, ανταγωνιζόμενος τον νομοθέτη, αλλά να μου επιδικάσει υπό τη μορφή *αποζημιώσεως* ό,τι ακριβώς μου αφαιρέθηκε, ως αξία, εξ αιτίας της επίδικης *βλάβης* (της προσβολής *δικαιώματός* μου). Ο νομικός λόγος είναι δυνατός ως *κανονιστικός*. Κανονιστικότητα χωρίς *αντικειμενικούς λόγους* προς το πράττειν ή – έστω – προς το *κρίνειν*<sup>22</sup> δεν υφίσταται. Π.χ., η *απόλυτη απαγόρευση* των βασανιστηρίων δικαιολογείται μόνον επειδή τα βασανιστήρια αποτελούν *έσχατο κακό*: επειδή συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι, όχι απλώς εμπειρικοί, όπως η πρόκληση *πόνου*, αλλά και κανονιστικοί: με το βασανιστήριο γεννιέται πράγματι ένας *φύσει δούλος*. Η «ρεαλιστική» θεωρία της ερμηνείας καθιστά αδύνατη τη *νομική διαφωνία* (στην ονομαστική αξία της) και αδυνατεί να συλλάβει και να *περιγράψει* την ίδια την νομική πρακτική. Εάν ο *Joseph Raz* είναι ο κορυφαίος θετικιστής της εποχής μας, και όχι ο *Troper*, είναι διότι ο πρώτος υπήρξε πρωτοπόρος στη σύλληψη της κανονιστικότητας ως του πεδίου των αντικειμενικών λόγων<sup>23</sup> (Αν η νομική δογματική και η *βασισμένη σε αυτή* κοινωνική πρακτική δεν ήταν παρά χίμαιρα, θα έπρεπε να είμαστε θύματα μιας πολύ επιτυχημένης θεωρίας συνωμοσίας...).

Η κρίσιμη εν προκειμένω *σκεπτικιστική* σύγχυση είναι μεταξύ *θεσμικής* και *ερμηνευτικής* αυθεντίας: ερμηνευτικά έγκειται δε στην επίκληση επιχειρημάτων θεσμικής αυθεντίας «προς αντιμετώπιση ζητημάτων γνωστικού περιεχομένου»<sup>24</sup>. Η δικαστική *θεσμική* αυθεντία μόνο με ερμηνευτικά *έγκυρες* κρίσεις αποκτά ερμηνευτική αυθεντία. Συναφώς, η αρμοδιότητα των κρατικών οργάνων δεν αποτελεί ασφαλώς αντικείμενο της φιλοσοφίας του δικαίου: πρέπει όμως αυτή να είναι πάντοτε *δικαίω αρμοδιότητα*, και όχι πραγματική. Π.χ., κατά την περιώνυμη Ψήφο Αλευρά, η Βουλή είχε ασφαλώς την εξουσία, που όφειλε να ασκήσει, ως προς το αν θα επέτρεπε στον τότε προσωρινό Πρόεδρο της Δημοκρατίας να λάβει μέρος στην ψηφοφορία εκλογής του νέου Προέδρου. Ωστόσο, η κρίση της δεν είναι *ερμηνευτικά* έγκυρη «ανεξαρτήτως του περιεχομένου της», δηλαδή *ούτε αληθής ούτε ψευδής* (72). Είναι παραπλανητικό να επικαλεσθούμε εν προκειμένω μια συνταγματική εξουσιοδότηση *υποκειμενικής* (ψευδο)ερμηνείας<sup>25</sup>. Η τελευταία λέξη

22. Βλ. ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΛΑ, *Δίκαιο και δικανική κρίση*, σσ. 213 επ.

23. Βλ. ΠΑΥΛΟΥ ΣΟΥΡΛΑ, *ό.π.*, σσ. 182 επ.

24. ΠΑΥΛΟΣ ΣΟΥΡΛΑΣ, *ό.π.*, σ. 38 σημ. 13.

25. Πρβλ. RONALD DWORKIN, *Η επικράτεια της ζωής: αμβλώσεις, ευθανασία και ατομική ελευθερία*, μετάφραση του γράφοντος, Εκδόσεις Αρσενίδη, Αθήνα 2013, σσ. 203 επ.

του ερμηνεύοντος οργάνου δεν δύναται να είναι η επίκληση της αρμοδιότητάς του (ακόμη και αν αυτή πρέπει να είναι η πρώτη λέξη του...): η τελευταία λέξη συνυφαίνεται με τους λόγους που συνηγορούν προς την α και όχι προς τη β κρίση.

Ο *Troper*, ακριβώς επειδή εκλαμβάνει την ερμηνεία ως ζήτημα ερμηνείας της ίδιας της αρμοδιότητας του (*de facto* αρμοδίου) οργάνου, θεωρεί τους νομικούς περιορισμούς της ως πραγματικούς, δηλαδή ζήτημα *συσχετισμού δύναμης*. Ωστόσο, οι πραγματικοί περιορισμοί κ. τ. τ., αποτελούν *τετριμμένες* αλήθειες, άλλως μυστήριο: πώς άραγε ο έντιμος και έγκριτος δικαστής «όταν αποφασίζει, και ιδίως όταν ερμηνεύει, λαμβάνει υπόψη και τα άλλα όργανα της έννομης τάξης» (78); Καλεί, π.χ., στο τηλέφωνο τον αρμόδιο υπουργό ή τον αρμόδιο αστυνομικό διευθυντή; Οι πραγματικοί περιορισμοί δεν αποτελούν πάντως ούτε νομικές ούτε μετανομικές αλήθειες. Μόνο *εγγενές όριο* (όχι εξωτερικό εμπόδιο) στη δικαιοδοτική πράξη αποτελεί το *καλύτερο επιχείρημα*. (Εναλλακτικές προς την κρίσιμη *αναστοχαστική ισορροπία* μέθοδοι δεν υφίστανται<sup>26</sup> ούτε, βέβαια, εξωτερικά προς αυτήν *κριτήρια ορθότητας*). Ένα δικαστήριο θα γινόταν περίγελος του νομικού κόσμου, αν υιοθετούσε στο σκεπτικό του τέτοιες απόψεις. Και, για να παραφράσω τον *Kant*, όπως συνηθίζω στις παραδόσεις μου στη *Μεθοδολογία του δικαίου*, ό,τι δεν δύναται να ειπωθεί *ενόπιον* του δικαστηρίου, ή να αποτελέσει μέρος του *σκεπτικού* της *ετυμολογίας* του, απλώς δεν ισχύει. Ο δικαστής αδυνατεί να καταστεί ο πολύς *Richard Posner*, που κατά τη δημόσια ομολογία του (μετά όμως τη συνταξιοδότησή του...)<sup>27</sup> αποφάσιζε αγνοώντας τον νόμο – ένας φοιτητής, δηλαδή, που, σύμφωνα με το γνωστό ευφυολόγημα του *H. L. Mencken*, βαθμολογεί ο ίδιος τα γραπτά του.

Κλείνω με ένα καταληκτικό σχόλιο για την εν λόγω έκδοση ως βιβλιογραφικό γεγονός. Αν και το έργο του *Troper*, μια φωνή πάντως μοναχική στον γαλλόφωνο κόσμο, υπολείπεται κατά πολύ του *αμερικανικού* νομικού ρεαλισμού<sup>28</sup> (ο οποίος περιμένει ακόμη τον εκδότη του), είναι ικανό θεωρώ να αφυπνίσει τους ευαίσθητους νομικούς από τον ύπνο της *δογματικής* του δικαίου. Ωστόσο, την εκδοτική επιτυχία του βιβλίου προδικάζει η πονηρία της περιρρέουσας πνευματικής ατμόσφαιρας:

Μερικές φορές τυχαίνει να αναρωτιέμαι γιατί δεν μπορώ (παρ' ότι το επιδιώκω με υπομονή και μεθοδικότητα) να *διαφωνήσω* με τον συνομιλητή μου, αν και αυτός (ή ένας

26. Βλ. ανωτέρω σημ. 5.

27. Βλ. την εξόδιο συνέντευξή του, <https://tinyurl.com/AnExitInterview> (που μας την υπενθύμισε ο *Ενάγγελος Βενιζέλος* κατά την παρέμβασή του στην προαναφερθείσα [σημ. \*\*] παρουσίαση του βιβλίου).

28. Βλ. GERALD J. POSTEMA, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, in ENRICO PATTARO/CORRADO ROVERSI (eds), ό.π., τ. 11 (ό.π., 2011), σσ. 81 επ.

τρίτος ανυποψίαστος παρατηρητής) θεωρεί ότι διαφωνούμε, και μάλιστα έντονα. Συνήθως, η διαφωνία μας είναι αδύνατη λόγω του *κοινωνιολογισμού* του συνομιλητή μου. Ο κοινωνιολογισμός επικρατεί, δυστυχώς, στην παιδεία μας, σε όλες τις βαθμίδες της. Και φαίνεται ότι είναι ιδιαίτερα ανθεκτικός, καθότι αποτελεί το πλέον διαδεδομένο συγχωροχάρτι για να αποφύγεις να αντιμετωπίσεις τα πρακτικά (και θεωρητικά) προβλήματα στην ονομαστική αξία τους, ή, με άλλα λόγια, να αποφύγεις την ανάληψη της ευθύνης που σου αναλογεί· εν προκειμένω, την ανάληψη της *ερμηνευτικής ευθύνης* (Κάποτε, μιμούμενος το άρθρο του *Robert Nozick* για τους διανοουμένους που αποστρέφονται τον καπιταλισμό<sup>29</sup>, πρέπει να γράψω ένα άρθρο και για αυτούς, ή τους ίδιους, που καλλιεργούν τον κοινωνιολογισμό...).

Φίλιππος Κ. Βασιλόγιαννης

---

29. Βλ. ROBERT NOZICK, *Why Do Intellectuals Oppose Capitalism?*, in *Socratic Puzzles*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge 1997, σσ. 280 επ.