

## Συστήματα δικαίου και μεθοδολογία του δικαίου: η οπτική γωνία της ηθικής και πολιτικής επιχειρηματολογίας\*

Φίλιππος Κ. Βασιλόγιαννης\*\*

0.

Αφορμή για τις επόμενες αναπτύξεις αποτελεί το ζήτημα ενός αναπροσανατολισμού της σύγχρονης επιστήμης του δικαίου, μετά την παρακμή του παραδοσιακού νομικού θετικισμού· μετά την εγκατάλειψη, δηλαδή, των θέσεων ότι αφ' ενός υφίσταται εννοιολογική διάκριση ηθικής και δικαίου και αφ' ετέρου ότι η πηγή και η ισχύς του τελευταίου δεν αποτελούν παρά κοινωνικά γεγονότα. Για λόγους που έμμεσα θα διαφανούν στη συνέχεια, ούτε μία ηθικά άχρωμη, ως προς το κανονιστικό περιεχόμενο των κανόνων, συνύφανση του δικαίου με την ηθική δύναται να δικαιολογηθεί, αν λάβουμε σοβαρά υπ' όψιν μας, ανεξαρτήτως εννόμου τάξεως και συστήματος δικαίου, κάποιες τελευταίες κατακτήσεις της λεγόμενης αναλυτικής φιλοσοφίας στο πεδίο της ηθικής και μεταηθικής, ιδίως ως προς τους λόγους προς το πράττειν (*reasons for action*) και την κανονιστικότητα (*normativity*), οι οποίες συνηγορούν υπέρ της βαρύνουσας σημασίας της νομικής επιχειρηματολογίας ακριβώς ως ηθικής και πολιτικής.

Γιατί όμως ανεξαρτήτως εννόμου τάξεως και συστήματος δικαίου;

1.

Παράλληλα προς τη διαδεδομένη μεν, αλλά μάλλον σχηματική αντιδιαστολή μεταξύ αναλυτικής και ηπειρωτικής φιλοσοφίας (οι πτυχές και η βασιμότητα της οποίας δεν πρόκειται, βέβαια, να μας απασχολήσουν εδώ<sup>1</sup> – εξ άλλου, σε αμφοτέρες τις παραδόσεις έχει τη δυνατότητα να είναι ή να γίνει κανείς φιλοσοφικά πολύ ενδιαφέρων...<sup>2</sup>) κινείται και μία αντιδιαστολή μεταξύ του αγγλοσαξονικού και του ηπειρωτικού συστήματος δικαίου και των αντίστοιχων θεωρητικών προσλήψεών τους. Μιλώντας εκτός φιλοσοφικών συγκεκριμένων, στο νομικό σύστημα της ηπειρωτικής Ευρώπης θα προσδοκούσαμε να συναντήσουμε, σε μία εν τέλει αυθαίρετη ερμηνεία του νόμου, μία νοοτροπία που έχει κάτι

---

\* Επεξεργασμένη εισήγηση στο 4<sup>ο</sup> Πανελλήνιο Συνέδριο Φιλοσοφίας της Επιστήμης (Συμπόσιο 3ο: «Αναλυτική φιλοσοφία: Σύγχρονοι τόποι και προοπτικές») που διοργάνωσε από 1 - 3.12.2016 στην Αθήνα ο Τομέας Φιλοσοφίας και Θεωρίας της Επιστήμης και της Τεχνολογίας του Τμήματος Μεθοδολογίας, Ιστορίας και Θεωρίας της Επιστήμης του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

\*\* Επίκουρος Καθηγητής Φιλοσοφίας του Δικαίου στη Νομική Σχολή του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

<sup>1</sup> Για το ζήτημα βλ. Στέλιου Βιρβιδάκη, «Αναλυτική και ηπειρωτική φιλοσοφία: κριτήρια αναγνώρισης και διάκρισης», *Νεύσις* 14 (2005), σς 3 επ.

<sup>2</sup> Για την ιστορικά πρόσφατη εξέλιξη των δύο παραδόσεων στη φιλοσοφία του δικαίου βλ. Gerald J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, in Enrico Pattaro (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, τ. 11 (Dordrecht: Springer, 2011) και το αντίστοιχο συλλογικό *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, in ό. π., τ. 12 (ό. π., 2016).

από τον μυστηριώδη και σκοτεινό χαρακτήρα της μεταφυσικής (υπό την καθημερινή χρήση του όρου), ενώ στο νομικό σύστημα της αγγλοσαξονικής παραδόσεως να συναντήσουμε τη νοοτροπία του φωτεινού πραγματιστικού πνεύματος που είναι προσανατολισμένο στη χρηστική επίλυση πρακτικών προβλημάτων. Στο πλαίσιο της ίδιας αντιδιαστολής, ενώ το ηπειρωτικό σύστημα δικαίου και η επιστήμη του δίδει την εντύπωση ότι δεν δανείζεται κάποιες κρίσιμες έννοιες, όπως π. χ. η έννοια του προσώπου και του δικαιώματος, από καμμία (άλλη) επιστήμη, ιδίως από την κοινωνιολογία και τα οικονομικά, ή ότι, εν πάση περιπτώσει, οι εν λόγω έννοιές του δεν ανάγονται πλήρως, κατά το κανονιστικό περιεχόμενό τους, σε έννοιες των εν λόγω επιστημών, το αγγλοσαξονικό σύστημα δικαίου, η νομολογία και η θεωρία του (*jurisprudence*· εδώ δεν ταιριάζει μάλλον η λέξη *επιστήμη* [*science*]), δίδει την εντύπωση ότι είναι δυνατή και ίσως επιθυμητή μιά τέτοια πλήρης εννοιολογική αναγωγή.

Σε ένα συμπόσιο αφιερωμένο στους σύγχρονους τόπους και τις προοπτικές της αναλυτικής φιλοσοφίας, ωστόσο, τα ζητήματα της μεθοδολογίας του δικαίου ως ζητήματα φιλοσοφίας του δικαίου αναδεικνύονται ως διατλαντικά, θέτοντας σε δοκιμασία κάποιες σχολικές διακρίσεις του παρελθόντος. Είναι όμως η άνευ προηγουμένου σύγχρονη καλλιέργεια της ηθικής και πολιτικής φιλοσοφίας στον αγγλοσαξονικό κόσμο, μετά την έκδοση της εμβληματικής πραγματείας του John Rawls, *A Theory of Justice*, στην οποία οφείλεται εν πολλοίς και η κρίση προσανατολισμού της σύγχρονης επιστήμης του δικαίου και η οποία φαίνεται ότι καθιστά δυνατή, από το ίδιο το περιεχόμενό της, τη δημιουργία μιάς διευρυμένης μεν, αλλά και συμπαγούς κοινότητας σχετικών μεθοδολογικών ενδιαφερόντων και προβληματισμού.

## 2.

Σύμφωνα με μιά κοινώς παραδεδεγμένη αντίληψη, λοιπόν, ενώ ο δικαστής της ηπειρωτικής Ευρώπης βασίζει την κρίση του στον νόμο, ο δικαστής του αγγλοσαξονικού κοινοδικαίου (*common law*) καλείται να τη βασίσει σε προηγούμενες δικαστικές αποφάσεις. Αυτή η διαφορά των συστημάτων δικαίου συνεπάγεται, κατά μιά συναφή αντίληψη, και μιά κρίσιμη μεθοδολογική διαφορά στην απονομή δικαιοσύνης· ίσως μιά διαφορά μεταξύ απαγωγικής (ή σημασιολογικής τάξεως) και αναλογικής (ή πραγματολογικής τάξεως) εφαρμογής των κανόνων δικαίου. Ωστόσο, από την οπτική γωνία της ηθικής και πολιτικής επιχειρηματολογίας, κάτι τέτοιο δεν ευσταθεί: Αμφότερα τα συστήματα διέπονται από κοινές θεμελιώδεις αρχές<sup>3</sup> και ενώπιον του δικαστηρίου, ανεξαρτήτως συστήματος, οι έγκριτοι νομικοί καλούνται να επικαλεσθούν τους καλύτερους λόγους που συνηγορούν υπέρ των ισχυρισμών τους, επιβεβαιώνοντας εμπράκτως τον θεμελιωδώς επιχειρηματολογικό χαρακτήρα του δικαίου και της γνώσεώς του (το αργότερο από την αρχαία Ρώμη μέχρι σήμερα). Οι κρίσιμες διαφορές, δηλαδή, δεν είναι μεθοδολογικές, αλλά απλώς θεσμικές ή, περαιτέρω, αντικείμενο κάποιων θεμιτών κοινωνιολογικών ή ιστορικών ενδιαφερόντων.

<sup>3</sup> Βλ., π. χ., ως προς τις θεμελιώδεις αρχές του ιδιωτικού δικαίου, τη μονογραφία μου, *Πρόσωπα, λόγοι και πράγματα: ιδιοκτησία και μη διανεμητική δικαιοσύνη* (Αθήνα: Εκδόσεις Ευρασία, 2015), σς 53 επ., 69 επ.

Προς την προκείμενη κριτική αποτίμηση συμβάλλουν, κατά τρόπο αποφασιστικό, κάποια πρόσφατα έργα ηθικών και πολιτικών φιλοσόφων, ιδίως, όπως προαναγγείλαμε, ως προς τη θεμελιώδη έννοια των λόγων προς πράττειν, με την πρόκληση της οποίας καλούνται να αναμετρηθούν, αντιμετωπίζοντας τα ίδια μεθοδολογικά ζητήματα, τόσο οι νομικοί της ηπειρωτικής παραδόσεως (θεωρητικοί και πρακτικοί) όσο και εκείνοι της αγγλοσαξονικής. Εν κατακλείδι, όπως θα υποστηριχθεί στη συνέχεια, μία και μόνη φαίνεται ότι είναι η αξιόπιστη μέθοδος θεμελιώσεως και των νομικών κρίσεων: η μέθοδος της αναστοχαστικής ισορροπίας (*reflective equilibrium*), η οποία πρέπει όμως να απεξαρτηθεί από υποκειμενιστικές προσλήψεις και χρήσεις της.

Ας προσεγγίσουμε, κατ' αρχάς, το ζήτημα από τη σκοπιά του νομικού της ηπειρωτικής Ευρώπης και των προσλαμβανουσών παραστάσεων του.

### 3.

Στο τελευταίο κεφάλαιο του βιβλίου του Karl Engisch, *Εισαγωγή στη νομική σκέψη*, με χαρακτηριστικό τίτλο «Από το νόμο στο δίκαιο», ο συγγραφέας, ένας επιφανής Γερμανός νομικός του προηγούμενου αιώνα, ο οποίος μέχρι το εν λόγω κεφάλαιο έχει παρουσιάσει τον τρόπο σκέψεως των νομικών της ηπειρωτικής Ευρώπης, με επίκεντρο τη σχετική συζήτηση στη Γερμανία, θίγει το ζήτημα της υπάρξεως μεθόδων ανευρέσεως του δικαίου που να είναι «ελεύθερες από τον νόμο». Με αυτό δεν εννοεί το παρωχημένο κίνημα της (ηπειρωτικής) *Σχολής του ελευθέρου δικαίου*, αλλά τον τρόπο σκέψης των νομικών στον χώρο του αγγλοσαξονικού δικαίου.

Ήδη όμως κατά τη Σχολή του ελευθέρου δικαίου<sup>4</sup>, σημαντικότερο του νόμου είναι το *ελεύθερο* του νόμου δίκαιο που δημιουργούν οι ορθές δικαστικές αποφάσεις, πράγμα που σημαίνει ότι η νομική δεν είναι *επιστήμη* (γνώσεως του νόμου), αλλά *τέχνη* (επιλύσεως πρακτικών προβλημάτων), κατά την οποία «ο δικαστής πρώτα σχηματίζει την απόφασή του με βάση την διαίσθησή του ως προς το τί ανταποκρίνεται στα συναισθήματά του περί δικαίου... και ωφελίμου»<sup>5</sup>. Στο πλαίσιο αυτό, ορθή είναι η δικαστική απόφαση, όταν «ένας άλλος δικαστής θα είχε αποφασίσει κατά τον ίδιο τρόπο. Ένας άλλος δικαστής σημαίνει εδώ τον εμπειρικό τύπο του συγχρόνου νομομαθούς»<sup>6</sup>. Τούτο πώς δύναται όμως να αληθεύει, πώς, δηλαδή, η εν λόγω *σύμπτωση* των δικανικών κρίσεων θα μπορούσε να είναι κρίσιμη, ως *κριτήριο ορθότητας*, χωρίς κάποιες κανονιστικές εγγυήσεις, *ανεξάρτητες* από τον εσωτερικό τον κόσμο του δικαστή;

Επικαλούμενος ο Engisch μία σχετική μελέτη του μεγάλου Gustav Radbruch, περιγράφει τον αγγλοσαξονικό τρόπο σκέψης ως τρόπο *ανευρέσεως* του δικαίου με τη βοήθεια των παλαιότερων δικαστικών αποφάσεων επί λέξει ως εξής:

Το ιδιαίτερο χαρακτηριστικό του *case law* συνίσταται στο ότι το έρεισμα που ο δικαστής της ηπειρωτικής Ευρώπης το βρίσκει συνήθως στο νόμο εδώ υπάρχει στις παλαιότερες

<sup>4</sup> Βλ., ευσύνοπτα, Ιωάννου Π. Αραβαντινού, *Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου* (Αθήναι: Έκδοση Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2<sup>η</sup> έκδοση 1983), σς 195 επ.

<sup>5</sup> Ο. π.

<sup>6</sup> Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil* [ : *Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1912)], σ. 71· παραπομπή ό. π., σ. 195.

αποφάσεις του ίδιου ή ενός ανώτερου δικαστηρίου..., και μάλιστα όχι μόνο όταν οι νόμοι σιωπούν απολύτως... Αν η περίπτωση που πρόκειται να κριθεί είναι παρόμοια με την περίπτωση που έχει ήδη κριθεί από ένα δικαστήριο που περιβάλλεται με αντίστοιχη αυθεντία, η νέα περίπτωση πρέπει να κριθεί με τον ίδιο τρόπο. Τώρα είναι αυτονόητο ότι κάθε περίπτωση παρουσιάζει ιδιομορφίες, έτσι που πάντα ανακύπτει το ερώτημα αν η νέα περίπτωση είναι στα ουσιαστικά σημεία της όμοια με την περίπτωση που λύθηκε με παλαιότερη απόφαση. Εκτός από αυτό, ο κανόνας που περιέχεται σε μία παλαιότερη απόφαση «είναι δεσμευτικός μόνο στο βαθμό που ήταν αναγκαίος για την απόφαση στην τότε νομική περίπτωση· αν τότε διατυπώθηκε ευρύτερα απ' ό,τι ήταν αναγκαίο, και στο βαθμό που συμβαίνει κάτι τέτοιο, δεν είναι μία 'ratio decidendi' που έχει αποφασιστική σημασία για το μέλλον, αλλά απλώς ένα χωρίς σημασία 'obiter dictum' του δικαστή». Σημειώνουμε ότι σ' εμάς υπάρχουν διάφορα σημεία στηρίζεως για να «αποφεύγει κανείς ως μη δεσμευτικές παλαιότερες αποφάσεις», ενώ ο Άγγλος δικαστής μόνο σπάνια και όχι ευχαρίστως αποφασίζει «να κρίνει αντίθετα με μία παλαιότερη απόφαση (*ouverture*), όταν είναι «προφανώς παράλογη» (*plainly unreasonable*)<sup>7</sup>.

Βάσει των ανωτέρω, ο Engisch συνάγει τα εξής «μεθοδολογικά αξιοσημείωτα»<sup>8</sup>: κατά μία «παρόμοια μέθοδο» και στη Γερμανία της εποχής του (η πρώτη έκδοση του βιβλίου του ήταν του έτους 1956), η απόκλιση των ανωτάτων και δευτεροβάθμιων δικαστηρίων

από την παλαιότερη νομολογία τους για παρόμοιες περιπτώσεις χωρίς να απαγορεύεται βέβαια, πάντως γίνεται πιά δύσκολη. Έτσι ανακύπτουν παρεμφερή ερωτήματα, δηλαδή τα εξής: Μία περίπτωση που πρόκειται να κριθεί τώρα μοιάζει στα ουσιαστικά σημεία της με μίαν άλλη που έχει ήδη κριθεί από το Ανώτατο Δικαστήριο; Η νομική άποψη που διατυπώθηκε σε μία προηγούμενη απόφαση αποτέλεσε και το θεμέλιο αυτής της αποφάσεως, ή πρόκειται μόνο για ένα *obiter dictum*;... Η αγγλοσαξωνική μέθοδος της μεταφοράς της νομικής απόψεως της προηγούμενης αποφάσεως στην περίπτωση που πρόκειται να κριθεί τώρα έχει προφανώς κάποια συγγένεια στη δομή με τη δική μας αναλογία, αφού πρόκειται για διαλογισμό από το μερικό στο μερικό και μάλιστα έπειτα από αναγωγή στη βασική σκέψη, στην οποία στηριζόταν η παλαιότερη απόφαση.

Χαρακτηριστικό θεσμικό παράδειγμα αποτελεί και η νεαρά ελληνική νομοθεσία ως προς το παραδεκτό της ασκήσεως αιτήσεως για την αναίρεση (μιάς δικαστικής αποφάσεως) ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας. Σύμφωνα με την ισχύουσα § 3 του άρθρου 53 του Προεδρικού Διατάγματος 18/1989:

Η αίτηση αναίρεσεως επιτρέπεται μόνον όταν προβάλλεται από τον διάδικο με συγκεκριμένους ισχυρισμούς που περιέχονται στο εισαγωγικό δικόγραφο ότι δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή ότι υπάρχει αντίθεση της προσβαλλομένης αποφάσεως προς τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου ανωτάτου δικαστηρίου είτε προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου.

<sup>7</sup> Βλ. Karl Engisch, *Εισαγωγή στη νομική σκέψη*, μετ. Διονυσίου Δ. Σπινέλλη (Αθήνα: Μορφωτικό Ίδρυμα Εθνικής Τραπέζης, 1981), σ. 216.

<sup>8</sup> Βλ. ό. π., σς 216 επ.

Πρόκειται άραγε για μία έμμεση καθιέρωση της νομολογίας, εν προκειμένω της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας, ως πηγής του δικαίου; Μόνο κάποιος που σκέφτεται κοινωνιολογικά, και όχι νομικά, θα απαντούσε, κατά τη γνώμη μου, καταφατικά.

## 4.

Όπως γίνεται φανερό από μία προσεκτική ανάγνωση των ανωτέρω παραθεμάτων από το βιβλίο του Engisch, ο αγγλοσάξονας δικαστής δεν θέτει δίκαιο (ως νομοθέτης)<sup>9</sup>. Δηλαδή, ακόμη και αν δεν υφίσταται νόμος, *ad hoc* νομολογία ή έθιμο, πράγμα που ασφαλώς συνέβαινε σε κάποιες χρονολογικά πρώτες κρίσιμες αποφάσεις, τις οποίες έχει ήδη σκεπάσει η σκόνη του ιστορικού χρόνου, ο δικαστής εξακολουθεί να δεσμεύεται από το δίκαιο ή, με άλλα λόγια, ο δικαστής δεν είναι εξουσιοδοτημένος να το θεσπίσει, αλλά να το ανακαλύψει. Σε μία περίπτωση, δηλαδή, ανυπαρξίας νόμου, *ad hoc* νομολογίας ή εθίμου, ο δικαστής, ο οποίος δεσμεύεται απολύτως από τη θεμελιώδη απαγόρευση της αρνησιδικίας, πρέπει να μπορεί να επικαλεσθεί ήδη ισχύον δίκαιο. Και εδώ αναδεικνύεται ο κρίσιμος ρόλος των αρχών του δικαίου. Οφείλεται ακριβώς στην παραγνώριση της βαρύνουσας σημασίας των αρχών του δικαίου η μάλλον θετικιστικής εμπνεύσεως διατύπωση της περιώνυμης § 2 του άρθρου 1 του ελβετικού Αστικού Κώδικα, κατά το οποίο ο δικαστής, όταν δεν υφίσταται νόμος ούτε έθιμο, αποφαινεται «σύμφωνα με τον κανόνα που θα έθετε ως νομοθέτης», ακολουθώντας την κρατούσα θεωρία και την παγία νομολογία (ό. π. § 3).

Είναι χαρακτηριστικό ότι κάποιες πρώιμες θετικιστικές απαντήσεις στη ριζική κριτική του νομικού θετικισμού από τον Ronald Dworkin, επικαλούνται την οιονεί εθιμική φύση των αρχών<sup>10</sup>. (Μιά ηπειρωτική θετικιστική παρανόηση εκλαμβάνει το κοινοδίκαιο ως εθιμικό, ακριβώς επειδή η πηγή του δεν είναι ο νόμος.) Μιά τέτοια φύση των αρχών θα ήταν όμως ασυνάρτητη, όπως είναι, βεβαίως, και το ίδιο το έθιμο ως πρωτογενής πηγή του δικαίου:

Σύμφωνα με τον συνήθη ορισμό του, το έθιμο δεν αποτελεί παρά «τη μακρά και ομοιόμορφη άσκηση μιάς κοινωνικής συμπεριφοράς, που συνοδεύεται με την πεποίθηση των ενεργούντων, ότι συμμορφώνονται σε κανόνα δικαίου»<sup>11</sup>. Όπως παρατηρείται<sup>12</sup>, κρίσιμη εν προκειμένω είναι η πεποίθηση δικαίου: γι' αυτό η νομολογία δεν αποτελεί πηγή του δικαίου και τα συναλλακτικά ήθη αποτελούν δευτερογενή πηγή (ως προς το ότι η ισχύς τους βασίζεται στον νόμο). Αν όμως κρίσιμη είναι η πεποίθηση δικαίου (όχι απλώς το νομίζειν), το στοιχείο της «μακράς και ομοιόμορφης ασκήσεως μιάς κοινωνικής συμπεριφοράς» (πρέπει να) είναι αμελητέο. Αν, δηλαδή, συνέτρεχαν κάποιιοι κρίσιμοι λόγοι, ώστε να σχηματίσουν οι κοινωνοί του δικαίου την πεποίθηση ότι ο κανόνας x

<sup>9</sup> Βλ., αναλυτικά, Paul Sourlas, «Le rôle des précédents: Quelques réflexions générales inspirées de l'exemple grec», in Ewoud 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.

<sup>10</sup> Βλ. Joseph Raz, «Legal Principles and the Limits of Law», in Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, NJ: Rowman & Allanheld, 1984), σ. 77.

<sup>11</sup> Βλ. Ιωάννου Π. Αραβαντινού, *Εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου*, σ. 98.

<sup>12</sup> Βλ. ό. π., σς 98 επ., 120.

αποτελεί κανόνα δικαίου, γιατί έπρεπε να αναμένουν ένα ή δύο αιώνες για να παγιωθεί βάσει αυτού και «μακρά και ομοιόμορφη άσκηση μιάς κοινωνικής συμπεριφοράς»;

Η επιχειρηματολογικά βαρύνουσα σημασία των αρχών δεν δικαιολογεί μιά τέτοια προϋπόθεση, η οποία το πολύ θα είχε θεσμικά αποδεικτική αξία, όχι συστατική για την ύπαρξη (δηλαδή την ισχύ) ενός κανόνα δικαίου.

## 5.

Τούτων δοθέντων, πού οφείλεται η εντύπωση της εν λόγω αντιδιαστολής; Πρέπει να διακρίνουμε εν προκειμένω το πώς πράγματι σκέφτεται (που ισοδυναμεί με το πώς πρέπει να σκέφτεται...) ο έγκριτος νομικός (δικαστής ή δικηγόρος) με το πώς ίσως νομίζει ότι σκέφτεται. Ως προς αυτό η κρατούσα σχολική έκθεση του ζητήματος από την ηπειρωτική παραδοσιακή μεθοδολογία του δικαίου είναι, κατά τη γνώμη μου, εντελώς ανεπαρκής και παραπλανητική:

Δέσμευση από τον νόμο, κατά την παραδοσιακή αντίληψη, η οποία προσανατολίζεται από το θεσμικό ιδεώδες της βεβαιότητας του δικαίου<sup>13</sup>, σημαίνει ότι ο δικαστής θα συλλάβει το κανονιστικό περιεχόμενο του νόμου με τη βοήθεια της εγγενώς αξιόπιστης τυπικής λογικής (της οποίας προφανώς ουδείς δύναται να κάμει κατάχρηση) και ενός πλήρους λεξικού, το οποίο θα περιλαμβάνει και το ειδικό νομικό λεξιλόγιο (του οποίου – λεξικού – δύναται όμως κάποιος να κάμει κατάχρηση. Εν πάση περιπτώσει, ακόμη και το πληρέστερο λεξικό υπό τη συνήθη μορφή του, ιδίως δε ένα τέλειο λεξικό, υπό την έννοια της καταγραφής όλων των δυνατών λέξεων και των χρήσεών τους, το οποίο θα ήταν μάλλον άχρηστο, προϋποθέτει την ικανότητα της προσήκουσας χρήσης). Τούτο σημαίνει την προτεραιότητα της λεγόμενης γραμματικής ερμηνείας του νόμου, η οποία, περαιτέρω, σε συνδυασμό με ορισμένες αντιλήψεις της λεγόμενης ιστορικής ερμηνείας του<sup>14</sup>, δηλαδή της διαπιστώσεως της βουλήσεως του νομοθέτη, συνθέτει την υποτιθέμενη πρωτογένεια του νοήματός του (το οποίο επικαλείται, ιδίως στο πλαίσιο της συνταγματικής θεωρίας, ο αμερικανικός *originalism*), ώστε το πολύ να τίθεται ζήτημα θεμιτής αλλοιώσεώς του, λόγω της εν τω μεταξύ αλλαγής των ιστορικών, πολιτικών και κοινωνικών συνθηκών<sup>15</sup>. Αυτός όμως είναι ο τρόπος που ίσως νομίζει ότι σκέφτεται ο έγκριτος δικαστής. Πώς ο ίδιος όμως πραγματικά σκέφτεται (κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας των νομικών);

Ο έγκριτος νομικός αδυνατεί, κατά τη γνώμη μου, να συλλάβει το κρίσιμο κανονιστικό περιεχόμενο του νόμου χωρίς να έχει ήδη προ των οφθαλμών του, με μόνη την ανάγνωσή του, μιά παραδειγματική περίπτωση εφαρμογής του. Η γραμματική ερμηνεία καλείται να διαδραματίσει έναν υποτιθέμενα κρίσιμο ρόλο εκεί ακριβώς που ο έγκριτος

<sup>13</sup> Βλ. τη διδακτορική διατριβή μου, *Βεβαιότητα και ασφάλεια του δικαίου: συνταγματολογικές χρήσεις ενός επιχειρήματος* (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004), *passim*.

<sup>14</sup> Για τον σχετικό μεθοδολογικό προβληματισμό βλ. Παύλου Κ. Σούρλα, *Justi atque injusti scientia: Μιά εισαγωγή στην επιστήμη του δικαίου* (Αθήνα - Κομοτηνή: Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1996), σς 155 επ.

<sup>15</sup> Βλ. τη σχετική παρουσίαση, και από συγκριτική σκοπιά, του Σπύρου Βλαχόπουλου, *Η δυναμική ερμηνεία του Συντάγματος: Η προσαρμογή του συνταγματικού κειμένου στις μεταβαλλόμενες συνθήκες* (Αθήνα: Εκδόσεις Ευρασία, 2014), ιδίως σς 25 επ., 75 επ.

νομικός καλείται να επικαλεσθεί ένα πρόσθετο κρίσιμο επιχείρημα – και τούτο εξηγεί, επειδή ακριβώς η επίκληση του γράμματος αίρει κατά κάποιον τρόπο την ερμηνευτική αμηχανία και απορία, τη δημοφιλία της. Η γραμματική ερμηνεία, δηλαδή, έρχεται πολύ αργότερα στο προσκήνιο, ενώ η παραδοσιακή θεωρία τη θεωρεί αφετηρία της ερμηνείας, η δε επίκληση του σαφούς γράμματος αποτελεί ακριβώς περίπτωση αυθαίρετου τερματισμού της επιχειρηματολογίας, ακριβώς επειδή αδυνατεί να αποτελέσει την έναρξη οποιασδήποτε αντεπιχειρηματολογίας. Τα αντιθέτως υποστηριζόμενα δεν αποτελούν παρά περίπτωση μεθοδολογικής απαίδευσης.

Προς τον σκοπό μιάς ανάγλυφης εκθέσεως του ζητήματος, θα χρησιμοποιήσω ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα από την ελληνική έννομη τάξη (ένα από εκείνα, που μαζί με την περιώνυμη περίπτωση της Ψήφου Αλευρά και του αριθμού των ψήφων που απαιτούνται για τη σύσταση εξεταστικής επιτροπής της Βουλής, προκάλεσαν τον έντονο μεθοδολογικό προβληματισμό της συνταγματικής θεωρίας κατά τη δεκαετία του 1980 στη χώρα μας):

## 6.

Ως γνωστόν, κατά το άρθρο 47 § 1 του Συντάγματος, ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας «έχει το δικαίωμα, ύστερα από πρόταση του Υπουργού Δικαιοσύνης... να χαρίζει, μετατρέπει ή μετριάζει τις ποινές...». Ο έγκριτος νομικός, λόγω της εξοικειώσεώς του με τα νομικά ζητήματα που συναφώς τίθενται, ήδη με την ανάγνωση της διατάξεως έχει σχηματίσει κάποιες κρίσιμες πεποιθήσεις ως προς τη νομική σημασία της προτάσεως, που σημαίνει ιδίως ότι τη σχετική πρωτοβουλία στη διαδικασία της απονομής χάριτος την έχει ο προτείνων Υπουργός, και τη φύση της πράξεως του Προέδρου της Δημοκρατίας: ότι πρόκειται, δηλαδή, για προεδρικό διάταγμα που πρέπει να φέρει την προσυπογραφή του αρμόδιου υπουργού, «ο οποίος με μόνη την υπογραφή του γίνεται υπεύθυνος» (άρθρο 35 § 1 του Συντάγματος). Τί πρέπει, λοιπόν, να συμβεί στην περίπτωση που ο Υπουργός Δικαιοσύνης προτείνει την απονομή χάριτος και ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας τυχαίνει να μη συμφωνεί με το σκεπτικό της; Τίθεται άραγε θεσμικά ζήτημα διαφωνίας του Προέδρου της Δημοκρατίας; – άλλως, με νομική ορολογία, ο τελευταίος έχει εν προκειμένω άραγε διακριτική ευχέρεια είτε να δεχθεί είτε να απορρίψει την πρόταση του Υπουργού ή έχει δεσμία αρμοδιότητα να συμπράξει στην έκδοση του σχετικού διατάγματος; Στο σημείο αυτό, τόσο, δηλαδή, αργά, κατά τη γνώμη μου, έρχεται στο προσκήνιο η λεγόμενη γραμματική ερμηνεία.

Ο έγκριτος νομικός, δηλαδή, αδυνατεί να λάβει μέρος στη σχετική αντεπιχειρηματολογία, χωρίς να έχει σχηματίσει ήδη, ανακαλώντας τις προσήκουσες παραστάσεις από την προηγούμενη πείρα του, μιά κάποια κρίσιμη ιδέα του εξ αντικειμένου προβληματισμού, την οποία αδυνατεί – σημειωτέον – να σχηματίσει ανοίγοντας το καλύτερο λεξικό και χρησιμοποιώντας την εγγενώς αξιόπιστη τυπική λογική. Κατά τη μάλλον κρατούσα άποψη πάντως, ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας έχει εν προκειμένω διακριτική ευχέρεια, διότι το γράμμα του Συντάγματος αναφέρεται σε «δικαίωμά» του. Η ερμηνεία του δικαίου, ωστόσο, όπως είναι φυσικό, καθότι βασίζεται μόνο στο (καλύτερο) επιχείρημα, και το γράμμα του νόμου (δηλαδή οι παρελθούσες επικοινωνιακά επιτυχείς χρήσεις του) που το πολύ να αποτελεί λόγο που συνηγορεί προς...

(δεν το συλλαμβάνει όμως έτσι η παραδοσιακή μεθοδολογία), επιφυλάσσει οδυνηρές εκπλήξεις στους φιλολόγους:

Ακριβώς στο σημείο αυτό, όπως προαναφέραμε, η παραδοσιακή αντίληψη καλεί τον έγκριτο ερμηνευτή του Συντάγματος, χορηγώντας του ένα, ούτως ειπείν, ερμηνευτικό συγχωροχάρτι, αντί να διατυπώσει το περαιτέρω κρίσιμο επιχείρημα, επικαλούμενος τους λόγους που πράγματι συνηγορούν προς τη μιά ή την άλλη τελική εκδοχή, να συμβουλευθεί ένα καλό λεξικό. Έστω, λοιπόν, ότι ο ερμηνευτής βρίσκει στο καλύτερο λεξικό ότι η λέξη «δικαίωμα» είναι μονοσήμαντη και σημαίνει «ευχέρεια»: συνεπώς, ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας έχει την ευχέρεια να... Τί του εγγυάται ότι δεν υφίσταται μιά άλλη σημασία της λέξεως, π. χ. ότι σημαίνει και «εξουσία» ή «αρμοδιότητα», την οποία ο καλός λεξικογράφος οφείλει (αν δεν όφειλε ήδη...) να (έχει) καταγράψει; – αν και, πάλι, το επιχειρηματολογικό ζήτημα δεν θα μπορούσε να αναχθεί σε διαπιστωτικό των παρελθουσών χρήσεων της κρίσιμης λέξης. Εν προκειμένω, προς την ερμηνευτική προεπιλογή ότι ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας έχει δεσμία αρμοδιότητα συνηγορεί ο λόγος ότι εξουσία πρέπει να συντρέχει όπου συντρέχει ευθύνη, και, όπως επισημάνθηκε ήδη, την ευθύνη και για την απονομή χάριτος τη φέρει μόνον ο αρμόδιος Υπουργός. Η κρατούσα άποψη, βάσει μιάς εντελώς αδικαιολόγητης αντιλήψεως για το γράμμα του Συντάγματος, θεωρεί ότι δύναται να ασκείται πολιτική εξουσία χωρίς ευθύνη, δηλαδή άλλος να έχει την εξουσία (εν προκειμένω ο Πρόεδρος της Δημοκρατίας) και άλλος την ευθύνη της ασκήσεώς της (εν προκειμένω ο Υπουργός Δικαιοσύνης). Πρόκειται ασφαλώς για (πολύ) κακό επιχείρημα.

## 7.

Αυτό που παραγνωρίζει η παραδοσιακή αντίληψη είναι η επιχειρηματολογική φύση του ίδιου του δικαίου και της γνώσεώς του<sup>16</sup> ή, με άλλα λόγια, η βαρύνουσα σημασία των

<sup>16</sup> Το σχετικά πρόσφατο έργο του Mark Greenberg αποτελεί πράγματι σπουδαίο δείγμα της προόδου που έχει συντελεσθεί, τις τελευταίες δεκαετίες, στην αγγλοσαξονική μεθοδολογία του δικαίου· βλ., π. χ., του ίδιου, «Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication», in Andrei Marmor & Scott Soames (eds), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), σς 217 επ. Ωστόσο, ως προς το συγκεκριμένο άρθρο του, μάλλον δεν θα συμφωνούσα ούτε με τη στενή έννοιά του της επικοινωνίας (δεν υφίσταται γνήσια επικοινωνία χωρίς τη συρροή εξ αντικειμένου λόγων, μη αναγώγιμων, δηλαδή, στις παρελθούσες χρήσεις των λέξεων ή στις προθέσεις των συνομιλητών κ. λπ.) ούτε με τη διάκριση της σημασίας μιάς διατάξεως από τη συμβολή της στο κανονιστικό περιεχόμενο του δικαίου κ. λπ. Γράφει, π. χ. ο ίδιος (ό. π., σ. 219): «Το δίκαιο, κατά το περιεχόμενό του, αποτελείται από τις νομικές υποχρεώσεις (εξουσίες, προνόμια και τα συναφή) που προβλέπονται σε ένα νομικό σύστημα σε μιά δεδομένη χρονική στιγμή. Γι' αυτό ένας ισχυρισμός ως προς τη συμβολή ενός νόμου στο περιεχόμενο του δικαίου αφορά σε νομικές υποχρεώσεις. Η μετάβαση από τη σημασία του κειμένου στην ύπαρξη κάποιων νομικών υποχρεώσεων απαιτεί επιχειρηματολογία». Όλα αυτά θα μπορούσαν ίσως να είναι μεθοδολογικά χρήσιμα ή αθώα. Οι μη παραδοσιακές απόψεις όμως που και εγώ συμμερίζομαι είναι μεθοδολογικά περισσότερο ριζοσπαστικές: αν, π. χ., μιά συνταγματική διάταξη, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του Προέδρου της Δημοκρατίας (όπως στο άρθρο 47 § 1 του ισχύοντος Συντάγματος, κατά τα προαναφερθέντα), προβλέπει «δικαίωμά» του, ήδη η εν λόγω λέξη, στα συνταγματικά συμφραζόμενα, δεν δύναται παρά να σημαίνει ότι και οι λέξεις «αρμοδιότητα» ή



αρχών του δικαίου. Κάθε επιστήμη ασφαλώς διέπεται από τους κανόνες της ορθής επιχειρηματολογίας. Στην επιστήμη του δικαίου – θα έλεγα, όμως, χωρίς να υπεισέλθω σε θέματα επιστημολογίας – όπως και στη φιλοσοφία μετράει μόνο το επιχείρημα· εν προκειμένω, όπως έγινε φανερό από το προηγούμενο παράδειγμα που η σχέση δικαίου και ηθικής ως προς τις πολιτικές εξουσίες του Προέδρου της Δημοκρατίας φαντάζει εκ πρώτης όψεως κάπως μακρινή, μετράει μόνον η ηθική και πολιτική επιχειρηματολογία. Στη νομική επιχειρηματολογία ως ηθική και πολιτική, ναι μεν δεν υφίστανται δεδομένα αντίστοιχα προς τις επιστημονικές παρατηρήσεις, ωστόσο, και πάλι, όπως διαφάνηκε από το παράδειγμά μας, απαιτείται μιά κάποια εύλογη αφετηρία. Η αφετηρία αυτή, αν πρέπει να αποφύγουμε τον δογματισμό, δεν δύναται παρά να είναι οι έγκριτες πεποιθήσεις του ερμηνευτή που αρμόζουν στο ερμηνευτικό πρόβλημα: πρόκειται για ένα ζήτημα, όχι απλώς γνώσεως του δικαίου, αλλά και κρίσεως. Το θέμα αυτό μας φέρνει στη ρωσισιανή μεθοδολογία, δηλαδή στο ζήτημα της αναστοχαστικής ισορροπίας<sup>17</sup>.

Ως γνωστόν, κατά την εν λόγω μεθοδολογία, καλούμαστε να αναστοχασθούμε τις πλέον έγκριτες αντιλήψεις μας, η προεπιλογή των οποίων ως συναφών προς το εξεταζόμενο πρόβλημα αποτελεί, όπως προαναφέραμε, ζήτημα κρίσεως, υπό το φως των ηθικών και πολιτικών αρχών που τις δικαιολογούν καλύτερα από άλλες εναλλακτικές. Η επίλυση και των πλέον δυσεπίλυτων ζητημάτων είναι δυνατή σε αυτό το επιχειρηματολογικό πλαίσιο, εφ' όσον κάπου επιτευχθεί η ζητούμενη ισορροπία, αφ' ενός μεν εξετάζοντας και αναθεωρώντας κατ' αμοιβαίο τρόπο το κρίσιμο κανονιστικό περιεχόμενο των αρχών και των έγκριτων αντιλήψεών μας, αφ' ετέρου δε διευρύνοντας το κανονιστικό πεδίο του βάσει των λόγων που συνηγορούν τόσο προς τον έλεγχο όσο και προς τη διεύρυνση του εν λόγω περιεχομένου<sup>18</sup>. Ο σχηματισμός, δηλαδή, της πεποιθήσεώς μας δεν είναι ζήτημα ψυχολογικό, αλλά κανονιστικό, η δε ορθή απάντηση δεν εξαρτάται παρά από το ίδιο το περιεχόμενό της· εξωτερικά κριτήρια που να την εγγυώνται απλώς δεν υφίστανται. Τη μόνη εγγυητική λειτουργία, συνυφασμένη με την αυτοπεποίθηση του ερμηνευτή, επιτελούν οι συρρέοντες λόγοι.

Από διαδικαστική σκοπιά, η δικονομία, π. χ., η ποινική, αποτελεί μιά περίπτωση ατελούς μικτής διαδικασίας, κατά μία συναφή διάκριση του Rawls<sup>19</sup>, διότι προϋφίσταται κάποιο κριτήριο ορθότητας, π. χ. η μεγιστοποίηση της πιθανότητας να αθώνονται οι

---

«εξουσία». Με άλλα λόγια, δεν υφίσταται προεπιχειρηματολογικό στάδιο διαπιστώσεως της σημασίας μιάς διατάξεως.

<sup>17</sup> Βλ., προχειρώς, το σχετικό λήμμα «Reflective Equilibrium» της έγκυρης ηλεκτρονικής Stanford Encyclopedia of Philosophy (: <http://plato.stanford.edu>), γραμμένο από έναν ειδικό επί του θέματος, τον Norman Daniels.

<sup>18</sup> Βλ. ιδίως T. M. Scanlon, «Rawls on Justification», in Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), σς 139 επ., του ιδίου, «The Appeal and Limits of Constructivism», in James Lenman και Yonatan Shemmer, *Constructivism in Practical Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2012), σς 235 επ., του ιδίου, *Being Realistic about Reasons* (ό. π., 2014), σς 79 επ., 98 επ., 102 επ.

<sup>19</sup> Βλ. John Rawls, *Θεωρία της δικαιοσύνης*, μετ. Βασίλη Βουτσάκη, Φιλήμονος Παιονίδη, Κωνσταντίνου Παπαγεωργίου, Νίκου Στυλιανίδη, Ανδρέα Τάκη και του γράφοντος (Αθήνα: Εκδόσεις Πόλις, 2001), σς 117 επ.

αθώοι, ακόμη και με ένα εύλογο τίμημα αθώωσης και κάποιων ενόχων, ενώ η ερμηνεία και η εφαρμογή του δικαίου αποτελεί μιά περίπτωση αμιγούς διαδικασίας: η ορθότητα, δηλαδή, του αποτελέσματος εξαρτάται μόνον από την τήρηση της εν λόγω επιχειρηματολογικής διαδικασίας.

## 8.

Ισχυρισθήκαμε ότι ο σχηματισμός της πεποιθήσεως δικαίου δεν δύναται να είναι ζήτημα παρακινήσεως (*motivation*) του ερμηνευτή, δηλαδή ψυχολογικό. Η αντίθετη άποψη, κατά την οποία η πεποίθηση δικαίου είναι ένα ενδόμυχο ζήτημα συνειδήσεως του έντιμου και ειλικρινούς ερμηνευτή, κατά βάση μη ανακοινώσιμη<sup>20</sup>, θα αδυνατούσε να συλλάβει τον επιχειρηματολογικό χαρακτήρα της νομικής πρακτικής· όπως είναι αδύνατη η σύλληψη της με τους όρους της (ρητορικής) πειθούς<sup>21</sup>, ως διαπροσωπικού ζητήματος. Και τούτη η αδυναμία δεν αποτελεί, βέβαια, επουσιώδες ελάττωμα. Προς το ότι δεν πρόκειται για ζήτημα ψυχολογικό συνηγορούν, όπως υπαινιχθήκαμε, κάποιες πρόσφατες εξαιρετικές φιλοσοφικές πραγματεύσεις της κανονιστικότητας στον χώρο της λεγόμενης αναλυτικής φιλοσοφίας.

Συνδεδεμένη πρωτίστως με το πρόσφατο έργο των Derek Parfit και Thomas Scanlon<sup>22</sup>, η αντίληψη αυτή συνυφαίνεται με τη κεντρική σημασία που καταλαμβάνει πλέον στη σχετική συζήτηση η έννοια των λόγων. Αγνοώντας έναν αξιοσημείωτο αντίλογο<sup>23</sup>, η έννοια του λόγου ως έννοια θεμελιώδης, μη αναγώγιμη, δηλαδή, σε άλλες έννοιες και εντελώς λιτή ως προς το περιεχόμενό της – ένας λόγος, δηλαδή, δεν αποτελεί παρά ένα γεγονός ή έναν ισχυρισμό που συνηγορεί προς... – μας υποχρεώνει να αναθεωρήσουμε κάποιες κρίσιμες θέσεις και θεωρίες, κατ' αρχάς, στο πεδίο της μεταηθικής έρευνας:

Οι λόγοι δεν αφορούν στην παρακίνησή μας ως αυτουργών (*agents*), αλλά στην ορθή δικαιολόγηση των πεποιθήσεών μας. Ακόμη και αν – για να λάβουμε υπ' όψιν μας μιά φιλική προς τον σκεπτικιστή περίπτωση – είναι ισοδύναμη η επιλογή της *A* με την *B* εναλλακτική (καθότι, π. χ., αμφότερες οδηγούν στο ίδιο ακριβώς αποτέλεσμα με επουσιώδεις διαφορές ως προς τα μέσα), εφ' όσον πρέπει κάποια από τις δύο να επιλεγεί, η απόφαση του να επιλέξουμε την *A* ή την *B* δεν έχει κάτι το κανονιστικό. Το κανονιστικό έγκειται στο ότι πρέπει κάποιος να επιλέξει: και, εν προκειμένω, μάλλον με κλήρο.

## 9.

<sup>20</sup> Βλ. τη μελέτη μου, «Η εγγενής αξία της ανθρώπινης ζωής κατά τον Ronald Dworkin: ένα υπόδειγμα αναστοχαστικής ισορροπίας», *Βιοηθικά* 1 (2) (2015), σς 4 επ.

<sup>21</sup> Πρβλ. Stanley Fish, *Winning Arguments: What Works and Doesn't Work in Politics, the Bedroom, the Courtroom, and the Classroom* (New York: Harper, 2016), σ. 17: «Τα νομολογιακά προηγούμενα περιγράφονται στη νομική βιβλιογραφία είτε ως δεσμευτικά είτε ως καταπειστικά. Η αλήθεια είναι ότι δεσμεύουν, εφ' όσον πείθουν, εφ' όσον επιτυγχάνουν ως επιχειρήματα».

<sup>22</sup> Βλ. Derek Parfit, *On What Matters* (Oxford: Oxford University Press, 2011), *I*, σς 31 επ., *II*, σς 263 επ., T. M. Scanlon, *Being Realistic about Reasons*.

<sup>23</sup> Βλ., π. χ., στον Ralph Wedgwood, «The Pitfalls of Reasons», *Philosophical Issues* 25 (2015), σς 123 επ.

Οι λόγοι, από επιχειρηματολογική οπτική γωνία, είναι πράγματι θεμελιώδεις ως προς την έννοιά τους: πώς θα μπορούσαμε να επιχειρηματολογήσουμε υπέρ της επιλογής *x*, αν δεν υποστηρίζαμε ότι είναι *ορθή*, επειδή (δηλαδή για τον λόγο ότι), π. χ., εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον;

Πράγματι, χωρίς τη χρήση τέτοιων αυτοτελών και λιτών ως προς το περιεχόμενό τους εννοιών, όπως είναι η έννοια του λόγου, οι ισχυρισμοί μας θα ήταν ταυτολογικοί ή τετριμμένοι και η επιτυχής επιχειρηματολογία θα ήταν ζήτημα ψυχολογικό και όχι κανονιστικό. Π. χ., το γεγονός ότι η πράξη *χ* έχει την ιδιότητα *ψ*, π. χ. να είναι ευχάριστη, αποτελεί λόγο που συνηγορεί προς...: επειδή η πράξη *χ* έχει την ιδιότητα *ψ*, γι' αυτό ακριβώς ο ορθολογικός αυτουργός οφείλει να... Η ιδιότητα, δηλαδή, του *ορθού* δεν ανάγεται επιχειρηματολογικά στην ιδιότητα του *ευχάριστου*. διαφορετικά, δεν θα μπορούσαμε να επιχειρηματολογήσουμε υπέρ της επιλογής του *ευχάριστου* ως *ορθής* επιλογής.

Κάποιοι λόγοι όμως φαίνεται ότι είναι θεμελιώδεις και ως προς το ίδιο το περιεχόμενό τους. Δεν πρόκειται, δηλαδή, παρά για κάποιες θεμελιώδεις *ενοράσεις* μας, π. χ., ως προς το ότι οι *συμβάσεις* πρέπει να τηρούνται, ότι *ουδείς* υποχρεούται στα αδύνατα ή δύναται να βελτιώσει την κατάστασή του διαπράττοντας *αδίκημα* ή να είναι *κριτής* των δικών του υποθέσεων, ότι όπου *συντρέχει ευθύνη* εκεί *συντρέχει* και *εξουσία* και *αντιστρόφως* (όπως ήδη επικαλεσθήκαμε) κ. λπ. *αξιώματα* (που τα αποκαλούμε και *φυσικοδικαϊκά*). Οι *ενοράσεις* μας αυτές όμως, καθώς και κάποιες *μη* θεμελιώδεις *μεν*, αλλά *προσθήκουσες*, κατά τρόπο *θεμελιώδη*, στο εκάστοτε πρόβλημα, θα ήταν *τυφλές* χωρίς κάποιες ερμηνευτικές κατασκευές μας, οι δε *τελευταίες*, γιά να συμπληρώσουμε την οιονεί *καντιανή* αποστροφή<sup>24</sup>, *κενές* χωρίς τις *πρώτες*. Λαμβάνοντας την εν λόγω μεθοδολογική ιδέα σοβαρά υπ' όψιν, θα ήθελα να σταθούμε, ούτως ειπείν, στο μέσον της σύγχρονης διαμάχης, στο πλαίσιο της *αναλυτικής* φιλοσοφίας, μεταξύ του *ηθικού ρεαλισμού* (ή *αντικειμενισμού*) και της *ηθικής κατασκευοκρατίας* (*constructivism*) (ως μιάς μορφής υποκειμενισμού). Η ιδέα να *μεν* δικαιώνει μιά *καντιανή* ανάγνωση της διαμάχης, μας καλεί, ωστόσο, να *αναθεωρήσουμε* μιά *κάποια* *καντιανή* *ορθοδοξία* (ως *συνηγορία* προς τον *νομικό θετικισμό*) ως προς τις (εννοιολογικές) σχέσεις *δικαίου* και *ηθικής*. Είναι πάντως η ίδια η επιχειρηματολογική σύλληψη του *δικαίου* που μας υποχρεώνει σε αυτό το περαιτέρω βήμα. Συγκεκριμένα:

Η *ανταπόκρισή* μας προς τους λόγους, ως *συμμόρφωση* προς αυτούς, ορίζει *καντιανά* το πεδίο της *νομιμότητας*. Συνεπώς, μιά *δυσκολία* του *ηθικού ρεαλισμού*, ως *ορθολογισμού* ως προς τους λόγους, δεν έγκειται ακριβώς στο πώς δύναται να συλλάβει την παρακίνηση του αυτουργού βάσει λόγων, διότι σε αυτό ακριβώς έγκειται η *ορθολογικότητά* του, αλλά στο πώς δύναται να διασχίσει τα όρια της *νομιμότητας*, δηλαδή να συλλάβει το *κανονιστικό* πεδίο της *ηθικότητας*. Η *συμμόρφωση* του αυτουργού προς τους λόγους, η *συμφωνία*, δηλαδή, των *πράξεών* του με τον *νόμο*, σημαίνει τη *νομιμότητά* τους· ωστόσο, *μόνον* η *συμμόρφωσή* του προς τον *νόμο* από λόγους *σεβασμού* προς αυτόν («*τελεία* και *παύλα*») είναι, *καντιανώ* τω *τρόπω*, *συστατική* της *ηθικότητάς* των *πράξεών* του. Διακρίνοντας,

<sup>24</sup> Πρβλ. Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, σς A 51 / B 76.

κατά την καντιανή αντίληψη<sup>25</sup>, το περιεχόμενο από την υποχρεωτικότητα των λόγων, ναί μεν η ιδέα της δημιουργίας του περιεχομένου των θεμελιωδών εννοήσεών μας είναι ασυνάρτητη, ωστόσο, μόνο με την κατασκευή της υποχρεωτικότητάς τους παύουμε να λειτουργούμε ως ηθικά αυτόματα, τα οποία δύνανται εν τούτοις – σημειωτέον – να συμβιώσουν ευπρεπώς στον κόσμο του δικαίου. Όπως όμως προαναφέραμε, η επιχειρηματολογική σύλληψη του δικαίου μας καλεί να αναθεωρήσουμε την εν λόγω ιδέα της νομιμότητας εντός του δικαίου· να συλλάβουμε, δηλαδή, την ηθικότητα εντός του δικαίου (προάγοντας ίσως, κατ' αυτόν τον τρόπο, την ιδέα της ηθικότητας του δικαίου, όπως τη συνέλαβε ο μεγάλος Lon Fuller<sup>26</sup> στην αντιπαράθεσή του προς τον νομικό θετικισμό του H. L. A. Hart).

### 10.

Όπως προαναφέραμε, κατά την ιδέα της νομιμότητας εντός του δικαίου, καθένας δικαιούται να πράττει σύμφωνα με τον νόμο, τους λόγους, δηλαδή, που δικαιολογούν την άσκηση κρατικού εξαναγκασμού, χωρίς, βέβαια, να τους συμμερίζεται (επειδή, π. χ., τυχαίνει να είναι αναρχικός). Ομοίως, καθένας δικαιούται να τιμωρηθεί μόνο με την κύρωση της παραβάσεως του νόμου και όχι, π. χ., με μιά ποινή παραδειγματισμού (των άλλων) ή σωφρονισμού (του ιδίου). Η εν λόγω ιδέα είναι της εξωτερικότητας ή τυπικότητας του δικαίου. Αντιστοίχως προς αυτή, το διατακτικό μιάς αποφάσεως αρκεί να είναι το προβλεπόμενο από το δίκαιο. Ωστόσο, το εσφαλμένο σκεπτικό της, κατά την ιδέα της ασκήσεως ενδίκων μέσων κατά δικαστικών αποφάσεων, πρέπει να αντικατασταθεί. Γιατί:

Η έννομη τάξη, επειδή ακριβώς δεν βασιζείται παρά στους λόγους που δικαιολογούν τον κρατικό εξαναγκασμό, πρέπει να είναι σε θέση να απαντήσει στο ερώτημα που της απευθύνει ο αναρχικός ως σκεπτικιστής που αμφισβητεί την αυθεντία της. Εφ' όσον όλα τα νομικώς ενδιαφέροντα ζητήματα είναι επιχειρηματολογικής τάξεως, είναι και δεκτικά αμφισβητήσεως – και η άσκηση κρατικής βίας, βασισμένη στο διατακτικό μιάς δικαστικής αποφάσεως, είναι ένα νομικά ενδιαφέρον ζήτημα... Μιά εν προκειμένω πλήρης απάντηση πρέπει να ακολουθήσει τη μεθοδολογική ιδέα μιάς κατασκευοκρατίας ως προς την υποχρεωτικότητα, δηλαδή της ευθύνης και της ακεραιότητας του ερμηνευτή ως ανταποκρίσεως μεν προς τους λόγους, αλλά από σεβασμό προς τον νόμο. Κρίσιμα, δηλαδή, είναι, εν προκειμένω, μόνον τα προστάγματα της αναστοχαστικής ισορροπίας· γι' αυτό κάποιες σημαντικές συνέπειες για τη μεθοδολογία του δικαίου είναι ήδη φανερές:

Εν πρώτοις, οι παραδοσιακές σχολικές διακρίσεις, από τη μόνη κρίσιμη οπτική γωνία της επιχειρηματολογίας, είναι εντελώς μη κρίσιμες: πώς ακριβώς θα έπρεπε να προσανατολισθεί ο ερμηνευτής, ακολουθώντας, π. χ., τις διακρίσεις της *secundum, praeter, extra* και *contra legem* ερμηνείας, της διασταλτικής και συσταλτικής, της διορθωτικής, της υποκειμενικής και αντικειμενικής, ή της τελολογικής συστολής και αντιδιαστολής, ή της αναλογίας νόμου και της αναλογίας δικαίου, ή τις διακρίσεις των κενών του δικαίου μεταξύ αρχικών και επιγενόμενων, εκούσιων και ακούσιων, εμφανών και συγκεκριμένων κ. λπ. κ.

<sup>25</sup> Βλ. Immanuel Kant, *Μεταφυσική των ηθών*, μετ. Κώστα Ανδρουλιδάκη (Αθήνα: Εκδόσεις Σμίλη, 2013), σ. 45.

<sup>26</sup> Βλ. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New York: Yale University Press, αναθεωρημένη έκδοση 1969).

λπ.; Περαιτέρω, ως προς τη σύλληψη του κανόνα δικαίου: ο κανόνας δικαίου δεν πρέπει να αποτελεί πιά απλώς, κατά τον λεγόμενο σημασιολογικό ορισμό του, τη σημασία μιάς γλωσσικής προτάσεως, δηλαδή μιάς ή περισσοτέρων διατάξεων. Η ίδια η δομή του, η σχέση δηλαδή της λεγόμενης υποθέσεώς του, δηλαδή του πραγματικού (*Tatbestand*), προς τη λεγόμενη απόδοσή του (τις έννομες συνέπειες), είναι επιχειρηματολογική<sup>27</sup>, πράγμα που σημαίνει ότι ολόκληρο το οικοδόμημα του δικαίου, περιλαμβανομένων των νόμων, δηλαδή της ερμηνείας τους, είναι διαρθρωμένο κατά το πρότυπο του κοινοδικαίου (όχι της νομοθετήσεως), δηλαδή επιχειρηματολογικά βάσει των κρίσιμων συρρεόντων λόγων<sup>28</sup>. Σημειωτέον ότι, κατά το παρελθόν, παράλληλα με την αναβίωση της Τοπικής στο πεδίο της νομικής ερμηνευτικής, η σύλληψη της νομικής (αντ)επιχειρηματολογίας κατά το πρότυπο του διαλόγου ή αντιλόγου, δεν οδήγησε παρά στην αναδιατύπωση των παραδοσιακών αντιλήψεων. Π. χ., κατά έναν κανόνα επιχειρηματολογίας του Robert Alexy<sup>29</sup>

Επιχειρήματα που εκφράζουν τη δέσμευση στη σημασία των λέξεων του νόμου, ή τη βούληση του ιστορικού νομοθέτη, προηγούνται έναντι άλλων επιχειρημάτων, εκτός αν υφίστανται λόγοι που συνηγορούν υπέρ της προτεραιότητας των τελευταίων [!].

Η εδώ ιδέα μιάς ήπιας ενορασιοκρατίας και μιάς ομοίως ήπιας κατασκευοκρατίας ως προς τους λόγους συνηγορεί μόνον υπέρ της αναστοχαστικής ισορροπίας. Η πραγμάτευση της νομικής επιχειρηματολογίας ως ηθικής και πολιτικής διαφωτίζει ίσως την προαναφερθείσα διαμάχη μεταξύ ηθικού ρεαλισμού και ηθικής κατασκευοκρατίας.

## 11.

Εν κατακλείδι, αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα της ηθικής και πολιτικής επιχειρηματολογίας ότι δύναται να κινείται αβίαστα και με αξιοσημείωτη ευχέρεια σε διαφορετικά επίπεδα λόγων, από τα πιο γενικά μέχρι τα πιο εξατομικευμένα και από τα πιο επιφανειακά προς τα βαθύτερα, χωρίς να αυτοαναιρείται. Η συνδρομή, π. χ., ενός επιτακτικού λόγου ενδέχεται να δικαιολογεί την παραβίαση ενός δεδομένου κανόνα. Τούτο δεν σημαίνει, ωστόσο, ότι ο λόγος αυτός παύει να είναι ανεξάρτητος από κύρια ονόματα (να

<sup>27</sup> Βλ. τις πρωτοποριακές αναπτύξεις του Paul Sourlas, *Rechtsprinzipien als Handlungsgründe: Studien zur Normativität des Rechts* (Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011), σς 88 επ.

<sup>28</sup> Βλ. Robert B. Brandom, «A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative fine Structure of the Judges' Chain Novel», in Graham Hubbs and Douglas Lind (eds), *Pragmatism, Law, and Language* (New York: Routledge, 2014), σς 19 επ. Για μιά εσφαλμένη πρόσληψη της φιλοσοφίας του Brandom για τη γλώσσα από τη νομική θεωρία βλ. χαρακτηριστικά Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze: Semantische Normativität in der juristischen Argumentation* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004). Μόνον ένας νομικός θα έκανε λόγο για «όριο του γράμματος» ή του «γλωσσικού νοήματος», και αυτό, ακόμη και αν δεν πρόκειται παρά για ένα κατανοητό κίνητρο του να διακρίνει κανείς την ερμηνεία του δικαίου από τη δικαιοπλασία, θα έπρεπε να είχε προ πολλού προβληματίσει τους θεωρητικούς νομικούς...

<sup>29</sup> Βλ. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2<sup>η</sup> έκδοση 1991), σ. 305.

είναι, δηλαδή, γενικός) και συνυφασμένος με καθολικεύσιμες συνθήκες εφαρμογής<sup>30</sup>. Μιά ριζική ιδιοκρατία (*particularism*)<sup>31</sup>, ακόμη και στις εντελώς σύγχρονες εκλεπτυσμένες εκδοχές της, είναι επιχειρηματολογικά μετέωρη<sup>32</sup>, αν δεν αποτυγχάνει να συλλάβει τη επιχειρηματολογική βαρύτητα των συρρεόντων λόγων, και, συνεπώς, αδυνατεί να μεσολαβήσει μεταξύ ηθικού ρεαλισμού και ηθικής κατασκευοκρατίας· ή, με άλλα λόγια, χωρίς την επίκληση των προσηκουσών αρχών, όπως, ιδίως στα συγκείμενα του δικαίου, της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως, η οποιαδήποτε θεμελίωσή μας θα είναι μοιραία σαθρή.

Αναφερθήκαμε στην αρχή των αναπτύξεών μας στο φωτεινό πραγματιστικό πνεύμα, κατ' αντιδιαστολήν προς τις σκοτεινές μεταφυσικές αναζητήσεις: π. χ., ως προς την τήρηση των συμβάσεων, βεβαίως συντρέχουν λόγοι που το πραγματιστικό πνεύμα τους φέρνει αβίαστα στο φως: αν καθένας δεν υποχρεούται να τηρεί τις συμβάσεις, ποιός θα εμπιστευόταν τις υποσχέσεις του άλλου; Ωστόσο, η εν λόγω δικαιολόγηση απέχει πολύ από το είναι πλήρης· να συλλάβει, δηλαδή, τους προσωποκεντρικούς λόγους τηρήσεως των συμβάσεων, η επίκληση των οποίων απαιτείται, για να είναι μιά ετυμγορία επί των ενστάσεων του αναρχικού σκεπτικιστή εμπεριστατωμένη: η εν λόγω δικαιολόγηση πρέπει να συνυφαίνεται με το απαραβίαστο του προσώπου – πρέπει, δηλαδή, να έχει και κάτι από μεταφυσική...<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Πρβλ. John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001), σ. 86.

<sup>31</sup> Ακολουθώ την απόδοση του Παύλου Σούρα, όπως προηγουμένως του *agent* ως *αυτουργού*.

<sup>32</sup> Βλ., αναλυτικά, Paul Sourlas, *Rechtsprinzipien als Handlungsgründe*, σς 155 επ.

<sup>33</sup> Αναπτύσσω εκτενέστερα τον μεθοδολογικό προβληματισμό του κυρίως κειμένου στην υπό έκδοση μονογραφία μου, *Ενοράσεις και κατασκευές στην ηθική και το δίκαιο*· το χειρόγραφο είναι διαθέσιμο στην προσωπική ιστοσελίδα μου: <http://users.uoa.gr/~pvassil/Vassiloyannis.html> / προδημοσιεύσεις.