

Η λόγω της σημασίας της για την τήρηση της νομιμότητας και την προστασία των δικαιωμάτων σύνδεση της δικαστικής λειτουργίας με τη δημοκρατία και η σπουδαιότητα της δικαστικής ανεξαρτησίας δεν μειώνουν, αντίθετα αυξάνουν την ευθύνη των δικαστών να πείσουν όλους τους πολίτες, εξ ονόματος των οποίων δικάζουν, ότι έκαναν ορθή χρήση της εξουσίας που τους ανατέθηκε. Κίνδυνος κατάχρησης υπάρχει στην άσκηση οποιασδήποτε εξουσίας. Στην περίπτωση της δικαστικής εξουσίας αντίδοτο στον κίνδυνο αυτόν είναι η ανυποχώρητη εμμονή στην απαίτηση «πλήρους και εμπεριστατωμένης» (άρθρο 93 § 3 εδ. 1 Συντ.) θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων. Η ανοχή πλημμελειών στη θεμελίωση –ανοχή που δεν πρέπει να μας διαφεύγει ότι ευνοείται από τον νομικό σχετικισμό και σκεπτικισμό– δεν κολακεύει ούτε τον νομικό μας πολιτισμό αλλά ούτε και τη δημοκρατία μας.

κίνδυνο για τη δημοκρατία. Περί του βιβλίου αυτού και του σχετικού προβληματισμού, ο οποίος ανά διαστήματα επανέρχεται με αφορμή εριζώμενα νομικά ζητήματα που γίνονται κάθε φορά πολιτικά επίκαιρα, βλ. Νικόλαο Κ. Ανδρουλάκη, «Το «κράτος των δικαστών» – ένα ανύπαρκτο σκιάχτρο;», *NoB* 33 (1985), 189 κ.ε.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Ε'

ΚΑΝΟΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ι. Πηγές δικαίου και διατάξεις δικαίου

Ένα βασικό ερώτημα που έχει σημασία όχι μόνο για τη θεωρία αλλά ειδικότερα και για τη μεθοδολογία του δικαίου στρέφεται γύρω από αυτό που θα μπορούσαμε να αποκαλέσουμε διακρίβωση της διάρθρωσης της έννομης τάξης. Σε ένα γενικό και αφηρημένο επίπεδο και χωρίς επιδίωξη μεγάλης ακρίβειας, όλοι μπορούμε να συμφωνήσουμε ότι η έννομη τάξη αποτελεί ένα σύνολο ρυθμίσεων των διαφόρων εκείνων ειδών σχέσεων εντός της πολιτικά οργανωμένης κοινωνίας, για τις οποίες εκτιμάται ότι είναι αναγκαίος ο εξαναγκασμός. Μιλώντας για είδη σχέσεων, υπονοούμε ότι οι ρυθμίσεις αυτές έχουν γενικό και όχι ατομικό χαρακτήρα, ενώ επίσης εκλαμβάνουμε ως δεδομένο ότι, παρά τον γενικό χαρακτήρα τους, οι ρυθμίσεις αυτές είναι πολλές και εξειδικεύονται ανάλογα με το είδος των σχέσεων στις οποίες κάθε φορά αναφέρονται. Μπορούμε επί πλέον να θεωρήσουμε εύλογο ότι κάθε είδος ρυθμιζόμενων από το δίκαιο σχέσεων εμφανίζει πολλές κανονιστικά κρίσιμες πτυχές και επομένως οι ρυθμίσεις που το αφορούν είναι περισσότερες της μίας. Όλες αυτές οι σχεδόν αυτονόητες παραδοχές θέτουν επί τάπητος ένα ζήτημα, του οποίου η σπουδαιότητα δεν γίνεται πάντα όσο θα έπρεπε αντιληπτή. Πρόκειται για το ζήτημα της δομής της έννομης τάξης, το οποίο έχει ως αφετηρία του το πρόβλημα του προσδιορισμού των επί μέρους δομικών στοιχείων από τα οποία αυτή συντίθεται.¹

1. Το πρόβλημα έχει εύστοχα επισημάνει ο Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2η έκδ., Οξφόρδη, Clarendon

Θα μπορούσαμε να κάνουμε λόγο για τις ρυθμιστικές «ενότητες» ή «μονάδες» ή επίσης, χρησιμοποιώντας μιά μεταφορά από την οικοδομική τέχνη, για τους επί μέρους κανονιστικούς «λίθους» με τους οποίους έχει ανεγερθεί το δικαίκο οικοδόμημα.

Μία παγιωμένη σχολική διδασκαλία, που εμφανίζεται ως αυτονόητη χωρίς όμως και να έχει ερευνήσει σε βάθος το πρόβλημα, ακολουθεί και εδώ την οδό της στροφής προς τη γλώσσα. Η γλώσσα θεωρείται το αναγκαίο φυσικό μέσο έκφρασης και επικοινωνίας, το οποίο στο δίκαιο και τη νομική επιστήμη φαίνεται ακόμη πιο απαραίτητο, σχεδόν συστατικό του αντικειμένου για το οποίο γίνεται λόγος, από ό,τι στο πεδίο της περιγραφής του φυσικού κόσμου και της διατύπωσης των επιστημονικών προτάσεων που τον εξετάζουν και τον εξηγούν. Θεωρείται φυσικό και απαρέγκλιτο –και αυτός είναι ο λόγος που το πρόβλημα της διακρίβωσης των δομικών στοιχείων της έννομης τάξης έχει υποτιμηθεί– να ξεκινήσει κανείς από το γεγονός ότι οι δικαϊκές ρυθμίσεις γλωσσικά εκφράζονται –ή, πάντως, στην περίπτωση του εθιμικού δικαίου, μπορούν να εκφραστούν– μέσω προτάσεων κανονιστικού χαρακτήρα. Ειδικά στις έννομες τάξεις που έχουν ως βασική πηγή τους τον νόμο, ο τρόπος ανεύρεσης των προτάσεων αυτών θεωρείται δεδομένος: τις διαβάζουμε στα επίσημα νομοθετικά κείμενα που με τον τρόπο επικύρωσης και δημοσιοποίησής τους διαδηλώνουν τη δεσμευτικότητά τους και είναι αμέσως αναγνωρίσιμα ως ο κορμός του τεθειμένου δικαίου. Στις έννομες αυτές τάξεις, τα επίσημα νομοθετικά κείμενα δεν εκλαμβάνονται μάλιστα απλώς ως το δεδομένο, από το οποίο είναι αυτονόητο ότι θα ξεκινήσει ο νομικός τη διερεύνηση του ισχύοντος δικαίου και την αναζήτηση των λύσεων στα θέματα που αντιμετωπίζει,² αλλά επί πλέον ως αποτελούντα, αυτά και μόνο ή πάντως αυτά κυρίως, το corpus του δικαίου, στο οποίο ο ίδιος δεσμεύεται νομικά να εντοπίσει τις

Press, 1980, σ. 70 κ.ε., ο οποίος το αποκάλεσε πρόβλημα «εξατομίκευσης» των κανόνων δικαίου.

2. Όπως θα δούμε σε πολλά σημεία στη συνέχεια, ειδικότερα όμως στο Κεφάλαιο ΙΕ', η τρέχουσα διδασκαλία θεωρεί ότι το κείμενο του νόμου δεν είναι μόνο πρακτικά ή χρονικά, αλλά και μεθοδολογικά το πρώτο αντικείμενο από το οποίο πρέπει να ξεκινήσει τη διανοητική πορεία του ο ερμηνευτής και εφαρμοστής του δικαίου.

ισχύουσες ρυθμίσεις περιοριζόμενος σε αυτά και αποφεύγοντας κατά το δυνατόν οποιοδήποτε άλλο έρεισμα.

Το corpus αυτό του τεθειμένου δικαίου ο νομικός καλείται να κατανείμει σε επί μέρους ρυθμιστικές ενότητες, ώστε στη συνέχεια να επιλέξει και να εφαρμόσει εκείνην που προσιδιάζει στο νομικό θέμα επί του οποίου καλείται να δώσει λύση. Το ζήτημα που θα μας απασχολήσει στο παρόν Κεφάλαιο δεν είναι πώς το corpus των νομοθετικών ρυθμίσεων κρίνεται ότι διαθέτει κανονιστική ισχύ, ζήτημα στο οποίο αναφερθήκαμε στα προηγούμενα δύο Κεφάλαια. Δεν είναι ούτε το πώς από τα επίσημα νομοθετικά κείμενα, με ή χωρίς την επίκληση και άλλων στοιχείων, μπορούμε να συναγάγουμε ερμηνευτικά το ακριβές ρυθμιστικό περιεχόμενο που μας ενδιαφέρει κάθε φορά, ζήτημα που θα μας απασχολήσει στο Δεύτερο Μέρος του ανά χείρας βιβλίου. Είναι κάτι μεταξύ των δύο: το πώς θα ξεχωρίσουμε τις ρυθμιστικές εκείνες ομάδες ή ενότητες, στις οποίες κατανέμεται και με τις οποίες εξειδικεύεται η συνολική κανονιστική επενέργεια του δικαίου, ώστε από την ή τις αρμόζουσες στην περίπτωση που μας ενδιαφέρει να συναγάγουμε το ακριβές ρυθμιστικό περιεχόμενο. Για την ακρίβεια, εκείνο που μας ενδιαφέρει περισσότερο είναι η κατάδειξη των αδυναμιών της παγιωμένης σχολικής διδασκαλίας σε σχέση με το ζήτημα αυτό.³

Όπως είπαμε προηγουμένως, σε μιά μεγάλη κατηγορία έννομων τάξεων, μεταξύ των οποίων και η ελληνική, ως βασική πηγή του δικαίου αναγνωρίζεται ο νόμος. Ο νόμος, λόγω της γραπτής μορφής του, θεωρείται ότι προσδίδει στο δίκαιο μεγαλύτερη βεβαιότητα, αφ' ενός επειδή τίθεται σε ισχύ αφού τηρηθούν αυστηρά προδιαγεγραμμένες διαδικασίες και αφ' ετέρου επειδή το περιεχόμενό του είναι διατυπωμένο σε ένα επίσημο γραπτό κείμενο.⁴ Χαρακτηριστικό της εξωτερικής

3. Η τρέχουσα διδασκαλία, που όπως θα δούμε δίνει πολύ μεγάλη έμφαση στην κατάτμηση της έννομης τάξης σε επί μέρους ρυθμιστικές ενότητες, θεωρώντας ότι ξεκινάμε από το επί μέρους ώστε να φτάσουμε αθροιστικά στο όλον και όχι αντίστροφα, χρησιμοποιεί την έννοια των «πηγών του δικαίου» ώστε να γεφυρώσει τη μεταξύ τους απόσταση και να εξηγήσει ταυτόχρονα κανονιστική ισχύ και κατάτμηση. Την έννοια και τον όρο αυτόν αποφεύγουμε κατά το δυνατόν στην εδώ παρουσίαση λόγω των πολλαπλών θετικιστικών συμπαραδηλώσεών του.

4. Με βάση όσα αναπτύξαμε στα προηγούμενα Κεφάλαια, πρέπει να τονίσουμε ότι το επίσημο δημοσιευμένο κείμενο του νόμου αποτελεί στην έννομη τάξη

γλωσσικής μορφής του νόμου, όπως και κάθε γραπτού κειμένου, είναι η υποδιαίρεση του λόγου σε ενότητες γλωσσικών σημείων με ακέραιο νόημα, που χωρίζονται μεταξύ τους με το σημείο της τελείας. Στην περίπτωση των νόμων οι ενότητες αυτές ονομάζονται συνήθως διατάξεις δικαίου.⁵

Ανεξάρτητα από το πολύπλοκο ζήτημα της ερμηνείας τους, από την άποψη της ρυθμιστικής τους επενέργειας όλες οι διατάξεις δικαίου δεν θεωρούνται ομοιόμορφες ή ισοσθενείς. Διαφέρουν ιδίως είτε ως προς τη ρυθμιστική τους πληρότητα είτε ως προς την κανονιστική τους πυκνότητα. Ρυθμιστική πληρότητα μπορούμε προσωρινά να πούμε –αποδίδοντας σε γενικές γραμμές την κρατούσα διδασκαλία και αναβάλλοντας την εξέταση ορισμένων σοβαρών εναντίον της αντιρρήσεων– ότι διαθέτουν μόνο εκείνες από τις διατάξεις δικαίου που ρυθμίζουν πλήρως και αυτοτελώς κάποια από τις ξεχωριστές πτυχές που εμφανίζει ένα συγκεκριμένο σύνολο βιοτικών σχέσεων, προβλέποντας για τις περιπτώσεις που εμπίπτουν σε αυτό τον τρόπο ρυθμιστικής επέμβασης της έννομης τάξης. Οι διατάξεις αυτές διδάσκεται ότι περιέχουν κανόνες δικαίου (παρακάτω, υπό II). Όπως δέχεται ωστόσο και η κρατούσα διδασκαλία, το να περιέχει κάθε μία διάταξη και έναν κανόνα δικαίου δεν είναι απαραίτητο. Πολύ συχνά ο κανόνας δικαίου προκύπτει μετά από επεξεργασία, δηλαδή είτε από την κατάτμηση μίας διάταξης είτε, συνηθέστερα, από τον συνδυασμό και τη σύνθεση περισσότερων διατάξεων, πράγμα που προϋποθέτει την αναζήτηση και συσχέτισή τους από τον εφαρμοστή του δικαίου· και αυτό απαιτεί με τη σειρά του μία σαφή εικόνα για το πώς μπορεί να λειτουργεί ρυθμιστικά το ισχύον δίκαιο εφαρμοζόμενο σε επί μέρους έννομες σχέσεις έτσι ώστε να είμαστε σε θέση να κάνουμε λόγο για πλήρη και αυτοτελή ρύθμιση.⁶ Στην

μας θεμελιώδες *factum* για την εύρεση του δικαίου, το οποίο όμως, όπως τονίσαμε, δεν μπορεί ποτέ από μόνο του, ως φιλόπραγματικό γεγονός, δηλαδή ως έστω και επίσημο «γράμμα», να μας απαντήσει στο ερώτημα ποιό ακριβώς είναι στο ρυθμιζόμενο θέμα το ισχύον δίκαιο. Στο επόμενο Κεφάλαιο θα μιλήσουμε για την αποφασιστική σημασία των αρχών δικαίου.

5. Αραβαντινός, *Εισαγωγή*, σ. 130.

6. Για το ότι προϋποτίθεται μία τέτοια θεωρητική επεξεργασία επιμένει εύλογα ο Joseph Raz, συνδεδεόντάς την, όπως είδαμε (παραπάνω, σημ. 1), με το αίτημα «εξατομίκευσης των κανόνων δικαίου».

περίπτωση αυτή οι διατάξεις, των οποίων απαιτείται ο συνδυασμός, αναφέρονται η καθεμία, όπως επισημάναμε, σε μία διακριτή πτυχή από τις διάφορες εκείνες που εμφανίζει το ρυθμιζόμενο σύνολο βιοτικών σχέσεων ή ο τρόπος αντίδρασης της έννομης τάξης. Διακριτή είναι η πτυχή όταν αφορά ένα αυτοτελές κανονιστικό ερώτημα. Όταν όμως αυτό δεν συμβαίνει, και η ρυθμιζόμενη πτυχή αφορά ένα μέρος μόνο του αυτοτελούς κανονιστικού ερωτήματος στο οποίο δίνει απάντηση μία συγκεκριμένη διάταξη, τότε η διάταξη αυτή θεωρείται από την κρατούσα διδασκαλία ότι, παρατηρούμενη ξεχωριστά, δεν διαθέτει ρυθμιστική αυτοτέλεια και η πληρότητα της ρύθμισης προκύπτει μόνο αν την αντιληφθούμε ως συνδυαζόμενη με άλλες σε μία ενιαία και ακεραία κανονιστική (νομοθετική) επέμβαση. Η τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία στις περιπτώσεις αυτές κάνει συνήθως λόγο για ατελείς ή παρακολουθηματικές διατάξεις (παρακάτω, υπό IV).

Ποικίλλουσα κανονιστική πυκνότητα εμφανίζουν εξ άλλου οι διάφορες διατάξεις δικαίου αν τις παρατηρήσουμε από τη σκοπιά του βαθμού αφαιρετικότητας των περιεχόμενων σε αυτές ρυθμίσεων. Κατά την κρατούσα τουλάχιστον διδασκαλία, όταν οι διατάξεις δικαίου, μεμονωμένα ή στον συνδυασμό τους, περιέχουν κανόνες δικαίου που περιγράφουν με σχετική ακρίβεια και σε επαρκή βαθμό εξειδίκευσης τόσο τις διάφορες κρίσιμες πτυχές του ρυθμιζόμενου συνόλου βιοτικών σχέσεων όσο και τον τρόπο αντίδρασης της έννομης τάξης, τότε δημιουργείται εύλογα η εντύπωση μίας άμεσης επιτακτικότητας της ρύθμισης, επειδή ο έλεγχος της *in concreto* συνδρομής των προβλεπόμενων από τον κανόνα δικαίου προϋποθέσεων, είτε αποβεί θετικός είτε αποβεί αρνητικός, φαίνεται να μην αφήνει άλλα περιθώρια από τη θετική ή αρνητική κρίση περί της επέλευσης των νομικών αποτελεσμάτων που συνιστούν την αντίδραση της έννομης τάξης. Όταν όμως οι διατάξεις δικαίου είναι πολύ γενικές και αφηρημένες, έτσι ώστε ούτε οι διάφορες πτυχές των καταλαμβανόμενων από τη ρύθμιση βιοτικών σχέσεων να περιγράφονται ολοκληρωμένα αλλά και με επαρκή ευκρίνεια ούτε η αντίδραση της έννομης τάξης να προκύπτει πλήρως με τη μορφή της επέλευσης συγκεκριμένων νομικών αποτελεσμάτων, όπως στην περίπτωση των κανόνων, παρά συνήθως μόνο ως έκφραση μίας στάσης επιδοκιμασίας ή αποδοκιμασίας εκ μέρους του δικαίου, τότε, πάντα κατά την κρατούσα διδασκαλία, θα πρόκειται συνήθως για αρχές

δικαίου, περίπτωση κατά την οποία η κανονιστική δραστηριότητα των διατάξεων αυτών συμβαίνει μεν συνήθως να είναι διάσπαρτη σε μεγάλη έκταση της έννομης τάξης, από τη σκοπιά ωστόσο της αμεσότητας της ρυθμιστικής τους επενέργειας σε συγκεκριμένα σύνολα βιοτικών σχέσεων εμφανίζεται μειωμένη σε σχέση με τους κανόνες δικαίου.

Η διατύπωση των διατάξεων δικαίου έτσι ώστε να εκφράζονται με τη μορφή ενός γλωσσικού κειμένου προσιδιάζει, όπως είπαμε, στη γραπτή «πηγή του δικαίου», που είναι ο νόμος. Όμως και οι λεγόμενες «άγραφες πηγές του δικαίου», δηλαδή το έθιμο και οι γενικώς παραδεγεμένοι κανόνες του διεθνούς δικαίου (και, στις χώρες του common law, οι γενικές ρυθμίσεις που συνάγονται από την ratio decidendi των προδεδικασμένων), δεν παύουν να είναι και αυτές διατυπώσιμες σε γραπτό κείμενο αντίστοιχο με τις διατάξεις ενός νόμου, έστω και αν δεν υπάρχει εκ των προτέρων ένα επίσημο κείμενό τους αντίστοιχο προς εκείνο του νόμου. Η πρώτη δυσκολία στις περιπτώσεις των άγραφων «πηγών» του δικαίου έγκειται βέβαια στον τρόπο ανασύνθεσης του κανονιστικού περιεχομένου τους μέσω της αναστοχαστικής ερμηνείας μιάς κατεστημένης πρακτικής, τηρούμενης ομοιόμορφα σε μιά ολόκληρη σειρά από μεμονωμένες περιπτώσεις, ως δημιουργού δικαϊκής δεσμευτικότητας για παρόμοιες περιπτώσεις και στο μέλλον. Εφ' όσον το πρόβλημα αυτό λυθεί, το επόμενο βήμα είναι η –έστω και ανεπίσημη– γλωσσική διατύπωση και καταγραφή του ρυθμιστικού αυτού περιεχομένου με τη μορφή διατάξεων και κανόνων δικαίου. Τα δύο αυτά στάδια φαίνονται βέβαια να είναι διακριτά από μεθοδολογική σκοπιά, η εντύπωση αυτή είναι όμως μάλλον επιφανειακή και έτσι στην πράξη μπορεί να ανακύψουν σοβαρές διαφωνίες ως προς τη γλωσσική διατύπωση, που όμως θα συνεχονται με βαθύτερες διαφωνίες ως προς την κανονιστική «ανάγνωση» της υποκείμενης δικαϊκής πρακτικής.⁷

7. Το φαινόμενο αυτό δεν είναι ίσως πολύ συχνό στην περίπτωση του εθίμου, κυρίως λόγω της περιορισμένης πιά σήμερα σημασίας του ως πηγής του δικαίου σε έννομες τάξεις όπως η δική μας. Αντίθετα είναι εξαιρετικά συχνό στις χώρες του common law ως προς το προδεδικασμένο, όπως προδίδει ιδίως η πρακτική του λεγόμενου distinguishing: μιά νέα περίπτωση, που κρίνεται διαφορετικά από μιά προηγούμενη την οποία ένας διάδικος είχε επικαλεσθεί ως προδεδικασμένο, κρίνεται άραγε διαφορετικά επειδή με τη νέα απόφαση οι δικαστές μετέβαλαν το ισχύον δίκαιο εισάγοντας μιά εξαίρεση στον μέχρι τότε ισχύοντα κανόνα ή μήπως επειδή ο

Κατά τα λοιπά η κρατούσα διδασκαλία δεν θεωρεί ότι υπάρχει διαφορά ως προς τους κανόνες που περιέχονται σε τέτοιου είδους γραπτές ή άγραφες διατάξεις.

II. Οι κανόνες δικαίου ως προϊόν σύνθεσης

1. Υποδεικτικός και όχι περιγραφικός χαρακτήρας

Η τρέχουσα διδασκαλία περί πηγών και διατάξεων δικαίου, όπως τη σκιαγραφήσαμε προηγουμένως, αλλά και περί της συναγωγής από αυτές κανόνων και αρχών του δικαίου βάσει των κριτηρίων της ρυθμιστικής πληρότητας και της κανονιστικής πυκνότητας, δεν είναι τόσο αυτονόητη όσο εμφανίζεται. Η απαιτούμενη κριτική της διερεύνηση θα επιχειρηθεί στο παρόν και στο επόμενο Κεφάλαιο. Επειδή ωστόσο οι επιβαλλόμενες βελτιώσεις δεν μπορούν να εκτεθούν από την αρχή με τη μορφή ενός εναλλακτικού θεωρητικού υποδείγματος, η κριτική ανάλυση πρέπει να προχωρήσει με σταδιακά βήματα, με αφετηρία τη διδασκαλία αυτή και χωρίς απευθείας εκ βάθρων αμφισβήτησή της.

Ας ξεκινήσουμε από τα απλά. Χρησιμοποιώντας μιά πολύ αφηρημένη διατύπωση και χωρίς να θίξουμε τα προβλήματα που υποκρύπτονται, μπορούμε να πούμε ότι οι κανόνες δικαίου ρυθμίζουν έναν κύκλο βιοτικών σχέσεων καθορίζοντας τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των προσώπων που μετέχουν σ' αυτές –το τί επιτρέπεται, τί επιτάσσεται και τί απαγορεύεται να πράξουν– ανάλογα με τη θέση που είναι δυνατόν κάθε φορά να κατέχουν τα εμπλεκόμενα πρόσωπα στις εν λόγω σχέσεις, όποια και να είναι αυτά. Αντίθετα δεν αναφέρονται στο τί

κανόνας που συναγόταν από την προγενέστερη απόφαση, την οποία επικαλέστηκε το μέρος αυτό, δεν ήταν ακριβώς έτσι όπως εκείνο τον είχε εκλάβει, και έτσι δεν έχουμε στην πραγματικότητα καμία μεταβολή στον τρόπο κανονιστικής ανάγνωσης της κρατούσης πρακτικής, άρα ούτε και δύο σε τελευταία ανάλυση όμοιες αλλά δύο διαφορετικές περιπτώσεις. Για τα προβλήματα του distinguishing, βλ., αντί άλλου, Theodore M. Benditt, «The Rule of Precedent», στο Laurence Goldstein (επιμ.), *Precedent in Law*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1988, σ. 89 κ.ε. (98 κ.ε.), και, πιο πρόσφατα, Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Καίμπριτζ κ.α., Cambridge University Press, 2008, σ. 113 κ.ε.

συνηθίζουν οι άνθρωποι να πράττουν, είτε ατομικά είτε ως μέλη μιάς ευρύτερης κοινωνικής ομάδας, σε δεδομένες περιστάσεις και σχέσεις. Όπως τονίσαμε σε προηγούμενο σημείο, η γλώσσα στην οποία εκφράζονται οι κανόνες δικαίου έχει χαρακτήρα δεοντικό ή υπό ευρεία έννοια υποδεικτικό (ή παραγγελματικό, prescriptive) και όχι περιγραφικό (descriptive).⁸ Έτσι, η μη συμμόρφωση προς το ρυθμιστικό περιεχόμενο ενός κανόνα δικαίου, τουλάχιστον στην περίπτωση που αυτός περιέχει επιταγή ή απαγόρευση, συνιστά κατ' αρχήν⁹ παραβατική συμπεριφορά έκθετη σε αποδοκιμασία, και όχι απλώς διαφοροποίηση από το συνήθως συμβαίνον, δηλαδή πραγματικά διαπιστώσιμη απόκλιση από έναν εμπειρικό κανόνα, χωρίς καμία πρόσμιξη κανονιστικών εκτιμήσεων. Επί πλέον, η γλώσσα των κανόνων δικαίου είναι υποδεικτική ακόμη και εκεί όπου η αντίστοιχη διάταξη δικαίου επιφανειακά μεταχειρίζεται σύνταξη που προσιδιάζει στην περιγραφική χρήση της γλώσσας. Έτσι, λ.χ., με τη διάταξη του άρθρου 302 ΠΚ, που αναφέρει ότι «Όποιος επιφέρει από αμέλεια το θάνατο άλλου τιμωρείται με φυλάκιση τουλάχιστον τριών μηνών», προφανώς ο νόμος δεν εννοεί ότι κάθε φορά που συντελείται μία ανθρωποκτονία από αμέλεια το πιθανότερο είναι ότι, αμέσως με τη διαπίστωσή της, θα τεθεί σε κίνηση η διαδικασία επιβολής της προβλεπόμενης από τον νόμο ποινής εναντίον του δράστη, αλλά ότι η τέλεση της ανθρωποκτονίας επενεργεί κανονιστικά ως γενεσιουργός λόγος ορισμένων νομικών καθηκόντων: αφ' ενός του καθήκοντος των αρμόδιων πολιτειακών οργάνων να επιβάλουν την προβλεπόμενη ποινή και αφ' ετέρου του καθήκοντος του δράστη να την υποστεί.

8. Αυτό θεωρεί αυτονόητο και η τρέχουσα διδασκαλία για τους κανόνες δικαίου· βλ. αντί παντός άλλου, π.χ., Larenz – Canaris, σ. 71 κ.ε.

9. Λέμε εδώ «κατ' αρχήν», όχι μόνο επειδή μπορεί να ακολουθεί ειδικότερος κανόνας δικαίου που να εισάγει εξαιρέσεις, αλλά και επειδή συνέπεια της μη συμμόρφωσης προς έναν κανόνα δικαίου μπορεί να είναι και η επέλευση μιάς ακυρότητας, οπότε δεν είναι ακριβές να μιλάμε για παραβατική συμπεριφορά εκεί όπου το κατά νόμον (κανονιστικό) αποτέλεσμα έγκειται απλώς στη μη επέλευση μιάς προσδοκώμενης ή και επιδιωκόμενης νομικής εγκυρότητας. Στην περίπτωση δηλαδή των δικαιιοπραξιών, οι κανόνες που ορίζουν τις προϋποθέσεις εγκυρότητάς τους αποτελούν συνήθως, κατά την ορολογία του Kant, «υποθετικές προστακτικές».

2. Σχέση του κανόνα προς τη γλωσσική του έκφραση

Η παραδοχή ότι οι κανόνες δικαίου είναι γνήσια κανονιστικοί και ότι η γλώσσα στην οποία είναι εκφρασμένοι έχει χαρακτήρα υποδεικτικό, παρ' ότι εκ πρώτης όψεως προφανής, περικλείει πολλά ειδικότερα και ενίοτε δυσχερέστατα ζητήματα. Το πρώτο ζήτημα που ανακύπτει αφορά τη σχέση μεταξύ του κανόνα και της γλωσσικής έκφρασης που τον διατυπώνει. Ορισμένα άλλα ζητήματα αφορούν τα λογικά χαρακτηριστικά και την τυπική διάρθρωση των κανόνων δικαίου, άλλα τον τρόπο της ρυθμιστικής λειτουργίας τους και, τέλος, κάποια άλλα το ποικίλο περιεχόμενό τους. Η τελευταία από τις κατηγορίες αυτές ζητημάτων θα μας απασχολήσει μόνο εν μέρει,¹⁰ ενώ οι υπόλοιπες κάπως εκτενέστερα.

Θα προτάξουμε ορισμένες γενικές παρατηρήσεις που αφορούν τη σχέση κανόνα και γλωσσικής του έκφρασης. Ας υποθέσουμε, χάριν ευκολίας και για να αφήσουμε στο σημείο αυτό κατά μέρος κάθε κριτική στα κρατούντα, ότι έχουμε ενώπιόν μας κάποια διάταξη που περιέχει μία ολοκληρωμένη δικαϊκή ρύθμιση, δηλαδή εκφράζει, κατά την τρέχουσα αντίληψη, έναν αμέριστο κανόνα δικαίου. Θα μπορούσε κάποιος να πει ότι στην περίπτωση αυτή η διάταξη είναι ταυτόχρονα και κανόνας δικαίου, ενώ άλλοι θα προτιμούσαν τη διατύπωση ότι ο κανόνας δικαίου είναι το νόημα ή το περιεχόμενο της διάταξης ή των γλωσσικών εκφράσεων με τις οποίες αυτή είναι διατυπωμένη.¹¹ Το ερώτημα δεν θα είχε ιδιαίτερη σημασία αν δεν συνδεόταν από πολλούς με μία μεταφυσική αμηχανία γύρω από την υπόσταση των κανόνων γενικά, μερικότερη εκδήλωση της οποίας συναντήσαμε και στο προηγούμενο Κεφάλαιο με αφορμή το ζήτημα της αλήθειας των νομικών κρίσεων. Είτε επιλέξουμε την πρώτη εκδοχή είτε τη δεύτερη, μπορούμε, αν δεν προσθέσουμε ορισμένες διευκρινίσεις, να παρασυρθούμε σε συγχύσεις. Το πρώτο που πρέπει να αποφύγουμε είναι να αποδώσουμε στους κανόνες μιά

10. Αρκούμεστε κατά τα λοιπά στο να παραπέμψουμε στην ευσύνοπτη κατάταξή τους από τον Φίλιππο Δωρή, *Εισαγωγή Α'*, σ. 113 κ.ε.

11. Βλ., για παράδειγμα, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 1985, σ. 42 κ.ε.· Ota Weinberger, *Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Βιέννη, Manz, 1988, σ. 86· Koller, σ. 65.

υποτιθέμενη ιδιάζουσα μεταφυσική-οντολογική υπόσταση που να διεγείρει αιτιακά κάποιο από τα στοιχεία της νόησής μας, και αυτή ακριβώς η υπόσταση να αποτελεί το νόημα της γλωσσικής έκφρασης του κανόνα, αλλά και να προσδίδει στους κανόνες τη δυνατότητα να είναι αληθείς.¹² Από τη σκοπιά αυτή φαίνεται να κερδίζει έδαφος η ιδέα ότι η γλωσσική διατύπωση που εκφράζει σοβαρά (και όχι υποθετικά ή χάριν αστείσμου) έναν κανόνα δικαίου είναι όχι απλώς δηλωτική αλλά και συστατική του κανόνα, ο οποίος δεν αποτελεί κάτι το αυτοτελώς υποστατό έξω από τη γλώσσα που τον εκφράζει. Η δυσκολία που παρουσιάζει η δεύτερη αυτή άποψη έγκειται στο ότι καθιστά πιο δυσνόητη τη διάκριση μεταξύ της γλωσσικής πρότασης (sentence) που εκφράζει τον κανόνα και των γλωσσικών εκφορών ως εμπειρικών εξωτερικεύσεων των μέσων έκφρασης του κανόνα (tokens). Οι εκφορές και τα μέσα μπορεί να είναι πολλαπλά, π.χ. σε ένα δημόσιο κτίριο υπάρχουν πολλές πινακίδες με την επιγραφή «απαγορεύεται το κάπνισμα», η δηλούμενη πρόταση ωστόσο είναι μία και ο μέσω αυτής εκφραζόμενος κανόνας επίσης ένας. Από μία πιο περιορισμένη σκοπιά ωστόσο, η δεύτερη αυτή άποψη ότι ο κανόνας δεν είναι υποστατός έξω από τη γλωσσική του έκφραση φαίνεται πειστικότερη: το να πούμε πως ο κανόνας δικαίου είναι ισχυρός ή ανίσχυρος φαίνεται ταυτόσημο και απολύτως αντίστοιχο με το να πούμε πως και η πρόταση που τον εκφράζει είναι κανονιστικά αληθής ή

12. Η θετικιστική διδασκαλία που έχει τις ρίζες της στη θεωρία των προσταγών αρνείται φυσικά ότι οι κανόνες, επειδή ακριβώς είναι προσταγές, επιδέχονται τιμές αλήθειας. Έτσι, για παράδειγμα, πρόσφατα Brian Bix, «Linguistic Meaning and Legal Truth», στο Michael Freeman & Fiona Smith (επιμ.), *Law and Language*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2013, σ. 34 κ.ε. (36). Σ' αυτό οι περισσότεροι προσθέτουν ότι, στην περίπτωση των κανόνων, αντί για αλήθεια κάνουμε λόγο για ισχύ. Η θέση του ανά χείρας βιβλίου είναι διαφορετική, επειδή, όπως θα υποστηρίξουμε, η εύρεση του κανόνα είναι πάντα εγχείρημα ερμηνευτικό. Ως προς μεν τους κανόνες όπως τους εννοεί η τρέχουσα διδασκαλία δεν υφίσταται εξ υπαρχής ζήτημα αλήθειας, ενώ ως προς το ερμηνευτικό πόρισμα εξειδίκευσης του κανόνα σε σχέση με την υπό κρίση περίπτωση (και τις ομοειδείς της), που κατά την εδώ άποψη είναι η μόνη δυνατότητα να κάνουμε λόγο για υπό στενή έννοια κανόνες στο δίκαιο, ισχύουν όσα θα επισημάνουμε στη συνέχεια: η πρόταση που εκφράζει αυτόν τον (εξειδικευμένο) κανόνα, εκφερόμενη στο πλαίσιο ενός υπαρκτού νομικού συστήματος και εφ' όσον είναι θεμελιωμένη, θα μπορούσαμε να πούμε ότι είναι αληθής αν αυτό δεν αποτελούσε περιττό αναδιπλασιασμό.

ψευδής (ακριβέστερα: ότι η κρίση πως ο κανόνας αυτός αποτελεί μέρος του περιεχομένου μιάς ορισμένης έννομης τάξης είναι θεμελιωμένη). Αντίθετα αποτελεί περιττό αναδιπλασιασμό και απλή ταυτολογία το να πούμε ότι η πρόταση που διατυπώνει έναν τέτοιο κανόνα τον περιγράφει (ή τον απεικονίζει γλωσσικά) ως κάτι το αυθύπαρκτο εκτός της και ότι συνεπώς η ισχύς του κανόνα είναι οντολογική προϋπόθεση ώστε να είναι αληθής η πρόταση που τον διατυπώνει. Η πρόταση δηλαδή που διατυπώνει τον κανόνα αποτελεί περιττό αναδιπλασιασμό να δεχθούμε ότι περιγράφει ή απεικονίζει κάτι που να κείται εκτός αυτής, το οποίο θα μπορούσε να μεταβάλει τον χαρακτήρα της από υποδεικτικό σε περιγραφικό: δεν νοείται ξεχωριστή περιγραφική πρόταση, επιδεικτική της τιμής του αληθούς και του ψευδούς ανεξάρτητα από τη λογική τιμή που προσιδιάζει ή δεν προσιδιάζει στους κανόνες, η οποία να ισχυρίζεται την ισχύ του κανόνα.¹³ Το να κάνουμε, με μιά ξεχωριστή πρόταση, ρητή τη διαβεβαίωση της συνδρομής των προϋποθέσεων ισχύος του κανόνα αποτελεί εξ ίσου πλεονασμό, που δεν προσθέτει απολύτως τίποτε στην αρχική κανονιστική πρόταση, όπως ακριβώς αποτελεί πλεονασμό και το να πούμε «είναι αλήθεια ότι βρέχει», αντί απλώς «βρέχει».¹⁴ Αν η

13. Αντίθετη είναι όμως η τρέχουσα άποψη στη θεωρία του δικαίου, σύμφωνα με την οποία άλλη είναι η πρόταση που εκφράζει τον ίδιο τον κανόνα και άλλη η πρόταση που διατυπώνει τη «διαπίστωση» ότι ο κανόνας αυτός ισχύει, άποψη που ακολούθησαν οι περισσότεροι σημαντικοί θεωρητικοί του δικαίου του 20ού αιώνα, όπως ιδίως οι Karl Engisch, *Logische Studien*, σ. 6/7· Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2η έκδ. 1960, σ. 73 (διαφορετικά πάντως στην πρώτη έκδοση του έργου το 1934)· Larenz – Canaris, σ. 72. Αυτούς ακολουθούν και οι Koch – Rüßmann, σ. 44 κ.ε., και, με εκτενέστερα επιχειρήματα, ο Riccardo Guastini, «Sollsätze: An Exercise in Hard Legal Positivism», *Rechtstheorie* 31 (2000), 85 κ.ε., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

14. Για τη θεωρία κατά την οποία η προσπάθεια ορισμού της αλήθειας οδηγεί σε αναδιπλασιασμούς μέσω οντολογικής υποστασιοποίησης του αντικειμένου του λόγου, βλ. μεταξύ άλλων Paul Horwich, ιδίως τις μελέτες του «Realism and Truth» (1996) και «Meaning, Use, and Truth» (1995), ανατυπωμένες στο βιβλίο του *From a Deflationary Point of View*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 2004. Τις απόψεις του Horwich σχολιάζει ο Donald Davidson, «The Folly of Trying to Define Truth», *Journal of Philosophy* 93 (1996), 263 κ.ε., ο οποίος διάκειται συμπαθώς προς αυτές, έστω και χωρίς να τις υιοθετεί πλήρως. Από παρόμοιες αντιλήψεις φαίνεται επηρεασμένος, ειδικά στο πεδίο του δικαίου και της ηθικής, ο Ronald Dworkin, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996), 88 κ.ε., και σε ελληνική μετάφραση: «Αντικειμενικότητα και αλήθεια: Καλύτερα να το πι-

πρόταση «κατά το ισχύον ελληνικό δίκαιο όποιος ζημιώσσει άλλον παράνομα και υπαίτια υποχρεούται να καταβάλει αποζημίωση» επιδέχεται την τιμή της αλήθειας, τότε και η πρόταση «όποιος ζημιώσσει, κ.λπ.», εκφερόμενη υπό κατάλληλες προϋποθέσεις, π.χ. από τον έλληνα νομοθέτη στο κείμενο του Αστικού Κώδικα και καταφασκόμενη αλλά και εξειδικευόμενη ερμηνευτικά ως κανόνας του ισχύοντος ελληνικού δικαίου από οποιονδήποτε δικαστή κάνει επίκλησή του¹⁵, ή επισημαινόμενη από έναν έλληνα δικηγόρο που εξηγεί σε κάποιον πελάτη του τί δικαιούται να απαιτήσει από τον αντίδικό του, δηλαδή η επανάληψη του περιεχομένου του κανόνα (η ανάγνωση του ΑΚ 914) από εσωτερική ως προς την έννομη τάξη σκοπιά, επιδέχεται και αυτή την ίδια ακριβώς και όχι μία ξεχωριστή τιμή αλήθειας.¹⁶

3. Λογικά ζητήματα

Τα λογικά ζητήματα που ανακύπτουν ως προς τους κανόνες γενικά, και τους κανόνες δικαίου ειδικότερα, ξεκινούν από το προφανές ότι, όπως και όλοι οι άλλοι κανόνες, οι κανόνες δικαίου είτε επιτάσσουν, είτε απαγορεύουν, είτε επιτρέπουν ορισμένη συμπεριφορά. Το τί σημαίνουν λογικά τα τρία αυτά ενδεχόμενα (ή δεοντικές λογικές τιμές,

στέφεται), *Ισοπολιτεία* 1 (1998), 15 κ.ε. Την εφαρμογή της άποψης περί πλεονασμού τού να θέτουμε ζήτημα αλήθειας στο δίκαιο, ακολουθώντας τον Dworkin χωρίς ωστόσο να λαμβάνει υπ' όψη του τις νεότερες διεξοδικές αναλύσεις του αμερικανού φιλοσόφου, προτείνει και ο Ralph Poscher, «Wahrheit und Recht: Die Wahrheitsfrage des Rechts im Lichte deflationärer Wahrheitstheorien», *ARSP* 89 (2003), 200 κ.ε.· προς την ίδια κατεύθυνση επίσης Jochen Bung, «Die Norm im wahrheitskonditionalen Interpretationsschema», *Rechtstheorie* 36 (2005), 41 κ.ε.

15. Είδαμε στο προηγούμενο Κεφάλαιο ότι τον κανόνα δικαίου δεν καθιστά συστατικό της έννομης τάξης το *factum brutum* της διεξαγωγής της διαδικασίας θέσπισής του και της επίσημης δημοσίευσής του, αλλά η ερμηνεία όλων των συναφών γεγονότων ως γενεσιουργών κανόνων του ισχύοντος δικαίου. Επομένως θεωρούμε απορριπτέες όλες εκείνες τις θεωρίες που αντιλαμβάνονται τους κανόνες δικαίου ως βουλευτικά ενεργήματα του νομοθέτη, ερμήνη της δικαιοσύνης πρακτικής εντός της οποίας λαμβάνουν χώρα, καθώς και τις συναφείς απόψεις ότι οι ίδιοι οι κανόνες, επειδή ακριβώς είναι ψιλά βουλευτικά ενεργήματα, στερούνται τιμών αλήθειας.

16. Το ότι δηλαδή οι συνθήκες της εκφοράς δεν συμπίπτουν σε όλες τις προαναφερθείσες περιπτώσεις δεν αλλάζει σε τίποτε το νόημα της πρότασης, που παραμένει σταθερά ένα και το αυτό.

όπως συνηθίζεται να αποκαλούνται) είναι ένα ζήτημα πολύπλοκο στο οποίο εδώ δεν θα αφιερώσουμε τις απαιτούμενες εκτενείς αναλύσεις. Θα αρκεστούμε στην παρατήρηση ότι η λογική των κανόνων, ως ειδικός κλάδος της λογικής, αναπτύχθηκε πιο πρόσφατα σε σύγκριση με τους άλλους κλάδους της και μέχρι σήμερα στους κόλπους της επικρατούν σημαντικές διαφωνίες. Κοινή αφετηρία όλων των προσπαθειών αποτελεί πάντως η καταγραφή των κανόνων που διέπουν τη λογική μετατροπή της κάθε λογικής κατηγορίας κανόνων, δηλαδή της καθεμιάς από τις τρεις κανονιστικές λογικές τιμές, στις υπόλοιπες, π.χ. ο κανόνας που επιτάσσει την τέλεση μιάς πράξης ισοδυναμεί λογικά με εκείνον που απαγορεύει την παράλειψή της.¹⁷ Έχει επίσης καταβληθεί προσπάθεια εκτενέστερης ανάλυσης της τιμής που προκαλεί τις μεγαλύτερες δυσχέρειες ως προς τη λογική σύλληψή της, εκείνης του επιτρεπτού, πράγμα που υπαινιχθήκαμε ήδη σε προηγούμενο σημείο.¹⁸ Ήδη πριν από την ανάπτυξη μιάς ειδικής λογικής των κανόνων, ορισμένοι συγγραφείς¹⁹ είχαν επισημάνει ότι οι επιτρεπτικοί κανόνες, ενώ εμφανίζονται ως ενιαία κατηγορία, πρέπει να διακριθούν σε περαιτέρω υποκατηγορίες: σε κανόνες που αναγνωρίζουν δικαιώματα παρέχοντας σχετικές αξιώσεις, δηλαδή δημιουργώντας αντίστοιχα καθήκοντα σε άλλους, σε κανόνες επιτρεπτικούς υπό στενή έννοια που καθιερώνουν

17. Η λογική των κανόνων ανακαλύφθηκε από τον σπουδαίο φινλανδό φιλόσοφο και λογικό Georg Henrik von Wright με την περίφημη μελέτη του «Deontic Logic», που δημοσιεύθηκε στο περιοδικό *Mind* 60 (1951), 1 κ.ε. Έκτοτε ο ίδιος έχει επανειλημμένα αναθεωρήσει ή αναδιατυπώσει πολλές από τις αρχικές απόψεις του, ιδίως γύρω από το αν η δεοντική λογική διέπει τους ίδιους τους κανόνες ή τις προτάσεις που αποφαινούνται περί αυτών, εφ' όσον αυτές θεωρηθεί ότι έχουν ξεχωριστή λογική υπόσταση (κάτι που αρνηθήκαμε προηγουμένως). Για μία επισκόπηση των κατά καιρούς απόψεών του από τον ίδιο, βλ. Georg Henrik von Wright, «Deontic Logic: A Personal View», *Ratio Juris* 12 (1999), 26 κ.ε. Για μία ευσύννοπτη παρουσίαση της λογικής μετατροπής των τριών λογικών μορφών των κανονιστικών προτάσεων από την καθεμία στις άλλες δύο, βλ. το άρθρο του ίδιου, «Normenlogik», στο Hans Lenk (επιμ.), *Normenlogik*, Pullach b. München, Dokumentation, 1974, σ. 25 κ.ε.

18. Παραπάνω, Κεφάλαιο Γ', υπό 1, 2, μαζί με σημ. 14.

19. Και πρώτος από όλους ο Wesley N. Hohfeld, με το κλασικό έργο του *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Walter Wheeler Cook (1923), Νιου Χέιβεν, Yale University Press, 1964.

μιά ασυλία, επιτρέπουν δηλαδή ρητά σε ορισμένα πρόσωπα συγκεκριμένες μορφές συμπεριφοράς που κατά τα λοιπά υπόκεινται σε επιταγές ή απαγορεύσεις, σε κανόνες που παρέχουν γενικές ελευθερίες ή χορηγούν ευχέρειες διαμόρφωσης έννομων σχέσεων (π.χ. την ελευθερία των συμβάσεων) ή ιδρύουν αρμοδιότητες και εν τέλει σε περιπτώσεις πλήρους απουσίας οποιασδήποτε κανονιστικής ρύθμισης.²⁰

Σε σχέση με τη δομή των κανόνων δικαίου, όπως την αντιλαμβάνεται η κρατούσα διδασκαλία, χρήσιμο θα μας είναι και πάλι το παράδειγμα της διάταξης του άρθρου 302 ΠΚ. Η διάταξη επιτάσσει την επιβολή συγκεκριμένης ποινής εναντίον οποιουδήποτε τελέσει μία πράξη με τα χαρακτηριστικά της ανθρωποκτονίας από αμέλεια. Αντίστοιχη προς το ρυθμιστικό αυτό περιεχόμενο είναι, κατά τα γενικώς παραδεκτά, και η συντακτική δομή του κανόνα δικαίου. Έτσι, ο κανόνας του παραδείγματός μας παρουσιάζεται ως σύνδεση δύο προτάσεων που τελούν σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση: η πρώτη, καλούμενη στην τρέχουσα νομική ορολογία *πραγματικό* του κανόνα δικαίου, εκφράζει κατά υποθετικό τρόπο το ενδεχόμενο να τελεστεί μία πράξη που να εμφανίζει ορισμένα γενικά χαρακτηριστικά τα οποία προσδιορίζονται ως συστατικά του εγκλήματος της ανθρωποκτονίας από αμέλεια και η δεύτερη, καλούμενη *έννομη συνέπεια*, δηλώνει την επιβλητέα στην περίπτωση αυτή ποινή. Στη συντακτική αυτή δομή, που από τη σκοπιά της λογικής χαρακτηρίζεται ως συνεπαγωγή (implication),²¹ αξίζει να σταθούμε περισσότερο.

Η σχέση υπόθεσης προς απόδοση (ή συνεπαγωγής) μεταξύ πραγματικού και έννομης συνέπειας ώθησε πολλούς συγγραφείς στο να χαρακτηρίσουν τους κανόνες δικαίου ως κανόνες υποθετικούς (ή «ηρη-

20. Η κατάσταση πλήρους έλλειψης ρύθμισης έχει από παλαιά εξεταστεί, μεταξύ άλλων και από λογική σκοπιά, στον χώρο του δικαίου ως πρόβλημα του «χώρου κενού από δίκαιο» (rechtsfreier Raum). Βλ. επ' αυτού ιδίως την κλασική μελέτη του Karl Engisch, «Der rechtsfreie Raum» (1952), ανατυπ. στο βιβλίο του *Beiträge zur Rechtslehre*, Φραγκφούρτη, Vittorio Klostermann, 1984, σ. 9 κ.ε.

21. Όπως έχει δείξει ο Αραβαντινός, *Στοιχεία*, σ. 43 κ.ε., η συνεπαγωγή (implication ή, στην ορολογία που χρησιμοποιεί ο ίδιος: το «συννημμένον του Φίλωνος») είναι η συνήθης αλλά πάντως μία μόνο από τις δυνατότητες λογικής σύνδεσης πραγματικού και έννομης συνέπειας.

μένους», δηλαδή τελούντες υπό όρον).²² Από λογική σκοπιά ο χαρακτηρισμός είναι ωστόσο αμφίσημος. Συνήθως με αυτόν εννοείται απλώς ότι η επέλευση της έννομης συνέπειας, στο παράδειγμά μας η γένεση της υποχρέωσης επιβολής της συγκεκριμένης ποινής, τελεί υπό την ικανή (επαρκή) προϋπόθεση της τέλεσης της περιγραφόμενης πράξης (ανθρωποκτονία από αμέλεια), δηλαδή προϋποθέτει την επέλευση ορισμένων συμβάντων, ιδίως την τέλεση ορισμένων πράξεων, η οποία και μόνη αρκεί ώστε να είναι νομικά υποστατή η επέλευση αυτή. Αυτό δεν σημαίνει όμως ότι ο κανόνας δικαίου διαθέτει ισχύ υπό αίρεση, αλλά ότι η περιεχόμενη σ' αυτόν ρύθμιση ισχύει μεν (στο πλαίσιο της ελληνικής έννομης τάξης) ανεπιφύλακτα, παρουσιάζει ωστόσο το γνώρισμα να συνδέει σε μία κανονιστική ενότητα τη γένεση ή την άρση ορισμένων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων είτε προς την τέλεση συγκεκριμένων

22. O Engisch, «Vom Sinn des hypothetischen juristischen Urteils» (1962), ανατυπ. στο προαναφερθέν (βλ. παραπάνω, σημ. 20) βιβλίο του *Beiträge zur Rechtslehre*, σ. 196 κ.ε., είχε παλαιότερα χαρακτηρίσει τους κανόνες δικαίου «υποθετικές κρίσεις» (με περαιτέρω υπομνηματισμό για ακόμη παλαιότερες παρόμοιες απόψεις). Ο Γεώργιος Γ. Μητσόπουλος, «Η λογική δομή του κανόνα δικαίου», στου ιδίου, *Θέματα γενικής θεωρίας και λογικής του δικαίου*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005, σ. 23 κ.ε. (24), χρησιμοποιεί εναλλακτικά και τον όρο «υποθετικές προτάσεις». Σε άλλο σημείο, ο Engisch (*Εισαγωγή*, σ. 31) κάνει λόγο και για υποθετικές προσταγές. Ο όρος αυτός μπορεί ωστόσο, πέρα από τις αδυναμίες της θεωρίας των προσταγών που έχουμε ήδη επισημάνει, να προκαλέσει σύγχυση με τις υποθετικές προσταγές κατά Kant, οι οποίες είναι κάτι εντελώς διαφορετικό (όπως άλλωστε τονίζεται ρητά στην ωραία ανάλυση του Engisch, *Εισαγωγή*, σ. 41 κ.ε.), κάτι που φαίνεται να διαφεύγει της Gertrude Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, Φράιμπουργκ/Μόναχο, Karl Alber, 1981, σ. 31 σημ. 43 (αποδίδει εσφαλμένα την έκφραση σε καντιανή επιρροή). Υποθετικές προσταγές με την καντιανή σημασία απαντούν βέβαια και στο δίκαιο, σε πολύ πιο περιορισμένη όμως έκταση από τους κανόνες που αναλύονται σε πραγματικό και έννομη συνέπεια. Τέτοια «προσταγή» είναι, για παράδειγμα, ο κανόνας του άρθρου 78 εδ. 2 ΑΚ, κατά τον οποίο για την ίδρυση σωματείου απαιτούνται τουλάχιστον είκοσι άτομα· η διάταξη σημαίνει ότι, αν κάποιος θέλει να ιδρύσει σωματείο (κάτι που ανήκει στις προσωπικές του επιλογές, τις οποίες το δίκαιο απέχει από το να αξιολογήσει), τότε πρέπει να βρει άλλα 19 άτομα που να συνυπογράψουν μαζί του την κατά το άρθρο 79 αίτηση εγγραφής του σωματείου στο βιβλίο σωματείων που τηρείται στο αρμόδιο Πρωτοδικείο. Γενικότερα, στην κατηγορία αυτή ανήκουν, όπως υπαινιχθήκαμε ήδη, οι περισσότεροι από τους κανόνες που ορίζουν τους όρους εγκυρότητας μιάς δικαιοπραξίας.

πράξεων, όπως στο παράδειγμά μας, είτε, σε άλλες περιπτώσεις, προς την επέλευση συγκεκριμένων συμβάντων σε συνδυασμό με κάποια πράξη ή παράλειψη (παράδειγμα: οι κανόνες των άρθρων 249 κ.ε. ΑΚ περί παραγραφής των αξιώσεων, κατά τους οποίους η πάροδος ορισμένου χρόνου, σε συνδυασμό με την αδράνεια του προσώπου υπέρ του οποίου η αξίωση, αποτελεί την προϋπόθεση ώστε να επέλθει η απόσβεσή τους), πράγμα που ωστόσο δεν πρέπει να έχει συμβεί ενεργά ώστε να ισχύσει, αλλά απλώς ώστε να εφαρμοστεί ο κανόνας.

Από καθαρά λογική επομένως σκοπιά, η μορφή των κανόνων δικαίου, εκεί όπου συνδέουν πραγματικό και έννομη συνέπεια, δεν είναι μία συνεπαγωγή σαν όλες τις άλλες αλλά επί πλέον, και ειδικότερα, μία δεοντική συνεπαγωγή, που προσιδιάζει σε σχέσεις μεταξύ προτάσεων των οποίων τουλάχιστον η μία έχει κανονιστικό χαρακτήρα. Πρέπει μάλιστα να γίνει ειδικότερα σαφές ότι η λογική αυτή σχέση οφείλει να αποδοθεί συμβολικά με τον τύπο $O(a \rightarrow b)$ και όχι με τον τύπο $a \rightarrow Ob$ (O είναι η κανονιστική λογική τιμή του οφείλει ή υποχρεωτικού –obligatory–, a το σύνολο των προϋποθέσεων του πραγματικού, και b η επερχόμενη έννομη συνέπεια· δηλαδή, ο κανόνας δικαίου πρέπει να διαβαστεί ως: «οφείλεις, κάθε φορά που θα πράξεις a , να δεχθείς την έννομη συνέπεια b » και όχι: «εφ' όσον πράξεις a , οφείλεις να δεχθείς b »). Με άλλα λόγια, η δεσμευτικότητα της επέλευσης της έννομης συνέπειας δεν είναι το αποτέλεσμα της τέλεσης ορισμένου τύπου πράξης αλλά της συνολικής δεσμευτικότητας του κανόνα, ο οποίος ισχύει ήδη πριν από οποιαδήποτε πράξη και απλώς ενεργοποιείται, αξιώνοντας την εφαρμογή του, κάθε φορά που θα παρατηρηθεί μία τέτοια τέλεση.²³

23. Δηλαδή ορθή είναι η λεγόμενη εσωτερική και όχι η εξωτερική συνεπαγωγή, την οποία προκρίνουν εσφαλμένα πολλοί ερευνητές της λογικής του δικαίου, όπως, π.χ., ο Ota Weinberger, *Rechtslogik*, 2η έκδ., Βερολίνο, Duncker & Humblot, 1989, σ. 240 κ.ε., που ακολουθούν στη μεθοδολογία του δικαίου οι Koch – Rüßmann, σ. 47. Επί του όλου ζητήματος, βλ. Georg Henrik von Wright, «Bedingungsnormen – ein Prüfstein für die Normenlogik», στο *Theorie der Normen: Festschrift für Ota Weinberger*, Βερολίνο, Duncker & Humblot, 1984, σ. 447 κ.ε., όπου και διασκέδαση των λογικών ενδοιασμών όσων υποστηρίζουν την εξωτερική συνεπαγωγή. Ο von Wright χρησιμοποιεί το παράδειγμα του κανόνα «όταν βρέχει πρέπει να μένεις στο σπίτι» και παρατηρεί εύστοχα ότι με την εσωτερική συνεπαγωγή γίνεται φανερό ότι το δεοντικό περιεχόμενο του κανόνα είναι εξ αρχής ακέραιο και ολοκληρωμένο, από τη στιγμή που θα τον θεωρήσουμε ισχύοντα, ενώ η εξωτερική συνεπαγωγή

Η λογική αυτή αποτύπωση του συνδέσμου πραγματικού και έννομης συνέπειας δεν εξαντλεί το ζήτημα της δομής του κανόνα δικαίου, αντίθετα μάλιστα φαίνεται να αποτελεί μία από τις πολλές πλευρές του και μάλλον όχι τη σημαντικότερη. Πίσω από τη λογική σχέση της συνεπαγωγής μεταξύ δύο προτάσεων κρύβονται συνήθως άλλου είδους σχέσεις. Για παράδειγμα, η συνεπαγωγή «αν ο Α είναι χορτοφάγος, τότε δεν τρώει βοδινό κρέας» υποκρύπτει μία αναλυτική σχέση μεταξύ των δύο λογικά συνδεδεμένων προτάσεων, δηλαδή μία ταυτολογία, ενώ η συνεπαγωγή «αν ρίξεις νερό στο ούζο που έχεις στο ποτήρι σου, τότε αυτό θα γίνει θολό» υποκρύπτει μία εμπειρική σχέση αιτιότητας. Το κρίσιμο ερώτημα στην περίπτωση της σχέσης μεταξύ των δύο συστατικών μερών του κανόνα δικαίου είναι ακριβώς τί είδους σχέση υποκρύπτει εδώ η λογική σχέση της συνεπαγωγής.

Το ερώτημα δεν είχε διαφύγει της προσοχής της παλαιότερης θεωρίας. Ορισμένοι συγγραφείς είχαν ήδη από τον 19ο αιώνα κάνει λόγο για μία ιδιάζουσα «νομική αιτιότητα», εννοώντας ότι, όπως στον φυσικό κόσμο η επέλευση ενός φαινομένου μπορεί να αποτελέσει την αιτία της επέλευσης ενός άλλου, κατά ανάλογο τρόπο και στον κόσμο του δικαίου η πλήρωση του πραγματικού ενός κανόνα γεννά κάτι νέο στη νομική πραγματικότητα, τουτέστι το προβλεπόμενο από την έννομη συνέπεια δικαίωμα ή καθήκον, π.χ. η κατάληψη αδεσπότης δημιουργεί κυριότητα.²⁴ Η παραδοχή μιάς ιδιαιζόντως νομικής «αιτιότητας»

τον παρερμηνεύει, προσδίδοντάς του το αναληθές νόημα ότι η κανονιστική του επενέργεια αρχίζει μόλις από τη στιγμή που θα πέσουν οι πρώτες σταγόνες της βροχής (αντί του αληθούς, ότι ο ήδη ισχύων κανόνας απλώς ενεργοποιείται ως προς μία συγκεκριμένη περίπτωση εφαρμογής του). Με άλλα λόγια, το δεοντικό στοιχείο, που χαρακτηρίζει τον κανόνα, τον περιβάλλει εξ ολοκλήρου και δεν περιορίζεται στην εξαγγελία της επέλευσης των έννομων συνεπειών. Θα δούμε αμέσως παρακάτω μία σημαντική συνέπεια της εύστοχης αυτής ανάλυσης. Με την ευκαιρία, πρέπει πάντως να σημειώσουμε ότι η εξωτερική συνεπαγωγή μαρτυρεί την υιοθέτηση μιάς φυσιοκρατικής αντίληψης και μιάς αντίστοιχης προς αυτήν ερμηνείας των πρακτικών λόγων: ότι δηλαδή η κανονιστικότητα αναπτύσσεται ως απλό παρακολούθημα πραγματικών («φυσικών») δεδομένων.

24. Έτσι ιδίως ο σπουδαίος νομικός του 19ου αιώνα Ernst Zittelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Λειψία, Duncker & Humblot, 1891, ιδίως σ. 214 κ.ε. Ο Zittelmann είχε βέβαια ρητά παραδεχθεί ότι στο δίκαιο η αιτιότητα δεν μπορεί να εννοείται κυριολεκτικά ως φυσική αιτιότητα αλλά μόνο με μεταφορική σημασία. Τις απόψεις

προκάλεσε πολλές αντιδράσεις,²⁵ μέχρις ότου ο Kelsen υποστήριξε ότι, εφ' όσον το δίκαιο ανήκει στην περιοχή του δέοντος, ούτε καν μεταφορικά επιτρέπεται να μιλάμε για αιτιότητα: η σχέση πραγματικού και έννομης συνέπειας είναι η πιό καίρια εκδήλωση του δικαϊκού δέοντος και πρέπει να χαρακτηριστεί ως δεοντική σύναψη (ή πρόσαψη, Zurechnung).²⁶ Ο μεγάλος αυστριακός νομικός υπονόησε με τον τρόπο αυτόν ότι η σχέση μεταξύ πραγματικού και έννομης συνέπειας είναι ισχυρότερη από μία απλή συνεπαγωγή, απέτυχε ωστόσο να την προσδιορίσει επακριβέστερα, επειδή, παρασυρόμενος από τη συνολική θετικιστική του θεώρηση, αρκέστηκε στην παρατήρηση ότι πρόκειται για μία σύναψη τεχνητή, που επέρχεται ως το κανονιστικό αποτέλεσμα της συναφούς εκδήλωσης της αυθεντικής βούλησης του προσώπου που είναι αρμόδιο να νομοθετεί. Το προβληματικό σ' αυτήν την άποψη δεν είναι εδώ ότι η αρμοδίως εκδηλούμενη βούληση του νομοθέτη ανάγεται σε αποκλειστική πηγή της δικαϊκής κανονιστικότητας, όσο το ότι αφήνει ανεξέταστο το παραγόμενο είδος της σύναψης. Ανεξάρτητα δηλαδή από το ζήτημα των προϋποθέσεων υπό τις οποίες η νομοθετική αυθεντία αναγνωρίζεται ως ικανή να θέτει σε ισχύ κανόνες δικαίου, το κρίσιμο ερώτημα είναι: σε τί ακριβώς συνίσταται –και όχι απλώς πώς παράγεται– η δεοντική σύναψη πραγματικού και έννομης συνέπειας;

Σ' αυτό το κρίσιμο ερώτημα η απάντηση δεν μπορεί να είναι άλλη από την ακόλουθη:²⁷ το πραγματικό του κανόνα δικαίου περι-κλείει –πλήρως ή, συνηθέστερα, μερικώς και συνοπτικώς, ίσως ενίοτε και υπαινικτικώς– τους ειδικούς νομικούς λόγους, για τους οποίους

του Zittelmann και άλλες συναφείς απόψεις παλαιότερων συγγραφέων αναλύει με ευμενή διάθεση ο Engisch, *Εισαγωγή*, σ. 49 κ.ε.

25. Βλ., μεταξύ άλλων, Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, § 63 σημ. 1 (χρησιμοποίησ' εδώ την επιμελημένη από τον Theodor Kipp 8η έκδ., Φραγκφούρτη, Rütten & Loening, 1900, σ. 254)· Rudolph Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2η έκδ., Χάλλε, Buchhandlung des Waisenhauses, 1925, σ. 124 κ.ε.· Julius Binder, *Philosophie des Rechts*, Βερολίνο, Georg Stielke, 1925, σ. 714 κ.ε. και 902 κ.ε.

26. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (βλ. παραπάνω, σ. 163 σημ. 16), σ. 79 κ.ε. Αντίστοιχα, οι Larenz – Canaris, σ. 72, χαρακτηρίζουν τη σύναψη αυτή ως «Zuordnung».

27. Για τα επόμενα, βλ. διεξοδικότερα Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 78 κ.ε.

το ισχύον δίκαιο κηρύσσει την επέλευση της συγκεκριμένης έννομης συνέπειας. Πρόκειται, όπως επισημάναμε σε προηγούμενο Κεφάλαιο, για το πρωταρχικό ερώτημα της κανονιστικότητας του δικαίου. Όταν, λ.χ., το άρθρο 302 ΠΚ προβλέπει την επιβολή ποινής σε όποιον τελέσει ανθρωποκτονία από αμέλεια, η τέλεση μιάς πράξης του είδους αυτού είναι ακριβώς ο κατά το ισχύον δίκαιο λόγος (και όχι η αιτία²⁸ ούτε, ακόμη ασθενέστερα, απλώς η λογική προϋπόθεση) της *in concreto* υποχρέωσης επιβολής και αντίστοιχα ανοχής της ποινής.²⁹ Η κανονιστική σύνδεση πραγματικού και έννομης συνέπειας δεν είναι λοιπόν σχέση

28. Η παραδοχή μιάς σχέσης «αιτιότητας» μεταξύ του περιγραφικού και του παραγγελματικού στοιχείου των ηθικών κανόνων έχει ωστόσο αναφανεί πρόσφατα στη μεταηθική φιλοσοφία, προβαλλόμενη ιδίως από τους χαρακτηριζόμενους ως ηθικούς φυσιοκράτες (moral naturalists). Ορισμένοι φιλόσοφοι, με πρώτο τον Richard Hare, επιχείρησαν να λύσουν το πρόβλημα επικαλούμενοι τη σχέση «επιγένεσης» (supervenience), για την οποία βλ. παρακάτω, Κεφ. Γ', υπό ΙΙΙ, 4, μαζί με σημ. 39 και 40.

29. Αφήνουμε εδώ ανοιχτό το ζήτημα του τί σημαίνει ακριβώς ότι η πλήρωση του πραγματικού αποτελεί τον ιδιάζοντα νομικό λόγο επέλευσης της έννομης συνέπειας. Ένας σύγχρονος θετικιστής όπως ο Raz θα επέμενε ότι στο παράδειγμά μας φαίνεται ακριβώς η αποκλειστικότητα ως ιδιαίτερο γνώρισμα των νομικών λόγων προς το πράττειν: όποιοι υποκείμενοι λόγοι και να υπάρχουν ώστε ο νομοθέτης να καταστήσει αξιόποινη την ανθρωποκτονία από αμέλεια, από νομική σκοπιά για την υποχρέωση επιβολής της ποινής αρκεί το ότι το προβλέπει ο νόμος (δηλαδή, σε τελευταία ανάλυση, το επέλεξε ο νομοθέτης) συνδέοντας πραγματικό και έννομη συνέπεια (και βέβαια ότι σε μία συγκεκριμένη περίπτωση τελέστηκε πράγματι η τιμωρητέα πράξη). Είμαι ωστόσο της γνώμης ότι και στο ζήτημα των σχέσεων μεταξύ πραγματικού και έννομης συνέπειας μπορεί να δειχθεί ότι η θετικιστική απομόνωση ορισμένων λόγων, ως γνήσια και ιδίως απρόσμικτα νομικών, από τους υποκείμενους ηθικοπολιτικούς δεν ευσταθεί. Η πλήρωση του πραγματικού είναι ασφαλώς αναγκαίος δικαιολογητικός λόγος ώστε να επέλθει *in concreto* η έννομη συνέπεια, αυτό όμως δεν σημαίνει ότι είναι αυτόματα και επαρκής. Στο ερώτημα γιατί κατά δίκαιον σε μία ανθρωποκτονία από αμέλεια πρέπει να επιβληθεί η ορισμένη από τον νομοθέτη ποινή, η απάντηση δεν έχει πλήρες νόημα αν το ενέργημα του νομοθέτη να προβεί σε «δεοντική σύναψη» πραγματικού και έννομης συνέπειας δεν ερμηνευθεί όχι απλώς ως ψιλή νομοθετική απόφαση αλλά επί πλέον και υπό το φως τόσο των ειδικών λόγων που προσδίδουν απαξία στην τιμωρητέα πράξη όσο και των γενικότερων εκείνων που συνδέονται με τη δικαιολόγηση της πολιτειακής τιμώρησης των εγκλημάτων. Όπως θα δούμε, υπάρχει ένα επί πλέον ζήτημα σε σχέση με τον υποτιθέμενο καθαρά περιγραφικό χαρακτήρα του πραγματικού των κανόνων δικαίου.

αιτιακής πρόκλησης αποτελεσμάτων, δεν είναι ούτε σχέση απλώς λογική (φυσικά είναι και αυτό, πράγμα ωστόσο δευτερεύον)· είναι σχέση μεταξύ κανονιστικού λόγου και κανονιστικής ακολουθίας, δηλαδή μεταξύ *justificans* και *justificandum*.³⁰

4. Ρυθμιστική λειτουργία των κανόνων δικαίου

Το ζήτημα της δομής των κανόνων δικαίου έχει άμεσες προεκτάσεις και στο ζήτημα του τρόπου ρυθμιστικής λειτουργίας τους. Η κρατούσα διδασκαλία περί κανόνων δικαίου έχει διαμορφωθεί με βλέμμα μεθοδολογικά προϋδρασμένο: έχοντας κατά νου ως αφετηρία της μία συγκεκριμένη αντίληψη περί της νομικής θεμελίωσης ως βασιζόμενης πρωταρχικά στην τέλεση ενός απλού συλλογισμού (του λεγόμενου δικανικού συλλογισμού, για τον οποίο θα μιλήσουμε αργότερα), επιχειρεί αφ' ενός να υπαγάγει όλους τους κανόνες δικαίου σε ένα απλό λογικό σχήμα (το σχήμα της λογικής σύνδεσης πραγματικού και έννομης συνέπειας που, εκτός του ότι δεν διευκρινίζει την ουσιαστική πλευρά της σύνδεσης που κρύβεται πίσω από τη σχέση συνεπαγωγής, δεν αρμόζει, όπως θα δούμε σε λίγο, σε όλους τους κανόνες δικαίου) και αφ' ετέρου να ανακηρύξει πλήρεις κανόνες δικαίου μόνο εκείνους που παρέχουν την εντύπωση ότι προσφέρονται για μία άμεση λογική συναγωγή του συμπεράσματος (του διατακτικού μιάς δικαστικής απόφασης) από αυτούς τους ίδιους. Θεωρεί έτσι ότι ο τρόπος της ρυθμιστικής λειτουργίας των κανόνων δικαίου έγκειται ακριβώς στην ικανότητά τους να παραγάγουν απευθείας, συνδυαζόμενοι απλώς με τα πραγματικά γεγονότα και ιδιότητες που συγκροτούν την κρινόμενη βιοτική σχέση, την αναζητούμενη νομική κρίση. Γι' αυτό και διδάσκεται συστηματικά ότι οι κανόνες δικαίου επιδέχονται μόνο δύο τρόπους εφαρμογής, τον θετικό και τον αποθετικό: είτε καταλαμβάνουν πράγματι την κρινόμενη βιοτική σχέση, οπότε επέρχεται οπωσδήποτε η έννομη συνέπεια που προβλέπουν, είτε δεν την καταλαμβάνουν, οπότε η έννομη συνέπεια, τουλάχιστον με βάση τον συγκεκριμένο κανόνα, δεν επέρχεται· τρίτη δυνατότητα δεν υπάρχει.

30. Πρβλ. παραπάνω, σημ. 28.

Όπως θα δούμε στο επόμενο Κεφάλαιο, επίκληση του τρόπου αυτού ρυθμιστικής λειτουργίας των κανόνων δικαίου γίνεται συνήθως προκειμένου να διακριθούν οι κανόνες από τις αρχές δικαίου, για τις οποίες διδάσκεται ότι έχουν εντελώς διαφορετική κανονιστική επενέργεια. Μην μπορώντας προς το παρόν να εμβαθύνουμε στο ζήτημα, αρκούμαστε σε δύο παρατηρήσεις. Η πρώτη είναι γλωσσική και αφορά, όπως έχουμε δει σε προηγούμενο σημείο, την αδυναμία της ελληνικής γλώσσας να διακρίνει δύο είδη κανονιστικών προτάσεων, χρησιμοποιώντας ενιαία τη λέξη «κανόνας» και συνενώνοντας έτσι δύο διαφορετικές σημασίες, για τις οποίες η λατινική γλώσσα διαθέτει δύο ξεχωριστές λέξεις: τη λέξη *regula* (αγγλ. *rule*) και τη λέξη *norma* (αγγλ. *norm*). Η λέξη *regula* εννοεί κάτι παραπλήσιο με τον τρόπο ρυθμιστικής λειτουργίας που προαναφέραμε, ενώ η λέξη *norma* έχει γενικότερη σημασία και εννοεί ότι υπάρχουν και άλλοι τρόποι ρυθμιστικής λειτουργίας πέρα από αυτόν. Θα μπορούσαμε να κάνουμε λόγο για κανόνες υπό στενή και κανόνες υπό ευρεία έννοια. Αν λοιπόν, μιλώντας για κανόνες δικαίου υπονοούμε ότι ο βασικός ρυθμιστικός τρόπος είναι εκείνος της *regula* και υποβαθμίζουμε τη σημασία των άλλων *normae*, υιοθετούμε μιά πολύ συγκεκριμένη αντίληψη περί έννομης τάξης, που έχει πολλαπλές συνέπειες, μεθοδολογικές και άλλες.³¹

Η δεύτερη παρατήρηση είναι ότι μπορούμε να δεχθούμε ότι οι νομικές κρίσεις συνάγονται πράγματι από *regulae*, που λειτουργούν περίπου κατά τον προαναφερθέντα τρόπο, υπό μία όμως αυστηρότατη προϋπόθεση: ότι θα παραδεχθούμε ταυτόχρονα ότι η *regula juris* δεν είναι η αφετηρία της εφαρμογής του δικαίου και προϋφιστάμενο αντικείμενο της ερμηνείας αλλά, ακριβώς αντίθετα, το αποτέλεσμα και επιστέγασμα της ερμηνευτικής εργασίας, έτσι ώστε από το όλο «υλικό» της έννομης τάξης να καταστεί εφικτή η διατύπωση ενός απολύτως εξειδικευμένου κανόνα, από τον οποίο ύστερα να είναι δυνατή η άμεση συναγωγή συμπεράσματος για την κρινόμενη

31. Αρκεί εδώ να υπενθυμίσουμε ότι ο εκ των κορυφαίων θετικιστών H. L. A. Hart επέμεινε ότι το δίκαιο είναι ένα σύστημα κανόνων («a system of rules»: βλ. παραπάνω, Κεφ. Γ', υπό ΙΙΙ)· ο Hart εννοεί προφανώς τους κανόνες ως *regulae*.

περίπτωση.³² Επομένως οι κανόνες δικαίου δεν αρκεί να συντεθούν με μία απλή συνένωση (ή και διάσπαση) διατάξεων και να γίνει δεκτό ότι έτσι ολοκληρώνεται η συγκρότησή τους, με συνέπεια να θεωρούνται δεδομένες πριν από οποιαδήποτε ερμηνεία τους, αρκεί να εμφανίζουν τη μορφή μίας σύναψης πραγματικού και έννομης συνέπειας. Αυτό σημαίνει δύο πράγματα: πρώτον, ότι οι κανόνες δικαίου υπό στενή έννοια (οι *regulae juris*) είναι συνήθως πολύ πιο ειδικοί από ό,τι φαίνεται να προκύπτει από τις διατάξεις δικαίου, από τις οποίες πρέπει να συναχθούν μετά από μία πολύ λεπτότερη επεξεργασία από ό,τι ισχυρίζεται η τρέχουσα διδασκαλία· και δεύτερον, ότι όλες οι διατάξεις δικαίου περιέχουν κανόνες υπό την ευρύτερη σημασία (*normae juridicae*), δηλαδή ρυθμιστικές ενότητες που, ακόμη και αν η κρατούσα διδασκαλία δεν τους θεωρεί κανόνες «πλήρεις», δεν διαθέτουν ελλιπή ή μειωμένη κανονιστικότητα. Σε μία τέτοια περίπτωση πρέπει να δεχθούμε επίσης ότι ο τρόπος ρυθμιστικής επενέργειας του δικαίου είναι πολύ συνθετότερος από την εκ μέρους του νομοθέτη σύναψη πραγματικών και έννομων συνεπειών, αλλά και ότι ως κανόνες δικαίου, υπό ευρεία πλέον έννοια, πρέπει εν τέλει να θεωρήσουμε κάθε τι που προσφέρεται ως κανονιστική βάση για τη διατύπωση ενός νομικού επιχειρήματος (και επομένως, η διάκριση μεταξύ πλήρων και ατελών διατάξεων, για την οποία θα κάνουμε λόγο παρακάτω, παύει να έχει τη σπουδαιότητα που της αποδίδει η κρατούσα διδασκαλία).

Σε όλα αυτά πρέπει να προστεθεί μία ακόμη παρατήρηση. Αν, ακόμη και στην περίπτωση του γραπτού δικαίου, *norma juridica* είναι οποιαδήποτε πηγή άντλησης νομικών επιχειρημάτων, τότε η σχέση μεταξύ κανόνων υπό στενή και κανόνων υπό ευρεία έννοια είναι σχέση ενότητας και αμοιβαίας εξάρτησης και αυτό καθιστά, όπως είπαμε, πολύ συνθετότερο τον τρόπο ρυθμιστικής επενέργειας του

δικαίου από εκείνον που συνηθίζεται να θεωρείται αυτονόητος με το να εκλαμβάνονται ως βασικές ρυθμιστικές μονάδες του μόνο οι κανόνες δικαίου υπό στενή έννοια. Πράγματι, στους κανόνες δικαίου υπό στενή έννοια η τρέχουσα αντίληψη αποδίδει προνομιακή σημασία όχι μόνο επειδή ευνοούν ένα συγκεκριμένο μεθοδολογικό σχήμα άμεσης συναγωγής από αυτούς της ζητούμενης νομικής κρίσης, αλλά και επειδή εναρμονίζονται καλύτερα με έναν διαδεδομένο τρόπο «προστακτικής» σύλληψης της κανονιστικής επενέργειας του δικαίου. Τον τρόπο αυτόν προήγαγαν σε μεγάλο βαθμό οι μεγάλες κωδικοποιήσεις που είδαν το φως κυρίως στην ηπειρωτική Ευρώπη κατά τους δύο περασμένους αιώνες, οι οποίες έκαναν το δίκαιο να εμφανίζεται σαν να ήταν μία εκκοσμιευμένη (και βέβαια πολύ λεπτότερα επεξεργασμένη) μορφή Δέκα Εντολών. Κανόνες, με βάση αυτή την κατευθυντήρια ιδέα, είναι υποδείξεις προς τη συμπεριφορά μας τους οποίους είτε θα τηρήσουμε είτε θα παραβούμε, μη έχοντας την ευχέρεια να κρίνουμε αν θα έπρεπε ή αν θα μας συνέφερε ή αν θα ήταν σύμφωνη με τις λοιπές παραδοχές μας η συμμόρφωσή μας. Από τη σκοπιά των λόγων προς το πράττειν, οι υπό στενή έννοια κανόνες λειτουργούν δηλαδή έτσι όπως είδαμε ότι αντιλαμβάνεται τους νομικούς λόγους προς το πράττειν ο Raz: ως λόγοι αποκλειστικοί, που αξιώνουν από εμάς να αφήσουμε κατά μέρος οποιεσδήποτε άλλες κανονιστικές εκτιμήσεις θα μπορούσαν να έχουν σχέση με το πρακτικό ζήτημα που μας απασχολεί. Οι κανόνες μπορούν όμως να λειτουργούν και με έναν άλλον τρόπο: ως κανονιστικές υποδείξεις που συνοψίζουν, προς χάρη πρακτικής αποτελεσματικότητας, το τί λόγους έχουμε ώστε να επιδείξουμε ορισμένη συμπεριφορά σε έναν κύκλο ομοειδών περιστάσεων, προκειμένου στην πλειονότητα των περιπτώσεων να μην αστοχούμε στις αποφάσεις μας χωρίς και να χρειάζεται να ξετυλίγουμε κάθε φορά από την αρχή όλες τις πτυχές του πρακτικού ζητήματος ενώπιον του οποίου βρισκόμαστε και να συγκρίνουμε και συνεκτιμούμε όλα τα δυνατά επιχειρήματα. Αυτό δεν εμποδίζει όμως, όταν οι δυσκολίες των περιστάσεων το απαιτούν, να αναζητήσουμε πίσω από την πρακτική σύνοψη που μας προσφέρει ο κανόνας όλους τους λόγους προς το πράττειν που είναι κρίσιμοι, και τους οποίους ο κανόνας είχε για λόγους πρακτικής διευκόλυνσης των δρώντων συγκεράσει και

32. Είναι εξαιρετικά ενδιαφέρον να σημειώσουμε ότι οι Ρωμαίοι νομικοί έτσι ακριβώς εννοούσαν τις *regulae juris*: «Regula est quae rem breviter enarrat», D. 50, 17, 1 (Paulus). Κανόνας δικαίου (υπό στενή έννοια) είναι δηλαδή εκείνος που αρμόζει επακριβώς στην κρινόμενη περίπτωση (ή, όπως θα μπορούσαμε να μεταγλωττίσουμε το χωρίο, εκείνος η διατύπωση του πραγματικού του οποίου συνιστά και τη βραχύλογη αφηγηματική διατύπωση της κρινόμενης περίπτωσης).

συνοψίζει, προσφέροντας τον εαυτό του ως απλώς εκ πρώτης όψεως ξεχωριστό λόγο προς το πράττειν.³³

Το ζήτημα αν στο δίκαιο υπερισχύουν οι κανόνες της πρώτης ή της δεύτερης σημασίας συνδέεται, όπως είναι προφανές, με το γενικότερο ζήτημα της κανονιστικότητας του δικαίου και του χαρακτήρα των νομικών λόγων προς το πράττειν, που εξετάσαμε σε προηγούμενα Κεφάλαια (Γ' και Δ'). Η βασική αντιθετικιστική μας προδιάθεση μας οδηγεί στην απόρριψη της υιοθέτησης της πρώτης σημασίας. Αυτό δεν σημαίνει ότι στο δίκαιο ισχύει αυτομάτως η δεύτερη σημασία. Οι λόγοι προς το πράττειν που συνδέονται με το δίκαιο είναι ιδιάζοντες, όχι όμως επειδή είναι αυτοτελείς και αποκλειστικοί· αλλά και δεν αποτελούν απλές συνόψεις λόγων που ούτως ή άλλως θα μας δέσμευαν και χωρίς τη μεσολάβηση της νομοθεσίας. Η θέσπιση του δικαίου δημιουργεί, όπως είδαμε, μία νέα κανονιστική πραγματικότητα, στην οποία αναφέρονται λόγοι που, λόγω του θεσμικού τους χαρακτήρα, διαθέτουν μία ιδιαίτερη βαρύτητα· αυτή όμως δεν οφείλεται στα τυπικά και μόνο χαρακτηριστικά που τους προσδίδει η προέλευσή τους από τη νομοθετική αυθεντία, αλλά επειδή τεκμηριώνεται και ουσιαστικά, δηλαδή και από μία σκοπιά που συνυπολογίζει τη θεσμική τους διάσταση, αλλά και δεν θέτει κατά μέρος όλες τις γενικές εκτιμήσεις μας για το τί καθήκοντα έχουμε προς τους άλλους. Στις εκτιμήσεις αυτές μπορούμε ανά πάσα στιγμή (και συχνά είναι απολύτως απαραίτητο) να προσφύγουμε προκειμένου να κατανοήσουμε όχι μόνο γιατί οι θεσμικοί λόγοι διαθέτουν αυτήν την ειδική βαρύτητα, αλλά και τί ακριβώς ζητούν από εμάς.

5. Ρυθμιστικό περιεχόμενο

Προς ολοκλήρωση της γενικής εικόνας του τί είναι οι κανόνες δικαίου απαιτείται η προσθήκη ορισμένων παρατηρήσεων που αφορούν το ρυθμιστικό περιεχόμενό τους. Το παράδειγμα του άρθρου 302 ΠΚ μπορεί και πάλι να χρησιμεύσει ως αφετηρία. Η σύναψη πραγματικού και έν-

33. Την όχι παντού ομοιόμορφη σημασία των κανόνων ως λόγων προς το πράττειν αναλύει διεξοδικά ο Edward W. McClellenn, «The Rationality of Being Guided by Rules», στο Alfred R. Mele & Piers Rawling (επιμ.), *The Oxford Handbook of Rationality*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2004, σ. 222 κ.ε.

νομης συνέπειας στον κανόνα δικαίου, ή εν πάση περιπτώσει ό,τι άλλο μπορεί να θεωρηθεί *norma juridica*, δεν έχει το νόημα της εξάντλησης της κανονιστικής επενέργειας της ρύθμισης με την εφαρμογή της σε μία και μόνη περίπτωση: η διάταξη δεν έχει θεσπιστεί έτσι ώστε η τέλεση μίας και μόνο ανθρωποκτονίας από αμέλεια, της πρώτης που θα συμβεί, να εξαντλεί τη ρυθμιστική της ισχύ. Ακριβώς αντίθετα, η περιεχόμενη στον κανόνα ρύθμιση εμφανίζει δύο αλληλένδετα γνωρίσματα που την καθιστούν ικανή να τύχει εφαρμογής σε περισσότερες από μία περιπτώσεις. Ήδη με βάση την τρέχουσα θεώρηση των κανόνων δικαίου ως λογικών συνάψεων πραγματικού και έννομης συνέπειας, και χωρίς δηλαδή να στραφούμε προς το υποκείμενο είδος σύνδεσης, γίνεται φανερό ότι τα υποκείμενα προς τα οποία απευθύνονται είναι δυνητικώς πολλά: ως προς κάθε πρόσωπο *x* ισχύει ότι αν *x* τελέσει την πράξη *a* (ανθρωποκτονία από αμέλεια) επέρχεται η έννομη συνέπεια *b*. Ταυτόχρονα όμως και η ίδια η τιμωρητέα πράξη περιγράφεται γλωσσικά κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αφήνει ανοιχτό το ενδεχόμενο να μπορεί να πραγματοποιηθεί κατά παραλλάσσοντες τρόπους (με απρόσεκτη χρήση επικίνδυνων μηχανημάτων από έναν εργολάβο, με λανθασμένη χορήγηση φαρμάκων στον ασθενή εκ μέρους του θεράποντος γιατρού λόγω ανεπίτρεπτης βιασύνης του, με παράλειψη καθαρισμού του δαπέδου ενός προσιτού στο κοινό χώρου, στο οποίο χύθηκε ένα υγρό που το έκανε γλιστερό, κ.ο.κ.). Η διάταξη καταλαμβάνει δηλαδή όλα τα πρόσωπα που τυχόν θα τελέσουν την τιμωρητέα πράξη, ενώ επίσης τα χαρακτηριστικά της πράξης αυτής καθορίζονται έτσι ώστε στη ρύθμιση να εμπίπτει ένας κατ' αρχήν όχι εντελώς επακριβώς εμπειρικά παρά μόνο μέσω κάποιων κανονιστικά κρίσιμων γνωρισμάτων προσδιορισμός αριθμός μελλοντικών πράξεων. Τα γνωρίσματα αυτά προσδίδουν στον κανόνα αντιστοίχως τον χαρακτήρα του γενικού και του αφηρημένου. Αποδέκτης της γενικής νομοθετικής επιταγής είναι αφ' ενός τα πολιτειακά όργανα που είναι κάθε φορά αρμόδια για την κίνηση και τη διεύθυνση της ποινικής διαδικασίας καθώς και την έκδοση καταδικαστικής απόφασης και ακολούθως για την εκτέλεση της ποινής, και αφ' ετέρου, αν και αυτό έχει υποβαθμιστεί από ορισμένους συγγραφείς,³⁴

34. Όπως είδαμε και σε προηγούμενο σημείο, σπουδαιότερος από αυτούς είναι ο Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (βλ. παραπάνω, σ. 163 σημ. 16), σ. 25 κ.ε., σε

ο ίδιος ο δράστης, δηλαδή οποιοδήποτε πρόσωπο συμβεί να τελέσει ανθρωποκτονία από αμέλεια, που βαρύνεται λόγω της πράξης του αυτής με την υποχρέωση να υποστεί την ποινή. Αντικείμενο της ρύθμισης είναι εξ άλλου η ανθρωποκτονία από αμέλεια, δηλαδή μία πράξη περιγραφόμενη σε μία γλώσσα πολύ πιο αφηρημένη από εκείνη που θα χρησιμοποιούσε λ.χ. ένας αυτόπτης μάρτυρας προκειμένου να περιγράψει τα συγκεκριμένα γεγονότα που υπέπεσαν στην αντίληψή του επειδή έτυχε να συμβούν μπροστά του. Το ζήτημα δεν μπορεί βέβαια να εξεταστεί εδώ περισσότερο και θα αναλυθεί στο οικείο Κεφάλαιο περί εφαρμογής του δικαίου (ΙΔ').

III. Διαφωνίες ως προς τα γνωρίσματα των κανόνων δικαίου

Ακόμη και στους κόλπους της κρατούσης διδασκαλίας, τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα που κατά τα προηγούμενα αποδίδονται στους κανόνες δικαίου, με εξαίρεση εκείνο της κανονιστικότητας και του υποδεικτικού χαρακτήρα της γλώσσας στην οποία είναι διατυπωμένοι, δηλαδή τόσο το γενικό και αφηρημένο της ρύθμισης όσο και η διάρθρωσή τους με τη μορφή του συνδυασμού δύο προτάσεων που εκφράζουν το πραγματικό και την έννομη συνέπεια και από συντακτική-λογική

συνδυασμό και με το προγενέστερο βιβλίο του *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1911, σ. 195 κ.ε. (εναντίον της θεωρίας των προσταγών), ιδίως σ. 201 κ.ε., που υποστηρίζει ότι οι κανόνες δικαίου γενικά είναι πρωτίστως πολιτειακές αυτοδεσμεύσεις, δηλαδή επιταγές της πολιτείας προς τα ίδια της τα όργανα να ενεργήσουν και (ως δικαστές) να κρίνουν κατά ορισμένον τρόπο, ενώ προς τους πολίτες απευθύνονται μόνο έμμεσα, ορίζοντας απλώς ότι αυτοί, αν θέλουν να αποφύγουν την κύρωση, πρέπει να επιδείξουν την αντίθετη συμπεριφορά από εκείνη που γεννά το καθήκον των πολιτειακών οργάνων να την επιβάλουν. Ο βαθύτερος λόγος της θεωρίας αυτής είναι προφανώς φιλελεύθερος: ο μεγάλος αυστριακός θεωρητικός του δικαίου υπονοεί ότι ο καθένας είναι ελεύθερος να πράττει όπως ο ίδιος κρίνει και το δίκαιο δεν μπορεί να του επιβάλει απολύτως τίποτε, επειδή έξωθεν προερχόμενοι λόγοι προς το πράττειν (προσταγές, όπως λέει ο ίδιος) δεν έχουν θέση στο δίκαιο και το ενδεχόμενο επιβολής της κύρωσης, η απειλή της οποίας είναι το κύριο περιεχόμενο των κανόνων δικαίου, μπορεί απλώς να λειτουργήσει ως αντικίνητρο για τους πολίτες.

σκοπιά τελούν σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση (ή συνεπαγωγή), από πολλούς συγγραφείς υποστηρίζεται ότι –και από άλλους αμφισβητείται αν– αποτελούν αναγκαία γνωρίσματα των (υπό στενή έννοια) κανόνων δικαίου.

Ι. Ατομικοί κανόνες δικαίου

Πολλές συζητήσεις έχει προκαλέσει το ερώτημα αν είναι νοητοί ατομικοί κανόνες δικαίου. Στο ερώτημα αυτό απαντούν καταφατικά όσοι, υπό την επιρροή της διδασκαλίας του Kelsen, υποστηρίζουν ότι η έννομη τάξη είναι κανονιστικά διαρθρωμένη κατά βαθμίδες και τοποθετούν στη βάση της δικαϊκής πυραμίδας ατομικές δεοντικές προτάσεις, όπως είναι ιδίως τα διατακτικά των δικαστικών αποφάσεων, οι μη δι-αρκείς συμβάσεις και ορισμένες εκτελεστές ατομικές διοικητικές πράξεις (π.χ. μία πράξη που διατάσσει την κατεδάφιση ενός αυθαίρετου κτίσματος).³⁵ Το ζήτημα είναι όμως αν οι ατομικές αυτές δεοντικές προτάσεις αποτελούν και (ατομικούς) κανόνες δικαίου.

Από γλωσσική σκοπιά, η σημασία της λέξης «κανόνας», με την οποία δηλώνεται κάτι το επαναλαμβανόμενο ακόμη και εκεί όπου η επανάληψη νοείται απλώς εμπειρικά, φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση προς την άποψη αυτή, τουλάχιστον ως προς το σκέλος του αφηρημένου των κανόνων: ενώ δεν μπορεί γλωσσικά να αποκλειστεί η ύπαρξη υποκειμενικών κανόνων, κανόνων δηλαδή που να ισχύουν για ορισμένο δρων υποκείμενο και μόνο από τη σκοπιά αυτή δεν διαθέτουν γενικότητα, για παράδειγμα κανόνων που ένα συγκεκριμένο άτομο έχει μόνο του αποφασίσει να ακολουθεί στη ζωή του (π.χ. να μην καπνίζει), η (αυτο)δέσμευση από τον κανόνα πρέπει να έχει ορισμένη διάρκεια και να μην αναλίσκεται με την εφάπαξ τήρηση ή συμμόρφωση, κατά συνέπεια δεν μπορούμε να μιλάμε για κανόνα εκεί όπου λείπει το στοιχείο του αφηρημένου (πράγμα που συμβαίνει, π.χ., όταν κάποιος

35. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, σ. 20, 242 κ.ε., 261 κ.ε., 266 κ.ε.· Koller, σ. 77· Ota Weinberger, *Norm und Institution* (βλ. παραπάνω, σημ. 11), σ. 85, 88 (ο οποίος ως παραδείγματα ατομικών κανόνων δικαίου αναφέρει τις διατάξεις που καθορίζουν τη σημαία και τον εθνικό ύμνο μίας χώρας). Παρ' ημίν, την ύπαρξη ατομικών κανόνων υποστηρίζει κυρίως, υπό την επιρροή του Kelsen, ο Επαμεινώνδας Σπηλιωτόπουλος.

αυτοδεσμευτεί να μην καπνίσει κατά τη διάρκεια μιάς επικείμενης σύντομης συνάντησης με έναν γνωστό του) – κάτι που και το γλωσσικό μας αίσθημα φαίνεται να μας υπαγορεύει, αφού στις περιπτώσεις αυτές θα κυριολεκτούσαμε αν κάναμε λόγο για μεμονωμένες αποφάσεις του δρώντος μάλλον παρά για κανόνες. Το ίδιο πρέπει να γίνει δεκτό ως προς το γνώρισμα του αφηρημένου και για τους κανόνες δικαίου. Δεν μπορεί να υπάρχει κανόνας δικαίου εκεί όπου η ρυθμιζόμενη πράξη ορίζεται εξατομικευμένα, δηλαδή όχι μόνο με ονοματισμό του δρώντος υποκειμένου αλλά και με ταυτόχρονο συγκεκριμένο προσδιορισμό του χώρου και του χρόνου τέλεσης της πράξης. Κατά συνέπεια, παρ' όλον τον δεοντικό χαρακτήρα τους, τα διατακτικά των δικαστικών αποφάσεων και οι εκτελεστές ατομικές διοικητικές πράξεις δεν είναι δυνατόν –ήδη για λόγους γλωσσικούς, που απαιτούν το αφηρημένο των κανόνων– να θεωρηθούν κανόνες δικαίου.

Το ζήτημα δεν εξαντλείται όμως εδώ. Ανοιχτό παραμένει το ερώτημα αν μπορεί πάντως να γίνει λόγος για (ατομικών) κανόνα δικαίου εκεί όπου οι καταλαμβανόμενες πράξεις περιγράφονται με αφηρημένα, η αφηρημένη ωστόσο διατύπωση υποκρύπτει μία και μόνη δυνατή περίπτωση εφαρμογής, ή εκεί όπου προσδιορίζεται με αφηρημένα η ρυθμιζόμενη πράξη έτσι ώστε να επιδέχεται πολλαπλές πραγματώσεις, αλλά καθορίζεται εξατομικευμένα το δρων υποκείμενο (άρα συντρέχει το στοιχείο του αφηρημένου αλλά λείπει εκείνο της γενικότητας).

Στο πρώτο από τα δύο αυτά ερωτήματα μπορούμε να απαντήσουμε αντλώντας επιχειρήματα από τον τρόπο με τον οποίο γίνεται στο διοικητικό δίκαιο διάκριση μεταξύ κανονιστικών και ατομικών διοικητικών πράξεων. Όπως έχει εκεί διδαχθεί και νομολογηθεί, η θεμελιώδης διαφορά μεταξύ κανονιστικών και ατομικών διοικητικών πράξεων έγκειται στο ότι οι πρώτες, που σε αντίθεση προς τις δεύτερες περιέχουν κανόνες δικαίου, έχουν γενικές (ως προς τα πρόσωπα) και αφηρημένες (ως προς τις περιστάσεις) προϋποθέσεις εφαρμογής, ενώ οι δεύτερες αφορούν ατομικά ορισμένες περιπτώσεις.³⁶ Περαιτέρω γίνεται δεκτό ότι, παρά τη γλωσσική της μορφή, μία διοικητική πράξη που είναι διατυπωμένη γενικά και αφηρημένα μπορεί να υποκρύπτει

36. Πάγια επ' αυτού η κρατούσα διδασκαλία του Διοικητικού δικαίου και η νομολογία του ΣτΕ.

μία απλώς ατομική πράξη, όταν είναι εξ αρχής σαφές ότι η περίπτωση εφαρμογής της είναι μία και μοναδική, επειδή είναι βέβαιο ότι στο ορατό μέλλον οι γενικά και αφηρημένα διατυπωμένες προϋποθέσεις μπορούν να πληρωθούν μία και μόνη φορά, γνωστή μάλιστα εκ των προτέρων (όταν δηλαδή, όπως λέγεται συνήθως, η διατύπωση είναι τέτοια ώστε να «φωτογραφίζει» μία μοναδική περίπτωση). Από την άλλη πλευρά βέβαια μία γενικά και αφηρημένα διατυπωμένη δεοντική δικαϊκή πρόταση δεν παύει να αποτελεί κανόνα δικαίου επειδή, όπως πρόκειται να διαπιστωθεί εκ των υστέρων, θα συμβεί να εφαρμοστεί μία και μόνη φορά. Εδώ το μεμονωμένο της εφαρμογής είναι τυχαίο στοιχείο της ιστορίας του κανόνα και όχι, όπως ιδίως στις δικαστικές αποφάσεις, εγγενές γνώρισμα της δεσμευτικότητάς του. Ενώ λοιπόν πρέπει να γίνει δεκτό ως βέβαιο ότι γνώρισμα των κανόνων δικαίου είναι το γενικό και αφηρημένο της περιεχόμενης σ' αυτούς ρύθμισης, η γλωσσική διατύπωση μιάς δεοντικής πρότασης δεν αποτελεί αψευδές τεκμήριο της ικανότητάς της να είναι ανοιχτή στο μέλλον, δηλαδή να επιδέχεται εφαρμογές μη εξαντλούμενες σε όσες είναι προσδιορίσιμες ατομικά εκ των προτέρων.³⁷ Για τη διάκριση συνεπώς μεταξύ κανονιστικής και ατομικής πράξης, το γενικό και αφηρημένο της διατύπωσής της αποτελεί μία απλή πρώτη ένδειξη, η οποία χρειάζεται να συμπληρωθεί από ένα πρόσθετο στοιχείο ώστε να καταστεί ικανοποιητικό κριτήριο διαφοροποίησης. Το στοιχείο αυτό δεν μπορεί να είναι άλλο από εκείνο που είδαμε γενικά ότι απαιτείται σε συμπλήρωση των εμπειρικών δεδομένων (στην περίπτωσή μας: της εξωτερικής μορφής του κειμένου) προκειμένου ένα πραγματικό γεγονός να γίνει αντιληπτό ως γενεσιουργός λόγος νομικής δεσμευτικότητας: είναι ο δικαιολογητικός λόγος, η ratio της περιεχόμενης στην πράξη ρύθμισης. Αν, με άλλα λόγια, η καλύτερη δυνατή ηθικοπολιτική δικαιολόγηση της πράξης την αναδεικνύει σε ρύθμιση επιδεκτική δεσμευτικής εφαρμογής και σε μη

37. Το κριτήριο αυτό του ανοιχτού στο μέλλον –με εξαίρεση των μεταβατικών διατάξεων– ως κρίσιμο για τη διάκριση, προβάλλουν και οι Koch – Rüßmann, σ. 81, ο αυστηρά θετικιστικός προσανατολισμός των οποίων δεν τους επιτρέπει όμως να προχωρήσουν την ανάλυσή τους και να δεχθούν ότι απώτατο μέσο «διαπίστωσης» του αν το κριτήριο αυτό συντρέχει είναι η ratio της περιεχόμενης στην πράξη ρύθμισης και όχι η ούτως ή άλλως αβέβαιη εμπειρική πρόβλεψη του αν πρόκειται να εμφανισθούν παρόμοιες περιπτώσεις και στο μέλλον.

εκ των προτέρων γνωστές περιπτώσεις, τότε θα πρόκειται για πράξη που περιέχει κανόνα δικαίου, διαφορετικά θα πρόκειται για συγκαλυμμένη ατομική πράξη που για πολλούς λόγους³⁸ δεν πρέπει να συγχέεται προς κανόνα δικαίου.

Αν πάντως μία δικαϊκή δεοντική πρόταση αφορά αφηρημένα προσδιοριζόμενες πράξεις και είναι έτσι ανοιχτή σε μελλοντικές εφαρμογές, δεν υπάρχουν σοβαροί εννοιολογικοί λόγοι ώστε να αρνηθεί κανείς τον χαρακτήρα της ως κανόνα ακόμη και στην περίπτωση που η ρύθμιση αφορά ατομικά προσδιοριζόμενα υποκείμενα. Βέβαια οι κανόνες δικαίου που περιέχονται σε νόμους ή σε κανονιστικές διοικητικές πράξεις οφείλουν για ηθικοπολιτικούς λόγους, προς αποφυγή δηλαδή αδικαιολόγητων και έτσι και δικαϊκά απαράδεκτων ανισοτήτων, να είναι γενικοί και απρόσωποι. Σε άλλες περιπτώσεις ωστόσο, ιδίως στο πεδίο της ιδιωτικής αυτονομίας, δεν συντρέχουν αντίστοιχοι λόγοι. Έτσι, εφ' όσον φυσικά ικανοποιείται το προαπαιτούμενο του αφηρημένου, μπορούμε να δεχθούμε την ύπαρξη συμβατικών κανόνων, όπως ιδίως κανόνων που γεννούν δικαιώματα και υποχρεώσεις μεταξύ των συμβαλλομένων σε μία διαρκή σύμβαση ή που προβλέπουν δικαίωμα καταγγελίας της σύμβασης αν συντρέξουν ορισμένοι σπουδαίοι λόγοι, παρ' όλο το ότι τα πρόσωπα των μετεχόντων στη σύμβαση είναι ατομικά ορισμένα και γνωστά εξ αρχής· ενώ αντίθετα, ελλείψει ακριβώς του στοιχείου του αφηρημένου, δεν μπορεί να γίνει λόγος για συμβατικό κανόνα δικαίου που να επιτάσσει, σε μία ατομικά ορισμένη σύμβαση πώλησεως, να καταβάλει ο συγκεκριμένος αγοραστής στον συγκεκριμένο πωλητή το τίμημα σε μία δήλη ημερομηνία.

2. Αναγκαία η ύπαρξη πραγματικού και έννομης συνέπειας;

Δυσχερέστερα ζητήματα θέτει το ερώτημα αν όλοι οι κανόνες δικαίου μπορούν να αναχθούν στο σχήμα δύο προτάσεων που να τελούν μεταξύ τους σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση. Ως προς μία τουλάχιστον κατηγορία κανόνων δικαίου, εκείνων που προβλέπουν την επέλευση

38. Ο σπουδαιότερος από αυτούς είναι η αποτροπή καταστρατηγήσεων που αποβλέπουν στην παράκαμψη του ιδιάζοντος δικαστικού ελέγχου, στον οποίο υπόκεινται οι ατομικές διοικητικές πράξεις.

μίας κύρωσης στην περίπτωση που επιδειχθεί ορισμένη συμπεριφορά, το σχήμα αυτό λειτουργεί απρόσκοπτα: αν κάποιος τελέσει την πράξη που προσδιορίζεται στο πραγματικό του κανόνα, π.χ. μιιά ανθρωποκτονία από αμέλεια, γεννάται η υποχρέωση επιβολής της κύρωσης (ποινής) που προβλέπεται στην έννομη συνέπειά του. Αμφισβήτηση της γενικής εφαρμογής του σχήματος δεν θα προέκυπτε αν όλοι οι κανόνες δικαίου ήσαν κυρωτικοί. Ακόμη ωστόσο και αν διευρύνουμε μέχρι τα ακρότατα όριά της την έννοια της κύρωσης, έτσι ώστε να περιλαμβάνει όχι μόνο τις προφανέστερες αρνητικές έννομες συνέπειες, δηλαδή τις ποινές, την υποχρέωση προς αποζημίωση και τις διάφορες μορφές ακυρότητας,³⁹ αλλά και –με κίνδυνο βέβαια παραβίασης κάθε γλωσσικής αλλά και ηθικοπολιτικής διαίσθησης– τη γένεση ενός νομικού καθήκοντος οποιασδήποτε μορφής (π.χ. την υποχρέωση καταβολής του φόρου που αναλογεί στο εισόδημά μας), ή ακόμη και τις θετικού χαρακτήρα αντιδράσεις της έννομης τάξης,⁴⁰ και πάλι δεν θα καλύπτονταν όλες οι περιπτώσεις κανόνων δικαίου. Θεωρητικές κατασκευές όπως αυτές που ανάγουν τους κυρωτικούς κανόνες σε «βασικές» ή «κύριες» μορφές κανόνων δικαίου και υποβαθμίζουν τις άλλες κατηγορίες, παρ' ότι λογικά δυνατές, από άποψη ουσίας φαίνονται να περιορίζουν αδικαιολόγητα το εύρος των λειτουργιών του δικαίου και να έρχονται σε σύγκρουση προς την αντίληψη που έχουν για το δίκαιο οι περισσότεροι νομικοί.⁴¹

39. Για μιιά προσπάθεια ανάλυσης των ακυροτήτων στο πλαίσιο της γενικής θεωρίας των κανόνων δικαίου, βλ. Riccardo Guastini, «Invalidity», *Ratio Juris* 7 (1994), 212 κ.ε.

40. Ως γνωστόν, ο Kelsen, *Reine Rechtslehre* (βλ. παραπάνω, σ. 163 σημ. 16), σ. 26, 28, στις κυρώσεις καταλέγει ακόμη και τις ανταμοιβές.

41. Στην κυρωτική λειτουργία του δικαίου, διευρύνοντας την έννοια της κύρωσης με τον τρόπο που είδαμε στην προηγούμενη σημ., επιμένει τόσο ώστε να ανάγει τους κυρωτικούς κανόνες σε «κύριες» μορφές κανόνων δικαίου ο Hans Kelsen. Εναντίον του Kelsen στρέφεται ωστόσο με εύστοχα επιχειρήματα ο Ota Weinberger, «Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie», στο Hans Lenk (επιμ.), *Normenlogik*, Pullach b. München, Dokumentation, 1974, σ. 89 κ.ε., ιδίως 107 κ.ε. Το ζήτημα συνδέεται άμεσα με τη διάγνωση, ακόμη και εκ μέρους κορυφαίων θετικιστών, ότι η έννομη τάξη δεν είναι δυνατόν να απευθύνεται αποκλειστικά στους παραβάτες και να αδιαφορεί απέναντι στο ενδεχόμενο να υπάρχουν και δρώντες που θα επέλεγαν να συμμορφωθούν προς αυτήν για λόγους

Έχει ήδη από παλαιά υποστηριχθεί από τον Jeremy Bentham, και στη συνέχεια από τον γερμανό νομικό Karl Binding, ότι οι κυρωτικοί κανόνες δεν είναι κανονιστικά από κάθε άποψη αυτοτελείς. Το επιχείρημα είναι ότι, όταν ένας κανόνας συνδέει την τέλεση ορισμένης πράξης με την επιβολή μιάς αρνητικής για τον πράττοντα έννομης συνέπειας, το δίκαιο εξυπακούει μέσω της απειλής της κύρωσης ότι αποδοκιμάζει αυτήν την πράξη, διαφορετικά η επιβολή της κύρωσης θα ήταν ακατανόητη και αυθαίρετη. Ακολουθώντας τον Binding, πολλοί συγγραφείς ονόμασαν ως εκ τούτου τους κυρωτικούς κανόνες δευτερεύοντες και τόνισαν ότι, και αν ακόμη δεν υπάρχει ρητά διατυπωμένος ένας άλλος, λογικά πρότερος κανόνας που να απαγορεύει ή να επιτάσσει την πράξη, η τέλεση (ή αντίστοιχα η παράλειψη) της οποίας επιφέρει την κύρωση, ο κανόνας αυτός, τον οποίο ονομάζουν πρωτεύοντα, ανήκει παρ' όλα αυτά στην έννομη τάξη ως άρρηκτα ενωμένος με τον κυρωτικό.⁴² Έτσι, δεν μπορεί λ.χ. να υποστηρίξει κανείς πειστικά ότι το ποινικό μας δίκαιο ενδιαφέρεται για την ανθρωποκτονία εξ αμελείας απλώς και μόνο επει-

ηθικούς. Ένα άλλο ζήτημα, το οποίο δεν απασχόλησε τον Kelsen, είναι εκείνο των κανόνων που απαιτούν την επίτευξη ενός στόχου ή τη μεγιστοποίηση ενός αποτελέσματος, όπως είναι λ.χ. ο συνταγματικός κανόνας περί προαγωγής της παιδείας ή ο κανόνας του οικογενειακού δικαίου περί της άσκησης της γονικής μέριμνας προς το συμφέρον του τέκνου (ΑΚ 1511). Βλ. σχετικά Weinberger, *Norm und Institution* (παραπάνω, σημ. 11), σ. 94 («Aufgabenormen oder finale Normen»).

42. Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Νέα Υόρκη, Columbia University Press, 1945, σ. 234 κ.ε., και *Of Laws in General*, Λονδίνο, The Athlone Press, 1970, σ. 143 κ.ε.· Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Λειψία, Engelmann, τόμ. I, 1914 (έργο συνολικά 5 τόμο, που από πολλές απόψεις είναι και σήμερα ακόμη άξιο μελέτης). Για τη διάκριση «πρωτευόντων» και «δευτερευόντων» κανόνων δικαίου, βλ. Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 31 κ.ε., που ασπάζεται ωστόσο ορισμένες ανορθόδοξες απόψεις ως προς τα γνωρίσματα των πρωτευόντων κανόνων: υποστηρίζει ότι οι πρωτεύοντες κανόνες δικαίου είναι «επιτακτικοί», δηλαδή μπορούν ή και πρέπει να διατυπωθούν σε προστακτική έγκλιση, διέπονται από τη δεοντική λογική, σε αντίθεση προς τους δευτερεύοντες που κατ' αυτόν διέπονται από την αποφαντική λογική, και, μη όντας ρητά διατυπωμένοι, «αναφέρονται εις τας a priori βάσεις του δικαίου» (σ. 33), ως εκ τούτου δε, δεν ενδιαφέρουν τη μεθοδολογία του δικαίου – με μικρές διαφορές, οι απόψεις αυτές αναδιατυπώνονται εκτενέστερα και σαφέστερα σε Αραβαντινό, *Εισαγωγή*, σ. 125 κ.ε. Για μιά αντίστοιχη διάκριση στην αγγλο-αμερικανική θεωρία, βλ. Meir Dan-Cohen, «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review* 97 (1984), 625 κ.ε. Για τους εδώ ενδοιασμούς κατά της διάκρισης, βλ. παρακάτω, υπό IV.

δή είναι μιά πράξη που, αν τελεστεί, γεννά το καθήκον επιβολής ορισμένης ποινής, ενώ κατά τα λοιπά αποτελεί μιά πράξη νομικά αδιάφορη, δηλαδή που καθ' εαυτήν δεν αποδοκιμάζεται (ούτε, βέβαια, επικροτείται) από το δίκαιο επειδή δεν υπάρχει ρητός κανόνας που να την απαγορεύει. Αν δεχθούμε τη διάκριση, οι «πρωτεύοντες» απαγορευτικοί ή επιτακτικοί κανόνες, τον χαρακτήρα των οποίων ως ισχύοντος δικαίου δεν μπορούμε τότε να αμφισβητήσουμε, είναι κανόνες που αδυνατούν να αναχθούν στο σχήμα πραγματικού και έννομης συνέπειας, δεν είναι δηλαδή, κατά την παλαιά λογική ορολογία, κανόνες υποθετικοί (ακριβέστερα: κανόνες ηρητημένοι από προϋποθέσεις) αλλά κατηγορικοί: ο κανόνας «απαγορεύεται η ανθρωποκτονία εξ αμελείας» δεν έχει απολύτως κανένα νόημα να αναδιατυπωθεί με τη μορφή «εάν κάποιος προκαλέσει τον θάνατο κάποιου άλλου από αμέλεια, τελεί πράξη απαγορευμένη».⁴³ Από την άλλη πλευρά βέβαια δεν πρέπει να μας διαφεύγει ότι πολλές φορές το ίδιο το τεθειμένο δίκαιο εισάγει με ρητές του διατάξεις τέτοιου είδους «πρωτεύοντες» κανόνες δικαίου, για να ακολουθήσει, πολύ συχνά στην ίδια διάταξη, ο «δευτερεύων» κυρωτικός κανόνας. Έτσι, λ.χ., η διάταξη του άρθρου 685 § 2 ΑΚ, που ορίζει ότι «Εάν κατά την εκτέλεση του έργου προκύψει κατάσταση, από την οποία κινδυνεύει η έγκαιρη ή η προσήκουσα εκτέλεση, ο εργολάβος οφείλει να ειδοποιήσει αμελλητί τον εργοδότη, διαφορετικά ευθύνεται για τις επιζήμιες συνέπειες», περιέχει, αν ακολουθήσουμε τη διάκριση, στο μεν πρώτο της σκέλος τον πρωτεύοντα κανόνα δικαίου που καθιερώνει την υποχρέωση ειδοποίησης – εδώ μάλιστα έχουμε πρωτεύοντα κανόνα που εμπεριέχει ο ίδιος προϋποθέσεις! – και στο δεύτερο σκέλος της τον δευτερεύοντα που ρυθμίζει τις έννομες συνέπειες της παράβασης του πρωτεύοντος.

Το πρόβλημα δεν περιορίζεται όμως μόνο εκεί. Ακόμη και αν κάποιος δεν θα ήσαν πρόθυμοι να δεχθούν ότι οι (συνήθως άγραφοι) πρωτεύοντες κανόνες αποτελούν εξ ίσου ισχύον δίκαιο όπως και οι δευτερεύοντες,

43. Όταν λέμε ότι ο κατά τον Binding «πρωτεύων» απαγορευτικός κανόνας είναι κατηγορικός, δεν εννοούμε, κατά καντιανό τρόπο, ότι είναι κανόνας ηθικός (είναι, βέβαια, και ηθικός), αλλά απλώς και μόνο ότι η απαγόρευση της πράξης δεν τελεί υπό προϋποθέσεις που να περιορίζουν τις περιπτώσεις εφαρμογής της. Όπως σημειώσαμε και προηγουμένως (παραπάνω, σημ. 22) σε σχέση με τους «υποθετικούς» (ηρητημένους από προϋποθέσεις) κανόνες, η έκφραση αυτή δεν σχετίζεται με την καντιανή διάκριση μεταξύ υποθετικών και κατηγορικών προσταγών.

ανυπέρβλητες δυσχέρειες αναγωγής στο σχήμα υπόθεσης προς απόδοση υπάρχουν εν μέρει και ως προς μία άλλη μεγάλη κατηγορία κανόνων, των οποίων κανείς δεν διανοήθηκε να αμφισβητήσει τον νομικό χαρακτήρα: των κανόνων που επιτρέπουν ορισμένες συμπεριφορές είτε αναγνωρίζοντας δικαιώματα-αξιώσεις είτε καθιερώνοντας εξουσίες ή αρμοδιότητες. Πριν απ' όλα, οι επιτρεπτικοί κανόνες δεν έχει κανένα απολύτως νόημα να χαρακτηριστούν δευτερεύοντες, έτσι ώστε να πρέπει να αναζητήσουμε κάποιους υποτιθέμενους πρωτεύοντες που να εξυπακούονται από αυτούς. Ανεξάρτητα όμως από αυτό, είναι μεν πολύ συχνές οι περιπτώσεις κανόνων δικαίου που συνδέουν τη γένεση δικαιωμάτων, άρα κανόνων επιτρεπτικών, με την επέλευση ορισμένων προϋποθέσεων, οπότε, τυπικά τουλάχιστον, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι αποτελούνται από πραγματικό και έννομη συνέπεια (που δεν είναι, έστω και με την πιο ακραία σημασία του όρου, κύρωση!).⁴⁴ για παράδειγμα, το άρθρο 36 ΑΚ, που ορίζει ότι ο κυοφορούμενος διαθέτει ορισμένα δικαιώματα ήδη κατά το στάδιο της κυοφορίας, υπό την προϋπόθεση ότι θα γεννηθεί ζων, αποτελείται σαφώς από δύο προτάσεις που τελούν σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση, εφ' όσον μάλιστα η προϋπόθεση της γέννησης ζώντος δεν είναι απλώς εξωτερικός όρος αλλά μέρος του δικαιολογητικού λόγου της αναγνώρισης προσώπων ως φορέων δικαιωμάτων και αξιώσεων, στα οποία ορθό είναι να καταλεχθούν μόνο ζώντες, έστω και αν τα δικαιώματα αυτά συνδέονται με γεγονότα που συνέτρεξαν πριν από τη γέννησή τους. Άλλοι επιτρεπτικοί κανόνες ωστόσο δεν έχει νόημα να αναλυθούν σε πραγματικό και έννομη συνέπεια, όσο και αν πολλοί ισχυρίζονται ότι από λογική άποψη είναι πάντα δυνατό οι κανόνες να αναλύονται σε δύο προτάσεις συνδεόμενες με σχέση συνεπαγωγής. Ας πάρουμε το παράδειγμα του άρθρου 11 § 1 Συντ., που ορίζει ότι όλοι οι Έλληνες έχουν το δικαίωμα να συνέρχονται ησύχως και αόπλως. Ακόμη και αν, όπως υποστηρίζεται,⁴⁴ από λογική άποψη ο κανόνας αυτός μπορεί να αποδοθεί με το σχήμα $Ax (x_a \rightarrow x_a)$ (δηλαδή: ως προς κάθε πρόσωπο x ισχύει ότι, αν ο x έχει την ιδιότητα A , έστω να είναι Έλληνας, τότε ο x έχει το δικαίωμα D), η αποτύπωση αυτή αποτελεί ουσιαστικά μία ακροβασία, δεδομένου ότι το δικαίωμα του συνέρχεσθαι είναι καθολικό και η ιδιότητα

44. Μεταξύ άλλων από τον Ota Weinberger, *Rechtslogik* (βλ. παραπάνω, σημ. 23), ο οποίος χρησιμοποιεί απλώς διαφορετικά σύμβολα.

του Έλληνα αποτελεί, με κάποιες παραλλαγές εδώ κι εκεί, τη γενική και ανεξάρτητη προϋπόθεση όχι ειδικά για την απόλαυση του δικαιώματος του συνέρχεσθαι αλλά για τον προσδιορισμό της έκτασης της ισχύος της κατά το Σύνταγμα προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων και, σε τελευταία ανάλυση, ολόκληρου του Συντάγματος ή και γενικότερα της ελληνικής έννομης τάξης· με άλλα λόγια, η ιδιότητα του Έλληνα δεν συνδέεται σε μία κανονιστική ενότητα με τη γένεση του δικαιώματος του συνέρχεσθαι, διότι δεν εγκλείει ούτε υπαινίσσεται τον δικαιολογητικό λόγο επέλευσης μίας έννομης συνέπειας (η ιδιότητα του Έλληνα πολίτη δεν αποτελεί μέρος του κανονιστικού λόγου για τον οποίο θα πρέπει κανείς να έχει το δικαίωμα του συνέρχεσθαι), αλλά απλώς αποτελεί μία εξωτερική προϋπόθεση ένταξης και υπαγωγής ενός κύκλου προσώπων σε ένα κανονιστικό σύστημα, στο οποίο ανήκει και ο συγκεκριμένος κανόνας. Αν μάλιστα επιχειρήσουμε να προσδώσουμε στη σκέψη αυτή και λογικές προεκτάσεις, πρέπει να επιμείνουμε ότι η προηγούμενη αποτύπωσή της είναι και λογικά εσφαλμένη, διότι εδώ η λογική συνεπαγωγή δεν είναι της μορφής $O(a \rightarrow b)$, αλλά αντίθετα της μορφής $a \rightarrow (Ob)$, στην περίπτωση μας ακριβέστερα: $a \rightarrow (Pb)$.⁴⁵

Ακόμη εμφανέστερη γίνεται η αδυναμία του σχήματος «πραγματικό-έννομη συνέπεια» να καλύψει όλους τους κανόνες δικαίου αν στρέψουμε την προσοχή μας προς τις περιπτώσεις των κανόνων εκείνων που ιδρύουν όργανα και αρμοδιότητες. Ας πάρουμε για παράδειγμα τη διάταξη του άρθρου 100 § 1 Συντ.: «Συνιστάται Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο, στο οποίο υπάγονται...». Η διάταξη αυτή παρουσιάζει την ιδιομορφία να εξαγγέλλει την ίδρυση ενός δικαιοδοτικού οργάνου, στο οποίο απονέμει συγκεκριμένες αρμοδιότητες, ίδρυση που πραγματοποιείται ακριβώς μέσω της εξαγγελίας της στο συνταγματικό κείμενο. Κατά τούτο,

45. Όπου P δηλώνει το επιτρεπτό (permitted). Αντίστοιχα ισχύουν για την αρχή της ισότητας: η ιδιότητα του Έλληνα δεν είναι κανονιστική προϋπόθεση του να αντιμετωπίζεται κάποιος ως ίσος με τους άλλους. Το ζήτημα της επακριβούς ερμηνείας (και της λογικής αποτύπωσης) της αρχής της ισότητας είναι πολύπλοκο και δεν μπορεί εδώ να εξεταστεί διεξοδικά. Είναι αναμφίβολο ότι από την αρχή της ισότητας απορρέουν καθήκοντα, ιδίως των κρατικών οργάνων, τα καθήκοντα αυτά είναι όμως απλώς απαύγασμα αξιώσεων που έχει ο πολίτης απέναντί τους. Από την άλλη πλευρά βέβαια δεν μπορεί να γίνει λόγος για ένα γενικό δικαίωμα ισότητας, παρά μόνο για επί μέρους αξιώσεις που απορρέουν από την αρχή της ισότητας.

σύμφωνα με την ορολογία της φιλοσοφίας της γλώσσας, αποτελεί μιὰ γλωσσική εκφορά με χαρακτήρα επιτελεστικό (performative). Η εκφορά αυτή διατυπώνει ταυτόχρονα και έναν κανόνα δικαίου: η νομική σημασία της εξαγγελίας της ίδρυσης του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου δεν εξαντλείται με την εφ' άπαξ εκφορά της διάταξης κατά τη στιγμή της θέσης σε ισχύ του Συντάγματος, η οποία επιφέρει νομικά και την ίδρυση, διότι ενέχει και την περαιτέρω σημασία της δημιουργίας του δικαϊκού ερείσματος για την εφ' εξής λειτουργία του Δικαστηρίου με τις αρμοδιότητες που του ανατίθενται. Ως κανόνας δικαίου όμως στερείται εντελώς νόημα να αναλυθεί σε δύο προτάσεις που να τελούν λογικά σε σχέση συνεπαγωγής (ή να υποστηριχθεί ότι συντίθεται από πραγματικό και έννομη συνέπεια) – εκτός εάν κάποιος δεν έχει ενδιασμούς να επιδοθεί σε ακροβασίες μετασχηματισμού της διάταξης ως εξής: «αν υπάρξουν ενστάσεις περί του κύρους των βουλευτικών εκλογών ή αν... ή αν... [και ούτω καθ' εξής, μέχρι να εξαντληθούν όλες οι αρμοδιότητες του δικαστηρίου], τότε των διαφορών αυτών αρμοδίως επιλαμβάνεται το διά του παρόντος άρθρου ιδρυόμενο Α.Ε.Δ.», ή: «...τότε οι επί των διαφορών αυτών εκδιδόμενες αποφάσεις του Α.Ε.Δ. είναι έγκυρες». Η ας πάρουμε το παράδειγμα της διάταξης του ΚΠολΔ, κατά την οποία σε κάθε δικαστήριο [πρέπει να] λειτουργεί γραμματεία. Ο μετασχηματισμός του σε δύο προτάσεις θα μπορούσε να προσλάβει τη μορφή «εάν ένα σώμα είναι δικαστήριο, τότε σ' αυτό οφείλει να λειτουργεί γραμματεία» (ίσως μάλιστα με την προσθήκη: «...η σχετική υπηρεσία της οποίας ιδρύεται με την παρούσα διάταξη»). Εδώ είναι ολοφάνερο ότι ούτε η τεχνητή δημιουργία πραγματικού έχει κανένα νόημα, αλλά ούτε και για έννομη συνέπεια, σύμφωνα τουλάχιστον με την κρατούσα αντίληψη (την οποία πρόκειται πάντως να αμφισβητήσουμε γενικότερα αμέσως παρακάτω), μπορούμε κυριολεκτικά να κάνουμε λόγο, εκτός εάν και εδώ ως έννομη συνέπεια θεωρήσουμε την εγκυρότητα των πράξεων στις οποίες προβαίνει η γραμματεία των δικαστηρίων ή του διορισμού προσωπικού στις προβλεπόμενες θέσεις της υπηρεσίας. Τέτοια εγκυρότητα θεωρείται όμως από τους περισσότερους συγγραφείς απλός νομικός χαρακτηρισμός, για τον οποίο δεν δέχονται ότι συνιστά κυριολεκτικά έννομη συνέπεια, εφ' όσον έχει απτή νομική σημασία μόνο σε συνδυασμό με άλλους κανόνες, των οποίων αποτελεί όρο (στοιχείο) του πραγματικού (π.χ. του

κανόνα που ορίζει τις συνέπειες της κατάθεσης της αγωγής ή εκείνου που προβλέπει τα της μισθοδοσίας των δικαστικών ή γενικότερα των δημοσίων υπαλλήλων).

3. Συμπεράσματα

Τα συμπεράσματα από την προηγηθείσα ανάλυση αφίστανται σε σημαντικό βαθμό από όσα υποστηρίζει η τρέχουσα διδασκαλία. Το πρώτο συμπέρασμα είναι ότι οι διατάξεις που συναποτελούν τα νομοθετικά κείμενα εμφανίζουν μεγάλη ποικιλομορφία και πολλαπλότητα περιεχομένου, διατηρώντας ωστόσο σταθερό και ενιαίο τον κανονιστικό τους χαρακτήρα, σε σημείο ώστε να κλονίζεται η κατά τη διδασκαλία αυτή διάκριση και ιεράρχησή τους με κριτήριο το αν εκφράζουν ή όχι «πλήρεις» κανόνες δικαίου. Αμφίβολη είναι η διάκριση αυτή ήδη για τυπικούς λόγους: υπάρχουν διατάξεις που εκφράζουν αναντίρρηση ένα ακέραιο ρυθμιστικό νόημα, παρ' ότι είναι εντελώς επίπλαστο ή και αδύνατο να αναλυθούν σε δύο προτάσεις συνδεδεμένες λογικά σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση, να παρουσιαστούν δηλαδή ως κανονιστικές συνάψεις πραγματικού και έννομης συνέπειας. Αντίθετα δηλαδή προς την κρατούσα άποψη, σύμφωνα με την οποία όλες οι διατάξεις είτε εκφράζουν «πλήρεις» κανόνες δικαίου, που πρέπει ανεξαιρέτως να εμφανίζουν τα παραπάνω χαρακτηριστικά,⁴⁶ είτε συνδέονται εμμέσως με τέτοιους κανόνες δικαίου τους οποίους και υπηρετούν, είναι πιά εύλογο να γίνει δεκτό ότι, πέρα από την «κατασκευή» μιὰς ομάδας κανόνων δικαίου που πράγματι ανταποκρίνονται στο σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια», υπάρχουν και άλλοι κανόνες με αναμφίβολα ακέρατη

46. Βλ., μεταξύ άλλων, Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 34· Larenz – Canaris, σ. 72 κ.ε., σε συνδυασμό με 78 κ.ε.· Koch – Rüßmann, σ. 18 κ.ε.· Koller, σ. 76 (κατά τον οποίο «σχεδόν όλοι» οι κανόνες δικαίου υπάγονται σ' αυτό το σχήμα και ο οποίος επικροτεί μετασχηματισμούς κανόνων που εδώ χαρακτηρίσαμε ακροβασίες). Δικαιολογημένα επιφυλακτικός, αντίθετα, ο Bydlinski, σ. 191 κ.ε. Η Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen* (βλ. παραπάνω, σημ. 22), σ. 36, παρ' ότι παραδέχεται ότι υπάρχουν περιπτώσεις κανόνων όπου η διάκριση πραγματικού και έννομης συνέπειας δεν φαίνεται να έχει νόημα και προκαλεί την εντύπωση σχολαστικισμού, επιμένει ότι μόνο με τη βοήθεια του σχήματος αυτού γίνεται έκδηλη η κανονιστική επενέργεια των κανόνων δικαίου.

κανονιστική δύναμη που δεν επιδέχονται την αναγωγή τους στο ίδιο αυτό σχήμα.

Πράγματι, είδαμε προηγουμένως ότι, πρώτον, υπάρχουν κανόνες δικαίου που αναγνωρίζουν δικαιώματα τόσο καθολικής ισχύος ώστε δεν μπορούμε σ' αυτούς να διακρίνουμε κάποιο πραγματικό, ενώ επίσης, δεύτερον, υπάρχουν κανόνες των οποίων η έννομη συνέπεια συνίσταται απλώς στη δημιουργία μιάς νομικής καταστάσεως (*status juridicus*) ή τη διευκόλυνση ενός νομικά κρίσιμου χαρακτηρισμού ή, τέλος, την αναγνώριση μιάς εξουσίας ή αρμοδιότητας (όπως είναι, π.χ., οι κανόνες του ΑΚ περί κατοικίας και περί ικανότητας προς δικαιοπραξία και οι ρυθμίσεις της νομοθεσίας περί κτήσης της ελληνικής ιθαγένειας), ρυθμίσεις δηλαδή που δεν επιφέρουν την άμεση γένεση εξαναγκαστών νομικών αξιώσεων και καθηκόντων αλλά απλώς αποτελούν την προϋπόθεση της εφαρμογής άλλου ή άλλων κανόνων δικαίου που –εκείνοι– περιέχουν έννομη συνέπεια τέτοιου είδους. Το να υποστηρίξουμε, όπως κάνει η τρέχουσα διδασκαλία, ότι όλες αυτές οι ρυθμίσεις είναι απλώς παρακολουθηματικές και υπηρετικές εκείνων που μπορούν χωρίς ακροβασία να αναχθούν στο σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια», όπου η έννομη συνέπεια να συνίσταται στη δημιουργία ενός εξαναγκαστού νομικού καθήκοντος,⁴⁷ φαίνεται να αποτελεί μιά περιέργη εμμονή.

Ανακύπτει έτσι το ερώτημα τί υπηρετεί η εν λόγω τυπική ανάλυση και διάκριση των «πλήρων» κανόνων και τί προσθέτει το σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια» στον τρόπο με τον οποίο κατανοούμε τα νομικά στοιχεία από τα οποία αποτελείται το ισχύον δίκαιο. Ή μήπως τε-

47. Έτσι κατηγορηματικά, π.χ., Engisch, *Εισαγωγή*, σ. 32 κ.ε., και, από τη νεότερη βιβλιογραφία, Torben Spaak, «Norms that Confer Competence», *Ratio Juris* 16 (2003), 89 κ.ε. (ο οποίος επιμένει ότι όχι μόνο οι κλασικοί επιτρεπτικοί κανόνες, που αναγνωρίζουν δικαιώματα, αλλά και οι κανόνες που ιδρύουν αρμοδιότητες πρέπει να μεταγλωττίζονται σε κανόνες επιτακτικούς που επιβάλλουν καθήκοντα, επειδή αυτοί αποτελούν την κύρια μορφή εκδήλωσης των κανόνων και όλες οι άλλες είναι παρακολουθηματικές προς αυτήν· η άποψη αυτή απηχεί ως έναν βαθμό την παλαιότερη διδασκαλία του Kelsen, που είχε χαρακτηρίσει τους κανόνες που ιδρύουν αρμοδιότητες κανόνες ατελείς). Δικαιολογημένη η κριτική που ασκούν εναντίον παρόμοιων απόψεων οι Larenz – Canaris, σ. 74 κ.ε. (έστω και αν η θεωρία τους περί «επιταγής ισχύος» [Geltungsanordnung] ως χαρακτηριστικού γνωρίσματος των κανόνων δικαίου δεν είναι η ευτυχέστερη απάντηση· πρβλ. σχετικά Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 75), και, με εκτενέστερα επιχειρήματα, ο Bydlinski, σ. 197 κ.ε.

λικά το σχήμα αυτό αφαιρεί κάτι από την πλήρη κατανόηση του τρόπου ρυθμιστικής επενέργειας του δικαίου; Εκφράσαμε ήδη προηγουμένως την υποψία ότι η κρατούσα άποψη περί της δομής του κανόνα δικαίου υποκρύπτει συγκεκριμένες αντιλήψεις περί της κανονιστικής λειτουργίας του δικαίου, αλλά και του τρόπου θεμελίωσης των νομικών κρίσεων με άξονα τον δικανικό συλλογισμό (παραπάνω, υπό II, 4).⁴⁸ Αν η βασική λειτουργία του δικαίου δεν είναι άλλη από το να επιβάλλει στους κοινωνούς καθήκοντα, η συμμόρφωση μάλιστα με τα οποία να συνοδεύεται από την απειλή κυρώσεων, τότε κύριες διατάξεις, απλές ή σύνθετες, που περιέχουν «πλήρεις» κανόνες δικαίου, πρέπει να θεωρηθούν μόνο όσες όχι απλώς επιβάλλουν ευθέως συγκεκριμένα και κατά σαφή τρόπο περιγραφόμενα καθήκοντα, αλλά και προβλέπουν κυρώσεις για την παράβασή τους, και όλες οι άλλες δεν μπορούν παρά να είναι παρακολουθηματικές προς αυτές. Η αντίληψη αυτή δεν αποτελεί όμως τίποτε άλλο παρά μία από τις όψεις της θεωρίας των προσταγών ή μιά μετεξέλιξή της που έχει ενσωματωθεί στον νεότερο νομικό θετικισμό.⁴⁹

48. Ο Raz (βλ. παραπάνω, σημ. 1), σ. 70 κ.ε., 121 κ.ε., 170 κ.ε., τονίζει εύστοχα ότι οι περισσότεροι συγγραφείς, αρχής γενομένης από τον Bentham (και επ' αυτού, βλ. επίσης H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1980, σ. 211 κ.ε.), πρεσβεύουν ότι κανόνες δικαίου είναι μόνο οι νομικές εκείνες προτάσεις που συνδέουν μία συμπεριφορά (ή ένα γεγονός) με τη γένεση ενός νομικού καθήκοντος. Ο ίδιος, παρ' ότι ορθά επικρίνει τους συγγραφείς αυτούς ότι συλλαμβάνουν υπερβολικά περιοριστικά την κανονιστικότητα του δικαίου, διαφοροποιείται μόνο εν μέρει από την άποψη αυτή, προβαίνοντας σε μιά αμφίβολης ευκρίνειας διάκριση μεταξύ των υπό στενή έννοια κανόνων δικαίου, στους οποίους κατατάσσει μόνο τους κανόνες που δημιουργούν ευθέως νομικά καθήκοντα, και των υπό ευρεία έννοια κανόνων δικαίου ως συστατικών της έννομης τάξης ισότιμων προς τους άλλους, κυριότερη κατηγορία των οποίων θεωρεί τα διάφορα είδη επιτρεπτικών κανόνων. Αρκετά συγγενής προς τη θεωρία του Raz, τουλάχιστον κατ' αποτέλεσμα, φαίνεται επίσης η άποψη που διατυπώνει ο Ιωάννης Σ. Στράγγας, *Αι παραπέμπουσαι διατάξεις εις την μεθοδολογίαν του δικαίου: Συμβολή εις την διερεύνησιν της εννοίας του κανόνος δικαίου* I, Αθήναι, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1978, ιδίως σ. 110 κ.ε., κατά τον οποίο οι επιτρεπτικοί κανόνες δικαίου από μεν τη σκοπιά των *rationes essendi* του δικαίου είναι πλήρεις κανόνες δικαίου, από τη σκοπιά ωστόσο των *rationes cognoscendi* του δικαίου δεν είναι, διότι από τη σκοπιά αυτή πλήρεις κανόνες δικαίου είναι μόνο οι κυρωτικοί.

49. Περί της οποίας βλ. παραπάνω, Κεφ. Γ', υπό I, 2). Ο νομικός θετικισμός μπορεί να πει κανείς ότι δεν έχει ποτέ, παρά τις αντίθετες προσπάθειες ιδίως του Hart, απογαλακτιστεί οριστικά από τη θεωρία αυτή. Βελτιωμένη έκφραση της

Αν όμως υιοθετήσουμε την αντίληψη ότι το δίκαιο, ιδίως μάλιστα σε ένα δημοκρατικό κράτος δικαίου, επιτελεί περισσότερες και πιό σύνθετες κανονιστικές λειτουργίες από ένα απλώς προστακτικό έργο της άμεσης δημιουργίας εξαναγκαστών καθηκόντων συμπεριφοράς, έστω και αν (ζήτημα ερμηνευτικό) οι λειτουργίες αυτές δεν είναι πάντα ισοδύναμες, θα αντιληφθούμε ότι είναι λανθασμένο να υποτιμήσουμε την αυτοτελή σημασία διατάξεων που ρυθμίζουν τα των διαφόρων καταστάσεων του προσώπου, αναγνωρίζουν ελευθερίες, δικαιώματα ή ευχέρειες, καθορίζουν γενικούς δικαιοπολιτικούς στόχους ή προβάλλουν δικαϊκές αξίες και πρότυπα που οφείλουμε να ακολουθούμε και να σεβόμαστε στις μεταξύ μας σχέσεις (π.χ. τα πρότυπα και τις αξίες του καλόπιστου συναλλασσομένου, του μη καταχρώμενου τα δικαιώματά του δικαιούχου, του συμμετέχοντος στα κοινά πολίτη, κ.ο.κ.), ή που εξαγγέλλουν αρχές του δικαίου (όπως την αρχή της ισότητας). Αλλά και, όπως θα δούμε λεπτομερέστερα στη συνέχεια, όλες αυτές οι διατάξεις, οσονδήποτε σαφείς, δεν μπορούν ποτέ από μόνες τους να μας οδηγήσουν άμεσα στη διάγνωση του τί ακριβώς ισχύει κατά δίκαιον, αλλά πρέπει πάντοτε να ερμηνευθούν ολιστικά, δηλαδή η μία σε συνάρτηση με την άλλη και όλες μαζί υπό το πρίσμα ηθικοπολιτικών αρχών και διαφόρων νομικών επιχειρημάτων, τα οποία μπορούν να αντληθούν εξ ίσου από οποιαδήποτε διάταξη του τεθειμένου δικαίου και από οτιδήποτε συγκαθορίζει το όλο νόημα και περιεχόμενο της έννομης τάξης.

Για να είμαστε πάντως ακριβοδίκαιοι απέναντι στην τρέχουσα διδασκαλία περί κανόνων δικαίου, πρέπει να παραδεχθούμε ότι, από

θεωρίας αυτής αποτελεί ιδίως η άποψη ότι το δίκαιο καθιερώνει λόγους προς το πράττειν που έχουν την ιδιότητα να αποκλείουν όλους τους άλλους λόγους που θα μπορούσαν να γίνουν κανονιστικά ενεργοί στις σχέσεις και περιστάσεις που αυτό ρυθμίζει. Η θεώρηση αυτή οδηγεί μοιραία, κάτι που ίσως δεν διείδε ο Hart, στον αναληθοφανή ισχυρισμό ότι μόνο όσες ρυθμίσεις επιβάλλουν εξαναγκαστά νομικά καθήκοντα είναι γνήσιοι και πλήρεις κανόνες δικαίου (πράγμα που φαίνεται καθαρά στον τρόπο με τον οποίο θεμελιώνει την άρνησή του να θεωρήσει πλήρεις κανόνες δικαίου τους ιδρύοντες αρμοδιότητες ο Torben Spaak [βλ. παραπάνω, σημ. 47], σ. 89 κ.ε., ιδίως 99-102). Είμαι της γνώμης ότι η περίπτωση των επιτρεπτικών κανόνων δικαίου υπό ευρεία έννοια δείχνει με ενάργεια ακριβώς το αντίθετο, ότι δηλαδή το δίκαιο δεν εκτοπίζει αλλά εμπλουτίζει και συχνά απλώς χρωματίζει κατά ιδιάζοντα τρόπο τους λόγους προς το πράττειν που έχει γενικά ο καθένας μας στις συμπεριφορές του που έχουν επιπτώσεις προς τους άλλους.

μιά θεωρητικά λιγότερο φιλόδοξη σκοπιά,⁵⁰ έχει κάποιο νόημα το να επικεντρώνουμε την προσοχή μας στους «πλήρεις» ή «ακέραιους» κανόνες δικαίου έτσι όπως τους εννοεί η μετεξελιγμένη θεωρία των προσταγών. Πρώτον, από καθαρά διδακτική άποψη είναι ίσως σκόπιμο να πάρει κανείς ως πρότυπο αυτούς τους «πλήρεις» ή «ακέραιους» κανόνες δικαίου, επειδή η εφαρμογή τους είναι συνθετότερη και έτσι με αυτούς ως βάση μπορεί να αναλυθεί εναργέστερα ένα μεγάλο μέρος των μεθοδολογικών προβλημάτων – κάτι που θα ακολουθήσουμε και εμείς στη συνέχεια (με τις σοβαρές βέβαια επιφυλάξεις που θα διατυπώσουμε σε διάφορα σημεία). Άλλωστε αυτή είναι η αφετηριακή αντίληψη της σχεδόν απόλυτα κρατούσης μεθοδολογικής διδασκαλίας, και μία κριτική προσέγγιση δεν θα γινόταν καν κατανοητή αν δεν προσπαθούσε να δείξει τις εσωτερικές δυσκολίες στις οποίες εκείνη προσκρούει. Δεύτερον, μόνο αυτοί οι κατά την κρατούσα διδασκαλία «ακέραιοι» κανόνες δικαίου προβλέπουν έννομες συνέπειες, η επέλευση ή όχι των οποίων σε μία συγκεκριμένη περίπτωση να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο δίκης. Η διεξαγωγή δίκης και έκδοση δικαστικής απόφασης αποτελεί στις πιό πολλές των περιπτώσεων αναγκαία προϋπόθεση για την άσκηση του εξαναγκασμού (οι άμεσα εκτελεστοί τίτλοι του ιδιωτικού δικαίου αποτελούν σαφώς την εξαίρεση), ενώ από την άλλη πλευρά δεν έχουμε την πολυτέλεια να απασχολούμε τα δικαστήρια απλώς και μόνο για να επιβεβαιώνουμε τη δημιουργία κάποιων νομικών καταστάσεων ή το εύστοχο κάποιων νομικών χαρακτηρισμών.⁵¹ Έτσι, η δικαστική τουλάχιστον πρακτική δίνει την εντύπωση ότι στρέφεται σχεδόν αποκλειστικά γύρω από την εφαρμογή «πλήρων» κανόνων δικαίου, δηλαδή κανόνων αποτελούμενων από πραγματικό και έννομες συνέπειες, με τις δεύτερες να συνίστανται στη γένεση άμεσα εξαναγκαστών νομικών καθηκόντων, την οποία και επικυρώνουν τα δικαστήρια. Η επιλογή και

50. Χωρίς δηλαδή τον παραμικρό υπαινιγμό προεκτάσεων σχετικών με την οντολογία των κανόνων ή τις λειτουργίες του δικαίου.

51. Βασική εξαίρεση αποτελεί η κατηγορία των αναγνωριστικών αγωγών (ΚΠολΔ 70). Και πάλι όμως, όπως γίνεται δεκτό, αίτημα σε μία αναγνωριστική αγωγή είναι η αναγνώριση όχι μίας οποιασδήποτε νομικής κατάστασης αλλά μόνο μίας σχέσης από την οποία να απορρέει άμεσα και ένα καταψηφιστικό αίτημα. Ο περιορισμός αυτός βασίζεται όμως σε λόγους σκοπιμότητας και όχι σε λόγους αρχής.

οριοθέτηση των αιτημάτων που μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο δίκης εμπλέκει όμως και πολλά ζητήματα σκοπιμότητας, ιδίως οικονομίας κατά τη λειτουργία των θεσμών απονομής της δικαιοσύνης, και δεν μπορεί να εκληφθεί ως το αποφασιστικό κριτήριο για το τί ακριβώς είναι και τί κανονιστικές λειτουργίες επιτελεί συνολικά το δίκαιο (π.χ. για λόγους τέτοιας οικονομίας και μόνο, και όχι επί τη βάση κάποιων πιό φιλόδοξης φιλοσοφικής θεωρίας περί του τί ακριβώς είναι οι κανόνες δικαίου, στην ελληνική έννομη τάξη δεν θα ήταν νοητό ένα ανεξάρτητο αίτημα παροχής δικαστικής προστασίας με περιεχόμενο να μου αναγνωριστεί πού ακριβώς έχω την κατοικία μου). Ακριβέστερο θα ήταν επομένως, αντί για τη διάκριση μεταξύ «πλήρων» και «μη πλήρων» κανόνων ή ρυθμίσεων, που εμφανίζεται ως δήθεν διάκριση θεωρητικής ή μεθοδολογικής σημασίας, να εισαγάγουμε τη θεωρητικά πολύ λιγότερο φιλόδοξη διάκριση μεταξύ διατάξεων που αποτελούν αφ' εαυτών βάση αιτήματος παροχής έννομης προστασίας ή επιβολής μιάς κύρωσης και άλλων που, είτε επειδή απλώς επικουρούν τις προηγούμενες είτε για άλλον λόγο, πάντως προσφέρουν μόνο έμμεσα μιά τέτοια βάση. Στη διάκριση αυτή θα αναφερθούμε μόνο για λόγους σχολικούς και όχι επειδή την κρίνουμε μεθοδολογικά σημαντική. Κατά τα λοιπά εμμένουμε στη θέση ότι κανόνες δικαίου (υπό την ευρεία έννοια των *normae juridicae*) πρέπει να θεωρηθεί η οποιασδήποτε μορφής ρύθμιση προσφέρεται ως βάση για τη διατύπωση ενός νομικού επιχειρήματος.

IV. «Ατελείς» διατάξεις

Η τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία δέχεται, όπως είδαμε, την ύπαρξη «ατελών διατάξεων», στις οποίες κατατάσσει όσες θεωρεί ότι επιτελούν υπηρετική ή παρακολουθηματική λειτουργία σε σχέση με ό,τι αντιλαμβάνεται ως «πλήρεις» κανόνες δικαίου, δηλαδή συνάψεις πραγματικού και έννομης συνέπειας, συνήθως μιάς κύρωσης.⁵²

52. Πρέπει πάντως να υπενθυμίσουμε εδώ ότι η εντύπωση πως οι κανόνες δικαίου πρέπει να συνδέουν την τέλεση ορισμένων πράξεων με την επιβολή κυρώσεων και την άσκηση εξαναγκασμού είναι παλαιότερη από τον νομικό θετικισμό. Ήδη από την εποχή του ρωμαϊκού δικαίου, ατελείς νόμοι (*leges imperfectae*) ονομά-

Λόγω των ανυπέρβλητων δυσκολιών που, όπως είδαμε, αντιμετωπίζει η προσπάθεια αναγωγής των διαφόρων ειδών επιτρεπτικών κανόνων στο σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια», οι περισσότεροι συγγραφείς αποφεύγουν παρ' όλα αυτά τον χαρακτηρισμό των επιτρεπτικών κανόνων ως ατελών και γενικότερα την ανάλυση του κανονιστικού τους *status*⁵³ και αρκούνται στην παρατακτική απαρίθμηση τριών κατηγοριών «ατελών» διατάξεων: των επεξηγηματικών, των παραπεμπτικών και των περιορισουσών ή καταργητικών.⁵⁴ Απέναντι στην τρέχουσα αυτή πρακτική θα επιμείνουμε εμφατικά ότι το σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια» είναι παραπλανητικό και υπηρετεί κυρίως μεθοδολογικές σκοπιμότητες, καθώς και ότι κανόνες δικαίου (με την έννοια των *normae* και όχι των *regulae juris*) είναι εξ ίσου όλες οι πηγές άντλησης νομικών επιχειρημάτων. Με την επιβαλλόμενη στο σημείο αυτό συνοπτικότητα, θα επιχειρήσουμε, κλείνοντας το παρόν Κεφάλαιο, να ενισχύσουμε τις θέσεις μας αυτές με ορισμένες παρατηρήσεις σε σχέση με τις κατηγορίες «ατελών» διατάξεων που θέλει να διακρίνει η τρέχουσα διδασκαλία.

1. Επεξηγηματικές διατάξεις

Επεξηγηματικές είναι κατά την τρέχουσα διδασκαλία οι διατάξεις που δεν περιέχουν δικό τους πραγματικό και έννομη συνέπεια, αλλά διευκρινίζουν επί μέρους στοιχεία του πραγματικού ή της έννομης

ζονταν οι διατάξεις εκείνες που επιβάλλουν μεν το καθήκον της τέλεσης ορισμένης πράξης, δεν συνδέουν όμως τη μη συμμόρφωση με την επιβολή κάποιας κύρωσης (π.χ. επειδή πρόκειται για τις λεγόμενες φυσικές ενοχές, όπως είναι η υποχρέωση που αναλαμβάνει κάποιος από ένα στοίχημα).

53. Εξάιρεση αποτελεί, όπως είδαμε (παραπάνω, σημ. 48), ο πάντα προσεκτικότερος Joseph Raz, που για να περιλάβει ακριβώς αυτές τις περιπτώσεις εισάγει την ενδιάμεση κατηγορία των κανόνων υπό ευρεία έννοια.

54. Έτσι, για παράδειγμα, Αραβαντινός, *Εισαγωγή*, σ. 131 κ.ε., που ως κριτήριο των ατελών διατάξεων αναφέρει την έλλειψη ρυθμιστικής αυτοτέλει. Κατά τα λοιπά ακολουθεί την τρέχουσα διδασκαλία, και ως «εντελείς» διατάξεις (βλ. του ιδίου, *Στοιχεία*, σ. 40), δηλαδή πλήρεις κανόνες δικαίου, θεωρεί όσες αμέριστε νομοθετικές διατάξεις ή συνδυασμοί τους ανάγονται στο σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια», ενώ στα προβλήματα των επιτρεπτικών κανόνων δεν αναφέρεται καθόλου.

συνέπειας άλλων διατάξεων που είτε μεμονωμένα είτε στον συνδυασμό τους εκφράζουν έναν ή περισσότερους κανόνες δικαίου. Κατά τη διδασκαλία αυτή, οι επεξηγηματικές διατάξεις διακρίνονται σε δύο είδη: τους νομοθετικούς ορισμούς και τις συμπληρωτικές διατάξεις.⁵⁵

Νομοθετικοί ορισμοί αποκαλούνται οι διατάξεις με τις οποίες αναλύεται, δηλαδή αποδίδεται περιφραστικά, η σημασία μεμονωμένων λέξεων που απαντούν σε νομοθετικά κείμενα, τα οποία θεωρούνται ότι, αυτά, εκφράζουν «πλήρεις» κανόνες δικαίου. Συχνά –κάτι ιδιαίτερα σύννητες στο αγγλοαμερικανικό νομοθετικό σύστημα– τέτοιες διατάξεις προτάσσονται σε κωδικοποιημένα νομοθετικά κείμενα, έτσι ώστε ο εφαρμοστής να μην έχει κατά το δυνατόν αμφιβολίες γύρω από τη σημασία λέξεων και όρων που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν κατ'επαλήψην σε ολόκληρο το σώμα του κώδικα. Για παράδειγμα, το άρθρο 13 ΠΚ ορίζει, για το νομοθέτημα αυτό, τη σημασία των όρων «υπάλληλος», «οικείοι», «εγγραφο», «σωματική βία», «στράτος», «κατ'επάγγελμα τέλεση του εγκλήματος», «ιδιαίτερα επικίνδυνος δράστης». Επίσης, το άρθρο 1 του Κώδικα Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου ορίζει τί ακριβώς νοείται ως πλοίο στις διάφορες επί μέρους διατάξεις του.

Συμπληρωτικές χαρακτηρίζονται εξ άλλου οι διατάξεις με τις οποίες αναλύονται στις λεπτομέρειές τους προϋποθέσεις του πραγματικού ή στοιχεία της έννομης συνέπειας κανόνων, η διατύπωση των οποίων, προκειμένου ακριβώς να περιλάβει ολοκληρωμένη τη δικαϊκή ρύθμιση χωρίς σχοινοτενείς διατυπώσεις, είναι ως προς αυτά κατ'ανάγκην εξαιρετικά συνοπτική και χρειάζεται περαιτέρω εξειδίκευση. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η ρύθμιση της τακτικής χρησικτησίας από τον ΑΚ: στο άρθρο 1041, που περιέχει ολοκληρωμένο τον κανόνα της τακτικής χρησικτησίας, διαλαμβάνεται ότι όποιος νέμεται με διάνοια κυρίου καλόπιστα και με νόμιμο τίτλο ένα κινητό πράγμα επί τριετία ή ένα ακίνητο επί δεκαετία γίνεται κύριος αυτού, ενώ στα άρθρα 1042-1044, που θεωρούνται συμπληρωτικές διατάξεις ως προς το πραγματικό του κανόνα, διευκρινίζεται πότε ο νομέας θεωρείται καλόπιστος, ποιά χρονική στιγμή πρέπει να υπάρχει η καλή πίστη και τί συνέπειες έχει αν ο νόμιμος τίτλος δεν είναι έγκυρος αλλά ως προς το

55. Χαρακτηριστική για την κρατούσα διδασκαλία είναι η ανάπτυξη των Larenz – Canaris, σ. 79. Βλ. επίσης Αραβαντινό, *Εισαγωγή*, σ. 131.

νομιζόμενο κύρος του υπάρχει καλή πίστη του νομέα· παράλληλα, τα άρθρα 974 κ.ε. ρυθμίζουν πότε υπάρχει και πώς αποκτάται η νομή, τα άρθρα 947 κ.ε. διευκρινίζουν τί είναι πράγμα και πότε πρέπει να χαρακτηριστεί κινητό ή ακίνητο και, τέλος, τα άρθρα 240 κ.ε. ρυθμίζουν ζητήματα μέτρησης του χρόνου και συμπλήρωσης των προθεσμιών στις σχέσεις ιδιωτικού δικαίου. Εξ άλλου, τα άρθρα 297 κ.ε. ΑΚ, που ρυθμίζουν τί ακριβώς περιλαμβάνει η υποχρέωση προς αποζημίωση, αποτελούν συμπληρωτικές διατάξεις σε σειρά ολόκληρη κανόνων δικαίου, όπως π.χ. οι κανόνες των άρθρων 335 κ.ε. και 914 κ.ε., οι οποίοι συνδέουν διαφορετικά μεταξύ τους πραγματικά με την κοινή έννομη συνέπεια της υποχρέωσης προς αποζημίωση.

Η διάκριση μεταξύ των δύο αυτών κατηγοριών επεξηγηματικών διατάξεων είναι όχι μόνο πρακτικά άχρηστη αλλά και θεωρητικά ανεπιτυχής και ανέφικτη. Η κρατούσα διδασκαλία θα είχε ίσως την τάση, στα προηγούμενα παραδείγματά μας, να χαρακτηρίσει όλες τις προαναφερθείσες διατάξεις ως συμπληρωτικές, με εξαίρεση τα άρθρα 947 κ.ε. ΑΚ και εν μέρει το άρθρο 13 ΠΚ,⁵⁶ τα οποία θα θεωρούσε νομοθετικούς ορισμούς. Το κριτήριο της διάκρισης δεν μπορεί όμως να είναι ο αριθμός των περιπτώσεων εφαρμογής (δηλαδή ο αριθμός των διατάξεων-«πλήρων» κανόνων, στοιχείο του πραγματικού ή της έννομης συνέπειας των οποίων εξειδικεύεται για όλες με μία και μόνη διάταξη) της επεξηγηματικής διάταξης, αριθμός μικρότερος στην περίπτωση των συμπληρωτικών διατάξεων και μεγαλύτερος σε εκείνη των νομοθετικών ορισμών: το παράδειγμα των άρθρων 297 κ.ε. ΑΚ δείχνει ότι και στην περίπτωση των φερόμενων ως συμπληρωτικών διατάξεων ο αριθμός αυτός μπορεί να είναι πολύ μεγάλος. Πίσω από τη διάκριση κρύβεται μάλλον η πεποίθηση ότι σε ορισμένες περιπτώσεις εκείνο που προσθέτει η επεξηγηματική διάκριση στον ή στους κανόνες δικαίου, των οποίων εξειδικεύει το πραγματικό ή την έννομη συνέπεια, είναι ορισμένες διευκρινίσεις ως προς τις λεπτομέρειες της ρύθμισης,

56. Θα έκλινε ίσως κανείς προς την άποψη ότι τουλάχιστον ο εγγύτερος προσδιορισμός τής κατ'επάγγελμα τέλεσης ενός εγκλήματος και του ιδιαίτερα επικίνδυνου δράστη αποτελούν μάλλον συμπληρωτικές διατάξεις παρά νομοθετικούς ορισμούς – η δυσκολία του επακριβούς χαρακτηρισμού δείχνει βέβαια και το ρευστό της διάκρισης.

απαραίτητες ωστόσο για την απρόσκοπτη εφαρμογή του κανόνα, ενώ σε άλλες το επιδιωκόμενο είναι απλώς η άρση κάποιων αμφιβολιών σε σχέση με τις χρησιμοποιούμενες από τον συντάκτη του κανόνα γλωσσικές εκφράσεις. Ακριβώς αυτή όμως η αντιδιαστολή, όπως θα δούμε λεπτομερέστερα στο οικείο σημείο, είναι θεωρητικά όχι μόνο ασαφής αλλά και άστοχη.⁵⁷ Ο λόγος δεν έγκειται απλώς στο ότι οι νομοθετικοί ορισμοί μόνο σε περιορισμένο βαθμό μπορούν να λύσουν προβλήματα ασάφειας⁵⁸ (διότι και τότε, όπως και γενικά, όπως πρόκειται να υποστηρίξουμε, χρειάζονται τη συνεπικουρία ηθικοπολιτικών εκτιμήσεων συναφών με την *ratio* της ρύθμισης), αλλά ιδίως στο ότι, πέρα από κάποιες επιφανειακές εκδηλώσεις, η διάκριση μεταξύ γλωσσικών ασαφειών και κανονιστικών αμφιβολιών είναι σε τελική ανάλυση αδύνατη και έτσι οι «επεξηγηματικές διατάξεις» (που είναι πέρα από κάθε αμφιβολία *normae iuridicae*, αποτελώντας την *sedes* νομικών επιχειρημάτων) δεν μπορεί να κριθεί αν χρησιμεύουν πιο πολύ στην αντιμετώπιση των μεν ή των δε.

2. Παραπεμπτικές διατάξεις

Οι παραπεμπτικές διατάξεις διαφέρουν από τις επεξηγηματικές κατά το ότι, σε αντίθεση με εκείνες, δεν αναλύουν, αλλά αντίθετα συμπυκνώνουν νομοθετικές ρυθμίσεις. Περιέχουν τη ρύθμιση ενός κύκλου βιοτικών σχέσεων προσδιορίζοντάς τον κατ' αρχήν όπως και οι «πλήρεις» κανόνες δικαίου, από αυτούς όμως υπολείπονται κατά το ότι δεν δηλώνουν ευθέως ούτε τη ρύθμιση κάποιων ενδεχόμενων παραλλαγών του πραγματικού ούτε εκείνη της έννομης συνέπειας, παρά την προσδιορίζουν μόνο έμμεσα, διά της παραπομπής στη ρύθμιση και ιδίως στην έννομη συνέπεια άλλων διατάξεων που ωστόσο καταλαμβάνουν διαφορετικό κύκλο βιοτικών σχέσεων.⁵⁹ Η διάταξη του άρθρου 279 ΑΚ, για παράδειγμα, ορίζει ότι επί της αποσβεστικής προθεσμίας εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις περί παραγραφής· η διάταξη, ενώ προσδιο-

57. Βλ. παρακάτω, στο Κεφ. Ι' περί γραμματικής ερμηνείας.

58. Επ' αυτού διεξοδικά Π. Σούρλας, *Θεμελιώδη ζητήματα*, σ. 84 κ.ε.

59. Βλ. αναλυτικά την προαναφερθείσα μονογραφία του Ιωάννη Στράγγα (παραπάνω, σημ. 48).

ρίζει κατ' αρχήν τί είναι η αποσβεστική προθεσμία, η οποία διαφέρει σε ουσιώδη σημεία από την παραγραφή, δεν διαλαμβάνει τίποτε ούτε για τα πραγματικά διαφόρων επί μέρους ρυθμίσεων, λ.χ. για την ενδεχόμενη διακοπή της αποσβεστικής προθεσμίας, ούτε για την έννομη συνέπεια (την απώλεια του δικαιώματος που τελεί υπό αποσβεστική προθεσμία), αλλά παραπέμπει απλώς στις ρυθμίσεις περί παραγραφής (ΑΚ 247-276), για τις οποίες ορίζει ότι «εφαρμόζονται αναλόγως». Ανάλογη εφαρμογή σημαίνει ότι, επειδή ακριβώς οι ρυθμιζόμενες σχέσεις των δύο διατάξεων, εκείνης που παραπέμπει και εκείνης στην οποία γίνεται η παραπομπή, διαφέρουν μεταξύ τους, οι έννομες συνέπειες της δεύτερης δεν εφαρμόζονται κατ' ανάγκην επακριβώς και στην πρώτη, παρά μόνο στην έκταση και με τις αναγκαίες προσαρμογές που επιβάλλει η από κανονιστική σκοπιά εκτιμητέα ιδιαιτερότητα των βιοτικών σχέσεων που ρυθμίζονται μέσω της παραπομπής (κάτι που ορισμένες φορές ως εκ περισσού τονίζει ο ίδιος ο νόμος, π.χ. ΑΚ 1182: επί της επικαρπίας δικαιώματος εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις περί επικαρπίας πράγματος, «εφόσον [...] από τη φύση της επικαρπίας δικαιώματος δεν προκύπτει κάτι άλλο»). Έτσι, για παράδειγμα, όταν το άρθρο 573 εδ. Ι ΑΚ ορίζει ότι επί της συμβάσεως της ανταλλαγής εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις της πώλησης, πρέπει να δεχθούμε ότι στην ανταλλαγή ο κάθε συμβαλλόμενος έχει δικαιώματα και υποχρεώσεις όμοια με εκείνα του πωλητή ως προς το πράγμα που παραχωρεί και του αγοραστή ως προς το πράγμα που λαμβάνει, με εξαίρεση, βέβαια, τις διατάξεις περί τιμήματος, που δεν μπορούν να έχουν εφαρμογή στην ανταλλαγή.⁶⁰ Οι παραπεμπτικές διατάξεις είναι συνεπώς κανόνες δικαίου όπως και κάθε άλλος, απλώς συμπυκνώνουν τη ρύθμιση για λόγους νομοτεχνικής βραχυλογίας και οικονομίας.

Ιδιάζουσες περιπτώσεις παραπεμπτικών διατάξεων αποτελούν εκείνες που καθιερώνουν νόμιμα αμάχητα τεκμήρια ή πλάσματα δικαίου. Τα *νόμιμα αμάχητα τεκμήρια* (*praesumptiones juris et de jure*) θα νόμιζε κανείς εκ πρώτης όψεως ότι δεν έχουν σχέση με τις παραπεμπτικές διατάξεις αλλά ότι σχετίζονται με τα νόμιμα μαχητά τεκμήρια, ρυθμίζουν δηλαδή, όπως και εκείνα, ζητήματα απόδειξης και ότι η μεταξύ τους διαφορά περιορίζεται απλώς στο ότι τα αμάχητα

60. Larenz – Canaris, σ. 82.

τεκμήρια, σε αντίθεση προς τα μαχητά, δεν επιτρέπουν ανταπόδειξη του τεκμαιρομένου. Η προσεκτικότερη ωστόσο ανάλυση οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η διαφορά είναι άλλη και επιβάλλει την κατάταξη των αμάχητων τεκμηρίων σε εντελώς διαφορετική κατηγορία διατάξεων. Τα αμάχητα τεκμήρια δεν έχουν καμία σχέση με το βάρος της απόδειξης,⁶¹ όπως τα μαχητά, αλλά ούτε και με την απόδειξη γενικότερα.⁶² Στα αμάχητα τεκμήρια έχουμε ενώπιόν μας δύο διατάξεις, από τις οποίες η μία, εκείνη που καθιερώνει το αμάχητο τεκμήριο, ορίζει ότι εάν συμβεί *b* τεκμαίρεται αμάχητα ότι *a*, ενώ η δεύτερη διάταξη είναι «πλήρης» κανόνας δικαίου που ορίζει ότι αν συμβεί *a*, τότε επέρχεται η έννομη συνέπεια *S*. Η πρώτη από τις δύο διατάξεις, παρά τα φαινόμενα, δεν έχει το νόημα ότι με την απόδειξη του *b* αποδεικνύεται αυτόματα εκ του νόμου και το *a* (που λόγω της δεύτερης διάταξης θα επέφερε την έννομη συνέπεια *S*) χωρίς να επιτρέπεται ανταπόδειξη· ο λόγος είναι ότι *a* και *b* αποτελούν διαφορετικού είδους συμβάντα, που δεν είναι μάλιστα διόλου αναγκαίο να συνδέονται αιτιακά μεταξύ τους, και έτσι είναι αδύνατο να εννοεί ο νόμος ότι η απόδειξη ότι συνέβη *b* σημαίνει αυτόματα ότι αποδείχθηκε επίσης *a*. Η διάταξη που καθιερώνει το αμάχητο τεκμήριο δεν αποτελεί παρά έμμεσο –διά συγκαλυμμένης παραπομπής– τρόπο διατύπωσης του κανόνα δικαίου «εάν *b*, τότε *S*», ο οποίος είναι διαφορετικός και ισχύει παράλληλα προς τον κανόνα «εάν *a*, τότε *S*».⁶³ Η σύνδεση με τον κανόνα αυτόν γίνεται δηλαδή, όπως και κάθε παραπομπή, για λόγους νομοτεχνικούς και μόνο. Πρόκειται μάλιστα για ένα είδος νομοτεχνικής διαμόρφωσης των κανόνων δικαίου μάλλον παρωχημένο, γι' αυτό και τα νόμιμα αμάχητα τεκμήρια απαντούν όλο και σπανιότερα στα σύγχρονα δίκαια.

61. Βλ., αντί άλλου, Dieter Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Βερολίνο, Dunker & Humblot, 1966, σ. 102.

62. Βλ. Jerzy Wróblewski, «Structure et fonctions des présomptions juridiques», στο Ch. Perelman & P. Foriers (επιμ.) *Les présomptions et les fictions en droit*, Βρυξέλλες, Émile Bruylant, 1974, σ. 43 κ.ε. (69). Ατυχής ως εκ τούτου πρέπει να θεωρηθεί η διάταξη του άρθρου 338 § 2 ΚΠολΔ που συνδέει τα μαχητά με τα αμάχητα τεκμήρια, και μάλιστα στο Κεφάλαιο περί αποδείξεως.

63. Leipold, ό.π., σ. 102 κ.ε.

Παράδειγμα νόμιμου αμάχητου τεκμηρίου αποτελεί στο ελληνικό δίκαιο η διάταξη του άρθρου 1439 § 3 ΑΚ, που ορίζει ότι σε περίπτωση τετραετούς διάστασης των συζύγων τεκμαίρεται αμάχητα ότι έχει επέλθει ισχυρός κλονισμός στις μεταξύ τους σχέσεις και μπορεί να ζητηθεί η έκδοση διαζυγίου ακόμη και από τον σύζυγο εκείνο, τον οποίο αφορά αποκλειστικά ο λόγος του κλονισμού. Η διάταξη αποκτά πλήρες νόημα σε συνδυασμό προς την § 1 του ίδιου άρθρου, που ορίζει ότι επί ισχυρού κλονισμού της έγγαμης συμβίωσης καθένας από τους συζύγους μπορεί, υπό ορισμένες περαιτέρω προϋποθέσεις, να ζητήσει τη λύση του γάμου. Η ρύθμιση της § 3 μέσω της καθιέρωσης αμάχητου τεκμηρίου πρέπει να χαρακτηριστεί από νομοτεχνική άποψη πεπαλαιωμένη και αδικαιολόγητα πολύπλοκη. Η τετραετής διάσταση αποτελεί αυτοτελή λόγο διαζυγίου, ο οποίος γεννάται αυτομάτως με την πάροδο του χρόνου και όχι σε σύνδεση με τον άλλο λόγο διαζυγίου, που είναι ο ισχυρός κλονισμός της έγγαμης σχέσης, κάτι που όμως ο νομοθέτης, μάλλον για να μειώσει τις αντιδράσεις ορισμένων ομάδων πολιτών εναντίον της ρύθμισης, δίστασε να διατυπώσει ευθέως και προτίμησε να παραπέμψει στη ρύθμιση της § 1, της οποίας ωστόσο δεν χρειάζεται να εξεταστεί επί πλέον αν πληρώθηκαν οι προϋποθέσεις. Το να γίνει δεκτό ότι η τετραετής διάσταση επιφέρει την εκ του νόμου αμάχητη απόδειξη ότι επήλθε κλονισμός αποτελεί περιττή λοξοδρόμηση και υιοθέτηση της τεθλασμένης αντί για την ευθεία οδό, πράγμα που θα μπορούσε μάλιστα να προκαλέσει και περιττές δικονομικές επιπλοκές.

Νομοτεχνικά σημαντική κατηγορία διατάξεων, που επίσης υποκρύπτουν παραπομπή, αποτελούν και τα πλάσματα δικαίου (*fictiones legales*). Τα πλάσματα δικαίου απασχολούν τη νομική επιστήμη από πολύ παλαιά και η σχετική φιλολογία είναι ιδιαίτερα εκτεταμένη,⁶⁴ αλλά η πεποίθηση ότι πρόκειται απλώς για έναν ιδιαίτερο τρόπο διατύπωσης δικαίων ρυθμίσεων άργησε πολύ να εδραιωθεί.⁶⁵ Η σύγχυση

64. Πρβλ. την εντυπωσιακή από άποψη βιβλιογραφικής ενημέρωσης και ανάλυσης των διαφόρων απόψεων μονογραφία του Γεωργίου Μητσοπούλου, *Το πρόβλημα της εννοίας του δικαϊκού πλάσματος*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκουλας, 1998.

65. Αποφασιστική στο σημείο αυτό ήταν η συμβολή της μονογραφίας του Josef Esser, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 2η έκδ., Φραγκφούρτη, Vittorio Klostermann, 1969 (πρώτη έκδοση: 1940).

γύρω από την ιδιαιτερότητα και τη λειτουργία των πλασμάτων δικαίου ως «ατελών διατάξεων» οφείλεται σε γλωσσικούς λόγους: η ονομασία τους δημιουργεί την εσφαλμένη εντύπωση ότι οι σχετικές ρυθμίσεις περιέχουν κάτι το πλασματικό και ειδικότερα ότι περιβάλλουν με το κύρος της «νομικής αλήθειας» πράγματα προφανώς ψευδή. Όταν, λ.χ., η ΑΚ 1009 ορίζει ότι οι καρποί ενός δέντρου που πέφτουν στο γειτονικό ακίνητο λογίζονται ως καρποί του ακινήτου αυτού, δημιουργείται η εντύπωση ότι ο νομοθέτης, παρ' ότι γνωρίζει την αληθινή (φυσική) προέλευση των καρπών από το ακίνητο στο οποίο βρίσκεται το δέντρο, τους θεωρεί, ψευδώς από τη σκοπιά της φυτολογίας, καρπούς του διπλανού ακινήτου στο οποίο πέφτουν, δημιουργώντας έτσι στον κόσμο του δικαίου μιά πλασματική αλήθεια που έρχεται σε αντίθεση με τη φυσική πραγματικότητα.

Η λειτουργία ωστόσο των πλασμάτων δικαίου έγκειται σε κάτι εντελώς διαφορετικό από τον προσδιορισμό της αλήθειας πραγματικών γεγονότων, που μάλιστα υποτίθεται ότι λαμβάνει χώρα σε επίγνωση της αντίθεσης του κατά πλάσμα παραδεκτού προς την πραγματικότητα.⁶⁶ Τα πλάσματα δικαίου δεν κάνουν τίποτε άλλο από ό,τι κάνουν οι διατάξεις δικαίου γενικά, μεμονωμένες ή συνδυαζόμενες: προβαίνουν στη ρύθμιση μιάς κατηγορίας βιοτικών σχέσεων, ακολουθώντας μάλιστα προς τούτο τη συνηθέστερη οδό, δηλαδή τη σύνδεση ορισμένων προϋποθέσεων προς την επέλευση συγκεκριμένης έννομης συνέπειας.⁶⁷ Ο νομοτεχνικά ιδιάζων τρόπος της ρύθμισης μέσω πλασμάτων έγκειται απλώς στο ότι η σύνδεση πραγματικού και έννομης συνέπειας είναι υπαινικτική και διενεργείται μέσω μιάς υποκρυπτόμενης παραπομπής. Στο παράδειγμα της ΑΚ 1009, ο νομοθέτης δεν κάνει τίποτε άλλο από το να ορίζει, με περιφραστικό τρόπο, ότι η κυ-

66. Ο Κώστας Ε. Μπέης, *Πολιτική Δικονομία*, τόμ. II β, Αθήνα 1975, σ. 1478, τονίζει εύστοχα ότι τα πλάσματα δικαίου δεν έχουν σχέση με την αλήθεια και την απόδειξή της, αλλά αποτελούν «ένα μέσο απλουστευμένης νομοτεχνικής». Ο Μπέης αναφέρει το παράδειγμα του πλάσματος του κυοφορούμενου (το οποίο κατά τους όρους του άρθρου ΑΚ 36 «λογίζεται γεννηθέν») και δικαιολογημένα υπογραμμίζει ότι ο νόμος δεν έχει «ως αποστολή να καταστήσει γεννημένο τον αγέννητο». Η ορθή αυτή άποψη δεν ακολουθείται ωστόσο από το σύνολο των δικονομολόγων. Οολή επίσης η ανάπτυξη του Bergel, *Méthodologie*, σ. 73 κ.ε.

67. Esser (βλ. παραπάνω, σημ. 65), σ. 29 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 83 κ.ε.

ριότητα των καρπών ανήκει στον κύριο του γειτονικού ακινήτου στο οποίο πέφτουν και όχι στον κύριο του ακινήτου στο οποίο βρίσκεται το δέντρο που τους παρήγαγε. Πρόκειται δηλαδή για μιά δικαϊκή ρύθμιση που δεν διαφέρει από τις συνηθισμένες παρά μόνο στον έμμεσο τρόπο διατύπωσής της: αντί να καθορίσει ευθέως ποιός αποκτά την κυριότητα των καρπών που πέφτουν στο γειτονικό ακίνητο, ο νόμος προτιμά να διατυπώσει τη ρύθμιση με το να εξαγγείλει ότι οι καρποί αυτοί εξομοιώνονται από τη σκοπιά των σχέσεων κυριότητας με καρπούς του γειτονικού ακινήτου – και όχι βέβαια από τη σκοπιά της φυσικής προέλευσης, η αλήθεια της οποίας δεν διαστρέφεται από τον νομοθέτη, απλώς δεν θεωρείται από αυτόν κανονιστικά κρίσιμος λόγος κτήσης της κυριότητας.

Η προσφυγή του νομοθέτη στο νομοτεχνικό μέσο του πλάσματος οφείλεται σε ποικίλους λόγους. Μπορεί να προδίδει ότι ο νομοθέτης θέλει μεν ως έναν βαθμό να προσφέρει έκφραση στην απλοϊκή προσδοκία που κατά πάσα πιθανότητα επικρατεί μεταξύ των μη νομικών, ότι δηλαδή η νομική ρύθμιση οφείλει να ακολουθεί τη φυσική πραγματικότητα, τελικά κρίνει όμως ότι άλλοι σκοποί (π.χ. στην περίπτωση της ΑΚ 1009 η αποφυγή προστριβών μεταξύ των γειτόνων κατά την αναζήτηση των καρπών) είναι δικαιιοπολιτικά σημαντικότεροι. Σε άλλες περιπτώσεις η χρήση του πλάσματος ενδέχεται να οφείλεται σε λόγους νομοτεχνικής οικονομίας, στην επιδίωξη δηλαδή να αποφευχθεί η επανάληψη ομοιόμορφων ρυθμίσεων που ισχύουν για έναν συγγενή κύκλο έννομων σχέσεων. Αλλού πάλι είναι πιθανό ο νομοθέτης με το πλάσμα να επιχειρεί να συγκαλύψει κάπως το γεγονός ότι δεν ακολουθεί τη φυσική πραγματικότητα ή πάλι να επιδιώκει να μετριάσει την εντύπωση ενός σημαντικού νομοθετικού νεωτερισμού, εμφανίζοντας τη νέα ρύθμιση ως δήθεν συνέχεια της παλαιάς.⁶⁸ Είναι επίσης πιθανό να θέλει να άρει τις αμφιβολίες ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό ορισμένων

68. Αυτή φαίνεται να είναι η σκοπιμότητα που κρυβόταν πίσω από την πολύπλοκη διαμόρφωση της ρύθμισης του αμάχητου τεκμηρίου της διάταξης ΑΚ 1439 § 3 που προαναφέραμε, η οποία κατά ορισμένους μάλιστα συγγραφείς συνιστά πλάσμα δικαίου (πράγμα θεωρητικά αδιάφορο, εφ' όσον, όπως επιμένουμε εδώ, αμάχητα τεκμήρια και πλάσματα δικαίου δεν είναι παρά συγκαλυμμένες παραπομπές – άσχετο αν στη συγκεκριμένη διάταξη η παραπομπή αυτή αποτελεί απλό τέχνασμα και στερείται ουσιαστικής σημασίας).

κατηγοριών πραγματικών γεγονότων, πράγμα που θα μπορούσε επίσης να πετύχει αμεσότερα με τη βοήθεια παραπεμπτικών διατάξεων ή νομοθετικών ορισμών.⁶⁹ Όποιο και να είναι πάντως το κίνητρο του συντάκτη του νόμου, κοινό χαρακτηριστικό των πλασμάτων δικαίου σε όλες τις περιπτώσεις είναι ότι συνδέουν ένα πραγματικό προς ορισμένες έννομες συνέπειες όχι με την απευθείας κανονιστική συνάρτησή τους αλλά με τη νομική εξομοίωση του πραγματικού αυτού προς το πραγματικό ή τα πραγματικά ενός ή περισσότερων άλλων κανόνων δικαίου, η έννομη συνέπεια των οποίων κρίνεται επιβεβλημένη και στις περιπτώσεις του πλάσματος, εξομοίωση που συνιστά με τον τρόπο αυτόν συγκαλυμμένη παραπομπή. Νομικά αδιάφορο παραμένει αντίθετα αν η εξομοίωση των πραγματικών παραβιάζει λίγο ή πολύ τις τρέχουσες σημασίες των λέξεων που χρησιμοποιεί ο νόμος ή αν και σε ποιόν βαθμό διαψεύδει τις αντιλήψεις περί της πραγματικότητας που τρέφει ο μέσος κοινωνός.

3. Περιοριστικές και καταργητικές διατάξεις

Συχνά απαντώμενη κατηγορία διατάξεων που κατατάσσονται στις «ατελείς» είναι τέλος εκείνη των περιοριστικών και καταργητικών διατάξεων. Με τις διατάξεις αυτές είτε αφαιρείται ένα μέρος των βιοτικών σχέσεων που εμπίπτουν στη ρύθμιση ενός («πλήρους») κανόνα δικαίου, με το να ορίζεται ότι ειδικά γι' αυτές δεν ισχύει η έννομη συνέπεια του κανόνα που κατά τα λοιπά παραμένει σε ισχύ (περιοριστικές διατάξεις), είτε ορίζεται ότι παύει η ισχύς ενός κανόνα δικαίου ως τότε ισχυρού, με συνέπεια για τις περιπτώσεις που ενέπιπταν στο πραγματικό του να μην επέρχεται πλέον η έννομη συνέπεια που προβλεπόταν από αυτόν (καταργητικές διατάξεις). Το «ατελές» των διατάξεων αυτής της κατηγορίας συνίσταται στο ότι ο τρόπος δικαϊκής ρύθμισης του κύκλου βιοτικών σχέσεων που υπάγονται σ' αυτές, ο οποίος θα ισχύει εφ' εξής, δεν προκύπτει ολοκληρωμένα από τις ίδιες, καθώς πρόκειται για διατάξεις που αρκούνται στην αρνητική ρύθμιση του να αποκλείουν την έννομη συνέπεια του κανόνα δικαίου τον οποίο περιορίζουν ή κα-

69. Για τα διάφορα ενδεχόμενα κίνητρα του νομοθέτη και τα συναφή είδη πλασμάτων δικαίου, βλ. αναλυτικά Esser (βλ. παραπάνω, σημ. 65), σ. 37-128.

ταργούν. Επαφίεται επομένως στον ερμηνευτή του ισχύοντος δικαίου να διαγνώσει και θετικά τί ισχύει αμέσως μετά τον περιορισμό ή την κατάργηση: αν δηλαδή οι εξαιρούμενες ή τιθέμενες εκτός της συγκεκριμένης ρύθμισης βιοτικές σχέσεις θα εμπίπτουν πλέον στη ρύθμιση άλλων κανόνων δικαίου ή αν τίθενται εφ' εξής εκτός του δικαϊκού πεδίου συνολικά.

Ειδικότερα, οι περιοριστικές διατάξεις μπορούν να υποδιαιρεθούν σε εκείνες όπου η περιορίζουσα το εύρος ενός κανόνα δικαίου ρύθμιση θεσπίζεται ταυτόχρονα και σε εκείνες όπου θεσπίζεται μεταγενέστερα από τον κανόνα αυτόν. Στην πρώτη περίπτωση η ρύθμιση συνολικά ακολουθεί, για λόγους συνήθως νομοτεχνικούς,⁷⁰ το σχήμα «κανόνας-εξαίρεση»,⁷¹ έτσι ώστε να αποφεύγεται η σχοινοτενής διατύπωση που θα προέκυπτε αν η εξαίρεση είχε ενσωματωθεί στο πραγματικό του κανόνα. Για παράδειγμα, στο άρθρο 1036 ΑΚ διατυπώνεται ο κανόνας, σύμφωνα με τον οποίο όποιος αποκτά καλόπιστα κινητό πράγμα από κάποιον μη κύριο του πράγματος, γίνεται παρ' όλα αυτά κύριός του, ενώ η διάταξη του άρθρου 1038 εισάγει την εξαίρεση ότι η κτήση κυριότητας δεν επέρχεται, παρά την καλή πίστη του αποκτώντος, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες το πράγμα έχει ξεφύγει από την κατοχή του αληθινού κυρίου λόγω κλοπής ή απώλειας, νομοτεχνική επιλογή που κάνει τον νόμο πολύ πιό ευανάγνωστο. Στη δεύτερη περίπτωση έχουμε να κάνουμε με νομοθετική μεταβολή, με την οποία για ένα μέρος –όχι όμως το σύνολο– των περιπτώσεων που ως τώρα καταλαμβάνονταν

70. Μερικές φορές πάντως μαζί με τους νομοτεχνικούς υποκρύπτονται και ουσιαστικοί λόγοι: στο ιδιωτικό ιδίως δίκαιο, με το σχήμα «κανόνας-εξαίρεση» ρυθμίζονται και ζητήματα του βάρους της απόδειξης, όπως εύστοχα επισημαίνουν οι Larenz – Canaris, σ. 80. Στο παράδειγμα των άρθρων 1036 και 1038 που ακολουθεί, η χρήση του σχήματος αυτού δηλώνει επί πλέον ότι σε περίπτωση δίκης μεταξύ του αποκτώντος και του αρχικού κυρίου του πράγματος ο πρώτος βαρύνεται απλώς να αποδείξει την καλή του πίστη, ενώ ο δεύτερος είναι αυτός που οφείλει να αποδείξει τον ισχυρισμό του ότι το πράγμα ξέφυγε από την κατοχή του λόγω κλοπής ή απώλειας (και όχι ο πρώτος το αντίθετο).

71. Είναι προφανές ότι, όταν μιλάμε για το σχήμα «κανόνας-εξαίρεση», ως κανόνα εννοούμε το συνήθως συμβαίνον, δηλαδή μιά εμπειρική κανονικότητα, έστω και αν στη συγκεκριμένη περίπτωση η κανονικότητα αυτή αφορά την (κανονιστική) ρύθμιση μέσω κανόνων δικαίου, εννοώντας τον κύριο όγκο των ρυθμιζόμενων περιπτώσεων.

από τη ρύθμιση ενός κανόνα δικαίου ορίζεται ότι εφ' εξής η ρύθμιση αυτή παύει να ισχύει. Για παράδειγμα, μπορεί ο νομοθέτης με μεταγενέστερο νομοθέτημα να αφαιρέσει μία επί μέρους μεμονωμένη κατηγορία μισθώσεων ακινήτων, λ.χ. ακινήτων που έχουν κηρυχθεί διατηρητέα, από το καθεστώς ειδικής προστασίας των μισθώσεων επαγγελματικής στέγης στο οποίο αυτή ως τώρα υπαγόταν βάσει ενός προγενέστερου νόμου μαζί με άλλες, για τις οποίες ωστόσο εξακολουθεί να ισχύει η ειδική αυτή προστασία.

Στις περιπτώσεις αυτές, όπως άλλωστε και στις περιπτώσεις όπου η εξαίρεση αφορά το σύνολο του κύκλου βιοτικών σχέσεων που ρύθμιζε ο προγενέστερος κανόνας, όταν δηλαδή η διάταξη είναι καταργητική της προηγούμενης, οι περιοριστικές ή εξαιρούσες διατάξεις αποκτούν, κατά την τρέχουσα διδασκαλία, πλήρες νόημα μόνο αν συνδυαστούν με άλλες διατάξεις που να περιέχουν «πλήρη» κανόνα δικαίου, ο κανόνας ωστόσο αυτός δεν είναι πάντα εύκολο να βρεθεί. Δυσχερέστατα μάλιστα ερμηνευτικά προβλήματα δημιουργούν ειδικώς εκείνες οι καταργητικές διατάξεις όπου η κατάργηση γίνεται συλλήβδην, φαινόμενο νομοθετικής οκνηρίας συχνό σε τελικές διατάξεις νέων νόμων που, χωρίς εγγύτερη απαρίθμηση, ορίζουν (το άλλωστε αυτονόητο) ότι εφ' εξής καταργούνται όλες οι προγενέστερες διατάξεις των οποίων οι ρυθμίσεις αντίκεινται κατά περιεχόμενο στις νέες ρυθμίσεις. Το πρόβλημα είναι λιγότερο οξύ όταν η καταργούμενη ή περιοριζόμενη ρύθμιση ανήκει στην κατηγορία ειδικών κανόνων που η παραδοσιακή θεωρία του δικαίου ονόμαζε εξαιρετικό δίκαιο.⁷² Το εξαιρετικό δίκαιο αποτελεί απόκλιση από το λεγόμενο κοινό ή γενικό δίκαιο, καθώς ρυθμίζει κατά διαφορετικό τρόπο μία ειδική κατηγορία βιοτικών σχέσεων, η οποία αφαιρείται από ένα ευρύτερο σύνολο σχέσεων που υπάγονται στην «κανονική», δηλαδή τη γενική ρύθμιση. Έτσι, όταν καταργηθεί μία εξαιρετική ρύθμιση, το υποσύνολο των ειδικών περιπτώσεων που ως τη

72. Βλ., αντί άλλου, Windscheid (-Αργυρόν), *Σύστημα Ρωμαϊκού Δικαίου*, τόμος Α', Γενικά Αρχαί, Εν Αθήναις, Γ. Φέξης, 1915, σ. 173 κ.ε., και, με περαιτέρω παραπομπές στην παλαιά βιβλιογραφία μαζί με τις υφιστάμενες τότε αποκλίσεις απόψεων, επίσης Ferdinand Regelsberger (-Γεωργίου Μαριδάκη), *Γενικά διδασκάλαι του δικαίου των Πανδεκτών*, Εν Αθήναις, Εμπρός, 1915, σ. 234 κ.ε. Η σημερινή θεωρία διακρίνει συχνότερα μεταξύ γενικών και ειδικών κανόνων δικαίου· βλ. χαρακτηριστικά Αραβαντινό, *Εισαγωγή*, σ. 134/135.

στιγμή εκείνη καταλαμβάνονταν από την ειδική ρύθμιση επανέρχεται αυτόματα στην «κανονική» ρύθμιση των γενικών διατάξεων. Στο προηγούμενο παράδειγμά μας της κατάργησης της υπαγωγής της μίσθωσης των διατηρητέων ακινήτων στο καθεστώς των επαγγελματικών μισθώσεων, συνέπεια είναι η αυτόματη επαναφορά των μισθώσεων αυτών στο γενικό καθεστώς των μισθώσεων των άρθρων 574 κ.ε. του Αστικού Κώδικα.

Συνοπτικά μιλώντας, οι φερόμενες ως «ατελείς» διατάξεις καταδεικνύεται ότι δεν διαφέρουν σε τίποτε ουσιαστικό από τους φερόμενους ως «πλήρεις» κανόνες δικαίου και αποτελούν απλώς επιλογές νομοθετικής βραχυλογίας. Υπάρχει ωστόσο ένα βαθύτερο ερώτημα: γιατί η τρέχουσα διδασκαλία αναγκάζεται να δεχθεί την ύπαρξή τους ως ξεχωριστής κατηγορίας διατάξεων και να ισχυριστεί σοβαρότερες διαφορές που δεν υπάρχουν; Η απάντηση συνδέεται με την εμμονή της ότι «πλήρεις» κανόνες δικαίου είναι όσοι συνδέουν πραγματικό και έννομη συνέπεια σε σχέση υπόθεσης προς απόδοση. Και αυτή με τη σειρά της υπηρετεί, όπως υπαινιχθήκαμε, τη σκοπιμότητα να εμφανιστεί η θεμελίωση των νομικών κρίσεων ως ερειδόμενη σε ένα (απαγωγικό) συλλογιστικό σχήμα ή, κατά παραλλαγή, στον λογικό *modus ponens*. Για τον λεγόμενο δικανικό συλλογισμό και την αδυναμία του να συμβάλει στη θεμελίωση θα μιλήσουμε σε άλλο σημείο (κυρίως στο Κεφ. Η', υπό IV, 2). Εδώ επισημαίνουμε, κλείνοντας, ότι η προσφυγή στο συλλογιστικό σχήμα και η συνακόλουθη αντίληψη περί «πλήρων» κανόνων δικαίου συνδέεται με κάτι ακόμη βαθύτερο: την αδυναμία της τρεχούσης διδασκαλίας να συλλάβει την κανονιστική διάσταση των θεμελιώσεων στο δίκαιο. Αν ο κανόνας δικαίου είναι λογική σύναψη πραγματικού και έννομης συνέπειας, και επί πλέον η κανονιστικότητα υπάρχει μόνο σε αυτήν την τελευταία (ως επιταγή επέλευσης των κυρώσεων), τότε η κανονιστικότητα μεταβαίνει απευθείας στο συμπέρασμα και κατά τα λοιπά το κύριο βάρος της θεμελιωτικής εργασίας πέφτει σε ενέργειες που έχουν απλώς διαπιστωτικό χαρακτήρα. Αυτό αποτελεί, όπως θα δούμε, την έμμομη ιδέα της νομικής τυποκρατίας. Αν όμως διαγνώσουμε ότι ο σύνδεσμος μεταξύ πραγματικού και έννομης συνέπειας είναι σύνδεσμος δικαιολόγησης και όχι συνεπαγωγής, τότε προβάλλει αβίαστα το συμπέρασμα ότι η τρέχουσα κατασκευή των κανόνων δικαίου ως *regulae juris* είναι παραπλανητική και ότι κανόνας δικαίου υπό την

ευρεία έννοια της *norma juridica* είναι το οποιοδήποτε συστατικό στοιχείο της έννομης τάξης μπορεί να χρησιμεύσει ως πηγή νομικού επιχειρήματος. Αν μάλιστα εθιστούμε στην ιδέα ότι οι νομοθετικές ρυθμίσεις αφορούν ανθρώπινες πράξεις, και επί πλέον ότι το νόημα των πράξεων γενικά συμπροσδιορίζεται από τους λόγους που έχει ένα έλλογο υποκείμενο να τις τελέσει ή να τις παραλείψει, τότε εκλείπει και η ανάγκη διάκρισης «πρωτευόντων» και «δευτερευόντων» κανόνων δικαίου.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΣΤ'

ΑΡΧΕΣ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ι. Αντιδιαστολή κανόνων και αρχών;

Πολλοί συγγραφείς έχουν από παλαιά επιμείνει ότι μεταξύ των ρυθμιστικών μέσων που χρησιμοποιεί το ισχύον δίκαιο καταλέγονται, πέρα και χωριστά από τους κανόνες, επίσης οι αρχές δικαίου. Έντονες αμφισβητήσεις υπήρξαν ωστόσο γύρω από το αν οι αρχές ανήκουν στις πηγές του δικαίου,¹ αν και υπό ποιές προϋποθέσεις διαθέτουν θετικό ή διαφορετικά υπερθετικό χαρακτήρα, πώς, στην περίπτωση που δεν προκύπτουν άμεσα από τις πηγές του δικαίου, μπορεί να συναχθεί η νομική ισχύς τους και τέλος αν μοιάζουν με τους κανόνες δικαίου ή διαφέρουν από αυτούς από λογική σκοπιά ή ως προς τον τρόπο της κανονιστικής τους επενέργειας.

Τα ερωτήματα αυτά γύρω από τις αρχές δικαίου συνδέθηκαν από ενωρίς με τη γενικότερη διαμάχη μεταξύ των οπαδών του φυσικού δικαίου και εκείνων του νομικού θετικισμού. Από τη μία πλευρά, οι οπαδοί του φυσικού δικαίου υποστήριξαν ότι οι αρχές δικαίου είναι αρχές υπερθετικές, που ισχύουν λόγω της προέλευσής τους από το φυσικό δίκαιο και ως τέτοιες καταλέγονται στις πηγές του δικαίου ακόμη και στην περίπτωση που το ίδιο το θετικό δίκαιο δεν τις αναγνωρίζει ρητά –κάτι που πάντως έκαναν, λ.χ., ο αυστριακός ΑΚ και ο παλαιότερος ιταλικός ΑΚ–, επειδή συμπληρώνουν το θετικό δίκαιο όπου αυτό καταλείπει κενά ή και, σε ακραίες περιπτώσεις, λειτουργούν προς διόρθωση

1. Βλ., για παράδειγμα, την αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό από τον Φίλιππο Δωρή, *Εισαγωγή Α'*, σ. 65 κ.ε.