

Το λάθος όμως της προσέγγισης της κρατούσης μεθοδολογικής διδασκαλίας⁷¹ είναι ότι παραβλέπει την ολιστικότητα της ερμηνείας, που συνεπάγεται τη διάχυση, έστω και ανισομερή, του κανονιστικού περιεχομένου σε ολόκληρο το κείμενο και αναδεικνύει την υποτιθέμενη διαύγεια και ριζικότητα της διάκρισης μεταξύ γλωσσικών και ουσιαστικών ερωτημάτων και βεβαιοτήτων ή αμφιβολιών απατηλή και ανήμπορη να επωμισθεί τις μεθοδολογικές συνέπειες που της αποθέτονται.

71. Χαρακτηριστική της θετικιστικής προσέγγισης είναι η εκ μέρους του Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1992, σ. 103 κ.ε., εμμονή στο διακριτό γλωσσικής και κανονιστικής αμφιβολίας και η συναφής παρανόηση του αντιθετικιστικού επιχειρήματος ότι πολλές φορές, παρά το γραμματικά αναμφίβολο του κειμένου του νόμου, η όλη συνάφεια της ρύθμισης οδηγεί τους ερμηνευτές να δεχθούν ομόφωνα ότι άλλη είναι η πραγματική κανονιστική σημασία του (όπως συμβαίνει στο παράδειγμα του Fuller με το φορτηγό-μνημείο). Ο Marmor ερμηνεύει γενικά το αντιθετικιστικό επιχείρημα ως εάν να εννοούσε ότι σε παρόμοιες περιπτώσεις, ενώ είναι (γλωσσικά) σαφές το τί λέει ο νόμος, ανεξάρτητες (κανονιστικές) εκτιμήσεις υποδεικνύουν μία ερμηνεία που να διορθώνει εκ των υστέρων το γραμματικά σαφές νόημα – και επειδή δεν είναι εκ των προτέρων βέβαιο για κανέναν νόμο ότι δεν χρειάζεται τέτοιου είδους διόρθωση, το επιχείρημα απλώς επιμένει ότι οι πρόσθετες εκτιμήσεις χρειάζονται πάντοτε. Αυτό είναι όμως λανθασμένο. Το νόημα του αντιθετικιστικού επιχειρήματος είναι βαθύτερο: δηλώνει ότι, αν δεν συνυπολογίσουμε εξ αρχής και τις κανονιστικές μας προσδοκίες, ο καθαρά γραμματικά προσεγγιζόμενος νόμος δεν μας λέει ακόμη τίποτε το νοηματικά αξιόλογο, εφ' όσον στην περίπτωση του δικαίου το νοηματικά αξιόλογο δεν μπορεί παρά να εννοείται, ευθύς εξ αρχής, και ως νομικά αξιόλογο. Σ' αυτό οφείλεται σε τελευταία ανάλυση και το ότι η θετικιστική διάκριση μεταξύ ευχερών και δυσχερών περιπτώσεων δεν είναι μία διάκριση θεμελιώδης και μεθοδολογικά βαρύνουσα αλλά μία διάκριση επουσιώδης και εφικτή μόνο ex post.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΑ'

ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΕΡΜΗΝΕΙΑ

Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις

1. Γενική εικόνα

Παρά τα υποστηριζόμενα από την κρατούσα διδασκαλία περί απόλυτης προτεραιότητας της γραμματικής ερμηνείας, ότι δηλαδή το βασικό κριτήριο για την ερμηνεία του νόμου αποτελούν οι σημασίες των λέξεων που συναπαρτίζουν το κείμενό του, η ίδια αυτή διδασκαλία είχε από την αρχή δώσει εξ ίσου μεγάλη έμφαση και σε ένα άλλο ερμηνευτικό κριτήριο, το οποίο από τον Savigny και ύστερα συνηθίζουμε να αποκαλούμε ιστορικό.¹ Βασική ιδέα, από την οποία αφορμάται η ιστορική ερμηνεία και την οποία δύσκολα θα μπορούσε να αμφισβητήσει κανείς, είναι ότι η θέσπιση ενός νόμου αποτελεί ένα ιστορικό γεγονός, με το οποίο ορισμένη ρύθμιση αποκτά νομική υπόσταση, αρχίζει δηλαδή εντός ορισμένης δικαϊκής κοινότητας να λειτουργεί ως ρύθμιση δεσμευτική και εξαναγκαστή. Αυτό σημαίνει ότι με την πράξη θέσπισης του νόμου εισάγεται στην έννομη τάξη κάτι κανονιστικά νέο που δεν προϋπήρχε και που είναι αναγνωρίσιμο επειδή διαθέτει πλήρες θεσμικό κύρος και αυτοτελή ρυθμιστική δύναμη χάρις στο γεγονός ότι με την ιστορική πράξη της θέσπισης ενσωματώνεται στην έννομη τάξη ένα νέο συστατικό στοιχείο

1. Για την ιστορία της ιστορικής ερμηνείας και πριν από τον Savigny, βλ. Jan Schröder, «Zur Geschichte der historischen Gesetzesauslegung», στο Jörg Eckert (επιμ.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, Χαϊδελβέργη, Müller, 2003, σ. 481 κ.ε.

από το οποίο τόσο οι πολίτες όσο και οι δικαστές καλούνται να συναγάγουν ρυθμιστικά περιεχόμενα σε σχέση με το εκάστοτε αντικείμενο της νομοθέτησης. Από την ευλογοφανή και κοινά αποδεκτή αυτή αφετηρία, η διδασκαλία περί ιστορικής ερμηνείας συνάγει το λιγότερο ευκρινές και περισσότερο επιδεκτικό αμφιβολιών ή παρανοήσεων συμπέρασμα ότι η ερμηνεία του νόμου θα πρέπει να λάβει σοβαρά υπ' όψη της, αποδίδοντάς της αποφασιστική σημασία, την ίδια την πράξη θέσπισης του νόμου όχι απλώς ως θεσμικό γεγονός και ως σημείο έναρξης της ισχύος του, ούτε απλώς ως ενέργημα εισαγωγής στην έννομη τάξη στοιχείων ικανών να οδηγήσουν στην άντληση νέων ρυθμιστικών περιεχομένων, αλλά ειδικότερα ως ενέργημα συγκεκριμένων προσώπων, τα οποία εκδήλωσαν την αυθεντική τους βούληση ώστε να αποβεί δεσμευτικό το ηθελημένο από αυτά ρυθμιστικό περιεχόμενο, το οποίο έτσι παγιώνεται τουλάχιστον ως προς τον νοηματικό πυρήνα του, ισχύοντας για όσο διάστημα δεν τροποποιείται ή ανακαλείται.

Σε τί ακριβώς συνίσταται ο νοηματικός πυρήνας που παγιώνεται με την πράξη της θέσπισης του νόμου και προσδίδει εξ αρχής στις εισαγόμενες ρυθμίσεις την κανονιστική τους ταυτότητα δεν είναι πράγματι από την αρχή απόλυτα προφανές. Γι' αυτό και η ιστορική ερμηνεία μπορεί κατ' αρχήν να σημαίνει πολλά διαφορετικά πράγματα που θα πρέπει να διευκρινίσουμε. Πολύ γενικά, η ιστορική ερμηνεία προϋποθέτει πάντως ότι ο πυρήνας αυτός, που εισάγεται με την πράξη θέσπισης του νόμου, είτε συγκροτείται ο ίδιος είτε πάντως συνάγεται από μία ομάδα δεδομένων, κατά τούτο είτε αποφασιστικών είτε τουλάχιστον βοηθητικών για την ανεύρεση του αληθινού νοήματος του νόμου. Τα δεδομένα αυτά έχουν ως κοινό τους χαρακτηριστικό ότι συνδέονται κατά τον έναν ή τον άλλον τρόπο με τη γένεση του νόμου μέσω της θέσπισής του ως ιστορικού γεγονότος, επειδή αφορούν δύο ομάδες στοιχείων: αφ' ενός τους αντικειμενικούς παράγοντες και τις κοινωνικές συνθήκες που συνόδευσαν το γεγονός αυτό και αποτέλεσαν τον ιστορικό του περίγυρο και αφ' ετέρου, στενότερα και αποφασιστικότερα, ορισμένα υποκειμενικά στοιχεία που χαρακτήρισαν την ίδια την πράξη θέσπισης, δηλαδή κίνητρα, προσδοκίες, εκτιμήσεις, επιλογές και επιδιώξεις, ή συνοπτικότερα προθέσεις, που οδήγησαν τους δημιουργούς ή συντάκτες του νόμου στο να προβούν στη θέσπισή του επιδιώκοντας να του προσδώσουν συγκεκριμένο περιεχόμενο.

Παραδοσιακά η ιστορική ερμηνεία, ενώ περιέλαβε και τις δύο ομάδες στοιχείων, έγινε πάντως αντιληπτή περισσότερο ως υπόδειξη επικέντρωσης του ερμηνευτή στη δεύτερη από αυτές: συνδέθηκε με το «πνεύμα» του νόμου ως στοιχείο κρίσιμο για την ερμηνεία του παράλληλα και σε συνδυασμό προς το «γράμμα» του. Το «πνεύμα» του νόμου – ή ο «νους» του, όπως είχε παλαιότερα αποδοθεί στα ελληνικά η λατινική λέξη *ratio* – είχε ήδη από την εποχή της ακμής της ρωμαϊκής *jurisprudentia* ταυτιστεί προς τη νομοθετική *voluntas*² και η παράδοση αυτή επιβιώνει μέχρι τις μέρες μας, καθώς πολλοί συγγραφείς ή νομικοί της πράξης εξακολουθούν να πρεσβεύουν ότι το πνεύμα του νόμου είναι η «βούληση του νομοθέτη» και ότι αυτή πάλι πρέπει να εννοηθεί κυριολεκτικά ως η βούληση των προσώπων που θέσπισαν τον ερμηνευόμενο νόμο (ή, όπως λέγεται συχνά, η «βούληση» – ή πρόθεση – του «ιστορικού νομοθέτη»), οπότε η ιστορική ερμηνεία είναι κατ' ακριβολογία ιστορική-υποκειμενική και συνίσταται στην αναζήτηση των προθέσεων των προσώπων αυτών – συνήθως μέσω τεκμηρίων που αντλούνται είτε από δηλώσεις των ίδιων είτε από τα έμμεσα μνημεία της γένεσης του νόμου που διαθέτουμε, από τα γεγονότα που αποτέλεσαν τις επί μέρους διαδικαστικές πράξεις της θέσπισής του και ιδίως από τις συζητήσεις και ευρύτερα τις περιστάσεις που τα συνόδευσαν (δηλαδή από την πρώτη ομάδα των αντικειμενικών στοιχείων που προαναφέραμε, τα οποία επιτελούν έτσι απλώς βοηθητικό έργο για τη διακρίβωση των στοιχείων της δεύτερης ομάδας). Άλλοι πάλι, ενώ δεν εννοούν κυριολεκτικά τον νομοθέτη ως ιστορικό πρόσωπο και δεν ταυτίζουν πλήρως τη νομοθετική βούληση ή το «πνεύμα» με τις πραγματικές προθέσεις των συντακτών του νόμου, θεωρούν παρ' όλα αυτά ότι η διερεύνησή τους αποτελεί πάντως πηγή ισχυρών επιχειρημάτων ή και απολύτως προνομιακό αποδεικτικό μέσο σε σχέση με την αντικειμενικά πλέον νοούμενη *ratio* του νόμου.³

2. Επ' αυτού, βλ. τους αναφερομένους στο Κεφ. Θ', σημ. 48. Η παράδοση αυτή ταύτισης του «πνεύματος» με τις προθέσεις του νομοθέτη παραμένει, ιδίως στις χώρες άμεσης επιρροής του ρωμαϊκού δικαίου, ζωντανή μέχρι τις μέρες μας· πρβλ., π.χ., Bergel, *Méthodologie*, σ. 239.

3. Έτσι απερίφραστα π.χ. Rüthers, σ. 487 κ.ε.

Η διάκριση ωστόσο μεταξύ υποκειμενικών και αντικειμενικών στοιχείων της ερμηνείας χρησιμοποιήθηκε στη μεθοδολογική διδασκαλία και με μιά διαφορετική σημασία, από τη σκοπιά της οποίας τέθηκε μάλιστα κατά καιρούς υπό αμφισβήτηση η σπουδαιότητα της ιστορικής ερμηνείας συνολικά. Κατά τη διάκριση αυτή, υποκειμενική και ιστορική ερμηνεία θεωρούνται ταυτόσημες, από την άποψη ότι πρόκειται για έναν τρόπο ερμηνείας που υπολαμβάνει ότι το νόημα του νόμου συνίσταται αυστηρά σε ό,τι παγιώθηκε με την πράξη όσων τον θέσπισαν, θεωρούμενη ως ιστορικό γεγονός· αντίθετα η αντικειμενική ερμηνεία επιμένει ότι ο περιορισμός αυτός δεν πρέπει να γίνει αποδεκτός και υποστηρίζει ότι το νόημα του νόμου μπορεί, για λόγους που συνδέονται με τη μεταβολή είτε των ρυθμιζόμενων κοινωνικών συνθηκών είτε των αντιλήψεων ως προς αυτές, να εξελίσσεται με την πάροδο του χρόνου, πράγμα που δεν επιτρέπεται να αφήνει αδιάφορη και την ερμηνεία του.⁴ Οι υποστηρικτές της αντικειμενικής ερμηνείας εμφανίστηκαν στη μεθοδολογία του δικαίου αργότερα από εκείνους της υποκειμενικής,⁵ τους οποίους κατηγορήσαν ότι εμπορούνταν από μία παρωχημένη αντίληψη περί νόμου και νομοθετικής εξουσίας, που επικεντρώνεται στο πρόσωπο ενός προστάζοντος νομοθέτη και αγνοεί πλήρως την πλευρά των πολιτών ως αποδεκτών του νόμου, η σκοπιά των οποίων, βαθμιαία μεταβαλλόμενη στη ροή του χρόνου –δεδομένης της κατά κανόνα μεγάλης διάρκειας ισχύος των νόμων σε αντιδιαστολή προς τη στιγμιαία δημιουργία τους– δεν μπορεί να μη λαμβάνεται υπ' όψη κατά την ερμηνεία.

Μιά κριτική αποτίμηση των εκατέρωθεν επιχειρημάτων και της σημασίας της αντιπαράθεσης αυτής, που εκδηλώθηκε περί το τέλος του 19ου αιώνα, για τη σημερινή εποχή δεν είναι βέβαια σκόπιμη στο σημείο αυτό, καθώς προϋποθέτει την ανάλυση του τί ακριβώς μπορεί να σημαίνει ιστορική ερμηνεία και ιδίως ποιών ειδικότερων ιστορικών στοιχείων η επενέργεια μπορεί να παγιώνει έναν πυρήνα νοήματος του

νόμου (ζήτημα εξεταζόμενο εκτεταμένα παρακάτω, υπό ΙΙΙ), αλλά και ποιός μπορεί να είναι αυτός ο νοηματικός πυρήνας (παρακάτω, υπό ΙV). Κατά τα λοιπά, επειδή η διάκριση μεταξύ υποκειμενικής και αντικειμενικής ερμηνείας χρησιμοποιήθηκε κυρίως σε σχέση με το ερώτημα αν προέχει η πρόθεση των συντακτών του νόμου ή αντίθετα ο σκοπός που ο ερμηνευτής μπορεί να υπολάβει ότι υπηρετεί αντικειμενικά ο νόμος, το ζήτημα θα εξεταστεί στο επόμενο Κεφάλαιο περί τεολογικής ερμηνείας (παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', υπό Ι). Η εδώ εξέταση της ιστορικής-υποκειμενικής ερμηνείας σκόπιμο είναι να αρχίσει με ορισμένες παρατηρήσεις που αφορούν τη σχέση της προς τη γραμματική ερμηνεία.

2. Ιστορική και γραμματική ερμηνεία

Ακόμη και μεταξύ των πιο ένθερμων υποστηρικτών της ιστορικής ερμηνείας έως σήμερα δεν επικρατεί ομοφωνία ως προς τη σχέση της προς τη γραμματική ερμηνεία. Ιδίως δεν είναι σαφές αν όλα αυτά τα επί μέρους δεδομένα, η αναζήτηση των οποίων συνιστά την ιστορική ερμηνεία, είναι παράγοντες που εξ αρχής συμπροσδιορίζουν και εξειδικεύουν την κατά γράμμα σημασία του ερμηνευόμενου νόμου ή απλώς έπονται των καθαρά γραμματικών κριτηρίων εκεί όπου η γραμματική ερμηνεία καταλείπει αμφιβολίες. Ακόμη και στη δεύτερη αυτή περίπτωση πάντως, την οποία στην ηπειρωτική τουλάχιστον Ευρώπη⁶

6. Βλ. χαρακτηριστικά Koch – Rüßmann, σ. 210 κ.ε. Στις Ηνωμένες Πολιτείες, όπου το ζήτημα της ιστορικής ερμηνείας απασχολούσε ανέκαθεν τους νομικούς σε σχέση με την ερμηνεία του Συντάγματος και σήμερα τους απασχολεί όλο και περισσότερο σε σχέση και με την ερμηνεία των κοινών νόμων, τα πνεύματα είναι εντόνως διχασμένα: από τη μιά πλευρά υπάρχουν υποστηρικτές της πρωταρχικότητας του γράμματος του νόμου, που θεωρούν ότι η ιστορική ερμηνεία έχει δευτερεύοντα και εντελώς επικουρικό ρόλο (οι λεγόμενοι textualists), ενώ από την άλλη υπάρχουν πολλοί που θεωρούν εξαιρετικά βαρύνουσα σε κάθε περίπτωση την αναζήτηση, πίσω από το γράμμα του νόμου, των προθέσεων των συντακτών του επειδή αυτές είναι που εμψυσούν ζωή σε ένα διαφορετικά νεκρό γράμμα (οι υποστηρικτές του λεγόμενου legislative intent). Για μιά πολύ καλή εικόνα της αντιπαράθεσης, βλ. αφ' ενός John F. Manning, «Textualism and Legislative Intent», *Virginia Law Review* 91 (2005), 419 κ.ε., και αφ' ετέρου Lawrence M. Solan, «Private Language, Public Laws: The Central Role of Legislative Intent in Statutory Interpretation», *The Georgetown Law Journal* 93 (2005), 427 κ.ε.

4. Βλ., αντί άλλου, την ευσύνοπτη παρουσίαση και ανάλυση από τον Kramer, σ. 104 κ.ε., που θεωρεί τη διαμάχη κρίσιμη έως σήμερα. Βλ. εκτενέστερα παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', υπό Ι.

5. Από τη σκοπιά της ιστορίας της μεθοδολογίας του δικαίου, βλ. τους αναφερόμενους συγγραφείς παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', σημ. 9.

ευνοεί η μεθοδολογική ορθοδοξία, η μεγάλη πλειονότητα των συγγραφέων επιμένει ότι η ιστορική ερμηνεία κατέχει προέχουσα θέση στην όλη ερμηνευτική διαδικασία κατά το ότι, ανεξάρτητα από την επακριβή σχέση της προς τη γραμματική ερμηνεία, προηγείται πάντως όλων των υπόλοιπων ερμηνευτικών μεθόδων, οι οποίες μπορούν να τύχουν εφαρμογής μόνο υπό την προϋπόθεση ότι η γραμματική και η ιστορική ερμηνεία, είτε από κοινού είτε διαδοχικά, θα αποτύχουν να υποδείξουν με τρόπο ανεπίδεκτο αμφισβήτησης το πραγματικό νόημα του νόμου. Αν δηλαδή υποδιαιρέσουμε την ερμηνευτική εργασία σε δύο μεγάλα στάδια, η γραμματική και η ιστορική ερμηνεία (παρά την κατά κανόνα αποδεκτή –από μιά μειονότητα ωστόσο αμφισβητούμενη– πρωτοκαθεδρία της πρώτης) συνανήκουν στο πρώτο, ενώ η συστηματική και η τεολογική ερμηνεία έπονται και συναποτελούν το δεύτερο⁷ στάδιο της ερμηνείας.

Αυτή η προβαλλόμενη εγγύτητα της ιστορικής προς τη γραμματική ερμηνεία –και πάντως η κοινή τους απόσταση από τη συστηματική και την τεολογική– είναι ευεξήγητη από τη σκοπιά του νομικού θετικισμού. Συνδετικός μεταξύ τους κρίκος είναι ο υποτιθέμενος κοινός εμπειρικός χαρακτήρας τους. Σε σχέση με τη γραμματική ερμηνεία είδαμε στο προηγούμενο Κεφάλαιο ότι η κρατούσα διδασκαλία την αντιλαμβάνεται ως στηριζόμενη στις σημασίες των λέξεων που συναπαρτίζουν το κείμενο του κανόνα δικαίου (ή του νόμου που τον περικλείει) και αυτές με τη σειρά τους ως προκύπτουσες από την τρέχουσα γλωσσική πρακτική και τις γλωσσικές συμβάσεις που τη συνθέτουν. Και τα δύο, κείμενο του νόμου και κρατούσα γλωσσική πρακτική, θεωρούνται στοιχεία σταθερά και δεδομένα για τον εφαρμοστή του νόμου, η οποία πρέπει να ξεκινήσει από την εμπειρική αναζήτηση και καταγραφή τους. Αλλά και η ιστορική ερμηνεία θεωρείται εργασία πρωτίστως εμπειρική:⁸ προσεγγίζει τον νόμο ως προϊόν ιστορικών συμβάντων και δημιουργήμα αποφάσεων των προσώπων που έδρασαν υπό συγκεκρι-

μένες περιστάσεις ασκώντας τη νομοθετική τους αυθεντία. Από τη μελέτη των γεγονότων αυτών ο ερμηνευτής του νόμου καλείται να αντλήσει ερείσματα ώστε να οδηγηθεί στο πραγματικό εκείνο νόημα που οι συντάκτες του αποφάσισαν να περικλείσουν στο κείμενό του προκειμένου να καταστήσουν γνωστή προς τους αποδέκτες της τη νομοθετική ρύθμιση που έθεσαν σε ισχύ. Και στη μία και στην άλλη περίπτωση η ερμηνευτική εργασία περιορίζεται στη διαπίστωση στοιχείων συνδεόμενων με το κείμενο του νόμου που ο ερμηνευτής αντιμετωπίζει ως δεδομένα και έτσι ο κανονιστικός χαρακτήρας του αντικειμένου της ερμηνείας θεωρείται κάτι που προκύπτει *ex post*, ως αποτέλεσμα της ερμηνευτικής σύλληψης του περιεχομένου του, και όχι κάτι που, όπως θα δούμε ότι συμβαίνει στη συστηματική και την τεολογική ερμηνεία, μπορεί να την επηρεάζει μεθοδολογικά εξ' υπαρχής.

Ένας προσεκτικός παρατηρητής δεν θα παρέλειπε πάντως να σημειώσει ότι, πίσω από τη θετικιστική σπουδή να προταχθεί η εμπειρική προσέγγιση του νόμου και να αναβληθεί ή και εξοβελιστεί εντελώς, ει δυνατόν, η αναμόχλευση των λόγων προς το πράττειν που συνιστούν το περιεχόμενό του ως ρύθμισης κανονιστικής, εμφωλεύει μιά δυναμική που μπορεί να οδηγήσει σε σοβαρές εσωτερικές εντάσεις και διαφωνίες. Αν η γραμματική ερμηνεία βασίζεται κυρίως στην κρατούσα γλωσσική πρακτική και τις γλωσσικές συμβάσεις που τη συνθέτουν, τότε το προς διαπίστωση εμπειρικό δεδομένο, ως αντικείμενο της γραμματικής ερμηνείας, αφορά την ειθισμένη συμπεριφορά ενός συλλογικού σώματος (δηλαδή την κατεστημένη πρακτική της κοινότητας των νομικών ως ειδικής γλωσσικής κοινότητας), εντός του οποίου συντάκτης του νομοθετικού κειμένου και αποδέκτες του κατέχουν κατ' αρχήν ισότιμη θέση. Η από μέρους όμως της ιστορικής ερμηνείας επικέντρωση της προσοχής στο ιστορικό γεγονός της θέσπισης του νόμου και της έγκλεισης στο κείμενό του ενός αυθεντικού νοήματος απονέμει στο ιστορικό πρόσωπο του νομοθέτη μιά κυριαρχική θέση απέναντι στους αποδέκτες της νομοθετικής ρύθμισης, υπεροχή συνδεόμενη προφανώς με το εξουσιαστικό στοιχείο της νομοθετικής πράξης. Η εξουσιαστική αυτή υπεροχή μάλιστα θα μπορούσε να επεκτείνεται και στο γραμματικό επίπεδο, εκτο-

to *Philosophical Hermeneutics*, Λονδίνο & Νέα Υόρκη, Routledge, 2015, σ. 451 κ.ε., 454.

7. Όπως γνωρίζουμε ήδη, το δεύτερο αυτό στάδιο δεν εννοείται από την κρατούσα διδασκαλία μόνο ως χρονικά αλλά και ως μεθοδολογικά δεύτερο, δηλαδή ως επικουρικό.

8. Έτσι ρητά, π.χ., Γιαννίδης, *Αιτιολόγηση Α'*, σ. 246, επικαλούμενος και τον Alexy, *Argumentation*, σ. 290 και 294. Βλ. επίσης Ralph Poscher, «Juridical Hermeneutics», στο Jeff Malpas & Hans-Helmuth Gander (επιμ.), *The Routledge Companion*

πίζοντας ενδεχομένως ακόμη και το συμβατικό νόημα των λέξεων του κειμένου του νόμου. Αυτό μπορεί βέβαια να υποστηριχθεί ότι συμβαίνει εν μέρει, εκεί όπου ο ίδιος ο νομοθέτης, με τη βοήθεια νομοθετικών ορισμών, επιδιώκει να καθορίσει αυθεντικά το νόημα ορισμένων από τις γλωσσικές εκφράσεις που χρησιμοποιεί, αποκλίνοντας ενδεχομένως από το τρέχον νόημά τους.⁹ Η νομοθετική πρόθεση θα μπορούσε ωστόσο να θεωρηθεί ότι αφορά ακόμη και την ελλείψει νομοθετικών ορισμών νομοθετικά απροσδιόριστη σημασία των λέξεων του κειμένου του νόμου,¹⁰ να αποτελεί δηλαδή όχι απλώς πρόθεση ρύθμισης αλλά και πρόθεση γλωσσικής νοηματοδότησης, βήμα που, όπως θα δούμε στη συνέχεια, επιχειρείται πράγματι όλο και περισσότερο από τους νεότερους συγγραφείς. Στην περίπτωση αυτή η γραμματική ερμηνεία, εννοούμενη ως διερεύνηση των γλωσσικών συμβάσεων, θα πρέπει μάλλον να υποβιβαστεί σε θεραπαινίδα της αναζήτησης της νομοθετικής βούλησης και να εγκαταλειφθεί η κρατούσα διδασκαλία, τουλάχιστον ως προς τον ισχυρισμό της ότι η γραμματική ερμηνεία έχει την απόλυτη προτεραιότητα και συχνά αρκεί για την ολοκλήρωση της ερμηνευτικής εργασίας. Οι γλωσσικές συμβάσεις θα πρέπει, με άλλα λόγια, όχι απλώς να περιοριστούν χρονικά και από αυτές να ληφθούν υπ' όψη μόνο όσες επικρατούσαν πράγματι κατά τη χρονική στιγμή της θέσπισης του νόμου, με αποκλεισμό κάθε τυχόν μεταγενέστερης μεταβολής τους,¹¹ αλλά και να θεωρηθούν ότι στηρίζουν απλώς και μόνο κάποιες ερμηνευτικές υποθέσεις, από τη στιγμή που η ιστορική έρευνα θα μπορούσε κάλλιστα να

9. Όπως είδαμε βέβαια στο οικείο σημείο (παραπάνω, Κεφ. Ε', υπό IV, 1), ακόμη και στην περίπτωση των νομοθετικών ορισμών το πραγματικό κίνητρο του νομοθέτη δεν είναι γλωσσικό αλλά κανονιστικό-ρυθμιστικό.

10. Χαρακτηριστική είναι η άποψη του Αραβαντινού, *Στοιχεία*, σ. 70, και *Εισαγωγή*, σ. 144, που θεωρεί «μετανομικούς όρους» και εν τέλει αόριστες έννοιες κυριολεκτικά όλες τις μη οριζόμενες από τον νομοθέτη.

11. Κάτι που, όπως θα δούμε στη συνέχεια, όχι απλώς δυσχεραίνει πρακτικά τη διερεύνηση της κατά γράμμα σημασίας του νομοθετικού κειμένου αλλά και εγείρει σοβαρά θεωρητικά ερωτήματα, ικανά να υποδαυλίσουν ακόμη και έναν ριζικό σκεπτικισμό κατά της ιστορικής ερμηνείας λόγω των απόπων στα οποία μπορεί να οδηγήσει μία τέτοια εκδοχή της. Όπως θα δούμε, τα άτοπα αυτά προκύπτουν ιδίως αν τη νομοθετική πρόθεση νοηματοδότησης των γλωσσικών όρων συνδέσουμε όχι μόνο με το νόημα (το βάθος, την ένταση) των εννοιών αλλά και με την αναφορά (το πλάτος, την έκτασή) τους.

αφήσει ανοιχτό ως πιθανότητα ή και να καταδείξει ότι οι συντάκτες του νόμου απέστησαν από την τότε τρέχουσα γλωσσική πρακτική και θέλησαν να εισαγάγουν νέες σημασίες στους γλωσσικούς όρους που επέλεξαν να χρησιμοποιήσουν.¹²

Διέξοδο στην ένταση αυτή, που να καταπραΰνει τις υποφώσκουσες αντινομίες μεταξύ γραμματικής και ιστορικής ερμηνείας και να διασώζει την κρατούσα διδασκαλία, θα μπορούσε να προσφέρει μόνο το να γίνει δεκτό ότι ο νομοθέτης, ως ιστορικό πρόσωπο, είναι πιθανότερο να επέλεξε να χρησιμοποιήσει τις λέξεις που συνιστούν το κείμενο του νόμου με την τρέχουσα σημασία τους κατά την εποχή της σύνταξής του, επειδή έτσι εκτίμησε ότι θα καταστήσει το ρυθμιστικό περιεχόμενο του νόμου ευκολότερα προσιτό στους αποδέκτες του, πράγμα που είναι εύλογο να υποτεθεί ότι κάθε νομοθέτης επιδιώκει σε όλα του τα νομοθετήματα. Μιά τέτοια υπόθεση θα δημιουργούσε ένα ισχυρό τεκμήριο υπέρ του ότι οι κατά την εποχή της θέσπισης του νόμου τρέχουσες γλωσσικές συμβάσεις αποτέλεσαν περιεχόμενο και των παραστάσεων και προθέσεων του νομοθέτη και θα διέσωζε τη μεθοδολογική πρωτοκαθεδρία της γραμματικής ερμηνείας, επιτρέποντας στην ιστορική ερμηνεία να λειτουργήσει διορθωτικά εκεί όπου οι τρέχουσες γλωσσικές συμβάσεις χαρακτηρίζονται από ρευστότητα και καταλείπουν αμφιβολίες.

Τώρα όμως νέο πρόβλημα ανακύπτει για την κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία. Η δυσκολία δεν έγκειται μόνο στο ότι ένα τεκμήριο υπέρ των τότε τρεχουσών γλωσσικών συμβάσεων δεν μπορεί παρά να είναι μαχητό, άρα η γραμματική ερμηνεία μπορεί ανά πάσα στιγμή να εκτοπιστεί από την ιστορική. Υπάρχει ένα βαθύτερο πρόβλημα που συνδέεται με τον υποτιθέμενο εμπειρικό χαρακτήρα του πρώτου σταδίου της ερμηνείας, αν αυτό θεωρηθεί ότι συμπερικλείει σε μία ενότητα τη γραμματική και την ιστορική ερμηνεία. Η υπόθεση ότι ο νομοθέτης ακολουθεί κατά κανόνα τις τρέχουσες γλωσσικές συμβάσεις και δεν καινοτομεί γλωσσικά δεν μπορεί να γίνει δεκτή ως καθαρά εμπειρική υπόθεση χωρίς την παραμικρή εμπειρική έρευνα – και τέτοια έρευνα δεν φαίνεται να έχει ποτέ διεξαχθεί (ούτε καν να έχει γίνει ποτέ

12. Για τη σχετική συζήτηση στους κόλπους της θετικιστικής-τυποκρατικής μεθοδολογίας γύρω από το αν και πώς ο νομοθέτης απλώς υιοθετεί ή και δημιουργεί νέες γλωσσικές συμβάσεις, βλ. Γιαννίδη, *Αιτιολόγηση Α'*, σ. 223 κ.ε.

υπαινιγμός ότι θα όφειλε να διεξαχθεί) για κανένα νομοθέτημα. Εκείνο που παρ' όλα αυτά μπορεί να της προσδώσει κάποια ευλογοφάνεια, μικρή ή μεγαλύτερη, είναι κάτι άλλο πέρα από την εμπειρική παρατήρηση: είναι η σκέψη ότι ο νομοθέτης, επιδιώκοντας προφανώς το εύληπτο του νομοθετικού κειμένου, θα είχε λόγους να αποφύγει τις γλωσσικές καινοτομίες και να συμμορφωθεί με την τρέχουσα γλωσσική πρακτική. Το να διατυπώνονται οι νομοθετικές ρυθμίσεις κατά τρόπο εύληπτο στους αποδέκτες τους δεν είναι ζήτημα προσωπικής επιλογής ούτε μόνο εκδήλωση ιστορικά πιθανολογούμενης φρόνησης των συντακτών τους, αλλά και απαίτηση του κράτους δικαίου. Επομένως η εμπειρικά ατεκμηρίωτη εικασία τού τί γλωσσικές επιλογές μπορεί να έκανε κάθε φορά ο συγκεκριμένος, («ιστορικός») νομοθέτης¹³ στερείται του παραμικρού βάρους για την ερμηνεία, εκτός εάν συνοδευθεί από την υπόθεση ότι ο νομοθέτης ακολούθησε κάποιους γενικούς κανόνες φρονησιακού ή και ηθικοπολιτικού χαρακτήρα, και αυτό σημαίνει ότι συμμορφώθηκε προς το κανονιστικό πρότυπο του ορθολογικού νομοθέτη. Μιά τέτοια παραδοχή δημιουργεί όμως προβλήματα συνέπειας για την κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία. Διότι η πιθανολόγηση ότι οι συντάκτες του συγκεκριμένου κάθε φορά νόμου υπήρξαν ορθολογικοί, και αν ακόμη αποτελούσε τεκμήριο υποβοηθητικό της απόδειξης των νομοθετικών προθέσεων, θα χρειαζόταν πάντως ως συνοδό και συμπλήρωμά της το κανονιστικό πρότυπο του ορθολογικού νομοθέτη, προκειμένου να διαπιστωθεί η συμμόρφωση προς (ή η τυχόν απόκλιση από) αυτό, άρα δεν θα μπορούσε ποτέ να έχει χαρακτήρα αμιγώς εμπειρικό.

Οι δυσκολίες δεν σταματούν όμως εδώ. Αν δεχθούμε ότι η υπόθεση της ορθολογικότητας του νομοθέτη ενέχει μία κανονιστική διάσταση, πρέπει να κάνουμε ένα ακόμη βήμα και να παραδεχθούμε ότι περιτεύει εντελώς το σκέλος της ως εμπειρικής πιθανολόγησης: σε τελευταία ανάλυση, δεν χρειάζεται καν μία *prima facie* απόδειξη (ή ένα μαχητό τεκμήριο) ότι ο ιστορικός νομοθέτης συμμορφώθηκε πράγματι με τους κανόνες που απορρέουν από αυτό το πρότυπο, αλλά αρκεί η

a priori υιοθέτηση της ορθολογικότητας του νομοθέτη ως γενικής ερμηνευτικής προϋπόθεσης, η οποία με τη σειρά της αποτελεί ειδική εκδήλωση, στο πεδίο του δικαίου, της γενικότερης αρχής της ερμηνευτικής χάριτος.¹⁴ οφείλουμε να ερμηνεύουμε τον νόμο ως εάν ο νομοθέτης υπήρξε ορθολογικός.¹⁵ Και η ορθολογικότητα αυτή πρέπει να θεωρηθεί ότι διατρέχει ολόκληρο το φάσμα της πράξης της θέσπισης του νόμου, από την επιλογή των νομοθετικών σκοπών και των ρυθμιστικών μέσων προς επίτευξή τους έως την επιλογή των κατάλληλων γλωσσικών εκφράσεων προς διατύπωση της νομοθετικής επιταγής.

Οι προηγούμενες παρατηρήσεις δείχνουν ότι η ιστορική ερμηνεία συνδέεται με πολλές δυσκολίες και αμφισβητήσεις, παρέχοντας

14. Η αρχή της ερμηνευτικής χάριτος («principle of charity») σημαίνει ότι πρέπει να ερμηνεύουμε τα λεγόμενα (ή τα γραπτά) ενός άλλου κατά τρόπο που να υποθέτει στον μεγαλύτερο δυνατό βαθμό ότι βασίζονται σε αληθείς πεποιθήσεις έτσι ώστε να τους προσδίδεται το καλύτερο δυνατό νόημα, π.χ. να αποφεύγουμε μία ερμηνεία που θα τα παρουσίαζε αντιφατικά ή προφανώς ψευδή ή κατ' άλλον τρόπο επιδεκτικά εύκολου αντιλόγου. Στην αρχή της ερμηνευτικής χάριτος έχει εμφατικά επιμείνει ο Donald Davidson σε πολλά δημοσιεύματά του (ένα από τα βασικότερα των οποίων είναι το άρθρο του «Truth and Meaning», αναδημοσιευμένο στη συλλογή μελετών του *Inquiries Into Truth and Interpretation*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1984, σ. 17 κ.ε.), υπογραμμίζοντας μάλιστα ότι δεν πρόκειται για μία συμβουλευτική προτροπή, που ευκαίω θα ήταν να ακολουθείται από τους ερμηνευτές αν θέλουν να είναι καλόπιστοι, αλλά για αναγκαίο όρο κάθε ερμηνείας, χωρίς την τήρηση του οποίου το ερμηνευτικό εγχείρημα θα ήταν μάταιο. Βλ. σχετικά Peter Pagin, «Radical Interpretation and the Principle of Charity», στο Ernie Lepore & Kirk Ludwig (επιμ.), *A Companion to Donald Davidson*, Μάλντεν κ.α., Wiley Blackwell, 2013, σ. 225 κ.ε.

15. Η υπόθεση της ορθολογικότητας του νομοθέτη αποτελεί ασφαλώς ειδική εφαρμογή, στο πεδίο του δικαίου, της αρχής της ερμηνευτικής χάριτος. Στο δίκαιο έχουμε όμως και άλλους λόγους, πέρα από την αρχή αυτή, να υπολαμβάνουμε κατά την ερμηνεία ότι ο νομοθέτης είναι ορθολογικός. Η αρχή της ερμηνευτικής χάριτος θα ακούσε ώστε να μας υποδείξει ότι κατά την ερμηνεία του νόμου το πρόσωπο του νομοθέτη κατ' ανάγκην εξιδανικεύεται ως ορθολογικό και έτσι η βούληση του ιστορικού νομοθέτη καθ' εαυτήν, ως αντικείμενο εμπειρικής και μόνο διερεύνησης, δεν θα ήταν ποτέ ικανή να μας οδηγήσει στο αληθές νόημα του νόμου. Υπάρχουν όμως και άλλοι λόγοι, συνδεόμενοι ειδικά με τον χαρακτήρα του δικαίου και όχι μόνο γενικά με τη φύση της ερμηνείας, να αμφισβητήσουμε εκ θεμελίων την άποψη ότι η ερμηνεία του νόμου είναι κατά βάση ένα εμπειρικό εγχείρημα: το ότι το δίκαιο, λόγω του κανονιστικού του χαρακτήρα, αναφέρεται στους λόγους προς το πράττειν που μας δεσμεύουν και αυτοί δεν είναι ποτέ προσεγγίσιμοι από μία γνήσια εμπειρική σκοπιά αλλά μόνο αναστοχαστικά.

13. Η παραδοσιακά χρησιμοποιούμενη αυτή έκφραση απαντά ακόμη και σήμερα τόσο στη Γερμανία («historischer Gesetzgeber») όσο και στη Γαλλία («législateur historique»). Βλ., αντί άλλων, Larenz – Canaris, σ. 149 κ.ε.· Bergel, *Méthodologie*, σ. 240.

ταυτόχρονα μιά προϋδέαση για τα ζητήματα που τη συνοδεύουν. Οι ίδιες παρατηρήσεις προκαθορίζουν και τη σειρά της ανάπτυξης που θα ακολουθήσει. Στα επόμενα, αφού προβούμε σε μιά κριτικά προϋδεασμένη ανάλυση των επιχειρημάτων που προβάλλονται συνήθως προς δικαιολόγηση της μεθοδολογικής της χρησιμότητας ή και προτεραιότητας (υπό II), θα εξετάσουμε διαδοχικά τις διάφορες εκδοχές για το τί ακριβώς είναι και ποιά μέσα χρησιμοποιεί η ιστορική ερμηνεία (υπό III). Ο συνδυασμός της ανάλυσης των εκδοχών αυτών προς τα επιχειρήματα που προβάλλονται υπέρ της ιστορικής ερμηνείας θα μας επιτρέψει όχι μόνο να επανεξετάσουμε κριτικά τις ίδιες αυτές εκδοχές, αλλά και να προχωρήσουμε σε μιά γενική κριτική αναθεώρηση της όλης διδασκαλίας περί ιστορικής ερμηνείας, κατά την οποία θα επιχειρήσουμε να καταδείξουμε ότι αυτή, τουλάχιστον αν νοηθεί ως καθαρά εμπειρική εργασία, δεν μπορεί να διαθέτει μεθοδολογική αυτοτέλεια και κατά συνέπεια και να διεκδικεί αφ' εαυτής αποφασιστική βαρύτητα κατά την εύρεση του κανονιστικού περιεχομένου του νόμου (παρακάτω, υπό IV).

II. Θεωρητική δικαιολόγηση της ιστορικής ερμηνείας

Προτού στραφούμε στα επί μέρους ζητήματα που σχετίζονται με την ιστορική ερμηνεία, τα οποία έθιξε υπαινικτικά η προηγηθείσα εισαγωγή, σκόπιμο είναι να εξετάσουμε το ζήτημα της δικαιολόγησής της, να διερευνήσουμε δηλαδή τα επιχειρήματα που μπορούν να προβληθούν προς ανάδειξη της χρησιμότητας ή και αναγκαιότητάς της στο δίκαιο. Μπορούμε σε γενικές γραμμές να κατατάξουμε τα επιχειρήματα αυτά σε δύο μεγάλες κατηγορίες: επιχειρήματα που προέρχονται από τη φιλοσοφία της γλώσσας και επιχειρήματα που προέρχονται από την πολιτική φιλοσοφία και τη φιλοσοφία του δικαίου.

1. Επιχειρήματα από τη φιλοσοφία της γλώσσας

Η πρώτη κατηγορία επιχειρημάτων, που έχουν χαρακτήρα γλωσσικό, έχει εμφανιστεί στη συζήτηση σχετικά πρόσφατα. Η αφετηρία των επιχειρημάτων αυτών είναι κοινή με εκείνη των επιχειρημάτων υπέρ

της πρόταξης της γραμματικής ερμηνείας: ο νόμος είναι πρωτίστως ένα (γραπτό) κείμενο που αποβλέπει στη μετάδοση ορισμένης πληροφορίας από τον συντάκτη προς τους αποδέκτες του, η ερμηνεία του οποίου συνίσταται στην αναζήτηση του νοήματος που προκύπτει από την ανάλυση των γλωσσικών εκφράσεων που το συναποτελούν. Για τη διαφοροποίηση ωστόσο από τη γραμματική ερμηνεία κρίσιμη είναι η βασική διάκριση της φιλοσοφίας της γλώσσας μεταξύ συντακτικής, σημασιολογικής και πραγματολογικής διάστασης της γλώσσας, που συναντήσαμε στο προηγούμενο Κεφάλαιο. Ενώ η γραμματική ερμηνεία στρέφεται προς τους συνδυασμούς των γλωσσικών αυτών εκφράσεων στο κείμενο του νόμου όσο και τις σημασίες τους, κινείται δηλαδή στην πρώτη και ιδίως στη δεύτερη από τις προαναφερθείσες διαστάσεις που αφορούν αφ' ενός τις τυπικές σχέσεις μεταξύ των γλωσσικών εκφράσεων και αφ' ετέρου τα μέσω αυτών δηλούμενα, η ιστορική ερμηνεία ενδιαφέρεται για τις πράξεις χρήσης τους, στηρίζεται δηλαδή σε στοιχεία που ανήκουν στην τρίτη από τις διαστάσεις αυτές. Ειδικότερα, η εξέταση του νόμου ως προϊόντος της πράξης εκφοράς του αναδεικνύει την κρισιμότητα για την ερμηνεία του δύο μεγάλων ενοτήτων στοιχείων: αφ' ενός εκείνων που συνθέτουν τον άρρητο και ωστόσο κρίσιμο για την κατανόηση πρακτικό περίγυρο της πράξης εκφοράς και αφ' ετέρου εκείνων που συνδέονται με την πρόθεση του γλωσσικά εκφρασθέντος νομοθέτη.

i. Όπως είδαμε ήδη στο προηγούμενο Κεφάλαιο, ορισμένες νεότερες θεωρίες περί νοήματος επιμένουν ότι οι κατά γράμμα σημασίες των γλωσσικών εκφράσεων δεν μπορούν ποτέ να αποδώσουν το πλήρες ή το ακριβές νόημα μιάς εκφοράς παρά μόνο σε συνδυασμό με τις συνοδευτικές περιστάσεις του συναφούς γλωσσικού ενεργήματος. Ορισμένες από τις θεωρίες αυτές είναι μάλιστα αρκετά ακραίες, ισχυριζόμενες ότι το νόημα μιάς γλωσσικής εκφοράς μπορεί να γίνει αντιληπτό αποκλειστικά και μόνο από τη σκοπιά της θεώρησής της ως γλωσσικού ενεργήματος (speech act), δηλαδή μετά από εξέταση ορισμένων συνοδευτικών στοιχείων της και ιδίως των εξής: ποιός προβαίνει σ' αυτήν, σε ποιούς απευθύνεται, ποιές είναι οι εξωτερικές συνθήκες ή και αφορμές του ενεργήματός του, ποιοί επικοινωνιακοί κανόνες διέπουν το ενεργήμά του, σε τί είδους επικοινωνιακό αποτέλεσμα αποβλέπει, κ.ο.κ. Μετριοπαθέστερες θεωρίες υποστηρίζουν αντίθετα ότι

τα πραγματολογικά αυτά στοιχεία είναι μεν απαραίτητα, έχουν όμως συνοδευτική σημασία και δεν μπορούν να υποκαταστήσουν πλήρως τις σημασίες των γλωσσικών εκφράσεων, οι οποίες διατηρούν μία σχετική αυτοτέλεια.

Εφαρμόζοντας τις θεωρίες αυτές στο δίκαιο, θα λέγαμε ότι, με βάση τουλάχιστον τις ακραίες εκδοχές τους, η ιστορική ερμηνεία, ως εξέταση της όλης πρακτικής συγκυρίας της θέσπισης του νόμου, είναι ο μόνος τρόπος να φθάσουμε στο πραγματικό νόημά του, ενώ η γραμματική ερμηνεία δεν μπορεί ποτέ αφ' εαυτής να οδηγήσει στην ολοκλήρωση της ερμηνευτικής εργασίας. Αντίθετα, με βάση τις μετριοπαθέστερες εκδοχές, η γραμματική ερμηνεία διατηρεί μία σχετική αυτοτέλεια και η ιστορική ερμηνεία είναι μεν πάντοτε αναγκαία, επιτελεί ωστόσο ένα βοηθητικό έργο με το να προσφέρει κρίσιμες διευκρινίσεις εκεί όπου αδυνατεί να προχωρήσει η γραμματική ερμηνεία, η οποία, αν και διεκπεραιώνει το κύριο ερμηνευτικό έργο, δεν είναι ποτέ αυτοτελής ή οριστική και χρειάζεται σε κάθε περίπτωση συμπλήρωση.

Εκείνο που θέτει πάντως τα κρίσιμότερα ερωτήματα είναι ότι η γλωσσική εκφορά εκ μέρους του νομοθέτη έχει αναμφίβολα χαρακτηριστικά κανονιστικά. Πώς συγκροτείται αυτός ο κανονιστικός περίγυρος που, όπως είδαμε στο τέλος του προηγούμενου Κεφαλαίου, συνοδεύει εξ αρχής τη θέσπιση του νόμου και τη γλωσσική του διατύπωση και δεν προστίθεται απλώς εκ των υστέρων, ως εύρημα της ερμηνείας; Οι παραδοσιακές αντιλήψεις περί ιστορικής ερμηνείας συναντώνται, στο ζήτημα αυτό, με νεότερες θεωρίες περί νοήματος που, από όλα τα πραγματολογικά στοιχεία μίας γλωσσικής εκφοράς, εστιάζουν την προσοχή τους στην πρόθεση του ομιλούντος και τις οποίες πρέπει τώρα να εξετάσουμε.

ii. Στη φιλοσοφία της γλώσσας έχει πράγματι από καιρό διατυπωθεί η άποψη ότι το νόημα μίας γλωσσικής εκφοράς προκύπτει πρωτίστως από την πρόθεση του ομιλούντος να επιτύχει, μέσω της εκφοράς, ορισμένα αποτελέσματα. Σε πολύ γενικές γραμμές, εκείνο που ο ομιλών επιδιώκει είναι να γνωστοποιήσει ορισμένα περιεχόμενα και να δημιουργήσει στους αποδέκτες των λόγων του, στις συνηθέστερες των περιπτώσεων, είτε μία παράσταση περί της πραγματικότητας (όταν προβάλλει έναν ισχυρισμό περί του τί συμβαίνει) είτε μία απόφαση περί της τέλεσης ορισμένης πράξης (όταν εκφέρει μία κανονιστική πρό-

ταση). Χωρίς την ύπαρξη συγκεκριμένης πρόθεσης από την πλευρά του προβαίνοντος σε μία γλωσσική εκφορά, κατά την άποψη αυτή, οι ήχοι που εκβάλλει κάποιος όταν μιλάει ή τα σχήματα επάνω στο χαρτί που χαράζει όταν γράφει δεν θα μπορούσαν να διακριθούν από θορύβους ή, αντίστοιχα, από τυχαίες γραμμές. Πολλοί σύγχρονοι φιλόσοφοι έχουν στραφεί προς την ανάλυση του τί ακριβώς είναι η πρόθεση και ποιός ο ρόλος της κατά την τέλεση μίας πράξης γενικότερα ή ενός ομιλιακού ενεργήματος ειδικότερα. Η πρόθεση του ομιλούντος, σύμφωνα με τους περισσότερους συγγραφείς, αποτελεί μία κατάσταση του νου, η οποία επεξηγείται με όρους φυσιοκρατικούς, δηλαδή θεωρείται ότι παράγεται από αιτιακούς παράγοντες που προέρχονται από τη φυσική υπόσταση του ανθρώπου, ιδίως βιοψυχικά στοιχεία όπως είναι οι ενδιαθέτες ροπές και επιθυμίες. Κατά τα λοιπά, η φιλοσοφική ανάλυση είναι σήμερα εξαιρετικά πολύπλοκη και θα περιοριστούμε εδώ σε λίγες πολύ γενικές παρατηρήσεις, που σχετίζονται με ορισμένες διακρίσεις που έχουν εισαχθεί στη σχετική συζήτηση.

Μία διαδεδομένη και πολύ βασική διάκριση είναι εκείνη μεταξύ αφ' ενός της πρόθεσης να προκληθούν στα πρόσωπα, προς τα οποία απευθύνεται η γλωσσική εκφορά, τα προαναφερθέντα αποτελέσματα (ο σχηματισμός είτε μίας νοητικής παράστασης είτε μίας απόφασης προς τέλεση ορισμένης πράξης) και αφ' ετέρου της πρόθεσης να προσδοθεί στην εκφορά συγκεκριμένο περιεχόμενο. Το πρώτο είδος πρόθεσης μπορεί να ονομαστεί πρόθεση επιτέλεσης. Το δεύτερο και ξεχωριστό είδος πρόθεσης μπορεί να ονομαστεί πρόθεση νοήματος: η γλωσσική μου εκφορά, για παράδειγμα, ότι αυτή τη στιγμή βρέχει, εκτός του ότι αποτελεί έναν ισχυρισμό που επιδιώκει να προκαλέσει σε σας τον σχηματισμό μίας παράστασης, είναι ταυτόχρονα μία σειρά ήχων στην οποία, μέσω πολύπλοκων μηχανισμών που δεν ενδιαφέρουν εδώ, εισάγω το νόημα ότι η προς σχηματισμόν παράσταση είναι εκείνη του ενεστώτος γεγονότος της βροχής και όχι κάποια άλλη, ενώ εξ άλλου όταν παροτρύνω κάποιον να κλείσει το παράθυρο, η πρόθεση νοήματος που έχω συνίσταται στο γεγονός ότι στην παρότρυνσή μου επιδιώκω να εισαγάγω το νόημα ότι η προς τέλεση πράξη είναι το κλείσιμο του παραθύρου και όχι κάποια άλλη. Η διάκριση αυτή συνοδεύεται από σοβαρές διχογνωμίες γύρω από τη σχέση μεταξύ των δύο ειδών προθέσεων. Ενώ πολλοί συγγραφείς επέμεναν αρχικά ότι η επιτέλεση προηγείται

και το περιεχόμενο έπεται, καθώς αυτό προκύπτει εκ των υστέρων, εφ' όσον δηλαδή έχει επιτύχει το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, μέσω της τήρησης των κανόνων που διέπουν το αντίστοιχο επικοινωνιακό ενέργημα, η νεότερη τάση είναι να προταχθεί η πρόθεση νοήματος ως κάτι το αυτοτελές και υποστατό ήδη πριν από την τέλεση του οποιουδήποτε επικοινωνιακού ενεργήματος.¹⁶

Μία άλλη διάκριση, που έχει γίνει ευρέως δεκτή, είναι εκείνη μεταξύ της πρόθεσης και του σκοπού του πράττοντος: ενώ ο σκοπός είναι λίγο-πολύ γενικός και αφηρημένος, ενδεχομένως μάλιστα και πολύ μακρο-πρόθεσμος για τον πράττοντα και έτσι, κατά ορισμένους συγγραφείς, μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί απλώς πρόθεση in abstracto ή prima facie, επομένως κάποιος μπορεί να έχει κατά νου πολλούς ταυτόχρονα σκοπούς, ακόμη και ασύμβατους μεταξύ τους, η πρόθεση υπό στενή έννοια, δηλαδή in concreto, η οποία και μπορεί να ονομαστεί επίσης και βούληση προς πράξη, έχει χαρακτήρα οριστικό, συνδέεται δηλαδή με την τελική απόφαση προς τέλεση της πράξης και δεν επιδέχεται αντιφάσεις, διαφορετικά ενέχει ένα στοιχείο ανορθολογικό και κατά τούτο παθολογικό.¹⁷ Η τελική αυτή πρόθεση, που χρονικά προηγείται

16. Την προτεραιότητα της επιτελεστικής πρόθεσης και των κανόνων επικοινωνίας, υποβαθμίζοντας την πρόθεση νοήματος, είχαν υποστηρίξει ιδίως οι Paul Grice, σε σειρά παλαιότερων μελετών του αναδημοσιευμένων μετά τον θάνατό του στον τόμο P. H. Grice, *Studies in the Way of Words*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1989, και Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Φραγκφούρτη, Suhrkamp, 1981. Την καθαρότητα της διάκρισης μεταξύ επιτελεστικής (επικοινωνιακής) πρόθεσης και πρόθεσης νοήματος και τα πρωτεία της δεύτερης θεωρεί αντίθετα αναγκαία ο John R. Searle, *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, Καίμπριτζ κ.α., Cambridge University Press, 1983, ιδίως σ. 160 κ.ε., διαφοροποιούμενος και από δικές του παλαιότερες απόψεις.

17. Στη διάκριση αυτή επιμένει ο Michael Bratman, «Two Faces of Intention», *The Philosophical Review* 93 (1984), 375 κ.ε. Προηγουμένως ανάλογη διάκριση είχε εισαγάγει ο Donald Davidson, που είχε επίσης, στη μελέτη του «How Is Weakness of the Will Possible?», στου ιδίου, *Essays on Actions and Events*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1980, σ. 21 κ.ε., επιμένει ιδιαίτερα στην ανάλυση της παθολογίας του σχηματισμού προθέσεων. Βλ. επίσης J. David Velleman, «How to Share an Intention», στου ιδίου, *The Possibility of Practical Reason*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 2000, σ. 200 κ.ε. (202 κ.ε.), που τονίζει ότι πρόθεση υπάρχει κυριολεκτικά εκεί όπου (α) ο ρους των πραγμάτων εξαρτάται από εμένα και (β) η

κατ' ελάχιστο ή και συμπίπτει με την έναρξη τέλεσης της πράξης και διαρκεί όσο και η ίδια η πράξη, συνήθως θεωρείται ότι είναι ταυτόσημη με το βουλητικό στοιχείο της πράξης. Το περιεχόμενο της τελικής ή υπό στενή έννοια πρόθεσης (της λεγόμενης και «intention in action») θεωρείται ότι είναι ό,τι ακριβώς δηλώνει η πρόταση που περιγράφει τη δηλούμενη πράξη.¹⁸

Εφαρμόζοντας τη φιλοσοφική αυτή διδασκαλία στην ερμηνεία του νόμου, πολλοί συγγραφείς θεωρούν ότι ήδη η βασική της θέση καταδεικνύει πόσο αναγκαία είναι η προσφυγή στην πρόθεση του νομοθέτη για τη σύλληψη του νοήματος του νόμου. Έτσι γενικά διατυπωμένη ωστόσο, η σύνδεση του νοήματος του νόμου με την πρόθεση του συντάκτη του φαίνεται να επιμένει σε κάτι αυτονόητο: στο ότι η εκ μέρους του νομοθέτη γλωσσική εκφορά που συνιστά και την πράξη θέσπισης του νόμου δεν είναι μιά οποιαδήποτε χάραξη σημείων ούτε μιά τυχαία σύνταξη ενός οποιουδήποτε γλωσσικού κειμένου αλλά ακριβώς πράξη θέσπισης νόμου με σκόπιμη επιλογή της συγκεκριμένης γλωσσικής του διατύπωσης. Από την αυτονόητη αυτή αφετηρία όμως έως τη σύλληψη του ακριβούς νοήματος του νόμου η απόσταση είναι μεγάλη. Δύο είναι τα βασικά ερωτήματα που μένουν ανοιχτά: πρώτον, ποιιά πρόθεση του νομοθέτη είναι κρίσιμη και, αν πρόκειται να υιοθετήσουμε τα κρατούντα περί ιστορικής ερμηνείας, κατά πόσον μας οδηγεί στο να αντιληφθούμε το νόημα του νόμου· και δεύτερον, πώς διακρίβώνεται η νομοθετική αυτή πρόθεση.

Το πρώτο ερώτημα θα μας απασχολήσει διά μακρών στη συνέχεια (παρακάτω, υπό III). Προς το παρόν θα αναφερθούμε με συντομία στις δύο διακρίσεις που αναφέραμε προηγουμένως. Η διάκριση μεταξύ επιτελεστικής πρόθεσης και πρόθεσης νοήματος είναι ασφαλώς κρίσιμη και για το δίκαιο· και η διχογνωμία γύρω από το ποιιά από τις δύο προηγείται υποκύπτει και σε αμφιταλαντεύσεις της μεθοδολογικής

κατεύθυνση προς την οποία στρέφω τα γεγονότα καθορίζεται από απόφασή μου μετά από συνεκτίμηση των λόγων που συνηγορούν υπέρ της μιάς ή της άλλης επιλογής (ενώ το να έχω κάποιον σκοπό δεν επηρεάζει αφ' εαυτού και άμεσα τον ρου των πραγμάτων).

18. Βλ. σχετικά John McDowell, «What Is the Content of an Intention in Action?», *Ratio* (new series) 23 (2010), 415 κ.ε.

διδασκαλίας που επισημάνουμε στις εισαγωγικές παρατηρήσεις: αν προηγείται η πρόθεση νοήματος, τότε αποφασιστική σημασία για την ερμηνεία έχει η βούληση του νομοθέτη καθαυτήν, δηλαδή το νόημα που ο ίδιος ο νομοθέτης θέλησε να εγκλείσει στο κείμενο του νόμου, πράγμα που ευνοεί την προτεραιότητα της ιστορικής ερμηνείας, ενώ αν προηγείται η επιτελεστική (επικοινωνιακή) πρόθεση, τότε κρίσιμο είναι όχι ακριβώς τί πρόθεση είχε πραγματικά ο νομοθέτης, αλλά μάλλον τί είναι εύλογο για τον αποδέκτη του νόμου να εκλάβει ότι εκείνος θέλησε.¹⁹

Κατά τα λοιπά όμως η διάκριση δεν βοηθάει τη μεθοδολογική διδασκαλία να προχωρήσει πολύ: η επιτελεστική πρόθεση, δηλαδή στην περίπτωση του νόμου η πρόθεση δημιουργίας στους αποδέκτες του της απόφασης τέλεσης (ή παράλειψης) ορισμένης πράξης, συμβάλλει απλώς στο να αντιληφθούμε σε τί είδους γλωσσική εκφορά προβαίνει ο νομοθέτης, στο να συλλάβουμε, με άλλα λόγια, τον κανονιστικό χαρακτήρα του νόμου, χωρίς ωστόσο παραπέρα εμβάθυνση (χωρίς να μας βοηθάει να εξειδικεύσουμε, για παράδειγμα, αν ο νόμος έχει χαρακτήρα προσταγής ή όχι): η πρόθεση νοήματος εξ άλλου, που συνδέεται με τη συγκεκριμένη πράξη της οποίας ζητείται η τέλεση ή η παράλειψη,

19. Η παλαιότερη διδασκαλία περί ιστορικής ερμηνείας εναρμονίζεται καλύτερα με την πρόταξη της πρόθεσης νοήματος, και μάλιστα αυστηρά από τη σκοπιά του νομοθέτη και μόνο (πρόταξη που εξηγεί παράλληλα και την πρωταρχική σημασία της γραμματικής ερμηνείας). Νεότερες θεωρίες ωστόσο επιμένουν περισσότερο στην ιστορική ερμηνεία από τη σκοπιά της πρόταξης της επιτελεστικής πρόθεσης: αυτό που προέχει, κατά την άποψη αυτή, είναι η θεώρηση της θέσπισης του νόμου ως ενεργήματος επικοινωνίας του νομοθέτη προς τους αποδέκτες του νόμου, οπότε κρίσιμο για τον ερμηνευτή είναι να αναζητήσει τί μπορεί να θέλησε ο νομοθέτης εν όψει της εικόνας που είχε για το πώς θα αντιληφθούν τα λεγόμενά του οι αποδέκτες του ενεργήματός του. Προς την κατεύθυνση αυτή, βλ. Eberhard Baden, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 1977, και Rainer Hegenbarth, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik*, Φραγκφούρτη, Athenäum, 1982. Καταλυτική ωστόσο κριτική κατά της γενικότερης τάσης να θεωρηθεί ο νόμος ως επικοινωνιακό ενέργημα του νομοθέτη προς τον δικαστή (ή τους πολίτες) ασκεί ο Mark Greenberg, «Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication», στο Andrei Marmor & Scott Soames (επιμ.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2011, σ. 217 κ.ε.

παραπέμπει απλώς στην περιγραφόμενη από το πραγματικό του νόμου πράξη και έτσι περιορίζεται στο να αποζητάει την ερμηνεία του νομοθετικού κειμένου, χωρίς και να προκαθορίζει αποφασιστικά τα κριτήριά της. Στο συμπέρασμα αυτό μας οδηγούν οι παρατηρήσεις που πρέπει να διατυπώσουμε σε σχέση με την άλλη από τις προαναφερθείσες διακρίσεις: τη διάκριση μεταξύ σκοπού (ή προθέσεων *prima facie*) και κυρίως πρόθεσης (ή πρόθεσης *stricto sensu*). Με βάση τη διάκριση αυτή, πρέπει να δεχθούμε ότι οι νομοθετικοί σκοποί μπορεί να είναι γενικοί και αφηρημένοι και να επιδέχονται εσωτερικές εντάσεις ή και αντιφάσεις, κάτι που απλώς απαιτεί ερμηνεία χωρίς και να προδιαγράφει το αποτέλεσμα της μέσω ασφαλών κριτηρίων, ενώ πάλι η υπό στενή έννοια πρόθεση δεν είναι τίποτε άλλο ειμή πρόθεση (ή βούληση) θέσπισης του νόμου με την επιλεγείσα γλωσσική διατύπωση.

Σε σχέση με το δεύτερο ερώτημα, που αφορά τον τρόπο διάγνωσης της νομοθετικής πρόθεσης, τα πράγματα είναι ακόμη δυσκολότερα. Όπως είδαμε, πολλοί φιλόσοφοι πρεσβεύουν ότι η πρόθεση αποτελεί φυσιοκρατικά εξηγήσιμη κατάσταση του νου, που με τη σειρά της επενεργεί αιτιωδώς στην τέλεση συγκεκριμένης πράξης, και ως τέτοια είναι αντικειμενικά δεδομένη και επιδεκτική κάποιου είδους διαπίστωσης. Αντίστοιχα η τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία θεωρεί, όπως είδαμε, την εύρεση της νομοθετικής πρόθεσης (ή βούλησης) ζήτημα γνήσια εμπειρικό. Η άποψη αυτή, όπως θα διαπιστώσουμε και στη συνέχεια, είναι προβληματική. Προσωρινά αρκεί να σημειώσουμε ότι, αν πράγματι η πρόθεση έχει, σε αντίθεση προς τους διαφόρους *prima facie* σκοπούς, χαρακτήρα οριστικό, τότε η διαμόρφωσή της προϋποθέτει τη διαβουλευτική προσέγγιση και συγκριτική εκτίμηση των σκοπών αυτών, ή ακριβέστερα, όπως η προηγηθείσα στο Κεφάλαιο Β' ανάλυση της πράξης μάς επιβάλλει να δεχθούμε, την αναστοχαστική συνεξέταση των διαφόρων λόγων προς το πράττειν που θα μπορούσαν ή θα έπρεπε να είχαν καθοδηγήσει τη νομοθετική επιλογή. Από τη σκοπιά αυτή, η ανεύρεση της νομοθετικής πρόθεσης ή βούλησης είναι έργο κάθε άλλο παρά καθαρά εμπειρικό, αλλά και συνδέεται με πολλές και ποικίλες αναζητήσεις, που υπερβαίνουν κατά πολύ εκείνο που παραδοσιακά γίνεται αντιληπτό ως ιστορική ερμηνεία.

2. Επιχειρήματα από τη φιλοσοφία του δικαίου

Πιό παραδοσιακά είναι τα επιχειρήματα υπέρ της ιστορικής ερμηνείας που προέρχονται από τον χώρο της φιλοσοφίας του δικαίου και της πολιτικής φιλοσοφίας. Ο σύνδεσμος των παλαιότερων από αυτά με τη θετικιστική διδασκαλία είναι προφανής. Πηγή τους είναι ο ίδιος ο ιδρυτής του νομικού θετικισμού John Austin: αν πράγματι οι κανόνες δικαίου είναι προσταγές του φορέα της κυριαρχίας σε ένα κράτος, τότε αποφασιστική για το υπό αναζήτηση περιεχόμενο των νόμων είναι η βούληση (ή πρόθεση) του προστάζοντος κυριάρχου, όπως εκδηλώθηκε τη συγκεκριμένη ιστορική στιγμή που διαμορφώθηκε.

Σε προηγούμενο σημείο είδαμε βέβαια ότι η παραδοσιακή αυτή αντίληψη περί των νόμων ως προσταγών δεν μπορεί να γίνει δεκτή ιδίως σε ένα δημοκρατικό και δικαιοκρατικό πολίτευμα, και ότι η κανονιστικότητα του δικαίου, αποτελώντας κάτι διαφορετικό από μία εξωτερική επιβολή, δεν μπορεί να βασίζεται σε μία σχέση υπεροχής του νομοθέτη απέναντι στους αποδέκτες των ρυθμίσεών του. Γι' αυτό σήμερα δημοφιλέστερο είναι ένα άλλο επιχείρημα: το επιχείρημα της διάκρισης των κρατικών εξουσιών-λειτουργιών και της κατανομής εργασίας μεταξύ νομοθέτη και εφαρμοστή του δικαίου. Σύμφωνα με το επιχείρημα αυτό, η θέσπιση κανόνων δικαίου είναι έργο της νομοθετικής εξουσίας και μόνο, ενώ η δικαιοδοτική λειτουργία περιορίζεται αυστηρά στην αναπαραγωγική εργασία της εφαρμογής των νομοθετικών ρυθμίσεων σε ατομικές περιπτώσεις· και καλύτερος τρόπος τήρησης αυτής της κατανομής εργασίας και αποτροπής αυθαίρετων δικαιοπλαστικών επεμβάσεων εκ μέρους των δικαστηρίων θεωρείται ότι δεν είναι άλλος από την προσήλωση στη νομοθετική βούληση, η οποία εξασφαλίζει κατά τον μεγαλύτερο δυνατό βαθμό τη δέσμευση του δικαστή από τον νόμο. Το επιχείρημα μάλιστα αυτό ενισχύεται με ένα πρόσθετο, που επικαλείται τη δημοκρατική αρχή και την ανάγκη επίδειξης του ακόμη μεγαλύτερου σεβασμού που προσήκει ειδικά στον δημοκρατικό νομοθέτη.²⁰

Δεν θα επαναλάβουμε εδώ εκτενώς όσα υποστηρίξαμε στο Πρώτο Μέρος σε σχέση με την κανονιστικότητα του δικαίου και την προέλευσή της όχι από μία βασική σχέση πολιτικής υπεροχής και υποταγής, αλλά από τους λόγους προς το πράττειν οι οποίοι απορρέουν από τα πρωταρχικά ηθικά καθήκοντα που μας δεσμεύουν αμοιβαία στις μεταξύ μας σχέσεις ως ισότιμων πολιτών, ζήτημα στο οποίο θα επανέλθουμε άλλωστε και στη συνέχεια. Θα αρκесθούμε να παραπέμψουμε στα εκεί επιχειρήματα, καθώς και στην εκεί προβληθείσα θέση ότι η θεμελίωση των δικανικών κρίσεων δεν βασίζεται σε ιδιαίτερους λόγους προς το κρίναι, που δεσμεύουν τους δικαστές στη σχέση τους προς τον νομοθέτη, αλλά απαιτεί απλώς την κατάδειξη των λόγων προς το πράττειν που κατά δίκαιο βαρύνουν τους διαδίκους (παραπάνω, Κεφ. Δ', υπό Ι). Το ιστορικό γεγονός της θέσπισης ενός νόμου έχει ασφαλώς επίπτωση στους λόγους προς το πράττειν που δεσμεύουν αμοιβαία τους πολίτες, η ερμηνεία του όμως ως γεγονότος γενεσιουργού τέτοιων λόγων διαμεσολαβείται από ηθικοπολιτικές αρχές – και η δημοκρατική αρχή ειδικότερα είναι εξαιρετικά πολύπλοκη και αναλύεται σε πολύ περισσότερες επί μέρους αρχές και όχι μόνο στην αρχή της πλειοψηφίας, η οποία, χωρίς η ίδια να είναι εμπειρική αλλά μάλλον συνεπειοκρατική, λειτουργεί πάντως με καθαρά εμπειρικά κριτήρια. Έτσι, ο καλύτερος σεβασμός προς τον νομοθέτη, και μάλιστα τον δημοκρατικό, δεν είναι αυτός που αφορά την τυφλή τήρηση των κελευσμάτων των φορέων της νομοθετικής εξουσίας αλλά πρωτίστως ο σεβασμός προς τις αρχές που δείπνουν τη σύσταση και οργάνωση της δημοκρατικής εξουσίας, όσο και προς εκείνες που κατηύθυναν τις συγκεκριμένες αποφάσεις του νομοθέτη ως θεσμικές εκφράσεις της αμοιβαίας προσδοκίας των πολιτών να ενεργούν και να αντιμετωπίζονται ως ελεύθεροι και ίσοι.

Μιά τέτοια αφετηρία δεν μπορεί να αφήσει αλώβητη την παραδοσιακή διδασκαλία περί ιστορικής ερμηνείας. Στη συνέχεια θα επιχειρή-

Review 82 (2013), 597 κ.ε., που υποστηρίζει ότι ο σεβασμός προς τον νομοθέτη επιτυγχάνεται πληρέστερα αν το κείμενο του νόμου ερμηνευθεί υπό το φως εκείνου που ονομάζει (και επεξηγεί με τη βοήθεια νεότερων γλωσσοφιλοσοφικών θεωριών) «original intent». Όπως έχει όμως αναφερθεί και σε άλλο σημείο, το πρόβλημα με τέτοιου είδους προσεγγίσεις είναι ότι εστιάζουν την προσοχή αποκλειστικά στη φιλοσοφία της γλώσσας, αγνοώντας προγενέστερα κρίσιμα ερωτήματα αρμοδιότητας της φιλοσοφίας του δικαίου.

20. Το διαδεδομένο αυτό επιχείρημα περί σεβασμού των αποφάσεων του δημοκρατικού νομοθέτη αναπαράγει με άκριτο τρόπο ο (μη νομικός) Scott Soames, «Deferentialism: A Post-Originalist Theory of Legal Interpretation», *Fordham Law*

σουμε, μέσω της κριτικής ανάλυσης της παραδοσιακής αυτής διδασκαλίας, να καταδείξουμε τί ακριβώς παραμένει σταθερό και τί δεν μπορεί πλέον να γίνει δεκτό από αυτήν.

III. Ιστορικά στοιχεία της ερμηνείας

Από τις προηγηθείσες εισαγωγικές παρατηρήσεις όσο και από την εξέταση των επιχειρημάτων υπέρ της σπουδαιότητάς της προκύπτει ήδη ότι, ενώ η ιστορική ερμηνεία κατέχει κεντρική θέση στην τρέχουσα θετικιστικής εμπνεύσεως μεθοδολογική διδασκαλία, ασάφειες και διαφωνίες επικρατούν ακόμη και μεταξύ εκείνων που αποδίδουν σ' αυτήν πρωταρχική σημασία σε σχέση με τον επακριβή προσδιορισμό των κρίσιμων ιστορικών στοιχείων, δηλαδή των ερμηνευτικών κριτηρίων που το είδος αυτό ερμηνείας φέρνει στο προσκήνιο. Παραδοσιακά η ιστορική ερμηνεία αξίωσε, όπως σημειώσαμε ήδη, τη στροφή προς τη λεγόμενη «βούληση του ιστορικού νομοθέτη», δηλαδή την πραγματική βούληση των προσώπων που θέσπισαν τον νόμο, χωρίς ωστόσο να προσδιορίζει επακριβώς ποιο από τα ενδεχόμενα συστατικά ή αντικείμενα της βούλησης αυτής είναι το αποφασιστικό. Η υφέρπουσα διαφωνία στο καίριο αυτό ζήτημα κινδυνεύει να ανατρέψει, όπως θα δούμε στη συνέχεια, ολόκληρο το παραδοσιακό μεθοδολογικό οικοδόμημα. Από την άλλη πλευρά, στην ιστορική ερμηνεία πολλοί συγγραφείς κατέταξαν επίσης, ήδη από παλαιά, τα στοιχεία που σχετίζονται με την προϊστορία της θέσπισης του νόμου: τη μέχρι τότε κατάσταση της νομοθεσίας, ενδεχόμενα προβλήματα που είχαν αναφανεί κατά την εφαρμογή του προϊσχύσαντος δικαίου, γεγονότα που τυχόν έδωσαν αφορμή ή προσέφεραν κίνητρο στον νομοθέτη ώστε να παρέμβει, κ.ο.κ., στοιχεία που ωστόσο δεν έχει καταβληθεί προσπάθεια να τεκμηριωθεί γιατί είναι από μεθοδολογική άποψη τόσο σημαντικά. Η μεθοδολογία του δικαίου, προβαίνοντας στην εξέταση των ερωτημάτων που τίθενται σε σχέση με όλα αυτά τα στοιχεία, κάνει συνήθως λόγο αντίστοιχα για υποκειμενικά και αντικειμενικά στοιχεία της ιστορικής ερμηνείας.

Ι. Αντικειμενικά στοιχεία

Η θέσπιση ενός νόμου αποτελεί ασφαλώς ένα θεσμικό γεγονός. Συντελείται με πράξεις ορισμένων προσώπων, στις οποίες προσδίδεται από την πολιτική κοινότητα το νόημα της εισαγωγής στην έννομη τάξη ενός πλέγματος νέων ρυθμίσεων με συγκεκριμένο περιεχόμενο. Το ότι οι πράξεις αυτές συνιστούν πράγματι τη θέσπιση κανόνων δικαίου προκύπτει από τον θεσμικό περίγυρο εντός του οποίου τελούνται, δηλαδή από προϋφιστάμενα κανονιστικά στοιχεία που αφορούν πρωτίστως τις αρμοδιότητες των ενεργούντων προσώπων και τις διαδικασίες λήψης των συναφών αποφάσεων. Στις ίδιες αυτές τις πράξεις η ιστορική ερμηνεία αναζητεί τους παράγοντες από τους οποίους προκύπτει το περιεχόμενο των ρυθμίσεων που τέθηκαν σε ισχύ. Από αυτούς, αντικειμενικοί χαρακτηρίζονται όσοι δεν συνδέονται με την πράξη της θέσπισης καθαυτήν έτσι όπως την εννόησαν τα ίδια τα υποκείμενα που την επιτέλεσαν, αλλά με τον ιστορικό της περίγυρο και τις πραγματικές συνθήκες και περιστάσεις που, πέραν των προαναφερθέντων κανονιστικών στοιχείων, φωτίζουν τη θέσπιση του νόμου ως ιστορικό συμβάν και βοηθούν στην εξήγησή της ως πράξης εισαγωγής νέων ρυθμιστικών περιεχομένων στην έννομη τάξη.

Από παλαιά γίνεται πράγματι δεκτό ότι οι ιστορικές ή κοινωνικές συνθήκες της θέσπισης ενός νόμου προσφέρουν στον ερμηνευτή πολλά στοιχεία κρίσιμα για την κατανόηση του περιεχομένου του. Τα στοιχεία αυτά μπορούν να αντληθούν από την προϊστορία της έννομης τάξης στο υπό ρύθμιση αντικείμενο, δηλαδή το προϊσχύσαν δικαίο και γενικότερα τη θεσμική ιστορία, από γεγονότα που ενδεχομένως κατέδειξαν την ανεπάρκεια των ως τότε ρυθμίσεων και έκαναν έκδηλη την ανάγκη νομοθετικής μεταβολής (τη λεγόμενη *occasio legis*), από τις προεργασίες στα αρμόδια υπουργεία και τις νομοπαρασκευαστικές επιτροπές, από τις συζητήσεις στο κοινοβούλιο κατά τα διάφορα στάδια της νομοθετικής διαδικασίας, από το αρχικά συνταχθέν νομοσχέδιο σε σύγκριση με τις τυχόν μεταγενέστερες μεταβολές του, από τις τροπολογίες που τυχόν υποβλήθηκαν ή και έγιναν δεκτές μέχρι και τη στιγμή της τελικής ψήφισης του νόμου και τέλος από την αιτιολογική έκθεση που κατά κανόνα συνοδεύει το νομοθετικό κείμενο από το

πρώτο του σχέδιο και την αρχή της νομοθετικής διαδικασίας έως και την τελική δημοσίευσή του στην επίσημη συλλογή νόμων.

Παλαιότερα υπήρχε έντονη συζήτηση αν και σε ποιόν βαθμό ορισμένα από τα στοιχεία αυτά, ιδίως τα επισήμως αναγραφόμενα στην αιτιολογική έκθεση, είναι δεσμευτικά για τον ερμηνευτή. Και είναι αλήθεια ότι κατά το παρελθόν τα δικαστήρια έδιναν πολύ μεγάλο βάρος στα στοιχεία αυτά, ιδίως όσο τα νομοθετήματα ήσαν ακόμη νέα και δεν είχε επ' αυτών διαμορφωθεί σταθερή νομολογία ούτε προκληθεί εκτεταμένη επιστημονική συζήτηση. Σήμερα πάντως σχεδόν ομόφωνα γίνεται δεκτό ότι όλα αυτά τα στοιχεία σχετική μόνο ερμηνευτική αξία διαθέτουν, ότι έχουν απλώς υποβοηθητική λειτουργία που ποικίλλει ανά περίπτωση και ότι πρέπει πάντα να λαμβάνονται υπ' όψη όχι αυτοτελώς αλλά σε συνδυασμό με άλλα, αποφασιστικότερα επιχειρήματα και μην μπορώντας ποτέ να κρίνουν αφ' εαυτών οριστικά ένα ζήτημα.²¹ Άλλωστε η κατάταξη όλων αυτών των στοιχείων στον πραγματολογικό περίγυρο της θέσπισης του νόμου υπογραμμίζει ακριβώς αυτήν την επικουρικότητα και ευκαμψία.

2. Ιστορικά-υποκειμενικά στοιχεία και συναφείς αμφισβητήσεις

Η κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία πάντως, όταν κάνει λόγο για ιστορική ερμηνεία, την αντιλαμβάνεται πρωτίστως («υποκειμενικά»), δηλαδή εννοεί πριν απ' όλα την πρόσδοση στον ερμηνευόμενο νόμο του νοήματος εκείνου που αντιστοιχεί στην πραγματική βούληση των συγκεκριμένων προσώπων που, ασκώντας νομοθετική εξουσία, τον διαμόρφωσαν και τον έθεσαν σε ισχύ.²² Μιά τέτοια αφετηριακή παραδοχή είναι ωστόσο υπερβολικά γενική και αφηρημένη και συνοδεύεται από πολλές ασάφειες και αμφισβητήσεις. Αυτές αφορούν, πρώτον, τον προσδιορισμό των προσώπων, στη βούληση των οποίων υποτίθεται ότι πρέπει να ανατρέξουμε· δεύτερον, τη θεωρητική διευκρίνιση του τί

ακριβώς εννοούμε ως βούληση των προσώπων αυτών και πώς τη διαπιστώνουμε· και τρίτον, την εξειδίκευση του αντικειμένου της νομοθετικής βούλησης που θα μπορούσε να είναι κρίσιμο για την ερμηνεία του νόμου.

α. Ποιά πρόσωπα;

Ήδη ο προσδιορισμός του προσώπου του «ιστορικού νομοθέτη», παρ' ότι απαιτεί την αναζήτηση του ή των υπαρκτών προσώπων από τις αποφάσεις των οποίων εκπορεύθηκε ο νόμος, δεν αναφέρεται σε μία ενέργεια απρόσμικτα εμπειρική: το ζητούμενο πρόσωπο πρέπει να είναι όχι απλώς εκείνο που προέβη στις συγκεκριμένες πράξεις που σήμαναν τη θέσπιση του νόμου, αλλά και να ενήργησε ως φορέας της νομοθετικής εξουσίας. Όπως έχουμε δει προηγουμένως, ο ιδρυτής του νομικού θετικισμού John Austin δεν αντιμετώπιζε στο σημείο αυτό κανένα πρόβλημα, καθώς έκανε λόγο για τον κυρίαρχο ως δημιουργό του νόμου και ταυτόχρονα επέμεινε ότι η κυριαρχία είναι μία πραγματική κατάσταση, που συνίσταται στο διαρκές γεγονός της ύπαρξης τόσο ενός προσώπου που εκδίδει προσταγές χωρίς το ίδιο να δέχεται από κανένα άλλο, όσο και πολλών άλλων που συνηθίζουν να επιδεικνύουν υπακοή στις προσταγές αυτές. Η καθαρά εμπειριοκρατική αυτή προσέγγιση ωστόσο, όπως καταδείχθηκε από μεταγενέστερους συγγραφείς, δεν αρκεί ώστε να συλλάβει την κανονιστικότητα του δικαίου. Η άσκηση νομοθετικής εξουσίας δεν είναι κάτι που μπορεί να γίνει αντιληπτό ως ωμό γεγονός, δεδομένου ότι συνοδεύεται αναγκαία από κανονιστικές εκτιμήσεις διαφόρων ειδών, η προφανέστερη από τις οποίες είναι εκείνη της αρμοδιότητας ή δικαιοδοσίας: νομοθετική εξουσία ασκεί κάποιος που διαθέτει προς τούτο όχι απλώς πραγματική δύναμη αλλά και αρμοδιότητα – ίσως μάλιστα, επί πλέον, πολιτική «νομιμοποίηση», ό,τι και να σημαίνει αυτό ειδικότερα. Η διάγνωση του κανονιστικού αυτού στοιχείου στο πρόσωπο του «ιστορικού νομοθέτη» νοθεύει ήδη από την αρχή την καθαρότητα της μεθόδου που υποτίθεται ότι χαρακτηρίζει την ιστορική ερμηνεία και γεννά πολλές αμφιβολίες γύρω από την ακριβή σημασία της ως αναζήτησης της βούλησης συγκεκριμένων προσώπων.

21. Βλ. Bergel, *Méthodologie*, σ. 242 κ.ε.· Kramer, σ. 121 κ.ε., 125 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 151 (που μιλούν ρητά για «βοηθητικά μέσα»). Εντονότερα ωστόσο υπέρ της διερεύνησης της ιστορίας της θέσπισης του νόμου, με στόχο πάντως την ανεύρεση του σκοπού του, Rüthers, σ. 487 κ.ε.

22. Βλ. ιδίως Παπανικολάου, σ. 161, με περαιτέρω παραπομπές.

Ο προσδιορισμός του προσώπου του νομοθέτη ήταν πάντως σχετικά ευχερής σε παλαιότερες εποχές, όταν η πολιτική εξουσία ήταν ενιαία και ο φορέας άσκησής της συγκεκριμένο πρόσωπο. Στα μοναρχικά-απολυταρχικά καθεστώτα ο κυρίαρχος, που θεωρείται πηγή της ενιαίας και συνεχούς πολιτειακής εξουσίας, είναι ένα και μοναδικό φυσικό πρόσωπο,²³ το οποίο μάλιστα ενδέχεται να έχει αυτοανακηρυχθεί αρμόδιο και να μην διαθέτει την παραμικρή νομιμοποίηση (αλλά απλώς να την προσποιείται και κατά τα λοιπά να βασίζει την εξουσία του στη βία). Σήμερα όμως, ιδίως στο πλαίσιο της λειτουργίας συστημάτων κοινοβουλευτικής δημοκρατίας, η προσωποποίηση του φορέα της νομοθετικής εξουσίας δεν είναι επ' ουδενί τόσο αυτονόητη ώστε να επιτρέπει να μιλάμε αφελώς για τον «ιστορικό νομοθέτη» ως κάποιον ή κάποια πρόσωπα που πήραν ορισμένες αποφάσεις και προέβησαν σε ορισμένες πράξεις σε δεδομένο τόπο και χρόνο, πρόσωπα των οποίων να πρέπει απλώς να διαπιστωθεί εμπειρικά η βούληση. Έτσι εξηγούνται οι αμφιβολίες και διχογνωμίες που ενδημούν στη μεθοδολογική συζήτηση γύρω από το πρόσωπο του νομοθέτη σήμερα.

Στις σύγχρονες κοινοβουλευτικές δημοκρατίες, βάση του πολιτεύματος αποτελεί η αρχή της λαϊκής κυριαρχίας – το σύνολο δηλαδή των κρατικών εξουσιών θεωρείται ότι ανήκει στον λαό. Βέβαια πολύ δύσκολα θα μπορούσε κανείς μέσα σε κάθε μεμονωμένο νόμο να ανιχνεύσει κάποια συγκεκριμένη λαϊκή βούληση. Άλλωστε, επειδή στις σημερινές δημοκρατικές κοινωνίες επικρατεί ένας αξιακός πλουραλισμός, είναι σχεδόν αδύνατο να διαπιστωθεί κάθε φορά ποιές ακριβώς αντιλήψεις ή ποιός συνδυασμός τους, και ακόμη δυσκολότερα: ποιές επί μέρους βουλήσεις ή προθέσεις καθόρισαν το περιεχόμενο του νόμου. Επειδή πάντως οι σημερινές δημοκρατίες είναι αντιπροσωπευτικές, θα μπορούσε κανείς να υποστηρίξει ότι κρίσιμη δεν είναι απευθείας η λαϊκή βούληση, αλλά η βούληση του κοινοβουλίου ως του κατ' εξοχήν νομοθετικού οργάνου.

Νέες όμως δυσκολίες ανακύπτουν τώρα για όποιον επιμένει να αντιλαμβάνεται τη νομοθετική βούληση ως εμπειρικά διαπιστώσιμη

βούληση συγκεκριμένων προσώπων.²⁴ Πριν απ' όλα, η βούληση των μελών του κοινοβουλίου σπανίως είναι ενιαία, οπότε η έρευνα πρέπει να περιοριστεί στα μέλη της πλειοψηφούσης κοινοβουλευτικής ομάδας που ψήφισαν υπέρ του νόμου. Αλλά και πάλι, κρίσιμη δεν μπορεί να είναι η βούληση όλων αυτών των μελών, δεδομένου ότι κατά κανόνα δεν έχουν όλα ίση συμμετοχή στη διαμόρφωση του νόμου ή εξ' ίσου στοχευμένη βούληση, με ορισμένα από αυτά ενδεχομένως να ψηφίζουν υπέρ των εισαγόμενων στη Βουλή νομοσχεδίων από λόγους κομματικής πειθαρχίας και μόνο. Ορισμένοι συγγραφείς επιμένουν εξ' άλλου ότι η νομοθετική πρωτοβουλία προέρχεται σήμερα κατά κανόνα όχι από το κοινοβούλιο αλλά από την κυβέρνηση, της οποίας μάλιστα οι επιλογές καθορίζονται σε μεγάλο βαθμό από την υπαλληλική ιεραρχία των υπουργείων ή από τεχνοκράτες συμβούλους, με συνέπεια η σημασία της βούλησης των μελών του κοινοβουλίου να μειώνεται ακόμη περισσότερο. Σ' αυτό κάποιον ανταπαντούν ότι, όσο μεγάλη και να είναι η νομοθετική συμβολή των διαφόρων εξωκοινοβουλευτικών παραγόντων, αποφασιστικό είναι το γεγονός ότι αυτοί στερούνται νομοθετικής αρμοδιότητας και πολιτικής νομιμοποίησης, επομένως η μόνη θεσμικά σημαντική βούληση δεν μπορεί να είναι άλλη από εκείνη των μελών του κοινοβουλίου. Άλλοι τέλος επισημαίνουν ότι πολλές φορές η νομοθετική βούληση δεν είναι ενιαία, καθώς στις διάφορες φάσεις της κοινοβουλευτικής διαδικασίας το αρχικό νομοσχέδιο υφίσταται σημαντικές τροποποιήσεις, ορισμένες από τις οποίες αποτελούν παρεμβάσεις της τελευταίας στιγμής οφειλόμενες σε πολιτικούς συμβιβασμούς και υποχωρήσεις σε ομάδες πίεσης, πράγμα που δυσχεραίνει την εφαρμογή των μεθόδων της ιστορικής ερμηνείας γενικά.

Τις δυσκολίες αυτές πολλοί συγγραφείς προσπάθησαν να ξεπεράσουν υιοθετώντας κάποιες νεότερες φιλοσοφικές θεωρίες που υποστηρίζουν ότι, πέρα από τα ατομικά, υπάρχουν και συλλογικά υποκείμενα, με δικές τους προθέσεις και αποφάσεις, διακριτές από εκείνες των

24. Για τα επόμενα, πρβλ. Παπανικολάου, σ. 161 κ.ε. Σταμάτη, *Θεμελίωση*, σ. 393. Larenz – Canaris, σ. 149 κ.ε. Bydlinski, σ. 449 κ.ε. Alexy, *Argumentation*, σ. 293 κ.ε. Koch – Rüßmann, σ. 211 κ.ε. Καταλυτική για την παραδοσιακή θεωρία περί προθέσεων ως νοητικών (ψυχικών) καταστάσεων συγκεκριμένων προσώπων θεωρώ την κριτική του Ronald Dworkin, «The Forum of Principle», στου ιδίου, *MP*, ιδίως σ. 38 κ.ε.

23. Επ' αυτού βασική παραμένει έως σήμερα η μελέτη του Heinz Mohnhaupt, «Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime», *Ius commune* 4 (1973), 188 κ.ε.

ατόμων από τα οποία συγκροτούνται.²⁵ Σύμφωνα με τις θεωρίες αυτές, μπορούμε να αποδεχθούμε την ύπαρξη τέτοιων συλλογικών προσώπων, αρκεί να συντρέχουν σωρευτικά δύο προϋποθέσεις: πρώτον, να υπάρχει μία ομάδα ατόμων, της οποίας το κάθε μέλος να δρα (εν μέρει και) βάσει λόγων εξωστρεφών υπό συνθήκες αμοιβαιότητας, δηλαδή λόγων που συνυπολογίζουν τόσο την αντίδραση των άλλων μελών όσο και τη γνώση εκείνων ότι οι λόγοι αυτοί ενσωματώνουν τις προσδοκίες αντίδρασής τους· και δεύτερον, η παραγόμενη έτσι συλλογικότητα να λειτουργεί με αποφάσεις ορθολογικά οργανωμένες από τη σκοπιά εκτιμήσεων και σκοποθεσιών που έχουν ως άξονά τους αυτήν την ίδια.²⁶ Αν υιοθετήσουμε τέτοιες θεωρίες, τότε, κατά τους συγγραφείς αυτούς, μπορούμε χωρίς πρόβλημα να κάνουμε λόγο για βούληση ή

25. Έτσι ιδίως Lawrence M. Solan (βλ. παραπάνω, σημ. 6), σ. 437 κ.ε., 444 κ.ε., και Richard Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2012, σ. 47 κ.ε. Προς την ίδια κατεύθυνση, αλλά αποφεύγοντας οποιαδήποτε μεταφυσική προέκταση, Marmor, *Interpretation*, σ. 122 κ.ε.

26. Η σχετική συζήτηση ξεκίνησε από μελέτες της Margaret P. Gilbert, για τις θέσεις της οποίας βλ. ιδίως το βιβλίο της *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*, Lanham κ.α., Rowman & Littlefield, 2000. Η Gilbert θεώρησε ότι μία κοινή πρόθεση μπορεί να προκύψει εκεί όπου σε μία ομάδα δρώντων ο καθένας σχηματίζει τις προθέσεις του λαμβάνοντας υπ' όψη και υπό τον όρο ότι και ο καθένας από τους άλλους θα διαμορφώσει αντίστοιχη πρόθεση, έτσι ώστε, μόλις διαπιστώσει αυτήν την αμοιβαιότητα, η αρχική του υπό αίρεση πρόθεση μετατρέπεται σε οριστική, πράγμα που εν τέλει συμβαίνει σε όλους. Η εκδοχή αυτή βέβαια δεν προσφέρει λύση στο πρόβλημα του προσδιορισμού των υποκειμένων που συγκροτούν έναν πολυπρόσωπο νομοθέτη, ενώ επίσης δεν θίγει το ζήτημα των μεταξύ τους σχέσεων. Στον πυρήνα του προβλήματος της παραδοχής συλλογικών υποκειμένων με δικές τους προθέσεις στρέφεται αντίθετα ο Philip Pettit με τη μελέτη του «Groups with Minds of Their Own», στο Frederick F. Schmitt (επιμ.), *Socializing Metaphysics: The Nature of Social Reality*, Lanham κ.α., Rowman & Littlefield, 2003, σ. 167 κ.ε.· βλ. και του ιδίου, «The Reality of Group Agents», στο Chris Mantzavinos (επιμ.), *Philosophy of the Social Sciences: Philosophical Theory and Scientific Practice*, Κάιμπριτζ κ.α., Cambridge University Press, 2009, σ. 67 κ.ε. Με λίγα λόγια, ο Pettit ισχυρίζεται ότι, όταν αποδεχόμαστε την ύπαρξη συλλογικών υποκειμένων δράσης, δεν χρειάζεται να κάνουμε ισχυρές μεταφυσικές παραδοχές και αρκεί να δεχθούμε ότι η ύπαρξή τους αυτή μεσολαβείται και καθορίζεται αναγκαία από την ύπαρξη μεμονωμένων ανθρώπινων δρώντων, «επιγένεση» της δράσης των οποίων αποτελεί και η συλλογική δράση κάποιων ανθρώπινων ενώσεων που μπορούν να θεωρηθούν αυτοτελή υποκείμενα.

πρόθεση του νομοθετούντος οργάνου, νοούμενου ως «θεσμικού προσώπου», χωρίς να χρειάζεται να κατονομάσουμε και τα επί μέρους εμπειρικά υποκείμενα, οι βουλήσεις των οποίων (καθεμία σε διαφορετικό, ενδεχομένως, βαθμό) συνέβαλαν στη θέσπιση του νόμου.

Εναντίον των φιλοσοφικών αυτών θεωριών μπορούν να εγερθούν σοβαρές αντιρρήσεις.²⁷ αλλά και ανεξάρτητα από αυτό, η τυχόν εφαρμογή τους στο δίκαιο²⁸ δεν μπορεί να προσφέρει την προσδοκώμενη βοήθεια στις κρατούσες θετικιστικές αντιλήψεις για την ιστορική ερμηνεία. Από φιλοσοφική σκοπιά, το να αποδώσουμε νοητικές ικανότητες (συνείδηση, βούληση, κ.ο.κ.) και γενικά την ιδιότητα του προσώπου σε υποκείμενα συλλογικής δράσης σημαίνει αναπόδραστα μιά μεταφορική χρήση των συναφών γλωσσικών εκφράσεων. Ακόμη και εκεί όπου όχι μόνο το πρακτικό αποτέλεσμα της συλλογικής δράσης μπορεί να είναι διαφορετικό από εκείνο που επιδίωξε το κάθε μέλος της ομάδας χωριστά (όπως μπορεί να συμβεί, π.χ., στο Χρηματιστήριο), αλλά επί πλέον το αποτέλεσμα αυτό προέκυψε ύστερα από προμελετημένη οργάνωση του τρόπου λήψης μιάς συλλογικής απόφασης με την προοπτική επίτευξης κάποιου σκοπού (π.χ. απόφαση ενός σωματείου), δεν μπορούμε να κάνουμε λόγο για «συνείδηση» και για «πρόθεση» του συλλογικού σώματος χωρίς να υπονοήσουμε αναγκαία ότι πρόκειται για συρροή νοητικών καταστάσεων και ενεργημάτων μεμονωμένων

27. Εναντίον οποιασδήποτε υποστασιοποίησης ενός συλλογικού υποκειμένου, οσονδήποτε μεταφυσικά ασθενούς, με κυριολεκτικά δικές του προθέσεις, έχει πειστικά στραφεί ο J. David Velleman, «How to Share an Intention» (βλ. παραπάνω, σημ. 17), σ. 219, διατυπώνοντας συνοπτικά τη βασική αντίρρηση: «This joint making-up of minds is not the making-up of a joint mind». Μπορούμε ασφαλώς να πούμε ότι μία απόφαση («καταλογίζεται») σε κάποιο συλλογικό υποκείμενο· ο «καταλογισμός» αυτός όμως ενέχει κατ' ανάγκη και στοιχεία κανονιστικά, με συνέπεια να μην μπορούμε να προσδώσουμε στο υποκείμενο αυτό κάποιου είδους μεταφυσική υπόσταση, έστω και ισχνή, και ακόμη λιγότερο να θεωρήσουμε ότι είναι δυνατή η εμπειρική διερεύνηση μιάς βούλησης που να κρύβεται πίσω από αυτήν την απόφαση. Προς την κατεύθυνση ακριβώς αυτήν κινείται και η κριτική κατά της ιστορικής ερμηνείας ως εμπειρικού εγχειρήματος που διατυπώνει ο Dworkin, *LE*, σ. 313 κ.ε., ιδίως 315, και 335 κ.ε.

28. Εκτός από το ζήτημα της ιστορικής-υποκειμενικής ερμηνείας, οι φιλοσοφικές αυτές θεωρίες αξίζει να συζητηθούν σε σχέση με τη θεωρία των νομικών προσώπων.

δρώντων (του κάθε μέλους χωριστά ή των «επικεφαλής» ή «εκπροσώπων» της ομάδας), στην οποία προσδίδεται απλώς το νόημα της συλλογικής ενέργειας και ενδεχομένως και δέσμευσης και ανάληψης ευθύνης μόνο υπό την προϋπόθεση και εντός ενός προϋφιστάμενου κανονιστικού πλαισίου.²⁹ Η διάγνωση αυτή είναι μάλιστα εμφανέστερη στην περίπτωση των «θεσμικών προσώπων» και ειδικότερα εκείνων που ασκούν τη νομοθετική εξουσία. Έστω και αν υποθέσουμε ότι υπάρχουν περιπτώσεις όπου το τελικό αποτέλεσμα της νομοθετικής διαδικασίας δεν επιδιώχθηκε εξ ολοκλήρου, έτσι ακριβώς όπως προέκυψε, από κανέναν από τους συμμετασχόντες σ' αυτήν (π.χ. επειδή ο καθένας χωριστά έτυχε να ενδιαφερθεί μόνο για ένα μικρό μέρος της ρύθμισης), το νομοθέτημα δεν επιδιώχθηκε από ένα πρόσωπο μεταφυσικά ή κάπως αλλιώς υποστατό πέρα από τον καθένα από τους συμμετασχόντες στη διαδικασία και μόνο βάσει του κανονιστικού πλαισίου της διαδικασίας αυτής η τελική απόφαση αποκτά το νόημα της θέσπισης κανόνων δικαίου από ένα συλλογικό σώμα. Συλλογική νομοθετική βούληση δεν μπορεί συνεπώς να σημαίνει πρόθεση συγκεκριμένου προσώπου, νοούμενη κυριολεκτικά ως ψυχική ή νοητική κατάσταση, αλλά μόνο μεταφορικά ένα σύνολο λόγων, το οποίο προκύπτει από τη συνδρομή επί μέρους ατομικών εκτιμήσεων που συνδέονται σε ένα όλο και αποκτούν συγκεκριμένο νόημα εντός του πλαισίου της κανονιστικής οργάνωσης της πολιτείας γενικά και της νομοθετικής διαδικασίας ειδικότερα.

β. *Τί είδους «διαπίστωση»;*

Οι σκέψεις που προηγήθηκαν προδιαγράφουν την απάντηση και στο δεύτερο ερώτημα, που αφορά τον τρόπο γνώσης αυτού του ιδιότυπου είδους «βούλησης» (ή πρόθεσης) του «ιστορικού νομοθέτη». Εφ' όσον, από τη μία πλευρά, το συλλογικό πρόσωπο του νομοθέτη είναι μία θεωρητική κατασκευή εντός συγκεκριμένου κανονιστικού πλαισίου και, από την άλλη, δεν είναι ευχερώς διαπιστώσιμα τα κρίσιμα εμπει-

ρικά υποκείμενα-μέλη του νομοθετούντος συλλογικού σώματος ώστε στη συνέχεια να διαπιστωθεί η βούλησή τους, και η ίδια η συλλογική νομοθετική βούληση δεν μπορεί παρά να αποτελεί μία θεωρητική κατασκευή εντός του ίδιου κανονιστικού πλαισίου, της οποίας είναι αδύνατη μία εμπειρική «διαπίστωση».³⁰ Άλλωστε, όπως είδαμε ήδη στο Κεφάλαιο Β' σε σχέση με την πράξη γενικά, γνήσια εμπειρική διαπίστωση της εσωτερικής πλευράς μιάς πράξης δεν είναι δυνατή, γι' αυτό και πολλοί συγγραφείς ήδη από παλαιά ξεχωρίζουν εύλογα το διαπιστωτικό-εξηγητικό από το «κατανοητικό» στάδιο της απόκτησης βεβαιότητας για το τί είναι ακριβώς η κάθε συγκεκριμένη πράξη. Ακόμη λοιπόν και αν είχαμε να κάνουμε με τη διερεύνηση της βούλησης ή πρόθεσης ενός εμπειρικά νοούμενου «ιστορικού νομοθέτη», και πάλι ο τρόπος γνώσης της δεν θα μπορούσε να είναι καθαρά εμπειρικός. Εξ άλλου, όπως είδαμε στην προηγούμενη ενότητα, στη φιλοσοφία σήμερα ως βούληση προς πράξη εννοείται μόνο η τελική ή οριστική πρόθεση να τελεστεί η συγκεκριμένη πράξη (στην περίπτωση μας: να θεσπιστεί ο νόμος με τη συγκεκριμένη διατύπωση των διατάξεών του) και τίποτε παραπάνω, ενώ οι περαιτέρω σκοποί που είχε κατά νου ο πράττων ισχύουν μόνο *prima facie* και μπορούν να περιέχουν εντάσεις ή και αντιφάσεις.

Στις αντιρρήσεις αυτές βέβαια οι υποστηρικτές της κρατούσης διδασκαλίας μπορούν να απαντήσουν ότι υπάρχουν πάντως περιπτώσεις όπου μία εμπειρική διαπίστωση είναι πέρα για πέρα ευχερής. Πρόκειται για τις περιπτώσεις όπου ο ίδιος ο ιστορικός νομοθέτης εξέφρασε επίσημα τις ρυθμιστικές του προθέσεις, είτε στο ίδιο το κείμενο του νόμου, συνήθως στο προοίμιό του, είτε πάντως στην αιτιολογική έκθεση που συνήθως δημοσιεύεται μαζί με τον νόμο ως αναπόσπαστο μέρος της νομοθετικής απόφασης. Πολλοί μάλιστα συγγραφείς επικροτούν την πρακτική της πρόταξης προοιμίων στα σημαντικότερα τουλάχιστον νομοθετήματα,³¹ όπου να εκτίθενται και οι βασικές νομοθετικές

30. Αντίθετα ο Alexy, *Argumentation*, σ. 294, επιμένει ότι η επίκληση της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη, έστω και αν συνήθως είναι δύσκολη η διακρίβωση του ή των συγκεκριμένων προσώπων, η βούληση των οποίων οδήγησε στη θέσπιση του νόμου, αποτελεί επιχείρημα εμπειρικό.

31. Την πρακτική αυτή επικρότησαν από παλαιά πολλοί συγγραφείς, ορισμένες φορές στο πλαίσιο αυταρχικών καθεστώτων, τα οποία βεβαίως ενδιαφέρονται να

29. Όπως παρατηρεί εύστοχα ο Ronald Dworkin, «The Forum of Principle» (βλ. παραπάνω, σημ. 24), σ. 42, η συλλογική «πρόθεση» παράγεται από ατομικές προθέσεις, αλλά δεν υπάρχει κάποιος φυσικός τρόπος επιλογής εκείνης από τις πλευρές της κάθε ατομικής πρόθεσης που είναι κρίσιμη για την παραγωγή της συλλογικής.

προθέσεις, έτσι ώστε η βούληση του ιστορικού νομοθέτη να γίνεται σαφέστερη όσο και δεσμευτικότερη³² και να παύσουν οι διαμάχες γύρω από το αν τα αναφερόμενα στις αιτιολογικές εκθέσεις ή στις προπαρασκευαστικές εργασίες της θέσπισης του νόμου, ιδίως στα πρακτικά των συζητήσεων στο κοινοβούλιο, είναι πράγματι δεσμευτικά, εξ ίσου ή λιγότερο από το καθαυτό κείμενο του νόμου.³³

Το βασικό ζήτημα είναι ωστόσο αν και σε ποιόν βαθμό η έστω και με σαφήνεια διατυπωμένη νομοθετική πρόθεση πρέπει να ληφθεί υπ' όψη από τον ερμηνευτή του νόμου. Πέραν των γενικότερων επιφυλάξεων ως προς τη βαρύτητα της νομοθετικής πρόθεσης κατά την ερμηνεία, τις οποίες θα διατυπώσουμε στη συνέχεια, σε σχέση με το εδώ ειδικότερο ζήτημα πρέπει να παρατηρήσουμε ότι στοιχειώδης προϋπόθεση ώστε η ευθέως εκφρασμένη νομοθετική βούληση να θεωρηθεί δεσμευτική, όπως απαιτεί η κρατούσα διδασκαλία, είναι η ειλικρίνεια των συντακτών του νόμου ως προς τις ρυθμιστικές τους επιδιώξεις. Η συνδρομή της προϋπόθεσης αυτής δεν είναι όμως αυτονόητη. Τη σημερινή εποχή πληθαίνουν δυστυχώς τα φαινόμενα όπου είτε ο φόβος του λεγόμενου πολιτικού κόστους είτε η βιαστική νομοθέτηση προς αντιμετώπιση επειγουσών αναγκών, χωρίς να έχει προηγηθεί συστηματική διερεύνηση των εναλλακτικών δυνατοτήτων και ιδίως η λήψη υπ' όψη όλων των παραμέτρων που θα απαιτούσε η δικαιότερη δυνατή κατανομή δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στο υπό ρύθμιση ζήτημα,

υποχρεώσουν τους δικαστές να ερμηνεύουν τους νόμους στο πνεύμα της επίσημης ιδεολογίας. Βλ. σχετικά, αντί άλλου, Π. Σούρλα, *Νομοθετική θεωρία*, σ. 92 σημ. 94.

32. Διότι, κατά τις θετικιστικές αντιλήψεις, όπως αυτές εκφράζονται επιγραμματικά ήδη από τον Ferdinand Regelsberger (-Γ. Σ. Μαριδάκη), *Γενικά διδασκαλία του Δικαίου των Πανδεκτών*, εν Αθήναις, Εμπρός, 1915, σ. 268: «Ο ερμηνευτής δεν δύναται να αντιτάσσεται κατά της γνωστής αυτώ εκπεφρασμένης βουλήσεως του νομοθέτου».

33. Για την παλαιότερη επί του θέματος διαμάχη πληροφορεί ο Κ. Τσάτσος, *Ερμηνεία*, σ. 133 σημ. 17. Βλ. επίσης παραπάνω, Κεφ Η', σημ. 11, όπου παράθεση παλαιότερης διατύπωσης του Larenz, την οποία ο ίδιος απάλειψε σε μεταγενέστερες εκδόσεις της *Methodenlehre*. Από τη σκοπιά της θετικιστικής αναγωγής του λόγου ισχύος του νόμου στη βούληση του ιστορικού νομοθέτη, κάθε στοιχείο που συμβάλλει στη διάγνωση της βούλησης αυτής θα πρέπει να αναγνωρίζεται ως εξ ίσου σημαντικό. Για μία αντιθετικιστική ωστόσο προσέγγιση η διαμάχη αυτή στερείται σημασίας.

μειώνουν την αξιοπιστία των δηλώσεων, επίσημων και ημιεπίσημων, των συντελεστών της θέσπισης του νόμου περί των ιδίων προθέσεων. Η εκτίμηση όμως του βαθμού ειλικρίνειας τέτοιων δηλώσεων περί νομοθετικών προθέσεων απαιτεί την εγκατάλειψη του μεθοδολογικού επιπέδου μιάς εμπειρικής «διαπίστωσης» και την προσφυγή σε αξιολογήσεις που έχουν ως κύριο αντικείμενο όχι πλέον πρόσωπα και δηλώσεις τους, αλλά ευθέως τις ίδιες τις νομοθετικές ρυθμίσεις και τα περιεχόμενά τους. Κρίσιμο είναι πλέον όχι πόσο ειλικρινής υπήρξε ο ιστορικός νομοθέτης, αλλά κατά πόσο ο ίδιος ο νόμος, έτσι όπως έχει διαμορφωθεί κατά περιεχόμενο, είναι αληθινά κατανοητός ως έκφραση της δηλούμενης ρυθμιστικής πρόθεσης και δικαιολογείται πράγματι από τις διακηρυσσόμενες εκ μέρους του ιστορικού νομοθέτη ηθικοπολιτικές αρχές ή πρέπει να αναζητηθούν άλλες στη θέση τους – ένα ερώτημα όχι εμπειρικής-ψυχολογικής πιθανολόγησης αλλά κανονιστικά καθοδηγούμενης κατανόησης και ερμηνείας.

γ. Βούληση με ποιο περιεχόμενο;

Ακόμη μεγαλύτερες δυσχέρειες προκαλεί το τρίτο ερώτημα, που αφορά το περιεχόμενο της νομοθετικής πρόθεσης: ποιο από τα ενδεχόμενα αντικείμενα της «βούλησης του ιστορικού νομοθέτη» είναι κρίσιμο για την ερμηνεία του νόμου; Η αρχική εκδοχή περί ιστορικής ερμηνείας ήταν, κάπως αόριστα, ότι η πράξη της θέσπισης του νόμου είναι ένα ιστορικό γεγονός, με το οποίο η ρύθμιση που ενσωματώνεται σ' αυτόν παγιώνεται ως προς κάποια αποφασιστικά στοιχεία της κατά τη στιγμή ακριβώς της γένεσής της (γι' αυτό και στην αμερικανική ιδίως θεωρία η άποψη που αποδίδει μεγάλο βάρος στην ιστορική ερμηνεία αποκαλείται συνήθως «originalism»): με άλλα λόγια, κρίσιμη είναι η ρυθμιστική βούληση, εννοούμενη ως τελική πρόθεση των συντακτών του νόμου αυτός να ισχύσει με το ρυθμιστικό ακριβώς περιεχόμενο που καθορίζεται από τα αποφασιστικά εκείνα στοιχεία που οι ίδιοι έχουν κατά νου και δηλώνουν προς όλους με το κείμενο που επέλεξαν να καταστήσουν επίσημο νομοθετικό κείμενο. Αρνητικά αυτό σημαίνει ότι αποκλείεται μιά μεταγενέστερη πρόθεση κάποιου άλλου προσώπου, ιδίως του οποιουδήποτε εφαρμοστή του νόμου, περί του ποιο πρέπει να είναι το ισχύον δίκαιο στο υπό ρύθμιση ζήτημα, η οποία δεν μπορεί να υποκαταστήσει την αρχική

και επίσημη του νομοθέτη. Θετικά ωστόσο δεν είναι εντελώς σαφές τί σημαίνει ρυθμιστική πρόθεση ή πρόθεση ρύθμισης. Από την αρνητική πλευρά, στην οποία μόλις αναφερθήκαμε, προκύπτει μόνο ότι η αρχική και επίσημη νομοθετική επιλογή είναι κάτι το υποστατό, που δημιουργεί μία δέσμευση την οποία ο εφαρμοστής οφείλει να λάβει υπ' όψη του και δεν μπορεί να αγνοήσει, τουλάχιστον αν δεν συντρέχουν πάρα πολύ σοβαροί αντίθετοι λόγοι.³⁴ Έως εδώ η εμμονή στην ιστορική διάσταση της ερμηνείας θυμίζει απλώς τη διδασκαλία περί του ότι η θέσπιση του δικαίου επιφέρει μία «πρακτική διαφορά», προκαλώντας μία μεταβολή στους λόγους προς το πράττειν που είχαμε ως τότε («practical difference thesis»),³⁵ με μόνο πρόσθετο στοιχείο τη διασάφηση ότι αυτή η αλλαγή και διαφορά δημιουργείται από τις πράξεις συγκεκριμένων προσώπων σε ορισμένο τόπο και χρόνο. Ποιό όμως στοιχείο των πράξεων αυτών επιφέρει τη διαφορά; Ως προς τί ακριβώς απορρέει από αυτές μία δέσμευση; Τί αφορά και σε τί ακριβώς προσδίδει υπόσταση και κύρος η νομοθετική πρόθεση; Στη δέσμη αυτή ερωτημάτων έχουν κατά καιρούς δοθεί διαφορετικές απαντήσεις.

i. Η πρώτη απάντηση που θα μπορούσε να σκεφθεί κανείς είναι ότι η κρίσιμη ρυθμιστική πρόθεση αφορά τη θέση σε ισχύ διατάξεων με τη γλωσσική ακριβώς διατύπωση που έχει επιλεγεί ως επίσημο κείμενο του νόμου («πρόθεση κειμένου»). Μία τέτοια εκδοχή θα σήμαινε ότι το ίδιο το νομοθετικό κείμενο, ερμηνευόμενο πριν απ' όλα γλωσσικά («γραμματικά»), είναι το ηθελημένο από τη νομοθετική αυθεντία και δημιουργεί ισχυρότατο τεκμήριο περί του περιεχομένου της ρύθμισης, συνεπώς κάθε ερμηνεία που παρουσιάζεται ως απόκλιση από

αυτό είτε δεν μπορεί καθόλου να γίνει δεκτή είτε πάντως χρειάζεται πολύ ισχυρά επιχειρήματα ώστε να προτιμηθεί.³⁶ Μία δεύτερη απάντηση μπορεί να είναι ότι η κρίσιμη νομοθετική πρόθεση αφορά τη δημιουργία εκείνων των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων που είχε κατά νου ο ιστορικός νομοθέτης («πρόθεση νομικών αποτελεσμάτων»). Η διερεύνηση της νομοθετικής πρόθεσης, στην περίπτωση αυτή, πρέπει να στραφεί προς τις επιδιωχθείσες από τον νομοθέτη μεταβολές του περιεχομένου της έννομης τάξης από τη σκοπιά των δικαιωμάτων και καθηκόντων που οι νομοθετικές ρυθμίσεις γεννούν για τους μετέχοντες στις εκάστοτε ρυθμιζόμενες σχέσεις. Μία τρίτη απάντηση είναι ότι η κρίσιμη για την ερμηνεία νομοθετική πρόθεση αφορά τις μεταβολές της κοινωνικής πραγματικότητας στις οποίες αποσκοπεί ο νομοθέτης («πρόθεση κοινωνικών αποτελεσμάτων»). Βάσει της εκδοχής αυτής, εκείνο που προέχει κατά την ερμηνεία είναι η διερεύνηση των μεταβολών που ο ιστορικός νομοθέτης επέλεξε να επιφέρει όχι τόσο στην έννομη τάξη καθ'αυτήν αλλά πρωτίστως, μέσω αυτής, στις κοινωνικές σχέσεις, σταθμίζοντας αγαθά ή συμφέροντα και επιλέγοντας να προωθήσει ορισμένα από αυτά σε βάρος άλλων³⁷ – επιλογή που δεσμεύει τον ερμηνευτή κατά το ότι του επιβάλλει την υποχρέωση, θεωρώντας τον νόμο ως εργαλείο κοινωνικής παρέμβασης, να προτιμήσει εκείνη την ερμηνεία που συμβάλλει καλύτερα στην επίτευξη των σκοπούμενων από τον νομοθέτη κοινωνικών αποτελεσμάτων.

ii. Νέα στροφή στη συζήτηση γύρω από την ιστορική ερμηνεία έχει σημειωθεί τα τελευταία χρόνια ιδίως στην αμερικανική συνταγματική θεωρία, που διατρέχεται από έντονες διαμάχες γύρω από την ερμηνεία

34. O Lawrence B. Solum, «Semantic Originalism», 2008, στη διαδικτυακή διεύθυνση <http://papers.ssrn.com/abstract=1120244>, σελ. 2 κ.ε., διακρίνει δύο συναφείς θέσεις: τη θέση ότι ο νομοθέτης με την απόφασή του προσδιορίζει και σταθεροποιεί κάτι ως ισχύον δίκαιο (fixation thesis) και τη θέση ότι ο προσδιορισμός αυτός αποτελεί μία (νέα) συμβολή στο περιεχόμενο του ισχύοντος δικαίου (contribution thesis). Θεωρεί ότι, όσο και αν κατά τα λοιπά διαφέρουν μεταξύ τους, οι διάφορες εκδοχές περί ιστορικής ερμηνείας ομοφωνούν ως προς τις θέσεις αυτές. Βλ. πύό πρόσφατα του ιδίου, «The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning», *Notre Dame Law Review* 91 (2015), 1 κ.ε.

35. Βλ. παραπάνω, Κεφ. Γ', σημ. 43. Μία τόσο αφηρημένη θέση δηλώνει κάτι το αυτονόητο, στο οποίο ομοφωνούν θετικιστές και αντιθετικιστές.

36. Μία τέτοια περίπτωση γίνεται δεκτό ότι αποτελεί, π.χ., το παράτιτλο του άρθρου 369 ΑΚ: ο περιορισμός του τύπου σε εμπράγματα μόνο συμβάσεις μεταβίβασης ακινήτου, που το παράτιτλο αυτό φαίνεται να δηλώνει, θεωρείται γενικά ότι οφείλεται σε παραδρομή του νομοθέτη κατά τη διατύπωση.

37. Προς την κατεύθυνση αυτή κινήθηκε η Σχολή του Τύμπινγκεν που, επηρεασμένη από τον ύστερο Jhering και τον ωφελιμισμό, διατύπωσε με επικεφαλής τον Philipp Heck τη λεγόμενη θεωρία της στάθμισης των συμφερόντων, σύμφωνα με την οποία η ερμηνεία του νόμου πρέπει να επιδιώκει την ανασύνθεση των κοινωνικών σταθμίσεων, στις οποίες προέβη ο ιστορικός νομοθέτης, και η εφαρμογή την ενεργοποίησή τους σε μεμονωμένες περιπτώσεις. Για τη σχολή αυτή, που άσκησε μεγάλη επιρροή και στη χώρα μας, βλ. παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', υπό ΙΙ, 1.

του Συντάγματος. Το αμερικανικό Σύνταγμα (το αρχικό κείμενο του 1789, αλλά ακόμη και οι βασικότερες μεταγενέστερες τροποποιήσεις του) είναι πολύ παλαιό και ταυτόχρονα πολύ λιτό και σύντομο στη διατύπωση. Το γεγονός αυτό ήταν φυσικό, μετά την πάροδο τόσο πολλών ετών, να αναδειξεί εντονότερα από ό,τι συνήθως ορισμένες βασικές δυσχέρειες που συνοδεύουν την ιστορική ερμηνεία. Πέρα από τις δυσκολίες διακρίβωσης της πρόθεσης των «πατέρων» του Συντάγματος μετά από τόσο μεγάλο χρονικό διάστημα, ιδίως αν αυτή γίνει αντιληπτή ως νοητική ή ψυχική κατάσταση συγκεκριμένων προσώπων, το ερώτημα που γεννάται είναι αν οι παραστάσεις του ιστορικού νομοθέτη ως προς τις επιδιωκτές μεταβολές, νομικές ή κοινωνικές, μπορούν να έχουν τόσο αποφασιστική σημασία σήμερα όσο ισχυρίζονται οι υποστηρικτές της ιστορικής ερμηνείας. Ακόμη και το κείμενο του Συντάγματος, παρ' ό,τι ασφαλώς σεβαστό και μη αμφισβητήσιμο σήμερα όπως και τότε, είναι συζητήσιμο σε ποιόν βαθμό και με ποιόν τρόπο πρέπει να εκληφθεί ότι τεκμηριώνει τη νομοθετική πρόθεση.³⁸

Η αμερικανική συζήτηση επανέφερε στο προσκήνιο τη γνωστή στην ηπειρωτική Ευρώπη από τα τέλη του 19ου αιώνα διαμάχη μεταξύ των υποστηρικτών της «υποκειμενικής» και της «αντικειμενικής» ερμηνείας, στην οποία θα επανέλθουμε στο επόμενο Κεφάλαιο (υπό Ι). Στη διερεύνηση της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη αντιπαράτέθηκε η συμμόρφωση με το «αντικειμενικό» νόημα του νόμου, το οποίο θεωρήθηκε ότι δεν παγιώνεται με την πράξη θέσπισής του και δεν παραμένει σταθερό, αλλά εξελίσσεται με την πάροδο του χρόνου είτε επειδή μεταβάλλονται οι κοινωνικές αντιλήψεις σε σχέση ιδίως με αξιολογήσεις που κρύβονται πίσω από τις νομοθετικές ρυθμίσεις ή υπονοούνται από τον ίδιο τον νομοθέτη όταν χρησιμοποιεί αφηρημένες αξιολογικές εκφράσεις (π.χ. «βάνανση συμπεριφορά», «χρηστά ήθη») είτε επειδή μεταβάλλονται οι ίδιες οι κοινωνικές σχέσεις και έτσι ορισμένες φορές ανατρέπεται η πραγματική βάση πάνω στην οποία στηρίχθηκαν οι νομοθετικές σταθμίσεις (π.χ. οι κοινωνικές ομάδες που έκρινε ο νομοθέ-

38. Η μελέτη που ίσως περισσότερο από όλες συμπύκνωσε τους ενδοιασμούς εναντίον της ιστορικής ερμηνείας σε σχέση με το αμερικανικό Σύνταγμα υπήρξε εκείνη του Paul Brest, «The Misconceived Quest for the Original Understanding», *Boston University Law Review* 60 (1980), 204 κ.ε.

της ότι χρειάζονται την προστασία του δεν είναι πιά οι ασθενέστερες), πράγμα που οφείλει να λάβει υπ' όψη της η ερμηνεία («εξελικτική» ή «συγχρονιστική» ερμηνεία³⁹).

Εκείνο που έχει αξία στη σύγχρονη αμερικανική συζήτηση δεν είναι η επαναφορά στο προσκήνιο μιάς παλαιάς διαμάχης όσο το γεγονός ότι ανέδειξε ορισμένες νέες και λεπτότερες διακρίσεις ως προς το κρίσιμο για την ερμηνεία αντικείμενο της νομοθετικής βούλησης. Στη σφοδρή κριτική των «αντικειμενιστών», οι «υποκειμενιστές» αντέδρασαν με το να κατηγορήσουν τους αντιπάλους τους για ανεπίτρεπτη χαλάρωση της δεσμευτικότητας του Συντάγματος και να προτείνουν μιά νέα θεώρηση της ιστορικής ερμηνείας. Σύμφωνα με τη νέα αυτή εκδοχή, εκείνο που έχει αποφασιστική σημασία και χρειάζεται διερεύνηση στο πλαίσιο της ερμηνείας δεν είναι ούτε τα πρόσωπα των ιστορικών συντακτών του νόμου καθαυτά ούτε κατ' ακριβολογία η βούλησή τους, ατομική ή συλλογική, νοούμενη ψυχολογικά ως κατάσταση του νου. Με δεδομένο ότι οι νομοθετικές (στη συγκεκριμένη περίπτωση: οι συνταγματικές) ρυθμίσεις δεν τίθενται σε ισχύ με απλές μονομερείς δηλώσεις αλλά, για να χρησιμοποιήσουμε ορολογία του Αστικού Δικαίου, με δηλώσεις απευθυντές, ιστορική ερμηνεία δεν μπορεί, κατά τους νέους υποκειμενιστές, να σημαίνει διερεύνηση μιάς μονόπλευρης βούλησης αλλά ενός ενεργήματος εξωτερίκευσής της με πρόθεση επικοινωνιακή, η οποία λαμβάνει δηλαδή υπ' όψη της τον τρόπο πρόσληψης της δήλωσης της βούλησης από εκείνους προς τους οποίους απευθύνεται. Ο νομοθέτης δεν επέλεξε να διατυπώσει τον νόμο έτσι όπως τον διατύπωσε επειδή απλώς αυτή ήταν η πρόθεσή του, αλλά το έκανε με την προσδοκία αυτός να γίνει αντιληπτός από τους αποδέκτες του, δικαστές και πολίτες, κατά συγκεκριμένο τρόπο. Η ερευνητέα νομοθετική πρόθεση δεν αφορά επομένως ευθέως ούτε το κείμενο του νόμου καθαυτό ούτε την ίδια τη ρύθμιση και το περιεχόμενό της αλλά το γλωσσικό νόημα των εκφράσεων που επιλέχθηκαν, το «ιστορικό νόημα» του νόμου, όπως μπορούμε να το αποκαλέσουμε, ένα νόημα που συνυπολογίζει και τους τότε αποδέκτες των ρυθμίσεων. Κατά τη νεότερη δηλαδή αυτή διδασκαλία εκείνο που παγιώνεται με τη θέσπιση του νόμου είναι η (εικαζόμενη) βούληση του νομοθέτη ώστε τα οριζόμενα από αυτόν να γίνουν

39. Βλ. παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', υπό Ι, μαζί με σημ. 14.

κατανοητά με βάση την τρέχουσα κατά τη στιγμή της θέσπισης σημασία των εκφράσεων που χρησιμοποίησε, σημασία που ήταν η αμεσότερα προσιτή στον τότε μέσο αποδέκτη του νόμου («πρόθεση σημασίας» ή «ιστορική σημασία», «semantic originalism»). Η διδασκαλία αυτή θεωρεί επομένως ασυμβίβαστη με την αυθεντία του νομοθέτη –και έτσι κατ' αρχήν απορριπτέα– κάθε ερμηνευτική πρόταση που δεν καλύπτεται από το νόημα εκείνο που ένας μέσος αναγνώστης του νόμου (ή του Συντάγματος) της εποχής της θέσπισής του θα αντιλαμβανόταν φυσικότερα, νόημα που μπορούμε και εμείς σήμερα να εικάσουμε ότι θέλησε ο νομοθέτης βάσει των γλωσσικών εκφράσεων που επέλεξε για τη διατύπωση του νομοθετικού κειμένου. Μεταγενέστερες μεταβολές των κοινωνικών σχέσεων ή διαφοροποιήσεις των ηθικοπολιτικών αντιλήψεων αναφορικά με τις χρησιμοποιούμενες από τον νομοθέτη αξιολογικές εκφράσεις, τις οποίες ήταν αδύνατο να προέβλεψε και να ενσωμάτωσε στην πρόθεσή του και τη δήλωσή της στον νόμο ο ιστορικός νομοθέτης, δεν μπορούν να προσδιορίζουν το νόημα του νόμου και δεν επιτρέπεται να λαμβάνονται υπ' όψη από τον ερμηνευτή.⁴⁰

Και η νέα αυτή στροφή της θεωρίας περί ιστορικής ερμηνείας δεν είναι ωστόσο άμοιρη προβλημάτων και έχει οδηγήσει σε νέες διαφωνίες. Η βασικότερη από αυτές συνδέεται με το ερώτημα του βαθμού γενικότητας και αφαιρετικότητας, στον οποίο πρέπει να γίνει δεκτό

40. Μεγάλη επιρροή προς την κατεύθυνση της νέας αυτής εκδοχής (που αποκλήθηκε και new originalism σε διαφοροποίηση από την παλαιά εκδοχή περί ρυθμιστικής βουλήσεως, αποκαλούμενη πλέον old originalism) άσκησε η μελέτη του δικαστή στο Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών Antonin Scalia, «Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws», στου ιδίου, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Πρίνστον, Princeton University Press, 1997 (με σχόλια των Gordon S. Wood, Lawrence H. Tribe, Mary Ann Glendon και Ronald Dworkin και απάντηση του ιδίου). Ο Scalia δεν αρκείται στο να παραδεχθεί τις δυσκολίες που προκαλεί συχνά η διακρίβωση των προσώπων που θα θεωρηθούν συντάκτες του νόμου, αλλά προβάλλει ως βασικό το επιχείρημα ότι η δεσμευτικότητα του δικαίου έγκειται στους ίδιους τους νόμους έτσι όπως εμφανίζονται προς τους πολίτες και όχι στη βούληση των ανθρώπων που τους θέσπισαν, πράγμα που θεωρεί σύμφωνο με τη βασική αρχή του αμερικανικού rule of law ότι πρέπει να κυβερνούν νόμοι και όχι άνθρωποι (σ. 17). Μία από τις πιό εμπεριστατωμένες επικροτούσες παρουσιάσεις της θεωρίας αυτής προσφέρει ο Lawrence B. Solum, «Semantic Originalism» (βλ. παραπάνω, σημ. 34).

ότι εκτείνεται η δεσμευτικότητα του «ιστορικού νοήματος» του νόμου: άραγε, δεσμευτικοί είναι οι κατά την εποχή της θέσπισης του νόμου γενικοί εννοιολογικοί ορισμοί των λέξεων που συναπαρτίζουν το κείμενο του ή μήπως και οι βασικές επί μέρους περιπτώσεις εφαρμογής που είχε κατά νου ο ιστορικός νομοθέτης, εφ' όσον ήσαν προφανείς και στον μέσο αποδέκτη; Αν δηλαδή θέσουμε ως βάση τη διάκριση της φιλοσοφίας της γλώσσας μεταξύ του βάθους ή έντασης (intension) και του πλάτους ή έκτασης (extension) των εννοιών, το ερώτημα τί ακριβώς σημαίνουν η «πρόθεση νοήματος» και το «ιστορικό νόημα» του νόμου οδηγεί στο δίλημμα αν η εικαζόμενη πρόθεση του νομοθέτη, σύμφωνα με την οποία ο νόμος πρέπει να εννοηθεί με βάση την αντικειμενικά διαγνωστή γλωσσική σημασία του κατά τη στιγμή της θέσπισής του, ορθότερο είναι να θεωρηθεί ότι αφορά την ένταση («πρόθεση έντασης») ή αντίθετα την έκταση των γλωσσικών εκφράσεων του κειμένου του («πρόθεση έκτασης»)⁴¹.

Τη διαφορά κάνουν εμφανή τα ακόλουθα δύο παραδείγματα. Το αμερικανικό Σύνταγμα απαγορεύει ως γνωστόν την επιβολή «βάνανσων και ασυνήθιστων» ποινών και το βασικότερο πρόβλημα που έχει προκύψει αφορά τη θανατική ποινή. Κατά την εξεταζόμενη εδώ νεότερη θεωρία περί ιστορικής ερμηνείας, το αν και υπό ποιές ακριβώς προϋποθέσεις μία ποινή είναι βάνανυση θα κριθεί με βάση τις αντιλήψεις που επικρατούσαν και προσδιόριζαν τον τρόπο πρόσληψης της έννοιας αυτής από τους πολίτες κατά τη χρονική στιγμή της θέσπισης της διάταξης. Αν αποφασιστική θεωρηθεί η ένταση (το βάθος) της έννοιας της βανανυσότητας, τότε οι κρατούσες τη χρονική εκείνη περίοδο αντιλήψεις ότι η θανατική ποινή δεν είναι βάνανυση παραμένουν μεν και για σήμερα δεσμευτικές (άρα η θανατική ποινή δεν μπορεί ούτε σήμερα να θεωρηθεί αντισυνταγματική, γιατί διαφορετικά θα είχαμε μεταβολή του Συντάγματος μέσω της ερμηνείας του), αυτό όμως όχι επειδή είναι δεσμευτικό ένα είδος λεπτομερούς πίνακα καταγραφής

41. Τη διάκριση αυτή έχουν κατά νου και οι Mark D. Greenberg – Harry Litman, «The Meaning of Original Meaning», *The Georgetown Law Journal* 86 (1998), 569 κ.ε., όταν τονίζουν τη δισημία του όρου «νόημα» στη θεωρία του Scalia και αντιδιαστέλλουν τον ορισμό μιάς έννοιας βάσει των *κριτηρίων* εφαρμογής της από την ίδια την περιπτωσιολογία της εφαρμογής (σ. 586 κ.ε.).

των περιπτώσεων που τότε θεωρούνταν ότι υπάγονται ή άλλων που δεν υπάγονται στην ερμηνευόμενη γλωσσική έκφραση, αλλά επειδή ορισμένα βασικά παραδείγματα, στα οποία ανήκει και η ποινή του θανάτου, παρέχουν σοβαρές ενδείξεις περί του πώς γινόταν αντιληπτή την εποχή εκείνη κατά τα γενικά γνωρίσματά της η έννοια της βαναυσότητας (π.χ. επειδή επικρατούσε η αντίληψη ότι η βαναυσότητα αποκλείεται εκεί όπου η τιμώρηση πρέπει να είναι απολύτως ανάλογη με τη βαρύτητα των έννομων αγαθών που προσβλήθηκαν από την εγκληματική πράξη, αρκεί ο τρόπος της πρόκλησης του θανάτου δράστη να είναι όσο γίνεται λιγότερο επίπονος). Αν αντίθετα κρίσιμη θεωρηθεί η έκταση (το πλάτος) της έννοιας της βαναυσότητας (ή η αναφορά κατ' αντιδιαστολή προς το νόημα), τότε με την πράξη της θέσπισης έχουν παγιωθεί οι περιπτώσεις που η κρατούσα την εποχή εκείνη γλωσσική πρακτική κατέτασσε υπό την έννοια αυτή, επομένως η τυχόν μεταγενέστερη επινόηση μιάς ποινής που σήμερα θα χαρακτηριζόταν βάνανυση (π.χ. της αναγκαστικής υποβολής σε μιά διαδικασία «πλύσης εγκεφάλου» που οδηγεί σε εκμηδένιση του εγώ) δεν καλύπτεται από την ερμηνεία και θέτει ζήτημα διακριτικής ευχέρειας, το οποίο πρέπει, τουλάχιστον κατά τη θετικιστική διδασκαλία, να αντιμετωπιστεί κατά οιοδήποτε νομοθετικό τρόπο. Το δεύτερο παράδειγμα είναι η ελευθερία του λόγου. Αν κρίσιμη είναι η ένταση των εννοιών την εποχή της θέσπισης της σχετικής συνταγματικής διάταξης, τότε, στην περίπτωση που την εποχή εκείνη θεωρούνταν θεμιτοί, π.χ., νομοθετικοί περιορισμοί του μισαλλόδοξου λόγου, το ίδιο πρέπει να ισχύει και σήμερα, επειδή ο μισαλλόδοξος λόγος εκλαμβάνεται ότι αποτελεί μία κατηγορία περιπτώσεων που κάνουν εμφανή, έστω κατά αρνητικό τρόπο, τα γενικά χαρακτηριστικά της τότε κρατούσης έννοιας του λόγου που εμπίπτει στη συνταγματική προστασία· αντίθετα, σε σχέση με το ερώτημα αν ως προστατευόμενος λόγος, εκτός από τον προφορικό και τον γραπτό, πρέπει να θεωρηθεί και ο ηλεκτρονικός, δεν πρέπει να είναι αποφασιστικό το γεγονός ότι τη χρονική περίοδο της θέσπισης της συνταγματικής διάταξης το μέσο αυτό διάδοσης του λόγου ήταν εντελώς άγνωστο, πράγμα ωστόσο απολύτως κρίσιμο στην περίπτωση που η νομοθετική «πρόθεση νόηματος» θεωρηθεί ότι αφορά την έκταση της έννοιας του λόγου (δηλαδή τον πείνακα των περιπτώσεων που την εποχή εκείνη γίνονταν δεκτές ως υπακτές στην έννοια αυτή).

Όπως κάνουν φανερό τα παραδείγματα αυτά, η άποψη ότι εκείνο που παγιώνεται με την ιστορική πράξη θέσπισης του νόμου είναι ένα συγκεκριμένο νόημα, το οποίο να μπορούμε εύλογα να εικάσουμε ότι ήταν και το ηθελημένο από τον νομοθέτη, δεν παρέχει ένα σαφές και εύχρηστο κριτήριο ερμηνείας που να ικανοποιεί τις θετικιστικές προσδοκίες. Ακόμη και αν αποδεχθούμε ότι η «πρόθεση έντασης» των ερμηνευόμενων εννοιών είναι η αποφασιστική και πρέπει να εκτοπίσει την «πρόθεση έκτασης» η οποία, όπως δείχνουν τα παραδείγματά μας, οδηγεί μάλλον σε δυσυποστήρικτα αποτελέσματα (π.χ. τη μη ευθεία απαγόρευση ενός νέου τύπου βάνανυσης ποινής ή τη μη προστασία της ελευθερίας του ηλεκτρονικού λόγου), η διάκριση μεταξύ των δύο δεν είναι τόσο εύκολη όσο θα περίμενε κανείς. Ήδη στο κεφάλαιο περί γραμματικής ερμηνείας τονίσαμε ότι η παραδοσιακή διάκριση μεταξύ έντασης και έκτασης, όταν απολυτοποιηθεί, παραβλέπει τη σπουδαιότητα που έχουν για τη σημασία των διαφόρων γλωσσικών εκφράσεων (π.χ. για τη λέξη «νερό») τα πιο χαρακτηριστικά παραδείγματα εφαρμογής τους, στα οποία πάντοτε προσφεύγουν και τα λεξικά προκειμένου να διασαφηνίσουν τους ορισμούς που παραθέτουν: χωρίς τα χαρακτηριστικά αυτά παραδείγματα δεν μπορεί εν τέλει να δικαιολογηθεί γιατί ένας ορισμός πρέπει να θεωρηθεί ακριβέστερος (ή ορθότερος). Το ζήτημα είναι όμως πώς κρίνεται αν ένα παράδειγμα ανήκει στα χαρακτηριστικά ή όχι. Έτσι, στην περίπτωση της ελευθερίας του λόγου δεν είναι αυτονόητο και πρέπει να δικαιολογηθεί με ειδικότερα επιχειρήματα γιατί ο μισαλλόδοξος λόγος να εκλαμβάνεται ως ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα που να μας επιτρέπει να καταλήξουμε σε σημαντικά συμπεράσματα ως προς το τί θεωρούνταν ότι είναι γενικά ο λόγος και η προστασία της ελευθερίας του τη χρονική στιγμή της θέσπισης της σχετικής συνταγματικής διάταξης, που υποτίθεται ότι παγιώθηκε τη στιγμή εκείνη, ενώ η προφορική και η γραπτή μορφή του λόγου σε αντιδιαστολή προς την ηλεκτρονική να μη θεωρούνται ότι είναι τέτοια χαρακτηριστικά παραδείγματα και έτσι να μπορούμε να αγνοήσουμε ως μη κρίσιμη την αλλαγή που έχει έκτοτε επέλθει στις αντιλήψεις για τον «λόγο», κατατάσσοντας τα παραδείγματα αυτά απλώς στην έκταση, δηλαδή στη μη δεσμευτική περιπτωσιολογία των εφαρμογών της αντίστοιχης έννοιας, όπου μεταβολές των αντιλήψεων δεν έχουν αποφασιστική σημασία και ο μη

αποκλεισμός των μεταβολών αυτών δεν συνεπάγεται αθέμιτη νομοθετική μεταβολή.

Βέβαια οι περισσότεροι αμερικανοί συγγραφείς σήμερα συντάσσονται με την άποψη ότι η «ιστορική σημασία» του νόμου, εκείνο δηλαδή το νόημα που παγιώνεται με τη θέσπισή του, είναι η σημασιολογική ένταση (νόημα) και όχι η έκταση (αναφορά) των γλωσσικών εκφράσεων του νόμου,⁴² επομένως, όποια θεωρία και αν ακολουθήσει κανείς ως προς το νόημα, πάντως δεν είναι δεσμευτική η προσδοκώμενη περιπτώσιολογία εφαρμογής του νόμου κατά τη στιγμή της θέσπισής του: περιπτώσεις που η κρατούσα την εποχή εκείνη πρακτική, γλωσσική και νομική, έκρινε ότι καταλαμβάνονται από τη ρύθμιση του νόμου μπορεί κάλλιστα να φανεί στη συνέχεια ότι κακώς είχαν υπαχθεί σ' αυτήν. Το ερώτημα ωστόσο που διατυπώσαμε αμέσως πριν παραμένει: Αν ορισμένες περιπτώσεις εφαρμογής είναι τόσο χαρακτηριστικές ώστε από αυτές να μπορούμε να αντλήσουμε επιχειρήματα ως προς την «ιστορική σημασία» του νόμου, ενώ άλλες δεν είναι σημαντικές, έτσι ώστε μεταγενέστερα να μπορούν να θεωρηθούν ως κακώς υπαχθείσες σ' αυτόν, τότε τί είναι εκείνο που διαχωρίζει τις πρώτες από τις δεύτερες;

Μία εύλογη απάντηση θα μπορούσε να είναι ότι αλλαγές στις κρίσεις ως προς τις περιπτώσεις που υπάγονται στις έννοιες του νόμου, εφ' όσον οφείλονται σε μεταβολές των γνώσεών μας ως προς πραγματικά δεδομένα, είναι αποδεκτές, ενώ αλλαγές στις κρίσεις μας οφειλόμενες σε μεταβολές των αξιολογικών μας αντιλήψεων σε σχέση με επί μέρους περιπτώσεις εφαρμογής είναι αθέμιτες.⁴³ Για παράδειγμα, η σήμερα ευρύτερα διαδεδομένη σε σχέση με τα τέλη του 18ου αιώνα θεώρηση της ποινής του θανάτου ως βάνανυσης δεν μπορεί, κατά την εξεταζόμενη θεωρία, να ληφθεί υπ' όψη, επειδή αφορά μεταβολή των συναφών αξιακών αντιλήψεων· αντίθετα η επέκταση της προστασίας της ελευθερίας του λόγου και στις περιπτώσεις χρήσης ηλεκτρονικών

μέσων δεν μπορεί να αποκλεισθεί, επειδή η μεταβολή αφορά απλώς τις γνώσεις μας ως προς τους δυνατούς τρόπους διάδοσης του λόγου, ζήτημα εξέλιξης της τεχνολογίας και ως εκ τούτου καθαρά πραγματικό. Επίσης, στην περίπτωση διάταξης που επιβάλλει τη λήψη ορισμένων μέτρων όταν εμφανιστούν κρούσματα μεταδοτικής νόσου, αν μία νόσος που παλαιότερα είχε θεωρηθεί μεταδοτική αποδειχθεί τελικά ότι δεν είναι, τότε δεν απαιτείται ως προς αυτήν η λήψη των μέτρων που προβλέπει ο νόμος, έστω και αν παλαιότερα η ίδια περίπτωση είχε κριθεί διαφορετικά.⁴⁴

Η απάντηση όμως αυτή γεννά νέα ερωτήματα. Πρώτον, είναι άραγε πάντα απόλυτα ευδιάκριτο αν η επελθούσα μεταβολή των αντιλήψεων αφορά είτε αξιακές παραδοχές είτε γνώσεις περί των πραγμάτων – ή μήπως υπάρχουν και αμφίβολες ή μικτές περιπτώσεις; Για παράδειγμα, ενώ ως προς την πρόοδο των γνώσεών μας περί του αν ορισμένη νόσος είναι μεταδοτική δεν έχουμε καμία αμφιβολία ότι αφορά πραγματικά γεγονότα και μόνο, στην περίπτωση του ηλεκτρονικού Τύπου κάποιιοι θα είχαν ενδεχομένως ενδοιασμούς αν το ζήτημα είναι απλώς πραγματικό, αναλογιζόμενοι μήπως η ταχύτητα και η ευκολία της μετάδοσης, της διατήρησης και της διείσδυσης των πληροφοριών στους ιδιωτικούς χώρους, την οποία εξασφαλίζει ο ηλεκτρονικός Τύπος και γενικότερα τα ηλεκτρονικά μέσα μαζικής επικοινωνίας, γεννά και νέα κανονιστικά ζητήματα, που επηρεάζουν ίσως και τον βαθμό στον οποίο η ελευθερία του λόγου, όταν χρησιμοποιεί συναφείς τεχνολογίες, είναι άξια προστασίας.

Δεύτερον, και αν ακόμη η διάκριση μεταξύ γνώσεων περί τα πράγματα και αξιακών αντιλήψεων είναι σαφής, γιατί θα πρέπει άραγε να αποκλείεται εντελώς το να ληφθεί υπ' όψη κάποια μεταγενέστερη μεταβολή ειδικά των δεύτερων από αυτές; Μία εξήγηση θα ήταν να υποθέσουμε ότι στις μεν περιπτώσεις μεταβολών (εξέλιξης) των γνώσεών μας περί τα πράγματα ο νόμος εννοεί την ορθή εφαρμογή των ερμηνευόμενων συναφών γλωσσικών εκφράσεων ανεξάρτητα του τί πρεσβεύουν κατά καιρούς οι άνθρωποι γι' αυτές (π.χ. εννοεί τις νόσους που είναι πράγματι μεταδοτικές και όχι τις νόσους που κάποια στιγμή πιστεύεται ότι είναι), ενώ στις περιπτώσεις μεταβολών των αξιακών

42. Πρβλ. σχετικά Greenberg & Litman, *ό.π.*, 591 κ.ε.· Solum, «Semantic Originalism» (βλ. παραπάνω, σημ. 34), σ. 109. Βλ. επίσης Christopher R. Green, «Originalism and the Sense-Reference Distinction», *St. Louis University Law Journal* 50 (2006), 555 κ.ε.

43. Επ' αυτού, βλ. την εκτενή ανάπτυξη και κριτική των Greenberg & Litman, *ό.π.*, 603 κ.ε.

44. Για το παράδειγμα αυτό, πρβλ. Greenberg & Litman, *ό.π.*, 599 κ.ε.

αντιλήψεων ο νόμος δεν εννοεί την εφαρμογή τους βάσει της ορθότερης αξιακής θεώρησης αλλά απλώς βάσει εκείνης που κρατούσε κοινωνικά κατά την εποχή της θέσπισής του. Το ερώτημα είναι όμως γιατί να υπάρχει αυτή η διαφορά. Μία απάντηση θα ήταν ότι ο νομοθέτης θεωρεί ότι οι αξιακές αντιλήψεις έχουν πάντα συμβατικό χαρακτήρα, δεν έχουν δηλαδή άλλο θεμέλιο ισχύος από το γεγονός της κοινωνικής τους παραδοχής. Σ' αυτό πρέπει ωστόσο να αντιταχθεί με έμφαση ότι δεν είναι έργο του νομοθέτη να προκρίνει, καθιστώντας-τις επίσημες, συγκεκριμένες μεταηθικές ή άλλες φιλοσοφικές θεωρίες περί του θεμελίου των αξιακών αντιλήψεων γενικά, αποκλείοντας άλλες. Ορισμένοι θα αντιτάξουν ότι ο νομοθέτης μπορεί να έχει λόγους σε κάποια πεδία να παραπέμπει στις κρατούσες (και όχι στις ορθότερες) αξιακές αντιλήψεις, επειδή δεν θέλει ο ίδιος να δεσμευθεί ως προς ορισμένα αξιακά περιεχόμενα (οπότε θα μπορούσαμε να πούμε ότι θεσπίζει ρυθμίσεις με «αξιακή μεταβλητή»⁴⁵). Και αν ωστόσο δεχθούμε ότι αυτό μπορεί κάποτε να συμβαίνει,⁴⁶ το ερώτημα παραμένει: Μήπως υπάρχουν όμως και ορισμένες αξιακές και γενικότερα κανονιστικές εκτιμήσεις που να αποτελούν το απαρασάλευτο θεμέλιο της νομοθετικής ρύθμισης, οπότε

45. Στην περίπτωση αυτή βέβαια το είδος της ερμηνείας που θα άρμοζε δεν θα ήταν πάντως η ιστορική-υποκειμενική.

46. Τέτοιες «ρυθμίσεις με αξιακή μεταβλητή» θα μπορούσαν να θεωρηθούν εκείνες όπου ο νομοθέτης φαίνεται να παραπέμπει στις εκάστοτε κρατούσες στην κοινωνία αξιακές αντιλήψεις, επιτρέποντας έτσι την προσαρμογή της δικαϊκής ρύθμισης στις μεταβαλλόμενες στη ροή του χρόνου κοινωνικές παραδοχές. Αυτό η κρατούσα διδασκαλία θεωρεί ότι συμβαίνει πράγματι εκεί όπου ο νομοθέτης παραπέμπει, λ.χ., στα χρηστά ήθη ή στα συναλλακτικά ήθη. Το ζήτημα δεν είναι όμως τόσο απλό. Σημαίνουν πράγματι τα χρηστά ή τα συναλλακτικά ήθη απλώς και μόνο τις εκάστοτε κρατούσες ηθικές ή άλλες αξιακές παραδοχές ως προς τις συναλλαγές, ή, όπως λέγεται, τις συναφείς «αντιλήψεις του μέσου κοινωνού», απρόσμιχτες από οποιαδήποτε αντικειμενική θεώρηση ορθότητας; Η καταφατική απάντηση κάθε άλλο παρά προφανής είναι. Αν σε μία δεδομένη στιγμή έχουν επικρατήσει αντιλήψεις προφανώς ανήθικες (π.χ. σε περίοδο οικονομικής κρίσης τυχαίνει ο «μέσος κοινωνός» να θεωρεί εκδήλωση υγιούς και επικροτήσιμης κοινωνικής αντίδρασης το να μην εξοφλούμε ορισμένες οφειλές μας), θα δεχθούμε ότι ο νόμος επιτάσσει οι αντιλήψεις αυτές να ληφθούν υπ' όψη κατά την ερμηνεία των σχετικών συμβάσεων; Δεν χωρεί, νομίζω, αμφιβολία ότι η κανονιστική εκτίμηση της αντικειμενικής (μη) ορθότητας υπερνικά κατά κράτος την επίκληση του ότι πάντως αυτές είναι οι κρατούσες αντιλήψεις.

κρίσιμες δεν είναι οι κρατούσες αλλά οι ορθότερες (έστω ως ένα σημείο διαθλασμένες μέσα από την κρίση του ιστορικού νομοθέτη) αξιακές αντιλήψεις; Αν συμβαίνει κάτι τέτοιο, τότε οι ορθότερες αυτές αντιλήψεις δεν μπορούν να αγνοηθούν από τον ερμηνευτή με την επίκληση μιάς απλής μεταβολής των κρατουσών, διαφορετικά συντελείται αυθαίρετη αλλοίωση της ουσίας της ρύθμισης· ενώ στις ρυθμίσεις με «αξιακή μεταβλητή», αν τυχόν αποδειχθεί ότι υπάρχουν, οι ιστορικές διαφοροποιήσεις των κρατουσών αντιλήψεων λαμβάνονται υπ' όψη από τον ερμηνευτή χωρίς αυτό να συνεπάγεται και παραβίαση του αξιακού θεμελίου του νόμου. Στην περίπτωση όμως που είναι πράγματι δυνατή τέτοια διαφοροποίηση, ανακύπτει το περαιτέρω ερώτημα περί του πώς «διαπιστώνονται» οι αξιακές αντιλήψεις που αποτέλεσαν το θεμέλιο της νομοθετικής ρύθμισης και πώς διαχωρίζονται από τις άλλες που επιδέχονται μεταβολή.

IV. Χρησιμότητα και όρια της ιστορικής ερμηνείας

Επιδίωξη των ως τώρα αναλύσεών μας ήταν απλώς να δείξουμε ότι η επίκληση της πρόθεσης του ιστορικού νομοθέτη, την οποία θεωρεί εντελώς καίρια για την ερμηνεία η κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, είναι, αντίθετα προς ό,τι εκείνη υπολαμβάνει, ένα εξαιρετικά πολύπλοκο ερμηνευτικό μέσο, που συνοδεύεται από πολλές ασάφειες και διχογνωμίες. Στα επόμενα θα επιχειρήσουμε να δώσουμε απαντήσεις στα διάφορα ερωτήματα που ανέκυψαν.

Η παρατήρηση από την οποία πρέπει να ξεκινήσουμε είναι ότι η ιστορική ερμηνεία εδράζεται σε μιά σκέψη που κανείς δεν θα μπορούσε να αμφισβητήσει: ότι το δίκαιο τίθεται σε ισχύ με συγκεκριμένες πράξεις αρμόδιων προς τούτο προσώπων, οι οποίες τελούνται σε ορισμένον τόπο και χρόνο και συνιστούν έτσι ιστορικά γεγονότα. Αν κάποιος ήθελε να αρνηθεί το χαρακτηριστικό αυτό του δικαίου, θα έπρεπε να αρνηθεί και τη θετικότητά του, άποψη που σήμερα δεν θα έβρισκε υποστηρικτές. Η πράξη θέσπισης του δικαίου δεν μπορεί εξ άλλου να έχει άλλο νόημα από το ότι με αυτήν εισάγεται νέο κανονιστικό περιεχόμενο στην έννομη τάξη και ότι το νέο αυτό περιεχόμενο διαθέτει μιά αυτοτελή υπόσταση που αφ' ενός προσδίδει στην επερχό-

μενη νομοθετική μεταβολή την ταυτότητά της και αφ' ετέρου παγιώνεται εφ' εξής διεκδικώντας συνέχεια ισχύος μέχρι τυχόν να συντρέξει μία μελλοντική πράξη τροποποίησης ή κατάργησής του. Η εύλογη αφετηρία της διδασκαλίας περί ιστορικής ερμηνείας είναι ότι μόνο ανατρέχοντας στην πράξη θέσπισης μπορούμε να αναζητήσουμε το τί εισήχθη στην έννομη τάξη και έκτοτε παγιώθηκε ώστε να ισχύει και τώρα δεσμεύοντας κάθε νέα πράξη εφαρμογής. Μία απεριόριστη ρυθμιστική ρευστότητα, δηλαδή η χωρίς διατήρηση ενός κανονιστικού πυρήνα δυνατότητα ανέλης και απεριόριστης προσαρμογής της ρύθμισης στις εκάστοτε νέες συνθήκες, γλωσσικές, κοινωνικές ή αξιολογικές, είναι αδιανόητη.

Από το σημείο αυτό και πέρα όμως, τόσο τα επί μέρους βήματα της πορείας της κρατούσης μεθοδολογικής διδασκαλίας όσο και τα συμπεράσματα στα οποία καταλήγει πολύ απέχουν από το να είναι εξ ίσου αυτονόητα και αναντίρρητα. Πιο συγκεκριμένα, ούτε η θεώρηση της εξέτασης του ιστορικού γεγονότος της πράξης θέσπισης του ερμηνευόμενου νόμου προς ανεύρεση του περιεχομένου του ως ζητήματος εμπειρικής «διαπίστωσης» αληθεύει ούτε είναι πειστικός ο ισχυρισμός ότι το παγιούμενο με την πράξη θέσπισης νόημα του νόμου προκύπτει αναγκαία από την οποιαδήποτε πρόθεση των συντακτών του, η οποία θα πρέπει με ευλάβεια να γίνεται εσαεί σεβαστή.

ι. Όπως έχουμε επανειλημμένα τονίσει, η θέσπιση του νόμου αποτελεί ένα θεσμικό γεγονός που μεταβάλλει τον πρακτικό μας ορίζοντα, εισάγοντας νέες κανονιστικές δεσμεύσεις, είτε με το να δημιουργεί νέους λόγους προς το πράττειν είτε με το να τροποποιεί τη βαρύτητα και την εμβέλεια των ήδη υφιστάμενων. Το θεσμικό αυτό γεγονός δεν επενεργεί όμως κανονιστικά ως απλό γεγονός, αλλά επειδή υπάρχουν λόγοι που τεκμηριώνουν το ότι οφείλουμε να το ερμηνεύσουμε ως γεγονός δημιουργίας δικαίου. Με άλλα λόγια, η κανονιστικότητα που εκπηγάζει από το θεσμικό γεγονός της θέσπισης ενός νόμου δεν μπορεί να εκπορεύεται από ένα *factum brutum*, αλλά από τον συνδυασμό συγκεκριμένων γεγονότων προς άλλες, προϊσχύουσες κανονιστικές δεσμεύσεις που μας υποχρεώνουν να προσδώσουμε στα γεγονότα αυτά δικαιοπαγωγικό νόημα. Οι κανονιστικές αυτές δεσμεύσεις είναι πριν απ' όλα οι αρχές που διέπουν τα προαπαιτούμενα της νομοθετικής πράξης, δηλαδή τις νομοθετικές αρμοδιότητες και διαδικασίες. Είναι

όμως επίσης οι αρχές που διέπουν την κανονιστική προοπτικότητα της νομοθετικής πράξης: οι αρχές που συγκροτούν από κοινού την ακεραιότητα της έννομης τάξης, δηλαδή οι αρχές του *stare decisis*, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση κατέχουν, όπως θα δούμε αναλυτικότερα στο επόμενο Κεφάλαιο, η αρχή της ομοιόμορφης ρύθμισης όμοιων περιπτώσεων και η αρχή του αδιάπτωτου σεβασμού της ακεραιότητας των προσώπων. Μόνο υπό το φως όλων αυτών των αρχών η εμπειρική εξωτερίκευση της πράξης της θέσπισης γίνεται κατανοητή ως τέτοια. Ύπ' αυτό το πρίσμα, και η εμπειρική διάγνωση της εξωτερίκευσης αυτής, παρ' ότι ασφαλώς αναγκαία παράμετρος, δεν θα μπορούσε ποτέ να είναι επαρκής ώστε να συμπεράνουμε ότι έχουμε ενώπιόν μας ένα θεσμικό γεγονός θέσπισης νέου δικαίου.

Παρ' όλα αυτά θα μπορούσε κανείς να αναρωτηθεί μήπως, υπό την προϋπόθεση ότι ικανοποιούνται οι προαναφερθείσες κανονιστικές αρχές, καταλείπεται ένα σημαντικό περιθώριο σε εμπειρικά προσβάσιμα στοιχεία, και ιδίως στην εξωτερικευμένη πρόθεση ή βούληση των συντακτών του νόμου, ώστε από τη διαπίστωσή τους και μόνο να μπορεί να γίνει αντιληπτό το συγκεκριμένο περιεχόμενο της εισαγόμενης κάθε φορά ρύθμισης. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν είναι, όπως υποστηρίζει η παραδοσιακή μεθοδολογική διδασκαλία, πρόδηλα καταφατική. Και δεν εννοούμε εδώ τις δυσχέρειες του προσδιορισμού του ειδικότερου αντικειμένου αυτής της πρόθεσης, το οποίο επισημάναμε προηγουμένως και στο οποίο θα επανέλθουμε στη συνέχεια. Εννοούμε πρωτίστως το ερώτημα αν η ανεύρεση αυτής της πρόθεσης μπορεί ποτέ να επιτευχθεί με εμπειρικές «διαπιστώσεις», όπως ευελπιστούν οι θετικιστές, ή μήπως και αυτή είναι το αποτέλεσμα μιάς ερμηνευτικής διεργασίας, στην οποία, εκτός από πραγματικές διαπιστώσεις, υπεισέρχονται επίσης κανονιστικές εκτιμήσεις.

Η ανεπάρκεια εμπειρικών διαπιστώσεων για την ανεύρεση της νομοθετικής πρόθεσης (ή βούλησης) προκύπτει από το γεγονός ότι, και αν ακόμη υπολάβουμε ότι η πρόθεση αυτή συνίσταται σε μία κατάσταση του νου συγκεκριμένων υποκειμένων, η πρόσβαση σ' αυτήν δεν μπορεί να είναι άμεση αλλά μόνο έμμεση, πρέπει δηλαδή να εικασθεί και να αναπλάσθει από τις εξωτεριεύσεις της. Η εργασία αυτή όμως δεν μπορεί να είναι εμπειρική αλλά ερμηνευτική. Ακόμη και η πιο άμεση και προφανής πρόθεση, η πρόθεση θέσπισης του νόμου με το κείμενο της

επίσημης διατύπωσής του, δεν είναι πάντα αυτονόητη. Δεν είναι σπάνιο το φαινόμενο όπου οι σχολιαστές ορισμένων διατάξεων ενός νόμου υποστηρίζουν ότι ο νομοθέτης έσφαλε κατά τη διατύπωση, ότι δηλαδή οι γλωσσικές εκφράσεις που επέλεξε είναι ατυχείς επειδή δεν αποδίδουν επακριβώς την «πραγματική» του βούληση· δηλαδή, το άμεσο εμπειρικό δεδομένο, το επίσημο κείμενο του νόμου, θεωρείται ανεπαρκές τεκμήριο ακόμη και της νομοθετικής «πρόθεσης κειμένου» και διορθώνεται με κριτήρια μη εμπειρικά, που έχουν ασφαλώς να κάνουν με το μη εύλογο της διατύπωσης από τη σκοπιά ενός κανονιστικού άτοπου που θα προέκυπτε αν ο ερμηνευτής ελάμβανε τον νόμο κατά γράμμα.

Το κανονιστικό αυτό άτοπο δεν μπορεί να προκύπτει από άλλα εμπειρικά δεδομένα, π.χ. από διαβεβαιώσεις της εισηγητικής έκθεσης περί των νομοθετικών «προθέσεων ρύθμισης» ή άλλων προθέσεων επίτευξης περαιτέρω κοινωνικών αποτελεσμάτων, πρώτον, διότι παρόμοιες δηλώσεις, όπως είδαμε σε προηγούμενο σημείο, είναι πάντοτε ελεγκτέες ως προς την ειλικρίνειά τους, και, δεύτερον, στην πραγματικότητα, σε μία τέτοια περίπτωση έχουμε ενώπιόν μας δύο εμπειρικά δεδομένα (το επίσημο κείμενο του νόμου και τη δήλωση της αιτιολογικής έκθεσης περί της νομοθετικής πρόθεσης ρύθμισης) που οδηγούν σε αντίθετα πορίσματα περί της γνήσιας νομοθετικής πρόθεσης και η επιλογή του ισχυρότερου δεν μπορεί και αυτή με τη σειρά της να είναι ζήτημα εμπειρικό: υπάρχουν περιπτώσεις όπου ευλογοφανέστερη είναι η ρύθμιση που προκύπτει από το κείμενο και άλλες όπου, αντίθετα, η δηλούμενη πρόθεση είναι πειστικότερη και φαίνεται να υπερνικά τη διατύπωση και κανέναν εμπειρικός κανόνας, στατιστικός ή άλλος, δεν παρέχει στην κάθε φορά συγκεκριμένη περίπτωση την παραμικρή βοήθεια.

Το πρόβλημα είναι γενικότερο. Η νομοθετική πρόθεση, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι αποτελεί κατάσταση του νου όσων θέσπισαν τον νόμο, εμφανίζει πάντοτε, επειδή αφορά το εσωτερικό μέρος πράξεων, πλευρές που δεν μπορούν να διαπιστωθούν αλλά θα πρέπει να εικασθούν. Οι απτές εξωτερικεύσεις της πρόθεσης αυτής, τα μόνα δηλαδή στοιχεία που μπορούν να διαπιστωθούν εμπειρικά, είναι πάντοτε απλά μαχητά τεκμήρια και το τελικό συμπέρασμα προκύπτει σε κάθε περίπτωση από τη συγκριτική ευλογοφάνεια των υποστηρίξιμων ερμηνευτικών εκδοχών. Η ευλογοφάνεια αυτή δεν είναι όμως με τη σειρά της εμπειρική αλλά κανονιστική. Είναι η ευλογοφάνεια της καλύτερης δυνατής ερ-

μηνείας των πραγματικών δεδομένων (επίσημο κείμενο, συνοδευτικά πραγματολογικά στοιχεία) υπό το πρίσμα των ηθικοπολιτικών εκείνων αρχών που προσδίδουν στα δεδομένα αυτά τη συγκριτικά καλύτερη δυνατή ρυθμιστική σημασία. Έτσι, ο «νομοθέτης» και οι προθέσεις του είναι ένα υβρίδιο, αποτελούμενο εν μέρει από εμπειρικά δεδομένα και εν μέρει από κανονιστικές γενικεύσεις και εξιδανικεύσεις.

Τα κανονιστικά στοιχεία που είναι ενεργά κατά την ανασύνθεση της εικαζόμενης πλευράς της νομοθετικής πρόθεσης δεν είναι άγνωστα στην τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία. Όπως θα δούμε εκτενέστερα στο επόμενο Κεφάλαιο,⁴⁷ δύο είναι οι τρόποι με τους οποίους η διδασκαλία αυτή τα έχει αναγνωρίσει. Ο πρώτος τρόπος είναι μέσω του επιχειρήματος της εις άτοπον απαγωγής. Το επιχείρημα αυτό συχνά χρησιμοποιείται αυτοτελώς, συνήθως όμως η επίκλησή του γίνεται στο πλαίσιο της αναζήτησης της νομοθετικής βούλησης: προβάλλεται ότι ο νομοθέτης είναι αδύνατο να επιδίωξε μία ρύθμιση που οδηγεί σε κανονιστικά άτοπα. Τέτοια κανονιστικά άτοπα ανακύπτουν όταν το εμπειρικά πιθανολογούμενο περιεχόμενο της πρόθεσης των προσώπων που θέσπισαν τον νόμο (όπως άλλωστε και μία ερμηνευτική εκδοχή που πιθανολογείται βάσει των συμβατικών σημασιών του γράμματός του) οδηγεί σε αντιφάσεις προς άλλες ρυθμίσεις του ίδιου νόμου ή της έννομης τάξης ευρύτερα, κυρίως επειδή έρχεται σε καταφανή σύγκρουση προς αρχές του ισχύοντος δικαίου ή οδηγεί σε λύσεις πρόδηλα άδικες.

Συναφής είναι και ο δεύτερος τρόπος παραδοχής των κανονιστικών στοιχείων της ανάπλασης της νομοθετικής πρόθεσης: η υπόθεση του αγαθού ή συνετού νομοθέτη. Όπως είδαμε και προηγουμένως, η υπόθεση αυτή αποτελεί ειδική εκδήλωση, στο πεδίο της νομικής ερμηνείας, της αρχής της ερμηνευτικής χάριτος, που επιτάσσει τον ερμηνευτή μιάς οποιασδήποτε γλωσσικής εκφοράς να την ερμηνεύει με τον τρόπο εκείνον που την αναδεικνύει ως την καλύτερη δυνατή εκδοχή του είδους της. Στην ειδική περίπτωση ενός νομοθετήματος, η καλύτερη δυνατή εκδοχή είναι κατ' εξοχήν εκείνη που το εμφανίζει ως δικαιότερο και γενικότερα ως αξιότερο ηθικοπολιτικής

47. Βλ. παρακάτω, Κεφ. ΙΒ', υπό ΙΙΙ, 3, και τις βιβλιογραφικές αναφορές στην εκεί σημ. 46.

κατάφασης. Θα πρέπει λοιπόν να ερμηνεύουμε τον νόμο όχι στηριζόμενοι σε εμπειρικά στοιχεία περί των βιοψυχικών ή άλλων προδιαθέσεων των συγκεκριμένων προσώπων που θέσπισαν τον νόμο, αλλά προϋποθέτοντας ότι τα πρόσωπα αυτά ενήργησαν με βάση το αφηρημένο πρότυπο του αγαθού και καλόπιστου νομοθέτη, που επιδιώκει, μέσω όσων διέλαβε στο κείμενο του νόμου, την υπό τις δεδομένες συνθήκες καλύτερη δυνατή ρύθμιση.

Ήδη όμως ανακύπτει ένα περαιτέρω ερώτημα. Τόσο το επιχείρημα της εις άτοπον απαγωγής όσο και η επίκληση της υπόθεσης του αγαθού νομοθέτη ενδέχεται να δηλώνουν κάτι περισσότερο από εκείνο που θέλει να παραδεχθεί η κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία. Το ερώτημα που τίθεται πλέον αναπόδραστα είναι μήπως και τα δύο από κοινού δεν αποτελούν απλώς συμπληρωματικά βοηθήματα για την ανάπλαση της πραγματικής πρόθεσης του νομοθέτη εκεί όπου αυτή δεν μπορεί να διαπιστωθεί εμπειρικά. Η υποψία που γεννάται είναι ότι εγγίζουν την ουσία του έργου του εφαρμοστή του δικαίου, υποδηλώνοντας ποιό είναι το πραγματικά ζητούμενο κατά την ερμηνεία του νόμου. Υπονοούν ότι εκείνο που αναζητεί η ερμηνεία δεν είναι η πραγματική πρόθεση ή βούληση του νομοθέτη, που να πρέπει, εκεί όπου δεν μπορεί να διαπιστωθεί ευθέως με εμπειρικά μέσα, να συμπληρωθεί μέσω των διαθέσιμων *facta concludentia* με την εικαζόμενη, αλλά απευθείας το νόημα εκείνο του νόμου που εμφανίζεται επιχειρηματολογικά ως το ηθικοπολιτικά προτιμότερο εν όψει των πραγματικών δεδομένων της έννομης τάξης. Τα επιχειρήματα που δικαιολογούν το ηθικοπολιτικά προτιμότερο μιάς ερμηνευτικής εκδοχής (κάτι που η εις άτοπον απαγωγή κάνει απλώς αρνητικά, ενώ το πρότυπο του συνετού νομοθέτη θετικά ως γενική ερμηνευτική στάση) δεν έρχονται δηλαδή εκ των υστέρων να συμπληρώσουν ή να διορθώσουν αυτό που προκύπτει από τα εμπειρικά δεδομένα, αλλά συγκροτούν εξ αρχής την οπτική γωνία υπό την οποία τα πραγματικά δεδομένα επιλέγονται, αποκτούν σπουδαιότητα και αναδεικνύονται σημαντικά για την ανεύρεση του περιεχομένου της ρύθμισης.⁴⁸

48. Η κρατούσα σήμερα αμερικανική θεωρία έχει πλέον για τον λόγο αυτόν, όπως είδαμε σε σχέση με τη συζήτηση περί ερμηνείας του Συντάγματος, εγκαταλείψει πλήρως την άποψη ότι το νόημα του νόμου έγκειται στην πρόθεση (ή βού-

ii. Η υποψία τού εξ αρχής κανονιστικού χαρακτήρα ακόμη και της αναζήτησης της πρόθεσης του νομοθέτη ενισχύεται και εμβαθύνεται πράγματι από την ευθεία εξέταση του ερωτήματος αν η πρόθεση αυτή είναι το κανονιστικό θεμέλιο της δεσμευτικότητας του νόμου και, σε καταφατική περίπτωση, για ποιά ακριβώς πρόθεση πρόκειται. Έως τώρα υποστηρίξαμε απλώς ότι η νομοθετική πρόθεση, και αν ακόμη είναι αποφασιστική για την ερμηνεία του νόμου, πάντως είναι αδύνατο να γίνει αντιληπτή ως καθαρά εμπειρικό δεδομένο, απρόσμικτο από εξιδανικεύσεις και κανονιστικές εκτιμήσεις. Αυτό που επί πλέον θα υποστηρίξουμε τώρα είναι ότι τα κανονιστικά στοιχεία της ερμηνείας αποτελούν ουσιώδες και παραμόνιμο συστατικό της και όχι ενδεχόμενο συμπληρωματικό της βοήθημα.

Το βασικό επιχείρημα προκύπτει από όσα έχουμε αναπτύξει ήδη στο Πρώτο Μέρος αυτού του βιβλίου αναλύοντας γενικά την κανονιστικότητα του δικαίου. Εκεί υποστηρίξαμε emphaticά ότι η παραδο-

ληση) του ιστορικού νομοθέτη, ακόμη και αν αυτή εννοηθεί ως ενδιαθέτη πρόθεση νόηματος, και προσανατολίζεται προς την άποψη ότι το κρίσιμο νόημα είναι εκείνο που ο μέσος αποδέκτης των νομοθετικών ρυθμίσεων θα υπολάμβανε εύλογα κατά την εποχή της θέσπισης του νόμου. Πολλοί συγγραφείς επιμένουν βέβαια, όπως είδαμε, ότι το νόημα αυτό είναι ζήτημα των τότε γλωσσικών συμβάσεων και «διαπιστώνεται» χωρίς πρόσμιξη κανονιστικών εκτιμήσεων (βλ., λ.χ., Lawrence B. Solum, «Semantic Originalism» –παραπάνω, σημ. 34–, που για τον λόγο αυτόν θεωρεί άλλωστε ότι υπέρ της ιστορικής ερμηνείας υπ' αυτήν την εκδοχή συνηγορούν επιχειρήματα της φιλοσοφίας της γλώσσας και όχι κανονιστικά επιχειρήματα της πολιτικής φιλοσοφίας ή της φιλοσοφίας του δικαίου). Η άποψη αυτή μου φαίνεται ελάχιστα πειστική. Εκτός του ότι χωρίς ειδικά επιχειρήματα πέραν των γλωσσικών δεν είναι αυτονόητο γιατί η γλωσσική σημασία του νόμου θα πρέπει να παγιώνεται και να παραμένει καθ' ολοκληρία και εσαεί προσηλωμένη στις τότε κρατούσες συμβάσεις, το εύλογο μιάς ερμηνείας, τώρα ή και τότε, δεν είναι διόλου προφανές ότι είναι αποκλειστικά το γλωσσικά εύλογο (και όχι, έστω και εν μέρει, και το δικαϊκά εύλογο ή τουλάχιστον μη παράλογο), χωρίς να λαμβάνεται εξ υπαρχής υπ' όψη ότι το ερμηνευόμενο κείμενο είναι νομοθετικό, αποτελεί δηλαδή κείμενο κανονιστικό. Όλο και συχνότερα οι συγγραφείς αυτοί διαχωρίζουν βέβαια την ερμηνεία (interpretation) από την «κατασκευή» (construction) του νόμου (βλ. σχετικά Solum, «Semantic Originalism», σ. 67 κ.ε.), εννοώντας με τους όρους αυτούς κάτι ανάλογο με την παρ' ημίν διάκριση μεταξύ υπό στενή έννοια ερμηνείας και δικαστικής δικαιοπλασίας, την προβληματικότητα της οποίας θα αναλύσουμε σε άλλο σημείο.

σιακή θετικιστική ταύτιση των κανόνων δικαίου με προσταγές –μιά θεωρία που θα αναδείκνυε τη βούληση του νομοθέτη θεμέλιο της δεσμευτικότητας του νόμου και έτσι θα καθιστούσε την αναζήτησή της σκοπό της ερμηνείας– δεν μπορεί, ιδίως τη σημερινή εποχή, να γίνει δεκτή. Αντί της θεωρίας αυτής υποστηρίξαμε ότι η κανονιστικότητα του δικαίου, όπως γενικά η κανονιστικότητα, πρέπει να αναλυθεί με αφετηρία τους λόγους προς το πράττειν που μας δεσμεύουν στο εκάστοτε πρακτικό πεδίο, στην περίπτωση μας στο πρακτικό πεδίο των κοινών μας, δημόσια εξαναγκαστών θεσμών.

Προχωρώντας ένα βήμα παραπέρα, τονίσαμε ότι οι λόγοι προς το πράττειν που απορρέουν από τις δικαϊκές ρυθμίσεις δεν μπορούν να είναι λόγοι υπακοής σε μία προσωποποιημένη νομοθετική αυθεντία, την οποία να οφείλουμε να σεβαστούμε λόγω της καθ' οιονδήποτε τρόπο δικαιολογούμενης υπεροχής της απέναντί μας. Σε μία δημοκρατική πολιτεία, θεμέλιο των θεσμών –και μάλιστα εκείνων εξαναγκαστής τήρησης– δεν μπορεί να είναι άλλο παρά οι σχέσεις μεταξύ ισότιμων πολιτών και ορισμένα βασικά καθήκοντα (και τα σύστοιχά τους δικαιώματα) που τους δεσμεύουν αμοιβαία στις μεταξύ τους σχέσεις. Αυτά τα αμοιβαία καθήκοντα, που δεσμεύουν τον καθένα από εμάς στις σχέσεις του προς τους άλλους συλλογικά και τον καθένα ξεχωριστά, είναι ο βασικός ερμηνευτικός μίτος, υπό την καθοδήγηση του οποίου πρέπει να αναζητείται και σε κάθε επί μέρους είδος δικαϊκών σχέσεων, αλλά και σε συγκεκριμένη περίπτωση, τί οφείλουμε προς –ή, αντίστοιχα, τί νομιμοποιούμαστε να αξιώσουμε από– τους άλλους.

Η διαλεύκανση αυτή της απώτατης πηγής της κανονιστικότητας του δικαίου κάνει εμφανές ότι η αυθεντία της έννομης τάξης και η υποχρέωση συμμόρφωσης προς τους νόμους δεν είναι απότοκα της αυθεντίας των προσώπων που τους θεσπίζουν, αλλά γνώρισμα και συνάμα παράγωγο του πυρήνα εκείνου των ηθικοπολιτικών λόγων που δικαιολογούν την αμοιβαιότητα των θεμελιωδών μεταξύ μας καθηκόντων και συγκροτούν το υπόβαθρο των θεσμών μας. Όσοι θεσπίζουν τους νόμους δεν ενεργούν ex nihilo και εν λευκώ, σε όση έκταση τους το επιτρέπει η οποιαδήποτε de facto κυριαρχία, αλλά ως εκπρόσωποι όλων μας, εντεταλμένοι πρωτίστως με την εξειδίκευση των αμοιβαίων αυτών βασικών καθηκόντων και την πρόσδοση εξαναγκαστού χαρακτή-

ρα σε όσα ειδικότερα από αυτά θα κριθεί κάθε φορά ότι είναι απαραίτητο. Η πρόθεση όσων θεσπίζουν τους εξειδικευτικούς αυτούς νόμους δεν διαθέτει βαρύτητα επειδή αποτελεί δήθεν την πρωταρχική πηγή της δεσμευτικότητας του δικαίου, κάτι που εσφαλμένα υποστηρίζει ο νομικός θετικισμός, αλλά πρέπει να ερμηνεύεται εξ υπαρχής ως υπηρετική των βασικών καθηκόντων που μας δεσμεύουν αμοιβαία και που συγκροτούν τον πυρήνα των δικαϊκών θεσμών μας (ή σε κάθε περίπτωση ως πλαισιωμένη από αυτά).⁴⁹

Έχοντας ως αφετηρία τη βασική αυτή διάγνωση, και έχοντας εμπεδώσει ότι η νομοθετική πρόθεση δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή καθ' εαυτήν, και μάλιστα ως καθαρά εμπειρικό δεδομένο, αλλά μόνο ως συστατικό της πράξης θέσπισης εμποτισμένο με κανονιστικά στοιχεία, μπορούμε στη συνέχεια να προσεγγίσουμε το ζήτημα του προσδιορισμού του ειδικότερου αντικειμένου της νομοθετικής πρόθεσης που θα μπορούσε να είναι χρήσιμο για την ερμηνεία, αλλά ταυτόχρονα και του στοιχείου εκείνου που παγιώνεται με τη θέσπιση του νόμου. Όπως τονίσαμε επανειλημμένα, το ισχύον δίκαιο είναι δίκαιο θετικό, με συγκεκριμένη τοπική και χρονική έναρξη της ισχύος του προκαλούμενη από ιστορικά γεγονότα, και μάλιστα πράξεις ορισμένων προσώπων που είναι ερμηνευτέες ως παράγωγες δικαίου. Η πραγματική αυτή διάσταση του δικαίου, όσο και αν δεν είναι εντός του δικαϊκού χώρου γνωσιοθεωρητικά αυτοτελής, δεν πρέπει να υποτιμάται. Κάθε πράξη θέσπισης δικαίου εισάγει κάτι νέο στην έννομη τάξη. Τί είναι όμως αυτό το νέο και πώς εισάγεται με την πράξη θέσπισής του, αναγκαίο στοιχείο της οποίας είναι η πρόθεση όσων το θεσπίζουν;

49. Στο Πρώτο Μέρος εισαγάγαμε τη διάκριση μεταξύ του πυρήνα του δικαίου, που συγκροτείται από τα θεμελιώδη καθήκοντα αμοιβαίου σεβασμού μας ως προσώπων και τις εκάστοτε εξειδικεύσεις τους, και της περιφέρειας του δικαίου, όπου η νομοθεσία χρησιμοποιείται ως απλό εργαλείο για την προώθηση καθαρά πολιτικών στόχων. Εύλογο είναι η εμπειρική πρόθεση των συντακτών του νόμου να διαθέτει μεγαλύτερο βάρος σε νομοθετήματα της δεύτερης κατηγορίας. Αλλά και εκεί ακόμη δεν λείπει ένα κανονιστικό στοιχείο, δεδομένου ότι και εκεί ο εργαλειώδης χαρακτήρας του δικαίου πλαισιώνεται από τον ηθικοπολιτικό, τον οποίο δεν μπορεί να καταστήσει ανενεργό.

Είδαμε προηγουμένως τις αμφιβολίες και αμφισημίες που συνοδεύουν το ερώτημα αυτό: αν η κρίσιμη νομοθετική πρόθεση είναι απλώς και μόνο η πρόθεση να θεσπιστεί ο νόμος με το επίσημό του κείμενο («πρόθεση κειμένου») ή αν επί πλέον είναι και πρόθεση εισαγωγής συγκεκριμένης ρύθμισης («πρόθεση ρύθμισης»), η οποία με τη σειρά της θα μπορούσε να γίνει αντιληπτή ευθέως ως πρόθεση επίτευξης συγκεκριμένων νομικών ή κοινωνικών αποτελεσμάτων ή εμμέσως ως πρόθεση πρόσδοσης στο κείμενο του νόμου συγκεκριμένου νοήματος, η οποία με τη σειρά της μπορεί να αφορά είτε την ένταση (το βάθος) είτε την έκταση (το πλάτος) των χρησιμοποιούμενων γλωσσικών εκφράσεων (ή των δηλούμενων από αυτές εννοιών). Όπως είδαμε, ιδίως η σύγχρονη αμερικανική συζήτηση έχει οδηγηθεί στο συμπέρασμα ότι δεν μπορεί να ευσταθήσει ούτε η υποκειμενική-ψυχολογική σύλληψη της οποιασδήποτε νομοθετικής πρόθεσης ούτε πάλι η υποκειμενική πρόθεση επίτευξης αποτελεσμάτων, όπως και να γίνεται αντιληπτή, και συζητήσιμη είναι μόνο η πρόθεση νοήματος («semantic originalism»). Αλλά και εκεί υπάρχουν μεγάλες δυσκολίες, είτε η πρόθεση αυτή αφορά την ένταση είτε αφορά την έκταση των γλωσσικών εκφράσεων του νόμου, ιδίως όταν η πρόοδος των επιστημονικών γνώσεων ή η εξέλιξη των κοινωνικών σχέσεων και η μεταβολή των συναφών αξιολογικών αντιλήψεων προκαλούν αμφιβολίες ως προς τη σημερινή δεσμευτικότητα ή μη του τρόπου με τον οποίο οι συντάκτες του νόμου αντιλήφθηκαν τη σημασία των εκφράσεων που χρησιμοποίησαν. Το σημείο αυτό είναι άξιο ιδιαίτερης προσοχής.

Δεν χωρεί αμφιβολία ότι υπάρχουν περιπτώσεις όπου η σημασία με την οποία οι συντάκτες του νόμου χρησιμοποίησαν τις γλωσσικές εκφράσεις που επέλεξαν είναι και για σήμερα δεσμευτική. Αν υποθέσουμε, για παράδειγμα, ότι σε ένα παλαιό νομοθέτημα ρυθμίζεται η ευθύνη του κατόχου «ζώων αλόγων» και γνωρίζουμε ότι την εποχή εκείνη άλογα ζώα ονομάζονταν τα ζώα γενικά, σε αντιδιαστολή προς τους ανθρώπους, και όχι μόνο, όπως αργότερα, οι ίπποι, ασφαλώς πρέπει να δεχθούμε ότι η αλλαγή στις γλωσσικές συνήθειες δεν πρέπει να ληφθεί υπ' όψη κατά την ερμηνεία. Από την άλλη πλευρά είδαμε ότι, αν ένας νόμος επιτάσσει, λ.χ., τη λήψη ορισμένων μέτρων προστασίας της δημόσιας υγείας σε περίπτωση εμφάνισης μεταδοτικής νόσου, το ερώτημα τότε πρέπει να ληφθούν τα μέτρα αυτά δεν μπορεί να απαν-

τηθεί με βάση τον κατάλογο των νόσων που θεωρούνταν μεταδοτικές την εποχή της θέσπισης του νόμου, και μία εξέλιξη της ιατρικής επιστήμης στο ζήτημα αυτό είναι ασφαλώς δεσμευτική για τον σημερινό εφαρμοστή. Τί πρέπει να δεχθούμε όμως, ερμηνεύοντας τη διάταξη του αμερικανικού συντάγματος που απαγορεύει την επιβολή βάναν-σων ποινών, σε σχέση με την ποινή του θανάτου, την οποία οι συντάκτες της δεν θεωρούσαν βάνανυση, σήμερα όμως όλο και περισσότεροι, πολίτες και ηθικοί φιλόσοφοι, εκτιμούν διαφορετικά; Τί διαφοροποιεί τις δύο πρώτες περιπτώσεις μεταξύ τους και τί είναι κρίσιμο για την επίλυση της τρίτης;

Η προηγούμενη ανάπτυξη μας οδηγεί στη σκέψη ότι η απάντηση στα ερωτήματα αυτά δεν μπορεί να προκύψει από την επιλογή ενός από τα ενδεχόμενα αντικείμενα της νομοθετικής πρόθεσης ως του επικρατέστερου. Το ζήτημα δεν είναι καν αυτοτελώς ζήτημα πρόθεσης. Εφ' όσον η πράξη θέσπισης του νόμου είναι ένα γεγονός θεσμικής σημασίας και εφ' όσον η πραγματική του διάσταση είναι σύμφυτη με στοιχεία κανονιστικά, ορισμένα από τα οποία δεν είναι άρρηκτα ενωμένα με την ίδια αυτή πράξη αλλά προηγούνται από αυτήν⁵⁰ (όπως ιδίως η αρχή της ίσης μεταχείρισης ως συνέπειας και συνέχειας της έννομης τάξης, εννοούμενη ως εγγενής προοπτικότητα κάθε πράξης θέσπισης δικαίου), η οποιαδήποτε πρόθεση των συντακτών του νόμου, όποιοι και να είναι αυτοί, δεν διαθέτει αυτοτελή σημασία και λαμβάνεται ερμηνευτικά υπ' όψη μόνο ως ένα στοιχείο μεταξύ πολλών που προσδιορίζουν από κοινού και στην αλληλεξάρτησή τους το νόημα του νόμου. Αν κάποιες περιπτώσεις εφαρμογής είναι χαρακτηριστικές για τον πυρήνα της σημασίας του ερμηνευόμενου νόμου, αυτό δεν οφείλεται στο ότι αυτές είχαν πρωτίστως κατά νου οι συντάκτες του νόμου, ούτε στο ότι αυτές φανερώνουν κατ' εξοχήν τη σημασία των γλωσσικών εκφράσεων του κειμένου του, επειδή είτε έτσι την αντελήφθη ο νομοθέτης ή έτσι θα την αντιλαμβανόταν ο μέσος κοινωνός, τότε ή τώρα, αλλά επειδή σ' αυτές

50. Που και αυτές όμως δεν ισχύουν μετέωρες σε έναν αυτοτελή κόσμο του νοητού ή ιδεατού, αλλά είναι στραμμένες προς την πραγματική διάσταση του δικαίου, με την οποία πρέπει να συσχετιστούν ώστε να γίνουν ενεργές. Για τον λόγο αυτόν είναι αδιανόητη μιά αενάως μεταβαλλόμενη «εξελικτική» ή «συγχρονιστική» ερμηνεία, που θα αγνοούσε πλήρως τα ιστορικά δεδομένα της έννομης τάξης.

γίνεται πιό έκδηλη η ουσία της ρύθμισης, εκείνη δηλαδή που προκύπτει από την καλύτερη δυνατή δικαιολόγησή της υπό το πρίσμα ηθικοπολιτικών αρχών, τη βαρύτητα των οποίων τα παραδείγματα αυτά βοηθούν καλύτερα να συλλάβουμε στην προοπτική της τήρησής τους και σε άλλες, λιγότερο προφανείς περιπτώσεις. Στο αμφιλεγόμενο παράδειγμα του επιτρεπτού ή μη της ποινής του θανάτου, η προσφυγή σε δεδομένες αντιλήψεις –του νομοθέτη ή της πλειονότητας των πολιτών, τότε και τώρα– δεν μπορεί ποτέ αφ' εαυτής να λύσει το πρόβλημα· ασφαλώς, τα στοιχεία αυτά συνεκτιμώνται, ιδίως σε συνάρτηση με άλλα χαρακτηριστικά παραδείγματα βάνουσων ποινών, το ζητούμενο είναι όμως να ερευνηθούν και να συνεξεταστούν υπό το πρίσμα της ανάδειξης των επιχειρημάτων που θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν τη βανυσότητα ως λόγο απαγόρευσης μιάς ποινής, απαγόρευσης που ισχύει για λόγους αρχής και όχι επειδή κάποιοι τυχαίνει να σκέπτονται έτσι ή αλλιώς. Αυτοί οι λόγοι (τους οποίους βέβαια νέες περιπτώσεις μπορούν να βοηθήσουν να εκλεπτύνουμε ακόμη περισσότερο) και τίποτε άλλο είναι που, στη συνάρθρωσή τους με τα εκάστοτε κρίσιμα θεσμικά γεγονότα, παγιώνονται με την πράξη θέσπισης του νόμου, διατηρώντας βέβαια την ευκαμψία που χαρακτηρίζει γενικά τους πρακτικούς λόγους. Στο συγκεκριμένο ζήτημα της ποινής του θανάτου, η αρχή εκείνη που δίνει απάντηση στο ερώτημα που τίθεται δεν μπορεί να είναι άλλη από την αρχή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας: η καλύτερη δυνατή ερμηνεία της αρχής αυτής (περί της οποίας βλ. παρακάτω, Κεφ. ΙΓ', υπό IV), υποβοηθούμενη από την κανονιστική εξήγηση των πιό κραυγαλέων περιπτώσεων παραβίασής της –και όχι η οποιαδήποτε προσωπική πρόθεση–, είναι η μόνη που είναι σε θέση να υποδείξει τα κριτήρια της βανυσότητας που καθιστούν έναν τρόπο τιμώρησης όπως η ποινή του θανάτου συνταγματικά απαράδεκτο.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΙΒ'

ΤΕΛΟΛΟΓΙΚΗ ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΚΑΙ ΕΠΙΧΕΙΡΗΜΑΤΑ ΑΡΧΩΝ

Ι. Εισαγωγικές παρατηρήσεις – υποκειμενική και αντικειμενική ερμηνεία

Σταθμός στην ιστορία της ευρωπαϊκής διδασκαλίας περί της νομικής μεθόδου υπήρξε η αντίδραση που εκδηλώθηκε, λίγο μετά τα μέσα του 19ου αιώνα, κατά της νομικής τυποκρατίας και ιδίως κατά της γερμανικής εκδοχής της, της λεγόμενης νομικής εννοιοκρατίας (Begriffsjurisprudenz). Ως εννοιοκρατική καταγγέλθηκε η μέχρι τότε κυρίαρχη τάση στην επιστήμη του δικαίου, ιδίως του ιδιωτικού, η οποία συνίστατο στην επιδίωξη σύνθεσης ενός συστήματος θεμελιωδών νομικών εννοιών που να τελούν σε ιεραρχική μεταξύ τους σχέση και να προσφέρουν από κοινού τόσο τον βασικό σκελετό για τη θεωρητική σύλληψη και έκθεση της «ύλης» του αντίστοιχου κλάδου του ισχύοντος δικαίου όσο και έναν πολύτιμο μίτο που να καθοδηγεί τους νομικούς της πράξης κατά τον νομικό χαρακτηρισμό των περιπτώσεων που έχουν κάθε φορά να επιλύσουν. Εκείνο που κατ' εξοχήν προκάλεσε έντονη αντίδραση ήταν η πεποίθηση των εννοιοκρατών ότι ο λογικός συνδυασμός των βασικών νομικών εννοιών¹ είναι σε θέση να αποκαλύψει «αφανείς» ρυθμίσεις εντός του ισχύοντος δικαίου, δηλαδή να παραγάγει νέους

1. Με τη λεγόμενη μέθοδο της αντιστροφής: οι νομικές έννοιες σχηματίζονται επαγωγικά, συναγόμενες ως κοινό στοιχείο πολλών επί μέρους κανόνων δικαίου, και στη συνέχεια από αυτές τις ίδιες και τον συνδυασμό τους συνάγονται, με μέθοδο απαγωγική αυτή τη φορά, νέοι κανόνες. Επικριτικά για τη μέθοδο αυτή Λιττζε-ρόπουλος, σ. 52 κ.ε., και Τσάτσος, *Ερμηνεία*, σ. 100.