

γίνεται πιά 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 βαναυσότητα ως λόγο απαγόρευσης μιάς ποινής, απαγόρευσης που ισχύει για λόγους αρχής και όχι επειδή κάποιος 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 πιά κραυγαλέων περιπτώσεων παραβίασής της – και όχι η οποιαδήποτε προσωπική πρόθεση –, είναι η μόνη που είναι σε θέση να υποδείξει τα κριτήρια της βαναυσότητας 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 Λιτζερόπουλος, σ. 52 κ.ε., και Τσάτσος, *Ερμηνεία*, σ. 100.

κανόνες, μη ρητά θεσπισμένους από τον νομοθέτη, έτσι ώστε να καθίσταται δυνατή η επίλυση περιπτώσεων που το τεθειμένο δίκαιο έδινε αρχικά την εντύπωση ότι αφήνει αρρύθμιστες.²

Ανεξάρτητα από το αν η αντίδραση αυτή στηρίχθηκε σε μία ακριβή ανάλυση της έως τότε κυρίαρχης μεθόδου ή όχι,³ η βασική μομφή εναντίον της εννοιοκρατίας εκ μέρους των νεωτεριστών συγγραφέων υπήρξε ότι περιόρισε το έργο της νομικής επιστήμης σε ένα συνονθύλευμα φιλολογικής ανάλυσης και λογικών συναγωγών και παρέβλεψε ότι, ιδίως στο πεδίο της πράξης, το ζητούμενο δεν είναι οι επιτυχείς εννοιολογικές διακρίσεις και γλωσσικές χρήσεις και υπαγωγές αλλά η θεσμικά αποδεκτή επίλυση κοινωνικών συγκρούσεων και προβλημάτων. Η νομική μέθοδος δεν μπορεί, κατά τους νεωτεριστές αυτούς,

2. Η πεποίθηση αυτή δεν απαντούσε εξ αρχής στη μεθοδολογική διδασκαλία που είχε εγκαινιάσει ο Savigny, παρά την εκ μέρους του απόδοση πρωταρχικής σημασίας στη νομική επιστήμη για την εξέλιξη του δικαίου, και χαρακτηριζε μόνο τη μεταγενέστερη φάση της, η οποία συνδέεται κυρίως με τα ονόματα του Friedrich Puchta αρχικά και ιδίως μεταγενέστερα του Rudolph von Jhering στην πρώτη περίοδο του έργου του, κατά την οποία είναι έκδηλη η επιρροή των φυσικών επιστημών και ιδίως της βιολογίας (σύστημα του Λινναίου) και της χημείας (πίνακας των χημικών στοιχείων). Βλ., αντί άλλου, Πάυλο Σούρλα, «Δαρβινισμός και δίκαιο: η περίπτωση του Rudolph von Jhering», στο *Αντικίνησος: Τιμητικός Τόμος Σπύρου Τρωιάνου*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2013, σ. 1595 κ.ε.

3. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν είναι αυτονόητη. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι μορφές ακραίας εννοιοκρατίας, παρόμοιες με αυτές που μέχρι σήμερα αποτελούν αντικείμενο χλεύης (κατ' απομίμηση της πνευματώδους γραφίδας και του αυτοσαρχασμού του Jhering στο βιβλίο του *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Λειψία, Breitkopf & Haertel, 1884) εμφανίστηκαν πράγματι στους κόλπους της γερμανικής νομικής επιστήμης του 19ου αιώνα και δικαιολογημένα θεωρούνται απαράδεκτες. Η σήμερα πιά εύκολη κριτική παραβλέπει ωστόσο με περισσή σπουδή τόσο τις στέρρες φιλοσοφικές ρίζες του συστήματος εννοιών που συνέθεσαν οι πρωτοπόροι της νομικής επιστήμης των πρώτων δεκαετιών του αιώνα αυτού (με έναν εκ των πρωτοπόρων τον ίδιο τον Puchta) όσο και την ορθότητα των λύσεων σε πάμπολλα επί μέρους ζητήματα που το εννοιακό αυτό σύστημα προώθησε, σε αντίθεση με το συχνά απροσανατόλιστο, στα ίδια ακριβώς ζητήματα, των επικριτών. Πρέπει επίσης να τονίσουμε ότι η επιδίωξη σύνθεσης ενός συστήματος εννοιών απέβλεπε και στη στήριξη μίας θέσης κρίσιμης για την τότε υπό διαμόρφωση και μετέπειτα επικρατήσασα μεθοδολογική διδασκαλία: τη θέση περί προτεραιότητας της γραμματικής ερμηνείας. Για τη νομική εννοιοκρατία βλ., αντί άλλου, Larenz, σ. 19 κ.ε.· Fikentscher III, σ. 87 κ.ε.

να εθελotuφλεί, αγνοώντας επιδεικτικά τα κοινωνικά προβλήματα που κρύβονται πίσω από τις νομικές έννοιες, και να στηρίζεται στην αυταπάτη ότι είναι δήθεν σε θέση να υποδείξει έναν τρόπο επίλυσής τους που να μην υπεισέρχεται καθόλου σε ζητήματα ουσίας τής υπό ρύθμιση βιοτικής σχέσης. Το ζητούμενο ήταν επομένως γι' αυτούς η εύρεση μίας μεθόδου που να επιτρέπει στους δικαστές να ερμηνεύουν και να εφαρμόζουν το ισχύον δίκαιο έχοντας συνείδηση ότι με τις κρίσεις που εκφέρουν, παρ' ότι δεν επενεργούν πρωτογενώς αλλά στηρίζονται στις αποφάσεις του νομοθέτη, δεν παύουν και οι ίδιοι, στις μεμονωμένες περιπτώσεις που έχουν να κρίνουν, να επεμβαίνουν στην κοινωνική πραγματικότητα, οφείλοντας να συμβάλλουν με τον καλύτερο δυνατό τρόπο στην επιτέλεση της κανονιστικής αποστολής του δικαίου και προάγοντας τα αποτελέσματα στα οποία απέβλεπε η εκάστοτε εφαρμοζόμενη ρύθμιση. Η μέθοδος ερμηνείας που διαμορφώθηκε με την προοπτική αυτή ονομάστηκε *τελολογική*.

Η σύγκρουση μεταξύ τυποκρατών και νεωτεριστών δεν αφορούσε όμως μόνο το ζήτημα της μεθόδου της νομικής σκέψης. Πίσω της κρυβόταν μία βαθύτερη φιλοσοφική διαμάχη γύρω από το τί ακριβώς είναι το δίκαιο. Κατά την παράδοση που είχε εγκαινιάσει ο Savigny υπό την επίδραση του Kant,⁴ το δίκαιο είναι το σύνολο των καθολικών νόμων που οριοθετούν ίσες σφαίρες ελευθερίας μεταξύ των προσώπων. Το δίκαιο δεν μπορεί συνεπώς να γίνει αντιληπτό παρά με αφετηρία την πρωταρχή της ελευθερίας, της οποίας και αποτελεί έκφραση. Ειδικότερα στο ιδιωτικό δίκαιο, η αρχή της ελευθερίας εξειδικεύθηκε ως αρχή της αυτονομίας της ιδιωτικής βούλησης και επάνω σ' αυτήν οικοδομήθηκε ολόκληρο το σύστημα των νομικών εννοιών του θεωρούμενου ως βασικότατου αυτού κλάδου του δικαίου. Οι νεωτεριστές των μέσων του αιώνα θεώρησαν ωστόσο ακατάλληλη την ηθικίζουσα αυτή αφετηρία και επέμειναν ότι η βούληση, ακόμη και όταν γίνεται αντιληπτή ως απολύτως ελεύθερη, παραμένει γράμμα κενό χωρίς την παραμικρή σύνδεση με τα περιεχόμενά της, δηλαδή τους εκάστοτε σκοπούς που της προσδίδουν τη δύναμη να γίνει πρακτικά ενεργή παράγοντας συγκεκριμένα αποτελέσματα στον εξωτερικό κόσμο. Όχι λοιπόν η έννοια

4. Βλ. σχετικά Π. Σούρλα, «Kant και Savigny», *Αφιέρωμα στον Κωνσταντίνο Τσάτσο*, Αθήναι, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1980, σ. 791 κ.ε.

της ελευθερίας, αλλά η έννοια του σκοπού (του «τέλους») θεωρήθηκε η κατάλληλη αφετηρία για τη σύλληψη του δικαίου.⁵ Ο σκοπός μάλιστα αυτός, όπως τονίστηκε σχεδόν από την αρχή, δεν είναι απλώς ο προσωπικός σκοπός του κάθε δρώντος υποκειμένου στις επί μέρους πράξεις του, καθοδηγούμενος ιδίως από τον τρόπο που το ίδιο αντιλαμβάνεται τις ανάγκες και διαμορφώνει τις επιθυμίες και τις προθέσεις του, αλλά κυρίως οι καθολικοί σκοποί της ανθρώπινης κοινωνίας που υπηρετούνται από το δίκαιο, και πρώτος από όλους εκείνος της επιβίωσης και αναπαραγωγής της.⁶ Η αντίδραση αυτή εναντίον της νομικής εννοιοκρατίας συνδέθηκε έτσι με την υιοθέτηση ενός λειτουργιστικού τρόπου θεώρησης του δικαίου: το δίκαιο δεν μπορεί να νοηθεί διαφορετικά παρά ως ένα σύστημα κανόνων ταγμένο στην υπηρεσία κοινωνικών σκοπών, που κρίνεται από τον βαθμό καταλληλότητάς του να τους υπηρετεί. Ο τρόπος αυτός θεώρησης προσδίδει συνεπώς στο δίκαιο εργαλειώδη χαρακτήρα: το δίκαιο δεν διαθέτει, σύμφωνα με την προσέγγιση αυτή, εγγενή αξία αλλά έλκει την αξία του από εκείνη που τυχαίνει να διαθέτουν οι σκοποί τους οποίους υπηρετεί, στην έκταση βέβαια που κατορθώνει κάθε φορά να τους πραγματοποιεί.

Η λειτουργιστική αυτή προσέγγιση είχε ωστόσο να υπερβεί μία δυσκολία. Προβάλλοντας την έννοια του σκοπού ως θεμελιώδη για τη σύλληψη του δικαίου και μιλώντας για σκοπούς που αυτό υπηρετεί, όφειλε να καταστήσει σαφή τον τρόπο με τον οποίο αντιλαμβάνεται γενικά τον σκοπό. Σκοπούς διαμορφώνουν και επιδιώκουν μόνο υποστατά δρώντα υποκείμενα. Στην περίπτωση του δικαίου ένα τέτοιο υποκείμενο θα μπορούσε να είναι μόνο το πρόσωπο του νομοθέτη. Κυριολεκτικά

5. Ο πρώτος που θεώρησε ότι η έννοια του σκοπού αποτελεί την αφετηρία για την κατανόηση του τί ακριβώς είναι το δίκαιο υπήρξε ο ύστερος Jhering. Βλ., αντί πολλών άλλων, Π. Σούρλα, *Διαπλοκή*, σ. 44 κ.ε., και στον *Τιμ. Τόμο Σπ. Τρωιάνου* (παραπάνω, σημ. 2). Μεγάλη υπήρξε η επιρροή του Jhering και εκτός Γερμανίας. Για την επίδρασή του ειδικά στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής, βλ. Robert S. Summers, «Rudolf von Jhering's Influence on American Legal Theory», στου ιδίου, *Essays in Legal Theory*, Ντόρντρεχτ, Kluwer, 2000, σ. 21 κ.ε.

6. Για την ταλάντευση του Jhering στο ζήτημα αυτό, έως ότου στην ύστερη φάση του έργου του καταλήξει οριστικά στην πρόταξη της κοινωνικής λειτουργίας του δικαίου έναντι των ατομικών σκοπών των δρώντων, βλ. την προαναφερθείσα (παραπάνω, σημ. 2) μελέτη μου στον *Τιμητικό Τόμο Σπ. Τρωιάνου*.

μιλώντας, το πρόσωπο αυτό δεν μπορεί μάλιστα να είναι άλλο από τον λεγόμενο ιστορικό νομοθέτη, δηλαδή το ή τα υπαρκτά πρόσωπα τα οποία μία συγκεκριμένη χρονική στιγμή προέβησαν σε πράξεις που συνιστούσαν θέσπιση κανόνων δικαίου. Αν περιορίζονταν όμως σε μία τέτοια εμπειρική σύλληψη του σκοπού, οι νεωτεριστές συγγραφείς θα υπερέβαιναν μεν την –υποτιθέμενη ή πραγματική– εκ μέρους των εννοιοκρατών τυποκρατική προσέγγιση του δικαίου και της εφαρμογής του, θα αδυνατούσαν όμως να διαχωρίσουν τη θεωρία τους από έναν άλλο τρόπο σύλληψης του δικαίου στον οποίο ήθελαν εξ ίσου να ανταχθούν και τον οποίο μπορούμε να χαρακτηρίσουμε βουλησιαρχικό: την ακραιφνή θετικιστική διδασκαλία (που, όπως είδαμε σε άλλο σημείο,⁷ πρωτοδιατύπωσε ο Austin) ότι το δίκαιο δεν είναι άλλο παρά προσταγές του κυριάρχου και ότι κατ' επέκταση ο νόμος ταυτίζεται με τη βούληση του νομοθέτη. Αν και διαφορετική από την εννοιοκρατία, η ακραιφνής αυτή θετικιστική θεώρηση είχε με αυτήν, κατά τους νεωτεριστές, κοινό το γνώρισμα ότι απέτρεπε εξ ίσου τον ερμηνευτή του δικαίου από το να στραφεί προς την ουσία των νομικών ρυθμίσεων, δηλαδή προς τα κοινωνικά προβλήματα που ο νόμος επιδίωξε με γενικό τρόπο να αντιμετωπίσει και που ο εφαρμοστής καλείται να διευθετήσει σε συγκεκριμένες περιπτώσεις επικαιροποιώντας τη γενική νομοθετική παρέμβαση: κατά τη βουλησιαρχική θεώρηση, η βούληση του νομοθέτη ενδιαφέρει ως εμπειρικό δεδομένο επιδεκτικό μιάς απλής διαπίστωσης και δεν υποβάλλεται σε κανενός είδους περαιτέρω εξέταση. Αυτός είναι ένας από τους βασικότερους λόγους για τους οποίους οι νεωτεριστές επιχείρησαν να στρέψουν την έννοια του σκοπού πλησιέστερα προς την έννοια της λειτουργίας: μία λειτουργία μπορεί να επιτελείται ακόμη και όταν δεν επιδιώχθηκε ακριβώς έτσι από συγκεκριμένα πρόσωπα, ιδίως όταν είναι το αποτέλεσμα της συνέργειας βουλήσεων και συμπεριφορών από τις οποίες να μην μπορεί να εντοπιστεί ίσως ούτε καν μία μεμονωμένη που να απέβλεπε με πλήρη επίγνωση σε αυτό ακριβώς το αποτέλεσμα. Η σύγκρουση μεταξύ ακραιφνών θετικιστών και νεωτεριστών και η νεωτεριστική διδασκαλία περί τελολογικής ερμηνείας οδήγησε έτσι, στο πεδίο της

7. Παραπάνω, Κεφάλαιο Γ', υπό Ι, 2.

μεθοδολογίας του δικαίου, στη θεωρητική διαμάχη μεταξύ υποκειμενικής και αντικειμενικής ερμηνείας.⁸

Κατά την υποκειμενική θεωρία, η ερμηνεία του νόμου πρέπει να έχει ως βασική επιδίωξή της την ανεύρεση της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη. Μία από τις παραλλαγές της θεωρίας αυτής υποστηρίζει ότι βοηθητικός, ή και κύριος, παράγοντας που τεκμηριώνει τη νομοθετική βούληση είναι ο νομικός, πολιτικός ή κοινωνικός σκοπός που ήθελαν να προαγάγουν μέσω του νόμου τα πρόσωπα που τον θέσπισαν («υποκειμενική τελολογική ερμηνεία»). Αυτή ακριβώς υπήρξε η αναδίπλωση των βουλευσιαρχικών θεωριών μετά την εμφάνιση της διδασκαλίας περί τελολογικής ερμηνείας. Η αντικειμενική θεωρία⁹ στην αναδίπλωση αυτή δεν αντέταξε απλώς ότι, αν το ζητούμενο της ερμηνείας είναι η εμπειρική διαπίστωση του σκοπού του ιστορικού νομοθέτη, η ερμηνεία τις περισσότερες φορές θα παραμένει άκαρπη, είτε επειδή ο «ιστορικός νομοθέτης» είναι, στα δημοκρατικά τουλάχιστον καθεστώτα, ένα πολυπρόσωπο σώμα με ενδεχομένως αντιφατικές ή πάντως ασαφείς επιδιώξεις είτε επειδή μιά ανόθευτα εμπειρική διαπίστωση του σκοπού ως ψυχικής ή νοητικής κατάστασης είναι κατά κανόνα ανέφικτη· υποστήριξε ότι, ακόμη και αν δεν υπήρχαν αυτές οι δυσκολίες, η βούληση του ιστορικού νομοθέτη δεν θα έπρεπε να έχει αποφασιστική ση-

8. Την πληρέστερη ίσως έκθεση της διαμάχης και των εκατέρωθεν επιχειρημάτων παρέχουν αφ' ενός ο Gerhard Hassold, «Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive und objektive Theorie der Gesetzesauslegung», *Zeitschrift für Zivilprozess* 94 (1981), 192 κ.ε., και αφ' ετέρου ο Barak, σ. 120 κ.ε. και 148 κ.ε. (ο ίδιος ευνοεί έναν συνδυασμό των δύο, σ. 182 κ.ε.). Βλ. επίσης γενικότερα Larenz, σ. 307 κ.ε., και, για την αντίστοιχη αντιπαράθεση στην αγγλική και αμερικανική θεωρία, Neil MacCormick, «Arguing about Interpretation», στου ιδίου, *Rhetoric*, σ. 121 κ.ε., ιδίως 124 κ.ε. Από την ελληνική βιβλιογραφία, βλ. ιδίως Σταμάτη, *Θεμελίωση*, σ. 391 κ.ε., και Δωρή, *Εισαγωγή Α'*, σ. 172 κ.ε.

9. Βασικότεροι διαμορφωτές και εκπρόσωποί της κατά τον 19ο αιώνα υπήρξαν οι Josef Kohler, Karl Binding και Adolph Wach. Την ιστορία της εμφάνισης της θεωρίας περί αντικειμενικής ερμηνείας και της αντιπαράθεσής της προς την υποκειμενική εκθέτει διεξοδικά ο Jan Schröder, «Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert. Anmerkungen zum Streit zwischen objektiver und subjektiver Interpretationstheorie», στου ιδίου, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit*, Τύμπινγκεν, Mohr, 2010, σ. 585 κ.ε.· επίσης του ιδίου, *Recht als Wissenschaft*, σ. 329 κ.ε.· βλ. ακόμη Larenz, σ. 32 κ.ε., και συνοπτικότερα Π. Σούρλα, *Διαπλοκή*, σ. 51 κ.ε.

μασία. Ο λόγος είναι ότι το δίκαιο πρέπει να θεωρείται απρόσωπα και ότι ο νόμος, ενώ ασφαλώς τίθεται σε ισχύ με πράξεις συγκεκριμένων προσώπων, από τη στιγμή της θέσπισής του αποσυνδέεται από τον ιστορικό νομοθέτη και αποκτά δική του «ζωή» και πορεία,¹⁰ εφαρμοζόμενος σε συνεχώς νέες περιπτώσεις της κοινωνικής πραγματικότητας οι οποίες, όταν δεν είναι ακριβώς εκείνες που είχε κατά νου ο ιστορικός νομοθέτης, θα έπρεπε, με εξαίρεση τις περιπτώσεις καθαρά λογικής συναγωγής, να θεωρηθούν συλλήβδην νομοθετικά ακάλυπτες. Αν όμως για πάρα πολλές από αυτές μας φαίνεται απαράδεκτο ένα τέτοιο συμπέρασμα –και έτσι ο νόμος εμφανίζεται να «γνωρίζει» περισσότερο από τον δημιουργό του¹¹–, είναι επειδή ένα άλλο στοιχείο πέρα από τη βούληση του νομοθέτη αλλά εγγενές στον νόμο είναι αποφασιστικότερο για τον καθορισμό του κανονιστικού περιεχομένου του: η αντικειμενικά προσδιορίσιμη κατεύθυνση της ρυθμιστικής του επενέργειας στον κύκλο των βιοτικών σχέσεων που καταλαμβάνει («αντικειμενική τελολογική ερμηνεία»). Πολλοί συγγραφείς, διατηρώντας το βουλευσιαρχικό λεξιλόγιο, με μεταφορική όμως προφανώς τώρα πλέον σημασία, κάνουν σχετικά λόγο για τη «βούληση του νόμου» κατ' αντιδιαστολή προς τη βούληση του νομοθέτη.¹² Ορισμένοι εννοούν τη «βούληση του νόμου» και πάλι ιστορικά, εννοώντας την κοινωνική λειτουργία που

10. Διάσημη είναι η παρομοίωση του Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 7η έκδ. υπό Erik Wolf, Στουτγάρδη, F. K. Kohler, 1970, σ. 211, ο οποίος παρουσιάζει τον νόμο σαν ένα πλοίο που «κατά την αναχώρηση οδηγείται από τον πιλότο σε προδιαγεγραμμένη πορεία στα νερά του λιμανιού, ύστερα όμως υπό την καθοδήγηση το πλοιάρχου αναζητεί την πορεία του στην ανοιχτή θάλασσα» (μετάφραση δική μου). Η ίδια παρομοίωση χρησιμοποιήθηκε αργότερα και από αμερικανούς συγγραφείς.

11. Και πάλι ο Gustav Radbruch, ό.π.: «Ο ερμηνευτής μπορεί να κατανοεί τον νόμο καλύτερα από τους δημιουργούς του, ο νόμος μπορεί να είναι ευφυέστερος από τους συντάκτες του – μάλιστα είναι υποχρεωμένος να είναι ευφυέστερος από τους συντάκτες του» (στο ίδιο σημείο όπως και η προαναφερθείσα παραπομπή· ο πλαγιασμός στο πρωτότυπο).

12. Την έκφραση χρησιμοποιεί ήδη ο Josef Kohler, «Über die Interpretation von Gesetzen», *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 13 (1886), 1 κ.ε., διευκρινίζοντας ότι εννοεί τη βούληση «υπό τελολογική έννοια ως οργανική επιδίωξη σκοπού» (όπου οργανική σημαίνει, σε πιο σύγχρονη ορολογία, λειτουργιστική).

επιτελούσε κυρίως την εποχή της θέσπισής του. Άλλοι πάλι φρονούν ότι, επειδή η κοινωνική πραγματικότητα συνεχώς μεταβάλλεται, δεν είναι αποφασιστική ούτε καν η κοινωνική λειτουργία του νόμου την εποχή της θέσπισής του¹³ αλλά αυτή του εκάστοτε παρόντος, που ενδέχεται να έχει υποστεί αλλοιώσεις λόγω μιάς σοβαρής μεταβολής είτε των ίδιων των κοινωνικών συνθηκών είτε των αξιακών αντιλήψεων ως προς αυτές, έτσι ώστε ο νόμος να εμφανίζει στην πορεία του χρόνου ένα σχετικώς μεταβαλλόμενο νόημα το οποίο και οφείλει να ακολουθεί ο δικαστής («εξελικτική» ή «συγχρονιστική» ερμηνεία¹⁴).

Η διαμάχη μεταξύ οπαδών της υποκειμενικής και της αντικειμενικής ερμηνείας διεξάγεται μέχρι τις μέρες μας κατά κανόνα ως μιά εσωτερική νομική διαμάχη, με πολλές επί μέρους παραλλαγές αλλά πάντοτε με επιχειρήματα που δεν ξεπερνούν τα όρια του ισχύοντος δικαίου, φτάνοντας το πολύ, τα τελευταία ιδίως χρόνια, ως το επίπεδο του Συντάγματος και των συνταγματικών αρχών.¹⁵ Χωρίς όμως μιά

13. Για τις παραλλαγές αυτές, βλ. Bydlinski, σ. 428/29, που πάντως υποστηρίζει ότι η βούληση του σύγχρονου νομοθέτη (σε άλλα νομοθετήματα) δεν μπορεί κατά κανόνα να αποτελέσει οδηγό για την ερμηνεία ενός παλαιότερου νόμου.

14. Βλ. Λιτζερόπουλο, σ. 10 σημ. 1, 19, ο οποίος υποστηρίζει ότι αυτή μπορεί να αποβεί και *contra legem*. Η εξελικτική ερμηνεία έχει σήμερα ευρεία αναγνώριση ιδιαίτερα στη γαλλική θεωρία: βλ. σχετικά Bergel, *Méthodologie*, σ. 258 κ.ε. («interprétation évolutive»). Το ζήτημα του επιτρεπτού και ιδιαίτερα των επιβεβλημένων ορίων της προσαρμογής του νόμου σε μεταβολές της κοινωνικής πραγματικότητας και των κοινωνικών αντιλήψεων διερευνά επισταμένως υπό το πρίσμα της «λειτουργικής αλλοίωσης» (Funktionswandel) των νομοθετικών επιλογών ο Bydlinski, σ. 574 κ.ε.

15. Τέτοιες αρχές, που οι διάφοροι συγγραφείς επικαλούνται υπέρ της υπεροχής της μίας ή της άλλης θεωρίας, είναι ιδίως η δημοκρατική αρχή, η αρχή της διάκρισης των εξουσιών (που υποτίθεται ότι επιτάσσει τον μεγαλύτερο δυνατό περιορισμό του δικαστή και την πιστότερη δυνατή τήρηση της πραγματικής βούλησης των φορέων της νομοθετικής εξουσίας, η οποία θα πρέπει να είναι διαπιστωσιμη εμπειρικά, χωρίς την παρείσφρηση, στο μέτρο του εφικτού, απλών εικασιών του εφαρμοστή περί του περιεχομένου της· πρβλ. Hassold – παραπάνω, σημ. 8–, σ. 204· Koch – Rüßmann, σ. 181) και η αρχή του κράτους δικαίου (η οποία υποτίθεται ότι, αντίθετα με την προηγούμενη, προστατεύει την εμπιστοσύνη των πολιτών που έχουν υπ’ όψη τους μόνο το κείμενο του νόμου και δεν μπορούν να υποχρεωθούν να ανατρέχουν στις προπαρασκευαστικές εργασίες προκειμένου να διαπιστώσουν τί εννοούσε το καθένα από τα μέλη του νομοθετικού σώματος ώστε εν τέλει να αντιληφθούν το πραγματικό νόημα του νόμου). Συνταγματικές αρχές και προ πάντων

εμβάθυνση στα φιλοσοφικά συμπαραδιδόμενα της διαμάχης, η όλη εικόνα της συζήτησης παραμένει συγκεχυμένη, καθώς στο κάθε ευλογοφανές επιχείρημα της μιάς πλευράς μπορεί να αντιταχθεί ένα εξ ίσου ευλογοφανές από την άλλη,¹⁶ με συνέπεια είτε να κερδίζουν έδαφος «μικτές» θεωρίες διαφόρων αποχρώσεων,¹⁷ με κύριο επιχείρημα ότι μιά καθαρά εμπειρική «διαπίστωση» της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη, όσο και αν είναι ίσως επιθυμητή, παραμένει σχεδόν πάντα στόχος ανέφικτος και επομένως είναι αναπόφευκτη η ανασύνθεση (reconstruction) της βούλησης αυτής βάσει αντικειμενικών κριτηρίων, είτε η όλη συζήτηση να χαρακτηρίζεται ξεπερασμένη.¹⁸ Ξεπερασμένη ή όχι, η διαμάχη μεταξύ υποκειμενιστών και αντικειμενιστών

τη δημοκρατική αρχή επικαλείται υπέρ της δικής του εκδοχής περί συνδυασμού υποκειμενικής και αντικειμενικής ερμηνείας και ο Barak, σ. 238 κ.ε.

16. Αρκεί εδώ να αναφέρουμε ένα μόνο παράδειγμα. Οι οπαδοί της αντικειμενικής ερμηνείας, θέλοντας να επικρίνουν την εκ μέρους των υποκειμενιστών αγωνιώδη προσπάθεια ανεύρεσης τεκμηρίων της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη στις προπαρασκευαστικές εργασίες πριν από τη θέσπιση του νόμου, παρατηρούν ότι, σύμφωνα με το νόημα του Συντάγματος, δεσμευτικό είναι μόνο το επίσημο κείμενο του νόμου και όχι άλλα μνημεία εκτός αυτού· σ’ αυτό οι υποκειμενιστές αντιτάσσουν ότι τότε ούτε άλλες αντικειμενικές εκτιμήσεις περί σκοπού ή περί προστατευτέων αγαθών έχουν θέση, εφ’ όσον καμία από αυτές δεν περιλαμβάνεται στο επίσημο νομοθετικό κείμενο (εκτός εάν ο ίδιος ο νομοθέτης έχει περιλάβει στον νόμο προοίμιο περί των προθέσεων του, κάτι που επικροτούν οι υποκειμενιστές, όπως π.χ. ο Eberhard Baden, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 1977, σ. 250 κ.ε.).

17. Οι μικτές αυτές θεωρίες, που πρεσβεύουν από κοινού ότι μιά σύγχρονη θεωρία πρέπει να αναγνωρίζει τη σπουδαιότητα τόσο των υποκειμενικών όσο και των αντικειμενικών τελολογικών εκτιμήσεων, κατατάσσονται συνήθως σε δύο μεγάλες κατηγορίες (εντός των οποίων υπάρχουν παραπέρα διαφοροποιήσεις): σε όσες δίνουν παρ’ όλα αυτά το προβάδισμα στην υποκειμενική (έτσι, π.χ., Hassold, *ό.π.*) ή αντίστοιχα στην αντικειμενική ερμηνεία (έτσι, π.χ., Kramer, σ. 119 κ.ε.).

18. Ο Σταμάτης, *Θεμελίωση*, σ. 391, κάνει λόγο για μιά «εξαντλημένη συζήτηση», ενώ επίσης ο Δωρής, *Εισαγωγή Α’*, σ. 173, υπογραμμίζει ότι το ερώτημα «υποκειμενική ή αντικειμενική ερμηνεία;» τίθεται λανθασμένα. Αντίθετα ο Barak, σ. 85 κ.ε., 120 κ.ε., υποστηρίζει ότι η διάκριση είναι χρήσιμη, επιβάλλεται όμως η σύνθεση υποκειμενικών και αντικειμενικών τελολογικών στοιχείων, με τελικό κριτήριο την πραγμάτωση των σκοπών και την προστασία και προαγωγή των αγαθών και αξιών που είναι εύλογο να εκλάβουμε, έστω και μετά από στάθμιση, ότι προτάσσει ο δημοκρατικός νομοθέτης (σ. 182 κ.ε.).

αποτελεί μεν ένα μέρος μόνο της γενικότερης συζήτησης περί τεολογικής ερμηνείας, η ανασκόπησή της μας προσφέρει ωστόσο μιιά εικόνα της ιστορικής πορείας της μεθοδολογικής διδασκαλίας πολύτιμη για τη βαθύτερη κατανόηση της σημερινής συζήτησης. Γι' αυτό, προτού προχωρήσουμε στην κριτική ανάλυση των φιλοσοφικών θεμελίων της όλης συζήτησης περί τεολογικής ερμηνείας (παρακάτω, υπό IV), απαραίτητο είναι να εξετάσουμε πώς εξελίχθηκε η διδασκαλία περί του είδους αυτού ερμηνείας μέχρι σήμερα (παρακάτω, υπό II), πώς υποστηρίχθηκε κατά καιρούς ότι πρέπει να εννοηθεί και να αναζητηθεί ο σκοπός του νόμου, πώς αυτός μπορεί να καθοδηγήσει την ερμηνεία και τί είδους αντιδράσεις προκάλεσε, ή και προκαλεί μέχρι σήμερα, το τόλμημα αυτό της μεθοδολογικής διδασκαλίας να ξεπεράσει τόσο την εννοιολογική προσέγγιση των παλαιότερων τυποκρατών όσο και την εμπειριοκρατική αντίληψη περί αναζήτησης της πραγματικής βούλησης του ιστορικού νομοθέτη (παρακάτω, υπό III).

II. Από τη στάθμιση των συμφερόντων στη θεωρία της αξιολόγησης

1. Θεωρία της στάθμισης των συμφερόντων

Τη μεγαλύτερη επιρροή στη μεθοδολογική διδασκαλία της ηπειρωτικής Ευρώπης, που συνέβαλε περισσότερο από οποιαδήποτε άλλη στην καθιέρωση της τεολογικής ερμηνείας ως βασικού μέσου ερμηνείας του νόμου, άσκησε η λεγόμενη θεωρία της στάθμισης των συμφερόντων (*Interessenjurisprudenz*), η οποία διαμορφώθηκε τις πρώτες δεκαετίες του 20ού αιώνα κυρίως από τον Philipp Heck (τη λεγόμενη και «Σχολή του Τύμπινγκεν», από το όνομα της πόλης και του Πανεπιστημίου όπου αυτός έδρασε).¹⁹ Ο Heck υπήρξε εκείνος που κυρίως επεξε-

19. Από την πλούσια βιβλιογραφία για τον Heck και το έργο του, βλ. Fikentscher III, σ. 361 κ.ε.· Wilfried Kallfaß, *Die Tübingen Schule der Interessenjurisprudenz: Darstellung und Würdigung*, Φραγκφούρτη, Klostermann, 1972· Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks*, Τύμπινγκεν, Mohr, 2001. Μία ανθολόγηση κειμένων του

γάρστηκε τις μεθοδολογικές προεκτάσεις της στροφής του Jhering προς τον σκοπό ως βασική έννοια για την κατανόηση του δικαίου.

Ο Heck ξεκινάει από τη σκέψη ότι ο ερμηνευτής και εφαρμοστής του δικαίου επιτελεί ένα έργο που έγκειται στη νοηματική εξειδίκευση και εξατομικευμένη πραγμάτωση των γενικών αποφάσεων του νομοθέτη. Οι αποφάσεις του νομοθέτη και οι απορρέουσες από αυτές κανονιστικές δεσμεύσεις δεν μπορούν όμως να γίνουν αντιληπτές ως απλές εκφράσεις άλογων προσωπικών επιλογών αλλά ως σκόπιμες επεμβάσεις στην κοινωνική πραγματικότητα. Η κοινωνική πραγματικότητα χαρακτηρίζεται από συγκρούσεις συμφερόντων και η παρέμβαση του νομοθέτη πρέπει να θεωρηθεί ότι έχει προκληθεί από αυτές, αποτελώντας αντίδραση που αποβλέπει ακριβώς στη ρύθμισή τους. Όλοι ανεξαιρέτως οι κανόνες δικαίου, σύμφωνα με τον Heck, δημιουργούνται με σκοπό τη ρύθμιση μιάς συγκεκριμένης κάθε φορά κατηγορίας συγκρούσεων συμφερόντων. Τα συγκρουόμενα συμφέροντα, από την πλευρά τους, εξηγούν αιτιωδώς τη δημιουργία του νόμου και συνεπώς κανένας κανόνας δικαίου δεν μπορεί να γίνει κατανοητός αν δεν διαγνωσθεί η σύγκρουση συμφερόντων που οδήγησε στη θέσπισή του.²⁰ Βασικό έργο της νομικής επιστήμης, ως επιστήμης που αποσκοπεί στη γνώση του ισχύοντος δικαίου, είναι αυτό που αποκαλεί «γενετική διερεύνηση συμφερόντων»,²¹ δηλαδή η διάγνωση της σύγκρουσης συμφερόντων που προκάλεσε τη νομοθετική ρύθμιση, έργο που ακολούθως αποτελεί την αναγκαία προϋπόθεση και της κρίσης του δικαστή, καθ' όσον του επιτρέπει να εκτιμήσει αν η κάθε φορά προς επίλυση βιοτική περίπτωση αποτελεί εκδήλωση σύγκρουσης συμφερόντων παρόμοιας με εκείνες που προκάλεσαν τη νομοθετική παρέμβαση προς την κατεύθυνση που υποδεικνύει ο εφαρμοζόμενος νόμος.

Οι εκτεθείσες βασικές παραδοχές του Heck γεννούν ασφαλώς πολλά ερωτήματα, τόσο θεωρητικής όσο και πρακτικής φύσεως. Το πρώτο από όλα αφορά τη θέση του Heck απέναντι στη διαμάχη μεταξύ

ρεύματος αυτού σε αγγλική μετάφραση περιέχει ο τόμος *The Jurisprudence of Interests*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1949.

20. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1914, σ. 96· του ίδιου, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1932, σ. 130.

21. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, σ. 73, 100, 212.

υποκειμενιστών και αντικειμενιστών. Ο Heck δεν αφήνει αμφιβολία ότι ο δικαστής πρέπει να επιδεικνύει τον μέγιστο δυνατό σεβασμό στην απόφαση του νομοθέτη και ότι η απόφαση αυτή αποτελεί ενέργημα που εκδηλώθηκε σε δεδομένη ιστορική στιγμή και εξηγείται ως αντίδραση σε συγκεκριμένα κοινωνικά προβλήματα. Κατά τούτο η «γενετική διερεύνηση των συμφερόντων» αποτελεί μιά ιστορική²² και ταυτόχρονα κοινωνιολογική²³ εργασία, που αναφέρεται σε γεγονότα προσδιοριζόμενα κατά τόπο και χρόνο και σε μία δεδομένη τη στιγμή εκείνη πραγματική κατάσταση. Από την άλλη πλευρά όμως η απόφαση του νομοθέτη δεν πρέπει να γίνει αντιληπτή ως απλό βουλευτικό ενέργημα. Διότι ο νομοθέτης είναι μεν κυρίαρχος, η επιλογή του όμως επηρεάζεται καθοριστικά από τον συσχετισμό των συμφερόντων, ένα αντικειμενικό δεδομένο που υπερβαίνει τη βουλευτική και νοητική κατάσταση των φυσικών προσώπων που ασκούν τη νομοθετική εξουσία. Κατά τούτο ο νομοθέτης αποτελεί ένα εν μέρει εξιδανικευμένο υποκείμενο²⁴ και ο νόμος πρέπει να νοηθεί ως δημιούργημα δικό του και όχι απλώς του ή των προσώπων του «ιστορικού νομοθέτη». Ο ιστορικός νομοθέτης προβαίνει σε επιλογές που ασφαλώς υποδεικνύουν τη βασική κατεύθυνση στάθμισης και συνακόλουθης ιεράρχησης των συμφερόντων εκ μέρους της έννομης τάξης,²⁵ αυτές είναι όμως κατ' ανάγκη ατελείς και εμφανίζουν ασάφειες και κενά· αντίθετα ο νομοθέτης ως προσωποποιημένη έκφραση των συγκρουόμενων συμφερόντων παρέχει στον εφαρμοστή τη δυνατότητα να υπερβεί τις ατέλειες αυτές μεταθέτοντας τον εαυτό του στη θέση του εξιδανικευμένου νομοθέτη, δηλαδή επαναλαμ-

22. «Historische Interessenforschung»: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, σ. 8.

23. Ο Eberhard Dorndorf, «Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz», *ARSP* 81 (1995), 542 κ.ε., επιμένει στην επιρροή του Max Weber στον Heck, παρ' ότι βέβαια ο ίδιος ο Weber υπήρξε θαυμαστής της εννοιοκρατικής νομικής σκέψης και μάλλον δεν θα ήταν ενθουσιασμένος από τη στροφή προς τον λειτουργισμό ως τρόπο εργασίας των νομικών της πράξης (όχι πάντως και ως τρόπο θεωρητικής προσέγγισης του δικαίου).

24. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, σ. 19, 28.

25. Η στάθμιση αυτή, ενώ είναι έργο πρωτίστως του ιστορικού νομοθέτη, ταυτόχρονα είναι και στάθμιση αντικειμενική, έκφραση των κοινωνικών αντιλήψεων περί προτεραιοτήτων μεταξύ των συγκρουόμενων συμφερόντων: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, σ. 77.

βάνοντας τη βασική νομοθετική στάθμιση και συμπληρώνοντας, όπου χρειάζεται, την απόφαση του ιστορικού νομοθέτη με το να αναπλάσει την κατάσταση των εμπλεκόμενων συμφερόντων και επικαιροποιήσει στη συγκεκριμένη περίπτωση τη βασική νομοθετική επιλογή.

Οι θέσεις αυτές του Heck ενέχουν ασφαλώς μιά διστακτικότητα και αμφιθυμία. Τα συγκρουόμενα συμφέροντα, ενώ αφ' ενός «προσδιορίζουν αιτιωδώς» τις νομοθετικές επιλογές, συνεπικουρούμενα από τις κρατούσες κοινωνικές αντιλήψεις, υπόκεινται αφ' ετέρου στην αυθεντική ρύθμιση του νομοθέτη, του οποίου η βούληση αποτελεί τη βασική πηγή της δεσμευτικότητας του δικαίου. Έτσι δεν γίνεται απολύτως σαφές αν η κανονιστικότητα των νομοθετικών ρυθμίσεων είναι απευθείας απότοκη κοινωνικών δυνάμεων, σύμφωνα με αντιλήψεις που χαρακτηρίζαν μεγάλο μέρος της κοινωνικής θεωρίας των τελευταίων δεκαετιών του 19ου αιώνα,²⁶ ή μεσολαβείται από το ενέργημα της θέσπισης του δικαίου, οπότε παραμένουν και κάποια βουλευσιαρχικά κατάλοιπα. Ο ίδιος ο Heck επέμενε πάντως ότι η αιτιότητα δεν πρέπει να εννοηθεί μηχανικά αλλά ως άμεση επενέργεια παραγόντων που συμβάλλουν στον σχηματισμό της νομοθετικής βούλησης. Μπορούμε εδώ να εικάσουμε κάποια επιρροή τής περί πράξεως διδασκαλίας του Hume, εμπλουτισμένης με ωφελιμιστικές αντιλήψεις.

Την ερμηνευτική αυτή κατεύθυνση φαίνεται να υποδεικνύει ο τρόπος με τον οποίο ο Heck εννοεί τα συμφέροντα. Έχοντας τονίσει ότι τον όρο αυτόν εννοεί ευρύτατα, έτσι ώστε να μην περιορίζεται απλώς στα αμεσότερα υλικά συμφέροντα της επιβίωσης, φτάνει στο σημείο να χρησιμοποιεί εναλλακτικά και τις εκφράσεις «επιθυμίες» ή «προτιμήσεις», οι οποίες προέρχονται χωρίς αμφιβολία από το ωφελιμιστικό λεξιλόγιο: συμφέροντα είναι κάθε είδους «επιθυμίες, στόχοι, κίνητρα, επιδιώξεις, ελπίδες, ανάγκες, σκοποί, ελατήρια»,²⁷ όλοι δηλαδή

26. Προς την ερμηνεία αυτή ρέπει ο Larenz, σ. 47, 51 κ.ε., που κάνει λόγο για απόηχο και κατάλοιπο της θετικιστικής αντίληψης περί επιστήμης του περασμένου αιώνα (που σε μεγάλο βαθμό είχε επηρεάσει τον ύστερο Jhering και, πρέπει να προσθέσουμε, δυσκολευόταν να συλλάβει την κανονιστικότητα γενικά).

27. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, σ. 37. Ρητά διευκρινίζει ο Heck ότι αποφεύγει τον όρο «αγαθά», επειδή αυτός μπορεί να παρασύρει την παραδοχή αυθύπαρκτων οντοτήτων, κάτι που θα παρέβλεπε ότι είναι αναγκαία η σύνδεση προς τη βούληση δρώντων υποκειμένων (ό.π., σ. 47).

εκείνοι οι παράγοντες που καθορίζουν το περιεχόμενο της βούλησης και που προσδίδουν στην πράξη που τους πραγματώνει μιά θετική για τον πράττοντα αξία (ή, αντίστοιχα, μιά αρνητική αξία σε εκείνην που αστοχεί). Αυτό δηλαδή που βαρύνει είναι οι συνέπειες της πράξης σε σχέση με όλους αυτούς τους παράγοντες και η στάθμιση του πράττοντος αποβλέπει στη μεγιστοποίηση του προσδοκώμενου θετικού αποτελέσματος. Ειδικά στην περίπτωση της νομοθετικής στάθμισης, ανεξάρτητα από το πώς ακριβώς αποτιμώνται και συγκρίνονται τα αποτελέσματα των εναλλακτικών νομοθετικών επιλογών, κριτήριο της επιτυχούς νομοθέτησης είναι η προσφορότερη δυνατή ιεράρχηση και αντίστοιχη προαγωγή των συμφερόντων – και πάντως ύπατο κριτήριο της επιτυχούς ερμηνείας του νόμου είναι η μεγιστοποίηση των επιδιωχθέντων από τον νομοθέτη επωφελών αποτελεσμάτων αναφορικά με τα εμπλεκόμενα συμφέροντα. Με τη συνεπειοκρατική αυτή τροπή αποκτά την πραγματική σημασία του και ο όρος «τελολογική ερμηνεία».

2. Θεωρία της αξιολόγησης

Η θεωρία της στάθμισης της συμφερόντων συνέβαλε όσο καμία άλλη στη διάδοση της τελολογικής μεθόδου ερμηνείας. Η πρακτική αυτή επιτυχία δεν απέτρεψε όμως, σε θεωρητικό τουλάχιστον αρχικά επίπεδο, την εναντίον της κριτική. Οι επικρίσεις αφορούσαν ιδίως την εκ μέρους της ελάχιστα ικανοποιητική ανάλυση του τρόπου σύνδεσης πραγματικών δεδομένων (σύγκρουση συμφερόντων) και κανονιστικότητας του δικαίου (δεσμευτικότητα της νομοθετικής στάθμισης). Από την κριτική αυτή προήλθε μιά νέα μεθοδολογική θεωρία, γνωστή ως θεωρία της αξιολόγησης (Wertungsjurisprudenz), κύριος εκφραστής της οποίας υπήρξε ο Karl Larenz και η οποία μπορεί να θεωρηθεί σήμερα η κρατούσα στην ηπειρωτική Ευρώπη.²⁸ Ο Larenz προσήψε στον Heck ότι κατά τη μετάβαση από την κοινωνική πραγματικότητα στη νομική ρύθμιση παρέβλεψε έναν αυτοτελούς σημασίας συνδετικό κρίκο που ενυπάρχει αναγκαία στην απόφαση του νομοθέτη να προωθήσει

28. Για την εξέλιξη από τη θεωρία της στάθμισης συμφερόντων προς τη θεωρία της αξιολόγησης, βλ. αντί άλλου Larenz, σ. 119 κ.ε., και Fikentscher III, σ. 405 κ.ε.

κάποια από τα συγκρουόμενα συμφέροντα εις βάρος των υπολοίπων: την εκ μέρους του αξιολόγηση όλων των εμπλεκόμενων συμφερόντων βάσει κριτηρίων που δεν μπορούν να προέρχονται από αυτά τα ίδια. Γι' αυτό ακόμη και ο όρος «συμφέροντα» δεν θεωρήθηκε ο καταλληλότερος: προτιμότερο θεωρήθηκε να γίνεται λόγος για αγαθά ως αντικείμενο της νομοθετικής στάθμισης. Η πράξη θέσπισης του νόμου πρέπει δηλαδή να νοηθεί ως επιλογή προώθησης αγαθών ή, συχνότερα, αποτροπής διαφόρων μορφών βλάβης τους. Αυτή η πράξη, και όχι απευθείας τα δεδομένα της κοινωνικής πραγματικότητας που άλλοι μπορεί να θεωρούν επωφελή γι' αυτούς και άλλοι όχι, αποτελεί το θεμέλιο της κανονιστικότητας του δικαίου, η οποία άλλωστε δεν μπορεί να παράγεται αιτιωδώς από τα δεδομένα αυτά. Κατά προέκταση, η ερμηνεία του νόμου πρέπει να αποκαλύπτει τις αξιολογήσεις αυτές, που συνιστούν την ratio του νόμου, και να τις εξειδικεύει και επικαιροποιεί σε σχέση με τις διάφορες επί μέρους περιπτώσεις εφαρμογής του.

Όπως μαρτυρούν ήδη οι βασικοί όροι που χρησιμοποιεί, η θεωρία της αξιολόγησης προτιμά μία θεώρηση του δικαίου και της μεθόδου γνώσης του, που φαίνεται πλησιέστερη προς την ηθική θεωρία μάλλον παρά προς την κοινωνιολογία. Δεν θα πρέπει ωστόσο να νομιστεί ότι το άνοιγμα αυτό προς την ηθική υπήρξε ρηξικέλευθα αντιθετικιστικό. Αντίθετα, οι περισσότεροι υποστηρικτές της θεωρίας της αξιολόγησης παραμένουν μέχρι σήμερα εξαιρετικά φειδωλοί σε παραδοχές που θα μπορούσαν να εκληφθούν ως ευθέως απορριπτικές του νομικού θετικισμού. Ενδεικτικές είναι οι απαντήσεις που δίνονται συνήθως στο κρίσιμο ερώτημα, ποιά είναι τα κριτήρια της αξιολόγησης των προστατευόμενων από τον νόμο αγαθών που ο ερμηνευτής οφείλει να θεωρήσει αποφασιστικά για τη σύλληψη του κανονιστικού του νοήματος. Για τους περισσότερους συγγραφείς ευκαταίο είναι να μπορούν αυτά να συναχθούν εμπειρικά από την ίδια την πράξη θέσπισης του νόμου και μόνο επειδή κάτι τέτοιο είναι κατά κανόνα ακατόρθωτο, συνιστάται η προσφυγή σε αντικειμενικά κριτήρια όπως οι κρατούσες ηθικοπολιτικές αντιλήψεις, κανονιστικές προφάνειες που προκύπτουν από το ίδιο το ρυθμιζόμενο αντικείμενο (γνωστές με την ονομασία «φύσις του πράγματος»²⁹)

29. Βλ. σχετικά Larenz – Canaris, σ. 36 κ.ε.· Bydlinski, σ. 51 κ.ε., 459 κ.ε.· Rütters, σ. 556 κ.ε.· Παπανικολάου, σ. 178, στους οποίους βλ. περαιτέρω παραπομ-

και αρχές εγγενείς στην έννομη τάξη, τις οποίες μπορεί να αναδειξεί η συστηματική θεώρησή της.³⁰ Σε κάθε περίπτωση πρέπει πάντως να αποφεύγεται η προσφυγή σε άμεσες ηθικές αξιολογήσεις εκ μέρους του ίδιου του ερμηνευτή, οι οποίες θεωρούνται από τους περισσότερους συγγραφείς απλώς υποκειμενικές. Λίγοι είναι εκείνοι που αναγνωρίζουν ότι οι αρχές που συγκροτούν την *ratio* του νόμου έχουν ευθέως ηθικό χαρακτήρα και ταυτόχρονα μπορούν να είναι αντικειμενικές. Οι απόψεις των οπαδών της θεωρίας στο θέμα αυτό είναι πάντως φειδωλές και χρειάζονται διεξοδική περαιτέρω διερεύνηση.³¹ Όπως θα δούμε στο επόμενο Κεφάλαιο, το Γερμανικό Ομοσπονδιακό Συνταγματικό Δικαστήριο έχει υποστηρίξει, ειδικά σε σχέση με τα θεμελιώδη συνταγματικά δικαιώματα, ότι οι σχετικές συνταγματικές διατάξεις βασίζονται σε μία αντικειμενική «τάξη αξιών» (*objektive Werteordnung*) που δεν είναι εγγενής στο Σύνταγμα αλλά έχει εξωτερικές ως προς αυτό πηγές – μία παραδοχή που μπορεί να χρησιμοποιηθεί κατά τρόπο πολύ προβληματικό.

πές. Η φρασεολογία περί «φύσεως του πράγματος» υπήρξε ιδιαίτερα δημοφιλής πριν από λίγες δεκαετίες, υπό την επίδραση φαινομενολογικών ή νεοαριστοτελικών αντιλήψεων, υπονοώντας συχνά μία οιονεί οντολογική σύγκλιση της πραγματικής και της κανονιστικής διάστασης των κοινωνικών δεδομένων. Σήμερα μπορούμε να πούμε ότι επρόκειτο απλώς για μία συγκαλυμμένη αναφορά σε κανονιστικές προφάνειες, όπως αυτές στις οποίες αναφέρεται η λεγόμενη ενορασιοκρατική ηθική θεωρία (*intuitionism*).

30. Σ' αυτές εκτός από τον Larenz (βλ. επόμενη σημ.) επέμεινε ιδίως ο μαθητής του Claus-Wilhelm Canaris με το βιβλίο του *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Βερολίνο, Duncker & Humblot, 1969, 2η έκδ. 1983.

31. Ένας διστακτικός υποστηρικτής της είναι ο ίδιος ο Larenz, ιδίως σ. 336 κ.ε., 473 κ.ε., και εκτενέστερα Karl Larenz, *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, Μόναχο, Beck, 1979. Στα καθαρά μεθοδολογικά σημεία του έργου του πάντως βρίσκεται αρκετά κοντά προς εκείνο που έχουμε αποκαλέσει κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, θεωρώντας την ευθεία προσφυγή σε ηθικές αρχές αναγκαία μόνο εκεί όπου το γράμμα του νόμου καταλείπει αμφιβολίες και όπου επί πλέον οι ηθικές αυτές αρχές αναδεικνύονται ως αυστηρά εσωτερικές της έννομης τάξης (κάτι για το οποίο δεν υποδεικνύει κριτήρια που να εναντιώνονται στα κρατούντα)· ως εκ τούτου παραμένει, αν όχι φραστικά πάντως κατ' αποτέλεσμα, πολύ μετριοπαθής στην αντίθεσή του προς τον νομικό θετικισμό (επιμένοντας μόνο σε εντονότατη κριτική ειδικά κατά του Kelsen).

III. Κριτήρια και τρόπος λειτουργίας της τελολογικής ερμηνείας

1. Νομικός λειτουργισμός και η συμβολή της κοινωνιολογίας γενικότερα

Κλειδί για την κατανόηση και κριτική αποτίμηση της σύγχρονης θεωρίας περί τελολογικής ερμηνείας αποτελεί ακριβώς η διαφωνία γύρω από την ενδεχόμενη ηθική διάσταση της *ratio* του νόμου. Η διαφωνία προέρχεται όχι μόνο από το γεγονός ότι, παρά την ευρεία αποδοχή της θεωρίας της αξιολόγησης, πολυάριθμοι εξακολουθούν να είναι οι υποστηρικτές μιάς καθαρά λειτουργιστικής (*functionalist*) προσέγγισης του δικαίου και της ερμηνείας του, αλλά και από το ότι ακόμη και στους κόλπους της θεωρίας της αξιολόγησης μιά απευθείας και χωρίς περιορισμούς παραπομπή στην ηθική προκαλεί σοβαρούς ενδοιασμούς που, όπως δείχνει το προαναφερθέν παράδειγμα της νομολογίας του Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου στη Γερμανία, δεν μπορούν να θεωρηθούν εκ προοιμίου αμελητέοι.

Το κρίσιμο ερώτημα στο οποίο οι οπαδοί της θεωρίας της αξιολόγησης δεν δίνουν πάντα ακριβή απάντηση αφορά τον τρόπο με τον οποίο μπορεί να αποκτηθεί βεβαιότητα για τις αξιολογήσεις στις οποίες βασίζεται η νομοθετική ρύθμιση. Το ερώτημα είναι ιδιαίτερα επιτακτικό για κάποιον που δεν ενστερνίζεται την υποκειμενική τελολογική ερμηνεία. Δυσκολίες αντιμετωπίζει βέβαια και ο οπαδός της θεωρίας της στάθμισης των συμφερόντων, ακόμη και όταν εννοεί την εργασία του νομικού με καθαρά λειτουργιστικό τρόπο: πώς μπορεί ο ερμηνευτής να αντιληφθεί ποιά είναι τα ανά περίπτωση εμπλεκόμενα συμφέροντα και πώς διακριβώνεται η κρίσιμη κοινωνική λειτουργία την οποία υπηρετεί η αποτίμηση και ιεράρχησή τους από το ισχύον δίκαιο; Οι δυσχέρειες που αντιμετωπίζει όμως ο οπαδός της θεωρίας της αξιολόγησης είναι ακόμη μεγαλύτερες. Δεν αρκεί να εντοπίσει τα ανά περίπτωση εμπλεκόμενα και ενδεχομένως συγκρουόμενα αγαθά ούτε να διακριβώσει σταθμίσεις και προτεραιότητες· οφείλει επί πλέον να καταδείξει ότι αυτές βασίζονται σε αντικειμενικά αξιολογικά κριτήρια, τα οποία μάλιστα πρέπει να χαρακτηρίζουν την έννομη τάξη συνολικά, οφείλουν δηλαδή να είναι σύμφυτα με αυτήν και να μην προέρχονται από στιγμιαίες νομοθετικές ιδιοτροπίες και ακόμη λιγότερο από υποκειμενικές επιλογές του ερμηνευτή.

Για τους υποστηρικτές της καθαρά λειτουργιστικής θεώρησης την απαιτούμενη βοήθεια προσφέρει η κοινωνιολογία. Χαρακτηριστικός είναι ο τρόπος εύρεσης της κρίσιμης νομοθετικής στάθμισης που έχει από πολλά χρόνια υποδείξει ο σημαντικός εκπρόσωπος της λεγόμενης Ρεαλιστικής Σχολής της Ουψάλας, Per Olof Ekelöf. Κάθε νομοθετική ρύθμιση έχει κατ' αυτόν υπ' όψη της ορισμένες χαρακτηριστικές περιπτώσεις εφαρμογής της· είναι οι περιπτώσεις που θεωρείται γενικά ότι εμπίπτουν ευθέως στο γράμμα του νόμου και έτσι δεν γεννούν ερμηνευτικά προβλήματα. Οι περιπτώσεις αυτές πρέπει, κατά τον Ekelöf, να υποβληθούν στην κατάλληλη κοινωνιολογική διερεύνηση ώστε να διαπιστωθεί ποιά είναι ως προς αυτές τα κοινωνικά αποτελέσματα που επέρχονται από τη ρύθμιση του νόμου. Το πόρισμα της έρευνας μπορεί στη συνέχεια να χρησιμοποιηθεί και για τη διευθέτηση των αβέβαιων περιπτώσεων: εικάζοντας ότι η επίτευξη των κοινωνικών αυτών αποτελεσμάτων αποτελεί επιδίωξη του νόμου σταθερή σε όλες τις περιπτώσεις εφαρμογής του, οφείλουμε και ως προς τις αβέβαιες περιπτώσεις να ερμηνεύσουμε και εφαρμόσουμε τον νόμο κατά τρόπο που να εναρμονίζεται όσο γίνεται περισσότερο με την κοινωνική αυτή λειτουργία του.³²

Τη χρήση κοινωνιολογικών μελετών και πορισμάτων για την ερμηνεία του δικαίου συνέστησε τα τελευταία χρόνια και μία άλλη μεθοδολογική διδασκαλία, γνωστή ως «θεωρία του προσανατολισμού στις συνέπειες του νόμου» (folgenorientierte Rechtsanwendung).³³ Κατά τη

32. Βλ. την εκτενή έκθεση και κριτική της θεωρίας του Ekelöf από τον Aleksander Peczenik, *Reason*, σ. 333 κ.ε., με παραπομπές στα δημοσιεύματά του στη σουηδική γλώσσα.

33. Βλ. σχετικά, αντί άλλου, Martina Renate Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, Μόναχο, Beck, 1995, με περαιτέρω πλούσια βιβλιογραφία, καθώς και τον συλλογικό τόμο Günther Teubner (επιμ.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 1995. Από την πιο πρόσφατη βιβλιογραφία, βλ. Flavia Carbonell, «Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions», στο Christian Dahlman – Eveline Feteris (επιμ.), *Legal Argumentation Theory: Interdisciplinary Perspectives*, Ντόρντρεχτ κ.α., Springer, 2013, σ. 1 κ.ε. Εναντίον της διδασκαλίας αυτής είχε ήδη από ενωρίς στραφεί η σύγχρονη νομική τυποκρατία, επικαλούμενη τη διάκριση του Niklas Luhmann μεταξύ προγραμματισμού βασιζόμενου σε προϋποθέσεις και προγραμματισμού βασιζόμενου σε σκοπούς (Konditionalprogramme

θεωρία αυτή, μεταξύ των επιχειρημάτων που μπορεί να επικαλεστεί ο νομικός για τη θεμελίωση των κρίσεων του περίοπτη θέση κατέχουν τα επιχειρήματα που σχετίζονται με τη συγκριτική εκτίμηση των συνεπειών που θα έχει η τυχόν υιοθέτηση της καθεμιάς από τις υποστηρίξιμες εναλλακτικές ερμηνευτικές εκδοχές, τα οποία επιτρέπουν συχνά την επιλογή της καλύτερης και ακόμη συχνότερα την απόρριψη κάποιων από αυτές. Η θεωρία αυτή είναι αρκετά συγκεχυμένη ως προς το είδος των συνεπειών που θα πρέπει να συνεκτιμηθούν, καθώς ορισμένοι συγγραφείς εννοούν τόσο τις νομικές όσο και τις κοινωνικές συνέπειες των συγκρινόμενων ερμηνευτικών εκδοχών,³⁴ ενώ άλλοι αποκλειστικά τις κοινωνικές,³⁵ οπότε και μόνο μπορεί να γίνει λόγος για ερμηνεία υποστηριζόμενη από την κοινωνιολογία.

Η προσφυγή ωστόσο στη βοήθεια της κοινωνιολογίας δεν είναι ικανή να οδηγήσει στη λύση του προβλήματος της ερμηνείας. Στην προσπάθειά της να μετατρέψει το κρίσιμο ερώτημα από κανονιστικό σε εμπειρικό, όπως είναι αυτό της κοινωνιολογικής «διάγνωσης», δηλαδή

vs. Finalprogramme) και υποστηρίζοντας ότι οι κανόνες δικαίου αποτελούν προγράμματα του πρώτου είδους (βλ. Koch – Rüßmann, σ. 227 κ.ε.). Οι εδώ αντιρρήσεις, όπως θα υπονοήσει η συνέχεια, είναι βασικότερες.

34. Η σύγχυση προκαλείται ιδίως από τη συμπερίληψη, μεταξύ των συνεκτιμητέων συνεπειών, και των νομικών επιπτώσεων της κάθε ερμηνευτικής πρότασης. Τα επιχειρήματα που αναφέρονται στις νομικές συνέπειες είναι εντελώς διαφορετικού είδους από εκείνα που αναφέρονται στις κοινωνικές συνέπειες. Ως νομικές επιπτώσεις εννοούνται συνήθως οι δεσμεύσεις που δημιουργεί η τυχόν υιοθέτηση μιάς ερμηνευτικής εκδοχής ως προς την κρίση παρόμοιων μελλοντικών περιπτώσεων λόγω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και του αιτήματος της συνοχής και συνέχειας της έννομης τάξης. Τέτοιου είδους επιχειρήματα έχουν συνήθως τη μορφή του ελέγχου της καθολικευσιμότητας της κάθε προτεινόμενης λύσης ή της κατάδειξης των απόρων που θα προκαλούσε η συστηματική κατάταξή της (argumenta ad absurdum). Ενδεικτική είναι η ασάφεια που βαρύνει την ανάπτυξη του Neil MacCormick, *Legal Reasoning*, σ. 129 κ.ε., ο οποίος κατατάσσει αβασάνιστα τα επιχειρήματα του είδους αυτού στα συνεπειοκρατικά.

35. Ότι και ως προς αυτές το ζήτημα δεν τίθεται ενιαία επισημαίνεται από τον Peter Cane, «Consequences in Judicial Reasoning», στο Jeremy Horder (επιμ.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Forth Series*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 1999, σ. 41 κ.ε.: άλλος είναι ο τύπος του επιχειρήματος όταν εξετάζεται η ένταση των επιπτώσεων των συγκριτικά ελεγχόμενων εκδοχών σε ένα και το αυτό αγαθό και άλλος όταν τα εμπλεκόμενα αγαθά είναι περισσότερα του ενός.

ενός είδους διαπίστωσης της κοινωνικής λειτουργίας του κανόνα, η λειτουργιστική προσέγγιση είναι αναγκασμένη να βασιστεί σε υποθέσεις, τις οποίες η ίδια αντιλαμβάνεται ως εμπειρικές και οι κυριότερες από τις οποίες είναι δύο: η πρώτη είναι ότι η τρέχουσα γλωσσική σημασία των λέξεων που χρησιμοποιεί ο νόμος μπορεί να υποδείξει άνευ ετέρου τις και από λειτουργιστική (ή ίσως και κανονιστική) σκοπιά κρίσιμες νομοθετικές σκοποθεσίες, οι οποίες πρέπει επίσης να υποτεθεί ότι αναφέρονται στα πράγματα επερχόμενα κοινωνικά αποτελέσματα· η δεύτερη είναι ότι η κατά τον τρόπο αυτόν εικάζόμενη κοινωνική λειτουργία του νόμου πρέπει να πιθανολογηθεί ως αποφασιστική και για τις περιπτώσεις όπου η τρέχουσα γλωσσική σημασία αφήνει αμφιβολίες.

2. Τί είναι η *ratio* του νόμου;

Η θεωρία του Ekelöf είναι ίσως η καλύτερη προσπάθεια χρήσης της κοινωνιολογίας για την εύρεση του «σκοπού του νόμου». Το πρόβλημά της δεν έγκειται τόσο στην αβεβαιότητα που καταλείπουν οι πιθανολογήσεις στις οποίες προσφεύγει. Έγκειται πρώτιστα στο ότι το ζήτημα δεν είναι ακριβώς η εύρεση του σκοπού αλλά της *ratio* του νόμου, και αυτό είναι ένα ζήτημα που δεν μπορεί να μετατραπεί από κανονιστικό σε πραγματικό. Ακόμη και οι στερεότερες πιθανολογήσεις ανήκουν σε εντελώς διαφορετική κατηγορία γνωστικών ενεργημάτων από τις κανονιστικές κρίσεις και έτσι δεν είναι σε θέση να μας υποδείξουν ποιοί είναι οι λόγοι στους οποίους στηρίζεται η νομοθετική ρύθμιση, αυτό δηλαδή που δηλώνει ευθέως η ίδια η λέξη *ratio*. *Rationes* του νόμου δεν μπορούν να είναι άλλες από τις κανονιστικές εκείνες εκτιμήσεις που κάνουν κατανοητή τη νομοθετική ρύθμιση ως επέμβαση στον τρόπο διαμόρφωσης των πρακτικών αποφάσεων των κοινωνιών.

Ως προς αυτό η θεωρία της αξιολόγησης κινείται σε πολύ πιο σωστό δρόμο από τον λειτουργισμό. Και αυτή όμως υποδεικνύει απλώς το σημείο εκκίνησης. Υπογραμμίζει από την αρχή ότι το ζήτημα της ερμηνείας του νόμου είναι από τις ρίζες του κανονιστικού ή, για να χρησιμοποιήσουμε την ορολογία του Dworkin, ότι η εργασία του νομικού είναι σε όλη της την έκταση εργασία ερμηνευτική (*interpretive*), υπό την έννοια ότι το ερώτημα τί ισχύει ως δίκαιο συνδέεται ριζικά με το ζήτημα της δικαιοδότησης ως δικαιολόγησης, ως του λόγον διδόναι (με

τη διπλή σημασία του λόγου προς το κρίνειν και του λόγου προς το πράττειν) από την πλευρά τόσο της γενικής νομικής ρύθμισης όσο και της ατομικής δικαϊκής κρίσης. Από αυτό προκύπτει ήδη ότι ακόμη και στο εντελώς πρώτο βήμα της ερμηνείας του νόμου, που κατά την κρατούσα διδασκαλία είναι ο σχηματισμός υποθέσεων για το νόημά του με βάση την τρέχουσα σημασία των λέξεων του κειμένου του, δεν νοούνται καθαρά εμπειρικά πορίσματα και η κανονιστική διάσταση, ως υποφώσκον ερώτημα δικαιολόγησης, είναι παρούσα *ab initio*, σε σημείο ώστε να μην μπορεί να υπάρξει καθαρά γλωσσική βεβαιότητα χωρίς τη στοιχειώδη έστω εντύπωση κανονιστικής ευλογοφάνειας. Το σημείο αυτό δεν έχει γίνει όμως επαρκώς αντιληπτό από τους οπαδούς της θεωρίας της αξιολόγησης, οι περισσότεροι από τους οποίους³⁶ διστάζουν να απομακρυνθούν από την κρατούσα διδασκαλία, δέχονται ότι υπάρχει το ενδεχόμενο η γραμματική ερμηνεία, όταν μετά την εκτέλεσή της δεν μένουν γλωσσικές αμφιβολίες, να τερματίζει και συνολικά την ερμηνεία και ότι η τελολογική ερμηνεία χωρεί μόνο όπου παραμένουν τέτοιες αμφιβολίες, με το έργο της να περιορίζεται μάλιστα τότε στην επιλογή ενός από τα γραμματικώς «δυνατά» νοήματα του νόμου.

Αλλά και πέρα από το πρόβλημα αυτό, οι υποστηρικτές της θεωρίας της αξιολόγησης αποφεύγουν συνήθως να εξετάσουν σε βάθος το ζήτημα του τρόπου διάγνωσης των κρίσιμων κανονιστικών εκτιμήσεων που συνθέτουν την *ratio* του νόμου. Ακόμη και υπό τον μανδύα τού πράγματι κρίσιμου κανονιστικού αυτού ερωτήματος συνήθεις είναι οι υπεκφυγές, με την επίκληση πραγματικών δεδομένων αντί ουσιαστικών ηθικοπολιτικών εκτιμήσεων: κοινωνικά επικρατουσών αντιλήψεων, κανονιστικών προφανειών που προκύπτουν από το ίδιο το ρυθμιζόμενο αντικείμενο («φύσις του πράγματος»), αρχών εγγενών στην έννομη τάξη για τις οποίες να τεκμηριώνεται κατά το δυνατόν με τη βοήθεια γραμματικών ερμηνειών και μόνο ότι είναι θετικοποιημένες, κυρίως με την αναφορά τους στο Σύνταγμα, αλλά και νομολογιακών προκρίματων, θεωριών της νομικής δογματικής και δικαιοσυγκριτικών πορισμάτων. Όλα όμως αυτά τα κριτήρια, με εξαίρεση τη «φύση του πράγματος» που αποτελεί συγκαλυμμένη επίκληση αυθυπόστατων κανονιστικών προφανειών και αντίστοιχων διαισθήσεων ή ενοράσεων

36. Ακόμη και οι πρωτοπόροι της θεωρίας Larenz και Canaris.

(intuitions), έχουν δευτερογενή χαρακτήρα: επιχειρούν να συλλάβουν εμμέσως τις κρίσιμες κανονιστικές εκτιμήσεις, βασιζόμενα απλώς στο γεγονός ότι κάποιος άλλος πριν από τον ερμηνευτή (η νομική κοινότητα με τις τρέχουσες αξιολογήσεις της, ο νομοθέτης με συγκεκριμένες πράξεις θετικοποίησης, η νομολογία με προγενέστερες κρίσεις της ή κάποιος θεωρητικοί του δικαίου στα συγγράμματά τους) τις έχουν ήδη παραδεχθεί ως δεσμευτικές. Εκείνο που παραμένει αναπάντητο είναι το αποφασιστικό απευθείας ερώτημα: ποιές είναι και πώς μπορούν να διαγνωσθούν οι κρίσιμες κανονιστικές εκτιμήσεις που συνθέτουν την ratio του νόμου (και που ενδέχεται όλοι αυτοί οι άλλοι, πριν από τον ερμηνευτή, να έχουν συλλάβει, ενδέχεται όμως και να έχουν πλανηθεί, με συνέπεια το απλό γεγονός της εκ μέρους τους παραδοχής να αποδεικνύεται εντελώς ανεπαρκές).

Η διστακτικότητα αυτή των περισσότερων από τους υποστηρικτές της θεωρίας της αξιολόγησης να θέσουν ευθέως το ζήτημα του τρόπου εύρεσης των κρίσιμων κανονιστικών εκτιμήσεων κατά την ερμηνεία του δικαίου εξηγείται βέβαια από μία διαδεδομένη, λίγες δεκαετίες παλαιότερα ακόμη και στους κόλπους της ηθικής θεωρίας, καχυποψία απέναντι στις ηθικές κρίσεις, που θεωρούνταν υποκειμενικές και έτσι επικίνδυνες και για την αντικειμενικότητα και την απροσωποληψία κατά την απονομή της δικαιοσύνης. Γι' αυτό και η αντικειμενική τεολογική ερμηνεία, ειδικότερα μάλιστα υπό την εκδοχή της θεωρίας της αξιολόγησης, αντιμετωπίζεται ακόμη μέχρι σήμερα από πολλές πλευρές με δυσπιστία. Αντικειμενικότητα και απροσωποληψία αποτελούν όμως, και αυτές οι ίδιες, ηθικές αρχές όσο και δικαστικές αρετές. Η τήρησή τους είναι ζήτημα υπεύθυνης στάσης και ενστερνισμού ορισμένου φρονήματος απέναντι στο ισχύον δίκαιο, που απαιτεί συχνά από τον ερμηνευτή να καταβάλει εργώδεις προσπάθειες έως ότου αποκτήσει τη μεγαλύτερη δυνατή βεβαιότητα για το κανονιστικό περιεχόμενό του εξετάζοντας όλα τα προβλλόμενα επιχειρήματα και στηριζόμενος στα καλύτερα από αυτά, και δεν εξασφαλίζεται από μεθοδολογικές θεωρίες που του παρέχουν την εντύπωση ότι μπορεί να παρακάμψει τις δυσκολίες και να μεταθέσει την ευθύνη του παραπέμποντας απλώς σε προγενέστερες εκτιμήσεις άλλων, τις οποίες ο ίδιος να μην έχει παρά να υιοθετήσει.³⁷

37. Αυτό βέβαια δεν σημαίνει ότι οι προγενέστερες αυτές εκτιμήσεις στερούν-

Η εύρεση των κανονιστικών εκτιμήσεων που συνιστούν την ratio του νόμου απαιτεί πράγματι συχνά πολύπλοκες ηθικοπολιτικές αναλύσεις. Πολύπλοκος είναι ήδη ο στόχος τους, απαιτώντας την ανάδειξη της καλύτερης δυνατής ηθικοπολιτικής εκδοχής του τεθειμένου δικαίου, δηλαδή της ηθικά ελκυστικότερης ερμηνείας εν όψει των πραγματικών δεδομένων της έννομης τάξης. Το ζητούμενο δεν είναι δηλαδή η εύρεση της ηθικά προτιμότερης ρύθμισης σε μία ιδανική έννομη τάξη –έργο που και αυτό επιδέχεται επιχειρηματολογικό έλεγχο και δεν επαφίεται σε άκριτες υποκειμενικές προτιμήσεις–, αλλά της ηθικά πιό αποδεκτής ερμηνείας που αναδεικνύει την κανονιστική δεσμευτικότητα η οποία εκλύεται από τα κρίσιμα ιστορικά δεδομένα της έννομης τάξης ως ενός υπαρκτού θεσμικού συγκροτήματος με χρονική συνέχεια. Της εργασίας αυτής αναπόσπαστο –αν και όχι και άταρκες– μέρος είναι η αναζήτηση της ηθικά ορθότερης ρύθμισης γενικά και αφηρημένα. Οι περιορισμοί είναι όμως ευθύς εξ αρχής δύο: πρώτον, το ηθικά ορθό πρέπει να προσφέρεται και για θεσμική καθιέρωση, δηλαδή να είναι δικαιολογήσιμο ως κοινή θεσμική βάση κατάλληλη να στηρίξει αμοιβαίες αξιώσεις επιδεκτικές εξαναγκασμού· και δεύτερον, η ηθικά εύλογη αυτή βάση των αμοιβαίων αξιώσεων πρέπει παράλληλα να συνάπτεται προς τα θεσμικά δεδομένα της συγκεκριμένης έννομης τάξης, δηλαδή τα ιστορικά γεγονότα από τα οποία εκπήδησε και τις συλλογικές αποφάσεις που κατέκτησαν τη θεσμική εμπιστοσύνη έτσι ώστε δικαιολογημένα να αξιώνεται η συνεπής τους τήρηση. Η ανάδειξη της ιστορικής υπόστασης και της δυνατότητας ηθικοπολιτικής δικαιολόγησης του ερμηνευτικού αποτελέσματος αποτελούν από κοινού τον αναπόδραστο ενιαίο στόχο της ερμηνείας.

3. Συστηματική ερμηνεία και εις άτοπον απαγωγή

Παρ' όλες τις δυσκολίες που το συνοδεύουν, το εγχείρημα της ταυτόχρονης ανάδειξης του ιστορικού και του ηθικοπολιτικού στοιχείου της ερμηνείας δεν διενεργείται σε θεωρητικό κενό, έστω και αν χρησιμοποι-

ται εντελώς σημασίας και θα πρέπει να τις αγνοούμε. Σημαίνει απλώς ότι εκείνο που βαρύνει είναι τα περιεχόμενα σ' αυτές επιχειρήματα και όχι η αυθεντία των προσώπων που τις προέβαλαν.

ούνται διαφορετικές ονομασίες. Η φιλοσοφία του δικαίου από κοινού με την ηθική και την πολιτική φιλοσοφία έχουν σήμερα προχωρήσει σε τέτοιο βάθος ανάλυσης ώστε, όπως άλλωστε επιχειρήθηκε να δειχθεί στο Πρώτο Μέρος,³⁸ τα θεωρητικά θεμέλια της μεθόδου ερμηνείας του δικαίου μπορούν πλέον να ενταχθούν σε ένα επιχειρηματολογικά επαρκώς συγκροτημένο πεδίο επιστημονικού λόγου.

Η θεωρητική άλλωστε αφετηρία της ερμηνείας, όπως τη σκιαγράφησαν οι προηγούμενες διασαφήσεις, δεν είναι εντελώς ξένη προς την ήδη σήμερα ευρέως αποδεκτή εκδοχή της τελολογικής ερμηνείας που βασιίζεται στη θεωρία της αξιολόγησης, η οποία απλώς δεν έχει φτάσει στο σημείο να συνειδητοποιήσει και να ομολογήσει όλες τις αντιθετικές προεκτάσεις της. Προς την κατεύθυνση αυτή κινούνται ωστόσο δύο επί μέρους παραδοχές της, που αφορούν αφ' ενός την αποφασιστική σημασία της συστηματικής ερμηνείας και αφ' ετέρου τον τρόπο λειτουργίας του επιχειρήματος της εις άτοπον απαγωγής.

ι. Η συστηματική ερμηνεία γίνεται παραδοσιακά αποδεκτή ως ξεχωριστό είδος ερμηνείας, που στηρίζεται εν μέρει στο λεγόμενο «εξωτερικό σύστημα» της έννομης τάξης,³⁹ δηλαδή αφ' ενός στον τρόπο κατάταξης του περιεχομένου της ανά κλάδους του δικαίου και αφ' ετέρου, εντός του κάθε κλάδου, στη σειρά παρουσίασης των ρυθμίσεων βάσει ενός «αρχιτεκτονικού» προγράμματος που ακολουθεί ο νομοθέτης, ιδίως εκεί όπου έχει επιλέξει να τους προσδώσει τη μορφή ενιαίου κώδικα. Έτσι, για παράδειγμα, η κατάταξη μίας διάταξης που χορηγεί συγκεκριμένη αξίωση υπέρ του κυρίου ενός ακινήτου στο κεφάλαιο του ενοχικού ή του εμπράγματος δικαίου αποτελεί σοβαρή ένδειξη περί του ενοχικού ή εμπράγματος χαρακτήρα της.

Με την πάροδο του χρόνου άρχισε όμως να δίνεται όλο και περισσότερη προσοχή στο λεγόμενο «εσωτερικό σύστημα», δηλαδή στη νοηματική συνοχή και κανονιστική ενότητα του συνόλου των ρυθμίσεων που αφορούν ένα και το αυτό αντικείμενο, αλλά και της έννομης τάξης

συνολικά.⁴⁰ Η ενότητα αυτή δεν απαιτεί απλώς την αποφυγή αντιφατικών ρυθμίσεων και την αποβολή μίας από τις δύο, εκεί όπου τυχόν υπάρχουν, ούτε απλώς την τήρηση της ιεραρχίας των κανόνων της έννομης τάξης και την ερμηνεία των κανόνων μίας κατώτερης βαθμίδας σε αρμονία προς ρυθμίσεις της ανώτερης (όπως συμβαίνει ιδίως στη λεγόμενη «σύμφωνη» ή «εναρμονισμένη με το Σύνταγμα ερμηνεία»),⁴¹ όπου επιπρόσθετα επιζητείται, εκεί όπου το κοινό νομοθέτημα εμφανίζεται να προσκρούει σε ορισμένη συνταγματική διάταξη, η επιλογή εκείνης από τις ερμηνευτικές εκδοχές του που επιχειρεί να το διασώσει περιορίζοντας κατά το δυνατόν τις προβαλλόμενες αντιρρήσεις περί αντισυνταγματικότητας). Απαιτεί επί πλέον, αρνητικά, την αποφυγή των λεγόμενων αξιολογικών αντινομιών, αλλά και, θετικά, την ερμηνεία εκείνη του δικαίου που το εμφανίζει ως ένα σύστημα κανονιστικά συνεκτικό και συνεπές, ως βασιζόμενο σε σταθερές κανονιστικές παραδοχές, οι οποίες συνθέτουν τον νοηματικό σκελετό του και δεν εγκαταλείπονται προς χάρη συγκυριακών σκοπιμοτήτων.

Όπως έγινε ολοένα και περισσότερο φανερό, η συστηματική αυτή ενότητα δεν αποτελεί απλώς επιστημολογικό αίτημα, η μη τήρηση του οποίου θα δυσχέραινε τη γνώση του δικαίου, αλλά κυρίως αίτημα ηθικοπολιτικό, του οποίου η παραβίαση θα ερχόταν σε σύγκρουση προς την αρχή της ισότητας και την αξίωση των πολιτών για ίση μεταχείριση και θα στερούσε την έννομη τάξη από τη βασική ηθική αρετή της, την ακεραιότητα.⁴² Η ακεραιότητα όμως της έννομης τάξης βασιίζεται σε αρχές του δικαίου, που έχουν χαρακτήρα ηθικοπολιτικό και ταυτόχρονα αποτελούν την εναρμονισμένη κανονιστική συμπύκνωση όχι πολλών

40. Παπανικολάου, σ. 153 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 302 κ.ε.· Canaris, *Systemdenken* (βλ. παραπάνω, σημ. 30), *passim*. Κατ' αυτόν, το εσωτερικό σύστημα είναι «μιά τελολογική ή αξιολογική τάξη αρχών του δικαίου» (σ. 47).

41. Κώστας Χ. Χρυσόγονος, «Η σύμφωνη με το Σύνταγμα ερμηνεία των νόμων κατά τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας», στο Δημ. Θ. Τσάτσος (επιμ.), *Η ερμηνεία του Συντάγματος*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 1995, σ. 385 κ.ε.· Φίλιππος Δωρής, «Ερμηνεία των νόμων με αναγωγή σε συνταγματικές διατάξεις στη νομολογία των πολιτικών δικαστηρίων», *Ελληνική Δικαιοσύνη*, 1991, 31 κ.ε.· του ιδίου, *Εισαγωγή Α'*, σ. 179 κ.ε.· Παπανικολάου, σ. 189 κ.ε.· Σταμάτης, *Θεμελίωση*, σ. 458 κ.ε.

42. Θεμελιώδες επ' αυτού το βιβλίο του Ronald Dworkin, *Law's Empire*.

38. Βλ. ιδίως παραπάνω, τα Κεφάλαια Γ' και Δ'.

39. Επ' αυτού, βλ. μεταξύ άλλων Παπανικολάου, σ. 153· Canaris, *Systemdenken* (βλ. παραπάνω, σημ. 30), σ. 19 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 263 κ.ε. (που αντιλαμβάνονται το «εξωτερικό σύστημα» ως συνδεόμενο με ένα σύνολο αφηρημένων εννοιών), 302 κ.ε.· Kramer, σ. 81 κ.ε. Τη διάκριση έχει εισαγάγει ο Philipp Heck.

επί μέρους κανόνων, όπως είδαμε στο οικείο σημείο (Κεφ. ΣΤ') ότι υποστηρίζουν πολλοί, αλλά των δικαιολογητικών τους λόγων, των *rationes* τους, δηλαδή εκείνου του ηθικοπολιτικού στοιχείου που η θεωρία της αξιολόγησης προβάλλει ως καθοδηγητικό μίτο για την ερμηνεία του νόμου. Έτσι, η συστηματική ερμηνεία υπερβαίνει κατά πολύ την αρχική εντύπωση ενός απλώς βοηθητικού και συμπληρωματικού εργαλείου της ερμηνείας, μιά εικόνα στη διαμόρφωση της οποίας είχε συμβάλει η αρχική εμμονή στο «εξωτερικό σύστημα», και αναδεικνύεται ως καίριος στόχος για την κατανόηση και την εφαρμογή του δικαίου, άρρηκτα συνδεδεμένος με την τελολογική ερμηνεία, της οποίας αποτελεί το επιστέγασμα.

ii. Με τη συστηματική ερμηνεία συνδέεται σε μεγάλο βαθμό το επιχείρημα της εις άτοπον απαγωγής (*argumentum ad absurdum*),⁴³ επιχείρημα γνωστό από παλαιά στη νομική επιχειρηματολογία. Το επιχείρημα αυτό έχει αρνητική λειτουργία, καθώς χρησιμεύει όχι στην υπόδειξη της καλύτερης ερμηνευτικής εκδοχής αλλά πάντως στον αποκλεισμό κάποιων άλλων, για τις οποίες προβάλλονται ισχυροί λόγοι που αναδεικνύουν την τυχόν αποδοχή τους ασύμβατη με ορισμένες κρίσεις ή εκτιμήσεις θεωρούμενες ως στοιχειώδη ουσιαστικά συστατικά της έννομης τάξης.

Και εδώ, όπως και στη συστηματική ερμηνεία, το ασύμβατο έγινε αρχικά αντιληπτό ως λογική ανακολουθία. Αν δηλαδή μία ερμηνευτική εκδοχή έρχεται σε αντίφαση με κάποιους τεθειμένους και σαφώς διατυπωμένους κανόνες του ισχύοντος δικαίου, ισοδύναμους ή και ιεραρχικά ανώτερους από τον ερμηνευόμενο, θα πρέπει να προτιμηθούν άλλοι τρόποι ερμηνείας που δεν δημιουργούν παρόμοια προβλή-

43. Βλ. Γιαννίδη, *Αιτιολόγηση Α'*· Παπανικολάου, σ. 176, 179· Larenz – Canaris, σ. 153 κ.ε.· Bydlinski, σ. 457 κ.ε.· Uwe Diederichsen, «Die reductio ad absurdum in der Jurisprudenz», *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Μόναχο, Beck, 1973, σ. 155 κ.ε.· Roland Wittmann, «Die reductio ad absurdum aus wissenschaftstheoretischer Sicht», *Rechtstheorie* 14 (1983), 336 κ.ε. (με πολλά παραδείγματα από το γερμανικό δίκαιο)· Thomas Bustamante, «On the Argumentum ad absurdum in Statutory Interpretation: Its Uses and Normative Significance», στο Christian Dahlman & Eveline Feteris (επιμ.), *Legal Argumentation Theory: Interdisciplinary Perspectives*, Ντόρντρεχτ κ.α., Springer, 2013, σ. 21 κ.ε.

ματα συνοχής. Το ασύμβατο μεταξύ δύο ρυθμίσεων έχει όμως μόνο κατ' εξαίρεση λογικό χαρακτήρα (*αντινομία*), όταν, π.χ., η μία αναγνωρίζει την εγκυρότητα και η άλλη προβλέπει ακυρότητα της ίδιας διοικητικής πράξης. Εδώ βέβαια η λογική συμβάλλει στη διαπίστωση της αντίφασης, δεν μας υποδεικνύει ωστόσο ποιά από τις δύο ρυθμίσεις πρέπει να εφαρμοστεί και ποιά να αγνοηθεί.

Μία δεύτερη κατηγορία περιπτώσεων περιλαμβάνει τις λεγόμενες αξιολογικές αντινομίες,⁴⁴ στις οποίες μεταξύ δύο ρυθμίσεων υπάρχει ανακολουθία όχι λογική αλλά κανονιστική, επειδή το περιεχόμενο της μίας θα έπρεπε να είναι διαφορετικό, αν το συγκρίνουμε προς εκείνο της άλλης, βάσει μίας θεμελιώδους κανονιστικής αρχής που, διέποντας γενικά την έννομη τάξη, έχει επίδραση και στις σχέσεις των δύο διατάξεων. Όταν, π.χ., ενώ κατά γενική κανονιστική αρχή η τέλεση ενός αδικήματος από δόλο αποδοκιμάζεται εντονότερα σε σύγκριση με την τέλεση του ίδιου ή παρόμοιου αδικήματος από αμέλεια, συμβαίνει σε κάποιες περιπτώσεις, αν ακολουθήσουμε το γράμμα ορισμένων διατάξεων του νόμου, να πρέπει ή να μπορεί να τιμωρηθεί η αμελής πράξη βαρύτερα από τη δόλια (π.χ. κατά το άρθρο 306 § 2 ΠΚ, όποιος γενικά τελέσει το έγκλημα της έκθεσης, εφ' όσον από αυτό προκύψει ο θάνατος του εκτεθέντος, άρα ειδικότερα και η μητέρα που αφήνει από αμέλεια το νεογέννητο τέκνο της αβοήθητο όσο διαρκεί η διατάραξη του οργανισμού της από τον τοκετό με συνέπεια τον θάνατό του, μπορεί, λόγω του προβλεπόμενου πλαισίου ποινής, να τιμωρηθεί βαρύτερα από ό,τι, κατά το άρθρο 303 ΠΚ, η μητέρα που κατά το ίδιο διάστημα και υπό τις ίδιες συνθήκες αποκτείνει το νεογέννητο τέκνο της από πρόθεση).

Οι περιπτώσεις αυτές αντινομιών, κοινών ή αξιολογικών, μεταξύ δύο κανόνων της έννομης τάξης δεν είναι όμως οι συχνότερες όπου γίνεται επίκληση του *argumentum ad absurdum*. Η μακρά παράδοση της χρήσης του στη νομική επιχειρηματολογία περιλαμβάνει κυρίως περιπτώσεις όπου το άτοπο γίνεται αντιληπτό όχι ως άμεση σύγκρουση, λογική ή αξιολογική, μίας ερμηνευτικής εκδοχής προς ρητά θεσπισμένους κανόνες της έννομης τάξης, αλλά όπου η βάση του

44. Για τις αντινομίες αυτές, βλ. Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 19 κ.ε., από τον οποίο είναι παρμένο και το παράδειγμα που ακολουθεί· επίσης Παπανικολάου, σ. 183 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 155 κ.ε.

επιχειρήματος απορριπτόμενη εκδοχή κρίνεται η ίδια ως ουσιαστικά άτοπη, δηλαδή κατά το περιεχόμενό της απαράδεκτη. Η εκτίμηση του ουσιαστικά απαράδεκτου δεν πρέπει βέβαια να βασίζεται σε απλές διαισθήσεις του εφαρμοστή, ακόμη και αν συναντά ευρύτατη συναίνεση εντός της νομικής κοινότητας. Το άτοπο πρέπει να προκύπτει από ηθικοπολιτικές αρχές εγγενείς στην έννομη τάξη, προϋπόθεση της επίκλησης των οποίων δεν είναι πάντως η ρητή θέσπισή τους από τον νομοθέτη, συντακτικό ή κοινό. Η κρατούσα θετικιστική αντίληψη απαιτεί βέβαια μία έστω και έμμεση νύξη σε κάποιες τεθειμένες ρυθμίσεις ή την επίκληση κάποιων αναλογιών προς αυτές. Ούτε και αυτό είναι όμως απαραίτητο. Για παράδειγμα, η αρχή ότι ουδείς μπορεί να αντλεί νομικά οφέλη από παράνομη πράξη του, ή ότι ουδείς του οποίου απορρίπτεται ένα ένδικο μέσο μπορεί να βρεθεί σε καλύτερη νομική θέση από εκείνη στην οποία βρισκόταν πριν από την άσκησή του, δεν χρειάζεται να έχουν ρητά θεσπιστεί από τον νομοθέτη, και ωστόσο κανείς δεν θα μπορούσε να ισχυριστεί ότι δεν είναι εγγενείς στην έννομη τάξη. Πολλοί νομικοί αισθάνονται την ανάγκη να προσφύγουν ως *ultimum refugium* στην κατασκευή του έλλογου ή συνετού νομοθέτη: μία ερμηνευτική εκδοχή πρέπει να αποκλεισθεί όταν φαίνεται αδιανόητο ότι ένας νομοθέτης, που δεν παρασύρεται ποτέ σε εντελώς αδικαιολόγητες ή ασυνάρτητες δικαιοπολιτικές επιλογές (και τέτοιος είναι και ο δικός μας, όπως οφείλουμε άνευ ετέρου να υποθέσουμε), θα μπορούσε να την έχει εισαγάγει με ρητό νομοθέτημά του στην έννομη τάξη.⁴⁵ Μία τέτοια κατασκευή δεν είναι όμως επιχειρηματολογικά αναγκαία· διότι ο χαρακτηρισμός μίας ρύθμισης ως αδικαιολόγητης ή ασυνάρτητης είναι κανονιστικός και πρέπει σε τελευταία ανάλυση να προκύπτει ευθέως από ουσιαστικά επιχειρήματα αρχών του δικαίου, ενώ η κατα-

45. Για την κατασκευή του συνετού νομοθέτη, βλ. Π. Σούρλα, *Νομοθετική θεωρία*, σ. 250, με περαιτέρω παραπομπές, και από τη νεότερη βιβλιογραφία, Bustamante (παραπάνω, σημ. 43), σ. 29 κ.ε., που επισημαίνει εμφαντικά το και εδώ υποστηριζόμενο ότι ο χαρακτήρας του επιχειρήματος είναι ευθέως κανονιστικός και όχι εμπειρικός. Ένας από τους πρώτους που επικαλέστηκε την κατασκευή του συνετού νομοθέτη υπήρξε ο σουηδός νομικός Per Olof Ekelöf με την κλασική μελέτη του «Teleological Construction of Statutes», *Scandinavian Studies in Law* 2 (1958), 75 κ.ε.

σκευή του συνετού νομοθέτη, επιχειρώντας να προσδώσει *ex post* στο ερμηνευτικό εγχείρημα ένα εμπειρικό επικάλυμμα, δεν επιτυγχάνει το παραμικρό προς την κατεύθυνση αυτή και συνεπώς δεν αποτελεί παρά ύστατη προσπάθεια να τηρηθούν τα θετικιστικά προσχήματα.

IV. Οι αρχές δικαίου ως θεμέλιο της ερμηνείας

Η σύνδεση τόσο της συστηματικής ερμηνείας όσο και του επιχειρήματος της εις άτοπον απαγωγής με τα επιχειρήματα αρχών δικαίου θα μπορούσε βέβαια να αφορά αποκλειστικά και μόνο τα ερμηνευτικά αυτά βοηθήματα και συνεπώς να είναι περιορισμένης μάλλον εμβέλειας. Τίποτε ωστόσο δεν συνηγορεί υπέρ ενός τέτοιου περιορισμού, αντίθετα είναι πολύ πιθανότερο τα δύο αυτά επιχειρήματα να ανασύρουν στην επιφάνεια ορισμένα βαθύτερα χαρακτηριστικά της νομικής επιχειρηματολογίας γενικά. Το πρόβλημα της σημασίας των αρχών δικαίου για την ερμηνεία παραμένει λοιπόν προς εξέταση και αναγκαίο είναι να εξεταστούν συστηματικότερα τα κρίσιμα συναφή ερωτήματα: σε τί ακριβώς συνίσταται και πώς λειτουργεί η επίκληση των αρχών δικαίου ως επιχειρημάτων και ποιά είναι η σχέση του επιχειρηματολογικού αυτού τύπου προς την τελολογική ερμηνεία;

Για την εδώ ανάπτυξη τα ερωτήματα αυτά δεν είναι νέα. Ήδη στο Κεφάλαιο ΣΤ' του Πρώτου Μέρους έχουν προηγηθεί αναλύσεις περί των αρχών δικαίου που προδιαγράφουν την κατεύθυνση στην οποία πρόκειται να κινηθούν οι προτεινόμενες εδώ απαντήσεις. Ο προσεκτικός αναγνώστης θα έχει ασφαλώς σχηματίσει την υποψία ότι οι απαντήσεις αυτές δεν συμπλέουν με την τρέχουσα μεθοδολογική ορθοδοξία, κάτι που η επακολουθούσα ανάπτυξη δεν θα διστάσει να επιβεβαιώσει. Κατά την κρατούσα διδασκαλία, οι αρχές δικαίου αποτελούν ένα ανάμεσα σε πολλά άλλα συστατικά στοιχεία και βοηθήματα της τελολογικής ερμηνείας, συμβάλλοντας στην ανεύρεση του «σκοπού του νόμου» ή έστω στον σχηματισμό εύλογων εικασιών περί του νοήματος της ερμηνευόμενης διάταξης εκεί όπου υπάρχουν αμφιβολίες ως προς τον σκοπό της.⁴⁶

46. Αυτό ακριβώς φαίνεται να υπονοεί ο Γιαννίδης, *Αιτιολόγηση Β'*, σ. 111-112, όταν υποστηρίζει ότι η προσφυγή σε αυτό που ονομάζει ηθικά επιχειρήματα υπό

Αν μάλιστα λάβουμε υπ' όψη μας ότι κατά την κρατούσα διδασκαλία η τελολογική ερμηνεία συνολικά αποτελεί, από κοινού ίσως με τη συστηματική, απλώς και μόνο το έσχατο μέσο της ερμηνείας που έχει εφαρμογή όταν τα άλλα είδη ερμηνείας, τα οποία και πρέπει να προηγηθούν μεθοδολογικά, δεν έχουν οδηγήσει σε ασφαλή συμπεράσματα, τότε γίνεται ακόμη εμφανέστερο ότι η επίκληση αρχών δικαίου είναι κατά τα συνήθως παραδεκτά επικουρική, πράγμα που σημαίνει: απλώς ενδεχόμενη και σποραδική.⁴⁷ Επί πλέον, ο θετικιστικός προσανατολισμός της κρατούσης διδασκαλίας εξωθεί στην απαίτηση προς τον ερμηνευτή να προστρέχει κατά το δυνατόν μόνο σε αρχές που παρουσιάζουν βαρύνουσες ενδείξεις θετικοποίησης, ιδίως που μπορούν να αντληθούν από το Σύνταγμα ή από τις γενικότερες διατάξεις των εφαρμοζόμενων κάθε φορά επί μέρους νομοθετημάτων, ή έστω μπορεί να καταδειχθεί ότι υπάρχουν ρητά νομοθετημένες όσο γίνεται περισσότερες εξειδικεύσεις τους, έτσι ώστε οι ίδιες να τεκμηριώνονται ως επαγωγικά τεκμηριώσιμες γενικεύουσες συμπεριλήψεις πολλών ειδικότερων ρητών ρυθμίσεων του θεμιμένου δικαίου. Με τον τρόπο αυτόν θεωρείται ότι αποφεύγεται ο κίνδυνος παρεισαγωγής στο ισχύον δίκαιο υποκειμενικών αξιολογήσεων εκ μέρους του ερμηνευτή και πάντως αποβαίνει περιττό να επικαλεστεί κανείς τον κατά τα λοιπά ηθικοπολιτικό ή άλλον χαρακτήρα των αρχών δικαίου, πέραν του καθαρά νομικού.

στενή έννοια, δηλαδή ουσιαστικές ηθικές εκτιμήσεις και αρχές που κατ' αυτόν χρησιμεύουν αποκλειστικά στην ανάλυση «αξιολογικών μετανομικών εννοιών» (σ. 109), γίνεται εφ' όσον ο ίδιος ο νομοθέτης «δε μπορεί να αποφύγει την αναδρομή σε έννοιες με ηθικό περιεχόμενο». Ο Γιαννίδης ξεχωρίζει μεταξύ των τυποκρατών μεθοδολόγων κατά το ότι δίνει μεγάλο βάρος στην ανάλυση της σημασίας των αρχών του δικαίου, χωρίς όμως και να αποστεί από τις βασικές παραδοχές της κρατούσης διδασκαλίας. Έτσι, ενώ κατά τα λοιπά αποδίδει ξεχωριστή σημασία σε αυτό που αποκαλεί «αρχές του πρακτικού λόγου» (ό.π., σ. 128 κ.ε.), τις οποίες διακρίνει από τα προαναφερθέντα «ηθικά επιχειρήματα υπό στενή έννοια», εννοώντας ορισμένες γενικές ουσιαστικές αρχές όπως αυτές της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και του αμοιβαίου σεβασμού των προσώπων, και ενώ παράλληλα αναγνωρίζει ότι συγκροτούν «τα ηθικά θεμέλια των βασικών αρχών κάθε έννομης τάξης» (σ. 129) και ανοίγουν τη δυνατότητα ηθικής επιχειρηματολογίας στο δίκαιο, επιμένει ότι αυτή χωρεί «κυρίως όταν πρόκειται για νομικά προβλήματα, στα οποία δεν μπορεί να δοθεί λύση με τα “τακτικά” μέσα της ερμηνείας και της δογματικής» (σ. 130).

47. «Περιστασιακή», κατά τον Γιαννίδη (ό.π., σ. 110).

Εντελώς διαφορετικές σε όλα αυτά τα σημεία είναι οι εδώ υποστηριζόμενες θέσεις. Σύμφωνα με την πρώτη και βασικότερη, οι αρχές δικαίου αποτελούν το θεμέλιο της κανονιστικότητας της έννομης τάξης, διατρέχοντας και διαποτίζοντας ολόκληρο το ισχύον δίκαιο· είναι, δηλαδή, πανταχού παρούσες και ακολουθούν σε κάθε βήμα, εμφανώς ή αφανώς, το έργο των νομικών. Επομένως δεν νοείται ερμηνευτικό ενέργημα χωρίς την παρουσία και συνδρομή των αρχών δικαίου. Αυτό σημαίνει όχι μόνο ότι η προσφυγή σ' αυτές είναι αναγκαία και όχι απλώς ενδεχόμενο και σποραδικό βοήθημα της ερμηνείας, αλλά και ότι αποτελεί αναπόσπαστο συστατικό υπόστρωμα όλων των άλλων ερμηνευτικών μέσων: αφανής εγγυητής της σαφήνειας μιάς διάταξης εκεί όπου η κρατούσα διδασκαλία κάνει λόγο για ευχερείς περιπτώσεις και για επάρκεια της γραμματικής ερμηνείας (ή ακόμη και για μη ύπαρξη ανάγκης ερμηνείας)⁴⁸, αποφασιστικό κριτήριο κατά την αναζήτηση της «εικαζόμενης βούλησης του νομοθέτη» κατά την ιστορική-υποκειμενική ερμηνεία, και βέβαια στυλοβάτης του «εσωτερικού συστήματος» στη συστηματική ερμηνεία.

Η συνεχής και αδιάσπαστη αυτή παρουσία των αρχών στο δίκαιο οφείλεται, όπως αναπτύχθηκε στο Πρώτο Μέρος,⁴⁹ στον «ερμηνευτικό»-δικαιολογητικό χαρακτήρα που αυτό εμφανίζει ως κανονιστικό σύνολο. Εφ' όσον αποβλέπει στη ρύθμιση ανθρώπινων πράξεων, το δίκαιο δεν μπορεί να αντεπεξέλθει στην αποστολή του αυτή παρά μόνο στρεφόμενο προς τους λόγους προς το πράττειν που βαρύνουν στον πρακτικό αναστοχασμό των πολιτών και επιδιώκοντας να τους επηρεάσει

48. Η παρούσα ανάπτυξη τεκμηριώνει εκείνο που σε προηγούμενο σημείο (παραπάνω, Κεφ. Θ', υπό V) επισημάνσαμε ως απλώς ενδεχόμενο σε σχέση με τις «ευχερείς περιπτώσεις»: ότι ακόμη και σ' αυτές οι κανονιστικές θεωρήσεις είναι εξ αρχής παρούσες, απλώς δεν είναι εμφανείς επειδή λειτουργούν διαισθητικά λόγω της προφάνειας των απαντήσεων που δίνουν, και έτσι και σ' αυτές τις περιπτώσεις η αυτάρκεια της γραμματικής ερμηνείας είναι απλώς φαινομενική. Πρέπει να σημειωθεί ότι και ο Heck, *Begriffsbildung* (βλ. παραπάνω, σημ. 20), σ. 115 κ.ε., στρέφεται κατά της τυπικολογικής μεθόδου και της μεθοδολογικής αυτοτέλει των «ευχερών περιπτώσεων», υποστηρίζοντας ότι και σ' αυτές η κατά τον ίδιο στάθμιση των συμφερόντων είναι ενεργή, απλώς δεν γίνεται άμεσα αντιληπτή επειδή οι απαντήσεις που δίνει είναι προφανείς.

49. Ιδίως στα Κεφάλαια Δ' και ΣΤ', των οποίων η ανάγνωση είναι αναγκαία προϋπόθεση για την πλήρη κατανόηση του παρόντος.

παρουσιάζοντάς τους νέους λόγους ή ενισχύοντας τους ήδη υφιστάμενους μέσω του ιδιαίτερου θεσμικού του κύρους. Επειδή μάλιστα ο πρακτικός ορίζοντας των δρώντων είναι ενιαίος και αδιάσπαστος και επειδή οι λόγοι προς το πράττειν που αφορούν τους πολίτες δεν μπορεί να είναι διαφορετικοί από τους λόγους προς το κρίνουν που δεσμεύουν τους εκπροσώπους των θεσμών, ιδίως τους δικαστές, οι νομικοί λόγοι προς το πράττειν, δηλαδή σε τελευταία ανάλυση οι αρχές δικαίου, έχουν, ακόμη και ως θεσμικοί, χαρακτήρα πάντοτε ταυτόχρονα και ηθικοπολιτικό, δεν μπορούν δηλαδή να είναι ποτέ αμιγώς νομικοί.

Η διάγνωση του ερμηνευτικού χαρακτήρα του δικαίου και της ενσκόλησής του με αυτό αποκαλύπτει, μεταξύ άλλων, πόσο ανεπεξέργαστη και εν τέλει απλοϊκή είναι η αντίληψη ότι οι αρχές του δικαίου αποτελούν συμπερίληψη πολλών επί μέρους ομοειδών κανόνων, από τους οποίους υποτίθεται ότι συνάγονται επαγωγικά. Οι αρχές δικαίου έχουν βέβαια συνήθως γενικότερο χαρακτήρα από ό,τι οι περισσότερες θεμιμένες διατάξεις και οι κανόνες δικαίου που, κατά την τρέχουσα διδασκαλία, είτε ενυπάρχουν ακέραιοι σε αυτές είτε μπορούν να συντεθούν από συνδυασμούς τους με οδηγό το σχήμα «πραγματικό-έννομη συνέπεια». Για επαγωγή μπορούμε να κάνουμε λόγο υπό τρεις προϋποθέσεις: πρώτον, ότι οι ειδικές προτάσεις από τις οποίες ζητείται η συναγωγή της γενικότερης (η λεγόμενη βάση της επαγωγής) είναι εκ των προτέρων δεδομένες και αδιαμφισβήτητες (στην καλύτερη περίπτωση: εμπειρικές)· δεύτερον, ότι είναι μεταξύ τους συγγενείς επειδή αφορούν το αυτό ή ομοιόμορφα φαινόμενα· και τρίτον, ότι η μετάβαση από αυτές προς τη γενικότερη είναι επίσης αδιαμφισβήτητη, δηλαδή οιοιεί λογική, ώστε να μπορούν στη συνέχεια, κατ' αντίστροφη πορεία, να συναχθούν από αυτήν, ενδεχομένως μαζί με άλλες, με την απαγωγική μέθοδο. Στην περίπτωση όμως των κανόνων δικαίου, η αντίληψη ότι αυτοί «διαπιστώνονται» κατά αβίαστο τρόπο στα κείμενα των νόμων, όπως ακριβώς και ότι είναι επίσης εμπειρικά διαπιστώσιμη η μεταξύ τους ρυθμιστική συγγένεια, και επί πλέον ότι μπορούμε από αυτούς να μεταβούμε κατά οιοιεί λογικό τρόπο στις αρχές που τους συμπεριλαμβάνουν αθροιστικά, δεν αντέχει σε έναν προσεκτικό έλεγχο. Ιδίως, για τους λόγους που εκθέσαμε σε άλλο σημείο επικρίνοντας τη νομική τυποκρατία, η σχέση μεταξύ γενικού και ατομικού στο δίκαιο είναι, λόγω του κανονιστικού του χαρακτήρα, σχέση όχι λογι-

κή ή εννοιολογική αλλά επιχειρηματολογική. Το πρόβλημα δεν είναι λοιπόν μόνο ότι, ακόμη και σύμφωνα με την τρέχουσα διδασκαλία, οι κανόνες δικαίου σε πάρα πολλές περιπτώσεις δεν ανευρίσκονται ακέραιοι σε αντίστοιχες διατάξεις του νόμου, αλλά αποτελούν το προϊόν συνθετικής εργασίας με αφετηρία περισσότερες της μίας διατάξεις του νόμου. Είναι κυρίως ότι η ομοειδία των ρητά ρυθμιζόμενων περιπτώσεων, που επιλέγονται ώστε να αποτελέσουν τη βάση της επαγωγής, δεν είναι εμπειρική ή εννοιολογική αλλά κανονιστική, για την ακρίβεια ηθικοπολιτική· δεν κρίνεται δηλαδή από τη συνδρομή ορισμένων κοινών εξωτερικών γνωρισμάτων των επί μέρους ρυθμιζόμενων περιπτώσεων αλλά από τη συγγένεια του δικαιολογητικού τους λόγου – από το ότι, σε μία αναστοχαστική πορεία, η στηριζόμενη σε ηθικοπολιτικές αρχές ratio των ρυθμίσεων αναδεικνύεται κοινή.⁵⁰ Στην αναστοχαστική και δικαιολογητική αυτή πορεία εντάσσεται στο δίκαιο και η σχέση του ατομικού ή μερικού προς το γενικό.

Με τις παρατηρήσεις αυτές προσεγγίζουμε ήδη την πηγή της διαφοράς μεταξύ της εδώ υποστηριζόμενης «ερμηνευτικής-δικαιολογητικής» εκδοχής από την κρατούσα διδασκαλία. Όπως γίνεται πλέον φανερό, οι δύο αυτές προσεγγίσεις διαφέρουν ως προς τον τρόπο με τον οποίο η καθεμία συλλαμβάνει τη θέση του ερμηνευτή τη στιγμή που αρχίζει να επιδίδεται στην ερμηνεία, πώς δηλαδή προσδιορίζει τα προαπαιτούμενα και τα εφόδια που προσφέρουν στον ερμηνευτή του νόμου την αναγκαία συγκρότηση προκειμένου να αρχίσει το έργο του. Κατά την κρατούσα διδασκαλία, τα προαπαιτούμενα αυτά είναι πενιχρά: αρκεί η γνώση των τρεχουσών γλωσσικών συμβάσεων προκειμένου να

50. Μπορούμε ως εκ τούτου να πούμε, όπως ο Arthur Kaufmann στην πολλαπλά εδώ μνημονεύμενη μελέτη του *Analogue*, ότι ερμηνεία και εφαρμογή στο δίκαιο έχουν πάντα αναλογικό χαρακτήρα. Ο Kaufmann υπήρξε πρωτοπόρος σε πολλά σημεία της κριτικής του προς την κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, η θεωρία του δεν συζητήθηκε όμως και ιδίως δεν ακολουθήθηκε όσο της άρμοζε, μεταξύ άλλων ίσως επειδή το κριτικό του τόλμημα συνοδεύτηκε σε σημαντικό βαθμό από φιλοσοφικά επιχειρήματα συνδεδεμένα με την για πολλούς δυσνόητη παράδοση της υπαρξιακής οντολογίας, αλλά και συνδέθηκε με τη χρήση της διδασκαλίας περί «τύπου», στην οποία δεν είχε τονιστεί επαρκώς η κανονιστική διάσταση των εννοιολογικών κατασκευών στο δίκαιο. Παρόμοια κατά βάθος κριτική μπορεί πάντως σήμερα να ασκηθεί με το πολύ προσιτότερο και πειστικότερο οπλοστάσιο της αναλυτικής φιλοσοφικής παράδοσης.

γίνει κατανοητό το επίσημα παγιωμένο και δημόσια διακηρυγμένο κείμενο του νόμου, σε συνδυασμό με το συμπληρωματικό εφόδιο της εξοικείωσης με τη νομική ορολογία για την κατανόηση των τεχνικών νομικών εκφράσεων, ενώ επιπρόσθετα χρήσιμη είναι και η ικανότητα διερεύνησης της προϊστορίας του νόμου και διάγνωσης της βούλησης των συντακτών του, στοιχεία στα οποία η διδασκαλία περί τεολογικής ερμηνείας προσέθεσε ως έσχατο εφόδιο την ικανότητα στοιχειώδους κατανόησης του κοινωνικού προβλήματος, αντίδραση στο οποίο αποτελεί ο νόμος. Ο ερμηνευτής του νόμου γίνεται δηλαδή αντιληπτός ως κάποιος που έχει ενώπιόν του ένα δεδομένο κείμενο, για το οποίο γνωρίζει ήδη ότι αποτελεί την αυθεντική έκφραση της βούλησης ενός ή περισσότερων προσώπων που είχαν τη δικαιοδοσία να το θεσπίσουν ως νόμο, και επιδιώκει να συλλάβει το νόημα που περικλείεται σ' αυτό. Μία από τις συνέπειες είναι ότι οι νόμοι (ή ίσως μάλιστα οι επί μέρους διατάξεις τους) εκλαμβάνονται πρωταρχικά ως μεμονωμένα θεσπίσματα ήδη έτοιμα προς ερμηνεία, δηλαδή προηγείται η ερμηνεία του κάθε νόμου (ή της κάθε διάταξης) χωριστά και έπεται η συστηματική σύνδεσή τους ώστε να σχηματισθεί σφαιρική εικόνα για την έννομη τάξη.⁵¹ Αυτό εξηγεί και το γιατί, κατά την κρατούσα διδασκαλία, η συστηματική ερμηνεία, που αποτελεί κατά την αντίληψη αυτή την αντίστροφη πορεία από το τέρμα προς την αρχή, δεν προηγείται αλλά έπεται της γραμματικής και της ιστορικής-υποκειμενικής.⁵²

Αντίθετα, κατά την ερμηνευτική-δικαιολογούσα προσέγγιση τα προαπαιτούμενα είναι πολλά και σύνθετα. Ο ερμηνευτής δεν αρχίζει να επιτελεί το έργο του με τη συναίσθηση ενός μελετητή που απλώς

51. Το στοιχείο αυτό τονίζει εύστοχα ο Mark Greenberg, «The Standard Picture and Its Discontents», *Oxford Studies in Philosophy of Law* (επιμ. Leslie Green & Brian Leiter), τόμ. 1 (2011), 39 κ.ε., αποκαλώντας-το «ατομισμό» της κρατούσης διδασκαλίας (δηλαδή την εκ μέρους της πρόταξη του μεμονωμένου κανόνα έναντι του συστήματος).

52. Γι' αυτό και συγγραφείς όπως οι Larenz – Canaris, σ. 164, που αναβαθμίζουν τη συστηματική ερμηνεία προτάσσοντάς την ακόμη και από την ιστορική ενώ κατά τα λοιπά εμμένουν στην προτεραιότητα της γραμματικής ερμηνείας, κατά βάση ανατρέπουν την κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, χωρίς ωστόσο να αποτολμήσουν το παραπέρα βήμα να το παραδεχθούν και να επιδείξουν συνέπεια σε όλο το φάσμα των απόψεών τους.

καλείται να εξαγάγει από ένα δεδομένο κείμενο, το οποίο συμβαίνει να είναι το κείμενο ενός νόμου, το ενυπάρχον σ' αυτό νόημα. Τα προαπαιτούμενα είναι πολύ περισσότερα και το πρώτο και κυριότερο από αυτά είναι η αυτοσυνειδησία του ερμηνευτή ως προσώπου που συμμετέχει στη συνολική δικαϊκή πρακτική, με τον κανονιστικό χαρακτήρα που της είναι ίδιος, στην οποία εντάσσεται και το δικό του επί μέρους ερμηνευτικό ενέργημα – και δεν περιμένει από την ερμηνεία του συγκεκριμένου κειμένου, σωρευόμενη ίσως μαζί με εκείνην πολλών άλλων, και πάντως ex post, να αντιληφθεί περί τίνος ακριβώς πρόκειται. Πρέπει επομένως να προηγείται μία βασική, έστω και όχι απόλυτα ακριβής, εικόνα περί της έννομης τάξης ως όλου: να είναι σε γενικές τουλάχιστον γραμμές αντιληπτό τί είναι το δίκαιο ως διακριτό κανονιστικό σύστημα· πώς δικαιολογείται ο δικαϊκός εξαναγκασμός και γιατί δεν αποτελεί μορφή βίας· γιατί το δίκαιο είναι κατ' αρχήν δεσμευτικό διαθέτοντας την ικανότητα να επιβάλλει καθήκοντα· ποιά είναι η θέση και η σημασία του σε ένα δημοκρατικό πολίτευμα· ποιές είναι οι θεμελιώδεις (ουσιαστικές) αρχές που το συγκροτούν ως έννομη τάξη· ποιές είναι οι βασικές συστηματικές διαιρέσεις του (όπως ιδίως η διαίρεση ιδιωτικού και δημόσιου δικαίου) και πώς δικαιολογούνται· ποιά η σημασία του δικαιοδοτείν και της δικαστικής λειτουργίας – αλλά επίσης και άλλες, ειδικότερες προϋδεάσεις αλλά και γνώσεις⁵³ που αφορούν την κοινωνική σημασία του ειδικότερου υπό κρίση νομικού ζητήματος και, αδιάσπαστα μαζί με αυτό, σχετίζονται με το ηθικοπολιτικό υπόστρωμα, δηλαδή τις βασικές αρχές στις οποίες εδράζεται η κατά το δίκαιο –και σε μεγαλύτερο ή μικρότερο βαθμό δίκαιη– διευθέτησή του. Όλα αυτά τα προαπαιτούμενα δεν υποδεικνύουν βέβαια ευθέως

53. Οι επηρεασμένοι από τη φιλοσοφική ερμηνευτική (περί της οποίας βλ. παραπάνω, Κεφ. Θ', υπό Ι, 2γ) κάνουν λόγο για προκατανόηση του ερμηνευτή και εννοούν μία προϋδεάση και ροπή του να θέσει κατά ορισμένον τρόπο τα ερμηνευτικά ερωτήματα, η οποία οφείλεται μεν στην ως τώρα συμμετοχή του στον συλλογικό τρόπο νοηματοδότησης και βίωσης του κόσμου (τον λεγόμενο βίκοσμο, Lebenswelt), δεν είναι όμως ορθολογικά μη περαιτέρω αναλύσιμη. Απέναντι στην προσέγγιση αυτή, η εδώ υποστηριζόμενη άποψη επιμένει (μαζί με τον Dworkin) στη δυνατότητα ορθολογικά τεκμηριωμένης απάντησης σε όλα αυτά τα ερωτήματα που χαρακτηρίσαμε ως προαπαιτούμενα της ερμηνείας, ακόμη και στήριξης της με αντίστοιχες θεωρίες, ικανές να συνενωθούν σε μία ενιαία.

τη λύση, προετοιμάζουν όμως τον εφαρμοστή του δικαίου να συλλάβει τα κρίσιμα ερωτήματα, να αντιληφθεί την υφή και τη βαρύτητα του κρινόμενου ειδικού ζητήματος και να διαμορφώσει την πρέπουσα κανονιστική οπτική ώστε να είναι σε θέση να αποτιμήσει την εμβέλεια των επιχειρημάτων που –με δεδομένη και την πραγματική πλευρά της έννομης τάξης– προβάλλονται ή μπορούν να προβληθούν υπέρ της μιάς ή της άλλης άποψης.

Έχοντας υπ' όψη τα προαπαιτούμενα αυτά της ερμηνείας –τα πενιχρά κατά την κρατούσα διδασκαλία και τα κατά πολύ συνθετότερα κατά την ερμηνευτική-δικαιολογητική εκδοχή– μπορούμε πλέον να φτάσουμε στο βασικό ερώτημα, που η καθεμία θέτει ως αφετηρία της. Όπως έχουμε ήδη επισημάνει προεξαγγελτικά στην αρχή του Δεύτερου Μέρους,⁵⁴ το βασικό ερώτημα για την τρέχουσα διδασκαλία μπορεί να ανασυντεθεί⁵⁵ ως εξής: ποιο είναι το νόημα που η αυθεντική νομοθετική βούληση περιέκλεισε στο επίσημο κείμενο του νόμου, από την εξαγωγή του οποίου θα προκύψει ευθέως η δεσμευτική υπόδειξη για το πώς οφείλουμε να κρίνουμε τη συγκεκριμένη έννομη σχέση; Για την ερμηνευτική-δικαιολογητική εκδοχή το ερώτημα είναι διαφορετικό: ποιές αρχές δικαιολογούν, στο συγκεκριμένο κάθε φορά πεδίο βιοτικών σχέσεων, την ύπαρξη (ή τη μη ύπαρξη) ενός μεταξύ μας εξαναγκαστού καθήκοντος συμπεριφοράς, εν όψει των προγενέστερων συλλογικών μας αποφάσεων και της συνέχειας του σεβασμού που οφείλουμε προς αυτές; Εκείνο λοιπόν που απαιτείται είναι μία βαθύτερη κατανόηση του δικαίου γενικά, η οποία θα αναδείξει τη βαρύνουσα σημασία της επίκλησης των αρχών δικαίου ως βασικού είδους νομικών επιχειρημάτων και της σχέσης τους προς τα καθαυτό τελολογικά.

54. Κεφ. Η', υπό IV, 3, μαζί με σημ. 42.

55. Η ανασύνθεση είναι απαραίτητη, επειδή είναι ένα ερώτημα που δεν έχει τεθεί ρητά από κανέναν, ίσως επειδή, όπως παρατηρεί ο Greenberg, «The Standard Picture and Its Discontents» (βλ. παραπάνω, σημ. 51), η τρέχουσα νομική πρακτική θεωρεί την απάντηση σε αυτό αυτονόητη αφετηρία της εργασίας του νομικού. Ας σημειωθεί ότι η καθεμία από τις παραλλαγές της τρεχούσης μεθοδολογικής διδασκαλίας θα προτιμούσε ίσως κάποιες μικρές διαφοροποιήσεις στη διατύπωση, ανάλογα με το αν θεωρεί βασικότερη όλων τη γραμματική ή την ιστορική ερμηνεία.

V. Αρχές του δικαίου και σκοποί του νόμου: η πρόταξη των δεοντοκρατικών επιχειρημάτων

1. Η βασική διάκριση

Όπως είδαμε, η κρατούσα διδασκαλία εντάσσει τα επιχειρήματα αρχών δικαίου στην τελολογική ερμηνεία και τα θεωρεί ως ένα από τα επί μέρους βοηθήματα για την ανεύρεση του σκοπού του νόμου. Είδαμε επίσης ότι η ίδια διδασκαλία είναι εξαιρετικά διστακτική στο να παραδεχθεί τον ηθικοπολιτικό χαρακτήρα των αρχών δικαίου, από φόβο μήπως η διάνοιξη ακόμη και μιάς μικρής πύλης εισόδου της ηθικής στο δίκαιο επιτρέψει την αθρόα εισροή ανεξέλεγκτων υποκειμενικών εκτιμήσεων περί του ηθικά ορθού και την ανατροπή της σταθερότητας που υπόσχεται η εμμονή στην επακριβή τήρηση εκείνων που προκύπτουν από την εξωτερίκευση της νομοθετικής θέλησης.

Ο κίνδυνος της αλλοίωσης του ισχύοντος δικαίου από την παρείσφρηση υποκειμενικών εκτιμήσεων του ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου είναι υπαρκτός και δεν πρέπει να υποτιμάται. Το αντίδοτο δεν είναι όμως μιά μεθοδολογική οδηγία προς τον ερμηνευτή που να του απαγορεύει να ανακινεί ηθικοπολιτικά ζητήματα, τα οποία ωστόσο αναπότρεπτα εμπλέκονται τόσο στη ρύθμιση του κανόνα που έχει να ερμηνεύσει όσο και, εφ' όσον είναι δικαστής, στην επίλυση της διαφοράς που εκδικάζει. Το κρίσιμο είναι η ανακίνηση αυτή να γίνει με τον επιβαλλόμενο τρόπο και με τήρηση των αναγκαίων ορίων. Απαραίτητος είναι ο αναστοχαστικός αυτοέλεγχος του ερμηνευτή και η εμπέδωση σ' αυτόν της πεποίθησης ότι στην ηθική δεν είναι επ' ουδενί όλα υποκειμενικά, αντίθετα υπάρχει ευρύτατος χώρος για στέρεα θεμελιωμένες κρίσεις, ακόμη και θεωρία. Ιδίως όμως πρέπει να γίνει σαφές ότι το ζητούμενο είναι η ανεύρεση και επίκληση των κρίσιμων για το εξεταζόμενο ζήτημα αρχών, που έχουν μεν ηθικοπολιτικό χαρακτήρα, ειδικότερα όμως συνιστούν αρχές δικαίου. Και αυτό σημαίνει ότι από τις ηθικές και πολιτικές εκτιμήσεις, γενικές και ειδικές, που σχετίζονται με το υπό εξέταση ζήτημα και που θα μπορούσαν να επηρεάσουν τον κρίνοντα, ορισμένες μόνο είναι νομικά σημαντικές, ενώ ορισμένες άλλες πρέπει να διαχωριστούν με σαφήνεια από αυτές,

επειδή δεν έχουν θέση στο δίκαιο και στα επιχειρήματα εκείνα που αποβλέπουν στη διακρίβωση του ρυθμιστικού περιεχομένου του.

Στο σημείο αυτό όμως δεν θα πρέπει να παραβλεφθεί ότι και η παραδοσιακή διδασκαλία περί τεολογικής ερμηνείας παρουσιάζει ανάλογα προβλήματα και δημιουργεί την ανάγκη διαχωρισμού των επιχειρημάτων εκείνων που αρμόζουν στο δίκαιο από όσα δεν έχουν θέση σ' αυτό. Διότι το ζητούμενο δεν είναι ποιόν σκοπό επιδιώκει πράγματι ή θα μπορούσαμε να υποθέσουμε ότι επιδιώκει ο νομοθέτης (ή, πιά αφηρημένα και απρόσωπα, ο νόμος), αλλά ποιός από όλους τους ενδεχόμενους σκοπούς είναι ο πραγματικά κρίσιμος και αρμόζων για την ερμηνεία του νόμου. Για παράδειγμα, θα μπορούσαμε, χωρίς να θεωρηθεί ότι αναφερόμαστε σε κάτι εντελώς υποθετικό, να σκεφθούμε σκοπούς νόμων που σχετίζονται με τη συγκάλυψη κάποιων κοινωνικών και πολιτικών προβλημάτων ή που αφορούν ακόμη και ανομολόγητες προσωπικές εύννοιες ή κομματικά οφέλη υπέρ της πολιτικής παράταξης από την οποία προέρχεται ο νομοθέτης, τη βέλτιστη επίτευξη των οποίων θα ήταν ασφαλώς ανεπίτρεπτο να υπηρετήσει η ερμηνεία· ή, λιγότερο δραματικά, να σκεφθούμε νόμους με πολλές παράλληλες λειτουργίες, άλλες θετικές και άλλες αρνητικές, που προφανώς δεν θα μπορούσαν να είναι όλες εξ ίσου κρίσιμες για την ερμηνεία του. Ακόμη όμως και στα κοινότερα και απλούστερα των νομοθετημάτων, η αναζήτηση σε αυτά «σκοπών» είναι υπερβολικά αόριστη αν δεν προσδιορίζεται τί είδους μπορεί γενικά να είναι αυτοί οι σκοποί. Εδώ γεννάται το μείζον πρόβλημα της σκοπιμότητας στο δίκαιο, στο οποίο θα επανέλθουμε σε λίγο. Προς το παρόν αρκεί να σημειώσουμε ότι πάντως η θέση ότι τα σημαντικότερα νομικά επιχειρήματα είναι τα επιχειρήματα αρχών δικαίου φαίνεται να αποφεύγει τέτοιες δυσκολίες, εφ' όσον μάλιστα τα αντιμετωπίσουμε αυτοτελώς και όχι απλώς ως μέσο, ίσως ένα μεταξύ άλλων, για τη διακρίβωση του σκοπού του νόμου.

Πρέπει μάλιστα να τονιστεί ότι η κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, με το να συνδέει τα επιχειρήματα αρχών με την τεολογική ερμηνεία, θεωρώντας τα και αυτά τεολογικά, παραβλέπει τον εντελώς ξεχωριστό χαρακτήρα τους, με συνέπεια να περιέρχεται σε αδυναμία να διακρίνει πού ακριβώς η επίκληση του σκοπού του νόμου μπορεί να θέσει όρια στην κατά γράμμα τήρησή του και πού όχι. Για παράδειγμα, γίνεται γενικά δεκτό ότι στις περιπτώσεις της λεγόμενης «τεολογι-

κής συστολής»⁵⁶ ο σκοπός του νόμου μπορεί να οδηγήσει στο να εξαιρεθεί από τη ρύθμισή του ένας κύκλος σχέσεων που κανονικά φαίνεται να καλύπτονται από το γράμμα του (π.χ. ενώ η αυτοσύμβαση φαίνεται να απαγορεύεται γενικά βάσει της διάταξης ΑΚ 235, ερμηνευτικά γίνεται δεκτό ότι αυτοσύμβαση επιτρέπεται, πέραν των ρητών εξαιρέσεων του νόμου, και εκεί όπου ο αντιπρόσωπος συνάπτει σύμβαση χαριστική υπέρ του αντιπροσωπευομένου, με το επιχείρημα ότι ο νόμος αποσκοπεί στην προστασία αυτού του τελευταίου και η απαγόρευση δεν έχει νόημα όπου δεν υπάρχει ο παραμικρός κίνδυνος βλάβης του). Από την άλλη όμως πλευρά κρίνεται ευλόγως ανεπίτρεπτο να εισαχθούν εξαιρέσεις με μόνο το επιχείρημα ότι η επίτευξη του σκοπού του δεν κινδυνεύει αν στη συγκεκριμένη περίπτωση η μη εφαρμογή του δεν ανατρέπει το νομοθετικά επιδιωκόμενο αποτέλεσμα (π.χ. η παραβίαση του ερυθρού φωτεινού σηματοδότη αποτελεί παράβαση του ΚΟΚ ακόμη και στην περίπτωση που έγινε αργά τη νύχτα και σε σημείο όπου κυκλοφορούν ελάχιστα οχήματα και επομένως δεν συνέτρεχαν οι κίνδυνοι, προς αποτροπή των οποίων έχουν θεσπιστεί οι ρυθμίσεις της κυκλοφορίας των οχημάτων). Η διαφορά μπορεί να εξηγηθεί μόνο αν γίνει σαφές ότι στην περίπτωση της λεγόμενης τεολογικής συστολής το επιχείρημα είναι ένα (θεμιτό) επιχείρημα αρχής του δικαίου, ενώ στην περίπτωση της παραβίασης του σηματοδότη είναι ένα (αθέμιτο) γνησίως τεολογικό επιχείρημα.

Η αναγνώριση της αποφασιστικής σημασίας των επιχειρημάτων που συνίστανται στην επίκληση αρχών δικαίου (υπό στενή έννοια) και της προτεραιότητάς τους απέναντι στα γνησίως τεολογικά απαιτεί να χαραχθεί μία όσο γίνεται σαφής διαχωριστική μεταξύ τους γραμμή. Η γραμμή αυτή αφ' ενός θα επιτρέπει τη διάκριση μεταξύ των και νομικά κρίσιμων ηθικοπολιτικών επιχειρημάτων από όσα άλλα δεν έχουν καμία ή έχουν απλώς δευτερεύουσα σημασία στο δίκαιο και αφ' ετέρου θα δείχνει το σημείο, από το οποίο και ύστερα τα καθαυτό τεολογικά επιχειρήματα, δηλαδή τα επιχειρήματα που ερείδονται στη σύλληψη του νόμου ως μέσου προς επίτευξη συγκεκριμένων κάθε φορά εξωτερικών σκοπών, μπορούν να συνυπάρξουν με τα επιχειρήματα αρχών δικαίου,

56. Για την οποία βλ., αντί άλλων, Παπανικολάου, σ. 258 κ.ε.· Larenz – Canaris, σ. 210 κ.ε.· Bydliniski, σ. 480/81· Kramer, σ. 192 κ.ε.

ενώ σε γενικές γραμμές, πριν δηλαδή αυτό το σημείο, η υπεροχή των επιχειρημάτων αρχών (υπό στενή έννοια) έναντι των τελολογικών πρέπει να θεωρηθεί συντριπτική. Το ζητούμενο σημείο θα προκύψει αν στρέψουμε την προσοχή μας σε μιά διάκριση για την οποία κάναμε γενικά λόγο στο Πρώτο Μέρος και της οποίας τη σπουδαιότητα πρέπει πλέον να εξάρουμε ειδικά ως προς το δίκαιο και τη νομική επιχειρηματολογία: τη διάκριση μεταξύ δεοντοκρατικών και συνεπειοκρατικών λόγων προς το πράττειν. Όπως είδαμε εκεί, συνεπειοκρατικοί χαρακτηρισρίζονται οι λόγοι προς το πράττειν που σχετίζονται με τις συνέπειες των πράξεων και ειδικότερα με τη μεγιστοποίηση των θετικά αξιολογούμενων (και αντίστοιχα την ελαχιστοποίηση των αρνητικά αξιολογούμενων) αποτελεσμάτων που προσδοκούνται από την τέλεσή τους· ενώ δεοντοκρατικοί αποκαλούνται οι λόγοι προς το πράττειν που σχετίζονται όχι με τα αποτελέσματα των πράξεων αλλά με τον τρόπο σύνδεσής τους προς το πράττον υποκείμενο, δηλαδή αυτοί που αποτελούν έκφραση της αυτονομίας του και συστατικά της ηθικής του ακεραιότητας, με συνέπεια να προηγούνται κάθε άλλης ηθικής εκτίμησης και να μην υπόκεινται σε ποσοτικές διαφοροποιήσεις. Η ίδια διάκριση ισχύει πρόδηλα και για τα επιχειρήματα που συνίστανται στην επίκλησή τους.

Έχοντας λοιπόν ως αφετηρία την προαναφερθείσα διάκριση και λαμβάνοντας υπ' όψη τη βαρύνουσα σημασία της σε όλο το φάσμα της ανθρώπινης δράσης, οδηγούμαστε στη βασική θέση ότι τα επιχειρήματα αρχών δικαίου είναι κατ' εξοχήν τα δεοντοκρατικά επιχειρήματα και ότι αυτά συνδέονται άμεσα με τη σπονδυλική στήλη του δικαίου διαθέτοντας προτεραιότητα απέναντι σε όλα τα άλλα. Τα συνεπειοκρατικά επιχειρήματα, στα οποία ανήκουν τα καθαυτό τελολογικά επιχειρήματα (δηλαδή όσα επιχειρήματα στρέφονται γύρω από τη μεγιστοποίηση των επωφελών αποτελεσμάτων που προσδοκούνται από την εφαρμογή του νόμου ή αφορούν τη βέλτιστη επίτευξη των προαγόμενων μέσω αυτής αξιών), έχουν δευτερεύουσα και απλώς ενδεχόμενη εφαρμογή εκεί όπου δεν θίγουν τον δεοντοκρατικό πυρήνα του δικαίου.

Η βασική αυτή θέση δεν είναι αυτονόητη και χρειάζεται διεξοδική δικαιολόγηση, η οποία μπορεί να διενεργηθεί σε δύο επίπεδα: πρώτον, με την κατάδειξη ότι μόνο μέσω της αποδοχής της θέσης αυτής μπορούν να εξηγηθούν από κανονιστική σκοπιά ορισμένες θεμελιώδεις

ρυθμίσεις του ισχύοντος δικαίου, έστω και αν στην τρέχουσα νομική πρακτική θεωρούνται συνήθως αυτονόητες και δεν κρίνεται αναγκαίο να αναζητηθεί η δικαιολογητική τους βάση· και δεύτερον, με τη θεωρητική τεκμηρίωση ότι η πρόταξη του δεοντοκρατικού στοιχείου προσφέρει συνολικά μιά πειστικότερη εικόνα του τί είναι πραγματικά το δίκαιο. Το πρώτο από τα δύο επιχειρείται στη συνέχεια, ενώ το δεύτερο θα ακολουθήσει στην επόμενη ενότητα (υπό VI).

2. Ο δεοντοκρατικός πυρήνας των βασικών τομέων του δικαίου

Η πρόταξη των δεοντοκρατικών απέναντι στις συνεπειοκρατικές εκτιμήσεις είναι ευδιάκριτη σε ορισμένες θεμελιώδεις ρυθμίσεις του ισχύοντος δικαίου που απαντούν σε όλους τους κλάδους του, από τις οποίες μπορούμε να απαριθμήσουμε ενδεικτικά τις ακόλουθες.⁵⁷

α. Ιδιωτικό δίκαιο

Στο ιδιωτικό δίκαιο η πρόταξη αυτή είναι μεταξύ άλλων φανερή στα πεδία κορμού του περιουσιακού δικαίου: τη σύμβαση, το αδίκημα και τα εμπράγματα δικαιώματα.

Ξεκινώντας από τη σύμβαση, το πρώτο που πρέπει να τονίσουμε είναι ότι η συμβατική σχέση δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή παρά ως νομικά δεσμευτική (άρα και εξαναγκαστή) διμερής συμφωνία βασιζόμενη στην αρχή της αμοιβαία αναγνωριζόμενης ιδιωτικής αυτονομίας, δηλαδή στην αλληλεξαρτώμενη παραδοχή των μερών ως προσώπων ελεύθερων και ίσων κατά τη θεσμικά αναγνωρισμένη ικανότητά τους να διαμορφώνουν με δική τους ευθύνη τον βίο τους σύμφωνα με την προσωπική τους αντίληψη περί του ευ ζην, σε συνδυασμό με την

57. Η ενδεικτική ανάπτυξη που ακολουθεί δεν φιλοδοξεί να παρουσιάσει μιά πλήρη εικόνα των βασικών δικαϊκών ρυθμίσεων που γίνονται κατανοητά από μία δεοντοκρατική μάλλον παρά συνεπειοκρατική σκοπιά. Κρίνεται όμως απολύτως αναγκαία εν όψει της παρατηρούμενης σήμερα πλημμυρίδας άκριτων συνεπειοκρατικών προσεγγίσεων, που δυστυχώς έχουν σε πολλά σημεία διαποτίσει και τη νομολογία, συμβάλλοντας στη διάδοση ενός θολού «μεταμοντέρνου» κλίματος στο δίκαιο που οδηγεί σε επικίνδυνη σύγχυση ως προς τα όρια της δικαιοδοτικής λειτουργίας.

εξουσία του καθενός, ίση με εκείνην όλων των άλλων, να προβαίνει σε εκποίηση (ή αντίστοιχα σε κτήση) ιδιωτικών δικαιωμάτων, η οποία απορρέει από αυτή τη σχέση αμοιβαίας αναγνώρισης, διμερώς εξειδικευόμενη.⁵⁸ Ακριβώς αυτή η σχέση είναι που δικαιολογεί και το εξαναγκαστό της συμβατικής δέσμευσης, επειδή η μη τήρηση μιάς συμβατικής υποχρέωσης συνιστά προσβολή του αντισυμβαλλομένου.

Το ότι η κανονιστική αυτή αφετηρία για την κατανόηση-δικαιολόγηση του δικαίου των συμβάσεων είναι δεοντοκρατική, γίνεται εμφανές από ορισμένες βασικές παραδοχές που απορρέουν ευθέως από τις βασικές ρυθμίσεις του κλάδου αυτού του ιδιωτικού δικαίου, οι οποίες είναι εξαιρετικά δύσκολο να δικαιολογηθούν συνεπειοκρατικά, δηλαδή είτε ωφελιμιστικά είτε με βάση αξιολογικές ή αρετολογικές θεωρίες περί του ευ ζην. Χαρακτηριστική είναι πριν απ' όλα η διαφορά μεταξύ της νεωτερικής αντίληψης περί της σύμβασης ως έκφρασης της ιδιωτικής

58. Βλ., αντί άλλου, Peter Benson, «Contract», στο Dennis Patterson (επιμ.), *Blackwell's Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Οξφόρδη, Blackwell, 2η έκδ., 2010, σ. 29 κ.ε. Ο Benson, που παρέχει μιά ολοκληρωμένη εικόνα της εξαιρετικά ζωηρής σύγχρονης αγγλοαμερικανικής συζήτησης, δείχνει καθαρά πόσο αστοχούν να συλλάβουν την ουσία του συμβατικού δεσμού τόσο μιά (αριστοτελικά ή μη εμπνεόμενη) αποκαταστατική προσέγγιση, που δεν τον ξεχωρίζει επαρκώς από τον αδικαιολόγητο πλουτισμό και το αδίκημα, όσο και μιά συνεπειοκρατική-λειτουργιστική προσέγγιση, που προβάλλει απλώς το στοιχείο της αμοιβαίας εμπιστοσύνης ως αναγκαία προϋπόθεση για την εύρυθμη λειτουργία των συναλλαγών. Η πρόταξη της δεοντοκρατικής σκοπιάς της σχέσης διμερούς αυτονομίας αποτελεί την ανυπέρβλητη αφετηρία για την κανονιστική δικαιολόγηση της σύμβασης, έστω και αν σε ορισμένες ασυνήθεις περιπτώσεις η αφετηρία αυτή ενδέχεται να χρειάζεται συμπλήρωση και από άλλες αρχές. Ο Thomas Gutmann, «Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract», *Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 39 κ.ε., παρατηρεί εύστοχα ότι δεν είναι νοητή άλλη θεωρία για τη σύμβαση, είτε τελειοκρατική είτε συνεπειοκρατική, παρά μόνο μιά φιλελεύθερη, που βασίζεται στην ιδέα της αμοιβαίας αναγνώρισης των κοινωνιών ως ελεύθερων και ίσων. Θεωρώ τη θέση αυτή απολύτως ορθή, δεν μπορώ ωστόσο εδώ να αναπτύξω κάποιες διαφωνίες μου προς επί μέρους απόψεις του Gutmann κατά την εξειδίκευση της βασικής αυτής θέσης. Κατά τα λοιπά πρέπει να αναφερθούν δύο σημαίνουσες φιλοσοφικές αναλύσεις που στηρίζουν τη δεσμευτικότητα της σύμβασης σε μιά προγενέστερη δεοντοκρατική ανάλυση της έννοιας της υπόσχεσης: T. M. Scanlon, «Promises and Contracts», στο Peter Benson (επιμ.), *The Theory of Contract*, Καίμπριτζ, Cambridge University Press, 2001, σ. 86 κ.ε., και Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (βλ. παραπάνω, σ. 121 σημ. 57), σ. 308 κ.ε.

αυτονομίας και των παραδοσιακών αντιλήψεων περί της σύμβασης ως βασιζόμενης σε μιά ιδέα ουσιαστικής (διορθωτικής) δικαιοσύνης κατά την ανταλλαγή αξιών. Κατά την παραδοσιακή αντίληψη, που πρώτος διατύπωσε με ενάργεια ο Αριστοτέλης,⁵⁹ η σύμβαση αποτελεί μετατόπιση αξίας από τον έναν συμβαλλόμενο στον άλλον, η οποία παραμένει άδικη εφ' όσον ο λήπτης δεν ανταποδώσει το ληφθέν με κάτι άλλο ισάξιο του. Έτσι, ο λόγος της πρώτης περιουσιακής μετακίνησης δεν θεωρείται κρίσιμος και το μόνο στο οποίο αποδίδεται σημασία είναι το αποτέλεσμα της, δηλαδή η προκύπτουσα ανισότητα στην κατοχή των αγαθών, έτσι ώστε θεμέλιο της υποχρέωσης του λήπτη να καταβάλει ισάξια αντιπαροχή είναι απλώς η άρση της ανισότητας που δημιουργήσε υπέρ αυτού η πρώτη παροχή.⁶⁰ Το μέτρο άλλωστε της ίσης αξίας θεωρείται ότι αντλείται από μιά πηγή κείμενη εντελώς έξω από τον συμβατικό χώρο: είναι η θεωρούμενη σταθερή, γενική και αντικειμενική βιοτική αξία του καθενός από τα ανταλλασσόμενα αγαθά.

Αντίθετα, η νεωτερική αντίληψη για τη σύμβαση στρέφει την προσοχή στον κανονιστικό λόγο στον οποίο στηρίζονται από κοινού οι υπο-

59. Βλ. συνοπτικά Π. Σούρλα, *Φιλοσοφία του δικαίου Α'* (βλ. παραπάνω, σ. 152 σημ. 2), σ. 110 κ.ε.

60. Η προκύπτουσα από την ανταλλαγή παροχής και αντιπαροχής ισότητα ή ανισότητα αποτελεί βασικό κριτήριο κύρους της σύμβασης και στο ρωμαϊκό δίκαιο, όπου αναπτύχθηκε η θεωρία του *iustum pretium*. Στηριζόμενος σε αυτήν, ο Διοκλητιανός εισήγαγε τον θεσμό της *laesio enormis*. Τέτοια υπέρμετρη βλάβη υπάρχει όταν το περιεχόμενο της σύμβασης αδικεί υπερβολικά τον έναν από τους συμβαλλόμενους, οπότε ο πραίτωρ μπορεί να επέμβει διορθωτικά και να επαναφέρει τη σχέση των δύο παροχών στο σωστό μέτρο. Ακόμη όμως και στο ρωμαϊκό δίκαιο και υπό τον θεσμό της *laesio enormis*, η διόρθωση του περιεχομένου της σύμβασης θεωρείται μέτρο εξαιρετικό, από τη στιγμή που η βλάβη κρίνεται υπέρμετρη μόνο εφ' όσον το συμβατικό τίμημα είναι κατώτερο του μισού της «πραγματικής» αξίας (ποιά είναι αυτή κρίνεται από τον πραίτορα ή ακόμη και τον αυτοκράτορα, κάτι ανάλογο προς το σημερινό σύστημα του προσδιορισμού των «αντικειμενικών αξιών» των ακινήτων, με τη βασική διαφορά βέβαια ότι τότε ο προσδιορισμός ήταν και από άποψη ιδιωτικού δικαίου δεσμευτικός). Βλ. σχετικά Doris Regine Götlicher, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis: Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Γκαίτινγκεν, V & R Unipress, 2004, ιδίως σ. 121 κ.ε. Η θεωρία του *iustum pretium* και η δυνατότητα κρατικής (έστω και δικαστικής) επέμβασης στο περιεχόμενο της σύμβασης αποκρούστηκαν κατηγορηματικά κατά τη Νεωτερικότητα.

χρεώσεις προς παροχή και αντιπαροχή· ο λόγος αυτός μάλιστα γίνεται αντιληπτός ως ενιαίος, καθ' όσον συνίσταται στη σύμπτωση των αυτόνομων βουλήσεων των δύο μερών να επιφέρουν την αμοιβαία επιδιωκόμενη μετακίνηση δικαιώματος και ανταλλάγματος. Πρώτιστο μέλημα της έννομης τάξης είναι ως εκ τούτου η διασφάλιση της ελεύθερης διαμόρφωσης της βούλησης των μερών και δεν ενδιαφέρει κατ' αρχήν⁶¹ το αν η συντέλεση της ανταλλαγής επιφέρει ωφέλεια για το καθένα⁶² και αν αυτή είναι ισόρροπη ή όχι. Άλλωστε δεν θεωρείται έργο

61. Δικαστική μεταβολή του περιεχομένου της σύμβασης λόγω δυσαναλογίας παροχής και αντιπαροχής είναι σήμερα κατά ρητή πρόβλεψη του νόμου επιτρεπτή μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις (άρθρο 388 ΑΚ). Και υπέρ της ρύθμισης αυτής συνηγορούν σοβαροί λόγοι: η επίτευξη διανεμητικής ισότητας ή ισότητας ευημερίας δεν μπορεί να αποτελεί σκοπό (ή ορθότερα: αρχή) του ιδιωτικού δικαίου, και ακόμη λιγότερο του δικαίου των συμβάσεων. Παρ' όλα αυτά η νομολογία του Αρείου Πάγου δέχεται ότι ένας τέτοιος δικαστικός έλεγχος επιβάλλεται κάθε φορά που η εμμονή του ενός μέρους στα συμφωνηθέντα μπορεί να θεωρηθεί ότι αντίκειται στην καλή πίστη (ΑΚ 288), κάτι που βέβαια αναλαμβάνει να κρίνει χωρίς ειδικότερους περιορισμούς ο δικαστής. Έχω την εντύπωση ότι η τροπή αυτή της νομολογίας έχει γίνει χωρίς επίγνωση των συνεπειών της για το όλο νομικό μας σύστημα, με άγνοια του κινδύνου επιστροφής σε πατερναλιστικές πρακτικές, χαρακτηριστικές προνεωτερικών κοινωνιών, αλλά και μετάθεσης υπερβολικής ηθικής ευθύνης για κοινωνική δικαιοσύνη στους ώμους του κάθε μεμονωμένου δικαιοπρακτούντος, και έτσι ανατροπής του όλου κανονιστικού θεμελίου της ρύθμισης των συμβατικών σχέσεων από τη νομοθεσία μας. Η θρυλούμενη αρχή της προστασίας του αδύναμου συμβαλλομένου» ως αρχή του ενοχικού δικαίου που να αναφέρεται στην ουσία της συμβατικής σχέσης μπορεί να αφορά μόνο εντελώς δευτερεύοντα στοιχεία της σύμβασης (π.χ. τον τόπο της παροχής ή την επιλογή της εξοφλούμενης οφειλής σε περίπτωση πολλών ενοχικών υποχρεώσεων), όχι όμως και τον πυρήνα της, δηλαδή τη σχέση ανταλλαγής, που δεν μπορεί παρά να στηρίζεται στην αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας, η οποία βέβαια πρέπει να διασφαλίζεται ως ίση δυνατότητα για όλους, ωστόσο με άλλα μέτρα και κατ' αρχήν όχι με απευθείας επέμβαση στο περιεχόμενο των συμβάσεων. Προς την κατεύθυνση αυτή ορθά Αντώνης Καραμπατζός, *Η απρόβλεπτη μεταβολή των συνθηκών στην αμφοτεροβαρή σύμβαση*, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2006.

62. Άλλωστε η σύμβαση είναι απολύτως έγκυρη και αν ακόμη δεν ωφελεί καθόλου κάποιο από τα μέρη: η περίπτωση της σύμβασης υπέρ τρίτου μάς διδάσκει ακριβώς ότι η προσδοκώμενη ωφέλεια είναι αδιάφορη για το κύρος της σύμβασης, αφού στην περίπτωση αυτή ο ωφελούμενος είναι τρίτος και δεν έχει καμία απολύτως σημασία η σχέση του συμβαλλομένου με τον τρίτο υπέρ του οποίου αυτός συνάπτει τη σύμβαση.

της πολιτείας (κυρίως μέσω των δικαστηρίων) να προσδιορίσει, κατά κάποιον τρόπο προσυμβατικά, τί θα συνιστούσε ισόρροπη ωφέλεια για τα μέρη, αντίθετα η αξία των ανταλλασσόμενων αγαθών διαμορφώνεται στον γενικό χώρο των συναλλαγών, άρα σε κάποιον βαθμό και από τη συγκεκριμένη κάθε φορά σύμβαση και τις επιλογές των μερών. Επί πλέον, είναι αδιάφορο για τη σύμβαση και την εγκυρότητά της το τί ακριβώς εκτιμήθηκε ως επωφελές από τα μέρη, με συνέπεια να μην λαμβάνονται νομικά υπ' όψη τα λεγόμενα παραγωγικά αίτια της βούλησης· δηλαδή τα συμφωνημένα ισχύουν εντελώς ανεξάρτητα από το αν επαληθεύτηκαν ή όχι οι προσδοκίες οφέλους που το καθένα από τα μέρη έτρεφε για λογαριασμό του.

• Δεοντοκρατικός και όχι συνεπειοκρατικός είναι, παρά την πρώτη εντύπωση, και ο πυρήνας των ρυθμίσεων του δικαίου του αστικού αδικήματος. Η εντύπωση περί του αντιθέτου δημιουργείται ιδίως στα συστήματα που, όπως και το ελληνικό (ΑΚ 914), έχουν ως βάση τους μία γενική αδικοπρακτική ρήτρα, σύμφωνα με την οποία κάθε πρόκληση ζημίας, εφ' όσον είναι παράνομη και υπαίτια, γεννά υποχρέωση αποζημίωσης. Η ρύθμιση αυτή φαίνεται σαν να καθιερώνει την πρόκληση ζημίας, στοιχείο συνεπειοκρατικό εφ' όσον με αυτήν εννοείται κάθε αρνητική επίπτωση στην περιουσιακή κατάσταση ενός άλλου, ως τον νόμιμο λόγο της υποχρέωσης προς αποκατάσταση της ζημίας, αρκεί να μην είναι κατ' εξαίρεση επιτρεπτή και συγγνωστή (ανυπαίτια). Όπως είναι γνωστό, η ρύθμιση αυτή έχει προκαλέσει έντονες συζητήσεις γύρω από τις κατηγορίες περιπτώσεων όπου η πρόκληση ζημίας πρέπει να θεωρηθεί παράνομη, καθώς γίνεται, τουλάχιστον διαισθητικά, αντιληπτό ότι όχι μόνο δεν είναι όλες οι προκλήσεις ζημίας παράνομες, αλλά και ότι πολλές από αυτές δεν είναι ούτε νομικά σημαντικές, ούτε καν ηθικοπολιτικά αποδοκιμαστές· επομένως, ακόμη και κατά τη συνεπειοκρατική προσέγγιση, χρειάζεται η χάραξη ενός σαφούς ορίου, πέρα από το οποίο η τυχόν αναγνώριση υποχρέωσης προς αποζημίωση θα οδηγούσε σε «υπερχείλιση» της αστικής ευθύνης.

Το πρόβλημα δεν είναι όμως απλώς πρόβλημα ορίων· είναι πρόβλημα ευστοχότερου προσδιορισμού του νόμιμου λόγου ευθύνης. Είδαμε μέχρι τώρα ότι, λόγω του προαπαιτούμενου (βλαπτικής) πράξης, ο λόγος ευθύνης δεν μπορεί να είναι απλώς η θέση σε κίνηση μιάς αιτιακής αλυσίδας που απολήγει σε αρνητικά αποτελέσματα στην περιουσία

ενός άλλου, θεωρούμενη ως ένα άθροισμα αξίας. Το να υφίστασαι μείωση ή άλλες μορφές επιδείνωσης της περιουσιακής σου κατάστασης είναι ασφαλώς ένα δυσάρεστο αποτέλεσμα. Κανείς δεν μπορεί ωστόσο να έχει την αξίωση απέναντι σε όλους τους άλλους να αποφεύγουν γενικά κάθε είδους δράση που να προκαλεί τέτοια δυσάρεστα γι' αυτόν αποτελέσματα, κάτι αναπότρεπτο στο πλαίσιο του κοινωνικού συγχρωτισμού. Ο ζητούμενος νόμιμος λόγος ευθύνης πρέπει να είναι πολύ πίο εξειδικευμένος από την απλή πρόκληση ζημίας, ικανός να δικαιολογεί υποχρεώσεις τέτοιες που η παράβασή τους να συνιστά *αδίκημα*, δηλαδή να αφορούν συμπεριφορές, την παράλειψη των οποίων ο υφιστάμενος τη ζημία να μπορεί εύλογα να αξιώσει από τον καθένα. Τέτοιες είναι οι πράξεις που προσβάλλουν ένα δικαίωμά του που όλοι όφειλαν να σεβαστούν, επειδή θίγουν εν τέλει τον ίδιο ως πρόσωπο, το οποίο δικαιούται και αξιώνει από όλους τον σεβασμό του ως προς την ικανότητά του να διαμορφώνει αυτόνομα και υπεύθυνα τον βίο του. Επιβάλλεται λοιπόν η διάκριση μεταξύ προσβολής δικαιώματος και πρόκλησης ζημίας, πράγμα που σημαίνει ότι το συνεπειοκρατικό στοιχείο της αποκατάστασης της ζημίας πρέπει να πλαισιώνεται και να οριοθετείται από το δεοντοκρατικό στοιχείο του αμοιβαίου σεβασμού των προσώπων ως φορέων δικαιωμάτων.⁶³ Άλλωστε η πρόκληση ζημίας μπορεί να προέρχεται και από φυσικά γεγονότα, περίπτωση κατά την οποία η τυχόν υποχρέωσή μας να συνδράμουμε τον παθόντα θα στηριζόταν σε ένα καθήκον αλληλεγγύης ή συμπάθειας, προφανώς ασθενέστερο από το καθήκον αποκατάστασης που βαρύνει τον αυτουργό ενός αδικήματος.

• Δικαίωμα που όλοι οφείλουν να σέβονται, κεφαλαιώδες για το ιδιωτικό δίκαιο, είναι η κυριότητα. Η κυριότητα δεν μπορεί να ερμηνευθεί απλώς ως μιά κατάσταση εξουσιασμού του πράγματος από το πρόσωπο, η συνέχιση της οποίας κρίνεται επωφελής είτε για το ίδιο το πρόσωπο είτε για το κοινωνικό σύνολο και εξ αυτού του λόγου θεωρείται από την έννομη τάξη αξία προστασίας. Η συνεπειοκρατική αυτή προσέγγιση είναι ανεπαρκής, διότι αδυνατεί να συλλάβει πώς μιά απλή πραγμα-

63. Βλ. διεξοδικότερα τη μελέτη μου «Βλάβη και ζημία: μία αναγκαία διάκριση στο δίκαιο του αδικήματος», στον *Τιμητικό Τόμο Φίλιππου Δωρή*, Αθήνα, Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2015, τόμ. II, σ. 1467 κ.ε., όπου και περαιτέρω επιχειρηματολογία και βιβλιογραφική τεκμηρίωση.

τική κατάσταση αναβαθμίζεται σε δικαίωμα που όλοι οι άλλοι οφείλουν να σεβαστούν. Το παραγόμενο όφελος από τον εξουσιασμό του πράγματος είναι παράγων πραγματικά ασταθής και κανονιστικά ασθενής, καθώς θα έπρεπε ανά πάσα στιγμή να συγκρίνεται με το όφελος που θα μπορούσε να παραχθεί από εναλλακτικές χρήσεις του πράγματος, με τη σταθερότητα των σχέσεων κυριότητας να αποτελεί έναν μόνο θετικό παράγοντα μεταξύ άλλων, που όμως μπορεί σχετικά εύκολα να υπερκεραστεί από την προοπτική εμφανώς επωφελέστερων ανατροπών του ιδιοκτησιακού status quo. Ιδίως δεν αποτελεί βασικό επιχείρημα υπέρ της δικαϊκής προστασίας της κυριότητας, ακόμη και στην περίπτωση που αληθεύει απόλυτα, το συχνά λεγόμενο ότι ο ιδιωτικός εξουσιασμός των πραγμάτων και η ατομική πρωτοβουλία ως προς τη χρήση τους οδηγεί μακροπρόθεσμα σε μεγαλύτερο κοινωνικό όφελος από άλλες μορφές κατανομής των εξουσιών επί των πραγμάτων.

Το ότι η κυριότητα αποτελεί δικαίωμα σημαίνει κάτι εντελώς διαφορετικό από ό,τι σύμφωνα με παρόμοιους συνεπειοκρατικούς υπολογισμούς, πράγμα που γίνεται ιδιαίτερα εμφανές στις έριδες γύρω από την κυριότητα: το δικαστήριο δεν κρίνει ποιά από τα αντίδικα μέρη διαθέτει μεγαλύτερη προσωπική αξία ή τεκμηριώνει ότι είναι σε θέση να κάνει καλύτερη χρήση του πράγματος, αλλά ποιά από αυτά διαθέτει τον νομικά ισχυρότερο τίτλο. Και ο τίτλος αυτός, με τη σειρά του, αναγνωρίζεται και χορηγείται βάσει δεοντοκρατικών και όχι συνεπειοκρατικών κριτηρίων.⁶⁴ Όπως πρώτος δίδαξε ο Kant και στη συνέχεια με ορισμένες διαφοροποιήσεις και ο Hegel, η κυριότητα προστατεύεται ως στοιχείο του προσώπου, ως έκφραση της ικανότητάς του να διαμορφώνει αυτεξούσια τον βίο του, ωστόσο υπό την προϋπόθεση της αμοιβαιότητας, δηλαδή με την προοπτική και υπό τους όρους της δημιουργίας μιάς δικαϊκής κοινότητας αμοιβαίου σεβασμού. Συνεπώς η προστασία

64. Από την εξαιρετικά πλούσια σύγχρονη βιβλιογραφία γύρω από τη δικαιολόγηση της κυριότητας-ιδιοκτησίας με βάση δεοντοκρατικές αρχές θα αρκестώ εδώ να παραπέμψω σε δύο σημαντικά έργα: τη μονογραφία του Φίλιππου Βασιλόγιαννη, *Πρόσωπα, λόγοι και πράγματα: Ιδιοκτησία και μη διανεμητική δικαιοσύνη*, Αθήνα, Ευρασία, 2015, με εκτενή βιβλιογραφική τεκμηρίωση, και τη μελέτη του Peter Benson, «Philosophy of Property Law», στο Jules Coleman – Scott Shapiro (επιμ.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2002, σ. 752 κ.ε.

της εκπηγάζει από τις δημιουργούμενες διαπροσωπικές δεσμεύσεις και το δικαϊκό status των προσώπων ως φορέων ικανότητας νομικά έγκυρης δράσης και όχι από την αναγωγή πραγματικών καταστάσεων σε έννομες, κάτι που θα έτεινε να επικυρώσει θεσμικά την αυθαιρεσία της ψευδεπίγραφης «αρχής» *beati possidentes*.

β. Ποινικό δίκαιο

Η προτεραιότητα των δεοντοκρατικών απέναντι στις συνεπειοκρατικές εκτιμήσεις είναι έκδηλη και στις βασικές ρυθμίσεις του ποινικού δικαίου. Πριν απ' όλα, ο ποινικός κολασμός προϋποθέτει την εκ μέρους του κατηγορουμένου τέλεση (αξιόποιων) πράξεων. Όπως πρέπει για μία ακόμη φορά να τονίσουμε, η πράξη δεν μπορεί να γίνει αντιληπτή απλώς ως πρόκληση μιάς μεταβολής στην εξωτερική πραγματικότητα, δηλαδή δεν ταυτοποιείται μόνο από τις συνέπειές της, αλλά περιέχει, αναπόσπαστα ενωμένο με την εξωτερική μεταβολή, τόσο το στοιχείο της πρόθεσης του πράττοντος όσο και εκείνο των λόγων προς το πράττειν που συνηγορούν αντικειμενικά υπέρ ή εναντίον της τέλεσής της και της προσδίδουν συγκεκριμένο κοινωνικό νόημα. Ιδίως, η πράξη πρέπει να συνδέεται με το πρόσωπο του πράττοντος κατά τρόπο που να τον αναδεικνύει αυτουργό των πραττομένων. Επί πλέον, η πράξη πρέπει να είναι καταλογιστή στον πράξαντα, γι' αυτό θα ήταν απαράδεκτο ένα συνεπειοκρατικό σύστημα αντικειμενικής ποινικής ευθύνης.

Το ότι η ύπαρξη προσωπικής αυτουργίας αποτελεί τη βασικότητα προϋπόθεση του ποινικού κολασμού έχει άμεσες επιπτώσεις και στο ζήτημα της λειτουργίας της ποινής. Καθαρά συνεπειοκρατικές λειτουργίες, δηλαδή η γενική και η ειδική πρόληψη, δεν μπορούν ποτέ να αποτελέσουν τον κύριο ή τον αποκλειστικό λόγο επιβολής της ποινής, αλλά πρέπει να πλαισιώνονται και να οριοθετούνται από τη δεοντοκρατική εκτίμηση ότι ο ποινικός κολασμός επιβάλλεται κατά του δράστη της εγκληματικής πράξης ακριβώς ως τιμώρηση γι' αυτό που έπραξε: επειδή είναι ο αυτουργός της.⁶⁵ Διαφορετικά θα παρέμενε κανονιστικά

ανεξήγητο για ποιόν λόγο να κρίνεται εντελώς απαράδεκτη η τιμώρηση ενός αθώου ακόμη και στην περίπτωση που αυτή θα επέφερε κοινωνικά επωφελέστερα αποτελέσματα σε σύγκριση με την αθώωση (π.χ. θα ενίσχυε τη γενική πρόληψη ή θα ικανοποιούσε την κοινή γνώμη, που τυχαίνει να πιστεύει στην ενοχή του κατηγορουμένου)· ή αντίθετα να θεωρείται ότι συνιστά παράβαση του δικαστικού καθήκοντος το να αθώνεται ένας ένοχος, ακόμη και στην περίπτωση που εκτιμάται ότι ούτε ο ίδιος θα επαναλάβει παρόμοια πράξη ούτε η κοινή γνώμη θα αντιληφθεί τη λανθασμένη κρίση. Η τέλεση μιάς εγκληματικής πράξης πρέπει μάλιστα, πριν από την επιβολή του ποινικού κολασμού, να αποτελεί επαρκή λόγο για την άσκηση της ποινικής δίωξης, η οποία, όπως εύστοχα επισημαίνεται και όπως δικαιολογημένα απαιτεί η έννομη τάξη, διέπεται από την αρχή της νομιμότητας και όχι την αρχή της σκοπιμότητας: το καθήκον των αρμόδιων οργάνων να κινήσουν την ποινική δίωξη δεν εξαρτάται από εκτιμήσεις περί του αν η παράλειψη της ενέργειάς τους στη συγκεκριμένη περίπτωση θα είχε αθροιστικά επωφελέστερες περαιτέρω συνέπειες για το κοινωνικό σύνολο.⁶⁶

Αλλά και σε άλλα θέματα, πέρα από αυτά τα εντελώς θεμελιώδη, είναι έκδηλη η προτεραιότητα των δεοντοκρατικών εκτιμήσεων στο ποινικό δίκαιο. Όπως γενικά στην ηθική, έτσι και στο ποινικό δίκαιο η πρόκληση ορισμένων βλαπτικών αποτελεσμάτων με θετική πράξη του δράντος θεωρείται άξια μεγαλύτερης αποδοκιμασίας από την πρόκλησή τους μέσω παραλείψεως: η θανάτωση προσώπου, για παράδειγμα, τιμωρείται πολύ βαρύτερα από την παράλειψη λυτρώσεως από κινδύνου ζωής. Ο λόγος δεν πρέπει να αναζητηθεί στην υποκειμενική πλευρά της εγκληματικής συμπεριφοράς, στο ότι δηλαδή η ανθρωποκτονία πρέπει να έχει τελεστεί από πρόθεση ενώ η παράλειψη στις περισσότερες των περιπτώσεων παρουσιάζει πολλά κοινά στοιχεία με την αμέλεια, αλλά στο ότι η πρόκληση του βλαπτικού αποτελέσματος δεν αρκεί αφ' εαυτής για να δικαιολογήσει το εξ αντικειμένου αξιόμειμπο της τιμωρούμενης συμπεριφοράς και αντί γι' αυτήν υπάρχει

65. Βλ., αντί άλλων, Konstantinos A. Papageorgiou, *Schaden und Strafe: Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 1994, σ. 24 κ.ε.

66. Μία συνεπειοκρατική εξαίρεση εισάγει το άρθρο 30 § 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, που επιτρέπει στον υπουργό Δικαιοσύνης να ζητήσει, με σύμφωνη απόφαση του Υπουργικού Συμβουλίου, την αναβολή της ποινικής δίωξης όταν υπάρχει κίνδυνος να διαταραχθούν οι διεθνείς σχέσεις του κράτους.

κάτι προγενέστερο που βαρύνει περισσότερο: η διαφορά του τρόπου αυτουργίας – το δεοντοκρατικό στοιχείο ότι η θετική πράξη συνιστά παράβαση επιτακτικότερου καθήκοντος σεβασμού του προσώπου του συγκεκριμένου φορέα του τρωθέντος αγαθού από ό,τι η παράλειψη.

Η προτεραιότητα των δεοντοκρατικών εκτιμήσεων δεν εκδηλώνεται όμως μόνο στον τρόπο θεμελίωσης του αξιόμεμπτου των τιμωρούμενων πράξεων αλλά και στη διαμόρφωση των λόγων αποκλεισμού του αδίκου. Βασικό παράδειγμα αποτελεί η άμυνα. Η αντιπροσβολή του επιτιθεμένου εκ μέρους εκείνου που βρίσκεται σε άμυνα αποτελεί άσκηση δικαιώματος αυτού του τελευταίου και είναι θεμιτή ανεξάρτητα από εκτιμήσεις περί των θετικών ή αρνητικών συνεπειών της σε σχέση με το απειλούμενο και το προσβαλλόμενο αγαθό ή από συγκρίσεις της αρετής και λοιπής προσωπικής αξίας των δύο εμπλεκόμενων πλευρών. Αλλά ακόμη και η κατάσταση ανάγκης που αίρει τον άδικο χαρακτήρα μιάς προσβολής «αν η βλάβη που προκλήθηκε στον άλλο είναι σημαντικά κατώτερη κατά το είδος και τη σπουδαιότητα από τη βλάβη που απειλήθηκε» από το γεγονός που συνιστά την κατάσταση ανάγκης (άρθρο 25 § 1 του Ποινικού Κώδικα), ενώ φαίνεται να εισάγει συνεπειοκρατικές εκτιμήσεις στην κρίση περί του αδίκου,⁶⁷ θα πρέπει καλύτερα να ερμηνευθεί όχι ως προτίμηση του λιγότερο δυσμενούς αποτελέσματος σε σύγκριση με ένα αντικειμενικά επαχθέστερο, αλλά από τη σκοπιά της σχέσης μεταξύ προσώπων, δηλαδή ως ρύθμιση

67. Αυτή είναι η απολύτως κρατούσα θεώρηση· βλ. αντί άλλου, για το –όμοιο προς το ελληνικό– γερμανικό δίκαιο, Ulfrid Neumann, «Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral» (1994), ανατυπ. στου ιδίου, *Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, Μπάντεν-Μπάντεν, Nomos, 2008, σ. 114 κ.ε. Ας σημειωθεί πάντως ότι ο Neumann δεν αναλύει βαθύτερα τί είναι οι δεοντοκρατικοί λόγοι και περιορίζεται στο να τους ορίσει ως τους λόγους εκείνους που δεν επιδέχονται εξαίρεση (ιδίως βάσει σταθμίσεων). Πολύ λεπτότερη και εκτενέστερη, αλλά έντονα προσανατολισμένη στο αμερικανικό δίκαιο, είναι η ανάλυση του Michael S. Moore, «Patrolling the Borders of Consequentialist Justifications: The Scope of Agent-Relative Restrictions», *Law and Philosophy* 27 (2007), 35 κ.ε. Ας σημειωθεί ότι και οι δύο αυτοί συγγραφείς, ο μιν πρώτος μάλλον υπαινικτικά, ο δε δεύτερος ρητά, θεωρούν ότι οι συνεπειοκρατικές εκτιμήσεις αποτελούν, τόσο στην ηθική όσο και στο δίκαιο, τον γενικό κανόνα και οι δεοντοκρατικές την εξαίρεση, ενώ η εδώ ανάπτυξη, τουλάχιστον για το δίκαιο, δέχεται το αντίθετο.

που επιβάλλει στον φορέα του αγαθού που προσβλήθηκε ένα καθήκον αλληλεγγύης: το καθήκον να ανεχθεί την προσβολή επειδή ο κίνδυνος που απείλησε εκείνον που προέβη στην προσβολή ήταν για το πρόσωπό του τόσο αφόρητος σε σύγκριση με την επιβάρυνση του παθόντος ώστε νομιμοποιούνταν να μετακυλίσει στον προσβληθέντα το βάρος της αποτροπής του.⁶⁸

γ. Δημόσιο δίκαιο

Μιά διαδεδομένη αντίληψη θέλει να βλέπει το δημόσιο δίκαιο ως το δικαϊκό εκείνο πεδίο όπου βασική μέριμνα είναι η διασφάλιση και προαγωγή του δημόσιου συμφέροντος. Σύμφωνα με την αντίληψη αυτή, που έχει παραδοσιακές ρίζες,⁶⁹ τόσο το συνταγματικό όσο και το διοικητικό δίκαιο πρέπει να ερμηνεύονται τελολογικά, έχοντας ως οδηγητικό μίτο την ιδέα της μεγιστοποίησης της δημόσιας ωφέλειας, η οποία μάλιστα πρέπει να προσεγγίζεται συλλογικά και απρόσωπα, δηλαδή κατά τρόπο ώστε, σε περίπτωση σύγκρουσης, να υπερισχύει των ατομικών αγαθών και συμφερόντων. Η συνεπειοκρατική αυτή προσέγγιση, παρ' ότι φαίνεται ίσως σε ορισμένους ελκυστική, είναι όμως ασυμβίβαστη με τα νεωτερικά κανονιστικά θεμέλια της κρατικής δράσης, που συγκροτούνται από δύο φιλελεύθερες αρχές: τη δημοκρατική αρχή και την αρχή του κράτους δικαίου.

68. Η κρατούσα διδασκαλία, ενώ ερμηνεύει συνεπειοκρατικά την κατάσταση ανάγκης που αίρει τον άδικο χαρακτήρα μιάς κατ' αρχήν παράνομης πράξης, δέχεται παρ' όλα αυτά ότι η δεοντοκρατική σκοπιά έχει στο θέμα αυτό προτεραιότητα επειδή η πράξη είναι πάντως κατ' αρχήν παράνομη και μόνο εφ' όσον το προσβαλλόμενο αγαθό διαθέτει σημαντικά μικρότερο βάρος από το απειλούμενο η κατάσταση ανάγκης αίρει κατ' εξαίρεση τον άδικο χαρακτήρα. Κατά τα εδώ υποστηριζόμενα, η προτεραιότητα των δεοντοκρατικών εκτιμήσεων έχει ισχυρότερη βάση: η συνεπειοκρατική θεώρηση δεν καθίσταται μιν περιττή, χρησιμεύει όμως μόνο στην εύρεση του μέτρου και των ορίων της κατάστασης ανάγκης που αίρει το παράνομο, δεν παρέχει όμως και τον λόγο αυτής της λειτουργίας της.

69. Στο κριτήριο της χρησιμότητας (ή, όπως λέγεται, του συμφέροντος) βασίζεται ως γνωστόν η διάκριση δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου που έχει εισαγάγει στο Ρωμαϊκό δίκαιο ο Ουλπιανός: «publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim» (D. 1, 1, 1, 2).

Πριν απ' όλα, ο προσδιορισμός του δημόσιου συμφέροντος δεν επιτρέπεται σήμερα να καθοδηγείται από προεπιλεγμένες ουσιαστικές θεωρίες περί του αγαθού, που να θεωρούνται καθοριστικές του ουσιαστικού θεμελίου της συγκεκριμένης κρατικής οντότητας, ούτε να βασίζεται απλώς σε μια σχέση εμπιστοσύνης προς την αρετή των αρχόντων, στους οποίους ανατίθεται εν λευκώ η χάραξη της συλλογικής πορείας, αλλά λαμβάνει υποχρεωτικά χώρα μέσω των συνταγματικά προκαθορισμένων δημοκρατικών διαδικασιών,⁷⁰ στον πυρήνα των οποίων ανήκουν τα πολιτικά δικαιώματα των πολιτών. Τα δικαιώματα αυτά είναι ατομικά δικαιώματα του κάθε πολίτη, που έχει την αξίωση να συμμετέχει ακαθοδήγητα και ανεμπόδιστα, αλλά και με ίση δυνατότητα επιρροής όπως και όλοι οι άλλοι, στη λήψη των συλλογικών αποφάσεων. Πίσω από τις θεμελιώδεις αυτές διαδικαστικές ρυθμίσεις κρύβεται η δεοντοκρατική αρχή της πολιτικής αυτονομίας των πολιτών και της αμοιβαίας αναγνώρισης και του αλληλοσεβασμού τους ως προσώπων ικανών να κρίνουν και να αποφασίζουν αυτεξούσια ποιά είναι η καλύτερη δυνατή διαμόρφωση του ατομικού όσο και του συλλογικού τους βίου.

Παράλληλα, η δημοκρατική αρχή είναι στενά συνυφασμένη με την αρχή του κράτους δικαίου, το οποίο βασίζεται στην ίδια με αυτήν ιδέα του αμοιβαίου σεβασμού και της αλληλοαναγνώρισης των πολιτών ως προσώπων ικανών προς αυτόνομη δράση και αυτεξούσιο προσδιορισμό των αξιών και των βιοτικών σκοπών τους. Σύμφωνα με μία διάσημη ανάλυση, που οφείλεται στον αμερικανό φιλόσοφο του δικαίου και γνωστό επικριτή του νομικού θετικισμού Lon Fuller,⁷¹ το rule of law (το αμερικανικό ανάλογο του κράτους δικαίου) περιλαμβάνει οκτώ ειδικότερες αρχές που οφείλουν να διέπουν την έννομη τάξη και τις επί μέρους ρυθμίσεις της: την αρχή της γενικότητας, την αρχή της δημο-

70. Γι' αυτό και πρέπει να απορριφθούν κατηγορηματικά όλες οι θεωρίες που, όπως εκείνη του Carl Schmitt κατά την εποχή του Μεσοπολέμου, έχουν υποστηρίξει ότι η (λαϊκή ή άλλη) κυριαρχία προηγείται των συνταγματικών ρυθμίσεων στο σύνολό τους, άρα και των πλειοψηφικών διαδικασιών του κοινοβουλευτικού συστήματος, ότι δηλαδή υπάρχει μία πρωτογενής δημοκρατία ασκούμενη de facto, που θα μπορούσε χωρίς αυτοαναίρεση να καταστήσει την κοινοβουλευτική δημοκρατία ακόμη και περιττή.

71. Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, αναθεωρημένη έκδοση, Νιου Χέιβεν & Λονδίνο, Yale University Press, 1969, σ. 33 κ.ε.

σιότητας, την αρχή της σαφήνειας, την αρχή της συνοχής (= έλλειψη αντιφατικών ρυθμίσεων), την αρχή του εφικτού των επιτασσομένων, την αρχή της σταθερότητας (= αποφυγή συχνών μεταβολών), την αρχή της προοπτικότητας (= αποφυγή αναδρομικών ρυθμίσεων) και την αρχή της σταθερής και χωρίς εξαιρέσεις εφαρμογής του νόμου. Τα στοιχεία αυτά αποκάλεσε εσωτερική ηθικότητα του δικαίου, εννοώντας ότι αποτελούν το αναγκαίο ηθικό διακριτικό γνώρισμα κάθε έννομης τάξης, χωρίς το οποίο δεν μπορεί να γίνεται λόγος για δίκαιο, γνώρισμα που συμπληρώνεται από τα ενδεχόμενα εκείνα ηθικά στοιχεία που προσθέτει το ειδικό περιεχόμενο των ρυθμίσεων και οι εκάστοτε επιδιωκόμενοι με τους νόμους πολιτικοί σκοποί (που αποκάλεσε «εξωτερική ηθικότητα»)⁷². Όπως μάλιστα επέμεινε, οι ειδικότερες αρχές της εσωτερικής ηθικότητας εμπνέονται όλες από την αντιμετώπιση του πολίτη ως προσώπου άξιου σεβασμού και όχι απλώς ως αποδέκτη των οποιωνδήποτε επιταγών, και ως εκ τούτου συνθέτουν τη στοιχειώδη εκείνη αναγνώριση και προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας που είναι απαραίτητο να χαρακτηρίζει ανά παν βήμα το δίκαιο.⁷³

Στις αρχές αυτές πρέπει ιδίως να προσθέσουμε την αρχή της νομιμότητας ως γενική αρχή που διέπει τις έννομες σχέσεις σε όλο τους το εύρος, αλλά ιδίως τις σχέσεις που εκτυλίσσονται γύρω από τις ποικίλες μορφές δράσης της δημόσιας διοίκησης. Η υποχρέωση σεβασμού των νόμων καταλαμβάνει όλους τους φορείς άσκησης δημόσιας εξουσίας, η οποία δεν οφείλει απλώς υπακοή στο Σύνταγμα αλλά και στους νόμους

72. Για τη διάκριση αυτή, βλ Fuller, ό.π., σ. 153 κ.ε.

73. Ό.π., σ. 162: «Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent». Το χωρίο αυτό συνάντησε τη δυσπιστία πολλών θετικιστών. Μεταξύ αυτών ο Joseph Raz, «The Rule of Law and Its Virtue», στου ιδίου, *Authority*, σ. 210 κ.ε. (221) διαφοροποιείται εν μέρει ως εξής: «The law can violate human dignity in many ways. Observing the rule of law by no means guarantees that such violations do not occur. But it is clear that deliberate disregard for the rule of law violates human dignity» – με το τελευταίο μέρος του χωρίου να έρχεται πάντως σε κάποια αντίθεση με τα όσα ο ίδιος, όπως θα δούμε, δέχεται περί του καθαρά εργαλειακού χαρακτήρα του δικαίου (βλ. παρακάτω, σημ. 76). Αντίθετα, την ιδέα της αξιοπρέπειας που κρύβεται πίσω από τις αρχές του κράτους δικαίου υπερασπίζεται εμφανικά, ανανεώνοντας και ενισχύοντας τα επιχειρήματα του Fuller, ο –κατά τα λοιπά επίσης θετικιστής– Jeremy Waldron, «How Law Protects Dignity», *The Cambridge Law Journal* 71 (2012), 200 κ.ε.

που έχει ψηφίσει η ίδια όσο δεν τους αλλάζει με τη νόμιμη διαδικασία. Ο σχετικός έλεγχος είναι καθήκον των δικαστηρίων, που παρερμηνεύουν ριζικά την αποστολή τους αν τυχόν θεωρήσουν ότι πάνω από τη νομιμότητα, δηλαδή εν τέλει από τα δικαιώματα και την αξιοπρέπεια των πολιτών, θα μπορούσαν ποτέ να τοποθετήσουν το οποιοδήποτε συμφέρον, δημόσιο ή ιδιωτικό. Για τα δικαιώματα θα κάνουμε αναλυτικά λόγο στη συνέχεια. Προς το παρόν πρέπει να υπενθυμίσουμε ότι, ελέγχοντας τη δράση της δημόσιας διοίκησης, τα δικαστήρια εξετάζουν μόνο τη νομιμότητα, όχι και τη σκοπιμότητά της. Αυτό γίνεται συνήθως αντιληπτό ως περιορισμός της δικαστικής εξουσίας. Πέρα όμως από την εύλογη αυτή οριοθέτηση της δικαστικής λειτουργίας, ισχύει ταυτόχρονα ως περιορισμός και προς την αντίθετη κατεύθυνση: διοικητική δράση δεν νοείται έξω από τα όρια της νομιμότητας και συνεπώς τα δικαστήρια οφείλουν να αγρυπνούν ώστε οι συνεπειοκρατικοί υπολογισμοί της διοίκησης, δηλαδή κυρίως οι εκτιμήσεις περί της γενικής ωφέλειας, όποιες και να είναι και όσο και να αξίζουν κατά τα λοιπά την επικρότησή μας, να παραμείνουν, από άποψη τόσο διαδικασίας όσο και ουσίας, εντός των ορίων και υπό τον αυστηρό έλεγχο των δεοντοκρατικών εκτιμήσεων που συγκροτούν τη νομιμότητα.⁷⁴

74. Κατά παράδοχο τρόπο, ο Fuller, ό.π., σ. 41 κ.ε., υποστηρίζει ότι οι αρχές του rule of law ανήκουν μάλλον στη συνεπειοκρατική παρά στη δεοντοκρατική ηθική (κατά την ορολογία του: morality of aspiration vs morality of duty): για την ακρίβεια, πρόκειται για τη διάκριση μεταξύ της ηθικής του αγαθού και της ορθοπρακτικής ηθικής, που δεν συμπίπτει απολύτως με τη διάκριση συνεπειοκρατίας και δεοντοκρατίας: βλ. παραπάνω, Κεφ. Β', υπό V, 2 α. και β. Ο λόγος είναι ότι θεωρεί τις επί μέρους αρχές του κράτους δικαίου αιτήματα που επιδέχονται διαβαθμίσιμη πραγμάτωση (π.χ. απόλυτη σαφήνεια των νόμων δεν είναι δυνατή, ενώ επί πλέον σε ορισμένες περιπτώσεις ένας βαθμός ασάφειας μπορεί να είναι επιθυμητός προκειμένου μία ρύθμιση να αποκτήσει ευκαμψία), έστω και αν από την άλλη πλευρά επιμένει ότι χωρίς τήρηση όλων ανεξαιρέτως των αρχών της εσωτερικής νομιμότητας δεν μπορεί να υπάρξει καθόλου δίκαιο (θέση που, όπως έχει παρατηρηθεί, θέτει το ζήτημα του προσδιορισμού του απαιτούμενου βαθμού πραγμάτωσης προκειμένου να υπάρχει δίκαιο). Ενώ όμως κάποιες από τις επί μέρους αυτές αρχές επιδέχονται πράγματι διαβάθμιση, το να τις κατατάξουμε εξ ολοκλήρου στη συνεπειοκρατική ηθική παραβλέπει το σημαντικότερο. Αυτό είναι το δεοντοκρατικό θεμέλιό τους όσο και η μεταξύ τους συνάφεια, που δεν μπορεί να οφείλεται αλλού παρά στην αρχή του σεβασμού των πολιτών ως προσώπων.

Σε όλα αυτά πρέπει να προστεθούν και δύο λόγια για το δικονομικό δίκαιο, που επίσης συνδέεται άμεσα με το κράτος δικαίου. Η διεξαγωγή των διαφόρων ειδών δικών διέπεται ασφαλώς από κάποιες υπό ευρεία έννοια αρχές συνεπειοκρατικού χαρακτήρα. Η ταχύτητα περάτωσης της δίκης, για παράδειγμα, είναι ένας σημαντικός σκοπός και οι διαδικασίες πρέπει να οργανωθούν ώστε να τον υπηρετούν κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Αλλά και γενικότερα η όλη μέριμνα οργάνωσης της διαδικασίας στα διάφορα είδη δικών πρέπει να αποβλέπει στην καλύτερη δυνατή απόδοση της δικαιοσύνης και ιδίως στην ελαχιστοποίηση των δικαστικών πλανών. Όμως όλοι αυτοί οι σκοποί υποχωρούν εμπρός στις (υπό στενή έννοια) δεοντοκρατικές αρχές του σεβασμού των διαδίκων και των δικαιωμάτων τους. Άλλωστε η γρήγορη εκδίκαση, και κατά μείζονα λόγο η απόδοση δικαιοσύνης και η αποφυγή πλανών, δεν είναι σκοποί απρόσωποι και αυτοτελείς αλλά σκοποί παρακολουθηματικοί, καθ' όσον συνδέονται σε τελευταία ανάλυση με τον σεβασμό των δικαιωμάτων των διαδίκων.

VI. Θεωρητική τεκμηρίωση: ο δεοντοκρατικός πυρήνας του δικαίου

Οι παρατηρήσεις γύρω από τη σημασία του κράτους δικαίου και της αρχής της νομιμότητας παρέχουν το έναυσμα για έναν γενικότερο προβληματισμό. Η εκ μέρους του Lon Fuller διάκριση μεταξύ εσωτερικής και εξωτερικής ηθικότητας του δικαίου και η σύνδεση της δεύτερης με τους επί μέρους πολιτικούς σκοπούς στους οποίους αποβλέπει κατά περιεχόμενο η θέσπιση των διαφόρων νόμων θέτει επί τάπητος το ερώτημα μήπως η τελολογική θεώρηση του δικαίου, δηλαδή η σύλληψή του ως ενός κανονιστικού συστήματος ταγμένου στην υπηρεσία συγκεκριμένων κάθε φορά σκοπών, αληθεύει μόνο σε σχέση με το περιεχόμενο του και όχι και σε σχέση με τη μορφή του, στον βαθμό που αυτή μπορεί να ταυτιστεί με όλα εκείνα τα χαρακτηριστικά που ο Fuller συνέδεσε με την εσωτερική ηθικότητα του δικαίου: ή πάλι, μήπως η τελολογική θεώρηση ισχύει για ολόκληρο το φάσμα των ρυθμίσεων της έννομης τάξης και όχι μόνο για ένα μέρος τους, κατά οποιονδήποτε τρόπο προσδιοριζόμενο. Με άλλα λόγια, τίθεται το γενικότερο ερώτημα:

Αποτελεί άραγε το δίκαιο γενικά ένα μέσο για την επίτευξη σκοπών εξωτερικών ως προς αυτό το ίδιο, με τις αρχές του κράτους δικαίου να θέτουν απλώς περιορισμούς ως προς ορισμένα αναγκαία γνωρίσματα της χρησιμοποιούμενης νομικής μορφής ή τεχνικής, ή μήπως το δίκαιο ενέχει στοιχεία που το εμφανίζουν, εν όλω ή εν μέρει, ως αυτοσκοπό; Στην πρώτη περίπτωση το δίκαιο θα διαθέτει αμιγώς εργαλειακό χαρακτήρα και η αξία του θα είναι τόση μόνο όση και η αξία των ουσιαστικών σκοπών που κάθε φορά υπηρετεί –αλλά και θα δικαιολογείται απολύτως η τεολογική ερμηνεία–, ενώ στη δεύτερη περίπτωση θα διαθέτει (σε όλη του την έκταση ή έστω σε ένα τμήμα του) αυταξία, ανεξάρτητη από την αξία οποιωνδήποτε εξωτερικών σκοπών.

Ο ίδιος ο Fuller φαίνεται μάλλον να συνέδεσε τις αρχές του κράτους δικαίου όχι ακριβώς με τα στοιχεία εκείνα του δικαίου που του προσδίδουν τη δικαϊκή μορφή (διότι τότε δεν θα μπορούσε να γίνει κατ' ακρίβεια λόγος περί ηθικότητας, έστω και «εσωτερικής»), αλλά πάντως με ένα συστατικό που είναι μεν εννοιολογικά αναγκαίο σε όλους τους κανόνες δικαίου, αλλά δεν αρκεί ώστε να τους προσδώσει το πλήρες ρυθμιστικό περιεχόμενό τους, εφ' όσον αυτό πρέπει επί πλέον να συμπληρωθεί από την ιδιότητά τους ως μέσων προς επίτευξη εξωτερικών προς αυτούς σκοπών – ουσιαστική συμπλήρωση που είναι μεν αναγκαία εν όψει της ολοκλήρωσης της ρύθμισης, διαθέτει όμως ενδεχόμενη πλέον μόνο ηθικότητα, εξαρτώμενη από τον εκάστοτε σκοπό.⁷⁵ Έχω την εντύπωση ότι η θεωρία του ενέχει μια κάποια αντίφαση, όταν αφ' ενός συνδέει τις αρχές του κράτους δικαίου με την ανθρώπινη αξιοπρέπεια, στοιχείο που αφορά αναμφίβολα την ουσιαστική πλευρά της πολιτικής ηθικής μας, αφ' ετέρου όμως απαιτεί από κάθε ρύθμιση, προκειμένου να εμφανίζει πληρότητα και αυτοτέλεια, να διαθέτει και ένα περαιτέρω περιεχόμενο σχετιζόμενο με ορισμένον εξωτερικό ως προς το δίκαιο σκοπό. Μήπως όμως αποτελεί και η ίδια η ανθρώπινη αξιοπρέπεια, μαζί με όλες τις αρχές του κράτους δικαίου που εφέλκει, απλώς ένα μέσο, ταγμένο στην υπηρεσία τέτοιων σκοπών; Και θα μπορούσε ποτέ

75. Fuller, ό.π., σ. 152 κ.ε. Ο ίδιος πάντως τονίζει ταυτόχρονα ότι εσωτερική και εξωτερική ηθικότητα δεν είναι εντελώς ασύνδετες μεταξύ τους και ότι ορισμένοι ηθικά επιλήψιμοι σκοποί κάποιων νόμων μπορούν να αναιρέσουν και την εσωτερική ηθικότητα του δικαίου.

η ανθρώπινη αξιοπρέπεια να υπηρετεί ανεξέλεγκτα τον οποιονδήποτε εξωτερικό σκοπό; Δεν νομίζω να υπάρχουν εύλογα επιχειρήματα υπέρ μιας καταφατικής απάντησης.

Τα προλεχθέντα προετοιμάζουν όμως το έδαφος ώστε να εξεταστεί και το γενικότερο ερώτημα της θέσης και των ορίων της τεολογικής θεώρησης στο δίκαιο: Μπορεί να γίνει δεκτό ότι το δίκαιο γενικά υπηρετεί σκοπούς και, αν ναι, ποιούς; Το ερώτημα επαναφέρει στη συζήτηση θεμελιώδη ζητήματα της φιλοσοφίας του δικαίου, τα οποία έχουμε ήδη εξετάσει στο Πρώτο Μέρος κατά την κριτική ανάλυση των βασικών θέσεων του νομικού θετικισμού. Πράγματι, ορισμένες από τις κλασικές θετικιστικές εκδοχές επέμειναν ότι το δίκαιο δεν έχει ποτέ δικούς του σκοπούς και αντλεί το περιεχόμενό του αποκλειστικά από τους οποιουσδήποτε εξωτερικούς ως προς αυτό πολιτικούς σκοπούς που επιδιώκει κάθε φορά ο νομοθέτης.⁷⁶ Από την άλλη πλευρά, ορισμένες

76. Την άποψη αυτή έχει υποστηρίξει emphaticά ο Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1945, ανατύπ. 1949, σ. 20: «...law is a means, a specific social means, not an end». Η παρατήρηση αυτή του Kelsen σημαίνει κυρίως δύο πράγματα: πρώτον, ότι το δίκαιο έχει καθαρά τυπικό χαρακτήρα, υπό την έννοια ότι αποτελεί απλώς μορφή και τεχνική, επομένως δεν υπάρχουν ούτε γενικός σκοπός του δικαίου ούτε καθαυτά δικαϊκά περιεχόμενα και δεύτερον, ότι σκοπούς μπορούν να έχουν μόνο τα επί μέρους νομοθετήματα, αλλά αυτοί προέρχονται αποκλειστικά από πηγές εξωτερικές ως προς το δίκαιο, δηλαδή από τις επιλογές της εκάστοτε νομοθετικής βούλησης, με τις οποίες μπορεί να αναχθεί το οτιδήποτε σε περιεχόμενο του δικαίου. Σε μεγάλο βαθμό συγγενής, αν και πίο ευέλικτη, είναι η άποψη του Joseph Raz, «The Rule of Law and Its Virtue» (βλ. παραπάνω, σημ. 73), στου ιδίου, *Authority*, σ. 220 κ.ε., σύμφωνα με τον οποίο το κράτος δικαίου επιτελεί θετική λειτουργία, κυρίως επειδή καθιστά το δίκαιο προβλεπτό και προστατεύει την ελευθερία των πολιτών, ταυτόχρονα όμως η τήρηση της νομιμότητας, δηλαδή η συνεπής εφαρμογή ενός δικαίου ορθολογικά δομημένου, μπορεί να αφορά μία εντελώς ανήθικη (π.χ. ρατσιστική) έννομη τάξη. Επομένως οι αρχές του κράτους δικαίου διαθέτουν μεν μία εσωτερική αξία ως προς το ίδιο το δίκαιο, αυτή είναι όμως αξία καθαρά εργαλειακή, αξία αποτελεσματικότητας, εφ' όσον το δίκαιο συνολικά δεν είναι παρά ένα εργαλείο, πρόσφορο προς χρήση για αγαθούς, αλλά και για κακούς σκοπούς, όπως ακριβώς ένα μαχαίρι που από μία εσωτερική σκοπιά είναι καλό όταν είναι κοφτερό, άσχετα από τους καλούς ή κακούς εξωτερικούς σκοπούς για τους οποίους κάποιος το χρησιμοποιεί (225): «[This] is the result of an instrumental conception of law. [...] Like other instruments, the law has a specific virtue which is morally neutral in being neutral as to the end to which the instrument is put. [...] For the law this virtue is the rule of law» (σ. 226).

εκδοχές του νομικού ιδεαλισμού έχουν αναγάγει το δίκαιο σε συστατικό στοιχείο μιάς μακροσκοπικής τελολογίας που κινεί ολόκληρη την ανθρώπινη ιστορία, αν όχι και τη φύση συνολικά.⁷⁷ Πάντως ακόμη και ο ακραιφνής αντιθετικιστής, που αρνείται κατηγορηματικά την προαναφερθείσα θετικιστική εργαλειακή-τελολογική θεώρηση, δεν μπορεί να φτάσει στο άλλο άκρο και να ισχυριστεί ότι το δίκαιο δεν υπηρετεί ποτέ εξωτερικούς σκοπούς. Πού ακριβώς βρίσκεται όμως το όριο;

Το ερώτημα αν το δίκαιο υπηρετεί σκοπούς και, αν ναι, τί είδους, είναι πολύ ευρύ και πρέπει να εξειδικευθεί. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι, πολύ γενικά μιλώντας, το δίκαιο συνδέεται με γεγονότα, κατά κανόνα ανθρώπινες αποφάσεις και πράξεις περιβαλλόμενες με θεσμικό κύρος, από την επέλευση ή αντίστοιχα τέλεση των οποίων τίθεται σε ισχύ, κάτι στο οποίο επιμένουν οι θετικιστές και το οποίο, όπως τονίσαμε και στο Πρώτο Μέρος, ούτε ένας αντιθετικιστής θα μπορούσε να αρνηθεί. Το ζήτημα είναι όμως αν τα θεσμικά αυτά γεγονότα αρκούν ώστε να δημιουργήσουν αφ' εαυτών δίκαιο ή χρειάζονται τη συνδρομή και ορισμένων πρόσθετων στοιχείων (οι σύγχρονοι αντιθετικιστές επιμένουν: ορισμένων ηθικοπολιτικών αρχών) ώστε να καταστούν ικανά να αποκτήσουν το νόημα της θεσπίσης δικαίου. Όπως και να εννοήσουμε την πηγή εκπόρευσής του, το νόημα αυτό συνδέεται πάντως με το στοιχείο εκείνο που σε προηγούμενο σημείο ονομάσαμε προθεσιακότητα των

Η άποψη αυτή δεν είναι πάντως σήμερα γενικά αποδεκτή ούτε καν εντός του θετικιστικού στρατοπέδου. Έτσι, για παράδειγμα, ο Jeremy Waldron, «The Concept and the Rule of Law», *Georgia Law Review* 43 (2008), 1 κ.ε., δέχεται (πολύ πιο κοντά στον Fuller) ότι δεν είναι η έννοια του δικαίου που μας οδηγεί στο να αντιληφθούμε τί είναι το κράτος δικαίου, αλλά αντίθετα οι αρχές του κράτους δικαίου είναι εκείνες που μας βοηθούν να οριοθετήσουμε το δίκαιο από το μη δίκαιο.

77. Προς την κατεύθυνση αυτή, την οποία στην ιστορία της φιλοσοφίας εκπροσώπησε εντονότερα από όλους ο Hegel (και αντιστροφή της οποίας επιχείρησε για το δίκαιο ο ύστερος Jhering), πρβλ., από τη σχετικά νεότερη βιβλιογραφία, Ingo Mittenzwei, *Teleologisches Rechtsverständnis: wissenschaftstheoretische und geschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft*, Βερολίνο, Duncker & Humblot, 1988. Μιά ιδιάζουσα ιδεαλιστική θέση εκπροσωπεί ο K. Τσάτσος, *Ερμηνεία*, ιδίως σ. 64 κ.ε., κατά τον οποίο ναι μεν υπάρχει γενικός σκοπός της ιστορίας – η ελευθερία –, τον οποίο υπηρετεί και το δίκαιο, ωστόσο ο σκοπός αυτός είναι υπερβολικά αφηρημένος και χρειάζεται εξειδίκευση, που λαμβάνει χώρα, μεταξύ άλλων, μέσω των επί μέρους αυθεντικών επιλογών του νομοθέτη.

ανθρώπινων πράξεων γενικά, εννοώντας ιδίως την ανάγκη ύπαρξης λόγων επί τη βάσει των οποίων σχηματίζεται η απόφαση τέλεσής τους. Από την ευρύτατη αυτή σκοπιά, το δίκαιο δεν προκύπτει τυχαία σαν από σύμπτωση, αλλά δημιουργείται ασφαλώς για κάποιους λόγους, πράγμα που μπορεί να δικαιολογήσει το να του αναγνωριστεί τελολογικός χαρακτήρας, εννοούμενος χωρίς παραπέρα θεωρητικές συμπαραδηλώσεις.

Το ζήτημα είναι όμως πλέον τί είδους είναι οι λόγοι αυτοί. Ήδη στο προηγούμενο Κεφάλαιο αντιταχθήκαμε με έμφαση στη θετικιστική διδασκαλία σύμφωνα με την οποία οι κρίσιμοι λόγοι δεν είναι άλλοι από τους σκοπούς που συνέβη να είχε κατά νου και την αντίστοιχη βούληση που σχημάτισε ο λεγόμενος ιστορικός νομοθέτης – και αντί γι' αυτό επιμείναμε ότι πρέπει να είναι λόγοι που επιτρέπουν *αντικειμενικά* τη θεώρηση των αντίστοιχων πράξεων ως θεσμικών ενεργημάτων θέσπισης δικαίου, δηλαδή την ερμηνεία τους ως πράξεων που επιφέρουν μεταβολές του ισχύοντος δικαίου. Οι ίδιοι αυτοί λόγοι είναι όμως κρίσιμοι όχι μόνο για την απόφαση ότι με τα ενεργήματα αυτά θεσπίζεται πράγματι δίκαιο, αλλά και για τη διάγνωση του τί δίκαιο θεσπίζεται ακριβώς, δηλαδή την εύρεση του ειδικότερου κάθε φορά ρυθμιστικού περιεχομένου που τίθεται σε ισχύ. Και το ερώτημα είναι τώρα: οι λόγοι αυτοί – οι ηθικοπολιτικές αρχές που δικαιολογούν τη θεώρηση των κρίσιμων θεσμικών γεγονότων ως γενεσιουργών δικαίου –, αποφασιστικοί και για την ερμηνεία του δικαίου με την παραδοσιακή σημασία του όρου, σχετίζονται άραγε με τα αποτελέσματα που προσδοκάται ότι θα επέλθουν από την εφαρμογή των θεσπιζόμενων ρυθμίσεων; Ή μήπως συνδέονται πρωταρχικότερα με τον ιδιάζοντα σεβασμό που πρέπει να αποδοθεί στα πρόσωπα που μετέχουν στις εκάστοτε ρυθμιζόμενες σχέσεις – είναι, δηλαδή, συνεπειοκρατικού ή δεοντοκρατικού χαρακτήρα;

Υπέρ της τελευταίας αυτής δεοντοκρατικής εκδοχής συνηγορούν οι θεμελιώδεις αρχές που διέπουν τις βασικές ρυθμίσεις του ιδιωτικού, του ποινικού και του δημόσιου δικαίου, τις οποίες επισκοπήσαμε προηγουμένως. Κοινό γνώρισμα των ρυθμίσεων αυτών είναι, όπως είδαμε, ότι δεν αποβλέπουν στην επίτευξη ή διατήρηση πραγματικών καταστάσεων και την πραγμάτωση αποτελεσμάτων που για οποιονδήποτε λόγο κρίνονται ευμενή, αλλά στη διευθέτηση σχέσεων μεταξύ προσώπων κατά τρόπο ώστε να τηρείται ο αμοιβαίος σεβασμός που το καθένα από

αυτά στην ατομικότητά του νομιμοποιείται να αξιώσει να του επιδειχθεί από όλα τα άλλα, και κατ' επέκταση από την έννομη τάξη. Η αρχή του αμοιβαίου σεβασμού αποτελεί την άμεση απάντηση στο θεμελιώδες ερώτημα γύρω από το οποίο στρέφεται –και έτσι μόνο γίνεται κατανοητό ως ιδιαίτερο κανονιστικό σύστημα– το δίκαιο συνολικά: τί νομιμοποιούμαστε να απαιτήσουμε ο ένας από τον άλλον στην κοινωνική μας συμβίωση, προσφεύγοντας, αν χρειαστεί, ακόμη και στους μηχανισμούς της δικαστικής προστασίας και του εξαναγκασμού;⁷⁸

Ποιό είναι όμως ακριβώς το στοιχείο εκείνο στις διαπροσωπικές σχέσεις που γεννά την απαίτηση του σεβασμού και γιατί αυτό είναι πρωτίστως δεοντοκρατικό; Αφετηρία για την απαιτούμενη πρόσθετη ανάλυση και θεωρητική ενίσχυση μπορεί να αποτελέσει η υπενθύμιση των παρατηρήσεων που διατύπωσε ο John Rawls εναντίον των προσπαθειών ανεύρεσης των αρχών της οργάνωσης των βασικών θεσμών της κοινωνικής μας συμβίωσης με τη βοήθεια των δύο πιό διαδεδομένων

78. Το ερώτημα αυτό αποτελεί εξειδίκευση, στον τομέα του δικαίου, του θεμελιώδους ερωτήματος που ο Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Καίμπριτζ, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, ιδίως σ. 147 κ.ε., διδάσκει ότι αποτελεί τη βάση της διαπροσωπικής ηθικής: τί καθήκοντα έχουμε ο ένας προς τον άλλον τέτοια που κανένας μας να μην μπορεί εύλογα να τα αρνηθεί; Το ερώτημα αυτό παρέχει δύο βασικά γνωρίσματα που πρέπει να εμφανίζουν τα αμοιβαία μας καθήκοντα ώστε επ' αυτών να βασιστεί ολόκληρη η διαπροσωπική ηθική: το γνώρισμα της καθολικότητας και το γνώρισμα της εξατομίκευσης. Καθολικότητα των διαπροσωπικών καθηκόντων υπάρχει επειδή αυτά είναι δεσμευτικά από και προς όλους: έστω και ένα μόνο πρόσωπο να έχει εύλογους λόγους να απορρίψει μία αξίωση που προβάλλεται ως γενικά δεσμευτική, αντίστοιχο καθήκον δεν υφίσταται γενικά. Τέτοιος εύλογος λόγος μπορεί όμως να γίνεται δεκτός μόνο όταν είναι εξατομικευμένος: δεν αρκεί κάποιος να διαφωνεί γενικά και αόριστα επειδή δεν αισθάνεται ότι το προβαλλόμενο καθήκον τον δεσμεύει (οπότε το καθήκον αυτό θα νομιμοποιούνταν από ένα είδος υποθετικής παμπηφίας), αλλά πρέπει να καταδείξει ότι η τυχόν αποδοχή και εφαρμογή του θα έθιγε ειδικά αυτόν σε κάτι θεμελιώδες που και όλοι οι άλλοι θα αξίωναν ως προς τον εαυτό τους (οπότε και μόνο ισχύει η αρχή «κρείσσων η θέσις του κωλύοντος»). Με αφετηρία το θεμελιώδες αυτό ερώτημα της διαπροσωπικής ηθικής, η εξειδίκευση του δικαϊκού πεδίου επέρχεται με την προσθήκη του περαιτέρω στοιχείου του εξαναγκαστού: το αμοιβαίο αυτό καθήκον πρέπει να είναι τέτοιο ώστε για την τήρησή του να δικαιολογείται ο εξαναγκασμός. Το στοιχείο του εξαναγκασμού, όπως έχουμε δει, έχει θέσει ως θεμέλιο του δικαίου ο Dworkin (βλ. ιδίως *LE*, σ. 93 κ.ε.): είμαι όμως της γνώμης ότι αυτό δεν είναι επαρκές αν δεν γίνει αντιληπτό ως προσθήκη στο αρχικό ερώτημα του Scanlon.

συνεπειοκρατικών θεωριών: αφ' ενός του ωφελιμισμού και αφ' ετέρου της θεωρίας των αξιών και του ευ ζην. Εναντίον του ωφελιμισμού⁷⁹ σημειώνει ότι δεν λαμβάνει σοβαρά υπ' όψη το διακριτό των προσώπων,⁸⁰ ενώ τη θεωρία των αξιών μέμφεται ότι παραγνωρίζει την προτεραιότητα του ορθού απέναντι στο αγαθό.⁸¹ Οι δύο επιγραμματικές, αλλά βαθύτατες αυτές παρατηρήσεις είναι αλληλένδετες και εκφράζουν από κοινού τη δεοντοκρατική πεποίθηση ότι οι βασικοί θεσμοί της κοινωνικής συμβίωσης πρέπει να βασίζονται στην ιδέα της προσωπικής ακεραιότητας και στην αρχή αμοιβαίου σεβασμού των πολιτών, η οποία εκπορεύεται από εκείνην.⁸²

Ειδικότερα, η παρατήρηση εναντίον του ωφελιμισμού αποβλέπει στο να επισημάνει ότι για τη θεσμική οργάνωση της κοινωνίας δεν είναι ικανοποιητική και δεν αρκεί η ιδέα της προτίμησης των ρυθμίσεων εκείνων που μεγιστοποιούν το παραγόμενο συνολικό κοινωνικό όφελος, θεωρούμενο αφηρημένα ως αθροιστική επαύξηση της συνολικής ικανοποίησης και ευημερίας, ό,τι και αν αυτό σημαίνει περαιτέρω. Ο αμερικανός φιλόσοφος ήθελε πρωτίστως να τονίσει ότι η προσέγγιση αυτή παραβλέπει το εντελώς κρίσιμο ζήτημα της κατανομής του οφέλους μεταξύ των πολιτών, δηλαδή το ζήτημα της δικαιοσύνης. Η παρατήρησή του έχει όμως βαθύτερες προεκτάσεις. Η δικαιοσύνη δεν αποτελεί απλώς παράμετρο του κοινωνικού οφέλους, μία ανάμεσα στις άλλες, έστω και ποσοτικά ιδιαίτερα βαρύνουσα: συνιστά κάτι το ποιοτικά διαφορετικό, το οποίο ούτε τη συναπαρίθησή του με άλλα επιδέχεται ούτε σε στάθμισή του μαζί με αυτά υπόκειται, όπως θα συνέβαινε στο πλαίσιο του ωφελιμιστικού λογισμού. Το ζήτημα δεν είναι επομένως να διορθωθεί ο αρχικά ατελής ωφελιμιστικός υπολογισμός

79. Αξίζει να σημειωθεί ότι ο ωφελιμισμός υπήρξε η θεωρία εκείνη που περί τα μέσα του 19ου αιώνα επηρέασε τη θεωρία του δικαίου και την ώθησε να στραφεί προς τον λειτουργισμό και την τελολογική ερμηνεία. Βλ. σχετικά Helmut Coing, «Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehren», *ARSP* 54 (1968), 69 κ.ε.

80. Rawls, *A Theory of Justice*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1971, σ. 27.

81. Rawls, *ό.π.*, σ. 31.

82. Για τη θέση αυτή και τις πολυσχιδείς κανονιστικές της συνέπειες, βλ. διεξοδικότερα Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 141 κ.ε.

με την προσθήκη μιάς σημαντικής παραμέτρου, αλλά να γίνει εμφανές το υποκείμενο υπέρ του οποίου οφείλει να επιχειρείται ο θεσμικός σχεδιασμός. Αυτό δεν μπορεί να είναι αφηρημένα η συνολική κοινωνία ή οποιαδήποτε άλλη ένωση προσώπων τυχαίνει να έχει σχηματιστεί σε μία δεδομένη εποχή, αλλά το κάθε πρόσωπο στην ατομικότητά του, ως ηθικά και πολιτικά διακριτό δρων υποκείμενο.

Τη σκέψη αυτή επεξηγεί και συμπληρώνει η δεύτερη παρατήρηση περί της προτεραιότητας του ορθού απέναντι στο αγαθό. Προτεραιότητα του αγαθού θα σήμαινε ότι το εγχείρημα του θεσμικού σχεδιασμού θα έπρεπε, υπό την προϋπόθεση του διακριτού των προσώπων και με δεδομένο τον αξιακό πλουραλισμό της εποχής μας, να έχει ως κανονιστική αφετηρία του τα εμπειρικά, υπαρκτά κάθε στιγμή υποκείμενα και τις αντιλήψεις περί του αγαθού και του ευ ζην που το καθένα από αυτά τυχαίνει να ασπάζεται, με συνέπεια η εναρμόνισή τους να είναι σχεδόν αδύνατη και έτσι, στην καλύτερη περίπτωση, να είναι εφικτή η υιοθέτηση της άποψης που τυχαίνει κάθε φορά να διαθέτει τη σχετική πλειοψηφία, με συνέπεια να παραβλέπονται εντελώς όλες οι άλλες απόψεις, όσο βαθιά και να είναι η αντίθεσή τους προς την πλειοψηφούσα. Αυτό όμως θα σήμαινε μιά κακή εκδοχή της θέσης ότι πρέπει να γίνεται σεβαστό το πρόσωπο στην ατομικότητά του, εφ' όσον έτσι η ατομικότητα όσων συντάσσονται με την πλειοψηφία ως προς τις αντιλήψεις τους περί του αγαθού θα είναι η μόνη που θα γίνεται σεβαστή, κάτι που θα παραβιάζει την ηθική του ορθού καθώς θα έθιγε όλους τους υπολοίπους, ενδεχομένως μάλιστα σε κάτι εντελώς καίριο για τη ζωή τους. Γι' αυτό και ο Rawls «κατασκευάζει» το πρόσωπο ως κανονιστική αφετηρία του θεσμικού σχεδιασμού εμπλουτίζοντάς το με δύο μόνο ηθικές ιδιότητες, εκ πρώτης όψεως πενιχρές σε περιεχόμενο, αλλά ουσιαστικές λόγω της ιδιαίτερης βαρύτητάς τους: μία αίσθηση για δικαιοσύνη και την ικανότητα να σχεδιάζει αυτόνομα και υπεύθυνα τον βίο του.⁸³ Η εξατομίκευση την οποία εξυπακούει το διακριτό των προσώπων προσδιορίζεται έτσι ως εξατομίκευση δυναμική, όχι στατική: το κάθε πρόσωπο πρέπει να γίνεται σεβαστό ως δρων υποκείμενο, ως φορέας ορισμένων βασικών ικανοτήτων προς διαμόρφωση του βίου του στο πλαίσιο της κοινωνι-

κής συμβίωσης, όχι ως ον που σε δεδομένη στιγμή τυχαίνει να κατέχει συγκεκριμένα αντικείμενα ωφέλιμα ή προσφιλή σ' αυτό ή να βρίσκεται εντός καταστάσεων που το ίδιο αξιολογεί θετικά. Η δυναμική αυτή αντίληψη περί προσώπου αναιρεί και την ενδεχόμενη –δημοφιλή αλλά αβαθή– αντίρρηση περί ατομισμού: είναι ένας ηθικός ατομισμός των ανθρώπων δυνατοτήτων, ίσων για όλα τα ανθρώπινα υποκείμενα, όχι ένας ηθικά ύποπτος εγωκεντρισμός των συμφερόντων.⁸⁴

Το ότι το δυναμικό στοιχείο του προσώπου ως δρώντος υποκειμένου προηγείται κανονιστικά από τη στατική του θεώρηση, όπως την περιγράψαμε προηγουμένως, γίνεται εμφανές με τη βοήθεια του ακόλουθου πρακτικού παραδείγματος, που δείχνει επίσης τόσο τη βαθύτερη σημασία του να αδικείται κάποιος όσο και εκείνη της αρχής της ισότητας. Αν υποθέσουμε ότι ένα αγαθό πρέπει να μοιραστεί σε ίσα μέρη μεταξύ των μελών της ομάδας Ο και ότι τελικά όλοι παίρνουν το μερίδιό τους εκτός από εμένα, η αδικία που υφίσταμαι δεν έγκειται απλώς στη δυσμενή για εμένα πραγματική κατάσταση που διαμορφώνεται, στο ότι δηλαδή εγώ στερούμαι τελικά του μεριδίου που εδικαιούμην, αλλά πρωτίστως στο ότι με την άνιση μεταχείρισή μου τέθηκε σε αμφισβήτηση το status μου ως μέλους της ομάδας, δηλαδή προσβλήθηκε, ειδικά εμένα κατά δυσμενή διάκρισή μου σε σχέση με όλους τους άλλους, η δυνατότητά μου να κάνω χρήση του δικαιώματος που μου παρείχε η ιδιότητά μου ως μέλους της. Το γενικότερο συμπέρασμα που μπορούμε να συναγάγουμε από την ανάλυση του παραδείγματός μας είναι ότι η τήρηση της νομιμότητας και γενικότερα των αρχών του κράτους δικαίου είναι επιβεβλημένη όχι απλώς βάσει της αυτονόητης σκέψης ότι η έννομη τάξη μας βασίζεται σε γενικούς κανόνες οι οποίοι, αφού είναι δεσμευτικοί, πρέπει να τηρούνται σε κάθε περίπτωση έτσι ώστε

84. Τί ακριβώς σημαίνει αυτός ο ηθικός ατομισμός για τον θεσμικό σχεδιασμό (και όχι μόνο) έχει έξοχα διατυπώσει ο Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 2000, σ. 5: «Two principles of ethical individualism seem to me fundamental [...] The first is the principle of equal importance: it is important, from an objective point of view, that human lives be successful rather than wasted, and this is equally important [...] for each human life. The second is the principle of special responsibility: though we must all recognize the equal objective importance of the success of a human life, one person has a special and final responsibility for that success – the person whose life it is».

83. Rawls, ό.π., σ. 505· του ιδίου, *Political Liberalism*, Νέα Υόρκη κ.α., Columbia University Press, 1993, σ. 18 κ.ε.

να επιτυγχάνονται πλήρως τα προσδοκώμενα αποτελέσματα, κάτι ως προς το οποίο αστοχεί η μεμονωμένη μη εφαρμογή,⁸⁵ αλλά πρωτίστως επειδή η μη τήρησή τους σε μεμονωμένες περιπτώσεις προσβάλλει το status των αδικούμενων προσώπων ως ελεύθερων και ίσων πολιτών – και αυτό είναι μάλιστα, όπως θα δούμε, το πρωταρχικό περιεχόμενο της ανθρώπινης αξιοπρέπειας.

Η αρχή του σεβασμού της ανθρώπινης αξιοπρέπειας υπό τη βασική αυτή σημασία της, δηλαδή ως αρχή απόδοσης ίσου σεβασμού σε όλα τα μέλη της δικαϊκής κοινότητας επειδή θεωρούνται ότι διαθέτουν την ικανότητα αυτόνομης και υπεύθυνης διαμόρφωσης του βίου τους, δεν μπορεί να είναι ένα αίτημα απλώς τυπικό, που να αφορά μόνο τη μορφή του δικαίου και κατά τα λοιπά να παραμένει συμβατό με τα οποιαδήποτε ρυθμιστικά περιεχόμενα θα τύχει να επιλέξει ο νομοθέτης. Ούτε πάλι μπορεί να θεωρηθεί απλώς απόρροια της μεθοδολογικής «κατασκευής» του δρώντος υποκειμένου για το ειδικό «πολιτικό» πεδίο της διαμόρφωσης των θεσμών, δηλαδή αφαιρετική σύλληψη του προσώπου κατάλληλη για την εν συνεχεία ορθολογική συναγωγή των θεμελιωδών θεσμικών αρχών που θα επέλεγαν τέτοια πρόσωπα στην υποθετική «φυσική (ή αρχική) κατάσταση».⁸⁶ Αποτελεί αίτημα και δέσμευση βαθύτατα ουσιαστική: είναι ο πραγματικός ηθικός πυρήνας του δικαίου, το κατ' εξοχήν *essentiale juris*, χωρίς την αποκάλυψη και συνειδητοποίηση του οποίου δεν μπορούμε να αντιληφθούμε καν περί τίνος ασχολείται η έννομη τάξη και τί νόημα έχει και πώς διακρίνεται το δίκαιο από το άδικο – ακόμη και υπό τη στοιχειωδέστατη σημασία του συννόμου και του παρανόμου.

Μετά την ανάλυση που προηγήθηκε, μπορούμε άραγε να πούμε ότι το δίκαιο υπηρετεί σκοπούς; Στον βασικό αυτόν πυρήνα του και ό,τι

85. Όπως υποστηρίζει ο Raz (βλ. παραπάνω, σημ. 73).

86. Αυτή είναι η μεθοδολογική τροπή που επέλεξε ο ίδιος ο Rawls στην ύστερη φάση του έργου του, όταν επέμεινε στον απλώς «πολιτικό» χαρακτήρα της έννοιας του προσώπου και της «αρχικής κατάστασης» που χρησιμοποίησε ως αφετηρία της «κατασκευής» των αρχών της δικαιοσύνης. Βλ. John Rawls, *Political Liberalism*, Νέα Υόρκη, Columbia University Press, 1993, σ. 22 κ.ε., 29 κ.ε. Γενικότερα για την «κατασκευαστική» μέθοδό του, βλ. John Rawls, «Kantian Constructivism in Moral Theory», στου ιδίου, *Collected Papers* (επιμ. Samuel Freedman), Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1999, σ. 303 κ.ε.

συνδέεται άμεσα με αυτόν (ιδίως τις βασικές δεοντοκρατικές αρχές των κύριων κλάδων του δικαίου που ενδεικτικά απαριθμήσαμε προηγουμένως) η απάντηση δεν μπορεί παρά να είναι αρνητική:⁸⁷ ο σεβασμός της ανθρώπινης αξιοπρέπειας δεν είναι μία αρχή που, λαμβανόμενη από τον εξωτερικό χώρο της ηθικής, εισάγεται στο δίκαιο με μία απόφαση του νομοθέτη η οποία θα μπορούσε να είναι και διαφορετική, ιδίως δεν είναι ένας εξωτερικός σκοπός που εκ των υστέρων μπορεί να καταστεί και σκοπός κάποιων επί μέρους δικαϊκών ρυθμίσεων – είναι το ίδιο το δίκαιο. Γι' αυτό και η ερμηνεία των κανόνων που περισσότερο ή λιγότερο ευθέως έλκουν τη δεσμευτικότητά τους από αυτήν δεν είναι ερμηνεία τελολογική, αλλά επιχειρηματολογία βάσει αρχών δικαίου.

Μήπως όμως μπορούμε τουλάχιστον να πούμε ότι η προστασία της ανθρώπινης αξιοπρέπειας αποτελεί εγγενή σκοπό του δικαίου; Από μία σκοπιά μπορούμε ασφαλώς να το πούμε. Αυστηρά φιλοσοφικά μιλώντας πρέπει όμως να έχουμε υπ' όψη μας ότι η ανθρώπινη αξιοπρέπεια και ο σεβασμός που πρέπει να της επιδεικνύεται αποτελεί αρχή που διατρέχει από άκρου εις άκρον το δίκαιο – όχι σκοπό που, αδιάφορο πώς, επιλέγεται κάποια στιγμή, ώστε στη συνέχεια να τεθούν στην υπηρεσία του όλα τα δικαϊκά μέσα. Επειδή το δίκαιο έχει, επί ποινή απωλείας του κανονιστικού του υποβάθρου, αυτοδίκαιο καθήκον να την υπηρετεί, μπορούμε κατ' επέκταση να πούμε και ότι αυτή αποτελεί (εγγενή) σκοπό του και αγαθό άξιο προαγωγής, όχι όμως και το αντίστροφο, ότι δηλαδή, επειδή είναι σκοπός αγαθός, το δίκαιο οφείλει να την υπηρετεί.

Πέρα από τον θεμελιώδη αυτόν πυρήνα του, που στους βασικούς κλάδους του είναι αναγκαίο αλλά και επαρκές θεμέλιο των ρυθμίσεών τους, είναι αναμφισβήτητο ότι το δίκαιο σε ορισμένες περιπτώσεις χρησιμοποιείται επίσης και ως κοινωνικό εργαλείο, ως μέσο για την επίτευξη σκοπών ή προώθηση αξιών εξωτερικών ως προς αυτό. Αυτό είναι όμως ενδεχόμενο να συμβαίνει και δεν αποτελεί ουσιώδες γνώρισμα του δικαίου. Το χαρακτηριστικότερο ίσως παράδειγμα αποτελούν οι λεγόμενοι αναπτυξιακοί νόμοι, οι οποίοι ρυθμίζουν το πλαίσιο της διευθυντικής παρέμβασης του κράτους στην οικονομία, με στόχο τη

87. Βλ. και Ulrich Penski, «Der Zweck des Rechts ist das Recht – Zur Teleologie und Selbstbezüglichkeit des Rechts», *ARSP* 90 (2004), 406 κ.ε.

μεγιστοποίηση της συνολικής κοινωνικής ευημερίας. Η ερμηνεία τέτοιων νόμων είναι ασφαλώς σε μεγάλο βαθμό τελολογική με την κυριολεκτική σημασία του όρου.⁸⁸ Άλλες πάλι νομοθετικές ρυθμίσεις έχουν χαρακτήρα μικτό: ενώ από τη μία πλευρά αποβλέπουν στην προώθηση αγαθών προς όφελος του κοινωνικού συνόλου (π.χ. την παιδεία και την υγεία), ταυτόχρονα αφορούν την προστασία ατομικών δικαιωμάτων (το ατομικό δικαίωμα στην παιδεία ή στην υγεία).⁸⁹ Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις η γενικότερη δεοντοκρατική θεώρηση και τα επιχειρήματα αρχών πάντως δεν εκτοπίζονται· αντίθετα εξακολουθούν να ισχύουν και να προηγούνται, έτσι ώστε, σε περίπτωση έντασης, υπερισχύουν των συνεπειοκρατικών-τελολογικών επιχειρημάτων. Για παράδειγμα, η ερμηνεία ενός φορολογικού νόμου, ο οποίος ασφαλώς, πέρα από τους αναδιανεμητικούς λόγους κοινωνικής δικαιοσύνης, αποβλέπει και σε αναπτυξιακούς στόχους, είναι ανεπίτρεπτο να βασίζεται σε τελολογικά επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας εκεί όπου, έστω και μόνο μερικά ή περιστασιακά, η επίτευξη των αποτελεσμάτων αυτών απαιτεί την παραβίαση των αρχών της φορολογικής δικαιοσύνης. Αλλά και ένας αμιγώς εργαλειακός, π.χ. ένας αναπτυξιακός νόμος πρέπει να εφαρμόζεται –και οι επιδιωκόμενοι με αυτόν σκοποί ναπραγματούνονται– υπό όρους ισονομίας και απροσωποληψίας, δηλαδή εντός του γενικού δεοντοκρατικού πλαισίου που χαρακτηρίζει το δικαιο συνολικά.

88. Για τον λόγο αυτόν θεωρώ εύστοχη την ανάλυση του Ernst Steindorff, «Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht», *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Μόναχο, Beck, 1973, σ. 217 κ.ε., που τονίζει τη σημασία του σκοπού του νόμου για την ερμηνεία ειδικά του λεγόμενου οικονομικού δικαίου, και δεν συμπερίζομαι την αντιπαράθεση των Larenz – Canaris, σ. 153, ότι αυτό δεν αποτελεί παρά μία κοινή περίπτωση εφαρμογής της γενικά στο δίκαιο εφαρμοστέας τελολογικής μεθόδου. Σχετικά με το θέμα, βλ. επίσης Werner Fütter, «Auf der Suche nach der Politik des Gesetzes», στο *Dogmatik und Methode: Josef Esser zum 65. Geburtstag*, Kronberg/Ts., Scriptor, 1975, σ. 37 κ.ε.

89. Το ζήτημα πρόκειται να εξεταστεί εγγύτερα στο επόμενο Κεφάλαιο σε συνάρτηση με τις εκεί παρατηρήσεις περί κοινωνικών δικαιωμάτων.

Η ΕΡΜΗΝΕΙΑ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ

Ι. Ιδιαιτερότητα της συνταγματικής ερμηνείας;

1. Έκθεση του προβλήματος και διάγραμμα μελέτης

Το πρόβλημα της ερμηνείας του Συντάγματος έχει τα τελευταία χρόνια, στη χώρα μας και διεθνώς, καταστεί αντικείμενο εντονότατων συζητήσεων. Δύο είναι οι βασικοί λόγοι που οδήγησαν σε αυτό, ένας πρακτικός και ένας θεωρητικός: αφ' ενός η αυξημένη σημασία των συνταγματικών ρυθμίσεων λόγω των προεκτάσεών τους σε ολόκληρη την έννομη τάξη και ιδίως λόγω της διεθνώς παρατηρούμενης τάσης διείσδυσης του συνταγματικού δικαίου στους λοιπούς κλάδους του δικαίου, ακόμη και του ιδιωτικού, και αφ' ετέρου η όλο και ευρύτερη διάδοση της εντύπωσης, στους κόλπους της μεθοδολογίας του δικαίου, ότι η συνταγματική ερμηνεία παρουσιάζει ιδιαιτερότητες που δεν μπορεί να αντιμετωπίσει η τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία, η οποία είναι κατά βάση προσανατολισμένη στους παραδοσιακότερους κλάδους του αστικού και του ποινικού δικαίου.

Η τάση όλο και συχνότερης επίκλησης των συνταγματικών ρυθμίσεων στην καθημερινή νομική πρακτική οφείλεται με τη σειρά της σε ποικίλους λόγους. Ένας βασικός από αυτούς είναι ασφαλώς η διεύρυνση διεθνώς του ελέγχου της συνταγματικότητας των νόμων, είτε από ειδικά συνταγματικά δικαστήρια είτε από τα κοινά δικαστήρια με τη μορφή του διάχυτου ελέγχου. Η ανάγκη διεύρυνσης του ελέγχου συνέπεσε με την παρατηρούμενη σε πολλές χώρες επέκταση της κρατικής δραστηριότητας σε τομείς για τους οποίους δεν είχαν προνοήσει