

έννομη τάξη παρερμηνεύεται καίρια) όταν θεωρεί ότι η συμβολή στη μεγιστοποίηση του γενικού καλού είναι και δική της αποστολή. Τα δικαστήρια κρίνουν αξιώσεις σε διμερείς σχέσεις, στις οποίες οι μετέχοντες πρέπει να αντιμετωπίζονται αντικειμενικά και απροσωπόληπτα.⁸¹ Οτιδήποτε άλλο, ακόμη και η μέριμνα για το γενικό καλό έστω και υπό τον μανδύα του περιορισμού ατομικών αξιώσεων, συνιστά κατάχρηση εξουσίας και παραβίαση της διάκρισης των κρατικών λειτουργιών. Και το δύσκολο στην περίπτωση αυτή είναι ότι η τήρηση των ορίων της δικαιοδοσίας των δικαστικών λειτουργιών επαφίεται στην αυτοκατανόησή τους, εφ' όσον δεν υπάρχει άλλο όργανο να κρίνει αυθεντικά αν συντρέχει υπέρβαση ορίου – υπάρχει μόνο η κοινότητα των νομικών και η δημόσια κριτική που αυτή μπορεί και οφείλει να ασκεί, πράγμα που όμως προϋποθέτει στέρεη νομική παιδεία και απομάκρυνση από έναν διαδεδομένο θεσμικό λαϊκισμό των αγαθών σκοπών.

81. Αυτό ισχύει όχι μόνο για τις πολιτικές αλλά και για τις διοικητικές δίκες. Φυσικά, όταν ζητείται η ακύρωση μιάς διοικητικής πράξης, ιδίως κανονιστικού χαρακτήρα, ο δικαστής δεν μπορεί παρά να σκεφθεί τις επιπτώσεις της ακύρωσης σε ένα ολόκληρο σύνολο ομοειδών περιπτώσεων, περισσότερο ίσως από την περίπτωση της κρίσης του σε μία ιδιωτική διαφορά. Αυτό δεν αρκεί όμως ώστε να μετατρέψει την κρίση του από δεοντοκρατική σε συνεπειοκρατική: θα ήταν εντελώς ανεπίτρεπτο να αποφάσιζε να θυσιάσει τον συγκεκριμένο αιτούντα, για τον οποίο γνωρίζει ότι η αίτησή του είναι βάσιμη, προς χάρη της επίτευξης ενός γενικού αποτελέσματος το οποίο αποτιμά θετικά.

Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Ι. Σε τί συνίσταται η εφαρμογή του δικαίου

Στη δικαιοδοτική πράξη, που όπως έχουμε τονίσει αποτελεί το πρότυπο για κάθε είδος σχηματισμού και εκφοράς νομικών κρίσεων, το έργο του κρίνοντος δικαστή αρχίζει με την εισαγωγή ενώπιόν του μιάς ατομικά προσδιορισμένης βιοτικής σχέσης ως προς την οποία, κατά κανόνα, το ένα από τα μέρη ζητεί την παροχή έννομης προστασίας. Το πώς η εισαγωγή αυτή γίνεται κατά τρόπο θεσμικά έγκυρο ρυθμίζεται ανάλογα με το είδος της κρινόμενης σχέσης από το οικείο δικονομικό δίκαιο. Τη μεθοδολογία του δικαίου, ως διδασκαλία περί του τρόπου θεμελίωσης των νομικών κρίσεων, ενδιαφέρει ένα άλλης τάξεως ερώτημα: πώς, από τα πραγματικά δεδομένα που παρουσιάζονται στον δικαστή ως συστατικά στοιχεία της κρινόμενης σχέσης, ο κρίνων μπορεί με ασφάλη όσο και διαυγή τρόπο να αχθεί στην εκτίμηση ότι αυτά συνιστούν πράγματι μιά ένδικη διαφορά, και μάλιστα ορισμένου είδους, και ότι ειδικά ως προς αυτήν προκύπτει από το ισχύον δίκαιο συγκεκριμένος τρόπος διευθέτησής της, ο οποίος οφείλει να περιληφθεί στο διατακτικό της δικαστικής απόφασης. Αυτό είναι το πρόβλημα της εφαρμογής του δικαίου.

Το μεθοδολογικό πρόβλημα της εφαρμογής του δικαίου εμφανίζεται ως πρόβλημα κάλυψης της απόστασης μεταξύ της ατομικής περίπτωσης που έχει αχθεί προς κρίση ενώπιον του δικαστή και ενός από τους γενικούς κανόνες του ισχύοντος δικαίου, που αρμόζει σε αυτήν. Θεωρητικά, η κάλυψη αυτής της απόστασης μπορεί να γίνει είτε με

αφετηρία τον κανόνα δικαίου,¹ ο οποίος με την ερμηνεία πρέπει να εξειδικευθεί τόσο ώστε να καλύπτει και την κρινόμενη περίπτωση, δηλαδή σε μία πορεία από το γενικό στο ατομικό, είτε αντίστροφα, με την προετοιμασία της κρινόμενης περίπτωσης ώστε να καταστεί ικανή να «υπαχθεί» στον κανόνα δικαίου που θα κριθεί κατάλληλος για αυτήν, δηλαδή σε μία αφαιρετική πορεία από το ατομικό στο γενικό. Θα μπορούσε κανείς να σκεφτεί και έναν συνδυασμό εξειδίκευσης και αφαιρετικής γενίκευσης, έτσι ώστε να υπάρξει συνάντηση κάπου στη μέση της απόστασης.

Σύμφωνα με την παλαιότερη τυποκρατική μεθοδολογική διδασκαλία, το πρόβλημα λύνεται κάλλιστα με μόνη την ερμηνεία: για τη διενέργεια της εφαρμογής αρκεί η γλωσσική ανάλυση του κρίσιμου νομοθετικού κειμένου, που βασίζεται στην εξέταση του συμβατικού νοήματος των επί μέρους γλωσσικών του εκφράσεων και στην εντόπιση των κριτηρίων που προσδιορίζουν το «βάθος» (την ένταση) των αντίστοιχων εννοιών, ώστε στη συνέχεια να διαπιστωθεί αν τα κριτήρια αυτά πληρούνται ή όχι από τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της κρινόμενης περίπτωσης. Για τον λόγο αυτόν το πρόβλημα της αφαιρετικής γενίκευσης του ατομικού, δηλαδή της πορείας από την ατομική περίπτωση προς τον υποψήφιο προς εφαρμογή γενικό κανόνα, δεν απασχόλησε την παλαιότερη μεθοδολογική διδασκαλία.

Το ίδιο ισχύει και σήμερα για τους πιά άκαμπτους από τους εκπροσώπους της νεότερης τυποκρατίας: θεωρούν ότι το βασικό ζητούμενο της θεμελίωσης είναι η ερμηνεία του κανόνα δικαίου και ότι το πρόβλημα της εφαρμογής εξαντλείται στην απόδειξη του ότι τα περιστατικά που συγκροτούν την επίδικη σχέση συνέβησαν πράγματι, και περαιτέρω τη «διαπίστωση» ότι αυτά πληρούν τις αναγκαίες εννοιολογικές προϋποθέσεις ώστε να υπαχθούν στον εφαρμοζόμενο κανόνα – ζήτημα που δεν κρίνεται άξιο ιδιαίτερης ανάλυσης.² Η εύρεση του αρμόζοντος κανόνα θεωρείται ότι για έναν έμπειρο νομικό συντελείται απολύτως

1. Υπενθυμίζουμε ότι τον κανόνα δικαίου εννοούμε εδώ κατά τρόπο ευρύτερο από εκείνον που ακολουθεί η κρατούσα διδασκαλία (σύζευξη πραγματικού και έννομης συνέπειας), προκειμένου ιδίως να ρίξουμε το βάρος στις αρχές του δικαίου. Όταν όμως εκθέτουμε την κρατούσα διδασκαλία, ο όρος θα χρησιμοποιείται με τη σημασία που του δίνει εκείνη.

2. Για το ότι το πρόβλημα της εφαρμογής δεν θεωρείται ότι χρήζει ιδιαίτερης

αβίαστα, χωρίς να χρειάζεται να δικαιολογήσει την απόφασή του. Εξαίρεση αποτελούν οι περιπτώσεις όπου η επιλογή του κατάλληλου γενικού κανόνα εμφανίζεται προβληματική, επειδή οι σοβαροί υποψήφιοι είναι περισσότεροι του ενός, πράγμα που συμβαίνει όταν το ισχύον δίκαιο εμφανίζει αντινομίες ή υπάρχει συρροή κανόνων δικαίου.³ Αλλά ακόμη και στις περιπτώσεις αυτές θεωρείται συνήθως ότι το πρόβλημα αντιμετωπίζεται με την κατάλληλη ερμηνεία, που τη φορά αυτή απλώς υπερβαίνει τον ένα και μοναδικό κανόνα και οφείλει να επεκταθεί προς όλους τους συνυποψήφιους, με σκοπό την επιλογή του απολύτως αρμόζοντος.

Ο λόγος της υποτίμησης της σημασίας του προβλήματος της εφαρμογής εκ μέρους της τυποκρατικής διδασκαλίας είναι διττός. Από τη μία πλευρά, ο τρόπος που τα πραγματικά περιστατικά τής υπό κρίση βιοτικής σχέσης οδηγούν τον εφαρμοστή του δικαίου προς τον εφαρμοστέο γενικό κανόνα θεωρείται ότι δεν είναι δυνατό να αναλυθεί μεθοδολογικά, καθ' όσον η μετάβαση από το ατομικό λαμβάνει χώρα σχεδόν αυτόματα χάρις στην επενέργεια μιάς νοητικής δεξιότητας, την οποία ο Kant έχει αποκαλέσει κριτική ικανότητα ή δύναμη της κρίσης (Urteilkraft), επιμένοντας ότι δεν μπορεί να υπαχθεί σε αυστηρούς μεθοδολογικούς κανόνες.⁴ Κατ' επίταση της καντιανής διδασκαλίας όπως

ανάλυσης και δεν εξετάζεται καν από πολλούς συγγραφείς, βλ. όσους αναφέρονται στη σημ. 24 του Κεφαλαίου Η'.

3. Ο Γιαννίδης, που ανήκει σε αυτούς που δεν θεωρούν το πρόβλημα της εφαρμογής άξιο ιδιαίτερης ανάλυσης, υποστηρίζει ότι: «Ο σχηματισμός της σύνθετης μείζονος [εννοείται η επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα, ως αποτελούμενου από πραγματικό και έννομη συνέπεια, και η τοποθέτησή του στη θέση της μείζονος προτάσεως του δικανικού συλλογισμού] είναι πάντοτε σιωπηρός, εκτός εάν επιβάλλεται η ρητή αιτιολόγησή του» (Αιτιολόγηση Α', σ. 178).

4. Κατά τον Kant, η κριτική ικανότητα, που είναι η ικανότητα σύλληψης του ατομικού ως υπαγόμενου σε ένα γενικό, δεν μπορεί να ακολουθεί μεθοδολογικούς κανόνες, επειδή, έχοντας η ίδια κανονιστικό χαρακτήρα, αποτελώντας δηλαδή εφαρμογή κάποιου κανόνα, θα απαιτούσε την τήρηση άλλων, μεθοδολογικών κανόνων που να ρυθμίζουν την εφαρμογή του, οπότε όμως θα χρειαζόνταν και άλλοι, υπερκείμενοι κανόνες περί της εφαρμογής των μεθοδολογικών αυτών κανόνων, πράγμα που θα κατέληγε σε ένα regressus ad infinitum. Για την καντιανή διδασκαλία περί κριτικής ικανότητας σε σχέση με το ζήτημα της νομικής «υπαγωγής», βλ. Gottfried Gabriel, «Subsumierende und reflektierende Urteilkraft. Zur Vermittlung zwischen Allgemeinem und Besonderem im Justizsyllogismus», στο Gottfried Gabriel

οι ίδιοι την αντιλαμβάνονται, πολλοί μεθοδολόγοι ακολουθούν μία ριζική αντιδιαστολή εύρεσης και θεμελίωσης της απόφασης, με την πρώτη από αυτές (που αφορά κυρίως την επιλογή του γενικού κανόνα) να περιλαμβάνει απλώς τον σχηματισμό μίας υπόθεσης εργασίας, ζήτημα προκαταρκτικό και μεθοδολογικά ασήμαντο, και μόνη τη δεύτερη να υπόκειται σε αυστηρό μεθοδολογικό έλεγχο, που οδηγεί στη μία και μόνη ορθή υπαγωγή και υποδεικνύει τον αποκλεισμό όλων των άλλων, οι οποίες περιορίζονται έτσι στον ρόλο αρχικών αμέθοδων και δοκιμαστικών αλλά εν τέλει ατελέσφορων υπαγωγών.⁵

Από την άλλη πλευρά, οι ίδιοι εκπρόσωποι της νομικής τυποκρατίας, παρ' ότι συνήθως δεν εκφράζονται ρητά, φαίνεται να δέχονται ότι υπάρχει μία φυσική χρήση της γλώσσας, που βασίζεται στη λειτουργία της ως συμβατικής απεικόνισης της πραγματικότητας μέσω ενός πεπερασμένου συνόλου γλωσσικών συμβόλων και έτσι, στο ειδικότερο ζήτημα της εφαρμογής του δικαίου, επιτρέπει την άμεση γλωσσική σύλληψη των πραγματικών περιστατικών της κρινόμενης σχέσης κατά κανόνα χωρίς ταλαντεύσεις και απροσδιοριστίες. Το εναπομένον ζήτημα της κάλυψης της γλωσσικής απόστασης ανάμεσα στην περιγραφή συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών και στη γλωσσική απόδοση των προϋποθέσεων επέλευσης των έννομων συνεπειών στο κείμενο του γενικού κανόνα εκτιμάται ότι καλύπτεται πλήρως από την ερμηνεία ως πορεία εξειδίκευσης και δεν χρειάζεται μία πρόσθετη θεωρία γλωσσικής γενίκευσης ώστε να ολοκληρωθεί η εφαρμογή. Το μόνο που απομένει είναι, κατά την προσέγγιση αυτή, η τέλεση της υπαγωγής, που απαιτεί απλώς την εξέταση του αν τα πραγματικά περιστατικά ικανοποιούν τους εννοιολογικούς όρους που η ερμηνεία αναδεικνύει ως στοιχεία του βάθους και κριτήρια προσδιοριστικά του πλάτους (της έκτασης) του γλωσσικού νοήματος του νόμου και συνεπώς και του εύρους της εφαρμογής του.

Στο άλλο άκρο εξακολουθούν βέβαια να διατυπώνονται απόψεις που προσυπογράφουν τη νομική «ιδιοκρατία», δηλαδή την αντίληψη ότι

& Rolf Gröschner (επιμ.), *Subsumtion: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*, Τύμπινγκεν, Mohr, 2012, σ. 1 κ.ε.

5. Βλ. σχετικά τους συγγραφείς που αναφέρονται παραπάνω, στη σημ. 25 του Κεφαλαίου Η'.

στα νομικά ζητήματα την απάντηση δεν δίνει ο γενικός κανόνας αλλά τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της κρινόμενης περίπτωσης.⁶ Πολλοί προσθέτουν μάλιστα ότι ο γενικός κανόνας χρησιμεύει απλώς στην εκ των υστέρων –ειλικρινή ή προσχηματική– παρουσίαση της ήδη σχηματισμένης δικανικής κρίσης ως κατά κάποιον τρόπο συμβατής με το όλο σύστημα του ισχύοντος δικαίου.⁷ Το φαινόμενο αυτό δεν οφείλεται μόνο στο γεγονός ότι οι σκεπτικιστικές τάσεις που είχαν καταγραφεί κατά το πέρασμα από τον 19ο στον 20ό αιώνα ως «Κίνηση του ελεύθερου δικαίου» επανήλθαν κατά τις τελευταίες δεκαετίες του 20ού με τη μορφή των λεγόμενων «Κριτικών νομικών σπουδών».⁸ Οφείλεται ιδίως στο ότι στο πεδίο της συνταγματικής ερμηνείας, με αφετηρία το πρόβλημα της σχέσης μεταξύ των επί μέρους συνταγματικά προστατευόμενων δικαιωμάτων, έχει, όπως είδαμε στο προηγούμενο Κεφάλαιο, σχεδόν εμπεδωθεί η άποψη ότι τα δικαιώματα δεν είναι παρά αγαθά, μεταξύ των οποίων εμφανίζονται συγκρούσεις που πρέπει να αρθούν με τη μέθοδο της στάθμισης, της οποίας η έκβαση, ελλείψει

6. Μία ξεχωριστή περίπτωση ιδιοκρατικής προσέγγισης συνιστούν οι απόψεις του Jan Schapp, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1983. Κατά τον γερμανό συγγραφέα, το έργο του δικαστή, ιδίως η διαμόρφωση της κρίσης του, στηρίζεται πρωτίστως στη σφαιρική κατανόηση της ιδιαιτερότητας της ατομικής περίπτωσης που έχει ενώπιόν του, ενέργημα που βασίζεται κατ' εξοχήν σε όσα βιωματικά στοιχεία προέρχονται από τον βίοκοσμο (Lebenswelt) στον οποίο είναι ενταγμένος (ιδίως σ. 78 κ.ε.). Η διαφορά της προσέγγισης αυτής από τις λοιπές ιδιοκρατικές έγκειται στο ότι ο Schapp αντιλαμβάνεται και τον νόμο ως διευθέτηση περιπτώσεων στην ατομικότητά τους και όχι ως γενική και αφηρημένη ρύθμιση στην οποία η κρινόμενη ατομική να πρέπει να «υπαχθεί» βάσει τυπικών κυρίως κριτηρίων (σ. 6 κ.ε.). Βλ. επίσης του ιδίου, «Der Fall in der juristischen Methodenlehre», στο Gabriel – Gröschner (επιμ.), *Subsumtion* (παραπάνω, σημ. 4), σ. 227 κ.ε.

7. Πρβλ. παρ' ημίν Ι(ωάννη) Μανωλεδάκη, 7 θέσεις για το δίκαιο και τη δικαιοσύνη, Αθήνα-Κομοτηνή, Αντ. Ν. Σάκουλας, 1992.

8. Κίνηση για την οποία βλ., αντί πολλών άλλων, Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Καίμπριτζ, MA, & Λονδίνο, Harvard University Press, 1986. Ειδικά τη θεωρία της κίνησης αυτής περί της εφαρμογής του δικαίου αναπτύσσει ο Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Καίμπριτζ, MA, Harvard University Press, 1997. Σε εύστοχη κριτική εναντίον των ευρύτερων ανορθολογικών ρευμάτων, στα οποία εντάσσεται και η κίνηση των Κριτικών Νομικών Σπουδών, προβαίνει ο Σταμάτης, *Θεμελίωση*, σ. 104 κ.ε.

ενιαίων κανονιστικών «σταθμών», εξαρτάται από την «ιδιαιτερότητα των εκάστοτε περιστάσεων», δηλαδή από ηθικές ή άλλες κανονιστικής φύσεως διαισθήσεις («ενοράσεις») του κρίνοντος, τη στιγμή που θα βρεθεί αντιμέτωπος με την περίπτωση που έχει να κρίνει, οι οποίες δεν επιδέχονται περαιτέρω ανάλυση. Τον πρωταγωνιστικό ρόλο των διαισθήσεων αυτών είχε άλλωστε ήδη υποστηρίξει από αρκετά χρόνια στη Γερμανία επίσης το ρεύμα της «νομικής ερμηνευτικής» (*juristische Hermeneutik*), δεχόμενο ότι κάθε ερμηνευτικό ενέργημα στο δίκαιο έχει ως αφετηρία του τις ηθικονομικές διαισθήσεις του κρίνοντος, που συνιστούν την «προ-κατανόησή» του και σε μεγάλο βαθμό ενεργοποιούνται όχι από τον γενικό κανόνα αλλά από την υπό κρίση περίπτωση, με συνέπεια κάθε ερμηνεία του δικαίου να αποτελεί ταυτόχρονα και εφαρμογή του, η οποία μάλιστα, λόγω του ότι εμπνέεται από την ιδιαιτερότητα της κρίνόμενης περίπτωσης, έχει πάντα δημιουργικό χαρακτήρα.⁹

Σε προηγούμενο σημείο (παραπάνω, Κεφ. Β', υπό V, 2γ) έχουμε ήδη εκθέσει τις αντιρρήσεις μας κατά της ιδιοκρατίας στην ηθική. Οι αντιρρήσεις αυτές ισχύουν απολύτως και εναντίον της νομικής ιδιοκρατίας. Στο δίκαιο μάλιστα, παρ' ότι οι ιδιοκρατικές ενστάσεις εναντίον της νομικής τυποκρατίας δεν στερούνται βάσης ως προς το κριτικό τους μέρος, η γενικότητα είναι ίσως ακόμη πιό αναγκαία,¹⁰ ωστόσο υπάρχει

9. Στο θέμα των σχέσεων ερμηνείας και εφαρμογής, οι υποστηρικτές της νομικής ερμηνευτικής αρέσκονται να αναφέρουν τη θέση του Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1990, σ. 314, ο οποίος, παραλληλίζοντας τη νομική με τη θεολογική ερμηνεία, αποφάνθηκε ότι «η κατανόηση είναι στο σημείο αυτό πάντα ήδη εφαρμογή» (βλ. και παρακάτω, Κεφ. ΙΕ', σημ. 8). Για την επίδραση της θέσης του αυτής στη μεθοδολογία του δικαίου, βλ. αντί άλλου Stephan Mader, *Missverstehen und Verstehen*, Τύμπινγκεν, Mohr, 2004, σ. 63 κ.ε. Βλ. επίσης Ulrich Schroth, «Juristische und philosophische Hermeneutik», στο Gabriel – Gröschner (επιμ.), *Subsumtion* (παραπάνω, σημ. 4), σ. 129 κ.ε. Από τη σκοπιά της τυποκρατικής μεθοδολογίας, οξεία κριτική κατά του συγκεκριμένου ερμηνείας και εφαρμογής του δικαίου και του συνακόλουθου ισχυρισμού ότι η ερμηνεία-εφαρμογή του δικαίου έχει αναγκαία δικαιοπαγωγικό χαρακτήρα έχει από πολλά χρόνια ασκήσει ο Horst Zimmermann, *Rechtsanwendung als Rechtsfortbildung: Untersuchungen zu einem 'hermeneutischen' Problem*, Βέρνη κ.α., P. Lang, 1977.

10. Το ευλογοφανέστερο επιχείρημα κατά της νομικής ιδιοκρατίας είναι ότι στο δίκαιο βαρύνουσα σημασία έχει η ίση μεταχείριση και η συνέχεια και συνέπεια της εφαρμογής του, αρχές που συνδέονται άρρηκτα με τη γενικότητα και την

τρόπος υπεράσπισης μιάς αντιτυποκρατικής μεθοδολογίας που να μην απεμπολεί την παραδοχή ότι όχι μόνο σε άλλους τομείς του επιστητού, αλλά και στο δίκαιο έχει πέρα για πέρα νόημα να μιλάμε για ορθολογικά ελεγχόμενη μετάβαση από το γενικό στο ατομικό. Πώς ακριβώς συμβαίνει αυτό, προκύπτει εν μέρει από τις αναλύσεις των προηγούμενων Κεφαλαίων, αλλά θα επιχειρηθεί να γίνει ακόμη σαφέστερο στη συνέχεια (παρακάτω, υπό ΙΙΙ, 2, και Κεφάλαιο ΙΕ', υπό ΙV και V).

Στο σημείο αυτό πρέπει όμως να προταχθεί η εξέταση ορισμένων σημαντικών ενδιάμεσων θεωριών, οι οποίες δεν διαφοροποιούνται μεν από την τυποκρατική διδασκαλία σε όλο το φάσμα της, ωστόσο αρνούνται τόσο τον τυποκρατικό ισχυρισμό ότι η εφαρμογή του δικαίου, ως πορεία γενίκευσης από την υπό κρίση ατομική περίπτωση προς τον γενικό κανόνα, είναι περιττή και αρκεί η αντίστροφη πορεία της ερμηνείας όσο και την ιδιοκρατική παραδοχή ότι η μεθοδολογική πρωτοκαθεδρία ανήκει στην ατομικότητα της περίπτωσης, από την οποία, κατά έναν τρόπο για τον οποίο δεν μπορεί να υπάρξει μεθοδολογική υποστήριξη, εκπορεύονται οι αποφασιστικές για τον σχηματισμό της δικανικής κρίσης ενοράσεις.

Ειδικότερα, οι ενδιάμεσες αυτές θεωρίες¹¹ συμπλέουν λίγο-πολύ με την κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία στα ζητήματα του δικανικού

καθολική εφαρμογή των κανόνων, αλλά και το στοιχειωδέστατο αίτημα της δικαιοσύνης. Βλ. Neil MacCormick, «Universals and Particulars», στο ίδιου, *Rhetoric*, σ. 78 κ.ε. Το επιχείρημα αυτό ωστόσο, παρ' ότι εύλογο, είναι από μόνο του ανεπαρκές, αν δεν συνδυαστεί με μιά δεοντοκρατική σύλληψη της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Διότι, στην περίπτωση που η ίση μεταχείριση γινόταν αντιληπτή απλώς ως αγαθό ή αξία, άρα ως κανονιστικό μέγεθος που μπορεί να σταθμιστεί με άλλα, τίποτε δεν θα απέκλειε το ενδεχόμενο σε δεδομένη στιγμή η «ιδιαιτερότητα της κρίνόμενης περίπτωσης» να υποδείκνυε ως προτιμότερη την άνιση μεταχείριση λόγω της *in concreto* μεγαλύτερης βαρύτητας κάποιου άλλου αγαθού. Βλ. σχετικά Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 182.

11. Πατέρας των θεωριών αυτών είναι ο Karl Engisch, με το πρωτοποριακό για την εποχή του έργο *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Πρέπει να σημειωθεί ότι, αν εξαιρέσουμε το ζήτημα της εφαρμογής, ο Engisch υπήρξε πολύ συντηρητικός στις μεθοδολογικές του απόψεις, όπως δείχνει το μεταγενέστερο βιβλίο του *Einführung in das juristische Denken*, μία από τις εκδόσεις του οποίου αποδίδει η υπάρχουσα ελληνική μετάφραση. Στο ζήτημα της εφαρμογής στην ίδια ενδιάμεση θέση μεταξύ τυποκρατών και αντιτυποκρατών βρίσκεται επίσης ο Karl Larenz (μαζί με τον μαθητή του Claus-Wilhelm Canaris) με το βιβλίο του *Methodenlehre*

συλλογισμού και της ερμηνείας. Στο ζήτημα ωστόσο της εφαρμογής, στόχος τους είναι να περιορίσουν στο ελάχιστο τα ανορθολογικά στοιχεία που οι μεταξύ των αντιτυποκρατών σκεπτικιστές επιμένουν ότι κυριαρχούν κατά την εφαρμογή του δικαίου. Προς τον σκοπό αυτό αναλύουν την πορεία της εφαρμογής του δικαίου σε διακριτά επί μέρους βήματα, το καθένα από τα οποία επιμένουν ότι μπορεί σε σημαντικό βαθμό να τύχει μεθοδολογικής επικουρίας. Την πειστικότητα της κριτικής τους κατά της περί εφαρμογής διδασκαλίας των ακραιφνών τυποκρατών οφείλουν στο εύλογο επιχείρημα ότι η παραγνώριση των ιδιαίτερων προβλημάτων της εφαρμογής ενδέχεται να οδηγήσει σε πλημμελείς θεμελιώσεις δικανικών κρίσεων, και μάλιστα με ελαττώματα αφανή και έτσι ιδιαιτέρως επικίνδυνα. Αυτά μπορούν να εμφολωθούν εκεί όπου η μεν συλλογιστική δομή της θεμελίωσης εμφανίζεται άψογη και η ερμηνεία του εφαρμοζόμενου νόμου επιτυχής, αποσιωπώνται όμως εναλλακτικά δυνατές υπαγωγές και συναφή με αυτές επιχειρήματα που θα μπορούσαν να οδηγήσουν σε διαφορετική τελική κρίση.¹²

Πρέπει να τονίσουμε για μία ακόμη φορά ότι η εδώ ανάπτυξη ακολουθεί την αντιτυποκρατική οδό και δεν συμβαδίζει με την κρατούσα διδασκαλία ούτε στο θέμα της συλλογιστικής δομής της θεμελίωσης ούτε στο ζήτημα της ερμηνείας του νόμου. Στο ζήτημα της εφαρμογής του δικαίου, ενώ υποστηρίζει ότι αυτό θέτει ξεχωριστά ερωτήματα που δεν καλύπτονται από την ερμηνεία και χρειάζονται ειδική μνεία και αντιμετώπιση, διαχωρίζει τη θέση της και από την προαναφερθείσα ενδιάμεση θεωρία κατά το ότι αντιλαμβάνεται τη θεμελίωση των

der Rechtswissenschaft (πλέον σε επανεπεξεργασία από τον δεύτερο), το οποίο παραμένει έως σήμερα το μεγαλύτερης επιρροής διεθνώς σύγγραμμα μεθοδολογίας του δικαίου, έστω και αν ορισμένες αντιτυποκρατικές θέσεις του, τολμηρότερες από εκείνες του Engisch, δεν ακολουθούνται από την κρατούσα διδασκαλία. Από τη γαλλική μεθοδολογική συζήτηση, στις ίδιες ενδιάμεσες θεωρίες πρέπει να κατατάξουμε και εκείνην του Bergel, *Méthodologie*, σ. 135 κ.ε., ιδίως 153 κ.ε.

12. Εδώ είναι το σημείο όπου έχει βάση το συνήθως γενικόλογα και χωρίς την απαιτούμενη ακρίβεια λεγόμενο ότι το απαγωγικό πρότυπο θεμελίωσης είναι ακατάλληλο ως (μεθοδο)λογικό υπόδειγμα της διανοητικής πορείας που απαιτείται για τη θεμελίωση των νομικών κρίσεων. Φυσικά αυτό δεν έρχεται σε αντίφαση προς την εδώ υποστηριζόμενη άποψη ότι στο δίκαιο είναι δυνατή άλλου είδους μετάβαση από το γενικό στο ατομικό.

νομικών κρίσεων ως ενιαίο ενέργημα, δηλαδή ολιστικά (παρακάτω, Κεφ. ΙΕ', υπό V). Η έκθεση της θεωρίας αυτής κρίνεται ωστόσο αναλυτικά απαραίτητη και θα επιχειρηθεί αμέσως μετά (υπό ΙΙ), ακολουθούμενη από μία συνοπτική αναφορά στις ιδιαίτερες εκείνες περιπτώσεις (αντινομίες και συρροή) όπου ακόμη και η τυποκρατική μεθοδολογία παραδέχεται ότι τίθεται ξεχωριστό ζήτημα εφαρμογής (υπό ΙΙΙ). Ο λόγος δεν είναι μόνο ότι, τουλάχιστον στην ηπειρωτική Ευρώπη, στο ειδικό ζήτημα της εφαρμογής του δικαίου η ενδιαμέσθη αυτή θεωρία έχει σήμερα μάλλον υπερισχύσει των τυποκρατικών θεωριών· είναι ιδίως ότι στο ίδιο αυτό ζήτημα έχει διατυπώσει ορισμένες σημαντικές θέσεις, η συνεπής υιοθέτηση των οποίων πιστεύουμε –και αναπτύσσουμε περαιτέρω υπό ΙV– ότι θα έπρεπε να την είχε οδηγήσει σε αναθεώρηση των μεθοδολογικών της απόψεων γενικά, και έτσι στην απομάκρυνση από την κρατούσα σχολική διδασκαλία σε όλο της το εύρος, προς την κατεύθυνση της παραδοχής τού κατά βάση επιχειρηματολογικού (αντί του συλλογιστικού) χαρακτήρα της θεμελίωσης των νομικών κρίσεων και του πρωταγωνιστικού ρόλου των αρχών του δικαίου (αντί της γραμματικής ερμηνείας).

II. Οι επί μέρους εργασίες της εφαρμογής

Σύμφωνα με την προαναφερθείσα ενδιάμεση θεωρία, στην οποίας τα περί εφαρμογής διδασκόμενα περιοριζόμαστε προς το παρόν, τα στάδια ή εργασίες που συναποτελούν την εφαρμογή του δικαίου είναι τέσσερα:¹³ (i) η απόκτηση βεβαιότητας ότι τα πραγματικά περιστατικά που συγκροτούν την υπό κρίση ατομική περίπτωση συνέβησαν πράγματι, δηλαδή αυτό στο οποίο αποβλέπει η διαδικασία της απόδειξης· (ii) η αφαιρετική επεξεργασία των περιστατικών αυτών ώστε να μετονομαστούν στο επίπεδο γλωσσικής αφάιρεσης στο οποίο κινείται η διατύπωση των κανόνων δικαίου και ειδικότερα το μέρος του εκείνο

13. Για τα επόμενα, βλ. μεταξύ άλλων, με μικρές παραλλαγές, Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 87 κ.ε., και *Εισαγωγή*, σ. 171 κ.ε.· Engisch, *Logische Studien*, σ. 19· Larenz – Canaris, σ. 99 κ.ε.· Rüthers, σ. 408 κ.ε.

που αποκαλείται πραγματικό τους: (iii) η επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα· και (iv) η υπαγωγή ως η τελική εκτίμηση του κρίνοντος δικαστή αν η υπό κρίση περίπτωση εμπίπτει ή όχι στο πραγματικό του εφαρμοστέου κανόνα, οπότε επέρχονται, ή αντίστοιχα δεν επέρχονται, οι προβλεπόμενες από αυτόν έννομες συνέπειες.

1. Απόδειξη

Κατά την εκτιθέμενη εδώ ενδιάμεση θεωρία αλλά και την τυποκρατική διδασκαλία, ο κρίνων δικαστής πρέπει, σε ένα πρώτο βήμα, να αποκτήσει βεβαιότητα για το ότι τα πραγματικά περιστατικά που έχουν εισαχθεί ενώπιόν του ως συγκροτούντα την επίδικη σχέση έχουν πράγματι συμβεί. Πρώτη επιδίωξη αποτελεί δηλαδή η επαλήθευση ή διάψευση των ισχυρισμών των διαδίκων και το ζήτημα φαίνεται εκ πρώτης όψεως να είναι, από μεθοδολογική όσο και από νομική σκοπιά, καθαρά θέμα εμπειρικής γνώσης. Τα πράγματα δεν είναι όμως τόσο απλά. Από νομική πλευρά, η διαδικασία της απόδειξης ρυθμίζεται από ειδικές διατάξεις του εκάστοτε ισχύοντος δικονομικού δικαίου και όλοι γνωρίζουμε ότι οι ρυθμίσεις αυτές, παρ' ότι ασφαλώς αποβλέπουν στη μεγαλύτερη δυνατή προσέγγιση της αλήθειας, αρκούνται στην απόκτηση μιάς από τη σκοπιά της έννομης τάξης κρίσιμης όσο και επαρκούς βεβαιότητας, η οποία μάλιστα δεν απαιτείται να είναι παντού του ίδιου ακριβώς βαθμού, αλλά διαφοροποιείται ανάλογα με το είδος της εκάστοτε κρίνόμενης σχέσης (π.χ. πρέπει να είναι πολύ μεγαλύτερη στο ποινικό δίκαιο προκειμένου να καταδικαστεί ο κατηγορούμενος, ενώ στο ιδιωτικό δίκαιο η τυχόν αποδεικτική αφροντιστία ενός διαδίκου ευνοεί αυτόματα την αληθοφάνεια των ισχυρισμών του αντιδίκου του, χωρίς κατά κανόνα να επιτρέπεται στον δικαστή να πάρει ο ίδιος πρωτοβουλίες για την περαιτέρω διερεύνηση της αλήθειας). Ο λόγος δεν είναι μόνο ότι ο δικαστής είναι αδύνατον (κατ' αρχήν μάλιστα απαγορεύεται¹⁴) να προσφύγει σε δικές του εμπειρικές παρατηρήσεις των

14. Η απαγόρευση αφορά τις τυχόν ιδιωτικές γνώσεις του δικαστή για την υπό κρίση περίπτωση και ο λόγος είναι ότι διαφορετικά ο δικαστής, κρίνοντας αντικειμενικά και απροσωπώληπτα, θα έπρεπε να γίνει κριτής της δικής του αξιοπιστίας. Εξάιρεση υπάρχει ως προς τις γνώσεις για την κρίνόμενη υπόθεση που ο δικαστής

κρίσιμων συμβάντων που κατά κανόνα ανήκουν χρονικά στο παρελθόν, οπότε οφείλει να περιοριστεί στην εκτίμηση της αξιοπιστίας των αποδεικτικών μέσων που επικαλούνται οι διάδικοι, ζήτημα μεθοδολογικά εντελώς διαφορετικό από την εμπειρική επιβεβαίωση ή διάψευση (που εξασφαλίζουν είτε η άμεση παρατήρηση είτε η εφαρμογή των μέσων επαλήθευσης ή διάψευσης που παρέχουν οι φυσικές επιστήμες και οι τεχνικές εφαρμογές τους)· αλλά είναι και ότι η έννομη τάξη, με κριτήρια κανονιστικά και όχι επιστημολογικά, επεμβαίνει στην αποδεικτική διαδικασία διαφοροποιώντας-την, πολλές φορές ριζικά, από τη μεθοδολογική πορεία που ακολουθείται για την απόκτηση εμπειρικής βεβαιότητας, π.χ. ρυθμίζοντας το βάρος της απόδειξης με κριτήρια κανονιστικά και όχι πιθανολογικά, αποκλείοντας σε κάποιες κατηγορίες περιπτώσεων τη χρήση ορισμένων αποδεικτικών μέσων, ή καθιερώνοντας τεκμήρια, όπως το τεκμήριο αθωότητας του κατηγορουμένου στις ποινικές δίκες, τα οποία αποβλέπουν στην κατά νόμον εξομοίωση της αβεβαιότητας ως προς ορισμένα εμπειρικά συμβάντα με τη μη απόδειξή τους.

Από καθαρά μεθοδολογική σκοπιά, η άποψη ότι η απόκτηση βεβαιότητας ως προς τα πραγματικά περιστατικά της κρίνόμενης περίπτωσης βασίζεται αποκλειστικά σε μέσα εμπειρικού χαρακτήρα δεν ισχύει στον απόλυτο βαθμό που ισχυρίζεται η πλειονότητα των συγγραφέων.¹⁵ Δεν χωρεί αμφιβολία ότι η επίδικη σχέση συγκροτείται στον πυρήνα της, που είναι το βασικό στοιχείο που της προσδίδει την ατομικότητά της ως αντικειμένου νομικής κρίσης, από συμβάντα του εξωτερικού κόσμου, τα οποία αποτελούν κατ' αρχήν αντικείμενα εμπειρικής παρατήρησης, ή πάντως έμμεσης εμπειρικής συναγωγής, χωρίς την οποία είναι αδιανόητος ο έλεγχος του αν οι συναφείς με αυτά ισχυρισμοί αληθεύουν ή όχι. Εκείνο όμως που δεν ισχύει *eo ipso* είναι η άποψη ότι η επέλευση των έννομων συνεπειών ως προς την υπό κρίση

αποκτά επίσημα, κατά την άσκηση του λειτουργήματός του (ιδίως ως προς το περιεχόμενο της δικογραφίας ή ως προς γεγονότα ή καταστάσεις που αποτέλεσαν αντικείμενο αυτοψίας).

15. Χαρακτηριστικοί εκπρόσωποι της άποψης αυτής είναι οι Koch – Rüßmann, σ. 271 κ.ε., οι οποίοι μάλιστα πρεσβεύουν ότι η εμπειρική διαπίστωση του αν τα πραγματικά περιστατικά της επίδικης σχέσης πράγματι συνέβησαν είναι και το μόνο πρόβλημα της εφαρμογής.

ατομική περίπτωση είναι το αποτέλεσμα αποκλειστικά και μόνο συμβάντων του εξωτερικού κόσμου και ότι επομένως η εμπειρική διαπίστωση του τί πράγματι συνέβη αρκεί για την απόκτηση βεβαιότητας περί των πραγματικών ισχυρισμών των διαδίκων ώστε ο δικαστής να προχωρήσει στην τέλεση και των υπόλοιπων βημάτων της εφαρμογής. Εναντίον της άποψης αυτής πρέπει να διατυπωθούν επιφυλάξεις που συνδέονται με δύο βασικά ζητήματα: πρώτον, ότι το αντικείμενο της ένδικης διαφοράς, άρα και της απόδειξης, συγκροτείται κατά κανόνα από ανθρώπινες πράξεις, η απόκτηση βεβαιότητας για τις οποίες γίνεται με μέσα πολύ πιο σύνθετα από την εμπειρική παρατήρηση γεγονότων του εξωτερικού κόσμου· και δεύτερον, ότι η εκτίμηση της πειστικότητας και δύναμης των αποδεικτικών μέσων ενέχει αναπόδραστα και την εκτίμηση της αξιοπιστίας ανθρώπινων ισχυρισμών, η οποία επίσης δεν συντελείται αποκλειστικά με τα βοηθήματα που προσφέρουν όσες επιστήμες έχουν ως αντικείμενο την καταγραφή και εξήγηση συμβάντων της εξωτερικής πραγματικότητας (συμπεριλαμβανομένης και της ψυχικής ή νοητικής κατάστασης των δρώντων σε ορισμένη χρονική στιγμή, η οποία για τον κρίνοντα –αν και όχι και για τον κρίνόμενο– αποτελεί και αυτή μία εξωτερική πραγματικότητα).

Ως προς το πρώτο ζήτημα, στην ανάπτυξη που προτάχθηκε στο Κεφάλαιο Β' του ανά χειράς βιβλίου τονίστηκε εμφαντικά ότι η ανθρώπινη πράξη είναι κάτι πολύ πολυπλοκότερο από μία απλή μεταβολή της εξωτερικής πραγματικότητας οφειλόμενη στις προθέσεις και τη βούληση του πράττοντος. Η αιτιακή θεωρία περί πράξης, που ισχυρίζεται αυτό ακριβώς, περιορίζεται, όπως είδαμε εκεί, στην εξωτερική πλευρά της πράξης ως εμπειρικά διαπιστώσιμης μεταβολής της πραγματικότητας, ενώ την εσωτερική πλευρά, την οποία αντιλαμβάνεται ως κινούσα βούληση, λαμβάνει υπ' όψη της μόνο ως αιτιακό παράγοντα της μεταβολής. Νεότερες όμως θεωρίες, όπως επίσης είδαμε, επιμένουν πολύ περισσότερο στη σημασία –και είναι πολύ διεισδυτικότερες στην ανάλυση– της εσωτερικής πλευράς της πράξης, την οποία δεν συλλαμβάνουν απλώς ως δέσμη βιοψυχικών κινήτρων και βούληση ως κατάσταση του νου που προκύπτει από αυτά, αλλά πρωτίστως ως δυνητική εσωτερική διαβούλευση και αναζήτηση των λόγων προς το πράττειν που συγκαθορίζουν, από κοινού με τα εξωτερικά αποτελέσματα, το είδος (το νόημα) της προς τέλεση πράξης, με έναν από τους

λόγους αυτούς να κρίνεται εν τέλει από τον πράττοντα ως υπέρτερος των υπολοίπων και να αναλαμβάνει αναστοχαστικά, όχι μόνο απέναντι στον ίδιο αλλά και απέναντι σε όλους τους άλλους που αντιλαμβάνονται και θέλουν να κρίνουν αντικειμενικά την πράξη, την (κανονιστική) λειτουργία της δικαιολόγησής της.

Έτσι, ακόμη και υπό το πρίσμα νεότερων φιλοσοφικών θεωριών, που τονίζουν τη διάσταση των πράξεων ως συμβάντων και αντιλαμβάνονται τον βασικό εκείνο λόγο που πρυτάνευσε στην απόφαση του δρώντος να τελέσει την πράξη ως αιτία της, υπό ευρεία έστω έννοια,¹⁶ το ζήτημα της αναζήτησης των λόγων αυτών δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι καθαρά εμπειρικό.¹⁷ Η εκ μέρους ενός τρίτου απόκτηση βε-

16. Η σημαντικότερη από τις θεωρίες αυτές είναι εκείνη του Donald Davidson, που περιέχεται ιδίως στις σχετικές σύντομες αλλά εξαιρετικά πυκνές μελέτες του «Actions, Reasons, and Causes», «The Individuation of Events» και «Mental Events», όλες ανατυπωμένες στο ίδιο, *Essays on Actions and Events*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1980, σ. 3 κ.ε., 163 κ.ε., και 207 κ.ε., αντίστοιχα.

17. Όπως είδαμε στο Κεφάλαιο Β', η πιο απόρριπτα εμπειριοκρατική σύλληψη της πράξης, που οι περισσότεροι συνδέουν με το όνομα του Hume, υποστηρίζει ότι το εσωτερικό μέρος της απαρτίζεται από επιθυμίες και παραστάσεις του νου, δηλαδή από ψυχικές και νοητικές καταστάσεις που μπορούν και αυτές να γίνουν αντιληπτές ως στοιχεία της εμπειρικής πραγματικότητας. Ο σύγχρονος φιλόσοφος που περισσότερο από όλους επιχείρησε να εκλεπτύνει και βελτιώσει τη θεωρία αυτή είναι ο Donald Davidson (βλ. προηγούμενη σημ.), ο οποίος, πρώτον, διέσπειλε σημαντικά την έννοια της επιθυμίας ώστε να περιλάβει ακόμη και αξιακές-ηθικές επιλογές και, δεύτερον, αρκέστηκε στη σχέση «επιγένεσης» (supervenience) μεταξύ αφ' ενός των φυσι(ολογι)κών, κυρίως εγκεφαλικών μεταβολών και αφ' ετέρου των αντίστοιχων ψυχικών και νοητικών καταστάσεων που διαμορφώνονται στη βιοψυχική υπόσταση του δρώντος, τη στιγμή που αποφασίζει να τελέσει την πράξη, άρα και της πρακτικής πεποίθησης που σχηματίζει ως προς τις αξιακές και λοιπές κανονιστικές δεσμεύσεις ώστε η δράση του να προσλάβει συγκεκριμένο περιεχόμενο. Όμως ακριβώς αυτή η παραδοχή μιάς σχέσης «επιγένεσης» μεταξύ του πραγματικού και του νοητικού και εν τέλει και του κανονιστικού νομίζω ότι, ενώ περιγράφει εξωτερικά μία κανονική διαδοχή φυσικών και νοητικών συμβάντων που φαίνονται σαν να συνδέονται με σχέση αιτιότητας, δείχνει την αδυναμία σύλληψης της κανονιστικής διάστασης της πράξης ως παραγόμενης («ανωμάλως», όπως λέει ο ίδιος ο Davidson, παραδεχόμενος με τον τρόπο αυτόν ότι δεν υπάρχουν επιστημονικοί νόμοι που να εξηγούν τη γένεση της νοητικά και κατ' επέκταση και κανονιστικά ελαινόμενης απόφασης του δρώντος να τελέσει την πράξη αυτού ακριβώς του περιεχομένου αποκλειστικά ως συνέπεια των αμέσως προηγούμενων συμβάντων στο νευρικό του σύστημα) από εμπειρικά προσβάσιμους παράγοντες και

βαιότητας για την πράξη δεν περιορίζεται συνεπώς στην παρατήρηση και καταγραφή εξωτερικών συμβάντων και την εξήγηση των αιτιών, φυσικών και βιοψυχικών, που την προκάλεσαν, αλλά πρέπει να επεκταθεί και στην κατανόηση¹⁸ τόσο του αυτουργού ως δρώντος προσώπου όσο και της πράξης του ως δράσης συνδεδεμένης προς εκείνους τους λόγους προς το πράττειν, υποκειμενικούς και αντικειμενικούς, που είναι συναφείς με αυτήν. Το ενέργημα της κατανόησης δεν καθοδηγείται απλώς από εμπειρικές γενικεύσεις, δηλαδή από στατιστικούς νόμους που έχουν συναχθεί επαγωγικά ως καταγραφές του συνήθως συμβαίνοντος σε αντίστοιχες πρακτικές περιστάσεις, αλλά προϋποθέτει και ένα στοιχείο αναστοχασμού, που προσδίδει στον κρίνοντα, επειδή και ο ίδιος δρα με βάση λόγους προς το πράττειν που δεν είναι καθαρά ιδιοσυγκρασιακοί, μιά ιδιάζουσα πρακτική πείρα την οποία η κοινή γλώσσα αποκαλεί «εμπειρία ζωής».

Ανάλογα ισχύουν και ως προς την εκτίμηση της δύναμης των προσκομιζόμενων αποδεικτικών μέσων. Πολλές φορές τα αποδεικτικά μέσα επενεργούν έμμεσα, δηλαδή δεν αναφέρονται ευθέως στα προς απόδειξη γεγονότα αλλά σε άλλα γεγονότα, από τα οποία τα αποδεικτέα συνάγονται βάσει εμπειρικής πιθανολόγησης. Όμως η εκτίμηση της αξιοπιστίας των μαρτυρικών καταθέσεων, αλλά σε μεγάλο βαθμό και του ακριβούς νοήματος και της αποδεικτικής δύναμης των εγγράφων της δικογραφίας, δεν μπορεί να βασιστεί αποκλειστικά σε εμπειρικές παρατηρήσεις ή πιθανολογικές-στατιστικές γενικεύσεις περί του συνήθως συμβαίνοντος.¹⁹ Πρέπει επίσης να λάβει υπ' όψη της ότι πρόκειται

μόνο. Για την αυτοτέλεια της κανονιστικότητας και των λόγων προς το πράττειν απέναντι στους εμπειρικούς όρους της «παραγωγής» τους, βλ. πρόσφατα T. M. Scanlon, *Being Realistic about Reasons*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2015. Για την τυπική σχέση της «επιγένεσης» μεταξύ του πραγματικού και του κανονιστικού, βλ. συνοπτικά Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 89 κ.ε., με περαιτέρω βιβλιογραφική τεκμηρίωση.

18. Την ανάγκη κατανόησης της πράξης τονίζουν εύστοχα οι Larenz – Canaris, σ. 106 κ.ε., που όμως περιορίζουν την κατανόηση στη σύλληψη των προθέσεων του δρώντος και παραβλέπουν τη σημασία των λόγων προς το πράττειν και την κανονιστική τους διάσταση.

19. Η κρατούσα τουλάχιστον άποψη μεταξύ των δικονομολόγων περιορίζει τη χρήση των «διδασμάτων της κοινής πείρας», αλλά και το σύνολο της διανοητικής πορείας της απόδειξης, αποκλειστικά σε αυτήν την εμπειρική διάσταση της επιδιω-

για ενέργειες ή δημιουργήματα δρώντων προσώπων βασιζόμενα σε λόγους προς το πράττειν, η διαμόρφωση πεποίθησης για τα οποία και για το τί ακριβώς σημαίνουν, και τί αποδεικνύουν ή δεν αποδεικνύουν, προϋποθέτει ότι ο κρίνων, πέρα από τις εμπειρικές παρατηρήσεις και γνώσεις του, διαθέτει και άλλου είδους εμπειρία που προέρχεται από τη «μετέχουσα» στάση του απέναντι στα ανθρώπινα δρώμενα.²⁰

κόμησης βεβαιότητας, ή έστω πιθανολόγησης, περί συμβάντων· βλ. αντί άλλου, από την πιο πρόσφατη βιβλιογραφία, Erik Kraatz, *Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung*, Βερολίνο & Βοστώνη, de Gruyter, 2011, με πλουσιότατο περαιτέρω υπομνηματισμό. Από μεθοδολογική σκοπιά, στον καθαρά εμπειρικό χαρακτήρα της άμεσης και έμμεσης απόδειξης εμμένουν αποφασιστικά οι Koch – Rüßmann, σ. 277-345, που μάλιστα παρεμβάλλουν και μία εκτενέστατη έκθεση των στατιστικών μεθόδων. Το αντίθετο άκρο, τουλάχιστον ως προς το θέμα της εκτίμησης της αξιοπιστίας των διαδίκων και των μαρτύρων, εκπροσωπεί η άποψη, σύμφωνα με την οποία πρωτεύοντα ρόλο διαδραματίζει η πειστικότητα που επιτυγχάνουν κυρίως τα μέσα της ρητορικής και της δικανικής «αφήγησης» (narrative, story-telling)· προς αυτήν την κατεύθυνση, βλ. William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Κάιμπριτζ, Cambridge University Press, 2006. Ενδιάμεση, και κατά τα εδώ διαλαμβανόμενα ορθότερη, είναι η άποψη που υποστηρίζεται από τον Jerzy Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Ντόρντρεχτ, Kluwer & Springer, 1992, σ. 173 κ.ε., σύμφωνα με τον οποίο η εκτίμηση των αποδείξεων είναι εν μέρει ζήτημα εφαρμογής πορισμάτων των εμπειρικών επιστημών αλλά και εν μέρει επιχειρηματολογίας και «πρακτικής εμπειρίας».

20. Και αυτή πάντως η διάσταση δεν πρέπει να απολυτοποιείται: το πώς ο κρίνων δικαστής σχημάτισε «δικανική πεποίθηση» εκτιμώντας τα αποδεικτικά μέσα δεν είναι κάτι το υποκειμενικό και ενδόμυχο, άρα και μη ανακοινώσιμο στους άλλους ως προϊόν της προσωπικής του εμπειρίας ζωής. Στην απολυτοποίηση αυτή φαίνεται ωστόσο να υποκύπτει η νομολογία του Αρείου Πάγου, ιδίως σε περιπτώσεις καταδικαστικών ποινικών αποφάσεων, όταν δέχεται ότι για την αιτιολόγηση της κρίσης των δικαστηρίων της ουσίας αρκεί οι αποφάσεις τους να διαλαμβάνουν ότι το δικαστήριο έλαβε υπ' όψη του και εκτίμησε δεόντως όλα τα αποδεικτικά μέσα, χωρίς να χρειάζεται ανάλυση του τί ακριβώς και σε ποιόν βαθμό βεβαιότητας προκύπτει από το καθένα από αυτά. Η νομολογία αυτή, μεταξύ άλλων, παρορά και συγκαλύπτει την κεφαλαιώδη διαφορά που υπάρχει μεταξύ, π.χ., της πεποίθησης που σχηματίζεται από την εντύπωση που προκαλεί ένας μάρτυρας αποκλειστικά λόγω της ρητορικής του δεινότητας ή της γενικότερης εμφάνισής του στο δικαστήριο και εκείνης που σχηματίζεται επειδή τα λεγόμενά του υπήρξαν αντικειμενικώς και κατά την ουσία τους πειστικά. Απόλυτα δικαιολογημένη και εύστοχη εναντίον της νομολογίας αυτής, που οδηγεί στην ανοχή ανατιολόγητων αποφάσεων, είναι η οξεία κριτική την οποία ασκεί ο Ν(ικόλαος) Κ. Ανδρουλάκης, *Αιτιολογία και αναιρε-*

Τέλος, πρέπει να σημειωθεί ότι πολλοί συγγραφείς υποστηρίζουν πως προϋπόθεση της εφαρμογής ορισμένων κανόνων δικαίου είναι αυτό που ονομάζουν «θεσμικά γεγονότα».²¹ Τα θεσμικά γεγονότα, που αντιδιαστέλλονται προς τα «ωμά» ή φυσικά γεγονότα τα οποία διαπιστώνονται εμπειρικά, περιλαμβάνουν όλα εκείνα τα «δεδομένα» που προϋποθέτουν τη συλλογική δράση των ανθρώπων, ιδίως όταν αυτή είναι οργανωμένη θεσμικά. Για παράδειγμα, το αν κάποιος είναι έγγαμος ή όχι, το αν σε μιά ανταλλακτική σχέση πιστώθηκε ορισμένο χρηματικό ποσό και αν η αξία του υποτιμήθηκε λόγω μεσολαβήσαντος πληθωρισμού, το αν μιά δημόσια έκταση συμβαίνει να χρησιμοποιείται συστηματικά ως βοσκότοπος, κ.ο.κ., αποτελούν ερωτήματα που ενδέχεται να αφορούν τις πραγματικές προϋποθέσεις της εφαρμογής κανόνων δικαίου, δεν είναι όμως απλά γεγονότα που υποπίπτουν στις ανθρώπινες αισθήσεις, αλλά συστατικά μιάς «κατασκευασμένης» κοινωνικής πραγματικότητας, η συνδρομή των οποίων απαιτεί να ληφθεί υπ' όψη ο λεγόμενος προθεσιακός (intentional) χαρακτήρας τους, το ότι

τικός έλεγχος ως συστατικά της ποινικής απόδειξης, Αθήνα, Π. Ν. Σάκκουλας, 1998, ιδίως σ. 75 κ.ε. Ας σημειωθεί ότι ανάλογα ισχύουν και για την ανοχή που επιδεικνύει ο ΑΠ στην πρακτική των πολιτικών δικαστηρίων της ουσίας, σε δίκες προσδιορισμού τιμής μονάδας για τον καθορισμό της αποζημίωσης σε απαλλοτριώσεις ακινήτων, να αρκούνται στην αναφορά των προσκομισθέντων συγκριτικών στοιχείων και στη διαβεβαίωση ότι κατέληξαν στην κρίση τους μετά από συνεκτίμησή τους, χωρίς καμία νύξη για τους λόγους για τους οποίους απέδωσαν μεγαλύτερη αποδεικτική δύναμη σε κάποια από αυτά εις βάρος των άλλων.

21. Βλ., αντί άλλου, Neil MacCormick, «Norms, Institutions, and Institutional Facts», *Law and Philosophy* 17 (1998), 301 κ.ε. Πρέπει πάντως να επισημανθεί ότι η αγγλική λέξη fact εμφανίζει μιά δισημία. Από τη μία πλευρά, η λέξη δηλώνει το πραγματικό γεγονός, δηλαδή μιά μεταβολή της εξωτερικής πραγματικότητας που οφείλεται σε ορισμένα αίτια και είναι προσιτή στις ανθρώπινες αισθήσεις. Από την άλλη πλευρά όμως, στην έκφραση «it is a fact that...», δηλώνει ότι κάτι είναι βέβαιο ή αληθές, και αυτό μπορεί να είναι και κανονιστικού χαρακτήρα. Έτσι, το ότι κάποιος είναι φορέας ενός δικαιώματος δεν αποτελεί ένα πραγματικό γεγονός («θεσμικό» ή άλλου είδους) με την πρώτη σημασία, η πρόταση όμως «it is a fact that he is the holder of that right» μπορεί κάλλιστα να χρησιμοποιεί την ίδια λέξη με τη δεύτερη σημασία. Η σύγχυση των δύο σημασιών είναι φανερή, π.χ., στην ανάπτυξη του Alan R. White, «Fact in Law», στο William Twining (επιμ.), *Facts in Law*, ARSP Beiheft 16, Βισμπάντεν, Franz Steiner, 1982, σ. 108 κ.ε. Τη δισημία επισημαίνει γενικότερα ο John Skorupski, «Propositions about Reasons», *European Journal of Philosophy* 14 (2006), 26 κ.ε.

δηλαδή συνυφαίνονται με κοινωνικούς θεσμούς ή πάντως συλλογικές κοινωνικές πρακτικές που αποβλέπουν στην επίτευξη ορισμένων σκοπών ή γενικότερα συνδέονται με κανονιστικές εκτιμήσεις δεοντοκρατικού ή τελολογικού χαρακτήρα.²² Δεν λείπουν μάλιστα και κάποιοι που υποστηρίζουν την ακραία άποψη ότι, επειδή η καταγραφή των γεγονότων και καταστάσεων οποιουδήποτε είδους γίνεται κατ' ανάγκη με τη μεσολάβηση της γλώσσας, που είναι δημιούργημα συλλογικό και χρησιμοποιείται για πρακτικούς σκοπούς, δεν υπάρχει πραγματικότητα, ούτε καν η πιο αναντίρρητα φυσική, στην οποία να μην συμμετέχει και κάποια κοινωνική κατασκευή.²³

Την τελευταία αυτή άποψη, ιδίως όταν διατυπώνεται ως θέση μεταφυσική που οδηγεί αναπότρεπτα σε έναν αχαλίνωτο σχετικισμό, μπορούμε εδώ να αφήσουμε κατά μέρος. Για το ζήτημα εξ άλλου της γλωσσικής αποτύπωσης των γεγονότων που συνθέτουν την υπό κρίση βιοτική σχέση θα κάνουμε λόγο αμέσως μετά. Κατά τα λοιπά, πρέπει να τονίσουμε ότι από τη σκοπιά της μεθοδολογίας του δικαίου τα «θεσμικά γεγονότα» δεν παρουσιάζουν ιδιαίτερα προβλήματα απόδειξης. Πρόκειται κατά κανόνα για νομικές καταστάσεις προσώπων ή πραγμάτων, δηλαδή για το νομικό τους status που είναι το αποτέλεσμα της προγενέστερης εφαρμογής ενός κανόνα δικαίου άλλου από τον κρίσιμο αυτό, ως προς την εφαρμογή του οποίου τίθεται ζήτημα ελέγχου αν στη συγκεκριμένη περίπτωση συντρέχουν οι αναγκαίες προϋποθέσεις (π.χ. το αν ένας διάδικος είναι πράγματι έγγαμος προκειμένου να κριθεί αν δικαιούται να λάβει κάποιο επίδομα, ή αν είναι κύριος ενός ακινήτου προκειμένου να κριθεί αν υπέχει υποχρέωση στήριξης ενός τοίχου που κινδυνεύει να καταρρεύσει προς την πλευρά του γειτονικού ακινήτου). Ζήτημα πρόσθετης απόδειξης, διαφορετικό από εκείνο που τέθηκε

22. Για την «κατασκευή» της κοινωνικής πραγματικότητας και τον προθεσιακό χαρακτήρα των στοιχείων που τη συνθέτουν, θεμελιώδες είναι το βιβλίο του John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Νέα Υόρκη, The Free Press, 1995.

23. Πρόδρομος των ακραίων αυτών «μεταμοντέρνων» απόψεων υπήρξε το (μη φιλοσοφικό!) βιβλίο των Peter L. Berger – Thomas Luckman, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Χάρμοντσγουερθ, Penguin Press, 1967, που υπήρξε κατά καιρούς του συρμού. Η διαφορά στη διατύπωση του τίτλου σε σχέση με το βιβλίο του Searle που αναφέραμε στην προηγούμενη σημείωση είναι ενδεικτική.

κατά την προκαταρκτική εφαρμογή του άλλου εκείνου κανόνα, δεν ανακύπτει. Σε άλλες περιπτώσεις «θεσμικών γεγονότων» και «κοινωνικών κατασκευών» (όπως είναι, για να παραμείνουμε στα παραδείγματά μας, ζητήματα σχετικά με τις χρηματικές συναλλαγές και τις διάφορες σύγχρονες μορφές τους ή με τη χρήση δημόσιων γαιών ως βοσκοτόπων) η απόκτηση βεβαιότητας ως προς αυτά δεν διαφέρει από εκείνη των φυσικών γεγονότων όταν αυτή είναι έμμεση: είτε η συμμετοχή στον καθημερινό βίο παρέχει στον κρίνοντα δικαστή όλα τα αναγκαία μέσα ώστε να αντιληφθεί, με τη μορφή πασίδηλων πραγμάτων ή διδαγμάτων της κοινής πείρας ή με την αξιολόγηση μαρτυρικών καταθέσεων, τί αληθεύει είτε καθίσταται αναγκαία η κλήση ειδικών επιστημόνων από τους οποίους ζητείται να εκφέρουν ως πραγματογνώμονες τεκμηριωμένη γνώμη στο προς απόδειξη θέμα, όπως θα συνέβαινε, π.χ., σε ένα ιατρικό ζήτημα όταν ως προς αυτό έχουν ανακύψει θέματα αστικής ευθύνης.

2. Νομικός χαρακτηρισμός των αποδειχθέντων

Το επόμενο βήμα της εφαρμογής του δικαίου μετά την απόδειξη των πραγματικών περιστατικών συνίσταται, κατά την εκτιθέμενη εδώ ενδιάμεση θεωρία, στον νομικό χαρακτηρισμό τους. Τα πραγματικά περιστατικά έχουν γίνει γνωστά στον δικαστή από τις αφηγήσεις των διαδίκων και τα αποδεικτικά μέσα, με τη μορφή γλωσσικών εκφράσεων και εκφορών. Ο νομικός χαρακτηρισμός τους είναι ένα είδος μεταγλώττισης από την κοινή γλώσσα, στην οποία διατυπώνονται συνήθως οι αφηγήσεις των διαδίκων και των μαρτύρων, στη γλώσσα που χρησιμοποιούν οι διατάξεις του τεθειμένου δικαίου.²⁴ Στη μεταγλώττιση αυτή συμβάλλουν, πριν από την αυθεντική διενέργειά της από τον δικαστή, οι δικηγόροι των διαδίκων με τα δικόγραφα που συντάσσουν, αλλά και η γλωσσική διατύπωση που ακολουθείται στα τυχόν κρίσιμα για την περίπτωση νομικά έγγραφα.

Ο νομικός χαρακτηρισμός των πραγματικών περιστατικών τής υπό κρίση βιοτικής σχέσης είναι το βασικότερο βήμα στη μετάβαση από την ατομική περίπτωση προς τον γενικό κανόνα δικαίου· ως εκ τούτου

24. Για τη σχέση της γλώσσας του δικαίου με την κοινή ή καθομιλουμένη, βλ., αντί άλλου, Π. Σούρλα, *Θεμελιώδη ζητήματα*, σ. 87 κ.ε.

αποτελεί το κεντρικό μέρος σε μιά πορεία αφαιρετική.²⁵ Η αφαίρεση που πρέπει να γίνει είναι διττή. Πρώτον, δεδομένου ότι η γλώσσα που χρησιμοποιούν τα νομοθετικά κείμενα είναι γενική, υπό την έννοια ότι προσδιορίζει τα γενικά χαρακτηριστικά που πρέπει να εμφανίζει μιά πλειάδα ομοειδών περιπτώσεων, τα ιδιαίτερα εκείνα γνωρίσματα που στοιχειοθετούν την ατομικότητα της κρίνόμενης περίπτωσης πρέπει να μετασχηματιστούν και μετονομαστούν προς το γενικότερο με οδηγό το επίπεδο γλωσσικής γενίκευσης που χρησιμοποιεί ο νομοθέτης. Για παράδειγμα, η λεπτομερής περιγραφή του τρόπου εισόδου ενός κακοποιού σε κοσμηματοπωλείο, π.χ. αν έγινε τη νύχτα και ενώ το κατάστημα ήταν κλειστό και με θραύση του υαλοπίνακα της προθήκης με λαστό, πρέπει να αναδιατυπωθεί με τρόπο που να επιτρέπει να κριθεί αν εμπίπτει στην πίο αφηρημένη έννοια της διάρρηξης που χρησιμοποιεί το άρθρο 296 ΠΚ περί διακεκριμένης κλοπής.

Δεύτερον, ο εφαρμοστής του δικαίου κατά την εν λόγω πορεία γλωσσικής γενίκευσης πρέπει να προβεί σε αφαίρεση ορισμένων από τα γνωρίσματα που στοιχειοθετούν την ατομικότητα της κρίνόμενης περίπτωσης· πρέπει, δηλαδή, να ξεχωρίσει ποιά από αυτά είναι αποφασιστικά για τη νομική της διευθέτηση και να παραβλέψει κάποια άλλα επειδή δεν είναι κρίσιμα από τη σκοπιά αυτή. Για παράδειγμα, η περιγραφή, εκ μέρους ενός μάρτυρα, της ενδυμασίας των μετεχόντων προσώπων κατά τη στιγμή της τέλεσης της πράξης που τελεί υπό δικαστική κρίση αφορά ένα γεγονός κατά κανόνα αδιάφορο νομικά, που πρέπει να παραλειφθεί στην αφαιρετική πορεία του νομικού χαρακτηρισμού, π.χ. προκειμένου να κριθεί αν έχει συναφθεί μιά σύμβαση δανείου· το αν όμως συγκεκριμένο πρόσωπο φορούσε στολή αστυνομικού είναι κρίσιμο όταν πρόκειται για δίκη που αφορά την τέλεση του εγκλήματος της αντίστασης κατά της αρχής. Αυτή συνεπώς η διαλογή μεταξύ κρίσιμων και μη κρίσιμων πτυχών της επίδικης βιοτικής σχέσης δεν είναι μιά διεργασία που μπορεί να πραγματοποιηθεί αυτόματα, αλλά προϋποθέτει ορισμένες κανονιστικές παραμέτρους, που καθορίζουν τον άξονα στον οποίο πρέπει να κινηθεί η γενίκευση και αφαίρεση.²⁶

25. Βλ., αντί άλλου, Engisch, *Logische Studien*, σ. 35.

26. Η εξεταζόμενη εδώ ενδιάμεση θεωρία τονίζει τον προσανατολισμό της πορείας της γλωσσικής γενίκευσης από την ατομική περίπτωση στον γενικό κανόνα,

Πέρα όμως από το ζήτημα της σχέσης ανάμεσα στην καθομιλουμένη και την ειδική και πιο αφηρημένη γλώσσα που χρησιμοποιούν οι διατάξεις του νόμου και τα συναφή προβλήματα αφαίρεσης που εγείρει, ένα κρίσιμο ζήτημα που τίθεται ήδη πριν από αυτό είναι πώς η ίδια η καθομιλουμένη, την οποία χρησιμοποιούν όσα από τα πρόσωπα που μετέχουν σε μιά δίκη δεν έχουν νομική παιδεία, αποτυπώνει τα πραγματικά δεδομένα που συγκροτούν την κρινόμενη βιοτική σχέση. Πολλοί είναι εκείνοι που πρεσβεύουν ότι η γλωσσική αυτή αποτύπωση γίνεται αυτόματα και αβίαστα, επειδή, όπως υπολαμβάνουν, αρκεί η φυσική εξοικείωση με τη μητρική γλώσσα και η κοινή εμπειρία από τη συμμετοχή στην κοινωνική ζωή ώστε να βρεθούν οι κατάλληλες γλωσσικές εκφράσεις. Η εντύπωση που συνοδεύει την αντίληψη αυτή είναι μάλιστα ότι τα πραγματικά περιστατικά περί των οποίων γίνεται λόγος είναι απλά συμβάντα και καταστάσεις του εξωτερικού κόσμου. Όπως είδαμε όμως προηγουμένως, στις περισσότερες των περιπτώσεων οι επίδικες σχέσεις συντίθενται από ανθρώπινες πράξεις (και παραλείψεις), και μάλιστα με επιπτώσεις σε άλλους. Λόγω του ειδικού αυτού αντικειμένου της νομικής κρίσης δυσκολίες δεν προκύπτουν μόνο από την ανάγκη να αχθεί σε πέρας το εγχείρημα της απόκτησης βεβαιότητας για το εσωτερικό μέρος της κρινόμενης πράξης που, όπως είδαμε εκεί, προϋποθέτει την πιο πολύπλοκη διαδικασία της κατανόησης, αλλά και από το γεγονός ότι η κατονομασία μιάς πράξης ακόμη

επισημαίνοντας ότι το τί είναι νομικά σημαντικό από όλα τα χαρακτηριστικά της κρινόμενης περίπτωσης δεν είναι δεδομένο γενικά και αφηρημένα, αλλά ποικίλλει ανάλογα με τον προς εφαρμογή κανόνα· βλ. σχετικά Engisch, *Logische Studien*, σ. 32. Χωρίς και να τονίζει ρητά τον κανονιστικό χαρακτήρα της αφαιρετικής αυτής εργασίας, διαφοροποιείται πάντως στο σημείο αυτό από την τυποκρατική διδασκαλία, η οποία είναι κατηγορηματική, και μόνο σε μία ομάδα περιπτώσεων δέχεται ότι η εφαρμογή (ή μάλλον, κατ' αυτήν, η ερμηνεία) του δικαίου εμπλέκεται με κανονιστικά ζητήματα: όταν ο κανόνας δικαίου στο πραγματικό του περιέχει και τις λεγόμενες «αξιολογικές έννοιες» (π.χ. «σπουδαίος» λόγος, «καλόπιστος» συναλλασσόμενος, «βάνανση» συμπεριφορά). Βλ. μεταξύ άλλων, από τη σκοπιά της τυποκρατικής διδασκαλίας, Koch – Rüßmann, σ. 201 κ.ε.· Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 37 (που κάνει λόγο γενικότερα για «μετανομικές ποιοτικές προϋποθέσεις» του πραγματικού των κανόνων δικαίου). Για τις αξιολογικές έννοιες ειδικά στο ποινικό δίκαιο, βλ. ευρύτερα Άννα Ψαρούδα-Μπενάκη, *Τα αξιολογικά στοιχεία της αντικειμενικής υποστάσεως του εγκλήματος*, Αθήναι, Αφοί Π. Σάκκουλα, 1971.

και στην κοινή γλώσσα δεν σχετίζεται μόνο με τα προκαλούμενα εξωτερικά αποτελέσματα, αλλά συνδέεται, τουλάχιστον στις περισσότερες των περιπτώσεων, με υπόρρητα κανονιστικά στοιχεία, τα οποία εξυπακούουν τους λόγους προς το πράττειν που θα συνηγορούσαν γενικά υπέρ ή εναντίον της τέλεσής της, αλλά και θα παρακινούσαν έναν αντικειμενικό παρατηρητή να διατυπώσει έπαινο ή ψόγο. Περιγραφές που δεν περιέχουν ευθέως εκφράσεις της κανονιστικής γλώσσας, όπως «τον πυροβόλησε εξ επαφής», «έπεσε με το ποδήλατο και έσπασε τον υαλοπίνακα της προθήκης του καταστήματος» ή «στο τέλος του μηνός άφησε τους υπαλλήλους του απλήρωτους», συνδέονται αναπόδραστα με κανονιστικές συμπαραδηλώσεις, οι οποίες αποτελούν συστατικά του νοήματος των αντίστοιχων πράξεων και παραλείψεων και, δεδομένου μάλιστα ότι πρόκειται για πράξεις με επιπτώσεις σε άλλους, σχετίζονται με τους λόγους που θα είχε ο οποιοσδήποτε, αν ενεργούσε στη θέση του πράττοντος, να τις τελέσει ή όχι. Και πριν επομένως αρχίσει η γλωσσική αφαίρεση με προσανατολισμό προς τον εφαρμοστέο κανόνα, ακόμη και η εντελώς πρώτη γλωσσική αποτύπωση των γεγονότων δεν είναι εντελώς ανεπηρέαστη από κανονιστικά στοιχεία.

Η εκτιθέμενη εδώ ενδιαμέση θεωρία, όπως την ονομάσαμε προηγουμένως εννοώντας τη διδασκαλία εκείνη που ακολουθεί μεν σε γενικές γραμμές την τυποκρατική μεθοδολογία αλλά ειδικά στο ζήτημα της εφαρμογής διαφοροποιείται σημαντικά από εκείνην, αναγνωρίζει ως έναν βαθμό ότι η γλωσσική επεξεργασία των πραγματικών περιστατικών δεν είναι απλή γλωσσική αποτύπωση εξωτερικών μεταβλητών της πραγματικότητας, αλλά περιέχει και κανονιστικές παραμέτρους που γίνονται ενεργές από τη στιγμή που θα αρχίσει να παίρνει τον χαρακτήρα γενίκευσης και αφαίρεσης· δεν φτάνει όμως ως το σημείο να δεχθεί ότι ακόμη και η πρώτη γλωσσική αποτύπωση των γεγονότων, όταν αυτά αναφέρονται σε ανθρώπινες συμπεριφορές, ενέχει αναπόδραστα και ορισμένες κανονιστικές συμπαραδηλώσεις, έστω και αν αυτές δεν αρκούν και απλώς, άλλοτε περισσότερο και άλλοτε λιγότερο, προλεικνούν το έδαφος για τον νομικό χαρακτηρισμό της υπό κρίση περίπτωσης. Η ευρύτερη σημασία των κανονιστικών στοιχείων τα οποία επενεργούν κατά τη γλωσσική αποτύπωση των πραγματικών δεδομένων που συναπαρτίζουν την κρινόμενη βιοτική σχέση και κατά την εν συνεχεία αφαιρετική επεξεργασία της θα εξεταστεί λίγο

αργότερα, όταν η ανάπτυξή μας προχωρήσει στην κριτική θεώρηση της κρατούσης μεθοδολογικής διδασκαλίας συνολικά.

3. Επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα και υπαγωγή

Η πορεία από την κρινόμενη ατομική περίπτωση προς τον εφαρμοζόμενο κανόνα δικαίου κορυφώνεται, κατά την εξεταζόμενη εδώ ενδιαμέσση θεωρία, με την επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα. Εφαρμοστέος είναι ο κανόνας που αρμόζει στην περίπτωση· το κριτήριο της επιλογής πρέπει επομένως να προκύπτει από εκείνα από τα χαρακτηριστικά της υπό κρίση βιοτικής σχέσης που είναι τα πιά βαρύνοντα από τη σκοπιά της αξιολόγησής της κατά το ισχύον δίκαιο – στοιχεία που υποτίθεται ότι έχουν ήδη εντοπιστεί κατά το στάδιο του νομικού χαρακτηρισμού της, «δείχνοντας» με αυτόν τον τρόπο αρχικά μεν ενδεχομένως προς μία ομάδα συγγενών κανόνων δικαίου, οριστικά δε σε εκείνον από αυτούς που εκτιμάται ότι είναι ο περισσότερο αρμόζων. Η οριστικοποίηση της επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα προϋποθέτει βέβαια την ερμηνεία του καθενός από τους αρχικούς υποψηφίους, έτσι ώστε να έχει διευκρινιστεί επακριβώς ποιά είναι τα αποφασιστικά γνωρίσματα που πρέπει να εμφανίζει μία βιοτική σχέση ώστε να εμπίπτει στα πεδία εφαρμογής τους – δηλαδή, κατά την κρατούσα διδασκαλία, ποιά είναι τα στοιχεία των χρησιμοποιούμενων από το κείμενο του νόμου εννοιών που συγκροτούν το βάθος τους (την έντασή τους), ώστε από αυτά στη συνέχεια να προσδιοριστεί και το πλάτος τους (η έκτασή τους) και τελικά να κριθεί, με βάση την ερμηνευτική αυτή προεργασία, ποιός από τους υποψήφιους κανόνες διαθέτει πλάτος ικανό να υποδεχθεί την κρινόμενη περίπτωση. Εφ' όσον γίνει η επιλογή του κανόνα, δεν μένει παρά η σύγκριση των στοιχείων που καθορίζουν το βάρος και το πλάτος των εννοιών του πραγματικού του με τα γνωρίσματα της κρινόμενης περίπτωσης, που συνιστά το τελευταίο στάδιο της εφαρμογής, την υπαγωγή.²⁷ Η υπαγωγή, εφ' όσον έχει προηγηθεί η ορθή επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα, δεν μπορεί παρά να έχει μία από δύο απολήξεις:²⁸

27. Αντί άλλου, βλ. την ανάλυσή της από τον Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 95 κ.ε.

28. Στο σημείο αυτό ακριβώς είναι που εκδηλώνεται το γνώρισμα των κανόνων δικαίου που έχει υποστηριχθεί ότι τους διακρίνει λογικά από τις αρχές του δικαίου

είτε όλα τα κατά την ερμηνεία αναγκαία εννοιολογικά στοιχεία του νόμου επαληθεύονται και ως γνωρίσματα της κρινόμενης ατομικής περίπτωσης, οπότε ως προς αυτήν επέρχονται οι έννομες συνέπειες που προβλέπονται από τον εφαρμοστέο κανόνα, είτε λείπει κάποιο από αυτά – και αρκεί να λείπει μόνο ένα –, οπότε η τελική κρίση έχει αρνητικό χαρακτήρα, διαγιγνώσκοντας και εξαγγέλλοντας τη μη επέλευση των συνεπειών αυτών στη συγκεκριμένη περίπτωση.²⁹

4. Αλληλεξάρτηση νομικού χαρακτηρισμού και επιλογής του κανόνα

Η ενδιαμέσση θεωρία που εξετάζουμε εδώ επισημαίνει στο σημείο αυτό ένα σοβαρό πρόβλημα, που δείχνει πόσο σχηματική είναι η κατάτμηση της πορείας της εφαρμογής του δικαίου σε ξεχωριστά και διαδοχικά εκτελούμενα βήματα. Το πρόβλημα που εύστοχα επισημαίνει είναι ότι δύο βασικά από τα βήματα αυτά τελούν σε άρρηκτη αλληλεξάρτηση και δεν μπορούν κατά κανέναν τρόπο να αχθούν σε πέρας το ένα ύστερα από το άλλο, σε όποιο από τα δύο και αν χορηγηθούν τα πρωτεία. Τα δύο αυτά βήματα είναι ο νομικός χαρακτηρισμός της επίδικης βιοτικής σχέσης και η επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα. Το πρόβλημα προκύπτει από το ότι ο μεν νομικός χαρακτηρισμός οφείλει να συγκρατήσει

(βλ. παραπάνω, Κεφ. ΣΤ', υπό Ι): ότι έχουν τον χαρακτήρα «ή όλα ή τίποτα» (δηλαδή η εφαρμογή τους έχει είτε θετικό είτε αρνητικό πρόσημο, και *tertium non datur*), ενώ οι αρχές μπορούν να έχουν διαβαθμίσιμη εφαρμογή, επηρεάζοντας αλλού περισσότερο και αλλού λιγότερο το περιεχόμενο της τελικής κρίσης.

29. Εδώ ο Engisch, *Logische Studien*, σ. 13, προσθέτει: τη μη επέλευση των έννομων συνεπειών με βάση τον συγκεκριμένο κανόνα που έχει επιλεγεί ως μείζων πρόταση (π.χ. του κανόνα που προβλέπει την υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης λόγω αθέτησης μιάς προϋφιστάμενης ενοχής· διότι ενδέχεται να επέρχονται οι όμοιες έννομες συνέπειες άλλου κανόνα, π.χ. εκείνου που επιβάλλει ανάλογη υποχρέωση σε περίπτωση αδικοπραξίας). Ο Αραβαντινός, *Στοιχεία*, σ. 43 κ.ε., υποστηρίζει στο σημείο αυτό ότι το πρόβλημα λύνεται με τη διερεύνηση των λογικών συνδέσεων μεταξύ πραγματικού και έννομης συνέπειας, του αν δηλαδή η πλήρωση των προϋποθέσεων του πραγματικού του κανόνα είναι αναγκαία ή απλώς ικανή προϋπόθεση για την επέλευση των έννομων αυτών συνεπειών. Η διερεύνηση αυτή ωστόσο δεν είναι δυνατή με αποκλειστικώς λογικά μέσα, διότι η λογική έρχεται απλώς εκ των υστέρων να καταγράψει τις τυπικές σχέσεις μεταξύ προτάσεων, εφ' όσον προηγουμένως κατανοήσουμε συστηματικά από ουσιαστική σκοπιά τις ρυθμίσεις του ισχύοντος δικαίου.

εκείνα μόνο από τα γνωρίσματα της επίδικης σχέσης που είναι κρίσιμα για την κατά το ισχύον δίκαιο διευθέτησή της, έργο που όμως τότε μόνο μπορεί να ολοκληρωθεί εάν και εφ' όσον ο κρίνων έχει ήδη προσανατολιστεί προς τον εφαρμοστέο κανόνα και έτσι σχηματίζει οριστική εικόνα για τα κριτήρια που επιτρέπουν τη διάκριση των νομικά κρίσιμων από τα μη κρίσιμα χαρακτηριστικά της επίδικης σχέσης· η δε επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα οφείλει, από την ομάδα όσων εμφανίζονται αρχικά ως συναφείς με την κρινόμενη περίπτωση, να εντοπίσει εκείνον που περισσότερο από όλους αρμόζει σε αυτήν, έργο που όμως προϋποθέτει ότι ο κρίνων έχει ήδη σαφή αντίληψη για τα νομικώς κρίσιμα γνωρίσματα της επίδικης σχέσης, έχει δηλαδή ολοκληρώσει το έργο του νομικού χαρακτηρισμού της.

Το πρόβλημα που δημιουργείται από την αλληλεξάρτηση νομικού χαρακτηρισμού της επίδικης σχέσης και επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα εύστοχα επισημαίνεται από την εδώ εξεταζόμενη «ενδιάμεση» διδασκαλία ως μεθοδολογικά ιδιαίτερα σημαντικό, διότι η μη συνειδητοποίησή του μπορεί να οδηγήσει σε λανθασμένες κρίσεις, που μάλιστα ενδέχεται να παραμείνουν αφανείς και κατά τούτο ο κίνδυνος νομικού σφάλματος είναι στο σημείο αυτό μεγαλύτερος από ό,τι συνήθως. Πράγματι, η αμιγώς τυποκρατική προσέγγιση της θεμελίωσης των νομικών κρίσεων, με το να επιμένει ότι τον άξονα της θεμελιωτικής πορείας αποτελεί ο δικανικός συλλογισμός και ότι με την ορθή ερμηνεία του κανόνα δικαίου που τίθεται ως μείζων πρόταση λύνεται και το πρόβλημα της υπαγωγής έτσι ώστε η εφαρμογή να περιορίζεται σε δύο μόνο εργασίες εμπειρικού χαρακτήρα (δηλαδή τη διπλή διαπίστωση του αν τα πραγματικά περιστατικά αληθεύουν και αν εμφανίζουν ακριβώς τα γνωρίσματα που απαιτεί ο ήδη ερμηνευθείς κανόνας), παραβλέπει τον κίνδυνο να προσηλωθεί αβασάνιστα ο κρίνων σε μία απλώς ευλογοφανή υπαγωγή και να παραβλέψει μία ευστοχότερη.³⁰ Ενδέχε-

30. Με κάπως διαφορετικό τρόπο περιγράφει τους συναφείς κινδύνους ο Αραβαντινός, *Στοιχεία*, σ. 90: «Εντεύθεν επικρέμαται ο κίνδυνος εις τον δικαστήν να περιπέση κατά την ενέργειαν της δικαιοδοτικής πράξεως εις αποδεικτικώς αποβλητέον κύκλον· τούτέστι να λογίζεται την τυχόν πεπλανημένην παράστασιν του περί της πραγματικής καταστάσεως [εννοεί τον νομικό χαρακτηρισμό της επίδικης σχέσης] ως απόδειξιν ότι ορθώς ηρμήνευσε τον εφαρμοσθέντα επί ταύτης κανόνα δικαίου και ανάπαλιν την εν λόγω ερμηνείαν του ως απόδειξιν ότι έσχε σαφή

ται, για παράδειγμα, ο δικαστής να μην εκτιμήσει επαρκώς σε ποιόν βαθμό οι υπηρεσίες που παρέχει ο ενάγων στον εναγόμενο καλύπτουν σταθερές ανάγκες του δευτέρου και επαναλαμβάνονται σε σχετικώς τακτικά διαστήματα, με συνέπεια να σπεύσει να εκλάβει, άκαμπτα εξ αρχής, ότι εφαρμόζονται οι διατάξεις της σύμβασης έργου, χωρίς να εξετάσει εξαντλητικά την εναλλακτική δυνατότητα υπαγωγής της επίδικης σχέσης στις διατάξεις περί σύμβασης παροχής ανεξάρτητων υπηρεσιών ή και σύμβασης εξαρτημένης εργασίας. Ένα σφάλμα αυτού του είδους μπορεί πράγματι να παρεισφρήσει στην αιτιολόγηση της κρίσης του δικαστή, καλυπτόμενο υπό τον μανδύα μιάς φαινομενικά στέρεης απαγωγικής θεμελίωσης, ωστόσο δεν θα οφείλεται ούτε σε κακή ερμηνεία ούτε σε κακή εκτίμηση των αποδεικτικών μέσων· θα οφείλεται μάλλον σε αβλεψία ως προς το γεγονός ότι υπάρχουν δύο εξ αρχής ευλογοφανείς υπαγωγές και ότι η κανονιστική κρίση τού τί ακριβώς είναι νομικά σημαντικό στην επίδικη σχέση επιτάσσει ακριβέστερες συγκριτικές εκτιμήσεις που θα δικαιολογήσουν την προτίμηση του ενός από τους ανταγωνιστικούς νομικούς χαρακτηρισμούς και, μαζί με αυτόν, την επιλογή του ενός από τους υποψήφιους κανόνες δικαίου. Οι συγκριτικές αυτές εκτιμήσεις πρέπει να εκτίθενται στο σκεπτικό της απόφασης, διαφορετικά η θεμελίωση θα είναι πλημμελής.

Η εκτιθέμενη εδώ ενδιάμεση θεωρία έχει αντιληφθεί το πρόβλημα, δεν έχει όμως να υποδείξει έναν μεθοδολογικά ελεγκτό τρόπο αντιμετώπισής του και περιορίζεται σε ορισμένες οδηγίες δικαστικής φρόνησης. Έχει πράγματι επισημάνει ότι στο σημείο αυτό ελλοχεύει ο κίνδυνος λήψης του ζητουμένου, εφ' όσον ο νομικός χαρακτηρισμός της επίδικης σχέσης και η επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα είναι δύο ενέργειες που προϋποθέτουν η μία την άλλη. Η πρακτική συμβουλή που απευθύνει προς τον δικαστή είναι να μη σπεύσει από την αρχή να προσκολληθεί σε έναν κανόνα δικαίου, ίσως τον μόνο που σε ένα εντε-

παράστασιν της καταστάσεως». Στο παράθεμα αυτό διακρίνεται η ταλάντευση του συγγραφέα μεταξύ της τυποκρατικής μεθοδολογίας, στην οποία είναι γενικά προσηλωμένος με συνέπεια να αγνοεί το πρόβλημα της επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα (αντ' αυτού κάνει λόγο για ερμηνεία του εφαρμοζόμενου κανόνα), και της «ενδιάμεσης» διδασκαλίας, προς την οποία κάνει κάποιες παραχωρήσεις με το να παραπέμπει στην ανάλυση του Engisch, παραχωρήσεις που φαίνονται μάλιστα κάπως εντονότερες στο μεταγενέστερο έργο του *Εισαγωγή*, σ. 172.

λώς πρώτο στάδιο του φαίνεται ως ο αρμόζων στην περίπτωση, αλλά να συνεξετάσει όλους τους αρχικά εμπλεκόμενους ως δυνάμει εφαρμοστέους και να επιδοθεί σε μία συνεχή παλίνδρομη κίνηση από τους κανόνες προς τα πραγματικά περιστατικά και αντίστροφα,³¹ έτσι ώστε με τον σταδιακό αποκλεισμό των λιγότερο εύλογων νομικών χαρακτηρισμών και ταυτόχρονα των λιγότερο σχετικών με την κρινόμενη υπόθεση κανόνων να καταλήξει με μία κίνηση στην τέλεση και των δύο βημάτων, σχηματίζοντας τη λεγόμενη «πεποίθηση δικαίου».

Η παραδοχή ότι κατά την αποφασιστική αυτή στιγμή του σχηματισμού της δικανικής κρίσης υπάρχει ένα πρόβλημα που κινδυνεύει να οδηγήσει τον κρίνοντα δικαστή σε εσφαλμένη κρίση και πλημμελή θεμελίωση δεν έχει πάντως ωθήσει την εδώ εξεταζόμενη ενδιαμέσθη θεωρία στο να αντιληφθεί απολύτως ότι ο πυρήνας του προβλήματος δεν είναι λογικής ή μεθοδολογικής αλλά κανονιστικής υφής.³² Το ζήτημα δεν είναι δηλαδή απλώς να δοθούν στον δικαστή οδηγίες συνετής δοκιμαστικής εφαρμογής όλων των αρχικά εμφανιζόμενων ως συναφών με την κρινόμενη υπόθεση κανόνων δικαίου, με σκοπό την προσεκτική εύρεση του πλέον αρμόζοντος από αυτούς και έτσι την τέλεση του αντίστοιχου δικανικού συλλογισμού με τον ίδιο ως μείζονα πρόταση, αλλά να υποδειχθεί ο τρόπος ανεύρεσης των κριτηρίων που,

31. Κατά τη διάσημη διατύπωση του Engisch, *Logische Studien*, σ. 15.

32. Ο Engisch, *Logische Studien*, σ. 30-33, φτάνει μόνο έως το σημείο να δεχθεί, αφ' ενός ότι το ζητούμενο στην υπαγωγή είναι να βρεθεί αν η κρινόμενη περίπτωση είναι επαρκώς όμοια με εκείνες που η ερμηνεία του εφαρμοζόμενου κανόνα έχει υποδείξει ως τις πιο χαρακτηριστικές περιπτώσεις που εμπίπτουν στην κανονιστική του επενέργεια, με την ομοιότητα να σημαίνει σύμπτωση από μία συγκεκριμένη σκοπιά, έστω και αν υπάρχει διαφορά ως προς άλλες πλευρές των συγκρινόμενων περιπτώσεων, και αφ' ετέρου ότι έναν ρόλο στην εκτίμηση αυτή ενδέχεται να διαδραματίζει και μία «αξιακή αίσθηση» (*Wertgefühl*), που δεν αναλύεται περαιτέρω. Ιδιαίτερο πάντως ενδιαφέρον στην ανάπτυξη του Engisch έχει το ότι την ερμηνεία, για την οποία υποστηρίζει ότι προηγείται λογικά από την υπαγωγή (σ. 27), δεν συνδέει τόσο με την αναζήτηση του βάθους όσο του πλάτους των εννοιών του νόμου: κυρίως η περιπτωσιολογική χαρτογράφηση του κύκλου των βιοτικών σχέσεων στις οποίες εκτείνεται η ρυθμιστική εμβέλεια του νόμου είναι εκείνη που κατ' αυτόν θα καθοδηγήσει τον κρίνοντα δικαστή και στην αναζήτηση της κρίσιμης οπτικής γωνίας ώστε να εκτιμήσει αν και η κρινόμενη περίπτωση, λόγω της ομοιότητάς της προς τις βασικές αυτές περιπτώσεις που θα υποδείξει η ερμηνεία, πρέπει εν τέλει να ενταχθεί στον ίδιο αυτόν κύκλο ή όχι.

αν υπάρχουν, θα επιτρέψουν την επισήμανση των γνωρισμάτων εκείνων της επίδικης σχέσης τα οποία προδιαγράφουν την ορθή νομική της διευθέτηση, δηλαδή τον *uno actu* νομικό χαρακτηρισμό της μαζί με την εντόπιση, από την όλη έννομη τάξη, του αρμόζοντος στην περίπτωση γενικού κανόνα. Η εκτεθείσα «ενδιάμεση» θεωρία έχει προχωρήσει σε πολλές ορθές επισημάνσεις που υπονομεύουν τα θεμέλια της τυποκρατικής διδασκαλίας, τουλάχιστον ως προς το σκέλος της εκείνου που αφορά την αδιαφορία της για το πρόβλημα της εφαρμογής του δικαίου. Τα βήματα ωστόσο στα οποία κρίνει η ίδια ότι οφείλει να προχωρήσει είναι διστακτικά. Μία συνεπέστερη ανάλυση και εκτίμηση των επισημάνσεων της θα έπρεπε να θέσει υπό αμφισβήτηση την τυποκρατική διδασκαλία στο σύνολό της, όπως θα επιχειρήσουμε να κάνουμε στη συνέχεια.

III. Η επιχειρηματολογική προσέγγιση της ατομικής περίπτωσης

1. Το περαιτέρω βήμα της νομικής ερμηνευτικής

Η ανάλυση που προηγήθηκε οδήγησε σε μία διπλή βασική επισήμανση: αφ' ενός ότι η εφαρμογή του δικαίου σε συγκεκριμένες περιπτώσεις δεν απορροφάται από την ερμηνεία (έτσι τουλάχιστον όπως την αντιλαμβάνεται η κρατούσα διδασκαλία) και επομένως χρειάζεται συχνότατα ειδική και εμπεριστατωμένη δικαιολόγηση στο σκεπτικό της απόφασης· και αφ' ετέρου ότι θέτει επί τάπητος, κατ' επανάληψη και σε πολλά επίπεδα, το ζήτημα του κοινού κανονιστικού υποβάθρου όλων των συναφών με αυτήν ενεργειών. Ως προς αυτό το τελευταίο είδαμε, σε ένα πρώτο βήμα, ότι η απόδειξη του ότι τα προβαλλόμενα στην ένδικη διαφορά γεγονότα και καταστάσεις έχουν πράγματι επέλθει ή σημειωθεί δεν είναι μία εργασία στηριζόμενη αποκλειστικά σε εμπειρικά γνωστικά μέσα· διότι το προς απόδειξη θέμα είναι συνήθως μία ανθρώπινη πράξη, η απόκτηση βεβαιότητας για την οποία αφορά και το εσωτερικό της μέρος που τη συνδέει προς ορισμένο πρόσωπο ως αυτουργό της, συστατικό στοιχείο του οποίου είναι, πέρα από τις κλίσεις, τις επιθυμίες και τον χαρακτήρα του, η διαβουλευτική προετοιμασία της απόφασης προς τέλεσή της, απαραίτητη είναι επομένως

η μετάβαση στο κανονιστικό πεδίο των λόγων προς το πράττειν που εμπλέκονταν στη διαβούλευση.

Η μετάβαση αυτή μάλιστα είναι ακόμη πιο αναγκαία στο επόμενο βήμα της εφαρμογής, που είναι η γλωσσική κατονομασία των πραγματικών περιστατικών και ο νομικός χαρακτηρισμός της επίδικης σχέσης. Όπως είδαμε, ο νομικός χαρακτηρισμός ξεκινά από μία πρώτη γλωσσική αποτύπωση των περιστατικών και προχωρεί αφαιρετικά, με τον παραμερισμό των νομικά ασήμαντων πτυχών τους και την αναδιατύπωση των προτάσεων που τα περιγράφουν στο πιο γενικό και αφηρημένο γλωσσικό επίπεδο που χρησιμοποιεί ο προς εφαρμογή κανόνας δικαίου. Η τυποκρατική διδασκαλία δεν βλέπει εδώ κανένα πρόβλημα, θεωρώντας ότι αρκεί αφ' ενός η φυσική ικανότητα χρήσης της γλώσσας και αφ' ετέρου η ερμηνεία, πρωτίστως η σημασιολογική ανάλυση των γλωσσικών εκφράσεων του νόμου (δηλαδή αποκλειστικά η πορεία από το γενικό στο ατομικό, χωρίς να χρειάζεται και η αντίστροφη). Αντίθετα, η διερεύνησή μας με αφετηρία την «ενδιάμεση» θεωρία επισήμανε ότι και η αντίστροφη αυτή πορεία χρειάζεται μεθοδολογική ανάλυση και ότι ήδη η πρώτη κίνηση της κατονομασίας των πραγματικών περιστατικών στην κοινή γλώσσα ενέχει αναπότρεπτα κάποιες κανονιστικές συμπαραδηλώσεις ιδίως εκεί όπου το αντικείμενο είναι ανθρώπινες πράξεις και σχέσεις, επειδή το νόημά τους καθορίζεται εν μέρει και από τους λόγους που θα είχε κάποιος να τελήσει ή να αποφύγει τέτοιου είδους ενεργήματα. Όπως είναι ευνόητο, τα κανονιστικά στοιχεία γίνονται όλο εντονότερα και πιο συγκεκριμένα όσο προχωράει η αφαιρετική εργασία του νομικού χαρακτηρισμού, που δεν είναι απλή μεταγλώττιση αλλά ταυτόχρονα και προετοιμασία της τελικής κρίσης με γνώμονα τις ιδιότητες εκείνες των πραγματικών περιστατικών που πρέπει να αναδειχθούν ως συνθέτουσες την κανονιστικά βαρύνουσα πτυχή τους.

Η κρισιμότητα των ιδιοτήτων αυτών, αλλά και ο κανονιστικός προσανατολισμός του εντοπισμού τους γίνονται πλέον ολοφάνερα μόλις ο κρίνων αποκτήσει συνείδηση της απόλυτης αλληλεξάρτησης νομικού χαρακτηρισμού της κρινόμενης σχέσης και επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα. Αν το ζητούμενο είναι να αποφευχθεί ένας φαύλος κύκλος κακού χαρακτηρισμού λόγω εσφαλμένης επιλογής εφαρμοστέου κανόνα, ή αντίστροφα κακής επιλογής εφαρμοστέου κανόνα λόγω εσφαλμένου

χαρακτηρισμού, και αν επί πλέον αληθεύει ότι η εκτίμηση του τί είναι νομικά σημαντικό –τόσο στην αφαιρετική πορεία του χαρακτηρισμού όσο και, σε συνάφεια με αυτό, στην επιλογή του κανόνα– έχει χαρακτήρα κανονιστικό, τότε γίνεται φανερό η ανάγκη αναζήτησης μίας μάλλον εξωτερικής πηγής αυτής της κανονιστικότητας, η οποία πρέπει δηλαδή να βρίσκεται κάπου πριν από την τέλεση των δύο βημάτων του χαρακτηρισμού και της επιλογής.

Ένα βήμα προς την κατεύθυνση αυτή έχει επιχειρήσει μία άλλη μεθοδολογική θεωρία που διαμορφώθηκε υπό την επήρεια της φιλοσοφικής ερμηνευτικής³³ και ευρύτερα της φαινομενολογίας και αποκλήθηκε θεωρία της νομικής ερμηνευτικής. Όπως είδαμε σε προγενέστερο σημείο, η θεωρία αυτή υιοθέτησε για το ειδικό πεδίο της μεθοδολογίας του δικαίου θέσεις που είχαν διατυπωθεί στον χώρο της φιλοσοφίας με πιο φιλόδοξη στόχευση και με ευρύτερο πεδίο εφαρμογής, σύμφωνα με τις οποίες ο ανθρώπινος βίος αποτελεί μία ατέρμονη προσπάθεια συναγωγής όσο και δημιουργίας νοήματος εντός του βιοτικού ορίζοντα που προσδιορίζεται από το πεπερασμένο της ανθρώπινης ύπαρξης, την κρατούσα γενικότερη βιοαντίληψη και την ιστορική μοναδικότητα των εκάστοτε περιβαλλουσών συνθηκών. Η ανθρώπινη αυτή μοίρα κάνει τη βιοτική πορεία του καθενός να εμφανίζεται ως συνεχής σπειροειδής (ελικοειδής) κίνηση, κατά την οποία τα προϋφιστάμενα τη συγκεκριμένη κάθε φορά βιοτική στιγμή νοήματα εφαρμόζονται στις διαρκώς μεταβαλλόμενες περιστάσεις, οι οποίες με τη σειρά τους επανεισέρχονται σε αυτά και τα διαφοροποιούν εν μέρει, στάδιο και πάλι προσωρινό εν όψει της επανεφαρμογής τους στα συνεχώς νέα πραγματικά δεδομένα του βιοτικού μας ορίζοντα, κ.ο.κ. («ερμηνευτικός κύκλος»)³⁴. Συνέπεια είναι ότι το ανά παν βήμα τελούμενο ενέργημα κατανόησης εν όψει της κάθε βιοτικής συγκυρίας –που δεν είναι μόνο παθητική σύλληψη προϋφιστάμενων νοημάτων αλλά αυτενέργεια στη δημιουργία νέου νοήματος– δεν μπορεί παρά να είναι προσωρινή και μακροσκοπικά δεν

33. Ένα πρόσφατο συλλογικό έργο που προσφέρει εκτεταμένη και σφαιρική εικόνα της φιλοσοφικής ερμηνευτικής είναι ο τόμος Jeff Malpas & Hans-Helmuth Gander, *The Routledge Companion to Hermeneutics*, Λονδίνο & Νέα Υόρκη, Routledge, 2014.

34. Βλ. παραπάνω, Κεφάλαιο Θ', υπό Ι, 2γ.

έχει άλλη ισχύ από το να συνδιαμορφώσει την «προ-κατανόηση» στην πορεία προς το αμέσως επόμενο ερμηνευτικό ενέργημα.

Ακολουθώντας τη γενικότερη αυτή διδασκαλία, η νομική ερμηνευτική³⁵ υποστήριξε ότι, όποιες επί μέρους κατηγορίες περιπτώσεων και να είχε κατά νου ο νομοθέτης όταν διαμόρφωσε τις ρυθμιστικές του προθέσεις και θέσπισε τον νόμο, τόσο η συνεχής ροή των κοινωνικών σχέσεων όσο και η αέναη ιστορικότητα του κατανοείν, που συγκαθορίζεται από την «προ-κατανόηση» του εκάστοτε κατανοούντος υποκειμένου, συμβάλλουν ώστε κάθε εμφανιζόμενη περίπτωση εφαρμογής να μην μπορεί ποτέ να γίνει αντιληπτή ως απολύτως όμοια με οποιαδήποτε προηγούμενη, είναι δηλαδή έστω εν μέρει πάντα νέα, με συνέπεια η εκάστοτε εκφερόμενη θετική ή αρνητική κρίση περί υπαγωγής να προσθέτει κατ' ανάγκη ένα κανονιστικό στοιχείο που δεν περιεχόταν ως τη στιγμή εκείνη στην έννομη τάξη και να αλλοιώνει έτσι, αργά και συνήθως άδηλα αλλά αναπότρεπτα και αδιάκοπα, το νόημα του ίδιου του εφαρμοζόμενου κανόνα.³⁶ Το συμπέρασμα είναι ότι η ερμηνεία του δικαίου είναι πάντοτε ταυτόχρονα και εφαρμογή του –και βέβαια και αντίστροφα η εφαρμογή του και ερμηνεία του–, χωρίς να είναι δυνατόν να προσδιοριστεί τί προηγείται και τί έπεται, και ότι η κάθε νέα κρινόμενη περίπτωση χαρακτηρίζεται νομικά, και αντίστοιχα ο εφαρμοζόμενος κανόνας επιλέγεται και ερμηνεύεται, με αφετηρία την «προ-κατανόηση» του κρίνοντος. Η προ-κατανόηση αυτή λειτουργεί, σε ένα αρχικό τουλάχιστον στάδιο, ως αυθόρμητη αντίδραση ενώπιον της κρινόμενης περίπτωσης που παραμένει ενδεχομένως ανεξιχνίαστη και ανεπίγνωστη για τον ερμηνευτή, προκύπτοντας κατά τρόπο μη επιδε-

35. Οι βασικότερες ίσως μελέτες της κατεύθυνσης αυτής οφείλονται στον Arthur Kaufmann και βρίσκονται συγκεντρωμένες στη συλλογή μελετών του με τίτλο *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik; sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Κολωνία, Carl Heymanns, 1984. Βλ. επ' αυτού επίσης τις μελέτες που περιλαμβάνονται στον τόμο Winfried Hassemer (επιμ.), *Dimensionen der Hermeneutik: Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Χαϊδελβέργη, Decker & Müller, 1984. Μία ευσύνοπτη εικόνα της νομικής ερμηνευτικής προσφέρει ο Winfried Hassemer, «Juristische Hermeneutik», *ARSP* 72 (1986), 195 κ.ε. Μέρος της διδασκαλίας αυτής έχουν εκ των υστέρων υιοθετήσει οι Larenz – Canaris, σ. 25 κ.ε., καθώς και ο Josef Esser, *Vorverständnis* (1972).

36. Προς την κατεύθυνση αυτή, πρβλ. Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus* (βλ. παραπάνω, σ. 599 σημ. 58), ιδίως σ. 96 κ.ε.

κτικό περαιτέρω ανάλυσης από τον έως τη στιγμή της κάθε νέας κρίσης του (και συνεπώς πάντα προσωρινά) διαμορφωμένο ερμηνευτικό του ορίζοντα ως απόρροια της συνολικής βιοτικής πορείας του, αλλά και ειδικότερα της παιδείας, των εμπειριών και της έμπρακτης συμμετοχής του στην κοινή νομική πρακτική. Αυτή λοιπόν η προ-κατανόηση του κρίνοντος είναι ακριβώς, κατά τη νομική ερμηνευτική, το εκ των προτέρων δεδομένο στοιχείο που καθοδηγεί τον νομικό χαρακτηρισμό της επίδικης σχέσης όσο και την επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα και καθιστά δυνατό ώστε, χωρίς λήψη του ζητουμένου, να αχθούν και τα δύο αυτά βήματα ταυτόχρονα σε πέρας. Η μεσολαβητική λειτουργία της προ-κατανόησης για την επιτυχή έκβαση των δύο αυτών αλληλεξαρτώμενων εργασιών την αναδεικνύει έτσι σε καταλύτη που συμβάλλει στην προσέγγιση των δύο πόλων της διαμόρφωσης της δικαστικής κρίσης: αφ' ενός του γενικού και αφηρημένου κανόνα, που κατά τη νομική ερμηνευτική παρέχει μία πρώτη ένδειξη για το τί ακριβώς ισχύει ως δίκαιο, και αφ' ετέρου της ατομικής περίπτωσης, που δεν είναι απλώς μία από τις εκ των προτέρων δεδομένες και έγκλειστες στον νόμο περιπτώσεις εφαρμογής του, αλλά έχει πάντα κάτι νέο να εισφέρει στην έννομη τάξη και κινείται στο μόνο επίπεδο όπου υφίσταται και εκδηλώνεται πραγματικά η θετικότητα του δικαίου.

Το αρχικά ανεπίγνωστο της λειτουργίας της προ-κατανόησης δεν αναιρεί πάντως, κατά τη νομική ερμηνευτική, τη δυνατότητα ορθολογικής θεμελίωσης της κρίσης, εφ' όσον ο κάθε κρίνων δεν πρέπει να αφήνει την προ-κατανόησή του να επενεργεί ανεξέλεγκτα, δηλαδή να μένει στο επίπεδο της απλής προκατάληψης, αντίθετα οφείλει να ελέγχει όσο γίνεται καλύτερα την κάθε φάση του ερμηνευτικού κύκλου στον οποίο επιδίδεται, συνειδητοποιώντας ότι θέτει αναπότρεπτα ως αφετηρία της πορείας του την προσωπική του προ-κατανόηση και διορθώνοντας σταδιακά, στον μικρό ή και μεγάλο βαθμό που θα χρειαστεί, τις αρχικές του εκτιμήσεις,³⁷ μέχρις ότου, διαλεγόμενος με τις τυχόν

37. Γι' αυτό και ο από τους βασικούς εκπροσώπους της νομικής ερμηνευτικής Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus*, ό.π., σ. 104 κ.ε. (107) έχει προτείνει την εικόνα της ερμηνευτικής σπειροειδούς κίνησης αντί του ερμηνευτικού κύκλου. Εφαρμογές της ερμηνευτικής προσέγγισης μας απασχόλησαν ήδη στο προηγούμενο Κεφάλαιο περί ερμηνείας του Συντάγματος.

διαφορετικές προσεγγίσεις των άλλων, φτάσει στο σημείο και ο ίδιος να σχηματίσει την πεποίθηση, αλλά και τους άλλους να πείσει με την αιτιολόγηση της κρίσης του, ότι δεν περιορίστηκε σε υποκειμενικές αξιολογήσεις αλλά εφήρμοσε πράγματι ισχύον δίκαιο, έτσι όπως αυτό προκύπτει διυποκειμενικά, από τη «σύντηξη των οριζόντων κατανόησης» ερμηνευτή και συντάκτη, αλλά και όλων των διαλεγόμενων περί το θέμα.

2. Κανονιστική διάσταση της εφαρμογής και αναστοχαστική ισορροπία

Εκτιμώμενη από τη σκοπιά της μεθοδολογίας του δικαίου, η διδασκαλία της νομικής ερμηνευτικής επιτέλεσε σημαντικά βήματα, πέρα και από όσο είχε επιχειρήσει η προεξετασθείσα «ενδιάμεση» θεωρία, στην ανάλυση του προβλήματος της εφαρμογής του δικαίου, υποδεικνύοντας έναν τρόπο με τον οποίο θα μπορούσαν να ξεπεραστούν οι κίνδυνοι κυκλικότητας που είχε αγνοήσει η τυποκρατική διδασκαλία και που είχαν αποτελέσει την αφορμή στα κατά καιρούς σκεπτικιστικά ρεύματα ώστε να αμφισβητήσουν γενικά τη δυνατότητα αντικειμενικής θεμελίωσης των νομικών κρίσεων.³⁸ Έμεινε ωστόσο και η ίδια προσκολλημένη, έστω και σε μικρότερο βαθμό, σε ορισμένες πάγιες θέσεις της κυρίαρχης μεθοδολογικής διδασκαλίας, μη τολμώντας, παρ' όλον τον αντιθετικιστικό της προσανατολισμό, να φθάσει ως το βάθος και να αποτινάξει εντελώς τις πιό θεμελιακές από τις κρατούσες θετικιστικές παραδοχές.

Η πρώτη και κυριότερη κριτική παρατήρηση που πρέπει να διατυπωθεί αφορά μία από τις βαθύτερες θετικιστικές παραδοχές της κρατούσης μεθοδολογίας, την οποία δεν μπόρεσε να ξεπεράσει η νομική ερμηνευτική (και ακόμη λιγότερο η «ενδιάμεση» θεωρία): την αφετη-

38. Αυτό αφορά τόσο την παλαιότερη «κίνηση του ελεύθερου δικαίου» (για την οποία βλ. παραπάνω, Κεφ. Ζ', υπό V) όσο και το νεότερο κίνημα των λεγόμενων «κριτικών νομικών σπουδών». Δεν είναι τυχαίο ότι η νομική ερμηνευτική υιοθετεί ως έναν βαθμό την κριτική της κίνησης του ελεύθερου δικαίου κατά της τυποκρατικής διδασκαλίας, έστω και αν επιμένει ότι οι εκπρόσωποι της κίνησης περιορίστηκαν σε αρνητικές παρατηρήσεις και δεν κατόρθωσαν να προχωρήσουν στο θετικό βήμα της διατύπωσης μιάς νέας μεθοδολογικής πρότασης στη θέση της τυποκρατικής. Πρβλ. σχετικά Arthur Kaufmann, «Freirechtsbewegung – lebendig oder tot?», *Juristische Schulung* 5 (1965), 1 κ.ε.

ριακή θέση της ότι το όλο εγχείρημα της διαμόρφωσης της δικανικής κρίσης, και κατ' επέκταση και της αιτιολόγησής της, συνδέεται με την ερμηνεία του νόμου ως σύλληψη του νοήματος ενός δεδομένου γραπτού κειμένου, έργου συγκεκριμένων συντακτών. Και αληθεύει μεν ότι τη σύλληψη αυτή εννόησε πολύ διαφορετικά από την τυποκρατική διδασκαλία, επιμένοντας τόσο στη δημιουργική συμβολή του προσωπικού ορίζοντα του εκάστοτε κατανοούντος όσο και στη σημασία που έχει για το ερμηνευτικό εγχείρημα η ατομικότητα της κάθε φορά νέας περίπτωσης στην οποία τίθεται ζήτημα εφαρμογής του κανόνα δικαίου που θα πρέπει να εξαχθεί από τον νόμο. Από την άλλη πλευρά ωστόσο μετέφερε άκριτα την ιδιόρρυθμη και άκρως συζητήσιμη φιλοσοφική θεωρία της γενικής ερμηνευτικής (που είχε μεν ξεκινήσει τον 19ο αιώνα από τον χώρο της θεολογίας ως θεωρία της ερμηνείας της Βίβλου, είχε όμως αργότερα μετεξελιχθεί σε γενικότερο φιλοσοφικό αφήγημα περί του τρόπου τού είναι του ανθρώπου) στο πεδίο της ερμηνείας του νόμου ως αδιαμφισβήτητου επίσημου κειμένου (αποξενώνοντας έτσι τη φιλοσοφική αυτή θεωρία από την πραγματική στόχευσή της και επανασυνδέοντάς την με την αρχική θεολογική της πηγή της αναζήτησης ενός συνεχώς νέου νοήματος για κάποιο παραδεδομένο και αυθεντικό κείμενο). Κυρίαρχη παραμένει έτσι και για τη νομική ερμηνευτική η εικόνα της νομοθετικής αυθεντίας και του καθήκοντος του εφαρμοστή να εξαγάγει από τα επίσημα φθέγματα του κυρίαρχου νομοθέτη το ακριβέστερο δυνατό νόημα, έστω και αν η επιταγή απόλυτης πίστης και αποφυγής της οποιασδήποτε δημιουργικής αυτενέργειάς του αναγνωρίζεται ως στόχος που είναι αδύνατο ποτέ να επιτευχθεί.

Στο σημείο αυτό πρέπει να προστεθεί μία δεύτερη κριτική παρατήρηση σε προέκταση της πρώτης. Η εκ μέρους της νομικής ερμηνευτικής επιλεκτική χρήση κάποιων από τα πορίσματα του φιλοσοφικού προτύπου της και η κατά τα λοιπά επιστροφή της στην παλαιότερη αντίληψη της ερμηνείας ως εξαγωγής νοήματος από ένα αυθεντικό κείμενο την έχει οδηγήσει στο να υποτιμήσει τη ριζικότητα της διάγνωσης ότι το έργο του νομικού έχει κατ' εξοχήν *πρακτικό*, δηλαδή κανονιστικό χαρακτήρα,³⁹ καθώς αποβλέπει στην εύρεση όχι του ορθού

39. Κάτι που ο γράφων είχε τονίσει από την αρχή της ενασχόλησής του με τη μεθοδολογία του δικαίου (*Θεμελιώδη ζητήματα*, σ. 50 κ.ε.).

νοήματος ενός κειμένου αλλά των δικαιωμάτων και καθηκόντων που απορρέουν από το ισχύον δίκαιο και έχουν κάθε φορά εφαρμογή στις σχέσεις μεταξύ των πολιτών. Όπως και γενικότερα η κρατούσα μεθοδολογική διδασκαλία, έτσι και η νομική ερμηνευτική ξεκινά από την ιδέα ότι το έργο του νομικού βρίσκεται πιο κοντά σε εκείνο του ιστορικού ή του φιλολόγου, ο οποίος μόνο αφού επιληφθεί του προς ερμηνεία κειμένου αντιλαμβάνεται ότι αυτό αφορά τη ρύθμιση ανθρώπινων σχέσεων, παραμένοντας ωστόσο εγκλωβισμένος στο αρχικό του status ενός ερμηνευτή κειμένων. Το έργο του νομικού αφορά όμως πρώτιστα την (θεσμικά) ορθή πράξη και όχι την ορθή κατανόηση.⁴⁰ Γι' αυτό και η ορθή πρακτική εφαρμογή δεν αποτελεί ένα πρόσθετο βήμα, που έπεται της ορθής κατανόησης η οποία απλώς τυχαίνει να αφορά κείμενα με περιεχόμενο σχετιζόμενο με ανθρώπινες πράξεις, αλλά είναι σύμφυτη με εκείνην ευθύς εξ αρχής, επειδή η κατά δίκαιον ορθοπραξία σε κάθε μεμονωμένη περίπτωση είναι πριν απ' όλα εκείνο στο οποίο αποβλέπει η δικαιοδοτική δραστηριότητα. Και η ορθοπραξία αυτή δεν κρίνεται απλώς εκ των υστέρων, αφού δηλαδή περαιωθεί η κατανόηση του νόμου ως κειμένου, και μάλιστα σε όση έκταση η ιδιαιτερότητα της κρινόμενης περίπτωσης έχει δική της ξεχωριστή φωνή που πρέπει και αυτή να ακουστεί,⁴¹ ή απλώς και μόνο επειδή η ιστορικότητα του δικαίου και η ρευστότητα που τη συνοδεύει είναι ένα a priori γνώρισμά του και μοίρα κάθε έκφανσης του είναι του ανθρώπου.

Από την παρατήρηση αυτή προκύπτουν καίρια συμπεράσματα για τον χαρακτήρα της προ-κατανόησης όσο και για το πραγματικό νό-

40. Είναι εντυπωσιακό με πόση αμεσότητα ισχυρίζεται ακριβώς το αντίθετο ο εκ των βασικών εκπροσώπων της «ενδιάμεσης» θεωρίας Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken* (βλ. παραπάνω, σ. 680 σημ. 30), σ. 147.

41. Στο σημείο αυτό δεν πρέπει πάντως να αδικήσουμε τη νομική ερμηνευτική, η οποία, παρ' ότι σε γενικές γραμμές έχει ως αφετηρία της πράγματι την αντίληψη ότι η ερμηνεία στο δίκαιο είναι πρωτίστως ερμηνεία ενός κειμένου, δεν αγνοεί πλήρως ότι το ζητούμενο έχει εν τέλει χαρακτήρα πρακτικό: μεταξύ των στοιχείων της προ-κατανόησης περιέχεται και μιά προαντίληψη περί του τρόπου διευθέτησης της ατομικής περίπτωσης που τελεί υπό κρίση. Βλ. ιδίως Arthur Kaufmann, «Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik» (1969), ανατυπ. στο βιβλίο του *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Κολωνία κ.α., Heymanns Verlag, 1984, σ. 25 κ.ε.· του ιδίου, «Die 'ipsa res justa'. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechts-ontologie», ό.π., σ. 53 κ.ε.

μα και τη μεθοδολογική διάσταση του ερμηνευτικού κύκλου. Η προκατανόηση του ερμηνευτή και εφαρμοστή του δικαίου δεν είναι μιά γενική υπαρξιακή του κατάσταση, η οποία να οφείλεται στην αναπόφευκτη εξ υπαρχής ένταξή του σε έναν περιρρέοντα «βιόκοσμο» και τον συγκεκριμένο ορίζοντα που συγκροτείται από τις υποκειμενικές εκ μέρους του προσλήψεις – ορίζοντα που αρκεί ώστε να του επιτρέψει να επιδοθεί στην ερμηνευτική εργασία. Είναι κάτι πολύ πιο συγκεκριμένο, που συνδέεται άμεσα και άρρηκτα με τις κανονιστικές παραμέτρους της δραστηριότητάς του ως νομικού. Είναι η ευρισκόμενη στο κατώφλι της θεσμικής αποτίμησης πρώτη ηθικοπολιτική προσέγγιση της υπό κρίση βιοτικής σχέσης, που επιτρέπει στον κρίνοντα να συλλάβει, με έναν αρχικά ίσως ακόμη αβέβαιο τρόπο, το κανονιστικό διακύβευμα της προσδοκώμενης από αυτόν κρίσης, δηλαδή να τον καθοδηγήσει προς τους λόγους προς το πράττειν και τις αρχές που φαίνονται να ενεργοποιούνται στη συγκεκριμένη περίπτωση και που αποτελούν την αφετηρία για την εν συνεχεία εκτύλιξη της νομικής επιχειρηματολογίας.

Μια τέτοια πρώτη κανονιστική προσέγγιση της υπό κρίση βιοτικής περίπτωσης δεν σημαίνει ότι το περιεχόμενο της δικαστικής κρίσης προκαθορίζεται με τον τρόπο που υποστηρίζουν αφ' ενός ο νομικός σκεπτικισμός, δηλαδή βουλευσιαρχικά και πάντως μη ορθολογικά, και αφ' ετέρου η νομική ιδιοκρατία, δηλαδή με αφετηρία ηθικοπολιτικές ενοράσεις ή διαισθήσεις (intuitions) που αποτελούν αυθόρμητες στάσεις (attitudes) τις οποίες διαμορφώνει ο κρίνων απέναντι στην ιδιοσυστασία των ατομικών περιστατικών που εμφανίζονται ενώπιόν του χωρίς – ή πάντως πριν από – οποιαδήποτε σύνδεση με γενικούς κανόνες ή αρχές. Είναι η κανονιστική προσέγγιση που, μετέχοντας εν μέρει του γενικού και εν μέρει του ατομικού, του επιτρέπει να αρχίσει να γεφυρώνει την απόσταση ανάμεσα στον κανόνα που θα εφαρμόσει και τη συγκεκριμένη περίπτωση που καλείται να κρίνει. Γενίκευση με ενσωματωμένα κάποια έστω αδιόρατα κανονιστικά στοιχεία, από κοινού ασφαλώς με τα εξατομικεύοντα δεδομένα που αφορούν τον τόπο, τον χρόνο, τον τρόπο και τα μετέχοντα πρόσωπα, υπάρχει, όπως είδαμε, στο πρώτο ήδη βήμα της κατονομασίας των πραγματικών περιστατικών της υπό κρίση περίπτωσης, από τη στιγμή που, όπως συμβαίνει σε όλες σχεδόν τις έννομες σχέσεις, στον πυρήνα της βρίσκονται ανθρώπινες πράξεις και οι λόγοι προς τέλεση ή παράλειψή

τους που συνδιαμορφώνουν το νόημά τους από μία αντικειμενική οπτική γωνία.

Εφ' όσον όμως ούτε καν η γλωσσική σύλληψη της ατομικής περίπτωσης είναι δυνατή χωρίς γενίκευση, και εφ' όσον η γενίκευση αυτή ενέχει κάποια κανονιστικά στοιχεία, η κρίσιμη κανονιστικότητα δεν είναι δυνατόν να γεννάται από την ατομικότητα της περίπτωσης και μόνο, αλλά συνδέεται εξ υπαρχής με κάποιους γενικούς κανόνες υπό ευρεία έννοια – για την ακρίβεια: με κάποιες ηθικοπολιτικές αρχές. Η εργασία της εφαρμογής είναι συνεπώς εξαιρετικά σύνθετη και κινείται ήδη από την αφετηρία της μεταξύ της σύλληψης της ατομικότητας της κρινόμενης περίπτωσης και της συσχέτισής της με τις ηθικοπολιτικές αρχές που κατά κάποιον τρόπο φαίνονται εκ πρώτης όψεως να τη διέπουν. Η συνεχής παλίνδρομη κίνηση μεταξύ της υπό κρίση σχέσης και του προς εφαρμογή κανόνα χαρακτηρίζει πράγματι την πορεία του εφαρμοστή. Είναι όμως πολύ συνθετότερη από ό,τι εκλαμβάνει η θεωρία της «ενδιάμεσης» θεωρίας και της νομικής ερμηνευτικής που την αποκάλυψαν. Δεν είναι απλώς η κίνηση ανάμεσα στον γενικό κανόνα και την ατομική περίπτωση, όπως ειδικότερα αυτές την αντιλαμβάνονται, δηλαδή ως κίνηση από το ατομικό στο γενικό και ταυτόχρονα ως κίνηση από το πραγματικό στο κανονιστικό. Είναι επί πλέον η κίνηση ανάμεσα στα κανονιστικά στοιχεία που συντρέχουν κατά τη σύλληψη του ατομικού και τις πιο βέβαιες από τις έως τη στιγμή της νέας κρίσης παραδεκτές περιπτώσεις πραγματικής εφαρμογής του κανονιστικού.⁴²

42. Πρέπει στο σημείο αυτό να εξαρθεί η σημασία της περιπτώσιολογικής εξειδίκευσης των ηθικών και νομικών αρχών και κανόνων, όπως την έχουν επισημάνει τόσο η προαναφερθείσα «ενδιάμεση» θεωρία όσο και η νομική ερμηνευτική. Τις αρχές και τους κανόνες δεν μπορούμε πράγματι να συλλάβουμε πλήρως παρά μόνο με τον συσχετισμό τους προς χαρακτηριστικές περιπτώσεις εφαρμογής τους. Αυτό δεν συμβαίνει όμως ούτε επειδή η γραμματική ερμηνεία πρέπει να αποβλέπει πρωτίστως στον προσδιορισμό της έκτασης (του πλάτους) και όχι της έντασης (του βάθους) των εννοιών του νόμου, ούτε πάλι επειδή η ατομικότητα των περιπτώσεων είναι εκείνη που πρώτη και αφ' εαυτής υποδεικνύει και την κατεύθυνση της κανονιστικής της μεταχείρισης, οπότε η αποκλειστική μέθοδος που πρωτοστατεί στην εφαρμογή (μεταξύ άλλων και) του δικαίου είναι η αναλογία (κάτι που έχει υποστηρίξει ήδη από το 1965 ο εκ των βασικών εκπροσώπων της νομικής ερμηνευτικής Arthur Kaufmann στη μελέτη του *Analogie und Natur der Sache*). Το τελευταίο θα ίσχυε μόνο εάν η αναλογία γινόταν αντιληπτή όχι έτσι όπως την εννοεί η τρέχουσα

είναι επίσης η κίνηση ανάμεσα στις όλο και πιο ενσυνείδητες ηθικές αποτιμήσεις της επίδικης σχέσης και τις όλο και πιο συγκεκριμένες διασυνδέσεις τους με το ισχύον κανονιστικό-θεσμικό πλαίσιο, με τις αρχικά καθαρά ηθικοπολιτικές αρχές να παίρνουν σιγά-σιγά τη μορφή πιο εξειδικευμένων, αλλά επί πλέον όλο και πιο ευδιάκριτα νομικών, δηλαδή εν τέλει εξαναγκαστών ρυθμίσεων, που μας δεσμεύουν όλους στην κοινωνική μας συμβίωση. Η όλη αυτή διαδικασία, που αποβλέπει στη μεγαλύτερη δυνατή συνοχή –και ακόμη περισσότερο στην ηθική ακεραιότητα– όλων των εμπλεκόμενων πεποιθήσεων και κρίσεων μας, δεν είναι κάτι νέο· είναι η γνωστή από την ηθική φιλοσοφία ως η προσιδιάζουσα σε αυτήν μέθοδος της αναστοχαστικής ισορροπίας.

Η αναστοχαστική ισορροπία αφορά έτσι το σύνολο των επί μέρους βημάτων στα οποία θεωρείται ότι πρέπει να αναλυθεί η όλη εργασία της εφαρμογής του δικαίου. Αλληλεξάρτηση δεν υπάρχει μόνο μεταξύ του νομικού χαρακτηρισμού της υπό κρίση βιοτικής σχέσης και της επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα δικαίου. Υπάρχει και μεταξύ αυτών των δύο και της απόδειξης των πραγματικών περιστατικών που συνθέτουν την κρινόμενη σχέση: το ζήτημα τίνος ακριβώς πρέπει να υπάρξει απόδειξη δεν μπορεί να κριθεί παρά μόνο από τη σκοπιά των γνωρισμάτων της επίδικης σχέσης που είναι αποφασιστικά για τη διευθέτησή της κατά το ισχύον δίκαιο, την ίδια δηλαδή ακριβώς σκοπιά που είναι η βαρύνουσα και για τον νομικό χαρακτηρισμό όσο και για την επιλογή του εφαρμοστέου κανόνα και που αποκτά σταδιακά συγκεκριμένο περιεχόμενο όσο προχωρά η προβολή και αποτίμηση όλων των συναφών επιχειρημάτων – μιά σκοπιά βέβαια που συνδέεται άμεσα και με την ερμηνεία του εφαρμοστέου κανόνα. Η ξεχωριστή παρουσίαση των επί μέρους βημάτων έχει ασφαλώς αξία, επειδή διδακτικά συμβάλλει σε μεγαλύτερη διαύγεια, αλλά και επειδή παρέχει ένα πολύτιμο σχήμα για την ανεύρεση και ενίοτε και κατάταξη των διαφόρων επιχειρημάτων – ή ίσως και την ανίχνευση τυχόν λαθών. Δεν πρέπει όμως να παρασύρει στην εντύπωση ότι το κάθε βήμα μπορεί να

μεθοδολογική διδασκαλία –κάτι που θα δούμε στο επόμενο Κεφάλαιο– αλλά ως παλίνδρομη κίνηση ανάμεσα στους γενικούς κανόνες υπό ευρεία έννοια (δηλαδή πρωτίστως τις αρχές του δικαίου) και τις περιπτώσεις εφαρμογής τους, περιλαμβανομένης και της νέας εκείνης που τελεί υπό κρίση, οπότε το ζητούμενο δεν θα είναι άλλο από την επίτευξη αναστοχαστικής ισορροπίας.

τελεστεί χωρίς ταυτόχρονα να ληφθούν υπ' όψη και να επιχειρηθούν, δοκιμαστικά έστω, και τα άλλα. Την επιδίωξη αναλυτικής διαύγειας πρέπει να συνοδεύει η συναίσθηση της ανάγκης συνθετικής ενοποίησης και ολοκλήρωσης.

IV. Παρέκβαση: περί αντινομιών και συρροής

Η τυποκρατική μεθοδολογική διδασκαλία υποστηρίζει, όπως είδαμε, ότι το ζήτημα της εφαρμογής του δικαίου, πέρα από το θέμα της απόδειξης των πραγματικών ισχυρισμών των διαδίκων, δεν εμφανίζει ιδιαίτερα μεθοδολογικά προβλήματα εφ' όσον για όλα τα υπόλοιπα μεριμνά η ορθή ερμηνεία και η τέλεση του δικανικού συλλογισμού. Εξαιρετικά μόνο η ίδια διδασκαλία παραδέχεται ότι τίθεται ζήτημα δικαιολόγησης της επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα, όταν στην κρινόμενη βιοτική σχέση έχουν εφαρμογή περισσότεροι του ενός κανόνες δικαίου, επειδή η περίπτωση αυτή εμφανίζει χαρακτηριστικά που επιτρέπουν την υπαγωγή της σε όλους ταυτόχρονα. Πρόκειται για τις περιπτώσεις των αντινομιών και των διαφόρων ειδών συρροής. Κλείνοντας το παρόν Κεφάλαιο, σκόπιμη θεωρούμε μία σύντομη παρέκβαση προς εξέταση των ειδικότερων αυτών εκφάνσεων του προβλήματος της επιλογής του εφαρμοστέου κανόνα, επειδή πρεσβεύουμε, όχι ότι θέτουν ιδιαίτερα προβλήματα θεμελίωσης, αλλά αντίθετα ότι, εφ' όσον διαγνωσθεί η αλληλεξάρτηση των θεμελιωτικών βημάτων υπό το πρίσμα του κοινού επιχειρηματολογικού χαρακτήρα τους, θα φανεί ότι έχουν και σε αυτές εφαρμογή οι ίδιοι μεθοδολογικοί κανόνες θεμελίωσης όπως γενικά σε όλες τις νομικές κρίσεις.

1. Αντινομίες

Η τρέχουσα διδασκαλία θεωρεί ότι αντινομία υπάρχει κάθε φορά που δύο κανόνες δικαίου προβλέπουν συγκρουόμενες ρυθμίσεις για μία και την αυτή περίπτωση. Η σύγκρουση αυτή γίνεται αντιληπτή ως λογική αντίφαση, που προκαλεί αδυναμία διαμόρφωσης του διατακτικού της δικανικής κρίσης επειδή είναι δυνατή η τέλεση δύο δικανικών συλλογισμών, ο καθένας από τους οποίους οδηγεί σε αντίθετο συμπέρασμα

από τον άλλο. Λογική αντίφαση υπάρχει, κατά την τρέχουσα διδασκαλία, όταν ο ένας κανόνας επιτάσσει ή επιτρέπει μία συγκεκριμένη πράξη και ο άλλος την απαγορεύει. Αντίθετα δεν υπάρχει λογική αντίφαση όταν η τέλεση ορισμένης πράξης επιτρέπεται κατά το ισχύον δίκαιο, ενώ επίσης επιτρέπεται και η μη τέλεσή της. Επειδή ωστόσο το τεθειμένο δίκαιο κατά κανόνα δεν υποδεικνύει ευθέως το επιτασσόμενο, το επιτρεπτό και το απαγορευμένο, αλλά απλώς το εξυπακούει, και προτιμά, για λόγους νομοτεχνικής οικονομίας, τη χρήση διατάξεων που προβλέπουν την επέλευση κατάλληλων εννόμων συνεπειών, συνήθως κυρώσεων, η αντινομία ορίζεται ειδικότερα ως η περίπτωση όπου το τεθειμένο δίκαιο περιέχει δύο κανόνες που προβλέπουν αντιφατικές έννομες συνέπειες για μία και την αυτή περίπτωση εφαρμογής τους.

Η ύπαρξη αντινομιών φαίνεται μάλλον απίθανη σε ένα και το αυτό νομοθέτημα, ενώ αν υπάρχει σύγκρουση διατάξεων σε δύο νομοθετήματα που θεσπίστηκαν σε διαφορετικό χρονικό σημείο, συνήθως υπερισχύει η νεότερη. Παρ' όλα αυτά, δεν αποκλείεται η ύπαρξη αντινομιών που ορισμένες φορές είναι αφανείς, επειδή η αντίφαση εμφανίζεται μόνο σε ειδικές περιπτώσεις εφαρμογής τους. Ένα παράδειγμα προσφέρουν οι διατάξεις του άρθρου 1 § 2 και του άρθρου 4 του νόμου 4112/1929, που διατηρήθηκε σε ισχύ και μετά την εισαγωγή του Αστικού Κώδικα. Κατά την πρώτη από τις δύο αυτές διατάξεις, με την εγκατάσταση μηχανημάτων σε ένα ενυπόθηκο εργοστάσιο η υποθήκη επεκτείνεται και σε αυτά και αποσβέννεται κάθε προϋπάρχον εμπράγματο δικαίωμα άλλων προσώπων επ' αυτών, ενώ κατά τη δεύτερη διάταξη απαγορεύεται ο χωρισμός από το εργοστάσιο μηχανημάτων που έχουν εγκατασταθεί σε αυτό κατά την προηγούμενη διάταξη και, αν τυχόν γίνει, δεν αλλάζει το νομικό τους status. Σε μία συγκεκριμένη περίπτωση, που κρίθηκε δικαστικά,⁴³ ο εναγόμενος είχε δύο εργοστάσια και απομάκρυνε από το πρώτο, που ήταν ενυπόθηκο, μηχανήματα που είχε παλαιότερα εγκαταστήσει σε αυτό, για να τα εγκαταστήσει στο δεύτερο, που επίσης ήταν ενυπόθηκο αλλά υπέρ άλλου δανειστή. Το ζήτημα που προέκυψε ήταν αν η δεύτερη αυτή εγκατάσταση επέφερε (κατά το άρθρο 1 § 2) την απόσβεση της πρώτης υποθήκης επί των

43. Εφετείο Αθηνών 2991/1981, ΝοΒ 30 (1982), 453.

μηχανημάτων και την επέκταση σε αυτά της υποθήκης που εβάρυνε το δεύτερο εργοστάσιο ή δεν την επέφερε (κατά το άρθρο 4).⁴⁴

Η ύπαρξη αντιφατικών ρυθμίσεων αντιμετωπίστηκε από τη μεθοδολογική διδασκαλία κατά κανόνα ως πρόβλημα λογικό. Ενώ όμως στη λογική αν σε ένα σύστημα προτάσεων δύο από αυτές αντιφάσκουν μεταξύ τους το σύστημα πάσχει συνολικά καθώς επιτρέπει τη συναγωγή του οποιουδήποτε συμπεράσματος (*ex falso quodlibet*), στο δίκαιο γίνεται δεκτό ότι η υπόλοιπη έννομη τάξη δεν επηρεάζεται και το πρόβλημα εντοπίζεται μόνο στις σχέσεις μεταξύ των δύο ρυθμίσεων. Η διαφορά αυτή δικαιολογείται με το επιχείρημα ότι η έννομη τάξη δεν επιδέχεται την οργάνωσή της σε αξιωματικό σύστημα και ότι η πλήρης αδυναμία συναγωγής έγκυρων συμπερασμάτων εάν εμφιλοχωρήσει μία και μόνη αντίφαση ισχύει μόνο για τα αξιωματικά συστήματα. Κατά τα λοιπά διδάσκεται ότι η άρση των αντινομιών επιτυγχάνεται συνήθως λόγω της ύπαρξης κανόνων δεύτερου και τρίτου βαθμού, που ιεραρχούν τους συγκρουόμενους κανόνες: των κανόνων δεύτερου βαθμού, σύμφωνα με τους οποίους ο ανώτερος νόμος (π.χ. Σύνταγμα) υπερισχύει του κατώτερου (π.χ. κοινός νόμος), ο νεότερος νόμος υπερισχύει του παλαιότερου και ο ειδικότερος νόμος υπερισχύει του γενικότερου, και των κανόνων τρίτου βαθμού, σύμφωνα με τους οποίους, αν σε συγκεκριμένη περίπτωση υπάρξει σύγκρουση μεταξύ των κανόνων δεύτερου βαθμού (π.χ. ο παλαιότερος νόμος είναι ειδικότερος), ο ανώτερος νόμος υπερισχύει σε κάθε περίπτωση και ο ειδικότερος υπερισχύει του νεότερου.

Βέβαια οι κανόνες δεύτερου και τρίτου βαθμού –οι οποίοι σημειωτέον, αν και απλώς τυπικοί καθώς δεν αφορούν το περιεχόμενο των ρυθμίσεων, είναι κανόνες του ισχύοντος δικαίου και όχι της λογικής– δεν λύνουν όλα τα προβλήματα. Αυτό συμβαίνει είτε επειδή οι αντιφατικές ρυθμίσεις απαντούν στο ίδιο νομοθέτημα και είναι ίσης ειδικότητας, όπως στο προηγούμενο παράδειγμά μας των μηχανημάτων, επομένως δεν μπορούν να εφαρμοστούν ως προς αυτές οι προαναφερθέντες δευτεροβάθμιοι και τριτοβάθμιοι τυπικοί κανόνες ιεράρχησης, είτε επειδή

44. Βλ. επ' αυτού τη μελέτη του Παναγιώτη Παπανικολάου, «Τύχη της υποθήκης σε μηχανήματα με τον ν. 4112/1929 σε περίπτωση χωρισμού τους από το ενυπόθηκο ακίνητο», *ΝοΒ* 30 (1982), 391 κ.ε.

ένα από τα κριτήρια της ιεράρχησης, το κριτήριο της ειδικότητας, δεν μπορεί να λειτουργήσει στην περίπτωση που ο καθένας από τους δύο συγκρουόμενους κανόνες τυχαίνει να είναι, από μία διαφορετική σκοπιά, ειδικότερος του άλλου. Μία τέτοια περίπτωση, που επίσης κρίθηκε δικαστικά,⁴⁵ αφορά ένα ζήτημα παραγραφής της αξίωσης από αστικό αδίκημα που έχει τελεστεί από δημόσιο υπάλληλο και ασκείται κατά του Δημοσίου. Ως γνωστόν, η γενική διάταξη του άρθρου 250 ΑΚ προβλέπει 20ετή παραγραφή των αξιώσεων. Σ' αυτό, το άρθρο 937 εισάγει εξαίρεση, ορίζοντας ότι οι αξιώσεις από αδικοπραξία παραγράφονται μετά 5 έτη από τότε που ο ζημιωθείς έλαβε γνώση της ζημίας. Παράλληλα, το άρθρο 27 § 1 του Κώδικα Νόμων περί Δικών του Δημοσίου είχε εισαγάγει και αυτό εξαίρεση από τη γενική διάταξη, προβλέποντας ότι αξιώσεις κατά του Δημοσίου παραγράφονται με την πάροδο 5ετίας από τη γένεση του δικαιώματος προς έγερση αγωγής. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, η αγωγή κατά του Δημοσίου είχε εγερθεί λίγο μετά την πάροδο 5ετίας από την τέλεση της αδικοπραξίας αλλά πριν από την πάροδο 5ετίας από τη στιγμή που ο ζημιωθείς έλαβε γνώση της ζημίας, με συνέπεια το δικαστήριο να έχει ενώπιόν του μία κατάσταση της νομοθεσίας, σύμφωνα με την οποία η αξίωση αποζημίωσης δεν είχε παραγραφεί αν εφαρμοζόταν η πρώτη διάταξη, ενώ αντίθετα είχε παραγραφεί αν εφαρμοζόταν η δεύτερη. Και οι δύο διατάξεις είναι ειδικές σε σχέση με τη γενική του άρθρου 250 ΑΚ, χωρίς και να μπορεί να κριθεί, με βάση τυπικά κριτήρια, ποιά από τις δύο είναι ειδικότερη της άλλης, επειδή η πρώτη είναι ειδικότερη κατά το ότι επρόκειτο για αξίωση από αδικοπραξία, αλλά η δεύτερη ειδικότερη κατά το ότι επρόκειτο για αξίωση κατά του Δημοσίου. Ο Άρειος Πάγος έκρινε πάντως (χωρίς ειδική αιτιολογία!) ότι η διάταξη περί δικών του Δημοσίου είναι ειδικότερη και αποφάνθηκε υπέρ της παραγραφής.

Σε όλες τις περιπτώσεις όπου δεν λειτουργούν τα κριτήρια ιεράρχησης των συγκρουόμενων κανόνων, η τρέχουσα διδασκαλία υποστηρίζει ότι οι δύο συγκρουόμενοι κανόνες αλληλοεξουδετερώνονται, δηλαδή η νομοθεσία πρέπει να αναγνωσθεί σαν να μην περιείχε καμία από τις συγκρουόμενες διατάξεις, έτσι ώστε να προκύψει κενό του δικαίου, το

45. Με την απόφαση του Αρείου Πάγου υπ' αριθ. 904/1982, *ΝοΒ* 31 (1983), 982.

οποίο να πρέπει ακολούθως να πληρωθεί σύμφωνα με τη μέθοδο που γίνεται συνήθως αποδεκτό ότι πρέπει να εφαρμόζεται στα κενά του δικαίου.⁴⁶ Η άποψη αυτή μού φαίνεται παράδοξη. Οφείλεται προφανώς στη λανθασμένη αντίληψη ότι οι αντινομίες αποτελούν ελαττώματα λογικής φύσεως και ότι δύο αντιφατικές ρυθμίσεις είναι λογικά αδύνατο να συνισχύουν, επομένως αλληλοαναιρούνται· η ίδια άποψη φαίνεται επίσης να υποκρύπτει και την αποδοχή της θετικιστικής ή και τυποκρατικής σύλληψης του δικαίου ως ενός συστήματος κανόνων, έστω και αν πρόκειται για ένα σύστημα ατελές που αδυνατεί να τύχει πλήρους λογικής επεξεργασίας ώστε να αποτελέσει πλήρες αξιωματικό σύστημα. Από το ότι ωστόσο αντινομία υπάρχει όταν δύο ρυθμίσεις εμφανίζονται να αντιφάσκουν δεν προκύπτει αναγκαία ότι και το πρόβλημα στο σύνολό του είναι λογικής φύσεως. Αδυναμία του δικαστή να αντλήσει την κρίση του από το ισχύον δίκαιο υπάρχει στην περίπτωση αυτή μόνο για εκείνον που, επειδή πιστεύει ότι το δίκαιο αποτελείται από κανόνες οι οποίοι εξάγονται κατ' αρχήν ένας-ένας από το κείμενο του νόμου χωρίς καμία ή έστω με μικρή επεξεργασία του, προσδοκά την ευθεία συναγωγή της κρίσης του από κάποιον από τους κανόνες αυτούς και έτσι αντιμετωπίζει με αμηχανία την περίπτωση όπου, προς έκπληξή του, συναντά όχι έναν αλλά δύο κανόνες, διαπιστώνοντας μάλιστα επί πλέον ότι αντιφάσκουν.

Δεν είναι ασφαλώς καλό να παρεισφρέουν σε ένα νομοθέτημα αντινομίες. Αν ωστόσο συνταχθούμε με την αντιθετικιστική διδασκαλία ότι η κανονιστικότητα του δικαίου οφείλεται στους λόγους προς το πράττειν που σχετίζονται με αυτό και ότι οι λόγοι αυτοί απορρέουν όχι από κανόνες αντλούμενους λίγο-πολύ ευθέως από το κείμενο του νόμου αλλά πρωτίστως από την πλοκή όλων εκείνων των ηθικοπολιτικών αρχών που επιτρέπουν την προσέγγισή του ως μιάς θεσμικής έκφρασης προορισμένης να διευθετήσει με εύλογο και συνεκτικό τρόπο πρακτικά προβλήματα που προκύπτουν κατά την κοινωνική μας συμβίωση, τότε θα αντιληφθούμε ότι οι συγκρουόμενες διατάξεις και οι εξαγόμε-

46. Βλ. Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 78, και *Εισαγωγή*, σ. 166· Engisch, *Einführung*, σ. 210 σημ. 79, και σ. 214· Canaris, *Systemdenken* (βλ. παραπάνω, σ. 680 σημ. 30), σ. 124· Rüthers, σ. 182· Bydlinski, σ. 464· Peczenik, *Reason*, σ. 19. Οι γερμανοί από τους συγγραφείς αυτούς κάνουν λόγο για κενό εξ αντινομίας («Kollisionslücke»).

νοι από αυτές κανόνες δεν πρέπει να εκληφθεί ότι προκαλούν ένα είδος κανονιστικού βραχυκυκλώματος· απλώς μας υποδεικνύουν με έναν ιδιαίτερα έντονο τρόπο ότι πρέπει να εξετάσουμε πιο προσεκτικά τα επιχειρήματά μας γύρω από το ερώτημα ποιά ακριβώς δικαιώματα και ποιά καθήκοντα πρέπει να θεωρηθεί ότι γεννώνται για εμάς από την έννομη τάξη σε σχέση με το ειδικότερο πρακτικό ζήτημα που μας απασχολεί.⁴⁷ Η αιτιολόγηση της κρίσης είναι δηλαδή πολυπλοκότερη και πρέπει να γίνει προσεκτικότερα από ό,τι συνήθως – η μέθοδος της (επιχειρηματολογικής) θεμελίωσης παραμένει όμως η ίδια όπως σε όλες τις άλλες περιπτώσεις.

Έτσι, στα παραδείγματα που αναφέραμε προηγουμένως, πρέπει να εξετάσουμε την *ratio* των συγκρουόμενων ρυθμίσεων σε συνάρτηση με τις γενικές παραδοχές μας για τις αρχές που διατρέχουν την έννομη τάξη μας. Στο παράδειγμα των μηχανημάτων που μεταφέρθηκαν από το ένα εργοστάσιο στο άλλο, το κανονιστικό διακύβευμα συνοψίζεται στο ερώτημα όχι ποιά εναλλακτική λύση προστατεύει καλύτερα το σύστημα χρηματοδότησης της βιομηχανίας, ούτε το ποιά από τα δύο εργοστάσια λειτουργεί επωφελέστερα για τη συνολική οικονομία, αλλά το αν θα πρέπει να παρασχεθεί μεγαλύτερη προστασία στην εμπιστοσύνη που επέδειξε, λόγω της ύπαρξης των μηχανημάτων, ο πρώτος ή ο δεύτερος ενυπόθηκος δανειστής, οπότε πρέπει να ληφθεί πρωτίστως υπ' όψη ότι η πρωτοβουλία της προτίμησης δεν θα ήταν ακριβοδίκαιο, ιδιαίτερα απέναντι στον πρώτο δανειστή, να αφεθεί στον οφειλέτη, με δεδομένο μάλιστα ότι στο δίκαιο της εμπράγματης ασφάλειας έχει ευλόγως μεγάλη βαρύτητα η αρχή της χρονικής προτεραιότητας. Στο παράδειγμα της παραγραφής, το ερώτημα ήταν αν η *ratio* της συντομότερης παραγραφής σε δίκες του Δημοσίου (που εντασσόταν σε ένα γενικότερο πλαίσιο ευνοϊκότερης αντιμετώπισης του Δημοσίου ως διαδίκου) είναι τόσο βαρύνουσα εν όψει των γενικών αρχών που διατρέχουν την έννομη τάξη συνολικά ώστε να υπερισχύει της εκτίμησης

47. Για το ότι γενικότερα η ύπαρξη λογικών αντιφάσεων μεταξύ των πρακτικών πεποιθήσεών μας δεν αποτελεί από πρακτική σκοπιά τίποτε περισσότερο από λόγο για ουσιαστική επανεξέταση των πεποιθήσεών μας αυτών, βλ. τη μελέτη του Niko Kolodny, «The Myth of Practical Consistency», *European Journal of Philosophy* 16 (2008), 366 κ.ε.

ότι η δίκη περί αποζημίωσης λόγω αδικιοπραξίας αφορά διαφορά ιδιωτικού δικαίου, στην οποία το Δημόσιο δεν μετέχει ως φορέας πολιτικής εξουσίας αλλά απλώς ως αστικός υπεύθυνος για τις πράξεις των οργάνων του. Τα επιχειρήματα υπέρ της αρνητικής απάντησης είναι ως εκ τούτου πειστικότερα.

2. Συρροή

Η συρροή διατάξεων έχει κοινό με τις αντινομίες ότι και στις δύο, αν θέσουμε ως βάση την τρέχουσα διδασκαλία, μία και η αυτή περίπτωση εμπίπτει στο πραγματικό περισσότερων του ενός κανόνων δικαίου. Ενώ όμως στις αντινομίες οι κανόνες αυτοί είναι δύο και οι έννομες συνέπειες που προβλέπουν αντιφατικές, στη συρροή οι συντρέχοντες κανόνες μπορεί να είναι και περισσότεροι των δύο και επί πλέον οι έννομες συνέπειες που προβλέπουν μπορεί να είναι είτε οι αυτές είτε διαφορετικές, πάντως όχι αντιφατικές. Στο ποινικό δίκαιο το πρόβλημα είναι γνωστό ως κατ' ιδέα συρροή εγκλημάτων, η οποία υπάρχει όταν μία και η αυτή πράξη πραγματώνει την αντικειμενική υπόσταση περισσότερων του ενός εγκλημάτων. Στο ιδιωτικό δίκαιο το αντίστοιχο φαινόμενο είναι η συρροή αξιώσεων, όταν σε μία και την αυτή έννομη σχέση γεννάται υπέρ ενός προσώπου αξίωση εναντίον ενός άλλου με το αυτό ή διαφορετικό περιεχόμενο, η οποία βασίζεται σε περισσότερες της μίας διατάξεις.

Πολύ περισσότερο από ό,τι στις αντινομίες, στην περίπτωση της συρροής η τρέχουσα μεθοδολογική διδασκαλία παραδέχεται ότι το πρόβλημα δεν είναι λογικό αλλά ουσιαστικά νομικό, υπό την έννοια ότι το αν οι συρρέουσες διατάξεις θα συνεφαρμοστούν ή όχι και, σε καταφατική περίπτωση, αν οι έννομες συνέπειές τους θα επέλθουν σωρευτικά ή όχι είναι ζήτημα ερμηνείας τους και μόνο. Απλώς για λόγους περιγραφής η μεθοδολογική διδασκαλία κάνει την ακόλουθη κατάταξη των περιπτώσεων:

α) Όταν οι συρρέουσες διατάξεις προβλέπουν την αυτή έννομη συνέπεια, τότε: (i) αν η έννομη συνέπεια δεν επιδέχεται ποσοτική διαβάθμιση, επέρχεται μία φορά, αδιάφορο από ποιά νομική βάση (π.χ. η δικαιοπραξία είναι ακυρώσιμη και λόγω πλάνης και λόγω απάτης)· (ii) αν η έννομη συνέπεια επιδέχεται ποσοτική διαβάθμιση, θεωρητικά

θα μπορούσε να υπάρξει ζήτημα αν επέρχεται ποσοτικά επαυξημένη ή όχι, συνήθως όμως την απάντηση δίνει το ίδιο το τεθειμένο δίκαιο (π.χ. στο αστικό δίκαιο, αν υπάρχει αξίωση αποζημίωσης τόσο κατά το άρθρο 914 όσο και κατά το άρθρο 920 ΑΚ, η αποζημίωση καταβάλλεται άπαξ, λόγω της αρχής ότι ο ζημιωθείς δεν επιτρέπεται να καταστεί πλουσιότερος από ό,τι θα ήταν χωρίς το ζημιογόνο γεγονός· ενώ στο ποινικό δίκαιο, αν π.χ. μία πράξη συνιστά ταυτόχρονα βιασμό και αιμομιξία, την απάντηση δίνουν οι κανόνες επιμέτρησης της ποινής, οι οποίοι ακολουθούν την αρχή ότι αυτή νοείται ως προσωπική αποδοκιμασία του δράστη, επομένως κατά την επιβολή της πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψη, ιδίως αλλά όχι μόνο, η συνολική απαξία της πράξης του).

β) Όταν οι συρρέουσες διατάξεις προβλέπουν διαφορετική έννομη συνέπεια, τότε ενδέχεται: (i) οι έννομες συνέπειες να πρέπει να σωρευθούν (π.χ. να διαταχθεί άρση της προσβολής και παράλειψή της στο μέλλον όσο και χρηματική αποκατάσταση ηθικής βλάβης, κατά τα άρθρα 57 και 932 ΑΚ)· είτε (ii) οι έννομες συνέπειες να μην μπορούν να σωρευθούν επειδή ισχύουν διαζευκτικά (π.χ. διάρρηξη της καταδολιευτικής δικαιοπραξίας κατά το άρθρο 939 ΑΚ ή συνευθύνη του αποκτώντος κατά το άρθρο 479 ΑΚ)· είτε (iii) οι έννομες συνέπειες να μην μπορούν να επέλθουν ούτε σωρευτικά ούτε διαζευκτικά, επειδή μεταξύ των κανόνων που συντρέχουν υπάρχει σχέση επικουρικότητας, δηλαδή η εφαρμογή του ενός προηγείται πάντα εκείνης του ή των άλλων (π.χ. σε περίπτωση συρροής δυσφήμισης και εξύβρισης, κατά το άρθρο 361 ΠΚ προηγείται πάντα η πρώτη).⁴⁸

Το γενικό συμπέρασμα που επιβεβαιώνεται και από την ανάλυση των φαινομένων των αντινομιών και της συρροής είναι ότι η πορεία της θεμελίωσης των νομικών κρίσεων είναι σε όλες τις περιπτώσεις ενιαία και βασίζεται όχι σε σχέσεις τυπικών συναγωγών των ατομικών κρίσεων από ορισμένον κάθε φορά γενικό κανόνα, αλλά σε επιχειρήματα συνδεόμενα με αρχές του δικαίου που διατρέχουν και συνενώνουν ολόκληρη την έννομη τάξη.

48. Βλ. συνοπτικά, αντί άλλου, Koller, σ. 176 κ.ε.