

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Αντικείμενο του ανά χείρας βιβλίου είναι η μέθοδος γνώσης του δικαίου από τη σκοπιά των αποδεκτών των ρυθμίσεών του· δηλαδή, είτε των δικαστών που τις εφαρμόζουν είτε του κάθε πολίτη που καλείται να συμμορφωθεί προς αυτές. Αποτελεί καρπό μακροχρόνιας ενασχόλησης, διδακτικής και ερευνητικής, του συγγραφέα του με το αντικείμενο αυτό. Δίδαξα πράγματι τη μεθοδολογία του δικαίου στη Νομική Σχολή του Πανεπιστημίου Αθηνών επί περισσότερες από δύο δεκαετίες. Και οφείλω να ομολογήσω ότι χρειάστηκε πολύς χρόνος ώστε να αντιληφθώ και εγώ ο ίδιος πόσο πολύπλοκα είναι τα σχετικά προβλήματα και πόσα φιλοσοφικά ζητήματα πρέπει προηγουμένως να επιλυθούν ώστε να καταστεί δυνατό να διαλεχθεί κανείς με την πληθώρα των αλληλοσυγκρουόμενων απόψεων με τις οποίες βρίσκεται αντιμέτωπος σχεδόν σε κάθε επί μέρους μεθοδολογικό ερώτημα. Η ύπαρξη –τουλάχιστον στον χώρο της ηπειρωτικής Ευρώπης– μιάς σχετικά παγιωμένης διδασκαλίας δυσχεραίνει αντί να διευκολύνει τα πράγματα. Πρόκειται για μιά διδασκαλία προσαρμοσμένη μεν στις ανάγκες και τις αντιλήψεις των νομικών της πράξης, και κατά τούτο αρκετά αποτελεσματική ώστε να ακολουθείται σαν να ήταν ένα άθροισμα αυτονόητων υποδείξεων, η οποία ωστόσο έχει διαμορφωθεί σε εποχές όπου όχι μόνο η συζήτηση στους κόλπους της φιλοσοφίας του δικαίου δεν είχε φτάσει στην αναλυτικότητα και το βάθος της σημερινής συζήτησης, αλλά και η νομική διδασκαλία δεν μπορούσε να γνωρίζει και δεν πρόλαβε να επωφεληθεί από την εξαιρετικά πλούσια γενική φιλοσοφική έρευνα, ιδίως στην περιοχή της λεγόμενης μεταηθικής, η οποία πρωτοστατεί

σήμερα στην ανάλυση του τρόπου προσέγγισης των ζητημάτων που άπτονται της πρακτικής ορθολογικότητας συνολικά. Η ανάγκη μιάς αναθεώρησης, και μάλιστα με διεξοδική επιχειρηματολογία, ήταν επομένως επιτακτική.

Την κατεύθυνση της αναθεώρησης που προτείνεται εδώ εκφράζει ο τίτλος του Πρώτου Μέρους του βιβλίου. Η βασική ιδέα είναι ότι η απειλή του εξαναγκασμού, που συνοδεύει το δίκαιο γενικά, γεννά –σε σχέση με την κάθε νομική κρίση χωριστά– το καθήκον δικαιολόγησης της υποχρέωσης που απορρέει από αυτήν, πρωτίστως απέναντι στο βαρυνόμενο πρόσωπο. Οι νομικοί λόγοι αποτελούν επομένως το βασικό αντικείμενο ανάλυσης της μεθοδολογικής διδασκαλίας. Αυτοί όμως δεν είναι απλώς κάθε τι το οποίο είθισται να επικαλούνται οι δικαστές στις αποφάσεις τους προς στήριξη των κρίσεών τους: κείμενα νόμων, σημασίες λέξεων, νομοθετικές προθέσεις. Είναι πάνω απ' όλα οι λόγοι εκείνοι που το βαρυνόμενο με την υποχρέωση πρόσωπο όφειλε να λάβει υπ' όψη του κατά τη διαμόρφωση της συμπεριφοράς του – πρέπει δηλαδή οι λόγοι προς το κρίνειν, που δεσμεύουν τους κρίνοντες δικαστές, να συμπίπτουν σε τελευταία ανάλυση με τους λόγους προς το πράττειν, που δεσμεύουν τους κρίνόμενους πολίτες, και συνεπώς η θεμελίωση των νομικών κρίσεων είναι έργο του πρακτικού και όχι του θεωρητικού λόγου. Η βασική αυτή ιδέα καθιστά αναγκαίο για τη μεθοδολογία του δικαίου το να στραφεί προς την εντελώς πρόσφατη μεταηθική συζήτηση, η οποία έχει επικεντρωθεί στην ανάλυση των λόγων προς το πράττειν, πρωτίστως δε των ηθικών, αναδεικνύοντάς τους μάλιστα ως την κεντρική έννοια από την οποία πρέπει να ξεκινήσει η σύλληψη της κανονιστικότητας γενικά. Μιά τέτοια κίνηση όμως υπαγορεύεται και από τη νεότερη συζήτηση στους κόλπους της φιλοσοφίας του δικαίου, όπου η παραδοσιακή θετικιστική θέση περί χωρισμού δικαίου και ηθικής έχει πλέον σχεδόν εγκαταλειφθεί, ακόμη και από τους σύγχρονους θετικιστές, τουλάχιστον ως προς το καίριο ζήτημα του πώς το δίκαιο αξιώνει τη συμμόρφωση των πολιτών: αν υπάρχει πράγματι καθήκον συμμόρφωσής μας προς το δίκαιο, τότε οι νομικοί λόγοι δεν μπορούν παρά να είναι ταυτόχρονα και ηθικοί. Και τους νομικούς λόγους ως ταυτόχρονα ηθικούς συλλαμβάνουν και εκφράζουν καλύτερα, όπως φρονώ, οι αρχές δικαίου και όχι τα αποστεωμένα μορφώματα που η τρέχουσα διδασκαλία έχει υποστασιοποιήσει ως «κανόνες δικαίου». Επάνω στις

βάσεις αυτές έρχεται ακολούθως το Δεύτερο Μέρος του βιβλίου –μέσω της κατάδειξης των αδυναμιών της παγιωμένης μεθοδολογικής διδασκαλίας στα επί μέρους σημεία της– να προβάλλει τον επιχειρηματολογικό χαρακτήρα των θεμελιώσεων στο δίκαιο, εμπνεόμενο και εδώ από τη νεότερη φιλοσοφική ανάλυση των μορφών όσο και του τρόπου λειτουργίας των ηθικών λόγων προς το πράττειν, που ακόμη και όταν είναι αντίρροποι δεν μπορούν παρά να είναι ταυτόχρονα αλληλένδετοι.

Η πρόταξη των λόγων προς το πράττειν και η συνακόλουθη επιχειρηματολογική προσέγγιση των θεμελιώσεων στο δίκαιο απαιτεί από τη μεθοδολογική διδασκαλία να προχωρήσει επιχειρώντας δύο περαιτέρω βήματα, στα οποία δεν θεωρούσε αναγκαίο να επιδοθεί η παραδοσιακή μεθοδολογία του δικαίου.

Το πρώτο και δυσχερέστερο βήμα είναι να συνειδητοποιήσει και να δηλώσει τις βαθύτερες φιλοσοφικές προεκτάσεις της. Η εδώ ανάπτυξη διακρίνεται για τον αντι-φυσιοκρατικό χαρακτήρα της. Εμφορείται δηλαδή από την πεποίθηση ότι η επιχειρηματολογική στήριξη των νομικών κρίσεων και η λήψη των αντίστοιχων αποφάσεων βάσει του ισχυρότερου λόγου έχουν μεν σαφή γνωστικό χαρακτήρα, είναι όμως διαφορετικής υφής ενεργήματα και συνδέονται με μία διαφορετικού είδους βεβαιότητα από ό,τι συμβαίνει στον χώρο των φυσικών επιστημών. Παρ' ότι το ζήτημα δεν ήταν δυνατό να τεθεί στο παρόν πλαίσιο και να εξεταστεί στην αρμόζουσα έκταση, πολλά είναι τα σημεία όπου εκδηλώνεται το βαθύτερο αυτό φιλοσοφικό στίγμα του βιβλίου: στην υποστήριξη της αυτοτέλειας της κανονιστικότητας και κατ' επέκταση της αυτονομίας των λόγων προς το πράττειν ως προσπελάσιμων μέσω του εντελώς ξεχωριστού τρόπου του αναστοχασμού· στη συναφή επιμονή ότι η κανονιστικότητα δεν είναι απλό παρακολούθημα πραγματικών δεδομένων και επομένως τα *facta* της θέσπισης του δικαίου δεν θα μπορούσαν ποτέ από μόνα τους να δημιουργήσουν δίκαιο· στην εναντίωση προς όλες τις προσπάθειες αναζήτησης εμπειρικών ερεισμάτων της ερμηνείας του δικαίου· στην απομάκρυνση από την κρατούσα άποψη ότι οι νομικές ρυθμίσεις αποτυπώνονται γλωσσικά και λογικά σε προτάσεις όπου πρωτοστατεί το καθαρά περιγραφικό τους μέρος και ότι το «διατακτικό» στοιχείο τους έρχεται απλώς εκ των υστέρων ως κάτι το επιγιγνόμενο, που δεν χρειάζεται να ληφθεί υπ' όψη κατά το μεγαλύτερο μέρος της εργασίας της θεμελίωσης.

Το δεύτερο βήμα συνδέεται με τη συνειδητοποίηση ότι η επιχειρηματολογική προσέγγιση θέτει επί τάπητος το πρόβλημα της δύναμης των επιχειρημάτων. Και αυτό είναι ένα πρόβλημα που δεν μπορεί να επιλυθεί απλώς με φορμαλιστικές αναλύσεις. Νεότερες τάσεις της μεθοδολογίας του δικαίου, ωθούμενες από ζητήματα που έχει αναδείξει ιδίως η συνταγματική ερμηνεία, έχουν πράγματι αντιληφθεί ότι η εμβέλεια του παραδοσιακού απαγωγικού προτύπου θεμελίωσης αφήνει ακάλυπτα ζητήματα που αφορούν τη δικαιολόγηση προτεραιοτήτων μεταξύ αντίρροπων εκτιμήσεων που τυπικά δικαιολογούνται εξ ίσου από το συνταγματικό ή άλλα νομοθετικά κείμενα. Η απάντηση της κρατούσης μεθοδολογίας υπήρξε η προβολή της μεθόδου της στάθμισης σε συνδυασμό με την εισαγωγή της αρχής της αναλογικότητας. Ο φορμαλιστικός ωστόσο χαρακτήρας της διπλής αυτής κίνησης, εκτός των βαθύτερων προβλημάτων της, αποτελεί ασθενέστατο ανάχωμα κατά του σχηματισμού αθεμελιωτων και συνεπώς αυθαίρετων κρίσεων. Μιά επιχειρηματολογική προσέγγιση θεωρεί αντίθετα τον εαυτό της υποχρεωμένο να παρουσιάσει ουσιαστικά κριτήρια για την εκτίμηση των προτεραιοτήτων μεταξύ των διαφόρων επιχειρημάτων. Αυτό έχει όμως ένα όριο. Η μεθοδολογική διδασκαλία οφείλει να περιοριστεί στη φιλοσοφική ανάδειξη των βασικών προτεραιοτήτων που είναι σύμφυτες με το δίκαιο, διότι διαφορετικά θα έπρεπε να επεκταθεί σε μιά ουσιαστική εκτίμηση του συνόλου των νομικών επιχειρημάτων ανά κλάδο του δικαίου, καλύπτοντας έτσι ολόκληρο το φάσμα της νομικής δογματικής.



Ένα έργο της έκτασης του παρόντος θα ήταν αδύνατο να αναφέρει διεξοδικά όλες τις πηγές από τις οποίες άντλησε τις εμπνεύσεις του. Θεωρώ πάντως υποχρέωσή μου να μνημονεύσω, πριν απ' όλους, τους βασικούς μου δασκάλους κατά τις σπουδές μου στη Γερμανία, που δεν βρίσκονται πιά στη ζωή: τον Karl Larenz, τον Arthur Kaufmann και τον Sten Gagnér. Οι δύο πρώτοι, με διαφορετικό βέβαια τρόπο ο καθένας, μου ενέπνευσαν την αγάπη για τη φιλοσοφία του δικαίου αλλά και τη φιλοσοφία γενικά. Ο τρίτος με έστρεψε προς τη μελέτη της αναλυτικής φιλοσοφίας και της ιστορίας και κυρίως με δίδαξε το να είμαι δά-

σκαλος. Σ' αυτούς με το πέρασμα του χρόνου προστέθηκαν πρόσωπα που δεν υπήρξαν δάσκαλοί μου στην κυριολεξία, αλλά που με το έργο τους και την προσωπικότητά τους συνέβαλαν αποφασιστικά στην εξέλιξη των ιδεών μου. Προηγήθηκε ο Jürgen Habermas και ακολούθησαν (χρονικά, όχι σε βαθμό επιρροής) ο Ronald Dworkin και ο Thomas Scanlon. Τους οφείλω απείρως περισσότερα από όσα μπορούν να δηλώσουν οι υποσημειώσεις. Θα ήθελα όμως επίσης να μνημονεύσω και να ευχαριστήσω τους παλαιούς μαθητές μου και ήδη συναδέλφους μου, με τους οποίους διατηρώ από πολλά χρόνια στενές σχέσεις φιλίας και συνεργασίας. Τα κοινά μαθήματα και οι αναρίθμητες συζητήσεις μαζί τους με έχουν επηρεάσει ή βοηθήσει να κάνω ακριβέστερες τις απόψεις μου σε τόσο πολλά θέματα που δεν μπορούν να απαριθμηθούν. Τους αναφέρω αλφαβητικά: τον Φίλιππο Βασιλόγιαννη, τον Βασίλη Βουτσάκη, τον Δημήτρη Κυρίτση, τον Γιώργο Λέτσα, τον Κωνσταντίνο Παπαγεωργίου, τον Γιώργο Παυλάκο, τον Νίκο Σταυρόπουλο, τον Ανδρέα Τάκη.

Το βιβλίο αφιερώνεται στα μέλη της οικογένειάς μου: τη Μαργαρίτα, τον Κίμωνα και τον Νίκο. Οι λόγοι αυτής της αφιέρωσης είναι τόσο πολλοί, ώστε οποιαδήποτε απόπειρα καταγραφής τους θα τους αδικούσε. Αρκεί να πω ότι χωρίς την αγάπη τους και την υπομονή τους, αλλά και χωρίς τις καθημερινές συζητήσεις μας σε τόσα πρακτικά θέματα –πολιτικά, νομικά, οικονομικά και ηθικά–, η συγγραφή αυτού του βιβλίου δεν θα είχε αχθεί σε πέρας.

ΠΕΡΙ ΜΕΘΟΔΟΛΟΓΙΑΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

I. Τί είναι η μεθοδολογία του δικαίου

1. Λόγος περί μεθόδου

Μιά πρώτη εικόνα του αντικειμένου, του περιεχομένου και των βασικών χαρακτηριστικών της μεθοδολογίας του δικαίου μπορούμε να σχηματίσουμε αντλώντας τις στοιχειώδεις εκείνες πληροφορίες που μας δίνουν οι ίδιες οι λέξεις.

Μεθοδολογία σημαίνει λόγο περί της μεθόδου. Ο *λόγος* είναι λέξη πολυσήμαντη, που πάντως συνδέεται με το *λέγειν* και το *λέγεσθαι*. Όταν λέγω κάτι, δηλαδή εκφέρω λόγο, εκφράζομαι με σκοπό να συλλάβω με τον νου μου και να διατυπώσω γλωσσικά, με τη μεγαλύτερη δυνατή ακρίβεια που αντιστοιχεί στις προθέσεις μου, ένα μέρος της πραγματικότητας που προσελκύει το ενδιαφέρον μου και για το οποίο, εκτός από τις περιπτώσεις όπου μονολογώ, επιδιώκω να επικοινωνήσω με τους άλλους. Βασική προϋπόθεση της επιτυχίας της επικοινωνίας είναι το να γίνουν τα λεγόμενά μου κατανοητά, δηλαδή, πριν απ' όλα, να λέγονται έτσι ακριβώς όπως τα διανοήθηκα, κάτι που, εφ' όσον τα διανοήθηκα και τα διατύπωσα με τον καλύτερο δυνατό τρόπο, τα καθιστά όχι απλώς προσιτά στους άλλους αλλά και –ακόμη καλύτερα– έγκυρα και αποδεκτά από αυτούς. Την εγκυρότητα του λέγειν εξασφαλίζει ο λόγος εκείνος που δεν είναι αυθαίρετος αλλά αποδίδει τη νοητικά συλλαμβανόμενη και γλωσσικά αποτυπούμενη πραγματικότητα με ακρίβεια και κατά το δυνατόν τεκμηριωμένα. Όπως γίνεται γενικά δεκτό, η πιό τεκμηριωμένη μορφή λόγου είναι εκείνη που έχει επιπρόσθετο γνώρισμά

της τη συστηματικότητα, και έτσι είτε βασιίζεται στην προϋπόθεση, είτε παίρνει η ίδια τη μορφή, της ολοκληρωμένης διδασκαλίας ή καλύτερα της θεωρίας.

Η μέθοδος εξ άλλου είναι λέξη σύνθετη, με κύριο συστατικό της τη λέξη «οδός». Η μέθοδος είναι ένα είδος δρόμου που επιλέγουμε για να οδηγηθούμε σε κάποιον προορισμό. Δρόμους γενικά αποφασίζουμε να ακολουθήσουμε επειδή τρέφουμε προς αυτούς ένα είδος εμπιστοσύνης, εικάζοντας ότι θα είναι έτσι από πριν χαραγμένοι ώστε, παρ' όλα τα δύσβατα σημεία που ίσως συναντήσουμε, τις διασταυρώσεις που ενδεχομένως θα μας θέσουν διλήμματα και την πιθανότητα παρεκκλίσεων που δεν μπορούν να αποκλεισθούν, να μας οδηγούν με τη μεγαλύτερη δυνατή βεβαιότητα στον προορισμό μας. Μεθοδολογία σημαίνει λοιπόν κατ' αρχήν διδασκαλία ή θεωρία για την οδό που πρέπει να ακολουθήσουμε αν θέλουμε να φτάσουμε σε κάποιον προορισμό. Η «οδός» έχει βέβαια εδώ μεταφορική σημασία: εννοεί τον τρόπο με τον οποίο οφείλουμε να αναπτύξουμε διάφορες ενέργειές μας προγραμματίζοντας να τις εκτελέσουμε διαδοχικά σε προκαθορισμένη σειρά, προκειμένου να πετύχουμε κατά το δυνατόν ασφαλέστερα έναν στόχο μας.¹ Ο στόχος ή προορισμός αυτός είναι κατά κανόνα η ορθή νοητική σύλληψη, δηλαδή ο σχηματισμός της πιό στέρεης πεποίθησης για ένα αντικείμενο, που είναι και η γνώση του· μπορεί όμως να είναι και κάτι άλλο, ιδίως η κατασκευή ενός πράγματος. Έτσι, η ανάπτυξη μιάς μεθοδολογίας συνδέεται κατ' εξοχήν με την επιστημονική γνώση, αλλά και με την τεχνολογία, σε όλο το ευρύτατο φάσμα ανθρώπινων δραστηριοτήτων που επιδέχονται προσχεδιασμό και οργάνωση για τη βελτίωση του τρόπου επίτευξης του εκάστοτε επιδιωκόμενου σκοπού.

Ποιός είναι όμως ο σκοπός που επιδιώκουμε με την προγραμματισμένη εκτέλεση συγκεκριμένων ενεργειών μας ειδικά στην περίπτωση της μεθοδολογίας του δικαίου; Το πρώτο που πρέπει να διευκρινίσουμε

1. Κατά τον Αριστοτέλη, που πρέπει να θεωρηθεί ο θεμελιωτής της μεθοδολογίας γενικά, η «οδός» που συγκροτεί τη μέθοδο είναι «τῆς ζητήσεως ὁ τρόπος» (*Αναλυτικά πρότερα* 46b, 36). Γενικά περί μεθόδου, βλ. αντί άλλων, Friedrich Rapp, λήμμα «Methode», στο Hermann Krings (επιμ.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Μόναχο, Kösel, 1973, τόμ. 4, σ. 913 κ.ε., και περί μεθοδολογίας Albert Menne, *Einführung in die Methodologie*, Ντάρμστατ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1984.

είναι ότι το ίδιο το δίκαιο δεν μπορεί ούτε να κάνει λόγο για μέθοδο, αλλά ούτε και να διαθέτει και να ακολουθεί το ίδιο κάποια μέθοδο· το δίκαιο δεν είναι πρόσωπο και δεν έχει δικούς του σκοπούς και επιδιώξεις. Η γενική («του δικαίου») δεν πρέπει λοιπόν να γίνει, από τη σκοπιά του συντακτικού, αντιληπτή ως γενική υποκειμενική αλλά ως γενική αντικειμενική. Μέθοδο μπορούν να χρειάζονται και να ακολουθούν μόνο όσοι ασχολούνται με το δίκαιο. Αυτοί είναι πριν απ' όλα όσοι ασκούν τα διάφορα νομικά επαγγέλματα² και ορισμένα συναφή τους, δηλαδή οι δικαστές, οι δικηγόροι, οι συμβολαιογράφοι και οι ασχολούμενοι θεωρητικά με την έρευνα και τη διδασκαλία του δικαίου, αλλά και όσοι άλλοι έχουν ως ένα από τα βασικά γνωρίσματα (έστω και αν όχι κατ' ανάγκη το κύριο) της επαγγελματικής τους δραστηριότητας την εφαρμογή του ισχύοντος δικαίου, όπως είναι ιδίως τα στελέχη της δημόσιας διοίκησης. Όλοι αυτοί³ βρίσκονται καθημερινά αντιμέτωποι με νομικά ερωτήματα που εμφανίζουν την ακόλουθη μορφή: «πώς ρυθμίζεται από το ισχύον δίκαιο η βιοτική σχέση Σ;» – είτε πρόκειται, σε ορισμένες περιπτώσεις, για μιά συγκεκριμένη και ατομικά προσδιορισμένη βιοτική σχέση (π.χ. τη σχέση που υπάρχει ανάμεσα στον Α και τον Β, η οποία προέκυψε από το ότι ο Α, που διατηρεί ένα κατάστημα πώλησης αυτοκινήτων, πούλησε προς τον Β ένα καινούργιο αυτοκίνητο του οποίου δεν λειτουργούσε καλά το υδραυλικό σύστημα διεύθυνσης) είτε πρόκειται, σε άλλες περιπτώσεις, για μιά κατηγορία ομοειδών βιοτικών σχέσεων (π.χ. τη σχέση που προκύπτει ανάμεσα στο Κράτος και τους πολίτες οι οποίοι, από παράνομη ενέργεια ενός κρατικού οργάνου, έχουν υποστεί κάποια περιουσιακή ζημία). Η απάντηση που δίνεται σε τέτοιου είδους ερωτήματα μπορεί να ονομαστεί *νομική κρίση* και αυτή, κατά τα προηγούμενα, μπορεί να είναι περισσότερο ή λιγότερο εξατομικευμένη (αν είναι απόλυτα εξατομικευμένη, τότε στη λογική χαρακτηρίζεται *κρίση ενική*).

2. Για τα διάφορα νομικά επαγγέλματα, βλ. συνοπτικά Π. Σούρλα, *Scientia*, σ. 110 κ.ε.

3. Αλλά, κατ' επέκταση, και όλοι οι πολίτες στην καθημερινή τους ζωή, εφ' όσον θέλουν να προγραμματίζουν τη νομικά σημαντική δράση τους μετά λόγου γνώσεως και όχι η συμπεριφορά τους να είναι σύννομη ασυναίσθητα και κατ' αποτέλεσμα, ή κατά μίμηση των άλλων.

Οι νομικές κρίσεις μπορούν να έχουν ποικίλο ανά περίπτωση περιεχόμενο. Αυτό εξαρτάται από το είδος της εκάστοτε βιοτικής σχέσης και από τις ρυθμίσεις του ισχύοντος δικαίου που είναι σχετικές με αυτήν. Η γνώση που απαιτείται για τον προσδιορισμό του περιεχομένου των απαντήσεων στα νομικά ερωτήματα είναι πριν απ' όλα γνώση νομική, γνώση του κλάδου του ισχύοντος δικαίου με τον οποίο σχετίζονται οι υπό κρίση βιοτικές σχέσεις και στον οποίο ανήκουν οι εφαρμοζόμενες κάθε φορά ρυθμίσεις (στα δύο παραδείγματά μας, αντίστοιχα, γνώση του ενοχικού δικαίου και γνώση του διοικητικού δικαίου). Η μεθοδολογία του δικαίου δεν ασχολείται ωστόσο ευθέως με το περιεχόμενο των νομικών κρίσεων. Ασχολείται με τον τρόπο αναζήτησης της απάντησης στα νομικά ερωτήματα, όποιος και να είναι κάθε φορά ο συναφής με την περίπτωση κλάδος του δικαίου και όποιο και να είναι το είδος της σχέσης και ο τρόπος της δικαϊκής της ρύθμισης. Η γνώση δηλαδή που μας προσφέρει δεν είναι γνώση του ισχύοντος δικαίου κατά την ουσία του, αλλά γνώση του τρόπου χειρισμού του, γνώση του τρόπου οργάνωσης των διανοητικών μας ενεργειών ώστε να μπορούμε να συνάγουμε κάθε φορά τις ορθές απαντήσεις στα νομικά ερωτήματα που μας απασχολούν. Μπορούμε συνεπώς να πούμε ήδη ότι η μεθοδολογία του δικαίου αποτελεί τη διδασκαλία ή θεωρία περί του τρόπου με τον οποίο αγόμαστε στον σχηματισμό έγκυρων (ορθών) νομικών κρίσεων, είτε αυτές αφορούν ατομικά προσδιορισμένες βιοτικές σχέσεις, είναι δηλαδή ενικές, είτε αφορούν μιά γενικότερη κατηγορία ομοειδών βιοτικών σχέσεων, με οποιονδήποτε κλάδο του ισχύοντος δικαίου και αν σχετίζονται.

2. Μέθοδος και αλήθεια

Ο μεθοδικός σχηματισμός νομικών κρίσεων, εκείνος δηλαδή που, σύμφωνα με τα προηγούμενα, ακολουθεί μιά προδιαγεγραμμένη σειρά εκτέλεσης ορισμένων διανοητικών ενεργειών με στόχο την κατάκτηση της επιδιωκόμενης γνώσης του ισχύοντος δικαίου, προσφέρει στους νομικούς ένα είδος υποστήριξης ώστε να αχθούν με μεγαλύτερη ασφάλεια, από ό,τι αν ενεργούσαν μόνο εμπειρικά –από διαίσθηση ή από άκριτη προσαρμογή σε μιά κρατούσα πρακτική–, στη διατύπωση των απαντήσεων στα νομικά ερωτήματα που τους απασχολούν. Τί

είδους είναι όμως αυτή η προσδοκώμενη από τη μέθοδο υποστήριξη και ασφάλεια; Τί είναι αυτό που απαιτούμε από τις νομικές κρίσεις, τις οποίες στις διάφορες περιστάσεις της καθημερινής μας ζωής σχηματίζουν και εκφέρουν όσοι ασκούν νομικά επαγγέλματα, και προσδοκούμε ότι το διασφαλίζει καλύτερα η μέθοδος; Μιά σύγκριση με τις επιστημονικές κρίσεις είναι ιδιαίτερα διαφωτιστική.

Αποτελεί κοινή παραδοχή ότι οι επιστημονικές γνώσεις είναι οι βεβαιότερες και εγκυρότερες δυνατές και ότι οφείλουν το κύρος τους στην αυστηρότητα της μεθόδου που ακολουθεί η επιστημονική έρευνα γενικά. Αυστηρότητα της μεθόδου σημαίνει ακριβή, σαφή και λεπτομερή καταγραφή και εκτέλεση των διαδοχικών διανοητικών βημάτων που απαιτούνται ώστε να ερευνήσουμε το θέμα μας και να καταλήξουμε στα συμπεράσματά μας, με τη συνέπεια ότι, ακόμη και ένα από αυτά να παραιφθεί ή να μην εκτελεστεί ορθά, κινδυνεύει άμεσα να ακυρωθεί το τελικό αποτέλεσμα. Με την αυστηρότητά της η επιστημονική μέθοδος επιδιώκει πριν απ' όλα τον μέγιστο δυνατό εξοβελισμό των σφαλμάτων, έχοντας οργανώσει τα απαιτούμενα βήματα κατά τρόπο που να αντιμετωπίζει και να εξουδετερώνει τις κύριες πηγές από τις οποίες αυτά προέρχονται. Παράλληλα επιτρέπει την επανεκτέλεση του τρόπου σχηματισμού μιάς γνώσης και έτσι εξασφαλίζει τη δυνατότητα ελέγχου των προβαλλόμενων ισχυρισμών. Με τον διπλό αυτόν τρόπο η μέθοδος εγγυάται την ακριβέστερη δυνατή προσέγγιση της αλήθειας, που είναι αυτό που ξεχωρίζει την πραγματική γνώση από την απλή εικασία και, κατά μείζονα λόγο, από την πλάνη. Παρ' ότι η διασάφηση του τί σημαίνει αλήθεια είναι ένα μεγάλο επιστημολογικό και φιλοσοφικό πρόβλημα, ένα είναι πάντως βέβαιο: όσο πιστότερη η τήρηση της επιστημονικής μεθόδου τόσο μεγαλύτερη και η εμπιστοσύνη ότι τα συμπεράσματα στα οποία οδηγούμαστε από την εφαρμογή της δεν θα περιέχουν σφάλματα, άρα με αρνητικό τουλάχιστον τρόπο θα βρίσκονται πιό κοντά στην αλήθεια, εφ' όσον μάλιστα είναι ανά πάσα στιγμή δυνατός ο έλεγχος του τρόπου σχηματισμού τους από τον καθένα.⁴

4. Αν παρεισφρήσει μεθοδολογικό σφάλμα, το τελικό συμπέρασμα μπορεί βέβαια παρ' όλα αυτά να είναι ορθό. Η ορθότητα αυτή θα έχει όμως επιτευχθεί διαισθητικά ή εντελώς τυχαία και πάντως θα είναι πολύ δυσχερέστερος ο έλεγχός της.

Μπορούμε να υποθέσουμε ότι αντίστοιχοι είναι οι στόχοι που υπηρετεί η μέθοδος και στην περίπτωση της γνώσης του δικαίου. Και εδώ η μέθοδος εγγυάται, όσο αυτό είναι εφικτό, την εγκυρότητα των πορισμάτων μας, δηλαδή των νομικών μας κρίσεων. Τί σημαίνει εγκυρότητα είναι πάντως στην περίπτωση των νομικών κρίσεων ακόμη δυσκολότερο να προσδιοριστεί απ' ό,τι η αλήθεια στην περίπτωση των επιστημονικών προτάσεων. Είναι άραγε η εγκυρότητα αυτή ακριβώς ταυτόσημη με την αλήθεια –και μάλιστα μιά αλήθεια επακριβώς αντίστοιχη προς την επιστημονική– ή σημαίνει κάτι λιγότερο, π.χ. μία μορφή ορθότητας, νοούμενης σχετικοποιημένα εντός ορισμένου πλαισίου ή συνοδευόμενης από μεγαλύτερες επιφυλάξεις, αλλά πάντως έστω και αμυδρά συγκρίσιμη προς την επιστημονική; Ή μήπως στην περίπτωση των νομικών κρίσεων δεν μπορούμε να προσδοκούμε κανενός είδους ορθότητα αντίστοιχη προς την επιστημονική αλήθεια; Η πρώτη εκδοχή συνιστά τη λεγόμενη γνωσιοκρατία, ενώ την τελευταία υποστηρίζουν οι σκεπτικιστές. Την εξέταση των συναφών προβλημάτων είμαστε στο αρχικό αυτό στάδιο υποχρεωμένοι να αναβάλουμε για αργότερα.⁵ Θα πρέπει ωστόσο να επικαλεστούμε, ήδη στο σημείο αυτό, την έντονη διαίσθησή μας ότι το δίκαιο δεν μπορεί πάντως να είναι ταυτόσημο ή έστω και εν μέρει συμβατό με κρίσεις εντελώς αυθαίρετες· επομένως, όσο χαλαρή και να είναι η αναλογία προς τις επιστημονικές κρίσεις και αλήθειες, η μεθοδικότητα του σχηματισμού τους αποτελεί ένα desideratum, επειδή από αυτήν προσδοκάται κάτι εντελώς καίριο για το δίκαιο, ένα είδος εγκυρότητας συγκρίσιμο προς την αλήθεια, το οποίο διαφορετικά δεν θα είχαν και χωρίς το οποίο οι νομικές κρίσεις θα μας φάνονταν ελαττωματικές.

3. Αναστοχασμός

Προτού όμως εξετάσουμε εγγύτερα το ζήτημα από τί είδους ελάττωμα κινδυνεύουν οι αμέθοδα σχηματισμένες νομικές κρίσεις, πρέπει να στραφούμε προς ένα άλλο ερώτημα, που θίγει επίσης, από μιά ευρύτερη τώρα σκοπιά, την εγκυρότητα των γνώσεών μας για το δίκαιο. Πέρα δηλαδή από το είδος της ορθότητας που καλείται και που φιλοδοξεί

5. Βλ. παρακάτω, Κεφάλαιο Δ', υπό IV.

να εξασφαλίσει η μέθοδος, ζήτημα ορθότητας ή αλήθειας δεν τίθεται μόνο ως προς τις νομικές κρίσεις αλλά και ως προς τον ίδιο τον λόγο περί της νομικής μεθόδου, δηλαδή τη μεθοδολογία του δικαίου. Η μεθοδολογία του δικαίου, είτε διδασκόμενη αυτοτελώς είτε ως μέρος της φιλοσοφίας του δικαίου, είναι μιά «γνωστική ενότητα» που ίσως διαθέτει και ιδιαίτερα επιστημολογικά χαρακτηριστικά. Ενώ ασφαλώς δεν αποτελεί έναν ξεχωριστό επιστημονικό κλάδο, διαθέτει πάντως ένα κατ' αρχήν διακριτό αντικείμενο και επαρκή συστηματικότητα. Από την ελληνική γλώσσα απουσιάζει όρος που να αντιστοιχεί στη λατινική λέξη *disciplina*, η οποία δηλώνει τόσο την πειθαρχία όσο και τη συστηματική και σχετικά αυτοτελή ενότητα γνώσεων, υπονοώντας ότι για τον σχηματισμό των γνώσεων και τη συγκρότησή τους σε σύστημα απαιτείται η πειθάρχηση του νου. Ίσως θα μπορούσαμε να κάνουμε και στα ελληνικά λόγο για «γνωστική πειθαρχία».⁶

Η μεθοδολογία του δικαίου, ως γνωστική ενότητα ή πειθαρχία, διεκδικεί λοιπόν με τη σειρά της κάποιο είδος αλήθειας ή ορθότητας των πορισμάτων της. Εδώ θα μπορούσε ωστόσο κανείς να διακρίνει ένα σοβαρό πρόβλημα. Η διδασκαλία περί της μεθόδου χρειάζεται ίσως με τη σειρά της κάποια μέθοδο που να εξασφαλίζει τη δική της πλέον ορθότητα, οπότε ανακύπτουν κρίσιμα ερωτήματα. Η ορθότητα της διδασκαλίας περί της νομικής μεθόδου είναι άραγε η ίδια με –ή διαφορετική από– την ορθότητα των ίδιων των νομικών κρίσεων που προσδοκούμε από αυτήν να εξασφαλίζει – είναι δηλαδή η μεθοδολογική ορθότητα εντελώς άσχετη από την ουσιαστική ορθότητα των κρίσεών μας περί του ισχύοντος δικαίου; Και αν ναι, ερωτάται επί πλέον: Χρειαζόμαστε μήπως και μιά μέθοδο περί της μεθόδου, άρα και μιά μεθοδολογία της μεθοδολογίας; Μέχρι πού μπορεί όμως να φτάσει αυτή η συνεχής αναζήτηση μιάς όλο και πίο θεμελιώδους αφετηρίας ώστε να οικοδομήσουμε επάνω της το σύστημα των γνώσεών μας;

Δεν μπορούμε προς το παρόν να στηριχθούμε παρά μόνο σε διαισθήσεις. Η πρώτη από αυτές είναι ότι δεν έχει νόημα να επιδοθούμε στη συνεχή αναζήτηση μιάς όλο και πρωταρχικότερης μεθόδου, που μας οδηγεί στη δίνη μιάς ατέρμονης αναδρομής (*regressus ad infinitum*). Η

6. Πρβλ. Ιωσήφ Σολομών & Γεράσιμος Κουζέλης (επιμ.), *Πειθαρχία και γνώση*, Αθήνα, Εταιρεία Μελέτης των Επιστημών του Ανθρώπου, 1994.

μόνη βατή οδός φαίνεται να είναι η υπόθεση ότι η μεθοδολογία του δικαίου έχει να κάνει, κατά έναν ιδιαίτερο βέβαια τρόπο, με το ίδιο της το αντικείμενο, το δίκαιο. Η προσπάθεια δηλαδή σύνθεσης μιάς κατά το δυνατόν συστηματικής θεωρίας περί της μεθόδου στο δίκαιο δεν μπορεί να συντελεστεί εντελώς απροϋπόθετα και από μηδενική αφετηρία, αλλά μόνο από τη σκοπιά κάποιου που διαθέτει ήδη ένα αξιοπρόσεκτο επίπεδο νομικών γνώσεων και έχει σχηματίσει, έστω και όχι εντελώς ενσυνείδητα, μιά ικανοποιητική αν και απλώς εμπειρική εικόνα του τρόπου με τον οποίο σκέπτονται συνήθως οι νομικοί. Με άλλα λόγια: η ανάπτυξη μιάς διδασκαλίας περί της νομικής μεθόδου προϋποθέτει πρόσωπα ήδη εξοικειωμένα με μιά επικρατούσα και στις γενικές της γραμμές, παρά τις επί μέρους διαφωνίες και αποκλίνουσες ερμηνείες, ομοιόμορφη νομική πρακτική, δηλαδή μιά πρακτική που εγκλείει εξ υπαρχής και κάποιες αντιλήψεις για το τί είναι το ίδιο το δίκαιο και πώς επιχειρείται η γνώση του. Αυτή η εξοικείωση μπορεί και πρέπει απλώς να εξελιχθεί σταδιακά σε μεγαλύτερη αυτοσυνειδησία, αφού αναλυθεί με πιό συγκροτημένο τρόπο εκείνο που ήδη κάνουν όλοι όσοι, μετέχοντας σ' αυτή την ήδη διαμορφωμένη πρακτική, σκέπτονται νομικά και εκφέρουν νομικές κρίσεις. Στην πορεία αυτή το ζητούμενο είναι να αποκτηθεί μεγαλύτερη σαφήνεια γύρω από το τί ακριβώς είναι και σε τί αποβλέπει η νομική μας πρακτική, και κατ' επέκταση να σχηματισθούν σιγά-σιγά κάποια κριτήρια ορθότητας για την εκτίμηση και αξιολόγησή της, κατ' εφαρμογή των οποίων στη συνέχεια ίσως χρειαστεί η αναθεώρηση κάποιων από τα επί μέρους στοιχεία της.⁷ Ο τρόπος αυτός ανάλυσης, κατά τον οποίο τον εαυτό μας ως (νομικά) σκεπτόμενο υποκείμενο κάνουμε ταυτόχρονα και αντικείμενο σκέψης και ανάλυσης, ονομάζεται *αναστοχαστικός*.⁸ Ο αναστοχασμός είναι στοχασμός πάνω στην ίδια μας τη σκέψη, ένα είδος στοχασμού δευτέρου βαθμού,⁹

7. Και πράγματι, όπως θα δούμε ιδίως στο δεύτερο μέρος αυτού του βιβλίου, ο αναστοχασμός μας πάνω στην κρατούσα νομική πρακτική πρόκειται να μας οδηγήσει σε σημαντικές αναθεωρήσεις της.

8. Τη μέθοδο αυτή, την οποία αποκαλεί ερμηνευτική, εφαρμόζει υποδειγματικά στη νομική πρακτική προκειμένου να συναγάγει από αυτήν τί είναι το δίκαιο ο Ronald Dworkin, *LE*, ιδίως σ. 45 κ.ε. Βλ. επ' αυτού παρακάτω, ιδίως Κεφ. Θ', υπό Ι.

9. Η κρατούσα λογική και επιστημολογική διδασκαλία, με τον χαρακτηρισμό του μεθοδολογικού αναστοχασμού ως στοχασμού δευτέρου βαθμού, εννοεί ότι ο

που μπορεί να παρομοιαστεί με την εξέταση του στοχαζόμενου εαυτού μας εμπρός σε ένα διανοητικό κάτοπτρο – εξ ου και στη διεθνή φιλοσοφική γλώσσα, από την οποία είναι παρμένη αυτή η παρομοίωση, ονομάζεται *reflectio*, λέξη που ταυτόχρονα σημαίνει και την αντανάκλαση.

Όταν προβαίνουμε σε αναστοχασμό ως προς τη νομική μας πρακτική, δεν το κάνουμε βέβαια απλώς και μόνο για να αποκτήσουμε μεθοδολογική αυτοσυνειδησία με κίνητρο καθαρά θεωρητικό, αλλά ιδίως για να σταθεροποιήσουμε και ίσως ακόμη και να βελτιώσουμε, αν αποδειχθεί ότι χρειάζεται, τον τρόπο με τον οποίο σκεπτόμαστε ως νομικοί, δηλαδή με κίνητρο πρακτικό. Η προσπάθειά μας αυτή γίνεται μάλιστα σήμερα πιά αντιληπτή ως αναπόσπαστο κομμάτι της ίδιας μας της πρακτικής. Αυτό όμως σημαίνει ότι το εγχείρημα να βελτιώσουμε, αν καθ' οδόν κρίνουμε ότι χρειάζεται, τη νομική μας πρακτική από τη σκοπιά της μεθόδου, είναι ταυτόχρονα και εγχείρημα ουσιαστικής βελτίωσης της λειτουργίας των θεσμών μας, δηλαδή σε τελευταία ανάλυση και του ίδιου του δικαίου και της απονομής της δικαιοσύνης.

Από τα προηγούμενα διαφαίνεται ο δικαϊκός αλλά ταυτόχρονα και φιλοσοφικός χαρακτήρας της μεθοδολογίας του δικαίου. Ο χαρακτηρισμός αυτός δεν καθίσταται εύλογος μόνο από το γεγονός ότι ο αναστοχασμός γενικά είναι πρωτίστως έργο της φιλοσοφίας και ότι η αυτοσυνειδησία που προσφέρει αποτελεί επιδίωξη ιδιαζόντως φιλοσοφική:

στοχασμός αυτός κινείται σε ένα άλλο λογικό ή γλωσσικό επίπεδο από τον (πρωτοβάθμιο) στοχασμό περί του ισχύοντος δικαίου, στον οποίο επιδίδεται όποιος ασχολείται θεωρητικά ή πρακτικά με το ισχύον δίκαιο, συνεπώς ότι η μεθοδολογία ανήκει στο αυστηρά διακριτέο από τη νομική επιστήμη επίπεδο της μεταθεωρίας του δικαίου. Αυτό επιτρέπει σε ορισμένους να ισχυρίζονται ότι, ενώ οι πρωτοβάθμιες νομικές κρίσεις δεν επιδέχονται τις τιμές του αληθούς ή του ψευδούς, δεν συμβαίνει το ίδιο με τις δευτεροβάθμιες (π.χ. τις αποφάνσεις της μεθοδολογίας) – ή το αντίστροφο. Την άποψη περί μεταθεωρητικού χαρακτήρα της μεθοδολογίας του δικαίου είχα υιοθετήσει στα *Θεμελιώδη ζητήματα*, σ. 31. Θεωρώ σήμερα, ακολουθώντας τα διδασκόμενα από τον Ronald Dworkin, «Αντικειμενικότητα και αλήθεια: καλύτερα να το πιστέψετε», *Ισοπολιτεία* 1 (1997), 15 κ.ε., και από τον Thomas Nagel, *The Last Word*, Νέα Υόρκη/Οξφόρδη, Oxford University Press, 1997, ότι ο ριζικός αυτός χωρισμός επιπέδων δεν είναι ορθός και ότι ένας «δευτέρου βαθμού» στοχασμός περί του δικαίου δεν παύει, έστω και πίο αφηρημένα ή πίο έμμεσα, να στοχάζεται επίσης περί του δικαίου και έτσι δεν παύει να ανήκει, σε τελευταία ανάλυση, στην ίδια περιοχή λόγου με τον «πρωτοβάθμιο».

συνδέεται επίσης και με την ιδιαιτερότητα της νομικής πρακτικής. Η νομική πρακτική δεν είναι μιά απλή γνωστική πρακτική, όπως γενικά η επιστημονική, αλλά έχει πρακτικό χαρακτήρα με μιά πρόσθετη σημασία: αναφέρεται άμεσα στη συμβίωσή μας και τον τρόπο της θεσμικής της οργάνωσης. Έτσι, το πώς σκεπτόμαστε και πώς ενεργούμε ως νομικοί δεν μπορεί να αποκοπεί από δύο διαφορετικού επιπέδου αλλά ωστόσο αλληλένδετα ερωτήματα και συναρτάται άμεσα με την απάντηση που θα δώσουμε σ' αυτά. Τέτοια είναι πρωτίστως τα άμεσα νομικά ερωτήματα, ως προς τα οποία καλούμαστε κάθε φορά να σχηματίσουμε και να εκφέρουμε (νομικές) κρίσεις. Είναι όμως επίσης και τα γενικότερα ερωτήματα: τί νόημα και τί αξία έχει η νομική μας πρακτική, ποιο είναι το αντικείμενο και ο σκοπός της, πώς πρέπει να κατανοούμε τον εαυτό μας όταν μετέχουμε σ' αυτήν, και άλλα συναφή. Αυτά είναι όμως τα βασικά ερωτήματα της φιλοσοφίας του δικαίου, που, όπως εύκολα μπορούμε να αντιληφθούμε, δεν είναι αποκομμένα από τα προηγούμενα, αλλά τελούν σε αδιάπτωτη αλληλουχία με εκείνα. Διότι δεν είναι δυνατό να απαντήσουμε στα νομικά ερωτήματα σαν να απαιτούσαν από εμάς απλώς την άσκηση των γενικών γνωστικών μας ικανοτήτων, χωρίς να χρειάζεται να έχουμε προηγουμένως εμβαθύνει στην ιδιαίτερη σημασία των ερωτημάτων αυτών για τον κοινό θεσμικό βίο μας. Το πώς σκεπτόμαστε όταν επιδιώκουμε τη γνώση του ισχύοντος δικαίου τελεί δηλαδή σε άμεσο σύνδεσμο με τον στοχασμό μας γύρω από το τί είναι γενικά το ίδιο το δίκαιο και τί υπηρετεί η ύπαρξη και λειτουργία του. Ο σχηματισμός αυτής της γνώσης είναι έτσι όμως ταυτόχρονα και συμβολή στην ίδια την κοινή θεσμική μας συμπεριφορά. Η μεθοδολογία του δικαίου βρίσκεται ακριβώς στο σημείο όπου η φιλοσοφία του δικαίου ενώνεται με τη νομική επιστήμη αλλά και, κατ' επέκταση, με τη νομική πράξη, πρωτίστως τη δικαστική.¹⁰ εκφράζει την ενότητα και συνέχεια όλων των επιπέδων νομικού στοχασμού και αναστοχασμού.

10. Ο Ronald Dworkin, *LE*, σ. 90, έχει υπογραμμίσει την ενότητα νομικής θεωρίας και πράξης με την ακόλουθη διάσημη φράση: «Δεν υπάρχει σταθερή γραμμή που να διαχωρίζει τη θεωρία του δικαίου από το δικαιοδοτείν ή από οποιαδήποτε άλλη πλευρά της νομικής πρακτικής. [...] Η θεωρία του δικαίου είναι το γενικό μέρος της δικαιοδοτικής πράξης, σιωπηρός πρόλογος σε κάθε νομική απόφαση».

II. Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων

1. Νομικές κρίσεις: οι δικανικές κρίσεις ως υπόδειγμα

Νομικές κρίσεις ονομάσαμε προηγουμένως τις κρίσεις, σύμφωνα με τις οποίες ορισμένη βιοτική σχέση ή ένα σύνολο ομοειδών βιοτικών σχέσεων ρυθμίζεται από το ισχύον δίκαιο κατά ορισμένον τρόπο. Η ρύθμιση της βιοτικής σχέσης σημαίνει ότι τα πρόσωπα που μετέχουν σ' αυτήν δικαιούνται ή οφείλουν να επιδείξουν ή να απαιτήσουν από άλλους ορισμένη συμπεριφορά ή ότι, εφ' όσον επιδείξουν τη συμπεριφορά αυτή, δικαιούνται να ζητήσουν ή οφείλουν να δεχθούν την κατά δίκαιο επέλευση ορισμένων ευμενών ή δυσμενών συνεπειών· στις μεταξύ τους σχέσεις γεννώνται, με άλλα λόγια, βάσει του ισχύοντος δικαίου ορισμένα δικαιώματα και υποχρεώσεις. Η πρόταση με την οποία κάποιος αποφαίνεται ότι από το ισχύον δίκαιο συνάγονται ως προς ορισμένη σχέση συγκεκριμένα δικαιώματα και υποχρεώσεις και η οποία συνιστά τη νομική κρίση¹¹ υποδεικνύει λοιπόν το δέον γενέσθαι και έχει χαρακτήρα κανονιστικό.¹²

11. Οι νομικές κρίσεις αποκαλούνται κατά κανόνα διεθνώς νομικές προτάσεις (propositions of law, βλ. π.χ. Dworkin, *LE*, σ. 4). Στα γερμανικά χρησιμοποιείται αντίστοιχα ο όρος *Rechtsbehauptungen* (αντίθετα, ο όρος *Rechtssatz* δηλώνει τη νομική διάταξη, ακριβέστερα την πρόταση με την οποία εκφράζεται γλωσσικά ένας κανόνας δικαίου· ανακριβής επομένως είναι η απόδοσή του στα ελληνικά ως «νομική πρόταση» από τον Διον. Σπινέλλη στη μετάφραση του Engisch, *Εισαγωγή*, σ. 23 κ.ε.). Ο όρος «νομικές προτάσεις» από την άποψη της λογικής είναι κατ' αρχήν ορθός, στα ελληνικά θα μπορούσε ωστόσο να προκαλέσει σύγχυση. Προτιμήθηκε έτσι εδώ ο παραδοσιακότερος «νομικές κρίσεις», όχι μόνο λόγω της παράδοσης αλλά και για έναν βαθύτερο, ουσιαστικό λόγο. Η «κρίση» δηλώνει ένα ενέργημα του νου, με το οποίο, βάσει ορισμένων κριτηρίων, χαρακτηρίζεται ή αξιολογείται συγκεκριμένο αντικείμενο· η «πρόταση» δεν είναι άλλο από τη γλωσσική αποτύπωση του αποτελέσματος της κρίσης, θεωρούμενη ως το βασικό περιεχόμενο μιάς γλωσσικής εκφοράς. Ενώ λοιπόν λογικά-γλωσσικά οι δικανικές κρίσεις είναι προτάσεις, μεθοδολογικά (για λόγους που ελπίζουμε να γίνουν αντιληπτοί στη συνέχεια του βιβλίου και αφορούν τη διάκριση λογικής και μεθοδολογίας) πρέπει να τις αντιμετωπίζουμε όχι απλώς ως προτάσεις αλλά ως κρίσεις.

12. Με τον κανονιστικό χαρακτήρα των νομικών κρίσεων και του δικαίου γενικότερα, όσο και με τις μεθοδολογικές συνέπειές του, ασχολούνται τα επόμενα πέντε Κεφάλαια.

Νομικές κρίσεις εκφέρουν, όπως είδαμε, όλοι όσοι ασκούν νομικά επαγγέλματα ή άλλα συναφή που απαιτούν από αυτούς την εφαρμογή του ισχύοντος δικαίου. Από όλους τους ασκούντες νομικά επαγγέλματα εκείνοι που κατά τρόπο υποδειγματικό για όλους τους άλλους διαμορφώνουν και εκφέρουν νομικές κρίσεις είναι οι δικαστές. Τις κρίσεις τους ονομάζουμε συνήθως *δικανικές κρίσεις*. Οι δικανικές κρίσεις διακρίνονται από τις κρίσεις όλων των άλλων νομικών κατά το ότι διατυπώνονται κατά την άσκηση μιάς ειδικής κρατικής εξουσίας-λειτουργίας, της δικαιοδοτικής. Αυτό τους προσδίδει ένα στοιχείο αυθεντίας, εφ' όσον περιβάλλονται με μιά επισημότητα και ένα θεσμικό κύρος, το οποίο μάλιστα επιστεγάζεται από την εξουσία των δικαστών προς άσκηση εξαναγκασμού, δηλαδή όχι μόνο τη δικαιοδοσία να εκφέρουν δυσμενή κρίση για κάποιον διάδικο, αλλά και να διατάξουν ακόμη και την άσκηση δημόσιας βίας στην περίπτωση που αυτός δεν επιδείξει συμμόρφωση. Τα στοιχεία της αυθεντικότητας και του εξαναγκαστού δεν ενδιαφέρουν όμως ευθέως τη μεθοδολογία του δικαίου. Αν ακριβώς σκεφτούμε τη δικανική κρίση μετά από αφαίρεση των στοιχείων αυτών, τότε μπορούμε να συλλάβουμε το έργο του δικαστή όχι από τη σκοπιά της άσκησης δημόσιας εξουσίας αλλά από εκείνην του τρόπου τού νομικώς σκέπτεσθαι.¹³ Από αυτή τη σκοπιά το υποδειγματικό των δικανικών κρίσεων έγκειται στο ότι όλα τα άλλα νομικά επαγγέλματα προσανατολίζονται και προσβλέπουν στο έργο των δικαστών ως έσχατο κριτήριο και ως πρότυπό τους, καθ' όσον δεν κάνουν τίποτε άλλο από το να σχηματίζουν έμμεσα, ανεπίσημα ή θεωρητικά τις ίδιες ακριβώς κρίσεις που οι δικαστές εκφέρουν άμεσα, επίσημα και πρακτικά.¹⁴ Υπό

13. O Engisch, *Logische Studien*, σ. 4, διακρίνει εύστοχα μεταξύ προστακτικού και διανοητικού στοιχείου των δικανικών κρίσεων. Θα μπορούσαμε επίσης να χαρακτηρίσουμε τη διάκριση ως διάκριση μεταξύ του θεσμικού κύρους και του γνωστικού περιεχομένου τους. Πολλοί νομικοί παραβλέπουν ωστόσο τη διάκριση αυτή και εισάγουν θεσμικής υφής επιχειρήματα, ιδίως επιχειρήματα θεσμικής δικαιοδοσίας, προς αντιμετώπιση ζητημάτων γνωστικού περιεχομένου των νομικών κρίσεων. Η σύγχυση αυτή μπορεί να προκαλέσει περαιτέρω παρανοήσεις· βλ. παρακάτω, Κεφ. Δ', υπό II, 3 in fine, και V.

14. Τον υποδειγματικό για τη θεωρία του δικαίου χαρακτήρα των κρίσεων που εκφέρουν οι δικαστές σε σχέση με εκείνες που εκφέρουν οι λοιποί νομικοί ή και οι κοινοί πολίτες τονίζει ευσύνοπτα ο Dworkin, *LE*, σ. 14/15· παρόμοια και ο Raz (βλ. επόμενη σημείωση). Είμαι της γνώμης ότι η υποδειγματικότητα αυτή έχει

το πρίσμα αυτό στα επόμενα υπόδειγμα και οδηγό μας θα έχουμε τις δικανικές κρίσεις ως το μέρος αντί του όλου (*pars pro toto*), υπονοώντας δηλαδή ότι τα πορίσματά μας ισχύουν *mutatis mutandis* για όλα τα είδη νομικών κρίσεων ανεξάρτητα από το πρόσωπο που τις εκφέρει.¹⁵

Ακολουθώντας την τρέχουσα διδασκαλία, μπορούμε προσωρινά και με επιφύλαξη κάθε μελλοντικής κριτικής να υποθέσουμε ότι οι δικανικές κρίσεις είναι οι ατομικές (ενικές) κρίσεις που εκφέρουν οι δικαστές, ότι μιιά συγκεκριμένη βιοτική σχέση που έχει εισαχθεί ενώπιόν τους (και που θα ονομάζουμε εφ' εξής επίδικη ή υπό κρίση σχέση) εμπίπτει ή όχι στο πεδίο εφαρμογής ενός κανόνα του ισχύοντος δικαίου και έτσι επέρχονται ή όχι *in concreto* οι προβλεπόμενες έννομες συνέπειες.¹⁶

βαθύτατη σημασία, διότι μας βοηθάει να αντιληφθούμε ακριβέστερα τί είναι το δίκαιο. Αυτό δεν σημαίνει ωστόσο ότι σε εφαρμογή του δικαίου προβαίνουν κατά βάση μόνο οι δικαστές, και συμπληρωματικά οι λοιποί αξιωματούχοι της θεσμικής μας οργάνωσης: το δίκαιο λειτουργεί καλύτερα όταν οι πολίτες το σέβονται και το τηρούν ανεξάρτητα από το ενδεχόμενο (ή και την απειλή) της παρεμβολής των δικαστηρίων ή κάποιου άλλου θεσμικού οργάνου.

15. Το ότι για την ανάλυση των νομικών κρίσεων γενικά λαμβάνουμε ως πρότυπο τις δικανικές, δεν σημαίνει ότι πρέπει να θεωρήσουμε ότι όλες οι υπόλοιπες αποτελούν απλές μιμήσεις τους ή, ακόμη λιγότερο, εικασίες και προβλέψεις περί του πώς θα έκρινε ο δικαστής αν επιλαμβανόταν του ζητήματος περί του οποίου κρίνουμε εμείς οι άλλοι, νομικοί ή απλοί πολίτες. Η κρίση περί του πώς ρυθμίζει το δίκαιο μιιά συγκεκριμένη σχέση είναι, από μεθοδολογική σκοπιά, απολύτως ίδια ανεξάρτητα από το πρόσωπο που την εκφέρει, και συνεπώς ο δικαστής δεν (πρέπει να) κάνει τίποτε παραπάνω ή τίποτε λιγότερο από εκείνο που θα έκανε (ή θα έπρεπε να κάνει) οποιοσδήποτε άλλος που θα επιχειρούσε να συναγάγει από την έννομη τάξη την ορθή απάντηση στο νομικό ερώτημα που τον απασχολεί. Το δίκαιο δεν είναι ό,τι πει ο δικαστής (όπως έχει ισχυρισθεί ο λεγόμενος Νομικός Ρεαλισμός): αντίθετα ο δικαστής οφείλει να διαγνώσει ό,τι «λέει» το δίκαιο, και αυτό είναι ακριβώς το ίδιο που και οποιοσδήποτε άλλος, εφ' όσον σκέπτεται κατά τρόπο μεθοδολογικά ορθό, είναι σε θέση να διαγνώσει, εντελώς άσχετα από το αν η υπόθεση θα αχθεί ποτέ προς κρίση ενώπιον ενός δικαστή. Πρβλ. Joseph Raz, «The Autonomy of Legal Reasoning», *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, αναθεωρημένη έκδοση, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1995, σ. 326 κ.ε. (327).

16. Θα δούμε αργότερα πού ακριβώς έγκειται το προβληματικό αυτής της κρατούσης διδασκαλίας. Προτρέχοντας αναφέρουμε μόνο ότι το πλέον άκριτο σημείο της είναι ο τρόπος με τον οποίο αντιλαμβάνεται τον εφαρμοζόμενο κανόνα, που συμπαρασύρει και το πώς αντιλαμβάνεται την εφαρμογή του (βλ. παρακάτω, ιδίως Κεφ. Ε' και ΣΤ').

Το μέρος της δικανικής κρίσης όπου ο δικαστής προσδιορίζει το δέον γενέσθαι, δηλαδή απαγγέλλει (θετικά ή αρνητικά) την επέλευση των έννομων συνεπειών στη συγκεκριμένη περίπτωση, αποτελεί το *διατακτικό* της δικαστικής απόφασης, ενώ το μέρος όπου αναπτύσσει και τεκμηριώνει ότι η επίδικη σχέση εμπίπτει (ή δεν εμπίπτει) στο πεδίο εφαρμογής ενός κανόνα δικαίου αποτελεί το *σκεπτικό* της. Κατ' επέκταση, *σκεπτικό* και *διατακτικό* (ή έστω: συμπέρασμα περί του δέοντος γενέσθαι) διαθέτουν ή πάντως μπορούν να διαθέτουν και όλα τα άλλα είδη νομικών κρίσεων.

2. Θεμελίωση και ορθολογικότητα των νομικών κρίσεων

Σκεπτικό και διατακτικό συγκροτούν μία ενότητα. Αν και θεωρητικά θα ήταν νοητό η δικανική κρίση να αποτελείται μόνο από το διατακτικό, οπότε το σκεπτικό θα παρέμενε από την πλευρά του δικαστή ενδόμυχο και άδηλο για τους άλλους, στην εποχή μας θεωρούμε αδιανόητη την απαγγελία διατακτικού χωρίς σκεπτικό και ανυπόστατη ή πάντως σοβαρά ελαττωματική μιά δικανική κρίση στην οποία το διατακτικό να μην εμφανίζεται ως το συμπέρασμα που απορρέει από το σκεπτικό. Το σημείο αυτό αξίζει να αναλυθεί περισσότερο.

Το σκεπτικό της δικανικής κρίσης συνίσταται, όπως προς το παρόν και χωρίς περαιτέρω ανάλυση δεχθήκαμε, στη θετική ή αρνητική διαβεβαίωση και τεκμηρίωση ότι η επίδικη σχέση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής ενός κανόνα του ισχύοντος δικαίου. Το διάβημα αυτό είναι απαραίτητο ώστε να γίνει σε όλους φανερό ότι ο δικαστής απαγγέλλει το διατακτικό όχι αυθαίρετα και κατ' αποκλειστικά προσωπική του εκτίμηση αλλά κατ' ορθή εφαρμογή του ισχύοντος δικαίου. Όταν η ανάπτυξη του σκεπτικού είναι εύστοχη και πειστική, τότε χαρακτηρίζουμε τη δικανική κρίση ως ορθά αιτιολογημένη ή, σύμφωνα με έναν επιστημολογικά ακριβέστερο όρο, ως *θεμελιωμένη*. Η μεθοδολογία του δικαίου έχει στόχο της ακριβώς να υποδείξει τον κατάλληλο τρόπο διαμόρφωσης και διατύπωσης του σκεπτικού και σύνδεσής του με το διατακτικό έτσι ώστε αυτό να αναδεικνύεται ως αβίαστη προέκταση και συνέπειά του. Με άλλα λόγια, η μεθοδολογία του δικαίου είναι η *διδασκαλία του τρόπου θεμελίωσης των δικανικών κρίσεων*.

Γιατί όμως χρειάζεται οι δικανικές, και κατ' επέκταση και όλες οι νομικές κρίσεις, να είναι ορθά αιτιολογημένες; Τί προσθέτει σ' αυτές η θεμελίωσή τους και γιατί τη σημερινή εποχή, όπως τονίσαμε, θεωρείται ανυπόστατη μιά δικανική κρίση που δεν εμφανίζει την ενότητα και συνέχεια μεταξύ σκεπτικού και διατακτικού της ώστε να αναδεικνύεται ορθά αιτιολογημένη; Την απάντηση μπορούμε να βρούμε ξεκινώντας από την ανάλυση του τί σημαίνει γενικά η θεμελίωση ισχυρισμών και κρίσεων.

Όταν προβάλλω έναν ισχυρισμό ή εκφέρω μιά κρίση, αναπόδραστα εγείρω απέναντι σ' εκείνους προς τους οποίους απευθύνομαι την αξίωση να τον (ή την) δεχθούν ως αληθή. Αυτό δεν έχει την έννοια ότι κάτι τέτοιο είναι που πρέπει οπωσδήποτε να έχω κατά νου, αλλά ότι πάντως οι κανόνες της γλωσσικής επικοινωνίας νομιμοποιούν τους αποδέκτες του λόγου μου, ελλείψει αντίθετης ένδειξης, να ερμηνεύσουν έτσι το ενέργημά μου. Αυτό βέβαια δεν τους υποχρεώνει να συμμορφωθούν δίχως άλλο στην αξίωσή μου αυτή, να υιοθετήσουν δηλαδή κατά περιεχόμενο τον ισχυρισμό ή την κρίση μου· αντίθετα μπορούν ανά πάσα στιγμή να εγείρουν αντιρρήσεις ζητώντας μου να δικαιολογήσω όσα υποστηρίζω. Αν δεν ανταποκριθώ στην πρόσκλησή τους, ο ισχυρισμός μου (ή η κρίση μου) παραμένει μετέωρος και βαρύνεται με μία έλλειψη: οι άλλοι δικαιούνται να υποθέσουν είτε, στην καλύτερη περίπτωση, ότι είμαι μεν ειλικρινής και πεπεισμένος για όσα ισχυρίζομαι αλλά ενδέχεται να έχω κάνει λάθος –στην περίπτωση αυτή ο ισχυρισμός μου δεν είναι τίποτε παραπάνω από την απλή διατύπωση μιάς γνώμης– είτε ότι αδιαφορώ για την αλήθεια των ισχυρισμών μου και επιθυμώ απλώς να δηλώσω τις υποκειμενικές μου προτιμήσεις ή να κερδίσω τους άλλους με το μέρος μου για κάποιους λόγους εξωτερικούς ως προς τα λεγόμενά μου, π.χ. προβάλλοντάς τους ισχυρισμούς μου απλώς και μόνο για να κερδίσω υποστηρικτές ή να γοητεύσω κάποιους ακροατές μου, είτε τέλος, στη χειρότερη περίπτωση, ότι επιδιώκω να τους παραπλανήσω.

Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις, ακόμη και σε εκείνη της διατύπωσης μιάς απλής γνώμης, ο ισχυρισμός ή η κρίση μου παραμένει, όπως είπαμε, μετέωρος ως προς την πειστικότητά του αλλά και, κατά περίπτωση, έκθετος στην υποψία του υποκειμενισμού, αν όχι της αυθαιρεσίας. Διότι, ακόμη και όταν διατυπώνω μιά απλή γνώμη, υπερβαίνω την

ιδιωτικότητά μου και η ρήση μου, ως επικοινωνιακό ενέργημα, δεν έχει νόημα παρά μόνο αν αυτοδεσμεύεται στην προοπτική της αλήθειας· η αλήθεια όμως δεν μπορεί παρά να είναι κοινή για τον χρήστη του λόγου και τον αποδέκτη του, επομένως το επικοινωνιακό μου ενέργημα ενέχει τη δυναμική μιάς τελικής κοινής αποδοχής, έστω και αν, όσο παραμένει απλή γνώμη, εμπεριέχει και τη δυνατότητα τα λεγόμενά μου να είναι εσφαλμένα, πράγμα που, αν κάποιος το απαιτήσει, μπορεί να διερευνηθεί και δεν μπορώ στο διηνεκές να εμποδίζω. Αν λοιπόν θελήσω να αποσείσω την υποψία της αυθαιρεσίας, τότε πρέπει να προβάλω λόγους που στηρίζουν όσα ισχυρίζομαι, δηλαδή που ενισχύουν την αξίωσή μου αυτά να είναι, ξεπερνώντας το επίπεδο της απλής γνώμης, της ρητορικής εκφοράς ή της παραπλανητικής υποβολής, αληθή ή ορθά, και έτσι τα καθιστούν ικανά να γίνουν αποδεκτά και από τους άλλους.¹⁷ Η προβολή λόγων που να δικαιολογούν τα λεγόμενά μου ενέχει έτσι ένα στοιχείο δημοσιότητας αλλά και καθολικότητας, δηλαδή υπέρβασης της ατομικότητάς μου και της απλώς υποκειμενικής και ιδιωτικής μου γνώμης και πρόσκτησης μιάς δυναμικής που τείνει προς τη γενική αποδοχή. Η γενική αποδοχή δεν είναι όμως άκριτη και τυφλή, αλλά επέρχεται μόνο υπό την προϋπόθεση του ελέγχου της αλήθειας ή ορθότητας των προβαλλόμενων ισχυρισμών και κρίσεων εκ μέρους οποιουδήποτε εκτιμά ότι τον αφορούν, ελέγχου τον οποίο διευκολύνει ακριβώς το ενέργημα της δικαιολόγησης. Το να γίνονται δεκτοί μόνο δικαιολογημένοι ισχυρισμοί και κρίσεις συνιστά έτσι την πιό ισχυρή μορφή ορθολογικότητας¹⁸

17. Ο πρώτος φιλόσοφος που επέμεινε εμφατικά στη διαφορά μεταξύ απλής γνώμης (δόξης), δικαιολογημένης γνώμης και αληθούς γνώσης είναι ο Πλάτων. Βλ. σχετικά, με επίκεντρο την *Πολιτεία*, Julia Annas, *An Introduction to Plato's Republic*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1981, σ. 190 κ.ε. Από τη σκοπιά της σύγχρονης φιλοσοφίας, με αφετηρία όμως και πάλι τον Πλάτωνα, βλ. Robert Audi, *Epistemology: A Contemporary Introduction to the Theory of Knowledge*, Λονδίνο & Νέα Υόρκη, Routledge, 1998, σ. 214 κ.ε.

18. Μία πρώτη εποπτεία της νεότερης γενικής φιλοσοφικής συζήτησης περί ορθολογικότητας παρέχει ο Harold I. Brown, *Rationality*, Λονδίνο & Νέα Υόρκη, Routledge, 1988. Για μία βαθύτατη όσο και ιδιαίτερα πρωτότυπη ανάλυση, βλ. Robert Nozick, *The Nature of Rationality*, Πρίνστον, NJ, Princeton University Press, 1995. Για τη σχέση ορθολογικότητας και θεμελίωσης, βλ. Herbert Schnädelbach, «Rationalität und Begründung», στον τόμο *Philosophie und Begründung* (επιμ. Forum Philosophie Bad Homburg), Φραγκφούρτη, Suhrkamp, 1987, σ. 67 κ.ε. Στην

που μπορούμε να απαιτήσουμε, τέτοια που απαντά κατ' εξοχήν στην περιοχή του επιστημονικού λόγου.¹⁹

Όσα ισχύουν για τη διατύπωση ισχυρισμών και κρίσεων γενικά, ισχύουν και για τη διατύπωση ισχυρισμών και κρίσεων ειδικά στην περιοχή του δικαίου. Μιά αθεμελίωτη νομική κρίση επιφέρει, όπως γενικά κάθε αθεμελίωτος ισχυρισμός ή κρίση, την υποψία της αυθαιρεσίας. Αυτή η αυθαιρεσία είναι μάλιστα στην περίπτωση των νομικών κρίσεων πολύ πιό αξιόεμπτη από ό,τι στην περίπτωση των κοινών κρίσεων και ισχυρισμών που διατυπώνουμε στην καθημερινή μας επικοινωνία. Διότι, αν στην περίπτωση των κοινών κρίσεων που κάποιος εκφέρει αθεμελίωτα, ακόμη και όταν μας αφορούν ή μας θίγουν, μπορούμε πάντα να υποθέσουμε ότι συνιστούν διατύπωση μιάς απλής γνώμης που δεν διεκδικεί τίποτε περισσότερο από το να αποτελεί υποκειμενική εκτίμηση του προσώπου που την εξέφερε και συνεπώς, όταν είναι πασιφανές ότι είναι εσφαλμένη, δεν μπορεί και να μας θίξει ακόμη και όταν μας αφορά ευθέως έτσι ώστε η διάψυσή της ενδέχεται να είναι ακόμη και περιττή, στην περίπτωση των νομικών κρίσεων μιά αυθαίρετη κρίση είναι πολύ λιγότερο ανεκτή. Αυτό συμβαίνει επειδή, ανεξάρτητα από τις αρνητικές επιπτώσεις που έχει για την εικόνα του προσώπου που την εξέφερε, η αθεμελίωτη νομική κρίση πριν οτιδήποτε

είδα γραμμή της σύνδεσης της ορθολογικότητας με τη δικαιολόγηση των πεποιθήσεων και των πράξεών μας βάσει αντίστοιχων θεωρητικών και πρακτικών λόγων, και ως εκ τούτου και με τη θεωρία της επιχειρηματολογίας, κινείται τα τελευταία χρόνια, εντελώς ανανεωμένα, η φιλοσοφική συζήτηση. Βλ. ιδίως Alfred R. Mele – Piers Rawling (επιμ.), *The Oxford Handbook of Rationality*, Οξφόρδη κ.α., Oxford University Press, 2004, και John Broome, *Rationality Through Reasoning*, Οξφόρδη, Wiley-Blackwell, 2013.

19. Η ως τώρα ανάλυσή μας επικεντρώθηκε στο ερώτημα γιατί θα πρέπει να αιτιολογούμε τις κρίσεις και τις επιλογές μας απέναντι στους άλλους. Αυτό είναι μόνο μία όψη της ορθολογικότητας, κρίσιμη βέβαια για το δίκαιο, που σχετίζεται με τα καθήκοντά μας απέναντι στους άλλους. Πρωταρχικότερη είναι όμως η σύνδεση της ορθολογικότητας με τον τρόπο που εμείς οι ίδιοι σχηματίζουμε τις πεποιθήσεις μας: το να προσπαθούμε να ενστερνιζόμαστε τις πεποιθήσεις εκείνες που είναι με τον καλύτερο δυνατό τρόπο θεμελιωμένες, το να είμαστε δηλαδή ορθολογικοί απέναντι στον ίδιο τον εαυτό μας, είναι ένα αίτημα που συνδέεται όχι απλώς με την επιδίωξη της αποτελεσματικότερης δυνατής αντιμετώπισης των προκλήσεων της ζωής ή της εύρεσης της αλήθειας (έτσι Nozick, προηγούμενη σημείωση, σ. 64 κ.ε.) αλλά, θα προσθέταμε, με την αυτονομία μας ως προσώπων.

άλλο προσβάλλει, κατά τρόπο που την καθιστά επικίνδυνη ακόμη και αν εν τέλει αποδειχθεί μη εσφαλμένη, τα άμεσα ενδιαφερόμενα πρόσωπα, εκείνα δηλαδή στα οποία αναφέρεται το περιεχόμενό της, που για τον λόγο αυτόν δικαιούνται να αντιδράσουν με τον κατάλληλο τρόπο. Μιά τέτοια κρίση προσβάλλει όμως επί πλέον και όλους εμάς που συναποτελούμε και συγκροτούμε μαζί με κρίνοντες και κρινομένους την ίδια νομική κοινότητα, συνεπώς νομιμοποιούμαστε να απαιτήσουμε γενικά τον αποκλεισμό της παραμικρής υποψίας αυθαιρεσίας στις μεταξύ μας δικαϊκές σχέσεις, ακόμη και σ' αυτές όπου δεν μετέχουμε ευθέως οι ίδιοι.

Υπάρχουν όμως και πρόσθετοι λόγοι που κάνουν την αυθαιρεσία, με την οποία βαρύνεται μία αθεμελίωτη νομική κρίση, ακόμη επαχθέστερη. Νομικές κρίσεις διατυπώνονται κατά κανόνα, όπως είδαμε, κατά την άσκηση ενός νομικού επαγγέλματος και περιέχουν την απόφαση είτε περί του σύννομου ή παράνομου χαρακτήρα συγκεκριμένων συμπεριφορών κάποιων προσώπων είτε περί του κατά δίκαιον υποστατού ή ανυπόστατου συγκεκριμένων δικαιωμάτων και καθηκόντων τους. Αντικείμενο της κρίσης αποτελούν δηλαδή ζητήματα που είναι σημαντικά, ίσως και καίρια για τη ζωή των προσώπων αυτών μέσα στη δικαϊκά οργανωμένη κοινωνία· είναι όμως, κατ' επέκταση, σημαντικά και για την κοινωνική συμβίωση συνολικά, επειδή, ακόμη και αν η αξία του αντικειμένου ορισμένης διαφοράς τυχαίνει να είναι μικρή, αφορούν εν γένει τη λειτουργία των δικαϊκών θεσμών σε σχέση με πρωταρχικής σημασίας αγαθά όπως η ζωή, η ελευθερία, η προσωπικότητα, η τιμή και υπόληψη ή η περιουσία των πολιτών. Για τον λόγο αυτόν η άσκηση των νομικών επαγγελμάτων, και πάνω απ' όλα εκείνου του δικαστή, λόγω του θεσμικού του κύρους και της άσκησης του εξαναγκασμού, απαιτεί την απαρέγκλιτη τήρηση ορισμένων βασικών υποχρεώσεων σεβασμού της κατάστασης των κρινομένων ως κοινωνών και ως πολιτών, καθ' ότι είναι έκθετοι στον κίνδυνο αβάσιμων, επιλεκτικών ή και μεροληπτικών νομικών κρίσεων.²⁰ Ο σεβασμός αυτός ενέχει όμως επί πλέον και στοι-

20. Η υποχρέωση της αποφυγής της διατύπωσης αβάσιμων, επιλεκτικών ή και μεροληπτικών νομικών κρίσεων βαρύνει όλα τα νομικά επαγγέλματα και όχι μόνο εκείνο του δικαστή. Ακόμη και ο δικηγόρος, στο έργο του οποίου ανήκει πρωτίστως η υπεράσπιση των πελατών του, δεν επιτρέπεται να υποστηρίξει θέσεις

χεία καθολικότητας. Οι αβάσιμες, επιλεκτικές και, ακόμη χειρότερα, οι μεροληπτικές δικανικές κρίσεις δεν μπορούν ποτέ να δικαιολογηθούν, ούτε ως σπάνιες εξαιρέσεις ούτε καν ως αναγκαία μέσα επίτευξης των οποιωνδήποτε αγαθών σκοπών, και η παράλειψη ορθής αιτιολόγησης ακόμη και της ελάχιστης και μεμονωμένης κρίσης τραυματίζει το δίκαιο συνολικά, θίγοντας πρωτίστως τα κρινόμενα πρόσωπα, κάτι που θα ήταν ήδη αρκετό, αλλά ταυτόχρονα κλονίζοντας, κατά το ανάλογο μέτρο, την υπόσταση ολόκληρης της νομικής κοινότητας, τον νομικό πολιτισμό που αναπτύσσεται στους κόλπους της και την ακεραιότητα όλων όσοι μετέχουν σ' αυτήν. Ανάλογα ισχύουν όμως ακόμη και όταν τη νομική κρίση εκφέρει ένας απλός πολίτης. Παρ' ότι η διατύπωσή της δεν συνοδεύεται από θεσμικό κύρος αλλά διατυπώνεται ως απλή παρότρυνση ή συμβουλή ή ακόμη και ως ιδιωτική εκτίμηση για το πώς κάποιος άλλος οφείλε κατά το δίκαιο να συμπεριφερθεί, ο κίνδυνος βλάβης βασικών αλλότριων αγαθών από μία επιπόλαιη και αβασάνιστη κρίση, όσο και αν είναι μικρός, δεν είναι αμελητέος. Όσο η νομική κρίση εκ μέρους και του απλού πολίτη διατυπώνεται χωρίς να δίνεται λόγος για την ορθότητά της, αυτός αναλαμβάνει και ασκεί τον ρόλο ενός ανεπίσημου έστω κριτή των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των άλλων, κατά τρόπο που δεν παρέχει εγγυήσεις σεβασμού της κατάστασής τους ως κοινωνών και ως πολιτών. Η σοβαρότητα τέτοιων επιπτώσεων από την εκφορά λανθασμένων νομικών κρίσεων αναδεικνύει λοιπόν την αξίωση και αντίστοιχα την υποχρέωση θεμελίωσης σε *εγγενές γνώρισμα του δικαίου*. Ιδίως όποιος εκφέρει κρίσεις στο πλαίσιο της άσκησης ενός νομικού επαγγέλματος οφείλει να κρίνει κατά τον καλύτερο δυνατό τρόπο, λογοδοτώντας γι' αυτό εκτεταμένα, κάτι που οφείλει να γνωρίζει ότι η δικαϊκά οργανωμένη κοινωνία απαιτεί από αυτόν αδιάπτωτα. Συνοπτικά μιλώντας, η θεμελίωση των δικανικών κρίσεων αποτελεί στοιχειωδέστατο αίτημα

διαστρεβλωτικές της έννομης τάξης, προβάλλοντας εντέχνως επιχειρήματα ικανά να παραπλανήσουν και να παρασύρουν σε λύσεις λανθασμένες. Διότι, έστω και ως ένας ιδιότυπος νομικός επαγγελματίας που ενεργεί κατ' αρχήν μεροληπτικά, δεν παύει να είναι ένα πρόσωπο που με τις νομικές του ενέργειες, ακόμη και με τις απλές συμβουλές που δίνει, ασκεί επιρροή και συνδιαμορφώνει το ποιόν και το επίπεδο της επικρατούσης νομικής πρακτικής, και την έκταση και τον βαθμό του σεβασμού της νομιμότητας και των δικαιωμάτων και άλλων προσώπων πέρα από εκείνα που εκπροσωπεί.

στον χώρο του δικαίου, επειδή θέτει φραγμό στη θεσμική αυθαιρεσία και τη μέσω αυτής υπονόμηση του δικαίου εν γένει.²¹

Από τα προηγούμενα μπορούμε να συναγάγουμε ότι η μεθοδολογία του δικαίου, με το να διδάσκει τον τρόπο θεμελίωσης των νομικών κρίσεων, συμβάλλει ακριβώς στην αποφυγή των αυθαιρεσιών και όλων των περαιτέρω συνεπειών τους που επιφέρει η εκφορά αθεμελιωτών νομικών κρίσεων. Αποτελεί κατά τούτο σημαντικό παράγοντα εξορθολογισμού του δικαίου.²² Παρέχει, πρωτίστως στους δικαστές αλλά κατ' επέκταση και σε όσους ασκούν νομικά επαγγέλματα, σημαντική στήριξη ώστε να αναζητήσουν και να αναδείξουν κατά τρόπο προγραμματισμένο την ορθή απάντηση στα νομικά ερωτήματα που τους έχουν τεθεί, υποδεικνύοντάς τους την κατεύθυνση στην οποία πρέπει να κινηθούν για την εύρεση της λύσης και παρέχοντάς τους τα μέσα ώστε να διακριβώνουν την ορθότητα των υποθέσεων εργασίας που έχουν προσωρινά σχηματίσει. Επιτρέπει όμως παράλληλα και σε όλη τη νομική κοινότητα ανά πάσα στιγμή να ελέγχει, μέσω της επανεκτέλεσης των μεθοδικά καθοδηγούμενων διαδοχικών νοητικών βημάτων έως τον σχηματισμό της νομικής κρίσης, τον τρόπο με τον οποίο αυτοί που την εξέφεραν άσκησαν τη δραστηριότητά τους.

Με τον τρόπο αυτόν, η μεθοδολογία του δικαίου ενισχύει παράλληλα στο δίκαιο το στοιχείο καθολικότητας που προαναφέραμε ως συνδεδεμένο με τη θεμελίωση των κρίσεων και ισχυρισμών γενικά. Συμβάλ-

21. Δεν είναι τυχαίο ότι το αίτημα δημοσιοποιημένης θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων διατυπώνεται με ιδιαίτερη έμφαση κατά την εποχή του Διαφωτισμού. Βλ. σχετικά Philippe Godding, «Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen-âge à la fin du 18ème siècle», στο Chaïm Perelam & Paul Foriers (επιμ.), *La motivation des décisions de justice*, Βρυξέλλες, Emile Bruylant, 1978, σ. 37 κ.ε., ιδίως 59 κ.ε.

22. Ο Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Κεφάλαιο «Rechtssoziologie»), επιμ. Johannes Winckelmann, 5η έκδ., Τύμπινγκεν, J. C. B. Mohr, 1976, σ. 396/397, κάνει ακριβώς στο σημείο αυτό λόγο για τυπική ορθολογικότητα της απονομής της δικαιοσύνης και τη συνδέει με τη χρήση γενικών κανόνων, αλλά και ενός επιστημονικά επεξεργασμένου συστήματος νομικών εννοιών που αποτρέπουν σε σημαντικό βαθμό την παρείσφρηση υποκειμενικών εκτιμήσεων του κρίνοντος. Από τη σύγχρονη βιβλιογραφία, για την αξία της ορθολογικότητας στο δίκαιο και τη σημασία της επιχειρηματολογικής στήριξης των δικανικών κρίσεων, βλ., αντί άλλου, Peczenik, *Reason*, σ. 160 κ.ε.

λοντας στον εξορθολογισμό του δικαίου με το να στηρίζει τη δυνατότητα επανεκτέλεσης και ελέγχου του τρόπου σχηματισμού των νομικών κρίσεων, αναδεικνύεται πολλαπλά σημαντική για τη συνολική απονομή της δικαιοσύνης και τη λειτουργία του δικαίου, επειδή το στοιχείο της καθολικότητας είναι και αυτό ένα εγγενές γνώρισμα του δικαίου. Πριν απ' όλα, χωρίς αυτήν την καθολικότητα, αν δηλαδή οι νομικές κρίσεις ήσαν είτε καθαρά υποκειμενικές είτε αφορούσαν απλώς την κάθε φορά κρινόμενη περίπτωση απόλυτα εξατομικευμένα, δηλαδή εκφέρονταν μόνο ad hoc,²³ δεν θα μπορούσε να ικανοποιηθεί το αίτημα βεβαιότητας και ασφάλειας του δικαίου. Το αίτημα αυτό συνδέεται άμεσα με την απαίτηση οι δικανικές κρίσεις να είναι προβλεπτές για το κάθε πρόσωπο που μετέχει της νομικής κοινότητας, απαίτηση που μπορεί να ικανοποιηθεί μόνο αν έχουν σχηματιστεί με τρόπο ορθολογικό και έτσι επαναλήψιμο. Και πέρα όμως από τη βεβαιότητα του δικαίου και τη δυνατότητα ασφαλούς πρόβλεψης των κρίσεων που εκφέρονται στο όνομά του, η καθολικότητά τους, σύμφυτη όπως είδαμε με τον ορθολογικό τρόπο απονομής της δικαιοσύνης, ενέχει και μία βαθύτερη και ουσιαστική σπουδαιότητα. Επαναλήψιμες δικανικές κρίσεις δεν είναι μόνο κρίσεις που αφορούν μία και μόνη περίπτωση, με την έννοια της άσκησης ελέγχου του τρόπου σχηματισμού τους, αλλά και κρίσεις που αφορούν όλες τις ομοειδείς. Η δυνατότητα ελέγχου της ορθότητας μιάς κρίσης επεκτείνεται και στον τρόπο που κρίνονται όλες οι περιπτώσεις όπου τίθενται τα ίδια νομικά ερωτήματα. Αν οι λόγοι που στηρίζουν μιά δικαστική κρίση είναι καθολικεύσιμοι, δηλαδή όχι απλώς

23. Ο Max Weber (ό.π., ιδίως σ. 563 κ.ε.) θεωρεί αυτόν τον τρόπο απονομής της δικαιοσύνης, που βασίζεται σε κρίσεις υποκειμενικές και ad hoc, δηλαδή χωρίς το στοιχείο της καθολικότητας και με μηδαμινή δυνατότητα ορθολογικής επανάληψης και ελέγχου, ως κατ' εξοχήν δείγμα παραδοσιακών έννομων τάξεων και τον αποκαλεί «δικαιοσύνη του κατή» (Kadi-Justiz, υιοθετώντας έναν όρο που, κατά τα λεγόμενά του, εισήγαγε ο R. Schmidt). Τέτοια είναι η απονομή της δικαιοσύνης κατά την οποία ο κρίνων (δικαστής) είτε επικαλείται τη «θεία αποκάλυψη» είτε ενεργεί με αυθόρμητες ατομικές αξιολογήσεις, που συνήθως προσβλέπουν κυρίως στα πρόσωπα των κρινομένων και τις ειδικές περιστάσεις των πράξεών τους. Ανεπαρκή από άποψη ορθολογικότητας θεωρεί μάλιστα ακόμη και εκείνη την απονομή της δικαιοσύνης η οποία (χωρίς να ανήκει και αυτή στη «δικαιοσύνη του κατή») δεν βασίζεται σε γενικούς κανόνες αλλά απλώς σε προδεδικασμένα και στη μέθοδο της αναλογίας, την οποία χαρακτηρίζει «εμπειρική».

υποκειμενικοί ή ευκαιριακοί αλλά δεσμευτικοί για όλους, τότε, λόγω της πειστικότητάς τους, ισχύουν και για το μέλλον, όσο τουλάχιστον δεν αλλάζει η ακολουθούμενη ρύθμιση – ακόμη και αν αυτή η μελλοντική επενέργειά τους δεν είναι και θεσμικά κατοχυρωμένη με τη μορφή της δεσμευτικότητάς τους ως προοδεδικασμένων. Η μεθοδολογικά υποστηριζόμενη ορθολογικότητα των δικαστικών κρίσεων γίνεται έτσι παράγων που ενισχύει το βασικότατο αίτημα της δικαιοσύνης: την ίση μεταχείριση. Ίση μεταχείριση σημαίνει ομοιόμορφη αντιμετώπιση όλων εκείνων των περιπτώσεων που εμφανίζουν τα ίδια κρίσιμα για τη νομική τους διευθέτηση χαρακτηριστικά· σημαίνει έτσι συνέχεια και συνέπεια της έννομης τάξης. Χωρίς συνέχεια και συνέπεια δεν υπάρχει όμως ούτε δικαιοσύνη ούτε δίκαιο.²⁴ Αυτό ισχύει μάλιστα, έστω και σε μικρό βαθμό, για οποιαδήποτε νομική κρίση και ανεξάρτητα από το πρόσωπο που την εκφέρει. Διότι στην περίπτωση ασυνεπών και ασυνεχών νομικών κρίσεων, όχι μόνο εκείνοι των οποίων οι συμπεριφορές κρίνονται κάθε φορά, ούτε μόνο εκείνοι που είναι επίσημα επιφορτισμένοι με το να εκφέρουν τις σχετικές κρίσεις, αλλά, όπως τονίσαμε ήδη, ολόκληρη η δικαιοσύνη και πολιτική κοινότητα, την οποία από κοινού συγκροτούμε και στους κόλπους της οποίας διαμορφώνουμε τον βίο μας, θα στερούνταν ενός θεμελιώδους συνδετικού κρίκου που να κάνει ηθικά αξια επιλογή τη συνέχισή της και στο μέλλον. Η αξίωση μεθοδολογικά καθοδηγούμενης θεμελίωσης των νομικών κρίσεων ενισχύει τη λειτουργία του δικαίου συνολικά. Οι λόγοι που δικαιολογούν καθεμία από τις νομικές κρίσεις μας συγκροτούν, στην αμοιβαία σύνδεση και εξάρτησή τους, τους λόγους που καθιστούν το δίκαιο γενικά δεσμευτικό ως τρόπο ρύθμισης της κοινωνικής μας συμβίωσης· έτσι, η μεθοδική ανάδειξή τους συντελεί τελικά, έστω και αν ίσως αδιόρατα για κάθε μεμονωμένη κρίση, στη σύσφιγξη των ηθικών και πολιτικών δεσμών μεταξύ των μελών της δικαιοσύνης κοινότητας.

24. Τη σημασία της θεμελίωσης των νομικών κρίσεων και του άρρηκτου συνδέσμου της με τη συνοχή και συνέχεια της έννομης τάξης ως βασικό γνώρισμα του δικαίου προσπάθησα να δείξω ήδη στο βιβλίο μου *Η διαπλοκή δικαίου και πολιτικής και η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*. Την ίδια θέση επιχείρησα να τεκμηριώσω πληρέστερα στο νεότερο βιβλίο μου *Rechtsprinzipien als Handlungsgründe*, συνδέοντας τη θεμελίωση των νομικών κρίσεων με τον βαθύτερο πυρήνα του δικαίου και τα θεμέλια της κανονιστικότητάς του.

3. Καθήκον αιτιολόγησης

Την αιτιολόγηση (θεμελίωση) των δικανικών κρίσεων θεωρεί άλλωστε και η ίδια η έννομη τάξη τόσο ουσιώδες συστατικό τους, ώστε επιβάλλει στους δικαστές ένα καθήκον θεμελίωσης. Στην ελληνική έννομη τάξη ο κανόνας που επιτάσσει τη θεμελίωση των δικαστικών αποφάσεων έχει μάλιστα την περιωπή συνταγματικής διάταξης. Σύμφωνα με το άρθρο 93 § 3 εδ. 1 του Συντάγματος «(κ)άθε δικαστική απόφαση πρέπει να είναι ειδικά και εμπειριστατωμένα αιτιολογημένη [...]». Διάταξη που απαιτούσε την αιτιολόγηση των δικαστικών αποφάσεων υπήρχε και σε προγενέστερα συντάγματα, το ισχύον Σύνταγμα ωστόσο προσέθεσε, για μεγαλύτερη έμφαση και ίσως προς αποδοκιμασία μιάς παράδοσης συνοπτικών ή και πλημμελών θεμελιώσεων, την κατά τα λοιπά αυτονόητη επιταγή ότι η αιτιολόγηση οφείλει να είναι ειδική και εμπειριστατωμένη. Ειδική είναι η αιτιολόγηση όταν από τους –νομικούς και πραγματικούς– λόγους που επικαλείται η απόφαση στο σκεπτικό της απορρέει αυτό ακριβώς το διατακτικό που απαγγέλλεται και όχι κάποιο διαφορετικό. Εμπειριστατωμένη είναι η αιτιολόγηση που δεν παρουσιάζει χάσματα, στην οποία δηλαδή όλοι οι λόγοι που στηρίζουν το διατακτικό της απόφασης εκτίθενται αναλυτικά στο σκεπτικό της, χωρίς να παραλείπεται, ή να υπονοείται έστω και απλώς εν μέρει, το παραμικρό διανοητικό βήμα που θα ήταν απαραίτητο για την έγκυρη μετάβαση από το «επειδή» στο «διά τούτα». Συνολικά οι λόγοι που πρέπει να διαλαμβάνει το σκεπτικό της απόφασης πρέπει δηλαδή να είναι οι αναγκαίοι και επαρκείς για τη συναγωγή του διατακτικού της. Το ότι οι λόγοι αυτοί πρέπει οπωσδήποτε να διαλαμβάνονται στο σκεπτικό της απόφασης εξυπακούει και ότι το καθήκον αιτιολόγησης των δικαστικών αποφάσεων συνδέεται άρρηκτα με το καθήκον πλήρους έκθεσης του σκεπτικού, αλλά και το καθήκον ειλικρίνειας κατά την επίκληση των λόγων που το συγκροτούν. Απαγορεύεται ο δικαστής να έχει κατά νου κάποιον λόγο κρίσιμο για τη στήριξη του διατακτικού αλλά να μην τον επικαλείται ρητά στο κείμενο της απόφασης ή, ακόμη χειρότερα, να έχει κινηθεί από άλλους, ενδόμυχους λόγους στη θέση εκείνων που εμφανίζει στο σκεπτικό ότι τον οδήγησαν στην κρίση του.²⁵

25. Το αίτημα ειλικρινούς αιτιολόγησης των αποφάσεων φαίνεται κατ' αρχήν

Εξ άλλου, σύμφωνα με το άρθρο 87 § 2 του Συντάγματος, «(ο)ι δικαστές κατά την άσκηση των καθηκόντων τους υπόκεινται μόνο στο Σύνταγμα και στους νόμους...» Η διάταξη αυτή που, κατά πρώτο λόγο, επεξηγεί και ενισχύει τη δικαστική ανεξαρτησία που έχει ήδη κατοχυρωθεί από την § 1 του ίδιου άρθρου, επηρεάζει εμμέσως και το καθήκον θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων. Οι δικαστικές αποφάσεις, όπως είδαμε, πρέπει να αιτιολογούνται ώστε να γίνεται έκδηλη και ελεγκτή η ορθότητά τους. Η ορθότητα αυτή δεν είναι όμως η οποιαδήποτε ηθική, κοινωνική ή πολιτική ορθότητα ή ωφελιμότητα, αλλά η νομική τους ορθότητα, δηλαδή η ορθότητά τους ως σύννομων, ως κρίσεων αποδεδειγμένων πραγματικών περιστατικών, οι οποίες τελούν σε αρμονία με την ισχύουσα έννομη τάξη και απορρέουν από αυτήν. Ο χαρακτηρισμός αυτός της απαιτούμενης αιτιολόγησης ως θεμελίωσης της νομικής ορθότητας των δικανικών κρίσεων εξειδικεύει ασφαλώς ταυτόχρονα και τα ερωτήματα στα οποία καλείται να δώσει απάντηση η μεθοδολογία του δικαίου.²⁶

περιττό. Αν μιά απόφαση είναι στέρεα θεμελιωμένη, τα κίνητρα που τυχόν ώθησαν ενδόμυχα τον δικαστή (π.χ. πολιτικές προτιμήσεις ή υποκειμενικές ηθικές επιλογές) και που δεν έχουν να κάνουν με τη νομιμότητα της κρίσης του, η οποία είναι εξ άλλων λόγων στέρεη, παραμένουν νομικώς αδιάφορα και ασφαλώς δεν θα είχαν, όπως και οποιοδήποτε άλλο κίνητρο, θέση στο σκεπτικό της απόφασης. Υπάρχουν ωστόσο περιπτώσεις όπου νομικά σημαντικοί λόγοι, κρίσιμοι για τον σχηματισμό της δικανικής κρίσης, μπορεί να παραμένουν εκτός σκεπτικού. Αυτό συμβαίνει στην περίπτωση κακών νόμων, όπου οι συγκεκριμένες νομοθετικές προθέσεις δεν συνάδουν με ορισμένες θεμελιώδεις ηθικοδικαϊκές αρχές και όπου είναι δυνατόν ένας δικαστής που δεν στέκεται στο ύψος του λειτουργήματός του, αντί να διαγνώσει το πρόβλημα και να ερμηνεύσει τον νόμο κατά το δυνατόν εναρμονισμένα προς τις αρχές αυτές, να ωραιοποιεί τη *ratio* του νόμου αποσιωπώντας την προβληματικότητα των επιδιώξεων του νομοθέτη ή, ακόμη περισσότερο, την εξ αυτής προκλούμενη έλλειψη αξιολογικής συνοχής της έννομης τάξης.

26. Στο γενικότερο ζήτημα των σχέσεων μεταξύ ισχύοντος δικαίου αφ' ενός και πολιτικής και ηθικής αφ' ετέρου αναφέρονται τα αμέσως επόμενα Κεφάλαια. Από τώρα πρέπει πάντως να τονίσουμε ότι, ζητώντας από τις δικανικές κρίσεις να είναι νομικά –και όχι γενικώς και αορίστως ηθικά ή πολιτικά– ορθές, δεν αποκλείουμε εκ των προτέρων η μέθοδος της θεμελίωσης να είναι και στις δύο περιπτώσεις πολύ συγγενής, ούτε προαναγγέλλουμε μιά αρνητική θέση στο ενδεχόμενο οι νομικές θεμελιώσεις να στηρίζονται (ή και να πρέπει να στηρίζονται) σε μικρό ή μεγάλο βαθμό σε ορισμένου είδους ηθικά και πολιτικά επιχειρήματα.

Το καθήκον θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων δεν επιβάλλεται μόνο από το Σύνταγμα. Τα διάφορα δικονομικά νομοθετήματα έρχονται να επαναλάβουν και να εξειδικεύσουν τη συνταγματική επιταγή, προβλέποντας μάλιστα και την επέλευση αρνητικών έννομων συνεπειών για την περίπτωση της παράβασής τους. Έτσι, οι διατάξεις περί των λόγων αναιρέσεως, που περιέχονται στον ΚΠολΔ, τον ΚΠΔ και τον νόμο περί του Συμβουλίου της Επικρατείας, καθιερώνουν μεταξύ αυτών την παράβαση του καθήκοντος θεμελίωσης των αποφάσεων των δικαστηρίων της ουσίας, είτε γιατί στερούνται εντελώς από αιτιολογία είτε γιατί η αιτιολόγησή τους είναι πλημμελής και ιδίως περιέχει «ψευδή (ή εσφαλμένη) ερμηνεία» ή «κακή εφαρμογή» του νόμου, δηλαδή σφάλματα που αφορούν στον πυρήνα των προαπαιτούμενων της θεμελίωσης των δικανικών κρίσεων, τον τρόπο της οποίας προσήκει στη μεθοδολογία του δικαίου να αναλύσει.²⁷

Το καθήκον θεμελίωσης των δικανικών κρίσεων δεν είναι όμως απλώς ένα καθήκον στενά νομικό, που να απορρέει αποκλειστικά από τις προαναφερθείσες διατάξεις, αλλά αποτελεί και καθήκον που εκπηγάει από τον ηθικοπολιτικό πυρήνα του δικαίου. Αν ήταν αποκλειστικά και μόνο νομικό, εξαρτώμενο από τη θέση του σε ισχύ από μία απόφαση του νομοθέτη, τότε η τυχόν απουσία διατάξεων όπως οι

27. Μετά νεότερη αναθεώρησή του, στο ισχύον ελληνικό Σύνταγμα και στη διάταξη του άρθρου 93 § 3 προστέθηκε ένα νέο εδάφιο 2, σύμφωνα με το οποίο «(ν)όμος ορίζει τις έννομες συνέπειες που επέρχονται και τις κυρώσεις που επιβάλλονται σε περίπτωση παραβίασης του προηγούμενου εδαφίου» (ενν. της διάταξης που επιβάλλει την υποχρέωση αιτιολόγησης). Μου είναι αδύνατο να αντιληφθώ τη σκοπιμότητα αυτής της προσθήκης. Έννομη συνέπεια μιάς πλημμελούς αιτιολόγησης δεν μπορεί να είναι άλλη από το δικαίωμα προς άσκηση αιτήσεως αναιρέσεως – οι σχετικές δικονομικές διατάξεις δεν χρειάζονται και συνταγματική επιβεβαίωση. Κυρώσεις εξ άλλου δεν είναι νοητές επί πλέον εκείνων που επιβάλλει (και υπό τις αυστηρές προϋποθέσεις που απαιτεί, δηλαδή ιδίως πρόθεση ή βρεία αμέλεια εκ μέρους του δικαστή) η νομοθεσία περί αγωγών κακοδικίας, εκτός βέβαια εάν συντρέχουν και άλλα στοιχεία πέρα από την πλημμέλεια της αιτιολόγησης. Συνεπώς, η συνταγματική αυτή διάταξη είναι είτε περιττή είτε επικίνδυνη. Περιττή μεν, εάν και εφ' όσον αναφέρεται σε κάτι αυτονόητο και ήδη σχεδόν από καταβολής δικαστικής εξουσίας θεσμοθετημένο. Επικίνδυνη όμως, ως απειλούσα τη δικαστική ανεξαρτησία, αν ο κοινός νομοθέτης θελήσει καταχρηστικά να διευρύνει με οποιονδήποτε τρόπο τον έλεγχο του περιεχομένου των δικαστικών αποφάσεων υπό το πρόσχημα της μομφής της πλημμελούς θεμελίωσης.

προαναφερθείσες θα ήγειρε το ζήτημα μήπως ο δικαστής διαθέτει την ευχέρεια να εκδίδει αποφάσεις είτε στερούμενες σκεπτικού είτε ακόμη και συνοδευόμενες από σκεπτικό που να στηρίζει ένα διατακτικό ακόμη και αντίθετο προς το πράγματι απαγγελλόμενο. Φυσικά, η ιδέα μιάς απόφασης στερούμενης σκεπτικού ή, ακόμη χειρότερα, με σκεπτικό από το οποίο να συνάγεται το ακριβώς αντίθετο διατακτικό από το πράγματι απαγγελλόμενο, μας είναι εντελώς αδιανόητη και η απόρριψή της αυτονόητη. Αξίζει παρ' όλα αυτά να αναζητήσουμε τους λόγους που δικαιολογούν μιά τέτοια αντίδρασή μας. Δεν φαίνεται να χωρεί αμφιβολία ότι αυτό που μας εξεγείρει δεν είναι απλώς η παραβίαση του Συντάγματος και των ειδικότερων δικονομικών διατάξεων της κοινής νομοθεσίας· η αρνητική αντίδρασή μας δεν αλλάζει ακόμη και αν μεταφερθούμε νοερά σε μιά υποθετική κατάσταση της νομοθεσίας μας στην οποία να λείπουν αντίστοιχες διατάξεις. Έχει συχνά συζητηθεί το παράδειγμα μιάς υποθετικής δικαστικής απόφασης που θα είχε την ακόλουθη μορφή: «Παρ' ότι δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που ορίζει ο νόμος, ο κατηγορούμενος καταδικάζεται σε 10ετή στέρηση της ελευθερίας του».²⁸ Το απαράδεκτο μιάς τέτοιας απόφασης δεν έγκειται απλώς στο ότι είναι συνταγματικά και δικονομικά ελαττωματική. Δεν είναι ούτε μόνο, όπως δέχονται επιπρόσθετα ορισμένοι, ότι δεν τηρεί κάποιους στοιχειώδεις κανόνες της γλωσσικής επικοινωνίας.²⁹ Έχει να κάνει με την ουσία του δικαστικού αυτού ατοπήματος,

28. Το παράδειγμα αυτό εισήγαγε, εξ όσων γνωρίζω, στη νομική συζήτηση ο Alexy, *Argumentation*, σ. 266 κ.ε., δείχνοντας μάλιστα ότι η αξίωση θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων συνδέεται με μιά βαθύτερη αξίωση ορθότητας που εγείρουμε προς τις δικανικές κρίσεις. Σε μεταγενέστερα δημοσιεύματά του ο ίδιος συγγραφέας δέχθηκε πλέον ρητά ότι αυτή η αξίωση ορθότητας δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως στενά νομική, όπως θα ήθελε ο νομικός θετικισμός, αλλά μόνο υπό το πρίσμα μιάς θεωρίας που απορρίπτει τη θετικιστική διδασκαλία περί πλήρους διάκρισης δικαίου και ηθικής. Βλ. Robert Alexy, «Το δίκαιο και το ορθό», *Ισοπολιτεία* 3 (1999), 11 κ.ε.

29. Ο Γιαννίδης, *Αιτιολόγηση Α'*, σ. 41, 76 κ.ε., τονίζει ορθά ότι το καθήκον αιτιολόγησης των νομικών κρίσεων δεν είναι απλώς νομικό (με τη σημασία της απόρριψής του από διατάξεις του ισχύοντος δικαίου), αλλά, όπως προσθέτει, απορρέει επί πλέον από τις «αρχές του πρακτικού λόγου» (εννοεί όμως στενότερα τις αρχές της γλωσσικής επικοινωνίας επί θεμάτων του πρακτέου) και την πολιτική ιδεολογία που διαπνέει την εκάστοτε έννομη τάξη, χαρακτηρίζει δε αυτές τις πέ-

με το ότι υπό τον μανδύα της δικαστικής απόφασης διαπράττεται μιά αυθαιρεσία θεμελιακή, η οποία δεν παραβιάζει απλώς το δίκαιο που τυχαίνει να είναι σε ισχύ, ούτε εμφανίζεται γενικά ως φθέγμα κάποιου που παραλογίζεται, αλλά διαστρέφει βάνουσα τον ίδιο τον πυρήνα του δικαίου γενικά. Το αν το διατακτικό μιάς δικαστικής απόφασης θα στηρίζεται πραγματικά στο σκεπτικό της, δεν αποτελεί δηλαδή κάτι που ανήκει σε ένα πεδίο όπου εκδηλώνονται οι κατά τόπους ιδιαιτερότητες και διαφοροποιήσεις των έννομων τάξεων, ανήκοντας στη διακριτική ευχέρεια του εκάστοτε εθνικού νομοθέτη. Ούτε όμως πάλι είναι αίτημα που συνδέεται απλώς με την αντίδραση της έννομης τάξης προς ανορθόλογους δικαστές. Μιά υποθετική έννομη τάξη που τυχόν θα επέτρεπε υπό την ισχύ της να εκδίδονται τέτοιες αποφάσεις δεν θα ήταν απλώς μιά νομοθεσία διαφορετική από τη δική μας και τις συγγενείς της –εκδήλωση μιάς διαφορετικής νομοθετικής επιλογής και ενός διαφορετικού νομικού πολιτισμού–, ούτε, από την άλλη πλευρά, θα συνιστούσε απλώς ένα δικανικό σύστημα πλημμελές ως προς τον έλεγχο των διανοητικών και επικοινωνιακών ικανοτήτων εκείνων που υπηρετούν ως δικαστές· θα ήταν, για οποιονδήποτε άνθρωπο, αυθαιρεσία και αδικία που προσπαθεί να συγκαλύψει το πραγματικό της πρόσωπο εμφανιζόμενη ως δήθεν δίκαιο.

III. Μεθοδολογία του δικαίου και ισχύον δίκαιο

1. Εθνικός ή υπερεθνικός χαρακτήρας της μεθοδολογίας του δικαίου;

Όπως είδαμε αμέσως πριν, η αξίωση θεμελίωσης (αιτιολόγησης) των δικαστικών αποφάσεων δεν είναι δυνατόν να παρακαμφθεί ριζικά από μιά έννομη τάξη που να θέλει τη σημερινή εποχή να ανταποκρίνεται έστω και στοιχειωδώς στην έννοια του δικαίου. Για τη μεθοδολογία του δικαίου, ως διδασκαλία του τρόπου θεμελίωσης των νομικών κρίσεων,

ραν των θετικών διατάξεων πηγές «μετανομικές». Η εδώ υποστηριζόμενη άποψη είναι πολύ ευρύτερη: το καθήκον θεμελίωσης πρέπει να θεωρηθεί επί πλέον, όχι ιδεολογικό, αλλά γνήσια ηθικοπολιτικό· και ακριβώς ως τέτοιο δεν είναι απλώς υποκειμενικό και «μετανομικό» αλλά, όπως θα αναπτύξουμε στα επόμενα Κεφάλαια, ταυτόχρονα αδιαχώριστα και (ενδο)δικαϊκό.

αυτό σημαίνει ότι το βασικό της ερώτημα δεν μπορεί, επί ποινή αυτοαναίρεσης του δικαίου, να περιαχθεί σε κάτι περιττό ή δευτερεύον, υπό το κράτος καμιάς απολύτως νομοθεσίας. Σε κάθε σύστημα δικαίου τίθεται πανομοιότυπα το ερώτημα: ποιά διαδοχικά διανοητικά βήματα απαιτούνται ώστε η δικανική κρίση (που, όπως είδαμε, λαμβάνεται ως πρότυπο όλων των νομικών κρίσεων) να αντλείται από την έννομη τάξη – από το σύνολο των ισχυουσών δικαϊκών ρυθμίσεων – κατά τρόπο στέρεο και προσιτό στον δημόσιο έλεγχο;

Αν ωστόσο το ισχύον (θετό, θετικό) δίκαιο δεν μπορεί να κάνει την αναζήτηση του τρόπου μεθοδικού σχηματισμού των νομικών κρίσεων περιττή, αυτό δεν σημαίνει ότι αποκλείεται εκ προοιμίου το να έχει πάντως επίδραση στο περιεχόμενο της μεθοδολογικής διδασκαλίας. Στις πρώτες εισαγωγικές μας σκέψεις σημειώσαμε ότι η μεθοδολογική διδασκαλία διαμορφώνεται σιγά-σιγά μέσω του αναστοχασμού μας πάνω στην κρατούσα νομική πρακτική. Η νομική πρακτική δεν είναι όμως ενιαία και ομοιόμορφη, αλλά εμφανίζει διαφορές ανάλογα με την εκάστοτε κοινότητα των νομικών, από τη συλλογική δράση της οποίας και διαμορφώνεται· και η κοινότητα αυτή, με τη σειρά της, σχηματίζεται και λειτουργεί σε συνάρτηση με συγκεκριμένη κάθε φορά έννομη τάξη. Το προσεχές ερώτημα που πρέπει να μας απασχολήσει είναι λοιπόν αν και κατά πόσο η μεθοδολογία του δικαίου επηρεάζεται από το εκάστοτε ισχύον δίκαιο, αν η διδασκαλία της διαφέρει από χώρα σε χώρα και από εποχή σε εποχή, αν έχει, με άλλα λόγια, χαρακτήρα τοπικό ή αν αντίθετα διατηρείται σταθερή και ανεπηρέαστη από ιδιαιτερότητες του εκάστοτε ισχύοντος δικαίου, εμφανίζοντας έτσι, τουλάχιστον στον βασικό πυρήνα της, χαρακτήρα διεθνή όσο και διαχρονικό.

Θέτοντας το ερώτημα αυτό βρίσκεται κανείς από την αρχή αντιμέτωπος με δύο αντίρροπες σκέψεις. Από τη μία πλευρά, ο σύνδεσμος της μεθοδολογικής διδασκαλίας με την κρατούσα πρακτική εντός της εκάστοτε νομικής κοινότητας ωθεί στη σκέψη ότι μεθοδολογία που να απευθύνεται γενικά και αόριστα στους νομικούς όλου του κόσμου και όλων των εποχών είναι αδύνατο να υπάρξει ή πάντως δεν μπορεί να ελπίζει σε άμεση πρακτική επιρροή. Μιά τέτοια διδασκαλία θα περιοριζόταν κατ' ανάγκη σε ορισμένες γενικές και αφηρημένες θεωρητικές παρατηρήσεις για τον τρόπο εφαρμογής του δικαίου, οι οποίες θα άφη-

ναν την κάθε επί μέρους νομική κοινότητα και την εντός αυτής πρακτική ανικανοποίητη σε σχέση με ειδικότερα προβλήματα και διλήμματα που συναντά στην καθημερινή της δραστηριότητα κατά την εφαρμογή του δικαίου. Έστω λοιπόν και αν το βασικό μεθοδολογικό ερώτημα αποδειχθεί ότι είναι παντού το ίδιο, ο τρόπος που εξειδικεύεται σε μερικότερα ερωτήματα, και κατ' επέκταση και οι απαντήσεις που δίνονται σ' αυτά, είναι εύλογο να υποθεθεί ότι δεν μένουν ανεπηρέαστα από ορισμένα ιδιαίτερα γνωρίσματα της εκάστοτε έννομης τάξης και της επιστήμης και πρακτικής που έχει διαπλασθεί υπό το κράτος της. Γι' αυτό, όπως είναι φυσικό, απαντούν συγγραφείς που υποστηρίζουν ότι η μεθοδολογική διδασκαλία έχει χαρακτήρα εθνικό και εξαρτάται σε πολύ μεγάλο βαθμό από το εκάστοτε θετικό δίκαιο και την επιστήμη του,³⁰ ότι μεθοδολογικές διαφοροποιήσεις παρατηρούνται ακόμη και στο εσωτερικό μιάς έννομης τάξης ανάλογα με τον κλάδο του δικαίου στον οποίο αναφέρεται η κάθε νομική κρίση³¹ ή ότι η απάντηση στα ερωτήματα της μεθοδολογίας του δικαίου εξαρτάται πάντως από τη στάση ή την ιδεολογική κατεύθυνση που υιοθετεί σε σχέση με αυτά η ίδια η έννομη τάξη.³²

30. Πρβλ. τα υποστηριζόμενα από τον μεγάλο νομικό του πρώτου ημίσεος του περασμένου αιώνα Ernst Rabel, όπως αυτά εκτίθενται από τον Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, τόμ. I, σ. 10 κ.ε. Χαρακτηριστικό είναι ότι το ίδιο το έργο του Fikentscher έχει συγκριτικό χαρακτήρα και κάνει λόγο για μεθόδους του δικαίου (χρησιμοποιώντας πληθυντικό αριθμό, που υπονοεί την πληθώρα των οικογενειών έννομων τάξεων στις οποίες αυτές κατατάσσονται ανάλογα με τις μεταξύ τους μεθοδολογικές συγγένειες και ιδιομορφίες), έστω και αν τελικά ο ίδιος καταλήγει σε συνθετικές σκέψεις.

31. Έτσι, για παράδειγμα, ο Γιαννίδης, *Αιτιολόγηση Α'*, σ. 62 κ.ε., 250 κ.ε., ισχυρίζεται την ιδιαιτερότητα του ποινικού δικαίου και αντλεί από αυτήν ειδικά μεθοδολογικά πορίσματα, οδηγούμενος από τη γενικότερη παραδοχή ότι «η μεθοδολογία του δικαίου δεν είναι ανεξάρτητη από το αντικείμενό της αλλά η κανονιστική μεταβολή αυτού του τελευταίου συνεπάγεται και τη δική της μεταβολή» (σ. 242 σημ. 207), ενώ ο Παπανικολάου, *Μεθοδολογία του Ιδιωτικού Δικαίου*, ακόμη και μέσω του τίτλου του βιβλίου του δηλώνει ότι αντιλαμβάνεται σ' αυτό τη μεθοδολογία του δικαίου ως «μεταθεωρία του αστικού κυρίως δικαίου» (Πρόλογος, σ. x).

32. Π.χ., ο Αραβαντινός, *Στοιχεία*, σ. 5/6 και 25 κ.ε., υποστηρίζει ότι η απάντηση σε θεμελιώδη ερωτήματα της μεθοδολογίας του δικαίου, όπως ιδίως το ερώτημα του κριτηρίου της ερμηνείας του νόμου (αν, λ.χ., θα πρέπει να υπερισχύσει η

Το συμπέρασμα αυτό θα ήταν ωστόσο πρόωρο. Διότι, από την άλλη πλευρά, όσα έχουμε ήδη επισημάνει μας ωθούν προς τη σκέψη ότι η μεθοδολογία του δικαίου δεν μπορεί να περιορίζεται στην απλή καταγραφή μιάς συγκεκριμένης νομικής πρακτικής, ώστε το περιεχόμενό της να καθορίζεται από το τί συνηθίζεται κάθε φορά ως τρόπος αιτιολόγησης των δικανικών κρίσεων σε κάθε έννομη τάξη ξεχωριστά. Από τη στιγμή που η μεθοδολογική διδασκαλία θα προσλάβει, όπως δεχθήκαμε ότι πρέπει να κάνει, χαρακτήρα αναστοχαστικό και συνεπώς και κριτικό, η επίδραση του εκάστοτε θετικού δικαίου στο περιεχόμενό της δεν μπορεί να είναι τόσο καθοριστική. Τα κριτήρια ελέγχου της επικρατούσης πρακτικής, τα οποία κατακτώνται σιγά-σιγά με τον αναστοχασμό, ακόμη και αν αντλούνται μέσα από τη συγκεκριμένη πρακτική, δεν μπορούν να είναι και αποκλειστικά δικά της, διότι έτσι δεν θα υπήρχε περιθώριο κριτικής άλλης από εκείνην της ασυνέπειας: πρέπει λοιπόν να προσανατολίζονται προς ένα –ασαφές σε πρώιμες φάσεις της αναστοχαστικής πορείας, αλλά όλο και εναργέστερο στη συνέχειά της– πρότυπο ορθής θεμελίωσης, το οποίο μπορούμε να πιθανολογήσουμε ότι, ως έναν βαθμό, είναι κοινό για όλες τις έννομες τάξεις και δεν εξαρτάται από την ιδιαιτερότητα της καθεμιάς. Από ορισμένες πλευρές υποστηρίζεται μάλιστα ότι το πρότυπο αυτό δεν μπορεί να είναι άλλο παρά η κατά λογική ακολουθία συναγωγή του συμπεράσματος της δικανικής κρίσης, δηλαδή το διατακτικό της απόφασης, από τους κανόνες του ισχύοντος δικαίου που εφαρμόζονται στην περίπτωση και από τα πραγματικά περιστατικά που συνθέτουν την κρινόμενη βιοτική σχέση, δηλαδή από στοιχεία εκ των προτέρων δεδομένα στον κρίνοντα, που διαλαμβάνονται στο σκεπτικό της απόφασης. Δηλαδή, κατά την άποψη αυτή, μόνο η λογική αυστηρότητα της συναγωγής είναι αυτή που μπορεί να εξασφαλίσει την ακλόνητη εγκυρότητα της νομικής κρίσης και να της προσφέρει εκείνο που προσδοκούμε από τη θεμελίωση: την ανάδειξη της ορθό-

βούληση του ιστορικού νομοθέτη ή αντίθετα να υιοθετηθεί ένα αντικειμενικό κριτήριο του ορθού νοήματος του νόμου) εξαρτάται από την ιδεολογική στάση που η ίδια η έννομη τάξη τηρεί απέναντι στο ζήτημα, από το αν δηλαδή η ίδια επιδιώκει την απόλυτη υποταγή του δικαστή στον νομοθέτη ή αν ανέχεται ή και προωθεί μιά μεγαλύτερη δικαστική ελευθεριότητα. Πρβλ. επίσης Γιαννίδη (προηγούμενη σημείωση), καθώς και Peczenik, *Grundlagen*, σ. 1 κ.ε.

τητας της δικαστικής απόφασης κατά τρόπο αδιάσειστο και ελεγκτό για τον καθένα. Σε μιά τέτοια περίπτωση όμως η μεθοδολογία του δικαίου δεν μπορεί παρά να είναι παντού και πάντα μία και μόνη, εφ' όσον η (τυπική) λογική είναι κοινή για όλους τους ανθρώπους και δεν υπάρχουν άνθρωποι με διαφορετικές λογικές αλλά μόνο άνθρωποι που σκέπτονται λογικά και άλλοι που παραλογίζονται.

Δεν είναι ακόμη εδώ το κατάλληλο σημείο για να εξετάσουμε τη σχέση μεθοδολογίας και λογικής.³³ Και αν ακόμη είμαστε επιφυλακτικοί απέναντι σε έναν τόσο στενό μεταξύ τους σύνδεσμο, εύλογο φαίνεται να υποθέσουμε ότι η μεθοδολογία του δικαίου πρέπει πάντως να προσανατολίζεται προς ένα πρότυπο ορθής θεμελιώσης, που να ξεφεύγει από τη διακριτική ευχέρεια του εκάστοτε νομοθέτη. Διότι, και στην περίπτωση ακόμη που σε κάποια έννομη τάξη ο νομοθέτης με ρητές διατάξεις επιχειρεί να επηρεάσει τον τρόπο αιτιολόγησης των δικαστικών αποφάσεων, οι διατάξεις αυτές δεν θα παύουν να αποτελούν ρυθμίσεις του θετικού δικαίου οι οποίες, όπως και όλες οι άλλες, γίνονται ενεργές με την εφαρμογή τους σε συγκεκριμένες περιπτώσεις, συνεπώς επίσης και αυτές μέσω της εκφοράς νομικών κρίσεων. Αυτές όμως πρέπει με τη σειρά τους να είναι αιτιολογημένες. Το αίτημα της ορθής αιτιολόγησης –της ορθής ερμηνείας και εφαρμογής– θα βρίσκεται έτσι πάντα, τουλάχιστον κατά ένα μέρος του, ένα βήμα μπροστά και από τις ρητές αυτές διατάξεις περί του τρόπου της αιτιολόγησης.³⁴ Το επιχείρημα αυτό δεν αποκλείει βέβαια το να υπάρχει κάποιο περιθώριο επιρροής αν όχι συγκεκριμένων διατάξεων του θετικού δικαίου, πάντως της όλης δομής της έννομης τάξης –και της παράδοσης και πρακτικής που έχει διαμορφωθεί υπό το κράτος της– στη διαμόρφωση της μεθοδολογικής διδασκαλίας. Αναγκαία είναι γι' αυτό, πριν από την τελεσίδικη παραδοχή του εθνικού ή του υπερεθνικού χαρακτήρα της

33. Για το ζήτημα αυτό, που είναι κατ' ουσίαν ζήτημα των σχέσεων μεταξύ επιχειρηματολογίας και λογικής, βλ. παρακάτω, Κεφ. Η', υπό IV.

34. Ο Κ. Τσάτσος, *Ερμηνεία*, σ. 144, παρατηρεί εύγλωττα: «Και αν υποθέσωμεν ότι έχομεν λεπτομερείς κανόνες ρυθμίζοντας την ερμηνείαν, το ζήτημα το θεμελιώδες της μεθόδου δεν εκλείπει, αλλά απλώς μετατίθεται. Και οι ερμηνευτικοί κανόνες είναι κανόνες δικαίου. Κατά ποίον τρόπον θα ερμηνεύσωμεν τους κανόνες αυτούς; Θα θέσωμεν τότε κανόνες ερμηνευτικούς των ερμηνευτικών κανόνων και τούτο εις το άπειρον;»

μεθοδολογίας του δικαίου, η εξέταση κάποιων ιστορικών και συγκριτικών παραδειγμάτων.

2. Νομοθετικές υποδείξεις περί της μεθόδου;

Από την ιστορία του δικαίου γνωρίζουμε περιπτώσεις πολιτειακών σχηματισμών όπου συγκεκριμένες διατάξεις των νομοθεσιών τους ρύθμιζαν ζητήματα που άπτονταν ευθέως του ζητήματος της ερμηνείας του νόμου γενικά. Μιά κατηγορία παραδειγμάτων αποτελούν τα απολυταρχικά καθεστώτα, όπου η πολιτειακή εξουσία είναι ενιαία και συγκεντρώνεται σε ένα μόνο πρόσωπο, το οποίο δεν υπόκειται στην εξουσία ή τον έλεγχο κανενός άλλου. Στα καθεστώτα αυτά η δικαστική λειτουργία δεν είναι ανεξάρτητη και, όταν ανατίθεται κατ' ανάγκη σε άλλα πρόσωπα πέραν του απόλυτου μονάρχη, τα πρόσωπα αυτά είναι διαρκώς έκθετα στη δυσπιστία του. Συνέπεια της δυσπιστίας αυτής είναι κατά κανόνα η απαγόρευση οποιασδήποτε πρωτοβουλίας κατά την ερμηνεία των νόμων και η καθιέρωση υποχρέωσης του δικαστή, όταν συναντά ασαφή νόμο ή υποψιάζεται κενό της νομοθεσίας, να απόσχει από την εκδίκαση της υπόθεσης έως ότου αποφανθεί περί του ισχύοντος δικαίου ο ίδιος ο ασκών την ύπατη εξουσία. Τα δύο πιό διάσημα παραδείγματα της κατηγορίας αυτής είναι η ρύθμιση, γνωστή ως «απαγόρευση της ερμηνείας», που περιέχεται στην Ιουστινιάνεια νομοθεσία³⁵ και, κατά τη νεότερη εποχή, ο θεσμός της νομοθετικής παραπομπής (*référé législatif*) που απαντά ιδίως στη Γαλλία του Λουδοβίκου

35. Βλ. *c. Tanta* (L. 2 § 21): «si quid vero [...] ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretare» (δηλαδή: «αν όμως κάτι [από τη διάτυπωση του νόμου] φανεί αμφίσημο, αυτό οφείλει να παραπεμφθεί στην κορυφή της αυτοκρατορίας και να αποκαλυφθεί εκ της αυθεντίας του Αυγούστου, στον οποίο και μόνο ανήκει η εξουσία τόσο να θεσπίζει όσο και να ερμηνεύει τους νόμους»). Για το αντίστοιχο χωρίο στα *Βασιλικά*, βλ. Αραβαντινό, *Στοιχεία*, σ. 6. Συναφείς αντιλήψεις επικρατούσαν ήδη στο ρωμαϊκό δίκαιο της εποχής της Αυτοκρατορίας· πρβλ. σχετικά Ferdinand Regelsberger, *Γενικά διδασκαλία του δικαίου των Πανδεκτών*, μτφρ. Γεωρ. Μαριδάκη – Χρ. Πράτσια, Εν Αθήναις, Εμπρός, 1915, σ. 255 σημ. 3.

του 14ου.³⁶ Στις περιπτώσεις τέτοιου είδους διατάξεων δεν θα ήταν όμως ακριβές αν θεωρούσαμε ότι ο νομοθέτης επεμβαίνει και ρυθμίζει ζητήματα μεθόδου. Διότι, πριν απ' όλα, μιιά έννομη τάξη που δεν επιτρέπει στον δικαστή να αποφανθεί σε περιπτώσεις όπου η απάντηση δεν προκύπτει χωρίς την παραμικρή αμφιβολία από τον νόμο, δεν αφήνει καθόλου περιθώρια μεθοδικά καθοδηγούμενης ερμηνείας και εφαρμογής του και έτσι ούτε σοβαρής μεθοδολογικής διδασκαλίας. Η μεθοδολογία του δικαίου προϋποθέτει έννομες τάξεις που να αναγνωρίζουν έστω στοιχειωδώς τη διάκριση των εξουσιών και τη δικαστική ανεξαρτησία, και πάντως δεν χαρακτηρίζονται από ασφυκτική αυταρχικότητα και απαρέγκλιτη βουλησιαρχία κατά την απονομή της δικαιοσύνης, που δεν αφήνει περιθώριο ούτε καν στο αίτημα μιιάς στοιχειώδους ορθολογικότητας. Η ορθολογικότητα αποτελεί ωστόσο εγγενές αίτημα του δικαίου που, παρά τις προσπάθειες ενός αυταρχικού νομοθέτη, δεν μπορεί να εξαιρεθεί εντελώς και έτσι, ακόμη και εκεί όπου η πολιτειακή εξουσία προσπαθεί να καθυποτάξει το δικαστικό σώμα απαγορεύοντας αυστηρά την ερμηνεία των μη απολύτως σαφών διατάξεων (ό,τι και να σημαίνει αυτό), η απαγόρευση αυτή δεν παύει με τη σειρά της να γίνεται αντιληπτή από τους δικαστές –και ορθά– ως απλή νομοθετική διάταξη, η ερμηνεία της οποίας αποκείται αποκλειστικά στους ίδιους: έτσι αυτοί, όταν επιδεικνύουν στοιχειώδη δικαιοκρισία και δεν κάμπτονται πλήρως εμπρός στην εξουσία του μονάρχη (και όσο δεν παύονται από αυτόν), αναζητούν τρόπους να περιορίσουν ερμηνευτικά την ίδια την απαγόρευση της ερμηνείας.³⁷ Βέβαια

36. Βλ. Ordonnance 1667, Art. 7, Titre I: «Si, dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettres patentes, Nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer par-devers Nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention» (το παράθεμα κατά Yves-Louis Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Παρίσι, Presses Universitaires de France, 1965, σ. 10). Βλ. σχετικά με τη θέση της δικαιοδοτικής λειτουργίας στο καθεστώς της απολυταρχίας, αντί άλλων, Heinz Mohnhaupt, «Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime», *Ius commune* 4 (1973), 188 κ.ε. (ιδίως 220 κ.ε.), και Theo Mayer-Maly, *Rechtswissenschaft*, Μόναχο, Oldenbourg, 2η έκδ., 1981, σ. 61/62.

37. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση της Ιουστινιάνειας νομοθεσίας, υπό την ισχύ της οποίας η απαγόρευση της ερμηνείας γινόταν δεκτό από τους νομικούς ότι

και σήμερα, σε καθεστώς μη αυταρχικά, σποραδικά εμφανίζονται νομοθετήματα που περιέχουν υποδείξεις για τον τρόπο ερμηνείας των νόμων.³⁸ Πρέπει ωστόσο να πούμε ότι δεν πρόκειται κυριολεκτικά για νομοθετικές ρυθμίσεις που να επιβάλλουν συγκεκριμένα καθήκοντα, και μάλιστα νομικά, στον ερμηνευτή, η μη κατά γράμμα τήρηση των οποίων να υπόκειται ευθέως σε ένδικο έλεγχο, αλλά για πεπαλαιωμένου τύπου και γενικής μορφής πρακτικές οδηγίες πολύ χαλαρότερης και πάντως μη νομικής δεσμευτικότητας, που απλώς ευκολύνουν το ερμηνευτικό έργο.

Διαφορετικά έχουν τα πράγματα σε περιπτώσεις ειδικών διατάξεων εντός μιάς έννομης τάξης, βάσει των οποίων κατ' εξαίρεση, σε μιά συγκεκριμένη κατηγορία έννομων σχέσεων, ο δικαστής περιορίζεται στις αποφάσεις που μπορεί να εκδώσει όταν η αβεβαιότητα ως προς το ακριβές περιεχόμενο του νόμου υπερβαίνει ορισμένο μέτρο. Το γνωστότερο παράδειγμα αποτελεί η αρχή *nullum crimen, nulla poena sine lege* (εφ' εξής: *n.c.n.p.s.l*), που ισχύει στις δικαιοκρατικές έννομες τάξεις, μεταξύ των οποίων και στην ελληνική, όπου έχει περιληφθεί και σε ρητή διάταξη του Συντάγματος (άρθρο 7 § 1). Από την αρχή αυτή η κρατούσα νομική θεωρία συνάγει μεταξύ άλλων τη συνήθως λεγόμενη απαγόρευση της αναλογίας προς επιβολή ποινής ή προς επιβάρυνση της ποινικής αντιμετώπισης του κατηγορουμένου. Η απαγόρευση της αναλογίας *in malam partem*, όσο δυσχερή και αν είναι τα μεθοδολογικά ζητήματα που γεννά και εύλογες οι αμφισβητήσεις που προκαλεί,³⁹ δεν παύει να

δεν περιλαμβάνει τις περιπτώσεις όπου ο νόμος δεν είναι μεν σαφής, η απάντηση όμως προκύπτει αβασάνιστα «από τον ορθό λόγο» (δηλαδή ερμηνευτικά). βλ. Regelsberger, ό.π.

38. Η θέσπιση τέτοιων «νόμων περί ερμηνείας» συνηθίζεται κυρίως στις χώρες επιρροής του *common law*, όπου βέβαια λόγω του νομολογιακού χαρακτήρα του δικαίου η εξοικείωση των δικαστών με τα προβλήματα ερμηνείας των νόμων ήταν παλαιότερα πολύ μικρότερη, απαντά ωστόσο σπανιότατα και σε χώρες με κάποια επιρροή του ρωμαϊκού δικαίου. Βλ. τον σχετικό υπομνηματισμό σε Bergel, *Méthodologie*, σ. 235 σημ. 4 και 5. Στα αναφερόμενα εκεί νομοθετήματα ας προστεθεί και ο «Περί ερμηνείας των νόμων» νόμος της Κυπριακής Δημοκρατίας.

39. Βλ. παρακάτω Κεφ. ΙΕ', υπό VII, όπου θα υποστηριχθεί ότι με την παραπάνω αρχή, που δεν είναι ακριβές ότι περιέχει απαγόρευση της αναλογίας, ο νομοθέτης θέσπισε απλώς αυστηρότερες προϋποθέσεις νομιμότητας για την επιβολή ποινής, επεκτείνοντας την αρχή *in dubio pro reo* ώστε η λειτουργούσα υπέρ του

αποτελεί όχι μεθοδολογική αλλά ουσιαστική δικαιοκή ρύθμιση, η οποία επιβάλλει στον δικαστή την υποχρέωση να εκφέρει αθωωτική κρίση σε περίπτωση που υπάρχει αντικειμενικά σοβαρή αμφιβολία ως προς τη νόμιμη καθιέρωση του αξιοποιού της κρινόμενης πράξης, έστω και αν γενικά, δηλαδή στους άλλους κλάδους του δικαίου, η αμφιβολία περί του συννόμου ή παρανόμου δεν εμποδίζει τον δικαστή να εκφέρει εκείνη την (θετική ή αρνητική) κρίση που κατά την πεποίθησή του εναρμονίζεται καλύτερα με το όλο σύστημα της έννομης τάξης.⁴⁰ Εδώ δεν έχουμε δηλαδή περίπτωση συγκρίσιμη με την προαναφερθείσα απαγόρευση της ερμηνείας σε απολυταρχικά καθεστώτα. Διότι ναι μεν συναντάμε διάταξη του ισχύοντος δικαίου που επηρεάζει τη μέθοδο του κρινόντος δικαστή, αυτό όμως δεν γίνεται ευθέως και με σκοπό την υπόδειξη (ή απαγόρευση) συγκεκριμένης μεθόδου εκ μέρους του νομοθέτη, αλλά μόνο κατ' αποτέλεσμα, εφ' όσον η αρχή της μη επιβολής ποινής άνευ νόμου περιορίζει τον δικαστή κατ' ουσία, υποδεικνύοντάς του το περιεχόμενο που θα πρέπει να έχει η κρίση του υπό την προϋπόθεση αμφιβολιών ως προς την ύπαρξη ευδιάγνωστης ποινικοποίησης της κρινόμενης συμπεριφοράς, πράγμα στο οποίο και μόνο αποβλέπει η ρύθμιση.

Και ανεξάρτητα ωστόσο από συγκεκριμένες διατάξεις του ισχύοντος δικαίου, έχει υποστηριχθεί ότι η μέθοδος που ακολουθείται κατά την ερμηνεία και εφαρμογή του επηρεάζεται πάντως σε μεγάλο βαθμό από το περιεχόμενό του συνολικά θεωρούμενο, ιδίως από τον ιδεολογικό του προσανατολισμό, δηλαδή από μία σειρά γενικών παραδοχών σχετιζόμενων με τις αξιολογικές και πολιτικές αντιλήψεις που

κατηγορουμένου αμφιβολία να μην περιορίζεται στο ζήτημα της ενοχής του αλλά να περιλαμβάνει και τις περιπτώσεις σοβαρής αμφιβολίας περί του αξιοποιού της πράξης του.

40. Ενώ δηλαδή στους άλλους κλάδους του δικαίου μία περίπτωση είτε καταλαμβάνεται είτε δεν καταλαμβάνεται από τις ισχύουσες ρυθμίσεις, και *tertium non datur* έστω και αν υπάρχουν ερμηνευτικές δυσκολίες και αμφιβολίες ως προς τον τρόπο τεκμηρίωσης της κατά δίκαιον ισχύος τους, στο ποινικό δίκαιο –και λόγω της αρχής *n.c.n.p.s.l.*– εισάγεται μία τρίτη ομάδα περιπτώσεων, όπου υπάρχουν σοβαρές ερμηνευτικές δυσκολίες ως προς την τεκμηρίωση του αξιοποιού, ομάδα που στη συνέχεια εξισώνεται, κατά πλάσμα δικαίου, με το σύνολο των περιπτώσεων απουσίας ρύθμισης, όπως ακριβώς και η ύπαρξη αμφιβολιών γύρω από την ενοχή του κατηγορουμένου θεωρείται λόγος απαλλαγής του.

εμπνέουν ολόκληρη την έννομη τάξη και τον τρόπο λειτουργίας της.⁴¹ Το ερώτημα είναι ωστόσο τί χαρακτήρα έχουν οι παρατηρήσεις αυτές, αν δηλαδή εννοούνται ως απλές εμπειρικές και ιστορικές διαπιστώσεις ή αν αντίθετα διατυπώνονται συνοδευόμενες από κανονιστικό χρωματισμό, οπότε θα έχουν επιπτώσεις στον ορθό τρόπο θεμελίωσης των νομικών κρίσεων. Στην πρώτη περίπτωση αποτελούν απλές επισημάνσεις ότι σε διάφορες έννομες τάξεις έχει ιστορικά διαπιστωθεί πως η πρακτική λειτουργία του δικαίου επηρεάζεται από την κρατούσα ιδεολογία και πως αυτή διαφέρει ανάλογα με τις κοινωνίες και τις εποχές. Τέτοιου είδους ιστορικές ή κοινωνιολογικές επισημάνσεις μπορούν να τεκμηριωθούν αλλού με μεγαλύτερη και αλλού με μικρότερη ευκολία· αφήνουν όμως αδιάφορη τη μεθοδολογία του δικαίου, στον βαθμό που αυτή δεν καταγράφει την κρατούσα νομική πρακτική αλλά διαμορφώνεται με πρίσμα αναστοχαστικό-κριτικό. Στη δεύτερη περίπτωση όμως τα πράγματα είναι σοβαρότερα. Αν υπονοείται ότι δεν υπάρχει αντικειμενικά ορθή μέθοδος και ορθή θεμελίωση, και ότι ακόμη και η ιδέα της ορθότητας αποτελεί ιδεολόγημα που ποικίλλει κοινωνικά και ιστορικά, τότε υπάρχει ο κίνδυνος να εκληφθεί ότι εξυπακούεται μιά υπόδειξη προς τους εφαρμοστές του δικαίου είτε να προσαρμόζονται προς την κρατούσα πρακτική και να την υποβάλλουν σε κριτική μόνο εκεί όπου η ίδια τυχαίνει να το ανέχεται είτε να απομακρύνονται μεν από αυτήν, γνωρίζοντας όμως τότε ότι ενεργούν με κριτήρια υποκειμενικά και έτσι εκτίθενται στον κίνδυνο να κατηγορηθούν για αυθαίρετη παρέκκλιση από τα κρατούντα. Μιά τέτοια εκδοχή είναι προβληματική γιατί αρνείται την κριτική-αναστοχαστική διάσταση ως αναγκαίο γνώρισμα της μεθοδολογίας του δικαίου.

3. Δομικές διαφορές μεταξύ εννόμων τάξεων

Σε πείσμα όμως όλων των προηγούμενων παρατηρήσεων, υπέρ της ιστορικής σχετικότητας της μεθοδολογίας του δικαίου και της εξάρτησής της από τη διαμόρφωση και διάρθρωση της εκάστοτε έννομης τάξης φαίνεται να συνηγορεί ένα πολύ σημαντικό επιχείρημα, το οποίο

41. Για τον «ιδεολογικό προσανατολισμό» της έννομης τάξης και την υποτιθέμενη επιρροή της στη μεθοδολογική διδασκαλία, βλ. παραπάνω, σημ. 32.

αντλείται από τη συγκριτική παρατήρηση δύο μεγάλων οικογενειών έννομων τάξεων στον κόσμο σήμερα: των έννομων τάξεων της ηπειρωτικής Ευρώπης, αφ' ενός, και εκείνων του λεγόμενου κοινοδικαίου (common law), αφ' ετέρου. Είναι γνωστό ότι η πρώτη από τις δύο αυτές οικογένειες δικαίων έχει ως βασική πηγή της τον νόμο. Ο νόμος κατατέμενεται σε επί μέρους διατάξεις, ως προς τις οποίες γίνεται δεκτό ότι περιέχουν έναν ή περισσότερους κανόνες δικαίου, οι οποίοι, διατυπωμένοι σε ένα επίσημο κείμενο θεσπισμένο από ειδικά νομοθετικά όργανα και έπειτα από προδιαγεγραμμένες διαδικασίες, εμφανίζουν λίγο-πολύ το γνώρισμα της γενικότητας, δηλαδή καταλαμβάνουν έναν κύκλο περιπτώσεων που δεν μπορεί να προσδιοριστεί εκ των προτέρων κατ' αριθμό. Στις έννομες αυτές τάξεις κύριο μέλημα του δικαστή κατά τη θεμελίωση των κρίσεών του είναι να καταδείξει ότι η κρινόμενη περίπτωση εμπίπτει (ή δεν εμπίπτει) στον κύκλο των περιπτώσεων που καταλαμβάνονται από τη ρύθμιση του νόμου. Από την άλλη πλευρά, στις χώρες του common law δεν υπάρχουν, εκτός από ειδικά δικαϊκά πεδία –που πάντως σήμερα διευρύνονται όλο και περισσότερο–, επίσημα νομοθετικά κείμενα που να περιέχουν κανόνες γενικού χαρακτήρα και έτσι η αποστολή του δικαστή εμφανίζεται διαφορετική. Αντί δηλαδή να επιζητεί την κατάδειξη ότι η κρινόμενη σχέση εμπίπτει στον κύκλο των περιπτώσεων που καταλαμβάνονται από τον γενικό κανόνα, η αφετηρία του είναι, κατά τα συνήθως λεγόμενα, μιά προγενέστερη δικαστική απόφαση που αναγνωρίζεται, όπως γενικά στις χώρες αυτές οι δικαστικές αποφάσεις των ανώτερων τουλάχιστον δικαστηρίων, από τη στιγμή της έκδοσής της ως δεσμευτική όχι μόνο για την κρινόμενη περίπτωση και τους μετέχοντες στη δίκη (δεδικασμένο, *res judicata*), αλλά και για όμοιες περιπτώσεις στο μέλλον γενικά (προδεδικασμένο, *precedent*), και το μέλημά του συνίσταται στο να αναδείξει, θετικά ή αρνητικά, την ομοιότητα της κρινόμενης περίπτωσης με εκείνην που αφορούσε η προγενέστερη απόφαση. Η δομική αυτή διαφορά μεταξύ των δύο οικογενειών έννομων τάξεων, σύμφωνα με το υπό ανάλυση επιχείρημα, συνεπάγεται και μιά μεθοδολογική διαφορά: στις έννομες τάξεις με βασική πηγή τον νόμο, ο δικαστής καλείται να συναγάγει το ατομικό (τη δικανική του κρίση) από το γενικό (τον κανόνα δικαίου), επομένως η μέθοδος που ακολουθεί είναι κατά βάση απαγωγική (*deductio*), ενώ αντίθετα στις έννομες τάξεις του common law

ο δικαστής καλείται να συναγάγει το ατομικό (τη δικανική του κρίση) από ένα άλλο ατομικό (το προδεδικασμένο), επομένως η μέθοδος που ακολουθεί είναι κατά βάση επαγωγική (inductio).⁴²

Είναι πολύ πρόωρο να προβούμε, σε ένα τόσο αρχικό στάδιο της ανάπτυξής μας, σε μιά διεξοδική κριτική διερεύνηση του παραπάνω επιχειρήματος. Αυτό θα προϋπέθετε ότι θα είχαμε ήδη δώσει απάντηση σε ένα βασικό ερώτημα, γύρω από το οποίο στρέφεται σε τελευταία ανάλυση ολόκληρη η μεθοδολογική συζήτηση στον χώρο του δικαίου: τί είναι αυτό στο οποίο στηρίζεται η δεσμευτικότητα του δικαίου και το οποίο καλείται να ενεργοποιήσει ο δικαστής στη συγκεκριμένη περίπτωση με τη δικανική κρίση του και να αναδείξει με τη θεμελιώσή της; Υπό το πρίσμα αυτού τού προς το παρόν ανοιχτού ερωτήματος θα μπορούσαμε ίσως εδώ να θέσουμε ένα ειδικότερο: είναι το στοιχείο που στηρίζει τη δεσμευτικότητα του δικαίου τόσο διαφορετικό στις δύο οικογένειες έννομων τάξεων που προαναφέρθηκαν, ώστε να δικαιολογείται και μιά τόσο θεμελιώδης μεθοδολογική διαφορά μεταξύ τους; Και πάλι βέβαια, ελλείψει μιάς δικαιοφιλοσοφικής στοιχείωσης, δεν είμαστε σε θέση να δώσουμε πλήρη απάντηση. Μπορούμε ωστόσο να διατυπώσουμε ορισμένες προκαταρκτικές παρατηρήσεις, εμπειρικού βέβαια προς το παρόν χαρακτήρα, που όμως δεν στερούνται σημασίας. Πράγματι, η συγκριτική μελέτη των νεότερων μεθοδολογικών τάσεων στους κόλπους των δύο μεγάλων οικογενειών έννομων τάξεων φαίνεται, και αν ακόμη αφήσουμε κατά μέρος τα βαθύτερα φιλοσοφικά ζητήματα που εγείρονται, να οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η διαφορά που χώριζε την αυτοαντίληψη που έτρεφαν ως τώρα οι νομικοί σε καθεμία από αυτές ως προς τη δραστηριότητά τους συνεχώς μικραίνει. Αξίζει, έστω και πρόχειρα, να επικαλεσθούμε δύο παρατηρήσεις τις οποίες μπορούμε να εικάσουμε ότι λίγοι θα έτειναν να αμφισβητήσουν. Οι δύο αυτές παρατηρήσεις φαίνεται ότι μας αναγκάζουν να αναθεωρήσουμε ό,τι ως τώρα δεχόμασταν, αν όχι ότι χωρίζει τις δύο οικογένειες δικαίων, πάντως ό,τι νομίζαμε ότι μπορεί να δικαιολογήσει την απολυτότητα με την οποία ως τώρα εμμέναμε στις διαφορές τους.

Η πρώτη από τις δύο παρατηρήσεις έχει ως αντικείμενό της τις έννομες τάξεις της ηπειρωτικής Ευρώπης και αφορά το γεγονός της

42. Έτσι, μεταξύ πολλών άλλων, Αραβαντινός, *Στοιχεία*, σ. 6.

σταδιακής ανακάλυψης της σημασίας που έχουν κατά τη θεμελίωση των δικανικών κρίσεων οι αρχές του δικαίου.⁴³ Τη σημασία των αρχών του δικαίου κανείς δεν αμφισβητεί σήμερα σοβαρά, έστω και αν υπάρχουν ακόμη έντονες διαφωνίες γύρω από τα ιδιαίτερα γνωρίσματα που συγκροτούν την κανονιστική τους υπόσταση και ιδίως γύρω από τη σχέση τους με τους κανόνες δικαίου, το αν δηλαδή αποτελούν ένα ξεχωριστό από αυτούς δομικό στοιχείο της έννομης τάξης ή αν, από τη σκοπιά τουλάχιστον της νομικής τους ισχύος, δεν είναι παρά ένα παρακλούθημα ή μιά παραφυάδα των κανόνων. Όπως και να έχει το πράγμα, η διάγνωση της σημασίας των αρχών του δικαίου κατά τη θεμελίωση των νομικών κρίσεων –διάγνωση που σημειωτέον είχε προηγηθεί υπό το κράτος των έννομων τάξεων του common law– έχει προκαλέσει ζωηρές αμφιβολίες για την ορθότητα ή τη σημασία της αντίληψης ότι στις έννομες τάξεις του νόμου ακολουθείται προεχόντως η απαγωγική μέθοδος. Διότι, όπως θα δούμε εκτενέστερα στο οικείο σημείο,⁴⁴ οι αρχές του δικαίου, παρ' ότι διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο κατά τη θεμελίωση των νομικών κρίσεων και παρ' ότι εμφανίζουν αναμφίβολα σε έντονο βαθμό το γνώρισμα της γενικότητας, δεν προσφέρονται για τη συναγωγή συμπερασμάτων κατά μία γνησίως λογική-απαγωγική ακολουθία. Το πρώτο τουλάχιστον σκέλος του παραπάνω ισχυρισμού περί απαγωγικού τρόπου τού σκέπτεσθαι στις έννομες τάξεις της ηπειρωτικής Ευρώπης αρχίζει έτσι σοβαρά να κλονίζεται, τουλάχιστον στην απολυτότητά του.

Αλλά και το δεύτερο σκέλος του ισχυρισμού, ότι δηλαδή στις χώρες του common law ο δικαστής σκέπτεται σχεδόν κατ' αποκλειστικότητα επαγωγικά, έχει τον τελευταίο καιρό –και αυτό αποτελεί τη δεύτερη παρατήρηση που μπορούμε να επικαλεσθούμε– τεθεί υπό έντονη αμφισβήτηση. Η παλαιότερη αντίληψη, σύμφωνα με την οποία ο δικαστής

43. Ο πρώτος που επισήμανε emphaticά τη σημασία των αρχών του δικαίου ακόμη και για τις έννομες τάξεις της ηπειρωτικής Ευρώπης υπήρξε ο Josef Esser με το πρωτοποριακό βιβλίο του *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Τύμπινγκεν, Mohr, 1956, το οποίο, την εποχή που γράφτηκε, αντιμετωπίστηκε με δυσπιστία και αμηχανία. Για το όλο ζήτημα, βλ. παρακάτω, Κεφ. ΣΤ', υπό Ι, όπου ειδική αναφορά στον Esser· διεξοδικότερα, βλ. Sourlas, *Rechtsprinzipien*, σ. 98 κ.ε.

44. Βλ. παρακάτω, Κεφ. ΣΤ', υπό ΙΙ.

επιδιώκει κυρίως να αναδείξει την ομοιότητα της κρινόμενης περίπτωσης με εκείνην του προδεδικασμένου, φαίνεται πλέον απλοϊκή και ανεπαρκής ως απάντηση στο κρίσιμο ερώτημα: τί είναι ακριβώς αυτό που κάνει μιά προγενέστερη απόφαση (το προδεδικασμένο) νομικά δεσμευτική και κρίσιμη και για τη νέα περίπτωση που θα έχει να κρίνει ο δικαστής στο μέλλον, χαρακτηρίζοντάς την μάλιστα όμοια προς εκείνη;⁴⁵ Ευρύτατα, σχεδόν ομόφωνα παραδεκτό είναι σήμερα ότι η προγενέστερη απόφαση δεν είναι δεσμευτική στο σύνολό της αλλά μόνο ως προς το μέρος της που αποτέλεσε τη *ratio decidendi* και ότι αυτή με τη σειρά της συνίσταται σε μιά κανονιστική πρόταση, δηλαδή μιά αρχή ή έναν κανόνα, περισσότερο ή λιγότερο σαφώς εκφρασμένο στο σκεπτικό της απόφασης, που έχει αναγκαία γενικό χαρακτήρα⁴⁶ – έστω και αν, όπως θα δούμε αμέσως, υπάρχει διαφωνία ως προς το παραπέρα ερώτημα αν η περισσότερο ή λιγότερο σαφής διατύπωση της *ratio decidendi* στο σκεπτικό της απόφασης έχει διαπλαστικό ή διακηρυκτικό χαρακτήρα. Δεν είναι λοιπόν πάντως αλήθεια ότι οι έννομες τάξεις του *common law* δεν γνωρίζουν γενικούς κανόνες δικαίου.⁴⁷ Απλώς οι κανόνες αυτοί δεν ανευρίσκονται σε κείμενα νόμων αλλά ανασύρονται –άλλοτε εύκολα άλ-

45. Για την παλαιότερη ιδίως συζήτηση γύρω από τη θεωρία του προδεδικασμένου και της *ratio decidendi*, βλ. αντί άλλων R. W. M. Dias, *Jurisprudence*, 4η έκδ., Λονδίνο, Butterworths, 1976, σ. 162 κ.ε., και γενικότερα Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4η έκδ., Οξφόρδη, Clarendon Press, 1991, ιδίως σ. 39 κ.ε.

46. Βλ., αντί άλλου, Neil MacCormick, «Why Cases Have *Rationes* and What These Are», στο Lawrence Goldstein (επιμ.), *Precedent in Law*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1987, σ. 155 κ.ε.

47. Την άποψη ότι ο πυρήνας της *ratio decidendi* έχει τον χαρακτήρα ενός κανόνα δικαίου υποστηρίζει emphatica ο MacCormick, *Legal Reasoning*, ιδίως σ. 82 κ.ε. (καθώς και στην αναφερθείσα στην προηγούμενη υποσημείωση μελέτη του). Ο MacCormick φθάνει μάλιστα στο σημείο να υποστηρίξει ότι δεν είναι η ομοιότητα της κρινόμενης περίπτωσης με εκείνην του προδεδικασμένου που κρίνει και την κανονιστική της αντιμετώπιση, αλλά αντίθετα η από κοινού υπαγωγή τους σε έναν και τον αυτόν κανόνα (τη *ratio decidendi*) είναι εκείνη που κάνει τις δύο περιπτώσεις όμοιες. Στο σημείο αυτό πρέπει πάντως να διευκρινίσουμε, προλαμβάνοντας κάτι που θα αναπτύξουμε εκτενέστερα στη συνέχεια, ότι όταν κάνουμε λόγο για κανόνες δικαίου, και μάλιστα σε συνάρτηση με το προδεδικασμένο, πρέπει να χρησιμοποιούμε την έκφραση με την ευρύτατη δυνατή σημασία και χωρίς να υπονοούμε τον στενό τρόπο με τον οποίο η τρέχουσα διδασκαλία αντιλαμβάνεται τους

λοτε ύστερα από εργώδη ερμηνευτική προσπάθεια– από το σκεπτικό προηγούμενων δικαστικών αποφάσεων.

Εδώ κρύβεται μάλιστα ένα πρόσθετο πρόβλημα. Οι δικαστές οι οποίοι εξέδωσαν τις προηγούμενες εκείνες αποφάσεις που γίνονται δεκτές ως προδεδικασμένα δεν φαίνεται να θεωρούσαν οι ίδιοι για τον εαυτό τους, ούτε άφησαν την εντύπωση προς τους άλλους, ότι θέσπισαν *ex nihilo* τους κανόνες που συνάγονται από αυτές (δηλαδή ότι εφηύραν το ισχύον δίκαιο), εφ' όσον μάλιστα η *ratio decidendi* περιέχεται στο σκεπτικό και όχι στο διατακτικό τους, αλλά αντίθετα, κρίνοντας έτσι όπως έκριναν τη συγκεκριμένη περίπτωση, δεν άφησαν, ρητορικά τουλάχιστον, την παραμικρή αμφιβολία ότι επικαλέστηκαν και τότε ισχύον δίκαιο, το οποίο, ακόμη και εκεί όπου έκριναν ορθότερο να αποστούν από την παλαιότερη απόφαση που οι ίδιοι τότε ενδεχομένως επικαλέστηκαν (ακολουθώντας τις πρακτικές των λεγόμενων *distinguishing* και *overruling*), εφάρμοσαν ως ήδη δεσμευτικό κατά τη στιγμή της κρίσης τους, δηλαδή ανακάλυψαν με την κρίση τους και εφάρμοσαν προϋπάρχον δίκαιο. Δεν φαίνεται να υπάρχει επαρκής λόγος ώστε σήμερα, εξετάζοντας τις αποφάσεις τους αναδρομικά, να σχηματίσουμε διαφορετική εκτίμηση και να εκλάβουμε ότι οι τότε κρίνοντες έδρασαν ουσιαστικά ως νομοθέτες – εκτίμηση που θα μας ανάγκαζε να υπολάβουμε επιπρόσθετα είτε ότι οι τότε κρίνοντες δεν είχαν, όλοι μαζί και χωρίς εξαίρεση, συνείδηση του τί ακριβώς έπρατταν είτε ότι οι δικαστές, όταν δημιουργούσαν νέο δίκαιο, και πάλι όλοι μαζί και χωρίς εξαίρεση, υποκρίνονταν συστηματικά ότι κάνουν κάτι διαφορετικό. Έτσι θα πρέπει να επισημάνουμε και να πάρουμε στα σοβαρά την άποψη ότι τα προδεδικασμένα χρησιμοποιούνται όχι κατά κυριολεξία ως πηγές του δικαίου – η αντίληψη αυτή είναι κατά περίεργο τρόπο πιά διαδεδομένη μεταξύ ξένων αναλυτών των έννομων τάξεων του *common law* παρά μεταξύ των παλαιότερων, ιδίως εντόπιων, νομικών,⁴⁸ και σήμερα έχει

κανόνες δικαίου (περί του οποίου, βλ. παρακάτω, Κεφ. Ε'), κάτι που είναι αμφίβολο αν τηρεί ο McCormick.

48. Πρβλ. σχετικά τον εξαιρετικά ευέλικτο τρόπο με τον οποίο προσεγγίζει το προδεδικασμένο ο Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Καίμπριτζ κ.α., Cambridge University Press, 2008, θεωρώντας ότι παρέχει εύκαμπτους λόγους που θα δικαιολογούσαν την κρίση του και ακολουθώντας μιά μέση οδό ανάμεσα σε δύο άκρα: εκείνο της θεώρησής του ως αυστηρά δεσμευτικού κανόνα δικαίου και

και εκεί αρχίσει να διαδίδεται μόνο από ενσυνείδητους υποστηρικτές του νομικού θετικισμού⁴⁹ – αλλά μάλλον ως ένα είδος «αποδεικτικών

εκείνο της ερμηνείας του ως απλής υπόδειξης, την οποία για λόγους δικαστικού έθους θα δίσταζε πολύ ένας δικαστής να αγνοήσει.

49. Μη έχοντας ακόμη αναφερθεί διεξοδικά στον νομικό θετικισμό (κάτι που επιχειρούμε παρακάτω, στα Κεφ. Γ' και Δ'), δεν μπορούμε προς το παρόν να επιμείνουμε περισσότερο σ' αυτό το σημείο. Για να μην μείνουν όμως εντελώς αστήρικτα όσα εδώ υποστηρίζουμε, ακουόμαστε προς το παρόν να παραπέμψουμε, για μεν μία συνοπτικότερη ανάπτυξη, στον Frederick Schauer, «Precedent», στο Andrei Marmor (επιμ.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Νέα Υόρκη & Οξφόρδη, Routledge, 2012, σ. 123 κ.ε., για δε μία βαθύτερη ανάλυση, στις απόψεις του Joseph Raz, εκπροσώπου μιάς αυστηρής εκδοχής του νομικού θετικισμού, σύμφωνα με τον οποίο ο δικαστής του common law, ιδίως εκείνος των ανωτάτων δικαστηρίων, έχει τη δικαιοδοσία να τροποποιεί ένα προδεδικασμένο περιορίζοντας (restricting) το πεδίο εφαρμογής του (και αφήνοντας την κρινόμενη περίπτωση έξω από αυτό), ενέργεια γενικώς αποδεκτή, που συνήθως αποκαλείται distinguishing, αλλά ακόμη και να το παραμερίζει εντελώς (overruling), έστω και αν έως τότε η παραδοχή του ήταν γενική και ομοιόμορφη, ο δικαστής όμως κρίνει τη ρύθμιση ηθικά μη αποδεκτή. Βλ. Joseph Raz, «Law and Value in Adjudication», στου ιδίου, *Authority*, σ. 180 κ.ε. Την άποψή του αυτή ο Raz στηρίζει στην εικασία ότι σε ορισμένες έννομες τάξεις, όπως η αγγλική, η δικαστική αυτή δικαιοδοσία νομιμοποιείται από έναν αντίστοιχο ύπατο κανόνα της έννομης τάξης, που ανάγει τη νομολογία των ανώτερων δικαστηρίων σε πηγή του ισχύοντος εκεί δικαίου (ό.π., σ. 184 σημ. 8). Η άποψη αυτή, όπως πρέπει από τώρα να τονίσουμε, δεν είναι πειστική. Η βασική δυσκολία που την κάνει προβληματική έγκειται στο ότι η παραδοχή ενός τέτοιου ύπατου κανόνα που ανάγει τη νομολογία σε πηγή δικαίου είναι πόρισμα μιάς συγκεκριμένης θεωρίας του δικαίου (μιάς εκδοχής του νομικού θετικισμού) και όχι περιεχόμενο ενός ρητού κανόνα του θετού δικαίου (που, αν υπήρχε, θα έπρεπε μάλιστα να ήταν συνταγματικής – ή, ίσως, και υπερσυνταγματικής – τάξεως). Διότι το τί αποτελεί περιεχόμενο της πρακτικής που υποτίθεται ότι νομιμοποιεί και τις πηγές του δικαίου δεν καθορίζεται μόνο από εξωτερικές συμπεριφορές, ικανές να «διαπιστωθούν» εμπειρικά και μόνο, αλλά και από τη θεωρία που τις συνοδεύει και δεν συνοψίζει απλώς συνεκτικά αλλά δικαιολογεί με τον καλύτερο δυνατό τρόπο τις αντιλήψεις που οι ίδιοι οι δράντες έχουν για την πρακτική που ακολουθούν, αποτελώντας όχι συστατικό της αλλά ερμηνεία της. Η ερμηνευτική αυτή θεωρία δεν είναι όμως ομόφωνη· αντίθετα, αποτελεί αντικείμενο έντονων αμφισβητήσεων, κάτι που ομολογεί και ο ίδιος ο Raz (ο οποίος παραδέχεται ότι και η δική του θεωρία αφίσταται από εκείνην που χαρακτηρίζει κρατούσα διδασκαλία περί προδεδικασμένου). Η έλλειψη ομοφωνίας ως προς την ερμηνεία της υφιστάμενης πρακτικής είναι άλλωστε και ο λόγος για τον οποίο κανένα απολύτως δικαστήριο δεν ισχυρίστηκε ποτέ σε σκεπτικό απόφασής του ότι ανατρέπει προϋσχύσαν δικαίο και δημιουργεί νέο, επικαλούμενο μάλιστα κάποιον συναφή κανόνα της έννομης τάξης που να του το επιτρέπει (πράγμα που θα ήταν συνήθης όσο

μέσων» για την απόκτηση βεβαιότητας περί των κανόνων που τελούν σε ισχύ, εφ' όσον αυτοί, ως άγραφοι ή ως πολύ παλαιοί, δεν ανευρίσκονται σε κάποιο επίσημο βιβλίο που να περιέχει την ισχύουσα νομοθεσία.⁵⁰ Γι' αυτό και οι δικαστές επιχειρούν πάντοτε να αιτιολογήσουν τις αποφάσεις τους ως εφαρμογή ισχύοντος δικαίου και όχι ως μεταβολή του (η οποία μάλιστα θα έπρεπε να δικαιολογηθεί ειδικά γιατί θα πρέπει να εφαρμοστεί αναδρομικά στην κρινόμενη περίπτωση) και θα αποτελούσε μεγάλο σφάλμα για μιά δικαστική απόφαση και βαρύ ατόπημα υπέρβασης δικαιοδοσίας για έναν δικαστή να παρουσιάσει την απόφασή του ως άσκηση οιονεί νομοθετικής εξουσίας⁵¹ ή έστω και διακριτικής ευχέρειας, αρκούμενος σε εκτιμήσεις de lege ferenda ή επικαλούμενος κάποια ακραία όρια, εντός των οποίων να διαθέτει την ελευθερία να κινηθεί με βάση κατά το δυνατόν στέρεες δικαιοπολιτικές εκτιμήσεις ή, ακόμη χειρότερα, τις ανέλεγκτες υποκειμενικές του επιλογές. Και από αυτήν συνεπώς την άποψη το έργο των δικαστών τού common law δεν φαίνεται να διαφέρει σημαντικά από εκείνο των συναδέλφων τους στις έννομες τάξεις της ηπειρωτικής Ευρώπης.

και εύλογη πρακτική, αν η θετικιστική αυτή θεωρία, που σημειωτέον συμπλέει με τον τρόπο που η ηπειρωτική Ευρώπη ερμηνεύει συνήθως τις έννομες τάξεις του common law, απέδιδε την πραγματικότητα).

50. Η παλαιότερη αυτή άποψη, που έχει και σήμερα υποστηρικτές προερχόμενους από το αντιθετικιστικό στρατόπεδο, αποκαλείται στην αγγλοσαξωνική φιλολογία «δηλωτική» (declaratory) αντίληψη περί προδεδεικασμένου. Βλ. σχετικά Peter Wesley-Smith, «Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis*», στο Laurence Goldstein (επιμ.), *Precedent in Law*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1987, σ. 73 κ.ε. (μαζί με μιά διεισδυτική κριτική κατά της κρατούσης θετικιστικής θεωρίας), καθώς και Sir Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Οξφόρδη, Clarendon Press, 1991, σ. 25, 27 κ.ε. Δεν είναι τυχαίο ότι ο John Austin, που θεωρείται ιδρυτής του νομικού θετικισμού (βλ. παρακάτω, Κεφ. Γ', υπό II), ήταν εντελώς απορριπτικός απέναντι στη δηλωτική αντίληψη· βλ. σχετικά Duxbury (παραπάνω, σημ. 48), σ. 39 κ.ε.

51. Δεν είναι όμως μόνο ο (αγγλοσάξωνας) δικαστής που δεν μπορεί να εμφανίσει τον εαυτό του ως νομοθέτη, μιλώντας σε πρώτο πρόσωπο στις αποφάσεις του· ούτε από τη σκοπιά της θεωρίας είναι ορθός ο χαρακτηρισμός του δικαστικού έργου, ακόμη και στις περιπτώσεις όπου το ισχύον δίκαιο είναι αβέβαιο και γίνεται δεκτή η δυνατότητα δικαστικής δικαιοπλασίας, ως οιονεί νομοθετικού. Για τις κατ' αρχήν διαφορετικές απόψεις των βασικών εκπροσώπων του νομικού θετικισμού, και ιδίως των Hart και Raz, βλ. παρακάτω, Κεφ. Δ', υπό II.

Η παρατηρούμενη αυτή προσέγγιση μεταξύ των δύο προαναφερθεισών οικογενειών έννομων τάξεων⁵² μας επιτρέπει ήδη, παρά την προσωρινότητα των αναλύσεών μας, να διατυπώσουμε το συμπέρασμα ότι, σε πείσμα των διαφορών που υπάρχουν μεταξύ των δικαϊκών συστημάτων είτε ως προς τη δομή τους είτε ως προς την παράδοση ή και το ύφος των δικαστικών πρακτικών που έχει διαμορφωθεί υπό το κράτος της ισχύος τους,⁵³ η μεθοδολογία του δικαίου δεν ασχολείται στην καθεμία από αυτές με ριζικά διαφορετικά ερωτήματα και συνεπώς, ακόμη και αν, λόγω ακριβώς των διαφορετικών πρακτικών και παραδόσεων, δεν έχει νόημα η διαμόρφωση μιάς μεθοδολογικής διδασκαλίας με παγκόσμια εμβέλεια, ο τρόπος τού νομικώς σκέπτεσθαι είναι ωστόσο κατά βάση κοινός⁵⁴ και πάντως δεν μπορεί να καθοριστεί αυθεντικά από το ίδιο το ισχύον κάθε φορά δίκαιο και να εξαρτάται έτσι από την εκάστοτε διαμόρφωσή του.⁵⁵

52. Βλ. διεξοδικότερα Paul Sourlas, «Le rôle des précédents: Quelques réflexions générales inspirées de l'exemple grec», στο Ewoud Hondius (επιμ.), *Precedent and the Law*, Βρυξέλλες, Bruylant, 2007, σ. 211 κ.ε.

53. Ο Joseph Raz, «Intention in Interpretation», ανατυπ. στο *Interpretation*, σ. 265, αναφέρει ως παράδειγμα διαφοράς στην παράδοση κάθε χώρας ως προς τον τρόπο θεμελίωσης των δικαστικών αποφάσεων την ποικίλουσα βαρύτητα που αποδίδεται στο κύρος της νομικής επιστήμης: αλλού θεωρείται σημαντικό επιχείρημα η άποψη ενός διαπρεπούς νομικού και αλλού καθόλου.

54. Εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζει ως προς το ζήτημα αυτό η προσπάθεια προσέγγισης ή συγκερασμού της μεθοδολογικής διδασκαλίας των διαφόρων ευρωπαϊκών έννομων τάξεων από τη νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων. Αξιωματόννη σχετικά, μεταξύ άλλων, η μονογραφία του George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Οξφόρδη, Oxford University Press, 2007. Ο συγκερασμός αυτός αφορά κατά βάση όχι διαφορετικές μεθόδους αλλά διαφορετικές δικαστικές παραδόσεις, και θα ήταν αδύνατος αν υπήρχαν μεταξύ των ευρωπαϊκών έννομων τάξεων βαθιές διαφορές που να άγγιζαν τον πυρήνα της μεθόδου.

55. Γι' αυτό και θεωρώ εσφαλμένη ακόμη και την άποψη των Aarnio, *Denkweisen*, σ. 170 κ.ε., ιδίως 181 κ.ε., και Peczenik, *Grundlagen*, σ. 197 κ.ε., σύμφωνα με την οποία το σημείο πάντως από το οποίο μία δικαστική απόφαση αρχίζει να θεωρείται ικανοποιητικά θεμελιωμένη, δηλαδή σε τελευταία ανάλυση η ίδια η αντίληψη περί ορθολογικότητας, διαφέρει από τη μία έννομη τάξη στην άλλη και είναι θέμα νομικής παράδοσης και νομικού πολιτισμού, που έτσι γίνεται το έσχατο κριτήριο και μέτρο τού αν και πότε η ακολουθούμενη μέθοδος είναι και ορθή. Οι έννομες τάξεις δεν διαφέρουν ως προς την έννοια ή το πρότυπο της ορθολογικότητας

Στο γενικότερο συμπέρασμα που φαίνεται έτσι να αναδύεται πρέπει πάντως να εισαγάγουμε μία επιφύλαξη. Είδαμε προηγουμένως ότι η ορθολογική θεμελίωση των δικανικών κρίσεων δεν αποτελεί μόνο γνωσιοθεωρητικής φύσεως αίτημα αλλά και ηθικοπολιτική αξίωση, χωρίς τη στοιχειώδη ικανοποίηση της οποίας δεν νοείται κράτος δικαίου και, σε τελευταία ανάλυση, ούτε καν δίκαιο. Η αξίωση αυτή ικανοποιείται, έστω και όχι παντού στον ίδιο βαθμό αλλά πάντως σε γενικές γραμμές επαρκώς, σε δημοκρατικά και δικαιοκρατούμενα πολιτεύματα. Εκεί όμως όπου υπάρχουν αποκλίσεις από τις αρχές της δημοκρατίας και του κράτους δικαίου, η επάρκεια της θεμελίωσης των δικανικών κρίσεων αρχίζει να γίνεται αμφίβολη είτε επειδή η πλήρης θεμελίωση δεν είναι αρεστή είτε επειδή, από ένα σημείο και ύστερα, λόγω του ποιού της νομοθεσίας δεν είναι εφικτή. Όσο πίο αυταρχικό αρχίζει να γίνεται ένα καθεστώς, όσο πίο αυθαίρετη η νομοθεσία του, τόσο λιγότερο ανεκτή από το ίδιο αποβαίνει η επιδίωξη διαφάνειας ως προς το περιεχόμενο ή τον τρόπο εφαρμογής των νομοθετικών του ρυθμίσεων, ενώ παράλληλα, από ένα σημείο και ύστερα, το έργο του δικαστή που καλείται να τις εφαρμόσει οδηγεί τον ίδιο, όπως ακριβώς και κάθε άλλον επαγγελματία νομικό, αλλά και τον κοινό πολίτη που αναρωτιέται αν και σε τί ρυθμίσεις πρέπει να «συμμορφωθεί», ενώπιον όλο και πίο δυσυπέβλητων νομικών, πολιτικών και προσωπικών ηθικών διλημμάτων. Αντίστοιχα δυσχεραίνεται και το έργο της μεθοδολογίας και της φιλοσοφίας του δικαίου.⁵⁶ Σε μη δημοκρατικά και μη

που ακολουθούν, αλλά ως προς τον βαθμό που λειτουργούν ορθολογικά: υπάρχουν έννομες τάξεις και νομικές παραδόσεις που, ευτυχώς για τους πολίτες που ζουν υπό τη σκέπη τους, είναι αυστηρές στην αξίωσή τους για στέρεη θεμελίωση των δικαστικών αποφάσεων, ενώ άλλες είναι, δυστυχώς για τους δικούς τους πολίτες, πίο χαλαρές.

56. Διότι σε τελευταία ανάλυση δυσχεραίνεται ακόμη και το έργο του ορισμού του δικαίου. Από μία εσωτερική, πρακτικά σημαντική (και όχι μία εξωτερική και αφηρημένη κοινωνιολογική) σκοπιά δεν έχει δηλαδή νόημα, από ένα σημείο και ύστερα, να αναρωτηθούμε «τί είναι» το δίκαιο και αν «υπάρχει», όταν καταπατούνται βάνανυσα ορισμένες θεμελιώδεις αρχές της δημοκρατίας και του κράτους δικαίου, ή να σχηματίσουμε έναν τόσο αφηρημένο και εντελώς ουδέτερο σε σχέση με το περιεχόμενο των ρυθμίσεων ορισμό του δικαίου, ώστε να μπορεί να συμπεριλαμβάνει και τις πίο ασύμβατες μεταξύ τους «έννομες» τάξεις, ακόμη και τα τυραννικά καθεστώτα και τις γενικές διαταγές που εκδίδονται από αυτά. Πρβλ.

δικαιοκρατούμενα καθεστώτα, η μεθοδολογική διδασκαλία στερείται του αναγκαίου υποβάθρου και είναι προβληματική ή ακόμη και άνευ νοήματος. Γι' αυτό και η έκθεση και ανάλυση των μεθοδολογικών προβλημάτων, που θα επιχειρηθεί στη συνέχεια, ενσυνείδητα θα στραφεί γύρω από το ακόλουθο ερώτημα: ποιός είναι ο τρόπος θεμελίωσης των νομικών κρίσεων που, με κάποιες εδώ κι εκεί παραλλαγές, οφείλουν να ακολουθούν όσοι σχηματίζουν και διατυπώνουν νομικές κρίσεις στο πλαίσιο μιάς δημοκρατικής και δικαιοκρατούμενης πολιτείας;

επ' αυτού τη γενικότερη φιλοσοφική θέση του Ronald Dworkin, «The Concepts of Law», *Justice in Robes*, Καίμπριτζ, MA & Λονδίνο, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, σ. 223 κ.ε.