

Χαράλαμπος Σταμέλος

Επιστημονικός Συνεργάτης Νομικής Σχολής Ευρωπαϊκού
Πανεπιστημίου Κύπρου, Δικηγόρος, ΔΝ

Φιλοσοφία του Δικαίου

Πανεπιστημιακές Παραδόσεις



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Φιλοσοφία του Δικαίου

Πανεπιστημιακές Παραδόσεις

Φιλοσοφία του Δικαίου

Πανεπιστημιακές Παραδόσεις

Χαράλαμπος Σταμέλος

Επιστημονικός Συνεργάτης Νομικής

Σχολής Ευρωπαϊκού Πανεπιστημίου Κύπρου, Δικηγόρος, ΔΝ

ISBN 978-960-654-019-6

Σύμφωνα με το Ν. 2121/93 για την Πνευματική Ιδιοκτησία απαγορεύεται η αναδημοσίευση και γενικά η αναπαραγωγή του παρόντος έργου, η αποθήκευσή του σε βάση δεδομένων, η αναμετάδοσή του σε ηλεκτρονική ή οποιαδήποτε άλλη μορφή και η φωτοαντιτύπωσή του με οποιονδήποτε τρόπο, χωρίς γραπτή άδεια του εκδότη.

ΔΗΛΩΣΗ ΑΠΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΥΘΥΝΩΝ

Το περιεχόμενο του παρόντος έργου έχει τύχει επιμελούς και αναλυτικής επιστημονικής επεξεργασίας. Ο εκδοτικός οίκος, ο συγγραφέας και όλοι οι συντελεστές του έργου δεν παρέχουν διά του παρόντος νομικές συμβουλές ή παρεμφερείς συμβουλευτικές υπηρεσίες, ουδεμία δε ευθύνη φέρουν για τυχόν ζημία τρίτου λόγω ενέργειας ή παράλειψης που βασίστηκε εν όλω ή εν μέρει στο περιεχόμενο του παρόντος έργου. Επαγγελματικές νομικές συμβουλές θα πρέπει να αναζητηθούν πριν από κάθε νομική ενέργεια, η δε χρήση του παρόντος ή μέρους του δεν ιδρύει σχέση δικηγόρου - πελάτη ή οποιαδήποτε άλλη σχέση μεταξύ του χρήστη και της ΝΟΜΙΚΗΣ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ, ή του συγγραφέα, ή των λοιπών συντελεστών.

Δημιουργία & concept εξωφύλλου: Μανίνα Δουραλή

Υπεύθυνος Παραγωγής: Ανδρέας Μενούνος

Σελιδοποίηση: Αγγελική Ορφανουδάκη

Παραγωγή: NB Production AM310120M23

Πηγή εξωφύλλου: Shutterstock Image Bank



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ



Μαυρομχάλη 23 | 106 80 | Αθήνα

T 210 3678 800 | F 210 3678 819

www.nb.org | info@nb.org



Member of
EFQM
Committed to excellence

Member of
MGIP
MEMBERSHIP ORGANIZATION OF INTERNATIONAL PUBLISHERS



Χαράλαμπος Σταμέλος

Επιστημονικός Συνεργάτης Νομικής Σχολής Ευρωπαϊκού
Πανεπιστημίου Κύπρου, Δικηγόρος, ΔΝ

Φιλοσοφία του Δικαίου

Πανεπιστημιακές Παραδόσεις



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Jurisprudence (Philosophy of Law)

University Courses

Dr. Charalampos (Harry) Stamelos

Scientific Collaborator in European University Cyprus Law School,
Attorney at Law in the Hellenic Supreme Court, Athens Bar

ISBN 978-960-654-019-6

Abstract: The book "Jurisprudence (Philosophy of Law) - University Courses" of Charalampos (Harry) Stamelos presents the relevant theories, puts emphasis on the analysis of the branches of law and of basic human rights and proposes the holistic analysis of law. The holistic analysis of law attempts to combine in harmony theories of law and of other sciences. It accepts the general principles of morality of natural law, provided that these principles are humanistic (human beings and their dignity as the ultimate value), in the context of legal positivism distinguishes between de lege lata and de lege ferenda, and in the concept of neorealism co-relates economic, political and social approaches to finally become a possible tool to recommend finally in the future the best possible solutions with results and benefits (efficacy) for all human beings and in specific for their human, civil, political and social rights in a regime of a liberal rule of law regarding each branch of law. Logically, relevant monographs will follow to further establish the holistic analysis of law. Particular references are made to Jurisprudence, Cyprus and the Cyprus Problem.

COPYRIGHT

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior permission of NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A., or as expressly permitted by law or under the terms agreed with the appropriate reprographic rights organization. Enquiries concerning reproduction which may not be covered by the above should be addressed to NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. at the address below.

DISCLAIMER

The content of this work is intended for information purposes only and should not be treated as legal advice. The publication is necessarily of a general nature; NOMIKI BIBLIOTHIKI, the author and the contributors make no claim as to the comprehensiveness or accuracy of the information provided; Information is not offered for the purpose of providing individualized legal advice. Professional advice should therefore be sought before any action is undertaken based on this publication. Use of this work does not create an attorney-client or any other relationship between the user and NOMIKI BIBLIOTHIKI, or the author, or the rest of contributors.



NOMIKI BIBLIOTHIKI



23 Mavromichali str. | 106 80 | Athens | Greece
T +30 210 3678 800 | F +30 210 3678 819
www.nb.org | info@nb.org



Περιεχόμενα

Πρόλογος.....	VII
Εισαγωγή	
Τι είναι δίκαιο; Τι είναι νόμος; Τι είναι δικαιοσύνη;	1
Πρώτο Μέρος	
Θεωρίες Φιλοσοφίας Δικαίου.....	13
Κεφάλαιο Α	
Φυσικό Δίκαιο	16
α. Κύρια σημεία.....	16
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	19
γ. Ανάλυση, κριτική	23
δ. Παραδείγματα	26
Κεφάλαιο Β	
Νομικός Θετικισμός.....	29
α. Κύρια σημεία.....	29
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	32
γ. Ανάλυση, κριτική.....	32
δ. Παραδείγματα.....	39
Κεφάλαιο Γ	
Νομικός Φορμαλισμός-Πραγματισμός	41
α. Κύρια σημεία.....	41
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	41
γ. Ανάλυση, κριτική.....	43
δ. Παραδείγματα.....	45
Κεφάλαιο Δ	
Νομικός Ρεαλισμός.....	49
α. Κύρια σημεία.....	49

β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	55
γ. Ανάλυση, κριτική	59
δ. Παραδείγματα	64
Κεφάλαιο Ε	
Νομικός Φιλελευθερισμός	65
α. Κύρια σημεία	65
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	66
γ. Ανάλυση, κριτική	66
δ. Παραδείγματα	67
Κεφάλαιο ΣΤ	
Οικονομική Ανάλυση του Δικαίου και Ωφελιμισμός	68
α. Κύρια σημεία	68
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	71
γ. Ανάλυση, κριτική	72
δ. Παραδείγματα	80
Κεφάλαιο Ζ	
Κριτικές Νομικές Σπουδές, Μαρξισμός, Μαιοϊσμός, Φεμινισμός, Δίκαιο και Λογοτεχνία, Ιστορική Σχολή, Ελεύθερο Δίκαιο, Κοινωνικές και Κοινωνιολογικές Νομικές Θεωρίες, Νομική Ανθρωπολογία, Κριτικός Ρασιοναλισμός (Ορθολογισμός), Νομικός Ερμηνευτισμός, Νομικός ή Κανονιστικός Πλουραλισμός (σύγχρονες θεωρίες και μετανεωτερικότητα)	84
α. Κύρια σημεία	84
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	91
γ. Ανάλυση, κριτική	93
δ. Παραδείγματα	105
 Δεύτερο Μέρος	
Φιλοσοφία Δικαίου, Ανθρώπινα Δικαιώματα και Ατομικές Ελευθερίες	117
Κεφάλαιο Η	
Δημόσιο Δίκαιο και Ανθρώπινα Δικαιώματα	119
α. Κύρια σημεία	119
β. Κύριοι έμπρακτοι υποστηρικτές και θεωρητικοί εκφραστές	141

γ. Ανάλυση, κριτική	143
δ. Παραδείγματα.....	153
Κεφάλαιο Θ	
Ποινικό Δίκαιο, Ευθανασία, Ανθρωποκτονία και Θανατική Ποινή	168
α. Κύρια σημεία.....	168
β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές	170
γ. Ανάλυση, κριτική.....	170
δ. Παραδείγματα.....	170
Κεφάλαιο Ι	
Ιδιωτικό Δίκαιο και Ελευθερία Συναλλαγών	186
Κεφάλαιο ΙΑ	
Δίκαιο Ευρωπαϊκής Ένωσης και Ελευθερία Κίνησης	199
Κεφάλαιο ΙΒ	
Διεθνές Δίκαιο και Ελευθερία Σκέψης.....	214
Επίμετρο	
Η Φιλοσοφία του Δικαίου στην Κύπρο και η διεθνής Φιλοσοφία του Δικαίου στην Ψηφιακή Εποχή του 21ου αιώνα.....	221
Ερωτήματα	239
Νομολογία.....	242
Παράρτημα Ι	
Αγγλική Ορολογία.....	243
Παράρτημα ΙΙ	
Ζαν-Ζακ Ρουσσώ.....	245
Παράρτημα ΙΙΙ	
Εισηγητική Έκθεση ΑΚ, Γ. Μπαλής.....	247
Βιβλιογραφία	249
Ευρετήριο ονομάτων.....	269
Ευρετήριο εννοιών	272

Κεφάλαιο Β

Νομικός Θετικισμός

α. Κύρια σημεία

Ο νομικός θετικισμός (απόηχος του φιλοσοφικού) αναγνωρίζει ως **μοναδική πηγή του δικαίου το δίκαιο** που παράγει η συντακτική και η νομοθετική εξουσία του κράτους, δηλαδή το Σύνταγμα και τους νόμους (νομοκρατία, λεγκαλισμός). Αυτό λέγεται **θετό δίκαιο ή θετικό δίκαιο ή τεθειμένο δίκαιο** και ταυτίζεται γενικά. Το έθιμο ισχύει στην έκταση που το επιτρέπει ο νόμος (π.χ. άρθρο 1 Αστικού Κώδικα). Ο δικαστής οφείλει υπακοή στον νόμο. Το νόημα του νόμου συνάγεται από το γράμμα του⁸³.

Κατά την περίφημη φράση του ιδρυτή του νομικού θετικισμού, του Άγγλου Τζων Όστιν⁸⁴, «**το ποίο είναι το δίκαιο είναι ένα ζήτημα, η αξία ή απαξία του είναι ένα άλλο**» ('the existence of law is one thing; its merit or demerit is another').

Ο νομικός θετικισμός αναζητά στην μελέτη του δικαίου αυτό που θεωρείται το θεμέλιο της σύγχρονης κοινωνικής θεωρίας, οι κοινωνικοί θεσμοί να μπορούν να μελετώνται με αντικειμενικό τρόπο ανεξάρτητα από προκαταλήψεις ή ιδεολογίες⁸⁵.

Η προσπάθεια να τοποθετηθεί η μελέτη του δικαίου σε **επιστημονική βάση, αντικειμενική και απαλλαγμένη από προκαταλήψεις**, οδήγησε πολλούς από τους πρώτους νομικούς θετικιστές στην απόπειρα να δημιουργήσουν ένα αυστηρά εμπειρικό τρόπο κατανόησης των νομικών πράξεων και των νομικών εννοιών. Αυτή η αναζήτηση στην νομική θεωρία μπορούμε να πούμε ότι προκύπτει από την ευρύτερη αναζήτηση για μια επιστημονική προσέγγιση στις κοινωνικές επιστήμες αντάξια εκείνης των αυστηρών επιστημών, π.χ. φυσική και χημεία, σύμφωνα με την οποία οι θεωρίες βασίζονται μόνο σε αντικειμενικές παρατηρήσεις συμβάντων που θα μπορούσαν εύκολα να τα αναπαράγουν ή να τα επιβεβαιώσουν άλλοι θεωρητικοί (το κανονιστικό στο δίκαιο υποτασσόταν στο εμπειρικό).

Η σπουδαιότητα του Άντολφ Χαρτ έγκειται εν μέρει στον τρόπο με τον οποίο έστρεψε τον νομικό θετικισμό σε διαφορετική κατεύθυνση. Ενώ δεν έπαψε να επιμένει στην σημασία που έχει η εννοιολογική διάκριση του δικαίου από την ηθική⁸⁶ (ο δι-

83. Φίλιου Π. Χ., *Φιλοσοφία του Δικαίου*, 3η έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2011, 7-8.

84. Austin J., Rumble V. (ed), *The Province of Jurisprudence Determined, Lecture*, Cambridge University Press, 1832/1995. Βλ και Βίχ, *Φιλοσοφία του Δικαίου*, 69-93.

85. Βίχ, *Φιλοσοφία του Δικαίου*, όπ., 70. Αντίθετος ο Καρεκλάς, *Φιλοσοφία του Δικαίου*, όπ., 107: «γνώρισμα του νομικού θετικισμού αποτελεί ο υποκειμενισμός. Οι στοχαστές του φυσικού δικαίου, αντιθέτως, υποστηρίζουν ότι το δίκαιο πρέπει να ανταποκρίνεται σε αντικειμενικά κριτήρια.»

86. Το δίκαιο και η ηθική συνεχίζουν και απασχολούν την θεωρία του δικαίου, όπως και η σχέση τους. Γίνονται αναφορές και αλλού στο βιβλίο εδώ για τα έθιμα, τα ήθη και την ηθική, όπως

αχωρισμός της περιγραφής του **τι είναι το δίκαιο** από την συζήτηση του **πώς θα έπρεπε να είναι το δίκαιο**, *de lege lata, de lege ferenda*⁸⁷), επέκρινε τις απόπειρες ανάλυσης του δικαίου με αυστηρά εμπειρικούς όρους. Ως προς αυτό ακολουθούσε μια ανερχόμενη και με σημαντική επιρροή άποψη ότι οι κοινωνικές επιστήμες απαιτούν προσέγγιση σαφώς διαφορετική από εκείνη των φυσικών επιστημών, προσέγγιση βασιζόμενη στην κατανόηση όχι απλώς των πράξεων που συμβαίνουν, αλλά και του νοήματος που έχουν αυτές οι πράξεις για τους συμμετέχοντες στις πρακτικές ή στους θεσμούς που μελετούμε. Ο Χαρτ διαφώνησε με τους Ώστιν και Μπένθαμ ότι το δίκαιο είναι σύνολο προσταγών, διαταγών που βασιζονται σε απειλή εξαναγκασμού⁸⁸.

Ο Χαρτ διέκρινε τους κανόνες από τις συνήθειες, χαρακτήριζε το έργο του «**δοκίμιο περιγραφικής κοινωνιολογίας**», διότι συχνά βασίστηκε σε διακρίσεις εννοιών που είχαν τις ρίζες τους στην γλωσσική χρήση, η οποία με την σειρά της βασιζόταν σε διαφορές ως προς την συμπεριφορά και την στάση, τόνιζε (σε αντίθεση προς τον Ώστιν) ότι το δίκαιο είναι πολυσχιδές, αντιπαραθέτει τους **πρωτεύοντες κανόνες** που εφαρμόζονται απ' ευθείας στους πολίτες προς τους **δευτερεύοντες κανόνες**, π.χ. κανόνες αλλαγής, κανόνες απονομής δικαιοσύνης και κανόνες αναγνώρισης. Κεντρική θέση στην θεωρία του Χαρτ κατέχει η έννοια του **κανόνα αναγνώρισης**⁸⁹, όπως και η εσωτερική θεώρηση των κανόνων και του δικαίου⁹⁰.

και τον τρόπο που αυτά συμβάλλουν στην αλλαγή πλεύσης του νομοθέτη και των θεωρητικών του δικαίου, π.χ. βλ. πιο πάνω Πουρνάρας για τον Χρότιους (φυσικό δίκαιο). Ειδικά για την σχέση δικαίου και ηθικής από την σκοπιά του νομικού θετικισμού, των δικαιωμάτων, της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου, της πολιτικής ανάλυσης του δικαίου βλ. Coleman J., *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

87. Σταμέλος Χ., Ρίζος Κ., Πατέτσου Π., *Κείμενα Ξένων Γλωσσών, Για τις εξετάσεις της Εθνικής Σχολής Δικαστικών Λειτουργιών*, Αγγλικά, Γερμανικά, Γαλλικά, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2010, 6.

88. Βix, *όπ.*, 71-72.

89. Βix, *όπ.*, 73-75. «Ο **κανόνας αναγνώρισης** αποτελείται από ένα σύνολο κριτηρίων με βάση τα οποία οι αξιωματούχοι που έχουν επίσημη νομική ιδιότητα προσδιορίζουν ποιοι κανόνες αποτελούν και ποιοι όχι μέρος του νομικού συστήματος. Τα κριτήρια αυτά αναφέρονται ως τρόποι δικαιολόγησης των πράξεων των αξιωματούχων, μολονότι εν μέρει τα κριτήρια διαμορφώνονται επίσης από τις πράξεις τους. Ορισμένες φορές τα εφαρμοζόμενα κριτήρια προβλέπονται σε επίσημο νομικά δεσμευτικό κείμενο, π.χ. γραπτό Σύνταγμα, ή τουλάχιστον εκφράζονται καθαρά στις προϋποθέσεις, π.χ. για να κυρωθεί ένας νόμος, το νομοσχέδιο πρέπει να ψηφιστεί από την πλειοψηφία κάθε σώματος του Κογκρέσου στις ΗΠΑ και μετά να υπογραφεί από τον Πρόεδρο των ΗΠΑ,. Άλλες φορές, τα κριτήρια που σέβονται οι αξιωματούχοι μπορεί να καθορίζονται εκ των υστέρων με αναφορά στις αποφάσεις που αυτοί έλαβαν.»

90. Βix, *όπ.*, 76-80. «Το δίκαιο αποτελεί **ανθρώπινο δημιούργημα για να εξυπηρετούνται ανθρωπίνι σκοποί** και απαιτεί την συμμετοχή των ανθρώπων. Η κατανόηση κάθε κοινωνικής διαδικασίας συμπεριλαμβανομένου του δικαίου ανήκει σε άλλο είδος από την κατανόηση των διαδικασιών που είναι καθαρά φυσικές, χημικές ή βιολογικές. Η επιστημονική προσέγγιση της κοινωνικής θεωρίας στηρίζεται μόνο σε δεδομένα που είναι αντικειμενικά. Ο Ραζ προσπάθησε να υπερασπιστεί μια ενδιάμεση θέση ανάμεσα στις εξωτερικές θεωρήσεις και τις πλήρως δεσμευμένες εσωτερικές με μια πρόταση που την αποκαλεί κρίσεις από συγκεκριμένη σκοπιά ή αδέσμευτες κανονιστικές κρίσεις. Πρόκειται για κρίσεις που αποδέχονται μια συγκεκριμένη

Ο Χαρτ υπερασπιζόμενος την θεωρία του νομικού θετικισμού έναντι της θεωρίας του Ντουόρκιν αναφέρει ότι ο Ντουόρκιν παρερμηνεύει τον Χαρτ.

‘Dworkin misrepresents my form of legal positivism. He treats my doctrine of the rule of recognition as requiring that the criteria which it provides for the identification of law must consist only of historical facts and so as an example of ‘plain-fact positivism’. But though my main examples of the criteria provided by the rule of recognition are matters of what Dworkin has called ‘pedigree’, concerned only with the manner in which laws are adopted or created by legal institutions and not with their content, I expressly state both in this book (p. 72) and in my earlier article ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ that in some systems of law, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity might explicitly incorporate besides pedigree, principles of justice or substantive moral values, and these may form the content of legal constitutional restraints.’⁹¹

Ως προς τα **κενά του νόμου**, πάντως, ήδη ο Αριστοτέλης είχε εντοπίσει το πρόβλημα στα Ηθικά Νικομάχεια (αναλύει τις έννοιες της αρετής, του αγαθού, της ευδαιμονίας, της γενναιοδωρίας, της μεγαλοψυχίας, της αιδούς, της διανεμητικής και διορθωτικής δικαιοσύνης, της αμοιβαιότητας, της ισότητας, της επιείκειας, της αυτοδικίας, της εκούσιας και ακούσιας πράξης, της άγνοιας, της προαίρεσης, του φυσικού δικαίου, του πολιτικού δικαίου, της νόησης, της μεσότητας).

ὅταν οὖν λέγη μὲν ὁ νόμος καθόλου, συμβῆ δ' ἐπὶ τούτου παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ νομοθέτης καὶ ἡμαρτεν ἀπλῶς εἰπὼν, ἐπανορθοῦν τὸ ἔλλειφθὲν, ὃ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρῶν, καὶ εἰ ἦδει, ἐνομοθέτησεν.

Ὅταν λοιπὸν ὁ νόμος μιλάει γενικά/καθολικά καὶ υπάρξει μια περίπτωση/ υπόθεση σχετική με αὐτόν, που ὅμως δεν καλύπτεται ἀπὸ τὴ γενική/καθολική διατύπωσή του, τότε τὸ σωστό εἶναι, ἐκεῖ που ὁ νομοθέτης ἔκανε παράλειψη καὶ ἐσφαλε ἐξ αἰτίας τῆς γενικότητας τῆς διατύπωσής του, **να διορθώνεται ἡ παράλειψη** με τὸ να ὀρίζεται αὐτὸ που καὶ ὁ ἴδιος ὁ νομοθέτης θα ὀρίζε, ἀν ἦταν ἐκεῖ παρῶν, καὶ που θα τὸ εἶχε ἀσφαλῶς περιλάβει στὸν νόμο του, ἀν εἶχε λάβει γνώση τῆς συγκεκριμένης περίπτωσης/υπόθεσης.

Αριστοτέλης, *Ηθικά Νικομάχεια*, V, 10, 1137β 19-23

Γενικότερα, ἀν κάποιος μελετήσει τὰ Ηθικά Νικομάχεια τοῦ Αριστοτέλους, θα μπορέσει νὰ βρεῖ πολλὰ ἀπὸ τὰ ζητήματα που ἀπασχολοῦν σήμερα τὴν Φιλοσοφία του

κανονιστικὴ πρόταση προκειμένου νὰ διατυπωθεῖ ἕνας περιορισμένος ἰσχυρισμὸς χωρὶς νὰ υιοθετοῦν τὴν κανονιστικὴ αὐτὴ θέση.»

91. Hart HLA, *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 247.

Δικαίου. Ο Ιάκωβος Καρεκλάς (*Φιλοσοφία του Δικαίου*)⁹² έχει προβεί σε μία εξαιρετική ανάλυση των σχετικών θεμάτων που αναλύει ο Αριστοτέλης.

Ο νομικός θετικισμός πρεσβεύει ότι περιγράφει το δίκαιο όπως είναι και όχι όπως θα έπρεπε να είναι (διάκριση όντος και δέοντος). Όμως, αναπόφευκτα εμπλέκονται αξιολογικές κρίσεις και ζητήματα ηθικής.

Συναφώς, αργότερα, ο νομικός θετικισμός δέχθηκε τις ερμηνείες του νόμου, αλλά και την ηθική του βάση συγκλίνοντας εν μέρει προς το φυσικό δίκαιο. Ως προς αυτά τα ζητήματα θα επανέλθουμε πιο κάτω στην ανάλυση και την κριτική.

β. Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές

Κύριοι θεωρητικοί εκφραστές του Νομικού Θετικισμού είναι ο Τζέρεμι Μπένθαμ (1748-1832) και ο Τζον Όστιν (1790-1859, Κλασικός Νομικός Θετικισμός) με ρίζες στους Τόμας Χομπς (1588-1679) και Ντέιβιντ Χιουμ (1711-1776), ο Άντολφ Χαρτ, ο Λον Φούλερ⁹³ (1902-1978, ορισμένοι κατατάσσουν τον Φούλερ στην θεωρία του φυσικού δικαίου⁹⁴ και στην θεωρία της νομικής διαδικασίας που αντιπαρατέθηκε στον νομικό ρεαλισμό, ενώ άλλοι τον κατατάσσουν στον ρομαντικό πραγματισμό⁹⁵, ενώ ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας τον χαρακτηρίζει αντιθετικιστή, αμέσως πιο κάτω), ο Χανς Κέλσεν⁹⁶, ο Τζόσεφ Ραζ (Σύγχρονος Νομικός Θετικισμός) και στην Ελλάδα ο Παύλος Σούρλας.

γ. Ανάλυση, κριτική

Ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας στο δημοσιευμένο στο διαδίκτυο άρθρο του «Ο νομικός θετικισμός και οι πολυσχιδείς σχέσεις δικαίου και ηθικής»⁹⁷ αναφέρει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «**Ηθική και δίκαιο αποτελούν δύο κανονιστικά συστήματα που ασκούν αποφασιστική επίδραση στον τρόπο με τον οποίο διαμορφώνουμε την συμπεριφορά μας και ευρύτερα την ζωή μας. Θα ανέμενε λοιπόν κανείς ότι, λόγω**

92. Καρεκλάς, *Φιλοσοφία του Δικαίου*, όπ.

93. Καρεκλάς, *Φιλοσοφία του Δικαίου*, όπ., 109 για τον Φούλερ: «αναδιαμορφωμένος νομικός θετικισμός».

94. Bix B., *Φιλοσοφία του Δικαίου*, όπ., 131.

95. Barzun C. L., *Jerome Frank, Lon Fuller, and a Romantic Pragmatism*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No 6, January 2016.

96. Kelsen H., *General Theory of Law and State*, Transaction Publications, New Brunswick, NJ, 1945/2006. Kelsen H., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harvard Law Review 1958, 593. Kelsen H., *Pure Theory of Law*, Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 1967/2009. Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, 2η έκδοση, Franz Deuticke, Wien, 1960. Kelsen H., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Baume S., Βουτσάκης Β. (μετάφραση), *Χανς Κέλσεν, Συνηγορία υπέρ της δημοκρατίας*, Πόλις, Αθήνα, 2016. Duarte d' Almeida L, Gardner J, Green L, *Kelsen Revisited, New Essays on the Pure Theory of Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013.

97. Σούρλας Π., *Ο νομικός θετικισμός και οι πολυσχιδείς σχέσεις δικαίου και ηθικής*, <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW200>.

της σημασίας αυτής, τα βασικά ερωτήματα που αφορούν τα θεμέλια των δύο συστημάτων και τις μεταξύ τους σχέσεις, ερωτήματα καίριας σημασίας για τον καθένα από εμάς ως δρων υποκείμενο και ως πολίτη που ενδιαφέρεται έστω και στοιχειωδώς να κατανοήσει τους θεσμούς υπό τους οποίους συμβιώνει με τους άλλους, έχουν βρει προ πολλού μια γενικά αποδεκτή απάντηση. Τα πράγματα δεν είναι όμως καθόλου έτσι. Αντίθετα, **παρ' όλη την πρόοδο που έχει αναμφισβήτητα συντελεστεί ιδίως τα τελευταία 50 χρόνια στην πρακτική φιλοσοφία γενικά όσο και στη θεωρία του δικαίου ειδικότερα, ακόμη και γύρω από τόσο βασικά ερωτήματα εξακολουθεί να υφίσταται μία έντονη διαμάχη.**»

Στην συνέχεια ο Καθηγητής Σούρλας επιχειρηματολογεί για τον λόγο που μπορούμε να αντιληφθούμε την εν λόγω διαμάχη, αν συλλάβουμε, όπως λέει, εκείνο που μας λένε οι ίδιες οι λέξεις (αναλύοντας την **δισημία της λέξης «δικαίο»**).

Η λέξη, αναφέρει ο Καθηγητής Σούρλας, απέκτησε μία ιδιαίτερη **ηθική σημασία** (πρώτη σημασία). «Τους νεότερους χρόνους η λέξη «δικαίο» άρχισε όμως να αποκτά και μία δεύτερη σημασία: άρχισε επίσης να δηλώνει – για να το διατυπώσουμε εδώ κατά προσέγγιση – **το σύνολο των νόμων που είναι σε ισχύ σε δεδομένο τόπο και χρόνο**. Επειδή δε οι νόμοι δημιουργούνται από πράξεις συγκεκριμένων ανθρώπων που τους θέτουν σε ισχύ, των νομοθετών, το δικαίο με τη δεύτερη αυτή σημασία ονομάστηκε θεθειμένο ή «θετικό» δικαίο.»

«Και ενώ στην αρχαιότητα οι νόμοι θεωρήθηκαν από τους περισσότερους φιλοσόφους κατώτερος τρόπος επηρεασμού της συμπεριφοράς των ανθρώπων σε σχέση με το έθος, η σημασία του θετικού δικαίου άρχισε με την πάροδο των αιώνων να γίνεται αντιληπτή ως βαρύνουσα, έως ότου η λέξη «δικαίο» άρχισε να σημαίνει πρωτίστως το σύνολο των θεθειμένων νόμων. Παρ' όλη την βαθμιαία διάδοση της δεύτερης αυτής σημασίας, η λέξη «δικαίο» δεν έπαυσε να χρησιμοποιείται παράλληλα και με την πρώτη. Επόμενο ήταν πολύ γρήγορα να ανακύψει το ερώτημα, ποιά είναι η σχέση ανάμεσα στις δύο σημασίες της μιας και της αυτής λέξης, ερώτημα με το οποίο ο θεωρητικός στοχασμός πάνω στο δικαίο βρίσκεται αναπόφευκτα αντιμετωπισμένος μέχρι σήμερα. Το ζητούμενο είναι δηλαδή αν μπορούμε να συλλάβουμε τί είναι οι νόμοι μας – ευρύτερα: το σύνολο των θεσμικών ρυθμίσεων υπό τις οποίες συμβιώνουμε και των οποίων η τήρηση επιβάλλεται, αν χρειαστεί, με τη συνδρομή του κρατικού εξαναγκασμού – και να γνωρίσουμε τί απαιτούν από εμάς κάθε φορά χωρίς τη συσχέτισή τους προς ορισμένες ηθικές αρχές που θα μπορούσαμε να ονομάσουμε γενικά αρχές δικαιοσύνης.»

Εν συνεχεία, ο Καθηγητής Σούρλας αναφέρεται στον Άγγλο Τόμας Χομπς που συνέβαλε στην εμπέδωση της σημασίας του δικαίου ως συνόλου νόμων: 'where there is no law there is no justice' ή επίσης, αντίστροφα, 'no law can be unjust'. Ο Χομπς «υπήρξε ο πρώτος που υποστήριξε την φιλελεύθερη αρχή ότι: **επιτρέπεται ό,τι δεν απαγορεύεται ρητά από τους νόμους.**

Έτσι γεννήθηκε **το ρεύμα του νομικού θετικισμού.**

Για τον νομικό θετικισμό μπορεί και πρέπει να αντιλαμβανόμαστε τί και ποιό είναι κάθε φορά το ισχύον δίκαιο χωρίς την παραμικρή αναφορά στην ηθική και πολιτική του αξία.

Το δίκαιο βασίζεται σε πραγματικά γεγονότα: στην ύπαρξη ενός κράτους σε δεδομένο τόπο και χρόνο, στην συνακόλουθη ύπαρξη μιας κυρίαρχης βούλησης, ατομικής ή συλλογικής, που παίρνει τις βασικές αποφάσεις της κοινωνικής συμβίωσης, στην επικράτηση μιας πρακτικής συμμόρφωσης των πολιτών στην κυρίαρχη βούληση, στην τέλεση ορισμένων πράξεων που γίνονται αποδεκτές ως πράξεις θέσπισης νόμων κ.ο.κ. Ποιός είναι κυρίαρχος, για ποιό λόγο όλοι οι άλλοι συμμορφώνονται στις επιταγές του, αν σε αυτό βαρύνει ο φόβος του εξαναγκασμού ή η προσδοκία κάποιου οφέλους και άλλα συναφή είναι ερωτήματα αδιάφορα για τον ορισμό του δικαίου. Το τί ισχύει κάθε φορά ως δίκαιο είναι έτσι αντικείμενο διαπίστωσης γεγονότων, όχι ηθικής ή πολιτικής αξιολόγησης.

Κατά την περίφημη φράση του ιδρυτή του νομικού θετικισμού, του Άγγλου Τζων Όστιν, «**το ποιό είναι το δίκαιο είναι ένα ζήτημα, η αξία ή απαξία του είναι ένα άλλο**» ('the existence of law is one thing; its merit or demerit is another').

Ο νομικός θετικισμός έγινε ευρύτατα αποδεκτός στην θεωρία του δικαίου. Κυριάρχησε στις πρώτες δεκαετίες του 20ού αιώνα, με κορυφαίο εκπρόσωπο τον Αυστριακό Χανς Κέλσεν, και γνώρισε νέα άνθηση μετά τον Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο χάρις στην διδασκαλία του Άγγλου Άντολφ Χαρτ.

Κατά τον Όστιν, δίκαιο είναι ένα σύνολο γενικών προσαγών, οι οποίες εκδίδονται από εκείνους που σε ένα κράτος είναι οι πολιτικά κυρίαρχοι και απευθύνονται προς τα πρόσωπα που έχουν αποδεχθεί να τους υπακούουν και οι οποίες συνοδεύονται από την απειλή του εξαναγκασμού. Ας σημειωθεί ότι την σύλληψη των κανόνων δικαίου ως προσαγών ο Όστιν δεν πρωτοτυπεί, αλλά ακολουθεί την διδασκαλία τόσο του Χομπς όσο και του Μπένθαμ.

Η θέση, ότι το δίκαιο βασίζεται σε κοινωνικά γεγονότα, δεν εννοεί κυρίως ότι η ύπαρξή του δικαίου ως κανονιστικού φαινομένου, δηλαδή η ισχύς και δεσμευτικότητά του, εκπορεύεται από τις συγκεκριμένες ιστορικές πράξεις θέσπισής του (κατά κανόνα: τις επίσημες αποφάσεις των νομοθετικών οργάνων), αλλά μάλλον ότι αυτές οι ιστορικές πράξεις γίνονται αντιληπτές ως παράγουσες δίκαιο, εάν και επειδή στην αντίστοιχη πολιτική κοινότητα επικρατεί η πρακτική της αναγνώρισης της δικαιοπαραγωγικής τους δύναμης.»

Ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας τονίζει ότι «το βασικό πρόβλημα που έχει να αντιμετωπίσει όποιος υποστηρίζει κάτι τέτοιο είναι ότι δεν αρκεί να επικαλεστεί την ύπαρξη της πρακτικής, αλλά οφείλει να εξηγήσει πώς είναι δυνατόν από την επικράτησή της και μόνο να συναχθεί ένα καθήκον συμμόρφωσης προς το θετικό δίκαιο που να καταλαμβάνει και όσους δεν θέλησαν ή δεν έτυχε να συμμετάσχουν στην διαμόρφωσή της.

Στο θέμα αυτό έχουν υποστηριχθεί διάφορες απόψεις, με κοινό μεταξύ τους γνώρισμα την προσπάθειά τους να δείξουν ότι σε ορισμένα πρακτικά πεδία είναι επαρκής λόγος να συμπεριφερθώ κατά ορισμένον τρόπο επειδή το ίδιο κάνουν και οι άλλοι – μία προφανώς ανεπαρκής αφετηρία για την κατανόηση βασικών θεσμών της κοινωνικής μας συμβίωσης.

Ως προς την δεύτερη θέση αναφορικά με τον μη αναγκαίο σύνδεσμο δικαίου και ηθικής έχει προκληθεί σειρά από **διχοστασίες μεταξύ των θετικιστών.**»

Ο Καθηγητής Σούρλας συνεχίζει: «Τί μπορεί να σημαίνει η θέση αυτή; **Στις απαρχές του, ο νομικός θετικισμός εννόησε τον χωρισμό δικαίου και ηθικής ως ριζικό-** υποστήριξε όχι μόνο ότι τα νομικά ερωτήματα είναι εντελώς διαφορετικής τάξεως από τα ηθικά, αλλά ότι και γενικότερα δίκαιο και ηθική είναι δύο άσχετα μεταξύ τους κανονιστικά συστήματα, η ισχύς του ενός από τα οποία δεν ασκεί καμία επιρροή στην ισχύ του άλλου. **Ο ριζικός αυτός χωρισμός αποσκοπούσε στο να αντικρούσει μία εξ ίσου ριζική αντίπαλη θεώρηση: την παραδοσιακή θεωρία του φυσικού δικαίου,** σύμφωνα με την οποία δίκαιο και ηθική, και όταν ακόμη δεν συμπίπτουν, πάντως τελούν σε ιεραρχική σχέση, με την ηθική να παρέχει σε τελευταία ανάλυση το θεμέλιο της δεσμευτικότητας του δικαίου ή πάντως να υπερισχύει όπου μεταξύ των δύο συστημάτων παρατηρείται αντινομία. Σήμερα καμία από τις δύο ακραίες αντίπαλες εκδοχές δεν έχει πια απήχηση. Ούτε η ακραία θετικιστική εκδοχή περί πλήρους χωρισμού δικαίου και ηθικής ούτε η αντίπαλη θεωρία περί φυσικού δικαίου και πλήρους υποταγής του θετικού δικαίου στην ηθική υποστηρίζονται από άξιο λόγου αριθμό συγγραφέων.

Από την πλευρά των αντιπάλων του νομικού θετικισμού (π.χ. Ντουόρκιν), πριν απ' όλα, κανείς πλέον δεν αμφισβητεί ότι η θεσμική μας οργάνωση βασίζεται σε αποφάσεις αρμόδιων προσώπων που λαμβάνονται σε δεδομένο τόπο και χρόνο, οι οποίες επιδρούν αποφασιστικά στο περιεχόμενο των ρυθμίσεων που συγκροτούν το ισχύον δίκαιο και για την τήρηση των οποίων συγχωρείται ακόμη και ο εξαναγκασμός. Απλώς η επίδραση αυτή δεν αποδίδεται αποκλειστικά στο ωμό γεγονός της λήψης των αποφάσεων αυτών, ή της βούλησης όσων τις έλαβαν ή της έμπρακτης αποδοχής τους, πράγμα που αφήνει ανοιχτή μία πύλη εισόδου και της ηθικής.

Από την πλευρά των υποστηρικτών του νομικού θετικισμού όμως η κατάσταση είναι πολύ πιο ρευστή. Ενώ σχεδόν κανείς πλέον δεν υποστηρίζει ότι το δίκαιο είναι εντελώς άσχετο με την ηθική, φαίνεται να αλλάζουν συνεχώς οι απόψεις για το πώς ακριβώς τα δύο αυτά κανονιστικά συστήματα συνδέονται μεταξύ τους.

Ο μεγάλος θετικιστής φιλόσοφος Άντολφ Χαρτ, εισάγοντας τον περιορισμό ότι δίκαιο και ηθική δεν έχουν καμία αναγκαία σχέση, επέμεινε ότι έχουν πάντως αναμφίβολα μία σαφή ιστορική συνάφεια. Με άλλα λόγια, ενώ ιστορικά μπορεί κανείς εύκολα να διαπιστώσει ότι όλες οι νομοθεσίες αντικατοπτρίζουν, άλλοτε λιγότερο και άλλοτε περισσότερο, κάποιες ευρέως αποδεκτές ηθικές αντιλήψεις, και ενώ οι αντιλήψεις αυτές μπορεί σε μεγάλο βαθμό να είναι και ορθές, αυτό δεν είναι αναγκαίο ώστε να υπάρχει δίκαιο: ο (αναμφίβολου) σύνδεσμος δικαίου και ηθικής εί-

να εμπειρικός αλλά όχι και εννοιολογικός (ή μεταφυσικός). **Ο Χαρτ έφτασε μάλιστα στο σημείο να παραδεχθεί ότι σε κάθε νομοθεσία υπάρχει ενός κοινός ηθικός πυρήνας, τον οποίο δεν δίστασε να αποκαλέσει «ελάχιστο περιεχόμενο φυσικού δικαίου».**

Για παράδειγμα, είναι αδιανόητο για οποιαδήποτε νομοθεσία να επιτρέπει χωρίς κανένα περιορισμό την ανθρωποκτονία, ή να μην αναγνωρίζει την αρχή ότι ο καθένας φέρει ευθύνη για τις βλαπτικές επιπτώσεις των παράνομων συμπεριφορών του στους άλλους.

Και πάλι όμως, η παραδοχή αυτή όχι μόνο αναφέρεται σε ένα μικρό μόνο μέρος του εκάστοτε θετικού δικαίου, αλλά και αποτελεί μία γενική ιστορική παρατήρηση και όχι επισήμανση μιας απαραίτητης προϋπόθεσης ώστε να υπάρχει δίκαιο.»

Ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας συνεχίζοντας την σκέψη του αναφέρει χαρακτηριστικά ότι: «Στο ερώτημα εξ άλλου αν ο εννοιολογικός χωρισμός δικαίου και ηθικής σημαίνει ότι έχουμε καθήκον υπακοής ακόμη και μία ανήθικη νομοθεσία, ο Χαρτ απάντησε επιμένοντας σε μία σαφή διάκριση μεταξύ νομικού και ηθικού καθήκοντος: από νομική σκοπιά έχουμε καθήκον συμμόρφωσης ακόμη και σε εντελώς ανήθικους νόμους, αντίστοιχη ηθική δέσμευση όμως δεν υφίσταται – η εννοιολογική αυτή διάκριση είναι μάλιστα κατ' αυτόν και ηθικά επικροτήσιμη, επειδή μας βοηθάει να έχουμε σαφή εικόνα για το ποιο ακριβώς είναι το δίλημμα ενώπιον του οποίου βρισκόμαστε σε τέτοιες περιπτώσεις.

Προς το τέλος της ζωής του ο Χαρτ έκανε μία πρόσθετη υποχώρηση προς τους αντιθετικιστές αντιπάλους του. Προσχώρησε στην άποψη ότι ο σύνδεσμος δικαίου και ηθικής ορισμένες φορές μπορεί να είναι ακόμη και αναγκαίος. Αυτό συμβαίνει στα νομοθετικά εκείνα συστήματα που ανάγουν από μόνα τους την ηθική – ή συνηθέστερα ένα μέρος της – σε αναγκαίο συστατικό του ίδιου του θετικού δικαίου (γι' αυτό και ο θετικισμός του Χαρτ χαρακτηρίστηκε «**ηθικός θετικισμός**»)⁹⁸.

98. Waldron J., *Normative (or Ethical) Positivism*, in Coleman J. L. (ed), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of 'The Concept of Law'*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 410 επ. Την άποψη αυτή είχαν ήδη διατυπώσει ορισμένοι μαθητές του, που αυτοαποκλήθηκαν θετικοί ή εσωκλείοντες θετικιστές (*positive or inclusive legal positivists*). Βλ. ιδίως Coleman J. L., *Negative and Positive Positivism*, 11 *Journal of Legal Studies* 11, 1982, 139 επ., και *The Practice of Principle*, 103 επ., Waluchow W., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Για την σχετική συζήτηση μεταξύ των θετικιστών βλ. περαιτέρω Soper P., *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ιδίως 92 επ., Marmor A., *Exclusive Legal Positivism* και Himma K. E., *Inclusive Legal Positivism*, αμφότερα σε Coleman J., Shapiro S. (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 104 επ. και 125 επ. αντίστοιχα, Kramer M. H., *On Morality as a Necessary or Sufficient Condition for Legality*, 48 *American Journal of Jurisprudence*, 2003, 53 επ. Προς την θέση του «περικλείοντος» θετικισμού ο Χαρτ έκλινε προς το τέλος της ζωής του, όπως προκύπτει από το «Postscript» που δημοσιεύθηκε μετά το θάνατό του στη 2η έκδοση του βιβλίου του με τίτλο *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 238-276, ιδίως 250 επ.

Χαρακτηριστικό **παράδειγμα** αποτελεί, κατά την άποψη αυτή, το **αμερικανικό νομικό σύστημα**, όπου το Σύνταγμα περιέχει διατάξεις όπως π.χ. ότι απαγορεύονται οι βάνουσες ποινές ή ότι ουδείς μπορεί να στερηθεί δικαιώματός του χωρίς την προσήκουσα νομική διαδικασία, διατάξεις που όχι απλώς έχουν οι ίδιες μία αδιαμφισβήτητη ηθική βάση, αλλά και παραπέμπουν ευθέως σε ηθικές εκτιμήσεις – και έχουν πράγματι έτσι γίνει αντιληπτές και από το Ανώτατο Δικαστήριο – γύρω από το τί είναι βάνουσο ή ποιές ακριβώς διαδικασίες είναι κάθε φορά οι προσήκουσες.

Ο Τζόζεφ Ραζ επέμεινε ότι εκείνο που πρέπει να χαρακτηρίζει το δίκαιο είναι η θετικότητά του, η οποία υπάρχει και λειτουργεί μόνο εκεί όπου το τεθειμένο δίκαιο μπορεί να διαπιστωθεί ως εκπορευόμενο από τις γενικά αποδεκτές πηγές του και έτσι και να εφαρμοστεί χωρίς καμία απολύτως προσφυγή σε ηθικές αξιολογήσεις.

Ο Ραζ υπήρξε κατά τούτο αυστηρότερος του Χαρτ ως προς τον χωρισμό δικαίου και ηθικής.

Από μία άλλη σκοπιά όμως υπήρξε πολύ ενδοτικότερος.

Υποστήριξε ότι το δίκαιο τότε μόνο δημιουργεί ισχυρούς λόγους προς το πράττειν όταν αυτοί είναι γνήσια ηθικοί λόγοι, ακριβέστερα: το δίκαιο από την πλευρά του μπορεί να αξιώνει την συμμόρφωσή μας υπό τον όρο και μόνο ότι εμφανίζεται εξωτερικά ως ηθικά νομιμοποιημένο, εμείς όμως από την δική μας πλευρά έχουμε κατηγορική υποχρέωση συμμόρφωσης, μόνο αν ικανοποιείται πραγματικά το αίτημα αυτό της ηθικής νομιμοποίησης. Σημειώνεται εδώ παρεμπιπτόντως ότι η ηθική νομιμοποίηση είναι έννοια ασθενέστερη της πλήρους κατά περιεχόμενο ηθικής επικρότησης.»

Όπως διαπιστώνει ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας: «Πράγματι, **οι θετικιστές της νεοτατης γενιάς έχουν αποδεχθεί απόψεις που ήσαν αδιανόητες για τους σκαπανείς του νομικού θετικισμού**. Έτσι σήμερα γίνεται όλο και περισσότερο δεκτό, ακόμη και μεταξύ θετικιστών, ότι **το δίκαιο δεν είναι τίποτε άλλο παρά ένας ιδιαίζων ηθικός χώρος**.

Αυτό προκύπτει πριν απ' όλα από το ότι η νομική γλώσσα χρησιμοποιεί συστηματικά στον πυρήνα της μία ορολογία που έχει σαφή την προέλευσή της από την γλώσσα της ηθικής: μιλάει για **δικαιώματα και καθήκοντα**, για πρόσωπα, για πράξεις και για ευθύνη των προσώπων για τις πράξεις τους, για καταδίκη ή για αθώωση όσων κατηγορούνται, για την ανθρώπινη αξιοπρέπεια⁹⁹ ως ύπατη αρχή της έννομης τάξης, για ελευ-

99. Ενδεικτικά βλ. Χάμπερμας Γ., Τριανταφύλλου Σ. (μετάφραση), *Για ένα Σύνταγμα της Ευρώπης*, Δεύτερη Έκδοση, Εκδόσεις Πατάκη, Αθήνα, 2012, 17-55 (η ιδέα της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και η ρεαλιστική ουτοπία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων με αναφορές, μεταξύ άλλων, στον Κικέρωνα, στον Καντ και στον Schmitt): «κατά τον Καντ, η αυτονομία είναι η βάση της ανθρώπινης αξιοπρέπειας» (σελ. 42), «τα ανθρώπινα δικαιώματα διαμορφώνουν μία ρεαλιστική ουτοπία» (σελ. 48), «τα σύγχρονα δόγματα της λογικής ηθικής (Vernunftmoral) και του λογικού δικαίου (Vernunftrecht) στηρίζονται στην θεμελιώδη έννοια της αυτονομίας του Ενός

θερία και ισότητα των πολιτών, γιά αγαθά όπως η υγεία, η παιδεία¹⁰⁰ και ο πολιτισμός, έστω και αν γιά όλα αυτά μιλάει διαμέσου της αυθεντίας του νομοθέτη.»

Και ο Καθηγητής Παύλος Σούρλας ολοκληρώνει τις σκέψεις του ως ακολούθως: «ο σύγχρονος αντιθετικισμός πολύ απέχει από το να ισχυρίζεται ότι δίκαιο και ηθική συμπίπτουν ή ότι σε περίπτωση αντινομίας μεταξύ τους το προβάδισμα ανήκει στην ηθική χωρίς κανένα παραπέρα περιορισμό, ιδίως χωρίς να λαμβάνονται υπ' όψη τα θεσμικά γεγονότα της εκάστοτε έννομης τάξης.

Η προσέγγιση αυτή δικαίου και ηθικής δεν σημαίνει ότι η ηθική σε όλο το εύρος της είναι εξ ίσου κρίσιμη γιά το δίκαιο. **Σκοπός του δικαίου δεν μπορεί να είναι το να κάνει τους πολίτες ενάρετους – αυτό δεν θα ήταν σε μεγάλο βαθμό συμβατό με τον εξαναγκασμό και θα καταντούσε την πολιτεία τυραννική.** Η ηθική αποστολή του δικαίου πρέπει να περιορίζεται στην εξασφάλιση ορισμένων βασικών εξωτερικών προϋποθέσεων, ώστε η αρετή¹⁰¹ να παραμένει ως ανοιχτή δυνατότητα αλλά και ως χώρος ευθύνης γιά τον καθένα. Αυτή είναι άλλωστε και η ηθική βάση των δικαιωμάτων, αλλά και ο λόγος που καθιστά θεμιτό τον εξαναγκασμό. **Και εκεί όπου ο εξαναγκασμός είναι θεμιτός, υπάρχει αντίστοιχο όχι μόνο ένα νομικό αλλά και, άρρηκτα ενωμένο με αυτό, ένα ηθικό καθήκον συμμόρφωσης.** Μάλιστα το καθήκον αυτό εξακολουθεί να υφίσταται ακόμη και προς μεμονωμένες ρυθμίσεις που δεν αντέχουν σε έναν εμπεριστατωμένο ηθικό έλεγχο, αρκεί το νομοθετικό σύστημα να μην κλονίζεται συνολικά από την υπερβολική συχνότητα τέτοιων ηθικών αστοχιών ή την **κατάφωρη παραβίαση εντελώς θεμελιωδών ηθικών αρχών** της κοινωνικής μας συμβίωσης.»

Πάντως επανερχόμενοι στον Ραζ, πρέπει να τονιστεί ότι η άποψή του γιά το κράτος δικαίου είναι περιορισμένη, αποκλείοντας τα ανθρώπινα δικαιώματα από το κράτος δικαίου και ισχυριζόμενος ότι μπορεί να υπάρξει κράτος δικαίου και χωρίς ανθρώπινα δικαιώματα, σε ένα μη δημοκρατικό καθεστώς εκτεταμένης φτώχειας, ρατσισμού, ανισοτήτων ανδρών και γυναικών. Αυτή άποψη είναι σήμερα αδύνατον να

και στην αρχή του ίσου σεβασμού γιά τον καθένα» (σελ. 34), «ως σύγχρονη νομική έννοια η ανθρώπινη αξιοπρέπεια συνδέεται με το στάτους το οποίο αποκτούν πολίτες στην αυτοπαραγόμενη πολιτική τάξη. Οι πολίτες ως αποδέκτες απολαμβάνουν τα δικαιώματα τα οποία προστατεύουν την ανθρώπινη αξιοπρέπείά τους μόνον όταν καταφέρνουν να ιδρύσουν και να διατηρήσουν από κοινού μία πολιτική τάξη θεμελιωμένη στα ανθρώπινα δικαιώματα. Τα ανθρώπινα δικαιώματα, συνεπώς, δεν έρχονται σε αντιπαράθεση με την δημοκρατία, αλλά είναι εξ ίσου πρωταρχικά με αυτήν» (σελ. 38-39).

100. Βλ και Φουντεδάκη Π., *Το κοινωνικό δικαίωμα στην παιδεία: η διάσταση θεωρίας και πράξης ως η αλήθεια του δικαιώματος*, σε Σωτηρέλης Γ., Τσαϊτουρίδης Χ., *Κοινωνικά Δικαιώματα και Κρίση του Κράτους Πρόνοιας*, Εκδόσεις Σαββάλας, Αθήνα, 2007, 178, 179.

101. Ανωτάτη αρετή είναι η πειθαρχία κατά τον Καζαντζάκη, Καζαντζάκης Ν., *Ασκητική*, Εκδόσεις Καζαντζάκη, Αθήνα, 2014, 35: «έτσι μονάχα σοζυγιάζεται η δύναμη με την επιθυμία». Αυτή η φράση αντιστοιχεί απολύτως στον «χώρο ευθύνης γιά τον καθένα» που αναφέρει εδώ ο Καθηγητής Σούρλας.

γίνει δεκτή, όχι μόνο υπό το πρίσμα της ολιστικής ανάλυσης του δικαίου, αλλά και γενικότερα υπό το πρίσμα οποιασδήποτε θεωρίας του δικαίου¹⁰².

Φτώχεια, ρατσισμός, ανισότητες ανδρών και γυναικών και έλλειψη ανθρωπίνων δικαιωμάτων είναι ασύμβατες έννοιες και λειτουργίες με το κράτος δικαίου.

δ. Παραδείγματα

Ο Α αναλύει έναν κανόνα δικαίου λέγοντας ότι αυτός ο κανόνας είναι άδικος.

Σύμφωνα με την θεωρία του νομικού θετικισμού ο Α εκφράζει μία γνώμη για το πώς πρέπει να είναι το δίκαιο, οπότε αυτό διαφοροποιείται από τις πρόνοιες του κανόνα.

Ο Β αναλύει έναν κανόνα δικαίου αναφερόμενος στο περιεχόμενό του.

Σύμφωνα με την θεωρία του νομικού θετικισμού ο Β αναφέρεται αντικειμενικά στον κανόνα δικαίου, όπως αυτός ισχύει.

Ο Δ εφαρμόζει τον κανόνα δικαίου. Αυτή η εφαρμογή αναφέρεται στον ίδιο τον κανόνα δικαίου, όπως έχει τεθεί από τον νομοθέτη. Δεν γίνεται ηθική αξιολόγησή του.

Οι νομικοί επιστήμονες και οι δικηγόροι μπορούν να χρησιμοποιούν κανονιστική γλώσσα όταν περιγράφουν το δίκαιο και να κάνουν νομικές κρίσεις χωρίς να υιοθετούν την ηθική αυθεντία του δικαίου. Ένας δικηγόρος μπορεί να πει σε έναν πελάτη: αν αποδέχεσαι την κανονιστική ισχύ του δικαίου, ότι επιβάλλει δηλαδή υποχρεώσεις, τότε θα πρέπει να κάνεις αυτή την πράξη ή να αποφύγεις μία άλλη πράξη. Πιο συγκεκριμένα, ο νόμος προβλέπει ότι για να λάβεις το επίδομα γάμου, πρέπει να προσκομίσεις στην υπηρεσία σου την ληξιαρχική πράξη γάμου. Αν την προσκομίσεις, τότε θα λάβεις το επίδομα γάμου. Κάθε αξιολογική κρίση, π.χ. ο νόμος θα έπρεπε να προβλέπει ότι η υπηρεσία αυτεπαγγέλτως αναζητεί την ληξιαρχική πράξη γάμου, αναφέρεται στο δέον γενέσθαι, αλλά όχι σε αυτό που ισχύει. Η συζήτηση για την αλλαγή του νόμου είναι στην σφαίρα του δέοντος και είναι φιλολογική ή γενική, ενώ η αναφορά στον τεθειμένο κανόνα δικαίου είναι συγκεκριμένη, είναι αντικειμενική, δεν επιδέχεται αμφισβήτηση και οδηγεί στην τήρηση του εν λόγω κανόνα δικαίου από τον συγκεκριμένο πολίτη. Αυτό με την σειρά του οδηγεί σε ασφάλεια

102. Raz J., *The Authority of Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011, 211: 'a non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law'. Ο συγγραφέας υποστηρίζει ότι ακολουθεί τον Hayek (νεοφιλελεύθερη ανάλυση του δικαίου, μη κρατούσα γνώμη). Πρβλ. Παπαγεωργίου, τελευταίες φράσεις στο Επίμετρο, πιο κάτω. Βλ. και υποσημ. 120 για το έργο «Άθλιο» του Βίκτωρος Ουγκώ. Βλ. και Ντοστογιέφσκυ Φ., Πατατζή Σ. (μετάφραση), *Έγκλημα και Τιμωρία*, Ακάδημος, Αθήνα, 593: «Ποιο ήταν το ελατήριο που τον έσπρωξε στην δολοφονία και την κλοπή, αιτία όλων αυτών ήταν η μιζέρια του, η μεγάλη του φτώχεια, η επιθυμία του να εξασφαλίσει τα πρώτα του βήματα στη ζωή, με τρεις χιλιάδες ρούβλια που λογάριζε να βρει στο σπίτι του θύματος». Για τον φιλελευθερισμό και το κράτος δικαίου βλ. Ψυχοπαίδης, *Εισαγωγή στην Πολιτική Επιστήμη*, 73-78, Μανιτάκης Α., *Κράτος δικαίου και δικαστικός έλεγχος της συνταγματικότητας*, Σάκκουλας, Αθήνα, 1994.



Law Publishers in Europe

NOMIKI BIBLIOTHIKI represents Greece in the European network "Law Publishers in Europe". LPE was founded in 1983 by some of the best-known European legal publishers, aiming at the exchange of know-how, co-publishing opportunities and the development of various levels of cooperation serving the legal and business communities in Europe and worldwide.

LPE network includes the following publishing houses: **Almedina** (Portugal), **Aranzadi** (Spain - Thomson Reuters Group), **Bruylant** (Belgium - Larcier Group), **C.H. Beck** (Germany), **Giuffrè** (Italy), **Juris-Classeur** (France, Lexis Nexis Group), **Manz** (Austria), **Nomiki Bibliothiki** (Greece), **Stämpfli** (Switzerland), **Wolters Kluwer Law** (Netherlands), **Wolters Kluwer Polska** (Poland).

ISBN 978-960-654-019-6



17563