

ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

PANTEION UNIVERSITY OF SOCIAL AND POLITICAL SCIENCES



ΣΧΟΛΗ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΤΜΗΜΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΕΠΙΣΤΗΜΗΣ ΚΑΙ ΙΣΤΟΡΙΑΣ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

«ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ ΚΑΙ ΙΣΤΟΡΙΑ»

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ & ΠΟΛΙΤΙΚΗ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ

Η κριτική της θεωρίας του φυσικού δικαίου από τον Χανς Κέλσεν:

Σχετικισμός και δημοκρατία

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

Γεώργιος Κωνσταντής

Αθήνα, 2022

Τριμελής Επιτροπή

Γρηγόρης Ανασιάδης, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου
(Επιβλέπων)

Αλίκη Λαβράνου, Καθηγήτρια Παντείου Πανεπιστημίου

Στέφανος Δημητρίου, Αναπληρωτής Καθηγητής Παντείου Πανεπιστημίου



Copyright © Γεώργιος Κωνσταντής, 2022

All rights reserved. Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας διπλωματικής εργασίας εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα. Ερωτήματα που αφορούν τη χρήση της διπλωματικής εργασίας για κερδοσκοπικό σκοπό πρέπει να απευθύνονται προς τον συγγραφέα.

Η έγκριση της διπλωματικής εργασίας από το Πάντειον Πανεπιστήμιο Κοινωνικών και Πολιτικών Επιστημών δεν δηλώνει αποδοχή των γνώμων του συγγραφέα.

Περιεχόμενα

Περίληψη	5
Abstract.....	6
Εισαγωγή	7

Κεφάλαιο πρώτο

Η Καθαρή Θεωρία του Δικαίου

1.1 Το αντικείμενο της καθαρής θεωρίας του δικαίου.....	9
1.2 Ο βασικός κανόνας.....	10
1.3 Οι δικαϊκές προτάσεις	12
1.4 Κανόνας, αξία και πραγματικότητα	14

Κεφάλαιο δεύτερο

Περί του Φυσικού Δικαίου

2.1 Τα βασικά γνωρίσματα των φυσικοδικαϊκών θεωριών.....	18
2.2 Η αντιφατική ανθρώπινη φύση και η ανάγκη του θετού δικαίου	20
2.3 Η περίσσεια του καταναγκασμού.....	21
2.4 Φυσικό δίκαιο και φύση.....	25
2.5 Το ζήτημα της θετικοποίησης (εφαρμογής) του φυσικού δικαίου.....	27
2.6 Φυσικό δίκαιο και ηθική	32

Κεφάλαιο τρίτο

Σχετικισμός και Δημοκρατία

3.1 Η σχέση φιλοσοφίας και πολιτικής.....	35
3.2 Βασικός κανόνας και δημοκρατία.....	40

Συμπεράσματα	44
Βιβλιογραφία	49

Περίληψη

Σκοπός της παρούσας εργασίας είναι η διερεύνηση της σχέσης μεταξύ μιας σχετικιστικής φιλοσοφίας και του δημοκρατικού πολιτεύματος, και συγκεκριμένα η προσπάθεια απάντησης στο ερώτημα εάν ο αξιακός σχετικισμός είναι επικίνδυνος ή όχι για την δημοκρατία. Αυτή η διερεύνηση θα γίνει υπό το πρίσμα της καθαρής θεωρίας του δικαίου του Χανς Κέλσεν. Αρχικά, θα σκιαγραφήσω τις βασικές θέσεις και έννοιες της θεωρίας, από τις οποίες προκύπτει μια σχετικιστική φιλοσοφική στάση. Στην συνέχεια, θα αναφερθώ στα βασικά γνωρίσματα των θεωριών του φυσικού δικαίου, στις οποίες ο Κέλσεν ασκεί κριτική. Ειδικότερα, οι θεωρίες αυτές οδηγούνται σε εσφαλμένα συμπεράσματα, κυρίως επειδή συγχέουν αυτό που γίνεται με αυτό που θα όφειλε να γίνεται (ήτοι, το Είναι με το Δέον). Από αυτή τη σύγχυση οι θεωρίες του φυσικού δικαίου οδηγούνται στην πλάνη της συναγωγής απόλυτων αξιών δικαιοσύνης από την φυσική πραγματικότητα. Σύμφωνα με τον Κέλσεν, αυτή η πλάνη συνιστά την προϋπόθεση μιας φιλοσοφικής απολυταρχίας, η οποία λειτουργεί νομιμοποιητικά, κυρίως για αυταρχικά καθεστάτα. Στον αντίποδα, ο φιλοσοφικός σχετικισμός κρίνεται συμβατός με την δημοκρατία, και γι' αυτό τον λόγο δεν είναι η αιτία για την κατάλυσή της και την ανάδυση του ολοκληρωτισμού, όπως πίστευαν αρκετοί σύγχρονοι του Κέλσεν. Τέλος, θα δούμε πως, ενώ ο σχετικισμός δεν προσφέρει απόλυτη θεμελίωση στο δημοκρατικό πολίτευμα, αφήνοντάς το απροστάτευτο απέναντι στους πολέμιούς του, μια ανεκτική δημοκρατία είναι η μόνη που αξίζει να υπερασπιζόμαστε.

Λέξεις-κλειδιά: Είναι – Δέον, φυσικό – θετό δίκαιο, σχετικισμός, βασικός κανόνας, δημοκρατία

Hans Kelsen's critique of natural law theory: Relativism and Democracy

George Konstantis

Abstract

The purpose of the present essay is the inquiry of the relationship between a relativistic philosophy and the democratic polity, and particularly the attempt to answer the question whether value relativism is dangerous or not for democracy. The inquiry will be performed through the prism of Hans Kelsen's Pure theory of law. Initially, I will outline the basic assumptions and concepts of the theory, from which a relativistic philosophical outlook will supervene. Next, I will mention the main features of natural law theories, which Kelsen criticizes. In particular, these theories come to erroneous conclusions, mainly because they confuse what *is* with what *ought to be* (i.e., the Is with the Ought). From this confusion, natural law theories are led to the fallacy of inferring absolute values of justice from natural reality. According to Kelsen, this fallacy constitutes the presupposition of a philosophical absolutism, which has a justifying function, especially for autocratic regimes. On the contrary, philosophical relativism is deemed compatible with democracy, and for this reason it is not the cause for its abolition and the emergence of totalitarianism, a view held by many of Kelsen's contemporaries. Finally, we will conclude that, even though relativism does not offer an absolute foundation for the democratic polity, leaving it defenseless against its rivals, a tolerant democracy is the only one which is worth defending.

Keywords: Is – Ought, natural – positive law, relativism, basic norm, democracy

Εισαγωγή

Αφορμή για την παρούσα εργασία υπήρξαν ερωτήματα που χαρακτηρίζονται από μια, κατά τη γνώμη μου, διαχρονικότητα. Ερωτήματα δηλαδή που απασχόλησαν τόσο την πλειοψηφία (αν όχι το σύνολο) των φιλοσόφων, όσο και τις ίδιες τις κοινωνίες, από την αρχαιότητα έως σήμερα. Ερωτήματα όπως «*Τι είναι δίκαιο;*», «*Τι οφείλω να πράξω;*», «*Ποια είναι η σχέση μεταξύ φύσης και δικαίου, καθώς και μεταξύ ηθικής και δικαίου;*», είναι μόνο μερικά από αυτά. Η γενικότητα των ερωτήσεων αυτών μετριάστηκε, αφενός μέσω των (προσωρινών, λόγω της φύσεως τέτοιων ζητημάτων) απαντήσεων που φάνηκαν αρκετά πειστικές ώστε να αποτελέσουν σημείο αναφοράς για την εργασία, αφετέρου λόγω της αναπόφευκτης σύνδεσής τους με την επικαιρότητα. Ο πλουραλισμός των αξιών που χαρακτηρίζει τις σύγχρονες κοινωνίες¹ διαμόρφωσε τα ανωτέρω ερωτήματα σε ένα βασικό ερώτημα: «*Ποια είναι η σχέση μεταξύ ενός αξιακού σχετικισμού και της δημοκρατίας;*». Δεδομένου ενός αξιακού σχετικισμού, που συνεπάγεται την άρνηση ή/και την απουσία απόλυτων αξιών, αναδεικνύεται το πρόβλημα της θεμελίωσης της δημοκρατίας: Είναι πρόβλημα ο σχετικισμός ως προς τις αξίες για την δημοκρατία, ή απαραίτητη προϋπόθεσή της; Συνιστά τον κατ' εξοχήν κίνδυνο για την ανατροπή της ή την αναγκαία συνθήκη της ύπαρξής της; Είναι εύλογο το ότι δεν υπάρχει οριστική απάντηση, καθώς οι μεθοδολογικές και επιστημονικές προσεγγίσεις ποικίλλουν, πέραν του ότι λόγω των εκάστοτε ιστορικών συνθηκών τα ερωτήματα τίθενται εκ νέου με διαφορετικό τρόπο. Στο πλαίσιο του παρόντος κειμένου η διερεύνηση της σχέσης του αξιακού σχετικισμού και της δημοκρατίας γίνεται υπό το πρίσμα του νομικού θετικισμού, και συγκεκριμένα της καθαρής θεωρίας του δικαίου, της οποίας πρωτεργάτης υπήρξε ο

¹ Το ότι η πολυφωνία στις σύγχρονες παγκοσμιοποιημένες κοινωνίες εμφανίζεται με μεγαλύτερη ένταση δεν αναιρεί το γεγονός ότι το ζήτημα της σχέσης μεταξύ μιας συγκεκριμένης φιλοσοφικής τοποθέτησης περί αξιών και της αντιστοιχίας της με το ανάλογο πολίτευμα δεν χαρακτηρίζεται από διαχρονικότητα. Έτσι θα πρέπει να ερμηνεύσουμε την αναφορά του Κέλσεν στην διαμάχη κατά την αρχαιότητα μεταξύ του σχετικιστή και δημοκράτη Πρωταγόρα και του μεταφυσικού αντισχετικιστή και αντιδημοκράτη Πλάτωνα, διαμάχη που, μαζί με παρόμοιες μετέπειτα φιλοσοφικές διαμάχες, τεκμηριώνει την ιστορική αντιστοιχία αφενός μεταξύ φιλοσοφικής απολυταρχίας και πολιτικού αυταρχισμού, αφετέρου μεταξύ φιλοσοφικού σχετικισμού και δημοκρατίας. Σύμβολο μάλιστα αυτής της φιλοσοφικής-πολιτικής διαμάχης, για τον Κέλσεν, είναι και ο διάλογος μεταξύ του Πόντιου Πιλάτου και του Ιησού. Στα μάτια του Κέλσεν, ο Πόντιος Πιλάτος αντιπροσωπεύει τον δημοκράτη και σχετικιστή πολιτικό, ενώ ο Ιησούς τον πρεσβευτή της απόλυτης αξίας της δικαιοσύνης-αλήθειας. Βλ. “*Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*”, στο Kelsen, Hans, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the mirror of Science*, University of California Press, Μπέρκλεϋ 1971, σελ. 204-208.

εξέχων Βιεννέζος νομικός του 20^{ου} αιώνα, Χανς Κέλσεν (Hans Kelsen). Πρωτίστως θα σκιαγραφήσω ορισμένα βασικά χαρακτηριστικά και έννοιες της καθαρής θεωρίας του δικαίου. Η εν λόγω θεωρία, ως αναπόσπαστο κομμάτι της παράδοσης του νομικού θετικισμού,² αντιτίθεται στις φυσικοδικαϊκές θεωρίες, οι οποίες προσπαθούν να απαντήσουν οριστικά στο ερώτημα τί (οφείλει να) είναι δίκαιο, επικαλούμενες απόλυτες αρχές και αξίες. Το δίκαιο ωστόσο, βάσει της θεωρίας του Κέλσεν, δεν θεμελιώνεται και δεν δύναται να θεμελιωθεί και να νομιμοποιηθεί από απόλυτες αρχές και αξίες, που βρίσκονται είτε στη φύση, είτε σε κάποιον υπερβατικό κόσμο, από δυνάμεις δηλαδή έξωθεν του δικαίου και υπεράνω του ορθού λόγου· καθοριστικής σημασίας κρίνεται για αυτή την θέση η αυστηρή διάκριση μεταξύ *Είναι και Δέοντος*. Ο νομικός θετικισμός μελετά μόνο το *θετό, θετικό* δίκαιο, δηλαδή αυτό που *τίθεται* από τον άνθρωπο, το οποίο έχει ως θεμέλιό του μόνο το ίδιο το θετό δίκαιο. Αφού παρουσιάσω την κριτική του Κέλσεν στο φυσικό δίκαιο, θα δείξω πώς ο αξιακός σχετικισμός που απορρέει από αυτή την προσέγγιση αποτελεί, σύμφωνα με τον Κέλσεν, την ουσία του δημοκρατικού πολιτεύματος.

² Σύμφωνα με την φιλοσοφική-νομική παράδοση, η προβληματική του δικαίου και της δικαιοσύνης προσεγγίζεται μόνο από δύο δυνατές σκοπιές: την σκοπιά της παράδοσης της θεωρίας του φυσικού δικαίου και την σκοπιά της παράδοσης του νομικού θετικισμού. Για την θεωρία του φυσικού δικαίου, η ηθική (ως φυσικό δίκαιο), η οποία συνιστά νομιμοποιητικό θεμέλιο για το δίκαιο, δεν διαχωρίζεται από το τελευταίο· στον αντίποδα, ο νομικός θετικισμός κατανοεί ως δίκαιο μόνο το θετό δίκαιο, χωρίς να προσφεύγει στον θεμελιωτικό χαρακτήρα της ηθικής, την οποία διαχωρίζει από το δίκαιο. Ο Κέλσεν, παρ' όλο που απορρίπτει την θεωρία του φυσικού δικαίου, ισχυρίζεται πως ο νομικός θετικισμός, ο οποίος ανάγει την ύπαρξη του δικαίου σε απτά γεγονότα, δεν απαντά πώς το δίκαιο μπορεί να είναι δεσμευτικό. Ο Βιεννέζος νομικός, έτσι, υιοθετεί τον δυισμό Γεγονός-Αξία (που βασίζεται στον καντιανό δυισμό Είναι-Δέον) ιδίως από την σχολή του Μαρβούργου, καθώς και από την νοτιοδυτική γερμανική νεοκαντιανή σχολή (αλλιώς γνωστή ως νεοκαντιανή σχολή της Χαϊδελβέργης), για να προσεγγίσει την προβληματική του δικαίου με νέους όρους: διακρίνει την ηθική από το δίκαιο, συνεχίζοντας την παράδοση του νομικού θετικισμού, διαφοροποιείται όμως από αυτόν, επειδή δεν τοποθετεί, όπως ο τελευταίος, το δίκαιο στη σφαίρα των γεγονότων (της πραγματικότητας, του Είναι) αλλά στη σφαίρα των αξιών (δηλαδή του Δέοντος). Με αυτόν τον τρόπο ο Κέλσεν εξηγεί την κανονιστικότητα του δικαίου, μένοντας πιστός στην θετικιστική παράδοση, διαφοροποιούμενος όμως από την κλασική εκδοχή της. Βλ. Paulson, Stanley και Litschewski Paulson, Bonnie (επιμ.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, μτφρ. S. Paulson, B. Litschewski Paulson και M. Sherberg, εισ. S. Paulson, Clarendon Press, Οξφόρδη 1998, *Introduction, Part II. The Normativity Problematic*, σελ. xxx-xxxv.

Κεφάλαιο πρώτο

Η Καθαρή Θεωρία του Δικαίου

1.1 Το αντικείμενο της καθαρής θεωρίας του δικαίου

Η καθαρή θεωρία του δικαίου αποτελεί θεωρία της επιστήμης του δικαίου, εξ ου και έχει, όπως αναφέρθηκε και στην εισαγωγή, ως αντικείμενό της το θετό δίκαιο. Είναι γενική θεωρία, με την έννοια ότι δεν μελετά κάποια συγκεκριμένη έννομη τάξη (π.χ. τους κανόνες δικαίου της Αυστρίας) αλλά το δίκαιο εν γένει. Σκοπός της θεωρίας είναι να εξηγήσει τι είναι το δίκαιο, και όχι τι θα έπρεπε να είναι το δίκαιο· να προσδιορίσει την φύση του δικαίου μέσω της συγκριτικής μελέτης των τυπικών μορφών που αυτό λαμβάνει ιστορικά, παρά τις όποιες αλλαγές στο περιεχόμενό του. Ονομάζεται «καθαρή» θεωρία, επειδή προσπαθεί να αποβάλει τα ξένα στοιχεία κατά την προσέγγιση του αντικειμένου της, τα οποία προέρχονται από την φιλοσοφία του δικαίου (ή καλύτερα, της δικαιοσύνης) και την κοινωνιολογία του δικαίου.³ Πρόκειται, εν ολίγοις, για την προσπάθεια συγκρότησης μιας κατ' εξοχήν επιστήμης του δικαίου. Το εγχείρημα του διαχωρισμού δικαίου-δικαιοσύνης φαίνεται δύσκολο και εκ πρώτης όψεως δίνει την εντύπωση μιας αδιαφορίας όσον αφορά την δικαιοσύνη που «οφείλει» να χαρακτηρίζει το θετό δίκαιο. Η καθαρή θεωρία του δικαίου διατείνεται σε αυτό το σημείο ότι δεν μπορεί να απαντήσει επιστημονικά σε μη επιστημονικά ερωτήματα, όπως στο ερώτημα «Τι είναι δικαιοσύνη;».⁴

Το θετό δίκαιο είναι η τάξη μέσω της οποίας οι ανθρώπινες σχέσεις ρυθμίζονται με συγκεκριμένο τρόπο. Η ρύθμιση αυτή επιτυγχάνεται μέσω των

³ Έτσι ορίζεται από τον Κέλσεν η «καθαρότητα» στο “*The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*”, στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π. σελ. 266. Στην πρώτη έκδοση του κλασικού του έργου «*Η Καθαρή θεωρία του δικαίου*», ως καθαρότητα ορίζει την απομάκρυνση από την επιστήμη του δικαίου στοιχείων που προέρχονται από την ψυχολογία, την βιολογία, την ηθική και την θεολογία (βλ. Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, μτφρ. S. Paulson, B. Litschewski Paulson, εισ. S. Paulson, Clarendon Press, Οξφόρδη 1992, κεφ. 1, υποκεφ. 1 (“*Purity*”), σελ. 7-8)· στην δεύτερη έκδοση, ως καθαρότητα ορίζει την απομάκρυνση από την επιστήμη του δικαίου στοιχείων που προέρχονται από την ψυχολογία, την κοινωνιολογία, την ηθική και την πολιτική θεωρία (βλ. Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, μτφρ. M. Knight, The Lawbook Exchange, Ltd., Νιου Τζέρσεϊ 2009, κεφ. 1, υποκεφ. 1 (“*The ‘pure’ theory*”), σελ. 1).

⁴ Kelsen, “*The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*”, ό.π., σελ. 266-267.

κανόνων, που είτε προκύπτουν από το έθιμο, είτε από συνειδητές πράξεις νομοθετικών οργάνων, όπως είναι το κοινοβούλιο. Οι δικαϊκοί κανόνες είναι είτε γενικοί (π.χ. ένας νόμος που θεσπίστηκε από το κοινοβούλιο), είτε ατομικοί (π.χ. μια δικαστική απόφαση). Από την άποψη της επιστήμης του δικαίου, το σύνολο αυτών των κανόνων σχηματίζουν το δίκαιο, το οποίο έτσι νοείται ως σύστημα· για την καθαρή θεωρία του δικαίου μάλιστα το σύστημα μιας έννομης τάξης είναι ιεραρχικά δομημένο. Οι δικαϊκοί κανόνες είναι το αντικείμενο της επιστήμης του δικαίου, και όχι η απτή συμπεριφορά των ατόμων, η οποία υπάγεται σε αυτούς.⁵ Όταν λέμε ότι ένας κανόνας υπάρχει, εννοούμε ότι έχει ισχύ, είναι *ισχύων*. Η ισχύς του αφορά τα υποκείμενα των οποίων τη διαγωγή ρυθμίζει. Όταν η διαγωγή αυτή συμβαδίζει με το Δέον (το «οφείλεις», «δέον γενέσθαι», αγγλ. “ought”, γερμ. “sollen”)⁶ του κανόνα, τότε ο κανόνας είναι *αποτελεσματικός*. Υπάρχει μια ιδιαίτερη σχέση μεταξύ ισχύος και αποτελεσματικότητας: η επιστήμη του δικαίου θεωρεί ισχύοντα έναν δικαϊκό κανόνα μόνο εάν ανήκει σε μια έννομη τάξη που είναι σε μεγάλο βαθμό αποτελεσματική. Εάν αυτή χάσει την αποτελεσματικότητά της, οι κανόνες της δεν θεωρούνται ισχύοντες. Η αποτελεσματικότητα όμως δεν ταυτίζεται με την ισχύ, αφού στην έννοια της αποτελεσματικότητας δεν υπονοείται κάποιο δέον, όπως υπονοείται στην έννοια της ισχύος.⁷

1.2 Ο βασικός κανόνας

Ποια είναι η ειδοποιός διαφορά ενός συνόλου κανόνων, βάσει της οποίας μπορούμε να πούμε ότι ανήκουν σε μια συγκεκριμένη, και όχι σε οποιαδήποτε άλλη, έννομη τάξη; Επιπλέον, ποιός είναι ο λόγος της ισχύος ενός κανόνα; Για να απαντήσει σε αυτά τα ερωτήματα, η καθαρή θεωρία του δικαίου βασίζεται στην αυστηρή διάκριση του Δέοντος από το Είναι: σύμφωνα με αυτή τη διάκριση, από το Είναι δεν μπορεί να συναχθεί το Δέον, αλλά και το αντίστροφο: από το Δέον δεν μπορεί να συναχθεί το Είναι. Ένας κανόνας που μας υπαγορεύει σεξουαλική αποχή (Δέον) έρχεται σε

⁵ Τα μόνα γεγονότα-συμπεριφορές που λαμβάνει υπόψιν της η επιστήμη του δικαίου είναι αυτά που διαμορφώνουν το περιεχόμενο των δικαϊκών κανόνων, και τα οποία δεν υφίστανται χωρίς προηγούμενη νομοθετική εξουσιοδότηση. Βλ. Αυτ., σελ. 267.

⁶ Το Δέον διακρίνεται αυστηρά από το Ον, το Είναι, (αγγλ. “Is”, γερμ. “Sein”).

⁷ Αυτ., σελ. 268.

σύγκρουση με τις σεξουαλικές μας ενορμήσεις (Είναι): Από το γεγονός ότι, γενικά, «το μεγάλο ψάρι τρώει το μικρό» (Είναι) δεν μπορούμε να εξάγουμε το συμπέρασμα ότι αυτό είναι κάτι καλό ή κακό, και άρα ότι πρέπει ή δεν πρέπει να συμβαίνει (Δέον), αφού το γεγονός είναι αυτό που είναι.⁸ Έτσι, ο λόγος της ισχύος ενός κανόνα δεν μπορεί να είναι ένα γεγονός (π.χ. το γεγονός ότι κάποιος έδωσε μια διαταγή δεν σημαίνει ότι η διαταγή του είναι αυτόματα ισχύων κανόνας). Ο λόγος της ισχύος ενός κανόνα είναι πάντα ένας άλλος κανόνας, ο οποίος είναι τυπικά ανώτερος από τον πρώτο, εξ ου και για την καθαρή θεωρία του δικαίου το δίκαιο είναι ιεραρχικά δομημένο.⁹ Μια δικαστική απόφαση, για παράδειγμα, είναι ισχύουσα επειδή βασίζεται σε κάποιο νόμο που θεσπίστηκε από το νομοθετικό σώμα: οι νόμοι του νομοθετικού σώματος έχουν ισχύ επειδή δημιουργούνται και εφαρμόζονται όπως ορίζει το Σύνταγμα: το Σύνταγμα έχει ισχύ επειδή συνιστά την μετεξέλιξη ενός προηγούμενου Συντάγματος, βάσει των ρυθμίσεων του οποίου έγινε η μετάβαση από το ένα Σύνταγμα στο άλλο. Φτάνουμε, κατ' επέκταση, στο πρώτο ιστορικά Σύνταγμα. Η αναζήτηση της ισχύος των δικαϊκών κανόνων μίας έννομης τάξης πρέπει να φτάνει σε κάποιο τέρμα, δεν μπορεί να συνεχίζεται επ' άπειρον, όπως συμβαίνει στη φυσική επιστήμη, σύμφωνα με την οποία κάθε αιτία είναι το αποτέλεσμα μιας άλλης αιτίας, κοκ. Εν προκειμένω, αυτό το τέρμα δεν είναι το πρώτο ιστορικά Σύνταγμα, αφού και αυτό πρέπει να αντλεί την ισχύ του από έναν υψηλότερο κανόνα: η θέσπισή του Συντάγματος από την συντακτική εξουσία είναι ένα γεγονός, συνεπώς δεν μπορεί να είναι ο λόγος ισχύος του. Για την καθαρή θεωρία του δικαίου, ο ύψιστος και τελευταίος κανόνας που συνιστά τον λόγο ισχύος των υπολοίπων, κατωτέρων κανόνων δικαίου, δεν είναι ένας κανόνας ο οποίος μπορεί να τεθεί, αφού η αρχή που θα τον δημιουργούσε θα έπρεπε να εξουσιοδοτείται από έναν ακόμα υψηλότερο κανόνα. Ο τελευταίος κανόνας, έτσι, μπορεί μόνο να προϋποτεθεί. Αυτός ο κανόνας ονομάζεται από την καθαρή θεωρία του δικαίου «*βασικός κανόνας*» (αγγλ. “*basic norm*”, γερμ. “*grundnorm*”).¹⁰ Η ισχύς του βασικού κανόνα δεν απορρέει από κάποιον υψηλότερο κανόνα, και η ιδιότητά του ως λόγος ισχύος των υπολοίπων κανόνων

⁸ Την διάκριση μεταξύ Είναι και Δέοντος υιοθετεί ο Κέλσεν από την φιλοσοφία του Ντέιβιντ Χιουμ (David Hume) και του Ιμμάνουελ Καντ (Immanuel Kant). Βλ. Renzikowski, Joachim, “*Kelsen versus Kant on the Nature of Law*”, στο Langford Peter, Bryan Ian και McGarry John (επιμ.), *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*, Brill, Λέιντεν και Βοστώνη 2019, σελ. 223.

⁹ Kelsen, *Pure Theory of Law*, ό.π., κεφ. 5, υποκεφ. 34 (“*The reason for the validity of a normative order: the Basic Norm*”), σελ. 193-194.

¹⁰ Αυτ., σελ. 198-201.

δικαίου δεν τίθεται υπό αμφισβήτηση.¹¹ Οι δε κανόνες των οποίων η ισχύς απορρέει από τον ίδιο βασικό κανόνα συγκροτούν μια έννομη τάξη. Είναι σημαντικό να τονιστεί ότι ο λόγος ισχύος των υπολοίπων δικαϊκών κανόνων παρέχεται χωρίς να εξαρτάται από το περιεχόμενο του βασικού κανόνα. Δεν χρειάζεται δηλαδή το περιεχόμενο ενός δικαϊκού κανόνα να είναι το ίδιο ή παρόμοιο με το περιεχόμενο του βασικού κανόνα για να λαμβάνει ο πρώτος ισχύ από τον τελευταίο.¹² Ο προϋποτιθέμενος βασικός κανόνας είναι κενός περιεχομένου, αφού η λειτουργία του είναι επιστημολογική. Χρησιμοποιείται δηλαδή από την επιστήμη του δικαίου ως *υπερβατολογική*¹³ συνθήκη που επιτρέπει να ερμηνευτεί το υποκειμενικό νόημα μιας πράξης της θέλησης (όπως είναι για παράδειγμα μια διαταγή) ως αντικειμενικό νόημα (ήτοι, ως κανόνας που έχει ισχύ για όλα τα υποκείμενα των οποίων την συμπεριφορά ρυθμίζει). Αυτό σημαίνει ότι οποιοδήποτε περιεχόμενο μπορεί να θεωρηθεί δίκαιο: δεν υπάρχει ανθρώπινη συμπεριφορά που να αποκλείεται από το να είναι το περιεχόμενο ενός κανόνα. Η προϋπόθεση του βασικού κανόνα, έτσι δεν δικαιολογεί/νομιμοποιεί κάποια συγκεκριμένη αξία, ούτε παρέχει κριτήρια για αυτό το σκοπό.¹⁴

1.3 Οι δικαϊκές προτάσεις

Η επιστήμη του δικαίου περιγράφει το αντικείμενό της με δικαϊκές προτάσεις,¹⁵ δηλαδή με προτάσεις που αφορούν το δίκαιο. Αυτό δεν σημαίνει ότι οι προτάσεις της είναι κανονιστικές, δηλαδή ότι υπαγορεύουν συγκεκριμένη συμπεριφορά, αλλά ότι είναι περιγραφικές. Διακρίνεται δηλαδή το αντικείμενο της επιστήμης του δικαίου

¹¹ Εκτός από την περίπτωση μιας επανάστασης. Ως επανάσταση ορίζει ο Κέλσεν οποιαδήποτε αλλαγή στο Σύνταγμα ή αντικατάστασή του από ένα άλλο Σύνταγμα, η οποία δεν γίνεται νόμιμα, δηλαδή με την διαδικασία που προβλεπόταν από το μέχρι τότε ισχύον Σύνταγμα. Αυτ., σελ. 209.

¹² Πρόκειται για την «δυναμική» αρχή, η οποία θεμελιώνει την ισχύ των κανόνων ενός «δυναμικού» συστήματος κανόνων. Σε ένα δυναμικό σύστημα κανόνων ο βασικός κανόνας παρέχει εξουσιοδότηση σε μια νομοθετική αρχή και προσδιορίζει την νομοθετική διαδικασία εν γένει, χωρίς να λαμβάνεται υπόψιν το περιεχόμενο του. Αντίθετα, η «στατική» αρχή εφαρμόζεται στο «στατικό» σύστημα κανόνων, σύμφωνα με το οποίο ο βασικός κανόνας δεν συνιστά μόνο τον λόγο ισχύος των υπολοίπων κανόνων που απορρέουν από αυτόν, αλλά παρέχει επιπλέον και το περιεχόμενό τους. Ο Κέλσεν απορρίπτει την στατική αρχή, επειδή προϋποθέτει την ιδέα του πρακτικού λόγου, ιδέα την οποία, όπως θα δούμε και παρακάτω, ο Κέλσεν δεν αποδέχεται. Η στατική αρχή μπορεί, παρ' όλα αυτά, να συνυπάρχει με την δυναμική. Βλ. Αυτ., σελ. 195-198.

¹³ Την έννοια «υπερβατολογική» δανείζεται ο Κέλσεν από την φιλοσοφία του Καντ. Αυτ., σελ. 202.

¹⁴ Αυτ., σελ. 201-205.

¹⁵ Ως «δικαϊκές προτάσεις» απέδωσα το “ought propositions” (γερμ. “rechtssätze”).

από τις προτάσεις που το περιγράφουν. Ο κανόνας δικαίου, με την περιγραφική έννοια του όρου, αντιστοιχεί στον φυσικό νόμο της φυσικής επιστήμης: πρόκειται για μια υποθετική πρόταση που συνάπτει μία συνέπεια (π.χ. κάποια τιμωρία, όπως η στέρηση της ελευθερίας) σε μία συνθήκη (π.χ. ένα έγκλημα, όπως η κλοπή). Η διαφορά έγκειται στο ότι η φυσική επιστήμη περιγράφει το αντικείμενό της με προτάσεις περί του όντος, που περιγράφουν δηλαδή την πραγματικότητα, το Είναι. Γι' αυτόν τον λόγο η επιστήμη του δικαίου ονομάζεται και *κανονιστική* θεωρία του δικαίου.¹⁶ Αυτού του είδους η επιστήμη πρέπει, για τον Κέλσεν, να διαχωρίζεται από την κοινωνιολογία του δικαίου, της οποίας αντικείμενο αποτελεί η νόμιμη και η παράνομη συμπεριφορά, και η οποία περιγράφει πως πραγματικά συμπεριφέρονται (και όχι πώς θα έπρεπε να συμπεριφέρονται) τα υποκείμενα μιας έννομης τάξης. Ο Κέλσεν δεν απαξιώνει την κοινωνιολογική προσέγγιση του δικαίου, αλλά δεν την θεωρεί την μόνη δυνατή επιστήμη του δικαίου. Η καθαρή θεωρία ασχολείται με την ισχύ των δικαϊκών κανόνων, η κοινωνιολογική με την αποτελεσματικότητά τους. Προς υπεράσπιση της θεωρίας του, ο Βιεννέζος νομικός ισχυρίζεται ότι η κανονιστική προσέγγιση προϋποτίθεται στον διαχωρισμό του δικαίου ως αντικείμενο της κοινωνιολογικής προσέγγισης από άλλα φαινόμενα της πραγματικότητας: ως δίκαιο από κοινωνιολογική άποψη νοείται η απτή συμπεριφορά που υποτίθεται στον δικαϊκό κανόνα, είτε ως συνθήκη είτε ως συνέπεια. Αυτό οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η περιγραφή και η πρόβλεψη (ως σκοπός της κοινωνιολογίας του δικαίου) των φαινομένων δεν θα διαφέρουν σε μεγάλο βαθμό από τα ευρήματα της κανονιστικής προσέγγισης, αφού η τελευταία νοεί ως ισχύοντες τους κανόνες αν ανήκουν σε μια έννομη τάξη που είναι σε μεγάλο βαθμό αποτελεσματική· δεν θα υπάρξει δηλαδή μεγάλη διαφορά ανάμεσα στις πραγματικές πράξεις και τις πράξεις που θα όφειλαν βάσει της έννομης τάξης να εφαρμόσουν τα υποκείμενα που υπάγονται σε αυτήν, π.χ. τα δικαιοδοτικά όργανα, εξαιτίας της αποτελεσματικότητας της τάξης αυτής, δηλαδή της συμφωνίας της απτής συμπεριφοράς των υποκειμένων με το δέον των κανόνων που την απαρτίζουν.¹⁷

¹⁶ Kelsen, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", ό.π., σελ. 268-269.

¹⁷ Αυτ., σελ. 269-271.

1.4 Κανόνας, αξία και πραγματικότητα

Όπως αναφέρθηκε και προηγουμένως, η καθαρή θεωρία του δικαίου βασίζεται στην αυστηρή διάκριση μεταξύ Είναι και Δέοντος, σύμφωνα με την οποία το Είναι και το Δέον συνιστούν διαφορετικές σφαίρες. Βάσει αυτής της αυστηρής διάκρισης γίνεται κατανοητή από την θεωρία και η έννοια του κανόνα (αγγλ. και γερμ. “norm”). Ο κανόνας, σαν έννοια, δηλώνει μια υπαγόρευση ή προσταγή, που ορίζει ότι κάτι θα όφειλε να συμβεί. Η πράξη της υπαγόρευσης/προσταγής είναι μια πράξη της θέλησης. Το αντικείμενο της προσταγής είναι ένα μέρος (και όχι η ολότητα) της συμπεριφοράς. Όταν υπαγορεύω/προστάζω κάτι, σημαίνει δηλαδή ότι *θέλω* να συμβεί. Η υποχρέωση του κανόνα για ορισμένη διαγωγή συνιστά το *νόημα* της πράξης της θέλησης. Αυτή είναι μια θέση την οποία ο Κέλσεν δεν σταματά να επαναλαμβάνει: *ο κανόνας είναι το νόημα μιας πράξης της ανθρώπινης θέλησης*.¹⁸ Το «Οφείλεις» του κανόνα είναι το νόημα του «Θέλω». Μέσω της πράξης της θέλησης δημιουργείται, τίθεται ο κανόνας, οπότε και μιλάμε για θετό κανόνα. Οι θετοί κανόνες, επειδή είναι το απότοκο της ανθρώπινης (και όχι κάποιας υπερανθρώπινης) θέλησης, έχουν αυθαίρετο χαρακτήρα.¹⁹ Όταν η συμπεριφορά συμμορφώνεται στις υποδείξεις του κανόνα, χαρακτηρίζεται «καλή», ενώ όταν δεν συμμορφώνεται, χαρακτηρίζεται «κακή». Πρόκειται για αξιολογικές κρίσεις, όπου η συμμόρφωση με τον κανόνα συνιστά θετική αξία, ενώ η μη συμμόρφωση αρνητική αξία. Ο αντικειμενικά ισχύων κανόνας είναι το μέτρο, το αξιολογικό κριτήριο, που εφαρμόζεται στην πραγματική συμπεριφορά. Οι αξιολογικές κρίσεις που αφορούν τη συμμόρφωση ή μη με κάποιον κανόνα δεν πρέπει να συγχέονται, για τον Κέλσεν, με τις προτάσεις/κρίσεις που αφορούν την πραγματικότητα, αν δηλαδή κάτι υπάρχει/είναι, και με ποιο τρόπο υπάρχει/είναι (τέτοιες είναι οι προτάσεις της φυσικής επιστήμης).²⁰ Η πραγματική συμπεριφορά που κρίνεται ως καλή ή κακή, είναι πράγματι ένα γεγονός της πραγματικότητας, υπάρχει εντός χώρου και χρόνου. Όμως αυτή η πραγματικότητα αξιολογείται σε σύγκριση με έναν κανόνα. Ο κανόνας τίθεται από μια πραγματική πράξη της θέλησης, δεν ταυτίζεται όμως με αυτήν. Αν η αξία απορρέει από έναν

¹⁸ Αυτό δεν ισχύει για τον βασικό κανόνα, ο οποίος δεν τίθεται αλλά προϋποτίθεται, και γι' αυτόν τον λόγο είναι το νόημα μιας πράξης της σκέψης.

¹⁹ “On the concept of norm”, στο Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, εισθ. Ο. Weinberger, μτφρ. P. Heath, D. Reidel Publishing Company, Ντόρντρεχτ και Βοστώνη 1973, σελ. 217-218.

²⁰ “Norm and Value”, στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 276.

ισχύοντα κανόνα, και αν η κρίση ότι κάτι πραγματικό είναι καλό ή κακό εκφράζει την ιδέα της συμμόρφωσης της συμπεριφοράς με αυτόν τον κανόνα, τότε αξία και πραγματικότητα ανήκουν σε διακριτές σφαίρες, και συγκεκριμένα στις σφαίρες του Δέοντος και του Είναι, αντίστοιχα. Επιπλέον, πρέπει να διαχωρίζουμε την αξιολογική κρίση από τον κανόνα που συνιστά την αξία. Η αξιολογική κρίση μπορεί να είναι αληθής ή ψευδής γιατί αναφέρεται σε έναν δικαϊκό κανόνα μιας ισχύουσας έννομης τάξης. Για παράδειγμα, η πρόταση/κρίση «Η στέρηση της ελευθερίας είναι νόμιμη για έναν δολοφόνο» είναι ψευδής, εάν στο πλαίσιο του ισχύοντος δικαίου η κύρωση που υφίσταται ένας δολοφόνος είναι η θανατική ποινή. Ο κανόνας όμως δεν μπορεί να χαρακτηριστεί αληθής ή ψευδής, αλλά μόνο ισχύων ή μη ισχύων.²¹

Λόγω του αυθαίρετου χαρακτήρα των κανόνων, οι αξίες που αυτοί συνιστούν είναι και αυτές αυθαίρετες: ένας κανόνας μπορεί να είναι καλός για μια κοινωνία, κακός για μια άλλη. Αλλά και στην ίδια κοινωνία, η ισχύς ενός κανόνα δεν αποκλείει την ισχύ ενός άλλου. Μάλιστα, υπάρχουν περιπτώσεις όπου δύο κανόνες με διαφορετικό, αλληλοαποκλειόμενο περιεχόμενο, είναι την ίδια χρονική περίοδο ισχύοντες. Ένας ισχύων κανόνας που απαγορεύει, για παράδειγμα, την ανθρωποκτονία, μπορεί να συνυπάρχει με έναν άλλον που την επιτρέπει υπό όρους. Θα ήταν αδύνατο σε μια τέτοια περίπτωση να αποδείξουμε ορθολογικά ότι μόνο ένας κανόνας από τους δύο μπορεί να ισχύει, και ποιος θα ήταν αυτός. Η μόνη περίπτωση στην οποία κάτι τέτοιο είναι δυνατό, είναι όταν ο ένας εκ των δύο κανόνων θεωρείται ότι έχει τεθεί όχι από την αυθαίρετη ανθρώπινη θέληση, αλλά από μια υπερανθρώπινη αρχή (π.χ. από τον Θεό, ή την φύση, που εκείνος δημιούργησε): μόνο τότε αποκλείεται η δυνατότητα να ισχύει ένας άλλος κανόνας, που υπαγορεύει διαφορετική συμπεριφορά. Η αξία ενός τέτοιου κανόνα είναι απόλυτη, σε αντίθεση με την αξία ενός ανθρώπινου κανόνα, που είναι σχετική.²²

Η αξία που συνιστά ένας κανόνας αντικειμενικά ισχύων δεν πρέπει επίσης να συγχέεται, για τον Κέλσεν, με την αξία που απορρέει από την σχέση ενός αντικειμένου και της θέλησης/επιθυμίας ενός ατόμου που κατευθύνεται σε αυτό. Και σε αυτή την περίπτωση, ανάλογα με το αν το αντικείμενο βρίσκεται σε συμφωνία ή όχι με την θέληση/επιθυμία ενός ατόμου, κρίνεται ως «καλό» ή «κακό». Για παράδειγμα, ως γονέας, κρίνω πως είναι καλή η συμπεριφορά του παιδιού μου, εάν οι

²¹ Αυτ., σελ. 277-278.

²² Αυτ., σελ. 276-277.

επιδόσεις του στο σχολείο συμφωνούν με προσδοκίες που έχω από αυτό. Αν η κρίση που περιγράφει την σχέση αυτή είναι αξιολογική και το αντικείμενο καλό ή κακό, τότε η κρίση αυτή δεν διαφέρει από μια κρίση περί πραγματικότητας, αφού περιγράφει τη σχέση μεταξύ δύο γεγονότων (πραγματικής θέλησης/επιθυμίας και αντικειμένου) και όχι ενός γεγονότος και ενός κανόνα. Πρόκειται δηλαδή για μια ειδική κρίση περί του πραγματικού.²³ Η αξία που προκύπτει από την σχέση ενός αντικειμένου (ιδιαίτερα μιας συμπεριφοράς) και την θέληση/επιθυμία ενός ατόμου μπορεί να χαρακτηριστεί «υποκειμενική» αξία, σε αντίθεση με την «αντικειμενική» που αναφέρεται στη σχέση μεταξύ συμπεριφοράς και ενός αντικειμενικά ισχύοντος κανόνα, που ισχύει δηλαδή όχι μόνο για το άτομο, αλλά και για άλλους. Αν μια συμπεριφορά κρίνεται καλή ή κακή, με κριτήριο έναν αντικειμενικά ισχύοντα κανόνα, τότε οι αξίες καλό-κακό υπάρχουν όχι μόνο για ένα άτομο (π.χ. αυτόν που κρίνει την συμπεριφορά) αλλά για όλους όσων η συμπεριφορά ρυθμίζεται από αυτόν τον κανόνα. Είναι σημαντικό να τονιστεί ότι σε αυτή την περίπτωση η πράξη της θέλησης (αντικειμενικό νόημα της οποίας είναι ο κανόνας) δεν λαμβάνεται υπόψιν στην αξιολογική κρίση.²⁴

Η διάκριση μεταξύ αξιολογικών κρίσεων που δηλώνουν μια αντικειμενική αξία (και που διαφέρουν από τις κρίσεις για την πραγματικότητα) και αξιολογικών κρίσεων που δηλώνουν μια υποκειμενική αξία (και συνιστούν ειδικές κρίσεις σχετικά με την πραγματικότητα) έχει γίνει αντικείμενο κριτικής. Το επιχείρημα στο οποίο αυτή η κριτική βασίζεται είναι ότι ο αντικειμενικά ισχύων κανόνας (η βάση των αξιολογικών κρίσεων) δημιουργείται από την ανθρώπινη προσταγή ή/και το έθιμο, δηλαδή από εμπειρικά γεγονότα. Από αυτή την άποψη συνεπάγεται ότι οι αξιολογικές κρίσεις που αφορούν αντικειμενικές αξίες είναι κρίσεις περί πραγματικότητας: η σχέση μεταξύ ενός κανόνα και μιας συμπεριφοράς κρίνεται ως σχέση μεταξύ δύο εμπειρικών γεγονότων. Ο Κέλσεν δεν ασπάζεται αυτή την θέση, γιατί σε αυτήν δεν διακρίνεται η πράξη της προσταγής ή του εθίμου από τον κανόνα που δημιουργούν. Η προσταγή και το έθιμο είναι πράγματι γεγονότα της εμπειρικής πραγματικότητας: ο κανόνας όμως είναι ένα νόημα. Η σχέση μεταξύ συμπεριφοράς-κανόνα και μεταξύ συμπεριφοράς-πράξης (της οποίας νόημα είναι ο κανόνας) είναι δύο διαφορετικές σχέσεις, και η περιγραφή της σχέσης μεταξύ συμπεριφοράς-κανόνα μπορεί να γίνει

²³ Αυτ., σελ. 278.

²⁴ Αυτ., σελ. 278-279.

χωρίς να λαμβάνεται υπόψιν η πράξη που γέννησε τον κανόνα.²⁵ Εξάλλου, οι δικαϊκοί κανόνες υπάρχουν χωρίς να ενέχουν απαραίτητα την θέληση των δημιουργών τους, αφού ουκ ολίγες φορές η δέσμευση που θέτουν στα υποκείμενα των οποίων τις σχέσεις ρυθμίζουν δεν αντανακλά απαραίτητα την πραγματική θέληση κάποιου. Για παράδειγμα, μπορεί να ισχύει ακόμα ένας νόμος, του οποίου οι δημιουργοί έχουν αποβιώσει· μπορεί να ψηφίζεται ένας νόμος από το κοινοβούλιο, το οποίο όμως δεν τον ψηφίζει ομόφωνα, χωρίς την ύπαρξη διαφωνούντων· μπορεί ένα κόμμα να είναι υπέρ ενός νομοσχεδίου, αλλά κάποια μέλη του να μην ξέρουν καλά (ή και καθόλου) το περιεχόμενο του, και να ψηφίζουν υπέρ του λόγω αφοσίωσης στο κόμμα· στην περίπτωση του εθιμικού δικαίου, οι κανόνες θεσπίζονται από τη συνήθεια, και γι' αυτό όχι συνειδητά.²⁶

Από τα παραπάνω καθίσταται σαφές ότι η αυστηρή διάκριση Είναι και Δέοντος είναι βασική αρχή για την καθαρή θεωρία του δικαίου: από το ον δεν μπορεί να συναχθεί το δέον, ούτε από το δέον μπορεί να συναχθεί το ον. Σε αυτή τη διάκριση βασίζεται και ο αξιακός σχετικισμός της θεωρίας, η σημασία του οποίου αναδεικνύεται κυρίως από την έννοια του βασικού κανόνα: ο βασικός κανόνας, εν αντιθέσει με τους κοινούς κανόνες δικαίου, δεν επιδέχεται κανένα περιεχόμενο, που σημαίνει ότι έχει τη δυνατότητα να είναι ο ύστατος λόγος ισχύος οποιασδήποτε έννομης τάξης, και όχι κάποιας συγκεκριμένης. Συνεπώς, η λειτουργία του δεν δύναται να είναι ηθικοπολιτική. Αυτόν τον αξιακό σχετικισμό προσπαθούν να υπερβούν οι φυσικοδικαϊκές θεωρίες, μέσω της κατάργησης του αυστηρού διαχωρισμού Είναι και Δέοντος, και συγκεκριμένα μέσω της συναγωγής απόλυτων κανόνων (και άρα αξιών) από την φύση. Αυτό μάλιστα είναι και το ειδοποιό χαρακτηριστικό όλων των θεωριών του φυσικού δικαίου. Ο Κέλσεν γράφει χαρακτηριστικά: *«Η φυσικοδικαϊκή θεωρία στέκεται και πέφτει με την υπόθεση ότι η αξία είναι εμμενής εντός της πραγματικότητας»*.²⁷ Παρακάτω θα δούμε τα σημεία στα οποία ασκείται κριτική σε αυτές τις θεωρίες και τους λόγους για τους οποίους δεν είναι δυνατές.

²⁵ Οι οποίες, όπως είπαμε και πιο πάνω, λαμβάνονται υπόψιν ως αντικείμενα της επιστήμης του δικαίου μόνο εάν καθορίζονται από νομικούς κανόνες. Αυτ., σελ. 280-281.

²⁶ Kelsen, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", ό.π., σελ. 272-273. Βλ. επίσης "Value Judgments in the Science of Law", στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 216-218.

²⁷ "A 'Dynamic' Theory of Natural Law", στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 174.

Κεφάλαιο δεύτερο

Περί του Φυσικού Δικαίου

2.1 Τα βασικά γνωρίσματα των φυσικοδικαϊκών θεωριών

Από την αρχαιότητα μέχρι σήμερα, όπως έχει ήδη επισημανθεί, το ερώτημα που απασχολεί τους ανθρώπους περισσότερο και που μέχρι σήμερα παραμένει αναπάντητο παρ'όλη την πρόοδο των επιστημών, είναι το ερώτημα «*Τι είναι δικαιοσύνη*;». Οι απαντήσεις που έχουν δοθεί ανά τους αιώνες, εκτός του ότι ποικίλλουν, είναι συχνά αντιφατικές μεταξύ τους. Για την θετικιστική προσέγγιση οι απαντήσεις αυτές είναι σχετικές και δεν μπορούν να διεκδικήσουν απόλυτο χαρακτήρα, ικανό μάλιστα για την νομιμοποίηση του θετού δικαίου. Οι φυσικοδικαϊκές θεωρίες, ωστόσο, διατείνονται ότι υπερβαίνουν τον σχετικισμό, με το να «αναγνωρίζουν» εντός της φύσης απόλυτες αξίες, προσπαθώντας έτσι να δώσουν μια οριστική επίλυση στο πρόβλημα τις δικαιοσύνης.

Η θέληση για μία οριστική απάντηση, για τον Κέλσεν, φαίνεται πως οφείλεται στην ηθική συνείδηση του ανθρώπου, που δεν ικανοποιείται με υποκείμενες σε όρους δικαιολογήσεις για τις πράξεις του και την συμπεριφορά του, και γι' αυτό αναζητά απόλυτες. Παρ' όλο που ο λόγος μας δεν μπορεί να ικανοποιήσει την αξίωση για μια απόλυτη δικαιολόγηση, η ανάγκη για αυτήν μοιάζει ισχυρότερη από κάθε ορθολογική σκέψη. Επειδή δεν είμαστε σίγουροι για την αξία της συμπεριφοράς που ορίζει ένας θετός κανόνας, αλλά και για την ανθρώπινη αρχή που τον θέτει, γεννάται η ανάγκη για κανόνες ανεξάρτητους από την ανθρώπινη θέληση. Από αυτή τη θέληση συνεπάγεται η απόρριψη του δυισμού μεταξύ αξίας και πραγματικότητας (δηλαδή, μεταξύ Δέοντος και Είναι), απόρριψη που όμως, για τον Κέλσεν, συνιστά εγκατάλειψη της ορθολογικής σκέψης (και στροφή στην επίκληση του υπερβατικού-μεταφυσικού).²⁸ Η στροφή στο φυσικό δίκαιο όμως δεν εξηγείται μόνο από ψυχολογικού χαρακτήρα ανάγκες, αλλά κυρίως από τα πολιτικά κίνητρα που οδηγούν σε αυτήν. Η θεωρία του φυσικού δικαίου κυριάρχησε τον 17^ο και τον 18^ο αιώνα, ενώ

²⁸ Κέλσεν, Χανς, *Τι είναι δικαιοσύνη*;, μτφρ. Θ. Δρίτσας, επίμ. Α. Λαβράνου, αντίποδες, Αθήνα 2019, σελ. 24-30.

εγκαταλείφθηκε σε μεγάλο βαθμό τον 19^ο αιώνα. Η αναβίωσή του τον 20^ο αιώνα οφείλεται στον Α΄ και Β΄ Παγκόσμιο πόλεμο, ως ανάχωμα απέναντι στον ναζισμό, τον φασισμό και τον κομμουνισμό.²⁹ Γενικά, έχει συντηρητικό χαρακτήρα, αφού τις περισσότερες φορές χρησιμοποιείται για να δικαιώσει την εκάστοτε κοινωνικοπολιτική τάξη, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι δεν χρησιμοποιείται ανατρεπτικά-επαναστατικά.³⁰

Σε όλες τις θεωρίες του φυσικού δικαίου, η φύση εμφανίζεται ως ο υπέρτατος νομοθέτης, η υπέρτατη αρχή από την οποία προκύπτουν απόλυτοι κανόνες που εμφανίζονται ως απαράλλαχτοι στον ρου της ιστορίας. Η εγκυρότητα τέτοιων κανόνων δεν μπορεί να απορρέει από την ανθρώπινη θέληση (η οποία, σε σύγκριση με την φύση, θεωρείται αδύναμη και ατελής). Η φύση νοείται είτε ως πραγματικότητα, δηλαδή ως ένα σύστημα πραγματικών γεγονότων που συνδέονται μεταξύ τους με την αρχή της αιτιότητας, είτε ως ανθρώπινη φύση, που με τη σειρά της νοείται είτε ως τα ένστικτα του ανθρώπου, είτε ως ανθρώπινος λόγος. Σε κάθε περίπτωση, για να μπορεί να είναι η φύση κανονιστική, πρέπει να υπάρχει εντός της μια θέληση (γιατί δεν νοείται, για τον Κέλσεν, κανόνας που να μην δημιουργείται από μια πράξη της θέλησης). Στην περίπτωση που η φύση νοείται ως το σύνολο της πραγματικότητας, η θέληση εντός της ανήκει σε κάποια θεότητα (π.χ. η ψυχή ενός προγόνου), ή στον Θεό· προϋποτίθεται δηλαδή κάποιου είδους μεταφυσική πίστη (ανιμιστικές προκαταλήψεις ή πίστη σε μια υπερβατική θεία βούληση), αφού η φύση, από την οπτική της σύγχρονης φυσικής επιστήμης, δεν διαθέτει βούληση.³¹ Στην περίπτωση που η φύση νοείται ως ανθρώπινος λόγος, αυτός δεν μπορεί να είναι ο εμπειρικά ανθρώπινος λόγος, αφού σύμφωνα με την ψυχολογική επιστήμη ο λόγος είναι η ικανότητα του ανθρώπου για σκέψη και γνώση: κατανοεί και περιγράφει, αλλά δεν μπορεί να θέτει κανόνες, όπως η θέληση. Αλλά και σε αυτή την περίπτωση, επειδή προϋποτίθεται η πίστη σε μια υπερβατική σφαίρα, ο λόγος παίρνει τη μορφή του *πρακτικού* λόγου, ο οποίος συλλαμβάνει την πραγματικότητα και ταυτόχρονα επιβάλλει κανόνες. Η γνώση ταυτίζεται με την θέληση, δεν υφίσταται αντίθεση

²⁹ "The Foundation of the Theory of Natural Law", στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 141.

³⁰ Για τον διττό πολιτικό χαρακτήρα της θεωρίας του φυσικού δικαίου (με το βάρος να πέφτει στον συντηρητικό του ρόλο) ο Κέλσεν κάνει λόγο στο "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 297.

³¹ "Law and Logic", στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 231-232.

μεταξύ των δύο, διότι ο πρακτικός λόγος είναι ο θεϊός λόγος που ο Θεός εμφύσησε στον άνθρωπο, τον οποίο έφτιαξε κατ'εικόνα και καθ'ομοίωσίν του.³²³³

2.2 Η αντιφατική ανθρώπινη φύση και η ανάγκη του θετού δικαίου

Η απαραίτητη προϋπόθεση της πίστης σε μια (δίκαιη) θεότητα, της οποίας η θέληση δεν είναι μόνο υπερβατική ως προς την φύση που δημιούργησε, αλλά και εμμενής σε αυτήν, δεν μπορεί να στηριχτεί σε ορθολογικά επιχειρήματα. Πέραν τούτου, πίσω από αυτήν την ιδέα κρύβεται μια βασική αντίφαση. Στις θεωρίες του φυσικού δικαίου, ο δεισμός φυσικό-θετό δίκαιο είναι αυστηρός. Το θετό, όπως έχει ήδη ειπωθεί, κρίνεται ατελές και ανεπαρκές, κατώτερο, σε σχέση με το ανώτερο φυσικό δίκαιο, το οποίο λειτουργεί ως κριτήριο αξιολόγησης του θετού. Το θετό δίκαιο δικαιολογείται πλήρως μόνο όταν συμφωνεί με το φυσικό δίκαιο. Μια τέτοια συμφωνία όμως θα καθιστούσε το θετό δίκαιο περιττό, εφόσον το φυσικό δίκαιο εμφανίζεται ως αυταπόδεικτο και ανεξάρτητο από την ανθρώπινη θέληση. Σχεδόν κανείς όμως από τους θεωρητικούς του φυσικού δικαίου δεν προχωρά σε αυτό το συμπέρασμα.³⁴ Ο λόγος, για τον Κέλσεν, είναι επειδή ο σκοπός τους είναι η δικαιολόγηση της εγκαθίδρυσης μιας θετής έννομης τάξης της αρεσκείας τους, ή του κράτους που την δημιουργεί. Από αυτή την αντίφαση αναδεικνύεται και η λογική πλάνη της συναγωγής του δέοντος από το είναι: αφενός η ανθρώπινη φύση, από την οποία συνάγονται οι φυσικοδικαϊκοί κανόνες, είναι αγαθή, όντας δημιούργημα της θείας βούλησης· αφετέρου, η ανθρώπινη φύση είναι κακή, ειδάλλως δεν θα

³² Αυτ., σελ. 232-233. Βλ. επίσης Kelsen, *“The Foundation of the Theory of Natural Law”*, ό.π., σελ. 118-119.

³³ Σύμφωνα με τον Κέλσεν, έχει σημασία εάν η «πηγή» του φυσικού δικαίου είναι η φύση στην ολότητά της ή η φύση του ανθρώπου, ή, στο πλαίσιο της θεολογικής προσέγγισης, αν προκύπτει από τον θείο λόγο ή την θεία βούληση. Αν προκύπτει από την φύση στην ολότητά της, που συνίσταται από πραγματικά γεγονότα συνδεδεμένα μεταξύ τους βάσει της αρχής της αιτιότητας, ή από τον θείο λόγο, το φυσικό δίκαιο αξιώνει μεγαλύτερη αντικειμενικότητα και βρίσκεται σε πλήρη αντίθεση με το θετό δίκαιο, απ' ό,τι εάν προέκυπτε από την ανθρώπινη φύση, που είναι πιο κοντά στο θετό δίκαιο (επειδή δημιουργείται από την ανθρώπινη θέληση) ή την θεία βούληση, που είναι παντοδύναμη, και γι'αυτό πιο αυθαίρετη. Αυτό συμβαίνει επειδή τόσο η φύση στην ολότητά της όσο και ο θεϊός λόγος αντικατοπτρίζονται στην πραγματικότητα ως νόμοι της φύσης, και κατ'επέκταση ως αντικειμενικός λόγος (σε αντίθεση με τον ανεπαρκή ανθρώπινο λόγο), ο οποίος μπορεί να γνωσθεί και να συνάγει κανείς από αυτόν απόλυτα ισχύοντες κανόνες. Βλ. *“The Idea of Natural Law”*, στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 28-30.

³⁴ Βλ. *“The Natural Law doctrine before the tribunal of Science”*, στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 142. Εξάιρεση αποτελούν, όπως θα δούμε στο επόμενο κεφάλαιο, οι θεωρητικοί του φυσικού δικαίου που θεωρούν το κράτος περιττό για την ρύθμιση των κοινωνικών σχέσεων.

χρειαζόταν ο καταναγκασμός της έννομης τάξης. Ο μόνος φιλόσοφος που αποφεύγει αυτήν την αντίφαση είναι ο Χομπς (Thomas Hobbes), επειδή θεωρεί ότι η φύση του ανθρώπου είναι, κατά βάση, κακή. Από την κακή φύση του ανθρώπου συνεπάγεται η αναγκαιότητα του θετού δικαίου, και του καταναγκασμού που το χαρακτηρίζει. Για τον Κέλσεν, η θεωρία του Χομπς συνιστά την άρνηση του φυσικού δικαίου από το ίδιο το φυσικό δίκαιο.³⁵ Αν όμως το φυσικό δίκαιο νοείται ως σύστημα δικαϊκών κανόνων με κοινό περιεχόμενο, και όχι ως σύστημα φορμαλιστικής εξουσιοδότησης, η αντίθεση παραμένει. Για παράδειγμα, ο Πούφεντορφ (Samuel Pufendorf) θεωρεί ότι μπορούμε να μάθουμε για τον ανθρώπινο λόγο, από τον οποίο εκδηλώνεται το φυσικό δίκαιο, και το περιεχόμενο του οποίου χαρακτηρίζεται από αρχές σχετικές με την συνύπαρξη και την κοινωνικότητα του ανθρώπου, την αγαθή συναναστροφή του με τους συνανθρώπους του. Ταυτόχρονα όμως, ο Πούφεντορφ αναγνωρίζει ότι η ανθρώπινη φύση καθοδηγείται από ορμέμφυτα αντικοινωνικής υφής και είναι στην ουσία επικίνδυνη για τον ίδιο τον άνθρωπο. Επειδή ο άνθρωπος είναι κακόβουλος, δεν αρκεί κανείς να σέβεται τις αρχές του φυσικού δικαίου, αλλά πρέπει να υπάρχει και μια θετή έννομη τάξη που να μας εξαναγκάζει σε ανάλογη συμπεριφορά. Από αυτή τη γραμμή σκέψης όμως είναι φανερό ότι η συναγωγή του φυσικού δικαίου (στην προκειμένη περίπτωση, οι αρχές της κοινωνικότητας) από την ανθρώπινη φύση είναι μια πλάνη, στην οποία απλά προϋποτίθενται οι αξίες του ίδιου του φιλοσόφου που προβάλλονται στην φύση.³⁶ Κυρίως όμως αναδεικνύεται η ανάγκη ύπαρξης ενός θετού δικαίου ως προϋπόθεση για την προστασία των φυσικοδικαϊκών αξιών.

2.3 Η περίσσεια του καταναγκασμού

Ποιο είναι το κοινό χαρακτηριστικό, από την άποψη της καθαρής θεωρίας του δικαίου, μεταξύ τόσο διαφορετικών ιστορικά εννόμων τάξεων (π.χ. μεταξύ του αρχαίου Βαβυλωνιακού δικαίου και του δικαίου των Η.Π.Α.), που μας επιτρέπει να μιλάμε για «δίκαιο» σε όλες τις περιπτώσεις; Το κοινό αυτό στοιχείο είναι η ειδική κοινωνική τεχνική μιας καταναγκαστικής τάξης. Ως καταναγκαστική τάξη νοείται η τάξη, η οποία θέτει ως στόχο της να προωθήσει μια συγκεκριμένη συμπεριφορά των

³⁵ Αυτ., σελ. 142-143.

³⁶ Αυτ., σελ. 143-144.

ανθρώπων, επιθυμητή από τον νομοθέτη, μέσω καταναγκαστικών πράξεων ως κυρώσεις για την αντίθετη συμπεριφορά.³⁷ Οι καταναγκασμοί αυτοί έχουν εξωτερικό χαρακτήρα, αφορούν δηλαδή πρωτίστως την εξωτερική συμπεριφορά των ανθρώπων. Ο δικαϊκός κανόνας αναφέρεται στη σχέση δύο οντοτήτων: του ανθρώπου που διέπραξε, από την πλευρά του δικαίου, έγκλημα, και του οργάνου που επιβάλλει την κύρωση. Η λειτουργία του δικαϊκού κανόνα είναι να ενώσει την κύρωση με τις συνθήκες που την ενεργοποιούν. Η βασική μορφή της πρότασης ενός δικαϊκού κανόνα είναι η εξής: *υπό ορισμένες συνθήκες, μια συγκεκριμένη πράξη καταναγκασμού οφείλει να επιβληθεί*.³⁸ Η βασική αυτή πρόταση είναι υποθετική, και το δέον που εκφράζει συνδέει μια ορισμένη συνθήκη ως όρο με μια συγκεκριμένη πράξη καταναγκασμού ως συνέπεια. Η συνέπεια, που είναι υποχρεωτική, αναφέρεται σε δύο άτομα, και όχι σε ένα: σε αυτόν στον οποίο απευθύνεται ο καταναγκασμός (δηλαδή στον εγκληματία, του οποίου η συμπεριφορά κρίνεται από το θετό δίκαιο, στο οποίο αυτή υπάγεται, εγκληματική), και σε αυτόν (το αρμόδιο όργανο) που επιβάλλει τον καταναγκασμό. Το όργανο που καλείται να επιβάλλει την κύρωση στερεί την αυτοβοήθεια, δηλαδή την εκδίκηση, την ανταπόδοση, από το εκάστοτε ζημιωμένο μέρος, σηματοδοτώντας μια πρόοδο σε σχέση με μια περισσότερο αποκεντρωμένη έννομη τάξη (όπως είναι οι πρωτόγονες κοινωνίες).³⁹ Ως «ανώτερη» εξέλιξη μιας έννομης τάξης εμφανίζεται το κράτος, η τελειοποιημένη μορφή του θετού δικαίου, λόγω της εξέλιξης της οργάνωσης της καταναγκαστικής τάξης που συνιστά το δίκαιο. Ο καταναγκασμός, για τον Κέλσεν, είναι το κοινό στοιχείο του κράτους και του θετού δικαίου, που μας επιτρέπει να τα ταυτίζουμε: το κράτος δεν γεννά την έννομη τάξη, αλλά *είναι* η έννομη τάξη.⁴⁰

Σε αυτό το σημείο γίνεται αντιληπτή μια σημαντική διαφορά του φυσικού δικαίου από το θετό. Η βασική πρόταση των κανόνων στο φυσικό δίκαιο είναι, όπως και στο θετό, υποθετική. Η συνέπεια όμως δεν είναι πράξη καταναγκασμού. Στο πλαίσιο του φυσικού δικαίου, από τη στιγμή που υπάρχει η συνθήκη, ακολουθεί αναγκαστικά και η συνέπεια. Επί παραδείγματι, έστω ότι δύο συμβαλλόμενα μέρη συνάπτουν μεταξύ τους ένα συμβόλαιο. Η σύναψη του συμβολαίου, ως συνθήκη, επιφέρει αναγκαστικά, χωρίς τη διαμεσολάβηση κάποιου οργάνου, την υποχρέωση,

³⁷ “*The law as a specific social technique*”, στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 235-236.

³⁸ Kelsen, “*The Idea of Natural Law*”, ό.π., σελ. 32.

³⁹ Kelsen, “*The law as a specific social technique*”, ό.π., σελ. 251-253.

⁴⁰ Kelsen, “*The Idea of Natural Law*”, ό.π., σελ. 32-33.

ως συνέπεια, να τηρείται η συμφωνία που ορίζεται στο συμβόλαιο (η αρχή “*pacta sunt servanda*”). Ο κανόνας δηλαδή, για το φυσικό δίκαιο, πραγματοποιείται μόνος του, από μια κατά κάποιο τρόπο «εσώτερη» αναγκαιότητα, και η συνέπεια αφορά μόνο έναν άνθρωπο. Η υποχρέωση δεν βασίζεται στον καταναγκασμό, αλλά στην ίδια την υποχρέωση. Η έλλειψη του οργάνου σημαίνει, κατ’ επέκταση, ότι το κράτος και ο καταναγκασμός δεν είναι αναγκαία στοιχεία στο φυσικό δίκαιο. Εν προκειμένω αναδύεται μια τάση προς τον αναρχισμό (όπου «αναρχία» δεν σημαίνει απουσία κάθε είδους τάξης, αλλά την ιδέα μιας μη καταναγκαστικής τάξης),⁴¹ σε αντίθεση με την προαναφερθείσα γραμμική σκέψης του φυσικού δικαίου, με βάση την οποία το κράτος είναι αναγκαίο. Το περιττό του θετού δικαίου δεν είναι αποφευκτέο, αλλά αναγκαίο. Άλλωστε, σύμφωνα με τον Κέλσεν, κάθε αναρχική θεωρία είναι ένα δόγμα φυσικού δικαίου. Ο δεσμευτικός χαρακτήρας της φυσικής τάξης θεωρείται ότι προκύπτει άμεσα από το περιεχόμενό της. Αυτή η τάξη ικανοποιεί τους πάντες, και οι κυρώσεις είναι γι’ αυτό το λόγο περιττές. Θεωρείται πως δεν υπάρχει πιθανότητα για «αντιφυσική» συμπεριφορά, αφού η δίκαιη φυσική τάξη προάγει την ευτυχία όλων (η αποτελεσματικότητά της δηλαδή οφείλεται σε εθελούσια υπακοή).⁴² Αυτή η ουτοπική φυσική κατάσταση αντικατοπτρίζεται με γλαφυρό τρόπο στις *Μεταμορφώσεις* του Οβιδίου, όταν μιλά για την Χρυσή εποχή της ανθρωπότητας. Αυτή τοποθετείται χρονικά στο παρελθόν ή στο μέλλον, ανάλογα με το αν κάποιος είναι υπέρ μιας πεσιμιστικής ή οπτιμιστικής, αντίστοιχα, αντίληψης περί κοινωνικής πραγματικότητας. Για τον Κέλσεν, σε κάθε περίπτωση, η ιδέα μιας τέτοιου είδους φυσικής κατάστασης είναι φενάκη.⁴³

Όταν γίνεται προσπάθεια να οριστεί το περιεχόμενο μιας φυσικής κατάστασης όπως αυτή, γίνεται στην ουσία προσπάθεια να δοθεί απάντηση στο ερώτημα τί εν τέλει είναι η δικαιοσύνη. Όπως έχει αναφερθεί και ανωτέρω, από την οπτική της καθαρής θεωρίας του δικαίου, δεν μπορεί να δοθεί αντικειμενική απάντηση, και όποια απάντηση δοθεί θα βασίζεται σε υποκειμενικά κριτήρια, που εκφράζουν τις επιθυμίες εκείνου που την εκφέρει. Το ότι μέχρι σήμερα δε καμία απάντηση δεν φαίνεται ικανοποιητική, δείχνει ότι ακόμα και αν ανακαλύπταμε το περιεχόμενο της δίκαιης φυσικής τάξης, αυτή δεν θα μπορούσε να συγκροτηθεί με τέτοιο τρόπο που

⁴¹ Αυτ., σελ. 33-34.

⁴² Εθελούσια υπακοή είναι ο ψυχολογικός καταναγκασμός, που δεν επιβάλλει απτές κυρώσεις. Βλ. Kelsen, “*The law as a specific social technique*”, ό.π., σελ. 235.

⁴³ Αυτ., σελ. 238-240.

να καθίσταται άμεσα αναγνωρίσιμη ως δίκαιη, και να της δίνει τη δυνατότητα να αξιώνει υπακοή. Εκτός αυτού, η ανθρώπινη φύση είναι τέτοια, που δεν μπορεί να υπάρξει κοινωνική τάξη η οποία δεν ενέχει το ρίσκο παραβίασής της, και άρα που να μην χρειάζεται καταναγκαστικά μέτρα για την πρόληψη αυτού του ενδεχομένου. Μια κοινωνία χωρίς καταναγκαστική τάξη θα ήταν δυνατή μόνο εάν ο καθένας, του οποίου η συμπεριφορά υπάγονταν σε αυτήν, έκανε ό,τι ήθελε, ή δεν έκανε τίποτα. Ένα σενάριο όπως αυτό θα σήμαινε απουσία κάθε τάξης και επιστροφή σε μια κατάσταση αναρχίας (εδώ νοούμενη ως φυσική κατάσταση, στην οποία δεν υφίσταται κανένας περιορισμός).⁴⁴

Η ουτοπική φυσική κατάσταση συνιστά, έτσι, άρνηση της κοινωνίας. Το σύνθημα «πίσω στην φύση!» είναι δυνατό μόνο με την προϋπόθεση ότι ο άνθρωπος είναι φύσει αγαθός. Η άποψη αυτή παραβλέπει την έμφυτη επιθετικότητα που χαρακτηρίζει τον άνθρωπο, καθώς και το γεγονός ότι η χαρά κάποιου μπορεί να είναι η δυστυχία κάποιου άλλου. Η φύση που προϋποτίθεται δεν είναι αυτή των φυσικών επιστημών, αλλά μια ουτοπική ηθική υπόθεση. Αυτό δεν σημαίνει ότι η ανθρώπινη φύση δεν ενδέχεται στο μέλλον να αλλάξει: το πρόβλημα όμως είναι ότι δεν μπορούμε να προβλέψουμε πώς θα αλλάξει, όταν αλλάξουν και οι συνθήκες. Ο ουτοπικός χαρακτήρας είναι χαρακτηριστικός, σύμφωνα με τον Κέλσεν, στον μαρξιστικό σοσιαλισμό. Σύμφωνα με την θεωρία του Μαρξ, το κράτος έχει μοναδικό σκοπό τη διατήρηση των σχέσεων εξουσίας ανάμεσα στις δύο τάξεις της κοινωνίας, δηλαδή τους κατέχοντες τα μέσα παραγωγής και τους προλετάριους. Η εκμετάλλευση των προλεταρίων από την αστική τάξη θα εξαλειφθεί, μεταξύ άλλων, μέσω της κατάργησης της ατομικής ιδιοκτησίας, όπου τα μέσα παραγωγής θα ανήκουν στο προλεταριάτο. Σε αυτή την, αταξική πλέον, κοινωνία το κράτος (και ο καταναγκασμός που το χαρακτηρίζει) είναι περιττό. Προς αυτή την αναρχική κατεύθυνση, η δικτατορία του προλεταριάτου είναι απλά ένα μέσον (αυτό είναι και το σημείο στο οποίο ο μαρξιστικός σοσιαλισμός διαφέρει από άλλες αναρχικές κομμουνιστικές θεωρίες).⁴⁵ Εντούτοις, σε αυτό το σχήμα παραβλέπεται, σύμφωνα με την άποψη του Κέλσεν, ότι το οικονομικό μοντέλο που προτείνεται πρέπει να έχει αυταρχικό χαρακτήρα. Παρά τις προβλέψεις του Μαρξ, ένα εγχείρημα όπως αυτό μάλλον επιτυγχάνεται καλύτερα μέσω ολοκληρωτικών πολιτικών. Πέραν αυτών των

⁴⁴ Αυτ., σελ. 240-241.

⁴⁵ Αυτ., σελ. 241-242.

ζητημάτων, όμως, τίθεται το ζήτημα των παραβιάσεων: οι παραβιάσεις των κανόνων μπορεί πλέον να μην έχουν οικονομικά κίνητρα, αλλά να λαμβάνουν χώρα για άλλους λόγους, όπως είναι η θέληση για ανάδειξη (πρεστίτζ), οι σεξουαλικές ορμές και οι θρησκευτικές πεποιθήσεις. Το ενδεχόμενο τέτοιων εγκλημάτων δεν μπορεί να αγνοηθεί, και ενδεχομένως οι πιθανότητες για την εκτέλεσή τους να αυξάνεται όσο το βιοτικό επίπεδο βελτιώνεται. Μόνο μια θεωρία που ταυτίζει την οικονομία με την κοινωνία αποτυγχάνει να δει τους κινδύνους που απειλούν την κοινωνική τάξη από αυτή την κατεύθυνση.⁴⁶ Φαίνεται λοιπόν πως ο καταναγκασμός (και άρα, ως ένα βαθμό, το κράτος) είναι αναγκαίος για τη ρύθμιση των αμοιβαίων σχέσεων μεταξύ των ανθρώπων.

2.4 Φυσικό δίκαιο και φύση

Το αντικείμενο τόσο του θετού, όσο και του φυσικού δικαίου, είναι οι αμοιβαίες σχέσεις των ανθρώπων. Κοινό χαρακτηριστικό, έτσι, είναι η ιδέα της υποχρέωσης, πράγμα που μας επιτρέπει να μιλάμε για συστήματα κανόνων. Εγείρονται αμφιβολίες ωστόσο για το κατά πόσο μπορεί το φυσικό δίκαιο να λογίζεται ως «δίκαιο», στην περίπτωση που δεν χρειάζεται τον καταναγκασμό (αφού ο καταναγκασμός θεωρείται το ειδοποιό στοιχείο του δικαίου). Το κοινό στοιχείο του φυσικού δικαίου και του θετικού, σε αυτή την περίπτωση, παραμένει η έννοια του κανόνα και το δέον που αυτός εκφράζει.⁴⁷ Η σύνδεση και στις δύο περιπτώσεις μιας συνθήκης και μιας συνέπειας γίνεται με όρους δέοντος. Αντίθετα, στη φύση, οι φυσικοί νόμοι εκφράζουν τη σύνδεση μιας συνθήκης, ως αιτίας, και μιας συνέπειας, ως αποτελέσματος, με όρους «πρέπει»: η σύνδεση αυτή είναι χαρακτηρίζεται από αναγκαιότητα, δηλαδή δεν εξαρτάται από την ανθρώπινη θέληση. Αυτή η διαφορά είναι η βάση για τη διάκριση φύσης – κοινωνίας. Αυτή ακριβώς τη διάκριση ωστόσο προσπαθεί να καταργήσει η θεωρία του φυσικού δικαίου, θέση που οφείλεται στην θεώρηση του καταναγκασμού ως περιττού, λόγω της «εσώτερης» αναγκαιότητας με την οποία η συνέπεια λαμβάνει χώρα μετά από την συνθήκη στο φυσικό δίκαιο. Αυτή η αναγκαιότητα παρερμηνεύεται και γίνεται αντιληπτή ως η φυσική αναγκαιότητα

⁴⁶ Αυτ., σελ. 242-244.

⁴⁷ Kelsen, "The Idea of Natural Law", ό.π., σελ. 34.

που εκφράζεται μέσω των φυσικών νόμων της φυσικής επιστήμης.⁴⁸ Το «δέον» που χαρακτηρίζει το δίκαιο ταυτίζεται με το «πρέπει» που χαρακτηρίζει τη φύση. Η παλαιότερη θεωρία του φυσικού δικαίου αναφέρονταν στην υπέρτατη αρχή της δικαιοσύνης ως *lex naturalis*, ως νόμο δηλαδή της φύσης, χωρίς να είναι ξεκάθαρη η διαφορά του από τον νόμο της αιτιότητας. Αυτό συμβαίνει επειδή η έννοια του νόμου εμφανίζεται ιστορικά πρώτα στις ανθρώπινες σχέσεις και αφορά το πεδίο του κανονιστικού, δηλαδή τις κοινωνίες. Η έννοια επεκτάθηκε χρησιμοποιούμενη ως μέσο περιγραφής της φυσικής πραγματικότητας, στο πλαίσιο μιας κοινωνικής ερμηνείας της φύσης από τους πρωτόγονους (η φύση νοούνταν δηλαδή ως μέρος της κοινωνίας), διατηρώντας όμως τον κανονιστικό της χαρακτήρα. Ύστερα, η ερμηνεία της φύσης αυτονομήθηκε, και η φύση αποτέλεσε το ιδανικό μοντέλο οργάνωσης της κοινωνίας. Με την σταδιακή χειραφέτηση της έννοιας της φύσης από κάθε είδους ανιμιστικές-θρησκευτικές αντιλήψεις, η φύση παύει να έχει κανονιστικό χαρακτήρα και διακρίνεται από την κοινωνία.⁴⁹ Παρ' όλη την πρόοδο όμως των φυσικών επιστημών, η φυσική τάξη του φυσικού δικαίου συγχέεται με την/εντοπίζεται στην επιστημονική, δηλαδή στην αιτιακά καθορισμένη πραγματικότητα των απτών γεγονότων. Το αποτέλεσμα αυτής της συναγωγής είναι το δόγμα του δικαίου του ισχυροτέρου (αγγλ. "Might is Right"), που στην ουσία είναι η κατάφαση του υπαρκτού σε κανονιστική ορολογία. Το πρόβλημα του φυσικού δικαίου εγκαταλείπει τον κανονιστικό του χαρακτήρα, απομακρυνόμενο περαιτέρω από το θετικό δίκαιο, στροφή παρόμοια με αυτήν της κοινωνιολογίας του δικαίου. Και στις δύο περιπτώσεις, για τον Κέλσεν, είναι φανερή η τάση για απάρνηση του καταναγκαστικού χαρακτήρα του θετικού δικαίου και της ταύτισής του με το κράτος, με απώτερο σκοπό να δικαιωθεί το θετικό δίκαιο ως το «αληθινό» δίκαιο, ως η τάξη

⁴⁸ Αυτ., σελ. 35.

⁴⁹ Στην «πρωτόγονη», κατά Κέλσεν, σκέψη, η φύση δεν διακρίνεται από την κοινωνία. Η φύση ερμηνεύονταν αρχικά βάσει της αρχής του καταλογισμού (αγγλ. "imputation"), η οποία χρησιμοποιείται για την ερμηνεία της σχέσης των μελών μιας κοινωνίας, και όχι βάσει της αρχής της αιτιότητας. Η αρχή της αιτιότητας προέρχεται από την θρησκευτική ιδέα της ανταπόδοσης, στην οποία βασίζεται και η αρχή του καταλογισμού. Η αρχή της αιτιότητας, δια μέσου της φυσικής Ιωνικής φιλοσοφίας και των ατομιστών φιλοσόφων της αρχαιότητας, καθώς και της σύγχρονης φυσικής επιστήμης, σταδιακά αποκόπηκε από την ιδέα της ανταπόδοσης και τις θρησκευτικές τις καταβολές και χρησιμοποιείται για την ερμηνεία μόνο της φύσης και όχι της κοινωνίας. Η κοινωνία ερμηνεύεται με την αρχή του καταλογισμού, βάσει της οποίας κατανοείται η σύνδεση μιας πράξης που θεωρείται έγκλημα σε μια έννομη τάξη με την αντίστοιχη πράξη, η οποία συνιστά κύρωση για το έγκλημα. Βλ. "Causality and Imputation", στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 327-330. Για μια κριτική προσέγγιση της θέσης του Κέλσεν ως προς τις αρχές της αιτιότητας και του καταλογισμού στους «πρωτόγονους», βλ. Jabloner, Clemens, «Παρατηρήσεις στο 'Ανταπόδοση και Αιτιότητα', ιδίως στην ερμηνεία της φύσης των πρωτόγονων», στο Hans Kelsen: *Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο*, επιμ. Ν. Αλιπράντης, Παπαζήση, Αθήνα 2013, σελ. 185-206.

που υπάρχει φυσικά, αναγκαία, ως φυσική εν ολίγοις τάξη. Απώτερος σκοπός είναι και σε αυτή την περίπτωση η νομιμοποίηση της καθεστηκυίας τάξης.⁵⁰

2.5 Το ζήτημα της θετικοποίησης (εφαρμογής) του φυσικού δικαίου

Βάσει της μέχρι τώρα σύγκρισης μεταξύ φυσικού και θετικού δικαίου, το δέον του κανόνα είναι το κοινό τους στοιχείο. Παρ' όλες τις μέχρι τώρα διαφορές τους, οι αμοιβαίες σχέσεις των ανθρώπων παραμένουν το αντικείμενο και των δύο μορφών δικαίου. Εντούτοις, αναδεικνύεται ένα επιπλέον πρόβλημα της θεωρίας του φυσικού δικαίου: το πρόβλημα της εφαρμογής του. Το ότι πρέπει να εφαρμοστεί στην κοινωνική πραγματικότητα δεν αμφισβητείται από κανέναν. Η εξατομίκευση ενός γενικού, αφηρημένου κανόνα αφορά τόσο το φυσικό, όσο και το θετό δίκαιο. Το ερώτημα που προκύπτει είναι αν το φυσικό δίκαιο μπορεί να εφαρμοστεί, χωρίς να «θετικοποιηθεί» κατά την διαδικασία της εφαρμογής του, κάτι που θα σήμαινε την αδυναμία ύπαρξης του ως καθαυτό φυσικό δίκαιο.⁵¹

Έστω ότι λαμβάνεται ως δεδομένη η αντικειμενική τάξη του φυσικού δικαίου. Εφόσον το περιεχόμενο του φυσικού δικαίου θεωρείται δεδομένο, μένει να οριστεί η μορφή του. Αυτή δεν μπορεί να είναι άλλη, όπως σε κάθε κανονιστική τάξη, από την γενική, αφηρημένη μορφή ενός δικαϊκού κανόνα, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι η απόλυτη αξία (δικαιοσύνης) που αυτός εκφράζει μπορεί να εφαρμοστεί στην κοινωνική πραγματικότητα άμεσα, χωρίς τη διαμεσολάβηση ενός ατομικού, θετού κανόνα. Η ιδέα ότι μπορεί να υπάρξει έννομη τάξη χωρίς γενικούς κανόνες είναι εξίσου λανθασμένη με την ιδέα ότι το δίκαιο υφίσταται μόνο στη γενική μορφή του κανόνα και όχι στην εξατομικευμένη. Στην πρώτη περίπτωση παραβλέπεται τόσο ο βασικός κανόνας του θετού δικαίου, στον οποίο βασίζεται η ισχύς των κανόνων που θέτει η νομοθετική εξουσία, όσο και η απόλυτη αρχή δικαιοσύνης, που είναι απαραίτητη για το φυσικό δίκαιο. Στην δεύτερη περίπτωση (η οποία έχει τις ρίζες της

⁵⁰ Kelsen, “*The Idea of Natural Law*”, ό.π., σελ. 36. Τέτοια, για παράδειγμα, νομίζω πως είναι η λειτουργία της ιδέας του φυσικού δικαίου δια στόματος Αθηναίων στον περίφημο Μηλιακό διάλογο στο πέμπτο βιβλίο των *Ιστοριών* του Θουκυδίδη: οι Αθηναίοι υποστηρίζουν ότι ακολουθούν το φυσικό δίκαιο όταν επιβάλλονται, ως πιο δυνατοί, στους Μηλίους, και επιπλέον διατείνονται ότι οι Μήλιοι θα έπρατταν παρόμοια εάν ήταν εκείνοι οι δυνατοί και οι Αθηναίοι οι αδύναμοι. Βλ. Θουκυδίδης, *Ιστορίες*, μτφρ. Α. Βλάχος, Βιβλιοπωλείον της Εστίας, Αθήνα 2008, απόσπασμα 5.105.2, χ.α.

⁵¹ Kelsen, “*The Idea of Natural Law*”, ό.π., σελ. 38-39.

στη φυσικοδικαϊκή σκέψη), παραβλέπεται η ιεραρχική δομή που χαρακτηρίζει την έννομη τάξη, αλλά και το ενδεχόμενο ύπαρξης περισσότερων του ενός γενικών κανόνων. Κυρίως όμως ο γενικός κανόνας δεν μπορεί να εκφράζει από μόνος του το δίκαιο, διότι για να πετύχει τον σκοπό του πρέπει να εφαρμοστεί, και η εφαρμογή αυτή είναι το αποτέλεσμα *δημιουργίας* δικαίου. Το προϊόν αυτής της δημιουργικής πράξης είναι ο ατομικός κανόνας, που αφορά μία συγκεκριμένη περίπτωση της κοινωνικής πραγματικότητας. Το δίκαιο ως γενικός κανόνας βρίσκεται δηλαδή σε ημιτελή κατάσταση: εκπληρώνεται πραγματικά μόνο όταν εφαρμόζεται από έναν ατομικό κανόνα.⁵²

Η εφαρμογή του αφηρημένου κανόνα (τόσο του φυσικού όσο και του θετού) στην απτή πραγματικότητα χαρακτηρίζεται από δύο στάδια, που ανταποκρίνονται στην βασική μορφή της δικαϊκής πρότασης: το πρώτο στάδιο αφορά την διαπίστωση της πραγματικής ύπαρξης της συνθήκης, και το δεύτερο στάδιο αφορά την θέσπιση της αντίστοιχης με τη συνθήκη συνέπειας. Το πρώτο στάδιο της εξατομίκευσης συνίσταται στην διαπίστωση της πραγματικής ύπαρξης της συνθήκης, που στον γενικό κανόνα είναι ο όρος για την επιβολή της συνέπειας. Για παράδειγμα, η διαπίστωση της συνθήκης της κλοπής αναφέρεται σε μια πραγματική κλοπή από έναν συγκεκριμένο άνθρωπο, σε συγκεκριμένο τόπο και χρόνο. Η διαπίστωση της συνθήκης θεωρείται λανθασμένα ότι πρόκειται για απλή «λογική» υπαγωγή μιας πραγματικής κατάστασης (π.χ. μιας κλοπής) στον γενικό κανόνα, καθότι μεταξύ του γενικού κανόνα και της πραγματικότητας παρεμβάλλεται, κατά την εξατομίκευση, ο ατομικός κανόνας. Πρόκειται για μια δημιουργική πράξη, που επιτρέπει ή όχι την πραγματοποίηση της αντίστοιχης συνέπειας. Η υπαγωγή της συνθήκης στον γενικό κανόνα είναι στην ουσία δημιουργία του ατομικού κανόνα, η οποία με τη σειρά της σημαίνει ότι *τίθεται* δίκαιο, οπότε και μπορεί να γίνει λόγος για *θετό* δίκαιο.⁵³ Το δεύτερο στάδιο της εξατομίκευσης αφορά τη θέσπιση της συνέπειας ανάλογα με τη συνθήκη, όπως αυτή ορίζεται στον γενικό κανόνα. Ο γενικός κανόνας, και σε αυτό το στάδιο, δεν επαρκεί. Αυτό ισχύει και για το φυσικό δίκαιο, στο οποίο, όπως έχει επισημανθεί ανωτέρω, η συνέπεια λογίζεται ότι λαμβάνει χώρα από τη στιγμή που πραγματοποιηθεί η συνθήκη που της αντιστοιχεί. Σε συνέχεια του προηγούμενου παραδείγματος, η συνέπεια της τήρησης της σύμβασης (*pacta sunt servanda*)

⁵² Αυτ., σελ. 39-40.

⁵³ Αυτ., σελ. 40-42.

υφίσταται από τη στιγμή που συνάπτεται η σύμβαση. Τα συμβαλλόμενα μέρη θεωρείται ότι γνωρίζουν άπταιστα όλες τις υποχρεώσεις τους αναφορικά με τη σύμβαση. Για τον Κέλσεν, ωστόσο, η φύση της εξατομίκευσης του γενικού κανόνα είναι τέτοια, που πάντα θα χρειάζονται περαιτέρω διευκρινίσεις, οι οποίες δίνονται μόνο από έναν ατομικό κανόνα.⁵⁴

Αξίζει να επισημανθεί σε αυτό το σημείο μια επιπρόσθετη διαφορά μεταξύ ενός δικαϊκού συστήματος και ενός συστήματος νόμων της φυσικής επιστήμης. Η θεωρία του φυσικού δικαίου, όπως αναφέρθηκε και πιο πάνω, προσπαθεί να ταυτίσει το δίκαιο με τη φύση. Η διαφορά τους έγκειται στην διαπίστωση της ύπαρξης της συνθήκης: στην φυσική επιστήμη, η διαπίστωση της ύπαρξης της συνθήκης επαληθεύεται από την ύπαρξη της συνέπειας, ως αποτέλεσμα μιας αιτίας. Εάν βουτήξω το θερμομέτρο σε ένα υγρό, το οποίο θεωρώ ότι αυξάνει τη θερμότητα των σωμάτων που έρχονται σε επαφή μαζί του (συνθήκη-αιτία), και δεν αυξηθεί η θερμοκρασία του θερμομέτρου (συνέπεια-αποτέλεσμα) όπως προσδοκώ, τότε η συνθήκη δεν διαπιστώνεται και η υπόθεσή μου ήταν εξαρχής λανθασμένη. Σε ένα κανονιστικό σύστημα, όπως το φυσικό δίκαιο, δεν μπορεί να διαπιστωθεί με αυτό τον τρόπο η συνθήκη, επειδή η σύνδεσή της με τη συνέπεια γίνεται με όρους δέοντος, και όχι φυσικής αναγκαιότητας. Η συνθήκη ή η συνέπεια μπορεί να πραγματοποιηθούν η κάθε μία μόνη της, χωρίς την ύπαρξη της άλλης. Εξ ου και στο δίκαιο, είτε φυσικό είτε θετό, είναι κρίσιμη η απάντηση στο ερώτημα εάν η συνθήκη πράγματι συνέβη: η συνέπεια δεν θα ακολουθήσει αυτόματα, αλλά θα πρέπει να τεθεί από κάποιον άνθρωπο. Από τα παραπάνω συνεπάγεται ότι ακόμη και αν θεωρήσουμε δεδομένη την ύπαρξη ενός αντικειμενικού φυσικού δικαίου, που δεν έχει φτιαχτεί από τον άνθρωπο, η εξατομίκευσή του δεν μπορεί να εφαρμοστεί χωρίς την ανθρώπινη παρέμβαση. Η τάξη του φυσικού δικαίου μόνο ιδεατά μπορεί να υπάρξει ως τέτοια: από τη στιγμή που θα χρειαστεί η εφαρμογή της, λαμβάνει τεχνητό χαρακτήρα. Η διαδικασία όμως της εξατομίκευσης είναι ταυτόχρονα μια διαδικασία *θετικοποίησης*.⁵⁵

Επειδή το φυσικό δίκαιο είναι προκατειλημμένο με τη γενική μορφή των κανόνων δεν δίνεται η απαραίτητη έμφαση στην εξατομίκευση τους. Από αυτό συνεπάγεται μια ποσοτική διαφορά με το θετό δίκαιο: στο θετό δίκαιο, τόσο η

⁵⁴ Αυτ., σελ. 42-43.

⁵⁵ Αυτ., σελ. 44-45.

διαπίστωση της ύπαρξης της συνθήκης όσο και η εφαρμογή της αντίστοιχης συνέπειας, γίνεται από κάποιο διακριτό όργανο και όχι από το πρόσωπο που υποχρεώνεται να συμπεριφερθεί με έναν ορισμένο τρόπο που ορίζει ένας γενικός κανόνας. Η απάρνηση ενός τέτοιου οργάνου από το φυσικό δίκαιο είναι ουτοπική, για τον Κέλσεν. Από τη στιγμή που πρέπει να εφαρμοστεί από εμπειρικούς ανθρώπους, η εφαρμογή του φυσικού δικαίου θα εξαρτάται από τις ικανότητες αυτών των ανθρώπων. Κανείς δεν εγγυάται όμως ότι τα ποιοτικά τους χαρακτηριστικά θα είναι αρκετά για να αντικαταστήσουν ένα ειδικευμένο όργανο, π.χ. έναν δικαστή.⁵⁶ Ως προς το πρώτο στάδιο εξατομίκευσης, για παράδειγμα, το φυσικό δίκαιο αποκλείει το ενδεχόμενο διαμάχης μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών, στη βάση της υπόθεσης ότι και οι δύο πλευρές θα έχουν τα απαραίτητα χαρακτηριστικά για την σύναψη της σύμβασης (όπως η κατανόηση, η αμοιβαία θέληση, η αγαθότητα, κλπ), που ισούται με το να είναι τέλειοι. Αν όμως απορριφθεί αυτή η υπόθεση, που είναι η βάση όλων των ουτοπιών, προβάλλει ως αναγκαία η ύπαρξη ενός ειδικευμένου δικαιοδοτικού οργάνου, που κρίνει την κοινωνική πραγματικότητα πιο αντικειμενικά λόγω εκπαίδευσης και ανυπαρξίας (ή ύπαρξης ελάχιστου) συμφέροντος. Σε σχέση με τα υπόλοιπα υποκείμενα που υπάγονται στο δίκαιο, είναι πιο αντικειμενικοί και πιο πεπειραμένοι. Αυτό δεν σημαίνει ότι όταν διαπιστώνουν μια συνθήκη, συλλαμβάνουν την αλήθεια της κοινωνικής πραγματικότητας. Εξάλλου, για τον Κέλσεν, ο σκοπός των οργάνων δεν είναι τόσο η διαπίστωση της αλήθειας, όσο ο τερματισμός μιας διαμάχης. Η αλήθεια είναι ανέφικτη, η αναζήτησή της ατελεύτητη. Το θετό δίκαιο είναι πρώτα απ' όλα μια τάξη ειρήνης.⁵⁷ Η εξατομίκευση που αφορά τη διαπίστωση της συνθήκης βασίζεται στην νομική εγκυρότητα, δηλαδή στην διαπίστωσή της από το αρμόδιο όργανο. Μόνο με αυτόν τον τρόπο επιβάλλεται και η αντίστοιχη συνέπεια, γεγονός που ενισχύει την άποψη περί δημιουργίας δικαίου (και όχι απλά λογικής υπαγωγής του πραγματικού σε έναν γενικό κανόνα). Σε αρκετές περιπτώσεις ο γενικός κανόνας δεν συμφωνεί με τον ατομικό, ο οποίος μπορεί να αντικαθιστά ή και να παραγκωνίζει τον γενικό, κάτι που ενισχύει την θέση περί «θετικότητας» του ατομικού κανόνα. Για παράδειγμα, μπορεί να καταδικαστεί κάποιος σε φυλάκιση για μια κλοπή που στην πραγματικότητα δεν διέπραξε. Ο γενικός κανόνας που ορίζει ότι

⁵⁶ Αυτ., σελ. 45-46.

⁵⁷ Αυτ., σελ. 46-47. Το θετό δίκαιο προωθεί την ειρήνη. Ως ειρήνη νοείται ο αποκλεισμός της βίας από τις σχέσεις των μελών μιας έννομης τάξης. Το δίκαιο ωστόσο, επειδή βασίζεται στην καταναγκαστική βία, την οποία και μονοπωλεί, παρέχει σχετική, όχι απόλυτη ειρήνη. Βλ. Kelsen, "The law as a specific social technique", ό.π., σελ. 237-238.

η κλοπή τιμωρείται με φυλάκιση δεν πραγματοποιήθηκε, αλλά ο ατομικός κανόνας συνιστά παρ'όλα αυτά δημιουργία δικαίου. Παρόμοιο ενδεχόμενο δεν αποκλείεται και στη σφαίρα του φυσικού δικαίου, με αποτέλεσμα να μην αλλάζει μόνο η μορφή του γενικού κανόνα του φυσικού δικαίου (όταν δηλαδή θετικοποιείται κατά την εξατομίκευσή του), αλλά και το περιεχόμενό του. Η πιθανότητα σύγκρουσης του ατομικού κανόνα με τον γενικό οφείλεται και εδώ στη ανεπάρκεια του ανθρώπου και στην επιρρέειά του στα λάθη· μόνο όμως ο άνθρωπος μπορεί να εφαρμόσει το δίκαιο.⁵⁸

Όσον αφορά το δεύτερο στάδιο της εξατομίκευσης, το φυσικό δίκαιο θεωρεί ότι η συνέπεια είναι προφανής για τα υποκείμενα που αφορά. Αυτά και θα γνωρίζουν και θα έχουν την θέληση να φέρουν τη συνέπεια εις πέρας, οπότε ένα όργανο που θα χρειαζόταν να την επιβάλλει καθίσταται και σε αυτή την περίπτωση περιττό. Η γνώση και η θέληση στο δεύτερο στάδιο θεωρούνται πιο σημαντικά, για τον Κέλσεν, απ' ότι στο πρώτο, επειδή το δεύτερο είναι άμεσα αναγκαίο για την εφαρμογή του γενικού κανόνα. Δεδομένου ότι η παραμικρή παράλειψη ως προς τη διαπίστωση της ύπαρξης της συνθήκης επηρεάζει την επιβολή της αντίστοιχης συνέπειας, το δεύτερο στάδιο πρέπει να είναι επίσης αποτέλεσμα της ανθρώπινης δράσης, οπότε και σε αυτή την περίπτωση γίνεται λόγος για θετικοποίηση του φυσικού δικαίου. Προς επίρρωση της θέσης αυτής αρκεί να λάβει κανείς υπόψιν ότι στο φυσικό δίκαιο η συνέπεια, όπως είδαμε και ανωτέρω, θεωρείται ότι επιβάλλεται αυτόματα, μπερδεύοντας την κανονιστική σφαίρα με την φυσική. Αυτή η προσέγγιση έχει ως αποτέλεσμα όχι μόνο την μη αναγκαιότητα για θετικοποίηση του δικαίου, αλλά την αναίρεση του ίδιου του φυσικού δικαίου: αν η συνέπεια πραγματοποιείται αυτόματα, δεν μπορεί να είναι αποτέλεσμα «δικαίου» αλλά ανάγκης.⁵⁹ Αυτό εξηγεί και την νατουραλιστική τάση του φυσικού δικαίου να αφιερώνεται στην συμπεριφορά του ανθρώπου, δηλαδή στις ενορμήσεις του, τα ένστικτά του κλπ, ως αιτίες. Για να είναι όμως το φυσικό δίκαιο κανονιστικό, η συνθήκη που ορίζεται ως όρος για την επιβολή μιας συνέπειας, αλλά και η ίδια η συνέπεια, πρέπει να συνδέονται με όρους δέοντος, και όχι με όρους πρέπει. Κάτι τέτοιο είναι δυνατό μόνο εάν η συνέπεια επιβάλλεται από μια ανθρώπινη πράξη της θέλησης, που δεν είναι αιτιακά καθορισμένη. Από εμπειρική σκοπιά, εντούτοις, έχει ήδη επισημανθεί ότι οι άνθρωποι στερούνται τόσο τη γνώση,

⁵⁸ Kelsen, *"The Idea of Natural Law"*, ό.π., σελ. 47-48.

⁵⁹ Αυτ., σελ. 48-50.

όσο και τη θέληση, για το τι είναι δίκαιο και πως αυτό εφαρμόζεται (και άρα πως επιβάλλεται μια συνέπεια σε περίπτωση παράβασής του). Η επιλογή ενός ειδικευμένου οργάνου είναι και πάλι μονόδρομος. Με αυτό τον τρόπο αλλοιώνεται πλήρως η νομική τεχνική του φυσικού δικαίου, αφού για να συμπεριφερθεί κανείς σύμφωνα με τις επιταγές του θα πρέπει να εξαναγκαστεί από ένα ειδικευμένο όργανο. Εγκαταλείποντας την ουτοπία του φυσικού δικαίου, η καταναγκαστική τάξη, που είναι αναπόφευκτη, είναι μια θετικιστική τάξη. Αυτό συμβαίνει όχι μόνο επειδή ο καταναγκασμός και το φυσικό δίκαιο είναι ασύμβατα μεταξύ τους, αλλά κυρίως επειδή ο καταναγκασμός τίθεται από αρμόδια όργανα.⁶⁰

2.6 Φυσικό δίκαιο και ηθική

Το κοινό στοιχείο του φυσικού και του θετικού δικαίου, όπως αναφέρθηκε παραπάνω, είναι η έννοια του κανόνα και του δέοντος που αυτός εκφράζει. Στην βάση αυτού μπορούμε να δούμε ότι το φυσικό δίκαιο δεν διακρίνεται από την ηθική.⁶¹ Σύμφωνα με τον Κέλσεν, δεν έχει νόημα να πούμε ότι η ηθική καθορίζει την εσωτερική συμπεριφορά και το φυσικό δίκαιο την εξωτερική, για παράδειγμα, προκειμένου να τα διακρίνουμε, επειδή τόσο το φυσικό δίκαιο όσο και η ηθική αφορούν επιπλέον την εσωτερική και την εξωτερική συμπεριφορά, αντίστοιχα. Το ίδιο ισχύει και για την διάκριση ηθικής – θετού δικαίου. Η απαγόρευση της ανθρωποκτονίας από έναν θετό δικαϊκό κανόνα δεν αποτρέπει μόνο την εξωτερική συμπεριφορά της αντίστοιχης συμπεριφοράς, αλλά ενοχοποιεί και την πρόθεση που την συνοδεύει.⁶² Ως προς τη δημιουργία των κανόνων επίσης δεν είναι ευδιάκριτη η διαφορά του δικαίου από την ηθική. Οι κανόνες της ηθικής δημιουργούνται τόσο από το έθιμο, όσο και από συνειδητές προσαγές, και γι' αυτό δύναται να γίνει λόγος για θετική ηθική. Η διαφορά της από το θετό δίκαιο, όπως και στην περίπτωση του φυσικού δικαίου, είναι ότι στην ηθική δεν υπάρχουν ειδικευμένα όργανα για την εφαρμογή των κανόνων της. Η εφαρμογή της είναι η ηθική κρίση τρίτων προσώπων,

⁶⁰ Αυτ., σελ. 50-53.

⁶¹ Αυτ., σελ. 34-35.

⁶² "Law and Morality", στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 84.

ο έπαινος και ο ψόγος μιας συμπεριφοράς είναι οι μόνες κυρώσεις που αναγνωρίζει.⁶³ Η διάκριση ηθικής-δικαίου αναγνωρίζεται, έτσι, στον τρόπο, και όχι στο περιεχόμενο, της επιβολής ή της απαγόρευσης μιας συμπεριφοράς. Η ηθική όμως, ως προς το περιεχόμενο, λειτουργεί, όπως και το φυσικό δίκαιο, νομιμοποιητικά για το θετό δίκαιο, βάσει της υπόθεσης ότι ενσαρκώνει την απόλυτη δικαιοσύνη. Για τον Κέλσεν, όπως έχουμε ήδη αναφέρει, η ιδέα της ύπαρξης απόλυτων αξιών βασίζεται σε θρησκευτικές πεποιθήσεις περί μιας απόλυτης και υπερβατικής εξουσίας του Θεού. Από την σκοπιά της επιστήμης, δεν υπάρχουν παρά μόνο σχετικές αξίες, όχι μόνο μεταξύ δύο διαφορετικών κοινωνιών, αλλά και εντός της ίδιας κοινωνίας, οι οποίες ουκ ολίγες φορές είναι αλληλοσυγκρουόμενες, ασύμβατες η μία με την άλλη. Σε αυτή την περίπτωση, το αίτημα για την ηθικότητα του δικαίου σημαίνει ότι όλοι οι ιστορικοί κανόνες έχουν κάποια κοινή αξία, όπως είναι για παράδειγμα η αξία της ειρήνης. Και αυτός ο ισχυρισμός όμως δεν επαληθεύεται από την εμπειρία. Εκτός αυτού, ακόμα και αν μια έννομη τάξη δεν περιείχε αυτή την αξία, δεν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί άδικη, καθότι, ελλείψει μιας απόλυτης αξίας, δεν προσφέρονται αντικειμενικά κριτήρια ορισμού του τι είναι δίκαιο και τι άδικο. Το μόνο κοινό στοιχείο όλων των ηθικών συστημάτων είναι ότι είναι κοινωνικοί κανόνες που επιβάλλουν υποχρεώσεις, δηλαδή η μορφή.⁶⁴ Το να πούμε ότι το δίκαιο είναι ηθικό σημαίνει δηλαδή ότι το δίκαιο είναι κοινωνικός κανόνας που υποχρεώνει τα άτομα σε συγκεκριμένη συμπεριφορά. Αποκλείεται, έτσι, η δυνατότητα ενός ανήθικου δικαίου, ενός δικαίου από του οποίου τον ορισμό θα λείπει το ηθικό στοιχείο. Με αυτό τον τρόπο η καθαρή θεωρία του δικαίου διαχωρίζει τη θέση της από την παραδοσιακή επιστήμη του δικαίου που προϋποθέτει απόλυτες αξίες με σκοπό να νομιμοποιεί ή/και να κρίνει την όποια έννομη τάξη. Η σχετικιστική προσέγγιση δεν αρνείται την ύπαρξη αξιών, και άρα της δικαιοσύνης· απορρίπτει όμως τον μανδύα του απόλυτου με τις οποίες τις ενδύουν. Το αίτημα του συμβιβασμού του δικαίου με την ηθική μπορεί μόνο να σημαίνει ότι το δίκαιο συμφωνεί με μία ηθική, γεγονός που δεν αποκλείει τη συμφωνία με μια άλλη ηθική στο μέλλον. Η θέση ότι μόνο μια ηθική κοινωνική τάξη είναι πραγματική έννομη τάξη απορρίπτεται όχι μόνο λόγω της προϋπόθεσης μιας απόλυτης ηθικής αξίας, αλλά και γιατί στην πραγματική εφαρμογή της νομιμοποιούνται πολιτικές.⁶⁵ Τις περισσότερες δε (αν όχι όλες τις) φορές, για τον

⁶³ Αυτ., σελ. 86.

⁶⁴ Αυτ., σελ. 86-89.

⁶⁵ Αυτ., σελ. 90-93.

Κέλσεν, η πίστη σε απόλυτες αξίες συνδέεται με και προωθεί αντιδημοκρατικές αντιλήψεις και καθεστώτα.⁶⁶

⁶⁶ Αυτή η σύνδεση έχει τη βάση της στον ψυχικό χαρακτήρα του ανθρώπου. Ωστόσο, επειδή ο άνθρωπος είναι ένα αντιφατικό όν, η σύνδεση μιας ορισμένης φιλοσοφικής οπτικής και αντίστοιχων απόψεων δεν είναι απόλυτη, και επιδέχεται εξαιρέσεις. Οι εξαιρέσεις προκύπτουν και από την δράση εξωτερικών του ανθρώπου παραγόντων, όπως για παράδειγμα η απαγόρευση της ελεύθερης έκφρασης. Για τους λόγους εξαίρεσης της σύνδεσης φιλοσοφίας-πολιτικής, βλ. “*State-form and World-outlook*”, στο Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ό.π., σελ. 96-98.

Κεφάλαιο τρίτο

Σχετικισμός και Δημοκρατία

3.1 Η σχέση φιλοσοφίας και πολιτικής

Ο αξιακός σχετικισμός του Κέλσεν είναι το σημείο στο οποίο συγκλίνουν και βασίζονται για να αναπτυχθούν τόσο η θεωρία του περί δικαίου όσο και η υπεράσπιση από μέρους τού του δημοκρατικού πολιτεύματος.⁶⁷ Ο σχετικισμός αυτός θεωρούνταν από αρκετούς συγχρόνους του Κέλσεν η αιτία για την κατάλυση της δημοκρατίας και της ανάδυσης ολοκληρωτικών, αυταρχικών καθεστώτων. Η δημοκρατία, σύμφωνα με αυτή την άποψη, εξαιτίας του αξιακού σχετικισμού, που ευοδώθηκε από την αρχή της ελευθερίας της έκφρασης, αφέθηκε να ανατραπεί εκ των έσω.⁶⁸ Για τον Κέλσεν όμως είναι ακριβώς αυτός ο σχετικισμός που χαρακτηρίζει τη δημοκρατία και την διακρίνει από τις αυτοκρατίες, και μάλιστα την καθιστά άξια υπεράσπισης. Η διαμάχη, σχηματικά, μεταξύ του ενός που θέλει να εξουσιάζει τους πολλούς και των πολλών που θέλουν να είναι ελεύθεροι και να μην καταπιέζονται, λαμβάνει έναν διαχρονικό χαρακτήρα για τον Βιεννέζο νομικό, ο οποίος τεκμηριώνεται στην ιστορία γενικά της ανθρωπότητας, αλλά και ειδικότερα στην ιστορία του πνεύματος. Ο Κέλσεν διαβλέπει σε αυτή τη διαμάχη μια συγγένεια φιλοσοφίας και πολιτικής, η οποία έχει διττή μορφή: αφενός μια φιλοσοφικά απολυταρχική προσέγγιση συνδέεται με την πολιτική απολυταρχία· αφετέρου ο φιλοσοφικός σχετικισμός συνδέεται με την δημοκρατία.⁶⁹

Ως φιλοσοφική απολυταρχία ορίζεται από τον Κέλσεν η κοινή τάση των φιλοσοφικών θεωριών να βασίζονται στην μεταφυσική άποψη περί ύπαρξης μιας απόλυτης πραγματικότητας, ανεξάρτητης από την ανθρώπινη γνώση. Αυτή η πραγματικότητα υπάρχει χωρίς να περιορίζεται από τα γεγονότα που συμβαίνουν εντός χώρου και χρόνου, παραμένοντας έτσι αναλλοίωτη. Η απόλυτη αυτή

⁶⁷ Την παρατήρηση αυτή κάνει και η Σαντρίν Μπωμ, στο Baume, Sandrine, *Χανς Κέλσεν: Συναγωγή υπέρ της δημοκρατίας*, μτφρ. Β. Βουτσάκης, Πόλις, Αθήνα 2016, κεφ. 1, υποκεφ. 2 («Τα σχετικιστικά θεμέλια της δημοκρατίας»), σελ. 32.

⁶⁸ Κέλσεν, *Τι είναι δικαιοσύνη;*, ό.π., σελ. 60, υποσ. 21.

⁶⁹ Kelsen, “*State-form and World-outlook*”, ό.π., σελ. 95-96.

πραγματικότητα ταυτίζεται με την απόλυτη εξουσία ως φορέα της απόλυτης αξίας της πρώτης. Η μεταφυσική-θεολογική καταγωγή αυτής της προσέγγισης είναι φανερή από την εξήγηση της σχέσης της απόλυτης αξίας με την φυσική πραγματικότητα. Η αξία υπάρχει στην φυσική πραγματικότητα ως δημιούργημα του απόλυτου αγαθού. Σε αυτήν την περίπτωση, μια αξιολογική κρίση περί δικαίου ισούται με μια κρίση περί πραγματικότητας, ήτοι η αλήθεια ταυτίζεται με τη δικαιοσύνη.⁷⁰ Στον αντίποδα βρίσκεται ο φιλοσοφικός σχετικισμός, σύμφωνα με τον οποίο η πραγματικότητα δεν είναι ανεξάρτητη από το γινώσκον υποκείμενο, αλλά διαμορφώνεται από αυτό, και γι' αυτό η πραγματικότητα ως αντικείμενο της γνώσης μπορεί να είναι μόνο σχετική. Η αντιμεταφυσική, εμπειριστική μέθοδος του φιλοσοφικού σχετικισμού τονίζει την αδυναμία της γνώσης του απολύτου ως κείμενου πέραν της εμπειρίας. Διακρίνεται η πραγματικότητα από την αξία, γι' αυτό και θεωρείται πως οι αξίες δεν είναι προσπελάσιμες από την ορθολογική γνώση της πραγματικότητας, αλλά απορρέουν από την ανθρώπινη θέληση. Τέτοιου είδους αξίες, όπως ήδη έχει τονιστεί στις προηγούμενες παραγράφους, μπορούν να είναι μόνο σχετικές. Η υπόθεση της φιλοσοφικής απολυταρχίας περί ανεξάρτητης από την ανθρώπινη γνώση πραγματικότητας βασίζεται στον τρόπο με τον οποίο κατανοεί την ανθρώπινη γνώση: την νοεί ως απλή αντανάκλαση, ως καθρέφτη, της πραγματικότητας. Το υποκείμενο της γνώσης καθίσταται έτσι ετερόνομο, αφού υπόκειται στο απόλυτο. Στον αντίποδα, η σχετικιστική επιστημολογική προσέγγιση έχει ως βασική προϋπόθεση ότι η γνώση δημιουργεί το αντικείμενό της.⁷¹ Το υποκείμενο της γνώσης είναι ελεύθερο, αφού δημιουργεί τον δικό του κόσμο. Μια θέση όπως αυτή παρεξηγείται εύκολα και γι' αυτό είναι αναγκαίες κάποιες διευκρινίσεις. Η δημιουργία της γνωστικής διαδικασίας δεν είναι αυθαίρετη, αλλά διαμορφώνεται από τους *a priori* κανόνες της σκέψης, που είναι κοινοί σε όλους και απαραίτητοι για την πρόσληψη της αισθητής πραγματικότητας. Επιπλέον, η σχετικιστική θεωρία ενέχει δύο κινδύνους. Ο ένας κίνδυνος είναι μετατραπεί σε έναν παράδοξο σολιψισμό (δηλαδή στην άποψη ότι υπάρχει μόνο το υποκείμενο της γνώσης), κάτι που θα την οδηγούσε σε αντίφαση (δεδομένου ότι ο εαυτός θα προσλαμβάνονταν ως απόλυτη πραγματικότητα). Ο δεύτερος κίνδυνος είναι η μετατροπή της θεωρίας σε έναν παράδοξο πλουραλισμό, δηλαδή στην άποψη ότι υπάρχουν τόσοι κόσμοι όσα και τα υποκείμενα της γνώσης που τους δημιουργούν. Οι δύο κίνδυνοι αποφεύγονται μέσω της έμφασης που δίνεται

⁷⁰ Kelsen, "*Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*", ό.π., σελ. 198-199.

⁷¹ Αυτ., σελ. 199-200.

στη σχέση μεταξύ των υποκειμένων της γνώσης, η οποία χαρακτηρίζεται από ισότητα. Οι διάφορες μέθοδοι ορθολογικής γνώσης λογίζονται ως ισάξιες, άρα είναι δυνατή η συνύπαρξή τους, γεγονός που δεν ισχύει από την άποψη της φιλοσοφικής απολυταρχίας όπου ο γνώστης της απόλυτης δικαιοσύνης είναι ανώτερος από τους μη γνώστες.⁷²

Στην πολιτική, απολυταρχία ονομάζεται η μορφή διακυβέρνησης όπου όλη η εξουσία του κράτους συγκεντρώνεται στα χέρια ενός ατόμου, η θέληση του οποίου έχει την ισχύ νόμου. Η υπόλοιπη κοινότητα απλά εξουσιάζεται, και σε μεγάλο βαθμό στερείται ατομικών ελευθεριών. Η σχέση του ενός με τους πολλούς χαρακτηρίζεται από ανισότητα. Συνώνυμα της απολυταρχίας είναι ο δεσποτισμός, η δικτατορία, ο αυταρχισμός, ενώ απολυταρχικά καθεστώτα ήταν οι ευρωπαϊκές μοναρχίες του 17^{ου} και του 18^{ου} αιώνα, καθώς και το φασιστικό καθεστώς της Ιταλίας, το ναζιστικό καθεστώς της Γερμανίας και το μπολσεβικιστικό καθεστώς της Ρωσίας. Αντίθετα, η δημοκρατία είναι το πολίτευμα στο οποίο πραγματώνονται οι αρχές της ελευθερίας και της ισότητας. Ορισμένες διευκρινίσεις στο σημείο αυτό είναι απαραίτητες. Η ιδέα της ελευθερίας γίνεται αντιληπτή ως αντίδραση από ένα υποκείμενο ενάντια σε κάθε καταναγκασμό που ασκείται σε αυτό από την κοινωνία. Η ισότητα είναι το μέσο επίτευξης αυτής της ελευθερίας, γεγονός που γίνεται σαφές όταν το υποκείμενο αρνείται να υποτάξει την θέλησή του στην θέληση ενός άλλου υποκειμένου, το οποίο το πρώτο θεωρεί ίσο με αυτό. Όπως όμως είδαμε και προηγουμένως, δεν μπορεί να υπάρξει κοινωνία χωρίς καταναγκασμό και σχέσεις εξουσίας. Το αίτημα για ελευθερία και ισότητα, λαμβάνοντας υπόψιν αυτόν τον περιορισμό, μετατρέπεται σε αίτημα για *πολιτική* ελευθερία και ισότητα. Η πραγμάτωση της ελευθερίας προϋποθέτει μια αλλαγή του νοήματος της ελευθερίας, αλλαγή που πλέον δεν αρνείται την κοινωνία, και ιδιαίτερα το κράτος, αλλά που της δίνει μια νέα μορφή. Η ελευθερία, έτσι, νοείται ως αυτοπροσδιορισμός: ο αρχόμενος είναι αυτός που άρχει επί του εαυτού του, το υποκείμενο και το αντικείμενο της εξουσίας ταυτίζονται, δεν υπάρχει ετερονομία.⁷³ Μολαταύτα, η ιδέα της ελευθερίας, στην προσπάθεια να καταστεί απτή, υφίσταται επιπλέον περιορισμούς: ο λαός, το κυρίαρχο όργανο της δημοκρατικής πολιτείας, στην πραγματικότητα δεν είναι ομοιογενής και γι' αυτό δεν μπορεί έχει κοινή βούληση. Η έννοια του λαού εκφράζει την ενότητα μιας

⁷² Αυτ., σελ. 200-201.

⁷³ Kelsen, Hans, *The Essence and Value of Democracy*, επιμ. N. Urbinati, C. Invernizzi, Accetti, Rowman & Littlefield, Πλόμουθ 2013, κεφ. 1 ("*Freedom*"), σελ. 27-29.

πολλαπλότητας υποκειμένων, τα οποία ωστόσο χαρακτηρίζονται από διαφορές και συγκρούσεις συμφερόντων. Ο λαός δεν χαρακτηρίζεται από ομοιογένεια, και το αίτημα για ενότητα είναι ηθικοπολιτικό. Για την ακρίβεια, μόνο ο λαός ως αντικείμενο της κρατικής έννομης τάξης στην οποία υπάγεται μπορεί να χαρακτηρίζεται από ενότητα, επειδή όλα τα υποκείμενα υπάγονται στην τάξη αυτή ανεξαιρέτως. Εντούτοις, ο λαός ως υποκείμενο, δηλαδή ως δημιουργός της έννομης τάξης, δεν ταυτίζεται πλήρως με τον λαό ως αντικείμενό της: μια πολιτεία μπορεί να θέτει όρια στο πολιτικό δικαίωμα της ψηφοφορίας (για παράδειγμα, με την μη αναγνώριση του δικαιώματος στις γυναίκες) χωρίς να παύει να είναι δημοκρατική· από όσους έχουν πολιτικά δικαιώματα, δεν προβαίνουν όλοι στην άσκησή τους· τέλος, από όσους τα ασκούν, διακρίνουμε εκείνους που το κάνουν επηρεαζόμενοι από άλλους, κι εκείνους που το κάνουν βασιζόμενοι στη δική τους κρίση.⁷⁴

Δεδομένης της απουσίας «κοινού», «αντικειμενικού» συμφέροντος, το περιεχόμενο της έννομης τάξης διαμορφώνεται βάσει της αρχής της πλειοψηφίας. Η αρχή της πλειοψηφίας βασίζεται στην ιδέα ότι, αν δεν μπορούν όλοι, τότε πρέπει όσο το δυνατόν περισσότεροι να είναι ελεύθεροι. Η ισότητα έχει επικουρικό χαρακτήρα, αφού εξισώνει τις βουλήσεις των υποκειμένων κατά την έκφρασή τους και δεν δίνεται προτεραιότητα αυθαίρετα σε ορισμένες από αυτές, προκειμένου να επιτευχθεί η πολιτική ελευθερία. Η πλειοψηφική αρχή αποτρέπει έτσι την απόλυτη κυριαρχία μιας κοινωνικής ομάδας, λόγου χάριν, μιας τάξης, επί μιας άλλης. Εμπειρικά δε η αρχή είναι συμβατή με την προστασία της μειοψηφίας (την οποία προϋποθέτει εξ ορισμού η έννοια της πλειοψηφίας). Σύμφωνα με τον Κέλσεν, η αρχή θα πρέπει να ερμηνευτεί ως εξής: τα άτομα που απαρτίζουν την κοινωνία καταλήγουν να χωρίζονται σε δύο μεγάλες ομάδες. Αυτός ο περιορισμός σε μια βασική αντίθεση προϋποθέτει την υπέρβαση των αναρίθμητων τάσεων διαχωρισμού της κοινωνίας. Η βούληση της κοινωνίας είναι αποτέλεσμα αμοιβαίας αλληλεπίδρασης. Η μειοψηφία δεν μένει αμέτοχη, παρά με τις παρεμβάσεις στο κοινοβούλιο επηρεάζει τις αποφάσεις της πλειοψηφίας. Η διαλογική διαδικασία, η αλληλουχία λόγου-αντιλόγου, έχουν ως σκοπό την επίτευξη συμβιβασμού μεταξύ της πλειοψηφίας και της μειοψηφίας, όπου συμβιβασμός σημαίνει έμφαση σε όσα στοιχεία και συμφέροντα είναι κοινά μεταξύ των ομάδων, παραμερίζοντας όσο το δυνατόν τις όποιες μεταξύ

⁷⁴ Αυτ., κεφ. 2 (“*The People*”), σελ. 35-38.

τους διαφορές. Η επίτευξη αυτή, για τον Βιεννέζο νομικό, είναι δυνατή μόνο μέσω της πλειοψηφικής αρχής.⁷⁵

Ο παραλληλισμός μεταξύ φιλοσοφικής και πολιτικής απολυταρχίας γίνεται φανερός. Η σχέση μεταξύ του υποκειμένου και του αντικειμένου της γνώσης στην φιλοσοφική απολυταρχία είναι σύστοιχη με την ετερονομία που είναι ίδιον της σχέσης μεταξύ του απόλυτου μονάρχη και των υπηκόων του. Εκτός όμως από αυτόν τον εξωτερικό παραλληλισμό, βάσει των όσων έχουν ειπωθεί μέχρι στιγμής, η φιλοσοφική απολυταρχία γίνεται εργαλείο στα χέρια της πολιτικής. Η απόλυτη εξουσία του μονάρχη δικαιώνεται όταν εμφανίζεται εξουσιοδοτημένη από την απόλυτη πραγματικότητα (ο μονάρχης συνήθως αυτοπαρουσιάζεται ως απόγονος μιας θεότητας ή ως μύστης της φύσης). Στη σύγχρονη έκφασή της ως μπολσεβικισμός ή ναζισμός, δεν στηρίζεται στην νομιμοποίηση της θρησκείας, αλλά στην απολυτοποίηση της βασικής αξίας (του σοσιαλισμού και του έθνους, αντίστοιχα).⁷⁶ Από την άλλη, η ισότητα και η ελευθερία των υποκειμένων ως προς την δημιουργία της γνώσης αντιστοιχεί στις αρχές της ισότητας και της ελευθερίας στις οποίες βασίζεται η διαμόρφωση της έννομης τάξης στο δημοκρατικό πολίτευμα. Η αντιστοιχία μεταξύ δημοκρατίας και αξιακού σχετικισμού βάσει των κοινών στοιχείων της ελευθερίας και της ισότητας μπορεί να φαίνεται επιφανειακή, αλλά η θέση της ενισχύεται, για τον Κέλσεν, από το γεγονός ότι σχεδόν όλοι οι σχετικιστές φιλόσοφοι ήταν υπέρ της δημοκρατίας, ενώ αντίθετα οι μεταφυσικοί φιλόσοφοι, που εκπροσωπούσαν την φιλοσοφική απολυταρχία, ήταν κατά της δημοκρατίας και υπέρ απολυταρχικών πολιτευμάτων. Ο σοφιστής Πρωταγόρας δίδασκε ότι ο άνθρωπος είναι το μέτρο για όλα τα πράγματα και ήταν δημοκράτης. Ο Πλάτωνας ωστόσο ισχυριζόταν, αντίθετα από τον Πρωταγόρα, ότι ο Θεός είναι το μέτρο όλων των πραγμάτων και ταυτόχρονα απέρριπτε την δημοκρατία, προασπίζοντας στην θέση της την ιδεώδη πολιτεία του, η οποία είχε απολυταρχικό χαρακτήρα. Στη νεώτερη φιλοσοφία, ο Σπινόζα συνδύαζε την αντιμεταφυσική, πανθειστική φιλοσοφία του με την προάσπιση των δημοκρατικών αρχών στην ηθική και πολιτική σφαίρα. Ο Λάμπνιτς, από την άλλη, ήταν μεταφυσικός φιλόσοφος και υποστηρικτής της μοναρχίας.⁷⁷ Για τον Βιεννέζο νομικό, είναι εύλογο όταν πιστεύει κάποιος σε απόλυτες αξίες να θεωρεί τον εαυτό του κάτοχο της αλήθειας-δικαιοσύνης, και να

⁷⁵ Αυτ., κεφ. 6 (“*The Majority Principle*”), σελ. 67-70.

⁷⁶ Kelsen, “*Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*”, ό.π., σελ. 201-202.

⁷⁷ Αυτ., σελ. 204-205.

μην επιτρέπει άλλες αξίες, εκφραζόμενες από τους μη κατέχοντες αυτής, να εκφράζονται και να πραγματοποιούνται. Η διαμόρφωση της έννομης τάξης όχι με βάση ένα αντικειμενικό, απόλυτο αγαθό, αλλά σύμφωνα με αυτό που πιστεύουν τα υποκείμενα ότι είναι αγαθό, τουτέστιν, ένα σχετικό αγαθό, είναι δυνατή μόνο στο πλαίσιο των δημοκρατικών θεσμών.⁷⁸ Η ελευθερία της σκέψης και της έκφρασης, η ανεκτικότητα και ο σεβασμός των διαφορετικών (ακόμη και των αντιδημοκρατικών)⁷⁹ απόψεων, οι θεμελιώδεις ελευθερίες και τα δικαιώματα των μειοψηφιών, έχουν θέση μόνο σε ένα πολίτευμα που βασίζεται στην ελευθερία και την ισότητα. Η ελευθερία και η ισότητα συνιστούν, από επιστημονική άποψη, σχετικές αξίες. Ως εκ τούτου, ο αξιακός σχετικισμός είναι προϋπόθεση της δημοκρατίας. Το δημοκρατικό πολίτευμα μπορεί να αξιολογηθεί θετικά μόνο ως προς την πραγμάτωση της ελευθερίας και της ισότητας· για την πραγμάτωση όμως ενός οικονομικού εξισωτισμού, για παράδειγμα, μπορεί να κριθεί ανεπαρκές. Η δημοκρατία δεν μπορεί να θεμελιωθεί σε μια απόλυτη αξία, οπότε την ευθύνη για την επιλογή της κοινωνικής αξίας την επωμίζεται το υποκείμενο. Ο φόβος ανάληψης αυτής της ευθύνης από τα άτομα, και η αναζήτηση μιας εξωτερικής οντότητας, στην οποία μπορούν να την μεταθέσουν, έχουν για τον Κέλσεν ως αποτέλεσμα την στροφή προς την θρησκεία και το φυσικό δίκαιο.⁸⁰

3.2 Βασικός κανόνας και δημοκρατία

Η δημοκρατία γίνεται κατανοητή από τον Κέλσεν φορμαλιστικά, δηλαδή ως μέθοδος για την δημιουργία του περιεχομένου της έννομης τάξης, και όχι ως πραγμάτωση κάποιας συγκεκριμένης αξίας σύμφυτης με το δημοκρατικό ιδεώδες. Δεδομένης της απουσίας απόλυτης νομιμοποίησης, πού βασίζεται η δεσμευτικότητα των κανόνων της, δηλαδή η ισχύς τους; Γιατί να υπακούει κανείς την δημοκρατική έννομη τάξη, εφόσον στερείται απόλυτης θεμελίωσης; Όπως κάθε έννομη τάξη, σύμφωνα με την

⁷⁸ Αυτ., σελ. 206.

⁷⁹ Η ελεύθερη έκφραση των αντιδημοκρατικών απόψεων προϋποθέτει ότι αυτές εκφράζονται με ειρηνικό τρόπο. Αυτό δεν σημαίνει ότι το δημοκρατικό πολίτευμα δεν μπορεί να καταστέλλει με τη βία οποιοδήποτε βίαιο εγχείρημα έχει ως σκοπό την ανατροπή του. Η βίαιη καταστολή δεν αντίκειται στον δημοκρατικό χαρακτήρα της πολιτείας και την αρχή της ανεκτικότητας. Βλ. Κέλσεν, *Τι είναι δικαιοσύνη;*, ό.π., σελ. 66.

⁸⁰ Kelsen, Hans, “*Foundations of Democracy*”[1955], στο *Ethics*, τόμος 66, τχ. 1, μέρος II, κεφ. 2 (“*Democracy and Religion*”), σελ. 40.

καθαρή θεωρία του δικαίου, έτσι και ένα δημοκρατικό πολίτευμα «θεμελιώνεται» σε έναν υποτιθέμενο βασικό κανόνα. Ο βασικός κανόνας, όπως έχουμε πει και προηγουμένως, προϋποτίθεται ως ο ανώτερος κανόνας, από τον οποίο λαμβάνουν ισχύ και ενότητα μεταξύ τους όλοι οι υπόλοιποι κανόνες ενός δικαϊκού συστήματος που συναποτελούν την έννομη τάξη. Οι φυσικοδικαϊκές θεωρίες διαφέρουν από την θετικιστική προσέγγιση επειδή αναζητούν τον λόγο ισχύος του εκάστοτε θετού δικαίου σε μια φυσική τάξη πραγμάτων. Η απάντηση που θα δίνονταν από την θεωρία του φυσικού δικαίου στο ερώτημα «Γιατί οφείλω να υπακούω τον νόμο;» θα ήταν ότι το θετό δίκαιο ανταποκρίνεται στις επιταγές της φύσης, εντός της οποίας εκφράζεται το ιδανικό της δικαιοσύνης. Η φύση δηλαδή απαιτεί να υπακούμε στους κανόνες που αυτή επιτάσσει: αυτός είναι ο βασικός κανόνας της θεωρίας του φυσικού δικαίου. Αντιμέτωπη όμως με το ερώτημα «Γιατί να υπακούω τους κανόνες της φύσης;», η φυσικοδικαϊκή θεωρία δεν έχει απάντηση. Ο βασικός κανόνας του φυσικού δικαίου δεν είναι αυτονόητος, που σημαίνει ότι κάποιος μπορεί να τον προϋποθέσει, κάποιος άλλος όχι.⁸¹ Παρομοίως, ούτε η απάντηση της χριστιανικής θεολογίας, και συγκεκριμένα του δόγματος του Αποστόλου Παύλου, δεν απαντά στο ερώτημα που μας απασχολεί. Σύμφωνα με το δόγμα αυτό, η κάθε εξουσία επί της γης έχει τεθεί σύμφωνα με την θέληση του Θεού, τον οποίο και οφείλει κανείς να υπακούει. Γιατί όμως οφείλει κάποιος να υπακούει τον Θεό; Πάλι δεν δίνεται κάποια απάντηση. Το ότι πρέπει να τον υπακούμε δεν είναι κανόνας που έχει τεθεί από τον Θεό, αφού εκείνος είναι η υπέρτατη εξουσία. Είναι ο βασικός κανόνας της θεολογίας για την νομιμοποίηση της ισχύος του δικαίου. Αυτή η μεταφυσική υπόθεση όμως γίνεται αποδεκτή μόνο από την χριστιανική θεολογία, τουτέστιν, πρέπει κάποιος να πιστεύει στον Θεό της χριστιανικής θεολογίας.⁸² Οι απαντήσεις αυτές δεν γίνονται αποδεκτές από την καθαρή θεωρία του δικαίου. Για τον Κέλσεν, δεν έχει νόημα η αναζήτηση της ισχύος του δικαίου σε υπερβατικές-ανώτερες τάξεις από την θετή. Μόνο η θετή έννομη τάξη είναι η ανώτερη τάξη, και σε αυτήν πρέπει να αναζητείται ο βασικός κανόνας. Η θετή τάξη, όπως έχουμε πει, είναι ιεραρχικά δομημένη, που σημαίνει ότι κάθε δικαϊκός κανόνας οφείλει την ισχύ του από την εξουσιοδότηση που λαμβάνει από έναν άλλο κανόνα. Ένας ατομικός κανόνας που εφαρμόζεται από ένα δικαστήριο, λαμβάνει την ισχύ του από την εξουσιοδότηση ενός νόμου που είναι έγκυρος, που έχει ψηφιστεί δηλαδή από το κοινοβούλιο. Ο νόμος του κοινοβουλίου

⁸¹ “*Why should the law be obeyed?*”, στο Kelsen, *What is Justice?...*, ό.π., σελ. 257-260.

⁸² Αυτ., σελ. 260-261.

έχει ισχύ επειδή τέθηκε σύμφωνα με τις θεσμοθετημένες διαδικασίες που προβλέπονται από το Σύνταγμα, το οποίο συνιστά τον τυπικά ισχυρότερο δικαϊκό κανόνα. Γιατί να υπακούει κανείς στο Σύνταγμα; Επειδή το Σύνταγμα αυτό είναι η μετεξέλιξη ενός προηγούμενου Συντάγματος, σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες του οποίου έγινε η αλλαγή από το ένα Σύνταγμα στο άλλο. Γιατί να υπακούμε στο προηγούμενο Σύνταγμα; Γιατί και αυτό αποτελεί μετεξέλιξη ενός πρότερου Συντάγματος, κοκ. Φτάνουμε στο πρώτο ιστορικά Σύνταγμα. Στο ερώτημα «Γιατί να υπακούσω το πρώτο Σύνταγμα;», η καθαρή θεωρία του δικαίου απαντά ως εξής:

η υπακοή του πρώτου Συντάγματος πρέπει να προϋποτεθεί εάν η καταναγκαστική τάξη που εγκαθιδρύθηκε στην βάση του και υπακούγεται και εφαρμόζεται από αυτούς των οποίων τη συμπεριφορά ρυθμίζει πρόκειται να θεωρηθεί ισχύουσα τάξη που δεσμεύει τα υποκείμενα αυτά· αν οι σχέσεις μεταξύ τους πρόκειται να ερμηνευτούν ως νομικές υποχρεώσεις, νομικά δικαιώματα και νομικές ευθύνες, και όχι απλά σχέσεις δύναμης· και αν πρόκειται να είναι πιθανό να ξεχωρίσουμε μεταξύ νομικά σωστού και νομικά λάθους, και ειδικά μεταξύ νόμιμης και παράνομης χρήσης βίας⁸³

Από την επιστημονική οπτική δηλαδή, ο βασικός κανόνας της θετικής έννομης τάξης, ως ο απόλυτος λόγος της ισχύος της, δεν δημιουργείται από την νομοθετική εξουσία, αλλά είναι και σε αυτή την περίπτωση μια υπόθεση. Δεν είναι προϊόν αυθαιρεσίας, με την έννοια ότι μπορούμε να επιλέξουμε μεταξύ διαφόρων βασικών κανόνων, καθότι ένας βασικός κανόνας αναφέρεται σε συγκεκριμένα και αντικειμενικά επαληθεύσιμα γεγονότα: την θέσπιση ενός συγκεκριμένου Συντάγματος, για παράδειγμα, και τις πράξεις δημιουργίας και εφαρμογής κανόνων μιας καταναγκαστικής τάξης που εξουσιοδοτούνται από αυτό. Με την προϋπόθεση του βασικού κανόνα το υποκειμενικό νόημα των πράξεων των πατέρων του Συντάγματος ερμηνεύεται ως αντικειμενικό.⁸⁴ Είπαμε επίσης προηγουμένως ότι για την επιστήμη του δικαίου, ένα Σύνταγμα είναι ισχύον μόνο όταν η βασιζόμενη σε αυτό έννομη τάξη είναι αποτελεσματική, δηλαδή σε μεγάλο βαθμό τα όργανα και τα υποκείμενα της τάξης συμπεριφέρονται σύμφωνα με τους κανόνες της. Κατ' επέκταση, η αρχή της αποτελεσματικότητας είναι ο γενικός βασικός κανόνας που η νομική σκέψη

⁸³ Αυτ., σελ. 261-262. [Η μετάφραση δική μου, Γ.Κ.]

⁸⁴ Αυτ., σελ. 262-263. Kelsen, *Pure Theory of Law*, ό.π., κεφ. 5, υποκεφ. 34 (“*The reason for the validity of a normative order: the Basic Norm*”), σελ. 201-203.

προϋποθέτει όταν αναγνωρίζει ορισμένους κανόνες ως το έγκυρο Σύνταγμα ενός κράτους.⁸⁵ Αυτό σημαίνει δηλαδή ότι όταν οι άνθρωποι συμπεριφέρονται σύμφωνα με την έννομη τάξη, τότε αυτή είναι αποτελεσματική. Η ισχύς του Συντάγματος σημαίνει ότι συμμορφώνεται με αυτόν τον βασικό κανόνα. Αυτή η προϋπόθεση στη νομική σκέψη επαληθεύεται από το πώς ερμηνεύει η τελευταία την επανάσταση: η επανάσταση είναι η αντικατάσταση ενός Συντάγματος από ένα άλλο Σύνταγμα με τη βία, και όχι σύμφωνα με τις προβλεπόμενες διαδικασίες του πρώτου. Το παλιό παύει να ισχύει, διότι θεωρείται ότι έχασε την αποτελεσματικότητά του. Το νέο Σύνταγμα θεωρείται ισχύον μόνο όταν καταστεί αποτελεσματικό, και η νέα κυβέρνηση θεωρείται νόμιμη μόνο αν μπορεί να καταστήσει την νέα έννομη τάξη αποτελεσματική.⁸⁶ Ακόμη και αν δεν αλλάζει το περιεχόμενο των κανόνων της έννομης τάξης σε μια τέτοια περίπτωση, αλλάζει ο λόγος ισχύος τους, δηλαδή ο βασικός κανόνας (εφόσον πλέον αναφέρεται σε διαφορετικά γεγονότα). Ο νομικός θετικισμός δίνει ως απάντηση μια υπόθεση, που όμως κάποιος αποδέχεται ή όχι, και δέχεται ότι υπάρχουν διαφορετικές ερμηνείες: λόγου χάρη, ένας κοινωνιολόγος μπορεί να μην μιλά για νόμιμη – παράνομη συμπεριφορά, αλλά να ερμηνεύει την κοινωνική συμπεριφορά ως διαδικασία όπου ο ένας αναγκάζει τον άλλον να συμπεριφερθεί όπως ο πρώτος επιθυμεί, τουτέστιν, με όρους συσχετισμού δυνάμεων.⁸⁷ Υπάρχουν δε κάποιοι που προτιμούν τις απαντήσεις που δίνονται από την θεωρία του φυσικού δικαίου ή την χριστιανική θεολογία. Όμως και σε αυτές τις περιπτώσεις ο βασικός κανόνας προϋποτίθεται, είναι υποθετικός. Η μόνη διαφορά είναι ότι η ισχύς, της οποίας ο βασικός κανόνας του νομικού θετικισμού είναι ο λόγος, το «θεμέλιο», είναι η ισχύς του θετού δικαίου, όχι κάποιας φυσικής ή θείας τάξης.⁸⁸ Συν τοις άλλοις, ο βασικός κανόνας του νομικού θετικισμού δεν αποσκοπεί στο να δώσει μια οριστική απάντηση στο ερώτημα τι είναι δίκαιο, σε αντίθεση με τις αξιώσεις του φυσικού δικαίου. Ο βασικός κανόνας, έτσι, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, δεν γίνεται εργαλείο ηθικοπολιτικών σκοπιμοτήτων.

⁸⁵ Kelsen, *Value Judgments in the Science of Law*, ό.π., σελ. 224.

⁸⁶ Αυτ., σελ. 224-225.

⁸⁷ Kelsen, *Pure Theory of Law*, ό.π., κεφ. 5, υποκεφ. 34 (“*The reason for the validity of a normative order: the Basic Norm*”), σελ. 208.

⁸⁸ Kelsen, “*Why should the law be obeyed?*”, ό.π., σελ. 263.

Συμπεράσματα

Την σχέση του ορισμού της δικαιοσύνης με την πολιτική, και συγκεκριμένα τη σχέση μεταξύ μιας σχετικιστικής προσέγγισης ως προς την έννοια της δικαιοσύνης και του δημοκρατικού πολιτεύματος, επέλεξα να διερευνήσω υπό το πρίσμα της καθαρής θεωρίας του δικαίου του Χανς Κέλσεν, την οποία θεώρησα επίκαιρη και ρεαλιστική (και γι' αυτό πιο πειστική). Η καθαρή θεωρία του δικαίου συγκαταλέγεται στις θεωρίες του νομικού θετικισμού, οι οποίες παραδοσιακά αντιτίθενται στις θεωρίες του φυσικού δικαίου· αυτή την αντίθεση υιοθετεί και η καθαρή θεωρία. Ο Κέλσεν οικοδομεί την θεωρητική του κατασκευή στην επιστημολογική διάκριση μεταξύ Είναι και Δέοντος, την οποία αντλεί από την φιλοσοφία των Ιμμάνουελ Καντ και Ντέιβιντ Χιούμ. Βάσει αυτής της διάκρισης κατανοεί το θετό δίκαιο ως αντικείμενό της, και την σχετικότητα που το χαρακτηρίζει ως προς το ιστορικό του περιεχόμενο. Αυτή η σχετικιστική προσέγγιση του δικαίου έρχεται σε πλήρη αντίθεση με τις φυσικοδικαϊκές θεωρίες, οι οποίες δεν προϋποθέτουν τη διάκριση Είναι και Δέοντος, με αποτέλεσμα οι τελευταίες να αξιώνουν τη συναγωγή απόλυτων και μη αυθαίρετων (δηλαδή μη θετών από τον άνθρωπο) αξιών από την φύση (νοούμενη είτε ως το σύνολο της φυσικής πραγματικότητας, είτε ως ανθρώπινη φύση, η οποία με τη σειρά της νοείται είτε ως ανθρώπινος Λόγος, είτε ως ανθρώπινα ορμέμφυτα). Η θέληση για συναγωγή από τη φύση απόλυτων αξιών (και κατ' επέκταση, του αληθινού περιεχομένου της δικαιοσύνης) οφείλεται στις πολιτικές σκοπιμότητες (είτε συντηρητικές, είτε επαναστατικές) των θεωρητικών του φυσικού δικαίου. Τα λογικά σφάλματα, οι παραλείψεις και οι διαστρεβλώσεις της πραγματικότητας από τις θεωρίες του φυσικού δικαίου αποκτούν, όπως είδαμε, πολλές μορφές: η προσαρμογή του περιεχομένου του θετού δικαίου με τις επιταγές του φυσικού δικαίου δεν οδηγεί τους θεωρητικούς του φυσικού δικαίου στο λογικό συμπέρασμα ότι το θετό δίκαιο καθίσταται περιττό σε μια τέτοια περίπτωση, καθώς ένα τέτοιο συμπέρασμα θα στερούσε τη δυνατότητα δικαιολόγησης της θετής έννομης τάξης της αρεσκείας τους· η ταύτιση του φυσικού δικαίου με την φυσική αναγκαιότητα οδηγεί είτε στο ουτοπικό συμπέρασμα ότι ο καταναγκασμός (και άρα το κράτος) δεν είναι αναγκαίος για την ανθρώπινη συνύπαρξη, είτε στην δικαιολόγηση του υπαρκτού, εμφανιζόμενη ως το

δόγμα του ισχυροτέρου, και την κατάργηση της διάκρισης φύσης – δικαίου· η ανάγκη εφαρμογής του δικαίου, είτε φυσικού είτε θετού, έφερε στο προσκήνιο την αναπόφευκτη θετικοποίηση του φυσικού δικαίου, έκβαση την οποία δεν είχαν προβλέψει οι θεωρητικοί του τελευταίου. Τον ιδεολογικό χαρακτήρα αυτών των λογικών ασυνεπειών τονίζει η αδυναμία διάκρισης του φυσικού δικαίου από την ηθική. Από την κριτική στις φυσικοδικαϊκές θεωρίες αφενός προκύπτει το συμπέρασμα ότι από αυτές μπορεί κανείς να δικαιολογήσει τις πιο διαφορετικές μεταξύ τους αξίες, και κατ'επέκταση τα πιο διαφορετικά μεταξύ τους πολιτεύματα, αφετέρου βλέπει κανείς σε αυτή την τάση για απόλυτη δικαιολόγηση και την αντίστοιχη αυταρχική πολιτική βούληση. Η φιλοσοφική απολυταρχία οδηγεί, ως επί το πλείστον, στην πολιτική αυταρχία, ενώ ο σχετικισμός είναι συμβατός μόνο με την δημοκρατία. Ελλείπει απόλυτης θεμελίωσης, όλες οι θετές έννομες τάξεις δύνανται να θεμελιώνονται μόνο στο θετό δίκαιο. Έτσι, και η δημοκρατία, μόνο σχετική θεμελίωση, και ποτέ απόλυτη, μπορεί να αξιώνει, κάτι που της παρέχει μόνο ο υποθετικός βασικός κανόνας.

Στον τρόπο με τον οποίο ο Βιεννέζος νομικός πραγματεύεται το ζήτημα των αξιών, την πραγμάτωση της δημοκρατίας, και την σχέση σχετικισμού και δημοκρατίας, έγκειται, κατά την γνώμη μου, ο ρεαλισμός του. Η διαπίστωση της σχετικότητας των αξιών βασίζεται σε μια διεξοδική κριτική ανάλυση των θεωριών του φυσικού δικαίου, η οποία εκθέτει τα λογικά σφάλματά τους και τις αντιφάσεις στις οποίες υποπίπτουν. Στην περίπτωση της καθαρής θεωρίας του δικαίου, η κριτική στις φυσικοδικαϊκές θεωρίες εκκινεί από την διάκριση μεταξύ Είναι και Δέοντος, η οποία έχει γίνει πολλάκις αντικείμενο θεωρητικής επεξεργασίας, τόσο από υπερασπιστές, όσο και από επικριτές της.⁸⁹ Ο αξιακός σχετικισμός της θεωρίας του Κέλσεν θα μπορούσε ωστόσο, κατά την γνώμη μου, να υποστηριχθεί ακόμα και χωρίς την αυστηρότητα με την οποία η διάκριση παρουσιάζεται. Θα συμφωνήσω με τον Eugenio Bulygin, ο οποίος διακρίνει μια διττή ερμηνεία για τον δυισμό Είναι – Δέον: μια οντολογική ερμηνεία, σύμφωνα με την οποία ο κόσμος του Δέοντος και ο κόσμος του Είναι υπάρχουν και είναι τελείως ασυμβίβαστοι μεταξύ τους· και μια σημειωτική ερμηνεία (την οποία προκρίνει ο Bulygin και με την οποία συμφωνώ κι εγώ), κατά την οποία οι κόσμοι του Είναι και Δέοντος δεν είναι στην πραγματικότητα αυστηρά

⁸⁹ Όπως παρατηρεί και ο Georg Henrik von Wright, στο Henrik von Wright, Georg, "Is and Ought", στο Paulson και Litschewski Paulson (επιμ.), *Normativity and Norms...*, ό.π., παράγρ. 3 και 4, σελ. 366-369, ιδίως 368-369.

διακεκριμένοι, καθώς η διάκριση αναφέρεται και περιορίζεται στην αδυναμία συναγωγής κανονιστικών προτάσεων από προτάσεις που αφορούν την πραγματικότητα (και το αντίστροφο).⁹⁰ Η αυστηρή διάκριση των δύο κόσμων δεν υποστηρίζεται, κατά τον Bulygin, ούτε στην κλασική⁹¹ περίοδο του έργου του Κέλσεν· εκτός αυτού, μάλλον ποτέ δεν ήταν τόσο αυστηρή η διάκριση, αν λάβουμε υπόψιν ότι η καθαρή θεωρία του δικαίου είναι θετικιστική, δηλαδή ασχολείται με το θετό δίκαιο που προέρχεται/εξαρτάται από ανθρώπινες πράξεις, *ασχέτως αν δεν ταυτίζεται με αυτές*.⁹² Στο *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, ο Bulygin προσεγγίζει την έννοια της ισχύος εντός της καθαρής θεωρίας του δικαίου, και τους τρόπους με τους οποίους μπορεί να ερμηνευτεί. Ορισμένοι θεωρητικοί πιστεύουν ότι είναι προβληματική η έννοια της ισχύος όταν νοείται ως δεσμευτική δύναμη, διότι η εννοιολόγηση αυτή προέρχεται από τη θεωρία του φυσικού δικαίου, και γι'αυτό θεωρείται ότι απειλεί το οικοδόμημα της καθαρής θεωρίας του δικαίου. Κάποιοι άλλοι θεωρούν αναγκαία την έννοια της ισχύος ως έχει για την κατανόηση της φύσης του δικαίου από τον Κέλσεν. Η διάκριση οντολογικής – σημειωτικής ερμηνείας περιείναι και Δέοντος χρησιμοποιείται από τον Bulygin στο πλαίσιο της ανάδειξης της αντινομίας που διακρίνει μεταξύ μιας καντιανής και μιας θετικιστικής κατεύθυνσης στην θεωρία του Κέλσεν. Η οντολογική ερμηνεία βασίζεται στην καντιανή κατεύθυνση, ενώ η σημειωτική στην θετικιστική.⁹³ Η πριμοδότηση της σημειωτικής ερμηνείας από τον Bulygin εντάσσεται στην γενικότερη έμφαση του στα θετικιστικά στοιχεία της καθαρής θεωρίας του δικαίου, προκειμένου να δείξει ότι η ισχύς ως

⁹⁰ Βλ. Bulygin, Eugenio, “*An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*”, στο Paulson και Litschewski Paulson (επιμ.), *Normativity and Norms...*, ό.π., κεφ. 1, σελ. 301.

⁹¹ Ο Stanley Paulson προτείνει την περιοδολόγηση του έργου του Κέλσεν στις εξής 3 φάσεις: 1) η *κριτική-κονστρουκτιβιστική* φάση (1911-21), κατά την οποία αρχίζουν να διαφαίνονται στοιχεία από την καντιανή φιλοσοφία, και κατά την οποία ο Κέλσεν διαμορφώνει τις βασικές έννοιες της θεωρίας του, 2) η *κλασική* περίοδος (1921-60), κατά την οποία εμβαθύνει στον νεοκαντιανισμό, τον οποίο χρησιμοποιεί για να προσεγγίσει την προβληματική της κανονιστικότητας. Επιπλέον, υιοθετεί από τον Adolf Merkl την δυναμική αρχή της ιεραρχίας του δικαίου, και 3) η *σκεπτική* φάση (1960-73), κατά την οποία εγκαταλείπει τις καντιανές καταβολές του και αναπτύσσει μια περισσότερο «βουλησιαρχική» θεωρία του δικαίου. Βλ. Paulson και Litschewski Paulson (επιμ.), *Normativity and Norms...*, ό.π., *Introduction, Part I. Kelsen's shift to the classical phase*, σελ. xxiii-xxvii.

⁹² “No imperative without an *imperator*, no command without a commander” (δηλ. «καμία εντολή χωρίς εντολέα, καμία προσταγή χωρίς προστάζοντα»). Η μετάφραση δική μου, Γ.Κ.), γράφει ο Κέλσεν χαρακτηριστικά στο Kelsen, “*On the concept of norm*”, ό.π., σελ. 218. Αυτή τη θέση υπερασπίζεται απέναντι στον Walter Dubislaw, που ισχυρίζεται ότι είναι δυνατή η ύπαρξη «προσταγής χωρίς προστάζοντα», στο Kelsen, “*Law and Logic*”, ό.π., σελ. 237-238. Βλ. επίσης Kelsen, “*The Idea of Natural Law*”, ό.π., σελ. 36-37, όπου αναφέρει πως το πρόβλημα της θετικότητας του δικαίου συνίσταται στο ότι το θετό δίκαιο ανήκει τόσο στον κόσμο του Είναι, όσο και του Δέοντος.

⁹³ Βλ. σχετικά Bulygin, “*An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*”, ό.π., Πρόλογος-κεφ. 2, σελ. 297-303. Ο Bulygin λαμβάνει ως τεκμήριο εγκατάλειψης από τον Κέλσεν της κανονιστικής έννοιας της ισχύος την αποδοχή από τον τελευταίο της πιθανότητας ύπαρξης αντιφατικών ισχυόντων κανόνων εντός της ίδιας έννομης τάξης. Αυτ., σελ. 303.

δεσμευτική δύναμη δεν είναι αναγκαία για την συνοχή της θεωρίας. Αυτή η γραμμή σκέψης δεν αφήνει φυσικά ανεπηρέαστη την έννοια του βασικού κανόνα και της δεσμευτικότητας της ισχύος των δικαϊκών κανόνων, αλλά δεν θα επεκταθώ περαιτέρω ως προς αυτά τα ζητήματα.⁹⁴

Δεδομένου ενός αξιακού σχετικισμού, πολύ σωστά η δημοκρατία ορίζεται από τον Κέλσεν μορφικά, δηλαδή ως τρόπος/μέθοδος λήψης πολιτικών αποφάσεων, και όχι ουσιαστικά, ως πραγμάτωση κάποιας αξίας σύμφυτης με την δημοκρατία. Οι μόνες αξίες που η δημοκρατία πασχίζει να πραγματώσει και στις οποίες βασίζεται μόνο η μορφή της είναι οι αξίες της ελευθερίας και της ισότητας. Ο ρεαλισμός του Κέλσεν είναι εμφανής και στις αναλύσεις του για το δημοκρατικό πολίτευμα: η άποψή του, για παράδειγμα, ότι το ιδανικό της ελευθερίας δεν δύναται να πραγματοποιηθεί χωρίς να αλλάξει το νόημά του.⁹⁵ Η πρωταρχική έννοια της ελευθερίας έχει τη σημασία της απουσίας οποιουδήποτε καταναγκασμού και την άρνηση κάθε είδους ετεροπροσδιορισμού. Επειδή όμως η κοινωνική συνύπαρξη δεν μπορεί να υφίσταται χωρίς έναν ορισμένο βαθμό καταναγκασμού, η σημασία της ελευθερίας αλλάζει για να πάρει πλέον το νόημα της *πολιτικής ελευθερίας*, τουτ' έστιν, της συμμετοχής του υποκειμένου στην διαμόρφωση της έννομης τάξης στην οποία υπάγεται αυτό το ίδιο (η αρχή της αυτονομίας). Αυτή η μεταμόρφωση συνιστά την μετάβαση από το *ιδεώδες* της δημοκρατίας στην *υλοποίησή* της. Το ίδιο ισχύει και για την πραγμάτευσή του του θεσμού του κοινοβουλευτισμού: το κοινοβούλιο είναι αναγκαίο για τις σύγχρονες δημοκρατίες, παρ' όλο που η δημοκρατία δεν ταυτίζεται με την ύπαρξη κοινοβουλίου. Η ιδέα της δημοκρατίας, και η αρχή της αυτονομίας στην οποία βασίζεται, περιορίζονται από το κοινοβούλιο στο όνομα του καταμερισμού της εργασίας στην πολιτική. Η σύγχρονη *μαζική* δημοκρατία και η πολυπλοκότητα των κοινωνικών μηχανισμών καθιστούν αδύνατη την πραγμάτωση

⁹⁴ Ο Bulygin θεωρεί ότι οι έννοιες της ύπαρξης και της ισχύος των δικαϊκών κανόνων χαρακτηρίζονται από αμφισημία. Προτείνει τέσσερις διαφορετικές σημασίες για την έννοια της ισχύος, τις οποίες διακρίνει στην καθαρή θεωρία του δικαίου (Αυτ., κεφ. 4, σελ. 306-310). Από αυτήν την ταξινόμηση, ο Bulygin συμπεραίνει αφενός ότι ένας κανόνας μπορεί να ανήκει σε μια έννομη τάξη ακόμα και όταν αυτή δεν είναι ισχύουσα (δηλαδή δεσμευτική), αφετέρου ότι η ισχύς ενός κανόνα δεν σχετίζεται με την ισχύ, αλλά με την ύπαρξη, ενός άλλου κανόνα (Αυτ., κεφ. 5-6, σελ. 310-314). Ο βασικός κανόνας, ο ύστατος λόγος τόσο της ενότητας όσο και της ισχύος μιας έννομης τάξης, θεωρείται στις δύο αυτές περιπτώσεις – που στο έργο του Κέλσεν είναι αλληλεξαρτώμενες – περιττός. Ο Bulygin συμπεραίνει ότι η ιδέα της ισχύος ως δεσμευτικής δύναμης και ο θετικιστικός χαρακτήρας της επιστήμης του δικαίου, τις οποίες ο Κέλσεν προσπάθησε να συγκεράσει με την έννοια του βασικού κανόνα, είναι ασυμβίβαστες. Ο Bulygin, δεδομένης της απόρριψης του βασικού κανόνα, προτείνει να εγκαταλειφθεί η ιδέα της ισχύος ως δεσμευτικής δύναμης (Αυτ., κεφ. 7, σελ. 314-315).

⁹⁵ Kelsen, *The Essence and Value of Democracy*, ό.π., κεφ. 1 (“Freedom”), σελ. 27-29.

ενός μοντέλου άμεσης δημοκρατίας.⁹⁶ Τέλος, ρεαλιστική είναι και η αντιμετώπιση του Κέλσεν ως προς το ζήτημα της θεμελίωσης και της προστασίας της δημοκρατίας. Οντας συνεπής σχετικιστής, ισχυρίζεται ότι και η δημοκρατία βασίζεται σε σχετικά ιδανικά (την ελευθερία και την ισότητα), και γι' αυτό δεν έχει νόημα να αναζητούμε την απόλυτη θεμελίωσή της. Πράγματι, η θέση αυτή αφήνει απροστάτευτη την δημοκρατία από τους πολιτικούς εχθρούς της. Η θεωρητική συνέπεια και η εντιμότητα που χαρακτηρίζει όμως τον Κέλσεν, τον αποτρέπει αφενός από το να στραφεί στο φυσικό δίκαιο (στροφή πολλών συγχρόνων του) για να προστατέψει την δημοκρατία, αφετέρου από την άσκηση αυταρχικών πολιτικών, όπως η απαγόρευση κομμάτων από τη συμμετοχή στον κοινοβουλευτικό στίβο και η λογοκρισία των αντιδημοκρατικών απόψεων. Μια μη ανεκτική δημοκρατία συνιστά αντίφαση εν τοις όροις, και δεν αξίζει, για τον Κέλσεν, να την υπερασπιζόμαστε.⁹⁷ Ο Κέλσεν μας καλεί να αφουγκραστούμε μια ηθική της ευθύνης, που μας επιτρέπει να διαλέξουμε οι ίδιοι τις αξίες μας και τα μέσα πραγμάτωσής τους, και να μην ενδώσουμε, από φόβο αυτής της ευθύνης, στην ανευθυνότητα που προσφέρουν οι απόλυτες νομιμοποιητικές πρακτικές της θρησκείας και του φυσικού δικαίου.⁹⁸

Σε μια παγκοσμιοποιημένη, μεταμοντέρνα εποχή, που χαρακτηρίζεται από την δυσπιστία απέναντι στις μεγάλες αφηγήσεις (ή μετα-αφηγήσεις), για να χρησιμοποιήσω έναν ορισμό του Ζαν-Φρανσουά Λυοτάρ (Jean-François Lyotard)⁹⁹, η καθαρή θεωρία του δικαίου και η θεωρία περί δημοκρατίας του Χανς Κέλσεν είναι επίκαιρες. Καμία θεωρία δεν μπορεί να αξιώνει τίτλους απόλυτης αλήθειας και οριστικών απαντήσεων, κάτι που ο Κέλσεν αναγνώριζε και για τη δική του επιστήμη του δικαίου· η διαπίστωση αυτή όμως δεν στερεί από το έργο του την δυναμική για την αντιμετώπιση των σύγχρονων προκλήσεων.

⁹⁶ Αυτ., κεφ. 3 (“Parliament”), σελ. 47-51.

⁹⁷ Κέλσεν, *Τι είναι δικαιοσύνη*;, ό.π., σελ. 60-68 . Βλ. επίσης Αυτ., σελ. 77-89.

⁹⁸ Kelsen, “*Foundations of Democracy*”, ό.π., κεφ. 2 (“*Democracy and Religion*”), σελ. 40.

⁹⁹ Lyotard, Jean-François, *Η Μεταμοντέρνα Κατάσταση*, προλ. Θ. Γεωργίου, μτφρ. Κ. Παπαγιώργης, Γνώση, Αθήνα 1993, *Εισαγωγή*, σελ. 25-26.

Βιβλιογραφία

Ελληνόγλωσση

- Baume, Sandrine, *Χανς Κέλσεν: Συνηγορία υπέρ της δημοκρατίας*, μτφρ. Β. Βουτσάκης, Πόλις, Αθήνα 2016
- Jabloner, Clemens, «Παρατηρήσεις στο 'Ανταπόδοση και Αιτιότητα', ιδίως στην ερμηνεία της φύσης των πρωτόγονων», στο *Hans Kelsen: Η διαχρονικότητα του πνεύματος στο νομικό και κοινωνιολογικό του έργο*, επιμ. Ν. Αλιπράντης, Παπαζήση, Αθήνα 2013
- Lyotard, Jean-François, *Η Μεταμοντέρνα Κατάσταση*, προλ. Θ. Γεωργίου, μτφρ. Κ. Παπαγιώργης, Γνώση, Αθήνα 1993
- Θουκυδίδης, *Ιστορίες*, μτφρ. Α. Βλάχος, Βιβλιοπωλείον της Εστίας, Αθήνα 2008
- Κέλσεν, Χανς, *Τι είναι δικαιοσύνη;*, μτφρ. Θ. Δρίτσας, επίμ. Α. Λαβράνου, αντίποδες, Αθήνα 2019

Ξενόγλωσση

- "A 'Dynamic' Theory of Natural Law", στο Kelsen, Hans, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the mirror of Science*, University of California Press, Μπέρκλεϋ 1971
- Kelsen, Hans, "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "Causality and Imputation", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "The law as a specific social technique", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "The Natural Law doctrine before the tribunal of Science", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "Value Judgments in the Science of Law", στο ίδιο
- Kelsen, Hans, "Why should the law be obeyed?", στο ίδιο

- “*Law and Logic*”, στο Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, εισ. O. Weinberger, μτφρ. P. Heath, D. Reidel Publishing Company, Ντόρντρεχτ και Βοστώνη 1973
- Kelsen, Hans, “*Law and Morality*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, “*Norm and Value*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, “*On the concept of norm*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, “*State-form and World-outlook*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, “*The Foundation of the Theory of Natural Law*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, “*The Idea of Natural Law*”, στο ίδιο
- Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, μτφρ. S. Paulson, B. Litschewski Paulson, εισ. S. Paulson, Clarendon Press, Οξφόρδη 1992
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, μτφρ. M. Knight, The Lawbook Exchange, Ltd., Νιου Τζέρσεϊ 2009
- Kelsen, Hans, *The Essence and Value of Democracy*, επιμ. N. Urbinati, C. Invernizzi, Accetti, Rowman & Littlefield, Πλύμουθ 2013
- Kelsen, Hans, “*The Foundations of Democracy*”[1955], στο *Ethics*, τόμος 66, τχ. 1, μέρος II, σελ. 1-101
- Paulson, Stanley, *Introduction*, στο Paulson, Stanley και Litschewski Paulson, Bonnie (επιμ.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, μτφρ. S. Paulson, B. Litschewski Paulson και M. Sherberg, εισ. S. Paulson, Clarendon Press, Οξφόρδη 1998
- Bulygin, Eugenio, “*An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law*”, στο ίδιο
- Henrik von Wright, Georg, “*Is and Ought*”, στο ίδιο
- Renzikowski, Joachim, “*Kelsen versus Kant on the Nature of Law*”, στο Langford Peter, Bryan Ian και McGarry John (επιμ.), *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*, Brill, Λέιντεν και Βοστώνη 2019