

Το ελληνικό δίκαιο στο κατώφλι της ύστερης νεωτερικότητας: Το παρόν και το μέλλον του ως θεσμού

Νικόλαος Τσίρος*

Περίληψη

Η κοινωνιολογική διάσταση του παρόντος άρθρου εκκινεί από την παρατήρηση ότι το σύγχρονο ελληνικό δίκαιο καλείται να επιλύσει προβλήματα ενός όλο και πιο σύνθετου κοινωνικού περιβάλλοντος. Για το λόγο αυτό, καταρχήν επισκοπούνται δύο από τις σημαντικότερες θεωρίες περί δικαίου της νεωτερικότητας, που προσπαθούν να εξηγήσουν τον τρόπο σύνδεσης του δικαίου συστήματος με τις περίπλοκες κοινωνικές δομές της εποχής μας. Πρόκειται για τη φορμαλιστική διαλογική θεωρία του δικαίου στο έργο του Habermas και την αυτοποιητική θεωρία του δικαίου στο έργο του Luhmann. Στη συνέχεια αναδεικνύονται τα κοινωνιολογικά αίτια της πρόσφατης κρίσης στον χώρο της ελληνικής δικαιοσύνης και τέλος, ο γράφων προτείνει τον συγκερασμό των δύο πιο πάνω θεωριών προς όφελος μιας πιο ουσιαστικής αλλά και πιο ορθολογικής απονομής του δικαίου από τον Έλληνα δικαστή.

1. Εισαγωγή

Το δίκαιο ως κοινωνικό σύστημα εκτρέφει πρωτίστως κανονιστικές-δεοντολογικές προσδοκίες σε όσους εμπλέκονται στις δια-

* Ο Νικόλαος Τσίρος είναι λέκτορας στο Τμήμα Κοινωνιολογίας του Πάντειου Πανεπιστημίου.

δικασίες του. Οι προσδοκίες αυτές οφείλουν όμως να συνδυασθούν και να συνυπάρξουν με τις απαιτήσεις μιας ραγδαίας αναπτυσσόμενης και γι' αυτό πιο περίπλοκης κοινωνικής δομής. Λόγω της περιπλοκότητας της σύγχρονης ελληνικής κοινωνίας, το νόημα της λέξης «προσδοκία» στον χώρο του δικαίου αποκτά ένα περιεχόμενο λιγότερο ατομοκεντρικό και περισσότερο εξαντικειμενικευμένο: Οι προσδοκίες των δικαίως συμμετεχόντων δεν αντιστοιχούν μόνο στις ατομικές κάθε φορά εκπληρώσεις ή διαψεύσεις τους. Επιπλέον αναφέρονται σε μια γενικότερη μορφή συμπεριφοράς που σταθεροποιεί νοηματικά συμφραζόμενα, ώστε να καταστεί στη συνέχεια εφικτή η συναίνεση εντός του δικαιοκού συστήματος¹. Τούτο πρακτικά σημαίνει ότι ενώ το δίκαιο εξακολουθεί να διακρατεί το δεοντολογικό-κανονιστικό χαρακτήρα του, όμως ο χαρακτήρας αυτός λαμβάνει αναγκαστικά νέα μορφή στο περιβάλλον μιας κοινωνίας που –όπως η ελληνική– εμφανίζεται όλο και πιο σύνθετη, πολυδύναμη και από νοηματικής άποψης ενδεχομενική.

Στο καινούργιο αυτό περιβάλλον η παλαιόθεν διχοτομία μεταξύ όντος και δέοντος χάνει αρκετό από το αρχικό σθένος της προς όφελος νεοφανών διακρίσεων, που στο μεταξύ έχουν πλέον από καιρό σχετικοποιήσει τα δυσδιάκριτα όρια της πιο πάνω διχοτομίας. Ενόψει της συνειδητοποίησης ότι το μοντέρνο δίκαιο έχει σταδιακά απωλέσει τα νομιμοποιητικά του ερείσματα σε έσχατες, αξιολογικές ή ηθικές θεμελιώσεις, η θεωρία περί δικαίου έστρεψε τώρα το ενδιαφέρον της στην κατεύθυνση μιας κατά το δυνατόν απαλλαγμένης από υπερβατολογικά υπόλοιπα κατανόησης του θετικού δικαίου. Η αντίληψη μιας απλουστευτικής ουσιοκρατικής θεωρίας που επί αιώνες διείπε το νομικό φαινόμενο στην πρακτική εφαρμογή και το περιεχόμενο των κανόνων του, δέχτηκε ήδη τους πρώτους σημαντικούς τριγμούς της στην καθαρή θεωρία του δικαίου του Hans Kelsen². Εφεξής, τόσο ο νομικός θετικισμός όσο και τα νεότερα δεοντολογικά δόγματα, κατά το μάλλον ή ήττον ομογνωμούν στην αναγκαιότητα της αναστοχαστικής αυτοκατανόησης της νομικής ως κοινωνικής επιστήμης. Ανεξάρτητα από τις διαφορετικές οπτικές γωνίες προσέγγισης της δικαιοσύνης από τις θεωρίες αυτές, ο κοινός, υπόρρητος θα έλεγα στόχος τους παραμένει, η ως έναν βαθμό αντιουσιοκρατική ανάλυση του δικαίου και μάλιστα με μια σχετική απεμπλοκή από το τι συμβαίνει σε γειτνιάζοντες με το δίκαιο κοινωνικούς χώρους, όπως στο πολιτικό σύστημα, στην οικονομία ή στην τρέχουσα, κοινωνική ηθική.

Παραταύτα, η σύγχρονη δικαστηριακή πρακτική της χώρας μας εξακολουθεί να μετεωρίζεται γύρω από το ποια κατεύθυνση πρέπει να ακολουθήσει για την ορθολογική λήψη των αποφάσεών της. Το δίλημμα της τυποκρατικής *versus* ουσιοκρατικής θεμελίωσης του διατακτικού των δικαστικών αποφάσεων δεν έχει μονοσήμαντα επιλυθεί, με αποτέλεσμα τη δημιουργία μιας «μεικτής» ζώνης στη συνολική απονομή της ελληνικής δικαιοσύνης. Η μεικτή αυτή ζώνη δεν επιτρέπει την ασφαλή αποστασιοποίηση του Έλληνα δικαστή από τα υπό εξέταση κρίσιμα πραγματικά περιστατικά μιας υπόθεσης. Τούτο έχει με τη σειρά του ως συνέπεια, τη μη επαρκή σταθεροποίηση των όρων μέσω των οποίων μπορεί να αποκτηθεί ευχερώς πρόσβαση σε εναλλακτικές μορφές ορθολογικής δικαστηριακής πρακτικής. Έτσι, η ελληνική δικαιοσύνη ταυτίζεται κυρίως με την κανονιστική πραγμάτωση ιεραρχημένων αξιών, τη στιγμή που θα έπρεπε να δώσει περισσότερο έμφαση στη λειτουργική αναγκαιότητα της μείωσης μιας διαρκώς αυξανόμενης κοινωνικής περιπλοκότητας.

Ως εμπράγματα χρήση, η δικαιοσύνη θα όφειλε να αυτοκατανοηθεί στη λειτουργική διάσταση ενός μοντέρνου, δυτικού τύπου δικαίου. Η ιδέα της δικαιοσύνης ως της «αρμόζουσας» περιπλοκότητας της λειτουργίας αυτού του δικαίου, νομίζω ότι θα ήταν συμβατή με μια νέα κοσμοεικόνα του δικαστηριακού νοηματικού σύμπαντος, που βαθμιαία θα αποδέσμευε το ελληνικό δίκαιο από πλείστες όσες οντολογικές υποθήκες του παρελθόντος. Προς την κατεύθυνση αυτή, η παρούσα μελέτη δεξιώνεται δυο από τις σημαντικότερες, σύγχρονες κοινωνιολογικές θεωρίες του δικαίου. Πρόκειται για τη φορμαλιστική διαλογική θεωρία του δικαίου στο έργο του Jürgen Habermas και την αυτοποιητική θεωρία του δικαίου στο έργο του Niklas Luhmann. Ενόψει του γεγονότος ότι στη χώρα μας διαπιστώνεται η απουσία μιας πρωτογενούς κοινωνιολογικής θεωρίας του δικαίου που θα συνεισφέρει στην αναστοχαστική κατανόηση των σύνθετων προβλημάτων για την ορθολογική απονομή της ελληνικής δικαιοσύνης, κρίνεται σκόπιμη η επισκόπηση των δυο πιο πάνω θεωριών και η απόπειρα της εμπειρικής επαληθευσιμότητάς τους στην καθ' ημάς δικαστηριακή πρακτική.

2. Η φορμαλιστική διαλογική θεωρία του δικαίου του Jürgen Habermas

Κατά κύριο λόγο φορμαλιστικές προσεγγίσεις ανέλαβαν να διασώσουν τη χαμένη τιμή της ουσιοκρατικής δικαιοκράτειας, προκειμένου να επαναθεμελιώσουν την ισχύ του δικαίου στη βάση μιας τυποκρατικής και αυστηρά μετασυμβατικής νομιμοποίησής του. Ως παράδειγμα, η επιχειρηματολογική θεωρία του Habermas τονίζει τον ηθικοπρακτικό προσανατολισμό του δικαίου ως κοινωνικό σύστημα, που αναζητά τα ερείσματά του στο πλαίσιο μιας διαλογικής διαδικασίας παρουσίασης και ελέγχου των διαδικασιών λήψης των αποφάσεών του³. Πέρα όμως από το γεγονός, ότι η διαλογική θεωρία του δικαίου στο έργο του Habermas εμφανίζεται αδύναμη στο να προσφέρει αυστηρά αξιολογικά κριτήρια για τη θεμελίωσή της, παρακάμπτει και το μέγα ζητούμενο, εάν και κατά πόσο η παραδείσια μορφή της ιδεατής ομιλιακής κατάστασης μπορεί να διεξαχθεί σε όλες τις περιοχές ή τα πεδία της επικοινωνίας⁴.

Αλλά και εάν ακόμη υποθέσει κανείς ότι ένα προνομιακό πεδίο στην προσπάθεια ανεύρεσης συναίνεσης είναι αυτό της πρακτικής εφαρμογής του δικαίου, όπου προς συζήτηση τίθενται έριδες της καθημερινής εμπειρίας και όχι ευρύτεροι προβληματισμοί γύρω από την εγκυρότητα περισσότερο αφηρημένων γλωσσολογικών δομών ή κανόνων του πράττειν, γεγονός παραμένει ότι στο έργο του Habermas απουσιάζει μια επαρκής κανονιστική δικαιολόγηση του καταναγκαστικού χαρακτήρα των κανόνων δικαίου. Ενώ δηλαδή η χαμπερμασιανή ηθική του διαλόγου έχει αφετηρία την υπερβατολογική κρίση, ότι η επιχειρηματολογία οφείλει να κατευθυνθεί στη συναίνεση ελεύθερη από τη βία και τους κατεξουσιαστικούς μηχανισμούς, όμως δεν απαντά στο αμείλικτο ερώτημα, εάν τούτο συνεπάγεται ταυτόχρονα ότι έξω από το ασφαλές περιβάλλον μιας ιδανικής ομιλιακής κατάστασης πρέπει ή οφείλει και το σύνολο της ανθρώπινης συμβίωσης να διευθετηθεί και αυτό χωρίς βία ή λοιπές κοινωνικο-πολιτικές δουλειές⁵.

Για τη θεμελίωση μια διαβουλευτικής θεωρίας του δικαίου, ο Habermas αντικαθιστά τη νομικά προσανατολισμένη διάκριση μεταξύ πραγματικών συμβάντων και νομικών κανόνων με την πρωθύστερη διάκριση – γένους μεταξύ πραγματικού και ισχύοντος. Ο χωρισμός αυτός επανεισάγει σε γνωσιοθεωρητικό επίπεδο το χάσμα μεταξύ είναι και οφείλουν, το οποίο αποκλείει την άμεση ετυ-

μολογική διασταύρωση των εμπειρικά παρατηρούμενων συμβάντων με μια κανονιστικού-δεοντολογικού τύπου αξίωση περί συγκρότησης μιας κοινωνιολογικής θεωρίας του δικαίου. Το πραγματικό της ύπαρξης μιας επικρατούσας κοινωνικής δομής δε θεμελιώνει αυτόχρονα την αξίωσή της, ότι οφείλει και να ισχύει με αυτή τη μορφή⁶. Ο Habermas θεματοποιεί την παραπάνω ένταση σε όλα τα θεωρητικά επίπεδα και προσπαθεί να τη διαπραγματευθεί. Από την άλλη πλευρά δεν εμφανίζεται πρόθυμος να «άρει» την ένταση προς την κατεύθυνση μιας σύνθεσης, αφού κατά τη γνώμη του, ο χωρισμός μεταξύ πραγματικού και ισχύοντος είναι *in jure* εγγεγραμμένος στη σύγχρονη κοινωνική ζωή. Έτσι, το πραγματικό εμφανίζεται να επιδρά ως μια λειτουργική ανάγκη στη διάσταση του ισχύοντος.

Εύστοχα ο Luhmann επισημαίνει ότι η χαμπερμασιανή διάκριση μεταξύ πραγματικού και ισχύοντος δεν είναι άμεσα εμπροσθοβαρής, όπως αυτή μεταξύ των συμβάντων και των κανόνων δικαίου, οι άκρες της οποίας αντιμάχονται διαρκώς η μια την άλλη, υπό την έννοια ότι αποκλείει αμοιβαία η μια την άλλη. Επίσης, η διάκριση δε συγκροτεί μια διαλεκτική αντιπαράθεση, αφού δεν προορίζεται να αρθεί από έναν, έστω αρχικά αποκλεισμένο, τρίτο παρατηρητή⁷. Τότε όμως παραμένει το ερώτημα, τι τελικά είναι η διάκριση αυτή και ποιες πρακτικές ωφέλειες σηματοδοτεί στο χώρο του δικαίου συστήματος. Ο Habermas εκκινεί από μια θετικιστική άποψη, ότι δίκαιο είναι ότι εμφανίζεται ως δίκαιο από μια επιτακτική διαδικασία ανοικτής, επικοινωνιακής διαβούλευσης. Στη βάση της χαμπερμασιανής διαλογικής σύλληψης υπάρχει ένας ορισμένος ιδεαλισμός του απόντος, που διαιρεί την ανθρωπότητα σε αυτούς που ενσωματώνονται ή αποκλείονται μέσω της έλλογης χρήσης του Λόγου: η διαίρεση αυτή συγκροτεί αφεαυτής μια εύθραυστη εικόνα τρόμου, όπου ένα και μόνον υποκείμενο μπορεί ορθολογικά να ψηφίσει κατά τρόπο παράδοξο, υπέρ της ανορθολογικότητας των κινήτρων της δράσης του.

Το ζήτημα είναι τελικά ποιά οπτική γωνιά επιλέγει κανείς, ώστε να στοχαστεί την εξάρτηση του θετικού δικαίου από το μονοπωλημένο κρατικό δικαίωμα στη χρήση φυσικής βίας. Εάν το κοινωνιοθεωρητικό πλαίσιο αναφοράς, όπως αυτό του Habermas, θέτει ως όριο την ύπαρξη ενός θεμελιωτικού επιχειρήματος που στην περίπτωση του δικαίου είναι η διαδικασιακή ορθολογικότητα των διατάξεων και των κανόνων του και της περαιτέρω διαλογικής εφαρμογής τους, τότε αυτομάτως η ανάλυση θα πρέπει να κινηθεί προς την κατεύθυνση της συμμετοχής του θεωρητικού, στην απο-

δοχή συγκεκριμένων μορφών εξορθολισμού της νομικής πρακτικής. Κοντολογίς, η απάντηση του Habermas ότι το ορθολογικό δίκαιο ισοδυναμεί άνευ ετέρου με το φορμαλιστικό δίκαιο, συσκοτίζει τη θεμελιωτική βάση της επικοινωνιακής ορθολογικότητας των κανόνων του, στον βαθμό που αποσιωπά την απαιτούμενη εμπλοκή της θεωρίας στη διαλογική καθημερινότητα του δικαίου. Ένα επιχειρηματολογικό μοντέλο, τύπου Habermas, ή θα πρέπει να συμμετέχει και το ίδιο ενεργά σε όλο το φάσμα της διαλογικής θεμελίωσης του δικαίου ή θα παύει να είναι από πλευράς μεθόδευσης της θεωρίας ιδιαίτερα ρεαλιστικό⁸. Η παρατήρηση αυτή υποδηλώνει ότι το φάντασμα της ουσιοκρατίας είναι πάντοτε εδώ, προκειμένου να παράσχει π.χ. διασαφήσεις στο μεγάλο πρόβλημα της ηθικής δικαιολόγησης της άσκησης φυσικής ή ψυχικής βίας για την επιβολή της ισχύος των δικαίων κανόνων. Το δίκαιο δεν είναι ένα απλό, λειτουργικό συμπλήρωμα της ηθικής, που θα πρέπει να βρίσκεται σε αρμονία με αυτήν και να μην της εναντιώνεται. Μια τέτοια σύλληψη δημιουργεί την εντύπωση ενός νέου τύπου, φυσικού δικαίου, που δεν αμβλύνεται από το ότι ο Habermas εγγράφει στο διαβουλευτικό δίκαιο συγκεκριμένες διαδικαστικές πρακτικές, ενώ στην κοινωνική ηθική μονάχα γενικές λειτουργίες για τη γνωστική αναπαραγωγή του πολιτισμικού βιόκοσμου⁹.

3. Η κονστρουκτιβιστική θεωρία του αυτοποιητικού δικαίου του Niklas Luhmann

Στον αντίποδα της φορμαλιστικής προσέγγισης του δικαίου από τον Habermas βρίσκονται οι λεγόμενες κονστρουκτιβιστικές θεωρήσεις του δικαίου συστήματος. Σε αδρές γραμμές ο κονστρουκτιβισμός επιχειρηματολογεί υπέρ μιας θεωρίας της κοινωνικής κατασκευής, προκειμένου να διαχειριστεί μια κριτική στάση η οποία απορρίπτει εκ προοιμίου κάθε πραγματικότητα ως δεδομένη ή αντικειμενική¹⁰. Αυτή η στάση οδηγεί απευθείας στο συμπέρασμα, ότι είναι ανέφικτη η αδιαμεσολάβητη πρόσβαση στην πραγματικότητα. Ως εκ τούτου και σε ότι αφορά την ερμηνεία του δικαίου είναι αδύνατη η άμεση, οντολογική κατανόησή του ως ουσίας. Με μια λέξη, το δίκαιο δεν συνιστά μια προϋπάρχουσα και αναλλοίωτη στο πέρασμα του χρόνου ουσία, αλλά είναι πρώτα και κύρια προϊόν μιας κοινωνικής κατασκευής, που ως τέ-

τοια υπάγεται στη σχετικότητα των αξιολογικών κρίσεων και στο ευμετάβλητο του ιστορικού δρώμενου.

Υπό τη σκέπη του κονστρουκτιβισμού αναζητούν μεθοδολογική θαλπωρή ευάριθμα ρηματικά πεδία, όπως ο μεταστρουκτουραλισμός, ο μεταμοντερνισμός και η κοινωνιολογία της γνώσης. Υπάρχει όμως κατά τη γνώμη μου μια ευφάνταστη κοινωνιολογική θεωρία του δικαίου, στα σπλάχνα της οποίας συναιρούνται όλα τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα του κονστρουκτιβισμού. Πρόκειται για την αυτοαναφορική θεωρία του δικαίου στο έργο του Niklas Luhmann, η οποία συγκροτεί το πιο εξελιγμένο στάδιο της συστημικής θεωρίας του.

Η επιστημολογική μεθόδευση του Luhmann εκκινεί από τη διαπίστωση ότι όχι μόνον υπάρχουν κοινωνικά συστήματα, αλλά ότι επιπλέον τα συστήματα αυτά είναι ως προς τη δομή και τη λειτουργία τους αυτοποιητικά. Ως αυτοποιητικό χαρακτηρίζεται ένα σύστημα που αναπαράγει διαρκώς τα στοιχεία από τα οποία αποτελείται διαμέσου των στοιχείων από τα οποία αποτελείται¹¹. Η ιδέα της αυτοποίησης προϋποθέτει τη συμπληρωματική σχέση μεταξύ δομής και λειτουργίας μεταξύ της σταθερότητας και της αστάθειας ενός κοινωνικού συστήματος. Σε ποιο όμως σημείο η εμβληματικής σημασίας έννοια της αυτοποίησης εφάπτεται με την κονστρουκτιβιστική επιχειρηματολογία; Η απάντηση που δίνεται από τον ίδιο τον Luhmann συνοψίζεται στο εξής συμπέρασμα: Οι κονστρουκτιβιστικές δυνατότητες των τέτοιων συστημάτων εξαρτώνται από τις ικανές προς αφαίρεση ενότητες θεμελίωσής τους. Οι δράσεις τους κατασκευάζονται αποκλειστικά εντός της τελεστικής κλειστότητας της αυτοαναφορικής λειτουργίας των στοιχείων τους¹².

Το ιδιαίτερο ενδιαφέρον της ανάλυσης του Luhmann είναι, ότι ενώ χρησιμοποιεί το όχημα της κατασκευοκρατίας για τη σύλληψη των κοινωνικών συστημάτων ως αυτοποιητικών, εν τούτοις η θεωρία του εγείρει πραγματολογικές αξιώσεις που ξεπερνούν κατά πολύ τη σχετικότητα του κονστρουκτιβιστικού υποδείγματος. Έτσι, τα αυτοποιητικά συστήματα δεν υπάρχουν απλώς ως κονστρουκτιβιστικές αφαιρέσεις, αλλά συνιστούν και τη μέθοδο για τη σύλληψη και την ερμηνεία της πραγματικότητας. Ακριβέστερα, ως κατασκευαστικές ενότητες νοημάτων που έχουν την ικανότητα να αυτοεγκαθιδρύουν σχέσεις σε πλήρη διαφοροποίηση με το περιβάλλον τους, τα συστήματα καταλαμβάνουν την εμπειρική πραγματικότητα και την οριοθετούν έναντι του κοσμικού χάους¹³. Εν προκειμένω, ο Luhmann υιοθετεί μian ανεπίτρεπτη συγχώνευση

θεωρίας και πράξης. Χωρίς να έχει πλήρως αποσαφηνίσει τα γνωστικά όρια της κονστρουκτιβιστικής μεθόδου που αναδεικνύει ενδεχομενικότητες αλλά καθόλου συνάψεις περιεχομένων, αναγορεύει την έννοια της αυτοποίησης σε πανάκεια για την αδιαμεσολάβητη σύλληψη της πραγματικότητας. Επομένως, ο Luhmann καταβάλλει προσπάθεια να ακυρώσει τον σχετικισμό του κονστρουκτιβισμού διαμέσου της απολυτοποιημένης εκδοχής της αυτοποίησης, ως του μόνου ικανού υποδείγματος κατανόησης της πραγματικότητας. Όλα αυτά, χωρίς να υφίστανται πειστικές εξηγήσεις, εάν πράγματι η ίδια η καθημερινή εμπειρία μπορεί συλλήβδην να θεμελιωθεί ως αυτοποιητική.

Ας εξετάσουμε όμως τη θεωρία του Luhmann στον κοινωνικό χώρο που ενδιαφέρει την παρούσα μελέτη, δηλαδή αυτόν του δικαίου. Ο Γερμανός κοινωνιολόγος είχε ήδη από την πρώτη φάση της λειτουργικο-δομικής περιόδου του καταστήσει σαφές, ότι το δίκαιο δεν μπορεί να συνυπάρξει ως σύστημα με τα υπόλοιπα κοινωνικά συστήματα, παρά μονάχα όταν συνάψει μαζί τους ειδικές λειτουργίες. Η λειτουργιστική ανάλυση του δικαίου ως εμπειρικού φαινομένου της κοινωνικής ζωής και η εν τω μεταξύ συντελεσθείσα θετικοποίησή του στο πλαίσιο των μοντέρνων δυτικών κοινωνιών ωθεί τον Luhmann στην επιλογή του μοντέλου του νομικού θετικισμού¹⁴. Η επιλογή αυτή σηματοδοτεί την καίρια ανεξαρτητοποίηση της θεωρίας του δικαίου από όμορους κοινωνικούς χώρους με πρώτο και κύριο τον χώρο της ηθικής. Η θετικοποίηση του δικαίου σηματοδοτεί τη σχετική αυτονομία του από τα υπόλοιπα κοινωνικά συστήματα, αφού στο εξής το καθήκον της δικαστηριακής πρακτικής εστιάζεται γύρω από την επίλυση του τι είναι δίκαιο ή άδικο σύμφωνα με τους τιθέμενους γραπτούς κανόνες, απαλλάσσοντας το δικαστή από τις συχνά μονομερείς αξιολογικές κρίσεις για την αλήθεια του περιεχομένου ή το ψεύδος του τάδε ή του δείνα κανόνα δικαίου. Σύμφωνα με τα ίδια τα λόγια του Luhmann, «το δίκαιο δεν μπορεί να είναι ή να μην είναι αληθές και η μόνη δυνατότητα που του απομένει είναι να ισχύει»¹⁵.

Από τις αρχές της δεκαετίας του 1980, ο Luhmann εκλέπτυνε τα μεθοδολογικά εργαλεία του και βαθμιαία κατασκεύασε μian αυτοαναφορική θεωρία περί δικαίου. Σε σχέση με το παρελθόν, διόλου αμελητέα είναι η παρατήρηση ότι το δίκαιο ως σύστημα ολοκληρώνει γνωσιοθεωρητικά την πλήρη αυτονόμησή του από το υπόλοιπο κοινωνικό περιβάλλον του. Ο Luhmann είναι έτοιμος πλέον να ομιλήσει για τη συστημική αυτάρκεια του δικαίου απέναντι στο περιβάλλον του. Σε ότι αφορά στη λειτουργία του ως

συστήματος, το δίκαιο παραμένει κανονιστικά κλειστό ως προς την αυτοαναπαραγωγή των στοιχείων του και μόνο γνωστικά ανοικτό στις επαφές του με το περιβάλλον. Συνοπτικά ειπωμένο: η γνωστική ανοικτότητα του δικαιοκτικού συστήματος προς το περιβάλλον του είναι εφικτή εξαιτίας της κανονιστικής κλειστότητας της αυτοποίησης των στοιχείων του. Το αντίστροφο δεν συμβαίνει ποτέ¹⁶.

Η λουμανική θέση είναι κατά κυριολεξία «κατασκευαστική», αφού εξ ορισμού αποκλείει το δίκαιο από τις συναπτόμενες κοινωνικές σχέσεις με το περιβάλλον του και ότι οι σχέσεις αυτές προοιωνίζονται για την ένταξη των δικαιοκτικών κανόνων και των εφαρμογών τους στην ιστορικότητα και στην αέναη διαλεκτική μεταβολή του κοινωνικού δρώμενου. Για να αποφύγει τις δυσάρεστες εμπλοκές με κάθε μορφής ουσιοκρατία, ο Luhmann επιλέγει τον γνωσιοθεωρητικό αναχωρητισμό του παρατηρητή των υπό εξέταση φαινομένων του. Υποτίθεται ότι η αποφυγή συμμετοχής του θεωρητικού στην αναζήτηση του αληθούς νοήματος ενός κανόνα δικαίου θα απομακρύνει άμεσα τον κίνδυνο της ουσιοκρατίας προς όφελος μιας γνωσιοθεωρητικής, «εκ των έσω» θεώρησης του δικαίου¹⁷. Η προοπτική ανάλυσης του δικαίου από τη σκοπιά του θεωρητικού ως τρίτου προσώπου στην ειδικότερη σχέση του με την κοινωνική και πολιτική ζωή είναι βέβαια ένα δόκιμο κοινωνιολογικό σενάριο της ύστερης νεωτερικότητας, πλην όμως διόλου δε μετριάζει τα όρια και τις ανεπάρκειες της ακολουθούμενης κονστρουκτιβιστικής επιχειρηματολογίας. Παραδείγματος χάριν ο κονστρουκτιβισμός δεν εξηγεί επαρκώς τι είναι αυτό που παρακινεί τους συμμετέχοντες σε μια δικαστική διαδικασία να συναισθάνονται τις διαφορές τους ως υποθέσεις ουσίας για τον ατομικό τους βίο· ακόμη περισσότερο ποιο είναι το οφειλόμενο μέτρο δικαιοκτικής κρίσης που πρέπει να κατευθύνει τον δικαστή στην αναζήτηση του κρυμμένου νοήματος μιας υπόθεσης, για την ορθή υπαγωγή των πραγματικών περιστατικών της στους οικείους κανόνες δικαίου. Σε πολιτικό και πολιτιστικό μάλιστα επίπεδο ο κονστρουκτιβισμός θεμελιώνεται σε μιαν ορισμένη κοινωνιολογική αποστασιοποίηση, δίχως όμως να αιτιολογεί την κινητοποιήσιμη παραγωγή ιδεολογιών και το βιοκοσμικό υπόβαθρο των νέων κοινωνικών κινημάτων¹⁸.

Από τα μέχρι τώρα λεχθέντα αναδεικνύεται μια ορισμένη κοινή αίσθηση φόβου, τόσο στη φορμαλιστική διαλογική θεωρία του δικαίου του Habermas όσο και στην κονστρουκτιβιστική θεωρία του αυτοαναφορικού δικαίου στο έργο του Luhmann. Πρόκειται για

την ομόθυμη αντίδραση και των δύο Γερμανών στοχαστών να μην εγκλωβιστούν στη δογματική υπεραπλούστευση μιας ουσιοκρατικής ανάλυσης του δικαίου¹⁹. Έτσι, ο μεν Habermas αυτοπεριορίζεται *stricto sensu* σε ζητήματα που αφορούν στη διαδικασία της διαλογικής θεμελίωσης του δικαίου, χωρίς να εκφέρει ένα κύριο λόγο «επί της ουσίας του δικαίου», τι εστί τελικά δίκαιο στον αστερισμό της ύστερης νεωτερικότητας. Ο δε Luhmann επιλέγει το ακόμη πιο ευφάνταστο αλλά και δύσβατο μονοπάτι της αυτοποίησης, προκειμένου να αποξενώσει σκόπιμα την ιδέα της δικαιοσύνης από κάθε αντιρεαλιστική ή μεταφυσική θεώρησή της. Η ανάλυσή μου όμως έδειξε τις γνωσιοθεωρητικές αστοχίες και της μιας και της άλλης κατεύθυνσης. Εφόσον όμως υποθέσουμε ότι παραμένει ως αγωνιώδης ερώτηση για μια μοντέρνα κοινωνιολογία του δικαίου, μέχρι ποιου σημείου οφείλει ή δικαιούται η δικαστική πρακτική να εμπλέκεται σε αξιολογικές κρίσεις για την κανονιστική θεμελίωση της δικαιοσύνης, τότε αυτόματα θα πρέπει τουλάχιστον να δεχθούμε ότι η οντολογία της κοινωνικής σχέσης δεν είναι απύσχα από το χώρο των δικαστηρίων. Σε ό,τι αφορά τη χώρα μας, το πιο συγκεκριμένο ερώτημα που τίθεται είναι, μέχρι ποιο βαθμό συγχωρείται και υπό ποιους όρους επιτρέπεται η αξιολόγηση της βαρύτητας των ουσιαστικών επιχειρημάτων των συμμετεχόντων και μάλιστα, ανεξάρτητα από την εκ των υστέρων διαδραστική εμπλοκή τους στο πλαίσιο του δικαστικού διαλόγου.

4. Προς μια κοινωνιολογική ανάλυση του σύγχρονου ελληνικού δικαίου

Μια μακροσκοπική κοινωνιολογική ανάλυση του σύγχρονου ελληνικού δικαίου οφείλει να λάβει οπωσδήποτε υπόψη της ότι έχει ήδη επιτευχθεί η θετικοποίησή του. Η θετικοποίηση αυτή πιστοποιεί μεταξύ άλλων το κοινωνικό πρωτείο του αγοραστικού καπιταλισμού και την αναπόφευκτη μετάβαση από την πολιτική κοινωνία (*societas civilis*) στην οικονομική²⁰. Υπό βεμπεριανούς όρους, στην προηγηθείσα παραδοσιακή κοινωνία του πατριάρχη η προτεραιότητα δινόταν στην ύπαρξη μιας «απόλυτης» κυριαρχικής δομής, όπου υπήρχε ελάχιστο ενδιαφέρον για την αλλαγή των κανόνων του δικαίου. Ο Weber ορίζει τη «δικαιοσύνη του καδής» ως την «άτυπη εύρεση του δικαίου «εν συμφωνία» προς συγκεκριμένες ή άλλες πρακτικές αξιολογικές κρίσεις». Αντίθετα, η μετάβαση

στο θετικό δίκαιο σηματοδοτεί την ορθολογική εύρεση του δικαίου «επί τη βάσει αυστηρά τυπικών νομικών εννοιών», όπως χαρακτηριστικά σημειώνει ο Weber²¹. Εξακολουθεί όμως να παραμένει ως ερώτημα, εάν το αρχέτυπο της ουσιαστικής απόδοσης της δικαιοσύνης, η περίφημη «δικαιοσύνη του καδῆ» διατηρεί ακέραιη και σήμερα τη σημασία της ως «αισθητήριο ανευρέσεως του νομικώς ορθού» για τη νομική επαγγελματική πρακτική²².

Η απάντηση στο παραπάνω ερώτημα είναι κατά τη γνώμη μου το δίχως άλλο θετική. Ο Έλληνας δικαστής μαθαίνει την επαγγελματική πράξη ως ζώσα διαδικασία η οποία έχει μια βαρύνουσα κοινωνιοπολιτισμική παράμετρο, ένα ιδιαίτερο, ιστορικό σύστημα αναφορών. Πράγματι, ο συγκεκρισμός θεωρίας και πράξης στον χώρο της ελληνικής δικαιοσύνης δεν αγνοεί τη διαχρονική ισχύ των δικαιοκρινών ρητρών της αρχαιοελληνικής πραγματείας, όπως π.χ. την αρχή της επιείκειας²³. Άλλωστε, μια ορισμένη δομική συναισθηματική πρόσδεση του Έλληνα δικαστή με την εμπίωση της εκάστοτε κρινόμενης υπόθεσης είναι το ζητούμενο για τη λεγόμενη «δικαιοσύνη του δικαστή»²⁴. Θεωρώ ότι το στοιχείο προσωπικής μετοχής του δικαστή χάρει εκτιμήσεως στην επαγγελματική πράξη, δίχως βέβαια να παραμελείται η νοητική, ήγουν η ορθολογική σταθμισμένη εμπλοκή του για την απονομή του δικαίου. Μια γενναιόκαρδη κοινωνιολογική θεώρηση του δικαίου με εμπειρικό προσανατολισμό θα μπορούσε εύκολα να τεκμηριώσει την κραταιά συνέχεια στοιχείων του ουσιοκρατικού μοντέλου, αξιολογώντας τις αυτοβιογραφίες Ελλήνων νομικών, που πρώτα και κύρια έθεσαν ως στόχο τη δίκαιη κρίση των αποφάσεών τους. Πιο αποστασιοποιημένα, μια τέτοια κοινωνιολογική θεώρηση θα μπορούσε να αντλήσει πλούσιο υλικό από τα εκτενή διατακτικά πλήθους δικαστικών αποφάσεων που επιβεβαιώνουν, ότι η αναζήτηση της ουσιαστικής δικαιοσύνης συνιστά και σήμερα, ένα από τα μέτρα σύνδεσης του δικαστή με την κοινωνική πραγματικότητα.

5. Τα κοινωνιολογικά αίτια της πρόσφατης κρίσης στον χώρο της ελληνικής δικαιοσύνης

Ίσως να μην είναι τυχαίο, ότι ακόμη και η λεγόμενη «κρίση» της ελληνικής δικαιοσύνης που ξέσπασε στις αρχές του 2005, σε μεγάλο βαθμό καταρχάς αφορούσε στην υπόγεια σύνδεση μικρής μερίδας δικαστών με συγκεκριμένο χώρο της εκκλησίας, διασύν-

δεση που σχηματικά δογματίστηκε από τον ελληνικό τύπο ως εξάρτηση του δικαίου από παραδικαστικά κυκλώματα²⁵. Σε ένα πρώτο κοινωνιολογικό επίπεδο ανάγνωσης, η κρίση μαρτυρεί ένα έλλειμμα στο ισόρροπο ζύγισμα και στη σωστή μείξη στοιχείων αξιολογίας και τυποκρατίας στην πρακτική της απονομής του ελληνικού δικαίου. Όπου δηλαδή υπερχειλίζει ο ηθικός ή ο πρακτικός αξιακός προσανατολισμός σε βάρος ένας κυρίαρχα διατυπωμένου φορμαλιστικού δικαίου, εκεί είναι και μεγαλύτερα τα περιθώρια στρέβλωσης της ουσιοκρατίας, εξαιτίας της αυθαιρεσίας των συχνά ατεκμηρίωτων υποκειμενικών κρίσεων.

Με τούτο θέλω να πω, ότι ο σύγχρονος Έλληνας δικαστής θα πρέπει να εκκινεί καταρχήν την κρίση του από τις ορθολογικές απαιτήσεις του θετικοποιημένου δικαίου, μη λησμονώντας το καθήκον του για την επιείκεια και την ηθική αξιολόγηση, όποτε αυτό χρειαστεί. Η αντίστροφη όμως πορεία μπορεί να οδηγήσει σε ύποπτα, ανελαστικά και ενίοτε ανορθολογικά αποτελέσματα. Όταν δηλαδή μέτρο κρίσης για τις αποφάσεις του είναι οι θρησκευτικές, πολιτισμικές ή πολιτικές επιρροές του, που ακυρώνουν την ανάγκη ορθολογικής στάθμισης και εύρεσης του απονεμητέου δικαίου. Στο σημείο αυτό δικαιώνεται η επισήμανση του Luhmann, όταν emphaticά σημειώνει το καθήκον του δικαστή στην αρχή της δικαστικής ανεξαρτησίας και της απροσωποληψίας του, μια αρχής που πρακτικά συνοδεύεται από την εκφραστική αποστασιοποίησή του κατά την ενώπιον των δικαστηρίων επικοινωνιακή διαδικασία²⁶.

Σε ένα δεύτερο επίπεδο κοινωνιολογικής διερεύνησης, η κρίση αποκαλύπτει τα όρια της αλληλοδιείσδυσης του ελληνικού δικαίου με το σύστημα της κοινωνικής ηθικής. Χωρίς να επιθυμεί κανείς να παραβλέψει τη δεσπόζουσα κληρονομιά της ορθόδοξης ελληνοχριστιανικής παράδοσης που θέτει ανεξίτηλα τη σφραγίδα της στη διαμόρφωση της κοινωνιοπολιτισμικής ιστορικότητας του τόπου μας²⁷, πρέπει όμως στη συνέχεια να στοχαστεί επί του διαρκώς μειούμενου βάρους της στην απονομή του δικαίου. Το ελληνικό σύγχρονο δίκαιο, όπως άλλωστε κάθε σύγχρονο δίκαιο των δυτικών κοινωνιών, έχει πια αναπτύξει εκείνες τις ιδιοδυναμικές λειτουργίες που του επιτρέπουν να λαμβάνει αποφάσεις, κατά το μάλλον ή ήττον ανεπηρέαστες από την εκκλησιαστική ηθική του κυρίαρχου δόγματος. Η ομογενοποίηση των κανόνων και της εφαρμογής του ευρωπαϊκού κοινοτικού δικαίου στα επιμέρους εθνικά κράτη έχουν πολλά να μας μάθουν για το σχετικό ζήτημα. Η κανονιστική εμπλοκή της εκκλησιαστικής ηθικής στο περιβάλλον της δικαστηριακής πρακτικής θα εμφανίζεται στο άμεσο μέλλον

όλο και πιο αποσπασματική, περιθωριοποιημένη και άρα λιγότερο νομιμοποιημένη. Τούτο, διότι η ουσιαστικοποίηση του ελληνικού δικαίου έχει συντελεσθεί με εν πολλοίς δικά του επικοινωνιακά μέσα και διαδικασίες.

Σε ένα τρίτο επίπεδο κοινωνιολογικής ερμηνείας, η σχέση αμοιβαιότητας του ελληνικού δικαίου με τον χώρο της εκκλησίας καταμαρτυρά ότι, εκτός όλων των άλλων, τα δύο αυτά συστήματα δεν παύουν να συγκροτούν και εξουσιαστικούς μηχανισμούς κοινωνικής δικαιοδοσίας. Όσον αφορά στο δικαιοσύνη σύστημα, τα εξουσιαστικά του όρια είναι μάλλον σαφή, δεδομένης της θετικοποίησης των κανόνων του, καθώς και της αμέριστης υποστήριξης των οργάνων της πολιτείας για την τήρηση αυτών των κανόνων. Όσον όμως αφορά στο εκκλησιαστικό σύστημα ως θεσμό πνευματικής εξουσίας, τα πράγματα εμφανίζονται πιο συγκεχυμένα, αφού πλείστες όσες φορές, υπό το όχημα της διαχείρισης άυλων πνευματικών ή θρησκευτικών αξιών, ασκούνται απροκάλυπτα κοσμικές μορφές εξουσίας. Ο κατάλογος των εξουσιαστικών επεμβάσεων της εκκλησίας στο όνομα του πιστού θεματοφύλακα της πολιτισμικής κληρονομιάς του τόπου μας είναι σχοινοτενής. Από το δημοψήφισμα για το ζήτημα των ταυτοτήτων, την ανωτατοποίηση των εκκλησιαστικών ιδρυμάτων, την εκφορά αμιγώς πολιτικού λόγου σε θέματα εσωτερικής ή εξωτερικής πολιτικής, έως την απόπειρα «διακριτικής» μεταχείρισης των υποθέσεων της από πλευράς δικαιοσύνης, ο σχετικός δρόμος είναι εξαιρετικά μακρύς²⁸.

Βεβαίως η κρίση δεν περιορίστηκε στη σχέση της δικαιοσύνης με το περιβάλλον της εκκλησίας, αφού στην πορεία αποκαλύφθηκε ως ενδημικό φαινόμενο διαφθοράς από πλευράς, μιας μικρής έστω μερίδας, δικαστικών λειτουργών. Η ύπαρξη του φαινομένου της διαφθοράς στην απονομή της δικαιοσύνης θα πρέπει να κατανοηθεί αρχικά ως το σύμπτωμα μιας υπερκείμενης πολιτικο-κρατικής διαφθοράς από τους ίδιους τους κατέχοντες την εξουσία και με σκοπό το προσωπικό τους κέρδος. Η εμπειρία του χρηματιστηρίου ή των κρατικών προμηθειών συγκροτεί ένα πρώτης τάξης κοινωνιολογικό παράδειγμα για το πώς η σκοτεινή πλευρά του οικονομικού και πολιτικού συστήματος δημιουργεί τους λειτουργικούς όρους αναμεταβίβασης της διαφθοράς σε ένα επόμενο κοινωνικό σύστημα, όπως π.χ. αυτό του δικαίου²⁹. Επομένως και σε ένα τέταρτο επίπεδο κοινωνιολογικής ανάλυσης, η κρίση της ελληνικής δικαιοσύνης εκφράζει την υπερκυκλική και σε μεγάλη πλέον κλίμακα εμφανιζόμενη διαφθορά, που μεταγγίζεται σε

πλείστα όσα κοινωνικά συστήματα με συνέπεια να «αναβαθμίζεται» από ευκαιριακό σύμπτωμα σε μόνιμο και δομικό πρόβλημα των κοινωνικών συστημάτων. Τα κοινωνικά συστήματα δεν μαθαίνουν μόνο να συμβιώνουν με τη διαφθορά, παρά ακόμη χειρότερα παρουσιάζονται αδύναμα για την υπεράσπιση ενός ελάχιστου δεοντολογικού ορίου που θα θέσει φραγμούς στο φαινόμενο. Κατά κάποιο τρόπο, η διαφθορά σταδιακά εγκαταλείπει τη γκρίζα ζώνη της παράνομης συναλλαγής με σκοπό τον παρασιτικό πλουτισμό και εγκαθίσταται ημινόμιμα στο δημόσιο χώρο, ως αποδεκτολογικοποιημένος τώρα κώδικας επικοινωνίας μεταξύ των κοινωνικών συστημάτων. Η ημινόμιμη αυτή εγκατάσταση επεκτάθηκε, όπως ήταν επόμενο, και στον ευαίσθητο χώρο της ελληνικής δικαιοσύνης, δημιουργώντας τους όρους της διαρκούς υπονόμησης της δικαστικής λειτουργίας και θέτοντας σημαντικά εμπόδια στη λειτουργική αποτελεσματικότητά της.

6. Τελικές παρατηρήσεις

Στην κατεύθυνση της ορθολογικής εξέλιξής του, το ελληνικό δίκαιο μπορεί και δικαιούται να επιτύχει την ακόμα πιο εκτεταμένη ενοποίηση των συστατικών στοιχείων του και των λειτουργιών του. Η ενοποίηση αυτή παραπέμπει το δίχως άλλο στην αυξανόμενη αυτονόμηση των διαδικασιών του από έτερα κοινωνικά υποσυστήματα, όπως αυτά του πολιτικού και του εκκλησιαστικού συστήματος. Εν προκειμένω, μια ιδιοδυναμική εφαρμογή των κανόνων του θα επιβεβαίωνε την επιστημονική αυτοπεποίθηση και θα διαμόρφωνε αντιστοίχως νοοτροπίες και έξεις σε όλους τους συμμετέχοντες στη δικαστηριακή πρακτική. Επειδή όμως μια τέτοια αυτονόμηση δεν ισοδυναμεί και με την αυτοαναφορική αυτάρκεια του δικαίου στη συνύπαρξή του με το κοινωνικό περιβάλλον του, γι' αυτό και το ελληνικό δίκαιο θα συνεχίσει να πορεύεται και στο μέλλον με γνώμονα τις ηθικοπρακτικές αρχές της επείκειας και της αναζήτησης της πιο πρόσφορης και ορθής κρίσης για τη λήψη των δικαστικών αποφάσεων. Οι επικοινωνιακοί διακαυονισμοί στην ενώπιον των δικαστηρίων διαδικασία παίζουν ένα σπουδαίο λόγο για τη κατασκευή του λεγόμενου «απαντητικού» δικαίου, που δημιουργεί τον δικό του αναστοχαστικό προσανατολισμό, ώστε να ενσωματώνει τους δημοκρατικούς θεσμούς στην παραγωγή των αποφάσεών του³⁰. Το δίκαιο αυτό συνιστά μεταξύ

άλλων μια κοινωνιολογική απάντηση στο φαινόμενο της διαφθοράς, αφού μόνο μια συστημικά αυτονομημένη δικαιοσύνη μπορεί να επιτύχει στην αποστολή της και μάλιστα στο βαθμό που θα ανακτήσει τη χαμένη αυτοτέλειά της απέναντι στην εκτελεστική εξουσία.

Συνοψίζοντας τα προαναφερόμενα θα καταλήγαμε στα εξής συμπεράσματα: Η ανάγκη ενός εξορθολογισμένου σύγχρονου δικαίου επιτάσσει την καταρχήν φορμαλιστική διαχείριση των λειτουργιών του στη βάση διαλογικών διαδικασιών νομιμοποίησής του. Ως εδώ, η χαμπερμασιανή εκδοχή προσφέρει την αφετηρία για τη χειραφέτηση του δικαίου από παραδοσιακού τύπου ηθικο-μεταφυσικές νομιμοποιήσεις. Ο φορμαλισμός όμως αυτός έχει τα γνωσιοθεωρητικά όριά του και δεν δίνει πάντοτε πειστικές απαντήσεις κατά την κοπιώδη αναζήτηση από τον δικαστή –αλλά και όλων των συμμετεχόντων στη δικαστηριακή πρακτική– για εκείνο το «ανεξήγητο κάτι»³¹, που χρησιμεύει ως συναισθηματικό μέτρο για την αναζήτηση του νομικώς ορθού.

Όσο λοιπόν υπάρχουν άνθρωποι που λαμβάνουν σοβαρά υπόψη τους την εμπλοκή τους σε μια δικαστική διαδικασία, οι όποιες απαντήσεις επί νομικών ζητημάτων δε θα αψίστανται και της προσπάθειας ουσιαστικής εύρεσης και απονομής του δικαίου. Διότι οι άνθρωποι εισέρχονται σε μια δίκη με τα πάθη, τους εγωισμούς, τα συμφέροντα και το υπόβαθρο των ατομικών εμπειριών τους, με ότι με μια λέξη συνθέτει το νόημα της ύπαρξής τους.

Από την άλλη πάλι πλευρά, πανταχού παρών ελλοχεύει ο κίνδυνος της υπερβολής της απονομής του δικαίου υπό τη μονομερή επήρεια αξιολογικών, κατεξουσιαστικών ή και ηθικών δεσμεύσεων. Η «κρίση» που ξέσπασε στο ελληνικό δίκαιο υπήρξε, όπως ήδη στα προηγούμενα ανέλυσα, ένα αποτέλεσμα μετάπτωσης της ορθολογικά απονεμόμενης δικαιοσύνης σε εμπειρική, σε συνδυασμό με την εκτεταμένη εμφάνιση του φαινομένου της διαφθοράς στα επιμέρους κοινωνικά υποσυστήματα. Η εμπειρική δικαιοσύνη είναι βέβαια το σύμπτωμα και όχι το αίτιο της απονομής μιας τέτοιας μορφής αναλογικής δικαιοσύνης. Το αίτιο ανιχνεύεται στην προσπάθεια επιρροής συγκεκριμένων εξουσιαστικών μηχανισμών σε όσο γίνεται πιο εκτενή κοινωνικά πεδία. Στο παράδειγμα του ελληνικού δικαιοκού συστήματος, το ρόλο αυτό διεκδίκησε ως ένα βαθμό, έστω και ανεπίσημα, τμήμα της εκκλησίας, χωρίς όμως να είναι απούσα η εκτελεστική αλλά και η οικονομική εξουσία στις ποικίλες εκδοχές της. Γι' αυτό και προς αποφυγή της ουσιαστικοποίησης του ελληνικού δικαίου διαμέσου της εμπειρικής εφαρμο-

γής των κανόνων του, επιβάλλεται η ιδιοδυναμική ενδυνάμωση των λειτουργιών και των διαδικασιών του. Η αυτοαναφορική θεωρία του δικαίου στο έργο του Luhmann μπορεί αρκετά να προσφέρει στην κατεύθυνση αυτή, υπό τον όρο να μην λάβει κανείς την έννοια της αυτοποίησης στην ονομαστική της αξία αλλά σχετικοποιημένα, ως υποβοηθητικό παράγοντα για την πιο ανεξάρτητη λειτουργία του δικαίου από παρεμφερή κοινωνικά συστήματα³².

Ένα «ευλογοφανές συνταίριασμα» φορμαλισμού και κατασκευοκρατίας με τις απαιτήσεις για ουσιαστική πραγμάτωση της δικαιοσύνης είναι τελικά το αμφίστομο πρόταγμα για κάθε μοντέρνο, δικαϊκό σύστημα της ύστερης νεωτερικότητας, άρα και για το ελληνικό δίκαιο. Το συνταίριασμα αυτό, εκτός του ότι θεραπεύει ενδεχόμενες μονομερείς ερμηνείες τόσο της τυποκρατικής λογικής όσο και της αντίθετης της ουσιοκρατικής, συντρέχει επίσης στην ευκρινέστερη διαμεσολάβηση της θεωρίας και της πράξης. Τούτο διότι εμβάλλει τους δικαϊκά συμμετέχοντες και ιδίως το δικαστή ως αποφασίζοντα νομικό στον καθημερινό κόσμο της πράξης, δίχως να τους αποκόπτει από την εμπειρία, όπως –ας μην λησμονούμε– επιχειρούν περίτεχνα αρκετές κοινωνιολογικές θεωρίες της ύστερης νεωτερικότητας.

Σημειώσεις

1. Για την έννοια της προσδοκίας από συστημικής άποψης, βλ. Luhmann, *Rechtsoziologie*, Bd. I, Hamburg, 1972, σελ. 33.
2. Για μια συνοπτική, πλην όμως ουσιαστική προσέγγιση της καθαρής θεωρίας του δικαίου στο έργο του Hans Kelsen, βλ. ενδεικτικά, Πέτρο Γέμτο, «Η αξιολογική ουδετερότητα στη νομική επιστήμη: Το πείραμα του νομικού θετικισμού», *Νομικό Βήμα*, 52, 2004, σελ. 361-364.
3. Για μια εισαγωγική αναφορά στη διαλογική θεωρία του δικαίου του Habermas, βλ. Κωνσταντίνο Κουβαλάκο, «Επικοινωνιακός λόγος και δικαιώματα του ανθρώπου. Η θεωρία δικαιωμάτων της επικοινωνιακής κριτικής θεωρίας», *Δικαιώματα του ανθρώπου*, τόμος εκτός σειράς, II, 2004, σελ. 198-201. Βλ. επίσης, Habermas, *Το πραγματικό και το ισχύον*, Αθήνα, 1996.
4. Επ' αυτού, P. Kondylis, *Das Politische und der Mensch: Grundzüge der Sozialontologie, Band 1, Soziale Beziehung, Verstehen, Rationalität*, Berlin, 1999, σελ. 416.
5. Πρβλ. K.O. Apel, «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ - national gerechigt werden?», στο:

K.O. Apel, M. Kettner (επιμ.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, 2 Aufl., Frankfurt a.M., σελ. 44.

6. Επ' αυτού, Keller Bertmann, «Im Taumel der Freiheit: Demokratie und Repräsentation bei Jürgen Habermas», *Der Staat* 39, 2000, σελ. 186.

7. Βλ. Luhmann, «Quod Omnes Tangit. Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory», στο: Rosenfeld M., Arato A. (επιμ.), *Habermas on Law and Democracy*, California, 1998, σελ. 161.

8. Για τις ελλείψεις αυτές στο πεδίο της χαμπερμασιανής, επικοινωνιακής και ιδίως πολιτικής θεωρίας, βλ. Νικόλαο Τσίρο, «Η κριτική του Παναγιώτη Κονδύλη στη θεωρία του επικοινωνιακού πράττειν του Jürgen Habermas», *Το Βήμα των Κοινωνικών Επιστημών* 34, 2002, σελ. 147 κ.ε.

9. Βλ. Keller Bertmann, *όπ. παρ.*, σελ. 196.

10. Για μια εισαγωγή στην κονστρουκτιβιστική επιχειρηματολογία, βλ. Νικόλαο Τσίρο, «Νέες μορφές αβεβαιοτήτων ή επιστημολογική απροσδιοριστία των θεωριών περί διακινδύνευσης στην ύστερη νεωτερικότητα;», *Νόμος και Φύση* 3-4, 2000, σελ. 409-412.

11. Βλ. Luhmann, «Die Autopoiesis des Bewusstseins», *Soziale Welt* 36, 1985, σελ. 403.

12. Βλ. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1997, σελ. 126-128. Για την έννοια του νοήματος ως «κατασκευή» στη λουμανική θεωρία των αυτοαναφορικών συστημάτων, βλ. Νικόλαο Τσίρο, «Η έννοια του νοήματος στη συστημική θεωρία του Niklas Luhmann», *Το βήμα των κοινωνικών επιστημών* 40, 2004, σελ. 205-208.

13. Βλ. Νικόλαο Τσίρο, *Κοινωνιολογικοί αναστοχασμοί για το Πολιτικό και το Δίκαιο: Η συστημική θεωρία του Niklas Luhmann*, Αθήνα, 2005, σελ. 52.

14. Για τον ορισμό του λουμανικού θετικού δικαίου, βλ. Luhmann, *Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας*, Αθήνα, 1999, σελ. 214.

15. Luhmann, *όπ. παρ.*, σελ.220.

16. Βλ. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, σελ. 76-78.

17. Βλ. Νικόλαο Τσίρο, *Κοινωνιολογικοί αναστοχασμοί...*, *όπ. παρ.*, σελ. 203-204.

18. Για την επισήμανση των γνωσιοθεωρητικών ορίων του κονστρουκτιβισμού στον χώρο των κοινωνικών επιστημών, βλ. Seyla Benhabib, «Strange multiplicity. Die Politik der Identität und Differenz im globalen Zusammenhang», στην ίδιας, *Politische Partizipation im Zeitalter der Globalisierung*, Frankfurt a.M., 1999, σελ. 27.

19. Κατά παρεμφερή τρόπο επισημαίνει ο Παύλος Σούρλας σε επίπεδο πολιτικής φιλοσοφίας τον φόβο του Πλατωνισμού στις πολιτικές θεωρίες των Rawls και Habermas. Βλ. Παύλο Σούρλα, «Φιλοσοφία και δημοκρατία. Ο φόβος του Πλατωνισμού στους Rawls και Habermas», *Ισοπολιτεία* 1, 2000, σελ. 91 κ.ε.

20. Επί του θέματος, βλ. Luhmann, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», στο: ιδίου, *Ausdifferenzierung des*

Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M., 1999, σελ. 150-151.

21. Βλ. τις αναλύσεις του Weber στο έργο του, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 Auflage, Tübingen, 1976 και ιδίως τα κεφάλαια, «Rechtssoziologie», σελ. 387-513 και «Soziologie der Herrschaft», σελ. 541 κ.ε.

22. Το ερώτημα θέτει ο Χανς-Άλμπρεχτ Έσσε, «Περί του ρόλου του συναισθήματος στην άσκηση των νομικών επαγγελματιών και την εκπαίδευση των νομικών», *Ελληνική Δικαιοσύνη* 45, 2004, σελ. 354.

23. Ειδικότερα για την αρχή της επιείκειας, βλ. Κώστα Μπέη, «Η επιείκεια στην ηθική φιλοσοφία του δικαίου», *Dike International (Δίκη)* 34, 2003, σελ. 1338, κ.ε.

24. Την έννοια «Judiz-Justiz» χρησιμοποιεί ο Έσσε, *όπ. παρ.*, σελ. 354, για τις ανάγκες μιας όσο το δυνατόν πιο ανθρωποκεντρικής θεώρησης του ρόλου του δικαστή, ως αποφασίζοντος οργάνου στην απονομή της δικαιοσύνης.

25. Εν τω μεταξύ, η «κρίση» υπερέβη σαφώς τα αρχικά όριά της και εξαπλώθηκε συλλήβδην στην τυχόν αναζήτηση «επίορκων» δικαστών, αλλά και στο θέμα της καθυστέρησης απονομής της δικαιοσύνης. Όλα όμως τα παραπάνω συνθέτουν τα στοιχεία μιας «κρίσης», που κατά τη γνώμη μου σχετίζεται περισσότερο με ζητήματα ουσιαστικής απονομής του ελληνικού δικαίου και λιγότερο με την εσωτερική ορθολογικότητά του ως συστήματος. Η ορθολογικότητα αυτή κερδήθηκε ήδη εδώ και δεκαετίες, διαμέσου της τυπικής φορμαλιστικής λογικής που διέπει κάθε σύγχρονο θετικό δίκαιο, επομένως και το ελληνικό.

26. Βλ. Luhmann, *Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας*, σελ. 183-184 και 209-210.

27. Σε επίπεδο διαμόρφωσης του Ελληνικού έθνους η θρησκεία δεν υπήρξε ένα απλό υποβλήμα του εθνικισμού. Αντίστροφα «θρησκευοποιήθηκε» και ο εθνικισμός, με αποτέλεσμα η Ορθοδοξία να γίνει ιστορικά ο τρόπος με τον οποίο συναισθανόμαστε τον εαυτό μας. Πρβλ. για το ζήτημα, Αντώνη Λιάκο, *Πώς στοχάστηκαν το έθνος αυτοί που ήθελαν να αλλάξουν τον κόσμο;*, Αθήνα, 2005, σελ. 143.

28. Οπότε και κυρίως για λόγους που αφορούν στην προσφορότερη λειτουργική απόδοση του ελληνικού εκκλησιαστικού συστήματος, θα τεθεί ακόμη πιο επιτακτικά στο μέλλον το πρόβλημα του χωρισμού μεταξύ κράτους και εκκλησίας.

29. Για το φαινόμενο της διαφθοράς στην ελληνική δικαιοσύνη, βλ. Στέφανο Μαθία, «Διαφθορά και κρατική εξουσία», *Επιστήμη και Κοινωνία* 15, 2005, σελ. 7-9.

30. Για τον ορισμό του «απαντητικού» δικαίου (responsives Recht), βλ. G. Teubner, «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie* 68, 1982, σελ. 50-51.

31. Βλ. Έσσε, *όπ. παρ.*, σελ. 354.

32. Απόπειρα σχετικοποίησης της αυτοαναφορικής θεωρίας του δικαίου

στο έργο του Luhmann επιχειρούν π.χ. οι Teubner και Willke, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6, 1984, σελ. 4-35, οι οποίοι εισάγουν την ενδιάμεση έννοια του «ανακλαστικού» δικαίου. Ο ορισμός τους, ενώ καταρχήν εμμένει στην αυτοαναφορικότητα του δικαίου ως δομικό στοιχείο της ορθολογικότητάς του, όμως δεν αποκλείει, όπως ο Luhmann, την επικοινωνιακή αλληλόδραση του δικαίου με το κοινωνικό περιβάλλον του.

Βιβλιογραφία

- Apel O.K., «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ - national gerechtfertigt werden?», στο: Apel O.K., Kettner M. (επιμ.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, 2 Aufl. Frankfurt a.M., Germany: Suhrkamp, 1993, σελ. 29-61.
- Benhabib S., «Strange multiplicity. Die Politik der Identität und Differenz im globalen Zusammenhang», στην ίδιας, *Politische Partizipation im Zeitalter der Globalisierung*, Fischer Taschenbuch, 1, Frankfurt a.M., Germany, 1999, σελ. 3-32.
- Γέμτος Π., «Η αξιολογική ουδετερότητα στη νομική επιστήμη: Το πείραμα του νομικού θετικισμού», *Νομικό Βήμα*, τεύχ. 52, 2004, σελ. 353-371.
- Έσσε Α.Χ., «Περί του ρόλου του συναισθήματος στην άσκηση των νομικών επαγγελματιών και την εκπαίδευση των νομικών», *Ελληνική Δικαιοσύνη*, τεύχ. 45, 2004, σελ. 349-362.
- Habermas J., *Το Πραγματικό και το Ισχύον*, εκδ. Λιβάνης, Αθήνα, 1996.
- Καβουλάκος Κ., «Επικοινωνιακός λόγος και δικαιώματα του ανθρώπου. Η θεωρία δικαιωμάτων της επικοινωνιακής κριτικής θεωρίας», *Δικαιώματα του Ανθρώπου*, ΤΕΣ, ΙΙ, 2004, σελ. 189-217.
- Keller B., «Im Taumel der Freiheit: Demokratie und Repräsentation bei Jürgen Habermas», *Der Staat*, τεύχ. 39, 2000, σελ. 185-207.
- Kondylis P., *Das Politische und der Mensch: Grundzüge der Sozialontologie, Soziale Beziehung, Verstehen, Rationalität*, Band I, Akademie, Berlin, Germany, 1999.
- Λιάκος Α., *Πώς στοχάστηκαν το έθνος αυτοί που ήθελαν να αλλάξουν τον κόσμο;*, εκδ. Πόλις, Αθήνα, 2005.
- Luhmann N., *Rechtssoziologie*, Bd. I, Hamburg, Rowohlt, Germany, 1972.
- Luhmann N., «Die Autopoiesis des Bewusstseins», *Soziale Welt*, τεύχ. 36, 1985, σελ. 402-446.
- Luhmann N., *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., Germany, 1993.

- Luhmann N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., Germany, 1997.
- Luhmann N., «Quod Omnes Tangit. Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory», στο: Rosenfeld M., Arato A. (επιμ.), *Habermas on Law and Democracy*, University of California Press, California, USA, 1998, σελ. 152-172.
- Luhmann N., «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», στο: ίδιου: *Audifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., Germany, 1999, σελ. 113-153.
- Luhmann N., *Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας*, εκδ. Κριτική, Αθήνα, 1999.
- Ματθίας Σ., «Διαφθορά και κρατική εξουσία», *Επιστήμη και Κοινωνία*, τεύχ. 15, 2005, σελ. 1-17.
- Μπέης Κ., «Η επιείκεια στην ηθική φιλοσοφία του δικαίου», *Dike International (Δίκη)*, τεύχ. 34, 2003, σελ. 1338-1346.
- Σούρλας Π., «Φιλοσοφία και δημοκρατία. Ο φόβος του Πλατωνισμού στους Rawls και Habermas», *Ισοπολιτεία*, τεύχ. 1, 2000, σελ. 29-97.
- Teubner G., «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, τεύχ. 68, 1982, σελ. 13-59.
- Teubner G., Willke H., «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, τεύχ. 6, 1984, σελ. 4-35.
- Τσίρος Ν., «Νέες μορφές αβεβαιότητων ή επιστημολογική απροσδιοριστία των θεωριών περί διακινδύνευσης στην ύστερη νεωτερικότητα;», *Νόμος και Φύση*, τεύχ. 3-4, 2000, σελ. 365-420.
- Τσίρος Ν., «Η κριτική του Παναγιώτη Κονδύλη στη θεωρία του επικοινωνιακού πράττειν του Jürgen Habermas», *Το Βήμα των Κοινωνικών Επιστημών*, τεύχ. 35, 2002, σελ. 143-158.
- Τσίρος Ν., «Η έννοια του νοήματος στη συστημική θεωρία του Niklas Luhmann», *Το Βήμα των Κοινωνικών Επιστημών*, τεύχ. 40, 2004, σελ. 193-213.
- Τσίρος Ν., *Κοινωνιολογικοί αναστοχασμοί για το Πολιτικό και το Δίκαιο: Η συστημική θεωρία του Niklas Luhmann*, εκδ. Σάκκουλας, Αθήνα, 2005.
- Weber M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5 Aufl., Mohr., Tübingen, Germany, 1976.

