

## ΚΕΦΑΛΑΙΟ 3

### Ο H.L.A. HART ΚΑΙ Ο ΝΟΜΙΚΟΣ ΘΕΤΙΚΙΣΜΟΣ

#### *Επισκόπηση του νομικού θετικισμού*

Ο νομικός θετικισμός βασίζεται στην απλή διαπίστωση ότι η ορθή περιγραφή του δικαίου είναι ιδιαίτερα σημαντική και θα πρέπει να απομονωθεί από ηθικές κρίσεις (σχετικά με την αξία του υπάρχοντος δικαίου και σχετικά με το πώς θα πρέπει να αναπτυχθεί ή να αλλάξει το δίκαιο).<sup>1</sup> Με τους πιο ακριβείς όρους θεωρίας του δικαίου, μια περιγραφική, ή τουλάχιστον ουδέτερη ηθικά, θεωρία περί δικαίου είναι και εφικτή και χρήσιμη. Στους πρώτους υποστηρικτές του νομικού θετικισμού συμπεριλαμβάνονται ο Jeremy Bentham (1748-1832) και ο John Austin (1790-1859). Θα μπορούσαμε όμως να πάμε και πιο πίσω και να τοποθετήσουμε τις ρίζες του σύγχρονου νομικού θετικισμού στους (πολιτικούς) φιλοσόφους Thomas Hobbes<sup>2</sup> (1588-1679) και David Hume (1711-1776).<sup>3</sup>

Με απλά λόγια, ο νομικός θετικισμός βασίζεται στην πεποίθηση (την υπόθεση, το δόγμα) ότι το ερώτημα τι είναι το δίκαιο διαχωρίζεται –και πρέπει να διαχωρίζεται– από το ερώτημα τι θα έπρεπε να είναι το δίκαιο. Η θέση αυτή μπορεί να συνοψιστεί με τα λόγια του John Austin:

Η ύπαρξη του δικαίου είναι ένα ζήτημα· η αξία ή η απαξία του είναι άλλο ζήτημα. Το αν υπάρχει ή δεν υπάρχει είναι ένα ερώτημα· το αν μπορεί να συμμορφωθεί ή όχι προς ένα δεδομένο πρότυπο είναι άλλο ερώτημα. Ένας νόμος, που πραγματικά υπάρχει, είναι νόμος, έστω κι αν τύχει να μη μας αρέσει ή έστω κι αν διαφέρει από το πρότυπο βάσει του οποίου καθορίζουμε αν θα τον επιδοκιμάσουμε ή αν θα τον αποδοκιμάσουμε.<sup>4</sup>

Ο νομικός θετικισμός αναζητά στη μελέτη του δικαίου, ούτε λίγο ούτε πολύ, αυτό που θεωρείται το θεμέλιο της σύγχρονης κοινωνικής θεωρίας: οι κοινωνικοί θεσμοί να μπορούν να μελετώνται με αντικειμενικό τρόπο, ανεξάρτητα από προκαταλήψεις ή ιδεολογίες.<sup>5</sup> Ένας τέτοιος διαχωρισμός δεν αρνείται –και πράγματι οι θεωρητικοί που υποστηρίζουν τον νομικό θετικισμό το δηλώνουν επίμονα– ότι αυτό που ορίζεται ως «ισχύον δίκαιο» ή «ισχύον νομικό σύστημα» μπορεί καμιά φορά να είναι τόσο φαύλο ή άδικο, ώστε δεν θα έπρεπε να το υπακούν οι άνθρωποι.<sup>6</sup>

Η ιδέα ότι η περιγραφή μιας πρακτικής ή ενός θεσμού θα πρέπει να προηγείται και να διαχωρίζεται από την αξιολόγησή τους φαίνεται τόσο προφανής σε όσους την ακούν σήμερα, ώστε να μη χρειάζεται να δηλώνεται και πολύ περισσότερο να δικαιολογείται.<sup>7</sup> Ωστόσο, η αμφισβητούμενη φύση του νομικού θετικισμού γίνεται εμφανέστερη όταν έχουμε κατά νου τόσο την ιστορία των κειμένων που γράφτηκαν για το δίκαιο, όσο και το είδος θεσμού που είναι το δίκαιο.

Όσον αφορά το πρώτο σημείο: ιστορικά, πολλά συγγράμματα για το δίκαιο γενικά (σε αντίθεση με τα συγγράμματα για συγκεκριμένα νομικά συστήματα, που αναλύουν ποιοι κανόνες ισχύουν και ποιοι θα έπρεπε να ισχύουν) περιλάμβαναν ηθικές και πολιτικές αναζητήσεις με αντικείμενο τις προϋποθέσεις νομιμοποίησης της κρατικής εξουσίας και (το προφανώς σχετικό ερώτημα) κάτω από ποιες συνθήκες οι πολίτες έχουν ηθική υποχρέωση να υπακούουν στο νόμο. Για ορισμένους, το ζήτημα μιας ηθικά ουδέτερης περιγραφής του δικαίου ήταν ασαφές, ιδίως αν σκεφτόταν κανείς ότι κάποιος είχε ηθική ή θρησκευτική βάση για να ασκήσει κριτική και να διατυπώσει επιταγές.<sup>8</sup>

Όσο για το δεύτερο σημείο, το δίκαιο είναι πρακτική τόσο έντονα διαποτισμένη από ισχυρισμούς που μοιάζουν ηθικής φύσης (π.χ. ότι οι πολίτες «οφείλουν να κάνουν το X», όπου X είναι μια πράξη την οποία απαιτούν οι κανόνες δικαίου) και από όρους που μοιάζουν ηθικής φύσης (π.χ. νομικά «δικαιώματα» και «υποχρεώσεις»), ώστε μια αυστηρά περιγραφική θεωρία του δικαίου φαίνεται είτε δύσκολη είτε ακατάλληλη, για τον ίδιο λόγο που μια «περιγραφική θεωρία της ηθικής» ή μια «περιγραφική θεωρία της δικαιοσύνης» ηχούν παράξενα, μολονότι *μπορούμε* να βρούμε περιγραφικές θεωρίες και των δύο τύπων.

Επιπλέον, η διαδικασία διαχωρισμού των κανόνων που αποτελούν μέρος του νομικού συστήματος («έχουν νομική ισχύ») από τους υπόλοιπους φαίνεται να εμπλέκει και ηθική ανάλυση: είτε πρόκειται για την ηθική δικαιολόγηση της δημιουργίας νέων κανόνων ιδιωτικού δικαίου

είτε για την ηθική δικαιολόγηση στην οποία βασίζεται η ερμηνεία των νόμων είτε για τη χρήση συνταγματικών κανονιστικών αρχών με ηθική χροιά για την κήρυξη ενός νόμου ως αντισυνταγματικού.<sup>9</sup>

Είναι σημαντικό να σημειωθεί ότι η «θεωρία του διαχωρισμού» που συνδέεται με τον νομικό θετικισμό μπορεί να λειτουργεί σε ένα από τα εξής τρία επίπεδα: 1) το ερώτημα για το αν το νομικό καθεστώς (η νομική ισχύς) του κανόνα ή της κανονιστικής αρχής μπορεί να διαχωριστεί από την ηθική αξιολόγηση του περιεχομένου του<sup>10</sup>. 2) το ερώτημα για το αν το νομικό καθεστώς ενός συστήματος κανόνων ή κανονιστικών αρχών μπορεί να διαχωρίζεται από την ηθική αξιολόγηση του περιεχομένου του (ερώτημα που συχνά συσχετίζεται με το ερώτημα αν το ναζιστικό καθεστώς είχε σύστημα δικαίου ή όχι). 3) το ερώτημα για το ρόλο των ηθικών κριτηρίων στην κατασκευή μιας θεωρίας δικαίου. Αυτά τα τρία επίπεδα επικαλύπτονται, αλλά εγείρουν, τουλάχιστον αρχικώς, ξεχωριστά ζητήματα.<sup>11</sup>

Η προσπάθεια να τοποθετηθεί η μελέτη του δικαίου σε «επιστημονική» βάση –αντικειμενική και απαλλαγμένη<sup>12</sup> από προκαταλήψεις– οδήγησε πολλούς από τους πρώτους νομικούς θετικιστές στην προσπάθεια να δημιουργήσουν έναν αυστηρά εμπειρικό τρόπο κατανόησης των νομικών πράξεων και των νομικών εννοιών, κατανοώντας τες έτσι ως συναρτήσεις παρελθόντων, παρόντων και μελλοντικών γεγονότων. Αυτή η αναζήτηση στη νομική θεωρία μπορούμε να πούμε ότι προκύπτει από την ευρύτερη αναζήτηση για μια «επιστημονική» προσέγγιση στις κοινωνικές επιστήμες ανάξια εκείνης των «σκληρών επιστημών» (π.χ. φυσική και χημεία), σύμφωνα με την οποία οι θεωρίες βασίζονται μόνο σε «αντικειμενικές» παρατηρήσεις συμβάντων τα οποία θα μπορούσαν εύκολα να τα αναπαραγάγουν ή να τα επιβεβαιώσουν άλλοι θεωρητικοί (σε κάπως πιο τεχνική γλώσσα, το «κανονιστικό» στο δίκαιο υποτασσόταν στο «εμπειρικό»)<sup>13</sup>. Έτσι, οι νομικοί κανόνες αναλύονταν με όρους παρελθοντικών τάσεων υπακοής, χρήσης από τους νομοθέτες ειδικών γλωσσικών τύπων, μελλοντικής πιθανότητας επιβολής κυρώσεων, προβλέψεων για το τι θα κάνουν οι δικαστές κ.ο.κ.

Η σπουδαιότητα του H.L.A. Hart έγκειται εν μέρει στον τρόπο με τον οποίο έστρεψε τον νομικό θετικισμό σε διαφορετική κατεύθυνση. Ενώ δεν έπαψε να επιμένει στη σημασία που έχει η εννοιολογική διάκριση του δικαίου από την ηθική (ο διαχωρισμός της περιγραφής τού τι είναι το δίκαιο από τη συζήτηση του πώς θα έπρεπε να είναι το δίκαιο), επέκρινε τις απόπειρες ανάλυσης του δικαίου με αυστηρά εμπειρικούς όρους. Ως

προς αυτό ακολουθούσε μια ανερχόμενη και με σημαντική επιρροή άποψη ότι οι κοινωνικές επιστήμες απαιτούν προσέγγιση σαφώς διαφορετική από εκείνη των φυσικών επιστημών, προσέγγιση βασιζόμενη στην κατανόηση όχι απλώς των πράξεων που συμβαίνουν, αλλά και του νοήματος που έχουν αυτές οι πράξεις για τους συμμετέχοντες στις πρακτικές ή στους θεσμούς που μελετούμε.<sup>14</sup>

### *Σύνοψη των απόψεων του Hart*

Την εποχή που ο H.L.A. Hart (1907-1992) άρχιζε να διαμορφώνει τη δική του θεωρία, στη βιβλιογραφία της θεωρίας του δικαίου κυριαρχούσε η αντίληψη ότι το δίκαιο μπορεί να κατανοηθεί καλύτερα ως προσταγή ενός πολιτικά κυρίαρχου (*sovereign*) στους υπηκόους του.<sup>15</sup> Η προσέγγιση του Hart στη θεωρία δικαίου μπορεί να ιδωθεί ως αντίδραση στη θεωρία περί προσταγής. Έτσι μάλιστα παρουσίαζε ο ίδιος τη θεωρία του σε αρκετές περιπτώσεις, όπως θα φανεί και στη συνέχεια.<sup>16</sup>

Η «θεωρία των προσταγών» (που ταυτίζεται πρωτίστως με τον Austin, μολονότι και ο Bentham διατύπωσε μια εκδοχή της)<sup>17</sup>, παρουσιάζει το δίκαιο ως σύνολο προσταγών (διαταγών που βασίζονται σε απειλή εξαναγκασμού) από τον πολιτικά κυρίαρχο (κάποιον στον οποίο υπακούουν συνήθως άλλοι, ενώ ο ίδιος δεν συνηθίζει να υπακούει σε κανέναν) προς τους πολίτες. Ο Hart ανακάλυψε αδυναμίες σχεδόν σε κάθε σημείο. Πρώτα απ' όλα, είναι προβληματικό να μιλάμε για ύπαρξη ενός πολιτικά κυρίαρχου (πρόσωπο ή οντότητα που συνήθως το υπακούουν, ενώ το ίδιο δεν συνηθίζει να υπακούει σε οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο ή οντότητα) στα περισσότερα σύγχρονα κράτη, όπου ακόμα και οι ανώτατες κυβερνητικές θέσεις και θεσμοί υπόκεινται σε νομικούς περιορισμούς. Δεύτερον, η έννοια του πολιτικά κυρίαρχου δημιουργεί δυσκολίες στην εξήγηση της συνέχειας του δικαίου: όταν αναλαμβάνει κάποιος την εξουσία για πρώτη φορά, δεν έχει ιστορικό ως κάποιος στον οποίο συνήθως υπακούουν οι άλλοι. Τρίτον, όταν βλέπουμε μονάχα τις προσταγές που στηρίζονται σε απειλές εξαναγκασμού ή όταν βλέπουμε όλες τις όψεις του δικαίου ως παραλλαγές αυτών των προσταγών, πολλά σημαντικά στοιχεία στα δικαιοκίνητα συστήματα χάνονται.

Συνοπτικά, ο Hart θεωρούσε πως το πρόβλημα με την άποψη του Austin για το δίκαιο, και γενικά με τις περισσότερες εμπειρικές προσεγγίσεις, ήταν ότι δεν μπορούν να ξεχωρίσουν την καθαρή ισχύ από θε-

σμούς και κανόνες αποδεκτούς από την κοινότητα, δεν μπορούν να ξεχωρίσουν τις διαταγές τρομοκρατών από ένα δικαιοκώ σύστημα.<sup>18</sup>

Η εναλλακτική άποψη του Hart για το δίκαιο θεμελιώνεται στις απόψεις του περί κανόνων, ιδιαίτερα στη διαφορά που εντόπιζε ανάμεσα στους κανόνες και τις συνήθειες. Κάποιοι εξωτερικός παρατηρητής ίσως δεν μπορεί να διακρίνει ποιος ενεργεί κατά ορισμένο τρόπο από συνήθεια και ποιος ενεργεί κατά τον ίδιο τρόπο συμμορφούμενος σε έναν κανόνα. Μπορεί να πηγαίνω στον κινηματογράφο κάθε Σάββατο, αλλά το κάνω όχι επειδή θεωρώ ότι υπάρχει νομικός, ηθικός ή κοινωνικός/συμβατικός κανόνας που λέει ότι πρέπει να το κάνω. Σύμφωνα με τον Hart, η διαφορά ανάμεσα σ' αυτές τις δύο κανονικότητες στη συμπεριφορά μπορεί να ιδωθεί μέσα από τις στάσεις των συμμετεχόντων. Με βάση τις συνήθειες, η δήλωση της συμπεριφοράς είναι απλώς μια περιγραφή: πηγαίνω στον κινηματογράφο κάθε Σάββατο. Με βάση έναν κανόνα, όμως, η δήλωση μπορεί να παίζει και άλλους ρόλους: μπορεί να λειτουργεί ως εξήγηση, ως δικαιολόγηση και ως βάση για να επικρίνεται η απόκλιση. Η δήλωση έχει κανονιστική λειτουργία.<sup>19</sup> Πολλοί άνθρωποι δεν υπακούουν στις αρχές απλώς από «συνήθεια»: έχουν εσωτερικεύσει τους κανόνες ως λόγους για να ενεργούν με συγκεκριμένο τρόπο και για να επικρίνουν άλλους όταν δεν ενεργούν όπως απαιτείται.

Η θεωρία του Hart στο σημείο αυτό, όπως και αλλού, ανταποκρίνεται στην ιδέα πως, κατά την ανάλυση των κοινωνικών θεσμών ή των κοινωνικών πρακτικών, μια θεωρία που λαμβάνει υπόψη της ή βοηθάει να εξηγηθεί ο τρόπος με τον οποίο οι συμμετέχοντες κατανοούν αυτούς τους θεσμούς ή αυτές τις πρακτικές είναι, και μόνον από αυτό το γεγονός, σαφώς καλύτερη από κάποια άλλη που δεν το κάνει. Ο Hart χαρακτηρίζει το έργο του «δοκίμιο περιγραφικής κοινωνιολογίας»<sup>20</sup>, επειδή συχνά βασίστηκε σε διακρίσεις εννοιών που είχαν τις ρίζες τους στη γλωσσική χρήση, η οποία με τη σειρά της βασιζόταν σε διαφορές ως προς τη συμπεριφορά και τη στάση.

Όσο για την άποψη που αντιλαμβάνεται το δίκαιο ως προσαγές που στηρίζονται σε απειλές, φαίνεται να οδηγεί στη σύγχυση, που μνημονεύσαμε νωρίτερα, ανάμεσα στη δύναμη που επιβάλλεται και στις αποδεκτές κανονιστικές αρχές. Ένα νομικό σύστημα είναι κάτι διαφορετικό, και υποτίθεται κάτι καλύτερο, από την εξουσία των γκάνγκστερ πάνω σε έναν τρομοκρατημένο όχλο. Ο Hart συνέλαβε τον πυρήνα αυτής της διαφοράς όταν εξέταζε τη διαφοροποίηση ανάμεσα στο «είμαι υποχρεωμένος» και «έχω υποχρέωση».<sup>21</sup> Είμαστε υποχρεωμένοι να ενεργήσουμε

κατά τον τρόπο που μας διατάζει ο γκάνγκστερ επειδή φοβόμαστε τις συνέπειες. Ωστόσο, τη στιγμή που θα εκλείψει ο φόβος για τις πιθανές συνέπειες, αντιλαμβανόμαστε ότι δεν υπάρχει κανένας λόγος να ενεργούμε με βάση την προσταγή. Το να έχει κάποιος υποχρέωση κάτω από ένα έγκυρο κανονιστικό σύστημα (είτε πρόκειται για τους κανόνες ενός παιχιδιού είτε για τους κανόνες της θρησκείας είτε για τους κανόνες δικαίου μιας κοινωνίας) είναι ψυχολογικά πιο περίπλοκο. Ενεργεί επειδή πιστεύει ότι οφείλει να ενεργήσει έτσι, όχι επειδή, ή όχι απλώς επειδή, φοβάται τις συνέπειες σε περίπτωση που ενεργήσει διαφορετικά.<sup>22</sup>

Αντίθετα προς την αντίληψη εκείνη που περιόριζε όλους τους κανόνες δικαίου σε παραλλαγές ενός και μόνο τύπου, όπως η θεωρία του Austin (μία εκδοχή της) που περιόριζε όλους τους κανόνες δικαίου σε προσταγές, ο Hart τονίζει ότι το δίκαιο είναι πολυσχιδές. Αντιπαραθέτει τους κανόνες που επιβάλλουν καθήκοντα με εκείνους που εκχωρούν εξουσίες (είτε πρόκειται για εξουσία που εκχωρείται σε αξιωματούχους μέσα στο νομικό σύστημα είτε για εκχώρηση ορισμένων νομικών εξουσιών σε πολίτες, όπως συμβαίνει μέσω της λειτουργίας των κανόνων για συμβάσεις, διαθήκες, κληροδοτήματα κ.ο.κ.). Αντιπαραθέτει τους κανόνες που εφαρμόζονται απευθείας στους πολίτες («πρωταρχικοί κανόνες») με τους κανόνες που ρυθμίζουν τη λειτουργία του ίδιου του συστήματος κανόνων («δευτερεύοντες κανόνες»). Οι δευτερεύοντες κανόνες περιλαμβάνουν κανόνες αλλαγής, κανόνες απονομής δικαιοσύνης και τον κανόνα της αναγνώρισης.<sup>23</sup> Οι κανόνες αλλαγής είναι οι κανόνες που δίνουν την εξουσία στο λαό να δημιουργεί νέους, πρωταρχικούς κανόνες. Αυτό περιλαμβάνει όχι μόνο τη νομιμοποίηση των νομοθετικών σωματίων, αλλά και την εξουσιοδότηση των ιδιωτών να δημιουργούν καινούργια δικαιώματα και καθήκοντα μέσω συμβάσεων, διαθηκών, κληροδοτημάτων κ.ο.κ.<sup>24</sup> Οι κανόνες απονομής της δικαιοσύνης «δίνουν την εξουσία[...] στα άτομα να αποφασίζουν έγκυρα αν σε συγκεκριμένη περίπτωση παραβιάστηκε ένας πρωταρχικός κανόνας».<sup>25</sup> Η φύση και η σημασία του «κανόνα (ή των κανόνων) αναγνώρισης» θα αναλυθούν στην επόμενη ενότητα.<sup>26</sup> Ο Hart υποστήριξε ότι για να υπάρχει νομικό σύστημα απαιτούνται δύο αναγκαίες και ικανές συνθήκες: 1) οι έγκυροι κανόνες του συστήματος «πρέπει γενικά να γίνονται σεβαστοί» και 2) τα κριτήρια που τίθενται στον κανόνα αναγνώρισης του συστήματος «πρέπει πράγματι να γίνονται αποδεκτά ως κοινές δημόσιες προδιαγραφές συμπεριφοράς των αξιωματούχων».<sup>27</sup>

Εδώ δεν έχουμε το χώρο να αναλύσουμε λεπτομερειακά όλες τις πτυ-

χές της θεωρίας δικαίου του Hart.<sup>28</sup> Αντ' αυτού, θα παρουσιάσω εν συντομία τέσσερα από τα πιο σημαντικά θέματα που παρουσιάζονται στο έργο του Hart: τον κανόνα αναγνώρισης (*rule of recognition*), την εσωτερική θεώρηση των κανόνων, την «ανοιχτή υφή» των κανόνων και το «ελάχιστο περιεχόμενο του φυσικού δικαίου». Στη συνέχεια θα ξαναδούμε τις απόψεις του Hart σε αντιπαράθεση με εκείνες του Hans Kelsen (Κεφ. 4), του John Finnis (Κεφ. 5), του Lon Fuller (Κεφ. 6) και του Ronald Dworkin (Κεφ. 7).

### Ο κανόνας αναγνώρισης

Κεντρική θέση στη θεωρία του Hart κατέχει η έννοια του «κανόνα αναγνώρισης», που αποτελείται από ένα σύνολο κριτηρίων με βάση τα οποία οι αξιωματούχοι (που έχουν επίσημη νομική ιδιότητα) προσδιορίζουν ποιοι κανόνες αποτελούν και ποιοι όχι μέρος του νομικού συστήματος. Τα κριτήρια αυτά αναφέρονται ως τρόποι δικαιολόγησης των πράξεων των αξιωματούχων, μολοντί εν μέρει τα κριτήρια διαμορφώνονται επίσης από τις πράξεις τους. Για να εξηγήσουμε: ορισμένες φορές τα εφαρμοζόμενα κριτήρια καταγράφονται σε επίσημο κείμενο (π.χ. ένα γραπτό Σύνταγμα) ή τουλάχιστον εκφράζονται καθαρά στις προϋποθέσεις που οι αρμόδιοι δηλώνουν ότι ακολουθούν (π.χ. «για να κυρωθεί ένας νόμος, το νομοσχέδιο πρέπει να ψηφιστεί από την πλειοψηφία του κάθε σώματος του Κογκρέσου και έπειτα να υπογραφεί από τον πρόεδρο»). Άλλες φορές, τα κριτήρια που σέβονται οι αξιωματούχοι μπορεί να καθορίζονται εκ των υστέρων, με αναφορά στις αποφάσεις που αυτοί έλαβαν.

Μεταγενέστεροι θεωρητικοί έχουν εγείρει πολλά ζητήματα σχετικά με τον κανόνα αναγνώρισης: π.χ. αν μπορεί να κατανοηθεί καλύτερα ως κανόνας που επιβάλλει καθήκοντα ή εκχωρεί εξουσία, καθώς και αν είναι δυνατόν να υπάρχουν περισσότεροι από έναν κανόνες αναγνώρισης εντός δεδομένου νομικού συστήματος.<sup>29</sup> Ωστόσο, θα πρέπει να εστιάζουμε πρωτίστως στο τι υποδηλώνει η έννοια του κανόνα αναγνώρισης, δηλαδή τι εκπροσωπεί. Ο κανόνας αναγνώρισης εκφράζει ή συμβολίζει τη βασική αρχή του νομικού θετικισμού, ότι υπάρχουν συμβατικά κριτήρια για τα οποία οι αξιωματούχοι συμφωνούν προκειμένου να προσδιορίσουν ποιοι κανόνες αποτελούν και ποιοι όχι μέρος του νομικού συστήματος. Αυτό με τη σειρά του συνδέεται με το διαχωρισμό της διαδικασίας προσδιορισμού του δικαίου από την ηθική του αξιολόγηση, καθώς και με

το διαχωρισμό των προτάσεων για το τι είναι το δίκαιο από τις προτάσεις για το τι θα έπρεπε να είναι. (Οι ομοιότητες και οι διαφορές ανάμεσα στον κανόνα αναγνώρισης του Hart και στον «Θεμελιώδη Κανόνα» του Kelsen παρουσιάζονται στο Κεφ. 4).

### *Η εσωτερική θεώρηση των κανόνων (και του δικαίου)*

Η «εσωτερική θεώρηση» των κανόνων<sup>30</sup> αποτελεί επίσης κεντρικό θέμα στη θεωρία του Hart. Μπορεί να κατανοηθεί καλύτερα μέσα στο πλαίσιο μιας συγκεκριμένης γενικής προβληματικής (και έχει αντίκτυπο σ' αυτήν) η οποία αφορά την κατασκευή κοινωνικών θεωριών, θέμα που τίξι-με σε προηγούμενα κεφάλαια αλλά και στην αρχή του παρόντος κεφαλαίου. Υπάρχουν δύο συναφή προβλήματα προς εξέταση: σε τι πρέπει να διαφέρουν οι κοινωνικές θεωρίες από θεωρίες σε άλλους τομείς και κατά πόσον μια κοινωνική θεωρία μπορεί να είναι «επιστημονική».<sup>31</sup>

Ένα πρόβλημα που προκύπτει κατά την προσπάθεια να διαμορφωθεί θεωρία για μια κοινωνική διαδικασία όπως είναι το δίκαιο (πρόβλημα άγνωστο για τις θεωρίες σύνθεσης του ατόμου, χημικής διάδρασης, φωτο-σύνθεσης κ.ο.κ.) είναι ότι το δίκαιο αποτελεί ανθρώπινο δημιούργημα για να εξυπηρετούνται ανθρώπινοι σκοποί και απαιτεί τη συμμετοχή των ανθρώπων. Για τους λόγους αυτούς, η κατανόηση κάθε κοινωνικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένου του δικαίου, ανήκει σε άλλο είδος από την κατανόηση διαδικασιών που είναι καθαρά φυσικές, χημικές ή βιολογικές.

Αυτό είναι το πλαίσιο για την ανάλυση της ιδέας του Hart περί εσωτερικής θεώρησης των κανόνων. Δεν μπορούμε συνελπώς να κατανοήσουμε ένα κοινωνικό σύστημα, αν δεν κατανοήσουμε πώς το αντιλαμβάνονται οι άνθρωποι που το δημιούργησαν ή που συμμετέχουν σε αυτό. Αυτή η «ερμηνευτική» προσέγγιση, η απόδοση δηλαδή προτεραιότητας στην προσπάθεια να κατανοηθεί πώς άλλοι άνθρωποι αντιλαμβάνονται την κατάστασή τους, βρίσκεται σε αντιπαράθεση με την αντίληψη όλων εκείνων που πιστεύουν ότι η κοινωνική θεωρία πρέπει να είναι περισσότερο επιστημονική.<sup>32</sup>

Η «επιστημονική» προσέγγιση της κοινωνικής θεωρίας στηρίζεται μόνο σε δεδομένα που είναι «αντικειμενικά», δεδομένα πάνω στα οποία διαφορετικοί παρατηρητές θα ήταν πάντοτε σύμφωνοι μεταξύ τους. Παραδείγματα της «επιστημονικής» προσέγγισης στη θεωρία δικαίου μπορεί κανείς να βρει στα κείμενα διάφορων θεωρητικών: για παράδειγμα,



στον Christopher Columbus Langdell που αντιλαμβάνεται τη νομική θεωρία ως την αναζήτηση του συστήματος των βασικών αρχών εντός του δικαίου<sup>33</sup>, και στους αμερικανούς οπαδούς του νομικού ρεαλισμού (των οποίων η αντίληψη αποτελεί εν μέρει αντίδραση στη θεωρία του Langdell)<sup>34</sup>, οι οποίοι δίνουν έμφαση στο τι «πραγματικά κάνουν» οι δικαστές σε αντιπαράθεση με αυτό που λένε ότι κάνουν. Ο Hart μνημονεύει επίσης ειδικά τον σκανδιναβό οπαδό του νομικού ρεαλισμού Alf Ross, ο οποίος, κατά τον Hart, «ισχυριζόταν πως η μόνη μέθοδος παρουσίασης του δικαίου που ταιριάζει σε μια σύγχρονη ορθολογική επιστήμη του δικαίου είναι μια μέθοδος που συμμερίζεται τη δομή και τη λογική των προτάσεων της εμπειρικής επιστήμης».<sup>35</sup>

Ο Hart ισχυρίζεται ότι μια «επιστημονική» προσέγγιση, οποιοδήποτε πλεονέκτημα κι αν έχει, απλούστατα δεν είναι αρκετή για την πλήρη κατανόηση του δικαίου.<sup>36</sup> Το δίκαιο είναι κοινωνικός θεσμός που δημιουργήθηκε για να υλοποιεί ορισμένους ανθρώπινους σκοπούς και συνάμα για να καθοδηγεί τους πολίτες. Την εκ προθέσεως συμπεριφορά και την κανονιστική συμπεριφορά (τη συμπεριφορά δηλαδή που ακολουθεί κανόνες) μπορούμε να τις κατανοήσουμε μόνον αν εγκαταλείψουμε τη σκοπιά του θεατή και προσπαθήσουμε να καταλάβουμε τις αντιλήψεις όσων συμμετέχουν στο σύστημα, δηλαδή τις αντιλήψεις των ανθρώπων που ακολουθούν τους κανόνες και οι οποίοι αντιλαμβάνονται ότι το κάνουν. Με τους όρους του Hart, για να καταλάβουμε «την όποια μορφή κανονιστικής κοινωνικής δομής», «η μεθοδολογία των εμπειρικών επιστημών μάς είναι άχρηστη. Αυτό που μας χρειάζεται είναι μια “ερμηνευτική” μέθοδος, η οποία έχει τη δυνατότητα να παρουσιάζει τη συμπεριφορά που διέπεται από κανόνες όπως τη βλέπουν οι συμμετέχοντες».<sup>37</sup>

Την κριτική σε μια καθαρά επιστημονική προσέγγιση μπορούμε να τη δούμε στη διάκριση που κάνει ο Hart ανάμεσα στη συνηθισμένη επαναλαμβανόμενη συμπεριφορά και στην τήρηση των κανόνων, που αναφέραμε νωρίτερα.<sup>38</sup> Όπως σημειώσαμε, ο Hart έδινε έμφαση στη διαφορά ανάμεσα στους κανόνες και τις συνήθειες, διαφορά που εδράζεται πρωτίστως στις αντιλήψεις των συμμετεχόντων για το τι κάνουν, αλλά και στις αντιδράσεις τους καθώς και τις στάσεις τους απέναντι σε πράξεις που τους αφορούν. Όταν μια πράξη λαμβάνει χώρα κατά βάση «ως κανόνας» παρά «ως συνήθεια», ο κανόνας αυτός αποτελεί δικαιολόγηση της πράξης και επίσης τη βάση για κάθε είδους κριτική (συμπεριλαμβανομένης της αυτοκριτικής) για οποιαδήποτε απόκλιση από τις επιτασσόμενες πράξεις.<sup>39</sup> Αντιθέτως, δεν διαθέτουμε συνήθως πρόχειρες δικαιολογίες (και

ορισμένες φορές δεν έχουμε κανενός είδους εξήγηση) για τις συνήθειές μας, και ασφαλώς ούτε ασκούμε ούτε αναμένουμε κριτική όταν παρατηρούνται αποκλίσεις από τις συνήθειες αυτές. Επειδή μια επιστημονική, καθαρά «εξωτερική» προσέγγιση του δικαίου θα συνέχεε τις συνήθειες με την τήρηση κανόνων, αναπόφευκτα θα παρέβλεπε, σύμφωνα με τον Hart, και ορισμένα ουσιαστικά στοιχεία για τη φύση του δικαίου.

Ωστόσο, το να λέμε ότι κάποιος θα υιοθετήσει την οπτική ενός από τους συμμετέχοντες στην κοινωνική πρακτική, στην καλύτερη περίπτωση είναι μόνον ένα πρώτο βήμα. Σε τελική ανάλυση, στις περισσότερες κοινωνικές πρακτικές συμμετέχουν πολλοί, αλλά δεν έχουν όλοι την ίδια άποψη ή στάση απέναντι στην πρακτική. Ένας διαπρεπής εκπρόσωπος της θεωρίας δικαίου, ο John Finnis (που εξετάζεται λεπτομερέστερα στο Κεφ. 5), υποστηρίζει ότι η οπτική που επιλέγεται πρέπει να είναι η οπτική ενός (υποθετικού) πρακτικά λογικού προσώπου, που εφαρμόζει την κατάλληλη ηθική συλλογιστική για να συμπεράνει (αν είναι αλήθεια) ότι το νομικό σύστημα δημιουργεί δεσμευτικές (εκ πρώτης όψεως) ηθικές υποχρεώσεις.<sup>40</sup> Ένας άλλος διαπρεπής εκπρόσωπος της νομικής θεωρίας, ο Ronald Dworkin (βλ. Κεφ. 7), υποστηρίζει ότι θα πρέπει κανείς να κατασκευάζει τη θεωρία του σαν να ήταν συμμετοχος στην κοινωνική πρακτική, προσφέροντας μια ερμηνεία της πρακτικής αυτής που θα την ανήγαγε στη βέλτιστη (ηθικά) δυνατή πρακτική.<sup>41</sup> Και οι δύο αυτές απόψεις είναι, από τη σκοπιά του Hart, υπερβολικά ακραίες: ο Hart θέλει μια θεωρία δικαίου ελεύθερη από ηθικές αξιολογήσεις ή ηθικές δεσμεύσεις (σε αντίθεση με την προσέγγιση του Finnis) που θα παραμένει συγχρόνως περιγραφική θεωρία της πρακτικής παρά συμμετοχή σ' αυτή (σε αντίθεση με την προσέγγιση του Dworkin).<sup>42</sup>

Ο Hart προσπαθούσε να διατηρήσει μια άβολη ενδιάμεση θέση.<sup>43</sup> Υποστήριζε ότι μια θεωρία δικαίου θα πρέπει να κατασκευάζεται με βάση τη θεώρηση κάποιου ο οποίος αποδέχεται το νομικό σύστημα, αλλά η ίδια η θεωρία (ή, αλλιώς, ο ίδιος ο θεωρητικός) δεν χρειάζεται ούτε είναι απαραίτητο να επιδοκιμάζει το σύστημα (ως σύστημα που είναι γενικά δίκαιο ή που δημιουργεί δεσμευτικές ηθικές υποχρεώσεις). Με άλλα λόγια, η θεωρία ταυτόχρονα: 1) προσπαθεί να λάβει υπόψη της την οπτική όσων συμμετέχουν και 2) καταφέρει να επιλέξει μεταξύ πιθανών θεωρήσεων των συμμετεχόντων χωρίς να χρειάζεται να διατυπώνει ηθικές κρίσεις, ενώ 3) διατηρεί αρκετή απόσταση από τη θεώρηση του συμμετέχοντος ώστε να μπορεί να κρίνει ηθικά το όλο σύστημα/εγχείρημα. Ο κίνδυνος εδώ έγκειται στο να διολισθήσει η θέση του Hart αφενός προς

μια θεωρία εξωτερικού παρατηρητή, όπως του Austin, και αφετέρου προς μια θέση εγγύτερη προς αυτήν του Finnis ή του Dworkin.

Για να θέσουμε το ζήτημα διαφορετικά, το ερώτημα που ανακύπτει είναι πώς να αντιμετωπίσει κανείς σοβαρά την ανάγκη να δέχεται την οπτική ενός συμμετέχοντος σε μια πρακτική, διατηρώντας όμως αρκετή απόσταση ώστε να μπορεί να κρίνει την πρακτική (και τους συμμετέχοντες σ' αυτή). Στην κοινωνική θεωρία (ή ίσως ακριβέστερα στη «μεταθεωρία των κοινωνικών επιστημών»), το δίλημμα αυτό οδήγησε σε μια εν εξελίξει αντιπαράθεση γύρω από το αν μια προσπάθεια να «εξηγηθεί κάθε πολιτισμός ή κοινωνία με τους δικούς της όρους[...] αποκλείει την ανάλυση που τα παρουσιάζει προβληματικά, σε κατάσταση σύγχυσης ή με ψευδαισθήσεις». <sup>44</sup> Θα μπορούσε κάποιος να υποστηρίξει το εξής: αν ισχυρίζεσαι ότι κατανοείς την οπτική του συμμετέχοντος που πιστεύει σε ορισμένη πρακτική, αλλά νομίζεις ότι η πρακτική είναι παράλογη και βάρβαρη, τότε δεν έχεις πραγματικά καταλάβει ή κατάλληλα αφομοιώσει την οπτική του, αφού αυτός δεν το βλέπει έτσι. <sup>45</sup> Μια επιπλέον επιπλοκή, οι συνέπειες της οποίας δύσκολα προσδιορίζονται, είναι ότι στις κοινωνικές επιστήμες πρέπει να εξετάζουμε τι ρόλο διαδραματίζει μια εσωτερική οπτική τόσο 1) στην αξιολόγηση των δεδομένων που συγκεντρώθηκαν, όσο και 2) στη συγκέντρωση των προς αξιολόγηση δεδομένων. <sup>46</sup> Αυτό το επιπρόσθετο σημείο είναι ασαφές ως προς το τι επιπτώσεις έχει, γιατί εμπλέκεται στην αντιπαράθεση του τι σημαίνει «συγκεντρώνω αποδείξεις» για μια γενική θεωρία δικαίου, καθώς και τι είδους απόδειξη χρειάζομαι (αντιπαράθεση στην οποία έχουμε ήδη αναφερθεί στο Κεφ. 2).

Ο Joseph Raz προσπάθησε να υπερασπιστεί μια ενδιάμεση θέση ανάμεσα στις εξωτερικές θεωρήσεις και τις πλήρως δεσμευμένες εσωτερικές, με μια πρόταση που την αποκαλεί «κρίσεις από συγκεκριμένη σκοπιά» ή «αδέσμευτες κανονιστικές κρίσεις». <sup>47</sup> Πρόκειται για κρίσεις που αποδέχονται μια συγκεκριμένη κανονιστική πρόταση προκειμένου να διατυπωθεί ένας περιορισμένος ισχυρισμός, χωρίς ωστόσο να υιοθετούν την κανονιστική αυτή θέση. Έτσι, μπορούμε να πούμε στον χορτοφάγο φίλο μας στο εστιατόριο: «Δεδομένων των πιστεύω σου, δεν πρέπει να παραγγείλεις αυτό το φαγητό», έστω κι αν εμείς δεν είμαστε χορτοφάγοι. Κατά τον ίδιο τρόπο, «οι νομικοί επιστήμονες –τους οποίους περιλαμβάνονται και οι απλοί μαχόμενοι δικηγόροι– μπορούν να χρησιμοποιούν κανονιστική γλώσσα όταν περιγράφουν το δίκαιο και να κάνουν νομικές κρίσεις χωρίς να υιοθετούν την ηθική αυθεντία του δικαίου». <sup>48</sup>

Ένας δικηγόρος μπορεί να πει σε έναν πελάτη: Αν αποδέχεσαι την κανονιστική ισχύ του δικαίου (ότι επιβάλλει δηλαδή ηθικές υποχρεώσεις), τότε θα πρέπει να κάνεις το Χ ή θα πρέπει να αποφύγεις το Ψ. Το αν η ανάλυση του Hart, με ή χωρίς τη βοήθεια του Raz, μπορεί να διατηρήσει την επισφαλή ενδιάμεση θέση της, είναι δύσκολο και σημαντικό ζήτημα.

Ένα σχετικό πρόβλημα για τον νομικό θετικισμό (που συνδέεται μόνον εν μέρει με την «εσωτερική θεώρηση») είναι το κατά πόσον είναι εφικτό να υπάρξει θεωρία δικαίου «καθαρά περιγραφική» – ή, αν το «περιγραφική» είναι δυνατός όρος, τουλάχιστον ηθικώς ουδέτερη. Ο νομικός θετικισμός πάντοτε επέμενε ότι σκοπός του είναι να περιγράψει το «δίκαιο όπως είναι» παρά «το δίκαιο όπως θα έπρεπε να είναι», ωστόσο οι σύγχρονοι εκπρόσωποί του παρατηρούν ότι η κατασκευή μιας θεωρίας αναπόφευκτα εμπλέκει στοιχεία αξιολόγησης και επιλογής και υπ' αυτή την έννοια δεν είναι καθαρά «περιγραφική». Παρ' όλα αυτά, υποστηρίζουν ότι αυτές οι μορφές επιλογής και αξιολόγησης αναφέρονται σε κρίσεις ως προς τη «σπουδαιότητα» και όχι σε ηθικές αξιολογήσεις.<sup>49</sup> Το εναλλακτικό επιχείρημα, που προβάλλεται από τον Stephen Perry και τον Ronald Dworkin, είναι ότι η νομική θεωρία αναπόφευκτα προϋποθέτει ηθική αξιολόγηση, και το μοναδικό ερώτημα που προκύπτει είναι αν οι επιλογές γίνονται φανερά (και υποστηρίζονται με επιχειρήματα) ή γίνονται σιωπηρά (και χωρίς δικαιολόγηση).<sup>50</sup>

### *Ανοικτή υφή*

Το πρόβλημα των κενών στο δίκαιο είναι γνωστό εδώ και πολύ καιρό. Ο Αριστοτέλης έχει γράψει:

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

(Όταν λοιπόν ο νόμος μιλάει αφηρημένα και τύχει μια περίπτωση που δεν καλύπτεται από την αφηρημένη διατύπωση, τότε το σωστό είναι, στο θέμα που ο νομοθέτης παρέλειψε να αναφερθεί και έσφαλε μιλώντας αφηρημένα, να διορθωθεί η παράλειψη. Θα πρέπει να πούμε ότι και ο ίδιος ο νομοθέτης θα έλεγε, αν ήταν παρών, και θα πρόσθετε στο νόμο, αν το ήξερε).<sup>51</sup>

Οι κανόνες δικαίου μπορεί να αποτύχουν, με πολλούς, διαφορετικούς τρόπους, να καλύψουν (ασυνήθιστες) πραγματικές καταστάσεις που ανακύπτουν. Ο Hart εισήγαγε την ιδέα της «ανοικτής υφής» (*open texture*) για να περιγράψει μια τέτοια περίπτωση.<sup>52</sup> Αν ο νομοθέτης εισαγάγει έναν κανόνα για να αντιμετωπίσει συγκεκριμένες περιστάσεις, πώς μπορεί ο δικαστής να εφαρμόσει τον κανόνα σε μια τελείως διαφορετική περίπτωση; Ο Hart χρησιμοποιεί ως παράδειγμα τον κανόνα «Απαγορεύεται η είσοδος των οχημάτων στο πάρκο», που έχει σκοπό να απαγορεύσει την είσοδο των αυτοκινήτων. Θέτει όμως το εξής ερώτημα: ο κανόνας θα πρέπει να εφαρμόζεται στις μοτοσυκλέτες ή στα πατίνια ή και σε άλλα αντικείμενα που είναι και δεν είναι «οχήματα»; Ο Hart υποστηρίζει ότι σε κάθε γενικό κανόνα υπάρχει ένας «πυρήνας βεβαιότητας», βασικές περιπτώσεις στις οποίες η εφαρμογή του κανόνα είναι ξεκάθαρη, αλλά και ένα «σκιόφως αμφιβολίας» (*penumbra of doubt*), όπου είναι αβέβαιο αν ο κανόνας έχει εφαρμογή.<sup>53</sup>

Μέρος του επιχειρήματος είναι ότι ο σκοπός του νόμου είναι ατελής ή ασαφής: οι νομοθέτες δεν έλαβαν υπόψη τους όλες τις πιθανές καταστάσεις, οπότε ο σκοπός τους, ακόμα κι αν είναι σαφής και γνωστός, δεν θα απαντήσει σε όλα τα πιθανά ερωτήματα σχετικά με την εφαρμογή των κανόνων. Ένα άλλο μέρος του επιχειρήματος είναι ότι η γλώσσα είναι ασαφής: θα υπάρξουν πολλές περιπτώσεις όπου θα είναι αβέβαιο αν ένας γενικός όρος (π.χ. «όχημα») εφαρμόζεται στο συγκεκριμένο υπό εξέταση αντικείμενο (π.χ. πατίνι).

Από αυτές τις προκειμένες ο Hart εξήγαγε το συμπέρασμα ότι οι δικαστές αναπόφευκτα πρέπει να χρησιμοποιούν τη διακριτική τους ευχέρεια και να παράγουν νέο δίκαιο σε περιπτώσεις όπου οι κανόνες δικαίου έχουν «ανοικτή υφή». Σημείωνε επίσης ότι η «δικαιοπλαστική νομολογία» σε ορισμένες περιπτώσεις είναι κάτι θετικό, εφόσον προσδίδει την απαιτούμενη ελαστικότητα στην εφαρμογή των κανόνων δικαίου.<sup>54</sup>

Αν το καλοσκεφτούμε, το συμπέρασμα ότι η γλώσσα είναι γενικά σαφής, αλλά υπάρχουν και περιπτώσεις όπου δεν είναι, δεν προκαλεί έκπληξη. Το πώς να υπακούς ή να συμμορφώνεσαι με μια διαταγή ή απαίτηση είναι συνήθως προφανές, υπάρχουν όμως και περιπτώσεις όπου οι περιστάσεις καθιστούν το πράγμα αβέβαιο. Μια οδηγία που σε ορισμένες περιστάσεις φαίνεται ξεκάθαρη, ίσως φανεί συγκεχυμένη ή παράλογη όταν οι περιστάσεις έχουν αλλάξει σημαντικά. Ορισμένες πτυχές της αντιπαράθεσης γύρω από την «ανοικτή υφή» προκύπτουν από τη φύση της γλώσσας, άλλες από τη φύση των κανόνων και το πρόβλημα της τήρησής

τους, και κάποιες από προτάσεις σχετικές με το ποιος είναι ο καλύτερος τρόπος να οικοδομείται ένα σύστημα για την εφαρμογή των κανόνων.<sup>55</sup>

Η πραγμάτευση του Hart απορρέει από τη διερώτηση για τη δυνατότητα των κανόνων να καθοδηγούν τη συμπεριφορά καθώς και για την ανάγκη, αλλά και τα πλεονεκτήματα, της δικαιοπλαστικής νομολογίας σε οριακές περιπτώσεις. Οι ίδιες σκέψεις εγείρουν άλλα προβλήματα που ο Hart δεν τα εξέτασε με τον ίδιο τρόπο, π.χ. προβλήματα για τη βούληση του νομοθέτη και το πώς μπορεί να ανακαλυφθεί ή να ανιχνευθεί και προβλήματα σχετικά με το πότε ο δικαστής νομιμοποιείται να ερμηνεύει έναν κανόνα αντίθετα προς το σαφές νόημά του ή αντίθετα προς τις προθέσεις του νομοθέτη. Για πολλούς και διάφορους λόγους, η αγγλική θεωρία του δικαίου (τουλάχιστον τον καιρό που έγραφε ο Hart) δεν εστίαζε στη νομιμοποίηση της διαπλαστικής νομολογίας τόσο όσο η αμερικανική θεωρία του δικαίου τις τελευταίες δεκαετίες.<sup>56</sup>

Για πολλούς λόγους, η θεωρία του Hart για την «ανοικτή υφή» ήταν πρόωγη: πρέπει ακόμα να γίνει πολλή δουλειά για να αποσαφηνιστούν επιχειρήματα που βασίζονται στη φύση της γλώσσας και στη φύση των κανόνων. Ο Hart ίσως βιάστηκε να συμπεράνει από την ύπαρξη της «ανοικτής υφής» ότι οι δικαστές πράγματι έχουν (ή θα έπρεπε να έχουν) διακριτική ευχέρεια όταν κρίνουν δύσκολες υποθέσεις.<sup>57</sup> Ωστόσο, ο πρωταρχικός σκοπός του Hart, όταν πρότεινε την έννοια της «ανοικτής υφής», ήταν να αντικρούσει επιχειρήματα που προέρχονταν από δυο κατευθύνσεις. Κατά πρώτον, ο Hart απαντούσε στους αμερικανούς νομικούς ρεαλιστές<sup>58</sup>, ορισμένοι εκ των οποίων υποστήριζαν ότι η δικαιοπλαστική νομολογία αποδείκνυε ότι οι κανόνες δικαίου σχεδόν ποτέ δεν καθορίζουν την έκβαση σε νομικές υποθέσεις και πως οι κανόνες δεν έχουν καμιά σημασία στην κατανόηση του δικαίου. Δεύτερον, ο Hart απαντούσε στους θεωρητικούς του φυσικού δικαίου<sup>59</sup>, που υποστήριζαν ότι ο τρόπος με τον οποίο οι δικαστές κρίνουν πάνω σε δύσκολα ζητήματα αποδεικνύει ότι, αντίθετα προς ό,τι πρόσβευαν οι εκπρόσωποι του νομικού θετικισμού, δεν υπάρχει εννοιολογικός διαχωρισμός ανάμεσα στο δίκαιο και την ηθική.<sup>60</sup>

Στην παρατήρηση ότι οι κανόνες από μόνοι τους δεν καθορίζουν πάντοτε την έκβαση των υποθέσεων, ο Hart απαντούσε πως αυτό αληθεύει (και οφείλεται στην «ανοικτή υφή»), αλλά συμβαίνει μόνο σε σχετικά περιορισμένο αριθμό περιπτώσεων. Στο επιχείρημα ότι η δικαιοπλαστική νομολογία υποδεικνύει την εννοιολογική σύνδεση δικαίου και ηθικής, ο Hart παρατηρούσε ότι αυτός ο τρόπος αντιμετώπισης του ζητήματος περισσότερο εμποδίζει παρά διευκολύνει την κατανόηση του δικαίου – η

ενδιάμεση νομοθετική παρέμβαση των δικαστών ίσως να βασίζεται εν μέρει σε ηθικές αξίες, αλλά αυτό δεν σημαίνει ότι τις αξίες αυτές είναι καλύτερο να τις δούμε σαν να βρίσκονται «μέσα στους κανόνες δικαίου» εξαρχής.<sup>61</sup> Επιπλέον, μεγάλο μέρος της δικαιοπλαστικής νομολογίας βασίζεται στην προώθηση των σκοπών της νομοθεσίας, που μπορούν εξίσου εύκολα να είναι ηθικά ουδέτεροι ή φαύλοι όσο και ενάρετοι.

### *Το ελάχιστο περιεχόμενο του φυσικού δικαίου*

Ορισμένοι σχολιαστές δίνουν μεγάλη έμφαση στην ιδέα του Hart για το «ελάχιστο περιεχόμενο του φυσικού δικαίου»<sup>62</sup>, θεωρώντας τη μεγάλη παραχώρηση που υπονομεύει ότι ο ίδιος είχε προσπαθήσει να υποστηρίξει προηγουμένως για το διαχωρισμό δικαίου και ηθικής. Αυτή η άποψη, κατά τη γνώμη μου, αποτελεί καθαρή παρανόηση της ανάλυσης του Hart, μολονότι μια σχετική έλλειψη σαφήνειας στο κείμενο επιτρέπει ίσως την παρανόηση.

Το συγκεκριμένο κείμενο εντάσσεται σε μια ευρύτερη συζήτηση για τους τρόπους με τους οποίους δίκαιο και ηθική θα λέγαμε ότι επικαλύπτονται (π.χ. το πώς οι συμβατικές ηθικές πεποιθήσεις προφανώς επηρεάζουν τον τρόπο με τον οποίο αναπτύσσεται το δίκαιο και το γεγονός ότι οι ιδέες για το πώς πρέπει να δομηθούν το δίκαιο και η κοινωνία επηρεάζουν τον τρόπο με τον οποίο ερμηνεύονται οι νόμοι – ιδιαίτερα οι ασαφείς νόμοι)<sup>63</sup>, προκειμένου να φανεί τι δεν περιλαμβάνεται στον ισχυρισμό ότι δεν υπάρχει αναγκαίος δεσμός ανάμεσα στο δίκαιο και την ηθική (ή, με άλλα λόγια, τι δεν αποκλείει αυτός ο ισχυρισμός). Το «ελάχιστο περιεχόμενο του φυσικού δικαίου» είναι απλώς μια ακόμα διερεύνηση αυτού του ορίου, που ο Hart πιστεύει ότι διαχωρίζει τον νομικό θετικισμό από τη θεωρία φυσικού δικαίου.

Το συγκεκριμένο επιχείρημα είναι ότι υπάρχουν ορισμένα «υπό αίρεση γεγονότα» που σχετίζονται με την ανθρώπινη κατάσταση σ' αυτό τον αιώνα (και σε όλους τους προηγούμενους): το ότι είμαστε όλοι θνητοί και ευάλωτοι, το ότι οι φυσικοί πόροι είναι περιορισμένοι και το ότι όλοι εξαρτώμεθα σε ένα βαθμό από άλλους ανθρώπους. Αυτά τα γεγονότα είναι υπό αίρεση, υπό την έννοια ότι δεν αποκλείεται (όσο απίθανο κι αν είναι) οι μελλοντικές εξελίξεις της επιστήμης να τα αλλάξουν (π.χ. μια σειρά ανακαλύψεων ίσως μας κάνει φυσικά άτρωτους). Ωστόσο, με δεδομένα αυτά τα γεγονότα, απορρέουν ορισμένες εύλογες συνέπειες. Ανάμεσα

σε αυτές, σύμφωνα με την υπόθεση του Hart, είναι το ότι κάθε νομικό ή ηθικό<sup>64</sup> σύστημα το οποίο δεν προσφέρει μια ελάχιστη προστασία (κατά του φόνου, κατά της σωματικής βλάβης και της κλοπής) σε σημαντικό μέρος του πληθυσμού δεν θα μπορέσει –δεν μπόρεσε– να επιζήσει για πολύ.

Δεν πρόκειται για εννοιολογικό επιχείρημα αλλά για μια απλή πρόβλεψη και μάλιστα εύλογη. Ακόμα και αν το εκλαμβάναμε ως παραχώρηση του Hart υπέρ των θεωριών φυσικού δικαίου, πρόκειται για ασήμαντη παραχώρηση για δύο λόγους. Πρώτον, δεν είναι πιθανό να συναντήσουμε ποτέ τέτοια κοινωνία, αλλά, ακόμα κι αν ανακαλύπταμε μια κοινωνία που να περιφρονεί αυτές τις ελάχιστες απαιτήσεις και καταφέρνει να επιζεί, η ορθή αντίδραση θα ήταν να αλλάξουν τα κριτήρια του Hart και όχι να συμπεράνουμε πως ο νομικός θετικισμός ή η θεωρία φυσικού δικαίου αποδείχτηκαν λανθασμένα. Δεύτερον, αυτό το τεστ του «ελάχιστου περιεχομένου» δεν αντανάκλα τις συνήθεις διαφωνίες ανάμεσα στους νομικούς θετικιστές και τους θεωρητικούς του φυσικού δικαίου. Οι υπέρμαχοι της θεωρίας του φυσικού δικαίου είναι υπέρ μιας ηθικής δοκιμασίας για τη νομική ισχύ η οποία θέτει πολύ υψηλότερες προδιαγραφές, και όχι μονάχα το χομπσιανού τύπου ηθικό μίνιμουμ που συζητά ο Hart.<sup>65</sup> Οι περισσότεροι θεωρητικοί του φυσικού δικαίου θα επιθυμούσαν να έχουν το δικαίωμα να ανακηρύξουν ως «μη δίκαιο» δικαιικά συστήματα, ή ορισμένους κανόνες δικαϊκών συστημάτων, τα οποία όμως εύκολα θα ικανοποιούσαν τις ελάχιστες προδιαγραφές τις οποίες συζητεί ο Hart.

### *Συμπεριληπτικός (ανοικτός) εναντίον αποκλειστικού (κλειστού) νομικού θετικισμού*

Στον σύγχρονο αγγλόφωνο νομικό θετικισμό, έχει γίνει πρόσφατα πολλή συζήτηση για την εσωτερική αντιπαράθεση ανάμεσα στον «ανοικτό νομικό θετικισμό» (*inclusive legal positivism* – που ορισμένες φορές αποκαλείται επίσης «ήπιος» νομικός θετικισμός ή «συμπεριληπτικός» νομικός θετικισμός) και στον «κλειστό νομικό θετικισμό» (*exclusive legal positivism* – που είναι γνωστός και ως «αποκλειστικός» ή «σκληρός» νομικός θετικισμός). Η αντιπαράθεση ανάμεσα στα δύο αυτά στρατόπεδα αφορά μια διαφορά στην ερμηνεία ή στην ανάπτυξη ενός κεντρικού ζητήματος για τον νομικό θετικισμό: το ότι δεν υπάρχει *αναγκαία* ή «εννοιολογική» σύνδεση μεταξύ δικαίου και ηθικής.

Ο κλειστός νομικός θετικισμός ερμηνεύει ή αναπτύσσει αυτή την πρό-



ταση με τρόπο που σημαίνει ότι τα ηθικά κριτήρια δεν μπορούν να αποτελέσουν ούτε επαρκείς ούτε αναγκαίες συνθήκες για το δικαιοκώ καθεστώς ενός κανόνα. Με άλλους όρους, ο κλειστός νομικός θετικισμός θεωρεί ότι «η ύπαρξη και το περιεχόμενο κάθε νόμου προσδιορίζονται πλήρως από την κοινωνία».<sup>66</sup> Ο ανοικτός νομικός θετικισμός, που διαθέτει αρκετούς επιφανείς υπέρμαχους<sup>67</sup>, ερμηνεύει το διαχωρισμό νόμου και ηθικής διαφορετικά, υποστηρίζοντας ότι, ενώ δεν υπάρχει *αναγκαίο* ηθικό περιεχόμενο σε έναν κανόνα δικαίου (ή δικαιοκώ σύστημα), ένα συγκεκριμένο δικαιοκώ σύστημα μπορεί, μέσω ενός συμβατικού κανόνα, να καθιστά τα ηθικά κριτήρια αναγκαία ή επαρκή για τη νομική ισχύ στο συγκεκριμένο σύστημα.

Το ισχυρότερο επιχείρημα υπέρ του ανοικτού νομικού θετικισμού φαίνεται να είναι το ότι ταιριάζει με τον τρόπο με τον οποίο αναφέρονται στο δίκαιο τόσο όσοι έχουν επίσημη νομική ιδιότητα όσο και τα νομικά κείμενα. Η ηθική φαίνεται να είναι *επαρκές* θεμέλιο για το δικαιοκώ καθεστώς ενός κανόνα σε πολλές αποφάσεις του Κοινοδικαίου (και σε αποφάσεις όπου οι αρχές του δικαίου διαδραματίζουν μεγάλο ρόλο)<sup>68</sup>, όπου μια δικαιοκώ κανονιστική αρχή δικαιολογείται αποκλειστικά ή πρωτίστως με βάση το ότι το απαιτεί η ηθική.<sup>69</sup> Το πλέον οικείο παράδειγμα ανοικτού νομικού θετικισμού δεν σχετίζεται με τα *επαρκή* θεμέλια νομικής ισχύος, αλλά με τα *αναγκαία* θεμέλια: όταν ο βασιζόμενος στο Σύνταγμα δικαστικός έλεγχος των νόμων (π.χ. στις ΗΠΑ), απαιτεί ή επιτρέπει την κατάργηση ενός νόμου που έρχεται σε αντίθεση με ηθικές αρχές κωδικοποιημένες στο Σύνταγμα (π.χ. σχετικές με την ισότητα, την ορθή απονομή της δικαιοσύνης, την απαγόρευση απάνθρωπων ποινών), αυτό φαίνεται να καθιστά την ηθικότητα αναγκαία αλλά όχι επαρκή βάση για τη νομική ισχύ.

Επιπρόσθετα, ο ανοικτός/συμπεριληπτικός χαρακτήρας επιτρέπει στους θεωρητικούς να αποδέχονται πολλές από τις κριτικές του Dworkin για τον νομικό θετικισμό (βλ. Κεφ. 7) χωρίς να απεμπολούν τις αρχές του νομικού θετικισμού που οι ίδιοι θεωρούν κεντρικές (τη θεμελίωση του δικαίου σε κοινωνικά γεγονότα και συμβάσεις). Ο ανοικτός νομικός θετικισμός δέχεται ότι στα αναγκαία ή επαρκή κριτήρια για την ισχύ του δικαίου σε ένα δικαιοκώ σύστημα μπορούν να περιλαμβάνονται ηθικές αρχές, αλλά επιμένει ότι η χρήση ηθικών κριτηρίων είναι μάλλον *συμπωματική* –και απορρέει από τις επιλογές ή τις πράξεις συγκεκριμένων αξιωματούχων με επίσημη νομική ιδιότητα– παρά μέρος της φύσης του δικαίου (και άρα παρούσα σε *κάθε* δικαιοκώ σύστημα).

Το πιο σημαντικό επιχείρημα υπέρ του κλειστού νομικού θετικισμού

ανήκει στον Joseph Raz και βασίζεται στη δεδομένη σχέση δικαίου και εξουσίας. Ο τρόπος με τον οποίο ο Raz προσεγγίζει το δίκαιο δεν συνοψίζεται εύκολα σε λίγες προτάσεις (ούτε καν σε λίγες σελίδες), αλλά θα επιχειρήσω εδώ να τον σκιαγραφήσω με συντομία. Κατ' αρχάς, ο Raz προτείνει τη «θεωρία για την κοινωνική προέλευση του δικαίου» ως πυρήνα του νομικού θετικισμού: το τι είναι και τι δεν είναι δίκαιο αποτελεί ζήτημα κοινωνικού γεγονότος (ο Raz υποστηρίζει μια ισχυρή εκδοχή της θεωρίας της κοινωνικής προέλευσης του δικαίου που την ονομάζει «θεωρία των πηγών του δικαίου» και εννοεί ότι η ύπαρξη και το περιεχόμενο κάθε νόμου προσδιορίζονται πλήρως από κοινωνικές πηγές).<sup>70</sup> Αυτή η αναδιατύπωση του διαχωρισμού δικαίου και ηθικής συνδέεται με, και υποστηρίζεται από, μια διάκριση ανάμεσα στη διαβούλευση ως μέρος της διαδικασίας λήψης της απόφασης και στην εκτέλεση της ληφθείσας απόφασης.<sup>71</sup> Όταν οι δικαστές απλώς εφαρμόζουν αποφάσεις που έχουν ήδη ληφθεί (από το νομοθετικό σώμα ή από παλαιότερες δικαστικές αποφάσεις), εφαρμόζουν υπάρχον δίκαιο (καθορίζοντας τι είναι δίκαιο), ενώ, όταν εξετάζουν ηθικούς παράγοντες κατά τη δημιουργία ενός νέου κανόνα ή πραγματοποιώντας αλλαγές σε ισχύοντα κανόνα, τότε καθορίζουν πώς θα πρέπει να είναι το δίκαιο. Αυτή η άποψη δεν παίρνει θέση για το αν είναι καλό ή κακό να νομοθετούν οι δικαστές ή αν θα έπρεπε να το κάνουν συχνότερα ή σπανιότερα.<sup>72</sup> Το ζήτημα εδώ είναι ότι το να διατηρείται η διάκριση ανάμεσα στην εφαρμογή του δικαίου και τη δημιουργία νέου, ανάμεσα στην εκτέλεση και στη διαβούλευση, και αναλυτικά καθαρότερο είναι και συνάδει με τον τρόπο που συνήθως σκεπτόμαστε και μιλάμε για το δίκαιο. Αυτή η προσέγγιση επιτρέπει στον Raz να δηλώνει ότι η ηθική συλλογιστική δεν παίζει ρόλο στη διαπίστωση του «τι είναι δίκαιο», αλλά συχνά παρεμβαίνει (και ίσως θα έπρεπε) στο πώς οι δικαστές οφείλουν να κρίνουν υποθέσεις «σύμφωνα με το νόμο».<sup>73</sup>

Επιπλέον, είναι στη φύση του δικαίου (ενός νομικού συστήματος) να έχει ή να αξιώνει νομιμοποίηση της αυθεντίας του.<sup>74</sup> Αυτό σημαίνει ότι οι κανόνες δικαίου εμφανίζονται ως «αιτίες αποκλεισμού», ως «αιτίες για να αποκλειστεί μια θεώρηση ως βάση μιας απόφασης».<sup>75</sup> Η ανάλυση του Raz συνδέει το δίκαιο, την αυθεντία και τον πρακτικό τρόπο του σκέπτεσθαι. Για τον Raz, ο δεσμός ανάμεσα στην αυθεντία και τον πρακτικό συλλογισμό είναι γενικής φύσης: οι αυθεντίες και οι λόγοι που βασίζονται σ' αυτές επηρεάζουν τις αποφάσεις μας για ηθικά προβλήματα. Όπου υπάρχει αυθεντία (την οποία αναγνωρίζουμε ως τέτοια), η απόφασή μας βασίζεται, τουλάχιστον εν μέρει, στο τι η αυθεντία ορίζει ότι

θα έπρεπε να κάνουμε (είτε αυτή η αυθεντία είναι το δίκαιο είτε ένα ιερό κείμενο, ένας θρησκευτικός ηγέτης, ένας διοικητής στο στρατό κ.ο.κ.). Η απόφασή μας ενσωματώνει κυρίως τη στάθμιση των σχετικών παραγόντων από την αυθεντία και δεν αντανακλά τόσο τη δική μας στάθμιση αυτών των παραγόντων. Με τα λόγια του Raz:

Οι υποδείξεις της αυθεντίας γίνονται οι λόγοι μας. Ενώ η αποδοχή της αυθεντίας βασίζεται στην πεποίθηση ότι οι υποδείξεις της θεμελιώνονται στέρεα στο λόγο, θεωρούμε ότι αποδίδουν τα οφέλη που υποτίθεται ότι παρέχουν μόνον αν εμείς όντως βασιζόμαστε σ' αυτές παρά στη δική μας ανεξάρτητη κρίση για κάθε περίπτωση στην οποία εφαρμόζονται.<sup>76</sup>

Για τον Raz, όσοι υπόκεινται σε μια αυθεντία «μπορούν να ωφεληθούν από τις αποφάσεις της μόνον αν μπορούν να ορίσουν την ύπαρξή τους και την ουσία τους με τρόπο που δεν θα εξαρτάται από την έγερση εκείνων των ζητημάτων τα οποία η αυθεντία έχει αναλάβει να επιλύσει».<sup>77</sup> Στην περίπτωση του δικαίου, αυτό σημαίνει ότι όσον αφορά τους κανόνες δικαίου, που έχουν σκοπό να υπαγορεύουν τη λήψη αποφάσεων βασισμένων στην αυθεντία σε θέματα για τα οποία οι πολίτες θα έπρεπε αλλιώς να υπόκεινται σε διαφορετική δράση για λόγους που επιβάλλει η ηθική (και η προνοητικότητα), πρέπει να είμαστε σε θέση να επιβεβαιώνουμε το περιεχόμενό τους χωρίς να καταφεύγουμε σε περαιτέρω ηθική αξιολόγηση. Σύμφωνα με αυτή την ανάλυση, ο ανοικτός νομικός θετικισμός είναι προορισμένος να αποτύχει επειδή είναι ασύμβατος με ένα πυρηνικό στοιχείο του δικαίου, την πρόθεση του νομικού συστήματος να αποτελεί αιτιολογημένη πρακτική αυθεντία.<sup>78</sup>

Η αντιπαράθεση μεταξύ ανοικτού και κλειστού νομικού θετικισμού συνεχίζει να προκαλεί ισχυρές διαφωνίες, όπως και η συζήτηση για το αν κάποια από τις δύο αυτές μορφές προσφέρει μια θέση πλήρως υπερασπίσιμη έναντι των σύγχρονων επικριτών του νομικού θετικισμού.<sup>79</sup>

### *Μη κανονιστικές προσεγγίσεις*

Στο βιβλίο *Norm and Nature [Κανόνας και Φύση]*<sup>80</sup>, ο Roger Shiner υποστήριξε ότι ο νομικός θετικισμός, καθώς εκλυπύνεται συνεχώς και απαντά σε κριτικές, αναπτύσσεται προς θέσεις κοντινές προς αυτές της θεωρίας φυσικού δικαίου. Ο Shiner υποστήριξε επίσης ότι η θεωρία φυσικού

δικαίου με τη σειρά της, στις πιο επεξεργασμένες μορφές της, αναπτύσσεται προς την κατεύθυνση του νομικού θετικισμού. Η βάση αυτού του επιχειρήματος μπορεί να κατανοηθεί σε αδρές γραμμές με βάση αυτά που συζητήθηκαν παραπάνω. Για παράδειγμα, μια εμπειρική θεωρία δικαίου σαν εκείνη του John Austin (κατά την ορολογία του Shiner, ένα παράδειγμα «απλοϊκού θετικισμού») έχει πολλά εμφανή μειονεκτήματα, που φαίνεται να τα θεραπεύει η θεωρία του H.L.A. Hart (κατά την ορολογία του Shiner, ένα παράδειγμα «επεξεργασμένου θετικισμού») με τη χρήση της «εσωτερικής θεώρησης». Ωστόσο, όπως αναφέραμε νωρίτερα, ήδη πλησιάζουμε στη θεωρία φυσικού δικαίου κατά το ότι φαίνεται να είναι πολύ λεπτή η διαχωριστική γραμμή ανάμεσα στο να βλέπεις το δίκαιο μέσα από τη σκοπιά των πολιτών που δέχονται ότι το δίκαιο δημιουργεί (εκ πρώτης όψεως ηθικές) υποχρεώσεις (η προτεινόμενη από τον Hart «εσωτερική θεώρηση»), και στο να κατασκευάζεις θεωρία γύρω από τις συνθήκες όπου το δίκαιο *πράγματι* επιβάλλει ισχυρές (εκ πρώτης όψεως) ηθικές υποχρεώσεις.

Σε μια βιβλιοκριτική του *Norm and Nature*<sup>81</sup>, ο Frederick Schauer συμφώνησε με τη βασική ανάλυση του Shiner, αλλά υποστήριξε ότι η άποψη του Shiner περί «επεξεργασμένου νομικού θετικισμού» δεν αποτελεί μονόδρομο για τη θετικιστική προσέγγιση του δικαίου. Ο Schauer πρότεινε ως εναλλακτική λύση μια εμπειρική και όχι ερμηνευτική εκδοχή του νομικού θετικισμού, υποστηρίζοντας ότι, σε σχέση με την εκδοχή του Hart που συζητήθηκε παραπάνω, η εναλλακτική του λύση ήταν εξίσου εφικτή, αλλά χωρίς τους κινδύνους ολίσθησης προς τη θεωρία φυσικού δικαίου. Με άλλα λόγια, ο Schauer πρότεινε ένα είδος «επιστροφής στον Austin».<sup>82</sup>

Το βασικό επιχείρημα του Schauer είναι ότι μπορούμε να κατασκευάσουμε μια εκδοχή της «εσωτερικής θεώρησης», όπου οι σύμφωνες προς το δίκαιο πράξεις των πολιτών και η εφαρμογή των νόμων από τους ιθύνοντες εξηγούνται αμφότερα επαρκώς με όρους προνοητικότητας (λόγου χάρη, επειδή οι πολίτες φοβούνται τις κυρώσεις και οι ιθύνοντες φοβούνται μήπως δεχθούν επιπλήξεις ή απομακρυνθούν από τη θέση τους, ενώ ελπίζουν να προαχθούν).<sup>83</sup> Η ουσία αυτής της μεταμορφωμένης «εσωτερικής θεώρησης» είναι ότι η πτυχή της «κανονιστικότητας» (το γεγονός ότι πολίτες ή ιθύνοντες αποδέχονται το δίκαιο ως δημιουργό ηθικών υποχρεώσεων και ως παροχέα [πρόσθετων] λόγων για να ενεργούν σύμφωνα με τις επιταγές του νόμου) απουσιάζει, διότι αυτή ακριβώς η πτυχή του επεξεργασμένου νομικού θετικισμού τον κάνει να διολισθαίνει προς τη θεωρία του φυσικού δικαίου.<sup>84</sup>

Επιστρέφουμε έτσι στον Hart (και στους πολλούς και διάφορους οπαδούς του) προκειμένου να ανακαλύψουμε γιατί μια θεωρία βασισμένη σε μια τέτοια «άποψη του κακού ανθρώπου για το δίκαιο»<sup>85</sup> θεωρείται ανεπαρκής. Η απάντηση του Hart φαίνεται ότι θα ήταν η εξής: επειδή δεν καταφέρνει να συνυπολογίσει τη θεώρηση ανθρώπων οι οποίοι αποδέχονται το δίκαιο και οι οποίοι ακολουθούν τις επιταγές του για άλλους λόγους.<sup>86</sup> Ένα επιχείρημα είναι ότι αυτό αποτελεί την «κεντρική» ή τη «βασική» αίσθηση περί δικαίου, την οποία κάθε θεωρία θα έπρεπε να προσπαθεί να εξηγήσει, ενώ η υπακοή στο νόμο από φόβο ή για εύνοια είναι «υποδεέστερη» ή «ασθενέστερη» αίσθηση περί δικαίου.<sup>87</sup> Ο Schauer απαντά ότι η εστίαση μιας θεωρίας σε πολίτες ή αξιωματούχους που πιστεύουν ότι το δίκαιο επιβάλλει ηθικές υποχρεώσεις είναι αμφίβολη όταν οι ίδιοι οι θεωρητικοί κάθε άλλο παρά συμφωνούν ως προς το βαθμό ηθικότητας του δικαίου, ενώ αρκετοί οπαδοί του νομικού θετικισμού, όπως ο Joseph Raz, βάλλουν με ισχυρά επιχειρήματα εναντίον της πρότασης ότι το δίκαιο δημιουργεί *prima facie* ηθικές υποχρεώσεις (βλ. Κεφ. 16). Η καλύτερη προσέγγιση, σύμφωνα με τον Schauer, είναι να αφήνεις το ερώτημα καθ' όλα ανοιχτό σε επίπεδο ορισμού και να επιχειρηματολογείς για το ζήτημα ανοιχτά.<sup>88</sup>

Αντίθετα προς τη συμβατική άποψη ότι η χρήση από τον Hart μιας (οιονεί) ερμηνευτικής προσέγγισης στη θεωρία δικαίου συνιστά σημαντική πρόοδο του νομικού θετικισμού ειδικά και της θεωρίας δικαίου γενικότερα, η ανάλυση του Schauer συνιστά ίσως μια ριζοσπαστική πρόκληση.

## Σημειώσεις

1. Το παραπάνω κείμενο παρουσιάζει τη γενικά αποδεκτή άποψη, αλλά μπορούμε να βρούμε και άλλες περιγραφές του νομικού ρεαλισμού. Ένας σημαντικός θεωρητικός υποστηρίζει με ισχυρά επιχειρήματα ότι ο νομικός θετικισμός θα πρέπει να κατανοηθεί στενά ως πρόταση για το πότε ένας κανόνας έχει κανονιστική ισχύ. Βλ. John Gardner, "Legal Positivism: 5½ Myths", 46 *American Journal of Jurisprudence* 199 (2001).

2. Βλ. Sean Coyle, "Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism", 16 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 243 (2003), Mark C. Murphy, "Was Hobbes a Legal Positivist?", 105 *Ethics* 846 (1995).

3. Όπως κάνουν οι George Christie και Patrick Martin, επιμελητές της έκδοσης *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law* (2η έκδ., St Paul, West Publishing, 1995), Κεφ. 5. Ο John Finnis πηγαίνει ακόμα πιο πέρα, θεωρώ-