

Ετερολογίες

Περιοδική Έκδοση Κοινωνικής Θεωρίας και
Έρευνας για το Δίκαιο

Τρόπος Παραπομπής:

Kervégan, Jean- François, «Ποιο είναι το νόημα της “αυτονομίας του δικαίου”; Με αφορμή τη διαμάχη Χάμπερμας/ Λούμαν.», μετάφραση: Γιάννης Φλυτζάνης, Ετερολογίες. Περιοδική έκδοση κοινωνικής θεωρίας και έρευνας για το δίκαιο, τεύχος 3, Δεκέμβριος 2023, σελ. 1-22.

Προσβάσιμο σε:

<http://eterologies.com/2023/12/31/habermasluhmann/>

Ποιο είναι το νόημα της «αυτονομίας του δικαίου»; Με αφορμή τη διαμάχη Χάμπερμας/ Λούμαν.

Του **Jean-François Kervégan**

Ομότιμος καθηγητής πολιτικής φιλοσοφίας

Μετάφραση: Γιάννης Φλυτζάνης

μεταδιδακτορικός ερευνητής/ Διδάσκων Κοινωνική Θεωρία και Δίκαιο, ΕΚΠΑ

Η αντιπαράθεση μεταξύ Γιούργκεν Χάμπερμας (Jürgen Habermas) και Νίκλας Λούμαν (Niklas Luhmann) εκκινεί από τις αρχές της δεκαετίας του 1970, με τη δημοσίευση του τόμου *Θεωρία της κοινωνίας ή της κοινωνικής τεχνολογίας ; (Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie ?)*¹, στον οποίο ερίζουν για το τι πρέπει να είναι μια «επιστήμη της κοινωνίας» (δεν τολμώ να κάνω λόγο για «κοινωνιολογία», αν και είναι ο όρος που χρησιμοποιήθηκε από τους δύο πρωταγωνιστές καθώς η γερμανική πρόσληψη του όρου αποκλίνει από τη σημασία που

έχει αποδώσει η γαλλική χρήση της λέξης). Αυτή η συζήτηση, τόσο πολιτική όσο και επιστημολογική, είχε έναν αποφασιστικό ρόλο στην πνευματική εξέλιξη και των δυο τους, καθόσον τους έθεσε σε μια τροχιά που τους οδήγησε στο να φτάσουν σε μια συστηματική έκφραση των θέσεων τους στο *Θεωρία της επικοινωνιακής δράσης (Theorie des kommunikativen Handelns)*² και στο *Κοινωνικά συστήματα (Soziale Systeme)*³. Στα μετέπειτα γραπτά τους, και ιδιαίτερα στα τελευταία τους βιβλία, τα οποία είναι και τα δύο αφιερωμένα στην ανάπτυξη μιας θεωρίας του δικαίου (το *Πραγματικό και Ισχύον [Faktizität und Geltung]*⁴ δημοσιεύτηκε από τον Χάμπερμας στα 1992, το *Δίκαιο της Κοινωνίας [Das Recht der Gesellschaft]*⁵ από τον Λούμαν στα 1993), η διαμάχη δεν καταλαμβάνει παρά μια περιθωριακή θέση, ποσοτικά τουλάχιστο· παραταύτα μπορεί να θεωρηθεί ότι η αντίθεση καταλαμβάνει και για τους δυο τους μια στρατηγική θέση, και όχι απλά για λόγους πνευματικού κύρους. Και πράγματι, ο καθένας αποτελεί τον ιδανικό αντίπαλο για τον άλλο, διότι του προσφέρει το απόλυτο αντιπαράδειγμα. Υπό την οπτική του Λούμαν, ο Χάμπερμας αποτελεί το πρότυπο ενός

¹ J. Habermas και N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie ? Was leisten die Systemforschung ?*, Suhrkamp, 1971 (2η έκδοση, 1979).

² J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 τόμοι, Suhrkamp, 1981. *Théorie de l'agir communicationnel*, γαλλική μτφρ. Ferry-Schlegel, Fayard, 2 τόμοι, 1987.

³ N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, 1984.

⁴ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1992. Παραπέμπω στη γαλλική μετάφραση: *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, μτφρ. Rochlitz-

Bouchindhome Gallimard, 1997. [Ελληνική Μετάφραση: *Το Πραγματικό και το Ισχύον*. Συμβολή στη διαλογική θεωρία του δικαίου και του δημοκρατικού κράτους δικαίου, μτφρ. Θεόδωρος Λουπασάκης, πρόλογος Νίκος Κοτζιάς, επιμ. Θεόδωρος Γεωργίου, Λιβάνης, 1996.]

⁵ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1993. Το έργο αυτό των 600 σελίδων αποτελεί το αποκορύφωμα μιας μακράς και εντυπωσιακής σειράς έργων για την «κοινωνιολογία» του δικαίου.

κανονιστικού θεωρητικού που μάταια επιχειρεί να κρατήσει στη ζωή σχήματα σκέψης οριστικά καταδικασμένα από το γίγνεσθαι πολύπλοκων κοινωνιών· για τον Χάμπερμας ο Λούμαν είναι η ενσάρκωση ενός μηδενισμού υποτίθεται μεταμοντέρνου, παρότι μάχεται να αποκρύψει τη συντηρητική, για να μην ειπωθεί ανοιχτά αντιδραστική, κατεύθυνση της σκέψης του, με τη βοήθεια των ακραία επιτηδευμένων θεωρητικών του εργαλείων.

Μία ακόμη σύντομη αναφορά πριν ξεκινήσουμε *in medias res*: αν φάνηκε πρόσφορο να εξεταστεί κατά τρόπο ειδικό το δίκαιο (ως αντικείμενο της κοινωνικής θεωρίας), είναι γιατί ο τομέας αυτός έχει για τόσο για Λούμαν όσο και για τον Χάμπερμας μια εξαιρετική θέση. Ο λόγος είναι προφανής σε ό,τι αφορά τον πρώτο: ήταν νομικής παιδείας και αφιέρωσε μεγάλο αριθμό εργασιών στην «κοινωνιολογία του δικαίου», καθόσον το μέλλον αυτού του «υποσυστήματος» του κοινωνικού συστήματος αποτελεί ένα παράδειγμα προνομιακό και το οποίο προσφέρεται ώστε να περιγραφεί με σχετική ευκολία (παραδείγματος χάρη υπό την οπτική γωνία της «θετικοποίησης» [«positivation»] και του «επιχειρησιακού κλεισίματος») μια διαδικασία διαφοροποίησης/εξειδίκευσης/

επικράτησης της τεχνικής που βρίσκεται στην καρδιά της δυναμικής της νεωτερικής κοινωνίας. Στο έργο του Χάμπερμας, ο κεντρικός χαρακτήρας του δικαίου είναι λιγότερο προφανής, κυρίαρχα πριν το 1970 και τη γλωσσική στροφή που πραγματοποίησε από κοινού με τον Καρλ Ότο Άπελ (Karl Otto Apel), και που συνεπαγόταν μια απομάκρυνση όλο και μεγαλύτερη από το μαρξιστικό ορίζοντα (σίγουρα όχι «ορθόδοξο») των πρώτων του έργων⁶. Ωστόσο, είναι φανερό μια αύξηση σε ένταση των θεμάτων δικαίου (ή των ανησυχιών που σχετίζονται με τη θεωρία του δικαίου) η οποία συνοδεύει την πνευματική εξέλιξη του Χάμπερμας. Από το *Προβλήματα νομιμοποίησης στον ύστερο καπιταλισμό* (*Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*⁷) μέχρι το *Πραγματικό και το Ισχύον*, η επανεκτίμηση όχι μόνο της κανονιστικότητας, αλλά της κανονιστικότητας υπό τη νομική μορφή, είναι εντυπωσιακή⁸. Συνοδεύει, κάτι το οποίο δεν είναι διόλου εντυπωσιακό, την απομάκρυνση από τις αρχικές θέσεις της «κριτικής θεωρίας» υπό την κλασική της μορφή (Horkheimer, Adorno).

«Κριτική Θεωρία» ή «κοινωνική τεχνολογία»;

Η αρχική διαμάχη μεταξύ Χάμπερμας και Λούμαν (η οποία επρόκειτο να πολώσει το πνευματικό τοπίο για δέκα ολόκληρα

⁶ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1η εκδ, 1969), Suhrkamp, 1983, σ. 34. [Ελληνική Μετάφραση: *Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας*, μτφρ.- πρόλογος Κων/νος Βαθιώτης, Κριτική, 1999]

⁷ Βλ. τον τόμο *Après Marx*, trad. Ladmiral-Launay, Fayard, 1985. (μτφρ. του *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Suhrkamp, 1976].

⁸ Στις Tanner Lectures του 1986 ο Χάμπερμας επιχειρεί για πρώτη φορά να θεματοποιήσει την ιδιαιτερότητα της νομικής κανονιστικότητας σε σχέση με την εν γένει ηθική κανονιστικότητα: βλ. *Droit et morale*, μτφρ. Bouchindhomme-Rochlitz, Seuil, 1997.

χρόνια στη Γερμανία) ακολούθησε τη δημοσίευση του Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας (*Legitimation durch Verfahren*): εκκινώντας από μία σχολαστική ανάλυση της δικαστικής διαδικασίας (η οποία ποτέ δε σταμάτησε να τον ενδιαφέρει, αναμφίβολα επειδή οι «συστημικές» αναλύσεις βρίσκουν στο παραπάνω πεδίο έναν εξαιρετικά γόνιμο τρόπο εφαρμογής), αλλά επίσης και του μηχανισμού σχηματισμού των πολιτικών και διοικητικών αποφάσεων, ο Λούμαν επιδιώκει στο συγκεκριμένο βιβλίο, δίχως να το διατυπώνει όμως ξεκάθαρα, να αντικαταστήσει την κυρίαρχη οπτική (συμβολαιοκρατική) της νομιμοποίησης στη σύγχρονη πολιτική φιλοσοφία, την οποία συνοψίζει η ρήση του Locke: «consent gives authority», με μία οπτική μη κανονιστική, που αφορά τη διεργασία («processuelle») ή τη διαδικασία («procédurale») (η χρήση πάντως αυτού του όρου προκαλεί δυσχέρειες λόγω της μετέπειτα πολύ διαφορετικής του χρησιμοποίησης από τον Χάμπερμας)

«Η νομιμοποίηση δεν βασίζεται σε μια «εθελοντική και ελεύθερη» αναγνώριση, σε μια πεποίθηση για την οποία κάποιος έχει προσωπική ευθύνη, αλλά αντίθετα σε ένα κοινωνικό κλίμα που θεσμοποιεί, καθιστώντας προφανή, την αναγνώριση υποχρεωτικών αποφάσεων και το οποίο δεν θεωρεί την αναγνώριση συνέπεια μιας

προσωπικής απόφασης, αλλά συνέπεια της εγκυρότητας της επίσημης απόφασης»⁹

Μπορεί να λεχθεί, με βάση τις ύστερες του εργασίες, ότι ο Λούμαν αναζητά ένα καθαρά θεωρητικό θεμέλιο για το νομικό θετικισμό, διευρύνοντάς τον σε πεδία (όπως αυτό της διοικητικής απόφασης) με τα οποία οι κλασικές του μορφές πολύ λίγο είχαν ασχοληθεί.

Η διαμάχη παίρνει σαφή χαρακτήρα με τη δημοσίευση του *Θεωρία της κοινωνίας ή της κοινωνικής τεχνολογίας*. Στη μακροσκελή του συμβολή υπό τον ομώνυμο τίτλο, ο Χάμπερμας θέτει υπό αμφισβήτηση τη συστημική προσέγγιση της κοινωνίας (και των «υποσυστημάτων» της): η τελευταία αντικειμενικά, τείνει να παρακάμψει την κριτική δυναμική της κοινωνικής θεωρίας διευρύνοντας την κανονιστικά υπέρ μιας καθαρής και απλής «κοινωνικής τεχνολογίας» η οποία, στην πραγματικότητα, εξυπηρετεί τα συμφέροντα των κυρίαρχων αντί να τα θέσει σε μια ορθολογική κριτική. Η θεωρία των συστημάτων είναι η «υψηλή μορφή μιας τεχνοκρατικής συνείδησης που επιτρέπει να ορίζουμε στη σημερινή εποχή τα πρακτικά ζητήματα ως τεχνικά ούτως ώστε και να αφαιρούνται από τη δημόσια συζήτηση και να εμφανίζονται δίχως καταναγκασμούς»¹⁰. Εκθέτοντας για πρώτη φορά σε αδρές

⁹ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1η εκδ, 1969), Suhrkamp, 1983, σ. 34. [Ελληνική Μετάφραση: *Νομιμοποίηση μέσω διαδικασίας*, μτφρ.- πρόλογος Κων/νος Βαθιώτης, Κριτική, 1999.]

¹⁰ J. Habermas, στο *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*?, σ. 145.

γραμμές μια «συναινεσιακή θεωρία της αλήθειας», ο Χάμπερμας επισημαίνει ότι ο Λούμαν, λόγω προϋποθέσεων που έχει θέσει ο ίδιος, αδυνατεί να συλλάβει την κανονιστική αξίωση· αντιθέτως, η θεωρία των συστημάτων οδηγείται μέσα από μια αναγκαστική διολίσθηση σε μια λειτουργιστική διαστροφή της έννοιας της αλήθειας. Όπως ορθώς επισημαίνει η συστημική προσέγγιση, εφαρμοζόμενη στην κοινωνία, συνεπάγεται την απόρριψη της διάκρισης μεταξύ Είναι («Sein») και Δέοντος («Sollen»), η οποία είναι ζωτικής σημασίας για κάθε συνεπή κανονιστική θεωρία¹¹. Σε ό,τι αφορά τη θεωρία του δικαίου, οι σχετικές επιπτώσεις είναι σημαντικές: ακολουθώντας τον Βέμπερ (Weber) και τον Καρλ Σμιτ (Carl Schmitt), ο Λούμαν υιοθετεί μια οπτική αποφασιοκρατίας που λαμβάνει υπόψη τη θετικότητα του νόμου και ως εκ τούτου, προχωράει σε μια απομείωση της νομιμοποίησης σε νομιμότητα. Εν τούτοις, ο Λούμαν δεν αμφισβητεί το βάσιμο αυτού του συμπεράσματος, καθώς η «διαδικαστική» θεωρία του δικαίου του, η οποία ριζοσπαστικοποιεί τις θετικιστικές επιλογές, προϋποθέτει ότι οποιαδήποτε αντιπροσώπευση ενός δικαιώματος πέρα από τη θετικιστική (δηλαδή, επικυρωμένου μέσα από μια διαδικασία) είναι δίχως αντικειμένο.

¹¹ Όπως επισημαίνεται από τον Κέλσεν: «Η διαφορά μεταξύ Είναι και Δέοντος («Sein» και «Sollen») δεν μπορεί να εξηγηθεί περαιτέρω. Δίνεται στη συνείδηση με άμεσο τρόπο» (*Théorie pure du droit*, 2η εκδ., μτφρ. Eisenman, Dalloz, 1962, σ. 7-8). Ο Κέλσεν είναι ακόμη πιο σαφής στο τελευταίο του έργο: «Το “πρέπει να είναι” αποτελεί (...) μια “πρωταρχική κατηγορία” με τον ίδιο

Η απάντηση του Λούμαν σε αυτή την κριτική για τη συστημική θεωρία («Systemtheorie») συνίσταται στο να απορριφθεί αρχικά κάθε ερμηνεία άμεσα πολιτική (με όρους δεξιάς ή αριστεράς, «προοδευτισμού» ή «συντηρητισμού») της αντίθεσης μεταξύ της διαλογικής θεωρίας και της θεωρίας των συστημάτων. Αλλά συνίσταται κυρίως στην απόρριψη των βασικών αρχών της θεωρίας της επικοινωνιακής δράσης (που βρίσκεται ακόμη στο στάδιο της σύστασής της) καθώς και του «αξιώματος της ορθολογικότητας» στο οποίο βασίζεται: αυτές οι αρχές καθώς και το αξίωμα αποκρύπτουν μια «τακτική εξιδανίκευσης»¹². Το τελευταίο συνίσταται στο ότι από την έποψη της συστημικής θεωρίας, η κοινωνία είναι ένα σώμα, το οποίο οργανώνεται όπως ένα (οποιοδήποτε) άλλο· μόνο η κλασική ανθρωποκεντρική ψευδαίσθηση απαιτεί να δει μια ελεύθερη ένωση υποκειμένων που δρουν σε συνάρτηση με κανονιστικά σύνολα (δίκαιο, ηθική) τα οποία τα επεξεργάζονται από κοινού και στα οποία (τα υποκείμενα) αναγνωρίζονται. Δεν υφίσταται πολύ περισσότερο (μηχανιστική ψευδαίσθηση, η οποία αποτυπώνεται στον μαρξισμό) ένα σύμπλεγμα δυνάμεων των οποίων η αλληλεπίδραση καθορίζεται σε μεγάλο βαθμό από τη συγκρουσιακή δυναμική ενός κυρίαρχου υποσυστήματος (όπως η οικονομία). Όπως ένα ζων σώμα, η κοινωνία είναι ένα σύστημα που περιλαμβάνει μια σειρά από διαδικασίες ρύθμισης

τρόπο όπως το είναι. Και όπως ακριβώς δεν μπορούμε να περιγράψουμε τι είναι το είναι, έτσι δεν υπάρχει ούτε ορισμός του “πρέπει να είναι”» (*Théorie générale des normes*, μτφρ. Beaud-Malkani, PUF, 1996, σ. 3.)

¹² N. Luhmann, στο *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*?, σ. 332.

και το οποίο ανταποκρίνεται στις απαιτήσεις του περιβάλλοντος του (εισροές[input]) «μεταφράζοντας» και επιλέγοντας πιθανότητες με τρόπο συνδυαστικό και, ειδικότερα, διαφοροποιώντας (ή μάλλον επιτρέποντας τη διαφοροποίηση) εντός του σώματος, υποσυστημάτων που έχουν το καθένα μηχανισμούς αυτορρύθμισης και των οποίων η λειτουργιστική αυτονομία καθιστά το σύστημα (εδώ: η «κοινωνία») ικανό να αντιδράσει καλύτερα, δηλ. να ενεργήσει κατάλληλα. Ειδικότερα, σχηματίζεται εντός του «κοινωνικού συστήματος» ένα σχετικά αυτόνομο νομικό υποσύστημα (διότι διαθέτει μηχανισμούς πληροφόρησης και αυτορρύθμισης), εξαιρετικά τυποποιημένο (εξαιτίας της τεχνικοποίησης του θετού δικαίου) και απελευθερωμένο από κάθε εξάρτηση από άλλους τύπους κανονιστικών συνόλων (όπως αυτών που σχηματίζουν οι ηθικοί κανόνες). Εν ολίγοις: η διαδικασία της πλήρους «θετικοποίησης» του δικαίου που έγινε κατά τη διάρκεια των τελευταίων αιώνων είναι ένας ισχυρός μηχανισμός προσαρμογής της κοινωνίας στις απαιτήσεις του περιβάλλοντος της, και με πιο συγκεκριμένους όρους μια επιχείρηση απομείωσης της πολυπλοκότητας. Κατά συνέπεια, ο Λούμαν αρνείται ότι η θεωρία των συστημάτων είναι ανίκανη να δώσει λόγο για τις κοινωνικές μεταλλάξεις, όπως την υποπτεύεται ο Χάμπερμας, και αυτό είτε πρόκειται για την ανάπτυξη των παραγωγικών δυνάμεων είτε για μια απελευθερωτική

μετάλλαξη των θεσμών. Τουναντίον θεωρεί ότι μας επιτρέπει να το κάνουμε αυτό πολύ καλύτερα από ό, τι «οι έννοιες του 18^{ου} και του 19^{ου} αιώνα» (συμβόλαιο, πρακτικός λόγος, μαρξιστικές κατηγορίες σκέψης) στις οποίες στηρίζεται ο Χάμπερμας¹³. Είναι συνεπώς η καταλληλόλητα μιας έννοιας όπως αυτής του «χειραφετητικού διαφέροντος» του λόγου, που θεματοποιείται από τον Χάμπερμας από τα πρώτα του γραπτά¹⁴, το οποίο τίθεται υπό αμφισβήτηση, και αυτό προς όφελος μιας ριζικά αντι-ανθρωπιστικής και «απο-ηθικοποιημένης»¹⁵ θεωρίας της λειτουργιστικής διαφοροποίησης. Από αυτή την άποψη, είναι η ίδια η αντίθεση μεταξύ *Herrschaft* (κυριαρχίας) και *Emanzipation* (χειραφέτησης), τόσο σημαντική για την πρώτη σχολή της Φρανκφούρτης, για τον Marcuse και για τον πρώιμο Χάμπερμας, η οποία βρίσκεται να εξετάζεται για την κριτική της σημασία, και για το ίδιο της το νόημά.

Αρχές μιας επικοινωνιακής θεωρίας του δικαίου: γεγονικότητα και ισχύς

Είκοσι χρόνια αργότερα, οι όροι της διαμάχης δεν άλλαξαν ουσιωδώς. Απλά, ο καθένας από τους πρωταγωνιστές συν τω χρόνω χάραξε τη δική του διαδρομή: αποδοχή από μία κριτική

¹³ N. Luhmann, στο *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* ?, σ. 372.

¹⁴ Βλ. την εναρκτήρια διάλεξη "Γνώση και διαφέρον" (1965), στο Habermas, *La technique et la science comme «idéologie»*, μτφρ. Ladmiraal, σ. 145 επ., καθώς και το βιβλίο που ακολουθεί: *Connaissance et intérêt* (1968), πρόλ. Ladmiraal,

μτφρ. Clémenson-Brohm, Gallimard, 1976, σ. 232 επ. [Ελληνική Μετάφραση: *Κείμενα γνωσιοθεωρίας και κοινωνικής κριτικής*, εισαγωγή-μτφρ. Αντώνης Οικονόμου, Πλέθρον, 1990.]

¹⁵ N. Luhmann, στο *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie* ?, σ. 377.

και πρακτική φιλοσοφία της γλωσσικής στροφής στο πλαίσιο μιας γενικευμένης θεωρίας επικοινωνιακής δράσης¹⁶, η μία πλευρά· πολυπλοκοποίηση της λειτουργιστικής-συστημικής προβληματικής στην κατεύθυνση μιας γενικής θεωρίας της κοινωνικής αυτοποίησης¹⁷, η άλλη οπτική. Κάτι που είχε ως αποτέλεσμα ότι η διαμάχη καθεμίας από τις δύο προοπτικές με την άλλη έχασε τον κεντρικό χαρακτήρα τον οποίο μπορούσε να έχει στη δεκαετία του '70· αυτό δε σήμαινε ότι πλέον υπολείπονταν σε οξύτητα ή σημασία.

Γνωρίζουμε ότι ο Χάμπερμας, στη διάρκεια της δεκαετίας του '80, ενδιαφερόταν όλο και περισσότερο για τη θεωρία του δικαίου (η οποία αφορά μόνο μερικώς την «κοινωνιολογία» ακόμη και στη γερμανική έννοια του όρου), καθώς οι εργασίες που επεκτείνουν τη θεωρία της επικοινωνιακής δράσης, αλλά και η «εσωτερική συζήτηση» με τον Καρλ Ότο Άπελ μπαίνουν στο

επίκεντρο και τον οδηγούν περισσότερο στην επεξεργασία μιας ηθικής του διαλόγου στο πεδίο της κανονιστικότητας και στις επιπτώσεις που αφορούν την ενιαία ανακατασκευή μιας πρακτικής φιλοσοφίας¹⁸. Οφείλουμε να διαπιστώσουμε (και ίσως και να θρηνήσουμε, μαζί με τον Άπελ) ότι με το Πραγματικό και το Ισχύον το κύριο ενδιαφέρον της επικοινωνιακής θεωρίας μετατοπίζεται από την ηθική κανονιστικότητα (στην καντιανή και όχι εγελιανή έννοια του όρου) προς τη νομική κανονιστικότητα, ή ακριβέστερα προς μία αλληλεπίδραση νομικής κανονιστικότητας και πολιτικής δημοκρατικής διαδικασίας, καθόσον (αυτό αποτελεί μία από τις βασικές θέσεις του βιβλίου) «μέσα σε ένα μετα-μεταφυσικό πλαίσιο η μόνη πηγή εγκυρότητας είναι η δημοκρατική διαδικασία»¹⁹. Πρέπει να τονιστεί, με τη μέγιστη δυνατή ακρίβεια, για να αποφευχθεί η οποιαδήποτε σύγχυση: αυτή η θέση δεν είναι ταυτόσημη με αυτή που διατυπώνεται στον πρόλογο «υπό την αιγίδα μιας

¹⁶ Σε αντίθεση με ό,τι ενίοτε υποστηρίζεται, η θεματική της επικοινωνιακής δράσης δεν χρονολογείται από τα τέλη της δεκαετίας του 1970. Είναι παρούσα, αν και σε μια μορφή λιγότερο εκλεπτυσμένη, στα κείμενα της δεκαετίας του 1960, ιδίως στα δύο κείμενα που αναφέρονται στη σημείωση 14. Τη «γενικευμένη» μορφή την επεξεργάζεται με αφετηρία το κείμενο «Θεωρίες περί αλήθειας» (Wahrheitstheorien) (1972): βλ. «Théories relatives à la vérité», στο *Logique des sciences sociales et autres essais*, μτφρ. Rochlitz, PUF, 1987, σ. 275-328.

¹⁷ Την οποία ο Luhmann την αναπτύσσει πρώτα στο *Κοινωνικά Συστήματα* (Soziale Systeme) και τηβελτιώνει στα μεταγενέστερα γραπτά του, μέχρι το *Η κοινωνία της κοινωνίας* (Die Gesellschaft der Gesellschaft) (1997).

¹⁸ Βλ. ιδίως *Morale et communication* [Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, 1983], μτφρ. Bouchindhomme, Cerf, 1986, και *De l'éthique de la*

discussion [Erläuterungen zur Diskursethik, 1991], μτφρ. Hunyadi, Cerf, 1992. [Ελληνική Μετάφραση: *Η ηθική της επικοινωνίας*, εισ.-μτφρ. Κων/νος Καβουλάκος, Εναλλακτικές Εκδόσεις, 1997.]

¹⁹ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 478· βλ. επίσης σ. 436. Η αιτιολόγηση αυτής της θέσης παρατίθεται στο Κεφάλαιο Ι του βιβλίου: «Στο εσωτερικό του νομικού συστήματος, η διαδικασία της νομοθέτησης, είναι εκείνη που αποτελεί τον τόπο της κοινωνικής ενσωμάτωσης (...) Η έννοια του σύγχρονου δικαίου, η οποία ταυτόχρονα τονίζει την ένταση μεταξύ γεγονικότητας και ισχύος και την καθιστά λειτουργική, εμπεριέχει ήδη τη δημοκρατική ιδέα (...) Με τον θετικό χαρακτήρα του δικαίου συνδέεται η προσδοκία, σύμφωνα με την οποία η δημοκρατική διαδικασία της νομοθέτησης θεμελιώνει το τεκμήριο μιας ορθολογικής αποδοχής των θεσπιζόμενων κανόνων» (όπ. π., σ. 1., σ. 46-47, τροποποιημένη μετάφραση).

πολιτικής που έχει πλήρως εκκοσμικευθεί, δεν είναι πλέον δυνατόν η κατάκτηση ή διατήρηση ενός κράτους-δικαίου δίχως μια ριζοσπαστική δημοκρατία»²⁰, ακόμη και αν ο ίδιος ο Χάμπερμας φαίνεται να υποθέτει μια κάποια μετατρεψιμότητα μεταξύ των δύο θέσεων. Η δεύτερη θέση προέρχεται από την πολιτική φιλοσοφία και όχι άμεσα από τη θεωρία του δικαίου. Είναι σαφές, ειδικά στο Κεφάλαιο III, μέσα από την ιδέα σύμφωνα με την οποία η μετα-νομική νομιμοποίηση δικαιοκλών κανόνων που επιτρέπει το θεωρητικό πλαίσιο του σύγχρονου φυσικού δικαίου [jusnaturalisme] (ή του ορθολογικού δικαίου [jus rationale]) έχει πλέον εξαντληθεί και μόνη η πολιτική αυτονομία, δηλ. η δημοκρατία ως διαδικασία επικοινωνιακής σύστασης της «κυριαρχίας», μπορεί να προσφέρει ένα θεμέλιο νομιμοποίησης (και, συνεπώς, νομιμότητας) στην αξίωση για ισχύ των κανόνων ιδιωτικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένου του μετα-θετικού πυρήνα τους: των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Είναι αυτό που ο Χάμπερμας αποκαλεί «συνύπαρξη της ιδιωτικής αυτονομίας και της δημόσιας αυτονομίας», με άλλα λόγια «η εσωτερική συνοχή μεταξύ της λαϊκής κυριαρχίας και των ανθρωπίνων δικαιωμάτων»²¹.

Μπορούμε να συνοψίσουμε κατ' αυτόν τον τρόπο το σκοπό του βιβλίου του Χάμπερμας: ολόκληρη η δυναμική του σύγχρονου δικαίου, δηλ. αυτό που εξασφαλίζει την ειδική μορφή της συνοχής του (θα μπορούσαμε να πούμε την πληρότητά του) και αυτό που καθορίζει τις ιστορικές του εξελίξεις υπαγορεύεται

από μία ένταση, εντός της ίδιας της κανονιστικότητας, μεταξύ γεγονικότητας (Faktizität) και ισχύος (Geltung), και όχι μεταξύ του συστήματος των κανόνων και της πραγματικότητας των ενεργειών, όπως συχνά πιστεύουμε. Ο ορισμός του δικαίου ως «κατηγορίας διαμεσολάβησης μεταξύ γεγονικότητας και ισχύος», ακολουθώντας τον τίτλο του πρώτου κεφαλαίου, έχει επομένως ως σκοπό να αντιτεθεί στη θετικιστική σύλληψη (δηλ. σύμφωνα με τον Χάμπερμας σε μια σύλληψη που έχει σε κάθε περίπτωση στο επίκεντρό της την απόφαση) της σχέσης μεταξύ δικαιοκλών κανόνων και της εφαρμογής τους, καθώς στερεί την κανονιστική ισχύ από κάθε αυτόνομη σημασία και τη συγχέει, σύμφωνα με τη διατύπωση του Γκέοργκ Γιέλινεκ (Georg Jellinek), με μια υποτιθέμενη «κανονιστική δύναμη του πραγματικού», και αφετέρου αντιτίθεται σε μια ιδεαλιστική και κανονιστική σύλληψη του δικαίου διότι παραβλέποντας τη συνιστώσα του πραγματικού (με κελσιανούς όρους: το ζήτημα της «αποτελεσματικότητας» των κανόνων) μας είναι αδύνατο να συλλάβουμε τη διάκριση μεταξύ ηθικής και νομικής κανονιστικότητας, η οποία αποτελεί χαρακτηριστικό γνώρισμα της νεωτερικότητας. Η λήψη υπόψη της έντασης μεταξύ γεγονικότητας και ισχύος, καθιστά δυνατή την απόρριψη δύο πλαισίων ανάγνωσης εξίσου μονομερών: αυτού μιας «στρατηγικής» ή τελεολογικής ανάλυσης που αντιλαμβάνεται το δίκαιο ως ένα σύνολο μηχανισμών που επιτρέπουν το αποκλεισμό ή την επιβολή ορισμών τύπων δράσης σε συνάρτηση με καθορισμένους στόχους, και εκείνου του

²⁰ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 13.

²¹ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 120.

πλαίσιου, μιας καθαρά δεοντολογικής ή κανονιστικής ανάλυσης, της οποίας διαφεύγει η στιγμή του πραγματικού, σαν να μπορούσε ένας κανόνας δικαίου να είναι σε ισχύ (και νομιμότητα) ανεξάρτητα από μηχανισμούς κοινωνικούς που εγγυώνται την τήρηση από το ενδιαφερόμενο κοινό.

Μόλις το υπαινιχθήκαμε: κατά κάποιο τρόπο, το ζεύγος πραγματικό/ ισχύον εκκινώντας από το οποίο ο Χάμπερμας επιχειρεί να ανακατασκευάσει το σύστημα δικαίου, συνιστά από ορισμένες απόψεις μια επανάληψη σε ένα άλλο όμως πεδίο της διάκρισης που έκανε ο Κέλσεν (Kelsen) μεταξύ ισχύος (*Geltung*) και αποτελεσματικότητας (*Wirksamkeit*). Με μια σημαντική όμως διαφορά: εκεί όπου ο Κέλσεν διακρίνει κατά τρόπο άκαμπτο την κανονιστική εγκυρότητα από την αποτελεσματικότητα του πραγματικού των κανόνων, ώστε να υπογραμμίσει καλύτερα την αυτονομία του πρώτου (το οποίο βρίσκεται στο πεδίο του *Sollen*) σε συνάρτηση με οτιδήποτε σχετίζεται με την εμπειρική παρατήρηση του κανόνα, ο Χάμπερμας από την άλλη προτίθεται να εντάξει το πραγματικό, του οποίου η αποτελεσματικότητα όπως τη νοεί ο Κέλσεν είναι τουλάχιστο ένα στοιχείο, ως συνιστώσα της ίδιας της κανονιστικότητας. Γνωρίζουμε ότι για τον Κέλσεν είναι επιτακτική ανάγκη να διακρίνει αυστηρά αυτά τα δύο επίπεδα. Η εγκυρότητα ενός κανόνα δεν μπορεί να θεσπιστεί παρά από έναν άλλο κανόνα, και ούτω καθεξής, κάτι που οδηγεί στην

πυραμιδική απεικόνιση μιας νομικής τάξης της οποίας ο ιδανικός ακρογωνιαίος λίθος (υποθετικός) είναι ένας προϋποτιθέμενος θεμελιώδης κανόνας· η αποτελεσματικότητα, αντιθέτως, δηλ. το μέτρο στο οποίο ο τάδε κανόνας αποτελεσματικά ακολουθείται από τα άτομα εντός μιας συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας, έχει ένα χαρακτήρα αυστηρά πραγματικό και δεν διαθέτει κανένα κανονιστικό περιεχόμενο. Αυτή η διάκριση παραπέμπει στη θεμελιακή διάκριση, μεταξύ *Sollen* και *Sein*, δέοντος και είναι:

Ο σωστός ορισμός της σχέσης μεταξύ ισχύος και αποτελεσματικότητας είναι ένα από τα ουσιώδη προβλήματα μιας θετικιστικής θεωρίας, αλλά και ένα από τα πιο δύσκολα. Δεν αντιπροσωπεύει παρά μια ιδιαίτερη περίπτωση της σχέσης μεταξύ του *Sollen* του νομικού κανόνα και του *Sein* της φυσικής πραγματικότητας²².

Οι δυσχέρειες της κελσιανής κατασκευής (και οι παραλλαγές που παρατηρούνται σε αυτό το ζήτημα από το ένα κείμενο στο άλλο) οφείλονται στον προβληματικό χαρακτήρα αυτών των επιπέδων που δεν τέμνονται επί της αρχής: ο Κέλσεν διστάζει μεταξύ μιας αυστηρά παράλληλης πορείας και μιας διασταύρωσης στον ορίζοντα. Άλλοτε η ισχύς, η οποία δεν είναι μια καθαρή και αποκλειστική ιδιότητα («*propriété*») αλλά ο

²² Kelsen, *Théorie pure du droit*, σ. 281. Η διάκριση εισάγεται στην αρχή της πραγματείας (σ. 14 κ.ε.).

τρόπος ύπαρξης των κανόνων, παρουσιάζεται ανεξάρτητη από την αποτελεσματικότητα²³. Άλλοτε, πολλές φορές μέσα στην ίδια τη σελίδα, η αποτελεσματικότητα παρουσιάζεται ως η προϋπόθεση της ισχύος²⁴. Οι ίδιες παραλλαγές παρατηρούνται και ως προς το status του Grundnorm: συνίσταται σε κάτι το καθαρά «ιδανικό», δηλ. σε μια «μυθοπλασία» (υπό τη νομική έννοια του όρου), ή αποτελεί ένα θεμέλιο πραγματικό; Είναι ένας ορίζοντας ή έχει μια προέλευση εμπειρικά καθορισμένη; Είναι γνωστό ότι ο Κέλσεν διαφοροποιήθηκε και σε αυτά τα σημεία.

Η πρωτοτυπία του Χάμπερμας έγκειται εν προκειμένω στο ότι ενσωματώνει, βάσει θεωρήσεων που αφορούν τις πραγματικές προϋποθέσεις αποδοχής των αποφάσεων, τη διάσταση του πραγματικού (επομένως και το ζήτημα της αποτελεσματικότητας) στο εσωτερικό της κανονιστικής νομικής τάξης, στο βαθμό που την καθιστά το διακριτικό γνώρισμα της νομικής κανονιστικότητας: «η διάσταση της ισχύος δε συγκροτείται μέσα στη γλώσσα αφ' εαυτής παρά διαμέσου μιας έντασης μεταξύ πραγματικότητας και ισχύος»²⁵. Αυτή η ένταση, όπως το αναφέραμε, απαγορεύει να λαμβάνεται

η ηθική κανονιστικότητα ή ηθική («la normativité éthique ou morale») ως πρότυπο του δικαίου, πειρασμός στον οποίο υποκύπτει η κυρίαρχη τάση του σύγχρονου φυσικού δικαίου («jusnaturalisme»). Η ενσωμάτωση όμως του πραγματικού σε μια καθαρά κανονιστική δομή της έννομης τάξης έχει πρωτίστως μια σημαντική συνέπεια: υποχρεώνει να αναστοχαστούμε το δεσμό μεταξύ δικαίου και πολιτικής και, ως εκ τούτου την ίδια την ιδέα για το τι μπορεί να θεωρηθεί κανονιστικότητα.

Στον Κέλσεν, καθώς και σε κάθε συνεπή κανονιστικισμό, η θέση του κανονιστικού κλεισίσματος της έννομης τάξης επιβάλλει την απόρριψη κάθε εξω-κανονιστικής εκτίμησης που βρίσκεται στον εξωγενή τομέα, δηλ. που εντάσσεται στην «κοινωνιολογία» ή στην «ιδεολογία» σύμφωνα με τη γλώσσα του Κέλσεν. Βέβαια, δεν πρόκειται περί μιας άρνησης ότι οι πολιτικές διεργασίες και οι ιδεολογικές διαμάχες έχουν συνέπειες στο νομικό σύστημα και συμβάλλουν στις μεταλλάξεις του· απλά, πρόκειται για παράγοντες εξωγενείς, και ως τέτοιοι είναι αυστηρώς ξένοι σε μια καθαρά κανονιστική δομή του δικαίου²⁶. Για τον Χάμπερμας, αντιθέτως, η διαλεκτική

²³ «Το να ισχυρίζεται κανείς ότι ένας κανόνας είναι έγκυρος δεν ισοδυναμεί με την απλή διαπίστωση του γεγονότος ότι εφαρμόζεται και τηρείται αποτελεσματικά» (*Théorie pure du droit*, σ. 14).

²⁴ *Théorie pure du droit*, σ. 15, 286· *Théorie générale du droit et de l'Etat*, μτφρ. Laroche, Bruylant/LGDJ, 1997, σ. 91-92· *Théorie générale des normes*, σ. 184 επ.

²⁵ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 49.

²⁶ Βλ. Kelsen, *Théorie pure du droit*, σ. 142 επ. Φυσικά, ο αυστηρός διαχωρισμός μεταξύ κανόνων και γεγονότων, μεταξύ ισχύος και γεγονικότητας, δεν εμποδίζει τον Kelsen να θεωρεί τη νομική θεωρία ως περιγραφική επιστήμη, ακόμη και αν η περιγραφή αυτή αφορά κανόνες ή ένα Δέον (Sollen) (*Théorie pure du droit*, σ. 104-113). Η θέση του στο σημείο αυτό, παρά τις εμφανείς διαφορές, συμπορεύεται με εκείνη του λογικού θετικισμού, σύμφωνα με την

σχέση μεταξύ νομικής κανονιστικότητας (στις δύο της συνιστώσες: κανονιστικό και πραγματικό) και των πολιτικών διεργασιών δεν είναι κάτι το εξωτερικό: είναι συστατική. Από όπου η δεύτερη μείζονα θέση, η οποία συνοψίζει τον τίτλο που επέλεξαν οι Γάλλοι μεταφραστές του χαμπερμασιανού έργου (ΣτΜ: *Δίκαιο και Δημοκρατία*) : υπό τις συνθήκες μιας εποχής «μετα-μεταφυσικής» (στην οποία τα κλασικά σχήματα «θεμελίωσης» της θετικιστικής κανονιστικότητας είναι μη λειτουργικά), η «δημοκρατική διαδικασία», η οποία συλλαμβάνεται μέσα σε ένα επικοινωνιακό πλαίσιο σύμφωνα με ένα «διαδικαστικό παράδειγμα», φέρει το «συνολικό βάρος νομιμοποίησης» των δικαιικών κανόνων και καθορίζει την εξέλιξη του συστήματός τους²⁷. Ή, για να το θέσω με άλλο τρόπο: υπάρχει ένας αναγκαίος σύνδεσμος μεταξύ «της ιδιωτικής αυτονομίας», την οποία το (ιδιωτικό) δίκαιο έχει το καθήκον της προάσπισης, και της «δημόσιας αυτονομίας», ήτοι της αυτοθέσμησης. Εν ολίγοις, και αυτή είναι πιθανώς η διατύπωση που συνοψίζει κατά το απλούστερο δυνατό τη θέση του βιβλίου: υφίσταται, πέρα από τον ενδεχόμενο ιστορικό σύνδεσμο μεταξύ της προβληματικής του Κράτους Δικαίου (*Rechtsstaat*) και του κλασικού αστικού φιλελευθερισμού,

οποία η «επιστήμη των κανόνων» (η ηθική· αλλά το ίδιο θα ίσχυε και για τη νομική θεωρία) είναι μια αιτιώδης επιστήμη και όχι μια κανονιστική επιστήμη: βλέπε M. Schlick, *Questions d'éthique*, μτφρ. Bonnet, PUF, 2000, σ. 26-34. Για το καθεστώς της επιστήμης του δικαίου ως περιγραφικής επιστήμης στον Kelsen, βλ. την διαυγή ανάλυση του E. Picavet, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, PUF, 2000, σ. 21-23.

«ένας εσωτερικός δεσμός μεταξύ Κράτους Δικαίου και δημοκρατίας»²⁸, ή ακόμη «ανθρωπίνων δικαιωμάτων» και «λαϊκής κυριαρχίας»²⁹, αδιαχώριστες όψεις της «επικοινωνιακής ελευθερίας». Πέρα από τις κριτικές που μπορούν να προκαλέσουν αυτές οι αναλύσεις, πχ. σε σχέση με την αναγκαία αμοιβαιότητα που θα υφίστατο μεταξύ δικαιωμάτων και δημοκρατίας³⁰, αντικρύζουμε επίσης τη φιλοδοξία και το ενδιαφέρον μιας προβληματικής, η οποία τείνει να αντικαταστήσει το φιλελεύθερο παράδειγμα (το Κράτος Δικαίου ως νομικός εγγυητής της προσωπικής αυτονομίας) καθώς και το ανταγωνιστικό του κοινωνικού κράτους (το δημοκρατικό κράτος ως εγγυητής των δικαιωμάτων συμμετοχής στην κοινότητα και ίσης απόλαυσης συλλογικών αγαθών) με ένα τρίτο παράδειγμα: διαδικαστικό και κατά συνέπεια επικοινωνιακό: η επικοινωνιακή δυναμική και μάλιστα αυτή που τίθεται στη θεσμοποιημένη πολιτική διαβούλευση, είναι η γενεσιουργός αρχή της νομικής κανονιστικότητας. Αυτή η αλλαγή παραδείγματος, που διεκδικήθηκε μετ' επιτάσεως από τον Χάμπερμας³¹, είναι στην προοπτική που επέλεξε ο ίδιος ο μόνος τρόπος να ικανοποιηθούν ταυτόχρονα δύο χαρακτηριστικά στοιχεία (σε αυτόν τον τομέα) των σύγχρονων

²⁷ Βλ. J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 13, 46-47, 126, 189, 311 κ.ε., 436, 480 (σελίδα από την οποία προέρχονται οι διατυπώσεις που παραπέμπονται).

²⁸ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 480 και *passim*.

²⁹ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 486.

³⁰ Βλ. σχετικά J.-F. Kervégan, «*Démocratie et droits de l'homme*», στο *L'ignorance du peuple* (G. Duprat, επιμ.), PUF, 1998, σ. 41-53.

³¹ Βλ. J. Habermas, *Droit et démocratie*, κεφάλαιο IX, ιδίως σ. 417, 427, 437.

κοινωνιών: η διαφοροποίηση των τύπων της κανονιστικότητας (με την «απαγκίστρωση» του δικαίου σε σχέση με την ηθική, που είναι πιθανότατα παλαιότερη από όσο κρίνει ο Χάμπερμας) και την ισχυρή αλληλεπίδραση μεταξύ της τάσης να γίνει διαδικαστική η νομική κανονιστικότητα εντός του πλαισίου του «Κράτους Δικαίου» και της δημοκρατικής πολιτικής δυναμικής που καθιστά κάθε υποκείμενο δικαίου «συν-νομοθέτη», όπως ανέφερε ο Καντ (Kant).

Είναι σαφές, ότι ο Γ. Χάμπερμας δεν αποδέχεται την κριτική (η οποία εμπνέεται από την ανάγνωση του Καρλ Σμιτ [Carl Schmitt] ή του Μαρξ [Marx]) ότι η αναδόμηση του δικαίου δεν έχει άλλο αποτέλεσμα παρά τη νομιμοποίηση της υπάρχουσας κατάστασης, και στην προκειμένη περίπτωση, του «κοινωνικού κράτους δικαίου» της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας που αποτελεί το συνταγματικό κανόνα ύπαρξής της, και ότι με αυτόν τον τρόπο εγκαταλείπει την κριτική δυναμική και την χειραφετητική κατεύθυνση της κριτικής θεωρίας, τα οποία παραταύτα υπογραμμίζονται από τα πρώτα του έργα. Είναι προφανές για εκείνον, ότι η εμφάνιση της δυναμικής της νεωτερικότητας, της οποίας έχει αναλύσει αλλού τα θεμέλια³², είναι εκείνη η οποία εξαναγκάζει στο ξεπέρασμα της διάκρισης

δικαίου και πολιτικής, ακόμη και αν ο νομικός λόγος καθυστερεί μερικές φορές να το αναγνωρίσει, και αυτό συμβαίνει όχι υπό την έννοια μιας πολιτικοποίησης του δικαίου (όπως αυτό σκιαγραφείται από το ρεύμα των Κριτικών Νομικών Σπουδών στον αγγλοσαξονικό κόσμο) αλλά μέσα από μια εκνομίκευση της ίδιας της πολιτικής ώστε να ξεπεραστεί η μονομέρεια των δύο παραδειγμάτων: φιλελεύθερου και κοινωνικού. Αυτή η εκνομίκευση της πολιτικής τίθεται σε ισχύ χάρη στη θεσμοποίηση του διαλόγου: «είναι στο μέτρο που η αρχή του διαλόγου παίρνει μια νομική μορφή μετατρέπόμενη σε αρχή της δημοκρατίας»³³. Αν αυτό αληθεύει (και η συγκεκριμένη υπόθεση επιτάσσει και αιτιολογεί το εγχείρημα του Πραγματικού και του Ισχύοντος) θα πρέπει να παραδεχτούμε ότι το δίκαιο (με τα δύο του πρόσωπα το «κανονιστικό» και το «πραγματικό») γίνεται ο ιστός της ίδιας της κοινωνίας, η υποδομή της θα τολμούσα να διατυπώσω· στην πραγματικότητα, είναι το μόνο κανονιστικό σύνολο ικανό να αναλάβει ολοκληρωτικά ένα σχέδιο καθολικότητας (είναι το γνωστό θέμα της «καθολικότητας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων»), ενώ τα άλλα συστήματα κανόνων, και

³² J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité*, μτφρ. Bouchindhomme-Rochlitz, Gallimard, 1988. [Ελληνική Μετάφραση Ο

φιλοσοφικός λόγος της νεωτερικότητας. Δώδεκα Παραδόσεις, μτφρ Λευτέρης Αναγνώστου-Αναστασία Καραστάθη, Αλεξάνδρεια, 1993].

³³ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ.485.

ειδικότερα αυτό της ηθικής, έχουν την τάση να θρυμματίζονται, να διαφοροποιούνται, να μετατρέπονται σε «κοινοτικά» («communautariser»). Αυτό συνεπάγεται σε κάθε περίπτωση, ο πολύ σημαντικός ισχυρισμός:

Ο ιστός που υφαίνεται μέσα από τις νομικές επικοινωνίες είναι ικανός να εξασφαλίσει τη συνοχή των σύνθετων κοινωνιών στην ολότητά τους³⁴.

Για να συνοψίσω, η στοχοθεσία του Πραγματικού και του Ισχύοντος μου φαίνεται διπλή. Στο εσωτερικό του πεδίου της φιλοσοφίας (ή της θεωρίας, το γνωρίζουμε ότι η ονομασία δεν είναι αδιάφορη) του δικαίου, αφορά την υπέρβαση της αντίθεσης μεταξύ φυσικού και θετικού δικαίου, η οποία θεωρείται ότι εξακολουθεί να υφίσταται, χάρη στο «τρίτο παράδειγμα» της επικοινωνιακής δράσης. Σε ένα δεύτερο στάδιο, ο Χάμπερμας, και αυτό είναι το πιο καινούριο στοιχείο του βιβλίου (και σε σχέση με τις Tanner Lectures του 1986), θεωρεί ότι πρέπει να αναγνωρίσουμε στην καθαρά νομική

κανονιστικότητα (πράγμα που έχει ευρύτερες προεκτάσεις από έναν «ιδεολογικό» λόγο για τα οφέλη του κράτους δικαίου, τον οποίο εξάλλου προσυπογράφει) ένα πρωταρχικό ρόλο εντός της αυτο-θέσμησης και της αυτο-νομοθέτησης της ύστερης νεωτερικότητας. Και ο τελευταίος όμως ισχυρισμός έχει διπλό σκέλος. Συνιστά εν πρώτοις μία διεύρυνση αλλά επίσης και μια ριζοσπαστικοποίηση της ανάλυσης για τους δομικούς μετασχηματισμούς του «ανεπτυγμένου καπιταλισμού»³⁵ που είχε επιχειρήσει προηγουμένως. Περιλαμβάνει στη συνέχεια μια αναδιατύπωση της προβληματικής της κανονιστικότητας, μέσα από την επανεκτίμηση της νομικής της συνιστώσας · μπορούμε πράγματι να δείξουμε (ο Χάμπερμας εξάλλου το κάνει καλύτερα από καθένα άλλο) ότι μια θεωρία της κανονιστικότητας η οποία θεμελιώνεται μόνο στην αρχή της καθολικότητας ως επιχειρηματολογικού κανόνα³⁶ θα αποτύγχανε να λάβει υπόψη αυτό που διαφοροποιεί τους ηθικούς από τους νομικούς κανόνες, και ειδικότερα σε ό,τι αφορά τη θεσμοποίηση και τον

³⁴ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ.466 (τροποποιημένη μετάφραση).

³⁵ Βλ. *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, ό.π. Στο βιβλίο αυτό (που χρονολογείται από το 1973), το δίκαιο κατέχει περιορισμένη θέση στην ανάλυση των διαφόρων τύπων κρίσης: οικονομικής, ορθολογικότητας, νομιμοποίησης, που πλήττουν τον προηγμένο καπιταλισμό: βλ. τις παρατηρήσεις που σχετίζονται με τα θεωρήματα περί

κρίσης νομιμοποίησης, σ. 98 κ.ε. Θα μπορούσε κανείς, σε αδρές γραμμές, να πει ότι η πολιτική είναι αυτή που καταλαμβάνει τη θέση, η οποία στο *Faktizität und Geltung* θα αποδοθεί στο δίκαιο. Αυτό μπορεί να εκληφθεί είτε ως μία διαφώτιση είτε ως μια παραίτηση...

³⁶ Βλ. J. Habermas, *Morale et communication*, ό.π., σ. 78 επ., ιδίως σ. 84-89.

θετό χαρακτήρα του δικαίου³⁷. Είναι βέβαιο ότι η ηθική κανονιστικότητα (ή η «ηθική» υπό την έννοια του Καντ) δεν είναι χωρίς αλληλεπίδραση με τη νομική κανονιστικότητα έστω και μόνο για τον λόγο ότι και αυτή τροφοδοτεί την πολιτική συζήτηση. Επί της αρχής η νομική κανονιστικότητα, λόγω της έντασης που τη χαρακτηρίζει μεταξύ γεγονικότητας και ισχύοντος, είναι ανεξάρτητη από κάθε «θεμελίωση» ηθικής κανονιστικότητας/ ηθικής, όπως εξάλλου το έχει διακηρύξει ο νομικός θετικισμός, έστω και με τρόπο μονομερή και εκκινώντας από μία μη κατάλληλη οπτική.

Η φιλοσοφία ασχολείται με ένα περιττό πρόβλημα από τη στιγμή που προσπαθεί να καταδείξει ότι δε συνίσταται μόνο για λόγους λειτουργικούς, αλλά και ότι ηθικά απαιτείται να οργανώσουμε την κοινή μας ζωή υπό τη νομική μορφή και, συνεπώς, κατά τρόπο γενικό, να σχηματίσουμε νομικές κοινότητες. Ο φιλόσοφος θα πρέπει να συμβιβαστεί με την ιδέα σύμφωνα με την οποία μόνο το μέσο του δικαίου επιτρέπει, εντός πολύπλοκων κοινωνιών, να εγκαθιδρυθούν, ανάμεσα σε άλλα και μεταξύ προσώπων που είναι ξένα μεταξύ τους,

³⁷ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 121 επ. Βλ. σ. 127: «Ενώ η ηθική αρχή καλύπτει όλους τους κανόνες της πρακτικής, η δημοκρατική αρχή είναι συμβατή μόνο με τους νομικούς κανόνες».

σχέσεις ηθικών προαπαιτούμενων αμοιβαίου σεβασμού³⁸.

Το δίκαιο ως αυτοποιητικό σύστημα: κανονιστικό κλείσιμο και αυτο-αναφορικότητα

Τι μπορεί να απαντήσει η θεωρία των συστημάτων σε αυτή τη φιλόδοξη προσπάθεια θεμελίωσης του δημοκρατικού κράτους δικαίου στον (επικοινωνιακό) λόγο; Μια έκφραση που θα μπορούσε να επικριθεί κατά τα λοιπά, αλλά η οποία, από την άποψη του Χάμπερμας, υπογραμμίζει σαφώς το συστατικό δεσμό μεταξύ θεμελιωδών δικαιωμάτων και δημοκρατίας, ή μάλλον μεταξύ των ανθρωπίνων δικαιωμάτων και της διαδικασίας διαβουλευτικής διαμόρφωσης των κανόνων ατομικής και συλλογικής δράσης: μεταξύ της «προσωπικής αυτονομίας» και της «δημόσιας αυτονομίας»³⁹; Για να το προσδιορίσω αυτό, θα στηριχθώ τόσο στο Δίκαιο της Κοινωνίας του Λούμαν όσο και σε μια κριτική παρουσίαση του Πραγματικού και του Ισχύοντος του Χάμπερμας από τον

³⁸ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 491 (πρόκειται για τον επίλογο της τέταρτης έκδοσης, 1994).

³⁹ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 100 κ.ε. ιδίως σ. 120.

Λούμαν ⁴⁰ . Ο Λούμαν εκκινεί αναγνωρίζοντας τις «προκαταρτικές αποφάσεις» του Χάμπερμας, για τις οποίες επισημαίνει ότι έχουν κατά βάση υιοθετηθεί από τη θεωρία των συστημάτων. Πρόκειται για τα ακόλουθα τρία αξιώματα⁴¹:

1. η άρνηση μιας υπερβατικής θεμελίωσης των κανόνων, κατά τον τρόπο του Καντ ή ακόμη και, σήμερα, του Καρλ Ότο Άπελ, ο οποίος είναι γνωστό ότι διαχωρίζει τη θέση του από αυτή του Χάμπερμας, υποστηρίζοντας την αναγκαία υπερβατική αγκύρωση της διαλογικής ηθικής και της επικοινωνιακής θεωρίας του δικαίου⁴².

2. η πρακτική συζήτηση (ορθολογική διαβούλευση) αντικαθιστά τον καθορισμό των κανόνων μέσα από συνθήκες που θεωρούνται ως φυσικές, σύμφωνα με το

φυσικοδικαιικό μοντέλο που και οι δύο συμφωνούν ότι είναι ξεπερασμένο,

3. η απόρριψη προϋποτιθέμενων ηθικών αρχών ή ενός «ηθικού κανόνα»⁴³ .

Ο Λούμαν εκφράζει με αυτό τον τρόπο ⁴⁴ τη συνολική του συμφωνία με την «μετα-μεταφυσική» θέση του Χάμπερμας. Ωστόσο, υποψιάζεται ότι ο τελευταίος δεν είναι συνεπής με την επιλογή αυτή καθώς επιμένει να χρησιμοποιεί μια κανονιστική έννοια της ορθολογικότητας («rationalité»). Ενεργώντας έτσι επαναφέρει μεροληπτικά την ηθική στο δίκαιο, η οποία παίρνει κατά κύριο λόγο τη μορφή μιας μη κριτικής εξιδανίκευσης της πολιτικής δημοκρατίας ως εγγύησης της «νομιμότητας» ή της δικαιοσύνης των κανόνων δικαίου. Κατά ένα ορισμένο τρόπο, ο Χάμπερμας αναγκάζεται να προχωρήσει σε αυτή την «εξωτερίκευση» με τέτοιον τρόπο που, για να αμφισβητήσει την

⁴⁰ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1993. «Quod omnes tangit...Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Χάμπερμας», *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), σ. 36-56.

⁴¹ N. Luhmann, «Quod omnes tangit...», σ. 39.

⁴² Βλ. Κ. Ο. Απελ, «La relation entre morale, droit et démocratie. La philosophie du droit de Jürgen Χάμπερμας jugée du point de vue d'une pragmatique transcendante », *Les Etudes philosophiques*, 1/2001, p. 67-80. σ. 67-80. Βλ. επίσης την τρίτη από τις «διαμάχες με τον Χάμπερμας», στο Κ. Ο. Απελ,

Auseinandersetzungen. In Erprobung des transzendentalpragmatischen Ansatzes, Suhrkamp, 1998.

⁴³ Βλ. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 338, σημ. 1. Αντίθετα, ο Απελ αμφισβητεί την αξίωση του Χάμπερμας που θέλει την «διαλογική αρχή» μια ηθικά ουδέτερη αρχή, προγενέστερη του «διαχωρισμού» μεταξύ ηθικής και νομικής κανονιστικότητας (ό.π., σ. 68).

⁴⁴ N. Luhmann, «Quod omnes tangit...», σ. 48: Ο Χάμπερμας «προκρίνει μια άλλη λύση του παραδόξου νομιμότητα/νομιμοποίηση: την "εξωτερίκευση" του προβλήματος στην πολιτική δημοκρατία».

εναλλακτική φυσικοδικαική ή θετικιστική θεωρία, εισάγει την ένταση μεταξύ γεγονιότητας και ισχύος ή, σε ένα άλλο επίπεδο, μεταξύ νομιμότητας και νομιμοποίησης μέσα στην ίδια τη δικαιοκή κανονιστικότητα. Υπ' αυτή τη λογική, πράγματι, και παρά τις αρνήσεις του Χάμπερμας, «το δίκαιο διατηρεί μια απολύτως αρμονική σχέση με την ηθική»⁴⁵, ενώ οι νομικοί αποφεύγουν πλήρως («comme de la peste») αυτού του είδους την επέκταση του επιχειρηματολογικού πλαισίου. Η θεωρία των συστημάτων, από την πλευρά της, σκοπεύει να λάβει υπόψη της την μη αναστρέψιμη αποσύνδεση των κανονιστικών συστημάτων που συνεπάγεται η διαδικασία της διαφοροποίησης («Ausdifferenzierung») που χαρακτηρίζει τις πολύπλοκες κοινωνίες, και να συναγάγει όλες τις συνακόλουθες επιπτώσεις της.

Το Δίκαιο της Κοινωνίας αναπτύσσει με υψηλό βαθμό πολυπλοκότητας τη θεωρία του νομικού συστήματος που είχε διατυπωθεί στα προηγούμενα έργα⁴⁶. Στο επίκεντρο της κατασκευής βρίσκεται η έννοια του «επιχειρησιακού

κλεισίματος», η οποία θεματοποιείται στο δεύτερο κεφάλαιο του βιβλίου. Για να το θέσουμε πολύ αδρά: κάθε σύστημα, όπως μια μονάδα, είναι κλειστό όχι με την έννοια ότι δεν θα είχε εξωτερικό ή ότι θα ήταν κουφό και τυφλό σε ό,τι συμβαίνει στο εσωτερικό του, αλλά με την έννοια ότι, για κάθε σύστημα (όπως αυτό του δικαίου), το περιβάλλον δεν μπορεί παρά να του ζητά να εφαρμόσει συγκεκριμένες διαδικασίες «μετάφρασης», οι οποίες στην πραγματικότητα είναι επιχειρήσεις σύμφωνα με μια δυαδική κωδικοποίηση, στην προκειμένη περίπτωση: συμμόρφωση με το νόμο/ παράβαση του νόμου. Με άλλα λόγια, το επιχειρησιακό κλείσιμο σημαίνει ότι ένα γεγονός υπάρχει για το νομικό σύστημα, παρά μόνο αν συνιστά μια νομικά σχετική πληροφορία· μία πληροφορία είναι νομικά σχετική μόνο αν μπορεί να «εσωτερικευτεί» μέσω μιας λειτουργίας κωδικοποίησης που είναι αυστηρά εσωτερική στο σύστημα: μόνο το δίκαιο αποφασίζει τι «είναι» το δίκαιο⁴⁷.

Τα παραπάνω μπορούν να ειπωθούν για οποιοδήποτε σύστημα. Όσον αφορά ειδικότερα το νομικό σύστημα, θα πρέπει πρώτα

⁴⁵ N. Luhmann, «Quod omnes tangit...», σ. 49.

⁴⁶ Για την ιστορική ακρίβεια: *Grundrechte als Institution : Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (Duncker & Humblot, 1965), *Legitimation durch Verfahren* (Suhrkamp, 1969) *Rechtssoziologie* (Westdeutscher Verlag, 1980) και *Ausdifferenzierung des Rechts* (Suhrkamp, 1981), καθώς και πολλά από τα

άρθρα που συγκεντρώθηκαν στους επτά τόμους του *Soziologische Aufklärung* (Westdeutscher Verlag, 1970-1997).

⁴⁷ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 50: «δεν υπάρχει εξωτερικός προσδιορισμός της δομής. Μόνο το ίδιο το δίκαιο μπορεί να πει τι είναι δίκαιο».

να αναγνωριστεί ότι είναι ένα σύστημα· ως τέτοιο, έχει τις ιδιότητες κάθε συστήματος, δηλαδή τις δομικές και λειτουργικές ιδιότητες της αυτοποίησης. Ένα σύστημα κανόνων, το οποίο αντιτίθεται σε όλες τις ιδεαλιστικές μορφές διαχωρισμού του «δέοντος» και του «είναι», είναι ένα σύστημα όπως τα άλλα. Αν έχει μια ιδιαίτερη ιδιότητα, αυτή είναι του «κανονιστικού κλεισίματος», ως εξειδίκευσης της γενικής ιδιότητας, κοινής σε όλα τα «συστήματα», του λειτουργικού κλεισίματος. Πρόκειται όμως για ένα λειτουργικό, όχι για ένα γνωστικό κλείσιμο⁴⁸, πράγμα που σημαίνει ότι το νομικό σύστημα είναι φυσικά ικανό να «επεξεργάζεται» (χάρη στον ιδιαίτερο τρόπο κωδικοποίησής του) νέες πληροφορίες (χωρίς τις οποίες το δίκαιο δεν θα ήταν σε θέση να παράγει κανόνες που αφορούν ριζικά νέες καταστάσεις, όπως η υποβοηθούμενη αναπαραγωγή), αλλά ότι μπορεί να το πράξει μόνο με βάση τις δικές του πηγές, δηλαδή με τους όρους που συνεπάγεται ο ορισμός του τι είναι «δίκαιο», όπως αυτός προκύπτει όχι από μια υπερβατική (εξωτερική) απόφαση, αλλά από τις ίδιες τις συνθήκες της επιχειρησιακά κλειστής λειτουργίας του νομικού συστήματος.

⁴⁸ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 77.

⁴⁹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 78.

Ο Λούμαν επισημαίνει ότι η θέση για το «κανονιστικό κλείσιμο» του δικαίου «στρέφεται πρωτίστως κατά της αντίληψης («representation») ότι η ηθική (;) θα μπορούσε να ισχύει άμεσα εντός του νομικού συστήματος»⁴⁹, στο μέτρο που τα υλικά κριτήρια για την εφαρμογή της ηθικής κωδικοποίησης (αναφερόμαστε σε: καλό/κακό) δεν επιδέχονται πλέον έναν κοινό ορισμό σε μια σύνθετη κοινωνία. Με άλλα λόγια, η θέση του κανονιστικού κλεισίματος του δικαίου εξηγεί το γεγονός ότι, σε μια τέτοια κοινωνία, μόνο οι κανόνες δικαίου μπορούν να περάσουν τη δοκιμασία της εκκαθολίκευσης, είτε με την κλασική μορφή της κατηγορικής προσταγής είτε με το χαμπερμασιανό σχήμα της «αρχής U» (ΣτΜ: «Universalisierungsgrundsatz», αρχή της εκκαθολίκευσης). Στην ουσία, η θέση περί κανονιστικού κλεισίματος δεν κάνει τίποτε άλλο από το να υιοθετεί και να ριζοσπαστικοποιεί μια θεμελιώδη διαπίστωση του κλασικού νομικού θετικισμού—διότι, όπως το θέτει ο Χαρτ (Hart), ο νομικός θετικισμός παραπέμπει κατ' ουσία «στην ξεκάθαρη θέση ότι δεν είναι καθόλου απαραίτητο οι κανόνες του δικαίου να αντανakλούν ή να ικανοποιούν ορισμένες ηθικές απαιτήσεις, αν και στην πραγματικότητα, συχνά το κάνουν»⁵⁰. Οι θετικιστές στα τέλη

⁵⁰ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, μτφρ. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, σ. 224.

του 19ου αιώνα θεωρούσαν ήδη -και σε αυτό τους ακολούθησαν οι Κέλσεν και Χαρτ- ότι το «φυσικό δίκαιο», σε αντίθεση με τον θετικισμό, δεν αντιπροσώπευε τίποτε άλλο παρά μια κρυφή ή φανερή υποταγή του δικαίου στην ηθική⁵¹. Το λεξιλόγιο της συστημικής θεωρίας καθιστά απολύτως σαφείς τους θεωρητικούς λόγους που αιτιολογούν την απόρριψή της. Η παραγωγή και η εξέλιξη (μέσω διαφοροποίησης) του νομικού συστήματος γίνεται αποκλειστικά μέσω αναδρομικών επιχειρήσεων. Ο Λούμαν περιγράφει με τον ακόλουθο τρόπο αυτή την ιδιότητα της αναδρομικότητας, η οποία είναι εγγενής σε κάθε αυτοποιητικό σύστημα: «Ο κανόνας υφίσταται μέσα από μία προγενέστερη και από μία μεταγενέστερη πρακτική («praxis»), από επιχειρησιακές ακολουθίες με τη βοήθεια των οποίων συμπυκνώνεται ως αυτός ο συγκεκριμένος κανόνας»⁵². Αυτό σημαίνει ότι το δίκαιο, όπως κάθε επιχειρησιακά κλειστό σύστημα, παράγεται και μεταμορφώνεται από μόνο του με την «εσωτερικοποίηση», μέσα από την κατάλληλη κωδικοποίηση, όλων όσων στο περιβάλλον του δεν θα ήταν παρά ένας «θόρυβος» χωρίς νόημα. Χρησιμοποιώντας το λεξιλόγιο ενός από τους θεμελιωτές της θεωρίας των συστημάτων, του Heinz

von Forster, ο Λούμαν καταλήγει έτσι στο συμπέρασμα ότι το νομικό σύστημα είναι μια «πολύπλοκη» και όχι μια απλοϊκή μηχανή (δηλαδή δεν αποτελεί μια μηχανή που στερείται της ιδιότητας της αυτοποίησης), και διευκρινίζει μάλιστα ότι στην περίπτωση αυτή πρόκειται για μια «ιστορική μηχανή», δεδομένου ότι κάθε επιχείρηση (η θέσπιση ή η εφαρμογή ενός κανόνα) μετασχηματίζει το σύστημα και έτσι τροποποιεί τις συνθήκες υπό τις οποίες οι επόμενες επιχειρήσεις (συμπεριλαμβανομένης μιας άλλης εφαρμογή του «ίδιου» κανόνα) μπορούν να λάβουν χώρα⁵³.

Παραδόξως, τουλάχιστον σε σχέση με τις κοινές αναπαραστάσεις, επειδή είναι επιχειρησιακά κλειστό, το νομικό σύστημα είναι γνωστικά ανοικτό στο περιβάλλον του, με παραδοσιακούς όρους: στην «κοινωνία». Όμως αυτό το άνοιγμα δεν μπορεί να νοηθεί με όρους επιρροής ή προσδιορισμού ή ως αιτιώδης σχέση. Η εξωτερική αναφορά είναι επεξεργάσιμη, με νόημα ή συναφής μόνο μέσα από την αυτο-αναφορά: «το άνοιγμα είναι δυνατό μόνο στη βάση του κλεισίματος»⁵⁴. Το κανονιστικό κλείσιμο όχι μόνο δεν είναι ασυμβίβαστο με το γνωστικό άνοιγμα του νομικού συστήματος προς το περιβάλλον

⁵¹ Βλ. H. Kelsen, «Justice et droit naturel», *Annales de philosophie politique III: Le droit naturel*, PUF, 1959, σ. 1-123, ιδίως σ. 64 επ.

⁵² N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 80-81.

⁵³ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 58.

⁵⁴ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 76.

του, αλλά αποτελεί ακόμη και προϋπόθεση γι' αυτό, αφού καθιστά δυνατή την «επεξεργασία» της «εξωτερικής» πληροφορίας, δηλαδή τη μετάφραση ή την εσωτερικέυσή της μέσω διαδικασιών μάθησης που οι ίδιες μετασχηματίζονται, όπως σε κάθε πολύπλοκη μηχανή: «Το δίκαιο δεν αντλεί την πραγματικότητά του από κάποια σταθερή ιδεατότητα, την αντλεί αποκλειστικά από τις λειτουργίες που παράγουν και αναπαράγουν ειδικά το νομικό νόημα»⁵⁵. Μια φόρμουλα που έχω ήδη παραθέσει λέει ίσως την τελευταία λέξη γι' αυτή τη συστημική ανακατασκευή του δικαίου, της οποίας οι πολεμικές συνέπειες (όχι μόνο κατά του Χάμπερμας) είναι προφανείς: «Μόνο το δίκαιο μπορεί να πει τι είναι δίκαιο».

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Θα ήθελα να ολοκληρώσω αυτή τη συγκριτική παρουσίαση δύο θεωριών δικαίου, από τις πιο εντυπωσιακές που κατασκευάστηκαν στο δεύτερο μισό του 20ού αιώνα⁵⁶, με δύο παρατηρήσεις.

⁵⁵ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 41.

⁵⁶ Θα ήταν επίσης αναγκαίο να ληφθεί υπόψη η αλληλεπίδραση αυτών των θεωριών με τις πρόσφατες εξελίξεις στην αγγλοσαξονική φιλοσοφία του δικαίου (για παράδειγμα, στο πλαίσιο του «νομικού ρεαλισμού», ή στον

α. Είναι σαφές ότι η συζήτηση Χάμπερμας - Λούμαν επεκτείνει, σε υψηλό επίπεδο πολυπλοκότητας, την κλασική αντίθεση των θεωριών φυσικού και θετικού δικαίου. Από επιστημολογική άποψη, μπορεί επίσης να θεωρηθεί ως μέρος της σύγκρουσης μεταξύ των υποστηρικτών μιας κανονιστικής επιστήμης και εκείνων που θεωρούν, όπως ο Κέλσεν, ότι η επιστήμη είναι πάντοτε περιγραφική, ακόμη και όταν έχει ως αντικείμενο τους κανόνες ⁵⁷. . Ακόμα και αν έχει αποστασιοποιηθεί από τη «χειραφετητική» προοπτική της κριτικής θεωρίας και των πρώτων έργων της, ο Χάμπερμας δεν παραιτείται -όπως φαίνεται στο *Πραγματικό και το Ισχύον*- από το να δώσει στη θεωρία (ή στη φιλοσοφία, ανεξαρτήτως ονομασίας) την κλίση της Aufklärung, με τις διάφορες έννοιες του όρου, των κοινωνικών πρακτικών, μέρος των οποίων είναι βεβαίως και το δίκαιο στη συγκεκριμένη του ζωή (η Rechtspraxis των Γερμανών). Αυτό αντανakλάται στις συγκεκριμένες στάσεις του: η παρέμβαση στον δημόσιο διάλογο, για παράδειγμα κατά την περίοδο της γερμανικής επανένωσης, είναι γι' αυτόν ένα γνήσια θεωρητικό και όχι απλώς «ιδεολογικό» καθήκον. Αλλά αντανakλάται επίσης σε θέσεις που αποτελούν μέρος αυτού

Dworkin, στον οποίο και οι δύο αναφέρονται, όσον αφορά τον Λούμαν με επικριτικό κυρίως τρόπο, με θετικότερο από την πλευρά του Χάμπερμας). Κάτι τέτοιο δεν μου είναι δυνατόν στο πλαίσιο της παρούσας εργασίας.

⁵⁷ Βλέπε ανωτέρω, υποσημ. 27.

που θα μπορούσε να ονομαστεί, ελλείψει καλύτερου όρου, μια μερικώς ανεπτυγμένη φιλοσοφία της ιστορίας, όπως φαίνεται από την ερμηνεία του βεμπεριανού θέματος του «εξορθολογισμού» με την έννοια της «προόδου στην ορθολογικότητα», σύμφωνα με το επικοινωνιακό παράδειγμα⁵⁸. Επ' αυτού, μια οπτική όπως αυτή του Λούμαν, η οποία, σύμφωνα με τον Χάμπερμας επεκτείνει την αποφασισκρατία την οποία δυσφήμησε ο Καρλ Σμιτ, είναι η έκφραση του φόβου των νεοσυντηρητικών απέναντι στο αίτημα της ορθολογικής αυτονομίας που εμψυχώνει τη νεωτερικότητα⁵⁹. Η συγκεκριμένη σκοπιά μπορεί να θεωρηθεί περιοριστική: είναι εδώ και καιρό γνωστό ότι ο θετικισμός, ως επιστημολογία και ως ηθική της επιστήμης, απέχει πολύ από το να συνεπάγεται κατ' ανάγκη έναν «συντηρητισμό», τον οποίο ελάχιστοι από τους εκπροσώπους του έχουν πραγματικά ομολογήσει⁶⁰.

Ο Λούμαν, υιοθετώντας την επιστημολογική κληρονομιά του θετικισμού, υποστηρίζει ότι η θεωρία (εν προκειμένω αυτό το οποίο αποκαλεί «κοινωνιολογία του δικαίου») έχει αυστηρά

περιγραφικό χαρακτήρα: καθήκον της είναι αποκλειστικά να παρέχει μια «παρατήρηση δεύτερης τάξης» της αυτοπαρατήρησης του νομικού συστήματος, δηλαδή των λειτουργιών μέσω των οποίων το τελευταίο περιγράφει τον εαυτό του, για παράδειγμα στο πλαίσιο αυτού που οι Γερμανοί νομικοί ονομάζουν νομική δογματική («la dogmatique juridique») και οι Γάλλοι νομικοί το δόγμα («la doctrine»): «Μια κοινωνιολογική θεωρία του δικαίου στοχεύει σε μια εξωτερική περιγραφή του νομικού συστήματος- θα είναι όμως μια θεωρία κατάλληλη για το αντικείμενό της μόνο αν περιγράφει το σύστημα ως το τελευταίο να αυτο-περιγράφεται (...) Αυτό σημαίνει: πρέπει να το περιγράφει όπως το αντιλαμβάνονται οι νομικοί»⁶¹. Αυτή η επιστημολογική θέση έχει βεβαίως, όπως και αυτή στην οποία αντιτίθεται, «ιδεολογικές» και ηθικοπολιτικές προεκτάσεις, μπροστά στις οποίες ο «συντηρητικός» Λούμαν δεν διστάζει, υιοθετώντας μια «απομαγευμένη», ακόμη και σκεπτικιστική θεώρηση του κόσμου. Έχει όμως και ένα οντολογικό υπόβαθρο: τη ριζική απόρριψη κάθε μορφής ουσιοκρατίας ή ρεαλισμού. Δεν υπάρχει ουσία του δικαίου, όπως δεν υπάρχει και ουσία της κοινωνίας: απέναντι στον

⁵⁸ Βλέπε σχετικά με το θέμα αυτό C. Colliot-Thélène, «Jürgen Χάμπερμας et Max Weber: la rationalisation du droit», στο *Crise et pensée de la crise en droit* (J.-F. Kervégan, επιμ.), ENS Editions, 2002, σ. 195-215.

⁵⁹ Βλ. J. Habermas, «Die Schrecken der Autonomie», μτφρ. στο 000.

⁶⁰ Βλ. σχετικά O. Jouanjan, «Un positiviste dans la crise : Richard Thoma», στο *Crise et pensée de la crise en droit*, ό.π., σ. 13-54.

⁶¹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ. 17-18.

εκσυγχρονισμένο φυσικό δίκαιο του Χάμπερμας (εκσυγχρονισμένο στο βαθμό που λαμβάνει υπόψη του τις ισχυρές αντιρρήσεις που απευθύνει στο φυσικό δίκαιο ο νομικός θετικισμός), ο Λούμαν επιβεβαιώνει το σκληρό θετικιστικό δόγμα: όλα όσα «ένας» (= το νομικό σύστημα) νομοθετεί, και μόνο όσα «ένας» νομοθετεί, είναι δίκαιο, ή αλλιώς: μόνο το δίκαιο αποφασίζει τι ανήκει στο δίκαιο. Αυτές οι επιστημολογικές και ηθικές θέσεις οδηγούν στην υιοθέτηση μιας απροκάλυπτα αποφασιοκρατικής οπτικής, στην οποία ο Χάμπερμας δεν μπορεί παρά να αντιταχθεί: το «νόημα» των λειτουργιών ενός συστήματος όπως το νομικό σύστημα είναι να παράγει αποφάσεις, και πρώτα απ' όλα αποφάσεις (διαρκώς αναθεωρητέες, φυσικά) για τα ίδια του τα όρια. Αλλά το να λέμε ότι το θετικό δίκαιο είναι μια διαδικασία λήψης απόφασης, δεν σημαίνει ότι είναι «αυθαίρετο»: η κριτική της θεωρίας του

⁶² N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, σ.39.

⁶³ «Θεωρώ τις προτάσεις μου για την αποσαφήνιση του παραδειγματικών υποβάθρων κατανόησης του νόμου και του συντάγματος ως τμήμα μιας συζήτησης, κατά του αυξανόμενου σκεπτικισμού μεταξύ των νομικών μου συναδέλφων, και κυρίως ενάντια σε αυτόν, τον λανθασμένο κατά τη γνώμη μου, ρεαλισμό, που υποτιμά την κοινωνική αποτελεσματικότητα των κανονιστικών προϋποθέσεων των υφιστάμενων νομικών πρακτικών. (J. Habermas, *Droit et démocratie*, σελ. 11).

φυσικού δικαίου στην «αποφασιοκρατία» και τον «θετικισμό» έχει ως βάση «μια ανεπαρκή έννοια της θετικότητας»⁶².

β. Το δυσχερές της θέσης του Χάμπερμας, ιδίως όσον αφορά την κοινωνική θεωρία και τη νομική θεωρία (η οποία, ομολογουμένως, αποτελεί τομέα της πρώτης υπό μια έννοια που πρέπει να διευκρινιστεί), υπογραμμίζεται τόσο από τον Λούμαν όσο και, σε προφανώς αντίθετη κατεύθυνση, από τον Άπελ: το πώς μπορεί να πραγματοποιηθεί η «κανονιστική» ⁶³ (στην πραγματικότητα, και χωρίς αυτό να έχει αρνητική σημασία: κανονιστικιστική) ανασυγκρότηση του δικαίου και να οικοδομηθεί έτσι μια πειστική εναλλακτική λύση απέναντι στις διάφορες παραλλαγές του θετικισμού, συμπεριλαμβανομένης αυτής που προτείνει η θεωρία των συστημάτων, καταργώντας κάθε υπερβατολογικό στοιχείο και κάθε αναζήτηση για μια τελική θεμελίωση των κανόνων ⁶⁴; Δεν αποτελεί αυτό μια ασυνέπεια, τουλάχιστον αν σκοπεύουμε να διατηρήσουμε την

⁶⁴ Βλ. J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, σ. 165-177: ενάντια στον Apel, ο Χάμπερμας υποστηρίζει ότι οι «γεγονικά απαραίτητες» προϋποθέσεις αρκούν για να καταστήσουν δυνατή μια καθολική ηθική, και καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «μια τελική θεμελίωση της ηθικής δεν είναι ούτε δυνατή ούτε αναγκαία» (σ. 173). Για τη συζήτηση Χάμπερμας/Άπελ, βλ. ιδίως την πολύ σαφή παρουσίαση του S. Haber, J. Habermas, *une introduction*, Pocket/La Découverte, 2001, σ. 306-317.

κριτική και κανονιστική δύναμη της θεωρίας; Ο Χάμπερμας, κατά κάποιον τρόπο, απορρίπτει τον θετικισμό που σιωπηρά υιοθετεί ο Λούμαν (μόνο το δίκαιο μπορεί να πει τι είναι δίκαιο), αλλά αρνείται στον εαυτό του τα μέσα που θα του επέτρεπαν να εφαρμόσει μία συνεπή κανονιστική θεωρία. Ο Άπελ έχει αναμφίβολα δίκιο όταν λέει ότι μια τέτοια φιλοδοξία μπορεί να ικανοποιηθεί μόνο αν ορίσει κανείς τις πραγματολογικές-υπερβατολογικές προϋποθέσεις μιας ηθικής του διαλόγου, αν υποθέσει την παλαιά φυσικοδικαιική θέση σύμφωνα με την οποία το θεμέλιο της δικαιοκτικής κανονιστικότητας είναι, σε τελευταία ανάλυση, ηθικής φύσης. Είναι η δυσκολία, αλλά και η μεγάλη εντιμότητα της θέσης του Χάμπερμας ότι προϋποθέτει την ανεξαρτησία του δικαίου από την ηθική κανονιστικότητα, η οποία είναι αναπόφευκτη σε μια σύνθετη κοινωνία, ενώ ταυτόχρονα απορρίπτει τόσο έναν υπερβατισμό που θεωρεί ανέφικτο στην εποχή της «μετα-μεταφυσικής σκέψης» όσο και την αξιολογική ουδετερότητα (Wertneutralität) των θετικιστικών θεωριών (της οποίας η θεωρία των συστημάτων είναι η πιο εκλεπτυσμένη έκφραση). Είναι πιθανό ότι ο υπερβατισμός τύπου Άπελ από τη μία πλευρά και η ριζική αποφυγή των θεμελιωδών ερωτημάτων από τον Λούμαν από την άλλη, αποτελούν λιγότερο ριψοκίνδυνες επιλογές.

Παράρτημα :

Τι σημαίνει αυτή η φιλόδοξη ανασυγκρότηση του νομικού συστήματος, στο βαθμό που αυτό διαμορφώνει την υποδομή της προηγμένης νεωτερικότητας, ιδίως όσον αφορά το καθεστώς των δικαιωμάτων; Είναι πλέον αρκετά σαφές: ο Χάμπερμας θέλει να διατηρήσει τον ιδρυτικό χαρακτήρα που το σύγχρονο φυσικό δίκαιο απέδιδε στα δικαιώματα (φυσικά υποκειμενικά δικαιώματα, ανθρώπινα δικαιώματα), αποκηρύσσοντας παράλληλα τις προϋποθέσεις, κατά τη γνώμη του αβάσιμες, που επέτρεπαν σε ένα τέτοιο πλαίσιο να δικαιολογηθεί αυτός ο θεμελιώδης χαρακτήρας (σε αδρές γραμμές: μια ορισμένη ιδέα για τη «φύση του ανθρώπου»). Η λύση που εφευρίσκει για να το επιτύχει αυτό είναι εκ πρώτης όψεως παράδοξη, διότι αντιστρέφει τις προτεραιότητες που καθιερώνουν τα κλασικά αξιώματα: συνίσταται στη θεμελίωση των δικαιωμάτων του ατόμου (πυλώνες της «ιδιωτικής αυτονομίας») στα δικαιώματα του πολίτη (τα οποία αποτελούν τη βάση της «δημόσιας αυτονομίας»). Ταυτόχρονα, φαίνεται ότι είναι δυνατόν, χάρη σε μια πολιτική θεμελίωση των δικαιωμάτων (το πολιτικό νοείται με την «επικοινωνιακή» ή επιχειρηματολογική έννοια και όχι με την έννοια της απόφασης), να υπερβούμε το «ηθικό περιεχόμενο των υποκειμενικών δικαιωμάτων που συλλαμβάνονται σε

ατομικιστική προοπτική», χωρίς όμως να θυσιάσουμε (ΣτΜ. την έννοια των δικαιωμάτων) σε μια «καθαρά λειτουργιστική αντίληψη των υποκειμενικών δικαιωμάτων", όπως αυτή που υπάρχει στον Λούμαν⁶⁵:

Τα ανθρώπινα δικαιώματα, που βασίζονται στην ηθική αυτονομία των ατόμων, αποκτούν θετική διάσταση μόνο μέσω της πολιτικής αυτονομίας του πολίτη. Φαίνεται ότι η αρχή του δικαίου αποτελεί ένα ενδιάμεσο έδαφος μεταξύ της ηθικής αρχής και της δημοκρατικής αρχής⁶⁶.

Ωστόσο, προσθέτει αμέσως ο Χάμπερμας, «η σχέση μεταξύ αυτών των δύο αρχών δεν είναι απολύτως σαφής», αν και είναι αλήθεια ότι «εννοιολογικά διαφωτίζουν η μία την άλλη» (ό.π.). Από την πλευρά μου, θα ήθελα να προτείνω την εξής ερμηνεία: επειδή αντιλαμβάνεται την «πολιτική διαδικασία» με όρους μιας «επικοινωνιακής ηθικής», και επομένως επειδή ανάγει κατά κάποιον τρόπο το πολιτικό στο ηθικό, ο Χάμπερμας πιστεύει ότι (ψευδώς) ξεφεύγει από το φυσικοδικαϊκό όνειρο μιας ηθικής θεμελίωσης των δικαιωμάτων και του δικαίου. Ή αλλιώς: επειδή σκέφτεται τη «δημόσια αυτονομία» με ηθικούς όρους, μπορεί να

θεμελιώσει πάνω της την «ιδιωτική αυτονομία». Αλλά τότε δεν είναι αλήθεια ότι έχει έρθει σε ρήξη με την αξιωματική του φυσικού δικαίου: έχει απλώς εκσυγχρονίσει τη γλώσσα του.

⁶⁵ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 101-102. Για τον Λούμαν, βλ. π.χ. *Grundrechte als Institution* και, φυσικά, *Das Recht der Gesellschaft*.

⁶⁶ J. Habermas, *Droit et démocratie*, σ. 109.