

ΜΟΝΟΓΡΑΦΙΕΣ - 18

ΚΩΣΤΑΣ Ε. ΔΟΥΖΙΝΑΣ

ΜΕΤΑΞΥ ΑΠΟΛΟΓΙΑΣ ΚΑΙ ΟΥΤΟΠΙΑΣ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΚΡΙΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ

ΚΩΣΤΑΣ Ε. ΔΟΥΖΙΝΑΣ

ΜΕΤΑΞΥ ΑΠΟΛΟΓΙΑΣ ΚΑΙ ΟΥΤΟΠΙΑΣ

ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΚΡΙΤΙΚΗ ΘΕΩΡΙΑ

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΗ ΕΚΔΟΣΗ



**ΚΕΝΤΡΟ
ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ
ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ
ΔΙΚΑΙΟΥ**

ΙΔΡΥΜΑ ΘΕΜΙΣΤΟΚΛΗ ΚΑΙ ΔΗΜΗΤΡΙΗ ΤΣΑΤΣΟΥ

*Στούς γονείς μου
Ευάγγελο καί Φαίδρα Δουζίνα*

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Πρόλογος στην ηλεκτρονική έκδοση.....	5
Πρόλογος	19
A. ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ	
1. Εισαγωγικά.....	23
2. Οι θεωρητικές βάσεις του συνταγματισμού.....	25
2.1.1. Φυσικό δίκαιο.....	25
2.1.2. Το φυσικό δίκαιο στην επαναστατική πολιτική φιλοσοφία.....	27
2.2. Νομικός και συνταγματικός θετικισμός.....	30
2.3. Λαϊκή κυριαρχία και συνταγματισμός.....	33
3. Η διαδικασία θετικοποίησης του φυσικού δικαίου.....	35
4. Ο συνταγματισμός στον 20ό αιώνα. Από την οικονομική στην πολιτική ελευθερία.....	39
4.1. Η «προνομιακή θέση» των πολιτικών ελευθεριών.....	39
4.2. Φυσικό δίκαιο και θετικισμός.....	42
4.3. Δημοκρατική θεωρία.....	47
B. ΟΙ ΘΕΩΡΗΤΙΚΕΣ ΑΝΤΙΝΟΜΙΕΣ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΥ	
1. Εισαγωγικά.....	52
2. Εξουσία, δίκαιο και νομιμοποίηση στην πολιτική και νομική θεωρία του 19ου αιώνα.....	52
2.1. Εξουσία.....	53
2.2. Δίκαιο.....	55
2.3. Νομιμοποίηση.....	57
2.4. Νομική και συνταγματική θεωρία.....	60
3. Αλλαγές στην πολιτική και νομική θεωρία του 20ού αιώνα.....	62
3.1. Νομιμοποίηση.....	62
3.2. Δίκαιο και νομική θεωρία.....	64
3.3. Αποτελέσματα των αλλαγών στη συνταγματική θεωρία και πράξη.....	67
Γ. Ο ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΣ ΛΟΓΟΣ	
1. Εισαγωγικά.....	71
2. Η σύσταση του συνταγματικού λόγου.....	73
3. Συνοπτικές θέσεις για μια κριτική θεώρηση της συνταγματικής θεωρίας.....	78
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	83

Πρόλογος στην ηλεκτρονική έκδοση

Έξι Θέσεις για την Απολογία, την Ουτοπία και τη Μνήμη

Στον Ξενοφώντα

1. «Τα τελευταία τριάντα χρόνια τα αγγλοσαξονικά νομικά συστήματα έχουν μπει σε μια περίοδο που μπορεί να χαρακτηριστεί χωρίς υπερβολή ως εποχή του “κράτους των δικαστών”». Έτσι αρχίζει ο Πρόλογος του *Μεταξύ Απολογίας και Ουτοπίας: Συνταγματισμός και Κριτική Θεωρία*, του πρώτου δημοσιευμένου βιβλίου μου που γράφτηκε το 1985 πριν σαράντα χρόνια. Είχα ξεχάσει το βιβλίο, είχα ξεχάσει τον πρόλογο, δεν είχα καν αντίγραφό του. Όταν ο φίλος, σπουδαίος συνταγματολόγος και υποδειγματικός δημόσιος διανοούμενος Ξενοφών Κοντιάδης μου είπε ότι σκεπτόταν να το βάλει σε ηλεκτρονική open access μορφή στην ιστοσελίδα του Ίδρυματος Θεμιστοκλή και Δημήτρη Τσάτσου – Κέντρου Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου μου φάνηκε περίεργο. Είχα ακούσει παλιότερα από νέους νομικούς ότι το βιβλίο έχει αποκτήσει καλτ στάτους. Το θεώρησα φυσιολογικό μιας και είχε εξαντληθεί από καιρό. Όπως με τους ανθρώπους, τα βιβλία δικαιώνονται μετά θάνατο, όταν είναι δύσκολο πια να αναμετρηθούν οι μνήμες με την πραγματικότητα. Υπήρχε πρόσθετος λόγος για τη λησμονιά. Από το 1982 ήμουν λέκτορας στο Λονδίνο. Δεν είχα διδαχτεί το αγγλικό κοινοδίκαιο και το διδακτορικό μου ήταν για την Πρώτη Τροπολογία του Αμερικανικού Συντάγματος. Το να έχεις διδακτορικό και μάλιστα από το LSE το 1980 ήταν σαν χρυσόσκονη. Νέα πανεπιστήμια ιδρύονταν συνεχώς, οι Νομικές πολλαπλασιάζονταν και για πρώτη φορά αποκτούσαν ακαδημαϊκό υπόβαθρο που δεν είχαν μέχρι τότε, μια και οι νομικές σπουδές είχαν τεχνικό χαρακτήρα στενά συνδεδεμένο με το επάγγελμα και τα διδακτορικά ήταν σπάνια. Ήταν εύκολο να βρεις δουλειά και

σύντομα αποφάσισα να μείνω στο Λονδίνο παρά την υπόσχεση του Αριστόβουλου Μάνεση να βοηθήσει την εκλογή μου στην Αθήνα, την alma mater μου. Αλλά το διδακτορικό δεν βοηθούσε την άγνοιά μου για το Δίκαιο των Συμβάσεων, το αγγλικό Συνταγματικό δίκαιο ή την Jurisprudence που κλήθηκα να διδάξω, κανένα από τα οποία δεν είχα διδαχτεί. Τα πρώτα δύο χρόνια ήταν δύσκολα. Μάθαινα το θέμα της διάλεξής μου την προηγούμενη εβδομάδα και εύρισκα δικαιολογίες όταν με ρωτούσαν οι φοιτητές κάτι που δεν είχα ακόμη μάθει. Κατάλαβα όμως ότι ένας μετρίως έξυπνος άνθρωπος μπορεί να διδάξει οποιοδήποτε προπτυχιακό μάθημα και όχι μόνο στην επιστήμη του –αρκεί να έχει διαθέσιμο χρόνο και μια καλή βιβλιοθήκη.

Ο Alan Hunt, κοσμήτορας στο Middlesex Polytechnic την πρώτη μου σχολή, με είχε προειδοποιήσει ότι τα θεωρητικά μου ενδιαφέροντα, οι αριστερές ιδέες και η βαριά προφορά δεν θα βοηθούσαν την καριέρα μου στην «αριστοκρατική» νομική παιδεία. Αποδέχτηκα την συμβολή του –«θα χρειαστείς να κάνεις τα διπλά από τους ντόπιους συναδέλφους»– και αφιερώθηκα στην προετοιμασία της διδασκαλίας, την έρευνα και συγγραφή. Όταν εγκατέλειψα τον Ρήγα Φεραίο με τη Β' Πανελλαδική το 1979, μέλος του οποίου ήμουν από το 1973, μετέφερα το πολιτικό μου ενδιαφέρον από την Ελλάδα στη Βρετανία και από την κομματική πολιτική στο τότε αναδυόμενο κίνημα των Κριτικών Νομικών Μελετών. Το κίνημα ιδρύθηκε στη Βρετανία το 1985, ακολουθώντας τους Αμερικάνους συναδέλφους που είχαν ήδη πολλαπλές λειτουργίες και επιτυχίες –η πιο σημαντική ήταν ότι η πλειοψηφία των καθηγητών στη Νομική Σχολή του Harvard ήταν μέλη της Σχολής. Η επίθεση από τα φιλελεύθερα ΜΜΕ στην πιο διάσημη Νομική της Αμερικής τότε που δημιούργησε μεγάλο σκάνδαλο ήταν μια πρόγευση των πρόσφατων επιθέσεων του Τραμπ στο Πανεπιστήμιο. Για τον Έλληνα, συνηθισμένο στις αποτυχίες και ήττες της Αριστεράς, οι Critics όπως τους λέμε αποτελούσαν μοναδικό παράδειγμα πετυχημένης ριζοσπαστικής παρέμβασης στα πιο ψηλά κλιμά-

κια της πολιτισμικής και επιστημονικής ηγεμονίας. Έτσι παράλληλα με την έρευνα και τις δημοσιεύσεις αναμείχθηκα έντονα στη δημιουργία του κινήματος των Critical Legal Studies και αργότερα του περιοδικού «Law and Critique». Ο Πρόλογος της Απολογίας και Ουτοπίας αναφέρεται στα Critical Legal Studies, πιθανά για πρώτη φορά στην Ελλάδα, και υποστηρίζει ότι το βιβλίο εγγράφεται στην πρώιμη βιβλιογραφία του κινήματος.

Οι ακαδημαϊκές και πολιτικές μου δραστηριότητες ήταν στραμμένες αποκλειστικά στη Βρετανία όταν το έγραψα το 1985. Δεν παρακολουθούσα την ελληνική πολιτική και ακαδημαϊκή επικαιρότητα από κοντά. Δεν ακολούθησα επομένως τη γνωστή τακτική των νέων συγγραφέων με τις πολλαπλές παρουσιάσεις του βιβλίου, που τώρα πια γίνονται όχι σε μία αλλά διάφορες πόλεις και όχι μόνο σε βιβλιοπωλεία και εκδοτικούς οίκους αλλά και σε κλαμπ ή καφενεία. Δεν πλησίασα καθηγητές και δημοσιογράφους να γράψουν βιβλιοκριτικές ούτε έκανα μαζώξεις σε σπίτια και στέκια για να το προωθήσω. Εκτός από μια εκδήλωση στη Θεσσαλονίκη για τα Critical Legal Studies το 1988, στην οποία ο νεαρός Ευάγγελος Βενιζέλος δήλωσε ότι συμφωνούσε με τη δική μου έμφαση στην πολιτική σε αντίθεση με τους «κρατοδικαιικούς» συνομιλητές μου Νίκο Αλιβιζάτο και Παύλο Σούρλα, που είχαν καθυστερημένα ανακαλύψει τον Ronald Dworkin όταν οι Αμερικανοί τον εγκατέλειπαν.

Είχα αρχίσει τότε να γράφω το πρώτο αγγλικό μου βιβλίο με τον αγαπημένο φίλο και συνάδελφο Ronnie Warrington *Postmodern Jurisprudence: The law of text in the texts of law* που εκδόθηκε από τον οίκο Routledge το 1990 με μεγάλη επιτυχία.¹ Ήμουν αφοσιωμένος στη μέθοδο που εισαγάγαμε στη

¹ Στα ελληνικά εκδόθηκε μέρος του με τον τίτλο *Ο Λόγος του Νόμου: ερμηνεία, αισθητική και ηθική στο δίκαιο* (Αλεξάνδρεια, 1996) και μεταφραστές τους Ανδρέα Τάκη, Χρήστο Τσαϊτουρίδη και Γιώργο Παυλάκο, τότε μεταπτυχιακούς φοιτητές και αργότερα από τους πιο καλούς θεωρητικούς του δικαίου. Ο Χρήστος, πιθανά ο πιο σημαντικός θεωρητικός της γενιάς του, δυστυχώς έφυγε νέος.

νομική έρευνα και για την οποία είμαι περήφανος περισσότερο από οτιδήποτε άλλο: τη χρήση θεωρητικών εργαλείων που δεν χρησιμοποιούνταν μέχρι τότε στην κοινωνική και νομική θεωρία: κοινωνιολογία, σημειολογία, ρητορική, αποδόμηση, φαινομενολογία, αισθητική και ψυχανάλυση. Η ελληνική μεταπολίτευση συνέπеше με την παγκόσμια έκρηξη της «Ηπειρωτικής» (γαλλικής και γερμανικής) φιλοσοφίας και κριτικής θεωρίας και σύντομα με την κατάρρευση του «υπαρκτού» σοσιαλισμού και του ορθόδοξου Μαρξισμού. Πολλοί νομικοί και κοινωνικοί επιστήμονες στη Δυτική Ευρώπη και Αμερική διάβαζαν Foucault, Derrida, Deleuze ή Lacan τον ελεύθερο χρόνο τους. Αλλά στις πανεπιστημιακές δημοσιεύσεις παρέμεναν όμηροι του ηθικά πτωχευμένου θετικισμού ή του γνωσιακά ανακριβούς νομικού δογματισμού γιατί οι φιλοσοφικές «υπερβολές» δεν χωράνε στη Νομική. Αυτή λοιπόν τη μεθοδολογική μιζέρια άλλαξαν τα Critical Legal Studies. Αν η φαινομενολογία ή η αποδόμηση βοηθούν στην απομυθοποίηση των κοινωνικών μύθων ή την αντικατάσταση των εύπεπτων ερμηνευτικών πρακτικών από άλλες έγκυρες και ανατρεπτικές του κοινότοπου εφησυχασμού, τότε μπορούν και πρέπει να χρησιμοποιηθούν και στη νομική έρευνα και θεωρία. Αυτή η πολύ απλή αποδοχή μεταμόρφωσε το τι θεωρείται αποδεκτό και δόκιμο στη φιλοσοφία και θεωρία του δικαίου αλλά και στη δογματική των επιστημονικών άρθρων και των πανεπιστημιακών εγχειριδίων. Έκανε και κάτι άλλο: τα νομικά εγχειρίδια ενδιαφέροντα. Στον δικό μου χώρο της θεωρίας του δικαίου είναι γνωστό ότι οι φοιτητές βαριούνται και εγκαταλείπουν το μάθημα. Όχι όμως οι φοιτητές μας που διαβάζουν αντί για ανούσια βιβλία που θεωρούνται εκτός από βαρετά και αδιάφορα το Postmodern Jurisprudence, το Critical Jurisprudence, το Radical Philosophy of Rights και πολλά παρόμοια. Κι αυτό γιατί δεν μιλούν αποκλειστικά για τη δικανική επιχειρηματολογία και τη δικαιολόγηση των άδικων δικαστικών αποφάσεων αλλά για όλες τις πλευρές του νόμου

στην κοινωνία και την πρωταρχική υποχρέωση του νομικού να υπηρετεί τη δικαιοσύνη.

2. Διαβάζω στον Πρόλογο τις δύο θεωρητικές υποθέσεις της Απολογίας. Η συνταγματική θεωρία είναι απόγονος της φιλελευθερισμού του 19ου αιώνα και αναπαράγει τα αδιέξοδα της μητρικής θεωρίας. Δεύτερο, η ουτοπική πλευρά της mainstream νομικής θεωρίας υπόσχεται ελευθερία και δικαιοσύνη αλλά η άλλη πλευρά της αποκρύπτει την εξουσία που διαπερνάει τις κοινωνίες και μας συνιστά ως υποκείμενα. Η πρώτη νομιμοποιεί και δικαιολογεί την κοινωνική ισορροπία δυνάμεων και την επικυριαρχία των οικονομικών και πολιτικών ελίτ. Η απολογητική διαμεσολαβεί τις συνθήκες καταπίεσης, αποξένωσης και εκμετάλλευσης. Για να διαχειριστεί αυτή την αντίφαση, η φιλελεύθερη θεωρία εμφανίζει τη σχέση εξουσίας-δικαίου ως εξωτερική, παρουσιάζοντας τη συνεχή διείσδυση της εξουσίας στον κοινωνικό ιστό και την ατομική ταυτότητα ως δήθεν ελεγχόμενες από τον λόγο του δικαίου. Όσα κάναμε τα επόμενα σαράντα χρόνια φαίνεται να προαναγγέλλονται ακνά στην Απολογία και Ουτοπία. Γιατί αυτά τα αξιώματα θεμελιώνουν τη διδακτική και συγγραφική μου ζωή. Αλλά τα σαράντα χρόνια μεταξύ της αρχικής τους παρουσίασης και σημερινή πρακτικής τους τα έχουν ριζοσπαστικοποιήσει. Ας δούμε περιληπτικά την εξέλιξή τους.

Ο διαχωρισμός δικαίου και πολιτικής και η υποτιθέμενη αυτονομία του δικαίου αποτελεί σημαντικό παράγοντα της ιδεολογικής του συνεισφοράς στη διατήρηση της ταξικής και κρατικής κυριαρχίας (*The End of Human Rights*, Hart, 2000). Η επικράτηση της βιοπολιτικής διακυβέρνησης και του νεοφιλελευθερισμού ιδιωτικοποιούν τις δημόσιες υπηρεσίες και ταυτόχρονα εκνομικεύουν και πειθαρχούν τομείς της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής. (*States of Exception*, Elgar 2024). Η αποστολή του νεωτεριστικού δικαίου ήταν να ανοίξει μια απόσταση, περιστασιακά ελάχιστη, μεταξύ του όντος και του δέοντος, του νόμου και της τάξης του κόσμου. Το δίκαιο αποσκοπού-

σε να διορθώνει την πραγματικότητα. Τώρα αυτή η απόσταση εξαφανίζεται γρήγορα σε ένα τέλειο συγχρονισμό του δικαίου με τη ζωή. Καθώς ο νόμος διαδίδεται σε όλη την κοινωνία, η μορφή του γίνεται λεπτομερής και ασυνεπής, οι πηγές του πολλαπλές και διάχυτες, οι στόχοι του ασαφείς, άγνωστοι ή αντιφατικοί, τα αποτελέσματά του απρόβλεπτα, μεταβλητά, άνισα. Ο κανόνας αντικαθίσταται από τη ρύθμιση, η κανονιστικότητα από την κανονικοποίηση, η νομοθεσία από την εκτελεστική επιτέλεια, η νομική προσωπικότητα από διοικητικά εκχωρημένους ρόλους και αρμοδιότητες. Όλες οι κύριες πτυχές της νομιμότητας έχουν αποδυναμωθεί εκτός από τις αστυνομικές εξουσίες της καταστολής και της επιτήρησης (*Critical Jurisprudence with Adam Gearey, Hart, 2005*).

Στη Νέα Παγκόσμια Τάξη που διακηρύχτηκε μετά την πτώση του «υπαρκτού», τα ανθρώπινα δικαιώματα και ο ανθρωπισμός προηγούνται, συνοδεύουν και νομιμοποιούν τους ανθρωπιστικούς πολέμους και την κυριαρχία του παγκοσμιοποιημένου νεοφιλελευθερισμού. Η Δύση υποστήριξε ότι ο πόλεμος και η κατοχή στο Αφγανιστάν, στο Ιράκ, η γενοκτονία στη Γάζα αποσκοπούν στην «προστασία» των δικαιωμάτων (*Human Rights and Empire, Routledge, 2007*). Εξίσου, το ΔΝΤ, ο ΠΟΕ και η «συναίνεση της Ουάσιγκτον» επέβαλαν τα δικαιώματα των πολυεθνικών επιχειρήσεων στον παγκόσμιο Νότο όπως και στη χώρα μας με τα μνημόνια. Όλα απέτυχαν και οδήγησαν στην παρακμή της Δύσης και την άνοδο του παγκόσμιου Νότου. Ο Τραμπισμός αποτελεί έκφραση αυτής της παρακμής και παροξυσμική προσπάθεια ανάταξης της καταδικασμένη σε αποτυχία αλλά οδηγούσα σε καταστροφές. Επιβεβαίωσαν όλα αυτά την υπόθεση ότι το δίκαιο δεν είναι πλέον απλώς η μορφή, το μέσο ή ο περιορισμός της εξουσίας, αλλά έχει γίνει αναπόσπαστο μέρος της λειτουργίας της. Η βία παράγει δίκαιο και η βία διατηρεί το δίκαιο. (*Το Κράτος των Δικαστών, Παπαζήσης, 2025*). Η αντίσταση στην κοινωνική και πολιτική εξουσία με ενεργή

ανάμειξη στην κρατική, τοπική ή κινηματική πολιτική αποτελεί πρωταρχική ευθύνη του κριτικού.

3. Αυτές οι εξελίξεις επιβεβαίωσαν τη βασική αρχή ότι η κριτική χωρίς πολιτική, η αποδόμηση της νομικής μορφής χωρίς αγώνα για δικαιοσύνη μπορεί να καταλήξει σε μια κατοπτική εικόνα της δογματικής του δικαίου και της κυρίαρχης φιλελεύθερης θεωρίας. Η κριτική πρέπει επομένως να περιλαμβάνει την πολιτική και κινηματική συμμετοχή και μια ουτοπική στιγμή (*States of Exception: Human rights, Biopolitics, Utopia*, Elgar, 2024). Η ουτοπία από νομιμοποιητική λειτουργία του δικαίου μεταμορφώνεται στην κανονιστική αρχή και φανταστική τάξη της ανθρώπινης χειραφέτησης. Αλλά σ' αυτή την κίνηση, ο κριτικός νομικός παραμένει σε ένα βαθμό ξένος στο λειτούργημά του, επισκέπτης στο σπίτι του. Η διαλεκτική μέθοδος ξεκινά από αυτό που υπάρχει ιστορικά και θεωρητικά και το συνδέει με αυτό που δεν υπάρχει ακόμη αλλά θα έπρεπε να υπάρχει. Αυτό που υπάρχει τοποθετείται στις ιστορικές του συνθήκες για να ανακαλύψει τον προορισμό και τους περιορισμούς του. Ως νομικοί είμαστε μέσα και έξω από τον νόμο. Υπάρχουν στιγμές που στεκόμαστε έξω από το δικαστήριο και φωνάζουμε «αυτή η δίκη είναι φάρσα, το νομικό σύστημα είναι διεφθαρμένο, η δικαιοσύνη δεν θα επικρατήσει όσο το δίκαιο προωθεί ταξικά συμφέροντα και υποστηρίζει την κρατική καταστολή». Άλλες φορές, στεκόμαστε στην αίθουσα του δικαστηρίου και λέμε: «Έχουμε κράτος δικαίου και δικαιωμάτων που αναγνωρίζει τις θεμελιώδεις αξίες της ισότητας και της αξιοπρέπειας. Πρέπει να τις τιμήσετε». Μερικές φορές, χρειάζεται να πούμε και τα δύο την ίδια μέρα (*Justice Miscarried with Ronnie Warrington*, Routledge, 1994). Η κριτική που καλλιεργούμε προέρχεται από την επιθυμία να *αλλάξουμε* τον κόσμο, τη «ριζοσπαστική παρόρμηση», και την επιθυμία να τον *κατανοήσουμε*, την «παρόρμηση της αλήθειας» (*Η Επιθυμία του Νόμου: Κριτική Θεωρία και Δίκαιο*, Νήσος, 2025). Η περίφημη ενδέκατη θέση του Μαρξ για τον Φόιερμπαχ «Οι φιλόσοφοι έχουν απλώς ερμηνεύσει τον

κόσμο –το θέμα είναι να τον αλλάξουμε» εκφράζει την επαναστατική παρόρμηση. Οι κριτικοί συνδυάζουν τη ριζοσπαστική παρόρμηση με την επιθυμία και την ανάγκη γνώσης. Χωρίς πολιτική, η κριτική μπορεί να πέσει σε απολιτικό φορμαλισμό, την άλλη πλευρά του δογματικού θετικισμού. Χωρίς κριτική, η πολιτική βολοδέρνει μεταξύ ατελέσφορου βολонταρισμού και άσφαιρου πραγματισμού (*The Radical Philosophy of Rights*, Routledge, 2019).

4. Εξίσου θεμελιακή είναι η ενασχόληση με την ηθική και αισθητική πλευρά του δικαίου (*Justice Miscarried: Ethics and Aesthetics in Law*, With Ronnie Warrington, Routledge, 1994· *Νόμος και Αισθητική*, Παπαζήσης, 2007). Δεν αποτελεί «μεταμοντέρνα» εγκατάλειψη της πολιτικής ευθύνης και της χειραφετητικής δράσης. Ο νόμος κατασκευάζει τον άνθρωπο συνδυάζοντας τα τρία συστατικά του: το βιολογικό, το κοινωνικό στοιχείο και το ασυνείδητο. Και τα τρία λειτουργούν με διάφορα είδη νομιμότητας: οι φυσικοί, οι κοινωνικοί και οι ψυχολογικοί νόμοι συντονίζονται για να μας κάνουν αυτό που είμαστε. Η κριτική θεωρία εξετάζει τις νομικές κατασκευές της υποκειμενικότητας και τους τρόπους με τους οποίους το φύλο, η φυλή, η αποικιοκρατία ή η σεξουαλικότητα δημιουργούν μορφές ταυτότητας που πειθαρχούν τα σώματα αλλά προσφέρουν και εργαλεία αντίστασης. Η νομιμότητα βρίσκεται τόσο μέσα όσο και έξω από το θετικό δίκαιο. Η κριτική θεωρία εξετάζει επομένως τον «νόμο του νόμου», ό,τι βρίσκεται πριν, κάτω και έξω από το κρατικό δίκαιο, τις οντολογικές, αισθητικές και υλικές πτυχές του. Το δίκαιο πρέπει να μιλάει τόσο στα συναισθήματα όσο και στο μυαλό. Οι εικόνες, τα σχήματα λόγου, η λογοτεχνία και οι τέχνες αποτελούν μέρος της ευρύτερης νομικής παλέτας. Για να παραφράσουμε τον Shelley, οι ποιητές είναι οι μη αναγνωρισμένοι νομοθέτες του κόσμου, ενώ οι φιλόσοφοι και οι δικηγόροι λειτουργούν και καλλιεργούν μια αισθητική της ζωής. (*Law and the Emotions: Prolegomena for a Psychoanalytical Approach to Legal Study*, EUI, 1998· *Law and the Image: The*

Authority of Art and the Aesthetics of Law with Lynne Nead, Chicago University Press, 1999· *Νόμος και Αισθητική*, Παπαζήσης, 2007).

5. Στη σύγχρονη συνταγματική θεωρία η αντίφαση που περιγράφει η Απολογία έχει ονομαστεί «συνταγματικό παράδοξο». Γίνεται δεκτό σήμερα ότι ο ισχυρισμός της υπαγωγής της πολιτικής στο δίκαιο θεμελιώνεται σε δύο αντιφατικές αρχές. Από τη μια η λαϊκή κυριαρχία, σύμφωνα με την οποία όλες οι εξουσίες προέρχονται από τον λαό. Αλλά πρέπει να ασκούνται σύμφωνα με τις υπάρχουσες συνταγματικές μορφές και θεσμούς. Το συνταγματικό παράδοξο που παρουσιάζει τη συντακτική εξουσία τυπικά ως πηγή κάθε εξουσίας αποτελεί μια λογική απάντηση στον φόβο των κυρίαρχων κοινωνικών δυνάμεων που αργότερα απέκτησε όμως ισχυρή θεσμική έκφραση. Στο συνταγματικό κείμενο, η συντακτική εξουσία παίρνει τη συμβολική μορφή της λαϊκής κυριαρχίας, ρόλος της οποίας είναι η νομιμοποίηση της κρατικής εξουσίας. Στη συντακτική στιγμή της μέγιστης έκφρασής της, η λαϊκή εξουσία μεταφέρεται από την άμεση παρουσία στην απουσία και τη θεσμική αντιπροσωπηση. Ο λαός είναι κυρίαρχος, αλλά η κυριαρχία του είναι περιορισμένη «ένας κυρίαρχος που δεν ασκεί την κυριαρχία του». Είναι κυρίαρχος υπό όρους, κυρίαρχος υπό την προϋπόθεση να μην είναι. Αν το έθνος είναι μια «φαντασική» κοινότητα που δημιουργείται μέσα από ιστορικές αφηγήσεις, μνήμες και παραδόσεις, ο λαός είναι συνταγματική κατασκευή. Οι συνταγματικές μορφές και η αντιπροσωπευτική αρχή έχει περιθωριοποιήσει οποιαδήποτε άλλη μορφή άμεσης λαϊκής συμμετοχής στην άσκηση της εξουσίας. Τα τρία σύνορα του συνταγματισμού του 20ού αιώνα έχουν έτσι διαρρηχθεί: τα πολιτικο-γεωγραφικά όρια της επικράτειας, η διαχωριστική γραμμή μεταξύ δημόσιου και ιδιωτικού δικαίου και ο διπλός χαρακτήρα του Συντάγματος με την κανονιστική και δημοκρατική αγωνιστική του πλευρά. Σταδιακά το κράτος που περιθωριοποίησε τον λαό χάνει και αυτό το μονοπώλιο της δημόσιας εξουσίας αλλά και της βίας.

Υπερεθνικές οργανώσεις και δίκτυα γίνονται τα νέα συνταγματικά υποκείμενα επισκιάζοντας και αντικαθιστώντας το εθνικό Σύνταγμα, τη διάκριση μεταξύ συντακτικής και συντεταγμένης εξουσίας, καθώς και την πολιτική νομιμοποίηση της κυριαρχίας μέσω της δημοκρατικής αντιπαράθεσης. Η κυριαρχία της αγοράς επιβάλλεται επί της λαϊκής κυριαρχίας και της πολιτικής, ο ψεύτικος ορθολογισμός του *homo economicus* υποσκάπτει τον απισχνασμένο φιλελεύθερο συνταγματισμό. Η κυβέρνηση έχει αντικατασταθεί από τη διακυβέρνηση, την κυριαρχία των τεχνοκρατών και την αγορά. Τα σύγχρονα δικαστήρια ακολουθούν το νέο πολυεπίπεδο σύστημα εξουσίας και πειθάρχησης. Καλούνται να υποστηρίξουν το ευρωπαϊκό και παγκόσμιο νεοφιλελεύθερο Σύνταγμα και να επιβάλουν την εξουσία των εργοδοτών και των πολυεθνικών επί των δικαιωμάτων των εργαζόμενων και των πολιτών. Ακόμη και οι πιο δημοκρατικοί δικαστές είναι δεμένοι από ένα υπέρτατο νόμο που βάζει την προστασία της ιδιοκτησίας πάνω από κάθε άλλη αξία.

Αλλά η συντακτική εξουσία και η σύγκρουση μεταξύ δικαίου και δημοκρατίας δεν εξαφανίζεται, ούτε ενσωματώνεται πλήρως στο Σύνταγμα. Παραμένει ένα υπόγειο ρεύμα που κατά καιρούς ξεσπά στην επιφάνεια με τον δημοκρατικό συνταγματισμό και τις λαϊκές αντιστάσεις (*Philosophy and Politics of Resistance*, Polity, 2013· *Στάση Σύνταγμα*, Αλεξάνδρεια 2011). Ο λαός ή το πλήθος βρίσκονται πίσω από κάθε μορφή άσκησης της εξουσίας. Μπορούν να αποστασιοποιηθούν από τη συγκεκριμένη της μορφή και να αυτορυθμιστούν σε μία νέα συντακτική στιγμή (*Syriza in Power: Reflections of an Accidental Politician*, Polity, 2018). Δίπλα τους βρίσκεται πάντα η συντακτική εξουσία με τις δικές της μορφές: απεργία, αντίσταση, εξέγερση. Είναι αυτή η δυνατότητα που διατηρεί τις κοινωνίες μας ζωντανές.

6. Η έκπληξη, το σοκ θα έλεγα, που ένοιωσα διαβάζοντας την εναρκτήρια πρόταση της Απολογίας ήταν μεγάλο. Γιατί είχα ξεχάσει ότι στην πρώτη μου ελληνική δημοσίευση είχα χρησι-

μποιήσει τη φράση «Το κράτος των δικαστών», τον τίτλο του βιβλίου που εκδόθηκε φέτος και στο οποίο δίνω την εντύπωση ότι ο όρος χρησιμοποιείται για πρώτη φορά (Το Κράτος των Δικαστών, Παπαζήσης, 2025). Πώς γίνεται επίσης και δεν θυμίζουν το πρωτόλειο ενδιαφέρον μου στην ουτοπία, όταν η ουτοπία διαπερνάει όλο το έργο μου και βρίσκεται στον τίτλο του πρόσφατου βιβλίου *States of Exception: Human rights, Biopolitics, Utopia*, Edward Elgar, 2024. Υπαρξιακά θέματα και ερωτήματα ψηλαφίζονται και τρεμοπαίζουν σ' αυτή την προαναγγεληθείσα και δημιουργό λήθη: η λειτουργία της μνήμης και της λήθης· η ασυνείδητη (;) προεικόνιση όσων θα έρθουν, αλλοιώς η (μετα)μοντέρνα εκδοχή του πεπρωμένου· η εσωτερική συνέχεια και συνοχή μιας ζωής· η συνέπεια και συνοχή ενός έργου.

Ο ρόλος και η εγκυρότητα της μνήμης, η υποδοχή και η αξιολόγηση των αμφισβητούμενων αναμνήσεων ερμηνεύεται συνήθως από δύο προσεγγίσεις. Η πρώτη είναι η ευρέως φρουδική, σύμφωνα με την οποία δεν μπορούμε να αποφύγουμε την υπαρξιακή δύναμη του παρελθόντος. Η ψυχαναλυτική θεωρία αποτελεί κεντρική συνεισφορά των κριτικών νομικών (*Law and the Emotions: Prolegomena for a Psychoanalytical Approach to Legal Study*, EUI, 1998). Η μεγάλη συμβολή του Φρόιντ στη μνημονική είναι η πεποίθησή του ότι μνήμες που δεν υπάρχουν πια στην ενσυνείδητη ανάμνηση διατηρούνται στο ασυνείδητο. Δεν χάνουμε κάποιες μνήμες από το πέρασμα του χρόνου, αλλά από τα εμπόδια που βάζει το ασυνείδητο για να ξεχάσει και να καταστείλει οδυνηρές εμπειρίες. Το ασυνείδητο είναι ο φρουρός της μνήμης, επιλέγει τι πρέπει να θυμόμαστε και κρύβει τα υπόλοιπα. Οι απωθημένες μνήμες επιστρέφουν βέβαια ως συμπτώματα ψυχικής διαταραχής, σε όνειρα και γλωσσικά λάθη, σε σωματικές παραπράξεις και ψυχικές επαναλήψεις που δεν ξέρουμε από πού έρχονται και τι σημαίνουν. Δουλειά της ανάλυσης είναι να ανακαλεί αυτές τις τραυματικές μνήμες από την απώθηση. Οι συνειδητές μνήμες από την άλλη φιλτράρουν

και συγκαλύπτουν το δυσάρεστο παρελθόν. Αποτελούν καλές και νοσταλγικές φαντασιώσεις, αφού το ασυνείδητο καταδικάζει τις τραυματικές εμπειρίες στη λήθη. Προτιμάμε να ξεχνάμε παρά να θυμόμαστε, γιατί είναι πιο εύκολο να ζούμε με το φίλτρο των φαντασιώσεων παρά με τον πόνο του παρελθόντος μας. Η δεύτερη προσέγγιση, που έχει κυριαρχήσει στην ιστοριογραφία και τη μελέτη της συλλογικής μνήμης, υποστηρίζει ότι το παρελθόν και το παρόν συνυπάρχουν σε μια γραμμικής μορφής συνέχεια. Θυμόμαστε το παρελθόν μέσα από τα σύγχρονα πολιτισμικά πλαίσια, προτεραιότητες και ανάγκες. Οι σημαντικές μνήμες δημιουργούν το παρόν, οι σημερινές ιδέες βρίσκονται εν σπέρματι στο παρελθόν. Αν κάποιες έχουν ξεχαστεί, η δημιουργική σκέψη γράφει την ιστορία της από τη σκοπιά του παρόντος. Για τους φροϋδικούς, οι μνήμες αγκυροβολούν σε ένα τραυματικό παρελθόν. Για τους ιστορικούς, το παρόν καθορίζει ή διαβάζει το παρελθόν, για τους φροϋδικούς το παρελθόν στοιχειώνει το παρόν. Για τους πρώτους, οι χρήσεις της ιστορίας είναι χρονικές, για τους δεύτερους χωρικές, οι δύο προσεγγίσεις είναι ασυμβίβαστες (History Trials: Can Law Decide History? 8 Annual Review of Law and Social Sciences, 2012).

Τι σημαίνει αυτή η έντονη απώθηση των πρωτόλειων και ριζοσπαστικών για την εποχή τους θέσεων και προτάσεων που μου αποκάλυψε τόσο έντονα η πρόταση του Ξενοφώντα; Γιατί η αναχώρηση με έκανε να ξεχάσω ό,τι είχα κάνει στην Ελλάδα; Δεν είναι εδώ ο χώρος για μια κειμενική αυτό-ψυχανάλυση ούτε για ένα πείραμα αυτόματης γραφής. Ωστόσο πρέπει να αναφέρω μερικές δυσκολίες που μου έρχονται στο μυαλό με την αποκάλυψη της λήθης. Οι Έλληνες νομικοί με θεώρησαν πολύ ριζοσπάστη και αριστερό («δεν θα επιστρέψουμε να έρθει ο “δουζινισμός” στην Ελλάδα»). Οι αριστεροί από την άλλη πλευρά, εκείνα τα χρόνια της υπερτροφίας του δογματικού και ξεπερασμένου Μαρξισμού με τους βαρετούς γκουρού του, με χαρακτήριζαν «μεταμοντέρνο» και επομένως αδιάφορο ή και

επικίνδυνο. Ένας περίεργος και βουβός αποκλεισμός έκανε να μην προσκληθώ ποτέ από ελληνική Νομική Σχολή. Υπήρξα καθηγητής και fellow σε δεκάδες πανεπιστήμια και στις πέντε ηπείρους. Τα βιβλία μου μεταφράστηκαν σε πολλές γλώσσες, μεταξύ τους στα κινεζικά, γιαπωνέζικα, κορεάτικα. Και βέβαια στα ελληνικά, πέντε μεταφράστηκαν από επαγγελματίες μεταφραστές και διαβάστηκαν. Τα βιβλία διαβάζονταν αλλά ο συγγραφέας απωθείτο. Ίσως να ήταν καλύτερα έτσι. Ίσως σήμερα με τη δεύτερη προσέγγιση να φτιάχνω την ιστορία του παρελθόντος, τονίζοντας τις πολλές καλές στιγμές στη Βρετανία και τον κόσμο. Όταν πρόκειται για τη μνήμη/λήθη ο χαμένος γράφει την ιστορία αντιστρέφοντας τη γνωστή κοινοτοπία. Αλλά οι «μνήμες-φίλτρο» που απομακρύνουν τις έντονες οδυνηρές εμπειρίες πρέπει να αντιμετωπίζονται πάντα με καχυποψία.

Τι μας λέει ο Πρόλογος για την εσωτερική οργάνωση μιας ζωής ή ενός έργου; Δύο ερμηνευτικές αρχές και ανακριτικές μέθοδοι χρησιμοποιούνται για να κρίνουν αν ένα συνολικό έργο είναι εσωτερικά συνεπές και χρονικά συνεχές, χωρίς αντιφάσεις, επαναλήψεις και αντιστροφές που αποκλείουν την ολοκλήρωση και διακινδυνεύουν την ακεραιότητά του. Η πρώτη ψάχνει για τους δυισμούς και τις αντιπαραθέσεις που βρίσκονται από κάτω του και το συνιστούν ή για την αρχή ή αρχές που το διαπερνούν στον χρόνο δίνοντάς του την αίσθηση του κύκλου και του κλεισίματος (Σωσύρ και Λεβί-Στρος εναντίον Χέγγελ και πρώιμου Μαρξ). Το κράτος των δικαστών, η εξουσία, το δίκαιο ως νομιμοποίηση, η αντίσταση και η ουτοπία που όλα βρίσκονται στην Απολογία αποτελούν τον κώδικα ή τις αρχές που διαπερνούν και ενώνουν το έργο. Αλλά όταν παρασπονδίες από την κυρίαρχη δομή, διαλεκτικές συνθέσεις και εννοιακές αντιφάσεις (μεταμοντέρνο, αισθητική του νόμου, υλικό σύνταγμα, επιθυμία του δικαίου) υποσκάπτουν τη συγχρονική ενότητα, όταν ούτε οι δομιστικοί δυισμοί ούτε η Χεγκελιανή συμφιλίωση δουλεύουν, καταφεύγουμε στη βιογραφία. Η ολοκλήρωση αναζητείται στη ζωή του συγγραφέα που παρά τις αντιφάσεις, τα

παράδοξα, τον εκλεκτισμό νοσηματοδοτεί το έργο με την αφήγηση μιας ζωής και τη συνέχεια μιας ταυτότητας. Και μετά ο Νίτσε γράφει στο περιθώριο του χειρόγραφου «Ξέχασα την ομπρέλα μου». Πώς μπαίνει μια ομπρέλα στο *Λυκόφως των Ειδώλων*. Πώς να χωρέσει στη συνέχεια μιας ζωής, ότι μετά 45 χρόνια γύρισα από το Λονδίνο στην Αθήνα και άφησα το Πανεπιστήμιο για την πολιτική; (*Από την Έδρα στα Έδρανα*, Νήσος 2019). Ίσως η δομιστική τελειοθηρία, η Χεγκελιανή ολοκλήρωση του πνεύματος και η Μαρξιστική υπόσχεση της σύνδεσης θεωρίας και πολιτικής χάνονται στα δίκτυα της αποδόμησης του Ντερντά και στην ηθική του προσώπου του Άλλου.

Κώστας Δουζίνας
Πόρος, Ιούνιος 2025

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Τά τελευταία τριάντα χρόνια τά αγγλοσαξονικά νομικά συστήματα έχουν υπεῖ σέ μιά περίοδο πού μπορεῖ νά χαρακτηριστεῖ χωρίς ὑπερβολή ὡς ἐποχή τοῦ «κράτους τῶν δικαστῶν». Στίς Ἠνωμένες Πολιτεῖες τό Ἀνώτατο Δικαστήριο εἶχε δημιουργήσει ἤδη ἀπό τόν 19ο αἰῶνα μιά παράδοση αὐξημένου παρεμβατισμοῦ στό πολιτικό γίνεσθαι μέ τή χρησιμοποίηση τοῦ ἐλέγχου συνταγματικότητας τῶν νόμων. Ἐντούτοις ἀπό τή δεκαετία τοῦ '50 καί μετὰ οἱ παρεμβάσεις του στήν πολιτική ἀρένα αὐξήθηκαν σέ μεγάλο βαθμό. Παράλληλα ἡ πρόσφατη συνταγματική θεωρία ἀσχολεῖται σχεδόν ἀποκλειστικά μέ τή νομιμοποίηση τῶν δικαστικῶν παρεμβάσεων. Ἡ ἀμερικανική βιβλιογραφία δίνει τήν ἐντύπωση ὅτι τό πολίτευμα ἐξαρτᾶται ἀπό τή συνετή ἢ ἐκτεταμένη ἀσκηση τοῦ ἐλέγχου συνταγματικότητας, ἀνάλογα μέ τήν πρότιμηση τοῦ συγγραφέα.

Ἀκόμη πιό δραματική εἶναι «ἡ δικαστική ἐπανάσταση» στή Μεγάλη Βρετανία. Ἡ βασική ἀρχή τοῦ βρετανικοῦ Συντάγματος, ἡ «κυριαρχία τοῦ Κοινοβουλίου» (*parliamentary sovereignty*), ἀποκλείει ὅποιαδήποτε μορφή ἐλέγχου συνταγματικότητας. Οἱ Ἀγγλοι συνταγματολόγοι, βασιζόμενοι στόν μεγάλο νομικό τοῦ 19ου αἰῶνα A.V. Dicey, ὑποστήριζαν μέχρι τό τέλος τῆς δεκαετίας τοῦ '50 ὅτι ἡ Μεγάλη Βρετανία οὔτε ἔχει οὔτε χρειάζεται δημόσιο καί διοικητικό δίκαιο. Τό διοικητικό δίκαιο ἐμφανίστηκε ὡς πανεπιστημιακό μάθημα γιά πρώτη φορά τό 1960 στό *London School of Economics* καί ἀρχισε νά ἐξετάζεται προαιρετικά στίς ἐπαγγελματικές ἐξετάσεις (*Bar* καί *Law Society*) πρὶν ἀπό δέκα χρόνια. Ἐντούτοις τά τελευταία τριάντα χρόνια μιά σειρά δικαστικῶν ἀποφάσεων τοῦ Ἐφετείου καί τῆς Βουλῆς τῶν Λόρδων ἔχουν δημιουργήσει ἓνα συνεχῶς ἐξελισσόμενο σῶμα ἀρχῶν δικαστικοῦ ἐλέγχου πολιτικῶν καί διοικητικῶν πράξεων καί ἓνα εἰδικό τμήμα τοῦ Πρωτοδικείου (*Divisional Court of the Queen's Bench Division of the High Court*) ἔχει ἀναλάβει τήν ἐκδίκηση διοικητικῶν ὑποθέσεων.

Δύο στοιχεῖα χαρακτηρίζουν τήν ἱστορία τῆς δημιουργίας τοῦ βρετανικοῦ διοικητικοῦ δικαίου. Πρῶτον, ὅλες οἱ βασικές του ἀρχές (*ultra vires, natural justice* καί *reasonableness*) ἔχουν δημιουργηθεῖ ἀπό τοὺς ἴδιους τοὺς δικαστές στὰ πλαίσια τοῦ κοινοδικαίου (*common law*) καί δέν ἔχουν νομοθετική θεμελίωση. Τό κοινοδίκαιο σταδιακά ὑποχωρεῖ ἀπό τοὺς παραδοσιακοὺς του χώρους (συμβάσεις, ἀδικοπραξίες, ἐμπράγματο δίκαιο) μέ τή συνεχῶς αὐξανόμενη νομοθετική παρέμβαση ἀλλά ἀποτελεῖ τήν ἀποτελεσματική πηγή

του διοικητικού δικαίου. Τό δεύτερο στοιχείο είναι ότι όλες οι σημαντικές πρόσφατες δικαστικές υποθέσεις που εισήγαγαν τις αρχές ελέγχου της νομιμότητας πολιτικών/διοικητικών πράξεων αφορούσαν πολιτικές ενέργειες εργατικών κυβερνήσεων ή εργατικών δημοτικών αρχών. Τό διοικητικό δίκαιο φαίνεται να γεννήθηκε για να περιορίσει τα δειλά μέτρα του βρετανικού σοσιαλισμού.

Χωρίς να μπορούν να στηριχθούν στη δική τους συνταγματική θεωρία, έχοντας ελάχιστες προηγούμενες δικαστικές αποφάσεις (*precedent*) και αρχές, οι Άγγλοι δικαστές δημιούργησαν τό σύγχρονο διοικητικό δίκαιο κυριολεκτικά από τό μηδέν. Η μόνη πηγή στην οποία μπορούσαν να στραφούν ήταν ή αμερικανική συνταγματική θεωρία και πρακτική. Στην Αυστραλία και τόν Καναδά εξίσου ή αμερικανική συνταγματική πρόταση αποτελεί πρότυπο των συνταγματικών εξελίξεων.

Η μικρή μελέτη που ακολουθεί προσπαθεί να περιγράψει τήν ιστορία, τις θεωρητικές βάσεις και τις αντινομίες του σύγχρονου αγγλοσαξονικού «κράτους των δικαστών», τή γενεαλογία του. Ο συνταγματικός λόγος των Ήνωμένων Πολιτειών — τό σύμπλεγμα συνταγματικής θεωρίας και πρακτικής — είναι ό χρονικά πρώτος και ουσιαστικά καθοριστικός στην αγγλόφωνη Δύση. Άλλά ή ανάλυση μπορεί μέ τις σχετικές προσαρμογές να χρησιμοποιηθεί και για άλλα «κράτη δικαίου».

Η ανάλυση στηρίζεται σε δύο υποθέσεις. Πρώτον, ό συνταγματικός λόγος είναι απόγονος της φιλελεύθερης πολιτικής θεωρίας του 17ου και 18ου αιώνα όπως μετεξελίχθηκε έκτοτε. Σάν απόγονοι των *Hobbes*, *Locke*, *Rousseau*, *Paine* και *Mill* οι σύγχρονοι «ορθόδοξοι» συνταματολόγοι είναι καταδικασμένοι να αναπαράγουν τά αδιέξοδα που διατρέχουν τή φιλελεύθερη θεωρία.

Δεύτερον, ή φιλελεύθερη νομική θεωρία έμπεριέχει μιá θεμελιώδη αντίφαση: από τή μιá πλευρά αποτελεί συνεχή και αγωνιώδη έρευνα για τήν ανακάλυψη των προϋποθέσεων και συνθηκών της ελευθερίας και κοινωνικής δικαιοσύνης. Από τήν άλλη πλευρά προσπαθεί να αποκρύψει τήν εξουσία ή όποία μās συνιστά ως υποκείμενα και διαπερνά όλες τις κοινωνικές σχέσεις. Η ούτοπική πλευρά της θεωρίας υπόσχεται δικαιοσύνη, ελευθερία, αυτόνομία. Η απολογητική της πλευρά διαμεσολαβεί τις συνθήκες καταπίεσης, αποξένωσης, εκμετάλλευσης μέσα στις όποιες βιώνουμε τήν ύπαρξή μας και προσπαθεί να τις παρουσιάσει ως τούς φυσικούς και αναπόδραστους όρους και όρια της κοινωνικής συμβίωσης.

Ο αμερικανικός συνταγματικός λόγος αποτελεί ιδανικό χώρο για τήν εξέταση της αντίφασης. Στο λόγο αυτό τό σύμπλεγμα εξουσίας — δικαίου εμφανίζεται στην πλέον καθαρή και συνεχώς εξελισσόμενη μορφή του.

Η ούτοπική και ή απολογητική πλευρά του συνταγματικού λόγου αποτελούν ένα ενιαίο σύνολο. Έντούτοις ή κάθε πλευρά έχει τά κατ' έξοχήν δικά της κείμενα. Η απολογία και ή διαμεσολάβηση των σχέσεων εξουσίας παρουσιάζεται κυρίως στις συνταγματικές αποφάσεις και τήν πρακτική του Άνωτάτου Δικαστηρίου και των άλλων συνταγματικών δικαστηρίων που μέ

τίς παρεμβάσεις τους συμμετέχουν όλο και περισσότερο στη διαχείριση και νομιμοποίηση της εξουσίας. Η ούτοπική πλευρά του συνταγματικού λόγου παρουσιάζεται κυρίως στά κείμενα της συνταγματικής θεωρίας όπου τό Σύνταγμα και τό δίκαιο εμφανίζονται ως όριο και έλεγχος της εξουσίας. Οι δύο πλευρές μπορούν νά διαχωριστούν προσωρινά μόνο, γιά αναλυτικούς σκοπούς: ή καθεμία προϋποθέτει και αναπαράγει τήν άλλη. Οι επεμβάσεις της εξουσίας στό κοινωνικό, τό ιδιωτικό, τό προσωπικό επεκτείνονται συνεχώς. Αλλά καθόσον εξακολουθούν νά επενδύονται δικαιοκούς τύπους, τό δίκαιο – λόγος, δικαιολόγηση, της εξουσίας αυτοπροσδιορίζεται ως δικαιο-όριο, δικαιοσύνη, της εξουσίας, ως ή πραγματική ή έν δυνάμει ειρήνευσή της.

Ο συνταγματικός λόγος προσπαθεί επομένως νά παρουσιάσει τή σχέση εξουσίας – δικαίου ως έξωτερική. Η συνεχώς αυξανόμενη διείσδυση της εξουσίας στό κοινωνικό παρουσιάζεται ως ελεγχόμενη από τό λόγο του δικαίου. Η άρχή του δικαίου γίνεται ή άρχή της εξουσίας. Όπως όμως δείχνει ή σύντομη εξέταση της άμερικανικής συνταγματικής θεωρίας, ή άρχή του δικαίου δέν άνα-απο-καλύπτεται εύκολα. Διάφορες έχουν προταθεί κατά καιρούς: οί άξίες του φυσικού δικαίου/φυσικών δικαιωμάτων (κυριαρχία άξιών)· ή έσωτερική συνοχή του θετικού δικαίου και της μορφής του (κυριαρχία της μορφής)· ή κοινωνική συναίνεση άξιών (κυριαρχία της κοινωνίας)· το διαφανές νόημα του Συντάγματος (κυριαρχία του κειμένου)· τέλος, ή κυριαρχία των δικαστών πού μπορούν νά συνδυάζουν όλες ή μερικές από τίς παραπάνω άρχές, χρησιμοποιώντας τή σχεδόν μαγική τους ικανότητα, τό *Grand Style* όπως τό όνόμασε ό Llewellyn. Η έσωτερική ένοποίηση του δικαίου γίνεται προϋπόθεση ειρήνευσης της εξουσίας. Αλλά κανένα από τά κριτήρια πού προτάθηκαν δέν πετυχαίνει τό σκοπό του.

Τό κατ' άρχήν συμπέρασμα από τήν εξέταση του άμερικανικού λόγου είναι ότι ή σχέση εξουσίας – δικαίου είναι έσωτερική. Η εξουσία δημιουργεί δίκαιο και τό δίκαιο δημιουργεί εξουσία. Η προβληματική αυτή τοποθετεί σέ νέα βάση τά παραδοσιακά θέματα της συνταγματικής και νομικής θεωρίας και άνοίγει τό δρόμο γιά τήν εξέταση νέων περιοχών, π.χ. της σχέσης του μορφώματος εξουσίας – δικαίου μέ τά μορφώματα εξουσίας – γνώσης. Οι πλούσιες αναλύσεις του Foucault και της μεταδομιστικής φιλοσοφίας μπορούν νά χρησιμοποιηθούν γιά νά άρχίσει νά ζαναχτίζεται ή ούτοπική πλευρά της νομικής θεωρίας. Οι στόχοι της κριτικής νομικής θεωρίας είναι αυτήν τή στιγμή κατ' έξοχήν άρνητικοί. Η κριτική ξεκινάει από τήν άρνηση. Αλλά ή συγκυρία είναι έξαιρετικά θετική. Η Σχολή των Κριτικών Νομικών Μελετών (*Critical Legal Studies Conference*) στις Η.Π.Α. και τή Μ. Βρετανία, πού δημιουργήθηκε μόλις πριν από πέντε χρόνια, άποτελεί τή σημαντικότερη εξέλιξη στό χώρο της άγγλοσαξονικής νομικής θεωρίας από τή δεκαετία του '20 και τό νομικό ρεαλισμό. Προγραμματική θέση της σχολής άποτελεί ή κριτική και άπόρριψη όλων των όρθόδοξων μορφών συστηματικής και άπολογητικής θεωρίας και ή εξέταση των πολυσχιδών σχέσεων εξουσίας

πού διατρέχουν τό νομικό λόγο καί πρακτική. Σ' αὐτό τό πλαίσιο τοποθετεῖται καί τό μικρό αὐτό δοκίμιο.

Ἡ μελέτη ξεκίνησε ὡς τμήμα διδακτορικῆς διατριβῆς πού ἐγινε στό *London School of Economics*. Ἡ τελική της μορφή ὀφείλει περισσότερο στά σχόλια καί τήν κριτική δασκάλων, φίλων καί συναδέλφων παρά στό ἀρχικό κείμενο. Θά ἤθελα νά εὐχαριστήσω ἰδιαίτερα τοὺς *Alan Hunt* καί *Ronnie Warrington* ἀπό τό *Middlesex Polytechnic*, τόν *Duncan Kennedy* ἀπό τό *Harvard*, τόν *Roger Cotterell* ἀπό τό *Queen Mary College, London*, τοὺς *Carol Harlow* καί *Ric Rawlings* ἀπό τό *L.S.E.* καί τόν *Norman Lewis* ἀπό τό *University of Sheffield*. Ἰδιαίτερα βοηθητικό ὑπῆρξε τό σεμινάριο πού ἐγινε στό τμήμα τοῦ δημοσίου δικαίου τῆς Ἑταιρείας Κριτικῶν Νομικῶν Μελετῶν στό Λονδίνο.

Ἡ μελέτη ὀφείλει τήν παρουσίασή της στά ἑλληνικά στόν καθηγητή Ἀντώνη Μανιτάκη.

Εὐχαριστῶ ὅλους καί ἰδιαίτερα τοὺς φοιτητές στό *Middlesex Polytechnic* οἱ ὅποιοι εἶχαν ὑποβάλει τήν ἀνάλυση πού ἀκολουθεῖ στήν πιό αὐστηρή κριτική.

Τέλος, ἡ μελέτη αὐτή καί τό εὐρύτερο ἔργο τοῦ ὁποίου ἀποτελεῖ μέρος δέν θά εἶχε ὀλοκληρωθεῖ χωρίς τήν πολύπλευρη συμπαράσταση τοῦ Εὐάγγελου καί τῆς Φαίδρας Δουζίνα, τοῦ Γιώργου Παρασκευόπουλου, τοῦ Νίκου Δουζίνα, τῆς Μάρως Γερμανοῦ καί τοῦ Τάσου Γκιάτη.

Κώστας Δουζίνας

Middlesex Polytechnic, Λονδίνο

10 Ὀκτωβρίου 1985

Α. ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΣ ΚΑΙ ΕΛΕΓΧΟΣ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ

1. Εισαγωγικά

Ἡ θέση τοῦ Ἀνωτάτου Δικαστηρίου (Supreme Court, Α.Δ.) τῶν Ἡνωμένων Πολιτειῶν στό ἀμερικανικό νομικό σύστημα εἶναι μοναδική. Τό Α.Δ. ὀφείλει νά ἐπιβλέπει τήν ἐφαρμογή τῶν διατάξεων τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Συντάγματος καί τοῦ Καταλόγου τῶν Ἀτομικῶν Ἐλευθεριῶν (Bill of Rights). Ἐχει σταδιακά ἐπιβληθεῖ ὡς ἐγγυητής τοῦ ὁμοσπονδιακοῦ πολιτεύματος καί τῆς τήρησης τῶν ἀρχῶν τῆς «περιορισμένης ἐξουσίας» (limited government) καθὼς καί τῶν ἀτομικῶν ἐλευθεριῶν. Κατά τή διάρκεια τοῦ 19ου αἰῶνα τό Δικαστήριο παρενέβη σέ ὅλες τίς σημαντικές πολιτικές ἀντιδικίες καί ἀπέκτησε τή φήμη τοῦ ἐκφραστῆ τοῦ «πνεύματος» τοῦ Συντάγματος καί τῆς «συνείδησης» τοῦ ἔθνους. Ὁ ἄμεσα πολιτικός ρόλος τοῦ Α.Δ. διευκολύνθηκε ἀπό τίς δύο συγγενεῖς νομικές θεωρίες τοῦ «συνταγματισμοῦ» (constitutionalism) καί τοῦ δικαστικοῦ ἐλέγχου (judicial review).

Μποροῦμε νά ὀρίσουμε τόν συνταγματισμό ὡς τή θεωρία ἐκείνη σύμφωνα μέ τήν ὁποία προϋπόθεση ἡ ὁρος γιά ζήν ἐγκυρότητα ὧλων τῶν κρατικῶν ἐνεργειῶν εἶναι ἡ συμφωνία τους μέ τό Ὁμοσπονδιακό Σύνταγμα καί τή Διακήρυξη τῶν Δικαιωμάτων. Ὁ δικαστικός ἔλεγχος παίρνει δύο μορφές στήν Ἀμερική. Στήν εὐρύτερη μορφή του, τά δικαστήρια ἀναγνωρίζονται ἀρμόδια νά ἀποφασίζουν ὡς πρός τό ἐφαρμόσιμο μιᾶς διάταξης (νομοθετικῆς, διοικητικῆς) ἢ δικαστικοῦ προηγούμενου (precedent) σύμφωνα μέ τό κοινοδίκαιο (common law) στά πραγματικά περιστατικά μιᾶς ὑπόθεσης, νά ἐρμηνεύουν τή διάταξη, νά καθορίζουν τή νομική σημασία τῶν περιστατικῶν καί, τέλος, νά ἐφαρμόζουν τή διάταξη τελεσίδικα. Μ' αὐτήν τήν ἔννοια ὁ δικαστικός ἔλεγχος ἀποτελεῖ τήν κύρια μορφή δικανικῆς δράσης καί βασίζεται στήν παραδοσιακή θεωρία τῆς ὀργανικῆς καί οὐσιαστικῆς διάκρισης ἐξουσιῶν. Τό Α.Δ. εἶναι τό ἀνώτατο δικαστικό σῶμα καί δέχεται ἀναιρέσεις ἀπό τά ὁμοσπονδιακά ἐφετεῖα καί ἀπό τά πολιτειακά ἀνώτατα δικαστήρια (superior courts), ἐφόσον ἡ πολιτειακή ὑπόθεση ἀναφέρεται σέ διατάξεις τοῦ ὁμοσπονδιακοῦ δικαίου. Ἐκεῖνο ὅμως πού διάχωρίζει τό Α.Δ. ἀπό τά ἀνάλογα ἀνώτατα δικαστήρια, ὅπως ἡ ἀγγλική Βουλὴ τῶν Λόρδων, εἶναι ἡ ἀρμοδιότητά του νά ἐλέγχει ὁμοσπονδιακές καί πολιτειακές νομικές διατάξεις καί νά τίς ἀκυρώνει, ἂν ἀποδει-

χθεί ότι παραβιάζουν τις διατάξεις του 'Ομοσπονδιακού Συντάγματος. 'Η αρμοδιότητα αυτή του Α.Δ. μπορεί να όνομαστέι δικαστικός έλεγχος στή στενή του έννοια, έλεγχος συνταγματικότητας ή συνταγματικός έλεγχος (constitutional review).

Οί σχετικές συνταγματικές διατάξεις είναι δύο ειδών: πρώτον, αυτές πού καθορίζουν τόν καταμερισμό τών έξουσιών και αρμοδιοτήτων ανάμεσα στα όργανα της όμοσπονδιακής κυβέρνησης και μεταξύ της όμοσπονδιακής και τών πολιτειακών κυβερνήσεων. Καί δεύτερον, αυτές πού περιορίζουν τήν έλευθερία δράσης ή άπαγορεύουν τήν επέμβαση της όμοσπονδιακής και πολιτειακής κρατικής έξουσίας σέ όρισμένες προκαθορισμένες περιοχές ιδιωτικής πρωτοβουλίας, πού τοποθετούνται έτσι έξω από τά όρια της κρατικής παρέμβασης. Οί διατάξεις αυτές άποτελούν τήν κατ' έξοχήν βάση του έλέγχου συνταγματικότητας και περιλαμβάνονται στό Bill of Rights. Για παράδειγμα, ή 1η τροπολογία του Συντάγματος (First Amendment) όρίζει ότι «τό Κογκρέσο δέν δικαιούται νά θεσπίσει νόμους... πού παραβιάζουν τήν έλευθερία του λόγου ή του τύπου ή τό δικαίωμα του λαού νά συναθροίζεται ειρηνικά...».

'Ο δικαστικός έλεγχος *latto senso* άντιστοιχεί στήν έννοια της νομιμότητας, στή *stricto senso* μορφή του άντιστοιχεί ή έννοια του συνταγματισμού. Καί οί δύο έννοιες προϋποθέτουν ότι ή κρατική έξουσία είναι περιορισμένη και ότι ό σημαντικός της περιορισμός είναι ή όργάνωση και άσκηση της σύμφωνα μέ νομικές διαδικασίες και τύπους. Στήν καθαρή τους μορφή —πού έμφανίζεται στήν κλασική θεωρία του «κράτους δικαίου» (*rechtsstaat*)— οί έννοιες αυτές δέν αναφέρονται στήν πηγή ή τό περιεχόμενο τών κανόνων δικαίου αλλά μόνο στήν τυπικά έγκυρη —έννομη— άσκηση της κρατικής έξουσίας. 'Εντούτοις ή ύπαρξη Καταλόγου 'Ατομικών 'Ελευθεριών αύξημένης τυπικής ισχύος επιβάλλει πρόσθετες —ούσιαστικές— ύποχρεώσεις στήν κρατική δραστηριότητα, άφαιρώντας από τό κράτος τήν έξουσία νά έπεμβαίνει σέ συνταγματικά καθορισμένες περιοχές. "Ετσι, όχι μόνο ή μορφή αλλά και τό περιεχόμενο της κρατικής έξουσίας γίνεται άντικείμενο νομικής ρύθμισης. Βέβαια, οί ούσιαστικές αυτές προϋποθέσεις παίρνουν άρνητική μορφή σ' όλους τούς κλασικούς καταλόγους: ή κρατική έξουσία δέν δικαιούται νά παρεμβαίνει σέ όρισμένες σφαίρες δραστηριότητας, πού παραμένουν έτσι κατ' άρχήν έξω από τήν κρατική καταναγκαστική ρύθμιση. Στό μέτρο, πού ή κρατική έξουσία έμφανίζεται νά άσκειται κυρίως ή άποκλειστικά μέ νομικές διατάξεις, οί περιορισμοί πού επιβάλλει τό Σύνταγμα άπευθύνονται και άφορούν άμεσα τά κρατικά όργανα πού είναι άρμόδια νά νομοθετούν, συγκροτώντας τόν κορμό του θετικού δικαίου.

'Η θεωρία του συνταγματισμού άποτελεί λοιπόν ένα μέσο περιγραφής, έξήγησης και ρύθμισης της πολιτικής και κοινωνικής πραγματικότητας. 'Η κρατική έξουσία περιορίζεται τυπικά και ούσιαστικά και άσκειται σύμφωνα μέ τις άπαιτήσεις του Συντάγματος και του δικαίου. Κάθε άσκηση της άντίθετη σ' αυτούς τούς περιορισμούς είναι άκυρη και τό Α.Δ. όφείλει

νά άκυρώνει τίς άντισυνταγματικές κρατικές ένέργειες. Ό τρόπος αυτός περιγραφής τής πολιτικής πραγματικότητας άποτελεί τό κυρίαρχο «πρότυπο» (paradigm) τής άμερικανικής νομικής θεωρίας καί τών κανονιστικών (normative) σχολών τής πολιτικής θεωρίας. Θά ύποστηριχτεί παρακάτω ότι τό πρότυπο αυτό άποτελεί μιά παραποιημένη περιγραφή τής πολιτικής καί νομικής πραγματικότητας. Πρώτα όμως θά εξετάσουμε τίς θεωρητικές βάσεις του συνταγματισμού καί τήν ιστορική διαδικασία μέ τήν όποία ένώθηκαν σταδιακά καί συγκρότησαν μιά ένιαία θεωρία: τό φυσικό δίκαιο, τό νομικό θετικισμό καί τήν άρχή τής λαϊκής κυριαρχίας.

2. Οί θεωρητικές βάσεις του συνταγματισμού

2.1.1. Φυσικό δίκαιο

“Όλες οι θεωρίες του φυσικού δικαίου καί τών φυσικών δικαιωμάτων περιέχουν δύο κοινά σημεία. Προϋποθέτουν ότι ύπάρχει μιά ούσία, *ένας μικρός αριθμός αξιών καί ιδεών*, πού διατρέχει τό δίκαιο, ή όποία είναι εκ τών προτέρων δοσμένη καί μπορεί νά άποκαλυφθεί. Ή πηγή τών αξιών αυτών καί ό χώρος εμφάνισής τους διαφοροποιούν ώστόσο τίς διάφορες σχολές, πού προσπάθησαν νά τίς άποκαλύψουν άποδίδοντάς τες άλλοτε στό Θεό καί τό Θείο Λόγο, άλλοτε στή φύση ή στήν ανθρώπινη φύση καί, τέλος, στήν κοινωνία. Έτσι ή μετάβαση από τό κλασικό θωμιστικό φυσικό δίκαιο στό ρασιοναλιστικό φυσικό δίκαιο τών επαναστατικών διακηρύξεων σήμανε κυρίως τή διαφοροποίηση του χώρου, στον όποιο οι αναλλοίωτες καί αιώνιες άρχές του δικαίου ύπάρχουν καί μπορούν νά άποκαλυφθούν (άπό τή θεία φύση στήν ανθρώπινη καί κοινωνική).¹

Τό δεύτερο κοινό σημείο βρίσκειται στή διαπίστωση ότι τό φυσικό δίκαιο είναι τό *άνώτατο* δίκαιο καί *έλέγχει* — ή πρέπει νά *έλέγχει* — τό θετικό δίκαιο. Ή κλασική παράδοση δέν διακρίνει ανάμεσα σέ έμπειρικές καί κανονιστικές προτάσεις. Οί άρχές του κλασικού φυσικού δικαίου επικυρωμένες από τον Θεό εφαρμόζονται καί άποκαλύπτονται σ' έναν ένοποιημένο χώρο πού καλύπτει τήν άτομική ύπαρξη, τήν κοινωνική ζωή καί τήν έξωτερική φύση. Τό επαναστατικό φυσικό δίκαιο, από τήν άλλη πλευρά, αντιτίθεται ριζικά από τήν εποχή του Hobbes καί του Locke στή φεουδαρχική ιεραρχημένη κοινωνία καί στήν κλασική παράδοση πού τή στηρίζει. Οί άρχές του ανακαλύπτονται όρθολογικά (άλλαγή μεθόδου) στή συμπεριφορά τών ατόμων/πολιτών, ή όποία παρατηρείται έμπειρικά (άλλαγή

1. Βλ. J. Habermas (1974): *The Classical Doctrine of Politics in Relation to Social Philosophy*, ίδίως σελ. 41-76, Αρ. Μάνεση, *Συνταγματικό δίκαιο I*, 1980, σ. 34-55.

χώρου). "Όπως υποστήριξε ο C. B. Macpherson,² ο Hobbes και ο Locke πα-
ρατήρησαν την κοινωνική πραγματικότητα της εποχής τους και βρήκαν
ότι λειτουργούσε με βάση όρισμένες αρχές (τους νόμους της άπλης έμπο-
ρευματικής παραγωγής), τις όποιες και ανακήρυξαν σέ φυσικές αρχές χα-
ραγμένες στην ανθρώπινη και κοινωνική φύση. Γιά τόν Hobbes βέβαια,
πού έγραφε την εποχή της άγγλικής άστικής επανάστασης, ή φύση είχε
παραφθαρεί από τό θετικό δίκαιο της φεουδαρχικής κοινωνίας πού δέν
αναγνώριζε τις «αιώνιες» αρχές. Χρειαζόταν επομένως ή δραστηκή επέμβα-
ση του Λεβιάθαν γιά νά αναβιώσουν. 'Ο Locke, αντίθετα, ό όποιος γράφει
μετά την άστική επικράτηση, πιστεύει ότι τό θετικό δίκαιο μπορεί νά άπο-
τελέσει τόν έν δυνάμει μεγαλύτερο κίνδυνο γιά την τελική επικράτηση τών
φυσικών αρχών και δικαιολογεί θεωρητικά τό δικαίωμα γιά αντίσταση και
επανάσταση. "Ετσι τό φυσικό δίκαιο του 18ου αιώνα παίρνει στην αρχή
μιά κριτική στάση απέναντι στην ύπάρχουσα κοινωνική πραγματικότητα
και υποστηρίζει ότι τό θετικό δίκαιο πρέπει νά αλλάξει ριζικά γιά νά μπο-
ρέσει νά ένσωματώσει τις νεοανακαλυφθείσες αλλά «αιώνιες» αρχές του
φυσικού δικαίου. Γι' αυτόν τόν σκοπό όλα τά μέσα δικαιολογούνται, ακό-
μη κι αυτή ή επανάσταση και ή βίαιη αντίσταση στην κρατική έξουσία.³

Γιά τό φυσικό δίκαιο, λοιπόν, ύπάρχει ένα *ιδεατό* (υπέρτερο) δίκαιο που
άποτελείται από ένα *μικρό αριθμό ιδεών* (άξιών). Και τά δύο στοιχεία
ύπάρχουν στη θεωρία του συνταγματισμού. Τό Σύνταγμα υπερέχει από τό
υπόλοιπο δίκαιο. Τό Σύνταγμα και οι νόμοι άποτελούν ένα ενιαίο *corpus*
διαρθρωμένο ιεραρχικά. "Όταν τό Α.Δ. άκυρώνει ένα νόμο ως άντισυνταγ-
ματικό, «έπιστρέφει στην κατάσταση του δικαίου πού υπήρχε πριν από
τήν ψήφισή του νόμου».⁴ Αυτή ή αρχική και άνόθευτη κατάσταση του
δικαίου «περιλαμβάνει έναν αριθμό γενικών αρχών, πού περιγράφουν τις
άφηρημένες άξίες από τις όποιες διέπεται τό νομικό σύστημα» και οι όποιες
«άποτελούν ένα σύνολο μέ έσωτερική συνέπεια και συνοχή...».⁵ 'Η σχέση
ανάμεσα στο φυσικό δίκαιο και τόν συνταγματισμό είναι φανερή, παρά τις
προσπάθειες όρισμένων θετικιστών συνταγματολόγων νά την άρνηθούν.⁶
'Ο συνταγματισμός εξελίχθηκε ως αντίδραση και άπάντηση στα ίδια προ-
βλήματα πού άντιμετωπίζουν όλες οι σχολές του φυσικού δικαίου: ποιές
είναι οι αρχές πού πρέπει νά έλέγχουν τό θετικό δίκαιο· πώς και πού μπο-

2. C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, (1962), σελ. 87-100 και σελ. 221-232 *passim*. Πρβλ. Γ. Πάσχου, *Πολιτική δημοκρατία και κοινωνική έξουσία*, 1974, σ. 173-199.

3. J. Habermas (1974): *Natural Law and Revolution*, σελ. 82-120.

4. C. Black (1960), σ. 17.

5. B. Ackerman (1979), σ. 11.

6. Βλ. Ely (1980), σελ. 48-54· Hart (1961), κεφάλαιο IV· J. Griffith (1979), *passim*. Αρ. Μάνεση, *Άτομικές έλευθερίες Α*, σ. 7-12 και 55-83.

ροῦν νά ἀπο(ανα)καλυφθοῦν· τέλος, ποίος μηχανισμός μπορεῖ νά ἐγγυηθεῖ τήν τήρησή τους μετά τή λήξη τῆς ἐπανάστασης. Ἡ φιλελεύθερη πολιτική φιλοσοφία τῆς Ἀμερικανικῆς Ἐπανάστασης, ὅπως ἐκφράζεται κυρίως στά γραπτά τοῦ Thomas Paine, τοῦ κατ' ἐξοχήν ιδεολόγου τῆς, ἀποτελεῖ τόν κρίκο σύνδεσης τῆς προβληματικῆς τοῦ φυσικοῦ δικαίου μέ τή σύγχρονη θεωρία τοῦ συνταγματισμοῦ.

2.1.2. Τό φυσικό δίκαιο στήν ἐπαναστατική πολιτική φιλοσοφία

Τά πολεμικά φιλοσοφικά γραπτά τοῦ Paine ἀποτελοῦν τήν πιό ὀλοκληρωμένη ἐκφραση τῆς φιλελεύθερης πολιτικῆς ιδεολογίας πού ἐνέπνευσε τήν Ἀμερικανική Ἐπανάσταση. Τό ἔργο του *Common sense* εἶχε τεράστια ἀπήχηση στούς ἀποίκους τῆς Ἀνατολικῆς Ἀκτῆς. Σύμφωνα μέ ἕναν ἱστορικό «ἡ Διακήρυξη τῆς Ἀνεξαρτησίας... περιεῖχε στή μορφή καί τό περιεχόμενο τήν ἀνεξίτηλη ἐπιρροή τοῦ *Common sense*»⁷ καί στό ἔργο του *The Rights of Man*,⁸ πού γράφτηκε μετά τήν ἐπανάσταση, ὁ Paine περιγράφει τό ἰδανικό κατ' αὐτόν πολιτικό καί συνταγματικό καθεστώς, πού πιστεύει ὅτι ἐπετεύχθη μέ τήν ἐπανάσταση καί τή δημιουργία τῶν Ἡνωμένων Πολιτειῶν.⁹

Ὁ Paine ὑποστηρίζει ὅτι ἡ κοινωνία καί ὁ πολιτισμός ἀποτελοῦν τή φυσική κατάσταση τῆς ἀνθρώπινης ὑπαρξης, ἐνῶ οἱ κυβερνήσεις εἶναι συμβατικά δημιουργήματα πού «ἀντί νά εἶναι αἰτία ἢ μέσο γιά τήν κοινωνική τάξη ὁδηγοῦν συνήθως στήν καταστροφή τῆς». Πηγή τῆς κοινωνικῆς τάξης εἶναι οἱ «κοινωνικές ἀρχές» καί τά δικαιώματα τοῦ ἀνθρώπου. Οἱ ἀρχές αὐτές, πού εἶναι ταυτόχρονα καί ἀρχές τῆς φύσης, ταυτίζονται μέ τοὺς κανόνες¹⁰ «τοῦ ἐμπορίου καί τῆς βιοτεχνίας» (*trade and commerce*). Ἡ ἰσχὺς τους βασίζεται στό γεγονός ὅτι «συμφέρει στοὺς πολῖτες νά τίς ἀκολουθοῦν καί ὄχι στό ὅτι οἱ κυβερνήσεις τίς ἐπιβάλλουν μέ νόμους».¹¹ Ἐπομένως μόλις οἱ κυβερνήσεις καταργηθοῦν, τότε «ἡ κοινωνία ἀρχίζει νά λειτουργεῖ ἐλεύθερα καί τό κοινό συμφέρον ὁδηγεῖ στήν κοινή ἀσφάλεια».¹²

Ἡ «ἀναρχική» ἐπίθεση τοῦ Paine κατά τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας, πού σύμφωνα μέ τόν Habermas ἀποτελεῖ τό ἀνώτερο σημεῖο αὐτογνωσίας τῆς φιλελεύθερης πολιτικῆς φιλοσοφίας, στρέφεται ἐνάντια στίς ἀπολυταρχικές μοναρχίες τῆς Εὐρώπης καί τοὺς φεουδαρχικοὺς κοινωνικοὺς περιορι-

7. H. Collins, *Introduction to T. Paine* (1969).

8. T. Paine (1969).

9. *ibid.*, κεφ. 4 *passim*.

10. *ibid.*, σελ. 188, 185.

11. *ibid.*, σελ. 187.

12. *ibid.*, σελ. 186.

σμούς. Γιατί ό Paine πιστεύει ότι ή 'Αμερικανική 'Επανάσταση δημιούργησε μία νέα μορφή πολιτικής εξουσίας στην όποία ή κυβέρνηση «οικοδομείται πάνω στίς αρχές τής κοινωνίας και τών δικαιωμάτων του ανθρώπου, έτσι ώστε κάθε εμπόδιο νά εξαφανίζεται και όλα τά μέρη νά συνάπτουν συμφωνία. 'Η κυβέρνηση δέν είναι παρά μία έθνική σύμπραξη πού λειτουργεί σύμφωνα μέ τίς κοινωνικές αρχές».¹³ Τό πολιτικό αυτό σύστημα χαρακτηρίζεται καινούργιο αλλά είναι «τό πιό παλιό ως πρός τίς αρχές του... αφού στηρίζεται στά πρωταρχικά φυσικά δικαιώματα του ανθρώπου».¹⁴ Τό νέο αλλά ταυτόχρονα αρχαιότατο αυτό σύστημα ίδρύεται μέ ένα κοινωνικό λαϊκό συμβόλαιο και ό Paine υποστηρίζει ότι ή Συνταγματική Συνέλευση του 1791 αποτελεί ένα τέτοιο ιστορικό συμβόλαιο. Τό πολίτευμα πού προέκυψε στηρίζεται κατά τόν Paine στην αντιπροσωπευτική αρχή και στην αρχή τής πλειοψηφίας, αρχές πού έγγυώνται ότι ή κυβέρνηση δέν θά καταχραστεί τίς περιορισμένες εξουσίες πού τής ανατέθηκαν από τό συμβόλαιο και τό Σύνταγμα. «Κάθε πολίτης είναι κύριος τής κυβέρνησης και θεωρεί ως αναγκαίο μέρος τής δραστηριότητάς του νά κατανοεί τίς ένέργειές της. Οί κυβερνητικές υποθέσεις ενδιαφέρουν τούς πολίτες γιατί θίγουν τήν περιουσία τους».¹⁵

Ό Jefferson επίσης πρόβλεπε τή ριζοσπαστικοποίηση του αντιπροσωπευτικού πολιτεύματος, πού θά όδηγούσε στην πλήρη κυριαρχία τής κοινής γνώμης και στή σταδιακή εξαφάνιση τών νόμων και τής κυβέρνησης. Οί έφημερίδες θά πολλαπλασιαστούν και θά γίνουν τά μέσα δημιουργίας και έκφρασης τής κοινής γνώμης πού θά αντικαταστήσει τούς νόμους. 'Η πολιτική εξουσία θά επιστρέψει έτσι στην κοινωνία, όπου δικαιωματικά ανήκει.

'Η πίστη στην ύπαρξη μιās βασικής άρμονικής κοινωνικής τάξης και μιās κοινότητας συμφερόντων όλων τών ανθρώπων είναι φανερή και στόν τρόπο μέ τόν όποιο οί επαναστάτες αντιμετώπιζουν τά πολιτικά κόμματα. Ό πρόεδρος Washington προειδοποιούσε ότι ενώ ή κοινωνία είναι φυσικά έννομη, «τό κομματικό πνεύμα δηλητηριάζει τήν κοινότητα μέ αστήρικτες ζηλοτυπίες και ψεύτικους κινδύνους· ένισχύει άμοιβαίες έχθρότητες και όδηγεί περιοδικά σέ ταραχές και έξεγέρσεις».¹⁶ Τά κόμματα και οί συνασπισμοί αντιμετώπιζονταν σάν ανατρεπτικές συνωμοσίες γιατί «άποκάλυπταν μία έμμοη ανθρώπινη διαστροφή και δέν βοηθούσαν στην επίλυση τών πολιτικών διαμαχών».¹⁷ Ό Jefferson, ό Madison και ό Hamilton πίστευαν ότι ή κοινωνία λειτουργούσε σύμφωνα μέ φυσικούς νόμους κατα-

13. *ibid.*, σελ. 187.

14. *ibid.*, σελ. 193.

15. *ibid.*, σελ. 206.

16. 'Αποχαιρετιστήριος λόγος, Carroll, P. και Noble, D. (1977), σελ. 187.

17. *ibid.*, σελ. 132.

νοητούς σέ όλους. Οί συνηθισμένες πολιτικές αντιδικίες γιά τήν οικονομική ή εξωτερική πολιτική έρμηνεύονταν σάν μιά συνειδητή προσπάθεια τών πολιτικών άντιπάλων τους νά άνατρέψουν τό νέο πολιτικό καθεστώς.¹⁸

Οί περισσότεροι έπαναστάτες συμφωνούσαν λοιπόν ότι οί κοινές άρχές του φυσικού δικαίου καί τής κοινωνίας ήταν ταυτόσημες μέ τούς κανόνες του «έμπορίου καί τής βιοτεχνίας» καί τά φυσικά καί άναπαλλοτρίωτα δικαιώματα του ανθρώπου. Ή ύπαρξή τους ήταν γνωστή σέ όλους: τά πατροπαράδοτα δικαιώματα τών «έλευθέρων ΄Αγγλων» καί οί κανόνες τής εμπορευματικής παραγωγής καί τής έλεύθερης μισθωτής εργασίας ήταν βαθιά ριζωμένες στήν κοινή γνώμη καί στή συνείδηση τών ΄Αγγλων άποίκων. Άλλά καί ή προστασία τους δέν δημιουργούσε ιδιαίτερα προβλήματα: τό Σύνταγμα καί τό κοινωνικό συμβόλαιο περιόριζαν τήν κυβέρνηση σύμφωνα μέ τίς άρχές αυτές: ό λαϊκός έλεγχος είχε ως κύριο σκοπό νά έγγυηθεί ότι ή κυβέρνηση δέν θά καταχραστεί τήν περιορισμένη έξουσία της καί δέν θά καταπατήσει τά ιδιωτικά δίκαια.

Έντούτοις μερικοί από τούς έπαναστάτες δέν συμμερίζονταν τίς αισιόδοξες αναλύσεις του Paine καί του Jefferson. Όταν ένας αντιπρόσωπος ύποστήριξε στή Συνταγματική Συνέλευση τής Pennsylvania ότι ή φτώχεια θά εξαφανιστεί από τή φυσική λειτουργία τής εμπορευματικής οικονομίας, ή άπάντηση του Madison ήταν συγκρατημένη: «Ή αύξηση του πληθυσμού θά οδηγήσει άναγκαστικά στήν αύξηση του ποσοστού αυτών πού δουλεύουν κάτω από τίς χειρότερες συνθήκες καί πού μυστικά θά ποθούν μιά πιό ίση κατανομή τών αγαθών τής ζωής... Πώς μπορούμε άραγε νά προφυλαχθούμε άπ' αυτόν τόν κίνδυνο χωρίς νά παραβιάσουμε τίς δημοκρατικές άρχές;». Ό Madison πρότεινε τή δημιουργία ενός δεύτερου νομοθετικού σώματος πού θά αντιπροσώπευε καί προστάτευε τή μεγάλη ιδιοκτησία καί θά απέτρεπε έτσι τούς κινδύνους πού κυφορούσε ή επέκταση τής ψήφου στά χαμηλότερα κοινωνικά στρώματα.¹⁹ Ό Alexis de Tocqueville ύποστήριζε άνάλογα ότι δέν είχε συναντήσει άλλου τόσο σεβασμό πρός τό θεσμό τής ιδιοκτησίας όσο βρήκε στήν ΄Αμερική. «Πουθενά στον κόσμο δέν δειχνει ή πλειοψηφία του λαού τόσο λίγο ενδιαφέρον γιά τίς θεωρίες εκείνες πού επιχειρούν νά αλλοιώσουν τούς νόμους τής άτομικής ιδιοκτησίας».²⁰ Στο ίδιο έργο του όμως προειδοποιούσε γιά τήν έπέρχόμενη «τυραννία τής πλειοψηφίας», πού χρησιμοποιώντας τήν άρχή τής λαϊκής κυριαρχίας θά επέβαλε μιά ίσοπεδωτική μετρίότητα καί θά καταργούσε τίς οικονομικές διαφορές, κύριο χαρακτηριστικό κατά τόν Tocqueville τών άνωτερων πολιτισμών.²¹

18. *ibid.*, κεφ. 8 *passim*. ΄Επίσης βλέπε L. Levy (1960), κεφ. 5.

19. Στο E. Corwin (1934), σελ. 63.

20. A. de Tocqueville (1864), Τόμος II, σελ. 345.

21. Ό *Tocqueville* θεωρεί ότι ό έλεύθερος τύπος μπορεί νά θεραπεύει τά δεινά τής ισότητας: *ibid.*, τόμ. I, κεφ. XI καί τόμ. II, κεφ. VI.

Ἔτσι, ἐνῶ οἱ «φυσικοὶ νόμοι», δηλαδή οἱ ἀρχές τῆς καπιταλιστικῆς ἀγορᾶς ἐμπορευμάτων καὶ ἐργασίας, χαρακτηρίζονταν ἀπὸ τοὺς Ἀμερικανούς ἐπαναστάτες ὡς αὐταπόδεικτοι, ἢ πλήρης τοὺς ἐφαρμογὴ καὶ προστασία παρέμενε πηγὴ μόνιμης ἀνησυχίας. Τό σχέδιο τοῦ Madison γιὰ τὴ δημιουργία μιᾶς εἰδικῆς συνέλευσης ἀριστοκρατῶν, γαιοκτημόνων καὶ βιομηχάνων δὲν ἐγινε δεκτὸ ἐπειδὴ θεωρήθηκε ἀντίθετο πρὸς τὰ δημοκρατικά ἰδεώδη τῆς ἐπανάστασης. Ἐντούτοις ἓνας ἄλλος καθιερωμένος θεσμός, τὸ Ἀνώτατο Δικαστήριον, ἦρθε νὰ ἀναλάβει σταδιακὰ τὸ ρόλο τοῦ ἐγγυητῆ τῆς ἀτομικῆς ἰδιοκτησίας.

2.2. Νομικός καὶ συνταγματικός θετικισμός

Ὁ νομικὸς θετικισμὸς ἐμφανίστηκε ὡς ἄμεσος ἀντίπαλος ὅλων τῶν σχολῶν τοῦ φυσικοῦ δικαίου καὶ εἰδικότερα τῆς σύγχρονης ὀρθολογικῆς μορφῆς του. Βασισμένος στὴν ἐπιστημολογία τοῦ Hume, ὁ θετικισμὸς ὑποστηρίζει, γενικά, ὅτι οἱ ἐμπειρίες πού ἀποκτοῦμε μὲ τίς αἰσθήσεις μας ἀποτελοῦν τὴ μόνη βάση ἐπιστημονικῆς γνώσης καὶ ὅτι οἱ ἐμπειρίες αὐτές δὲν μποροῦν νὰ μᾶς ὁδηγήσουν σὲ κανονιστικές καὶ ἠθικὲς κρίσεις καὶ ἀξιολογήσεις. Μιά ριζικὴ διάκριση εἰσάγεται, λοιπόν, ἀνάμεσα σὲ ἐμπειρικές καὶ δεοντολογικὲς προτάσεις. Γιὰ τὸν νομικὸ θετικιστὴ τὸ μόνον θεωρητικὰ ἐνδιαφέρον δίκαιο εἶναι τὸ θετικὸ δίκαιο, τὸ δίκαιο πού πηγάζει ἀπὸ τὴν κρατικὴ ἐξουσία· ἡ γνώση καὶ ἡ «ἐπιστήμη» τοῦ δικαίου πρέπει νὰ στηριχθοῦν ἀποκλειστικά σ' αὐτὸ τὸ δίκαιο. Στὸ χωρὶ τῶν ἰδεῶν καὶ τῆς μεταφυσικῆς δὲν ὑπάρχει δίκαιο οὔτε ὑπάρχει κάποιο δίκαιο πού εἶναι ἀνώτερο καὶ ἐλέγχει τὸ κρατικὸ δίκαιο. Οἱ νομικὲς διατάξεις ὡς «κοινωνικά γεγονότα», βρίσκονται, μὲ τίς ἀξίες τοῦ νομοθέτη, σὲ σχέση μέσου πρὸς σκοπὸν.²² Ἔτσι τὸ δίκαιο, ἀντὶ νὰ ἐκφράζει καὶ νὰ πραγματοποιεῖ κάποια αἰῶνια καὶ ἀναλλοίωτη οὐσία, εἶναι ἡ ἐκφραση τῆς κυρίαρχης βούλησης, τῆς voluntas τοῦ κράτους.

Ὁ ἀγγλοσαξονικὸς νομικὸς θετικισμὸς ἔθεσε ὡς κύριο ἀντικείμενο τῆς ἐρευνᾶς του ζητήματα γύρω ἀπὸ τὸ (νομικὸ) κύρος καί, δευτερευόντως, τὴν (κοινωνικὴ) ἀποτελεσματικότητα τῶν νομικῶν διατάξεων. Τὸ νομικὸ σύστημα ἐμφανίζεται ὡς ἓνα σύνολο νόμων καὶ δικαστικῶν ἀποφάσεων (νομικῶν διατάξεων). Ἡ ἐγκυρότητα τῶν ἐπιμέρους διατάξεων εἶναι τελείως ἀνεξάρτητη ἀπὸ τὴ σχέση τους μὲ κάποιες ἀρχές ἢ ἀξίες, ἐξαρτᾶται ἀπὸ τὴν προέλευσή τους καὶ τὴ συμμόρφωση τῆς νομοδοτικῆς ἀρχῆς πρὸς μιὰ σειρά ἀπὸ τυπικὲς διαδικαστικὲς προϋποθέσεις. Ἔτσι ἡ νομικὴ ἐγκυ-

22. Βλέπε A. Giddens (1979α), σελ. 89-96· Unger (1976), κεφ. 2· H. F. Pitkin (1972), σελ. 220 f.

ρότητα «έσωτερικοποιείται»: ή πρόταση ότι όρισμένη νομική διάταξη είναι έγκυρη σημαίνει ότι μιά σειρά από τυπικές, έσωτερικές προϋποθέσεις του συνολικού νομικού συστήματος έχουν τηρηθεί. Από τήν άλλη πλευρά, τό νομικό σύστημα παρουσιάζεται ως ένα ιεραρχικά κλειστό σύνολο μέ έσωτερική συνοχή καί συνέπεια, πού πηγάζει πυραμιδωτά από τό κέντρο άσκησης τής κρατικής κυριαρχίας (sovereignty). Ο μεγαλύτερος σύγχρονος Άγγλος φιλόσοφος του δικαίου, ό H.L.A. Hart υποστηρίζει ότι όλες οι έγκυρες νομικές διατάξεις μπορούν νά αναχθούν σ' ένα κεντρικό σύνολο κανόνων, πού τούς όνομάζει «κανόνες άναγνώρισης» (rule of recognition).²³ Έτσι ή όργάνωση καί άσκηση τής κρατικής έξουσίας συμμορφώνεται προς έναν κανόνα (τό «Grundnorm» του Kelsen ή τό «rule of recognition» του Hart) πού βρίσκεται στην κορυφή τής πυραμίδας καί πού περιέχεται, σέ μικρότερο ή μεγαλύτερο βαθμό, στο γραπτό ή άγραφο Σύνταγμα κάθε κράτους.

Τό συνταγματικό κείμενο έπομένως, τό ίδιο ένα σύνολο θετικών νομικών διατάξεων, γίνεται τό ύστατο κριτήριο τής νομικής έγκυρότητας όλων των άλλων νομικών διατάξεων, δηλαδή αυτής τής ίδιας τής ύπαρξής τους. Ταυτόχρονα τό Σύνταγμα επιβάλλει περιορισμούς καί όρους στην άσκηση τής πολιτικής έξουσίας καθορίζοντας τίς τυπικές διαδικασίες —καί στην περίπτωση ύπαρξης καταλόγου άτομικών ελευθεριών τούς ουσιαστικούς περιορισμούς— πού ή έξουσία πρέπει νά ακολουθήσει γιά νά δημιουργήσει έγκυρες καί υποχρεωτικές νομικές διατάξεις. Έτσι ό νομικός θετικισμός στην άγγλοσαξονική νομική θεωρία καί όχι μόνο σ' αυτήν έξετάζει τά πολιτικά φαινόμενα ως νομικά φαινόμενα. Τό πολιτικό γίνεσθαι έμφανίζεται νά συμμορφώνεται μέ τό νομικό λόγο (discourse) πού άνακηρύσσεται ό υπέρτατος ρυθμιστής τής κοινωνικοπολιτικής τάξης.

Ο Alexis de Tocqueville είχε παρατηρήσει τόν 19ο αιώνα ότι στην Άμερική όλα τά πολιτικά προβλήματα καταλήγουν καί λύνονται στα δικαστήρια καί ότι οι δικαστές καί οι δικηγόροι αποτελούν τή νέα άμερικανική άριστοκρατία. Ο Συνταγματικός Δικαστής (Σ.Δ., Justice) Frankfurter γράφει έκατό χρόνια άργότερα συμφωνώντας: «Σπάνια έμφανίζεται ένα πολιτικό πρόβλημα στίς Η.Π.Α. πού νά μή μετατρέπεται τελικά σέ δικαστικό».²⁴ Ο συνταγματισμός επικυρώνει αυτήν τήν αντίληψη: τά πολιτικά προβλήματα πρέπει νά αντιμετωπιστούν ως τεχνικά-νομικά.²⁵ Η αντίληψη αυτή, ότι τό δίκαιο διαχωρίζεται από τήν πολιτική καί ότι ή πολιτική ακολουθεί νομικούς κανόνες, συμπυκνώνεται στο γνωστό άμερικανικό ρητό ότι «είμαστε μιά κυβέρνηση των νόμων καί όχι των ανθρώπων» («We are a gover-

23. Hart (1961), κεφ. VI.

24. F. Frankfurter, "The Judicial Process and the Supreme Court" στο Mendelson (1965), σελ. 492· A. de Tocqueville (1864), τόμ. I, σελ. 357.

25. C. Black (1960), σελ. 118.

ment of laws and not of men»). "Όταν ή αντίληψη αυτή συνδυαστεί μέ τή θεωρία τής διάκρισης τών έξουσιών (ή τών checks and balances όπως λέγεται στην 'Αμερική) δημιουργείται τό θεμέλιο του συνταγματικού ελέγχου. 'Ο νομικός λόγος πού επιζητεί τή διάχυση τών σχέσεων έξουσίας σέ μιά σειρά νομικών σχέσεων και ταυτόχρονα αντιμετωπίζει τό δίκαιο ως θετικό, κρατικό δίκαιο, πού πηγάζει από τό κυρίαρχο κέντρο τής κρατικής έξουσίας, αποδέχεται τόν συνταγματικό έλεγχο όχι μόνο ως επιθυμητό, αλλά και ως λογικά αναπόφευκτο. 'Η θεωρητική αντίνομία τής πολιτικής έξουσίας, πού περιορίζεται από τούς νομικούς τύπους και κανόνες πού μόνο ή ίδια μπορεί νά δημιουργήσει, λύνεται έτσι έξ όρισμού. Τό Σύνταγμα είναι κι αυτό μιά σειρά θετών νομικών κανόνων, πού υπερέχουν από τούς άλλους. "Ένα ειδικό κρατικό όργανο, τό Α.Δ., αναλαμβάνει τήν υποχρέωση νά έγγυάται ότι ή πολιτική έξουσία θά συμμορφώνεται πρós τούς δικούς της κανόνες.²⁶ 'Ο ιστορικός του συνταγματικού McIlwain τονίζει ότι ό συνταγματικός έλεγχος είναι συνομήλικος και άπαραίτητος γιά τόν συνταγματισμό και βασιζεται σέ τρεις αξιωματικές υποθέσεις: α) τό Σύνταγμα έχει τά ίδια χαρακτηριστικά μέ όλους τούς άλλους νόμους, β) οί δικαστές μπορούν νά τό έρμηνεύουν έπομένως όπως κάθε άλλο νόμο και γ) έρμηνεύοντας και εφαρμόζοντας τό Σύνταγμα, οί δικαστές δέν νομοθετούν αλλά άσκούν τς συνηθισμένες δικαστικές τους άρμοδιότητες.²⁷

Έντούτοις, ή θεωρητική αντίνομία μιās έξουσίας πού περιορίζεται από τούς δικούς της κανόνες δέν μπορεί νά έξορκιστεί εύκολα μέ όρισμούς και ρητορικά σχήματα. "Έτσι, ό συνταγματισμός είναι γιά ένα συνταγματολόγο μιά «άφελής αλλά χρήσιμη ιδέα»²⁸ και ό Cox, ένας πρώην Solicitor-General, κλείνει τήν ένθερμη υποστήριξη του συνταγματισμού λέγοντας: «Δέν μπορώ νά άποδείξω αυτά τά έπιχειρήματα, αλλά άποτελούν τήν πίστη, στην όποία έμεις οί νομικοί είμαστε προσκολλημένοι».²⁹ Οί δικηγόροι βέβαια μπορούν νά πιστεύουν ότιδιήποτε τούς βοηθάει νά κερδίζουν τς υποθέσεις τους. 'Αλλά όταν οί συνταγματολόγοι στηρίζουν τς θεωρίες τους σέ «άφελεις πίστεις», ή «έπιστημονική άκρίβεια» πού υποσχέθηκε ό θετικισμός στόν άγώνα του κατά τών «μεσαιωνικών μαγισσών» του φυσικού δικαίου γίνεται άρκετά ύποπτη.

Μπορούμε νά συμπεράνουμε, λοιπόν, ότι ό άκαδημαϊκός συνταγματικός θετικισμός διατηρεί πολλά στοιχεία από τς θεωρίες του φυσικού δι-

26. *ibid.* σελ. 6-23 και 12· McIlwain, C. (1939), κεφ. XIII και XIV. Πρβλ. Α. Μανιτάκη, *Ό λόγος τής έξουσίας και ό αντίλογός του*, 1985· Δ. Τσάτσου, *Συνταγματικό δίκαιο*, 1983, σ. 39· Αρ. Μάνεση, *Δίκαιο, Σύνταγμα, Πολιτική*, σ. 9-28.

27. McIlwain (1939), σελ. 278-9.

28. C. Black (1960), σελ. 32.

29. A. Cox (1968), σελ. 24.

καίου.³⁰ 'Υπάρχει ένα ανώτερο δίκαιο, πού ἐλέγχει τήν πολιτική ἐξουσία καί πού βρίσκεται στό συνταγματικό κείμενο. Βέβαια καί αὐτό ἀκόμα τό ανώτερο δίκαιο δημιουργεῖται ἀπό τό κράτος καί οἱ δικαστές μποροῦν νά τό ἀποκαλύψουν ἐρμηνεύοντας τό Σύνταγμα.

2.3. Λαϊκή κυριαρχία καί συνταγματισμός

Ἡ σύγχρονη δημοκρατική παράδοση μπορεῖ νά ἀναχθεῖ στό ἔργο τοῦ J. J. Rousseau καί στή Γαλλική Ἐπανάσταση. Ἡ παράδοση αὕτη στηρίζεται στά αἰτήματα τῆς κοινωνικῆς ἰσότητος καί τῆς λαϊκῆς συμμετοχῆς στήν ἄσκηση τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Ἀποδέχεται τήν κατ' ἐξοχήν φιλελεύθερη ἔννοια τῆς κρατικῆς κυριαρχίας, ἀλλά ἀπαιτεῖ τήν ἴση συμμετοχή ὅλων τῶν πολιτῶν στήν ὑπέρτατη ἐκδήλωσή της. Ὁ ρόλος τῆς κοινῆς γνώμης καί τῶν ἀντιπροσωπευτικῶν θεσμῶν εἶναι γιά τόν Paine καί τόν Jefferson κυρίως προστατευτικός. Ἀποτελοῦν τά μέσα μέ τά ὁποῖα ἡ κοινωνία ἐξασφαλίζει ὅτι τό κράτος δέν θά καταχραστεῖ τίς αὐστηρά καθορισμένες του ἐξουσίες. Οἱ δημοκράτες φιλόσοφοι, ἀντίθετα, βλέπουν τήν πολιτική συμμετοχή ὡς τόν θετικό τρόπο γιά τή συνεχή ὁλοκλήρωση τῆς θέλησης τῶν «κυρίαρχων» πολιτῶν στήν κυρίαρχη βούληση τοῦ κράτους.³¹ Ὁ νεαρός Marx ὀνομάζει τή δημοκρατία «οὐσία ὅλων τῶν πολιτικῶν συνταγμάτων»³² καί στήν *Κριτική τῆς φιλοσοφίας τοῦ δικαίου τοῦ Hegel* περιγράφει τό δημοκρατικό πολίτευμα ὅπως ὁ Rousseau, δηλαδή «μιά ὀργανική κοινότητα ὅπως ἡ ἑλληνική πόλις, ὅπου δέν ὑπάρχει διαχωρισμός μεταξύ τῆς κοινωνίας καί τοῦ κράτους».³³ Ὁ Lucio Colletti ἔχει ὑποστηρίξει ὅτι τό κύριο μέρος τῆς πολιτικῆς θεωρίας τοῦ Marx βρίσκεται στά πρώιμα γραπτά του, πού εἶναι ἐπηρεασμένα ἀπό «παλιότερες παραδόσεις... τῆς δημοκρατικῆς σκέψης καί κυρίως ἀπό τόν Rousseau».³⁴

Στήν Ἀμερική γύρω στά μέσα τοῦ 19ου αἰῶνα, καί ἐνῶ ὁ θετικισμός γινόταν ἡ κυρίαρχη σχολή στή νομική θεωρία, ἡ δημοκρατική παράδοση, ἐκφρασμένη ἀπό τό σύνθημα τοῦ λαϊκιστῆ προέδρου Jackson «ὁ λαός στήν ἐξουσία», ἄρχισε νά κερδίζει ἔδαφος στήν πολιτική σκηνή. Ὁ Σ.Δ. Story ἱστορεῖ ὅτι στήν τελετή ἐγκαθίδρυσης τοῦ Jackson, τό 1828, ὁ Λευκός Οἶκος ἀνοίχτηκε σέ ὅλο τόν λαό «ἀπό τούς ἀνώτερους καί πιά καλλιεργημένους μέχρι τούς πιά χυδαίους καί κατώτερους τοῦ ἔθνους». Ὁ Story, πού ἦταν

30. Οἱ Dworkin (1977) καί J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980) δίνουν νέες ἐρμηνεῖες τῆς σχέσης μεταξύ τοῦ φυσικοῦ δικαίου καί τοῦ Συντάγματος. Πρβλ. Γ. Πάσχου, *Πολιτική δημοκρατία*, σ. 199-210.

31. Βλέπε καί J. Habermas, "Natural Law and Revolution" στό Habermas (1974).

32. K. Marx, *Early Writings* (1975), σελ. 88.

33. L. Colletti, Introduction to K. Marx (1975), σελ. 42.

34. Colletti, (1975), σελ. 46· cf. A. Wolfe (1977), σελ. 5. Γ. Πάσχου, *Πολιτική δημοκρατία*, σ. 250 ἑπ.

αγγλικής αριστοκρατικής καταγωγής, παραπονιόταν ότι η «βασιλεία τού δχλου»³⁵ είχε φτάσει και στην 'Αμερική. 'Εντούτοις μέσα σέ 50 χρόνια «ή δημοκρατία, πού ήταν πρίν μιά άσχημη λέξη, έγινε γρήγορα κάτι τό επιθυμητό».³⁶

'Η ένσωμάτωση τής δημοκρατικής παράδοσης και τής αντίληψης περί λαϊκής κυριαρχίας στόν συνταγματισμό διευκολύνθηκε από τή θεωρία του κοινωνικού συμβολαίου, πού διατηρήθηκε σέ δευτερεύουσα θέση στην άμερικανική φιλελεύθερη πολιτική θεωρία. "Όπως είδαμε,³⁷ ό Paine παρουσίαζε τήν 'Επαναστατική Συντακτική Συνέλευση ως ένα «λαϊκό σύμβολαιο» μέ τό όποιο ιδρύθηκαν οί Η.Π.Α. Τό Σύνταγμα, ένα γραπτό κείμενο διαμορφωμένο από τούς εκλεγμένους αντιπροσώπους τών επαναστατών, είναι κατά τήν άποψη αυτή όχι μόνο τό υπέρτατο νομικό κείμενο αλλά και ή υπέρτερη έκφραση τής λαϊκής θέλησης. 'Η έρμηνεία και έφαρμογή του από τό Α.Δ. δέν είναι έπομένως παρά ή έφαρμογή τής λαϊκής κυριαρχίας. Τό Δικαστήριο έχει έξουσιοδοτηθεί από τό λαό νά άκυρώνει τά όμοσπονδιακά και πολιτειακά νομοθετήματα πού παραβιάζουν τούς συνταγματικούς περιορισμούς τής κρατικής έξουσίας. 'Ετσι παράλληλα μέ τόν καθορισμό ενός άνωτέρου (συνταγματικού) και κατωτέρων τμημάτων του νομικού συστήματος και ή λαϊκή κυριαρχία χωρίζεται σε άνώτερες και κατώτερες εκφράσεις της. Στην υπέρτατη άσκηση της θέσπισε τό Σύνταγμα και περιόρισε τή μελλοντική της άσκηση μέσω τών συνταγματικών περιορισμών. «'Ο δημοκρατικός συλλογισμός, πού άξιώνει έμπιστοσύνη στη λαϊκή έτυμηγορία, ισχύει μόνο όταν ό λαός δέν έμπιστεύεται (!) τόν εαυτό του... 'Ο συνταγματικός έλεγχος είναι ό θεσμοποιημένος τρόπος λαϊκού αυτοελέγχου».³⁸

"Ετσι τά έπιχειρήματα τής δημοκρατικής θεωρίας σταδιακά ένσωματώθηκαν και έπιβεβαίωσαν τίς δίδυμες θεωρίες του συνταγματισμού και του συνταγματικού έλέγχου. Οί φόβοι πού είχαν εκφραστεί από τόν Madison και τόν Tocqueville, ότι ή δημοκρατική πλειοψηφία θά στρεφόταν ενάντια στην ανεξέλεγκτη άτομική ιδιοκτησία, είχαν άρχισει νά αποδεικνύονται πραγματικοί, καθώς τό δίκαιο σταδιακά διαχωριζόταν από τούς «φυσικούς» νόμους του «έμπορίου και τής βιοτεχνίας». Οί πανηγυρικές διαβεβαιώσεις γιά τή δήθεν ταύτιση τών άρχων τής καπιταλιστικής άγοράς μέ τά δικαιώματα και τά συμφέροντα όλων τών ανθρώπων δέν έπειθαν πιά τή

35. Carroll και Noble (1977), σελ. 199.

36. C.B. Macpherson (1966), σελ. 1 και Macpherson (1973), I, VII. IX. passim. Ο Ε.Η. Carr παρατηρεί έπίσης ότι «στην 'Αγγλία... ή έννοια τής δημοκρατίας παρέμεινε αντιπαθής στην άρχουσα τάξη.» *The Soviet Impact on the Western World* (1946), σελ. 8-9.

37. Δές παραπάνω § 2.1.2.

38. C. Black (1960), σελ. 106-107.

νέα εποχή του θετικισμού και της δημοκρατικής και λαϊκιστικής ρητορείας. Τό Σύνταγμα είχε ενσωματωθεί στη νέα δημοκρατική ιδεολογία σαν ή υπέρτατη εκδήλωση της λαϊκής κυριαρχίας. "Όλοι οι ουσιαστικοί περιορισμοί της κρατικής εξουσίας έπρεπε να δείξουν ότι πηγάζουν από τό συνταγματικό κείμενο.

Τό Α.Δ. ενισχυμένο από τίς θεωρίες της κλασικής πολιτικής οικονομίας, πού υποστήριζε τήν καθολική ισχύ και τόν επιστημονικό χαρακτήρα τών νόμων της καπιταλιστικής οικονομίας, άρχισε νά «άνακαλύπτει» τούς νόμους αὐτούς στό συνταγματικό κείμενο. Αὐτή ή διαδικασία «θετικοποίησης τοῦ φυσικοῦ δικαίου» ὁδήγησε στή συγχώνευση τών τριών ἀντιθετικῶν θεωριῶν τοῦ φυσικοῦ δικαίου, τοῦ θετικισμού καί της δημοκρατίας καί στή δημιουργία της σύγχρονης ἐκδοχῆς τοῦ συνταγματισμοῦ.

3. Ἡ διαδικασία θετικοποίησης τοῦ φυσικοῦ δικαίου

Ἡ διαδικασία ὁλοκληρώθηκε στή νομολογία τοῦ Α.Δ γύρω στίς ἀρχές τοῦ 20οῦ αἰῶνα μέ τήν περίφημη συνταγματική ὑπόθεση *Lochner*. Ἡ σημασία της διαδικασίας αὐτῆς εἶναι τεράστια γιά τήν ἀμερικανική νομική θεωρία. "Όλες οἱ σημαντικές συνταγματικές διαμάχες τοῦ 20οῦ αἰῶνα περιστρέφονται γύρω ἀπό τίς θεωρητικές ὑποθέσεις καί τίς ἀντινομίες τοῦ συνταγματισμοῦ ὅπως αὐτές πρωτοεμφανίστηκαν στόν προηγούμενο αἰῶνα. Εἶναι ἐνδιαφέρον λοιπόν νά ἐξετάσουμε σύντομα τά κυριότερα βήματα αὐτῆς της ἐξέλιξης, πού ἦταν τρία:

α) *Ἡ ἀρχική καθιέρωση τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου*. Τό Σύνταγμα προβλέπει τή δημιουργία τοῦ Α.Δ. ἀλλά σέ κανένα σημείο δέν ἀναφέρεται στήν ἀρμοδιότητά του νά ἐλέγχει τή συνταγματικότητα ὁμοσπονδιακῶν ἢ πολιτειακῶν πράξεων. Ἡ ἐξουσία αὐτή δημιουργήθηκε καί κατοχυρώθηκε σταδιακά ἀπό τό ἴδιο τό Δικαστήριο. Οἱ βάσεις τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου τέθηκαν ἀπό τόν ἀρχιδικαστή Marshall στήν ὑπόθεση *Morbury v. Madison* τοῦ 1803.³⁹ Ἡ συλλογιστική τοῦ Marshall στηρίχτηκε κυρίως στή θεωρία τοῦ κοινωνικοῦ συμβολαίου.

«Ὁ λαός ἔχει τό θεμελιῶδες δικαίωμα νά ἐπιβάλλει στή μελλοντική του κυβέρνηση τίς ἀρχές ἐκείνες πού, κατά τή γνώμη του, θά συμβάλουν περισσότερο στήν εὐτυχία του... Αὐτή ή θεμελιώδης καί υπέρτατη βούληση ρυθμίζει τόν τρόπο διακυβέρνησης». Στίς Ἑνωμένες Πολιτεῖες ή «υπέρτατη βούληση» ἐπέβαλε περιορισμούς στήν κρατική ἐξουσία καί «γιά νά μήν ξεχαστοῦν ή παρανοηθοῦν (οἱ περιορισμοί)... θεσπίστηκε τό Σύνταγμα». Τό Σύνταγμα εἶναι λοιπόν ἕνα γραπτό νομικό κείμενο καί «τό δικαστικό σῶμα ἔχει τήν ἀρμοδιότητα καί τό καθήκον νά ἐρμηνεύει τό νόμο... καί

39. 1. Cranch 137, 2L. Ed. 60 (1803), Β. Σκουρή, *Συστήματα τοῦ δικαστικοῦ ἐλέγχου της συνταγματικότητας τῶν νόμων*, 1982, σ. 518 ἐπ.

όταν δύο νόμοι συγκρούονται... νά αποφασίζει σχετικά». Έπειδή όμως τό Σύνταγμα εἶναι ἀνώτερο ἀπό τόν κοινό νόμο, σέ περίπτωση σύγκρουσης «τό Σύνταγμα καί ὄχι ὁ νόμος πρέπει νά ἐπικρατήσῃ»· ὁ νόμος πρέπει «ἀναγκαστικά» νά ἀκυρωθεῖ.⁴⁰ Ἐτσι ὁ συνταγματικός ἐλεγχος ἐμφανίζεται σάν ἡ λογική κατάληξη ἑνός συλλογισμοῦ, οἱ κύριες προτάσεις τοῦ ὁποίου ἔχουν γίνει ἀποδεκτές ἀπό τήν πολιτική φιλοσοφία: ὑπαρξη μιᾶς κυριαρχῆς βούλησης, σύναψη ἑνός λαϊκοῦ κοινωνικοῦ συμβολαίου πού θεσπίζει τό Σύνταγμα καί ἐνσωματώνει τή λαϊκή βούληση περιορίζοντας ταυτόχρονα τίς μελλοντικές τῆς ἐκφράσεις, τέλος, δημιουργία ἑνός εἰδικοῦ θεσμοῦ —τοῦ Α.Δ.— πού συνδέει τίς δύο πρῶτες προτάσεις καί ἀναλαμβάνει νά ἐγγυηθεῖ τήν τήρηση τῶν περιορισμῶν.

β) Ἡ θεωρία τῶν *κεκτημένων δικαιωμάτων* (*vested rights*).⁴¹ Στήν περίοδο μέχρι τόν Ἑμφύλιο Πόλεμο ἡ θεωρία αὐτή ἔκανε τήν προστασία τῆς ἰδιοκτησίας βασικό κριτήριο συνταγματικότητας τῶν ὁμοσπονδιακῶν νόμων. Σύμφωνα μέ τόν Ε. Corwin, τό Α.Δ. κατέστησε σαφές ὅτι θά «ἀκύρωνε ὁποιοδήποτε νομοθέτημα παραβιάζει κατά τήν κρίση του κεκτημένα περιουσιακά δικαιώματα καί ὅτι θά ἐρμήνευε τοὺς νόμους μέ τέτοιο τρόπο ὥστε νά ἀποφύγει αὐτό τό ἀποτέλεσμα».⁴² Τό σκεπτικό πού χρησιμοποιήθηκε γιά τήν προστασία τῆς περιουσίας ἀπό ὁποιαδήποτε κρατική παρέμβαση βασιζόταν κυρίως στίς θεωρίες τοῦ κοινωνικοῦ συμβολαίου καί τῶν φυσικῶν δικαιωμάτων. Ὁ Σ.Δ. Story συμπύκνωσε τή φιλοσοφία τοῦ Α.Δ., σέ μιᾶ ἀπόφαση τοῦ 1830. «Ἐνα κράτος δέν μπορεῖ νά θεωρεῖται ἐλεύθερο ὅταν τά περιουσιακά δικαιώματα ἐξαρτῶνται ἀποκλειστικά ἀπό τή θέληση ἑνός νομοθετικοῦ σώματος, χωρίς κανένα περιορισμό. Οἱ θεμελιώδεις ἀρχές τοῦ φιλελεύθερου κράτους ἐπιβάλλουν τά δικαιώματα τῆς προσωπικῆς ἐλευθερίας καί τῆς ἰδιοκτησίας ὡς ἱερά».⁴³ Μέχρι τόν Ἑμφύλιο Πόλεμο λοιπόν, ἡ προστασία τῆς περιουσίας στηριζόταν κυρίως σέ ἐπιχειρήματα τῆς πολιτικῆς φιλοσοφίας καί ὄχι σέ κάποια ἄμεση ἐπιταγή τοῦ Συντάγματος.

γ) Ἡ 14η τροπολογία τοῦ Συντάγματος, πού ψηφίστηκε μετά τόν Ἑμφύλιο Πόλεμο, ἔδωσε στό Α.Δ. τήν εὐκαιρία νά ὁλοκληρώσῃ τή διαδικασία τῆς θετικοποίησης. Ἡ τροπολογία ἀπαγορεύει στίς πολιτειακές κυβερνήσεις νά στερήσουν τοὺς πολίτες «τῆς ζωῆς, ἐλευθερίας ἢ ἰδιοκτησίας τους, χωρίς τίς νενομισμένες νομικές διατυπώσεις» (*due process of law*). Τό Α.Δ. ἐρμήνευσε τήν ἀναφορά τῆς τροπολογίας στήν προσωπική ἐλευθερία ὡς ὑπέρτατη κύρωση τῆς ἀτομικῆς ἰδιοκτησίας. Γιά τό Α.Δ. ἐλευθερία σήμαινε

40. *ibid.*, 176, 177, 178.

41. Ε. Corwin (1948), σελ. 72-85.

42. Ε. Corwin (1934), σελ. 56.

43. *ibid.*, σελ. 59.

ἀποκλειστικά ἐλευθερία τῶν συμβάσεων πού παραβιάζονταν ἀπό ὅποια-δήποτε συνδικαλιστική δραστηριότητα τῶν ἐργαζομένων ἢ κρατική ρύθμιση τῶν μισθῶν καί τῶν συνθηκῶν ἐργασίας. Ὑποτίθεται ὅτι μιά σειρά ἀποφάσεων, ἀπό τό 1880 ὡς τό 1930, τό Α.Δ. ἀκύρωσε τή συντριπτική πλειοψηφία τῶν πολιτειακῶν καί ὁμοσπονδιακῶν νόμων πού προσπάθησαν νά εἰσαγάγουν μιά ἐλάχιστη ρύθμιση τῆς οἰκονομίας ἢ νά ἀναγνωρίσουν καί προστατεύσουν τά πρῶτα ἐργατικά συνδικάτα. «Ἡ ἐλευθερία ἐγίνε συνώνυμη μέ τήν ἀτομική ἰδιοκτησία καί τό ἐπενδυτικό κεφάλαιο καί γύρω τους ἀπλώθηκε ἕνα ἀδιαπέραστο προστατευτικό δίχτυ... πού διατηρήθηκε στό συνταγματικό δίκαιο μέχρι τόν Α' Παγκόσμιο Πόλεμο». ⁴⁴ Οἱ ἀρχές τοῦ οἰκονομικοῦ *laissez-faire* καί τοῦ κοινωνικοῦ δαρβινισμοῦ ἐμφανίζονται τήν ἐποχή αὐτή ὡς ἐπιστημονικά ἀξιώματα καί «ἡ Νομική Ἑταιρεία (Bar Association) καί τά δικαστήρια θεώρησαν ὅτι τό Σύνταγμα ἐπικυρώνει νομικά καί πολιτικά τόν Adam Smith καί τόν Herbert Spencer». ⁴⁵ Μιά σύγχρονη ἐκδοχή τοῦ φυσικοῦ δικαίου ἐμφανίζεται ἔτσι στίς Η.Π.Α.

Ὁ ταξικός χαρακτήρας τῶν ἀποφάσεων τοῦ Α.Δ. αὐτήν τήν ἐποχή εἶναι τόσο διαφανής, πού ὁρισμένες ἀπ' αὐτές φαίνονται σήμερα ἀστείες. Σέ μιά ὑπόθεση τοῦ 1895, στήν ὁποία τό Α.Δ. ἀκύρωσε τόν πρῶτο νόμο, πού ἐπέβαλε μιά μικρή ὁμοσπονδιακή φορολογία εἰσοδήματος, ὁ συνήγορος ὑποστήριξε ὅτι «ὁ νόμος τοῦ Κογκρέσου εἶναι κομμουνιστικός στό σκοπό καί τά μέσα του καί ὑποστηρίζεται μέ τά πιό κομμουνιστικά, σοσιαλιστικά καί λαϊκιστικά ἐπιχειρήματα πού ἔχουν ἀκουστεί σέ ὅποιαδήποτε Βουλὴ τοῦ κόσμου». Ἀλλά ὁ Σ.Δ. Field, πού ἔγραψε τήν ἀπόφαση, τόν ξεπέρασε: «Ἡ παρούσα ἐπιθεση στό κεφάλαιο δέν εἶναι παρά ἡ ἀρχή. Θά ἀποτελέσει ἀφειρηγία γιά ἄλλες μεγαλύτερες καί πιό ριζικές, ἕως ὅτου οἱ πολιτικές μας διαμάχες μεταβληθοῦν σ' ἕνα συνεχῆ πόλεμο τῶν φτωχῶν κατὰ τῶν πλουσίων». ⁴⁶ Τό 1895 ἐπίσης, σέ δύο ἀποφάσεις πού ἐκδόθηκαν τήν ἴδια μέρα, τό Α.Δ. ἀποφάνθηκε ὅτι οἱ διατάξεις τοῦ ὁμοσπονδιακοῦ νόμου κατὰ τῶν μονοπωλίων (Sherman Act) καλύπτουν τίς δραστηριότητες τῶν συνδικάτων, ⁴⁷ ἀλλά δέν ἐφαρμόζονται στά βιομηχανικά μονοπώλια. ⁴⁸ Στήν ὑπόθεση *Adair* τό δικαστήριό ἀκύρωσε τόν ὁμοσπονδιακό νόμο πού ἀπαγόρευε τίς λεγόμενες «συμβάσεις τῶν κίτρινων σκύλων» (*yellow-dog contracts*).

Οἱ ἀτομικές αὐτές συμβάσεις ἐργασίας, πού χρησιμοποιοῦνταν εὐρύτατα ἀπό τήν ἀμερικανική ἐργοδοσία, περιεῖχαν τόν ὅρο ὅτι ὁ ἐργάτης ἀπο-

44. *ibid.*, σελ. 80.

45. E. Corwin (1948), σελ. 137. Ὁ Tocqueville δηλώνει: «Ἄν μέ ρωτοῦσαν ποιά εἶναι ἡ ἀμερικανική ἀριστοκρατία, θ' ἀπαντοῦσα χωρίς δισταγμό... ὅτι βρίσκεται στή δικαστική ἔδρα καί στό δικηγορικό σύλλογο (Bar)», (1864), τόμ. Ι, σελ. 355.

46. *Pollock v. Farmers C. and J. Co.* 157 U.S. 429 (1895).

47. *Ré Debs*, 158 U.S. 564 (1895).

48. *U.S. v. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

λύεται αυτόματα αν γίνει μέλος εργατικού συνδικάτου. Κατά τό Α.Δ., ἡ νομοθετική τους ἀπαγόρευση ἦταν ἀντίθετη πρὸς τὴν ἀρχὴ τῆς ἐλευθερίας τῶν συμβάσεων. Τέλος, στὴν περίφημη ὑπόθεση *Lochner*, πού συμβολίζει τὴ φιλοσοφία τοῦ Α.Δ. αὐτῆς τῆς ἐποχῆς, τὸ δικαστήριο ἀκύρωσε ἓνα νόμο τῆς Νέας Ὑόρκης πού ἐπέβαλε ἀνώτατο ὄριο 10 ὥρων ἐργασίας ἡμερησίως ἢ 60 ἑβδομαδιαίως γιὰ τοὺς ἐργάτες ἀρτοποιείων γιὰ νὰ προστατεύσει τὴν υγεία τοῦ προσωπικοῦ. Τό Α.Δ. διακήρυξε ὅτι ὁ νόμος παραβιάζει τίς ἀρχές τῆς προσωπικῆς ἐλευθερίας καὶ τῆς ἐλευθερίας τῶν συμβάσεων τῆς 14ης τροπολογίας. «Μέ κανέναν τρόπο δέν μποροῦν νὰ θεωρηθοῦν οἱ ἐργάτες ὡς προστατευόμενοι τοῦ κράτους»⁴⁹ ἔγραφε ὁ Σ.Δ. Peckam. Ἀκολουθώντας τίς ἀρχές τῆς ὑπόθεσης *Lochner*, τό Α.Δ. ἀκύρωσε μεταξύ ἄλλων, τό 1918 καὶ τό 1923, ὁμοσπονδιακοὺς νόμους πού ἀπαγόρευαν τὴν παιδική ἐργασία καὶ καθόριζαν κατώτατο ὄριο μισθῶν γιὰ τὴ γυναικεία ἐργασία.

Οἱ ἀποφάσεις αὐτές τοῦ Α.Δ., στηριγμένες στὴν πολιτικὴ φιλοσοφία τοῦ laissez-faire, καὶ ἡ διάκριση ἀνάμεσα σέ προστατευόμενους καὶ μὴ πολίτες ὀδήγησαν κατὰ εἰρωνικὸ τρόπο στὴν ὑπόσκαψη τῶν ἀπόψεων περὶ κοινωνικῆς εἰρήνης καὶ σύμπτωσης τῶν συμφερόντων τῶν τάξεων. Τό Α.Δ. υἱοθέτησε τὴν ἀποψη ὅτι ὑπάρχουν πολίτες δύο κατηγοριῶν. «Οἱ ἐργάτες ἀντιμετωπίζονταν ὡς τάξη πού θὰ ὀργανώσει τὴν κοινωνία μόνο πρὸς ὄφελός τους... ἐνῶ οἱ βιομήχανοι εἶχαν τὸ δικαίωμα νὰ ἀσκοῦν τὴν ἐξουσία γιατί τὸ ταξικὸ τους συμφέρον λειτουργοῦσε παράλληλα γιὰ τὸ καλὸ ὅλων».⁵⁰ Βασισμένο σ' αὐτὴν τὴ διάκριση, τὸ δικαστήριο ἀνέλαβε, σύμφωνα μέ τὰ λόγια του, «νὰ προστατεύσει τὰ ἀτομικὰ καὶ δημόσια δικαιώματα ἀπὸ παραβιάσεις τους ἀπὸ τὰ ἀντιπροσωπευτικὰ σώματα. Ἡ ἐφαρμογὴ τῶν περιορισμῶν αὐτῶν μέ δικαστικές διαδικασίες εἶναι ὁ τρόπος μέ τὸν ὁποῖο οἱ αὐτοκυβερνώμενες κοινωνίες προστατεύουν τὰ δικαιώματα τοῦ ἀτόμου καὶ τῶν μειωσιμῶν... ἀπὸ τὴ δύναμη τῆς πλειοψηφίας».⁵¹ Ἕνας ἄλλος δικαστὴς ἐξέφραζε τὴν ἴδια ἰδέα μέ τὴ μορφή ρητορικῆς ἐρώτησης: «Εἴμαστε λοιπὸν ὅλοι στὸ ἔλεος τῶν κοινοβουλευτικῶν πλειοψηφιῶν;».⁵² Ἡ ἀπάντηση στὸ ἐρώτημα ἦταν φανερή: τό Α.Δ. ἔχει ἀναλάβει τὴν προστασία τῆς ἀτομικῆς ἰδιοκτησίας καὶ τῆς ἀσυδοσίας τοῦ κεφαλαίου καὶ ἀπὸ τίς πιὸ ἐλάχιστες νομοθετικές παρεμβάσεις. Ἡ «τυραννία τῆς πλειοψηφίας», πού φοβοῦνταν ὁ Madison καὶ ὁ Tocqueville, εἶχε ἀποφευχθεῖ χάρις στὴν ἐπέμβαση τῶν ἐννέα μελῶν τοῦ Ἀνωτάτου Δικαστηρίου. Ἔτσι, στὸ τέλος τῆς ἑκατονταετοῦς αὐτῆς ἐξέλιξης, οἱ τρεῖς θεωρίες τοῦ φυσικοῦ δικαίου, τοῦ θετικισμοῦ καὶ τῆς λαϊκῆς κυριαρχίας εἶχαν ἐν-

49. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905).

50. A. Wolfe (1977), σελ. 57.

51. 110 U.S. 535, σελ. 57.

52. *Lochner v. N.Y.* 198 U.S., σελ. 59.

σωματωθεῖ στίς παραπληρωματικές έννοιες τοῦ συνταγματισμοῦ καί τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου. Τό θετικό δίκαιο δέν μπορεῖ νά παραβιάσει τήν ἀτομική ἐλευθερία, γιατί αὐτή εἶναι ἡ ἐπιταγή τοῦ Συντάγματος πού ἐνσωματώνει τή λαϊκή κυριαρχία. Ἡ ἐλευθερία ταυτίζεται μέ τήν ἀπεριόριστη χρήση τῆς ἀτομικῆς ιδιοκτησίας καί μέ τοὺς κανόνες τῆς ἐλεύθερης ἀγορᾶς ἐμπορευμάτων καί ἐργασίας. Οἱ πολιτικές ἐλευθερίες δέν ἀπασχόλησαν ιδιαίτερα τό Α.Δ. σ' αὐτήν τήν περίοδο. Ἡ πρώτη ὑπόθεση στήν ὁποία τό Δικαστήριο ἀσχολήθηκε σοβαρά μέ τήν ἐλευθερία τοῦ λόγου, πού κατοχυρώνεται ἀπό τήν 1η τροπολογία, ἀποφασίστηκε τό 1919.⁵³ Ὅταν τό 1897 ζητήθηκε ἀπό τό Α.Δ. στήν ὑπόθεση Davis νά ἀναγνωρίσει τήν ὑπαρξη συνταγματικοῦ δικαιώματος συνάθροισης σέ δημόσιους χώρους —δικαιώματος πού κατοχυρώνεται ρητά ἀπό τήν 1η τροπολογία σέ ἀντίθεση μέ τήν ἐλευθερία τῶν συμβάσεων πού δέν ἀναφέρεται στά συνταγματικά κείμενα— ἡ ἀπάντηση ἦταν ὅτι ἡ «ἀπόλυτη ἀπαγόρευση ἀπό μιά πολιτική Βουλὴ δημόσιων ὁμιλιῶν καί συναθροίσεων στοὺς δρόμους καί τὰ πάρκα παραβιάζει τὰ δικαιώματα τοῦ λαοῦ, ὅσο τὰ παραβιάζει καί ἡ ἀπαγόρευση ἀνάλογων ἐκδηλώσεων σέ ιδιωτικά σπίτια ἀπό τοὺς ιδιοκτῆτες τους». Κατά τό Α.Δ. ἡ 1η καί 14η τροπολογία μέ κανέναν τρόπο δέν δίνουν «τό δικαίωμα στοὺς πολίτες νά χρησιμοποιοῦν τή δημόσια περιουσία μέ τρόπο πού νά ἀντιβαίνει τό Σύνταγμα καί τοὺς νόμους τῆς πολιτείας».⁵⁴

Ἐντούτοις, γύρω στό 1930 ὁ ὀρισμός τῆς ἐλευθερίας ἄλλαξε ριζικά μέ σοβαρές ἐπιπτώσεις γιά τή συνταγματική θεωρία. Σ' αὐτήν τήν ἀλλαγὴ καί στήν κατανόηση τοῦ συνταγματισμοῦ στὸν 20ό αἰῶνα ἀναφέρονται τὰ ἐπόμενα μέρη.

4. Ὁ συνταγματισμός τοῦ 20οῦ αἰῶνα. Ἀπὸ τήν οἰκονομική στήν πολιτική ἐλευθερία

4.1. Ἡ «προνομιακὴ θέση» (*preferred position*) τῶν προσωπικῶν καί πολιτικῶν ἐλευθεριῶν

Ἡ ὁμοφωνία τῶν νομικῶν γύρω στίς ἀρχές τοῦ αἰῶνα ἐκφράστηκε μέ τὸν καλύτερο τρόπο ἀπὸ ἓνα δικαστὴ πού ἔγραφε τό 1922 ὅτι «ἀπὸ τίς τρεῖς θεμελιώδεις ἀρχές πού στηρίζουν τό πολίτευμα καί τίς ὁποῖες ἡ κυβέρνηση ὑπηρετεῖ, δηλαδή τήν προστασία τῆς ζωῆς, τῆς ἐλευθερίας καί τῆς ιδιοκτησίας, πρωταρχικὴ εἶναι ἡ ιδιοκτησία».⁵⁵ Μέσα σέ εἴκοσι χρόνια ὁ νόμος τῶν ἀποφάσεων τοῦ Α.Δ. ἄλλαξε τελείως.

53. *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919).

54. *Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897), σελ. 47-48.

55. *Children's Hospital v. Atkins*, 284 Fed. 13, σελ. 622 (D.C. Cir 1922).

Ἡ περίοδος ἀπό τό 1930 ὡς τό 1940 ἦταν ἡ πιό δραματική στήν ἱστορία τοῦ Α.Δ. Ἡ οἰκονομική κρίση εἶχε πάρει διαστάσεις ἐθνικῆς καταστροφῆς. Ἡ ἐκλογή τοῦ προέδρου F. D. Roosevelt καί τά πρῶτα μέτρα τοῦ New Deal σήμαναν τό τέλος τῆς ἐποχῆς τοῦ laissez-faire καί τήν ἀρχή τῆς οὐσιαστικῆς ἐπέμβασης τῆς ὁμοσπονδιακῆς κυβέρνησης στήν οἰκονομία καί τήν κοινωνία.

Τό 1935 καί 1936, τό Α.Δ. ἀκολουθώντας τίς ἀρχές πού εἶχε ἐφαρμόσει στίς ἀρχές τοῦ αἰῶνα ἀκύρωσε ὡς ἀντισυνταγματικούς ὅλους τοὺς οἰκονομικούς νόμους τοῦ Roosevelt. Στήν ὑπόθεση *Schechter v. U.S.*⁵⁶ τόν ὁμοσπονδιακό νόμο οἰκονομικῆς ἀνασυγκρότησης· στήν ὑπόθεση *Carter v. Carter*⁵⁷ τό νόμο ρύθμισης τῆς παραγωγῆς ἄνθρακος καί χάλυβος· στήν ὑπόθεση *U.S. v. Butler*⁵⁸ τό νόμο γεωργικῆς ἀνασυγκρότησης καί στήν ὑπόθεση *Morehead v. Tipaldo*⁵⁹ ἕνα νόμο τῆς Νέα Ὑόρκης πού ἐπέβαλε κατώτατα ὅρια γιά τά ἐργατικά ἡμερομίσθια. Ὅλες οἱ προσπάθειες τοῦ Roosevelt προσέκρουαν στήν πεισματική ἀρνηση τοῦ Α.Δ. νά ἀποδεχτεῖ ὁποιαδήποτε «παραβίαση» τῆς ἀρχῆς τῆς ἐλευθερίας τῶν συμβάσεων καί τή ρυθμιστική παρέμβαση στήν οἰκονομία.

Τό Νοέμβριο τοῦ 1936 ὁ Roosevelt ἐπανεκλέχτηκε μέ συντριπτική πλειοψηφία καί μέ σαφή ὑπόσχεση νά συνεχίσει τό New Deal. Τόν Φεβρουάριο τοῦ 1937 ὁ πρόεδρος ἀνακοίνωσε ὅτι θά ἄλλαζε τόν κανονισμό τοῦ Α.Δ. καί θά ὑποχρέωνε τοὺς δικαστές ἡλικίας ἄνω τῶν 65 χρόνων νά παραιτηθοῦν. Τό σχέδιο αὐτό θά ὀδηγοῦσε σέ ὑποχρεωτική ἔξοδο ἀπό τήν ὑπηρεσία τοὺς ἔξι ἀπό τοὺς ἑννιά δικαστές καί θά ἔδινε τήν εὐκαιρία στόν Roosevelt νά διορίσει στή θέση τους πολιτικούς του φίλους, δημιουργώντας ἔτσι μιὰ νέα πλειοψηφία θετική πρὸς τό New Deal. Τό σχέδιο ὁμως δέν μπῆκε σέ ἐφαρμογή. Δύο μῆνες μετὰ τήν ἀνακοίνωσή του ἕνας ἀπὸ τοὺς πέντε δικαστές πού ψήφισαν μόνιμα ἐναντίον τῶν μέτρων τοῦ New Deal ἄλλαξε ἀνεξήγητα σtάση καί προσχώρησε στήν παράταξη τῶν τεσσάρων δικαστῶν πού ὑποστήριζαν τό New Deal, δίνοντάς τους ἔτσι τήν ἀπαραίτητη γιά τήν πλειοψηφία πέμπτη ψῆφο. Στὴ διάρκεια τοῦ 1937 τό Α.Δ. μέ τῇ νέα 5-4 πλειοψηφία ἐπικύρωσε διαδοχικὰ ὅλα ἐκεῖνα τὰ μέτρα πού μόλις πρὶν ἀπὸ λίγους μῆνες εἶχε ἀκυρώσει: τόν ὁμοσπονδιακό ἐργατικό νόμο, πού ἀναγνώρισε γιά πρώτη φορά τὰ ἐργατικά συνδικάτα (*Warren Act*)· τόν νόμο περὶ κοινωνικῶν ἀσφαλίσεων (*Steward v. Davis*)⁶⁰ ἕνα νόμο τῆς Washington πού καθόριζε κατώτατα ὅρια μισθῶν (*West Coast Hotel*

56. 295 U.S. 495 (1936).

57. 298 U.S. 238 (1936).

58. 297 U.S. 1 (1936).

59. 298 U.S. 587 (1936).

60. 301 U.S. 548 (1937).

ν. *Parrish*).⁶¹ Τό έπεισόδιο αυτό όνομάστηκε «δικαστική επανάσταση». Ή νέα πλειοψηφία δήλωσε σαφώς ότι ό συνταγματικός έλεγχος δέν θά χρησιμοποιόταν πιά στην περιοχή της οικονομικής πολιτικής.

Τήν ίδια εποχή μία άλλη δραματική άλλαγή κατεύθυνσης άρχισε νά διαμορφώνεται στη νομολογία του Α.Δ. Σέ ύποσημείωση μιάς άπόφασης του 1938 τό δικαστήριο είχε δηλώσει ότι στό μέλλον ό συνταγματικός έλεγχος θά στρεφόταν κυρίως πρός κρατικές πράξεις πού παραβίαζαν τά άτομικά καί πολιτικά δικαιώματα —μέ έμφαση στην έλευθερία του λόγου καί του τύπου— ή πού κατοχυρώναν νομικά τίς φυλετικές διακρίσεις κατά τών μαύρων. Έτσι ό Σ.Δ. Black, ανατρέποντας την προηγούμενη ταύτιση της έλευθερίας μέ την άτομική ιδιοκτησία, έγραφε τό 1941 ότι «οί έγγυήσεις της Ιηστροπολογίας άποτελούν τό θεμέλιο πάνω στό όποιο στηρίζεται ή δομή της έξουσίας καί χωρίς τό όποιο δέν μπορεί νά επιζήσει. Τό δικαίωμα νά εκφραζόμαστε καί νά γράφουμε έλεύθερα γιά όλα τά δημόσια θέματα είναι τόσο άπαραίτητο γιά την επιβίωση του πολιτευματός μας, όσο είναι καί ή καρδιά γιά τό ανθρώπινο σώμα».⁶² Καί ό Σ.Δ. καί φιλόσοφος Cardozo ύποστήριζε ότι «μπορούμε νά πούμε γιά την έλευθερία του λόγου ότι άποτελεί την πηγή καί τόν άπαραίτητο όρο γιά όλες τίς άλλες μορφές έλευθερίας».⁶³ Άπό τό 1935 καί μετά, τό Α.Δ. αύξάνει δραματικά τόν άριθμό τών άναιρέσεων πού δέχεται πρός εξέταση, στίς όποιες ύπάρχει ύποψία παραβίασης της έλευθερίας του λόγου ή του τύπου καί άκυρώνει άρκετούς πολιειακούς νόμους ως αντίθετους μέ την Ιη τροπολογία. Καί όταν τό 1942 ό Σ.Δ. Stone έγραφε ότι «τό Σύνταγμα μέ την Ιη καί 14η τροπολογία έχει βάλει τίς (πολιτικές καί προσωπικές) έλευθερίες σέ προνομιακή θέση»⁶⁴ βάφτισε τή νέα κατεύθυνση της συνταγματικής νομολογίας. Ή «προνομιακή θέση» τών πολιτικών έλευθεριών έγινε ή νέα συνταγματική όρθοδοξία.

Ή πλειοψηφία τών άκαδημαϊκών σχολιαστών ύποδέχτηκε εύνοικά την άλλαγή. Άπό τά μέσα της δεκαετίας του 1920 ήδη οί μεγάλες νομικές σχολές της Άμερικής κυριαρχούνταν άπό τίς άπόψεις της κοινωνιολογικής φιλοσοφίας του δικαίου του Pound καί τό νομικό ρεαλισμό. Καί οί δύο σχολές είχαν αντιμετώπισει έχθρικά τή φορμαλιστική στάση τών συντηρητικών δικαστών τών άρχών του αιώνα καί είχαν ύποστηρίξει ότι τό δίκαιο καί ό συνταγματικός έλεγχος πρέπει νά χρησιμοποιηθοϋν ως μέσα «κοινωνικής μηχανής» (social engineering). Οί μεγάλοι δικαστές της εποχής Holmes, Brandeis, Cardozo, Stone καί Frankfurter πού πρωτοστάτησαν στην άποδοχή τών μέτρων του New Deal είτε προέρχονταν άπό άκαδημαϊκές

61. 300 U.S. 379 (1937).

62. Μειοψηφούσα άποψη στην *Drivers' Union v. Meadowmoor*, 312 U.S. 287 (1941), σελ. 301-2.

63. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), σελ. 326.

64. *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1942), σελ. 600.

θέσεις είτε επηρεάζονταν από την πραγματιστική φιλοσοφία του W. James και το νομικό ρεαλισμό, του οποίου ο O. W. Holmes ήταν ένας από τους πρωτεργάτες. Οί ίδιοι δικαστές πρωτοστάτησαν και στη μετατόπιση του συνταγματικού ελέγχου από την οικονομική στην πολιτική ελευθερία.

Εντούτοις η αλλαγή αυτή δεν ήταν όμοφωνη. Το σύνολο των δικαστών και των συνταγματολόγων είχε συμφωνήσει γύρω στο 1940 ότι η προστασία της ελευθερίας του λόγου έπρεπε να αποκτήσει σημαντικότερη θέση στη νομολογία του Α.Δ. Αλλά κάτω από την επιφανειακή συμφωνία ξέσπασε μία όξεια διαμάχη γύρω από τον ρόλο του Α.Δ. και την επιτρεπτή έκταση του συνταγματικού ελέγχου, που διαρκεί μέχρι σήμερα. Η διαμάχη αυτή είχε ξεκινήσει στις αρχές του αιώνα από δικαστές και ακαδημαϊκούς που διαφωνούσαν με τις συντηρητικές αποφάσεις του Α.Δ. και υποστήριζαν ότι αποτελούσαν ανεπιτρεπτή επέμβαση στις αρμοδιότητες της νομοθετικής εξουσίας που παραβίαζε τη δημοκρατική αρχή και τη διάκριση των εξουσιών. Χαρακτηριστικά ο Σ.Δ. Holmes έγραφε το 1905, σε μειοψηφούσα άποψη στην υπόθεση *Lochner*: «Η πλειοψηφία αποφασίζει την υπόθεση βασισμένη σε μία οικονομική θεωρία, την οποία ένα μεγάλο μέρος του λαού δεν εμπιστεύεται. Αν μέρωτούσαν αν συμφωνώ μ' αυτήν τη θεωρία θά έλεγα ότι θέλω να τη μελετήσω περισσότερο. Αλλά το θεσμικό μου καθήκον δεν είναι αυτό, γιατί πιστεύω ότι η συμφωνία ή διαφωνία μου με τη θεωρία δεν επηρεάζει το δικαίωμα της πλειοψηφίας του λαού να θεσμοθετεί στο δίκαιο τις δικές της απόψεις... Δεν πιστεύω ότι η 14η τροπολογία θεσμοθετεί ως αρχή του δικαίου την Κοινωνική Στατική του κ. Herbert Spencer».⁶⁵

Όπως είδαμε, η «δικαστική επανάσταση» έβαλε τέλος στη νομική κατοχύρωση των θεωριών του Smith και του Spencer. Τά επιχειρήματα που είχαν διατυπωθεί ενάντια σ' αυτήν την τάση του συνταγματικού ελέγχου άρχισαν με μεγαλύτερη δριμύτητα να απευθύνονται τώρα προς τους δικαστές που ήθελαν να βάλουν την πολιτική ελευθερία στη θέση της οικονομικής. Θά ήταν ενδιαφέρον να ξεταστούν σύντομα οί βασικοί συλλογισμοί των δύο αντιμαχόμενων σχολών, δηλαδή του «δικαστικού ακτιβισμού» και της «δικαστικής αποχής» (judicial activism και judicial restraint). Κάτω από την επιφανειακά ριζική νέα κατεύθυνση της συνταγματικής θεωρίας και πράξης βρίσκουμε πάλι τις θεωρητικές βάσεις και αντινομίες του συνταγματισμού του 19ου αιώνα.

4.2. Φυσικό δίκαιο και θετικισμός

α) Οί άκτιβιστές, που κύριοι αντιπρόσωποί τους ήταν οί Σ.Δ. Black, Douglas

65. Μειοψηφούσα άποψη 148 U.S. 59.

καί ὁ ἀρχιδικαστής Warren, ἀποδέχονται ὅτι ἡ τυπικά ἀνώτερη θέση τοῦ Συντάγματος δημιουργεῖ τεκμήριο ἀντισυνταγματικότητας ὧν ἐκείνων τῶν νομικῶν διατάξεων πού παραβιάζουν τίς συνταγματικές ἐπιταγές καί κυρίως τήν 1η τροπολογία. Γιά νά ἀσκήσουν τόν συνταγματικό ἐλεγχό εἶναι διατεθειμένοι νά διευκολύνουν τήν ἐξέταση συνταγματικῶν ὑποθέσεων, ἀπλοποιώντας τίς διαδικαστικές προϋποθέσεις ἀποδοχῆς τους. Γιά παράδειγμα, σύμφωνα μέ μιὰ παραδοσιακή προϋπόθεση, ἡ ἔνσταση συνταγματικότητας μπορεῖ νά προταθεῖ στό δικαστήριό μόνον ὅταν ὁ διάδικος ἀποδεικνύει ὅτι ἡ συγκεκριμένη ἐφαρμογή ἐνός νόμου θίγει τά συνταγματικά του δικαιώματα.⁶⁶ Οἱ ἀκτιβιστές ὁμως δέχονται ὅτι ἡ ἔνσταση μπορεῖ νά προταθεῖ καί νά ὀδηγήσει στήν ἀκύρωση νόμων πού εἶναι ἐν δυνάμει ἀντισυνταγματικοί, ἀνεξάρτητα ἀπό τήν ἐφαρμογή τους στήν ἐνδίκη ὑπόθεση. Ἡ διατήρηση τέτοιων νόμων, ὑποστηρίζουν, ἀποθαρρύνει (ἡ «παγώνει», chilling effect)⁶⁷ αὐτούς πού θά θέλουν μελλοντικά νά ἀσκήσουν τά συνταγματικά τους δικαιώματα.

Παράλληλα, ἡ ἀναφορά στό «φυσικό καί ἀναπαλλοτρίωτο» δικαίωμα τῆς ἐλευθερίας τοῦ λόγου γίνεται ὅλο καί συχνότερη. Ἔτσι, ἀνατρέποντας, τό 1939, τήν ἀπόφαση *Davis* τό Α.Δ. δηλώνει: «Σέ ὅποιονδήποτε καί ἂν ἀνήκουν δρόμοι καί πάρκα ἔχουν ἀνέκαθεν χρησιμοποιηθεῖ γιά δημόσιες συναθροίσεις, γιά τήν ἐπικοινωνία τῶν πολιτῶν καί τή συζήτηση τῶν κοινῶν. Ἡ χρήση τους γι' αὐτόν τόν σκοπό ἀποτελεῖ ἀπό πολύ παλιά μέρος τῶν δικαιωμάτων καί τῶν ἐλευθεριῶν τοῦ πολίτη».⁶⁸ Βέβαια τά σαράντα χρόνια ἀπό τό 1897 (τῆς ἀπόφασης *Davis*) ὡς τό 1939 δύσκολα χαρακτηρίζονται μέ τόν ὅρο «ἀνέκαθεν». Εἶναι ἀπλῶς τό κρίσιμο χρονικό διάστημα στό ὁποῖο ἄλλαξε ριζικά ὁ δικαστικός ὁρισμός τῶν «δικαιωμάτων καί ἐλευθεριῶν τοῦ πολίτη». Ἡ ἔννοια τῶν θεμελιωδῶν καί ἀναπαλλοτρίωτων φυσικῶν ἀνθρωπίνων δικαιωμάτων, γράφει ἕνας σύγχρονος συνταγματολόγος, «βρίσκεται σ' ὅλες τίς παλιές ἀποφάσεις τοῦ Α.Δ. Ἀλλά εἶναι τόσο σύγχρονη ὅσο καί ἡ ἀπόφαση τοῦ Α.Δ. τῆς περασμένης βδομάδας».⁶⁹

Ἀπό τήν ἄλλη πλευρά, τό Σύνταγμα καί τό Bill of Rights εἶναι γιά τοὺς ἀκτιβιστές θετικό, γραπτό δίκαιο. Γιά νά ἐφαρμοστούν λοιπόν πρέπει νά ἐρμηνευθοῦν κατάλληλα καί νά βρεθεῖ ἡ ἀκριβῆς ἔννοια τῶν διατάξεών τους. Τό πρόβλημα τῆς ἀκριβοῦς ἐννοίας τοῦ συνταγματικοῦ κειμένου γίνεται ἔτσι ἕνα ἀπό τά βασικά σημεῖα τῆς διαμάχης. Τρεῖς βασικοί τρόποι ἐρμηνείας προτείνονται ἀπό τοὺς ἀκτιβιστές.

Ὁ πρῶτος στηρίζεται στή διατύπωση τοῦ κειμένου (γραμματική ἐρμη-

66. Γιά τίς διαδικαστικές αὐτές προϋποθέσεις βλέπε τή γνώμη τοῦ Σ.Δ. Brandeis στήν *Ashwander* v. *T.V.A.*, 297 U.S. (1936).

67. «The Chilling Effect in Constitutional Law», 69 *Columbia Law Review*, σελ. 808 (1969).

68. *Hague* v. *C.I.O.*, 307 U.S. 496 (1939), σελ. 515-6.

69. S. Krislov (1968), σελ. 77.

νεία). "Όπως έλεγε ο αρχιδικαστής Taney τόν 19ο αιώνα, τό Σύνταγμα «μυλάει πάντα όχι μόνο μέ τίς ίδιες λέξεις αλλά καί μέ τίς ίδιες έννοιες». ⁷⁰ Οί νέοι άκτιβιστές επαναλαμβάνουν αυτήν τήν αντίληψη· κατά τόν Σ.Δ. Roberts ο ρόλος τών δικαστών είναι άπλός: «Τό μόνο μας καθήκον είναι νά βάλουμε τό σχετικό άρθρο του Συντάγματος δίπλα στόν προσβαλλόμενο νόμο καί νά αποφασίσουμε άν συμφωνούν». ⁷¹ Η διατύπωση τής 1ης τροπολογίας είναι άπόλυτη: «Τό Κογκρέσο δέν δικαιούται νά θεσπίσει νόμους πού παραβιάζουν τήν έλευθερία του λόγου ή του τύπου» καί κατά τόν Σ.Δ. Black «οί λέξεις αυτές έχουν ξεκάθαρο νόημα! Δέν δικαιούται σημαίνει άκριβώς αυτό, ότι δηλαδή δέν δικαιούται *σε καμιά* περίπτωση». ⁷²

Έντούτοις, ή άφελής πίστη του Black στή λεξικογραφική σημασία τών λέξεων έχει ξεπεραστεί φιλοσοφικά μετά τήν παρέμβαση του Wittgenstein. Η αντίληψη τής «γλώσσας πιστής άπόδοσης τής πραγματικότητας» έχει αντικατασταθεί άπό τή μελέτη της ως «μορφής ζωής». ⁷³ Οί λέξεις δέν μπορούν νά θεωρηθούν πιά ως «διαφανείς φακοί» πού βρίσκονται σέ μονομερή σχέση άντιστοιχίας-άντιπροσώπευσης μέ τόν κόσμο τών έμπειριών. ⁷⁴ Στή θέση τής γραμματικής έρμηνείας προτείνονται δύο άλλοι τρόποι.

Στόν πρώτο, ή κυριαρχία τών λέξεων άντικαθίσταται άπό τή νομοθετική ιστορία του κειμένου (άπλή ιστορική έρμηνεία). Οί όμιλίες τών άντιπροσώπων στή Συντακτική Συνέλευση, οί άπόψεις καί τά γραπτά τους έρευνώνται έξονυχιστικά γιά νά άποκαλυφθεί τό άκριβές νόημα τών συνταγματικών διατάξεων. Χιλιάδες σελίδες έχουν γραφεί γιά τίς συνεδριάσεις πού όδήγησαν στήν υιοθέτηση τής 14ης τροπολογίας χωρίς άποτέλεσμα. ⁷⁵ Άλλά καί ή πιό σαφής διατύπωση τής 1ης τροπολογίας δέν βοήθησε ιδιαίτερα

70. Στο R. Hodder-Williams (1980), σελ. 7.

71. Σ.Δ. Roberts στο *U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936).

72. H. Black καί E. Cahn (1962), σελ. 553-4.

73. Τή δεκαετία του έβδομήντα σημειώθηκε μία τάση σύγκλισης ανάμεσα σέ διάφορες σχολές τής φιλοσοφίας καί τών κοινωνικών έπιστημών: φαινομενολογία, έθνομεθοδολογία, μεταβιτγκενσταϊνική φιλοσοφία, κριτική θεωρία καί μερικές σχολές του δυτικού μαρξισμού. Η τάση αυτή, πού άποσκοπεί νά ξεπεράσει τήν προηγούμενη θετικιστική κυριαρχία στίς κοινωνικές έπιστήμες, στηρίχθηκε στήν άπόρριψη τής αντίληψης τής γλώσσας ως καθρέφτη τής πραγματικότητας. Σ' αυτή τήν τάση άνήκουν οί Habermas, Giddens καί Laclau.

74. R. Unger (1977), σελ. 196. Πρβλ. Αρ. Μάνεση, *Συνταγματικό Δίκαιο Ι*, σ. 183-204. Ό Μάνεσης υποστηρίζει ότι ή έρμηνεία είναι άναγκαία ιδίως όταν «υπάρχει άμφιβολία γιά τό *άληθινό* νόημα ενός συνταγματικού κανόνα», σ. 189. Έντούτοις τό «άληθινό νόημα», άν υπάρχει, είναι δυσεύρετο. Οί διάφοροι μέθοδοι έρμηνείας φαίνεται ότι άποτελούν διαδικασίες παραγωγής καί κατοχύρωσης «υποκειμένων» έρμηνείας, δηλαδή υποκειμένων έξουσίας μάλλον, παρά τρόπους πρόσβασης καί άποκάλυψης του νοήματος του κειμένου. Δές Γ.2.

75. Βλέπε Ely (1980), σελ. 65-66.

τήν ιστορική έρευνα πού ανέλαβε νά βρεῖ τίς νομοθετικές προθέσεις. «Οἱ καταβολές τῆς 1ης τροπολογίας παραμένουν αἰνιγματικές... οἱ συζητήσεις (στή Συντακτική Συνέλευση τοῦ 1791) ἦταν στοιχειώδεις καί δέν μποροῦν νά μᾶς διαφωτίσουν». ⁷⁶ Ἀλλά ἀκόμα κι ἂν οἱ συζητήσεις τοῦ 1791 ἦταν πιό διαφωτιστικές, διερωτᾶται κανεῖς ποιά θά ἦταν ἡ ἀξία τῶν ἀπόψεων τῶν ἐπαναστατῶν τοῦ 18ου αἰῶνα γιά τά σύγχρονα προβλήματα τῆς προστασίας τῆς ἐλευθερίας τῆς ἐκφρασης.

Οἱ ἀντιρρήσεις αὐτές ὁδήγησαν στήν πρόταση μιᾶς ἄλλης μορφῆς ἱστορικής ἐρμηνείας. Τά ἱστορικά στοιχεῖα πρέπει νά ἐξεταστοῦν σύμφωνα μέ τήν «ἐρμηνευτική μέθοδο» (hermeneutical method). Τό Σύνταγμα, παρά τίς διαβεβαιώσεις τοῦ Taney καί τοῦ Black, θεσπίστηκε «μέ σκοπό νά διατηρηθεῖ γιά αἰῶνες καί ἐπομένως πρέπει νά προσαρμόζεται στίς νέες κρίσεις τῆς κοινωνικῆς ζωῆς». ⁷⁷ Ἡ ἱστορική έρευνα πρέπει νά φέρεي τόν φῶς τίς γενικές ἀρχές τοῦ συνταγματικοῦ νομοθέτη καί τίς καταστάσεις ἐκεῖνες πού ἤθελε νά ἀποτρέψει μέ τή θέσπιση κάποιας συνταγματικῆς διάταξης καί μετά νά τίς προσαρμόσει στά σύγχρονα προβλήματα. Πρέπει δηλαδή «νά βρεθεῖ ἡ σημερινή σημασία μιᾶς παλαιότερης ἀπόφασης πού πῆρε τό ἔθνος καί πού παραμένει ἐπίκαιρη». ⁷⁸ Ἡ μέθοδος αὐτή διαμεσολάβησης ἀνάμεσα σέ δύο ἱστορικές ἐποχές ἀκολουθήθηκε κυρίως γιά τή λύση τῶν προβλημάτων πού βάζει ἡ 1η τροπολογία.

Ἐνα ἀπό τά σημαντικότερα προβλήματα ἐρμηνείας τῆς 1ης τροπολογίας ἀναφέρεται στό κατά πόσο αὐτή κατάργησε τό παλιό ἔγκλημα τῆς «στασιαστικῆς δυσφήμισης τῶν ἀρχῶν» (seditious libel) τοῦ common law. Ἀρκετοί δικαστές καί συνταγματολόγοι, μεταξύ τῶν ὁποίων καί οἱ Holmes, Black καί Douglas, ὑποστήριξαν ὅτι ἡ υἱοθέτηση τῆς 1ης τροπολογίας εἶχε ὡς κύριο σκοπό τήν κατάργηση ὅλων τῶν διατάξεων τοῦ common law πού περιόριζαν τήν ἐλευθερία τοῦ λόγου. ⁷⁹ Ἐντούτοις ὁ σημαντικότερος ἱστορικός τῆς τροπολογίας L. Levy κατέληξε στό ἀκριβῶς ἀντίθετο συμπέρασμα. ⁸⁰ Καί μετά τό 1791 τό ἀγγλικό common law ἐξακολουθῆσε νά ἰσχύει. Καί ἐνῶ ἡ διαμάχη τῶν ἱστορικῶν συνεχιζόταν, τό ἴδιο τό Α.Δ. παρενέβη σάν ὑπέρτατος διαιτητής τῆς ἱστορικῆς ἀλήθειας καί ἐβάλε τέρμα στή συζήτηση. Σέ μιᾶ ἀπόφαση τοῦ 1964, τό Δικαστήριο δήλωσε ὅτι «ἡ ἱστορία ἐκρίνε γιά τό κεντρικό νόημα τῆς 1ης τροπολογίας. Ἡ στασιαστική δυσφήμιση τῶν ἀρχῶν δέν μπορεῖ νά ἀποτελεῖ ποινικό ἀδίκημα» ⁸¹ γιὰτί παρβαρίζει τήν ἐλευθερία τῆς ἐκφρασης. Ἀλλά ἂν αὐτό ἦταν τό κεντρικό

76. S. Krislov (1968), σελ. 65-66.

77. Στό Hodder-Williams (1980), σελ. 7.

78. Linde (1972), σελ. 259.

79. Schoffieff (1921), τόμ. 2, σελ. 521-2.

80. Levy (1960), σελ. 247-8.

81. Kalven, H., "The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment", 1965, *Supreme Court Review*, σ. 209.

νόημα της τροπολογίας τό 1964 σίγουρα δέν ήταν τό 1799, τό 1919 καί τό 1951, όταν τό Α.Δ. επικύρωσε τούς τρεῖς σημαντικότερους ὁμοσπονδιακούς νόμους περί προστασίας τοῦ κοινωνικοῦ καθεστώτος: τό νόμο περί ἀλλοδαπῶν καί περί στάσης τοῦ 1798 (Alien and Sedition Act)· τό νόμο περί κατασκοπείας τοῦ 1914 πού ἀπαγόρευσε κάθε κριτική τῆς εἰσόδου τῆς Ἀμερικῆς στόν Α΄ Παγκόσμιο Πόλεμο (Espionage Act)· τέλος, τό Smith Act τοῦ 1940, πού ἀπαγόρευε τή «διδασκαλία καί ὑποστήριξη τῆς θεωρίας ὅτι τό κοινωνικό καθεστώς πρέπει νά ἀνατραπεῖ βίαια» —βάσει τοῦ ὁποίου ὅλα τά μέλη τοῦ Πολιτικοῦ Γραφείου τοῦ Κ.Κ.Η.Π.Α. καταδικάστηκαν σέ εἰκοσαετή φυλάκιση— καί ἀποτελέσε τό νομικό θεμέλιο τοῦ μακαρθισμού.⁸²

Οἱ διαδοχικές προσπάθειες σύζευξης συνταγματικοῦ κειμένου καί ἱστορίας δέν φαίνονται νά πετυχαίνουν. Ὁ τρόπος μέ τόν ὁποῖο ἡ συνταγματική θεωρία καί οἱ ἀποφάσεις τοῦ Α.Δ. κατανοοῦν καί ἐρμηνεύουν τίς «45 ἀπλές λέξεις τῆς 1ης τροπολογίας» σχετίζεται περισσότερο μέ τήν ἱστορική συγκυρία κάθε ἐποχῆς παρά μέ κάποια κοινῶς ἀποδεκτή μέθοδο. Μποροῦμε νά πούμε ὅτι τό μόνο κοινό σημεῖο τῶν προσπαθειῶν αὐτῶν εἶναι ὅτι παρουσιάζουν μία «ἀναδρομική συμμετρία»:⁸³ οἱ ἰδεολογικές ἀνάγκες κάθε ἐποχῆς ἐπικυρώνονται μέ τή συνεχή τους ἀναγωγή στίς ἄγνωστες ἡ ἀντιφατικές προθέσεις τοῦ συνταγματικοῦ νομοθέτη ἡ στίς «ἀδιαφανεῖς» λέξεις τοῦ συνταγματικοῦ κειμένου. Ἡ ἔννοια τοῦ «authorization» (συγγραφῆς-ἐπικύρωσης) ἀποκτᾷ ἔτσι ξανά τό διπλό της νόημα· ὁ ἀρχικός συγγραφέας (Author) ἐπικυρώνει (authorizes) συνεχῶς τίς ἀπόψεις τῶν σύγχρονων συγγραφέων (authors). Ἡ κάθε συνταγματική πρόταση εἶναι καινούργια καί πρωτότυπη, ἀλλά πρέπει νά παρουσιάζεται ὡς ἀδιάκοπη ἐπανάληψη τοῦ ἀρχικοῦ λόγου. Δέν εἴμαστε μακριά ἀπό τό λακάνειο «εἶδωλο τοῦ διπλοῦ καθρέφτη»⁸⁴ (double mirror image) μέσα ἀπό τό ὁποῖο ἡ ἐσωτερική συνέχεια καί συνοχή τοῦ νομικοῦ λόγου καί τῆς ἰδεολογίας τοῦ συνταγματικοῦ «κράτους δικαίου» κατοχυρώνεται καί ἀναπαράγεται.

β) Οἱ ὑποστηρικτές τῆς θεωρίας τῆς δικαστικῆς ἀποχῆς — κύριοι ἐκπρόσωποί τους εἶναι οἱ Σ.Δ. Frankfurter καί Harlan καί ὁ ὁμοσπονδιακός δικαστής Learned Hand— ἐπιτίθενται σέ ὅλες τίς θέσεις τῶν ἀκτιβιστῶν. Τούς κατηγοροῦν ὅτι προσπαθοῦν νά ἀναστήσουν τό φυσικό δίκαιο καί τούς ὑπενθυμίζουν τήν ἐκρηκτική κατάσταση πού δημιουργήθηκε ὅταν οἱ παλιοὶ συντηρητικοὶ ἀκτιβιστές θεώρησαν ὅτι τό Σύνταγμα κατοχυρώνει τά «φυσικά» δικαιώματα τῆς ἰδιοκτησίας. Γιά τήν ἀκύρωση νόμου ὡς ἀντισυν-

82. Κ. Δουζίνας (1982), κεφ. VI, VIII καί IX.

83. J. Roche, "American Liberty: An Examination of the Tradition of Freedom", στό M. Konvitz καί E. Rossiter (1958), σελ. 129-162.

84. Βλέπε L. Althusser (1971), σελ. 127-186, 195-211, καί M. Foucault (1971).

ταγματικού υποστηρίζουν ότι πρέπει να *υπάρχει σοβαρή παραβίαση* μιάς σαφούς *συνταγματικής διάταξης*. 'Αλλά, όπως είδαμε, τέτοιες διατάξεις είναι δύσκολο να βρεθούν. 'Ετσι ο δικαστής Learned Hand καταλήγει στο συμπέρασμα ότι ο συνταγματικός έλεγχος πρέπει να εγκαταλειφθεί. 'Ο Κατάλογος των 'Ατομικών 'Ελευθεριών αποτελεί για τον Hand μιά γενική διακήρυξη αρχών και δέν δικαιολογεί τή δικαστική επέμβαση στή νομοθετική εξουσία. 'Ο Frankfurter και ο Hand υποστηρίζουν ότι ή συνεχής ακύρωση νομοθετικών πράξεων παραβιάζει τήν αρχή τής διάκρισης των εξουσιών και άλλώνει τόν παραδοσιακό και συνταγματικά κατοχυρωμένο τρόπο άσκησης τής κρατικής εξουσίας. 'Αλλά παρ' ότι ο συνταγματικός έλεγχος δέν προβλέπεται από τό Σύνταγμα, έχει καθιερωθεί μετά τό 1803 ως απαραίτητο συστατικό του συνταγματικού καθεστώτος. 'Ετσι οι υποστηρικτές τής άποχής βρίσκονται σέ ιδιαίτερα δύσκολη θέση. Καταδικάζουν θεωρητικά τήν άσκηση του έλέγχου γιατί παραβιάζει τή συνταγματική ισορροπία, αλλά ως δικαστές υποχρεώνονται να τόν άσκουν, αφού ή επίσημη εγκατάλειψή του θά αποτελούσε τή μεγαλύτερη παραβίαση τής συνταγματικής παράδοσης και πρακτικής.⁸⁵

Τά έπιχειρήματα πού άντλούνται από τό φυσικό δίκαιο, τό χαρακτήρα του Συντάγματος, από τό νόημα των διατάξεών του, τή νομοθετική ιστορία και τήν πολιτική παράδοση επαναλαμβάνονται συνεχώς επί εξήντα χρόνια, χωρίς να βγαίνει συμπέρασμα από τή διαμάχη. 'Αλλά τά κύρια έπιχειρήματα των δύο πλευρών προέρχονται μετά τό 1930 από τή δημοκρατική πολιτική θεωρία και τήν έμπειρική «πολιτική έπιστήμη».

4.3. Δημοκρατική θεωρία

α) Στην εποχή τής δημοκρατικής ρητορείας μετά τό New Deal, ήταν φυσικό ότι τά βασικά έπιχειρήματα υπέρ και κατά του συνταγματικού έλέγχου θά άναζητούνταν στήν πολιτική θεωρία.

Οί υποστηρικτές τής δικαστικής άποχής δέχονται τή θεωρία του πλουραλισμού και τής «δημοκρατίας των έλίτ». Τό δημοκρατικό πολίτευμα περιγράφεται ως ένας θεσμοποιημένος άνταγωνισμός ανάμεσα σέ ομάδες συμφερόντων (group pluralism) πού οδηγεί στήν περιοδική έκλογή των πολιτικών έλίτ. 'Όπως «διαβεβαιώνει» μιά σειρά έμπειρικών έρευνών, ή πλουραλιστική δημοκρατία έχει έπιτευχθεί στήν 'Αμερική και αποτελεί τό μόνο πολίτευμα πού εξασφαλίζει τήν κοινωνική σταθερότητα και τήν αναγκαία δόση πολιτικής έναλλαγής και προσαρμογής. Τό Α.Δ., διορισμένο και πολιτικά άνεξέλεγκτο, βρίσκεται έξω από τίς συναλλαγές τής πολιτικής άγοράς και οί άκυρωτικές του παρεμβάσεις παραμορφώνουν τήν

85. M. Shapiro (1966), σελ. 16.

όμαλή λειτουργία του πολιτικού πλουραλισμού. "Όταν τό Α.Δ. άκυρώνει ένα νόμο πού προήλθε από την άβίαστη λειτουργία του πολιτικού συστήματος, παραβιάζει την εκδηλωμένη λαϊκή βούληση και καλλιεργεί την πολιτική άπάθεια, ύποδλώνοντας ότι ο λαός και οι αντιπρόσωποί του δέν μπορούν νά επιλύσουν τά μεγάλα πολιτικά προβλήματα, ή λύση των όποιών πρέπει νά άνατεθεί στους νέους «βασιλικούς άνδρες»⁸⁶ του Α.Δ. Στή διάρκεια της δεκαετίας του '50 τά έπιχειρήματα αυτά χρησιμοποiehκαν από την πλειοψηφία του Α.Δ. για νά επικυρωθεί τό νομικό πλαίσιο του μακαρθισμού, πού άποτέλεσε την πιο έκτεταμένη και συστηματική παραβίαση της έλευθερίας του λόγου και των πολιτικών δικαιωμάτων στην άμερικανική ιστορία.

■ Όλλά άνάλογα έπιχειρήματα έχουν διατυπωθεί κατά του άκτιβισμού. "Ετσι ύποστηρίζεται ότι τό τελεσίδικό και τό αύξημένο τυπικό κύρος μιås συνταγματικής άπόφασης ύποχρεώνει τά νομοθετικά σώματα νά χρησιμοποiehσουν τίς πολύπλοκες και χρονοβόρες διατάξεις περί τροποποιήσεως του Συντάγματος, άν θέλουν νά την άνατρέψουν. Οί δικαστές προειδοποιούνται ότι ή συνεχής χρήση της άκυρωτικής τους εξουσίας θά όδηγήσει σέ μεγάλη λαϊκή και πολιτική αντίδραση πού θά θέσει σέ κίνδυνο τόν ίδιο τό θεσμό του Α.Δ.⁸⁷ "Ότι ο συνταγματικός έλεγχος, πού όδηγεί σέ δικαστική νομοθέτηση, παραβιάζει την αρχή της διάκρισης των έξουσιών. Κατά τους νεο-συντηρητικούς των δεκαετιών του '60 και του '70,⁸⁸ πού άνακάλυψαν ξανά τίς θεωρίες του Burke, ο συνταγματικός έλεγχος παραβιάζει την αντίληψη περί δικαίου, ως οργανικού δημιουργήματος πού έκπορεύεται από τή ζωντανή παράδοση της κοινότητας.⁸⁹ Τέλος, τά έπιχειρήματα του Holmes και των ρεαλιστών κατά της φορμαλιστικής νομολογίας και

86. Είναι χαρακτηριστική ή αντίφαση του έπιχειρήματος αυτού μέ τίς θεωρίες των πλουραλιστών ότι ή πολιτική άπάθεια είναι αναγκαία προϋπόθεση για τή σταθερότητα των άναπτυγμένων δημοκρατικών κοινωνιών. "Ο Frankfurter και ο Learned Hand παρ' ότι άποδέχονται πλήρως την πολιτική θεωρία του πλουραλισμού, στηρίζουν την κριτική τους κατά του συνταγματικού έλέγχου στο έπιχείρημα περί πολιτικής άπαθείας. Γενικότερα για την άποσύνδεση του δημοκρατικού από τό φιλελεύθερο στοιχείο στίς κοινωνίες του ύστερου καπιταλισμού δές Γ. Κασιμάτη, *Οί λειτουργίες του κράτους*, 1980, σ. 19-31, Ξ. Γιαταγάνα, *Η κρίση της φιλελεύθερης δημοκρατίας*, Τό Σ. 1976, 265-289, Αρ. Μάνεση, *Οί έγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος II*, σ. 40-45.

87. Monaghan. "Constitutional Adjudication: The Who and When", 82 *Yale Law Journal* 1363 (1973), σελ. 1366.

88. A. Bickel (1975), κεφ. 1· Elliott, W. (1974), σελ. 193-204.

89. «Τό δίκαιο είναι ή έκφραση των άπόψεων και των αισθημάτων πού μπορούν νά θεωρηθούν ως αντιπροσωπευτικά της κοινότητας ως έξελισσόμενης οργανικής κοινωνίας». Frankfurter, 98 *Proceedings of the American Philosophical Society*, σελ. 233 (1954).

φιλοσοφίας των άρχων του αιώνα επιστρατεύονται κατά των νέων ακτιβιστών των πολιτικών ελευθεριών: όσο και νά ψάχνουν για επιβεβαίωση των άρχων τους στο συνταγματικό κείμενο δέν μπορούν νά αποφύγουν τήν αντιδημοκρατική έπιβολή των δικών τους αυθαίρετων πολιτικών άξιών ύποσκάπτοντας έτσι τό «μεγαλειό» του συνταγματικού κράτους καί τήν πίστη στην «ουδέτερότητα» των δικαστών.

Οί θέσεις αυτές όμως παραμένουν γεμάτες αντιφάσεις. 'Ο συνταγματικός έλεγχος θεωρείται ως αντιδημοκρατικός, αλλά έχει γίνει στην πράξη τμήμα των άμερικανικών δημοκρατικών διαδικασιών όσο καί οί προεδρικές έκλογές. 'Η δημιουργία πολιτικής άπάθειας καταδικάζεται, αλλά οί μεγάλοι θεωρητικοί του πλουραλισμού καί της συστηματικής ανάλυσης της πολιτικής Schumpeter και Parsons τή θεωρούν αναγκαίο όρο για τή σταθερότητα του πολιτικού συστήματος. "Ετσι οί ύποστηριχτές της δικαστικής άποχής σταδιακά τροποποίησαν τή θέση τους. "Ενας «συνετός» συνταγματικός έλεγχος είναι αποδεκτός, αλλά κατά τήν άσκηση του οί δικαστές πρέπει νά χρησιμοποιούν ως «άντικειμενικό» κριτήριο τίς άξίες της κοινωνίας καί του περίφημου «μέσου» ανθρώπου καί όχι τίς ύποκειμενικές τους άπόψεις.⁹⁰ 'Εντούτοις, για τούς πλουραλιστές οί άξίες της κοινωνίας εκφράζονται κυρίως στους νόμους της, κατ' έξοχήν προϊόντα του ανταγωνισμού καί της έξισορρόπησης των κοινωνικών ομάδων καί συμπερόντων. "Ετσι για τούς συνταγματολόγους πού αποδέχονται τήν πλουραλιστική θεωρία της δημοκρατίας ό συνταγματικός έλεγχος δέν μπορεί ποτέ νά δικαιολογηθεί πλήρως. 'Η άναζήτηση της «άντικειμενικότητας» έξω από τούς συνεχείς συμβιβασμούς της πολιτικής άγοράς είναι ουτοπική.

β) Οί υπέρμαχοι του συνταγματικού έλέγχου παρουσιάζουν έναν έξίσου έντυπωσιακό κατάλογο επιχειρημάτων πού τά άντλούν από τήν πολιτική θεωρία. 'Ο έκτεταμένος έλεγχος στον χώρο των προσωπικών καί πολιτικών δικαιωμάτων, αντί νά είναι αντιδημοκρατικός, αποτελεί προϋπόθεση για τήν άβίαστη διαμόρφωση της λαϊκής βούλησης καί τή μεταβίβασή της στα κρατικά όργανα, ύποστηρίζουν. Οί περιστασιακές πλειοψηφίες της δημοκρατικής διαδικασίας δέν πρέπει νά είναι σέ θέση νά καταστρέψουν τήν ίδια τή διαδικασία, αποτρέποντας έτσι τήν πολιτική έναλλαγή. Τό Α.Δ., θεσμικά απομακρυσμένο από τό πολιτικό παίγνι, είναι τό πιό κατάλληλο όργανο για νά κρατάει ανοιχτούς τούς «διαύλους της πολιτικής έναλλαγής».⁹¹ Βέβαια, οί νέοι ακτιβιστές καταδικάζουν όμόφωνα τόν παλιό συντηρητικό ακτιβισμό πού προσπάθησε νά μεταιώσει τή διορθωτική παρέμβαση του κράτους στην οίκονομία. 'Υποστηρίζουν όμως ότι ή 1η τροπολογία έξουσιοδοτεί σαφώς έναν διευρυμένο έλεγχο στην περιοχή των πολιτικών ελευθεριών, σέ αντίθεση μέ τούς παλιούς ακτιβιστές πού «άνέ-

90. H. Stone, 50 *Harvard Law Rev.* (1936), σελ. 23-25.

91. Ely (1980).

γνωσαν αὐθαίρετα» τήν προστασία τῆς ἰδιοκτησίας καί τήν ἐλευθερία τῶν συμβάσεων στό συνταγματικό κείμενο.

Οἱ ἀκτιβιστές ἀντλοῦν ἐπιχειρήματα — ὅπως καί οἱ ἀντίπαλοί τους— ἀπό τήν ἐμπειρική πολιτική ἐπιστήμη. Ὑποστηρίζουν ὅτι ἡ αὐστηρή διάκριση τῶν ἐξουσιῶν —στήν ὁποία στηρίζονται οἱ ἀντίπαλοι τοῦ ἐλέγχου— δέν ὑπάρχει στήν πράξη.⁹² Ὅτι ἡ ἔμφαση στόν δημοκρατικό χαρακτήρα τῆς νομοθετικῆς καί ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας βασίζεται σέ ξεπερασμένες, κανονιστικές θεωρίες περί δημοκρατίας.⁹³ Ὅτι ἡ δύναμη τοῦ Α.Δ. εἶναι περιορισμένη καί ἡ συμβολή στή λύση πολιτικῶν προβλημάτων περιθωριακή.⁹⁴ Τέλος, ὅτι τό Α.Δ., ὅπως ὅλα τά ἄλλα πολιτικά ὄργανα, πρέπει νά δημιουργήσει τή δική του πελατεία, κυρίως μεταξύ τῶν κοινωνικῶν ὁμάδων, συμφερόντων καί μειοψηφιῶν πού εἴτε δέν ἀντιπροσωπεύονται κἀν εἴτε χάνουν διαρκῶς στήν πλουραλιστική διαδικασία.⁹⁵ Ὑποστηρίζουν λοιπόν οἱ ἀκτιβιστές ὅτι ὅταν τό δικαστήριο ἀκυρώνει «ἀντιδημοκρατικά» ἔνα νόμο πού ἐπιβάλλει φυλετικές διακρίσεις, αὐτό πού κάνει στήν οὐσία εἶναι νά ἐντάξει θεσμικά στή δημοκρατική διαδικασία καί νά προστατεύσει μιά μειοψηφία —τούς μαύρους— πού γιά «συγκυριακοὺς» λόγους δέν μποροῦν νά ἐλπίζουν ὅτι θά προωθήσουν τά αἰτήματά τους μέσα ἀπό κόμματα, ἐκλογές καί τό πλουραλιστικό παίγνidi.

Εἶναι φανερό λοιπόν ὅτι τά ἐπιχειρήματα πού ἀντλοῦνται ἀπό τήν πολιτική ἐπιστήμη ἐκφράζουν μιά ριζική διαφωνία γύρω ἀπό τόν ὁρισμό καί τόν χαρακτήρα τῆς δημοκρατικῆς/πολιτικῆς διαδικασίας. Ἡ θέση τῶν ἀκτιβιστῶν ἔχει ἐκφραστεῖ κάπως ἀπλοϊκά ἀπό ἕνα σύγχρονο συνταγματολόγο. «Ἄν δεχτοῦμε ὅτι τό πολίτευμα πού θεσπίστηκε ἀπό τό Σύνταγμα εἶναι δημοκρατικό, τότε (ὁ συνταγματικός ἐλεγχος πού εἶναι μέρος τοῦ πολιτεύματος) εἶναι σύμφωνος μέ τή δημοκρατία καί ὁ περιορισμός τῆς ἀρχῆς τῆς πλειοψηφίας εἶναι ἐξίσου δημοκρατικός».⁹⁶ Ἀνάλογη ἦταν ἡ ἀπάντηση τοῦ Σ.Δ. Black στήν κατηγορία ὅτι ὁ ἐλεγχος συνταγματικότητας εἶναι ἀντιδημοκρατικός: ὁ ἴδιος ὁ λαός ἐπέβαλε περιορισμούς στήν ἐξουσία του θεσπίζοντας τό Bill of Rights. Ἡ ἐφαρμογή τους ἀπό τό Α.Δ. ἀποτελεῖ ἐπομένως τήν ὑπέρτατη σύγχρονη ἄσκηση τῆς λαϊκῆς κυριαρχίας. Ἡ λογική κομψότητα τῆς θέσης τοῦ Black ἔχει ἀναγνωριστεῖ καί ἀπό τούς θεωρητικούς του ἀντιπάλους. «Ὅταν τό Α.Δ. ἀκυρώνει ὡς ἀντισυνταγματικό ἕνα νόμο θεσπισμένο ἀπό τούς ἐκλεγμένους ἀντιπροσώπους τοῦ λαοῦ καί κατηγορεῖται γιά ἀντιδημοκρατική συμπεριφορά μπορεῖ νά ἀπαντήσει στοὺς ἐπικριτές του: “Δέν τό κάναμε ἐμεῖς, ἐμεῖς ἀπλῶς ἐφαρμόσαμε τή δική σας ἐντολή”».⁹⁷

92. M. Shapiro (1966), σελ. 8 καί Krislov (1968), κεφ. 1.

93. Shapiro (1966), σελ. 17-25.

94. *ibid.*, σελ. 25-34.

95. R. Dahl (1957), *passim*.

96. Bishin, 50 *S. Cal. Law Review*, 1099 (1977), σελ. 1112.

97. T. Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution?", 27 *Stanford Law Rev.*, σελ. 703 (1975).

Ὁ Black, βέβαια, ἦταν διατεθειμένος νά ἀποδεχτεῖ τίς κανονιστικές καί φυσικοδικαικές καταβολές τῆς θέσης του. Ἐτσι, ὅπως παραδέχτηκε σέ μιά συνέντευξη, ἡ ἀκτιβιστική του στάση στηριζόταν ὄχι μόνο στή «σαφή ἐντολή τῆς 1ης τροπολογίας» ἀλλά καί στήν «ξεπερασμένη» —ὅπως ἐπίσης παραδέχτηκε— πίστη του ὅτι τό κράτος δέν πρέπει καί δέν ἔχει τό δικαίωμα νά παραβιάζει τίς ἀτομικές καί πολιτικές ἐλευθερίες τῶν πολιτῶν.⁹⁸ Ἀλλά οἱ περισσότεροι ὁπαδοί του, πού ἔχουν ἀπορρίψει τίς κανονιστικές ἀπόψεις περὶ δημοκρατίας ὡς ἀναχρονιστικές καί μὴ ἐπαληθεύσιμες ἐμπειρικά, ἀπορρίπτουν καί κάθε ἀνάλογη δήλωση πίστεως. Ἐτσι βρίσκονται παγιδευμένοι σέ μιά ἀντινομία διαφορετικῆς μορφῆς ἀπὸ αὐτήν τῶν ἀντιπάλων τους: ἀπορρίπτουν θεωρητικά ὅλες τίς κανονιστικές βάσεις τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου ἐπειδὴ τίς θεωροῦν κατάλοιπα τῶν θεωριῶν τοῦ φυσικοῦ δικαίου, ἀλλά στηρίζουν τόν ἐλεγχό στήν πράξη, ἀποδεχόμενοι ἔτσι σιωπηρά τίς φυσικοδικαικές του καταβολές καί ἐπιπτώσεις.

Καί σ' αὐτό τό σημεῖο λοιπόν τά ἐπιχειρήματα γίνονται κυκλικά καί ἡ διαφωνία φαίνεται στεῖρα καί ἄλυτη. Στό δεῦτερο μέρος τῆς ἐργασίας αὐτῆς θά ἐξεταστεῖ ἡ θεωρητική καί ἱστορική ἐξέλιξη τοῦ συνταγματισμοῦ μέσα ἀπὸ μιά διαφορετική προβληματική.

98. H. Black καί E. Cahn (1962), σελ. 553.

Β. ΟΙ ΘΕΩΡΗΤΙΚΕΣ ΑΝΤΙΝΟΜΙΕΣ ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΣΜΟΥ

1. Εισαγωγικά

Δύο κατ' ἀρχήν συμπεράσματα βγαίνουν από τήν ἀνάλυση πού προηγήθηκε.

Πρώτον, οἱ θεωρίες τοῦ συνταγματισμοῦ καί τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου δημιουργήθηκαν τόν 19ον αἰώνα καί ἐξελίχθηκαν μέσα ἀπό σημαντικές ἀποφάσεις τοῦ Α.Δ. Ἐντούτοις, μέ ἀφορμή τό New Deal ἡ δικαστική καί ἀκαδημαϊκή ὁμοφωνία γύρω ἀπό τήν ἔννοια καί τήν ἔκταση τοῦ ἐλέγχου συνταγματικότητας διαλύθηκε.

Δεύτερον, τρεῖς προτάσεις ἀντιπροσωπεύουν τήν οὐσία τοῦ συνταγματισμοῦ: τό Σύνταγμα εἶναι *θετός* νόμος, εἶναι ὁ *ὑπέρτατος* νόμος μέσα στό ἱεραρχημένο *corpus* τοῦ νομικοῦ συστήματος καί, τέλος, τό Σύνταγμα προέρχεται καί ἀποτελεῖ τήν ἀνώτατη ἄσκηση τῆς *λαϊκῆς κυριαρχίας*.

Ὁ νομικός θετικισμός, οἱ θεωρίες τοῦ φυσικοῦ δικαίου καί ἡ θεωρία τῆς δημοκρατίας ἀντανακλῶνται ὅλες στή συνταγματική ἰδέα, ἂν καί ἡ καθεμιά ἐρμηνεύει διαφορετικά τό συνταγματικό φαινόμενο καί ὁ συνδυασμός τους διαφέρει ἀνάλογα μέ τήν ἐποχή. Ἔτσι στόν 19ο αἰώνα τό φυσικοδικαϊκό στοιχεῖο ὑπερτερεῖ καί ἡ ἐλευθερία ταυτίζεται μέ τήν ἀτομική ιδιοκτησία καί τήν ἐλευθερία τῶν συμβάσεων. Μετά τό New Deal, τό δημοκρατικό στοιχεῖο ἀποκτᾷ τήν πρωταρχική θέση, ἡ ἐλευθερία ἐπαναπροσδιορίζεται ὡς πολιτική καί προσωπική καί ἡ συνταγματική θεματολογία βασίζεται σέ ἀντίθετες ἐκδοχές τῆς δημοκρατικῆς ἰδέας.

Γιά νά μπορέσουμε νά κατανοήσουμε τή διατήρηση τῶν βασικῶν προτάσεων τοῦ συνταγματισμοῦ καθώς καί ἐκεῖνες τίς θεωρητικές μεταπλάσεις πού ὁδήγησαν στή θεωρητική «πολυφωνία» μετά τό 1930, θά ἦταν χρήσιμο νά ἐξετάσουμε τίς προτάσεις αὐτές ἀπό ἄλλη ὀπτική γωνία: πρῶτα στό πλαίσιο τῆς κλασικῆς φιλελεύθερης πολιτικῆς φιλοσοφίας πού στηρίχτηκε στίς οἰκονομικές ἀντιλήψεις τοῦ *laissez-faire* καί μετά στό πλαίσιο τοῦ ἀναπτυσσόμενου καπιταλιστικοῦ «κράτους εὐημερίας» πού ἄρχισε νά δημιουργεῖται μέ τό New Deal.

2. Ἐξουσία, δίκαιο καί νομιμοποίηση κατὰ τήν πολιτική καί νομική θεωρία τοῦ 19ου αἰῶνα

Ὅπως ὑποστηρίχθηκε, συνταγματισμός εἶναι τό σύνολο τῶν νομικῶν θεωριῶν, ἀρχῶν, κανόνων καί πρακτικῶν πού ἀποβλέπουν στόν «περιορι-

σμό» της πολιτικής εξουσίας και επιχειρούν νά μεταπλάσουν τίς σχέσεις εξουσίας σέ έννομες «τεχνικές» σχέσεις.⁹⁹

Ἡ θεωρητική αὐτή κατασκευή ἐμπεριέχει τρεῖς ἐπιμέρους θεματικές. Πρῶτον, μιά ἀντίληψη γιά τήν *ἐξουσία* καί τή σχέση της μέ τήν κοινωνία, κυρίως μιά ἀντίληψη γιά τήν πολιτική ἐξουσία. Δεύτερον, μιά συγκεκριμένη θεώρηση τοῦ *δικαίου* καί τοῦ νομικοῦ συστήματος. Τέλος, μιά θεώρηση —πολλές φορές ἔμμεση— τῆς *σχέσης ἐξουσίας καί δικαίου*. Ἡ σχέση αὐτή διερευνᾶται στήν κλασική φιλελεύθερη πολιτική θεωρία μέσα ἀπό τό πρίσμα τῆς πολιτικῆς ὑποχρέωσης, ἐνῶ ἡ σύγχρονη πολιτική ἐπιστήμη τήν ἐξετάζει ἀπό τή σκοπιά τῆς *νομιμοποίησης*.¹⁰⁰ Οἱ θεωρίες γιά τή νομιμοποίηση ἐξετάζουν τοὺς ὅρους πού εἶναι ἀπαραίτητοι γιά νά ἀναγνωριστεῖ ἕνα κοινωνικοπολιτικό καθεστῶς ὡς «δίκαιο», «ὀρθό», «λειτουργικό», ἐκασφαλίζοντας ἔτσι τήν κοινωνική σταθερότητα. Ἡ νομιμοποίηση μπορεῖ νά ἀντιμετωπιστεῖ εἴτε ὡς ἀξίωση τῶν κυρίαρχων τάξεων καί ὁμάδων ἐνός καθεστῶτος νά γίνει ἀποδεκτὴ ἡ ἐξουσία τους ἀπὸ τοὺς ἐξουσιαζομένους, ὡς προσπάθεια τῶν ἐξουσιαζόντων νά παρουσιαστεῖ ἡ ἐξουσία τους δικαιολογημένη (κανονιστική θεωρία νομιμοποίησης)· εἴτε ὡς ὁ ἐμπειρικά παρατηρήσιμος βαθμὸς ἀποδοχῆς —ἀνοχῆς— τῆς ἀξίωσης τῶν ἐξουσιαζόντων ἀπὸ τίς ἐξουσιαζόμενες κοινωνικές τάξεις καί ὁμάδες (ἐμπειριστική θεωρία νομιμοποίησης). Θά ἐξετάσουμε διαδοχικὰ τὰ τρία αὐτὰ θεωρητικὰ ζητήματα, δάνεια τῆς θεωρίας τοῦ συνταγματισμοῦ ἀπὸ τήν πολιτική θεωρία.

2.1. *Ἐξουσία*

Ἡ ἀντίληψη τῆς κλασικῆς πολιτικῆς φιλοσοφίας γιά τήν πολιτική ἐξουσία εἶναι μονιστική καί οὐσιοκρατική. Ἡ ἐξουσία βρίσκεται ἐγκατεστημένη καί ἀσκεῖται ἀπὸ ἕναν κεντρικὸ χῶρο, τό κράτος, πού μονοπωλεῖ τὰ μέσα καταναγκασμοῦ καί ἀσκεῖ τήν κυριαρχία. Στὴ φιλελεύθερη προβληματική ἡ πολιτικὴ ἐξουσία μοιάζει μέ τόν διπρόσωπο Ἴανό: εἶναι ἀναγκαῖα καί γίνεται ἀντικείμενο σεβασμοῦ, ἀλλὰ ταυτοχρόνως παρουσιάζεται ὡς ἀπειλητική καί ἐν δυνάμει ἐπικίνδυνη. Ὅλοι οἱ φιλελεύθεροι πολιτικοὶ φιλόσοφοι, ὁ Hobbes, ὁ Locke, οἱ δύο Mill καί οἱ ὠφελιστές, θέτουν ὡς κεντρικὸ πρόβλημα τό συμβιβασμὸ ἀνάμεσα στήν ἐλευθερία καί τήν πολιτικὴ ἐξου-

99. Γιά μιά παλαιότερη κριτικὴ αὐτῶν τῶν ἀπόψεων βλέπε F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian State* (1964), passim.

100. Habermas (1976) καί (1979), κεφ. 5. Ὁ C. Black (1960), κεφ. II, παρουσιάζει τό κλασικὸ φιλελεύθερο ἐπιχείρημα γιά τόν νομιμοποιητικὸ ρόλο τοῦ συνταγματισμοῦ καί τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου. Στὴν ἑλληνικὴ βιβλιογραφία δέξ. Γ. Πάσχου, *Πολιτικὴ δημοκρατία*, σ. 147 ἐπ. καί 331 ἐπ., Ἀρ. Μάνεση, *Συνταγματικὸ δίκαιο I*, σ. 74 ἐπ., Γ. Μιχαηλίδη-Νουάρου, *Ζωντανὸ δίκαιο καί φυσικὸ δίκαιο*, σ. 354 ἐπ.

σία επιδιώκοντας να ὀρθώσουν φραγμούς και ὅρια γύρω ἀπὸ τὴ δεύτερη.¹⁰¹

Ἡ ἀντιφατικὴ ἀντιμετώπιση τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας, ἡ ὁποία εἶναι ταυτοχρόνως ἀναγκαῖα καὶ ἐπικίνδυνη, μπορεῖ νὰ ἐξηγηθεῖ ἂν ὁ πολιτικός φιλελευθερισμός θεωρηθεῖ ὡς ἡ πολεμικὴ ἰδεολογία τῆς ἀνερχόμενης ἀστικῆς τάξης.¹⁰² Οἱ ἄστοι ἐπαναστατοῦν κατὰ τῆς στατικῆς θεσμικῆς τάξης τῆς φεουδαρχικῆς κοινωνίας, στὴν ὁποία ἡ πολιτικὴ ἐξουσία, ἡ οἰκονομικὴ καὶ ἡ προσωπικὴ θέση τῶν ἀτόμων εἶναι ἄρρηκτα δεμένες καὶ ἐπικυρωμένες ἀπὸ μιὰ κοσμοθεωρία πού ἐξηγεῖ καὶ δικαιολογεῖ τὴ θέση τοῦ ἀτόμου καὶ τὴν ὀργάνωση τῆς κοινωνίας σύμφωνα μὲ ἓνα ἱεραρχικό, στατικό πρότυπο. Οἱ ἀστικές ἐπαναστάσεις ἀγωνίζονται γιὰ τὴν ἐπικράτηση ἑνὸς τελειῶς ἀντίθετου μοντέλου κοινωνικῆς ὀργάνωσης. Τὸ ἀστικό πρότυπο εἶναι δυναμικό, στηρίζεται στὴν ἀνταγωνιστικὴ κοινωνία πολιτῶν,¹⁰³ ἡ ὁποία συγκροτεῖται ἀπὸ ἐλεύθερα ἄτομα πού ἀνταλλάσσουν ἐλεύθερα στὴν ἀγορὰ τὰ ἐμπορεύματά τους καὶ τὴν ἴδια τους τὴν ἐργατικὴ δύναμη. Στὴν ἀστικὴ *civil society* ὅλες οἱ συναλλαγές μεταξὺ τῶν ἀτόμων καθορίζονται ἀπὸ τοὺς νόμους τῆς ἀγορᾶς καὶ ὄχι ἀπὸ κάποια «ἐξωτερικὴ» ἐπέμβαση. Ἡ πολιτικὴ ἐξουσία πρέπει, ἐπομένως, νὰ διαχωριστεῖ ἀπὸ τὸν κοινωνικό καὶ οἰκονομικό χώρο καὶ νὰ περιοριστεῖ σ' ἓνα ἐλεγχόμενο κέντρο.¹⁰⁴ Ἡ *civil society*, ὁ κατ' ἐξοχὴν χώρος τῆς ἐλευθερίας, παραδίδεται στοὺς ὠφελιμιστικούς ὑπολογισμούς τῶν ἰδιωτῶν πού δροῦν ὡς «ἀπόλυτοι ἰδιοκτήτες καὶ ἀπόλυτοι καταναλωτές» (*infinite appropriators and infinite consumers*).¹⁰⁵ Βέβαια ἡ πολιτικὴ ἐξουσία, ἡ ὁποία ἀποξενώνεται —«ἀφαιρεῖται»— ἀπὸ τὴν κοινωνία καὶ συγκεντρώνεται στὸ κράτος, πρέπει νὰ ἀναλάβει ὁρισμένες κεντρικὲς ἀποστολές, ἀπαραίτητες γιὰ τὴν πλήρη ἀπελευθέρωση τῶν δυνάμεων τῆς ἀγορᾶς. Ἀπαιτεῖται νὰ ἐξασφαλίσει καὶ νὰ ἐγγυηθεῖ τοὺς ὅρους λειτουργίας τῆς ἀγορᾶς, κυρίως νὰ ἐπικυρώσει τίς ἰδιωτικὲς συμβάσεις, γιὰ νὰ γίνουν οἱ οἰκονομικὲς συναλλαγές προβλέψιμες καὶ ἀξιόπιστες (ἀστικό δίκαιο). Ἀπαιτεῖται νὰ ἀποτρέψει καὶ νὰ τιμωρήσει ὅλες τίς παραβιάσεις τοῦ περιουσιακοῦ συστήματος (ποινικό δίκαιο). Τέλος, ἀναλαμβάνει νὰ προβλέψει γιὰ ὁρισμένες συνολικὲς οἰκονομικὲς ἀνάγκες, πού παίρνουν τὸ χαρακτῆρα ἐργῶν ὑποδομῆς. *Ἐτσι ἡ ἐξουσία πού ἀντιμετωπίζεται ὡς πολιτικὴ καὶ συγκεντρώνεται στὸ κράτος πρέπει νὰ ἐξασφαλίσει τίς προϋποθέσεις ἀσκήσεως τῆς ἐλευθερίας πού νοεῖ-*

101. Βλέπε J. Talmon (1952)· γιὰ τὴ σχέση μεταξὺ φιλελευθερισμοῦ καὶ αὐταρχισμοῦ βλέπε N. Poulatzas, (1978), σελ. 219-221· γιὰ τὴ διφορούμενη στάση τοῦ φιλελευθερισμοῦ πρὸς τὴν κρατικὴ ἐξουσία βλέπε F. Neumann (1964).

102. C.B. Macpherson (1962), *passim*.

103. Ὁ N. Bobbio κάνει μιὰ ἐνδιαφέρουσα ἀνασκόπηση τῶν θεωριῶν περὶ τῆς κοινωνίας πολιτῶν στὸ C. Mouffe (ed.), (1979).

104. G. Poggi (1978), κεφ. IV, καὶ V.

105. Ὁ ὅρος ἔχει εἰσαχθεῖ ἀπὸ τὸν Macpherson (1962).

ται κυρίως ως οικονομική και είναι υπόθεση αποκλειστικά της κοινωνίας.

Έντούτοις, ο καταναγκαστικός μηχανισμός του κράτους, που μονοπωλεί τη νόμιμη βία, παραμένει εν δυνάμει επικίνδυνος για την αστική τάξη και την ελευθερία που καθιέρωσε. Η πολιτική εξουσία, που «αποξενώθηκε» από την κοινωνία, πρέπει να περιχαρακωθεί αποτελεσματικά για να αποφευχθεί η υπερβολική της διόγκωση ή η κατάληψή της από κοινωνικές δυνάμεις έχθρικές προς την αστική «ελευθερία» και την καπιταλιστική ιδιοκτησία.

Η αντιφατική αντιμετώπιση της πολιτικής εξουσίας από τους φιλελεύθερους φιλοσόφους μπορεί λοιπόν να εξηγηθεί:¹⁰⁶ η κοινωνία των πολιτών θα ευδοκιμήσει μόνον εφόσον αποδεσμευτεί από την πολιτική εξουσία, αλλά η κοινωνία της ελευθερίας δεν μπορεί να επιζηήσει χωρίς την επέμβαση του κράτους, το οποίο εγγυάται τις προϋποθέσεις της απελευθερωμένης αγοράς. Η πολιτική εξουσία πρέπει να επιτελέσει ορισμένα κεντρικά καθήκοντα, αλλά πρέπει να περιοριστεί αποκλειστικά σ' αυτά. Κατά τον Milton Friedman, που επανέλαβε πρόσφατα τις φιλελεύθερες θεωρίες του 19ου αιώνα, το κράτος πρέπει «να εγγυηθεί την έννομη τάξη, να όρισει και να προστατεύσει τα περιουσιακά δικαιώματα, να λύσει τις διαφορές γύρω από την έρμηνεία και εφαρμογή των κανόνων δικαίου, να επικυρώσει τις ιδιωτικές συμβάσεις, να προωθήσει τον οικονομικό ανταγωνισμό, να εγγυηθεί το νομισματικό σύστημα, να προστατεύσει τα άτομα περιορισμένων δυνατοτήτων»¹⁰⁷ και οὐδέν ἕτερον.

Οι προτεινόμενες λύσεις για τον συμβιβασμό ανάμεσα στην πολιτική εξουσία/καταναγκασμό και την —οικονομική— ελευθερία ποικίλλουν, ανάλογα με την ιστορική συγκυρία, από τον φιλελεύθερο αυταρχισμό του Hobbes¹⁰⁸ στον περιουσιακό φιλελευθερισμό του Locke, στον αναρχικό φιλελευθερισμό του Paine και στον ανθρωπιστικό φιλελευθερισμό του J. S. Mill. Όμως, όλοι οι φιλελεύθεροι φιλόσοφοι —όπως και ο J. J. Rousseau,¹⁰⁹ ιδρυτής της σύγχρονης δημοκρατικής παράδοσης— συμφωνούν ότι ένα είναι το πιο κατάλληλο μέσο για τον συμβιβασμό: το δίκαιο.

2.2. Δίκαιο

Η αντίληψη για το δίκαιο που επικράτησε στη φιλελεύθερη σκέψη συλλαμβάνει το νομικό σύστημα ως ένα σύνολο *δημόσιων-δημοσιοποιημένων* και *θετών* κανόνων.¹¹⁰

106. Ο R. Pound περιγράφει την αντιφατική στάση των πουριτανών προς τη νομοθετική εξουσία την οποία συγχρόνως φοβούνται αλλά και προτιμούν από το common law και την equity. *The Spirit of Common Law* (1925), σελ. 465.

107. M. Friedman (1962), σελ. 34.

108. Βλέπε Macpherson (1962), passim και Habermas (1974), σελ. 92-96 και 105-109.

109. Για τη θεωρία του δικαίου στον J. J. Rousseau, F. Neumann (1936), σελ. 240-265.

110. Unger (1977), σελ. 58-86.

Ἡ δημοσιότητα (publicity) τοῦ κανόνα δικαίου εἶναι ἔκφραση τῆς καθολικῆς ἀναγνώρισης ὅτι ἡ κρατική ἐξουσία μπορεῖ καί ὀφείλει νά ἐπεμβαίνει καί νά ρυθμίζει τίς κοινωνικές καί οἰκονομικές σχέσεις. Οἱ φιλελεύθεροι φιλόσοφοι κατανοοῦν γιά πρώτη φορά — καί σέ ἀντίθεση μέ τίς κλασικές φυσικοδικαιικές ἀντιλήψεις — τήν κοινωνική τάξη ὡς εὐπλαστική καί ἀνοιχτή στίς παρεμβάσεις τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Ἡ θεώρηση αὐτή εἶναι ἀποτέλεσμα μιᾶς ριζικῆς μεθοδολογικῆς ἀλλαγῆς στήν ἀντιμετώπιση τῆς πολιτικῆς πού ἄρχισε μέ τόν Μακιαβέλλι καί ὁλοκληρώθηκε ἀπό τόν Hobbes.¹¹¹ Ἡ πολιτική δέν εἶναι πιά ἡ φιλοσοφική μελέτη τοῦ «εὖ ζῆν», μιᾶ πρακτική καί διαλεκτική ἐνασχόληση, ἀλλά γίνεται τεχνική γνώση, μιᾶ ἐπιστήμη «πού θά ρυθμίσει τίς ἀνθρώπινες ὑποθέσεις μέ τήν ἴδια ἀκρίβεια πού ἕνα ρολόι ρυθμίζει τόν χρόνο».¹¹² Ὅμως μιᾶ τέτοια ριζική ρύθμιση χρειάζεται μιᾶ ἰσχυρή κεντρική ἐξουσία πού θά βάλει σέ ἐφαρμογή τίς «ἐπστημονικές» συστάσεις τῶν τεχνικῶν/θεωρητικῶν τῆς πολιτικῆς.

Ἀπό τήν ἄλλη πλευρά, τά τυπικά χαρακτηριστικά τοῦ *θετοῦ* κανόνα δικαίου καί τοῦ φιλελεύθερου νομικοῦ συστήματος (γενικότητα στό περιεχόμενο — ὁμοιομορφία στήν ἐφαρμογή) ἐγγυῶνται τήν ἰσότητα τῶν νομικῶν ὑποκειμένων «ἐνώπιον τοῦ δικαίου» ἀνεξάρτητα ἀπό τήν προσωπική καί κοινωνική τους κατάσταση.¹¹³ Τά χαρακτηριστικά αὐτά ἀνοίγουν ἠθικά οὐδέτερες σφαῖρες προσωπικῆς αὐτονομίας, μέσα στίς ὁποῖες οἱ ἀτομιστές ἰδιώτες τῆς civil society μποροῦν νά ἐπιδιώκουν τό ἀτομικό τους συμφέρον, προσαρμόζοντας τά (ἐπιτρεπόμενα) μέσα στούς (ἀνεξέλεγκτους) σκοπούς τους. Σύμφωνα μέ τόν Max Weber, ἡ λογική τοῦ συγχρόνου ἀνθρώπου εἶναι κατ' ἐξοχήν ἐργαλειακή (instrumental): δέν μπορεῖ νά πεῖ τίποτε γιά τοὺς ἀτομικούς ἢ κοινωνικούς στόχους πού εἶναι εἴτε αὐθαίρετοι εἴτε ἀποτέλεσμα πολιτικῆς διαπάλης. Τό μόνο πού μπορεῖ νά κάνει ἡ λογική εἶναι νά ὑποδείξει καί νά ὀργανώσει τά πιο κατάλληλα μέσα γιά τήν ἐπίτευξη τῶν ἤδη δεδομένων σκοπῶν καί ἀξιῶν.

Ὅσο τό κανονιστικά προσανατολισμένο φυσικό δίκαιο ὑποσκάπτεται ἀπό τοὺς τυπικούς, δημόσιους καί θετοὺς κανόνες δικαίου, ὁ ἐξωτερικός —κρατικός— καταναγκασμός γίνεται ὁ μόνος τρόπος συμβιβασμοῦ τῶν ἰδιωτικῶν σφαιρῶν προσωπικῆς αὐτονομίας. Τό θετικό δίκαιο εἶναι τό δίκαιο τῆς ἐλευθερίας καθὼς ἀποχωρίζεται τό ἠθικό στοιχεῖο τοῦ φυσικοῦ δικαίου καί ξεχωρίζει τήν ἠθική ἀπό τή νομιμότητα. Ἀλλά τό δίκαιο τῆς ἐλευθερίας τῆς κοινωνίας γίνεται ταυτόχρονα καί νόμος τοῦ κρατικοῦ καταναγκασμοῦ. Τό ποινικό δίκαιο δέν εἶναι παρά ἡ ἀντίστροφη ὅψη τοῦ δικαίου τῆς ἰδιοκτησίας καί τῶν συμβάσεων. Ἡ προσωπική αὐτονομία μπορεῖ νά λειτουργήσει μόνο ὅταν οἱ ἀνταγωνιζόμενοι ἰδιώτες εἴτε περιορίζον-

111. Habermas (1974), σελ. 56-67.

112. Στό Habermas (1974), σελ. 291.

113. Ἡ κλασική μαρξιστική ἀνάλυση τῆς μορφῆς τοῦ δικαίου, τοῦ δικαϊώματος καί τοῦ ὑποκειμένου δικαίου βρίσκεται στό E. Pashukanis (1978).

ται από την απειλή και την άσκηση της κρατικής βίας είτε αυτοπεριορίζονται υπακούοντας εκούσια τους νόμους.¹¹⁴ 'Η άτομική ελευθερία και ο κρατικός καταναγκασμός, τό άστικό και τό ποινικό δίκαιο αποτελούν τίς δύο πλευρές του άστικού έγωισμού πού άπελευθερώνει τίς δυνάμεις της κοινωνίας, αλλά πού πρέπει ή άσκησή του νά περιοριστεί γιά νά μήν οδηγήσει σέ καθολικό «πόλεμο όλων έναντίον όλων».

Μπορούμε νά συμπεράνουμε ότι γιά τή φιλελεύθερη θεωρία τό δίκαιο είναι ο λόγος της ένιαίας κρατικής έξουσίας, ή πηγή της άτομικής ελευθερίας και ο έγγυητής της κοινωνικής τάξης. Στο έσωτερικό του τό νομικό σύστημα ένοποιείται μέσω των τυπικών του γνωρισμάτων (γενικότητα, όμοιομορφία) και είναι αυτά τά γνωρίσματα πού κάνουν τό δίκαιο θεμελιώδη άπελευθερωτική δύναμη της νέας κοινωνικής και πολιτικής τάξης και βασικό μέλημα των κλασικών φιλελεύθερων φιλοσόφων.¹¹⁵

2.3. Νομιμοποίηση

Ο χωρισμός της ήθικης από τή νομιμότητα, ή άποσύνδεση του ήθικού «δέοντος» από τό έμπειρικό «είναι», ή άρρηκτη ένότητα των όποιων χαρακτηρίζει τό κλασικό φυσικό δίκαιο, άποτελεί τή βασική αίτία γιά τή θεμελιώδη σημασία πού απέκτησε μέ τό φιλελευθερισμό τό πρόβλημα της πολιτικής ύποχρέωσης/νομιμοποίησης. Τό τυπικό, θετό δίκαιο, δημιούργημα της σταδιακής καταστροφής του ancien régime, μπορεί νά άπαντήσει μόνο μερικώς στά προβλήματα νομιμοποίησης.

Τά χαρακτηριστικά του στερεώνουν και βοηθούν τήν άναπαραγωγή των καπιταλιστικών σχέσεων παραγωγής. Τυπικά και ουσιαστικά τό δίκαιο της ελευθερίας πού είναι και δίκαιο του καταναγκασμού συμβάλλει στην όργάνωση ενός δυναμικού οικονομικού συστήματος, πού έχει τή δυνατότητα νά άυτονομιοποιείται, έφόσον οί πολιτικά ένεργοί πολίτες θεωρούν τήν κοινωνία της αγοράς ως τό καταλληλότερο πλαίσιο γιά τήν άτομικιστική τους δραστηριότητα. Έτσι γιά πρώτη φορά στην ιστορία οί σχέσεις παραγωγής γίνονται οί ίδιες πηγή νομιμοποίησης και ή πολιτική έξουσία νομιμοποιείται σέ άναφορά μέ αυτές. 'Η έξουσία γίνεται άκίνδυνη γιά τήν ελευθερία, έφόσον ως βασικό σκοπό της άσκήσής της έχει τήν προστασία του περιουσιακού συστήματος και έφόσον ή άσκησή της σταδιακά «έκλογεύεται» κάτω από τήν επίδραση της υπέρτατης λογικής των νόμων της

114. Habermas (1974), σελ. 85.

115. Οί μαρξιστικές θεωρίες του δικαίου πού στηρίζονται στην άνάλυση του Pashukanis μπορούν νά κατηγορηθούν έξίσου γιά φορμαλισμό. Βλέπε P. Hirst (1979), σελ. 153-176. Δές επίσης Α. Μανιτάκη «Μαρξισμός και δίκαιο», 'Ο Πολίτης, 17 Μαρτίου 1978 και του ίδιου, «Ζητήματα ιστορικοδιαλεκτικής θεώρησης της νομικής μορφής» στό Ν. Άλιπράντη κ.α. *Μελέτες γιά μιά κριτική θεώρηση του δικαίου*.

ἀγοράς.¹¹⁶ Ἡ τήρηση τῶν τύπων τοῦ δικαίου γίνεται ἔτσι ἡ οὐσία τῆς ἐλευθερίας, ἰδέα κεντρική στήν καντιανή νομική καί πολιτική θεωρία καί σαφῶς ἐκφρασμένη στόν εὐρωπαϊκό νομικό θετικισμό.¹¹⁷

Ὁ ἰδεολογικός χαρακτήρας τοῦ δικαίου τονίστηκε πρόσφατα καί ἀπό μαρξιστές συγγραφεῖς πού ἀσχολοῦνται μέ τό δίκαιο.¹¹⁸ Ὁ ἱστορικός Ε. Ρ. Thompson πού ἐξέτασε τίς κοινωνικές συνθήκες τῆς Ἀγγλίας τόν 18ο αἰῶνα καταλήγει ὑποστηρίζοντας ὅτι σ' αὐτήν τήν περίοδο «τό δίκαιο ἀπέκτησε πρωταρχική σημασία ὡς ἡ κεντρική νομιμοποιητική ἰδεολογία».¹¹⁹ Τό πρόβλημα τοῦ ἰδεολογικοῦ χαρακτήρα τοῦ δικαίου εἶναι ἀπό τά πιό σημαντικά πού ἀντιμετωπίζει σήμερα ἡ κριτική νομική θεωρία, μετά τήν ἐγκατάλειψη τῶν οἰκονομίστικων ἀντιλήψεων γιά τό κράτος. Ἐντούτοις, πρέπει νά τονιστεῖ ὅτι ὁ ἰδεολογικός χαρακτήρας τοῦ δικαίου στήν περίοδο τοῦ *laissez-faire* εἶναι μάλλον *ἑμμεσος*. Τό δίκαιο στηρίζει τήν καπιταλιστική συσσώρευση καί τή συνεχή ἐπέκταση «τοῦ οἰκονομικοῦ συστήματος καί ἄλλων ὑποσυστημάτων ἐκλογικευμένης καί ὠφελιμιστικῆς δραστηριότητας».¹²⁰ Στόν φιλελεύθερο καπιταλισμό ἡ ἴδια ἡ νομιμότητα ἀποτελεῖ βασική πηγή νομιμοποίησης, ὅπως ὑποστήριξε ὁ W. Weber,¹²¹ χωρίς αὐτό νά ὀφείλεται στή μεγάλη ἰδεολογική ἀπήχηση τῆς θεματικῆς τῆς νομιμότητας. Ἡ νομιμοποιητική δυναμική τῆς νομιμότητας ὀφείλεται κυρίως στή λειτουργία στήριξης τοῦ καπιταλιστικοῦ συστήματος ἰδιοκτησίας τό ὁποῖο εἶναι ἐγγραμμένο στό φιλελεύθερο δίκαιο. Τό δίκαιο συμβάλλει στήν ἀναπαραγωγή τῶν παραγωγικῶν σχέσεων καί διευκολύνει τή νομιμοποιητική τους λειτουργία. Τά δάνεια τῆς φιλελεύθερης ἰδεολογίας ἀπό τήν κλασική φυσικοδικαικὴ παράδοση εἶναι ἐνδεικτικά τῆς ἀδυναμίας—ἀλλά καί τῆς ἑλλείψεως ἀνάγκης— τῆς ἀστικῆς τάξης νά δημιουργήσει ἕναν ὁλοκληρωμένο καί πρωτότυπο ἰδεολογικό λόγο.

Ἔτσι, ἐνῶ τά τυπικά γνωρίσματα τοῦ θετικοῦ δικαίου ἀναπαράγουν ἄμεσα τίς σχέσεις παραγωγῆς καί βοηθοῦν ἑμμεσα στή νομιμοποίηση τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας,¹²² τό πρόβλημα τοῦ οὐσιαστικοῦ—ἡ «ὕλικοῦ»—περιεχομένου τῶν κανόνων δικαίου παραμένει ἀνοιχτό. Ἡ «ἀρνητική ἐλευ-

116. «Technology and Science as "Ideology"», Habermas (1971), σελ. 81-122, καί σελ. 97.

117. Unger (1976), σελ. 85 καί B. Leoni (1961), κεφ. 3, 4 καί 5.

118. A. Hunt, "Perspectives in the Sociology of Law", στό P. Carlen (1976), Hunt (1980), B. Edelman (1973), C. Sumner (1979), κεφ. 8. Πρβλ. Ν. Ἀλιμπράντη, Α. Μανιτάκη κ. ἄ., *Μελέτες γιά μιὰ κριτική θεώρηση τοῦ δικαίου*, 1985.

119. E. P. Thompson (1977), σελ. 263.

120. Ὁ ὁρος εἶναι τοῦ Habermas (1971).

121. Βλέπε A. Hunt (1978), κεφ. 5. Δές καί Γ. Πάσχου, *Πολιτική δημοκρατία*, σ. 331 ἔπ.

122. Γιά τόν ἰδεολογικό χαρακτήρα τοῦ δικαίου στήν Ἀγγλία τοῦ 19ου αἰῶνα βλέπε D. Hay (1977).

θερία»¹²³ — δηλαδή ή κατ' ἐξοχήν ἐλευθερία τῆς ἰδιοκτησίας — μπορεί νά ἐξασφαλιστεῖ καί ἀπό τήν ἀπολυταρχική μοναρχία καί ἀπό τήν κοινοβουλευτική δημοκρατία, ὅπως δείχνει ἡ σύγκριση τῆς Γερμανίας μέ τήν Ἀγγλία ἢ τίς Η.Π.Α. τοῦ 19ου αἰώνα.¹²⁴ Ἀλλά ἀπό τή στιγμή πού τό θετικό δίκαιο γίνεται ἀποδεκτό ὡς ὁ κυρίαρχος λόγος τοῦ κράτους, ἡ ἐσωτερική ὀργάνωση τῆς κρατικῆς ἐξουσίας καί ἡ ταυτότητα τοῦ νομοπαραγωγικοῦ φορέα ἐμφανίζονται ὡς κεντρικά προβλήματα τῆς πολιτικῆς φιλοσοφίας.

Ἡ δημοκρατική καί σοσιαλιστική παράδοση ζητάει τήν πλήρη ἐνσωμάτωση τοῦ λαοῦ στήν κυρίαρχη νομοδοτική ἐξουσία τοῦ κράτους καί θεωρεῖ τή δημοκρατική νομιμοποίηση ὡς τή μόνη πηγή νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Μιά νέα ἀντίληψη γιά τήν ἐλευθερία, ἀντίθετη μέ τήν ἀρνητική ἐλευθερία τοῦ φιλελευθερισμοῦ, ἐμφανίζεται: ἡ δημοκρατική ἀντίληψη τῆς «ἐνεργοῦς» ἢ «πολιτικῆς ἐλευθερίας» ἀπαιτεῖ τήν ἐπέκταση τῆς ψήφου καί τῶν πολιτικῶν δικαιωμάτων ἔτσι ὥστε νά ἀσκεῖται ἡ πολιτική ἐξουσία ἀπό ὁλόκληρη τήν κοινωνία, ἀπό τό πολιτικό σῶμα (body politic) πού ἀποτελεῖται ἀπό ἴσους καί ἴσα κυρίαρχους πολίτες. Ἡ ἔννοια τῆς ἰσότητος ἀλλάζει περιεχόμενο ἐπίσης: ἀπό τήν τυπική ἰσότητα μπροστά στό νόμο περνᾶμε στήν ἀπαίτηση οὐσιαστικῆς ἰσότητος κοινωνικῶν συνθηκῶν καί εὐκαιριῶν. Οἱ περισσότεροι πολιτικοί καί κοινωνικοί ἀγῶνες τοῦ 19ου αἰώνα περιστρέφονται γύρω ἀπό τίς ἀντιμαχόμενες αὐτές ἀντιλήψεις περί ἐλευθερίας καί ἰσότητος. Ἡ ἀστική τάξη καί ἡ πολιτική της ἐκπροσώπηση ἀντέδρασε στό αἶτημα γιά ἐνεργό πολιτική ἐλευθερία καί κοινωνική ἰσότητα ἐκτιμώντας ὅτι θά ὀδηγοῦσαν στήν κατάληψη τῆς ἐξουσίας ἀπό κοινωνικές δυνάμεις ἐχθρικές πρὸς τήν ἀρνητική ἐλευθερία καί τήν καπιταλιστική ἰδιοκτησία. Ἡ διαμάχη καί τελικά ὁ συμβιβασμός τῶν δύο παραδόσεων, τοῦ φιλελευθερισμοῦ καί τῆς δημοκρατίας, γύρω στίς ἀρχές τοῦ αἰώνα, ὀδήγησε στή διαμόρφωση τοῦ φιλελεύθερου — δημοκρατικοῦ πολιτεύματος καί τῆς σύγχρονης θεωρίας τοῦ συνταγματισμοῦ.

Τό κράτος παρουσιάζεται ὡς ἓνα πλασματικό νομικό πρόσωπο, στή γερμανική θεωρία τοῦ *rechtsstaat* καί στήν ἀγγλοσαξονική θεωρία τοῦ *rule of law*, περιβλημένο τούς τύπους τῆς συνταγματικῆς — νομικῆς ὀργάνωσης. Στήν Ἀγγλία ὁ συνταγματισμός βρίσκει τήν κλασική καί ὀριστική του διατύπωση στό ἔργο τοῦ μεγάλου συνταματολόγου Dicey. Γιά μία μικρή χρονικά περίοδο στό τέλος τοῦ περασμένου αἰώνα ἡ θεωρία τοῦ κράτους δικαίου φαίνεται νά δίνει ἀπάντηση στό πρόβλημα νομιμοποίησης πού δημιουργήσαν οἱ μεγάλες ἀστικές ἐπαναστάσεις. Ὁ Dicey καί οἱ Ἀμερικανοὶ Συνταγματικοὶ Δικαστές τῶν ἀρχῶν τοῦ αἰώνα πιστεύουν ὅτι ἔλυσαν τό γόρδιο δεσμό ἐλευθερίας/καταναγκασμοῦ, κοινωνίας/κράτους, ἰδιωτικοῦ/δημοσίου. Τό θετικό δίκαιο τῶν ἀστικῶν ἐπαναστάσεων, τῆς

123. Ὁ ὅρος «ἀρνητική ἐλευθερία» χρησιμοποιήθηκε γιά πρώτη φορά στήν Ἀγγλία ἀπό τόν I. Berlin (1979).

124. Βλέπε Neumann (1936), σελ. 405-424 καί 462-491.

Διακήρυξης τῶν Δικαιωμάτων τοῦ Ἀνθρώπου, τοῦ Ναπολεόντειου Κώδικα καί τοῦ common law, κατέστρεψε τό ancien régime καί δημιούργησε τίς συνθηκές τῆς κοινωνικῆς καί οἰκονομικῆς ἐλευθερίας. Ἄν λοιπόν οἱ —ἀπαραίτητες— ἐπεμβάσεις τοῦ κράτους στήν κοινωνία περιβληθοῦν κι αὐτές νομικούς τύπους — τήν «ὑπέρτατη κατάκτηση τῆς ἀνθρώπινης λογικῆς» —, οἱ πιθανοί κίνδυνοι πού δημιουργεῖ ἡ κρατική ἐξουσία περιορίζονται. Στή θεωρία τοῦ κράτους δικαίου ἡ ἐλευθερία καί ὁ καταναγκασμός ἐμφανίζονται ὡς ἀμοιβαῖοι ὄροι ὑπαρξῆς τῆς κοινωνίας καί τό πρόβλημα τοῦ συμβιβασμοῦ τους — δηλαδή τό πρόβλημα τῆς νομιμοποίησης τῆς ἐξουσίας — λύνεται ἐξ ὀρισμοῦ. Ἡ νομιμότητα τῶν ιδιωτικῶν συναλλαγῶν ἀπελευθερώνει τήν κοινωνία, τήν ἀνοίγει στούς ἀνεμπόδιστους ὑπολογισμούς τῶν ιδιωτῶν πού ἔχουν γιά μόνο γνώμονα τό προσωπικό τους συμφέρον. Παράλληλα ἡ νομιμότητα τῶν κρατικῶν συναλλαγῶν (συνταγματισμός) ὑπόσχεται τή μετάπλαση τῶν σχέσεων ἐξουσίας σέ ἔννομες «τεχνικές» σχέσεις. Τό δίκαιο ἐμφανίζεται ὡς ὅρος τῆς ἐλευθερίας καί ὄριο τῆς ἐξουσίας.

Σύμφωνα μέ τό νομικό θετικισμό, πού ἀποτελεῖ τήν ἰδεολογία καί θεωρητική θεμελίωση τοῦ θετικοῦ δικαίου, τό νομικό σύστημα ἐνοποιεῖται ἐσωτερικά ἐπειδή ἐκπορεύεται ἀπό τό ἐνιαῖο, κυρίαρχο κέντρο τῆς ἐξουσίας, τό κράτος· κατά τόν συνταγματισμό τό κυρίαρχο κράτος ἐνοποιεῖται μέσω τῆς ὀργάνωσης καί ἄσκησης τῆς ἐξουσίας του σύμφωνα μέ νομικούς τύπους. Ὁ ἰδεολογικός κύκλος πού συναντήσαμε καί παραπάνω εἶναι πλήρης: τό κράτος θεσπίζει τό δίκαιο ἀλλά ἡ ἐξουσία τοῦ κράτους νομιμοποιεῖται μόνο ὅταν καί ἐφόσον ἀσκεῖται σύμφωνα μέ τό δικό του δημιούργημα.

2.4. Νομική καί συνταγματική θεωρία

Ἡ προηγούμενη ἀνάλυση μᾶς ἐπιτρέπει νά περάσουμε τώρα στήν ἐξέταση τῆς διαδικασίας «θετικοποίησης» τοῦ φυσικοῦ δικαίου στήν Ἀμερική τοῦ 19ου αἰῶνα, τά στάδια τῆς ὁποίας περιγράφηκαν προηγουμένως (Α,3).

α) Ἡ ἐπέμβαση τοῦ Α.Δ. στόν χώρο τῶν περιουσιακῶν δικαιωμάτων μέχρι τόν Ἑμφύλιο Πόλεμο δέν πρέπει νά ἐρμηνευτεῖ ἀπλῶς ὡς ἀντίδραση τῶν συντηρητικῶν δικαστῶν στήν ἐκτεταμένη παραβίασή τους ἀπό τό κράτος. Ὅπως εἶχε παρατηρήσει ὁ Tocqueville, ὁ σεβασμός τῆς ἀτομικῆς ιδιοκτησίας καί τοῦ οἰκονομικοῦ ἀνταγωνισμοῦ ὑπῆρξε ἡ κυρίαρχη ἰδεολογία τῆς ἐποχῆς.¹²⁵ Τό ὁμοσπονδιακό καί τό πολιτειακό δίκαιο εἶχαν δημιουργήσει ἕνα νομικό πλαίσιο ἀπόλυτης προστασίας τῆς ιδιοκτησίας. Ἡ παρέμβαση τοῦ Α.Δ. πρέπει νά ἐρμηνευτεῖ ὡς προσπάθεια ὁμογενοποίησης ἢ ἐναρμόνισης τοῦ περιουσιακοῦ δικαίου σέ ἐθνικό ἐπίπεδο. Ἡ ὑπαρξη 49

125. Corwin (1934), σελ. 89-90.

πολιτειακῶν νομικῶν συστημάτων καὶ δικαιοδοσιῶν πού ἐμφάνιζαν διαφορές στὸν ὀρισμὸ καὶ τὴν προστασία τῆς ιδιοκτησίας δημιουργοῦσε προβλήματα στὴ συσσωρευση τοῦ κεφαλαίου σέ ἐθνικὸ ἐπίπεδο. Οἱ συνταγματικές ἀποφάσεις περιουσιακοῦ χαρακτήρα ἐπέβαλαν σταδιακὰ κοινές ὁμοσπονδιακές ρυθμίσεις σ' ὅλες τίς πολιτείες. Ὁ συνταματολόγος Edward Corwin ἐξῆρε τὸ ρόλο αὐτὸ τοῦ Α.Δ. «Ἡ ἐπέκταση τῆς καπιταλιστικῆς βιομηχανίας ἔκανε φανερό ὅτι βιομηχανικά, ἐμπορικά καὶ οἰκονομικά εἴμαστε ἓνα ἔθνος. Τό Α.Δ. παραμέρισε τὰ ἐμπόδια γιὰ τὴν πανεθνικὴ ἀνάπτυξη τοῦ ἐμπορίου καὶ τῆς βιομηχανίας».¹²⁶ Συντείνοντας στὴ δημιουργία ἐθνικῆς ἀγορᾶς, τὸ Α.Δ. δημιούργησε τοὺς κατάλληλους ὅρους γιὰ ταχεῖα οἰκονομικὴ ἀνάπτυξη. Ταυτοχρόνως βοήθησε στὴν ἐπικράτηση τῆς ιδεολογίας τῆς προσωπικῆς εὐδοκίμησης (achievement ideology), κῶριου συστατικοῦ μέρους τῆς ἀστικῆς ιδεολογίας καὶ τοῦ προτεσταντισμοῦ. Οἱ σχέσεις παραγωγῆς ἀναπαράγονται καὶ νομιμοποιοῦνται μ' αὐτόν τὸν τρόπο καὶ συγχρόνως οἱ ἴδιες νομιμοποιοῦν τὸ πολιτικὸ καὶ νομικὸ σύστημα πού στηρίζει τοὺς ὅρους ὑπαρξῆς τους.

β) Ἡ ταύτιση τῆς ἐλευθερίας μὲ τὴν ἀτομικὴ ιδιοκτησία στὸν συνταγματικὸ λόγο τοῦ Α.Δ. ἔχει ἐπομένως δευτερεύουσα σημασία. Ἡ ἀναγνώριση ὡστόσο τοῦ Α.Δ. ὡς θεσμικοῦ ἐγγυητῆ τῆς ἐλευθερίας καὶ τοῦ «πνεύματος» τοῦ Συντάγματος εἶχε πολὺ μεγαλύτερη σημασία. Τό Δικαστήριό κατέλαβε τὴ θέση τοῦ πῶ καταξιωμένου θεσμοῦ τοῦ συνταγματικοῦ καθεστώτος, ἐνῶ τὰ ἀντιπροσωπευτικά σώματα ἐμφανίζονταν ὡς ἐν δυνάμει ἐπικίνδυνα γιὰ τὴν ἐλευθερία, ἀφοῦ ἦταν δυνατό νὰ ὀδηγήσουν σέ παραβιάσεις τῆς ιδιοκτησίας. Ἔτσι ἡ ἐπιθυμία τοῦ Madison νὰ δημιουργήσῃ ἓνα «κυβερνητικὸ ὄργανο σεβαστὸ γιὰ τὴ σοφία καὶ τὴν ἀρετὴ του», πού θὰ ὀρθωνόταν ὡς κυματοθραύστης σέ πιθανές δημοκρατικές διεκδικήσεις γιὰ ἀνακατανομή τοῦ εἰσοδήματος καὶ κοινωνικὴ ἰσότητα, τελικὰ πραγματοποιήθηκε.¹²⁷

γ) Ἡ διαδικασία θετικοποίησης ὁλοκληρώθηκε μέσα ἀπὸ τὴν προστατευτικὴ γιὰ τὴν ιδιοκτησία ἀνάγνωση τῆς 14ης τροπολογίας ἀπὸ τὸ Α.Δ. καὶ εἶχε ιδιαίτερη σημασία γιὰ τὴ συνταγματικὴ θεωρία. Προστάτευσε, πρῶτα, τὸ Δικαστήριό ἀπὸ τὴν κατηγορία τῆς ἀντιδημοκρατικῆς συμπεριφορᾶς, ὅταν ἄρχισε νὰ ἀκυρώνει, ὡς ἀντισυνταγματικά, μέτρα ρύθμισης τῆς οἰκονομίας. Παράλληλα ἔβαλε οὐσιαστικὰ κριτήρια στὸν ἔλεγχο τῆς συνταγματικότητας τῶν νομικῶν διατάξεων. Ἕνας μικρὸς ἀριθμὸς ἀρχῶν καὶ κριτηρίων ἐμφανίζεται νὰ διαπερνᾷ τὸ νομικὸ σύστημα καὶ τὸ Α.Δ. ἀναλαμβάνει τὴν πιστὴ ἐφαρμογὴ τους. Τὸν 19ο αἰῶνα οἱ «φυσικοὶ νόμοι» τῆς οἰκονομίας τοῦ *laissez-faire*, «οἱ ἀρχές τοῦ κ. Herbert Spencer», παρουσιάστηκαν ἀπὸ τὸ Α.Δ. ὡς ἡ βασικὴ ἀξία, ἡ *Grundnorm* τοῦ νομικοῦ συστήματος. Γύρω στὸ 1930 ὅμως, ὁ κοινωνικὸς δαρβινισμὸς δὲν ἔχει πιά

126. *ibid.*, σελ. 91.

127. Δέξ παραπάνω 2.1.2.

μεγάλη πέραση. Ἡ σκηνή καί οἱ ἡθοποιοί ἔχουν ὅμως στηθεὶ γιὰ τὴν ἀνακάλυψη τῆς νέας «θεμελιώδους» ἀξίας πού δῆθεν διαπερνᾷ τό νομικό σύστημα καί ἐλέγχει τὴν πολιτικὴ ἐξουσία.

Ἔτσι, ἐνῶ ἡ νομιμοποιητικὴ λειτουργία τοῦ Α.Δ. τὸν 19ο αἰῶνα ἦταν κυρίως ἔμμεση, ἡ ἀλλαγὴ πού ἐπῆλθε στὸν ὅρισμό καί τὴν ἀντίληψη τῆς ἐλευθερίας ἀπὸ τό 1950 καί μετὰ σήμαινε τὴ μετατροπὴ τοῦ συνταγματικοῦ λόγου σέ ἄμεση πηγὴ νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Μπορεῖ λοιπὸν νά ὑποστηριχθεῖ ὅτι μετὰ τό New Deal καί τὴ «δικαστικὴ ἐπανάσταση», τό Α.Δ. ἔγινε ἕνας ἀπὸ τοὺς βασικοὺς θεσμοὺς παραγωγῆς νομιμοποιητικῶν «θεματικῶν» καί ἀνέλαβε ἄμεσα πιά τὴν ἰδεολογικὴ ὑποστήριξη τοῦ πολιτικοῦ συστήματος τοῦ ἀναπτυγμένου καπιταλισμοῦ.

3. Ἀλλαγές στὴν πολιτικὴ καί νομικὴ θεωρία τοῦ 20οῦ αἰῶνα

3.1. Νομιμοποίηση

Ἡ θεσμοποίηση τοῦ ἐλεγχόμενου «κράτους εὐημερίας», ἡ καθιέρωση μιᾶς «δημοκρατίας τῶν μαζῶν» μετὰ τό New Deal, ὁδήγησε σέ ἀλλαγές στὴν κατανόηση καί τῶν τριῶν θεωρητικῶν βάσεων τοῦ συνταγματισμοῦ.

Στὴν κλασικὴ φιλελεύθερη θεωρία, ὅπως εἶδαμε, ἡ πολιτικὴ ἐξουσία ἀποτελεῖ τὸν κύριο ἐχθρό καί τὴ μεγαλύτερη ἀπειλὴ γιὰ τὴν προσωπικὴ ἐλευθερία. Ἐντούτοις ἡ μεγάλῃ οικονομικὴ κρίση τοῦ '30 δείχνει ὅτι οἱ οικονομικὲς καί κοινωνικὲς δομές —ὁ κατ' ἐξοχὴν χώρος ἄσκησης τῆς ἐλευθερίας— ἐμπεριέχουν σχέσεις ἐξουσίας καί ἐκμετάλλευσης, πού ἂν δέν ἀντιμετωπιστοῦν ἔγκαιρα ὁδηγοῦν σέ σοβαρὲς κοινωνικὲς κρίσεις. Τό κράτος ἀναλαμβάνει νά ἐπέμβει στὴν οἰκονομία, νά ρυθμίσει τὸν ἄκρατο οικονομικὸ ἀνταγωνισμό καί νά λειτουργήσῃ διορθωτικὰ στὶς παραμορφωτικὲς τάσεις τῆς ἀγορᾶς, ὁδηγώντας ἔτσι σέ μιὰ σταδιακὴ πολιτικοποίηση τῆς μέχρι τότε ἰδιωτικῆς σφαίρας τῶν οικονομικῶν καί κοινωνικῶν συναλλαγῶν. Ἡ μεγάλῃ φιλελεύθερη διάκριση ἀνάμεσα στὸν δημόσιο καί τὸν ἰδιωτικὸν ὅρο ἀρχίζει νά καταρρέει.¹²⁸ Ἡ πολιτικὴ ἐξουσία ἐμφανίζεται νά εἶναι γιὰ πρώτη φορὰ ἔτοιμη νά βελτιώσῃ τὶς οικονομικὲς καί κοινωνικὲς συνθήκες «ἀποζημιώνοντας» μέρος τοῦ πληθυσμοῦ γιὰ τὴν «ἀποτυχία» πού εἶχαν στὸν συναγωνισμό τῆς κοινωνίας τῆς ἀγορᾶς.

Ἐντούτοις, ἡ ἀμφισβήτηση τῆς φυσικῆς ἁρμονίας πού ἐμφανίζει ἡ οικονομικὴ τάξη τοῦ καπιταλισμοῦ καί ἡ μερικὴ ἀποδέσμευση τῆς ἔννοιας τῆς ἐλευθερίας ἀπὸ τὴν οικονομικὴ ἐλευθερία ὑποσκάπτουν τὶς προηγούμενες πηγές νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Ἡ τυπικὴ νομιμοποίηση τῆς νομιμότητας βασίζεται, ὅπως εἶδαμε, στὴ νομιμοποιητικὴ λειτουργία τῶν σχέσεων παραγωγῆς καί τὰ παράγωγά της, τὴν ἰδεολογία τῆς προσω-

128. Unger (1977), σελ. 192-242· Poggi (1978), κεφ. 5.

πικῆς ἐπιτυχίας καί τῆς «ἰσης ἀνταλλαγῆς». Καί τὰ δύο αὐτά νομιμοποιητικά θέματα ἐξαντλοῦνται μέ τήν κρίση τοῦ '30. Τό κράτος ἐπεμβαίνει στήν οἰκονομία γιατί οἱ σχέσεις παραγωγῆς δέν μποροῦν νά ἀναπαραχθοῦν αὐτομάτως· ἡ ἰδεολογία τῆς ἰσης καί δίκαιης ἀνταλλαγῆς καταρρίπτεται στίς οὐρές τῶν ἀνέργων. Ὁ περιορισμός τῆς νομιμοποιητικῆς λειτουργίας τῶν καπιταλιστικῶν παραγωγικῶν σχέσεων δημιουργεῖ τήν ἀνάγκη ἄμεσης καί ἐκ τῶν ἄνω νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας, μιᾶς πολιτικῆς ἐξουσίας πού στή δεκαετία τοῦ '30 ἐπεμβαίνει ἄμεσα στήν οἰκονομία χωρίς νά θίγει ὅμως τό κύριο χαρακτηριστικό της, τήν ἀτομική ἰδιοκτησία στά μέσα παραγωγῆς. Ἡ τυπική ἰσότητα τῶν νομικῶν διαδικασιῶν παραβιάζεται συχνά καί ἡ κρατική παρέμβαση χρειάζεται νά αἰτιολογεῖται μέ νέα νομιμοποιητικά ἐπιχειρήματα. Οἱ δύο θεματικές πού χρησιμοποιήθηκαν γιά τήν ἄμεση νομιμοποίηση τῆς μεταπολεμικῆς κοινωνικοπολιτικῆς τάξης στήν Ἀμερική ἔχουν ἄμεση σχέση μέ τή συνταγματική θεωρία.

Ἡ πρώτη εἶναι ἡ θεματική τῆς δημοκρατικῆς νομιμοποίησης. Σύμφωνα μ' αὐτήν οἱ διαδικασίες μέσα ἀπ' τίς ὁποῖες τό κράτος ἐπεμβαίνει στήν οἰκονομία καί τήν κοινωνία πρέπει νά ἐγγυῶνται, πέρα καί πάνω ἀπό τήν τήρηση τῶν ἀπαραίτητων τύπων, τήν ἀντιπροσωπευτικότητα καί ἐπομένως τήν οὐσιαστική ὀρθότητα τῶν πολιτικῶν ἀποφάσεων. Οἱ διάφορες ἐκδοχές τῆς δημοκρατικῆς θεωρίας ἐπιχειροῦν νά ἀπαντήσουν σ' αὐτήν ἀκριβῶς τήν ἀπαίτηση γιά δημοκρατική νομιμοποίηση. Οἱ πῖο ἀνθρωπιστικές-κανονιστικές παραλλαγές ἀπαιτοῦν τή διεύρυνση τῆς δημοκρατίας καί ζήτουν τήν ἄρση τῶν ἐμποδίων πού παραμορφώνουν τήν ἀντιπροσώπευση τῶν κοινωνικῶν μειοψηφιῶν. Τέτοια ἐμπόδια εἶναι π.χ. ὁ περιορισμός τοῦ δικαίωματος ψήφου τῶν μαύρων καί τῶν φτωχότερων στρωμάτων τοῦ πληθυσμοῦ (μέ τήν ἀπαίτηση πληρωμῆς ἑνός χρηματικοῦ ποσοῦ γιά τήν ἐγγραφή στούς ἐκλογικούς καταλόγους ἢ τόν περιορισμό τοῦ ἐκλογικοῦ δικαίωματος στούς ἐγγράμματους μόνο πολίτες)· ἡ δυσανάλογη ἐκλογική ἀντιπροσώπευση τῶν ἀστικῶν προαστίων καί τῆς ὑπαίθρου εἰς βάρος τῶν φτωχῶν συνοικιῶν τῶν μεγάλων πόλεων (*malapportionment, gerrymandering*)· οἱ φυλετικές διακρίσεις κατά τῶν μαύρων στήν πολιτική διαδικασία ἀπό τόν παντοδύναμο μηχανισμό τοῦ Δημοκρατικοῦ Κόμματος στίς νότιες πολιτείες κ.λπ. Οἱ ἐμπειριστές πολιτικοί ἐπιστήμονες ἀντίθετα υποστηρίζουν ὅτι τό πολίτευμα τοῦ πλουραλισμοῦ καί τοῦ ἀνταγωνισμοῦ τῶν ἐλίτ εἶναι ἀπολύτως δημοκρατικό καί ἐπομένως καλύπτει τίς προϋποθέσεις τῆς ἀντιπροσωπευτικῆς — δημοκρατικῆς νομιμοποίησης. Ὁ βαθμός ἀντιπροσωπευτικότητος τῶν πολιτικῶν διαδικασιῶν καί ἀποφάσεων γίνεται, λοιπόν, βασικό πρόβλημα τῆς πολιτικῆς καί συνταγματικῆς θεωρίας καί ἀναγνωρίζεται ὡς μιά ἀπό τίς βασικές πηγές νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας.

Ἡ δεύτερη νομιμοποιητική θεματική εἶναι ἡ τεχνοκρατική. Σύμφωνα μ' αὐτήν ἡ ταξική πάλι ἔχει σέ μεγάλο βαθμό θεσμοποιηθεῖ καί ἐξουδετερωθεῖ μέσα ἀπό τίς πλουραλιστικές διαπραγματεύσεις. Ὅσες περιοχές σύγ-

κρουσης απομένουν μπορούν να εξαφανιστούν σταδιακά με τη συνεχή επισημονική — τεχνολογική πρόοδο. Οί αναλύσεις αυτές θεωρούν κύρια πηγή των κοινωνικών συγκρούσεων τίς ανταγωνιστικές απαιτήσεις για τη διανομή του εθνικού προϊόντος. Μιά τεχνολογικά κατευθυνόμενη πολιτική αύξησης του εθνικού πλούτου θα οδηγήσει έπομένως στην πλήρη εξαφάνιση των περιθωριοποιημένων ήδη κοινωνικών συγκρούσεων. Οί πολιτικές διαφορές υποβαθμίζονται σέ τεχνικές καί καθώς τά τεχνικά προβλήματα δέν μπορούν νά γίνουν κατανοητά από τούς άπλους πολίτες πρέπει ή λύση τους νά άνατεθεί στούς έπιστήμονες — τεχνοκράτες καί τούς πολιτικούς τών έλίτ. 'Η πολιτική ως τέτοια περιορίζεται άποφασιστικά καί άποκτά μία συμβολική κυρίως λειτουργία: τά σημαντικά πολιτικά προβλήματα πρέπει νά παραμείνουν έξω από τόν δημόσιο διάλογο, νά μήν μπουν στή «δημόσια σφαίρα».¹²⁹ 'Ο ρόλος τής πολιτικής περιορίζεται στή δημιουργία προϋποθέσεων γιά τήν «υπό διαχείριση» κοινωνική άποδοχή τών άπαιτήσεων του τεχνοκρατικού προγραμματισμού του social engineering. Γι' αὐτήν τή συμβολική καί άπολίτικη πολιτική,¹³⁰ άρχές καί άξίες όπως ή δικαιοσύνη, ή έλευθερία καί ή ισότητα χρησιμοποιούνται ως συμβολικές επιβεβαιώσεις τής προσπάθειας επίλυσης κοινωνικών προβλημάτων καί ταξικών συγκρούσεων, πού όμως δέν άναγνωρίζονται σάν τέτοια καί έτσι παραμένουν άλυτα.

Βεβαίως, ή τεχνοκρατική νομιμοποίηση καί ή έπίσημη διακήρυξη του «τέλους τής ιδεολογίας» συμβιβάζονται μέ μία τυπική μόνο μορφή δημοκρατίας, πού θεωρεῖ τήν πολιτική άπάθεια ως άξία θετική καί ως προϋπόθεση τής καλής λειτουργίας του πολιτεύματος.¹³¹ Έτσι μία νέα αντίφαση έμφανίζεται. 'Η πολιτική επέμβαση στήν κοινωνία καί τήν οίκονομία —δηλαδή ή άμεση πολιτικοποίησή τους— έξαρτάται από τήν ύπαρξη ενός «άπολιτικού κοινού»¹³² πού πρέπει νά άποδέχεται τή νέα ολοκληρωμένη πολιτικοκοινωνική τάξη καί τή «μαγική» έξουσία τών ειδικών καί νά περιορίζει τήν πολιτική του συμμετοχή στήν περιστασιακή έπιδοκιμασία ή καταψήφιση καί έναλλαγή τών κυρίαρχων έλίτ.

3.2. Δίκαιο καί νομική θεωρία

'Επειδή ό κρατικός έπεμβατισμός περιβάλλεται άκόμη από νομικούς τύπους, τό δίκαιο ύποχρεώνεται σέ ριζικές αλλαγές στή μορφή καί τό περιεχόμενό του. Τό δίκαιο μεταμορφώνεται από ένα corpus γενικών καί άφηρημένων κανόνων δικαίου σέ μία σειρά ειδικευμένων διατάξεων καί γενι-

129. Habermas (1971), κεφ. 5 καί 6.

130. M. Edelman (1964), passim.

131. Κ. Δουζίνας (1982), κεφ. II.

132. Habermas (1971), σελ. 74 καί Habermas (1974), passim.

κῶν ἀρχῶν καὶ ἐξουσιοδοτήσεων, πού ἐπιδέχονται πολλές καὶ ἀντιτιθέμενες ἐρμηνεῖες καὶ ἐφαρμογές. Μέσα ἀπ' αὐτὴν τὴ μέθοδο τῶν πολλαπλῶν ἐρμηνειῶν τὸ κράτος ἀσκεῖ τὴν οἰκονομικὴ καὶ κοινωνικὴ του πολιτικὴ. Ἡ διάβρωση τοῦ τυπικοῦ καὶ ἀξιωματικοῦ χαρακτήρα τῶν κανόνων δικαίου ὑποσκάπτει τὴ φιλελεύθερη διάκριση μεταξὺ δικαίου καὶ ἠθικῆς καὶ —κυρίως— μεταξὺ δικαίου καὶ πολιτικῆς. Οἱ νομικὲς διατάξεις μποροῦν γιὰ πρώτη φορά νά κατανοηθοῦν ἔτσι ὅπως ἦταν πάντα: ἀποτέλεσμα πολιτικῆς σύγκρουσης ἀνάμεσα σέ τάξεις, κοινωνικὲς ὁμάδες, κρυσταλλώματα τῆς πολιτικῆς καὶ κοινωνικῆς ἐξουσίας. «Ἡ γενιά μας δύσκολα μπορεῖ νά δεχτεῖ τὴν ὑπόθεση ὅτι τὰ συμφέροντα ὅλων εἶναι οὐσιαστικά κοινά»,¹³³ γράφει ἓνας σύγχρονος συνταγματολόγος δυσανασχετώντας συγχρόνως γιὰ τὴν «ἀνακαλύψή» του αὐτῇ. Τό δίκαιο δέν μπορεῖ πιά νά παρουσιάζεται ὡς ἐνσάρκωση τοῦ κοινοῦ καλοῦ ἢ τοῦ κοινοῦ συμφέροντος οὔτε νά θεωρεῖται ἓνα ὁμοιογενές σῶμα κανόνων πού διατρέχεται ἀπὸ κάποιες ὑπέρτατες ἀξίες.

Ἡ προσπάθεια νά ἐμφανισθεῖ ἡ πληθωρικὴ πολυφωνία νόμων, διοικητικῶν διατάξεων, δικαστικῶν καὶ ἡμιδικαστικῶν ἀποφάσεων τῆς μεταπολεμικῆς κοινωνίας ὡς ἓνα κλειστό ὁμοιογενές σύνολο κανόνων καὶ ἀρχῶν —σύμφωνα μέ τίς ἰδεολογικὲς ἀπαιτήσεις τῶν θεωριῶν τοῦ «κράτους δικαίου» καὶ τοῦ συνταγματισμοῦ— εἶναι σισύφεια. Ὡστόσο ἡ ἀγγλοσαξονικὴ νομικὴ καὶ συνταγματικὴ θεωρία ἔχει ἀναλάβει τὸν ἄχαρο αὐτὸ ρόλο ἀπὸ τὸ 1930 καὶ μετὰ.

Οἱ νεοσυντηρητικοὶ καὶ νεοφιλελεύθεροὶ συγγραφεῖς πενθοῦν τὴν «κρίση τοῦ δικαίου»¹³⁴ καὶ τῆς νομικῆς ἰδεολογίας, ξαναγυρίζουν στὶς ἀφελεῖς δοξασίες τοῦ 19ου αἰῶνα περὶ ἁρμονίας τῶν τάξεων καὶ τῶν κοινωνικῶν συμφερόντων καὶ ὑποστηρίζουν ὅτι ἡ πιστότερη τήρηση τῶν τυπικῶν ἐννομῶν διαδικασιῶν θά ἀνακόψει τὴν παλίρροια τοῦ «κρατικοῦ σοσιαλισμοῦ», ὅπως ὀνομάζουν τὸ περιορισμένο «κράτος εὐημερίας».

Οἱ φιλελεύθεροὶ-σοσιαλδημοκράτες, ἀπὸ τὴν ἄλλη μεριά, ἀποδέχονται τὸν αὐξημένο ρόλο τοῦ κράτους καὶ προσπαθοῦν νά «ἀνακαλύψουν» κάποιες σύγχρονες ἀρχές καὶ ἀξίες πού «διαπερνοῦν» τὸ νομικὸ σύστημα καὶ νά τοῦ δώσουν ἔτσι τὴ χαμένη του ὁμοιογένεια καὶ τὴ νομιμοποιητικὴ του ἐμβέλεια. Δύο τέτοιες προσπάθειες, πού ἀξίζει νά ἐξεταστοῦν ἰδιαιτέρως, προέρχονται ἀπὸ τοὺς δύο μεγαλύτερους σύγχρονους ἀγγλόφωνους

133. Ely (1980), σελ. 79.

134. Ἡ συντηρητικὴ θεωρία περὶ «κρίσης τοῦ δικαίου» πού συνδυάζεται μέ τὴν αὐξησὴ τοῦ ρόλου τοῦ κράτους ἔχει ἐκφραστεῖ στὴ Γαλλία ἀπὸ τὸν G. Ripert (1949), στὴν Ἀγγλία ἀπὸ τὸν F. Hayek (1960 καὶ 1973) καὶ στὴν Ἀμερικὴ ἀπὸ τὸν Mazon. "The Crisis of Liberal Legalism", 81 *Yale Law J.*, σελ. 1032 (1972). Γιὰ μιά μαρξιστικὴ κριτικὴ τῆς θεωρίας βλέπε M. Bourjol (1978).

φιλοσόφους του δικαίου, τόν H. L. A. Hart¹³⁵ και τόν Ronald Dworkin.¹³⁶

Ο Hart, πού πρόσκειται στην παράδοση του θετικισμού και προσπαθεί να προσαρμόσει στίς σύγχρονες συνθήκες την κλασική θεωρία του Austin, παρουσιάζει τό νομικό σύστημα ως ένα κλειστό σύνολο κανόνων πού είναι αντικείμενα εμπειρικής παρατήρησης και εξέτασης. «Μεταφυσικές» αρχές και αξίες δέν έχουν θέση στό νομικό σύστημα άφου μόνο θετοί κανόνες δικαίου μπορούν νά εξεταστούν ως πρós την έγκυρότητα και άρα την ύπαρξή τους. Οί κανόνες αυτοί εκπορεύονται σέ σχήμα πυραμίδας από ένα θεμελιώδη κανόνα πού προσδίδει «έγκυρότητα» στά άλλα μέρη του συστήματος. Ο βασικός αυτός κανόνας, ό «κανόνας άναγνώρισης», υπάρχει σ' όλα τά ισχύοντα νομικά συστήματα και έχει χαρακτήρα «κοινωνικού γεγονότος» (social fact) όπως τό καταλάβαινε ό Durkheim. Πρόβλημα έγκυρότητας γιά τόν κανόνα άναγνώρισης δέν τίθεται έπειδή ακριβώς ή αξιωματική άποδοχή του επιτρέπει τή θεωρητική στήριξη και έπιβεβαίωση κάθε έννοιας νομικής έγκυρότητας. Ο κανόνας άναγνώρισης δέν μπορεί νά είναι έγκυρος, άπλως ύπάρχει. Η ύπαρξή του δικαιολογεί την ύποχρέωση ύπακοής των πολιτών πρós τίς άλλες, έγκυρες, νομικές διατάξεις. Κατά συνέπεια ό Hart ύποστηρίζει, άκολουθώντας τίς άπόψεις τής εμπειριστικής πολιτικής έπιστήμης, ότι κάθε έννομη τάξη πού πηγάζει και έξαρτάται από τόν κανόνα άναγνώρισης νομιμοποιείται αυτόματα. Η νομιμοποίηση δέν πηγάζει από τό γεγονός ότι τό πολιτικό — νομικό καθεστώς ένσωματώνει κάποιες ουσιαστικές αξίες, αλλά από την άπλή του ύπαρξη και την άποτελεσματική του λειτουργία. Αντιστρέφοντας την παραδοσιακή προσπάθεια τής πολιτικής και νομικής θεωρίας νά διατυπώσει τίς προϋποθέσεις πού νομιμοποιούν — ή πρέπει νά νομιμοποιούν — την πολιτική έξουσία, ό Hart δηλώνει ότι κάθε άποτελεσματική άσκηση έξουσίας νομιμοποιείται αυτόμάτως.¹³⁷ Έτσι ή νομιμοποίηση, από μιά πρόταση κανονιστικού χαρακτήρα, μετατρέπεται σ' ένα εμπειρικά παρατηρήσιμο κοινωνικό γεγονός.

Ο Dworkin από την άλλη πλευρά είναι πιό κοντά στην κανονιστική και φυσικοδικαιική παράδοση. Προσπαθεί νά ανακαλύψει, λοιπόν, κάποια θεμελιώδη αξία πού διαπερνά και όμογενοποιεί τό νομικό σύστημα. Ο Dworkin καταλήγει ότι στη βάση τής έννομης τάξης δέν βρίσκεται κάποιος κανόνας, μά ή «άσαφής αλλά ισχυρή»¹³⁸ αρχή τής ανθρωπίνης αξιοπρέπειας και τό άτομικό ήθικό δικαίωμα σέ «ίσο σεβασμό και πρόνοια». Η πολιτική έξουσία νομιμοποιείται έφόσον προωθεί μέ συνέπεια την αξία αυτή. Ο Dworkin ύποστηρίζει ότι μπορούμε νά καταλήξουμε σ' αυτήν τή

135. H. L. A. Hart (1961).

136. R. Dworkin (1977).

137. Η άποψη του Hart γιά τή νομιμοποίηση τής έξουσίας μοιάζει μ' αυτήν του Parsons. Βλέπε A. Giddens (1979α), κεφ. 10, σελ. 340-1.

138. Dworkin (1977), σελ. 198.

«θεμελιώδη αξία», όχι μόνο μέσα από αφηρημένη φιλοσοφική αναζήτηση αλλά και εξετάζοντας το αμερικανικό θετικό δίκαιο που δίδει την ένσωματώνει. Ωστόσο η σχέση ανάμεσα στη φιλοσοφική και εμπειρική μέθοδο αναζήτησης της θεμελιώδους αξίας δεν ξεκαθαρίζεται. Γιατί η προσπάθεια του Dworkin να παρουσιάσει το αμερικανικό πολίτευμα ως εξ όρισμού νομιμοποιημένο αποτυγχάνει ακόμη και στις λίγες εκείνες περιπτώσεις όπου προσπαθεί να δείξει την ύπαρξη αυτής της γενικής αξίας σε συγκεκριμένα τμήματα του νομικού συστήματος. Τα παραδείγματα που χρησιμοποιεί από το δίκαιο των αδικοπραξιών (torts) ή από τη νομική προστασία της ελευθερίας του λόγου είναι τόσο εκλεκτικά, που χωρίς κόπο μπορεί να υποδείξει κανείς ένα μεγαλύτερο αριθμό περιπτώσεων που αντιβαίνουν φανερά στη «θεμελιώδη αξία» όπως την καταλαβαίνει ο Dworkin.

3.3. Αποτελέσματα των αλλαγών στη συνταγματική θεωρία και πράξη

Και οι δύο αυτές τάσεις, η θετικιστική και η κανονιστική/φυσικοδικαιική, συνυπάρχουν στη θεωρία του συνταγματισμού. Όπως είδαμε, το Σύνταγμα παρουσιάζεται ταυτοχρόνως ως πηγή έγκυρότητας της έννομης τάξης, δηλαδή ως γραπτός κανόνας αναγνώρισης και ως η παρακαταθήκη και έγγυση των θεμελιωδών αξιών του νομικού συστήματος.

Μπορεί να υποστηριχτεί λοιπόν ότι το έπαθλο πίσω από τις μακρές και άγονες διαμάχες της συνταγματικής θεωρίας είναι η επιβεβαίωση της πρότασης ότι η έννομη τάξη του ύστερου καπιταλισμού είναι, πραγματικά ή εν δυνάμει, όμοιογενής, επιβεβαίωση που θεωρείται άρρηκτα δεμένη με το πρόβλημα της νομιμοποίησης του σύγχρονου κοινωνικοπολιτικού συστήματος. Και τα δύο κύρια νομιμοποιητικά θέματα μπορούν να αναζητηθούν στον συνταγματικό λόγο του Α.Δ. και των σχολιαστών του: το δημοκρατικό, στη διαμάχη γύρω από την «προνομιακή θέση» των πολιτικών ελευθεριών, στον δικαστικό ακτιβισμό που εκδηλώθηκε κυρίως σε υποθέσεις που αφορούσαν την 1η τροπολογία και στη δημοκρατική επιχειρηματολογία που χρησιμοποιήθηκε για την προστασία της ελευθερίας του λόγου· το τεχνοκρατικό, στις ρεφορμιστικές συνταγματικές αποφάσεις των δεκαετιών του '50 και '60, στα θέματα φυλετικών διακρίσεων, παραβίασης των εκλογικών δικαιωμάτων, εκλογικής νοθείας και gerrymandering, στις οποίες το Α.Δ. ακύρωσε μία σειρά νόμων των νοτίων πολιτειών ακολουθώντας τις υποδείξεις των πολιτικών επιστημόνων και κοινωνιολόγων. Οι επικριτές του υποστήριζαν ότι με τις αποφάσεις αυτές το Α.Δ. προσπάθησε να αναμορφώσει την κοινωνική πραγματικότητα, έξω και πάνω από την πολιτική διαδικασία, επιβάλλοντας κάποιες αρχές που οι μελλοντικές γενιές θα θεωρήσουν «προοδευτικές».¹³⁹ Οι δικαστές ανέλαβαν έτσι τον ρόλο των «βασιλικών ανδρών» του Πλάτωνα.

139. A. Bickel (1978), *passim*.

Παρ' ότι ή κριτική αυτή προέρχεται από συντηρητικούς συγγραφείς, πού διαφώνησαν περισσότερο με τό περιεχόμενο τών μεταρρυθμιστικῶν μέτρων παρά με τήν αντιδημοκρατική διαδικασία ἐπιβολῆς τους, πρέπει ὡστόσο νά ἐπισημανθεῖ ή τάση γιά περιορισμό τών δημοκρατικῶν διαδικασιῶν ἀπό τούς νέους «βασιλικούς ἄνδρες», δικαστές καί τεχνοκράτες. Ἡ τεχνοκρατική «βασιλική ήθική», πού ἐπικυρώνεται ἀπό τήν «ἐπιστημονική ἐγκυρότητα» τῆς συστημικῆς πολιτικῆς καί οἰκονομικῆς ἐπιστήμης, ὑπόσχεται νά συνδέσει τή γνώση με τήν ἐξουσία καί ἐμπιστεύεται στούς τεχνοκράτες — εἰδικούς τά ἀναγκαῖα μέσα γιά νά ἐφαρμόσουν τίς θεωρίες τους περί κοινωνικῆς μηχανικῆς καί ἐλέγχου (social engineering καί social control). Ἀλλά ή μετάβαση στήν πειθαρχημένη κοινωνία τῆς κοινωνικῆς μηχανικῆς, ή ἐπέκταση καί ἀποδοχή τῆς ἀξίωσης τῶν εἰδικῶν νά ὀρίζουν τό τί ὑπάρχει καί δέν ὑπάρχει, τό τί εἶναι καλό καί κακό καί τί ἐπιτρεπτό καί ἀνεπίτρεπτο, ἀνεξάρτητα ἀπό τήν πολιτική διαδικασία, κάθε ἄλλο παρά ἐγγυᾶται τήν ἀπελευθέρωση τῆς κοινωνικῆς δυναμικῆς καί τοῦ ἀτόμου. Ἡ προβληματική τῆς τεχνοκρατικῆς γνώσης μετατρέπεται σταδιακά σέ κυρίαρχη πηγή νομιμοποίησης στίς ἀναπτυσσόμενες καπιταλιστικές κοινωνίες ἀλλά καί σ' αὐτές τοῦ «ὑπαρκτοῦ σοσιαλισμοῦ». Ἡ αὐτόματη σύνδεση τῆς γνώσης, πού βρίσκεται ἐξω ἀπό τόν πολιτικό ἐλεγχό με τήν ἐξουσία, καί ή ὑποβάθμιση τῆς δημόσιας σφαίρας σέ χώρο ἐπευφημίας ὀδηγοῦν στήν ἐπιβολή ἐνός ἐκτεταμένου ἐλέγχου καί καθοδήγησης τῶν μαζῶν πού ἀνάλογός του δέν ἔχει ἐμφανιστεῖ στήν ἀνθρώπινη ἱστορία. Ἡ τεχνοκρατική ἰδεολογία εἶναι ή τελευταία *καθολική* ἰδεολογία ἀλλά καί ή *πιό ἐπικίνδυνη*: ὑποστηρίζει ὅτι οἱ διατυπώσεις καί ἐπιταγές της εἶναι «ἀντικειμενικές», ἐπιστημονικά ἐπαληθεύσιμες, τό ἀντίθετο δηλαδή κάθε μορφῆς ἰδεολογικοῦ λόγου. Ἐτσι ή τεχνοκρατική εἶναι ή πρώτη ἰδεολογία πού στηρίζεται στόν ἐπιφανειακά ἀντιιδεολογικό της χαρακτήρα.

Οἱ ἀποφάσεις τοῦ Α.Δ. πού ἐπικρίνονται κυρίως ἀπό τούς συντηρητικούς συνταγματολόγους μετρίασαν τό καθεστώς τῶν φυλετικῶν διακρίσεων καί τήν ἐκλογική νοθεία. Εἶναι ὅμως γεγονός ὅτι ἀπό τό 1955 καί μετά τό Δικαστήριό ἀκύρωσε ἕνα μεγάλο ἀριθμό πολιτειακῶν νόμων ἐνισχύοντας τή δύναμη τῆς ὁμοσπονδιακῆς κυβέρνησης καί τῶν πραγματογνωμόνων της καί μειώνοντας παράλληλα τόν ρόλο τῶν ὁμοσπονδιακῶν καί πολιτειακῶν νομοθετικῶν σωμάτων.

Ἐτσι τό Α.Δ., ἐρμηνεύοντας τό «πνεῦμα τοῦ Συντάγματος», ἐπαίξε σημαντικό ρόλο στή διαδικασία τῆς μεταπολεμικῆς κοινωνικῆς καί πολιτικῆς ἀναδιοργάνωσης, υἱοθετώντας καί ἐκλαίκεύοντας τίς νέες νομοπονητικές θεματικές καί συμμετέχοντας στίς κοινωνικές μεταρρυθμίσεις πού ἄρχισαν με τό New Deal. Ὅπως ὑποστηρίχτηκε παραπάνω, ή παρέμβαση τοῦ Δικαστηρίου τόν 19ο αἰῶνα βοήθησε τήν ἐθνικοποίηση τῶν καπιταλιστικῶν σχέσεων παραγωγῆς. Μετά τό 1930 ὁ ρόλος του ἄλλαξε: οἱ παρεμβάσεις του μποροῦν νά θεωρηθοῦν ὡς ἀπάντηση στήν ἀνάγκη ἀμεσης καί ἐκ τῶν ἄνω νομιμοποίησης τῆς νέας τάξης. Ἡ διαδικασία αὐτή, πού ἐξελίχθηκε παράλληλα με τή μεγάλη αὔξηση τῶν ἐξουσιῶν τοῦ προέδρου καί

της κεντρικής κυβέρνησης, μπορεί να ονομαστεί «έθνικοποίηση της νομιμοποίησης». Η αλλαγή του όρισμού της ελευθερίας, ή αυξημένη παρέμβαση του Α.Δ. στο χώρο της ελευθερίας του λόγου, ή ανάληψη από το Δικαστήριο της αρμοδιότητας να ελέγχει τη συνταγματικότητα των πολιτικών νόμων στο χώρο αυτό σε αντίθεση με τη σαφή διατύπωση της 1ης τροπολογίας και τη νομολογία, έδωσαν στο Α.Δ. τη δυνατότητα να συμπράξει αποφασιστικά στον καθορισμό των πολιτικών ιδεολογιών των κομμάτων, των ομάδων και των ατόμων που νομιμοποιούνται να συμμετάσχουν ή αποκλείονται από την πολιτική διαδικασία. Με τη δημοκρατική του ρητορεία από το 1930 ως το 1950, το Α.Δ. κατέλαβε τον στρατηγικό ρόλο του ρυθμιστή των παραμέτρων της δημόσιας σφαίρας και έτσι μπόρεσε να γίνει στίς δεκαετίες του '50 και του '60 ο βασικός συντονιστής και καθοδηγητής του νομικού πλαισίου του μακαρθισμού.

Θά πρέπει να σημειωθεί εδώ πώς η κυρίαρχη άποψη της αμερικανικής ιστοριογραφίας, ότι ο μακαρθισμός ήταν ένας φευγαλέος «σπασμός» που πέρασε χωρίς επιπτώσεις για την κοινωνική ζωή, είναι λαθεμένη. Ο αριθμός των οργανωμένων κομμουνιστών στίς αρχές του '50 ήταν ελάχιστος και δεν δημιουργούσε κανέναν κίνδυνο για την ασφάλεια του καθεστώτος. Το πλέγμα των αντικομμουνιστικών και αντιριζοσπαστικών μέτρων απέβλεπε σέ κάτι πολύ πιο ριζικό από την καταστροφή του ισχυρού Κ.Κ.Η.Π.Α. Βασικός τους σκοπός ήταν ή συστηματική αποπολιτικοποίηση των πολιτών, ή αποδοχή των περιορισμένων κοινωνικών μεταρρυθμίσεων του New Deal και ή συντριβή κάθε προσπάθειας επέκτασής τους προς προοδευτικότερες κατευθύνσεις. Στή δεκαετία του '50 το μονοπωλιακό κεφάλαιο αποδέχτηκε τελικά το περιορισμένο «κράτος εϋημερίας» του New Deal, στο οποίο είχε αντισταθεί, στην αρχή μάλιστα βίαια. Προϋπόθεση όμως αυτής της αποδοχής, προϋπόθεση της minimum οικονομικής και κοινωνικής ασφάλειας για τα φτωχότερα στρώματα του πληθυσμού ήταν ή πλήρης εγκατάλειψη από αυτά οποιασδήποτε άμφισβήτησης των βασικών χαρακτηριστικών του κοινωνικού καθεστώτος. Έτσι ο μακαρθισμός πρέπει να αναλυθεί όχι ως μία παράλογη, εξαιρετική περίοδος αλλά ως ή ολοκλήρωση του προγράμματος του New Deal. Ένω τά μέτρα του Roosevelt σήμαναν την επέμβαση του κράτους στην οικονομία, ο μακαρθισμός ολοκλήρωσε την καταστροφή της φιλελεύθερης διάκρισης μεταξύ του δημοσίου και του ιδιωτικού, με την κρατική επέμβαση στην κατ' έξοχην ιδιωτική σφαίρα των προσωπικών σκέψεων, ιδεών και πίστσεων. Ο κεντρικά κατευθυνόμενος ιδεολογικός προγραμματισμός που αναλήφθηκε τά χρόνια αυτά δεν ήταν παρά ή άλλη όψη και ή συμπλήρωση του (περιορισμένου) οικονομικού προγραμματισμού του κράτους του ύστερου καπιταλισμού.¹⁴⁰

140. Κ. Δουζίνα (1982), κεφ. IX.

Ἡ συνταγματική θεωρία, ἀπό τή δική της σκοπιά, ἀντιμετωπίζοντας τίς ἀντιφατικές ἀπαιτήσεις τῆς δημοκρατικῆς νομιμοποίησης, τοῦ ἰδεολογικοῦ προγραμματισμοῦ καί τοῦ τεχνοκρατισμοῦ, πού ὅλες ἐκφράζονται στή νομολογία τοῦ Α.Δ., προσπάθησε νά τίς ἐνσωματώσει σ' ἓνα συνεκτικό σύνολο. Τά ἐπαναλαμβανόμενα διλήμματα καί οἱ ἄγονες θεωρητικές διαμάχες μετά τό New Deal πού περιγράψαμε μποροῦν νά ἐρμηνευτοῦν ὡς προσπάθεια τῶν συνταγματολόγων νά περιγράψουν τή νέα κοινωνική, πολιτική καί νομική πραγματικότητα βάσει τῶν παλιῶν ὑποθέσεων περί «κράτους δικαίου» καί συνταγματισμοῦ καί νά ἐπιβεβαιώσουν ἔτσι τή συνέχεια, συνοχή, συνέπεια καί κεντρική σημασία τοῦ δικαίου.¹⁴¹

Οἱ συνταγματολόγοι καί οἱ νομικοὶ φιλόσοφοι λοιπόν προσπαθοῦν νά ἀνακαλύψουν μέσα στόν συνεχῶς ἐπεκτεινόμενο ἀλλά ἀντιφατικό κρατικό παρεμβατισμό, στήν ἐξέλιξη τοῦ ὁποῖου τό Α.Δ. παίζει κεντρικό ρόλο, κάποιες θεμελιώδεις ἀξίες καί ἀρχές. Ἡ συντηρητική ἀντιπάθεια γιά κοινωνικές μεταρρυθμίσεις μεταφράζεται σέ ἀτέρμονες διαμάχες γύρω ἀπό τά ὅρια καί τήν ἔκταση τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου. Στόν χῶρο τῆς ἐλευθερίας τοῦ λόγου οἱ ἀντιφατικές ἀπαιτήσεις τῆς δημοκρατικῆς νομιμοποίησης καί τοῦ ἰδεολογικοῦ προγραμματισμοῦ μεταφράζονται στά ἀντίπαλα νομικά δόγματα τοῦ absolutism, πού τονίζει τή σημασία τῆς πολιτικῆς ἐλευθερίας καί τοῦ balancing, ὅπου ἡ ἐλευθερία τοῦ λόγου παρουσιάζεται ὡς ἓνα κοινό κοινωνικό αἶτημα πού πρέπει νά ἰσοζυγιστεῖ μέ ὅλες τίς ἄλλες ἀνάγκες τῆς κοινωνίας. Ἐμφανίζεται λοιπόν μιά πληθώρα θεωριῶν καί δογμάτων γενικῶν καί εἰδικότερων πού ἀναλαμβάνουν τό δύσκολο ἔργο τῆς «ὁμαλοποίησης» τοῦ νομικοῦ ὕλικου, τοῦ ἐξορκισμοῦ τῶν ἀντινομιῶν του καί τῆς «εἰρήνευσης» τῶν συγκρούσεων πού διαπερνοῦν τήν πολιτική καί τό δίκαιο. Ἡ σύγχρονη πραγματικότητα ὅμως ἀντιστέκεται στήν ἀναγωγή τῆς σέ θεμελιώδεις ἀξίες, σέ τυπικά ὀρθές διαδικασίες, στό «καθαρό» νόημα τῶν συνταγματικῶν διατάξεων, σέ μιά καθολικά ἀποδεκτή ἠθική φιλοσοφία ἢ στήν ἐρμηνεία τῆς βάσει φιλελευθέρων ἀρχῶν ἢ τελεολογικῶν ἱστορικῶν διαδικασιῶν.

Πίσω ἀπό τίς ἀπεγνωσμένες προσπάθειες τῶν συνταγματολόγων διαγράφεται ἡ συνειδητοποίηση τῆς ἀνάγκης ἄμεσης νομιμοποίησης τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας. Ὅσο κι ἂν ἀποτυγχάνει ἡ προσπάθεια, τό πρόβλημα τῆς νομιμοποίησης ἀποτελεῖ ἄμεσα ἡ ἔμμεσα τό βασικό μέλημα αὐτοῦ τοῦ εἶδους λόγου πού κυριαρχεῖ στίς συνταγματικές ἀποφάσεις καί τή δικαστική πρακτική, στά σχόλια καί τά συνταγματικά ἐγγχειρίδια καί πού μποροῦμε νά ἀποκαλέσουμε «συνταγματικό λόγο» (constitutional mode of discourse).

141. Γιά μιά κριτική τῆς νομικῆς ἰδεολογίας καί τῆς κεντρικῆς τῆς σημασίας στή θεωρία τοῦ δικαίου βλέπε τή μελέτη τοῦ *A. Hunt* στό *P. Carlen* (ed.) (1976).

Γ. Ο ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΣ ΛΟΓΟΣ

1. Εισαγωγικά

Ἡ ἱστορική καί θεωρητική ἀνασκόπηση τοῦ συνταγματισμοῦ μᾶς ἐπέτρεψε νά ἐπισημάνουμε τά ἀξιώματα καί τίς ὑποθέσεις του καί νά περιγράψουμε κατ' ἀρχήν τοὺς λόγους πού ὁδήγησαν στήν ἀποτυχία τῆς νομικῆς θεωρίας νά διαμορφώσει, ὅπως ὑποσχόταν, ἓνα γενικό θεωρητικό πλαίσιο τὸ ὁποῖο νά περιγράφει τὴν πολιτική καί νομική πραγματικότητα καί νά χρησιμεύει ὡς βάση τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου.

Ἄς ξαναδοῦμε συνοπτικά τὰ μέχρι τώρα βήματα τοῦ ἐπιχειρήματος. Ὑποστηρίχθηκε ὅτι στή διάρκεια τοῦ 19ου αἰῶνα τὸ Α.Δ. δημιούργησε τίς διαδικαστικές καί οὐσιαστικές προϋποθέσεις γιὰ τὴν ἄσκηση τοῦ ἐλέγχου συνταγματικότητας τῶν κρατικῶν ἐνεργειῶν καί ἀνέλαβε τὸν ρόλο τοῦ ἐγγυητῆ τῶν συνταγματικῶν περιορισμῶν ἐπὶ τῆς κρατικῆς ἐξουσίας. Ἡ θεωρία τοῦ συνταγματισμοῦ πού δημιουργήθηκε στή νομολογία τοῦ Δικαστηρίου περιεῖχε στοιχεῖα φυσικοῦ δικαίου — τὸ Σύνταγμα καί οἱ ἀτομικὲς ἐλευθερίες πού προστατεύει ἀποτελοῦν *ὑπέρτερο δίκαιο* πού ἐλέγχει καί περιορίζει τὸ θετὸ δίκαιο — καί νομικοῦ θετικισμοῦ — οἱ ὑπέρτατες ἀξίες πού πρέπει νά διέπουν τὴν ἄσκηση τῆς κρατικῆς ἐξουσίας καί πού ἀποτελοῦν τίς κατευθυντήριες ἀρχές τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου βρίσκονται στὸ συνταγματικό κείμενο, εἶναι δηλαδή *θετὸ δίκαιο* καί μποροῦν νά ἀνακαλυφθοῦν μέ τὴν κατάλληλη ἐρμηνευτική μέθοδο. Τά στοιχεῖα αὐτά συνδυάστηκαν σταδιακά μέ τὴν ἰδέα τῆς λαϊκῆς κυριαρχίας — ἡ Συντακτικὴ Συνέλευση καί τὸ Σύνταγμα πού θέσπισε ἀποτελοῦν τὴν *ὑψιστὴ ἐκδήλωση λαϊκῆς κυριαρχίας*, ἡ ὁποία ὁροθετεῖ καί περιορίζει τίς μελλοντικές τῆς ἐκφάνσεις.

Τὸν 19ο αἰῶνα καί μέχρι τὸ 1930 τὸ στοιχεῖο τοῦ φυσικοῦ δικαίου κυριάρχησε: οἱ «φυσικοὶ νόμοι» τῆς ἀτομικῆς ἰδιοκτησίας καί τῆς ἐλευθερίας τῶν συμβάσεων ἔγιναν οἱ ὑπέρτατες ἀξίες πού ἔπρεπε νά προστατευτοῦν ἀπὸ τὴν κρατικὴ ἐπέμβαση. Μετὰ τὸ 1930, μέ μιά ριζικὰ διαφορετικὴ ἐρμηνεία τῆς 14ης τροπολογίας τοῦ Συντάγματος — ἀνω στὴν ὁποία εἶχε στηριχθεῖ μέχρι τότε ἡ ἀκύρωση τῶν μέτρων κρατικοῦ παρεμβατισμοῦ στὴν οἰκονομία — βασικὸ κριτήριό τοῦ ἐλέγχου συνταγματικότητας γίνεται ἡ προστασία τῶν πολιτικῶν ἐλευθεριῶν. Τὸ δημοκρατικὸ στοιχεῖο ἀποκτᾷ τὴν πρωταρχικὴ θέση στή θεωρία καί πρακτικὴ τοῦ συνταγματι-

σμού. Ἀλλά ἡ δημοκρατική θεμελίωση τοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου εἶναι ἐγγενῶς ἀντιφατική: ἡ ἀκύρωση ὡς ἀντισυνταγματικῶν ἀπὸ ἓνα μὴ ἐκλεγμένο δικαστικό σῶμα νομοθετικῶν ἢ διοικητικῶν πράξεων πού προέρχονται ἀπὸ ὄργανα μέ δημοκρατική νομιμοποίηση —Κογκρέσο, Πολιτειακές Βουλές, πρόεδρος ἄμεσα ἐκλεγμένος— δημιουργεῖ σημαντικά προβλήματα γιά τή συνταγματική θεωρία, ἡ ὁποία ἔχει ἀποδεχτεῖ τίς διαβεβαιώσεις τῆς πολιτικῆς ἐπιστήμης ὅτι τό ἀμερικανικό πολίτευμα εἶναι τό πλέον δημοκρατικό πού λειτουργεῖ. Ἡ προσωρινή ὁμοφωνία τῶν συνταγματολόγων καί ἡ εὐθραυστη συνοχή τῆς θεωρίας τοῦ συνταγματισμοῦ διαλύονται. Μιά θεωρητική «πολυφωνία» διαδέχεται τήν κατάρριψη τῶν «ἀφελῶν πίστεων» τοῦ φιλελεύθερου συνταγματισμοῦ τοῦ 19ου αἰώνα.

Παράλληλα μέ τή θεωρητική αὐτή εξέλιξη ὁ κρατικός παρεμβατισμός αὐξάνεται δραματικά καί τό Α.Δ. ἀποκτᾷ αὐτόνομο καί σημαντικότερο ρόλο στή ρύθμιση καί τόν προγραμματισμό τῶν κοινωνικῶν σχέσεων τοῦ ὕστερου καπιταλισμοῦ: ἀναλαμβάνει τήν ἄμεση καί ἐκ τῶν ἄνω νομιμοποίηση τῆς πειθαρχημένης κοινωνίας τοῦ περιορισμένου «κράτους εὐημερίας», γίνεται δηλαδή βασικός παραγωγός ἰδεολογικοῦ λόγου. Οἱ πραγματιστικές καί συνεχῶς αὐξανόμενες ἐπεμβάσεις τοῦ Α.Δ. ἐκφράζουν τίς δύο κυριότερες νομιμοποιητικές θεματικές τοῦ ὕστερου καπιταλισμοῦ: τή δημοκρατική καί τήν τεχνοκρατική. Οἱ μεταξύ τους ἀντιφάσεις προστίθενται στίς προηγούμενες ἀντιφάσεις τοῦ συνταγματισμοῦ καί δυσχεραίνουν ἀκόμη περισσότερο τήν προσπάθεια ἀναδόμησης —ἡ «ἀναπαλαίωσης»— τῆς θεωρίας τοῦ κράτους δικαίου.

Ἐντούτοις ἡ συνταγματική καί νομική θεωρία συνεχίζουν τήν προσπάθεια ἀπερίσπαστες. Ἡ προβληματική καί ὁ στόχος τους δέν ἔχουν ἀλλάξει ἀπὸ τίς προηγούμενες ἐκδοχές τοῦ συνταγματισμοῦ: νά παρουσιάσουν τήν ἐννομη τάξη ὡς ἓνα ἐσωτερικά κλειστό, συνεπές, συνεχές καί ὁμοιογενές σύστημα, νά ἀνακαλύψουν τίς ἀξίες καί ἀρχές πού τό διαπερνοῦν ἢ νά τίς ἀποκαλύψουν στό συνταγματικό κείμενο, τέλος, νά δικαιολογήσουν τήν πληθώρα ἀντικρουόμενων ἀποφάσεων τοῦ Α.Δ. Ἡ θεωρητική πολυφωνία πού περιγράψαμε εἶναι ἐπιφανειακή, ἀναφέρεται στά μέσα πού χρησιμοποιοῦνται γιά τή λύση τοῦ προβλήματος. Τό πρόβλημα —ἡ νομιμοποίηση τῆς ἐξουσίας— καί ἡ ποθούμενη λύση του —ἡ σύζευξη ἐξουσίας καί δικαίου— ἔχουν γίνει καθολικά ἀποδεκτά, ἡ ἀφετηρία καί τό τέρμα θεωροῦνται δεδομένα. Ἀλλά ἡ προσπάθεια φαίνεται καταδικασμένη.

Πίσω ἀπὸ τίς ἀντιφατικές βάσεις τοῦ συνταγματισμοῦ —τό φυσικό δίκαιο, τό νομικό θετικισμό καί τή δημοκρατική ἀρχή— βρίσκεται ἡ προβληματική τῆς φιλελεύθερης πολιτικῆς φιλοσοφίας γιά τήν ἐξουσία, τή νομιμοποίηση καί τό δίκαιο. Αὐτή ἡ «βαθιά δομή» τοῦ συνταγματισμοῦ ὁροθετεῖ τίς παραμέτρους τοῦ προβλήματος. Περιγράψαμε παραπάνω (Β. 2, Β. 3) τόν τρόπο μέ τόν ὁποῖο ἐκφράστηκε ἡ προβληματική αὐτή στό φιλελεύθερο συνταγματισμό τοῦ 19ου αἰώνα καί μέ μικρές παραλλαγές στό δημοκρατικό συνταγματισμό τοῦ 20οῦ. Οἱ αἰτίες τῆς ὁδύσσειας τῆς συνταγ-

ματικής θεωρίας πρέπει νά αναζητηθούν σ' αὐτήν τή «βαθιά δομή» τοῦ συνταγματισμοῦ.

Ἐντούτοις, ἡ ἐπιμονή τῆς θεωρίας νά ἀπαντήσει στά ἀναπάντητα ἐρωτήματα πού ἡ ἴδια ἔθεσε στὸν ἑαυτό της, ἡ ἐπιμονή τῆς ἀποτυχίας, θά μπορούσαμε νά πούμε, καί ἡ θεωρητικὴ πολυφωνία πού ξέσπασε μετὰ τὸ 1930 ἀποτελεῖ συγχρόνως σημεῖο ἐπιτυχίας. Μιά πολυφωνία λοιπόν πού εἶναι καταδικασμένη σέ ἀποτυχία καί πού ἐπιτυγχάνει μέσω τῆς ἀποτυχίας της, αὐτὴ εἶναι ἐπιγραμματικά ἡ ἱστορία τοῦ σύγχρονου συνταγματικοῦ λόγου.

2. Ἡ σύσταση τοῦ συνταγματικοῦ λόγου

Τὸ πρόβλημα τῆς νομιμοποίησης τῆς ἐξουσίας κυριαρχεῖ τὸν σύγχρονο συνταγματισμό. Ἡ νομιμοποίηση ἐμφανίζεται ὡς πρόβλημα κανονιστικοῦ κυρίως χαρακτήρα. Οἱ θεωρητικὲς τῆς νομιμοποίησης ἐρευνοῦν τίς συνθήκες πού ἐμφανίζουν τὴν πολιτικὴ ἐξουσία ὡς «δίκαιη», «ὀρθή» καί ἀναγκαία γιὰ τοὺς πολίτες, δημιουργώντας ἔτσι ἰσχυρὴ ὑποχρέωση ὑπακοῆς πρὸς τίς κρατικὲς ἐντολές καί περιορίζοντας τὴν προσφυγὴ σέ ἐκτεταμένη χρῆση τοῦ κατασταλτικοῦ μηχανισμοῦ.

Στὸ τελευταῖο μέρος τῆς ἐργασίας θά ὑποστηριχτεῖ πρῶτον, ὅτι ὁ τρόπος παρουσίας τοῦ κοινωνικοῦ καί πολιτικοῦ γίνεσθαι πού ἔχει ἐπικρατήσῃ στὴ συνταγματικὴ θεωρία ὁδήγησε σέ μιά προβληματικὴ γιὰ τὴ νομιμοποίηση πού ὄχι μόνο ἀποδίδει στὴν ἔννοια αὐτὴ μιά —ἀδικαιολόγητα— πρωταρχικὴ θέση ἀλλὰ καί τὴν κάνει θεωρητικὰ ἀδιάφορη καί ἐμπειρικὰ μὴ ἐπαληθεύσιμη. Δεύτερον, ὅτι ὁ κυρίαρχος —κανονιστικὸς χαρακτήρα— ὁρισμός τῆς νομιμοποίησης εἶναι ἄρρηκτα δεμένος μὲ ἰδεαλιστικὲς καί οὐσιοκρατικὲς ἀντιλήψεις γιὰ τὴν ἐξουσία καί τὸ δίκαιο. Θὰ ὑποστηριχτεῖ, τέλος, ὅτι γιὰ νά μπορέσουμε νά ἐξετάσουμε καί ἐρμηνεύσουμε τὸ θετὸ συνταγματικὸ δίκαιο οἱ ἔννοιες τῆς ἐξουσίας, τοῦ δικαίου καί τῆς νομιμοποίησης πρέπει νά ἐνταχθοῦν σέ μιά νέα προβληματικὴ ἀπαλλαγμένη ἀπὸ τίς ἀπλουστεύσεις τοῦ συνταγματισμοῦ.

Ἡ κεντρικὴ σημασία τοῦ προβλήματος τῆς νομιμοποίησης στὴ συνταγματικὴ θεωρία ὀφείλεται στὴν παράδοση τῆς φιλελεύθερης πολιτικῆς φιλοσοφίας ἀπὸ τὴν ὁποία κατάγεται ὁ συνταγματισμός καί οἱ βασικὲς του ἔννοιες. Ὁ κλασικὸς φιλελευθερισμός ἔχει χτιστεῖ γύρω ἀπὸ τὴν ἀξιωματικὴ διάκριση μετὰ τοῦ ἀτόμου καί τῆς κοινότητος, τῆς προσωπικῆς καί τῆς δημόσιας ζωῆς, τοῦ ἰδιώτη καί τοῦ κράτους, τῆς ἐλευθερίας καί τοῦ καταναγκασμοῦ. Στούς δυῖσμούς αὐτοὺς, πού ἐκφράζονται παραδειγματικά ἀπὸ τὴ διάκριση ἀνθρώπος/πολίτης τῆς Γαλλικῆς Διακήρυξης καί ἀπὸ τὸν χωρισμό τοῦ δικαίου σέ ἰδιωτικὸ καί δημόσιο, ὁ πρῶτος πόλος ἀντιπροσωπεύει τὴ σφαῖρα τῆς ἐλευθερίας καί τῆς αὐτονομίας, ὁ δεύτερος τὸ χῶρο τοῦ καταναγκασμοῦ, τῆς βίας καί τῆς ἐξουσίας. Στὴ νομικὴ καί πολιτικὴ θεωρία οἱ ἔννοιες πᾶνε πάντα δύο δύο σάν τὰ ζῶα τῆς Κιβωτοῦ τοῦ Νῶε.

Βασισμένοι σ' αυτήν τή διάκριση οί φιλελεύθεροι φιλόσοφοι προσπαθούν νά λύσουν τό πρόβλημα πού ό Parsons όνόμασε «hobbesian problem of order»:¹⁴² πώς δηλαδή μπορεί νά επιτευχθεῖ ἡ οργανωμένη καί εἰρηνική κοινωνική συμβίωση, ἀφοῦ οἱ ἐπιθυμίες, τά συμφέροντα καί οἱ ἀνάγκες τῶν ἀνθρώπων εἶναι ἀντιθετικές καί ἀσυμβίβαστες καί ἡ φυσική κατάσταση τῆς κοινωνικῆς ζωῆς εἶναι ἡ συνεχῆ σύγκρουση. Μ' ἄλλα λόγια, πώς εἶναι δυνατό νά δημιουργηθεῖ ἰσχυρή καί ἐγκυρη πολιτική δέσμευση τῶν πολιτῶν ἀπό τίς ἐντολές τοῦ κράτους, πού νά ἀφήνει ταυτόχρονα ἄρκετό χωρο γιά τήν ἐλεύθερη δράση καί τόν ἀνταγωνισμό τους. Ὅπως εἶδαμε, οἱ λύσεις πού προτάθηκαν εἶναι ἄρκετές, ἀλλά ἡ θέση τοῦ προβλήματος μ' αὐτόν τόν τρόπο καί οἱ ὑποθέσεις του περικλείουν μιά συγκεκριμένη θεωρητική προβληματική: ἂν ἡ πολιτική ἐξουσία εἶναι νομιμοποιημένη, τότε οἱ ἐξουσιαζόμενοι ἔχουν ἐξ ὀρισμοῦ μιά ἐσωτερικευμένη ἠθική ὑποχρέωση ὑπακοῆς σ' ὅλες τίς ἐπιταγές της. Ἀντιστρόφως, στό μέτρο πού οἱ ἐπιταγές αὐτές παίρνουν νομική μορφή, μιά νομιμοποιημένη πολιτική τάξη ἐκφράζεται μέ τήν ἐμφάνιση ἐκτεταμένης προδιάθεσης ὑπακοῆς καί σεβασμοῦ πρὸς τίς νομικές διατάξεις της.

Ἡ προβληματική αὐτή κυριαρχεῖ σ' ὅλους τοὺς φιλελεύθερους φιλοσόφους καί ἐκφράζεται πιό χαρακτηριστικά στή συνεχή τους προσπάθεια νά καθορίσουν τίς προϋποθέσεις κάτω ἀπό τίς ὁποῖες ἡ ὑποχρέωση ὑπακοῆς πρὸς τήν ἐξουσία ἀναστέλλεται καί ἰσχύει τό ἀτομικό ἢ ὁμαδικό δικαίωμα ἀντίστασης ἢ καί ἐπανάστασης κατά τῆς —μὴ νομιμοποιούμενης— ἐξουσίας. Παρ' ὅτι οἱ σύγχρονοι θετικιστές συνταγματολόγοι ἀπορρίπτουν τήν ὑπαρξη δικαιώματος ἀντίστασης, οἱ ἀντιλήψεις τους γιά τὰ προβλήματα τῆς ἐξουσίας, τοῦ δικαίου καί τῆς νομιμοποίησης δέν διαφέρουν καί πολὺ ἀπὸ τίς ἀπόψεις τοῦ Hobbes, τοῦ Locke καί τῶν Utilitarians. Μπορεῖ κανεῖς νά διαβάσει ἔτσι ὅτι «ἐφόσον κάθε σύστημα πολιτικῆς κυριαρχίας —δηλαδή νομιμοποιημένης ἐξουσίας— ἐναρμονίζεται ἀπόλυτα μέ τό νομικό του σύστημα, τό σύνολο τῶν ζητημάτων πού ἐξετάζονται σήμερα κάτω ἀπὸ τόν γενικό τίτλο τῆς ὑποχρέωσης ὑπακοῆς στοὺς νόμους... εἶναι τό ἴδιο μέ τήν παραδοσιακή μελέτη τοῦ προβλήματος τῆς πολιτικῆς ὑποχρέωσης, δηλαδή σέ ποιοῦ βαθμοῦ καί γιατί ὀφείλουν τὰ ἄτομα νά ὑπακούουν τοὺς κυβερνῶντες καί τοὺς νόμους».¹⁴³ Σύμφωνα μέ ἕναν ἄλλο συγγραφέα, «αὐτά πού πιστεύουμε γιά τό δίκαιο εἶναι ἅμεσα συνδεδεμένα μέ τή νομιμοποίηση τῶν πολιτικῶν μας θεσμῶν».¹⁴⁴ Ἡ νομιμοποιημένη ἐξουσία —ἡ πολιτική κυριαρχία— ταυτίζεται μέ τήν ἐννομη τάξη. *Τὸ δίκαιο εἶναι ἡ μόνη ἀποδεκτὴ μορφή τῆς ἐξουσίας καί ἡ ἐξουσία πρέπει πάντα νά ἀσκεῖται σύμφωνα μέ τοὺς δικαίους τύπους*.¹⁴⁵

142. Βλέπε Α. Giddens (1979β), σελ. 101-103.

143. Marshall (1971), σελ. 198.

144. S. Scheingold (1974), σελ. 3.

145. M. Foucault (1976), σελ. 111-120 καί σελ. 116.

Αυτό τό σύμπλεγμα εξουσία – δίκαιο ἐδρεύει καί πηγάζει ἀπό τό ἐνιαῖο κυρίαρχο κέντρο, τό κράτος, ἡ ἀπό ἓνα καθορισμένο σημεῖο μέσα στό κράτος (τόν ἀνώτατο ἄρχοντα, τόν λαό, τά νομοθετικά σώματα ἡ ἀπό τήν ἄρχουσα τάξη, τό κεφάλαιο κλπ.). Τό κράτος εἶναι ἡ ἔδρα τῆς εξουσίας, ἡ εξουσία ὑλοποιεῖ τή θέληση τοῦ κυρίαρχου ὑποκειμένου τό ὁποῖο τήν κατέχει, τέλος, τό δίκαιο εἶναι ἡ γλώσσα καί ἡ μορφή ὀργάνωσης τῆς εξουσίας.

Σ' αὐτήν τήν ἀναπαράσταση τῆς πραγματικότητας τό πρόβλημα νομιμοποίησης τοῦ συμπλέγματος εξουσία – δίκαιο παίρνει τή μία ἀπό δύο δυνατές μορφές: παρουσιάζεται ὡς ἓνα πρόβλημα ἀξιών/ἀρχῶν καί διαδικασιῶν πού ἐξασφαλίζουν τή συνέχεια, συνοχή καί ὁμοιογένεια τοῦ δικαίου καί προσδιορίζουν τή μορφή καί τά ὅρια τῆς εξουσίας· ἡ ὡς πρόβλημα συγκρότησης τοῦ ὑποκειμένου πού κατέχει καί ἀσκεῖ τήν εξουσία, ὀργάνωσης τῆς κυρίαρχης ἐνιαίας βούλησης πού θεσμοθετεῖ καί ἐνοποιεῖ τό δίκαιο. Ἡ ἐλευθερία καί ἡ εξουσία, ἡ ἐκούσια ὑπακοή καί ὁ ἐξωτερικός καταναγκασμός, ἡ κοινωνία καί τό κράτος συμφιλιώνονται μέσα ἀπό τήν ἐνότητα τῆς ἐννομης τάξης ἡ ἀπό τήν ἐνότητα τοῦ κυρίαρχου ὑποκειμένου πού κατέχει τήν εξουσία, ἐλέγχει τό κράτος καί θεσπίζει τό δίκαιο. *Τό Σύνταγμα συμβολίζει τήν ἐνότητα τοῦ τριπύχου κυριαρχία, ἐνιαία ἐξουσία ἀντικείμενο κατοχῆς καί δίκαιο ὁμοιογενοποιημένο καί ἱεραρχημένο.* Γιά νά παραφράσουμε τόν Μ. Foucault, στή συνταγματική θεωρία τό κεφάλι τοῦ μονάρχη δέν ἔχει κοπεῖ ἀκόμα.

Τό Σύνταγμα εἶναι λοιπόν ὁ ὑπέρτερος νόμος: ὡς *ὑπέρτερος* καθορίζει τήν ἐγκυρότητα τῶν ἄλλων μερῶν τοῦ νομικοῦ συστήματος. Ὡς *νόμος* εἶναι ἓνας κανόνας πού ἀποτελεῖται κατ' ἀρχήν ἀπό σαφεῖς, διαφανεῖς λέξεις· σέ περίπτωση ἀσάφειας οἱ διαφανεῖς προθέσεις τῶν νομοθετῶν βοηθοῦν τούς ἐρμηνευτές νά προσδιορίσουν τό ἀκριβές τους νόημα. Ὡς *νομικός κανόνας* ἔχει κανονιστικό χαρακτήρα ἀρνητικῆς μορφῆς: ἀπαγορεύει στήν πολιτική ἐξουσία νά ἀσκήσει ὀρισμένες ἐνέργειες καί ἔτσι τήν προσδιορίζει. Ἡ ἐνότητα τοῦ δικαίου πηγάζει ἀπό τό ἐνιαῖο ἀρχικό κείμενο ἡ τό ἐνιαῖο ἀρχικό ὑποκείμενο πού ἐξουσιοδοτεῖ καί ἐπικυρώνει ὅλα τά μεταγενέστερα. Ἄν πάλι δεχτοῦμε ὅτι τό συνταγματικό κείμενο δέν ἔχει σαφές νόημα, ὅπως ὑποστήριζαν οἱ νομικοὶ ρεαλιστές, τότε τό Σύνταγμα δηλώνει «ὅ,τι ἀποφασίζει τό Α.Δ.». ¹⁴⁶ Σ' αὐτήν τήν περίπτωση ἡ ἐνότητα τοῦ δικαίου πρέπει νά ἀναζητηθεῖ στή νομολογία τοῦ Α.Δ. Τό πρόβλημα νομιμοποίησης τῆς εξουσίας ἐμφανίζεται τότε ὡς πρόβλημα νομιμοποίησης τῶν συνταγματικῶν ἀποφάσεων καί τοῦ ἐπιτρεπτοῦ βαθμοῦ συνταγματικοῦ ἐλέγχου. Οἱ ἀρχές, οἱ ἀξίες καί οἱ τύποι πρέπει νά ἀνυρεθοῦν στά λόγια τῶν Συνταγματικῶν Δικαστῶν.

Ἐναλλακτικά, ἡ νομιμοποίηση ἀναζητεῖται στήν ταύτιση τῆς κυρίαρχης εξουσίας τοῦ κράτους μέ τή «φυσική» κυριαρχία τῆς κοινωνίας, ἡ ὁ-

146. Σ.Δ. Hughes στό Hoddler-Williams (1980), σελ. 11.

ποία παρουσιάζεται ως σύνολο εξατομικευμένων πολιτών ή συναλλασσόμενων ομάδων. Ἡ βούληση τοῦ κράτους *ταυτίζεται* με τή βούληση τοῦ κυρίαρχου λαοῦ καί ἡ ἄσκηση τῆς ἐξουσίας ὑποτάσσεται στήν κοινωνική συναίνεση (consensus) ἢ στούς συμβιβασμούς πού ἐπιτυγχάνονται μέ τήν πλουραλιστική διαδικασία. Σ' αὐτήν τήν περίπτωση τό δίκαιο εἶναι τό «οὐδέτερο» μέσο μέ τό ὁποῖο ἐκφράζονται ἡ ὁμοφωνία καί οἱ συμβιβασμοί. Τό δίκαιο ὁμογενοποιεῖται γιατί ἐνσωματώνει μιά εὐρεία κοινωνική συναίνεση γύρω ἀπό κοινωνικές ἀξίες, συναίνεση πού ἀντανακλάται στίς ὑποκειμενικές-ἐσωτερικευμένες ἀξίες τῶν ἀτόμων. Ἡ νομιμοποίηση ἀποβάλλει σ' αὐτήν τήν ἐκδοχή τόν ἀμφισβητούμενο κανονιστικό χαρακτήρα της καί γίνεται ἕνα ἐμπειρικά παρατηρήσιμο κοινωνικό γεγονός, πού κατά τόν Parsons καί τούς ἄλλους θεωρητικούς τῆς συστημικῆς καί κυβερνητικῆς πειθαρχίας ἔχει ἐπιτευχθεῖ ὀριστικά στήν Ἀμερική καί τίς ἄλλες ἀναπτυσσόμενες δυτικές κοινωνίες.

Ἔτσι ἡ συνοχή τοῦ δικαίου γίνεται τό σύμβολο τῆς ἐνότητας καί τῆς νομιμοποίησης τῆς ἐξουσίας καί ἀναζητεῖται διαδοχικά στό κυρίαρχο κείμενο (τό Σύνταγμα ἢ τίς συνταγματικές ἀποφάσεις)· τόν κυρίαρχο συντάκτη (τούς συντακτικούς νομοθέτες ἢ τούς Συνταγματικούς Δικαστές)· τήν κυριαρχία κάποιας ἀρχῆς ἢ ἀξίας (τῆς Δικαιοσύνης στόν Rawls, τοῦ ἀτομικοῦ ἠθικοῦ δικαιώματος στόν Dworkin, τῶν «οὐδέτερων ἀρχῶν» καί τῶν νομικῶν τύπων στόν Wechsler¹⁴⁷ καί τόν Hart, τῆς ἐπιστήμης γενικά στόν Ackerman ἢ τῆς νεοκλασικῆς οἰκονομικῆς ἐπιστήμης στόν Hayek¹⁴⁸ καί τόν Posner¹⁴⁹) ἢ, τέλος, τῆς κυριαρχίας τοῦ λαοῦ.

Ἡ οὐσιοκρατία πού χαρακτηρίζει τή «βαθιά δομή» τῆς συνταγματικῆς θεωρίας καθιστᾷ ἀδύνατη τήν ἐπίλυση τοῦ προβλήματος πού μέ τόσο ζήλο ἔχει ἀναλάβει τοὺς δύο τελευταίους αἰῶνες.

Ἐντούτοις ὁ συνταγματισμός μπορεῖ νά χαρακτηριστεῖ ὡς ἕνα μῶρφωμα λόγου, ὡς σημαντική μορφή ἰδεολογικοῦ λόγου πού δέν μᾶς εἶναι ἄγνωστη καί στήν Ἑλλάδα. Οἱ διάφορες καί ἀντιφατικές θεωρίες καί δόγματα πού παρουσιάστηκαν παραπάνω, οἱ ἀτέρμονες ἐπαναλήψεις καί τά ἐπαναλαμβανόμενα τέλη του μποροῦν νά ἐξεταστοῦν ὡς διαδικασίες ὀργάνωσης τῶν πρακτικῶν τοῦ λόγου (discursive practices), ὅπως τίς ὀρίζει ὁ Μ. Foucault στό σημαντικό του κείμενο *L'ordre du discours*.¹⁵⁰ Ὁ Foucault ὑποστηρίζει ὅτι ἡ παραγωγή λόγου σέ κάθε κοινωνία ἐλέγχεται καί καθοδηγεῖται ἀπό ἕναν ἀριθμό διαδικασιῶν, μιά «ἀστυνομία τοῦ λόγου» θά μπορούσαμε νά ποῦμε, πού ἐνοποιεῖ τό ὑποκείμενο, τό ἀντικείμενο καί τίς

147. Βλέπε H. Wechsler, "Towards Neutral Principles of Constitutional Law". 73 *Harvard Law Rev.*, σελ. 1 (1959).

148. Ackerman (1977) καί Posner (1973).

149. Hayek, F.A. (1960, 1973).

150. M. Foucault (1971), σελ. 23-38. Βλέπε ἐπίσης G. Therborn (1980), σελ. 81-84.

πρακτικές του λόγου. Οί διαδικασίες αυτές έχουν ως σκοπό την ταξινόμηση, όρθοθέτηση και κατανομή των «γεγονότων-προτάσεων» του λόγου: νέες προτάσεις, πού εμφανίζονται στην επιφάνεια πολύπλοκων και αντίθετικών κοινωνικών πρακτικών και πρακτικών λόγου, «οὐδετεροποιούνται» και ἐντάσσονται σέ μορφώματα λόγου μέ την απόδοσή τους σέ ένα μικρό αριθμό γενεσιουργών ἀρχών. Έτσι ο λόγος παρουσιάζεται ως συνεχής, συνεπής, τελεολογικός και πειθαρχημένος. Οί κύριες διαδικασίες ἐσωτερικής «πειθάρχησης» του λόγου είναι τρεῖς: ὁ *σχολιασμός* του ἀρχικοῦ κειμένου. Ἡ ἄρθρωση νέων προτάσεων ἐπιτρέπεται ὑπό τόν ὅρο ὅτι παρουσιάζονται ως ἀποκάλυψη και ἐπανάληψη νοημάτων πού ὑπάρχουν ἤδη — και — πάντα στό ἀρχικό κείμενο, τό ὁποῖο περιβάλλεται ἔτσι μέ κύρος και σεβασμό. Ὁ *συγγραφέας*. Ἐδῶ νέες προτάσεις ἐνσωματώνονται στόν λόγο μέ την ἀναγωγή τους σ' ένα ἀρχικό δημιουργό ὑποκείμενο. Ἡ βιογραφική γνώση τῆς ζωῆς του συγγραφέα χρησιμοποιεῖται γιά νά ἀποκαλυφθοῦν τά μέχρι τώρα «κρυμμένα και ἄγνωστα» νοήματα του ἔργου του. Τέλος, ἡ *ἐπιστήμη-συστηματική γνώση* (discipline). Οί νέες προτάσεις γίνονται ἀποδεκτές ἐφόσον ἀκολουθοῦν αὐστηροῦς ὁρους πού ἔχουν τή μορφή κανόνων. Κάθε νέο «γεγονός-πρόταση» παρουσιάζεται ἔτσι ως δημιούργημα ἐνός μικροῦ ἀριθμοῦ γενεσιουργῶν κανόνων, σάν νά ἐμπεριέχεται ἤδη στίς πεπερασμένες δυνατότητες πού δημιουργοῦν οἱ κανόνες αὐτοί.

Μπορεῖ νά ὑποστηριχτεῖ λοιπόν ὅτι τό συνταγματικό κείμενο και ἡ νομοθετική του ἱστορία, οἱ συνταγματικές ἀποφάσεις και οἱ ἀπόψεις τῶν δικαστῶν, τά νομικά δόγματα και οἱ πολιτικές θεωρίες είναι διαδικασίες πού προσπαθοῦν νά οἰκοδομήσουν και νά παρουσιάσουν τήν ἐξουσία στή γλώσσα του δικαίου, ἐμφανίζοντάς την ως μιά ἐνοποιημένη οὐσία πού ἀσκεῖται πρὸς ὄφελος ὅλης τῆς κοινωνίας. Βέβαια τό μὴ ἐκλογικεύσιμο στοιχεῖο τῆς ἐξουσίας δέν μπορεῖ νά ἀναχθεῖ στό δίκαιο, ὅπως προειδοποίησε ὁ F. Neumann.¹⁵¹ Ἐδῶ βρίσκεται ἡ ρίζα τῆς ἀποτυχίας τῶν συνεχῶν προσπαθειῶν τῆς συνταγματικῆς θεωρίας νά περιγράψει τό πολιτικό και τό κοινωνικό γίνεσθαι. Ἐντούτοις ἡ διανοητική ὀδύσσεια και οἱ ἄγονες θεωρητικές διαμάχες ἀποτελοῦν ταυτοχρόνως ἐνδειξη ἐπιτυχίας. Μέσα ἀπ' αὐτές χτίζεται μιά εἰδική μορφή λόγου, ὁ *συνταγματικός λόγος*. Οἱ ἀδιάκοπες ἀλλά ἀντιφατικές του ἐπαναλήψεις, οἱ θεμελιώδεις ἀλλά ἀντικρουόμενες ἀξίες του, οἱ γνωστές ἀλλά και ἄγνωστες προθέσεις τῶν ἐκφορέων του ἀποκαλύπτουν τήν ἐξελισσόμενη ἀντιφατική εἰκόνα τῆς κοινωνικῆς και πολιτικῆς κυριαρχίας και συγχρόνως προσπαθοῦν νά τή συσκοτίσουν μέ τή δήλωση και τήν ὑπόσχεση ὅτι ἡ ἐξουσία μπορεῖ νά δαμαστεῖ ἀπό τίς ἀρχές του δικαίου ἢ νά ἐξαφανιστεῖ ταυτισμένη μέ τίς ἀξίες μιᾶς ὑποθετικῆς κοινωνικῆς ἀλληλεγγύης (solidarité sociale).

151. N. Neumann (1964), R. Dahrendorf, *Society and Democracy in Germany* (1969), σελ. 197.

3. Συνοπτικές θέσεις για μία κριτική θεώρηση της συνταγματικής θεωρίας

α) Ἡ κριτική τοῦ συνταγματικοῦ λόγου ξεκινάει ἀπὸ τὴ διαπίστωση ὅτι ἡ κυριαρχία τῶν «ἀρχικῶν σημείων ἀναφορᾶς» καὶ τῶν «θεμελιωδῶν ἀξιῶν» τοῦ συνταγματισμοῦ ἐπιτρέπει τὴν ἐπέκταση καὶ διεξόδου τῆς ἐξουσίας στὴν κοινωνία, ἀλλὰ συγχρόνως περιορίζει καὶ ἐνοποιεῖ τὴν ἀναπαράστασή της στό λόγο. Ἔτσι τὸ κοινωνικὸ γίνεσθαι παρουσιάζεται ὡς μιά ὁλότητα, στὴν ὁποία ἡ σταθερότητα καὶ οἱ ἀναγκαῖες προσαρμογές, ἡ ὁμοφωνία καὶ οἱ ἐλεγχόμενες συγκρούσεις, τὸ ἀτομικὸ, ταξικὸ καὶ κοινὸ συμφέρον, οἱ ἄρχοντες καὶ οἱ ἀρχόμενοι ἀποτελοῦν ἓνα ὀργανικὸ ἁρμονικὸ σύνολο. Ἀλλὰ ἡ ἐξουσία δέν εἶναι μιά οὐσία, ἀντικείμενο κατοχῆς πού ἐδρεύει στό κέντρο τῆς κυριαρχίας, δηλαδή στό κράτος ἢ σέ κάποιο χῶρο μέσα στό κράτος. Στό συνταγματικὸ λόγο τὸ κράτος ἀποτελεῖ μιά ἀκόμη μεταφυσικὴ ἰδέα πού «χρησιμοποιεῖται γιὰ νὰ ἀποκρύψει τὴν πραγματικότητα τῆς ἐξουσίας».¹⁵²

Ἡ ἐξουσία πρέπει νὰ ἐξεταστεῖ ὡς *σχέση κυριαρχίας*. Ἡ ἐξουσία παράγει λόγο, γνώση, ὑποκείμενα καὶ σχέσεις αὐτονομίας καὶ ἐξάρτησης, ἐξουσιαστές καὶ ἐξουσιαζόμενους.¹⁵³ Οἱ «πόροι», τὰ μέσα καὶ οἱ δυνατότητες πού κινητοποιοῦνται ἀπὸ τὰ κοινωνικὰ ὑποκείμενα γιὰ τὴν ἐπίτευξη ἐπιθυμητῶν ἀποτελεσμάτων δέν εἶναι συμμετρικοί, ἀφοῦ ἀντλοῦνται ἀπὸ δομές κυριαρχίας στίς ὁποῖες τὰ ὑποκείμενα κατέχουν διαφοροποιημένες θέσεις. Οἱ σχέσεις ἐξουσίας δέν περιορίζονται στό πολιτικὸ ἐπίπεδο ἀλλὰ διαπερνοῦν τίς οἰκονομικές, κοινωνικές καὶ πολιτιστικές καὶ προσωπικές πρακτικές. Ὁ Claus Offe ὑποστηρίζει¹⁵⁴ ὅτι ὁ βαθμὸς στὸν ὁποῖο ἓνα πολιτικὸ σύστημα ἀποκλείει ὁρισμένες σφαῖρες δραστηριότητος ἀπὸ τὴν ἐπέμβασή του, ἐπικυρώνοντας ἔτσι τὴ «σιωπηλή» κυριαρχία τῶν οἰκονομικῶν καὶ κοινωνικῶν δομῶν, ἀποτελεῖ κριτήριό τοῦ καταπιεστικοῦ τοῦ χαρακτήρα (τέτοιας μορφῆς ἦταν ὁ καταπιεστικὸς χαρακτήρας τοῦ κράτους-νυχτοφύλακα τοῦ 19ου αἰῶνα). Καὶ οἱ ἀλλαγές στὴν κατανόηση καὶ ἐρμηνεία τῶν συνταγματικῶν διατάξεων πού ἀναφέρθηκαν ὑποδεικνύουν ὅτι οὔτε καὶ τὸ «σημειολογικὸ νόημα» (semantic meaning) εἶναι «ἀντικειμενικόν» ἀλλὰ ἀποτελεῖ ἀντικείμενο συνεχῶν διαπραγματεύσεων πού διαπερνῶνται καὶ ἐπικαθορίζονται ἀπὸ σχέσεις πολιτιστικῆς καὶ «σημειολογικῆς» ἐξουσίσεως.¹⁵⁵

152. Griffith (1979), σελ. 16.

153. Giddens (1979β), κεφ. 2, σελ. 93· M. Foucault (1976), σελ. 121-135· Poulantzas (1978), σελ. 146-155.

154. Offe στό Connerton (1976), σελ. 394.

155. Βλέπε A. Giddens (1976), σελ. 113 καὶ κεφ. 3. Ἐπίσης J. Brigham (1978).

β) Ἡ κριτική τοῦ συνταγματικοῦ λόγου ἀπορρίπτει ἐπίσης τήν ἰδεαλιστική καί οὐσιοκρατική ἀντίληψη γιά τό δίκαιο. Τό δίκαιο καί ἡ ἔννομη τάξη δέν ἀποτελοῦν ἓνα ἑνιαῖο σύνολο πού διαπερνᾶται ἀπό ὀρισμένες ἀρχές ἢ ἐκφράζει τίς ἀξίες τῆς κοινωνικῆς ὁμοφωνίας. Ἀντίθετα τό δίκαιο εἶναι μία κοινωνική διαδικασία (process): ἀποτελεῖται ἀπό συγκλίνοντες ἀλλά καί ἀντιφατικούς νόμους, διοικητικές διατάξεις καί δικαστικές ἀποφάσεις πού περιβάλλονται μιά ἐιδική, τεχνική γλώσσα καί πηγάζουν ἀπό διάφορους καί πολλές φορές ἀντιμαχόμενους κρατικούς θεσμούς, πάνω στούς ὁποίους ἀσκοῦνται πολὺμορφες καί συγκρούμενες πιέσεις.¹⁵⁶ Τό δίκαιο μεταφράζει τίς κοινωνικές καί πολιτικές πιέσεις καί ἑτερόκλητους καθορισμούς στή γλώσσα του καί ταυτόχρονα ἐπηρεάζει καί ἀναπαράγει τήν κοινωνικοπολιτική τάξη πάνω στήν ὁποία στηρίζεται. Τό δίκαιο ὀρίζει τήν «πραγματικότητα» καί ὑποστηρίζει τούς ὀρισμούς του μέ τή δύναμη τοῦ κατασταλτικοῦ κρατικοῦ μηχανισμοῦ. Ἀποτελεῖ ἔτσι ἓναν κατ' ἐξοχήν προνομιακό κοινωνικό λόγο: οἱ «ἀπόκρυφοι» ὀρισμοί, περιγραφές καί ἐπιταγές του διαμορφώνουν τό κοινωνικό γίνεσθαι περισσότερο ἀπό ὅποιον-δήποτε ἄλλο λόγο. Οἱ νομικές ἔννοιες δέν εἶναι «φακοί» μέσα ἀπ' τοὺς ὁποίους μποροῦμε νά παρατηρήσουμε μιά ἀνεξάρτητη ἀπ' αὐτοὺς διαδικασία. Ἀντίθετα, συμμετέχουν στή σύσταση τῆς κοινωνικῆς καί πολιτικῆς ζωῆς, διαμορφώνοντας καί δίνοντάς της τόν ἐπίσημό της ὀρισμό.¹⁵⁷ Τό δίκαιο ἀποδέχεται ἢ ἀπορρίπτει τίς πολιτικές ἀπαιτήσεις ὁμάδων καί τάξεων καί ἀνάγοντάς τες σέ γενικευμένα νομικά δικαιώματα καί καθήκοντα προσπαθεῖ νά ἀποκρύψει τίς κοινωνικές συγκρούσεις. Παράλληλα ἐπικυρώνει ὀρισμένες ἀξίες ὡς ἀξίες τοῦ «μέσου ἀνθρώπου» καί τῆς κοινωνίας καί ἔτσι συμμετέχει στή διαδικασία νομιμοποίησης τοῦ καθεστώτος, μιά διαδικασία πού ὁ μαρξιστής νομικός Alan Hunt ὀνόμασε «ἰδεολογική κυριαρχία».¹⁵⁸

Ἀλλά ἀπό τήν ἄλλη πλευρά, τό δίκαιο ὀργανώνει καί περιέχει τίς παραχωρήσεις πού ἔχουν ἐπιτύχει οἱ κυριαρχούμενες τάξεις καί ὁμάδες (χαρακτηριστικό παράδειγμα εἶναι τό ἐργατικό δίκαιο). Οἱ τύποι καί οἱ τεχνικές του ἀπαιτήσεις ἐπιβάλλουν κάποιους περιορισμούς στίς συνεχῶς αὐξανόμενες ἐπεμβάσεις τῆς ἐξουσίας. Ὅπως λέει ὁ E. P. Thompson, «οἱ νομικοὶ κανόνες καί ρητορεία μπορεῖ νά κρύβουν τήν πραγματικότητα τῆς ἐξουσίας συνήθως, ἀλλά μερικές φορές τήν ἐλέγχουν καί τήν περιορίζουν».¹⁵⁹ Τέλος, μέ τήν προστασία τῶν ἀτομικῶν καί πολιτικῶν δικαιωμάτων τό δίκαιο δημιουργεῖ τήν τυπική δυνατότητα γιά τήν ἀνατροπή τῶν σχέσεων ἐξουσίας καί ἐκμετάλλευσης.¹⁶⁰ Βεβαίως, τά πολιτικά δικαιώματα καί οἱ ἐ-

156. B. Hindess στό Hunt (ed.) (1980), σελ. 44.

157. W. Connolly (1974), σελ. 180.

158. Hunt στό Carlen (ed.) (1976), σελ. 39-43.

159. E.P. Thompson (1977), σελ. 265.

160. Poulantzas (1978), σελ. 76-93.

λευθερίες δέν διαθέτουν απόλυτη νομική προστασία, όπως ισχυρίζεται ή συνταγματική θεωρία. Είναι κι αυτά αντικείμενο πολιτικής διαμάχης και συγκρουόμενων πολιτικών απαιτήσεων, οί όποιες γίνονται αποδεκτές ή άπορρίπτονται, έπεκτείνονται ή περιορίζονται κατά περίπτωση.

γ) Τέλος, ή έννοια της νομιμοποίησης πρέπει νά αποδεσμευτεί από τόν κανονιστικό της χαρακτήρα πού κυριάρχει στην πολιτική και συνταγματική θεωρία αλλά και στη μαρξιστική θεωρία της ιδεολογίας ως «ψευδούς συνείδησης» (false consciousness).¹⁶¹ Η αντίληψη αυτή επιβάλλει ένα ψεύτικο δίλημμα: ένα πολιτικό καθεστώς είναι νομιμοποιημένο, έφόσον ύλοποιεί τά ύποθετικά κριτήρια πού αποδέχεται ό κάθε θεωρητικός (π.χ. τήν έλευθερία, τή δικαιοσύνη, τήν ισότητα κλπ.) ή δέν είναι και μπορεί νά επιβιώνει μόνο μέ έκτεταμένη και βίαιη καταπίεση (όλες οί θεωρίες περί «όλοκληρωτισμού»¹⁶² και ή κριτική τών κρατών του «ύπαρκτου σοσιαλισμού» από τήν άμερικανική πολιτική έπιστήμη στηρίζονται σ' αυτήν τή διάκριση).

Οί προσπάθειες του συνταγματισμού νά αποκαλύψει τίς ύπέρτατες άξίες του νομικού συστήματος στηρίζονται σ' αυτήν τήν αντίληψη γιά τή νομιμοποίηση. Η σχετική κοινωνική σταθερότητα τών αναπτυγμένων δυτικών κοινωνιών σημαίνει ότι ό λαός έχει αποδεχτεί σ' ένα βαθμό τό κοινωνικοπολιτικό τους καθεστώς. Η άποδοχή αυτή όμως δέν μπορεί νά αποδοθεί άποκλειστικά στην κοινωνική συναίνεση γύρω από όρισμένες άξίες. Η κρατική βία και ή άπειλή της, ή βελτίωση τών κοινωνικών συνθηκών, τά κίνητρα και οί ύλικές παραχωρήσεις πού κατέκτησε ό λαός μέ τούς άγώνες του, όπως και ή άπάθεια και ή παραίτηση από τά κοινά, έχουν παίξει εξέיסου σημαντικό ρόλο. Βέβαια ή άποδοχή του καθεστώτος ως ήθικά καταξιωμένου είναι ιδιαίτέρως σημαντική γιά τή σταθερότητά του και οί κυρίαρχες κοινωνικές και πολιτικές τάξεις επιδιώκουν τή νομιμοποίηση αυτής της μορφής. Άλλά, όπως ύποστηρίζει ό Α. Giddens, «ό βαθμός κανονιστικής όλοκλήρωσης (normative integration) τών κυρίαρχων κοινωνικών ομάδων είναι πιό σημαντικός γιά τή σταθερότητα τών κοινωνικών συστημάτων από τό βαθμό "έσωτερίκευσης" τών κυρίαρχων άξιών από τήν πλειοψηφία του λαού».¹⁶³ Τό ίδιο συμπέρασμα βγαίνει από ένα προσεκτικό διάβασμα του έντυπωσιακού έργου του Η. L. Α. Hart, *The concept of law*.

Ο Hart προσπαθεί νά περιορίσει τήν έμφαση της ώφελιμιστικής νομικής θεωρίας του Bentham και του Austin και του νομικού ρεαλισμού στον καταναγκαστικό χαρακτήρα του δικαίου. Χρησιμοποιώντας τίς θεωρίες τών γλωσσολόγων — φιλοσόφων της σχολής της Όξφόρδης (κυρίως του Wittgenstein και του Austin), ό Hart ύπογραμμίζει τήν «έσωτερική» πλευρά της

161. Therborn (1980), σελ. 100-115.

162. Talmon (1952).

163. Α. Giddens (1979β), σελ. 103.

συμμόρφωσης με τούς κανόνες δικαίου (internal aspect of rule-following): ένας έγκυρος κανόνας δικαίου δημιουργεί υποχρέωση ύπακοης κανονιστικού/ήθικού χαρακτήρα, πού είναι ανεξάρτητη από την έπιβολή κυρώσεων και την άπειλή τους.¹⁶⁴ Όπως είδαμε παραπάνω, ή έγκυρότητα ενός νομικού κανόνα εξαρτάται κατά τόν Hart από τή συμμόρφωσή του με τόν «κανόνα άναγνώρισης» πού υπάρχει στή βάση κάθε νομικού συστήματος. Έτσι ένα άποτελεσματικό πολιτικό-νομικό καθεστώς, πού ταυτίζεται με τήν ύπαρξη του βασικού του κανόνα, είναι αυτόματα νομιμοποιημένο και αυτή ή νομιμοποίηση φαίνεται από τήν ήθική υποχρέωση (τήν «έσωτερική» πλευρά της συμμόρφωσης) πού αισθάνονται οί πολίτες προς τίς έγκυρες νομικές έπιταγές. Έντούτοις, όταν ό Hart έξειδικεύει τή θεωρία του υποχρεώνεται νά μετριάσει τή θέση περί «έσωτερικευμένης» ύπακοης: «Οί πολίτες αντιμετωπίζουν τούς νόμους στους όποιους ύπακούουν άπλως και μόνο ως “τό νόμο” και τίποτε παραπάνω. Υπακούουν γιά πολλούς λόγους και έκτός των άλλων γιατί ξέρουν ότι υπάρχουν “άξιωματούχοι”, πού θά τούς συλλάβουν, θά τούς δικάσουν και θά τούςβάλουν φυλακή αν δέν ύπακούσουν». Μόνο οί «άξιωματούχοι του καθεστώτος» πρέπει νά άποδέχονται κανονιστικά τόν θεμελιώδη κανόνα πού καθορίζει τήν πολιτική κυριαρχία.¹⁶⁵ Και ό Otto Kirchheimer τής Σχολής τής Φραγκφούρτης υποστηρίζει ότι οί έπίσημοι κάθε πολιτικού και νομικού καθεστώτος είναι μάρτυρες αλλά και δημιουργοί τής νομικής συνέχειας και σταθερότητας πού άποτελεί «σημαντικό πιστοποιητικό» κοινωνικής σταθερότητας.¹⁶⁶

Έτσι ή στενή συσχέτιση μεταξύ τής νομιμότητας, τής νομικής συνέχειας και τής νομιμοποίησης πρέπει νά διατηρηθεί γιά τή διερεύνηση τής συμπεριφοράς και τών άξιών των πολιτικά και κοινωνικά κυρίαρχων τάξεων του σύγχρονου καπιταλισμού. Ό ρόλος του Α.Δ. και άνάλογων δικαστικών σωμάτων σέ άλλες χώρες ως αντιπροσώπου και δημιουργού των συναινετικών άξιών (value consensus) των κυρίαρχων τάξεων ύπηρε και εξακολουθεί νά είναι σημαντικός. Η μανιώδης του αντίσταση κατά των πρώτων μέτρων του «κράτους εϋμερίας» τό πρώτο τέταρτο του αιώνα και ή δραματική του υποχώρηση τό 1937¹⁶⁷ μπορούν νά έρμηνευτούν ως προσπάθεια μετριασμού και καθυστερημένη άποδοχή και επικύρωση του νέου συμπλέγματος των έπίσημων, κυρίαρχων άξιών του New Deal. Συγχρόνως ή δικαιολόγηση τής ριζικής αυτής άλλαγής έπί τή βάσει μιās νέας έρμηνείας τής 14ης τροπολογίας άποτελέσε σημαντική έπιβεβαίωση τής συνέχειας και σταθερότητας του νομικού συστήματος, τό όποιο με τήν ίδια διάταξη πού έγγυήθηκε τήν άσυδοσία του κεφαλαίου «έγγυάται» τώρα τίς πολιτικές έλευθερίες.

164. H. Hart (1961), σελ. 79-88.

165. *ibid.*, σελ. 111, 113, και 107-115.

166. O. Kirchheimer (1967), κεφ. III.

167. Βλέπε R. McCloskey, *The American Supreme Court* (1960).

Ἄλλὰ γιὰ τὴν πλειοψηφία τοῦ λαοῦ, τίς πολιτικά καὶ κοινωνικά κυριαρχούμενες τάξεις καὶ ὁμάδες, ἡ ἀποδοχή ἢ ἡ ἀνοχή τῶν σχέσεων ἐξουσίας πρέπει νὰ ἐξεταστεῖ ὡς διαδικασία συνεχοῦς διαπάλης πού περιλαμβάνει κανονιστικά ἀλλὰ καὶ μὴ κανονιστικά στοιχεῖα καὶ πρακτικές, μέτρα καταναγκασμοῦ καὶ πειθάρχησης,¹⁶⁸ ὑλικές παραχωρήσεις καὶ πραγματικές λαϊκές κοινωνικές καὶ πολιτικές κατακτήσεις.

δ) Μπορεῖ λοιπόν νὰ ὑποστηριχθεῖ ὅτι συστατικό στοιχεῖο τῆς θεμελιώδους ἀντίφασης οὐτοπίας – ἀπολογίας τοῦ συνταγματικοῦ λόγου ἀποτελοῦν οἱ ἀντικρουόμενες ἐρμηνεῖες τῶν βασικῶν ἐννοιῶν του – ἐξουσία, δίκαιο, νομιμοποίηση· ἐρμηνεῖες ἀντικρουόμενες, μέσα ὁμως στίς παραμέτρους τοῦ ἐπιστημολογικοῦ καὶ φιλολογικοῦ φιλελευθερισμοῦ.

Ὅλες οἱ κοινωνικές πρακτικές στηρίζονται σέ κάποια «θεωρία». Ἄλλὰ ἡ παραγωγή θεωρίας αὐξάνεται δραματικά ὅταν οἱ πρακτικές πού ὑποστηρίζει μπαίνουν σέ περίοδο κρίσης. Ὅταν ἡ πρακτική δέν θεωρεῖται πιά ὡς φυσική, δοσμένη, τότε ἡ θεωρία ἀποκτᾷ αὐτοσυνείδηση, ἐπιταχύνεται. Οἱ βασικές ἐννοιες μέσα στίς ὁποῖες διεξαγόταν ὁ διάλογος, γίνονται οἱ ἴδιες ἀντικείμενο διαμάχης, βγαίνουν στὴν ἐπιφάνεια, ἀντικειμενικοποιοῦνται, χάνουν τὴ «φυσικότητά» τους. Στὸ σημεῖο αὐτὸ ἡ θεωρία ἔχει δύο στρατηγικές ἐπιλογές. Εἴτε νὰ δώσει νέες κατευθύνσεις καὶ μεθόδους στὴν παλιά πρακτική, νὰ τὴν ἀνανεώσει· εἴτε νὰ βοηθήσει στὴν ὀριστική τῆς ἀνατροπῇ καὶ νὰ βάλει νέες πρακτικές στὴν ἱστορική ἀτζέντα.

Ἡ πρόσφατη πολυφωνία καὶ αὐξηση τῆς παραγωγῆς καὶ παραγωγικότητας τῆς συνταγματικῆς θεωρίας ἀποτελεῖ τὸ ἐξωτερικὸ σημεῖο κρίσης τῆς συνταγματικῆς πρακτικῆς. Ἡ πρακτική πού μπῆκε σέ βαθιά κρίση στηρίζεται στίς ἀρχές τοῦ φιλελευθέρου ἀνθρωπισμοῦ, τῶν κυρίαρχων ὑποκειμένων, τῶν προνομιοῦχων τελῶν καὶ τελεολογιῶν, τῶν μονοδιάστατων σημασιῶν. Ὁ ρόλος τῆς κριτικῆς θεωρίας εἶναι νὰ βοηθήσει στὴν ἀνατροπὴ αὐτοῦ τοῦ μοντέλου, νὰ ἀρνηθεῖ τὴν ἀπολογία καὶ νὰ βοηθήσει στὸ χτίσιμο νέων οὐτοπιῶν. Μ' αὐτὴν τὴν ἐννοια ἡ κριτικὴ συνταγματικὴ θεωρία καὶ φιλοσοφία τοῦ δικαίου εἶναι ὑποχρεωτικά ἀρνητικές. Ἡ κριτικὴ γεννιέται ἀπὸ τὴν κρίση. Καὶ τὸ ὄνομά της εἶναι ἀρνηση: αὐτοῦ πού ὑπάρχει, αὐτοῦ πού ἡ «θεωρία» μᾶς λέει ὅτι ὑπάρχει, μ' ἄλλα λόγια αὐτοῦ πού ὁ λόγος στὴ σύνδεσή του μὲ τὴν ἐξουσία φτιάχνει.

168. Foucault (1979), *passim*.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Ackerman, B., *Private Property and the Constitution*. New Haven, Yale University Press, 1977.
- Ἀλιπράντη Ν., Μανιτάκη Α., κ.ἄ., *Μελέτες γιά μιὰ κριτική θεώρηση τοῦ δικαίου*, Ἐκδόσεις Σάκκουλα 1985.
- Althusser, L., *Lemin and Philosophy* Monthly Review, New York, 1971.
- Berlin, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- Bickel, A., *The Morality of Consent*, New Haven, Yale Univ. Press, 1975.
- , *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven, Yale Univ. Press, 1978.
- Black, C., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, New York, Macmillan, 1960.
- Black, H. and Cahn Ed., "Justice Black and First Amendment "Absolutes": A Public Interview", *New York L. Rev.*, 1962.
- Bourjol, M. et al. *Pour une Critique du Droit*, Grenoble, Maspero, 1978.
- Brigham, J., *Constitutional Language*, Westport, Greenwood, 1978.
- Γιατάγανα Σ., *Ἡ κρίση τῆς φιλελεύθερης δημοκρατίας*, *Τὸ Σύνταγμα* 1976, σ. 265-289.
- Carlen, P. (ed), *The Sociology of Law*, University of Keele, 1976.
- Carroll, P. and Boble, D., *The Free and the Unfree: A New History of United States*, London, Penguin, 1977.
- Connerton, P. (ed), *Critical Sociology*, London, Penguin, 1976.
- Connolly, W., *The Terms of Political Discourse*, Lexington, D.C. Heath, 1974.
- Corwin, E., *The Twilight of the Supreme Court: A History of our Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1934.
- , *Liberty and Government. The Rise Flowering and Decline of a Famous Judicial Concept*, Baton Rouge, Louisiana St. Univ. Press, 1948.
- Cox, A., *The Warren Court: Constitutional Decisions as an Instrument of Reform*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1968.
- Dahl, R., "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker", 6 *Journal of Public Law*, 1957.
- Douzinas, C., *Constitutional Law and Freedom of Expression. The Constitution of the Public Sphere in Legal Discourse and Practice in American legal theory and Jurisprudence*, Ph. D. Thesis, L.S.E., London, 1982.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- Edelman, B., *Le Droit Saisi par la photographie*, Paris, Maspero, 1973.
- Edelman, M., *The Symbolic Use of Politics*, Urbana, University of Illinois Press, 1964.
- Elliott, W., *The Rise of Guardian Democracy: The Supreme Court's Role in Voting Rights Disputes 1845-1969*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1974.
- Ely, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1980.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.

- Foucault, M., *L' Ordre du Discourse*, Paris, Gallimard, 1971.
- , *La Volonte de Savoir*, Paris, Gallimard, 1976.
- , *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*, London, Penguin, 1979.
- Friedman, M., *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962.
- Giddens, A., *New Rules of Sociological Method*, London, Hutchinson, 1976.
- , *Studies in Social and Political Theory*, London, Hutchinson, 1979.
- , *Central Problems in Social Theory*, London, Macmillan, 1979 (β).
- Griffith, J., "The Political Constitution", 42 *Modern Law Rev.*, 1979.
- Habermas, J., *Toward a Rational Society*, London, Heinemann, 1971.
- , *Theory and Practice*, London, Heinemann, 1974.
- , *Legitimation Crisis*, London, Heinemann, 1976.
- , *Communications and the Evolution of Society*, London, Heinemann 1979.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961.
- Hay, D., et al., *Albion's Fatal Tree*, London, Penguin, 1977.
- Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, London, Routledge, 1960.
- , *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge, 1973.
- Hirst, P., *On Law and Ideology*, London, Macmillan, 1979.
- Hodder-Williams, R., *The Politics of the U.S. Supreme Court*, London, Allen and Unwin, 1980.
- Hunt, A., *The Sociological Movement in Law*, London, Macmillan, 1978.
- Hunt, A. (ed), *Marxism and Democracy*, London, Lawrence and Wishart, 1980.
- Κασιμάτη Γ., *Οι λειτουργίες του κράτους*, Αθήνα, 1980.
- Kirchheimer, O., "The Rechtsstaat as Magic Wall", in Wolff, R. and Moore, B., *The Critical Spirit: Essays in Honor of H. Marcuse*, Boston Beacon, 1967.
- Konvitz, M. and Rossiter, C., *Aspects of Liberty*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1958.
- Krislov, S., *The Supreme Court and Political Freedom*, New York, Free Press, 1968.
- Leoni, B., *Freedom and the Law*, Princeton, Van Nostrand, 1961.
- Levy, L., *Legacy of Suppression*, Cambridge, Belknap Press, 1960.
- Linde, H., "Judges, Critics and the Realist Tradition", 82 *Yale L. Journal*, 1972.
- Marshall, C., *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon, 1971.
- McIlwain, C., *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1939.
- Macpherson, C.B., *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1962.
- , *The Real World of Democracy*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1966.
- , *Democratic Theory*, Oxford, Clarendon, 1973.
- Μάνεση Αρ., *Οι ἐγγυήσεις τηρήσεως τοῦ Συντάγματος, II*, Αθήνα, 1965.
- , *Ατομικές ἐλευθερίες, I*, Ἐκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1979.
- , *Συνταγματικό Δίκαιο, I*, Ἐκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1980.
- , *Δίκαιο, Σύνταγμα, Πολιτική*, Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη (χ.χ.ἔ.).
- (χ.χ.ἔ.).
- Μαντάκη Α., "Μαρξισμός καὶ δίκαιο", περιοδικό *Πολίτης*, 17 Μαρτίου 1978.
- , «Ο λόγος τῆς ἐξουσίας καὶ ὁ ἀντιλόγός του», *Ἀρμενόπουλος*, 39/1, σ. 1.
- Marx, K., *Early Writings* with an Introduction by L. Colletti, London, Penguin, 1975.
- Mendelson, W. (ed), *The Constitution and the Supreme Court*, New York, Dodd, 1965.
- Μιχαηλίδη-Νουάρου Α., *Ζωντανό δίκαιο καὶ φυσικό δίκαιο*, Ἐκδόσεις Σάκκουλα, Αθήνα, 1982.
- Mouffe, C. (ed), *Gramsci and Marxist Theory*, London, Routledge, 1979.
- Neumann, F., "The Governance and the Rule of Law. An Investigation into the Rela-

- tionship between the Political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society", 1936 (typescript, L.S.C. Library).
- , *The Democratic and Authoritarian State* (H. Marcuse ed), London, Collier-Macmillan, 1964.
- Paine, T., *Rights of Man* (H. Collins ed), London, Penguin, 1969.
- Πάσχου Γ., *Πολιτική δημοκρατία και κοινωνική εξουσία*, Παρατηρητής, Θεσσαλονίκη, 1979.
- Pashukanis, E., *Law and Marxism. A General Theory*, London, Ink Links, 1978.
- Pitkin, H.F., *Wittgenstein and Justice. On the Significance of Ludwig Wittgenstein for Social and Political Thought*, Berkeley, 1972.
- Poggi, G., *The Development of the Modern State*, London, Hutchinson, 1978.
- Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Boston, 1973.
- Poulantzas, N., *Political Power and Social Classes*, London, Verso, 1978.
- Ripert, G., *Le Declin du Droit*, Paris Librairie Generale, 1949.
- Schoffieff, *Essays on Constitutional Law and Equity*, Boston, 1921.
- Scheingold, S., *The Politics of Rights*, New Haven, Yale Univ. Press, 1974.
- Shapiro, M., *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Engiwood Cliffs, Prentice-Hall, 1966.
- Σκουρή Σ., *Συστήματα του δικαστικού έλέγχου της συνταγματικότητας των νόμων. Τō Σύνταγμα*, 1982, σ. 507-545.
- Summer, C., *Reading Ideologies*, London Academic, Press, 1979.
- Talmon, J., *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, Secker and Warburg, 1952.
- Therborn, G., *The Power of Ideology and the Ideology of Power*, London, Verso, 1980.
- Thompson, E.P., *Whigs and Hunters*, London, Penguin, 1977.
- Tocqueville, A. de., *Democracy in America*, Cambridge, Sever and Francis, 1864.
- Unger, R.M., *Knowledge and Politics*, New York, The Free Press, 1976.
- , *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1977.
- Wolfe, A., *The Limits of Legitimacy*, New York, The Free Press, 1977.