

ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΕΤΗΡΙΣ
ΣΧΟΛΗΣ ΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

Δελ. 45-58 Νο: 497

02

ARISTOTELIAN
UNIVERSITY OF THESSALONIKI

THE YEAR BOOK

OF THE SCHOOL OF LAW
AND ECONOMIC SCIENCE

MISCELLANY IN HONOR OF

CHARALAMBOS N. FRAGISTAS

ON THE OCCASION OF HIS 35th ANNIVERSARY
AS PROFESSOR OF THE UNIVERSITY



VOLUME XII — PART VI

THESSALONIKI 1970-71

ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΕΙΟΝ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΝ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ

ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΗ ΕΠΕΤΗΡΙΣ

ΕΚΔΙΔΟΜΕΝΗ ΥΠΟ ΤΗΣ
ΣΧΟΛΗΣ ΤΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ
ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΑΦΙΕΡΩΜΑ ΕΙΣ

ΧΑΡΑΛΑΜΠΟΝ Ν. ΦΡΑΓΚΙΣΤΑΝ

ΕΠΙ ΤΗΣ ΣΥΜΠΛΗΡΩΣΕΙΣ ΤΡΙΑΚΟΝΤΑΠΕΝΤΑΕΤΟΥΣ ΚΑΘΗΓΕΣΙΑΣ



ΤΟΜΟΣ Β' — ΤΕΥΧΟΣ ΣΤ'

ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ 1970-71

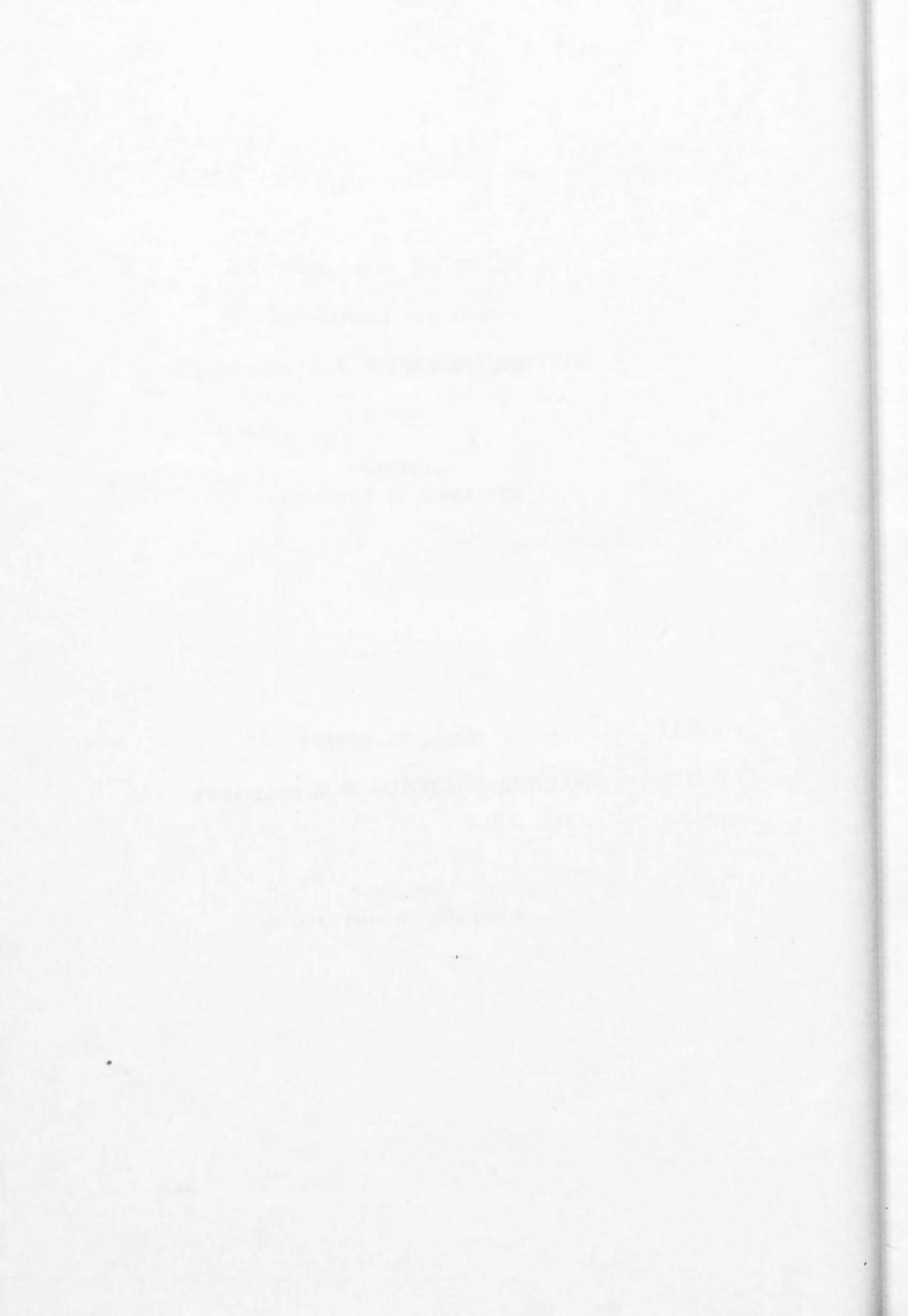
ΔΙΕΥΘΥΝΤΗΣ ΕΚΔΟΣΕΩΣ
ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ Δ. Σ. ΚΩΝΣΤΑΝΤΟΠΟΥΛΟΣ

ΕΠΙΜΕΛΕΙΑ,
ΑΔΑΜΑΝΤΙΟΥ Π. ΑΜΜΑΝΙΤΗ

EDITOR - IN - CHIEF
PROFESSOR D. S. CONSTANTOPOULOS

SUPERVISOR
ADAMANTIOS P. AMMANITIS

MEΛΕΤΑΙ



ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΤΗΤΟΣ
ΕΙΣΑΓΩΓΗ ΕΙΣ ΤΟΝ ΘΕΣΜΟΝ ΤΟΥ ΕΜΠΟΡΙΚΟΥ ΜΗΤΡΩΟΥ

Ὑπὸ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Γ. ΠΑΜΠΟΥΚΗ
τακτικοῦ καθηγητοῦ τοῦ Ἐμπορικοῦ Δικαίου

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1950

ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΗΣ ΔΗΜΟΣΙΟΤΗΤΟΣ

ΕΙΣΑΓΩΓΗ ΕΙΣ ΤΟΝ ΘΕΣΜΟΝ ΤΟΥ ΕΜΠΟΡΙΚΟΥ ΜΗΤΡΩΟΥ

ὑπό

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ Γ. ΠΑΜΠΟΥΚΗ

τακτικού καθηγητοῦ τοῦ Ἐμπορικοῦ Δικαίου

1. 1. Ὡς ὅλοι σχεδὸν οἱ θεσμοὶ τοῦ συγχρόνου ἐμπορικοῦ δικαίου, οὕτω καὶ ὁ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἔχει τὰς ρίζας αὐτοῦ εἰς τὸν μεσαιῶνα. Συγκεκριμένως, πρόδρομος τοῦ εἰς τὰς συγχρόνους νομοθεσίας ἀπαντωμένου ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι τὸ μητρώον τῆς μεσαιωνικῆς συντεχνίας τῶν ἐμπόρων, τῆς ὀργανώσεως δηλαδὴ ἐκείνης, εἰς τὴν ὁποίαν ὑποχρεωτικῶς ἀνῆκε πᾶς ἔμπορος τῆς μακρυνῆς ἐκείνης ἐποχῆς. Βεβαίως, τὸ τελευταῖον τοῦτο μητρώον ἦτο ἀρχικῶς θεσμὸς τοῦ δημοσίου δικαίου, ἐνῶ τὸ σύγχρονον ἐμπορικὸν μητρώον εἶναι θεσμὸς τοῦ ἰδιωτικοῦ καὶ δὴ τοῦ ἐμπορικοῦ δικαίου. Τὸ μητρώον ἐκεῖνο, πράγματι, ἀπετέλει ἀρχικῶς ἀπλοῦν κατάλογον τῶν μελῶν τῆς συντεχνίας, κατάλογον ἐν τῷ ὁποίῳ ἡ ἐγγραφὴ τοῦ ἐμπόρου ἀπεδείκνυε τὴν ιδιότητα αὐτοῦ ὡς μέλους τῆς συντεχνίας· ἐνῶ τὸ σύγχρονον μητρώον ἀποτελεῖ δημόσιον βιβλίον χρησιμεῦον πρὸς καταγραφὴν ὠρισμένων σημαντικῶν διὰ τὰς ἐμπορικὰς συναλλαγὰς νομικῶν γεγονότων¹, μὲ ἄλλας λέξεις, μέσον κυρίως δημοσιότητος γεγονότων, τὰ ὁποῖα ἔχουν νομικὰς συνεπείας καὶ τὰ ὁποῖα ἀφοροῦν εἰς τὸν ἔμπορον — φυσικὸν ἢ νομικὸν πρόσωπον — καὶ ἐνδιαφέρουν τοὺς μετ' αὐτοῦ συναλλασσομένους (κατωτέρω ὑπὸ II 1 A)². Πολὺ ἐνωρὶς ὅμως, καὶ δὴ ἀπὸ μὲν τοῦ 13ου αἰῶνος τὸ μητρώον τῆς συνεχίας, ἀπὸ δὲ τοῦ 16ου αἰῶνος καὶ ἄλλα, ἀνάλογα πρὸς αὐτὸ καὶ κατ' ἀπομίμησιν αὐτοῦ ἐπινοηθέντα μητρώα ἤρχισαν νὰ χρησιμεύουν καὶ πρὸς σκοποὺς ἐνδιαφέροντας τὸ ἐμπορικὸν δίκαιον, πρὸς σκοποὺς δηλαδὴ ἀναλόγους ἐκείνων τοὺς ὁποίους ἐξυπηρετεῖ τὸ σύγχρονον ἐμπορικὸν μητρώον. Ἡ ἐξέλιξις δὲ αὕτη ἀπετέλεσεν ἐπιτακτικὴν ἀνάγκην διὰ τὸ ἀναπτυσσόμενον τότε ἐμπόριον, ἀφοῦ συμφέ-

1. Περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, βλ. ἰδίως E h r e n b e r g, ἐν Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts τ. I (1913) § 51 I ἐν ἀρχῇ σελ. 529.

2. Περὶ τῆς διαφορᾶς τῶν δύο τούτων μητρώων, πρβλ. J. v. G i e r k e, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht (ἐκδ. 8η, 1958) § 12 I σελ. 57.

ρον πάντων τῶν ἐνδιαφερομένων δι' αὐτὸ προσώπων — δηλαδή τῶν μετὰ τοῦ ἐμπόρου συναλλασσομένων, ὅσον καὶ τοῦ ἰδίου τοῦ ἐμπόρου — ἦτο καὶ τότε, ὡς εἶναι καὶ σήμερον, νὰ ὑφίσταται σαφῆνεια σχετικῶς πρὸς τὰ νομικὰ γεγονότα τὰ ἀφορῶντα εἰς αὐτόν, ὥστε νὰ ἀποκλείωνται ἢ νὰ περιορίζωνται κατὰ τὸ δυνατόν αἱ ὀχληραὶ καὶ ἐνίοτε ἐπικίνδυνοι ἀμφισβητήσεις³. Πρέπει δὲ νὰ σημειωθῇ, ὅτι, εὐθὺς ὡς τὸ μητρῶον τοῦτο ἤρχισε νὰ χρησιμεύῃ καὶ πρὸς ἱκανοποίησιν σκοπῶν τοῦ ἐμπορικοῦ δικαίου, ἤρχισε συγχρόνως νὰ ἐπιβάλλεται καὶ ὁ θεσμὸς τῆς δημοσίας γνωστοποιήσεως τῶν εἰς αὐτὸ ἐγγραφομένων γεγονότων δι' ἐνὸς ἐντύπου, τὸ ὁποῖον ἀρχικῶς μὲν εἶχε τὴν μορφήν τῆς ἐγκυκλίου, μεταγενεστέρως δὲ τὴν τοῦ περιοδικῶς ἐκδιδδομένου δελτίου⁴.

Εἰδικώτερον, κοιτῆς τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου ὑπῆρξεν ἡ βόρειος Ἰταλία, εἰς τὰς ἐμπορικὰς πόλεις τῆς ὁποίας ἤρχισεν ἡ ἐξέλιξις, ἡ ὁδηγήσασα εἰς τὸ σύγχρονον ἐμπορικὸν μητρῶον ἐξέλιξις, ὅμως, ἡ ὁποία συνεχίσθη καὶ ὠλοκληρώθη ἀργότερον εἰς ἄλλας χώρας τῆς δυτικῆς Εὐρώπης καὶ κυρίως εἰς Γερμανίαν⁵. Ἡ ἐξέλιξις δὲ αὕτη δύναται νὰ διακριθῇ εἰς τρία στάδια, ἐξ ὧν τὸ πρῶτον νὰ περιλάβῃ τὴν σχετικὴν προπαρασκευήν, τὸ δεύτερον τὴν ἐπινόησιν καὶ καθιέρωσιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου εἰς ὠρισμένην χώραν καὶ τὸ τρίτον, τέλος, τὴν καὶ εἰς ἄλλας χώρας διάδοσιν αὐτοῦ.

Α. α) Οὕτως, εἰς τὴν βόρειον Ἰταλίαν, καὶ ἐπὶ παραδείγματι εἰς τὴν Bologna κατὰ τὸ ἔτος 1509, ἐδημιουργήθησαν διὰ πρῶτην φοράν — παραλλήλῃως πρὸς τὰ μητρῶα τῶν συντεχνιῶν — εἰδικὰ μητρῶα, εἰς τὰ ὁποῖα ἐνεγράφοντο τὰ πρόσωπα, τὰ ἔχοντα τὴν πληρεξουσιότητα νὰ ὑπογράφουν συναλλαγματικὰς καὶ ἄλλους παρομοίους τίτλους ἐπ' ὀνόματι ἐμπόρου τινός.

β) Ἐν Γαλλίᾳ, ἐξ ἄλλου, διὰ λόγους ἐθνικῆς ἀσφαλείας, ἐπεβλήθη ἐν ἔτει 1579 ὑποχρέωσις ἐγγραφῆς, εἰς εἰδικὸν μητρῶον, τῶν ὑπὸ ἀλλοδαπῶν καὶ κυρίως ὑπὸ ἰταλῶν τραπεζιτῶν ἰδρυομένων ἐταιριῶν⁶ μεταγενεστέρως δὲ καὶ δὴ ἐν ἔτει 1629, ἡ ὑποχρέωσις αὕτη, διὰ λόγους ἀσφαλείας τῶν συναλλα-

3. Πρβλ. Pavone la Rosa, Il registro delle imprese (1954) Κεφ. I π. 2 σελ. 6 ἐπ. καὶ κατωτέρω ὑπὸ 2. Πρβλ. ἐπίσης καὶ Rehm e, Geschichte des Handelsrecht, ἐν Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts τ. I (1913) § 11 σελ. 98 ἐπ., ἀναβ.βάζοντα μάλιστα εἰς τὸν 13ον αἰῶνα τὴν ὑπαρξίν ἰδιαιτέρων μητρῶων, διαφόρων τῶν τοιούτων τῆς συντεχνίας.

4. Βλ. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht (ἔκδ. 2α καὶ 3η, 1928) Κεφ. 17 II ἐν τέλει σελ. 67, His, ἐν Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch τ. VII μέρος 4 (1940) σελ. 1.

5. Περὶ τῆς ἐξελίξεως ταύτης, σκιαγραφουμένης ἀμέσως κατωτέρω ἐν τῷ κειμένῳ, βλ. ἰδίως His, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 1 ἐπ., διὰ δὲ τὰ ἐν Γαλλίᾳ, εἰδικώτερον, καὶ Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, Droit commercial τ. I (ἔκδ. 5η, 1968) nos 98-101 σελ. 92 ἐπ.

γῶν τῶρα πλέον, ἐπεξετάθη ἐπὶ πασῶν τῶν ἐταιριῶν, συνεπῶς δὲ καὶ ἐπὶ τῶν ὑπὸ γάλλων ἰδρυομένων. Ἀργότερον, ὁ περίφημος διὰ τὴν ἱστορίαν τοῦ ἐμπρικοῦ δικαίου νόμος περὶ ἐμπορίου (Ordonnance sur le Commerce) τοῦ 1673 διετήρησε καὶ ἐνίσχυσε τὴν ὑποχρέωσιν ταύτην, πρὸς τὸν σκοπὸν ὅπως περιστελεῖται κατὰ τὸ δυνατόν τὰς καταδολιεύσεις, τὰς ὁποίας κατὰ τὴν ἐποχὴν ἐκείνην ὑπέκρυπτον συνήθως αἱ πτωχεύσεις τῶν ἐταιριῶν. Πλὴν ὅμως, ἡ ἐξέλιξις αὕτη ἀνεκόπη ἀπὸ τῆς εἰσαγωγῆς τοῦ ναπολεοντείου ἐμπορικοῦ κώδικος (Code de commerce) τοῦ 1807, ὁ ὁποῖος ἀπέκρουσε τὴν ἰδέαν ἐνὸς ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς γενικοῦ μέσου ἐμπορικῆς δημοσιότητος· καὶ τοῦτο, ἐπειδὴ οἱ φιλελεύθεροι συντάκται τοῦ κώδικος τούτου ἐφοβήθησαν, μήπως παρεξηγηθούσιν, ἂν διατηρήσουν ἓνα θεσμὸν διαμορφωθέντα ὑπὸ τὸ ἀνελεύθερον καθεστῶς τῶν συντεχνιῶν, τὸ ὑπὸ τῆς γαλλικῆς ἐπαναστάσεως καταργηθέν.

B. α) Ἡ ἐξέλιξις, ὅμως, ἡ ὁποία ἀνεκόπη ἐν Γαλλίᾳ ἀπὸ τῆς εἰσαγωγῆς τοῦ ναπολεοντείου ἐμπορικοῦ κώδικος, συνεχίσθη μὲ ταχὺν ρυθμὸν καὶ ὠλοκληρώθη ἐν Γερμανίᾳ, ἐνθα ἔγινε πολὺ ἐνωρὶς αἰσθητῆ ἢ ἀνάγκη καθιερώσεως ἐνὸς γενικοῦ, διὰ πάντας τοὺς ἐμπόρους ἀρμοδίου, ἐμπορικοῦ μητρώου. Ἐν Γερμανίᾳ, ἡ ἐξέλιξις αὕτη εἶχεν ἤδη ἀρχίσει μετὰ τὸν τριακονταετῆ πόλεμον (1618 - 1648), ὅτε πολλαὶ γερμανικαὶ πόλεις, διὰ τὸ νὰ δώσουν νέαν ὄψιν εἰς τὸ ἐμπόριον, ἔλαβον σειρὰν προστατευτικῶν μέτρων, μεταξὺ τῶν ὁποίων καὶ ἡ δημιουργία διαφόρων μητρώων, προσωριζομένων νὰ ἐπιβάλλουν τάξιν εἰς τὰς ἐμπορικὰς συναλλαγὰς. Οὕτως, εἰς τὸ Frankfurt a. M. εἰσῆχθη κατὰ τὸ ἔτος 1666 μητρώων τῶν ἐταιριῶν, εἰς δὲ τὸ Augsburg κατὰ τὸ ἔτος 1684 βιβλίον ἐπωνυμιῶν, τὸ ὁποῖον ἀπετέλεσε σημαντικὸν σταθμὸν εἰς τὴν ἐν Γερμανίᾳ ἐξέλιξιν· ἐνῶ ἀργότερον καὶ, συγκεκριμένως, ἀπὸ τῶν ἀρχῶν περίπου τοῦ 18ου αἰῶνος, τὸ παράδειγμα τῶν πόλεων τούτων ἠκολούθησεν ἡ Βιέννη καὶ εἴτα ἄλλαι γερμανικαὶ πόλεις. Ἡ ἐξέλιξις δὲ αὕτη ὠλοκληρώθη ἐν ἔτει 1861, ὅτε ἡ ἐν Nürnberg συνέλευσις τῶν γερμανικῶν κρατιδίων ἐνέκρινεν ἐνιαῖον κείμενον ἐμπορικοῦ κώδικος, τὸ ὁποῖον κατέστη ταχέως νόμος πλείστον ἐκ τῶν κρατιδίων τούτων, μετὰ δὲ τὴν δημιουργίαν τοῦ ἐνιαίου γερμανικοῦ κράτους καὶ, συγκεκριμένως, ἐν ἔτει 1871, κατέστη γενικὸς νόμος τοῦ νέου κράτους. Ὁ κώδιξ δὲ οὗτος, γνωστὸς ὡς γενικὸς γερμανικὸς ἐμπορικὸς κώδιξ (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch), ἔσχυσεν μέχρι πέρατος τοῦ 19ου αἰῶνος, ἀντικατασταθεὶς τὴν 1ην Ἰανουαρίου 1900 ὑπὸ τοῦ πρὸ τριῶν ἐτῶν συνταγέντος νέου ἐμπορικοῦ κώδικος (Handelsgesetzbuch) ⁶.

6. Τὴν ἱστορίαν τῶν κωδίκων τούτων βλ. εἰς R e h n e, ἐνθ' ἄνωτ. § 21 σελ. 240 ἐπ.

β) Ὁ πρῶτος τῶν κωδίκων τούτων, ὁ ἐν ἔτει 1861 συνταγείς καὶ ἐν ἔτει 1871 καταστάς γενικὸς ἐμπορικὸς κώδιξ τῆς Γερμανίας, εἶναι τὸ πρῶτον εἰς τὸν κόσμον νομοθέτημα, τὸ ὁποῖον καθιέρωσε τὸ ὑπὸ τὴν σύγχρονον μορφήν γνωστὸν ἐμπορικὸν μητρώον, τόσον ἀπὸ ἀπόψεως ὀρολογίας ὅσον καὶ ἀπὸ ἀπόψεως τήρησεως καὶ λειτουργίας αὐτοῦ. Ὁ κώδιξ οὗτος, πράγματι, ἐγκαταλείψας τοὺς μέχρι τότε χρησιμοποιουμένους ὄρους «μητρώον τῶν ἐπωνυμιῶν» ἢ «τῶν ἐταιριῶν» ἢ «τῶν πληρεξουσιοτήτων», καθιέρωσε τὸν ὄρον «ἐμπορικὸν μητρώον» (Handelsregister), ὅστις ἀνταποκρίνεται πληρέστερον πρὸς τὴν πραγματικὴν ἀποστολὴν αὐτοῦ. Τὴν τήρησιν αὐτοῦ, ἐξ ἄλλου, ἀπέθεσαν ἀρχικῶς μὲν εἰς τὰ ἐμποροδικεῖα, μετὰ δὲ τὴν κατάργησιν αὐτῶν, εἰς τὰ κατώτερα πολιτικὰ δικαστήρια, τὰ Amtsgerichte, τὰ ὅποια ἀντιστοιχοῦν εἰς τὰ ἡμέτερα Εἰρηνοδικεῖα. Περαιτέρω, προσέδωκεν εἰς αὐτὸ χαρακτηριστὴρα δημοσίου βιβλίου, βιβλίου δηλαδὴ τοῦ ὁποῖου τὸ περιεχόμενον εἶναι προσιτὸν εἰς πάντα ἐνδιαφερόμενον καί, ἐπὶ πλέον, προέβλεψε τὴν δι' ἐπισήμου ἐντύπου δημοσίευσιν τῶν ἐν αὐτῷ γινομένων ἐγγραφῶν. Τέλος, ἐπέβαλεν εἰς τὸν ἔμπορον τὴν ὑποχρέωσιν ἐγγραφῆς εἰς αὐτὸ πλείστον ἐκ τῶν ἀφυρώντων εἰς αὐτὸν γεγονότων, ὡς εἶναι, ἐπὶ παραδείγματι, ἡ υἰοθέτησις καὶ χρησιμοποίησις ἐπωνυμίας, ἡ παροχὴ ἐμπυρικῆς πληρεξουσιοτήτος, ἡ σύστασις, τροποποίησις καὶ λύσις ἐταιρίας κ.λ.π., κατοχύρωσε δὲ τὴν ὑποχρέωσιν ταύτην μὲ πλείστας κυρώσεις, τόσον ἀστικῆς ὅσον καὶ ποινικῆς φύσεως. Εἰδικώτερον δέ, ἀπὸ ἀπόψεως ἀστικῶν κυρώσεων, ὥρισεν ὅτι τὰ δεόμενα ἐγγραφῆς γεγονότα, ἐφ' ὅσον μὲν δὲν ἔχουν ἐγγραφῆ, δὲν δύνανται νὰ ἀντιταχθῶν κατὰ τῶν τρίτων, ἐκτὸς ἂν ὁ ἔμπορος ἀποδείξῃ ὅτι οὗτοι ἐγνώριζον αὐτὰ ἀφ' ἧς δὲ ἐγγραφοῦν, ἰσχύουν ὅπωςδῆποτε ἔναντι τῶν τρίτων, ἐκτὸς ἂν οὗτοι ἀποδείξουν ὅτι δεδικαιολογημένως ἠγγύουν αὐτά.

Ὁ δεῦτερος τῶν εἰρημένων κωδίκων, ὁ εἰσαχθεὶς δηλαδὴ ἐν Γερμανίᾳ ἅμα τῇ εἰσόδῳ τοῦ 20οῦ αἰῶνος, διηύρυνε τὴν σημασίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου καὶ ἰσχυροποίησε τὴν ἀποτελεσματικότητά αὐτοῦ, δηλαδὴ τὰς συνεπειὰς τῆς εἰς αὐτὸ ἐγγραφῆς ἢ μὴ ἐγγραφῆς τῶν ἐγγραπτέων γεγονότων (§§ 8 - 16 τοῦ εἰρημένου κώδικος). Πρέπει μάλιστα νὰ σημειωθῇ, ὅτι, διὰ τῆς εἰσαγωγῆς τοῦ κώδικος τούτου, δὲν ἐπερατώθη ἡ ἐν Γερμανίᾳ ἐξέλιξις καὶ τελειοποίησις τοῦ ἐν λόγῳ θεσμοῦ· ἀλλὰ, τουναντίον, συνεχίσθη μέσῳ τῆς νομολογίας, ὑπὸ τῆς ὁποίας διεμορφώθη ἐθιμικὸν δίκαιον, καταστῆσαν ἔτι μᾶλλον ἰσχυράν τὴν ἀποτελεσματικότητά αὐτοῦ⁷.

7. Βλ. ἰδίως J. v. Gierke, ἐνθ' ἄνωτ. § 12 V σελ. 64 ἐπ. Πρόκειται περὶ συμπληρώσεως τῆς καλουμένης «θεραπευτικῆς» ἐνεργείας τῶν ἐν τῷ ἐμπορικῷ μητρώῳ καταχωρίσεων διὰ τῶν ἀρχῶν τῆς καλῆς πίστεως, διὰ τῶν ὁποίων παρέχεται προστασία εἰς τοὺς δόσαντας πίστιν εἰς τὰς ἐν τῇ ἀναγγελίᾳ καὶ τῇ καταχωρίσει περιεχομένας δηλώσεις τοῦ ἐμπόρου (κατωτέρω ὑπὸ II 1 Γ καὶ σημ. 23).

Γ. Ὁ κατὰ τὸν τρόπον τοῦτον διαμορφωθείς ἐν Γερμανίᾳ θεσμὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀπετέλεσεν ἔκτοτε τὸ πρότυπον, πρὸς τὸ ὅποιον ἤρχισαν νὰ τείνουν τὰ δίκαια τῶν ὑπολοίπων χωρῶν τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης.

α) Οὕτω, πρώτη ἠκολούθησε τὸ παράδειγμα τῆς Γερμανίας ἡ Ἑλβετία, ἡ ὅποια υἰοθέτησε τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, ὑπὸ τὴν γερμανικὴν αὐτοῦ μορφήν, διὰ τοῦ Κώδικος Ἐνοχῶν τοῦ 1881 καὶ διετήρησεν αὐτὸ διὰ τοῦ ἐν ἔτει 1936 εἰσαχθέντος νέου Κώδικος Ἐνοχῶν (ἄρθρα 927 - 943)⁸.

β) Ἡ Γαλλία, τουναντίον, ὑπῆρξε λίαν διαστακτικὴ εἰς τὴν υἰοθέτησιν τοῦ θεσμοῦ τούτου, παρὰ τὸ γεγονός ὅτι ἡ οἰκονομικὴ ἀνάπτυξις αὐτῆς ὑπῆρξε παράλληλος πρὸς τὴν ἐν Γερμανίᾳ καὶ Ἑλβετίᾳ σημειωθεῖσαν. Βεβαίως, τὸ κενόν, τὸ ὅποιον κατέλιπεν ἐν τῷ σημείῳ τούτῳ ὁ ναπολεόντειος ἐμπορικὸς κώδιξ, ἔγινε ταχέως αἰσθητόν, πολλαὶ δέ, ὡς ἐκ τούτου, ἐγένοντο προσπάθειαι πρὸς πλήρωσιν αὐτοῦ ἐπὶ διαφόρων πεδίων τοῦ ἐμπορικοῦ δικαίου. Ἄλλ' αἱ προσπάθειαι αὗται, σπουδαιότερα τῶν ὁποίων ὑπῆρξεν ἡ διὰ τοῦ νόμου τῆς 24ης Ἰουλίου 1867 εἰσαγωγὴ μητρώου τῶν ἐταιριῶν, πολὺ ἀπεῖχον ἀπὸ τοῦ νὰ σημάνουν τὴν ὀριστικὴν ἀναγνώρισιν καὶ υἰοθέτησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς θεσμοῦ ἀναγκαίου διὰ τὴν καλὴν ὀργάνωσιν καὶ λειτουργίαν τοῦ ἐμπορίου. Μόνον δὲ μετὰ τὸν πρῶτον παγκόσμιον πόλεμον, ὅταν ἡ Γαλλία προσήρτησε τὰς τέως γερμανικὰς ἐπαρχίας Ἀλσατίαν καὶ Λωρραίνην, εἰς τὰς ὁποίας ἴσχυεν ἀπὸ καιροῦ τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, ἠσθάνθη τὴν ἀνάγκην νὰ ἐκσυγχρονισθῇ ἀπὸ τῆς ἀπόψεως ταύτης καὶ νὰ εἰσαγάγῃ διὰ τοῦ νόμου τῆς 18 Μαρτίου 1919 ἐν ἀληθὲς ἐμπορικὸν μητρώον (Registre de Commerce), ἀφορῶν εἰς πάντας τοὺς ἐμπόρους, τόσον τοὺς ἀτομικῶς ἐμπορευομένους ὅσον καὶ τὰς ἐταιρίας. Καὶ εἶναι μὲν ἀληθὲς ὅτι τὸ μητρώον τοῦτο, εἰσαχθὲν παραλλήλως πρὸς τὰ ἄλλα, τὰ παλαιότερον καθιερωθέντα μέσα ἐμπορικῆς δημοσιότητος, ἀπετέλεσεν ἀρχικῶς ἐν ὑποτυπῶδες σύστημα δημοσιότητος (κατωτέρω ὑπὸ III 2 Α), τῆς ὁποίας ἡ μὴ τήρησις ἐκ μέρους τοῦ ἐμπόρου συνεπήγετο μόνον ποινικὰς καὶ ἐλάχιστα ἀποτελεσματικὰς κυρώσεις. Ἀλλὰ τὸ μητρώον τοῦτο, πρὸς τὸ ὅποιον ὁ γαλλικὸς ἐμπορικὸς κόσμος βαθμηδὸν ἐξοικειώθη, ἐξείλιχθη καὶ ὠλοκληρώθη ἀργότερον, καὶ μάλιστα μετὰ τὸν δεῦτερον παγκόσμιον πόλεμον, διὰ σειρᾶς νομοθετημάτων, τελευταῖον τῶν ὁποίων ὑπῆρξε τὸ διάταγμα τῆς 23ης Μαΐου 1967. Διὰ τῶν νομοθετημάτων δὲ τούτων, συγκεκριμένως, κατηργήθησαν πλεῖστα τῶν παλαιῶν μέσων δημοσιότητος, ἐδημιουργήθη περιοδικὸν δελτίον πρὸς δημοσίευσιν τῶν ἐν τῷ μητρώῳ γινομένων ἐγγραφῶν, ἐλήφθησαν δὲ ποικίλα μέτρα πρὸς ἐξασφάλισιν τῆς ἐνημερότητος καὶ ἀκριβείας τοῦ μητρώου, μεταξὺ τῶν ὁποίων καὶ ἡ κα-

8. Βλ. ἐν ἐκτάσει, His, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 7 ἐπ.

Οι έρωσεις τής άρχής, καθ' ήν ό έμπορος δέν δύναται νά επικαλεσθῆ κατά τών τρίτων τήν έμπορικήν του ιδιότητα ή τήν άνυπαρξίαν αὐτῆς πρό τῆς έγγραφῆς ή, άναλόγως, διαγραφῆς του εκ τοῦ έμπορικοῦ μητρώου, οὐδέ τά δεόμενα έγγραφῆς γεγονότα πρό τῆς καταχωρίσεώς των εις αὐτό⁹.

γ) 'Εν 'Ιταλίᾳ, διά τοῦ 'Αστικοῦ Κώδικος τοῦ 1942 (άρθρα 2188-2202), εισηχθη Θεσμός άνάλογος πρός τό έμπορικόν μητρώον, ό Θεσμός τοῦ μητρώου τών έπιχειρήσεων (registro delle imprese), ό όποῖος ἕμως δέν έχει εἰσέτι τεθῆ έν ισχύι. 'Αντί δέ τοῦ Θεσμοῦ τούτου, ισχύουν εκεῖ σήμερα τά καί πρότερον ύφιστάμενα μέσα δημοσότητος — τά όποῖα εἶναι άνάλογα πρός τά τοῦ παλαιοῦ γαλλικοῦ δικαίου καί εκ τών όποίων σπουδαιότερον εἶναι τό μητρώον τών εταιριῶν — τά όποῖα, πάντως, λειτουργοῦν νῦν κατά τās περι τοῦ μητρώου τών έπιχειρήσεων διατάξεις τοῦ 'Αστικοῦ Κώδικος (άρθρα 99 - 101 τοῦ Εἰσαγωγικοῦ νόμου τοῦ εἰρημένου 'Αστικοῦ Κώδικος, άρθρον 262 τοῦ περι πτωχεύσεως κ.λ.π. νόμου τοῦ 1942)¹⁰.

2. Α. Παρ' ήμῖν, τό έμπορικόν δίκαιον δέν διεμορφώθη βαθμιαίως μέ τήν πάροδον τοῦ χρόνου, ώς εις τās χώρας τῆς δυτικῆς Εὐρώπης, άλλ' εἰσήχθη ἐξ αὐτῶν σχεδόν έτοιμον. 'Υπό τουρκικόν ζυγόν ἐπὶ τέσσαρας αἰῶνας εὐρέθεν τό έλληνικόν ἔθνος, παρά τήν ζωτικότητα αὐτοῦ — χάρις εις τήν όποίαν διετήρησε τήν συνοχήν καί άνέκτησε τήν έλευθερίαν του — δέν ἔσχεν άντικειμενικῶς τήν δυνατότητα νά διαμορφώσῃ ἴδιον ἐξειλιγμένον έμπορικόν δίκαιον ή, ἔστω, νά συμβάλλῃ εις τήν έν τῇ Δύσει συντελουμένην τότε διαμόρφωσιν αὐτοῦ. Τσιουτοτρόπως, ὅταν κατά τās άρχάς τοῦ παρελθόντος αἰῶνος ἤρχισε νά προπαρασκευάζῃ τήν άνάστασίν του καί εἶτα νά ἐπιτυχάνῃ αὐτήν, ἡσθάνθη ἐπιτακτικήν τήν άνάγκην έμπορικοῦ κώδικος. Πρός ἱκανοποίησιν δέ αὐτῆς, ἔσπευσε νά υἰοθετήσῃ — έν άρχῇ μὲν ιδιωτικῶς, εἶτα δέ καί ἐπισήμως, τουτέστι νομοθετικῶς — τόν μόνον τότε εις τόν κόσμον ὑπάρχοντα έμπορικόν κώδικα, δηλαδή τόν γαλλικόν, ό όποῖος εκτοτε άποτελεῖ τό βασικόν παρ' ήμῖν νομοθέτημα έμπορικοῦ δικαίου· τοῦτο δέ ἔπραξεν εὐλόγως, διότι ό κώδιξ οὗτος οὐ μόνον ἦτο τότε μοναδικός — καί μάλιστα νεαρός εἰσέτι καί μέ τήν αἰγλήν τῆς γαλλικῆς ἐπαναστάσεως περιβεβλημένος — αλλά καί εἶχε συνταχθῆ ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ έν τῇ Μεσογείῳ, ἀπό τῆς ἐποχῆς τοῦ μεσαιῶνος, διαμορφωθέντος καί ισχύοντος ἐθιμικοῦ έμπορικοῦ δικαίου¹¹.

9. Βλ. Julliot de la Morandiere-Rodiere-Houin, ἔνθ' άνωτ. nos 121 καί 122 σελ. 109 ἐπ.

10. Βλ., π.χ., Pavonella Rosa, ἔνθ' άνωτ. Κεφ. I n. 1 σελ. 1 ἐπ., Ascarelli, Corso di diritto commerciale (ἐκδ. 3η, 1962) Κεφ. XI n. 2 σελ. 281 ἐπ., ἐξ ὧν μάλιστα ό δεύτερος (αὐτόθι, σελ. 283 ἐπ.) ἀρνεῖται τήν άνάγκην ὑπάρξεως μητρώου προκειμένου περι τῶν άτομικῶς έμπορευομένων.

11. Βλ., άντί άλλων, Καρραβᾶν, 'Εμπορικόν δίκαιον τ. Α' (1947 - 1950)

Κατόπιν τῆς ἐξελιξέως ταύτης, τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, ὡς θεσμὸς γενικῆς ἐμπορικῆς δημοσιότητος, παρέμεινε καὶ ἐξακολουθεῖ νὰ παραμένῃ ξένον πρὸς τὴν ἐλληνικὴν νομικὴν πραγματικότητα ¹².

Β. Τοῦτο, βεβαίως, δὲν σημαίνει ὅτι τὸ ἡμέτερον ἐμπορικὸν δίκαιον ἠγγύησε τελείως τὴν ἰδέαν τῆς ἐμπορικῆς δημοσιότητος, παραμεῖναν ἀδιάφορον πρὸ τῶν οὐσιωδῶν ἀναγκῶν, τὰς ὁποίας αὕτη καλεῖται νὰ θεραπεύσῃ. Διότι, ἀληθῶς, ἡ ἐμπορικὴ δημοσιότης καὶ ἡ δι' αὐτῆς ἐπιτυγχανομένη δικαικὴ ἰδίως ἀσφάλεια εἶναι ἀξίαι πρωταρχικῆς διὰ τὸ ἐμπόριον σημασίας· ἀξίαι, ὡς ἐκ τοῦτου, αἱ ὁποῖαι κρατοῦν καὶ κατευθύνουν τὸ ἐμπορικὸν δίκαιον ἤδη ἀπὸ τῆς ἐποχῆς, καθ' ἣν τοῦτο ἤρχισε τὸ πρῶτον διαμορφούμενον ὡς αὐτοτελὴς κλάδος τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου (κατωτέρω ὑπὸ Π 1 Β καὶ σημ.18).

Διὰ τὸν λόγον τοῦτον, λοιπόν, καὶ τὸ ἡμέτερον ἐμπορικὸν δίκαιον, τόσον τὸ εἰς τὸν ἐμπορικὸν κώδικα, ὅσον καὶ τὸ εἰς νόμους μεταγενεστέρους αὐτοῦ κατεστρωμένον, προβλέπει σήμερον τὴν ἐγγραφὴν ἢ δημοσίευσιν πλείστων νομικῶν γεγονότων τοῦ ἐμπορίου εἰς ποικίλα δημόσια βιβλία ἢ εἰς ἐπίσημα ἔντυπα. Ἰδίως δέ, προβλέπει τὴν εἰς βιβλίον, τηρούμενον παρ' ἐκάστῳ Πρωτοδικεῖῳ, ἐγγραφὴν τῶν πρὸς ἀνγλικούς παρεχομένων ἀδειῶν πρὸς ἐνέργειαν ἐμπορικῶν πράξεων ἢ πρὸς ἄσκησιν ἐμπορίας (ἄρθρα 2 καὶ 3 ΕΚ)· τὴν εἰς ὅμοια βιβλία ἀντιγραφὴν περιλήψεων τῶν καταστατικῶν τῶν ὁμορρυθμῶν καὶ ἑτερορρυθμῶν ἐταιριῶν (ἄρθρον 42 §§ 1 καὶ 2 ΕΚ) καὶ καταχώρισιν τῶν ἐκθέσεων καταθέσεως τῶν καταστατικῶν τῶν ἐταιριῶν περιορισμένης εὐθύνης (ἄρθρον 8 §§ 1, 4 καὶ 6 ν. 3190/1955)· τὴν διὰ τοῦ Δελτίου ἀνωνόμων ἐταιριῶν καὶ ἐταιριῶν περιορισμένης εὐθύνης τῆς Ἐφημερίδος τῆς Κυβερνήσεως δημοσίευσιν τῶν ὑπουργικῶν ἀποφάσεων περὶ ἐγκρίσεως τῶν καταστατικῶν καὶ παροχῆς ἀδείας ἰδρύσεως τῶν ἀνωνόμων ἐταιριῶν (ἄρθρον 1 π.δ. τῆς 16/22-1-1930), καθὼς καὶ περιλήψεων τῶν καταστατικῶν τῶν ἐταιριῶν περιορισμένης εὐθύνης (ἄρθρον 8 § 2 ν. 3190/1955)· τὴν συρραφὴν τῶν καταστατικῶν τῶν συνεταιρισμῶν εἰς βιβλία τηρούμενα ὑπὸ τῶν ἀρμοδίων ὑπουργείων καὶ τῶν εἰρηνοδικείων (ἄρθρ. 4 ν. 602/1915 καὶ β.δ. τῆς 16/21-4-1915)· τὴν ἐγγραφὴν ὠρισμένων ἀποφάσεων καὶ ἄλλων δικαστικῶν πράξεων, σχε-

§§ 31 - 33 σελ. 68 ἐπ., Πανταζόπουλον, Ἐπὶ τῆς «λογίαις» παραδόσεως εἰς τὸν Ἀστικὸν Κώδικα (ἐκδ. 2α, 1965) σελ. 130 ἐπ.

12. Βεβαίως, δὲν δύναται νὰ ἀποκλεισθῇ, ἀλλὰ τουναντίον πρέπει νὰ θεωρηθῇ λίαν πιθανὴ ἡ τήρησις μητρώων ὑπὸ τῶν ἐπὶ τουρκοκρατίας εὐρέως διαδεδομένων καὶ μεγάλως ἀκμασασάντων συντεχνιῶν τῶν ἐλλήνων ἐμπόρων καὶ βιοτεχνῶν· ἀλλὰ δυσχερῶς θὰ ἠδύνατο νὰ ὑποστηριχθῇ, ὅτι τὰ μητρώα ταῦτα ἐχρησίμευον καὶ πρὸς ἄλλους σκοπούς, πέραν τῶν κακῶς διοικητικῶν καὶ ὀργανωτικῶν τοιοῦτων. Περὶ τῶν εἰρημένων συντεχνιῶν καὶ τῆς σημασίας αὐτῶν, βλ. ἰδίως Πανταζόπουλον, Ἐλλήνων συσσωματώσεις κατὰ τὴν Τουρκοκρατίαν (1958) ἰδία σελ. 18 ἐπ., παρ' ᾧ καὶ περαιτέρω παραπομπαί.

τικών πρὸς τοὺς πτωχεύσαντας ἐμπόρους, εἰς τὰ ὑπὸ τῶν πρωτοδικείων τηρουμένα μητρώα πτωχευσάντων ἢ τὴν δημοσίευσιν αὐτῶν διὰ τοῦ Δελτίου τοῦ ταμείου συντάξεων νομικῶν (ἄρθρα 5 καὶ 6 ἀ.ν. 635/1937)· τὴν ἐγγραφήν τῶν ἐπωνυμιῶν καὶ τῶν διακριτικῶν τίτλων ἐπιχειρήσεων ἢ καταστημάτων εἰς τὰ ὑπὸ τῶν ἐμπορικῶν καὶ βιομηχανικῶν ἐπιμελητηρίων τηρουμένα πρωτόκολλα ἐπωνυμιῶν (ἄρθρα 54 ἐπ. ν. 184/1914)· τὴν εἰς εἰδικὰ βιβλία ἐγγραφήν καὶ διὰ τοῦ Δελτίου ἐμπορικῆς καὶ βιομηχανικῆς ἰδιοκτησίας τῆς Ἐφημερίδος τῆς Κυβερνήσεως δημοσίευσιν τῶν σημάτων καὶ τῶν διπλωμάτων εὐρεσιτεχνίας καὶ τῶν πρὸς αὐτὰ σχετικῶν πράξεων (ἄρθρα 13 καὶ 36 ἀ.ν. 1998/1939, ὡς ἰσχύουν σήμερον, ἄρθρα 28, 31 καὶ 33 ν. 2527/1920)· τέλος, τὴν εἰς τὰ νηολόγια ἐγγραφήν τῶν πλοίων καὶ καταχώρισιν τῶν περὶ μεταβιβάσεως αὐτῶν συμφωνιῶν, καθὼς καὶ τὴν εἰς τὰ βιβλία ὑποθηκῶν ἐγγραφήν τῶν ἐπὶ πλοίων συνιστωμένων ὑποθηκῶν (ἄρθρα 2, 4, 6, 7 καὶ 197 ΚΙΝΔ).

Ὡς εἶναι ἡμῶς προφανές, ἡ δημοσιότης ἢ ὅποια ἐπιτυγχάνεται διὰ τῶν βιβλίων καὶ ἐντύπων τούτων, οὐσα διάσπαρτος καὶ ἀσυστηματοποίητος καί, ὡς ἐκ τούτου, δυσχερῶς προσιτῆ εἰς τοὺς ἐνδιαφερομένους, παλὸ ἀπέχει ἀπὸ τοῦ νὰ πληροῖ τοὺς ἔθους λειτουργίας ἐνὸς ἐνιαίου καὶ πλήρως ὀργανωμένου ἐμπορικοῦ μητρώου.

Γ. Οὕτως ἐχόντων τῶν πραγμάτων, ἢ καὶ παρ' ἡμῶν εἰσαγωγή τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀποτελεῖ ἐπιτακτικὴν ἀνάγκην τῶν ἐμπορικῶν συναλλαγῶν ἀνάγκην, ἢ ὅποια ἦτο μὲν πάντοτε αἰσθητή, σήμερον ἡμῶς ἔχει καταστῆ περισσότερον ἐπιτακτικὴ, λόγῳ τοῦ συνεχῶς αὐξανομένου ρυθμοῦ τῶν συναλλαγῶν μὲ χώρας, αἵτινες ἀπὸ μακροῦ γνωρίζουν τὸν θεσμόν τούτον καί, ἰδιαίτερος, λόγῳ τῆς εἰσόδου τῆς Χώρας μας εἰς τὴν Εὐρωπαϊκὴν Οἰκονομικὴν Κοινότητα. Καὶ πράγματι, μόνον διὰ τῆς καθιερώσεως ἐμπορικοῦ μητρώου, ὀργανωμένου καὶ λειτουργοῦντος κατὰ τὰ πρότυπα τῶν δικαίων τῆς δυτικῆς Εὐρώπης, θὰ ἐπιτύχωμεν τὴν σαφήνειαν καὶ τάξιν, αἱ ὁποῖαι ἀποτελοῦν τὴν ἀπαραίτητον προϋπόθεσιν ἀναπτύξεως τοῦ ἐμπορίου καὶ αἱ ὁποῖαι, συνεπῶς, εἶναι ἀναγκαῖαι τόσον δι' ἡμᾶς τοὺς ἰδίους, ὅσον καὶ διὰ τὴν προσέλκυσιν τῆς συνεργασίας λαῶν εἰθισμένων ἤδη εἰς αὐτάς. Ἐξ ἄλλου, ἡ καθιέρωσις ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι δυνατὸν νὰ ἐπιβληθῇ εἰς ἡμᾶς καὶ νομικῶς, κατ' ἐφαρμογὴν τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 57 τῆς Συμβάσεως τῶν Ἀθηνῶν, δι' ἧς ἐγένετο ἡ σύνδεσις τῆς Χώρας μας μετὰ τῆς Εὐρωπαϊκῆς Οἰκονομικῆς Κοινότητος· διατάξεως, συγκεκριμένως, προβλεπούσης τὴν δυνατότητα καὶ διαδικασίαν προσεγγίσεως τῶν νομοθεσιῶν τῶν συμβαλλομένων μερῶν, πρὸς προαγωγὴν τῶν σκοπῶν τῆς συνδέσεως ταύτης¹³.

13. Πρβλ. Θ α ν α σ ο ὕ λ ι α ν, Ὁ θεσμὸς τοῦ «Ἐμπορικοῦ Μητρώου» καὶ ἡ λει-

Τοιουτοτρόπως, μία τῶν σπουδαιοτέρων προσφορῶν τοῦ ὑπὸ κατάρτισιν νέου Ἐμπορικοῦ Κώδικος θὰ εἶναι ἀσφαλῶς — καὶ πρέπει ὡπωσδήποτε νὰ εἶναι — καὶ ἡ θέσπισις ἐμπορικοῦ μητρώου ἀναλόγου πρὸς τὰ ἀνωτέρω (ὑπὸ I 3 καὶ 4) περιγραφέντα. Ἐν ὄψει δὲ τούτου, καθήκον σήμερον τῶν νομικῶν, καὶ μάλιστα τῶν μὲ τὸ ἐμπορικὸν δίκαιον ἀσχολουμένων, εἶναι ἀφ' ἑνὸς μὲν νὰ συμβάλουν εἰς τὴν καλυτέραν δυνατὴν διαμόρφωσιν τοῦ θεσμοῦ τούτου, ἀφ' ἑτέρου δὲ νὰ προετοιμάσουν τὸ ἔδαφος διὰ τὴν ἐφαρμογὴν αὐτοῦ, νὰ καλλιεργήσουν δηλαδὴ τὰ πνεύματα, ὥστε νὰ δεχθοῦν αὐτὸν ἀσμένως καὶ νὰ τηρήσουν καὶ ἀξιοποιήσουν αὐτὸν πλήρως καὶ ἐπιτυχῶς. Τὸ καθήκον δὲ τοῦτο φιλοδοξεῖ νὰ ἐπιτελέσῃ ἡ παροῦσα μελέτη, ἡ ὁποία οὕτω δὲν εἶναι παρὰ μία ἀπλῆ εἰσαγωγὴ εἰς τὸ δίκαιον τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου.

3. Προκειμένου, λοιπόν, νὰ γνωρίσωμεν τὸν θεσμὸν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὀφείλομεν νὰ διαπιστώσωμεν δύο τινὰ: Πρῶτον μὲν, τὴν ἀνάγκην τὴν ὁποίαν οὗτος καλεῖται νὰ θεραπεύσῃ, δηλαδὴ τὴν κοινωνικὴν καὶ οἰκονομικὴν ἀποστολὴν αὐτοῦ (κατωτέρω ὑπὸ II). Δεύτερον δέ, τὸν τρόπον καθ' ὃν ἐπιτυγχάνει τὴν ἀποστολὴν του ταύτην, τὰ μέσα δηλαδὴ τὰ ὁποῖα χρησιμοποιεῖ πρὸς τοῦτο· μέσα, τὰ ὁποῖα δύνανται νὰ διακριθῶν εἰς δύο κατηγορίας, ἤτοι εἰς μέσα οὐσιαστικῆς φύσεως ἢ οὐσιαστικοῦ δικαίου ἀφ' ἑνὸς (κατωτέρω ὑπὸ III) καὶ εἰς τοιαῦτα τυπικῆς φύσεως ἢ διαδικαστικοῦ δικαίου ἀφ' ἑτέρου (κατωτέρω ὑπὸ IV).

* * *

II. Οἱ σκοποὶ, τοὺς ὁποίους δύναται νὰ ἐξυπηρετῇ τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, εἶναι πλείονες, δύνανται δὲ νὰ διακριθῶν εἰς δύο κατηγορίας, ἤτοι εἰς ἓνα κύριον καὶ εἰς ἄλλους παρεπομένους¹⁴. Ὁ κύριος σκοπὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὁ στόχος πρὸς τὸν ὁποῖον τοῦτο εὐθέως κατευθύνεται καὶ ὁ ὁποῖος κυρίως καθορίζει τὴν μορφήν, τὴν τήρησιν καὶ τὴν λειτουργίαν αὐτοῦ, ἔγκειται εἰς αὐτὴν ταύτην τὴν δι' αὐτοῦ (τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου) ἐπιτυγχανομένην δημοσιότητα καὶ, περαιτέρω, κατ' ὀρθότεραν γνώμην, εἰς τὴν διὰ τῆς δημοσιότητος κατοχυρουμένην ἀσφάλειαν τοῦ δικαίου (κατωτέρω ὑπὸ 1). Οἱ παρεπόμενοι, ἐξ ἄλλου, εἶναι διαφορετικῆς ἐκάστοτε φύσεως· καὶ ἄλλοτε μὲν πλησιάζουν καὶ συμπλέκονται πρὸς τὸν πρῶτον καὶ, ὡς ἐκ τούτου, ἐπηρεάζουν σημαντι-

τουργία του, ἐν ΕΒΔ ιη' 496 ἐπ., ἐξετάζοντα εὐρέως τὸ ζήτημα τῆς παρ' ἡμῖν εἰσαγωγῆς τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀπὸ τῆς σκοπιᾶς τῆς συνδέσεως τῆς Χώρας μας μὲ τὴν Εὐρωπαϊκὴν Οἰκονομικὴν Κοινότητα.

14. Πρβλ. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht (ἐκδ. 5η, 1956) § 85 I σελ. 669 ἐπ.

κῶς, ὁμοῦ μὲ αὐτόν, τὴν νομικὴν ρύθμισιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου· ἄλλοτε δὲ πάλιν ἀποχωρίζονται αὐτοῦ κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον σαφῶς καί, ὡς ἐκ τούτου, δὲν ἐπηρεάζουν οὐδὲ δύνανται νὰ ἐπηρεάσουν οὐσιωδῶς τὴν νομικὴν ρύθμισιν τοῦ ἐν λόγῳ θεσμοῦ. Εἰδικώτερον, οἱ σκιποὶ οὗτοι εἴτε ἐγκαινται εἰς τὴν ἀπὸ νομικῆς ἀπόψεως, χάριν ἐπίσης τῆς ἀσφαλείας τοῦ δικαίου, ἀποσαφηνισιν ὠρισμένων γεγονότων (κατωτέρω ὑπὸ 2 Α), εἴτε σχετίζονται πρὸς τὴν ἀσκησιν ὠρισμένης ἐποπτείας ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου καὶ τὴν μέσῳ ταύτης προστασίαν τῆς ἐννόμου τάξεως (κατωτέρω ὑπὸ 2 Β) ¹⁵.

1. Κύριος, ὡς ἐλέχθη, σκοπὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι ἡ ἱκανοποίησις τῆς ἀνάγκης ἐμπορικῆς δημοσιότητος καί, περαιτέρω, κατ' ὀρθοτέραν γνώμην, ἡ ἐπίτευξις δικαυκῆς ἀσφαλείας. Καὶ εἰδικώτερον:

Α. Ὡς εἶναι γνωστόν, ἡ ὑπὸ τινος φυσικοῦ ἢ νομικοῦ προσώπου ἀσκήσις ἐμπορίας ἢ ἡ ἴδρυσις νομικοῦ προσώπου ὑπὸ ὠρισμένον τύπον (καὶ δὴ τὸν τύπον τῆς ἀνωνύμου ἐταιρίας, τῆς ἐταιρίας περιορισμένης εὐθύνης καὶ τοῦ συνεταιρισμοῦ) προσδίδει εἰς αὐτό, τὸ φυσικὸν ἢ νομικὸν πρόσωπον, τὴν ἐμπορικὴν ἰδιότητα· μίαν ἰδιότητα, ἡ ὁποία συνεπάγεται πλείστα νομικὰς συνεπειάς, λίαν σοβαρὰς καὶ εἰς διάφορα πεδία τοῦ δικαίου ἀναγομένας. Ἐξ ἄλλου, ὠρισμένα γεγονότα ἐπηρεάζουν οὐσιωδῶς εἴτε τοὺς ὅρους κτήσεως τῆς ἰδιότητος ταύτης (ὡς εἶναι ἡ πτώχευσις τοῦ ἐμπόρου, ἡ ὁποία στερεῖ αὐτὸν τῆς ἱκανότητος νὰ φέρῃ τὴν ἰδιότητα ταύτην), εἴτε τοὺς ὅρους ἀσκήσεως τῆς ἐμπορίας του (ὡς εἶναι ἡ χρησιμοποίησις διακριτικοῦ γνωρίσματος, ὁ διορισμὸς πληρεξουσίου κ.λ.π.). Τὰ δὲ γεγονότα ταῦτα εἶναι πολὺ περισσότερα καὶ πολὺ μεγαλύτερας σπουδαιότητος, ὅταν πρόκειται περὶ ἐταιρίας· διότι τότε καθορίζουν τὴν ἴδρυσιν καὶ τὴν λύσιν αὐτῆς, τὴν τροποποίησιν καὶ τὴν ἐκάστοτε συνθεσίν τῆς, τὴν διὰ τῶν οἰκείων ὀργάνων ἐκπρὸςώπησιν αὐτῆς καὶ τὴν ἱκανοποίησιν τῶν δανειστώων τῆς καί, τέλος, τὴν ἐν γένει λειτουργίαν αὐτῆς. Ἐν ὄψει λοιπὸν πάντων τούτων, ὅσοι συναλλάσσονται μετὰ τινος προσώπου, φυσικοῦ ἢ νομικοῦ, ἔχουν εὐλογον συμφέρον νὰ γνωρίζουν, καὶ μάλιστα μετὰ βεβαιότητος, ἂν συναλλάσσωνται μετὰ ἐμπόρου ἢ μὴ ἐμπόρου, ὥστε νὰ δύνανται νὰ καθορίσουν ἀκριβῶς τὰς συνεπειάς τῆς μετ' αὐτοῦ συναλλαγῆς των. περαιτέρω δέ, ἐὰν γνωρίζουν ὅτι συναλλάσσωνται μετὰ ἐμπόρου, ἔχουν εὐλογον συμφέρον νὰ λαμβάνουν πλήρη καὶ ἀσφαλῆ (ἤτοι μὴ διατρέχουσαν τὸν

15. Πρβλ., ἀλλ' ἐν μέρει μόνον, πλὴν τοῦ εἰς τὴν προηγουμένην σημείωσιν παραπεμπομένου, Düringer - Hachenburg - Hoeniger, Das Handelsgesetzbuch τ. I (1930) § 8 Anm. 2 καὶ 3 σελ. 232 ἐπ., H ä m m e r l e, Handelsrecht τ. I (1958) § 6 Π Α σελ. 65, ἰδίως δὲ H i s, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 11 - 16 σελ. 24 ἐπ.

κίνδυνον τῆς διαψεύσεως) γινώσιν τῶν γεγονότων ἐκείνων, τὰ ὅποια ἐπηρεάζουν τὴν ὡς ἐμπόρου ὑπόστασιν καί, συνεπῶς, τὴν (ὡς ἐμπόρου) εὐθύνην αὐτοῦ (κατωτέρω ὑπὸ III 1 B), ὥστε νὰ δύνανται νὰ καθορίσουν ἀσφαλῶς τὴν στάσιν των τόσον κατὰ τὰς διαπραγματεύσεις μετ' αὐτοῦ, ὅσον καὶ κατὰ τὴν ἔναντι αὐτοῦ ἐπιδιώξιν τῶν δικαιωμάτων των. Ἀλλὰ καὶ ὁ ἴδιος ὁ ἔμπορος ἔχει εὐλογον συμφέρον νὰ περιέρχονται πάντα ταῦτα πλήρως καὶ ἀσφαλῶς εἰς γινώσιν ἐκείνων, μεθ' ὧν συναλλάσσεται, καὶ μάλιστα διὰ δύο λόγους: πρῶτον μὲν διὰ νὰ μὴ κατέχωνται οὗτοι ἐξ ἀβεβαιότητος καὶ διστάζουν νὰ συναλλαγοῦν μετ' αὐτοῦ· δεύτερον δὲ καὶ διὰ νὰ μὴ ἐγείρουν κατ' αὐτοῦ ἀδικαιολογήτους ἀξιώσεις, καὶ δὴ ἀξιώσεις μὴ ἀνταποκρινομένας πρὸς τὴν πραγματικότητα, ὡς αὕτη ἐμφανίζεται πρὸς αὐτούς.

B. Πάντα τὰ εὐλόγα ταῦτα συμφέροντα, δηλαδή τόσον τὰ τῶν τρίτων ὅσον καὶ τὰ τοῦ ἐμπόρου, προστατεύονται ἐπαρκῶς, ἂν προβλεφθῇ ὑπὸ τοῦ νόμου ἢ εἰς δημόσιον βιβλίον, δηλαδή τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, ἐγγραφή τῶν γεγονότων ἐκείνων, τὰ ὅποια, κατὰ τὰ πρὸ μικροῦ λεχθέντα, ἀναφέρονται εἰς τὸν δεύτερον καὶ ἐνδιαφέρουν τοὺς πρώτους. Ὡς εἶναι δὲ προφανές, ἡ προστασία τῶν συμφερόντων τούτων ἐπιτυγχάνεται, κατ' ἀρχήν, δι' αὐτῆς ταύτης τῆς οὕτω συντελουμένης δημοσιότητος· ἦτοι διὰ τῆς δημοσιότητος καθ' ἑαυτήν, ὡς μέσου παρέχοντος εἰς τοὺς τρίτους τὰς περὶ τοῦ ἐμπόρου ἀναγκαίαις πληροφορίας καὶ θεραπεύοντος οὕτω τὴν δι' ἀμφοτέρας τὰς πλευρὰς ὑφισταμένην ἀνάγκην ἐνημερότητας. Οὐχ ἤττον, ὅμως, δὲν πρέπει νὰ νομισθῇ ὅτι διὰ τῆς δημοσιότητος καθ' ἑαυτήν ἐπιτυγχάνεται ὀλοκληρωτικῶς ἢ, ἔστω, κατὰ κύριον λόγον ἢ προστασία ἐκείνη, τὴν ὁποίαν τὰ εἰρημένα συμφέροντα, ὡς ταῦτα καθωρίσθησαν πρὸ μικροῦ, προσδοκοῦν ἐκ τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου¹⁶. Διὸ καὶ ἡ ὑπὸ τοῦ θεσμοῦ τούτου ἐπιδιώξις ἀπλῶς καὶ μόνον τῆς (πληροφορικῆς) δημοσιότητος — ἥτις (ἐπιδιώξις) ἔχει ὡς χαρακτηριστικόν τῆς τὴν ἔλλειψιν οἰασδήποτε νομικῆς ἐνεργείας ἐκ τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων (κατωτέρω ὑπὸ III 2 A β) — δέν θὰ ἠδύνατο νὰ δικαιολογήσῃ ἀποφασιστικῶς τὴν ὑπαρξίν αὐτοῦ καὶ τὴν ἐξ αὐτοῦ ἀπορρέουσαν ἐπιβάρυνσιν τῶν ἐμπόρων καὶ δυσχέρασιν τῶν ἐμπορικῶν συναλλαγῶν¹⁷, ὡς κατέδειξεν ἡδὴ τὸ παρά-

16. Τουναντίον, κατὰ τὸν P a v o n e 1 a R o s a, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. I n. 4 καὶ σσμ. 37 σελ. 12, πρωταρχικὴ ἀποστολὴ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι ἡ ἐξυπηρέτησις τῆς ἀνάγκης δημοσιότητος καθ' ἑαυτήν. Τῆς αὐτῆς δὲ γνώμης φαίνεται καὶ ὁ E h r e n b e r g, Handbuch § 51 II σελ. 531 ἐπ., ἐνῶ εἰς τὴν πραγματικότητά οὗτος τάσσεται ὑπὲρ τῆς καὶ ἐνταῦθα ἀκολουθουμένης ἀπόψεως, κατὰ τὰ κατωτέρω ἐν σσμ. 19 ἐκτιθέμενα.

17. Περὶ τῆς ἐπιβάρυνσεως καὶ δυσχερείας ταύτης, βλ. E h r e n b e r g, Rechts-sicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister, ἐν Jherings Jahrbücher 47 273 ἐπ. καὶ ἰδίως 289 ἐπ. ὑπὸ IV. Μάλιστα δὲ αὕτη εἶναι τόσον εὐρεία, ὥστε εὐλόγως ἐχαρακτηρίσθη ὡς (δεδικαιολογημένος, βεβαίως) περιο-

δειγμα τῆς κατὰ τὸν παρόντα αἰῶνα ἐξελίξεως τοῦ θεσμοῦ τούτου ἐν Γαλλίᾳ (ἀνωτέρω ὑπὸ I 1 Γ' β). Ἐκεῖνο, λοιπόν, διὰ τοῦ ὁποίου πρωτίστως ἐπιτυγχάνεται ἡ προστασία τῶν εἰρημένων συμφερόντων καὶ τὸ ὅποιο μόνον δύναται νὰ δικαιολογήσῃ τὴν ὑπαρξίν ἐμπορικοῦ μητρώου, εὐρίσκεται ἀσφαλῶς πέραν τῆς δημοσιότητας καθ' ἑαυτήν· εἶναι δὲ τοῦτο, συγκεκριμένως, ἡ ἀσφάλεια δικαίου καί, εἰδικώτερον, ἡ βεβαιότης καὶ σαφήνεια τῶν ἐνόμιων σχέσεων, αἵτινες διὰ τὸ ἐμπόριον ἔχουν μεγίστην σημασίαν, λόγῳ τῆς ταχύτητος μὲ τὴν ὁποίαν διεξάγονται αἱ συναλλαγαὶ αὐτοῦ καὶ τοῦ μεγέθους καὶ τῆς ἀλληλεξαρτήσεως τῶν συμφερόντων, τὰ ὅποια διακυβεύονται ἐν αὐταῖς¹⁸. Ἡ ἀσφάλεια δὲ αὕτη, ὡς θὰ ἴδωμεν κατωτέρω (ὑπὸ III 2 ἰδίως Β α, β καὶ δ), ἐπιτυγχάνεται διὰ τῆς εἰς τὰς καταχωρίσεις τοῦ μητρώου προσδόσεως νομικῆς τινος ἐνεργείας, ἡ ὁποία, βεβαίως, παραλλάσσει σημαντικῶς τόσον ἀναλόγως τοῦ εἰς καταχώρισιν ὑποκειμένου γεγονότος, ὅσον καὶ ἀναλόγως τοῦ ἐπιδιωκομένου βαθμοῦ ἀσφαλείας¹⁹.

Οὕτως, ἐπὶ παραδείγματι, ἡ ἀσφάλεια δικαίου ἐπιτυγχάνεται, ἂν ὀρίσθῃ ὅτι ἡ μὲν μὴ καταχώρισις εἰς τὸ μητρώον ἐνὸς γεγονότος, ἐνδιαφέροντος τοῦς τρίτους, θὰ παράγῃ ὑπὲρ αὐτῶν τὸ ἀποτέλεσμα, ὅτι ὁ ἔμπορος, εἰς ἃν τοῦτο ἀφορᾷ, δὲν θὰ δύναται κατὰ ἀρχὴν νὰ ἐπικαλεσθῇ αὐτό· ἡ δὲ καταχώρισις τοῦ γεγονότος τούτου θὰ παράγῃ τὸ ἀντίστροφον ὑπὲρ τοῦ ἐμπορίου ἀποτέλεσμα, ὅτι αἱ τρίτοι δὲν θὰ δύνανται νὰ ἀρνηθῶσιν τὴν εἰς βάρος των ἰσχύον του, προφασιζόμενοι ἄνοιαν αὐτοῦ. Ἐπιτυγχάνεται δὲ διὰ τῆς τοιαύτης ρυθμίσεως ἡ ἀσφάλεια δικαίου, διότι, ὑπὸ τὸ κράτος αὐτῆς (τῆς ρυθμίσεως), ἀποφεύγονται πλεῖσται ὅσαι ἀμφισβητήσεις περὶ τῆς ἐπελεύσεως ἢ μὴ τοῦ γεγονότος τούτου καί, ἰδίως, περὶ τῆς γνώσεως ἢ μὴ αὐτοῦ ἐκ μέρους τῶν τρίτων²⁰.

Γ. Ὑποστηρίζεται ἡ ἄποψις, ὅτι ἀποστολὴ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι

ρισμός τῆς συμβατικῆς ἐλευθερίας· οὗτω Valeri, Manuale di diritto commerciale τ. I (1950) Κεφ. VI π. 36 σελ. 49.

18. Περὶ τῆς ἀξίας τῆς ἀσφαλείας ἐν γένει διὰ τὰς ἐμπορικὰς συναλλαγὰς, βλ. ἰδίως Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft (ἔκδ. 9η ὑπὸ Zweigert, 1952) σελ. 110 ἐπ., ἐνθα, πάντως, δὲν γίνεται διάκρισις μεταξὺ ἀσφαλείας δικαίου καὶ ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν, ὡς κατωτέρω ἐν τῷ κειμένῳ ὑπὸ Γ.

19. Πρβλ. Ehrenberg, Handbuch § 51 II 1 σελ. 532 ἐπ. καὶ ἰδίως ἐν Jherings Jahrbücher 47 274 ἐπ. ὑπὸ I, πρὸς δὲ καὶ Pavone La Rosa, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. I π. 4 καὶ σημ. 41 σελ. 14 ἐπ., ὅστις, ὁμως, ἀφ' ἐνὸς μὲν περιορίζει σημαντικῶς τὰς περιπτώσεις καθ' ἃς ἐπιτυγχάνεται ἀσφάλεια δικαίου, ἀφ' ἑτέρου δὲ θεωρεῖ ταύτην ὡς μίαν ἀπωτέραν καὶ ἐνδεχομένην μόνον ἐπιδιώξιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου. Ὑπὲρ τοῦ ὅτι τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἰκανοποιεῖ τὴν ἀνάγκην δικαϊκῆς ἀσφαλείας, βλ. καὶ Hamerle, ἐνθ' ἄνωτ. § 6 II A ἐν ἀρχῇ σελ. 64. Βλ. καὶ κατωτέρω ὑπὸ III 2.

20. Βλ. καὶ ἀμέσως κατωτέρω ὑπὸ Γ.

ἡ κατοχύρωσις τῆς ἀσφαλείας τῶν ἐμπορικῶν συναλλαγῶν ἢ, μὲ ἄλλας λέξεις, ἡ προστασία τῆς καλῆς πίστεως τῶν εἰς αὐτὰς μετεχόντων προσώπων· πλέον συγκεκριμένως δέ, ἡ ἔναντι ἀγνώστων περιστατικῶν ἢ γεγονότων προφύλαξις τῶν τρίτων, οἱ ὅποιοι, ἔχοντες ἐκ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ὠρισμένην εἰκόνα τῶν πραγμάτων καὶ δίδοντες εἰς αὐτὴν πίστιν, ἐνεργοῦν δικαιοπρακτικῶς ἢ ἐπὶ δικαστηρίου μὲ γνώμονα αὐτὴν²¹. Καὶ εἶναι μὲν ἀληθές, ὅτι ἡ ἀποψις αὕτη ἀνταποκρίνεται πολλάκις πρὸς τὴν πραγματικότητα καὶ δὴ εἴτε κατ' ἀρχὴν μόνον εἴτε καὶ κατὰ πᾶσαν περίπτωσιν. Οὕτως, ἐπὶ παραδείγματι, ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν πραγματικότητα: κατ' ἀρχὴν μὲν εἰς τὸ πρὸ μικροῦ (ὑπὸ Β ἐν τέλει) παρατεθὲν παράδειγμα, συμφώνως πρὸς τὸ ὅποιον, πρὸ τῆς ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεως μεταβολῆς τινος ἐγγεγραμμένου ἤδη γεγονότος, ὁ εἰς ὃν τοῦτο ἀφορᾷ δὲν δύναται νὰ ἐπικαλεσθῇ αὐτὴν (τὴν μεταβολὴν) κατὰ τῶν τρίτων· κατὰ πᾶσαν δὲ περίπτωσιν, ὅταν τὰ εἰς τὸ μητρώον καταχωρισθέντα γεγονότα λαμβάνονται ὡς ἀληθῆ καὶ ἔγκυρα (ἀνεξαρτήτως τοῦ ἂν ὄντως εἶναι τοιαῦτα) ἔναντι τῶν τρίτων, οἱ ὅποιοι καλῆ τῇ πίστει ἐστηρίχθησαν ἐπ' αὐτῶν^{22, 23}. Παρὰ ταῦτα, ὅμως, ἡ ἀποψις αὕτη δὲν δύναται νὰ θεωρηθῇ ἐπιτυχής, τόσον ἀπὸ ἀπόψεως θετέου δικαίου, ὅσον, ἄλλωστε, καὶ ἀπὸ ἀπόψεως ἱστορικῆς ἐξελιξέως καὶ συγκριτικοῦ δικαίου (ἀνωτέρω ὑπὸ I I B καὶ Γ). Διότι, πράγματι, ὡς εἶναι γνωστόν, ἡ ἀξία τῆς ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν καὶ τῆς προστασίας τῆς καλῆς πίστεως εὐρίσκονται πολλάκις εἰς ἀντινομίαν πρὸς τὴν ἀξίαν τῆς δικαιοκῆς ἀσφαλείας²⁴. Καὶ ναὶ μὲν εἰς τοιαύτην τινὰ περι-

21. Οὕτω Schlegelberger - Hildebrandt, *Handelsgesetzbuch* τ. I (ἔκδ. 4η, 1960) σελ. 62 καὶ § 15 Anm. I σελ. 129, Valeri, ἔνθ' ἀνωτ. Κεφ. VI n. 36 σελ. 49. Ὑπὲρ τῆς αὐτῆς γνώμης φαίνεται καὶ ὁ Ghidini, *Il registro delle imprese* (1943) Κεφ. I n. 2 σελ. 3 ἐπ.

22. Περὶ τοῦ ὅτι οὕτως ἔχει τὸ πρᾶγμα εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας, βλ. Ehrenberg, ἐν Jherings *Jahrbücher* 47 288 ἐπ.

23. Τὸ τελευταῖον τοῦτο ἰσχύει κυρίως ἐν Γερμανίᾳ· χαρακτηρίζεται ὅμως, κατὰ κρατοῦσαν γνώμην, οὐχὶ ὡς ἀποτέλεσμα τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων καθ' ἑαυτάς — δηλαδὴ ὡς ἔκφρασις θεραπευτικῆς τινος (ἔστω καὶ μερικῆς) ἐνεργείας αὐτῶν, ὡς ἐκ πρώτης ὄψεως θὰ ἠδύνατο νὰ νομισθῇ — ἀλλ' ὡς ἀποτέλεσμα τῆς ἐν τῇ σχετικῇ ἀναγγελίᾳ καὶ τῇ καταχωρίσει περιεχομένης δηλώσεως τοῦ ἐμπόρου πρὸς τὸ καινόν· βλ. Düringer - Hachenburg - Hoeniger, ἔνθ' ἀνωτ. § 15 Anm. 15 σελ. 266, Würdinger, ἐν RGRKomm.z.HGB τ. I § 15 Anm. 21 ἐπ. σελ. 206 ἐπ. Ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει, ἡ ἀληθὴς καὶ πλήρης θεραπευτικὴ ἐνέργεια τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων (κατωτέρω ὑπὸ III 2 B 8), ἐπερχομένη ἔναντι παντὸς ἀνεξαιρέτως προσώπου, προάγει οὐχὶ τὴν ἀσφάλειαν τῶν συναλλαγῶν, ἀλλὰ τὴν τοιαύτην τοῦ δικαίου· πρβλ. Düringer - Hachenburg - Hoeniger, ἔνθ' ἀνωτ. § 15 Anm. 15 σελ. 266, Pavone la Rosa, ἔνθ' ἀνωτ. Κεφ. I n. 4 ἐν τέλει σελ. 14 ἐπ. Βλ. καὶ κατωτέρω ὑπὸ IV 2 B 8.

24. Βλ. Ehrenberg, ἐν Jherings *Jahrbücher* 47 279 ἐπ. ὑπὸ II, ἀπὸ φιλοσοφικῆς δὲ ἀπόψεως, π.χ., Sauer, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (ἔκδ. 2α, 1961) § 7 I σελ. 57 ἐπ. καὶ III σελ. 62 ἐπ.

πωσιν ἢ πρώτη τῶν ἀξίων τούτων ἐξαναγκάζει κατὰ κανόνα τὴν δευτέραν εἰς ὑποχώρησιν²⁵. ἀλλ' εἰδικῶς εἰς τὸ πεδῖον τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου συμβαίνει ἀκριβῶς τὸ ἀντίστροφον, ὡς ἐκ τοῦ γεγονότος ὅτι ἐπ' αὐτοῦ ἢ δευτέρα ἐμφανίζεται μὲ μεγαλύτερον τοῦ συνήθους κύρος²⁶. Τῷ ὄντι, ἡ ἀνωτέρω (ὑπὸ Α) περιγραφείσα ἀνάγκη δημοσιότητος, ὀρωμένη ἀπὸ τῆς σκοπιᾶς τοῦ εἰς τὴν δημοσιότητα ὑποβαλλομένου ἐμπορίου, συμπλέκεται στενότερα πρὸς τὴν ἀνάγκην δικαιοῦς ἀσφαλείας, ἀνάγκην ἢ ὅποια, ἐνδεχομένως, δὲν δύναται νὰ ικανοποιηθῇ εἰμὴ ἐπὶ θυσίᾳ τῆς ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν ἢ μὲ ὑπερκέρασιν τῶν ἀπαιτήσεων αὐτῆς. Διὰ τὸν λόγον δὲ τοῦτον, ἀκριβῶς — διὰ νὰ ἀναφερθῶμεν καὶ πάλιν εἰς τὸ ἀνωτέρω (ὑπὸ Β ἐν τέλει) παρατεθὲν παράδειγμα — ἡ ἱστορικὴ ἐξέλιξις τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου ὠδήγησεν ὀριστικῶς εἰς τὴν ἀπανταχοῦ σχεδὸν ἐπιβολὴν τῆς ἀρχῆς τοῦ κατὰ τῶν τρίτων ἀντιταξίμου τῶν εἰς τὸ μητρῶον ἐγγεγραμμένων γεγονότων, ἀνεξαρτήτως τῆς γνώσεως αὐτῶν ἐκ μέρους τῶν τρίτων—γνώσεως, ἄλλωστε, ἢ ὅποια δὲν ὑφίσταται συνήθως ἐν τῇ πράξει, ἀφοῦ οἱ μετὰ τοῦ ἐμπορίου συναλλασσόμενοι δὲν συνηθίζουσι καὶ δὲν δύναται πάντοτε νὰ συμβουλευθῶνται τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον πρὸ πάσης ἐνεργείας τῶν.

Τὸ συμπέρασμα εἶναι, ὅθεν, ὅτι τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον παρίσταται ὡς κατ' ἐξοχὴν μέσον πραγματούσεως τῆς ἀξίας τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας²⁷. καὶ ὅτι δύναται μὲν νὰ συμβάλλῃ εὐρύτατα καὶ εἰς πραγμάτωσιν τῆς ἀξίας τῆς ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν, ἀλλὰ μόνον εἰς δευτέραν μοῖραν καὶ, κατὰ κανόνα, μόνον εἰς ἕκτασιν μὴ ματαιοῦσαν τὴν πραγμάτωσιν τῆς πρώτης τῶν ἀξίων τούτων²⁸. Σημειωτέον δέ, ὅτι τὸ συμπέρασμα τοῦτο ἐνισχύεται σημαντικῶς καὶ ἐκ τῶν ἀμέσως κατωτέρω (ὑπὸ 2) ἐκτιθεμένων τόσον περὶ τῆς πρώτης τῶν παρεπομένων ἀποστολῶν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου — ἧτις σαφέστατα συμπλέκεται πρὸς τὴν κυρίαν αὐτοῦ ἀποστολὴν καὶ ἔγκειται εὐθέως εἰς τὴν πραγμάτωσιν ἐπίσης τῆς ἀξίας τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας — ὅσον ἐν μέρει καὶ περὶ

25. Πρβλ. Sauer, ἐνθ' ἀνωτ. § 7 III, 3 σελ. 63.

26. Πρβλ., ἀπὸ τινος ἀπόψεως, καὶ Ehrenberg, ἐν Jherings Jahrbücher 47 288.

27. Βλ. Ehrenberg, ἐν Jherings Jahrbücher 47 274 ὑπὸ I, ὅστις ὁμως περαιτέρω, καὶ δὴ ἐν σελ. 282 ἐπ., διατυπώνει ἀντίθετον πῶς πρὸς τὴν ἀμέσως κατωτέρω ἐν τῷ κειμένῳ ἄποψιν. Βλ. καὶ τὴν ἐπομένην σημείωσιν.

28. Χαρακτηριστικὸν τούτου—ὅτι δηλαδὴ τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον εἶναι προωρισμένον πρὸς πραγμάτωσιν τῆς ἀξίας τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας—εἶναι καὶ τὸ γεγονός, ὅτι ἡ κρατοῦσα ἐν Γερμανίᾳ ἄποψις, περὶ ἧς ἐγένετο λόγος ἀνωτέρω ἐν σημ. 23, θεωρεῖ τὴν κατὰ τὰ προεκτεθέντα ἐπιτυγχανομένην ἀσφάλειαν τῶν συναλλαγῶν ὡς ἀποτέλεσμα οὐχὶ αὐτῶν τούτων τῶν ἐν τῷ μητρῶῳ καταχωρίσεων, ἀλλὰ τῶν εἰς αὐτάς καὶ τὰς σχετικὰς ἀναγγελίας περιχομένων δηλώσεων τοῦ ἐμπορίου πρὸς τὸ κοινόν.

τῆς δευτέρας ταιαύτης — ἥτις ἐγκραται εἰς τὴν ἄσκησιν ἐποπτείας ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου καὶ ὀδηγεῖ πολλὰκις ἐμμέσως καὶ εἰς πραγμάτων τῆς ἀξίας ταύτης.

2. Ὡς ἐλέχθη ἤδη (ἀνωτέρω ὑπὸ II ἐν ἀρχῇ), ὁ θεσμός τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀποβλέπει ἐνδεχομένως καὶ εἰς ἄλλους σκοπούς· καί, συγκριμένως, ἀφ' ἐνός μὲν εἰς τὴν ἀπὸ νομικῆς ἀπόψεως ἀποσαφήνισιν ὀρισμένων γεγονότων, ἀφ' ἑτέρου δὲ εἰς τὴν ἄσκησιν ὀρισμένης ἐποπτείας ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου. Καὶ εἰδικώτερον :

A. α) Ὑπάρχουν νομικά γεγονότα — οἷα τὰ ὀλίγον κατωτέρω (ὑπὸ β) ὡς παραδείγματα ἀναλύμενα — τὰ ὅποια, εἴτε εἰς ὀρισμένας περιπτώσεις μόνον εἴτε κατὰ πᾶσαν περίπτωσιν, δίδουν ἀφορμὴν εἰς νομικὰ ἀμφιβολίας· γεγονότα, συγκεκριμένως, τὰ ὅποια εἴτε λόγῳ τῶν ἐν δεδομένη περιπτώσει ἀτομικῶν χαρακτηριστικῶν των δὲν εἶναι δεκτικὰ σαφοῦς νομικοῦ χαρακτηρισμοῦ, εἴτε λόγῳ τῆς φύσεώς των ἀφήνουν ἀμφιβολίας ὡς πρὸς τὸ ζήτημα τῆς ὀλοκληρώσεώς των καί, συνεπῶς, τῆς παραγωγῆς τῶν εἰς αὐτὴν καθυθύνονται νομικῶν ἀποτελεσμάτων. Ἐπὶ πάντων τῶν γεγονότων τούτων, λοιπόν, ἡ ἀξία τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας δεινοπαθεῖ σημαντικῶς, ὁ δὲ σεβασμός καὶ ἡ πραγμάτωσις αὐτῆς δὲν δύνανται νὰ ἐξασφαλισθοῦν, εἰμὴ τῇ βοήθειᾳ τῆς δημοσιότητος καὶ δὴ κυρίως τῆς διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιτυγχανομένης ταιαύτης. Εἰδικώτερον δέ, δύνανται νὰ ἐξασφαλισθοῦν μόνον διὰ τῆς καταχωρίσεως τῶν γεγονότων τούτων εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον, ἐφ' ὅσον αὕτη (ἡ καταχώρισις) εἶναι ἐφωδιασμένη μὲ συστατικὴν ἢ δημιουργικὴν λειτουργίαν, ἐφ' ὅσον δηλαδὴ ἀποτελεῖ κατὰ νόμον ἀναγκαῖον ἔρον εἴτε τῆς συντελέσεως τῶν γεγονότων τούτων εἴτε ἀπλῶς τῆς παρ' αὐτῶν παραγωγῆς ὀρισμένων νομικῶν ἀποτελεσμάτων (κατωτέρω ὑπὸ III 2 B γ) ²⁹.

Εἶναι οὕτω προφανές, ὅτι εἰς πάσας τὰς περιπτώσεις ταύτας τὸ ἐμπορικὸν μητρώον παρεμβαίνει ἐπίσης ὡς μέσον παραγωγῆς τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας. Μὲ μόνην τὴν διαφορὰν, ὅτι ἡ ταιαύτη παρέμβασίς του ἐνταῦθα εἶναι ἐντελῶς τυχαία καὶ παρεπομένη, δηλαδὴ ἀνεξάρτητος τῆς δι' αὐτοῦ ἐπιτυγχανομένης δημοσιότητος (ἡ ὅποια, καὶ ὅταν ἐτι ἀπαιτῆται καὶ ἐπὶ τῶν εἰρημένων γεγονότων, ἀποτελεῖ ἀνάγκην ἄσχετον πρὸς τὴν περὶ τῆς ἐνταῦθα πρόκειται ἀνάγκην βεβαιότητος καὶ σαφηνείας). Τοῦτο δὲ μαρτυρεῖται καὶ ἐκ τοῦ γεγονότος, ὅτι ἡ παρέμβασις αὕτη λαμβάνει χώραν μόνον εἰς εἰδικῶς καθωρι-

29. Περὶ τοῦ ὅτι διὰ τῆς συστατικῆς λειτουργίας τῶν καταχωρίσεων προάγεται ἐπίσης ἡ ἀξία τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας, βλ. E h r e n b e r g, Handbuch § 51 II 3 σελ. 535 ἐπ., M ü l l e r - E r z b a c h, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. 17 IX σελ. 70.

σμένως ἐν τῷ νόμῳ περιπτώσεις καὶ ἔχει διὰ γενικῆς διατάξεως τοῦ διέποντος τὸ ἐμπορικὸν μητρώον δικαίου³⁰.

β) Πρὸς διευκρίνισιν τῶν ἀνωτέρω ἐκτιθεμένων, δύνανται νὰ δοθοῦν τὰ κάτωθι δύο παραδείγματα :

α) Ἐπὶ ἐμπορικῶν ἐταιριῶν, τῶν ὁποίων ἡ ἴδρυσις προϋποθέτει τὴν τήρησιν μιᾶς κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον μακρᾶς διαδικασίας, γεννᾶται πάντοτε τὸ ἐρώτημα, ἂν καὶ ἀπὸ ποίου χρονικοῦ σημείου ἡ διαδικασία αὕτη ἔχει ὀλοκληρωθῆ· ἐρώτημα, ἐκ τοῦ ὁποίου, ἐπὶ ὀρισμένον ἰδίᾳ ἐκ τῶν ἐταιριῶν τούτων (ὡς εἶναι ἡ ἀνώνυμος, ἡ περιορισμένης εὐθύνης καὶ ὁ συνεταιρισμός), ἤρτηνται πλεῖστα ὅσα καὶ μεγάλα οικονομικὰ συμφέροντα. Εἰς τὸ ἐρώτημα δὲ τοῦτο τὸ δικαίον δὲν δύνανται νὰ δώσῃ σαφῆ καὶ ἀσφαλῆ ἀπάντησιν, εἰμὴ ἂν ὀρίσῃ, ὅτι ἡ ἴδρυσις τῶν ἐταιριῶν τούτων θεωρεῖται συντελεσθεῖσα — με ἄλλας λέξεις, ὅτι αὗται θεωροῦνται ἰδρυθεῖσαι καὶ, συνεπῶς, ὑπάρχουσαι — μόνον ἀπὸ τῆς δημοσιευσεως τῶν καὶ δῆ, ἀκριβέστερον, ἀπὸ τῆς ἐγγραφῆς τῶν εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον³¹.

β) Εἰς ὀρισμένας νομοθεσίας, ἐκτὸς τῆς ἐννοίας τοῦ ἐμπόρου, εἶναι γνωστὴ καὶ ἡ τοιαύτη τοῦ μικρεμπόρου· τοῦ προσώπου δηλαδὴ ἐκεῖνου, τὸ ὁποῖον ἀσχετῆ μὲν ἐμπορικῆν δραστηριότητα, ἀλλὰ με τοσοῦτον ὑποτυπώδη καὶ περιορισμένης ἐκτάσεως ὀργάνωσιν, ὥστε νὰ μὴ δικαιολογῆται ἡ ὑπαγωγή του εἰς τὰς νομικὰς συνεπείας, εἴτε πάσας εἴτε τινὰς μόνον, τῆς ἐμπορικῆς ιδιότητος³². Εἰς τὰς νομοθεσίας ταύτας, λοιπόν, γεννᾶται πολλάκις ἡ ἀπορία — ἡ ὁποία γέρει εἰς δυσχερῆ θέσιν τὸσον τοὺς συναλλασσομένους ὅσον καὶ τὰς δημοσίας ἀρχὰς καὶ ἰδίᾳ τὰ δικαστήρια — ἂν πρόσωπόν τι, ἀσχοῦν ἐμπορίαν, πρέπη νὰ χαρακτηρισθῆ ὡς ἐμπόρος ἢ ὡς μικρέμπόρος, ὥστε νὰ τύχῃ τῆς ἀναλόγου μεταχειρίσεως. Τοιαύτη δὲ ἀπορία γεννᾶται εἰς τὰς περιπτώσεις ἐκείνας, αἱ ὁποῖαι παρίστανται ὡς ἐνδιάμεσοι· ἐκείνας, δηλαδὴ, κατὰ τὰς ὁποίας ἡ χρησιμοποιουμένη παρὰ τοῦ ἐμπυρευμένου ὀργάνωσις οὔτε σαφῶς ὑποτυπώδης εἶναι, διὰ νὰ δικαιολογήσῃ τὸν χαρακτηρισμὸν του ὡς μικρεμπόρου,

30. Πρβλ. Müller-Erzbach, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. 17 IX σελ. 70, Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἀνωτ. Vorhem. 33 zu § 8 σελ. 230, καθ' ὅς συστατικὴ λειτουργία ἀναγνωρίζεται εἰς τὰς καταχωρίσεις μόνον κατ' ἐξαιρέσιν.

31. Τοῦτο πράττει ἤδη τὸ ἡμέτερον δίκαιον, ἀλλὰ βεβαίως τῇ βοήθειᾳ ἄλλου μέσου ἐμπορικῆς δημοσιότητος, προκειμένου περὶ ἐταιρίας περιορισμένης εὐθύνης· βλ. ἄρθρον 9 § 1 ν. 3190/1955, περὶ τῆς ἀληθοῦς ἐννοίας τοῦ ὁποίου, βλ. Κ. Παμπούκη ν, Δίκαιον ἐμπορικῶν ἐταιριῶν τ. Α' § 8 II 2 Β β β σελ. 85 ἐπ.

32. Περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ μικρεμπόρου, βλ. π.χ. Δελούκην, Ἀντικείμενα καὶ ὑποκείμενα τῶν ἐμπορικῶν συναλλαγῶν (1957) § 92 σελ. 107 ἐπ., ἐνθα ἐξετάζεται καὶ τὸ ζήτημα, ἂν ἡ ἐννοία αὕτη ἀναγνωρίζεται καὶ ὑπὸ τῆς ἡμετέρας νομοθεσίας.

οὔτε σαφῶς πλήρης, διὰ τὴν ἐπιβάλην τὸν χαρακτηρισμὸν τοῦ ὡς ἐμπόρου. Εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας δέ, τὸ πρόβλημα δὲν δύναται νὰ παρακαμφθῇ, εἰμὴ ἂν, ὑπάρχοντος ἐμπορικοῦ μητρώου, ὁρισθῇ ὅτι διὰ τῆς οικειοθελοῦς ἐγγραφῆς τοῦ εἰς αὐτό, ὁ ἐμπορευόμενος ἀποκτᾷ ὅπωςδὴποτε τὴν ἐμπορικὴν ιδιότητα, καθίσταται δηλαδὴ πλήρης ἔμπορος, ἀνεξαρτήτως τοῦ μεγέθους καὶ τῆς ἐκτάσεως τῆς παρ' αὐτοῦ χρησιμοποιουμένης ὀργανώσεως³³.

Β. Ἡ ἀνάγκη ἐποπτείας τοῦ ἐμπορίου ἱκανοποιεῖται ὑπὸ τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐμμέσως καὶ, συγκεκριμένως, διὰ τῆς ἀναθέσεως τοῦ δυσχεροῦς καὶ λεπτοῦ τούτου ἔργου εἰς τὴν μετὰ τὴν τήρησιν τοῦ μητρώου ἐπιφορτισμένην ἀρχήν³⁴.

α) Ἡ ἐποπτεία τοῦ ἐμπορίου, σκοποῦσα νὰ ἐξασφαλίσῃ τὴν ἐν τῇ ἀσκήσει αὐτοῦ τήρησιν τοῦ νόμου καὶ τῆς κοινωνικῆς ἠθικῆς, ἀποτελεῖ σήμερον ἐπιτακτικὴν ἀνάγκην τόνον λόγῳ τοῦ μεγέθους καὶ τῆς ἀλληλεξαρτήσεως τῶν ἐν αὐτῷ (τῷ ἐμπορίῳ) διακυβευομένων συμφερόντων, ὅσον καὶ λόγῳ τῆς συνεχοῦς ἐξελίξεως καὶ ἐκλεπτύσεως τῶν παρ' αὐτοῦ χρησιμοποιουμένων μεθόδων. Τὸ σύγχρονον δὲ κράτος προνοίας δὲν δύναται παρὰ τὴν φανῆ ἰδιαιτέρως εὐαίσθητον ἐναντι τῆς ἀνάγκης ταύτης, ὡς ἄλλωστε ἀποδεικνύει ὁ συνεχῶς αὐξανόμενος παρεμβατισμὸς αὐτοῦ εἰς τὰς ἐμπορικὰς συναλλαγὰς καὶ ἡ συναφῆς τάσις (μερικῆς) δημοσιοποιήσεως τοῦ ἐμπορικοῦ δικαίου³⁵. Τὴν ἱκανοποίησιν δὲ τῆς ἀνάγκης ταύτης δύναται εἰς μεγάλην ἔκτασιν νὰ ἐπιτύχῃ τῇ βοήθειᾳ τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου· πρᾶγμα τὸ ὁποῖον, ἄλλωστε, ἐπιβεβαιουῖται πῶς καὶ ἐκ τῆς ἱστορικῆς ἐξελίξεως καὶ δὴ ἐκ τοῦ τρόπου ἐμφανίσεως καὶ ἐπιβολῆς τοῦ θεσμοῦ τούτου ἀπὸ τοῦ μεσαίωνα καὶ ἐντεῦθεν (ἀνωτέρω ὑπὸ Γ Δ).

Καὶ πράγματι, εἰς ὕσας χώρας ὑφίσταται ἐμπορικὸν μητρῶον, μέγα μέρος τῆς ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου ἀσκουμένης ἐποπτείας ἀνατίθεται εἰς τὴν πρὸς τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀρμοδίαν ἀρχήν. Διὰ τοῦ μέτρου δὲ τούτου, ἐπιτυγχάνονται λίαν εὐνοϊκὰ ἀποτελέσματα τόνον ὑπὲρ τῆς ἐννόμου τάξεως γενικῶς, ὅσον καὶ ὑπὲρ τοῦ ὑφισταμένου τὴν ἐποπτείαν ἐμπορίου εἰδικώτερον. Καὶ τοῦτο, διὰ τοὺς ἐξῆς δύο λόγους: Πρῶτον μὲν, διότι ἡ ἀσκήσις τῆς ἐπο-

33. Οὕτως, ἐν Ἑλβετίᾳ, ἡ κατ' ἄρθρον 956 Κώδικος Ἐνοχῶν προστασία τῆς ἐπωνυμίας παρέχεται εἰς πᾶσαν ἐγγεγραμμένην ἐπωνυμίαν, ἀνεξαρτήτως τοῦ ἂν ἡ ἐγγραφή αὐτῆς ἦτο ὑποχρεωτικὴ ἢ μὴ ἐν τῇ ἐννοίᾳ τοῦ ἄρθρου 934 τοῦ αὐτοῦ Κώδικος. Πρβλ. H i s, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 15 σελ. 22, ἐνθα καὶ ἄλλαι περιπτώσεις τοῦ ἐλβετικοῦ δικαίου, καθ' ἃς τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον ἐξυπηρετεῖ ὁμοίως πρὸς τοὺς ἐν τῷ κειμένῳ σκοποῦς.

34. Πρβλ. H i s, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 16 καὶ 42 σελ. 22 καὶ 31.

35. Περὶ τῆς τάσεως ταύτης καὶ τῶν αἰτίων αὐτῆς, βλ., ἀντὶ ἄλλων, K α ρ α β ἄ ν, ἐνθ' ἄνωτ. § 5 σελ. 10 ἐπ.

πτείας ταύτης δύναται εἰς πλείστας περιπτώσεις νὰ συνδυασθῇ πρὸς τὴν τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου (κατωτέρω ὑπὸ β) καί, συνεπῶς, ἀπ' ἑνὸς μὲν νὰ διευκολυνθῇ σημαντικῶς, ἀπ' ἑτέρου δὲ νὰ γίνῃ ὀλιγώτερον αἰσθητὴ ἐκ μέρους τῶν ἐμπόρων. Δεύτερον δέ, διότι, ἐν πάσῃ περιπτώσει, ἡ τήρησις τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀνήκει εἰς τὴν δικαστικὴν ἀρχὴν ἢ, τουλάχιστον, ἐλέγχεται παρ' αὐτῆς (κατωτέρω ὑπὸ IV 1 Β β)· δοθέντος δέ, ὅτι ἡ ἀρχὴ αὕτη λειτουργεῖ μὲ τὰς γνωστὰς ἐγγυήσεις καὶ εἶναι περισσότερον πάσης ἄλλης ἐξοικειωμένη μὲ τὴν ἐρμηνείαν καὶ ἐφαρμογὴν τοῦ διέποντος τὴν ἐμπορίαν δικαίου, ἢ παρ' αὐτῆς ἀνάληψις τῆς διεξαγωγῆς ἢ, τουλάχιστον, τοῦ ἐλέγχου τῆς ἐν λόγῳ ἐποπτείας οὐ μόνον ἐγγυᾶται τὴν ἀποτελεσματικότητά αὐτῆς (τῆς ἐποπτείας), ἀλλὰ καὶ μεγαλυτέραν ἐμπνέει ἐμπιστοσύνην εἰς τοὺς ἐνδιαφερομένους.

β) Ὡς πρὸ μικροῦ ὑπνήχθημεν, ἡ ἐκ μέρους τῆς τηροῦσης τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἀρχῆς ἐποπτεία τοῦ ἐμπορίου δύναται εἴτε νὰ συνδυάζεται πρὸς τὸ ἔργον τῆς τηρήσεως τοῦ μητρώου καί, συνεπῶς, νὰ συμπλέκεται πρὸς τὴν κυρίαν ἀρμοδιότητα τῆς ἀρχῆς ταύτης, εἴτε νὰ διεξάγεται ἀνεξαρτήτως τοῦ ἔργου τούτου καί, συνεπῶς, νὰ παρίσταται ὡς αὐτοτελὴς ἀρμοδιότης ἢ ὡς σύνολον ἀρμοδιοτήτων αὐτῆς³⁶. Καὶ εἰδικώτερον:

α) Ἡ ἐν συνδυασμῷ πρὸς τὴν τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἄσκησις τῆς ἐν λόγῳ ἐποπτείας συντελεῖται μέσῳ τοῦ ἐλέγχου, εἰς τὸν ὁποῖον ἡ τηροῦσα τὸ μητρώον ἀρχὴ ὑποβάλλει τὴν περὶ καταχωρίσεως γεγονότος τινὸς δῆλωσιν τοῦ ἐμπόρου. Μάλιστα δέ, ἡ ἄσκησις τῆς ἐποπτείας ταύτης δύναται νὰ συντελεθῆται κατὰ δύο διαφορετικοὺς τρόπους· καί, συγκεκριμένως, εἴτε ἐπ' εὐκαιρίᾳ τοῦ ἐλέγχου τῆς τυπικῆς νομιμότητος τῆς δηλώσεως, εἴτε διὰ τοῦ ἐλέγχου τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος αὐτῆς³⁷.

Εἰδικώτερον, ἡ ἄσκησις τῆς περὶ τῆς πρόκειται ἐποπτείας δύναται, ἐν πρώτοις, νὰ παρεμβάλλεται εἰς τὸν ἔλεγχον τῆς τυπικῆς νομιμότητος τῆς δηλώσεως, ἔλεγχον ὁ ὁποῖος, ὡς συμφυῆς πρὸς τὴν τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἀσκεῖται ὅπωςδήποτε καὶ ἀνεξαρτήτως τῶν ἀπαιτήσεων τῆς ἐν λόγῳ ἐποπτείας. Συγκεκριμένως, δύναται νὰ προβλέπεται ὅτι ἡ περὶ ἐγγραφῆς ἐποπτείας. Συγκεκριμένως, δύναται νὰ προβλέπεται ὅτι ἡ περὶ ἐγγραφῆς γεγονότος τινὸς δῆλωσις θὰ συνοδεύεται καὶ ὑπὸ ἐγγράφων, τὰ ὅποια ἀπλῶς καθιστοῦν δυνατὴν ἢ διευκολύνουν τὴν ἐποπτείαν ταύτην, χωρὶς νὰ ἀπαιτοῦνται διὰ τὴν πληρότητα τῆς δηλώσεως ἢ τὸν (ἔμμεσον) ἔλεγχον τῆς ἀληθείας αὐτῆς· π.χ., προκειμένου περὶ ἀλλοδαποῦ ἐμπόρου, ὅτι ἡ περὶ ἐγ-

36. Πρβλ., ἐν μέρει, H i s, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 40-45 σελ. 31 ἐπ., ὁμιλοῦντα μόνον περὶ τῆς αὐτοτελῶς ἀσκουμένης ἐποπτείας.

37. Περὶ τῶν διαφόρων μορφῶν τοῦ ἐλέγχου, εἰς τὸν ὁποῖον δύναται νὰ ὑποβληθῇ ἡ δῆλωσις τοῦ ἐμπόρου, βλ. κατωτέρω ὑπὸ IV 1 Β α.

γραφῆς αὐτοῦ εἰς τὸ μητρώον δῆλωσις θὰ συνοδεύεται καὶ ὑπὸ τῆς παρὰ τῆς ἀρμοδίας ἀρχῆς χορηγηθείσης αὐτῷ ἀδείας πρὸς ἄσκησιν ἐμπορίας ἐν Ἑλλάδι.

Ἐξ ἄλλου, ἡ ἐν λόγῳ ἐποπτεία δύναται νὰ καθίσταται ἐφικτὴ καὶ διὰ τῆς εἰς ἔλεγχον ὑποβολῆς τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος τῆς δηλώσεως, ἔλεγχον ὁ ὅποιος δὲν εἶναι λογικῶς ἀναγκαῖος διὰ τὴν τήρησιν τοῦ μητρώου καθ' ἑαυτήν, κατὰ τὰ κατωτέρω (ὑπὸ IV 1 B α) ἐκτεθησόμενα. Οὕτω, προκειμένου περὶ ἐμπορικῶν ἐταιριῶν, δύναται νὰ ὀρισθῇ ὅτι, τόσον κατὰ τὴν ἐγγραφὴν αὐτῶν ὅσον καὶ κατὰ τὴν καταχώρισιν τῶν καταστατικῶν τροποποιήσεων των, ἡ τηροῦσα τὰ μητρώα ἀρχὴ θὰ ἐλέγχει καὶ τὴν νομιμότητα τοῦ καταστατικοῦ ἢ τῆς περὶ τροποποιήσεως αὐτοῦ ἀποφάσεως τῶν ἐταίρων³⁸.

b) Πέραν ὅμως τῶν περιπτώσεων τούτων, ἡ τηροῦσα τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἀρχὴ δύναται νὰ ἐπιφορτίζεται καὶ μὲ ἄλλα ἐποπτικὰ τοῦ ἐμπορίου καθήκοντα, ἐπιτελούμενα ἀνεξαρτήτως τῶν κυρίων αὐτῆς καθηκόντων. Οὕτω, διὰ νὰ λάβωμεν ἐν παράδειγμα ἐκ τῆς ἰσχυροῦσης παρ' ἡμῶν νομοθεσίας, δύναται νὰ ὀρισθῇ ὅτι τὸ κατ' ἄρθρον 11 κωδ. ν. 2190/1920 ἀντίγραφον τοῦ πρακτικοῦ, τοῦ συντασσομένου ὑπὸ τοῦ διοικητικοῦ συμβουλίου ἀνωνύμου ἐταιρίας πρὸς διαπίστωσιν τῆς καταβολῆς ἢ μὴ τοῦ ἐταιρικοῦ κεφαλαίου, θὰ ὑποβάλλεται πρὸς τὴν τηροῦσαν τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἀρχήν, ἢ ὅποια καὶ θὰ προκαλῆ, ἐν περιπτώσει μὴ καταβολῆς τοῦ κεφαλαίου, τὴν κατ' ἄρθρον 48 § 1 περ. α τοῦ αὐτοῦ νόμου πρᾶξιν ἀνακλήσεως τῆς ἀδείας συστάσεως τῆς ἐταιρίας.

* * *

III. Ὡς ἐξετέθη ἀνωτέρω (ὑπὸ I 3), τὰ μέσα, διὰ τῶν ὁποίων ὁ θεσμὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου δύναται νὰ ἐπιτελέσῃ τὴν ἀμέσως ἀνωτέρω καθορισθεῖσαν ἀποστολήν του καὶ ἰδίᾳ τὴν κυρίαν τοιαύτην, εἶναι ἀφ' ἑνὸς μὲν οὐσιαστικῶν δικαίων, ἀφ' ἑτέρου δὲ διαδικαστικῶν τοιούτου. Περὶ τῶν πρώτων δὲ ἐκ τῶν μέσων τούτων, δύναται νὰ λεχθῶν τὰ κάτωθι:

1. Α. Ὡς γνωστόν, οἱ θεσμοὶ δημοσιότητος τοῦ ἰδιωτικοῦ ἐν γένει δικαίου στρέφονται εἴτε περὶ τὰ ὑποκείμενα τοῦ δικαίου, δηλαδὴ τὰ πρόσωπα, εἴτε περὶ τὰ ἀντικείμενα αὐτοῦ, δηλαδὴ τὰ πράγματα καὶ τὰ ἄλλα ἀγαθὰ³⁹.

38. Πρβλ. Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἄνωτ. § 8 Anm. 3 σελ. 233 ἐπ., καθ' οὗς μεταξὺ τῶν ἐποπτικῶν ἔργων τῆς τηροῦσης τὸ μητρώον ἀρχῆς περιλαμβάνεται καὶ ἡ ἐξάλειψις καταχωρίσεως ἕνεκα μὴ νομιμότητος τοῦ πριεχομένου τῆς καταχωρίσεως πράξεως, π.χ. ἕνεκα τοῦ ὅτι τὸ καταστατικὸν ἐταιρίας δὲν περιλαμβάνει τὰ κατὰ νόμον ἀναγκαῖα στοιχεῖα αὐτοῦ.

39. Βλ. Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. I n. 1 σελ. 4 καὶ n. 6 σελ. 10 ἐπ.

Διό και οι αντίστοιχοι Θεσμοί του έμπορικού δικαίου στρέφονται είτε περί τὰ υποκείμενα τῆς έμπορικῆς δραστηριότητας, δηλαδή τὸν έμπορον, είτε περί τὰ μέσα αὐτῆς, δηλαδή τὴν έπιχειρήσιν γενικῶς και τὰ στοιχεῖα αὐτῆς ειδικώτερον, ὡς εἶναι τὸ πλοῖον, ἡ έπωνυμία, τὸ σῆμα κ.λ.π. Οὕτω, διὰ νὰ παραθέσωμεν μερικά μόνον παραδείγματα ἐκ τοῦ παρ' ἡμῖν ισχύοντος έμπορικού δικαίου (ἀνωτέρω ὑπὸ I 2 β), τὸ πρωτόκολλον έπωνυμιῶν και τὸ μητρώον πτωχευσάντων ἀναφέρονται εἰς τὸν έμπορον, ἐνῶ τὸ νηολόγιον και τὸ βιβλίον σημάτων εἰς τὸ πλοῖον και τὸ σῆμα, ἀντιστοίχως.

α) Κατὰ ταῦτα, πᾶς Θεσμός έμπορικῆς δημοσιότητας, συνεπῶς δὲ και ὁ τοῦ έμπορικού μητρώου, ἔχει ἀναγκαιῶς ἓνα πυρῆνα, περί τὸν ὅποιον στρέφεται και ἐκ τοῦ ὁποίου ἐξαρτᾶται ἡ μορφή και ἡ λειτουργία αὐτοῦ. Ἐπειδὴ δὲ τὸ έμπορικὸν μητρώον, ειδικώτερον, ἀποτελεῖ τὸν βασικὸν και γενικὸν Θεσμὸν δημοσιότητας τοῦ έμπορικού δικαίου, ὁ τοιοῦτος πυρῆν αὐτοῦ ἐξαρτᾶται ἐκ τοῦ προέχοντος χαρακτήρος τοῦ δικαίου τούτου, ὡς δικαίου είτε τῶν ἀσκούντων έμπορίαν προσώπων είτε τῶν έμπορικῶν έπιχειρήσεων. Τοιοῦτοτρόπως, ἂν τὸ έμπορικὸν δικαίον ἐμφανίζεται προεχόντως ὡς δικαίον τῶν έμπορικῶν έπιχειρήσεων, τῶν κατ' ἐξοχὴν μέσων ἀσκήσεως τῆς έμπορικῆς δραστηριότητας, τὸ έμπορικὸν μητρώον δὲν δύναται παρὰ νὰ ἀναφέρεται εἰς τὰς έπιχειρήσεις και, συνεπῶς, νὰ διαμορφοῦται ὡς μητρώον τῶν έπιχειρήσεων. Ἄν, τουναντίον, τὸ δικαίον τοῦτο ἐμφανίζεται προεχόντως ὡς δικαίον τῶν ἀσκούντων έμπορίαν προσώπων, ἴδια δὲ ὡς δικαίον τῶν εμπόρων, τὸ έμπορικὸν μητρώον ἀναφέρεται ἀναγκαιῶς εἰς τὰ πρόσωπα ταῦτα και, ὡς ἐκ τούτου, παρίσταται ὡς μητρώον τῶν εμπόρων. Δοθέντος δὲ ὅτι τὰ πλείεστα τῶν έμπορικῶν δικαίων εἶναι κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον δίκαια τῶν εμπόρων, διαμορφώνουν τὸ έμπορικὸν μητρώον, ἐφ' ὅσον βεβαίως γνωρίζουν αὐτό, ὡς μέσον δημοσιότητας ἀναφερομένης εἰς τὰ υποκείμενα τῆς έμπορικῆς δραστηριότητας⁴⁰. Τοῦτο, μάλιστα, ἰσχύει ἐτι και διὰ τὸ Ἰταλικὸν δικαίον, παρὰ τὸ γεγονὸς ὅτι τὸ ἐν αὐτῷ προβλεπόμενον έμπορικὸν μητρώον, καλούμενον «μητρώον τῶν έπιχειρήσεων» (registro delle imprese), φαίνεται ἐκ πρώτης ὄψεως ὡς ἄσχετον πρὸς τὰ υποκείμενα τῆς δραστηριότητας ταύτης⁴¹.

β) Ἐννοεῖται, ὅμως, ὅτι αἱ ἀρχαὶ αὗται δὲν εἶναι ἀπόλυτοι και ὅτι ἐπιδέχονται παρεκκλίσεις, ὀδηγούσας εἰς ἓνα συγκερασμὸν τῶν ἀνωτέρω παρατε-

40. Πρβλ., π.χ., διὰ τὸ γερμανικόν, αὐστριακόν, ἑλβερικὸν και γαλλικὸν δικαίον, ἀντιστοίχως, Capelle, Handelsrecht (ἐκδ. 137, 1969) § 3 I σελ. 18, P a m m e r l e, ἐνθ' ἀνωτ. § 6 P A 3 ἐν τέλει σελ. 68, H i s, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 7 και 8 σελ. 21, J u l l i o t d e l a M o r a n d i è r e - R o d i è r e - H o u i n, ἐνθ' ἀνωτ. no 105 σελ. 98.

41. Βλ. G h i d i n i, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. Ἰδιῶς n. 3 και 4 σελ. 4 ἐπ., V a l e r i, ἐνθ' ἀνωτ. n. 35 σελ. 48.

θαισῶν δύο βασικῶν μορφῶν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου. Τοιοῦτοτρόπως, εἶναι δυνατόν τὸ ἐμπορικὸν μητρώον νὰ διαμορφοῦται μὲν κατὰ βᾶσιν ὡς μητρώον τῶν ὑποκειμένων τῆς ἐμπορικῆς δημόσιότητος, νὰ δέχεται ὅμως συγχρόνως καὶ ἀντικειμενικὰ στοιχεῖα, ἐμφανίζοντα αὐτὸ, ἀπὸ ὀρισμένων τουλάχιστον ἀπόψεων, ὡς μητρώον καὶ τῶν μέσων ἀσχίσεως τῆς δραστηριότητος ταύτης. Ἰδίως δὲ εἶναι δυνατόν νὰ διαμορφοῦται κυρίως μὲν ὡς μητρώον τῶν ἐμπόρων, ἀπὸ τινος δὲ ἀπόψεως καὶ ὡς μητρώον τῶν ἐμπορικῶν ἐπιχειρήσεων· πρᾶγμα τὸ ὁποῖον ἐπιτυγχάνεται, ἂν δι' ἐκάστην αὐτοτελῆ ἐπιχείρησιν ἢ δι' ἕκαστον ὑποκατάστημα τοῦ αὐτοῦ ἐμπόρου, ἀνεξαρτήτως τοῦ ἂν ταῦτα εὐρίσκωνται εἰς τὸν αὐτὸν ἢ εἰς διάφορον τόπον, χωρῆ αὐτοτελής, ἔστω καὶ μὴ κυρία, ἐγγραφή τοῦ ἐμπόρου εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον⁴².

Β. α) Ὡς μητρώον τῶν ἐμπόρων, τὸ ἐμπορικὸν μητρώον καταγράφει ἀφ' ἐνὸς μὲν τὰ πρὸς ἐξατομίκευσιν τοῦ ἐγγραφομένου ἐμπόρου ἀναγκαῖα στοιχεῖα, ἀφ' ἑτέρου δὲ νομικὰ γεγονότα ἀφορῶντα εἰς αὐτὸν καὶ δῆ, κυρίως, γεγονότα ἐπηρεάζοντα, ἀμέσως ἢ ἐμμέσως, τὴν ἐκ τῆς ἐμπορίας αὐτοῦ ἀπορέουσαν εὐθύνην του (ἀνωτέρω ὑπὸ II I A)⁴³. Οὕτως, ἐπὶ παραδείγματι, ἂν μὲν πρόκειται περὶ ἀτομικῶς ἐμπορευομένου προσώπου, τὸ ἐμπορικὸν μητρώον καταγράφει τὰ στοιχεῖα τῆς ταυτότητος καὶ τῆς νομικῆς καταστάσεως αὐτοῦ, τὴν ἐναρξίν καὶ παῦσιν τῆς ἐμπορίας του, τὴν τυχὸν πρὸς ἄσκησιν αὐτῆς ἀπαιτουμένην ἄδειαν καὶ τὴν ἀνάκλησιν αὐτῆς, τὴν ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς ἐμπορίας του χρησιμοποιουμένην ἐπωνυμίαν, τὴν παρ' αὐτοῦ παροχὴν ἐμπορικῶν πληρεξουσιστητων, ἰδίως ἐν ὑπάρξει ὑποκαταστημάτων, τὴν πτώχευσιν αὐτοῦ κ.ο.κ. Ἐν δὲ πρόκειται περὶ ἐμπορικῆς ἐταιρίας, τὴν ἰδρυσιν καὶ λύσιν αὐτῆς καὶ τὴν τυχὸν ἀναβίωσιν ἢ τὴν μετὰ τὴν ἐκκαθάρισιν ἐξαφάνισίν της, τὰ κύρια στοιχεῖα συγχροτήσεως καὶ ὀργανώσεως αὐτῆς, δηλαδὴ τὸν τύπον, τὴν ἐπωνυμίαν καὶ τὴν ἔδραν αὐτῆς, τὸ κεφάλαιον καὶ τὰς μετοχὰς ἢ, ἀναλόγως, τὰ ἐταιρικὰ μερίδια αὐτῆς, τὸν διορισμὸν καὶ τὴν ἀνάκλησιν τῶν ἐκπροσωποῦντων αὐτῆν

42. Τὸ σύστημα τῆς αὐτοτελοῦς — καίτοι δευτερευούσης — ἐγγραφῆς τοῦ ἐμπόρου ἔτι καὶ διὰ τὰ ὑποκατάστημα τὰ εὐρισκόμενα εἰς τὴν περιφέρειαν τοῦ μητρώου τῆς κυρίας αὐτοῦ ἐγκαταστάσεως, ἰσχύει ἐν Γερμανίᾳ καὶ Αὐστρίᾳ· βλ. Würdinger, ἐν RGR Komm. z. HGB § 13 Anm. 5 σελ. 178, H ä m m e r l e, ἐνθ' ἄνωτ. § 6 II A 2 ἐν τέλει σελ. 68. Ἐν Γαλλίᾳ, τουναντίον, διὰ τὰ ὑποκατάστημα ταῦτα γίνεται ἀπλῶς συμπληρωματικὴ ἐγγραφή, ἠνωμένη πρὸς τὴν κυρίαν τοιαύτην, καὶ μόνον διὰ τὰ εἰς τὰς περιφέρειὰς ἄλλων μητρώων εὐρισκόμενα ὑποκατάστημα γίνεται αὐτοτελής — ἀλλὰ πάντως δευτερεύουσα — ἐγγραφή· βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 105 σελ. 98 ἐπ.

43. Βλ. Müller-Erzbach, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. 17 I ἐν τέλει ἰδίως σελ. 66, His, ἐνθ' ἄνωτ. ἀρθρον 927 Bem. 6 ἐν τέλει σελ. 21, Capelle, ἐνθ' ἄνωτ. § 3 I ἐν τέλει σελ. 18.

ὀργάνων καὶ τοὺς τυχόν εἰς τὴν ἐξουσίαν αὐτῶν τεθειμένους περιορισμούς κ.ο.κ.

Σημειωτέον, πάντως, ὅτι τὸ πρόβλημα τοῦ καθορισμοῦ τῶν δεομένων ἢ καὶ ἀπλῶς δεκτικῶν καταχωρίσεως στοιχείων καὶ γεγονότων ἐμφανίζει σημαντικὰ δυσχερείας, λόγῳ τοῦ μεγάλου ἀριθμοῦ καὶ τῆς ποικιλίας αὐτῶν· καὶ ὅτι, συνεπῶς, τὸ πρόβλημα τοῦτο δὲν δύναται νὰ ἀντιμετωπισθῇ ἐξαντλητικῶς ὑπὸ τῆς περὶ ἐμπορικοῦ μητρώου νομοθεσίας, ἢ ὅποια οὕτω συμπληροῦνται ἀναγκαιῶς, ἔτι καὶ ἐν τῷ σημείῳ τούτῳ, ὑπὸ τῆς ὑπολοίπου ἐμπορικῆς νομοθεσίας⁴⁴. Τοῦτο δὲ ἀληθεύει ἰδίως διὰ τὰ γεγονότα ἐκεῖνα, ἐπὶ τῶν ὁποίων ἡ καταχωρίσις ἀπαιτεῖται ὡς ἀναγκαῖος ὅρος εἴτε τῆς συντελέσεως αὐτῶν εἴτε τῆς παρ' αὐτῶν παραγωγῆς ὀρισμένων νομικῶν συνεπειῶν τὰ γεγονότα, δηλαδή, ὡς πρὸς τὰ ὅποια τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον καλεῖται νὰ ἐπιτελέσῃ ἀποστολὴν διάφορον τῆς κυρίας αὐτοῦ ἀποστολῆς (ἀνωτέρω ὑπὸ II 2 Α).

β) Ὑπὸ τὴν μορφήν του ταύτης, πάντως, τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον ἀποτελεῖ ἀπλῶς τὸ κύριον καὶ γενικὸν μέσον ἐμπορικῆς δημοσιότητος, τὸ ὅποιον δὲν καλύπτει οὐδὲ δύναται νὰ καλύπτῃ ὀλόκληρον τὴν ἑκτασιν αὐτῆς. Ἡ ἐξέλιξις τῆς τεχνικῆς καὶ ἡ παράλληλος ἐξέλιξις τοῦ δικαίου, πράγματι, καθιστοῦν ἀναγκαίαν τὴν ὑπαρξίν καὶ ἄλλων, εἰδικῶν θεσμῶν ἐμπορικῆς δημοσιότητος· ἰδίᾳ δὲ ταιούτων, ἀναφερομένων εἰς τὰ μέσα ἀσκήσεως τῆς ἐμπορικῆς δραστηριότητος, ὡς εἶναι, ἐπὶ παραδείγματι, τὸ νηολόγιον καὶ τὸ βιβλίον ναυτικῶν ὑποθηκῶν, τὸ βιβλίον σημάτων καὶ τὸ βιβλίον διπλωμάτων εὔρεσιτεχνίας καὶ αὐτὸ, ἐνδεχομένως, τὸ εἰδικὸν μητρῶον τῶν ἐπιχειρήσεων⁴⁵. Ἐξ ἄλλου, ὅμως, ἡ δημοσιότης ἢ ἐπιτυγχανομένη διὰ τῶν εἰδικῶν τούτων θεσμῶν, δὲν δύναται οὐδὲ πρέπει νὰ παραμένῃ πάντοτε ξένη πρὸς ἐκείνην, ἢ ὅποια ἐπιτυγχάνεται διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου. Ἡ τελευταία αὕτη δημοσιότης, πράγματι, ἢ διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιτυγχανομένη, ἐπειδὴ ἀκριβῶς ἀποτελεῖ τὴν κυρίαν καὶ γενικὴν μορφήν ἐμπορικῆς δημοσιότητος, ἔχει εὐλόγως τὴν τάσιν ἐπεκτάσεως καὶ διεισδυσέως τῆς καὶ εἰς τὰς ἄλλας, τὰς εἰδικὰς μορφὰς ταιαύτης. Τοιοῦτοτρόπως, τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον δύναται νὰ καταγράψῃ καὶ στοιχεῖα ἢ γεγονότα ἀφορῶντα εἰς τὰ μέσα ἀσκήσεως τῆς ἐμπορικῆς δραστηριότητος, διὰ τὰ ὅποια οὐχ ἤττον ὑφίσταται εἰδικὴ δημοσιότης. Τοῦτο δὲ συμβαίνει ἰδίως, ὅταν τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον προσλαμβάνῃ μικτὸν χαρακτῆρα, κατὰ τὰ ἀνωτέρω (ὑπὸ Α β) ἐκτεθέντα, ὅταν δηλαδή, ἀπὸ ὀρισμένης ἀπόψεως, παρίσταται καὶ ὡς μητρῶον

44. Πρβλ. Hammerle, ἐνθ' ἀνωτ. § 6 II Α σελ. 65.

45. Πρβλ. Ehrenberg, Handbuch § 51 I 4 e σελ. 531.

τῶν ἐπιχειρήσεων ὅποτε, πράγματι, δύναται νὰ καταγράφη καὶ γεγονότα ἀφορῶντα τόσον εἰς τὴν ἐπιχειρήσιν καθ' ἑαυτὴν, ὅσον καὶ εἰς ὠρισμένα τουλάχιστον τῶν στοιχείων αὐτῆς καὶ ἰδίως τὰ διακριτικὰ γνωρίσματα.

2. Ἄλλ' ὡς προκύπτει ἐκ τῶν ἀνωτέρω (ὑπὸ II 1 καὶ 2 A) περὶ τῆς ἀποστολῆς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐκτεθέντων, προκειμένου αὕτη νὰ καταστῇ πραγματικότης, δὲν ἀρκεῖ μόνον νὰ καθορισθῇ ἡ μορφή καὶ τὸ περιεχόμενον τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἀλλὰ πρέπει νὰ προβλεφθῇ καὶ ἡ νομικὴ σημασία τόσον τῶν ἐν αὐτῷ καταχωρίσεων ὅσον καὶ τῆς παραλείψεως αὐτῶν.

A. α) Ὡς ἐξετέθη ἀνωτέρω (ὑπὸ II 1 B καὶ 2 A), ἡ ὑπὸ τοῦ θεσμῷ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιδιωκομένη ἀσφάλεια δικαίου δὲν δύναται νὰ ἐπιτευχθῇ, εἰμὴ μόνον ἂν εἰς τὰς ἐν αὐτῷ καταχωρίσεις, κατ' ἀντανάκλασιν δὲ καὶ εἰς τὴν παράλειψιν αὐτῶν, ἀπονεμηθῇ ὑπὸ τοῦ δικαίου νομικὴ τις καὶ μάλιστα οὐσιαστικῷ κυρίως δικαίου σημασία· με' ἄλλας λέξεις, ἂν ἐκ τῶν καταχωρίσεων τούτων ἢ ἐκ τῆς παραλείψεως αὐτῶν ἐξαρτηθῇ ἡ ἐπέλευσις ἢ μὴ ἐπέλευσις νομικῆς τινὸς συνεπειᾶς, εἴτε ἔναντι ὠρισμένων μόνον προσώπων εἴτε ἔναντι παντὸς. Τὸ πρόβλημα, ὅμως, ποία δύναται καὶ πρέπει νὰ εἶναι ἡ σημασία αὕτη, ἐνῶ ἔχει μερίστην πρακτικὴν σημασίαν, δὲν εἶναι ἐπιδεικτικὸν εὐχεροῦς καὶ ἀπλῆς λύσεως. Διότι, πράγματι, ἡ λύσις αὐτοῦ ἐξαρτᾶται ἐκ ποικίλων καὶ πολυλάκις δυσχερῶς δυναμένων νὰ σταθμισθοῦν παραγόντων, ὡς εἶναι αἱ ἀνάγκαι τῶν συναλλαγῶν καὶ ἡ νοοτροπία τοῦ λαοῦ, ἡ ὀργάνωσις τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου καὶ ἡ φύσις τῶν ἐγγραπτέων γεγονότων, τέλος δὲ καὶ ἡ ἀξιολογικὴ ἐκτίμησις τοῦ νομοθέτου καὶ ἰδίᾳ ὁ βαθμὸς καὶ ἡ ἔκτασις τῆς παρ' αὐτοῦ ἐπιδιωκομένης δικαιοῦς ἀσφαλείας⁴⁶. Κατὰ ταῦτα, ἡ σημασία αὕτη δύναται νὰ παραλλάσῃ τόσον ἀπὸ δικαίου εἰς δίκαιον, ὅσον καὶ ἐν τῷ πλαισίῳ τοῦ αὐτοῦ δικαίου· εἰδικώτερον δέ, δύναται εἴτε νὰ προσλαμβάνῃ τὴν μίαν ἢ τὴν ἄλλην μορφήν δι' ὅλα τὰ εἰς καταχώρισιν ὑποκείμενα γεγονότα, εἴτε, ὕπερ καὶ συνηθέστερον καὶ ὁρθότερον, ὡς ἐκ τῆς μεγάλῃς ποικιλίας τῶν περιπτώσεων, εἴτε νὰ προσλαμβάνῃ μίαν μὲν μορφήν διὰ τινὰ ἐξ αὐτῶν, ἄλλην δὲ δι' ἄλλα, ἢ καὶ πλείονας ὁμοῦ μορφὰς διὰ τὰ αὐτὰ γεγονότα⁴⁷.

Εἰδικώτερον, ἡ σημασία τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων ἢ τῆς παραλείψεως αὐτῶν δύναται νὰ εἶναι εἴτε δικονομικῆς εἴτε οὐσιαστικῆς φύσεως. Καὶ ὅταν μὲν εἶναι δικονομικῆς φύσεως, συνίσταται εἰς τὴν δημιουργίαν ἐνὸς ἀπλοῦ τεκμηρίου περὶ τῆς ἀληθείας τοῦ καταχωρισθέντος γεγονότος· ὅταν

46. Περὶ τοῦ τελευταίου τούτου παράγοντος, πρβλ. E h r e n b e r g, ἐν J h e r i n g s J a h r b ü c h e r 47 274 ἐπ.

47. Περὶ τοῦ ὅτι καὶ τὸ τελευταῖον τοῦτο εἶναι δυνατόν, πρβλ. ἰδίᾳ P a v o n e I a R ó s a, Κεφ. I n. 4 σελ. 13.

δὲ εἶναι οὐσιαστικῆς φύσεως, ἐμφανίζεται ὑπὸ διαφόρους μορφάς, αἱ ὁποῖαι βασικῶς σχετίζονται εἴτε πρὸς τὸ ἔναντι τῶν τρίτων ἀντιτάξιμον τῶν εἰς καταχώρισιν ὑποκειμένων γεγονότων, εἴτε εἰς τὴν καθόλου παραγωγὴν τῶν προσιδιαζουσῶν αὐτοῖς νομικῶν συνεπειῶν, εἴτε, τέλος, εἰς τὴν Θεραπείαν τῶν τυχόν ὑπαρχόντων εἰς αὐτὰ ἐλαττωμάτων. Μάλιστα δέ, εἰς τὴν δευτέραν ταύτην περίπτωσιν — ἐκείνην δηλαδὴ καθ' ἣν ἡ σημασία τῶν καταχωρίσεων ἢ τῆς παραλείψεως αὐτῶν εἶναι οὐσιαστικῆς φύσεως — αἱ εἰρημέναι μορφαὶ αὐτῆς δὲν εἶναι πάντοτε ἀμιγεῖς καὶ ἀπόλυτοι, ἀλλὰ, τουναντίον, ἀμβλύνονται καὶ διαβαθμίζονται πολλάκις ὑπὸ τὴν ἐπίδρασιν τῶν πρό μικροῦ ἀπαριθμηθέντων παραγόντων. Πάντως, ἐν τῷ πλαισίῳ τῆς παρούσης μελέτης, ἡ ὁποία ἀποτελεῖ ἀπλὴν εἰσαγωγὴν εἰς τὴν Θεσμὸν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, δὲν θὰ ἐπιχειρηθῇ ἐξαντλητικὴ περιγραφή ὅλων τῶν δυνατῶν ἐμφανίσεων τῆς ἐν λόγῳ σημασίας⁴⁸, ἀλλὰ θὰ προσδιοριθῇ ἡ ἔννοια καὶ ἡ ἔκτασις μόνον τῶν τριῶν βασικῶν μορφῶν αὐτῆς (κατωτέρω ὑπὸ Β).

β) Ἄλλ' ὁ Θεσμὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὅστις ἐν πάσῃ περιπτώσει εἶναι Θεσμὸς ἐμπορικῆς δημοσιότητος, γνωρίζει καὶ καταχωρίσεις αἵτινες στεροῦνται οἰασδῆποτε νομικῆς σημασίας καὶ μάλιστα οὐσιαστικοῦ δικαίου τοιαύτης⁴⁹. Εἶναι βεβαίως ἀληθές, ὅτι τοιαῦται καταχωρίσεις κατ' ἐξαιρέσιν μόνον γίνονται δεκταὶ εἰς τὸ σύγχρονον δίκαιον, τὸ ὅποιον, ὡς ἤδη ἐλέχθη (ἀνωτέρω ὑπὸ Π I Β), δὲν ἀνέχεται τὴν ἐκ τῆς ὑπάρξεως τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου παρακώλυσιν τῶν συναλλαγῶν, εἰμὴ μὲ ἀντιστάθμισμα οὐχὶ ἀπλῶς τὴν δι' αὐτοῦ ἐπιτυγχανομένην δημοσιότητα, ἀλλὰ τὴν διὰ τῆς δημοσιότητος κατοχυρουμένην δικαιοκίαν ἀσφάλειαν⁵⁰. Ἄλλ' ἐκ τούτου δὲν πρέπει νὰ νομισθῇ, ὅτι αἱ καταχωρίσεις αὗται εὐρίσκονται πάντοτε εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἀποστολὴν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς θέλει ταύτην τὸ σύγχρονον δίκαιον, καὶ ὅτι, συνεπῶς, τείνουν καὶ πρέπει νὰ τείνουν νὰ ἐκλείψουν. Διότι, πράγματι, ὑπάρχουν καὶ γεγονότα — ὡς εἶναι ὁ θάνατος τοῦ φυσικοῦ προσώπου καὶ αἱ πράξεις τῆς κρατικῆς ἐξουσίας — τὰ ὁποῖα πληροῦν ἀφ' ἑαυτῶν, ἤτοι ἄνευ τῆς

48. Τὰς ἐμφανίσεις ταύτας ἐν τῷ γερμανικῷ δικαίῳ βλ. εἰς Ehrenberg, Handbuch §§ 58-61 σελ. 614 ἐπ.

49. Ὑπὸ τοῦ Ehrenberg, Handbuch § 58 IV σελ. 620 ἐπ. ὑποστηρίζεται, ὅτι εἰς τὴν Γερμανίαν δὲν ὑπάρχουν τοιαῦται καταχωρίσεις, διότι πᾶσα καταχώρισις ἔχει τοιούτων τὴν πρὸ μικροῦ μνημονευθεῖσαν δικονομικὴν σημασίαν. Ἄλλὰ καὶ ἂν τοῦτο ἤθελεν ὑποτεθῆ ἀληθές, καὶ πάλιν δὲν θὰ ἐμείωνε τὴν ἀξίαν τῶν κατωτέρω ἐπιτιθεμένων, δοθέντος ὅτι ἐνταῦθα, ὡς ἐλέχθη, πράττεται περὶ ἐγγραφῶν στερουμένων οὐσιαστικοῦ δικαίου σημασίας.

50. Τὸ ὅτι αἱ τοιαῦται καταχωρίσεις σπανίζουν εἰς τὸ σύγχρονον δίκαιον, ἀναγνωρίζει καὶ αὐτός ὁ P a v o n e l a R o s a, Κεφ. I n. 4 σελ. 13, καίτοι θεωρεῖ τὴν ἀπλὴν πληροφοριακὴν λειτουργίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ὡς κυρίαν ἀποστολὴν αὐτοῦ.

εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον καταχωρίσεως τῶν, τὰς ἀπαιτήσεις τῆς δικαιοῦς ἀσφαλείας. Τὰ γεγονότα δὲ ταῦτα, ἐνῶ πρέπει νὰ καταχωρίζωνται χάριν τῆς πληρότητος τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἤτοι πρὸς προαγωγὴν τῆς καθαρῶς πληροφοριακῆς λειτουργίας αὐτοῦ, δὲν ἔχουν ἀνάγκην καταχωρίσεως διὰ νὰ παραγάγουν τὰς νομικὰς αὐτῶν συνεπειάς, ἀκόμη καὶ ἂν πρόκειται διὰ τὰς πρὸς τοὺς τρίτους σχέσεις τοῦ εἰς ὃ ἀφοροῦν προσώπου. Καὶ πράγματι, ἂν ἡ καταχώρισις τῶν γεγονότων τούτων ἀπηρτίτο ὡς προϋπὸθεσις ἐπελεύσεως τῶν ἐννόμων αὐτῶν συνεπειῶν, τότε οὐ μόνον θὰ ἀνεβλάτο ἄνευ λόγου ἡ ἐπέλευσις τῶν συνεπειῶν τούτων, ἀλλὰ καὶ θὰ ἀνετρέπετο ἀσυμφόρως ἡ ἤδη ἐπιτευχθεῖσα ἀσφάλεια δικαίου. Δὲν δύναται δὲ νὰ ἀντιταχθῇ εἰς τοῦτο, ὅτι ἡ τοιαύτη, μέχρι τῆς καταχωρίσεως τῶν ἐν λόγῳ γεγονότων, ἀναβολὴ τῆς ἐπελεύσεως τῶν συνεπειῶν αὐτῶν ἐπιβάλλεται πρὸς προαγωγὴν τῆς συναλλακτικῆς ἀσφαλείας καὶ, συγκεκριμένως, πρὸς προστασίαν τῆς δημοσίας πίστεως· διότι, ὡς ἤδη ἐλέχθη (ἀνωτέρω ὑπὸ Π 1 Γ), ἡ εἰς τὰ σύγχρονα δίκαια διαμρφώσις τῆς νομικῆς σημασίας τῶν καταχωρίσεων — ἐφ' ὅσον προβλέπεται τοιαύτη — εἶναι τοιαύτης κατὰ κανόνα φύσεως, ὥστε πρωτίστως νὰ προάγῃ τὴν ἀσφάλειαν τοῦ δικαίου καὶ μόνον ἐνδεχομένως νὰ συμβάλλῃ καὶ εἰς τὴν ἀσφάλειαν τῶν συναλλαγῶν⁵¹.

Εἰς τὰς ἐξαιρετικὰς ταύτας περιπτώσεις, κατὰ τὰς ὁποίας ἡ καταχώρισις ἢ ἡ παράλειψις τῆς καταχωρίσεως στερεῖται νομικῶν συνεπειῶν, τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἐπιτελεῖ, ὡς ἤδη ἐλέχθη, πληροφοριακὴν ἀπλῶς λειτουργίαν, αἱ δὲ ἐν αὐτῷ καταχωρίσεις χαρακτηρίζονται ὡς τοιαῦται «δηλωτικῆς» μόνον σημασίας ([rechts]bekundeter ἢ deklaratorischer Bedeutung)⁵².

Β. Εἰδικώτερον, αἱ εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον καταχωρίσεις ἢ ἡ παράλειψις αὐτῶν δύναται νὰ ἔχουν τὰς κάτωθι κυρίως νομικὰς συνεπειάς⁵³:

51. Σημειωτέον, ὅτι καὶ εἰς τὰ ξένα δίκαια, ὡς τὸ γερμανικὸν καὶ ἐλβετικόν, ἡ καταχώρισις ἢ ἡ παράλειψις τῆς καταχωρίσεως τῶν περὶ ὧν πρόκειται γεγονότων ἐξαιρεῖται, μὲ ποικίλα προσχήματα, τῆς ρυθμίσεως ἐκείνης, ἡ ὁποία ἀφορᾷ εἰς τὴν κατ' ἐξοχὴν λειτουργίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, δηλαδὴ εἰς τὸ κατὰ τῶν τρίτων ἀντιτάξιμον τῶν εἰς καταχώρισιν ὑποκειμένων γεγονότων (§ 15 γερμανικοῦ E.K., ἄρθρον 933 ἐλβετικοῦ Κώδικος Ἐνοχῶν)· πρβλ., ἀντιστοίχως, Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἄνωτ. § 15 Anm. 3 ὑπὸ α σελ. 261, H i s, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 933 Bem. 23 σελ. 110. Ἐξ ἄλλου, ὑπὸ τὸ αὐτὸ πνεῦμα ἐκτιμᾶται ἤδη παρ' ἡμῖν ἡ δημοσιότης τοιούτων γεγονότων ἐπηρεαζόντων τὴν ὑπόστασιν ὁμορρύθμου καὶ ἑτερορρύθμου ἐταιρίας· πρβλ. Κ. Π α μ π ο ὄ κ η ν, ἐνθ' ἄνωτ. τ. Α' § 13 Π 1 Β ἐν συνδυασμῷ πρὸς 4 σελ. 321 καὶ 328 ἐπ.

52. Βλ., ἀντὶ ἄλλων, Capelle, ἐνθ' ἄνωτ. § 3 III 1 σελ. 19.

53. Περὶ τῶν κατωτέρω ἐπιθεμένων, πρβλ. γενικῶς E h r e n b e r g, ἐν Jherings Jahrbücher 47 274 ἐπ. καὶ Handbuch § 58 σελ. 614 ἐπ., Capelle, ἐνθ' ἄνωτ. § 3 III σελ. 19 ἐπ., G h i d i n i, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. III σελ. 51 ἐπ.

α) Ἐν πρώτοις, ἡ καταχώρισις ἐνὸς γεγονότος εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον δύναται νὰ παράγῃ ἐν ἀπλοῦν τεκμήριον περὶ αὐτοῦ, νὰ στηρίξῃ δηλαδὴ τὸ μαχητὸν συμπέρασμα, ὅτι τὸ γεγονός τοῦτο ἀνταποκρίνεται ὄντως πρὸς τὴν ἀλήθειαν. Τοιοῦτο δὲ ἀποτέλεσμα δύναται νὰ ἔχῃ ἡ καταχώρισις κατ' ἀρχὴν μὲν ὅταν γίνεταί κατόπιν ἐλέγχου τῆς ἀληθείας τοῦ εἰς ὃ ἀφορᾷ γεγονότος (κατωτέρω ὑπὸ IV 1 Β α)⁵⁴. Ἄλλως δέ, μόνον ἂν ἡ ἀλήθεια τοῦ γεγονότος τοῦτου προκύπτῃ ἐξ αὐτῆς ταύτης τῆς δηλώσεως, ἐπὶ τῇ βάσει τῆς ὁποίας αὕτη (ἡ καταχώρισις) ἐγένετο⁵⁵. Εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην, εἰδικώτερον, ἡ καταχώρισις ἔχει μόνον δικονομικὰς συνεπεΐας, ἤτοι συνεπεΐας τῶν ὁποίων ἡ ἀξία ἀναφαίνεται μόνον ἐν περιπτώσει δικαστικῆς ἐπιδιώξεως τῶν δικαιωμάτων, τῶν ἐκ τοῦ καταχωριστέου γεγονότος ἐξαρτωμένων. Τοιοῦτοτρόπως, τὸ γεγονός τοῦτο, καὶ ἂν ἐτι δὲν ἔχῃ καταχωρισθῆ, εἶναι οὐχ ἤττον ἰσχυρὸν καὶ δύναται νὰ θεμελιώσῃ δικαιώματα τόσον ὑπὲρ τοῦ εἰς ὃν ἀφορᾷ ἐμπορίου ὅσον καὶ ἐναντίον αὐτοῦ. Ἄν ὅμως σχετικὴ τις διαφορὰ ἀχθῆ ἐνώπιον τοῦ δικαστηρίου, ὁ ἔμπορος ὀφείλει νὰ ἀποδείξῃ τὴν ἐπέλευσιν τοῦ ἐν λόγῳ γεγονότος, ἂν τοῦτο δὲν ἔχῃ καταχωρισθῆ. ἐνῶ, ἂν ἔχῃ καταχωρισθῆ, οὐδὲν ἔχει νὰ ἀποδείξῃ, ἀνήκει δὲ τουναντίον εἰς τὸν ἀντιδίκον του νὰ ἀνταποδείξῃ ὅτι τοῦτο, καίτοι καταχωρισθὲν, δὲν ἀνταποκρίνεται εἰς τὴν ἀλήθειαν. Τοιοῦτον τι ἰσχύει σήμερον παρ' ἡμῖν ἐπὶ τῆς ἐγγραφῆς ἐπωνυμίας εἰς τὸ πρωτόκολλον ἐπωνυμιῶν τοῦ ἐμπορικοῦ καὶ βιομηχανικοῦ ἐπιμελητηρίου, ἡ ὁποία (ἐγγραφῆ) δημιουργεῖ τὸ μαχητὸν τεκμήριον, ὅτι ὁ ἐγγράφας τὴν ἐπωνυμίαν ἔμπορος εἶναι ὁ πρῶτος χρησιμοποήσας καί, συνεπῶς, ὁ ἀποκτήσας αὐτήν⁵⁶.

Σημειωτέον, ὅτι, ἂν τὸ ἐκ τῆς καταχωρίσεως παραγόμενον τεκμήριον ἤθελε διαμορφωθῆ ὡς ἀμάχητον, ἡ νομικὴ ἐνέργεια τῆς καταχωρίσεως θὰ μετετίθετο ἀπὸ τοῦ πεδίου τοῦ δικονομικοῦ δικαίου εἰς τὸ τοιοῦτο τοῦ οὐσιαστικοῦ. Διότι εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην, πράγματι, τὸ καταχωρισθὲν γεγονός θὰ ἐλαμβάνετο ὡς ἀληθές, ἡ δὲ ἐνέργεια τῆς καταχωρίσεως θὰ παρίστατο ὡς θεραπευτικὴ, κατὰ τὰ κατωτέρω (ὑπὸ δ) ἀναλυτικῶς ἐκτεθησόμενα⁵⁷.

54. Βλ. ἰδίως μὲν Würdinger, ἐν RGRKomm.z.HGB § 8 Anm. 15 σελ. 162, Hämmerle, ἐνθ' ἄνωτ. § 6 II A 5 a σελ. 76 ἐπ., περαιτέρω δὲ καὶ Müller-Erzbach, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. 17 VI σελ. 69, Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἄνωτ. § 8 Anm. 18 σελ. 83.

55. Παραδείγματος χάριν, ἡ ἀλήθεια καταχωρισθεῖσης ἐμπορικῆς πληρεξουσιότητας προκύπτει ἐξ αὐτῆς ταύτης τῆς σχετικῆς δηλώσεως τοῦ δόσαντος αὐτὴν ἐμποροῦ· βλ. Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἄνωτ. Vorbem. 3 zu § 8 σελ. 230.

56. Περὶ τοῦ παραδείγματος τοῦτου, βλ. ἰδίᾳ Δελούκων, Ἡ ἐμπορικὴ ἐπιχείρησις καὶ ἡ προστασία αὐτῆς (1969) § 53 σελ. 88.

57. Περὶ τοῦ ὅτι ἡ δημιουργία ἀμάχητου τεκμηρίου σχετίζεται πρὸς τὴν θεραπευ-

β) Ἐξ ἄλλου, ἡ καταχώρισις ἐνὸς γεγονότος δύναται νὰ ἀποτελῇ προϋπόθεσιν διὰ τὴν ἔναντι τῶν τρίτων ἰσχὺν τοῦ γεγονότος τούτου, ὅποτε αἱ συνέπειαι αὐτῆς ἀφοροῦν εἰς τὸ οὐσιαστικὸν καὶ οὐχὶ εἰς τὸ δικονομικὸν δίκαιον. Εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην, συγκεκριμένως, ἐφ' ὅσον μὲν τὸ γεγονός δὲν ἔχει καταχωρισθῆ, ἰσχύει κατ' ἀρχὴν μόνον κατὰ τοῦ εἰς ὃν ἀφορᾷ ἐμπόρου, ὑπὸ τὴν ἔννοιαν ὅτι μόνον οἱ τρίτοι δύνανται νὰ θεμελιώσουν ἐπ' αὐτοῦ δικαιώματα· ἀφ' ἧς δὲ καταχωρισθῆ, ἰσχύει καὶ ὑπὲρ τοῦ ἐμπόρου, ὑπὸ τὴν ἔννοιαν ὅτι καὶ αὐτὸς δύναται νὰ στηρίξῃ ἐπ' αὐτοῦ δικαιώματα καὶ μάλιστα χωρὶς νὰ ἔχη ἀνάγκη ἀποδείξεως ὅτι οἱ τρίτοι ἐγνώριζον αὐτό. Ὅς εἶναι δὲ προφανές, ἡ τοιαύτη ἐνέργεια τῆς καταχωρίσεως, καλουμένη «ἐπιβεβαιωτική» (rechtsbestärkend ἢ confirmatorisch)⁵⁸, ἐπιβάλλεται ἐκεῖ ὅπου τὸ δίκαιον ἐνδιαφέρεται διὰ τὴν γνῶσιν τῶν τρίτων⁵⁹· διὰ τὸν λόγον δὲ τοῦτον, αὕτη συνδέεται στενῶς πρὸς τὴν κυρίαν ἀποστολὴν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου (ἀνωτέρω ὑπὸ II 1) καὶ συνίσταται κατ' οὐσίαν εἰς τοῦτο, ὅτι ἡ μὲν μὴ καταχώρισις τοῦ εἰς ταύτην ὑποκειμένου γεγονότος καθιστᾷ δεικνολογημένην τὴν ἄγνοιαν αὐτοῦ ἐκ μέρους τῶν τρίτων, ἡ δὲ καταχώρισις αὐτοῦ ἀναπληροῖ τὴν ἑλλείπουσαν γνῶσιν τῶν τρίτων περὶ αὐτοῦ⁶⁰. Σημειωτέον, ὅτι τοιαύτην ἐνέργειαν ἔχει σήμερον παρ' ἡμῖν, κατὰ τὴν διάταξιν τοῦ ἀρθροῦ 33 ν. 2527 / 1920, ἡ εἰς τὸ κατ' ἀρθρον 28 τοῦ αὐτοῦ νόμου μεταγραφὴ τῆς πράξεως μεταβιβάσεως ἢ παραχωρίσεως ἀδείας ἐκμεταλλεύσεως διπλώματος εὑρεσιτεχνίας.

γ) Περαιτέρω, ἡ καταχώρισις δύναται νὰ ἀποτελῇ προϋπόθεσιν διὰ τὸ καθόλου κῦρος τοῦ εἰς ταύτην ὑποκειμένου γεγονότος, δηλαδή οὐ μόνον διὰ τὴν ἔναντι τῶν τρίτων, ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν ἔναντι αὐτοῦ τούτου τοῦ εἰς ὃν ἀφορᾷ ἐμπόρου ἰσχὺν αὐτοῦ· ὅποτε τὸ περὶ οὗ πρόκειται γεγονός εἶναι νομικῶς ἀνίσχυρον ἄνευ καταχωρίσεως καὶ, συνεπῶς, ἀδυνατεῖ τελείως νὰ παραγάγῃ τὰ παρ' αὐτοῦ ἐπιδιωκόμενα ἀποτελέσματα. Εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην,

τικὴν ἐνέργειαν τῆς καταχωρίσεως, πρβλ. Ehrenberg, Handbuch § 58 IV 2 σελ. 622 ἐπ., Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 15 Anm. 1 σελ. 129.

58. Ὁ Valeri, ἐνθ' ἀνωτ. n. 35 καὶ 36 σελ. 47 ἐπ. καὶ 48 ἐπ., χαρακτηρίζει ταύτην ὡς «δηλωτικήν» (dichiarativa), ἐνῶ ὡς τοιαύτη χαρακτηρίζεται ἐν Γερμανίᾳ, ὀρθότερον, ἡ καταχώρισις ἢ οὐδεμίαν οὐσιαστικῶν δικαίων συνέπειαν ἔχουσα (ἀνωτέρω ὑπὸ Α β ἐν τέλει).

59. Πρβλ., ἐκτὸς τῶν ἐν τῇ ἐπομένῃ σημειώσει παραπεμπομένων, καὶ Müller-Erzbach, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. 17 VII 3 σελ. 70.

60. Βλ. Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 15 Anm. 1 σελ. 129 ἐν τέλει, ἐν συνδυασμῷ πρὸς Anm. 7 ἐν ἀρχῇ σελ. 131, πρβλ. δὲ καὶ Valeri, ἐνθ' ἀνωτ. n. 38 σελ. 50 ἐπ., Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. III n. 1 σελ. 52 ἐπ.

οὕτως, ἡ καταχώρισις ἔχει συστατικὴν ἢ δημιουργικὴν ἐνέργειαν (konstitutive ἢ rechtsbegründete Wirkung), ἥτοι ἐνέργειαν ἀνάλογον πρὸς ἐκείνην τοῦ κατὰ τὸ ἀστικὸν δίκαιον ἀπαιτουμένου τύπου τῆς δικαιοπραξίας· μὲ μόνην τὴν διαφορὰν, ὅτι ὁ τελευταῖος οὗτος ἀπαιτεῖται συνήθως πρὸς προστασίαν τῶν δικαιοπρακτούντων ἐκ τοῦ κινδύνου ἐπιπολαίας ἐνεργείας αὐτῶν, ἐνῶ ἐκείνη (ἢ καταχώρισις) ἀπαιτεῖται χάριν τῆς δικαικῆς ἀσφαλείας, ὑπὸ τὴν ἀνωτέρω (ὑπὸ Π 2 Α) ἐκτεθεῖσαν ἔννοιαν⁶¹. Οὕτω, σήμερον, ὡς ἡδὴ ἐλέχθη (ἀνωτέρω ἐν σημειώσει 31), ἡ καθ' ὅλους τοὺς νομίμους τύπους κατάρτισις τοῦ καταστατικῆς ἐταιρίας περιορισμένης εὐθύνης δὲν ἀρκεῖ πρὸς ἕδρυσιν αὐτῆς, ἀλλ' ἀπαιτεῖται καὶ ὑπὸς τοῦτο δημοσιευθῆ ὀλόκληρον μὲν διὰ καταθέσεώς του παρὰ τῶ πρωτοδικεῖω τῆς ἑδρας τῆς ἐταιρίας, ἐν περιλήψει δὲ εἰς τὸ Δελτίον ἀνωθύνων ἐταιριῶν καὶ ἐταιριῶν περιορισμένης εὐθύνης τῆς Ἐφημερίδος τῆς Κυβερνήσεως.

Ἐνταῦθα δύνανται νὰ ὑπαχθῆ καὶ ἡ περίπτωσις ἐκείνη, καθ' ἣν ἡ καταχώρισις ἀποτελεῖ προϋπόθεσιν οὐχὶ τῆς ἰσχύος τοῦ εἰς ταύτην ὑποκειμένου γεγονότος, ἀλλὰ τῆς ἐξ αὐτοῦ ἐπελεύσεως ἄλλων ἐννόμων συνεπειῶν· ὡς π.χ. συμβαίνει σήμερον μὲ τὴν δημοσίευσιν τῆς λύσεως ὁμορρύθμου ἢ ἑτερορρύθμου ἐταιρίας καὶ τῆς ἐκ τοιαύτης ἐταιρίας ἐξόδου ὁμορρύθμου ἐταίρου, ἢ ὅποια (δημοσίευσις) ἀπαιτεῖται διὰ τὴν ἐναρξιν τῆς κατ' ἄρθρον 64 ΕΚ πενταετοῦς παραγραφῆς τῆς εὐθύνης τοῦ ἐταίρου τούτου⁶².

δ) Εἰς τὰς δύο τελευταίας περιπτώσεις, κατὰ τὰς ὁποίας ἡ καταχώρισις προσδίδει νομικὸν κῦρος εἰς τὸ δέομενον αὐτῆς γεγονὸς — κατὰ τὰς ὁποίας δηλαδὴ αὕτη ἀπαιτεῖται διὰ νὰ ἰσχύσῃ τὸ γεγονὸς εἴτε ἐναντι τῶν τρίτων εἴτε καὶ ἐναντι τοῦ εἰς τὸν ἀφορᾶ ἐμπόρου — ἡ ἰσχύς αὐτοῦ (τοῦ γεγονότος) δὲν εἶναι πάντοτε δεδομένη ἐκ τοῦ ὅτι ἐγένετο ἢ κατὰ νόμον καταχώρισις αὐτοῦ. Ἡ καταχώρισις δηλαδὴ, κατὰ κανόνα, δὲν ἀποτελεῖ παρὰ μίαν τῶν πολλῶν προϋποθέσεων τῶν ἀπαιτουμένων διὰ τὴν ἰσχὴν τοῦ γεγονότος· τὸ ὅποιον, συνεπῶς, παρὰ τὴν καταχώρισίν του, ἐνδέχεται οὐχ ἥττον νὰ εἶναι ἀνίσχυρον, ὅποτε καὶ ἡ καταχώρισις αὐτοῦ εἶναι οὐσίᾳ ἀβάσιμος⁶³. Ἀλλὰ τὸ ἀποτέλεσμα τοῦτο δὲν δύνανται πολλάκις νὰ γίνῃ ἀνεκτόν, διότι ἐκθέτεται εἰς κίνδυνον τὴν ἀσφάλειαν τοῦ δικαίου, ἢ ὅποια ἀσφαλῶς θὰ ἐπλήσσετο καιρίως, ἂν ἡ ἐν τῷ μητρώφ

61. Πρβλ. Ehrenberg, Handbuch § 51 Π 3 σελ. 535 ἐπ., Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. III n. 3 σελ. 63-65, Pavone la Rosa, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. I n. 4 σελ. 14.

62. Βλ. Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 8 Anm. 19 σελ. 83.

63. Βλ. Würdinger, ἐν RGRKomm. z. HGB § 8 Anm. 14 ἰδίως ἐν τέλει σελ. 161 ἐπ.

εἰκονιζομένη κατάστασις ἤθελε τεθῆ ἐν ἀμφιβόλῳ, ἰδίᾳ μετὰ πάροδον μακροῦ χρόνου. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον, λοιπόν, τὸ δίκαιον προσδίδει ἐνίοτε καὶ μίαν ἄλλην συνέπειαν εἰς τὴν καταχώρισιν: τὴν συνέπειαν, δηλαδή, ὅτι αὕτη καλύπτει ἢ, μὲ ἄλλας λέξεις, ἀναπληροῖ, τυχὸν ἐλλειπούσας, εἴτε πάσας εἴτε τινὰς μόνον τῶν (λοιπῶν) προϋποθέσεων τοῦ εἰς ταύτην ὑποκειμένου γεγονότος· καὶ δὴ εἴτε ὡς πρὸς πάντα τὰ εἰς τὸ γεγονὸς τοῦτο προσιδιάζοντα ἀποτελέσματα εἴτε ὡς πρὸς ὠρισμένα μόνον ἐξ αὐτῶν, ἀλλὰ πάντως ἔναντι παντὸς προσώπου καὶ οὐχὶ μόνον ἔναντι τῶν καλῆς πίστεως τρίτων⁶⁴. Τότε δὲ δύναται νὰ λεχθῆ, ὅτι ἡ καταχώρισις ἔχει, ἀπὸ ὠρισμένων τουλάχιστον ἀπόψεων, «θεραπευτικὴν» ἐνέργειαν (heilende Wirkung). Σημειωτέον, ὅτι τοιαύτην ἐν μέρει ἐνέργειαν ἔχει σήμερον παρ' ἡμῶν ἢ κατὰ τὰ εἰρημένα δημοσιεύσεως τοῦ καταστατικοῦ ἑταιρίας περιορισμένης εὐθύνης, ἀπὸ τῆς ὁποίας (δημοσιεύσεως) τὰ ἐλαττώματα τῆς ἑταιρικῆς συμβάσεως δὲν συνεπάγονται ἀκυρότητα αὐτῆς, καθιστῶσαν νομικῶς ἀνύπαρκτον τὴν ἑταιρίαν, ἀλλ' ἀποτελοῦν ἀπλῶς λόγον λύσεως αὐτῆς διὰ δικαστικῆς ἀποφάσεως (ἄρθρον 7 § 1 v. 3190/1955)⁶⁵.

Ὡς εἶναι προφανές, ἡ ἀνωτέρω θεραπευτικὴ ἐνέργεια τῆς καταχωρίσεως ἀφορᾷ εἰς τὰς προϋποθέσεις αὐτοῦ τούτου τοῦ εἰς καταχώρισιν ὑποκειμένου γεγονότος (αἰτινες ἀποτελοῦν τὰς οὐσιαστικὰς προϋποθέσεις τῆς καταχωρίσεως) καὶ οὐχὶ εἰς τὰς προϋποθέσεις τῆς καταχωρίσεως καθ' ἑαυτὴν (αἰτινες ἀποτελοῦν τὰς τυπικὰς προϋποθέσεις αὐτῆς)· μὲ ἄλλας λέξεις, ἡ θεραπευτικὴ αὕτη ἐνέργεια καλύπτει οὐχὶ τὸ τύποις ἀβάσιμον τῆς καταχωρίσεως, ἀλλὰ μόνον τὸν οὐσίᾳ ἀβάσιμον αὐτῆς⁶⁶.

Ἀξίζει νὰ σημειωθῆ, ἐν τέλει, ὅτι ἐν τῇ θεωρίᾳ τοῦ ἐμπορικοῦ δικαίου δὲν ἔχει ἀποσαφηνισθῆ πλήρως, ἂν ἡ τοιαύτη (ἐνδεχομένη) θεραπευτικὴ ἐνέργεια τῶν ἐν τῷ ἐμπορικῷ μητρώῳ καταχωρίσεων συμπίπτῃ πρὸς τὴν λειτουργίαν τῶν βιβλίων δημοσίας πίστεως (οἷον ἐν Γερμανίᾳ εἶναι τὸ κτηματολόγιον [Grundbuch]). Κατὰ τινὰ ἄποψιν, πράγματι, ἡ λειτουργία τῶν βιβλίων δημοσίας πίστεως φαίνεται συμπίπτουσα πρὸς τὴν θεραπευτικὴν ἐνέργειαν τῶν καταχωρίσεων⁶⁷. ἐνῶ κατ' ἄλλην, ἥτις φαίνεται καὶ ὀρθοτέρα, διακρίνεται σαφῶς αὐτῆς, καίτοι ἐκ πρώτης ὄψεως δίδει τὴν ἐντύπωσιν ὅτι δὲν εἶναι παρὰ

64. Πρβλ. Ehrenberg, Handbuch § 51 II 1 ἐν τέλει σελ. 534, § 58 II 2-5 σελ. 618 ἐλ., ἐν μέρει δὲ καὶ Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. III n. 4 σελ. 65 καὶ 66 ἐπ.

65. Πρβλ. Κ. Π α μ π ο υ κ η ν, ἐνθ' ἀνωτ. τ. Α' § 8 II 2 Α, ἐν συνδυασμῷ πρὸς Β β β β σελ. 79 ἐπ. καὶ 85 ἐπ. Γενικῶς, βλ. Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. III n. 4 σελ. 65 ἐπ.

66. Πρβλ., ἀπὸ μιᾶς ἀπόψεως, καὶ Ehrenberg, ἐν Jherings Jahrbücher 47 275 ἐπ.

67. Οὕτω, φαίνεται, Würdinger, ἐν RGRKomm. z. HGB § 15 Anm. 26 ἐν συνδυασμῷ πρὸς 23 σελ. 206 καὶ 207.

μία περιορισμένης έκτασεως Θεραπευτική ενέργεια. Κατά την δευτέραν ταύτην ἔποιον, συγκεκριμένως, ἡ λειτουργία τῶν εἰρημένων βιβλίων ἐνεργεῖ ὑπὲρ μόνων τῶν καλῆ τῆ πίστει ἐμπιστευομένων τὸ περιεχόμενον τῶν βιβλίων τούτων (ἐμποδίζει δηλαδὴ τὴν ἔναντι αὐτῶν μόνων ἐπίκλησιν τῆς ἐλαττωματικῶς ἔναντι παντός, δηλαδὴ ἔτι καὶ τοῦ τελούντος ἐν γνώσει τοῦ παρ' αὐτῆς καλυπτομένου ἐλαττώματος⁶⁸). Ἡ διαφορὰ δὲ αὕτη ὀφείλεται εἰς τὴν διαφορετικὴν ἀποστολὴν τῶν δύο τούτων Θεσμῶν: εἰς τὸ γεγονός, δηλαδὴ, ὅτι τὰ μὲν βιβλία δημοσίας πίστεως ἀποβλέπουν εἰς κατοχύρωσιν τῆς ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν, ἡ δὲ Θεραπευτικὴ ἐνέργεια τῶν ἐν τῷ ἐμπορικῷ μητρώῳ καταχωρίσεων, ὡς ἄλλωστε καὶ ὁλόκληρος ὁ Θεσμὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου (ἀνωτέρω ὑπὸ II 1 καὶ 2 A), σκοπεῖ τὴν ἐπίτευξιν δικαυκῆς ἀσφαλείας⁶⁹.

* * *

IV. Ὡς ἤδη ἐλέχθη (ἀνωτέρω ὑπὸ I 3), διὰ νὰ ἐπιτευχθῇ ὁ διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιδιωκόμενος σκοπός, δὲν ἀρκεῖ μόνον νὰ καθορισθοῦν τὰ εἰς αὐτὸ καταχωριστέα γεγονότα καὶ αἱ νομικαὶ συνέπειαι τῆς καταχωρίσεως ἢ μὴ καταχωρίσεως αὐτῶν (ἀνωτέρω ὑπὸ III), ἀλλ' ἀπαιτεῖται προσέτι νὰ καθορισθῇ καὶ ὁ τρόπος τηρήσεως καὶ ἀξιοποιήσεως αὐτοῦ ὁ τρόπος, δηλαδὴ, κατὰ τὸν ὅποιον ἡ διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιτυγχανομένη δημοσιότης ἀφ' ἑνὸς μὲν θὰ εἶναι πλήρης καὶ ἀκριβής, ἀφ' ἑτέρου δὲ θὰ περιέρχεται εὐχερῶς εἰς γνώσιν τῶν ἐνδιαφερομένων. Καὶ εἰδικώτερον:

I. Τὸ ἐμπορικὸν μητρώον δύναται νὰ ἐπιτύχη τὴν ἀποστολὴν του, μόνον ἂν αἱ εἰς αὐτὸ περιεχόμεναι καταχωρίσεις ἔχουν τὰ ἐξῆς δύο προσόντα: πρῶτον μὲν τὸ προσόν τῆς πληρότητος, δεύτερον δὲ τὸ προσόν τῆς ἀκριβείας ἀπὸ τε νομικῆς καὶ ἀπὸ πραγματικῆς ἀπόψεως. Καὶ τὸ πρῶτον μὲν τῶν προσόντων τούτων, τὸ τῆς πληρότητος, ὑφίσταται ὅταν τὸ μητρώον περιλαμβάνῃ πάντα τὰ γεγονότα τὰ χρῆζοντα κατὰ νόμον καταχωρίσεως· τὸ δεύτερον δέ, τὸ τῆς ἀκριβείας, ὅταν ἐκάστη τῶν εἰς αὐτὸ περιλαμβανομένων καταχωρίσεων ἀνταπακρίνεται εἰς τὸν νόμον καὶ τὰ πράγματα, ἢτοι ἀντιστοιχεῖ εἰς ἕν νόμιμον (δηλαδὴ πληροῦν τὰς προϋποθέσεις τοῦ νόμου) καὶ ἀληθὲς γεγονός. Ἄλλ' ἐρωτᾶται: τίνι τρόπῳ καθίσταται δυνατόν, ὥστε αἱ εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον περιλαμβανόμεναι καταχωρίσεις νὰ ἔχουν τὰ δύο ταῦτα προσόντα;

68. Πρβλ., πλὴν τοῦ ἐν τῇ ἐπομένῃ σημειώσει παραπεμπομένου, καὶ P a n o v e I a R o s a, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. I n. 4 ἐν τέλει σελ. 15.

69. Βλ. E h r e n b e r g, ἐν J h e r i n g s J a h r b ü c h e r 47 276 ἐπ. καὶ H a n d b u c h § 58 II 2 σελ. 618.

Α. α) Τὸ προσὸν τῆς πληρότητος ἐπιτυγχάνεται, ὅταν: πρῶτον μὲν, ἐπιβάλλεται εἰς τὸν ἔμπορον ὑποχρέωσις, ὅπως δηλῶνῃ πρὸς τὴν πρὸς τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀρμοδίαν ἀρχὴν πάντα τὰ εἰς καταχώρισιν ὑποκείμενα γεγονότα· δεύτερον δέ, ἀναγνωρίζεται εἰς τὴν ἀρχὴν ταύτην δικαίωμα καὶ ὑποχρέωσις, ὅπως προβαίῃ καὶ αὐτεπαγγέλτως εἰς καταχώρισιν τῶν εἰς γνῶσιν αὐτῆς περιερχομένων τοιούτων γεγονότων. Ἡ αὐτεπάγγελτος δὲ διενέργεια τῆς καταχωρίσεως διευκολύνεται σημαντικῶς, ὅταν εἰς τὰς λοιπὰς δημοσίας ἀρχὰς ἐπιβάλλεται ὑποχρέωσις, ὅπως ἀναγγέλλουν εἰς ἐκείνην (τὴν τηροῦσαν τὸ μητρῶον ἀρχὴν) πάντα τὰ εἰς γνῶσιν αὐτῶν νομίμως περιερχόμενα ἐκ τῶν εἰρημένων γεγονότων ⁷⁰.

Ἄλλὰ δὲν πρέπει νὰ νομισθῇ, ὅτι, προκειμένου ὁ νομοθέτης νὰ ἐπιτύχῃ τὴν πληρότητα τῶν εἰς τὸ μητρώον περιεχομένων καταχωρίσεων, δύναται νὰ υἱοθετῇ ἀδιακρίτως καὶ ἀνεπιφυλάκτως, διὰ πάντα τὰ εἰς καταχώρισιν ὑποκείμενα γεγονότα, πάντα τὰ μέτρα ταῦτα καὶ ἰδίως τὰ δύο τελευταῖα ἐξ αὐτῶν. Διότι, πράγματι, ὅταν μία καταχώρις ἔχῃ τὰς σοβαρὰς συνεπειάς, περὶ τῶν ὁποίων ἐγένετο ἀνωτέρω (ὑπὸ III 2 B) λόγος, τότε δὲν εἶναι κατ' ἀρχὴν εὐλόγον νὰ ὑφίσταται ὁ ἔμπορος τὰς συνεπειὰς ταύτας παρὰ τὴν θέλησιν καὶ ἴσως ἐν ἀγνοίᾳ αὐτοῦ. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον, λοιπόν, μόνον εἰς ὄρισμένας δημοσίας ἀρχὰς, καὶ δὴ κυρίως τὰς δικαστικὰς καὶ τὰς πρὸς αὐτὰς συναφεῖς, δύναται ὁ νομοθέτης νὰ ἐπιβάλλῃ ὑποχρέωσιν ἀναγγελίας ⁷¹. Τὴν δὲ ὑποχρέωσιν ταύτην, καθὼς καὶ τὴν δυνατότητα αὐτεπαγγέλτου διενεργείας τῆς καταχωρίσεως δύναται νὰ καθιερώσῃ ἀδιστακτικῶς μόνον δι' ὄρισμένα γεγονότα· ἦτοι διὰ γεγονότα εἴτε ἰδιαιτέρως σπουδαῖα, ὡς εἶναι ἡ ἔναρξις καὶ παῦσις τῆς ἐμπορίας, εἴτε φύσεως τοιαύτης, ὥστε ἡ καταχώρισις τῶν οὐδεμίαν νὰ ἔχῃ νομικὴν ἐνέργειαν, δυναμένην νὰ ἀποτελέσῃ κίνητρον διὰ τὸν

70. Πρβλ. His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 932 Bem. 5 σελ. 81, Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 109 σελ. 103 ἐπ., ἐν μέρει δὲ καὶ Müller-Erzbach, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. 17 V 2 σελ. 68. Σημειωτέον, ὅτι εἰς τινὰς χώρας, ὡς ἐν Ἑλβετίᾳ καὶ Γαλλίᾳ, πρὸς ἐπίτευξιν τῆς πληρότητος τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, προβλέπεται καὶ ἡ δυνατότης διενεργείας καταχωρίσεων ἐτι καὶ κατόπιν αἰτήσεως παντὸς τρίτου ἔχοντος ἔνομον συμφέρον· βλ. His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 932 Bem. 5 καὶ 88-90 σελ. 81 καὶ 97 ἐπ., Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 110 σελ. 104. Οὐχ ἦττον, ὅμως, ἡ πρὸς τοῦτο παρέμβασις τῶν τρίτων, ἐνῶ συμβάλλει εἰς τὴν πληρότητα τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, παρίσταται κατὰ κανόνα ὡς προπετής ἀνάμειξις αὐτῶν εἰς τὴν σφαῖραν δράσεως τοῦ ἐμπόρου· ἰδίᾳ δὲ μάλιστα ὅταν, ὡς συμβαίνει συνήθως, ἡ ἐνέργεια τῆς καταχωρίσεως ἀναφέρεται μόνον εἰς τὰς μεταξὺ τοῦ ἐμπόρου καὶ τῶν τρίτων σχέσεις, οὐχὶ δὲ καὶ εἰς τὰς σχέσεις μεταξὺ τρίτων μόνον.

71. Βλ., διὰ τὰ ἐν Γαλλίᾳ, Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. nos 109 καὶ 111 σελ. 103 ἐπ. καὶ 104 ἐπ.

εις δὲ τὰ γεγονότα ἀφοροῦν ἔμπορον (ἀνωτέρω ὑπὸ III 2 B α καὶ ὀλίγον κατωτέρω ὑπὸ β b) 72. Ἐξ ἄλλου, ὅταν καθιερώνη τὴν δυνατότητα αὐτεπαγγέλτου διενεργείας τῆς καταχωρίσεως, ὀφείλει νὰ ἐξασφαλίσῃ κατὰ τὸ δυνατόν τὴν εἰς τοῦτο σύμπραξιν καὶ τοῦ ἐνδιαφερομένου· συγκεκριμένως δέ, ὀφείλει νὰ προβλέπη, ὅτι ἡ καταχώρισις, ἐφ' ὅσον δὲν στηρίζεται εἰς ἀναγγελίαν δημοσίας τινὸς ἀρχῆς, δὲν θὰ δύναται νὰ λάβῃ χώραν, εἰμὴ ἀποῦ προηγουμένως ὁ ἐνδιαφερόμενος κληθῇ εἰς μάτην νὰ δηλώσῃ ἐκουσίως τὸ καταχωριστέον γεγονός ἢ, τουλάχιστον, νὰ ἐκθέσῃ τοὺς λόγους τοὺς ἀποκλείοντας τὴν καταχώρισιν αὐτοῦ 73.

β) Ἄλλ' ἐν πάσῃ περιπτώσει, διὰ νὰ καταστοῦν ἀποτελεσματικαὶ πᾶσαι αἱ ἀνωτέρω ὑποχρεώσεις, ἰδίᾳ δὲ αἱ ἐπιβαλλόμεναι εἰς τὸν ἔμπορον καὶ τὰς λοιπὰς — πλὴν τῆς τηρούσης τὸ ἔμπορικὸν μητρώον — δημοσίας ἀρχάς, πρέπει νὰ συνοδεύονται ὑπὸ τῶν καταλλήλων κυρώσεων· αἱ ὅποια, προκειμένου μὲν περὶ τῆς βαρυνούσης τὸν ἔμπορον ὑποχρεώσεως εἶναι ποινικῆς καὶ ἀστικῆς φύσεως, προκειμένου δὲ περὶ τῶν λοιπῶν δὲν δύναται παρὰ νὰ εἶναι διοικητικῆς μόνον φύσεως 74. Ἐννοεῖται ὅμως, ὅτι, ἀπὸ ἐπιστημονικῆς καθαρῶς ἀπόψεως, σπουδαιότερα ἐκ τῶν κυρώσεων τούτων εἶναι αἱ ἀφορώσαι εἰς τὸν ἔμπορον, αἱ ὅποια καὶ πρέπει νὰ ἐξετασθοῦν ἐνταῦθα ἀναλυτικώτερον:

72. Εἰς μικροτέραν πῶς ἕκτασιν ἐπιτρέπεται ἐν Γερμανίᾳ καὶ ἰδίᾳ ἐν Γαλλίᾳ ἡ αὐτεπαγγέλτος διενέργεια καταχωρίσεως· πρβλ., ἀντιστοίχως, Würdinger, ἐν RGR Komm. z. HGB § 8 Anm. 5 σελ. 157, Julliot de la Morandière - Rodière - Houin, ἐνθ' ἀνωτ. nos 109, 110 καὶ 112 σελ. 103-105. Ἐν Ἑλβετίᾳ, τουναντίον, κατὰ τὴν διάταξιν τοῦ ἀρθροῦ 941 Κώδικος Ἐνοχῶν, ἡ αὐτεπαγγέλτος διενέργεια καταχωρίσεως ἐπιβάλλεται εἰς πᾶσαν περίπτωσιν, καθ' ἣν αὕτη εἶναι ἀναγκαία διὰ τὴν πληρότητα τοῦ ἔμπορικῶν μητρώον· ἐνῶ ἐν Ἰταλίᾳ, κατὰ τὴν διάταξιν τοῦ ἀρθροῦ 2190 A.K., ἡ αὐτεπαγγέλτος ἐνέργεια τῆς τηρούσης τὸ μητρώον ἀρχῆς ἐπιβάλλεται εἰς πᾶσαν περίπτωσιν ὑποχρεωτικῆς ἐγγραφῆς· βλ., ἀντιστοίχως, His, ἐνθ' ἀνωτ. ἀρθρον 932 Bem. 91-93 σελ. 98, Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. II n. 6 σελ. 33 ἐπ.

73. Οὕτως ἐν Ἰταλίᾳ, κατὰ τὴν διάταξιν τοῦ ἀρθροῦ 2190 A.K., καὶ ἐν Ἑλβετίᾳ, κατὰ τὰς διατάξεις τοῦ ἀρθροῦ 941 Κώδικος Ἐνοχῶν αἱ τῶν ἀρθρων 57 § 1, 58 καὶ 60-62 τοῦ οἰκείου ἐκτελεστικοῦ διατάγματος· βλ., ἀντιστοίχως, Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. II n. 6 σελ. 33 ἐπ., His, ἐνθ' ἀνωτ. ἀρθρον 932 Bem. 91-103 σελ. 98 ἐπ., ἐν συνδυασμῶ καὶ πρὸς Bem. 104 ἐπ. σελ. 100 ἐπ. Τσαυτὴ διαδικασία προβλέπεται καὶ ἐν Γαλλίᾳ, διὰ νὰ καταλήξῃ ὅμως οὐχὶ εἰς αὐτεπαγγέλτου διενέργειαν τῆς καταχωρίσεως, ἀλλ' εἰς ἐπιβολὴν ποινικῶν κυρώσεων, περὶ ὧν ὁ λόγος ἀμέσως κατωτέρω (ὑπὸ β)· πρβλ. Julliot de la Morandière - Rodière - Houin, ἐνθ' ἀνωτ. nos 111 καὶ 112 σελ. 104-105.

74. Πρβλ., ἐν μέρει, Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἀνωτ. § 14 Anm. 1 σελ. 249, Valeri, ἐνθ' ἀνωτ. no 36 σελ. 48, περαιτέρω δὲ καὶ κυρίως His, ἐνθ' ἀνωτ. ὑπὸ τὰ ἀρθρα 942 καὶ 943 σελ. 210 ἐπ. καὶ 214 ἐπ., Julliot de la Morandière - Rodière - Houin, ἐνθ' ἀνωτ. nos 116 ἐπ. σελ. 107 ἐπ.

α) Ἡ ἀπειλὴ ποινικῶν κυρώσεων κατὰ τοῦ ἐμπόρου, τοῦ ὑποχρέου εἰς ὑποβολὴν τῆς πρὸς καταχώρισιν γεγονότος τινὸς ἀναγκαιᾶς δηλώσεως, διακαίολογεῖται καὶ ἐνδείκνυται ὡς ἐκ τῆς φύσεως τῆς ὑποχρέωσεως ταύτης· καί, συγκεκριμένως, ὡς ἐκ τοῦ ὅτι αὕτη θεσπίζεται χάριν τοῦ κοινωνικοῦ συνόλου, τὸ ὅποσον ἐνδιαφέρεται ἐντόνως διὰ τὴν καλὴν ὀργάνωσιν καὶ λειτουργίαν τοῦ ἐμπορίου⁷⁵. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον, ἄλλωστε, ἡ ἐπιβολὴ τῆς κυρώσεως ταύτης κατὰ τοῦ παραβάτου ἐμπόρου πρέπει νὰ γίνεται αὐτεπαγγέλτως καὶ ἀνεξαρτήτως τοῦ ἂν ἐκ τῆς παραβάσεως του ἐπῆλθε ζημία τις εἰς τρίτους συναλλαγέντας μετ' αὐτοῦ⁷⁶.

β) Αἱ ἀστικάι κυρώσεις, ἐξ ἄλλου, δεόν νὰ παρίστανται εἴτε ὡς εὐθύνη τοῦ ὑποχρέου εἰς ἀποζημίωσιν παντὸς ἐκ τῆς παραλείψεως τῆς καταχωρίσεως ζημιωθέντος, εἴτε ὡς ἐπέλευσις εἰς βάρος τοῦ ὑποχρέου δυσμενῶν συνεπειῶν σχετικῶν πρὸς τὸ εἰς καταχώρισιν ὑποκείμενον γεγονός. Καὶ ὡς πρὸς τὴν πρώτην μὲν τῶν κυρώσεων τούτων ἀρκοῦν αἱ περὶ ἀδικοπραξίας κοινὰ διατάξεις⁷⁷, ὡς πρὸς τὰς λοιπὰς δὲ ἀπαιτεῖται βεβαίως εἰδικὴ πρόβλεψις ἐν τῇ περὶ ἐμπορικοῦ μητρώου καὶ τῶν συναφῶν θεσμῶν νομοθεσίᾳ. Ἄλλ' αἱ τελευταῖαι αὗται ἀστικάι κυρώσεις δὲν εἶναι ἄλλαι ἀπὸ τὰς ἀνωτέρω (ὑπὸ III 2 B) ἀναλυθείσας συνεπειᾶς τῶν καταχωρίσεων καὶ, ἀντιστοίχως, τῆς παραλείψεως αὐτῶν, ὡς π.χ. τὸ μὴ κατὰ τῶν καλῆς πίστεως τρίτων ἀντιτάξιμον τοῦ εἰς καταχώρισιν ὑποκειμένου καὶ μὴ καταχωρισθέντος γεγονότος, ἢ τὸ ἐναντι παντὸς ἀνίσχυρον αὐτοῦ⁷⁸. Διὸ καὶ αἱ συνέπειαι αὗται πρέπει νὰ διαμορφοῦνται μὲ γνώμονα οὐ μόνον τὴν ὑπὸ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιτελουμένην ἀποστολὴν (ἀνωτέρω ὑπὸ II 1 καὶ 2 A), ἀλλ' ἐν τινι μέτρῳ καὶ τὴν ὡς κυρώσεων ἔμμεσον λειτουργίαν αὐτῶν, τούτεστι τὴν ἐν εἴδει κινήτρων ἐπίδρασιν των ἐπὶ τοῦ ὑποχρέου ἐμπόρου. Διότι εἶναι ἀναμφισβήτητον, ὅτι εἰς ἐκπλήρωσιν τῶν ὑποχρεώσεών του προβαίνει τις, οὐχὶ τόσοσ ὅταν φοβῆται τὰς ἐνδεχομένας ποινικὰς κυρώσεις τῆς ἀθετήσεώς των, ὅσον ὅταν ἐξ αὐτῆς (τῆς ἐκπληρώσεως τῶν ὑποχρεώσεών του) ἀναμένῃ πρακτικὴν τινα, περιουσιακὴν ἢ ἄλλην, ὠφέλειαν.

B. Τὸ προσὸν τῆς ἀκριβείας τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων ἐπιτυγ-

75. Πρβλ. Valeri, ἐνθ' ἀνωτ. n. 36 σελ. 48, πρὸς δὲ καὶ Capelle, ἐνθ' ἀνωτ. § 3 IV 3 σελ. 21 ἐπ.

76. Πρβλ. His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 943 Bem. 5 καὶ 6 σελ. 216.

77. Ἐν Ἑλβετίᾳ, τὴν κύρωσιν ταύτην προβλέπει οὐχ ἤττον εἰδικῶς, χάριν ἐμφάσεως, ἡ διάταξις τοῦ ἄρθρου 942 Κώδικος Ἐνοχῶν· βλ. His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 942 Bem. 2 σελ. 210.

78. Πρβλ. Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἀνωτ. § 14 Amm. 1 σελ. 249, His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 942 Bem. 21 ἐπ. σελ. 714.

χάνεται, ως εικός, όταν αυτά γίνονται κατόπιν ελέγχου εκ μέρους τῆς τηρουσῆς τῶ μητρῶν ἀρχῆς. Τοιουτοτρόπως δέ, τίθενται ἀμέσως διὰ τὸ δίκαιον τοῦ ἐμπορικοῦ μητρῶου δύο σοβαρότατα προβλήματα, ἤτοι: πρῶτον μὲν τὸ πρόβλημα τῆς φύσεως καὶ τῆς ἐκτάσεως τοῦ ἐλέγχου τούτου, δεύτερον δὲ καὶ τὸ πρόβλημα τῆς ἐπιτηδεΐας πρὸς διεξαγωγὴν αὐτοῦ δημοσίας ἀρχῆς. Ἐννοεῖται, ὅτι τὰ προβλήματα ταῦτα δὲν τίθενται εἰς πάσας τὰς ἀνωτέρω (ὑπὸ Α) περιπτώσεις, ἀλλ' εἰς ἐκείνας μόνον, κατὰ τὰς ὁποίας ἡ καταχώρισις γίνεται εἴτε ἀντεπαγγέλτως εἴτε — πολλῶ μᾶλλον — κατόπιν δηλώσεως τοῦ ὑποχρέου· περιπτώσεις, ἄλλωστε, ἐξ ὧν ἡ τελευταία μόνον ἐμφανίζει θεωρητικὸν ἐνδιαφέρον, δικαιολογοῦν τὴν ἐν τῷ πλαισίῳ τῆς παρούσης μελέτης ἀντιμετώπισιν τῶν εἰρημένων προβλημάτων, ἥτις οὕτω θὰ χωρήσῃ μόνον ἐν ἀναφορᾷ πρὸς τὴν περίπτωσιν ταύτην.

α) Οὕτως, ὡς πρὸς τὸν ἔλεγχον τῆς δηλώσεως, τῆς γενομένης ἐπὶ τῷ τέλει καταχωρίσεως ὀρισμένου γεγονότος εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον, δύνανται νὰ λεχθοῦν τὰ κάτωθι :

α) Ὁ ἔλεγχος οὕτως δύνανται νὰ καλύπτῃ εἴτε τὴν νομιμότητα μόνον εἴτε καὶ τὴν ἀλήθειαν τῆς δηλώσεως· ὁ δὲ τὴν νομιμότητα καλύπτων ἔλεγχος, εἰδικώτερον, δύνανται νὰ ἀφορᾷ εἴτε εἰς τὴν τυπικὴν μόνον νομιμότητα εἴτε καὶ εἰς τὴν οὐσιαστικὴν τοιαύτην. Καὶ εἰδικώτερον: Ὁ ἔλεγχος τῆς τυπικῆς νομιμότητος, ἀφορῶν εἰς τὸ παραδεκτὸν τῆς δηλώσεως⁷⁹, ἀποβλέπει εἰς διαπίστωσιν τοῦ συμφώνου τῆς δηλώσεως πρὸς τὸ δίκαιον τὸ διέπον τὸ ἐμπορικὸν μητρῶον καθ' ἑαυτὸ· συγκεκριμένως δέ, εἰς διαπίστωσιν τῶν ἐξῆς προϋποθέσεων: ἂν τὸ δηλούμενον γεγονός ὑπόκειται εἰς καταχώρισιν, ἂν ἡ ἀρχὴ πρὸς ἣν ἡ δήλωσις εἶναι κατὰ τὸν ἀρμοδίαν, ἂν τὰ ὑποβληθέντα δικαιολογητικὰ εἶναι τὰ νόμιμα κατ' ἀριθμὸν καὶ εἶδος κ.ο.κ. Ἐξ ἄλλου, ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος ἀποβλέπει εἰς διαπίστωσιν τοῦ συμφώνου τῆς δηλώσεως πρὸς τὸ δίκαιον ὑπὸ τοῦ ὁποίου διέπεται τὸ εἰς ὃ αὕτη ἀφορᾷ γεγονός ἢ, μὲ ἄλλας λέξεις, εἰς διαπίστωσιν τῆς νομιμότητος τοῦ εἰς ὃ ἡ δήλωσις ἀφορᾷ γεγονότος· ἐπὶ παραδείγματι, προκειμένου περὶ ἐπωνυμίας, ἀποβλέπει εἰς διαπίστωσιν τοῦ ἂν αὕτη ἀνταποκρίνεται εἰς τὰς διεπούσας τὸν σχηματισμὸν αὐτῆς ἀρχὰς ἢ, προκειμένου περὶ ἰδρύσεως ἐταιρίας, ἂν τὸ καταστατικὸν αὐτῆς ἔχῃ τὸ ὑπὸ τοῦ νόμου προβλεπόμενον περιεχόμενον κ.λ.π. Τέλος, ὁ ἔλεγχος τῆς ἀληθείας σκοπεῖ νὰ ἐξακριβώσῃ τὴν ἀλήθειαν τοῦ περιεχομένου τῆς δηλώσεως, τοῦτέστι τὸ πραγματικὸν τοῦ πρὸς καταχώρισιν δηλουμένου γεγονότος· παραδείγματος χάριν, ἐπὶ δηλώσεως ἐνάρξεως ἢ παύ-

79. Πρβλ. Capelle, §90' ἀνωτ. § 3 IV 4 σελ. 22.

σεως ἐμπορίας, σκοπεῖ νὰ ἐξακριβώσῃ, ἂν πράγματι ὁ ὑποβαλὼν τὴν δῆλωσιν ἤρξισεν ἀσκῶν ἐμπορίαν ἢ ἀναλόγως, ἔπαυσεν ἀσκῶν αὐτὴν⁸⁰.

Ἄλλὰ τὸ ζήτημα, περὶ τοῦ ὁποίου πρόκειται ἐνταῦθα, εἶναι ἂν καὶ κατὰ πόσον τὸ δίκαιον, ἐν τῇ ἐπιδιώξει τῆς μεγίστης δυνατῆς ἀκριβείας τῶν ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσεων, δύναται καὶ πρέπει νὰ καθιερώσῃ καὶ τὰς τρεῖς ταύτας μορφὰς ἐλέγχου ἢ τινὰς μόνον ἐξ αὐτῶν. Τὸ ζήτημα δὲ τοῦτο εἶναι ἐν ἐκ τῶν πλέον βασικῶν καὶ, συγχρόνως, τὸ πλέον λεπτὸν ἐξ ὧσων ὁ νομοθέτης ἔχει νὰ ἀντιμετωπίσῃ κατὰ τὴν ρύθμισιν τοῦ θεσμοῦ τούτου. Ἐν πάσῃ ὅμως περιπτώσει, ἢ ἀντιμετώπισις τοῦ ζητήματος τούτου δὲν πρέπει νὰ γίνεται παρὰ μέ γνώμονα ἀφ' ἐνὸς μὲν τὰς στοιχειώδεις ἀνάγκας τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς νομικοῦ θεσμοῦ, καὶ τοὺς ποικίλους σκοποὺς τοὺς ὁποίους τοῦτο, κυρίως ἢ παρεπιπτόντως, καλεῖται νὰ ἐπιδιώξῃ⁸¹. ἀφ' ἑτέρου δὲ καὶ τὸ πρακτικῶς εὐχερὲς τοῦ ἐλέγχου καὶ τὸ ἀνεκτὸν αὐτοῦ ἐκ μέρους τῶν ἐνδιαφερομένων ἐμπόρων.

b) Κατὰ ταῦτα, ἡ ὑποβολὴ τῆς δηλώσεως εἰς ἔλεγχον τῆς τυπικῆς νομιμότητος—δηλαδὴ τοῦ παραδεκτοῦ αὐτῆς—ἀποτελεῖ ἀναγκαίαν προϋπόθεσιν διὰ τὴν στοιχειωδῶς εὐρυθμον λειτουργίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς νομικοῦ θεσμοῦ· προϋπόθεσιν, ἄνευ τῆς ὁποίας τὸ ἐμπορικὸν μητρώον θὰ ἐνεφανίζετο ὡς θεσμὸς οὐχὶ κυριαρχούμενος ὑπὸ τοῦ δικαίου, ἀλλ' ἀναρχούμενος. Ὁ ἔλεγχος τῆς τυπικῆς νομιμότητος, συνεπῶς, εἶναι ἀναποσπάστως συνυφασμένος μὲ τὴν νόμιμον τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου καὶ ἐν οὐδεμιᾷ περιπτώσει δύναται νὰ ἀγνοηθῇ ὑπὸ τοῦ δικαίου⁸². Ἄλλως ὅμως ἔχει τὸ πρᾶγμα προκειμένου περὶ τοῦ ἐλέγχου τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος, τοῦ ὁποίου τὰ ἀποτελέσματα ὑπερβαίνουν τὰς ἀνάγκας τῆς νομιμοῦ τηρήσεως τοῦ ἐμπο-

80. Περὶ τῶν τριῶν τούτων μορφῶν ἐλέγχου, πρβλ. κυρίως μὲν His, ἄρθρον 940 Bem. 21-48 σελ. 19 ἐπ., Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἄνωτ. § 14 Ann. 10-13 σελ. 254 ἐπ., πρὸς δὲ καὶ Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. II n. 5 σελ. 25 ἐπ., ὅστις ὅμως, ἀντὶ περὶ ἐλέγχου τῆς τυπικῆς ἀφ' ἐνὸς καὶ τῆς οὐσιαστικῆς ἀφ' ἑτέρου νομιμότητος, ὀμιλεῖ περὶ ἐλέγχου γενικῶν ἀφ' ἐνὸς καὶ ειδικῶν ἀφ' ἑτέρου προϋποθέσεων τῆς δηλώσεως.

81. Περὶ τῆς ἐν προκειμένῳ σημασίας τοῦ σκοποῦ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, βλ. Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἄνωτ. § 8 Ann. 21 σελ. 83.

82. Τὸ ἐπιβεβλημένον τοῦ ἐλέγχου τῆς τυπικῆς νομιμότητος καθιεροῦται ρητῶς ἐν Ἑλβετίᾳ ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 940 § 1 Κώδικος Ἐνοχῶν, θεωρεῖται δὲ ὡς αὐτάνθητον ἐν Γερμανίᾳ καὶ Γαλλίᾳ· βλ., π.χ., Capelle, ἐνθ' ἄνωτ. § 3 IV 4 σελ. 22, Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 108 σελ. 102. Τὸ αὐτό, ἐξ ἄλλου, ἀλλ' ἄνευ αἰτιολογίας καὶ εἰς εὐρύτεραν τῆς ἐν τῷ κειμένῳ ἔκτασιν, δέχεται καὶ διὰ τὰ ἐν Ἑλλάδι ὁ Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. II n. 5 σελ. 28 ἐπ.

ρικού μητρώου καθ' ἐαυτήν⁸³. Καί πράγματι, κατ' ἀρχήν μὲν ὁ ἔλεγχος οὗτος συνδέεται πρὸς τὴν ἄσκησιν ποιᾶς τινος ἐποπτείας ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου (ἀνωτέρω ὑπὸ II 2 B) καί, ὡς ἐκ τούτου, δὲν δύναται νὰ ἐπιβάλλεται εἰμὴ ἐφ' ὅσον καὶ εἰς τὴν ἔκτασιν κρίνεται σκόπιμος ἡ ὑπαγωγὴ τοῦ ἐμπορίου εἰς ἐποπτείαν. Περαιτέρω ὅμως καὶ ἀνεξαρτήτως τούτου, ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος παρίσταται ὡς ἀναγκαῖος, ὅταν καὶ καθ' ὃ μέτρον ἢ ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρίσιν ἔχη θεραπευτικὴν ἐνέργειαν (ἀνωτέρω ὑπὸ III 2 B δ): ὁπότε, πράγματι, ὁ τοιοῦτος ἔλεγχος περιορίζει εἰς τὸ δυνατόν ἐλάχιστον τὰ ὑπὸ τῆς ἐνεργείας ταύτης καλυπτόμενα ἐλαττώματα τοῦ καταχωρισθέντος γεγονότος⁸⁴. Ὁ ἔλεγχος τῆς ἀληθείας, τέλος — ἐπὶ δηλώσεων βεβαίως αἱ ὁποῖαι δὲν παρίστανται ἀφ' ἐαυτῶν ὡς ἀληθεῖς — εἶναι χρησιμώτατος μὲν διὰ τὴν εὐρυθμον τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἰδίᾳ μάλιστα ἐφ' ὅσον κρίνεται χρήσιμος ἢ ἐν τῷ δικαίῳ τῆς ἀποδείξεως ἀξιοποίησις τῶν ἐν αὐτῷ καταχωρίσεων (ἀνωτέρω ὑπὸ III 2 B α): ἀναγκαῖος δὲ ὅπωςδὴποτε προκειμένου περὶ καταχωρίσεων ἐξωπλισμένων μὲν θεραπευτικὴ ἐνέργειαν διὰ τὸν πρὸ μικροῦ ἐκτεθέντα λόγον⁸⁵.

Ἄλλ' ὡς ἤδη ἐλέχθη, τὸ πρόβλημα τῆς παραδοχῆς ἢ μὴ ἐκάστης τῶν τριῶν τούτων μορφῶν ἐλέγχου — καὶ ἰδίως τῶν δύο τελευταίων, αἵτινες δὲν εἶναι ἀνασπασάτως συνυφασμένοι μὲ τὴν εὐρυθμον λειτουργίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου — ἤρτηται ἐν τέλει καὶ ἐκ τοῦ πρακτικῶς εὐχεροῦς καὶ τοῦ εὐκόλως

83. Πρβλ., ἀλλ' ἄνευ αἰτιολογίας, Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. II n. 5 σελ. 28. Ἄντιθέτως, Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 8 Anm. 24, ἐν συνδυασμῷ πρὸς 25 σελ. 83 ἐπ.

84. Ὡς ἀναγκαῖον, ἔνεκα τῆς σοβαρότητος τῶν ἀποτελεσμάτων τῆς ἐγγραφῆς, θεωροῦν τὸν περὶ οὗ πρόκειται ἔλεγχον ἐπὶ τῶν ἔχουσῶν θεραπευτικὴν ἐνέργειαν καταχωρίσεων οἱ Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἀνωτ. § 14 Anm. 13 ὑπὸ 5 α σελ. 256. Κατὰ τοὺς συγγραφεῖς τούτους καὶ τὸν Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. III n. 1 ἐν —τέλει σελ. 56, ὁ ἔλεγχος οὗτος εἶναι ἀναγκαῖος καὶ ἐπὶ καταχωρίσεων μὲ συστατικὴν μόνον ἐνέργειαν — εἴτε ἔναντι παντός εἴτε μόνον ἔναντι τῶν τρίτων — τοῦτο ὅμως δὲν δύναται νὰ γίνῃ δεκτὸν, ἐν ὄψει τοῦ χαρακτῆρος τῶν καταχωρίσεων τούτων, ὡς ἀποτελοῦσῶν μίαν ἐκ τῶν πολλῶν προϋποθέσεων τοῦ κύρους τῶν εἰς ἂ ἀφοροῦν νομικῶν γεγονότων (ἀνωτέρω ὑπὸ IV 2 B β, γ καὶ δ).

85. Ὁδῶν, φαίνεται, διὰ τὴν δευτέραν περίπτωσιν, καὶ Düringer-Hachenburg-Hoeniger, ἐνθ' ἀνωτ. § 14 Anm. 12, ἐν συναδασμῷ πρὸς 13 σελ. 256 ἐπ. Ἄναγκαῖον εἰς πᾶσαν περίπτωσιν θεωροῦν τὸν ἔλεγχον τοῦτον οἱ Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 8 Anm. 23 καὶ 24 σελ. 84 ἐπ. Σημειωτέον, ὅτι ἐν Γερμανίᾳ ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος καὶ τῆς ἀληθείας περιορίζετο παλαιότερον ὑπὸ τῆς νομολογίας εἰς ἐκείνας μόνον τὰς καταχωρίσεις, αἱ ὁποῖαι ἔχουν (πλήρη) συστατικὴν καὶ θεραπευτικὴν ἐνέργειαν, ἐνῶ σήμερον ἐκτείνεται ἐπὶ πάσης καταχωρίσεως βλ. Würdinger, ἐν RGRKomm. z. HGB § 8 Anm. 9 σελ. 159 ἐπ., ἐπιδοκιμάζοντα τὴν ἐξέλιξιν ταύτην.

ἀνεκτοῦ αὐτῶν ἐκ μέρους τῶν ἐνδιαφερομένων ἐμπόρων. Διότι, πράγματι, ὁ ἔλεγχος εἶναι πάντοτε ὀχληρὸς διὰ τοὺς ὑφισταμένους αὐτὸν καὶ πολλὰκις ἐνεργεῖ ἐπ' αὐτῶν ἀπωθητικῶς· ἐνῶ, ἐξ ἄλλου, ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος, εἰδικώτερον, εἶναι καὶ ἐπισηφαλὴς καὶ ἐπικίνδυνος, ὅταν πρόκειται περὶ ἀμφισβητουμένων νομικῶν ζητημάτων. Οὕτως, ἐνῶ ὁ ἔλεγχος τῆς τυπικῆς νομιμότητος ἀναγνωρίζεται ἐν ὅλῃ του τῆ ἐκτάσει, ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος καὶ ὁ ἔλεγχος τῆς ἀληθείας καθιεροῦνται πολλὰκις εἴτε μερικῶς μόνον εἴτε καὶ ὑπὸ περιορισμούς⁸⁶. Μάλιστα δὲ ἡ καθιέρωσις αὐτῶν ἐνδείκνυται νὰ γίνεται ἐμμέσως, ἥτοι διὰ τῆς καταλλήλου διαρροθμίσσεως τοῦ ἐλέγχου τῆς τυπικῆς νομιμότητος· πρᾶγμα τὸ ὁποῖον ἐπιτυγχάνεται, ὅταν προβλέπεται ὅτι ἡ δῆλωσις θὰ συνοδεύεται καὶ ὑπὸ ἐγγράφων, τὰ ὁποῖα εἰς οὐδὲν ἄλλο χρησιμεύουν, εἰμὴ εἰς ἐπιβεβαίωσιν τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος καὶ τῆς ἀληθείας τῆς δηλώσεως (ἀνωτέρω ὑπὸ Π 2 Β α)⁸⁷.

β) Ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν δημοσίαν ἀρχήν, ἡ ὁποία εἶναι ἐπιτηδεῖα πρὸς διεξαγωγὴν τοῦ ἀμέσως ἀνωτέρω ἀναλυθέντος ἐλέγχου καὶ, συνεπῶς, ἰκανὴ νὰ καταστῇ ἀρμοδία πρὸς τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, δύνανται νὰ λεχθοῦν τὰ κάτωθι :

α) Τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἀποτελεῖ θεσμὸν τοῦ διοικητικοῦ δικαίου, τεταγμένον εἰς ἐξυπηρέτησιν ἰδιωτικῶν κατὰ πρῶτον λόγον συμφερόντων καὶ, εἰδικώτερον, συμφερόντων τοῦ ἐμπορίου. Κατὰ συνέπειαν, καὶ ἡ τήρησις αὐτοῦ γενικῶς καὶ ἡ διενέργεια τῶν ἐν αὐτῷ καταχωρίσεων εἰδικώτερον εἶναι καθαρῶς ἔργον τῆς δημοσίας διοικήσεως, ἔργον δηλαδὴ ξένον πρὸς τὴν ἀπονομὴν τῆς δικαιοσύνης⁸⁸.

Κατόπιν τούτου, λοιπόν, θὰ ἡδύνατό τις νὰ ὑποθέσῃ, ὅτι, ὅπου ὑφίσταται ὁ θεσμὸς τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἡ τήρησις αὐτοῦ εἶναι ἀνατεθειμένη εἰς διοικητικὴν τινὰ ἀρχήν ἢ εἰς ὄργανισμὸν ἐπιφορτισμένον μὲ ἔργα δημοσίας

86. Οὕτως, ἐν Ἑλβετία ὁ ἔλεγχος τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος καθιεροῦται περιορισμένως ἐν ἄρθρῳ 940 § 2 Κώδικος Ἑνοχῶν βλ. His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 940 Bem. 26-43 σελ. 192 ἐπ. Ἐνῶ, ἐξ ἄλλου, τόσον ἐν Ἑλβετία ὅσον καὶ ἐν Γερμανίᾳ ὁ ἔλεγχος τῆς ἀληθείας ἐπιτρέπεται μόνον ὅταν ἡ τηροῦσα τὸ μητρώον ἀρχὴ ἔχη λόγους νὰ ἀμφιβάλλῃ περὶ τῆς ἀληθείας τῆς δηλώσεως βλ., π.χ., His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 940 Bem. 44-48 σελ. 196 ἐπ., J. v. Gierke, ἐνθ' ἀνωτ. § 12 Π 5 σελ. 60.

87. Πρβλ., ὡς πρὸς μὲν τὸν ἔλεγχον τῆς ἀληθείας, J. v. Gierke, ἐνθ' ἀνωτ. § 12 Π 5 σελ. 60, ὡς πρὸς δὲ τὸν ἔλεγχον τόσον τῆς ἀληθείας ὅσον καὶ τῆς οὐσιαστικῆς νομιμότητος, Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. Π n. 5 σελ. 28 ἐπ. Τὸ σύστημα τοῦτο, τῆς ἐμμέσου διεξαγωγῆς τοῦ ἐλέγχου, ἀκολουθεῖται εὐρύτατα ἐν Γαλλίᾳ· πρβλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἀνωτ. no 108 σελ. 101 ἐπ.

88. Βλ. His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 40 σελ. 31, Ghidini, ἐνθ' ἀνωτ. Κεφ. Π n. 7 σελ. 37.

διοικήσεως· και, περαιτέρω, ότι προς ἄρσιν τῶν τυχόν μεταξύ τῆς ἀρχῆς ταύτης καὶ τῶν ἐνδιαφερομένων ἐμπόρων ἀναφουομένων ἀμφισβητήσεων, ἀρμόδια εἶναι τὰ κοινὰ ἢ, τουλάχιστον, εἰδικὰ διοικητικὰ δικαστήρια. Πλὴν ὅμως, τοῦτο δὲν συμβαίνει πάντοτε ἢ δὲν συμβαίνει ἐν ὅλῃ του τῆ ἐκτάσει· καὶ τοῦτο, διὰ λόγους καθαρᾶς σκοπιμότητος (περὶ τῶν ὁποίων ὁ λόγος ἀμέσως κατωτέρω ὑπὸ b), ἐπηρεαζομένους μάλιστα καὶ ἐκ τῶν ἰδιαιτέρων συνθηκῶν, ἰδίᾳ δὲ τῶν ἱστορικῶν τοιούτων, ὑφ' ἃς ἐκάστη χώρα τελεῖ.

b) Καὶ πράγματι, ὡς ἤδη ἐλέγθη ἀμέσως ἀνωτέρω (ὑπὸ a), αἱ ἐν τῷ μητρώῳ καταχωρήσεις γίνονται κατόπιν ἐλέγχου τῶν σχετικῶν δηλώσεων, καὶ μάλιστα ἐλέγχου ἀφορῶντος οὐ μόνον εἰς τὸ παραδεκτὸν αὐτῶν (τυπικὴν νομιμότητα), ἀλλὰ καὶ εἰς τὴν (οὐσιαστικὴν) νομιμότητα καὶ τὴν ἀλήθειαν αὐτῶν τούτων τῶν εἰς τὰς δηλώσεις ἀναφερομένων γεγονότων. Καὶ ἐνῶ ὁ ἔλεγχος τοῦ παραδεκτοῦ τῶν δηλώσεων γίνεται ἐπὶ τῆ βάσει τοῦ διέποντος τὴν τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου δικαίου, ὄντος δημοσίου δικαίου, ὁ ἔλεγχος τῆς νομιμότητος καὶ τῆς ἀληθείας τῶν εἰς τὰς δηλώσεις ἀναφερομένων γεγονότων γίνεται ἐνθεν μὲν ἐπὶ τῆ βάσει τοῦ διέποντος τὰ γεγονότα ταῦτα δικαίου, ὄντος κατὰ κανόνα ἰδιωτικοῦ δικαίου, ἐνθεν δὲ ὑπὸ τὸ πνεῦμα τὸ διέπον τὴν ἀπὸ πραγματικῆς ἀπόψεως διάγνωσιν τῶν ἰδιωτικῶν διαφορῶν. Ὡς δὲ εἶναι γνωστὸν, ἀρχαὶ ἐξοικειωμένοι μὲ τὴν ἐρμηνεῖαν καὶ ἐφαρμογὴν τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου καὶ μὲ τὴν διάγνωσιν ἰδιωτικῶν διαφορῶν, εἶναι περισσότερο αἱ δικαστικαὶ καὶ δὴ τῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης, παρὰ αἱ διοικητικαί. Ἐξ ἄλλου, μεταξύ τῆς τηρούσης τὸ μητρώον ἀρχῆς καὶ τῶν ἐκάστοτε ἐνδιαφερομένων ἰδιωτῶν ἀναφύονται πολλακίς διαφοραί, ὀφειλόμεναι εἰς διάστασιν ἀπόψεων τόσον ὡς πρὸς τὴν ἐρμηνεῖαν καὶ ἐφαρμογὴν τοῦ εἰρημένου δικαίου, ὅσον καὶ ὡς πρὸς τὴν ἐκτίμησιν τῶν πραγματικῶν περιστατικῶν. Ἡ ἐπίλυσις δὲ τῶν διαφορῶν τούτων δὲν δύναται παρὰ νὰ εἶναι ἔργον τῶν δικαστικῶν ἀρχῶν καὶ μάλιστα ἐκείνων, αἱ ὁποῖαι εἶναι ἐπιφορτισμένοι μὲ τὴν ἀπονομὴν τῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης.

Διὸ καὶ εἰς ἄλλας μὲν ἐκ τῶν γνωριζουσῶν τὸν προκείμενον θεσμόν χωρῶν ἢ τήρησις τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου εἶναι ἀνατεθειμένη εἰς τι τῶν κατωτέρων πολιτικῶν δικαστηρίων, κατὰ τῶν σχετικῶν πράξεων τοῦ ὁποίου ἐπιτρέπεται προσφυγὴ ἐνώπιον τῶν ἀνωτέρων αὐτοῦ δικαστηρίων⁸⁹· εἰς ἄλλας δὲ εἶναι ἀνατεθειμένη εἰς διοικητικὴν τινα ἀρχὴν ἐποπτευομένην ὑπὸ τινος τῶν κατωτέρων δικαστηρίων, τὸ ὁποῖον καὶ ἐπιλύει τὰς μεταξύ τῆς ἀρχῆς αὐτῆς καὶ

89. Οὕτως ἐν Γερμανίᾳ· βλ. Capelle, ἐνθ' ἀνωτ. § 3 IV ἐν ἀρχῇ καὶ ὑπὸ 5 σελ. 21 καὶ 23.

τῶν ἰδιωτῶν ἀναφουομένης διαφορᾶς⁹⁰. Χαρακτηριστικὸν δὲ εἶναι τὸ παράδειγμα τῆς Ἑλβετίας, εἰς τὴν ὁποίαν δι' ἄλλα μὲν καντόνια ἰσχύει ἐν τῶν προηγουμένων δύο συστημάτων, δι' ἄλλα δὲ τρίτον τι σύστημα, κατὰ τὸ ὁποῖον τόσον ἢ τήρησις ὅσον καὶ ἢ ἐποπτεία τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἀνήκουν εἰς διοικητικὰς ἀρχὰς⁹¹.

2. Ἡ κατὰ τὰ ἀνωτέρω (ὑπὸ 1) ἐπιτυγχανομένη, κατὰ τὸ ἀνθρωπίνως δυνατὸν πλήρης καὶ ἀκριβῆς δημοσιότης, διὰ τὴν ἐπιτελέσῃ τὸν προορισμὸν αὐτῆς, πρέπει νὰ εἶναι εὐχερῶς προσιτὴ τόσον εἰς τὸν εἰς αὐτὴν ὑποκειμένον ἔμπορον, ὅσον καὶ εἰς τοὺς πρὸς οὓς ἀπευθύνεται τρίτους, τοὺς μετὰ τοῦ ἔμπορου συναλλασσομένους. Διὰ τὴν καταστῆ δὲ τοῦτο δυνατὸν, ἐπιβάλλεται νὰ ληφθοῦν ὀρισμένα πρακτικῆς φύσεως μέτρα, περὶ τῶν ὁποίων, ἐν πάσῃ δυνατῇ συντομίᾳ, δύνανται νὰ λεχθοῦν τὰ κάτωθι:

Α. Τὰ μέτρα ταῦτα, ἐν πρώτοις, ἀφοροῦν εἰς τὴν βασικὴν ἐν ἐκάστη χωρᾷ διάρθρωσιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ὡς θεσμοῦ εἴτε περιορισμένης τοπικῆς ἀρμοδιότητος εἴτε ἐθνικῆς τοιαύτης:

α) Διὰ τὴν εἶναι τὸ ἐμπορικὸν μητρώον εὐχερέστερον προσιτὸν τόσον εἰς τοὺς εἰς ἐγγραφὴν ὑποκειμένους ἔμπόρους, ὅσον καὶ εἰς τοὺς μετ' αὐτῶν συναλλασσομένους τρίτους, ὁργανοῦται συνήθως ἐπὶ περιορισμένης κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον τοπικῆς βάσεως⁹². Τοιοῦτοτρόπως δέ, εἰς ἐκάστην χώραν ὑφίστανται πλείονα ἐμπορικὰ μητρώα, κατανεμόμενα εἰς διαφόρους περιφερείας αὐτῆς, αἵτινες καθορίζονται ἐπὶ τῇ βάσει ποικίλων ἐκάστοτε κριτηρίων, ἐξαρτωμένων πάντως κατὰ τὸ πλεῖστον καὶ ἐκ τοῦ εἴδους τῆς μετὰ τὴν τήρησιν αὐτῶν ἐπιφορτισμένης ἀρχῆς⁹³.

β) Ἡ τοιαύτη ὁμως ὁργάνωσις τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐμφανίζει ἐν

90. Οὕτως ἐν Γαλλίᾳ καὶ Ἰταλίᾳ, ἐνθα τὸ ἐμπορικὸν μητρώον τηρεῖται παρὰ τοῦ γραμματεῶς τοῦ δικαστηρίου ὑπὸ τὴν ἐποπτείαν τοῦ προέδρου αὐτοῦ ἢ ἐνὸς δικαστοῦ· βλ., ἀντιστοίχως, Julliot de la Morandière - Rodière - Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 102 σελ. 96 ἐπ., Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. II n. 2 καὶ 10 σελ. 20 ἐπ. καὶ 46 ἐπ.

91. Βλ. τὸν ὑπὸ τοῦ His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 39 σελ. 28 ἐπ. παρατιθέμενον πίνακα.

92. Πρβλ. His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 19 σελ. 23 ἐπ.

93. Οὕτως ἐν Γερμανίᾳ, Γαλλίᾳ καὶ Ἰταλίᾳ, δι' ἕκαστον (σχεδὸν) τῶν μετὰ τὸ ἔργον τοῦτο ἐπιφορτισμένων δικαστηρίων ὑφίσταται ἴδιον ἐμπορικὸν μητρώον· βλ., ἀντιστοίχως, Schlegelberger - Hildebrandt, ἐνθ' ἄνωτ. § 8 Anm. 1 σελ. 75 ἐπ., Julliot de la Morandière - Rodière - Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 102 σελ. 96 ἐπ., Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. II n. 2 σελ. 20 ἐπ. Ἰδιᾶζον καθεστῶς ἰσχύει ἐν Ἑλβετίᾳ, ἐνθα, κατ' ἄρθρον 927 §§ 1 καὶ 2 Κώδικος Ἑνοχῶν, ἕκαστον καντόνιον ὑποχρεοῦται νὰ ἔχῃ ἐν τουλάχιστον ἐμπορικὸν μητρώον· βλ. His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 927 Bem. 17 σελ. 23 ἐπ.

σφραγισμένων μειονέκτημα εις βάρος τῶν τρίτων, τῶν μετὰ τοῦ ἐμπόρου συναλλαγασσομένων τὸ μειονέκτημα, δηλαδή, ὅτι οὗτοι, προκειμένου νὰ πληροφορηθοῦν τὴν ὑπαρξίν ἐμπόρου τινὸς καὶ τῶν εἰς αὐτὸν ἀφορούντων νομικῶν γεγονότων, ἐνδέχεται νὰ ἀναζητήσουν αὐτὸν εἰς πάντα τὰ ὑφιστάμενα (τοπικὰ) μητρώα. Πρὸς ἄρσιν λοιπὸν τοῦ μειονεκτήματος τούτου, προβλέπεται εἰς τινὰς χώρας ἢ ὑπαρξίς καὶ ἐνὸς κεντρικοῦ (ἢ ἐθνικοῦ) μητρώου, συγκεντροῦντος καὶ καταγράφοντος, ὑπὸ συνοπτικὴν βεβαίως μορφήν, πάσας τὰς εἰς τὰ τοπικὰ μητρώα ἐνεργουμένας καταχωρίσεις⁹⁴.

Ὡς εἶναι δὲ προφανές, ἐν περιπτώσει ὑπάρξεως οὐ μόνον τοπικῶν ἀλλὰ καὶ κεντρικοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, τὸν πυρῆνα τοῦ προκειμένου θεσμοῦ ἢ, με ἄλλας λέξεις, τὸ κυρίως ἐμπορικὸν μητρώον ἀποτελοῦν τὰ τοπικὰ τοιαῦτα⁹⁵ καὶ οὐχὶ τὸ κεντρικόν, τὸ ὅποῖον δὲν δύναται παρὰ νὰ διαδραματίζη βοηθητικὸν μόνον καὶ δὴ πληροφορικὸν καθαρῶς ρόλον. Διὸ καὶ ὅσα ἐξετέθησαν μέχρι τοῦδε περὶ τῆς λειτουργίας τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἀφοροῦν εἰς τὰ τοπικὰ ταῦτα μητρώα.

Β. Περαιτέρω, τὰ εἰρημένα πρακτικὰ μέτρα ἀφοροῦν ἀφ' ἐνὸς μὲν εἰς τὴν μορφήν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἀφ' ἑτέρου δὲ εἰς τὴν δυνατότητα ἀξιοποιήσεως αὐτοῦ ἐκ μέρους τῶν ἐνδιαφερομένων τρίτων:

α) Τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ἀπαρτίζεται ἀφ' ἐνὸς μὲν ἐκ βιβλίων, εἰς τὰ ὁποῖα καταγράφεται πᾶν ὅ,τι ἐννοιολογικῶς ἀνήκει εἰς τὴν τήρησιν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἀφ' ἑτέρου δὲ ἐκ φακέλων, ἐνθα φυλάσσονται πάντα τὰ ἐγγραφα, τὰ ἀπευθυνόμενα πρὸς τὴν τηροῦσαν τὸ μητρώον ἀρχὴν καὶ ἀφορῶντα εἰς τὰς ἐν αὐτῷ καταχωρίσεις. Τὰ εἰρημένα βιβλία, εἰδικώτερον, εἶναι συνήθως τρία καὶ δὴ: τὸ βιβλίον ἐκθέσεων (ἢ πρωτόκολλον ἢ ἡμερολόγιον), ἐνθα καταγράφονται αἱ ὑποβαλλόμεναι δηλώσεις· τὸ κυρίως μητρώον, ἐνθα γίνονται αἱ τὴν ἐμπορικὴν δημοσιότητα συνιστῶσαι καταχωρίσεις· καί, τέλος, τὸ βιβλίον εὑρετήριον τῶν ἐν τῷ κυρίως μητρώῳ καταχωρίσεων. Σημειωτέον δέ, ὅτι τὸ πρῶτον τῶν βιβλίων τούτων τηρεῖται κατὰ χρονολογικὴν τάξιν, ἐνῶ τὸ δευτέρον κατὰ μερίδας, ἤτοι διὰ τῆς εἰς ἕκαστον ἐγγραφόμενον ἔμπορον ἢ εἰς ἑκάστην ἐπιχείρησιν ἢ ὑποκατάστημα αὐτοῦ (ἀνωτέρω ὑπὸ III 1 Α β) ἀφιερώσεως αὐτοτελοῦς χώρου, περιλαμβάνοντος πάσας τὰς σχετικὰς καταχωρίσεις. Ἀνάλογον δὲ πρὸς τὸ σύστημα τήρησεως τοῦ δευτέρου

94. Οὕτως ἐν Γαλλίᾳ· βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 103 σελ. 97. Οὕτως ἐπίσης ἐν Ἑλβετίᾳ, ἀλλὰ μόνον διὰ τὰ νομικὰ πρόσωπα καὶ πρὸς ἐξυπηρέτησιν διαφορητικοῦ πως σκοποῦ· βλ. His, ἐνθ' ἄνωτ. ἀρθρον 929 Bem. 28 καὶ 29 σελ. 55 ἐπ.

95. Βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 102 ἐν ἀρχῇ σελ. 96.

τούτου βιβλίου εἶναι καὶ τὸ σύστημα τηρήσεως τόσον τοῦ βιβλίου εὐρετηρίου, ὅσον καὶ τῶν εἰρημμένων φακέλων⁹⁶.

β) Ὡς μέσα δημοσιότητος, πάντα τὰ βιβλία ταῦτα, ἐνδεχομένως δὲ καὶ οἱ σχετικοὶ φακέλλοι, εἶναι δημόσια. Τοιοῦτοτρόπως δέ, πᾶς τρίτος, ἔτι καὶ χωρὶς νὰ ἐπικαλῆται καὶ ἀποδεικνύῃ ἔνομον συμφέρον, δύναται ἀφ' ἑνὸς μὲν νὰ λαμβάνῃ γινῶσιν τῶν εἰς τὰ βιβλία περιεχομένων καταχωρίσεων καὶ τῶν εἰς τοὺς φακέλλους φυλασσομένων ἐγγράφων, ἀφ' ἑτέρου δὲ νὰ ζητῇ ἐπίσημα ἀντίγραφα αὐτῶν, καθὼς καὶ πιστοποιητικὰ περὶ διενεργείας ἢ μὴ καταχωρίσεώς τινος εἰς τὸ ἐμπορικὸν μητρώον⁹⁷.

Μάλιστα δέ, πρὸς εὐχερῆ ἐκ μέρους τῶν τρίτων ἀνεύρεσιν τῶν ἐνδιαφερουσῶν αὐτοὺς καταχωρίσεων, δύναται νὰ ἐπιβάλλεται εἰς τοὺς ἐμπόρους — καὶ ἐνίοτε ὄντως ἐπιβάλλεται — ὑποχρέωσις ὅπως εἰς πάντα τὰ ἐγγράφα αὐτῶν, τὰ φέροντα τὴν ἐπωνυμίαν των, σημειώνουν καὶ τὸν ἀριθμὸν ὑπὸ τὸν ὁποῖον εἶναι ἐγγεγραμμένοι εἰς τὸ μητρώον καὶ τὴν ἔδραν τῆς ἀρχῆς ἢ ὁποῖα τηρεῖ τὸ εἰς ὃ εἶναι ἐγγεγραμμένοι μητρώον⁹⁸.

Γ. Τέλος, ἐπειδὴ ἡ διὰ τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ἐπιτυγχανομένη δημοδιότης περιέρχεται εἰς γινῶσιν μόνον ἐκείνων, οἱ ὁποῖοι ἐπιζητοῦν αὐτὴν — οἱ ὁποῖοι, δηλαδή, ἐπισκέπτονται συστηματικῶς τὰ γραφεῖα τῆς ἀρμοδίας ἀρχῆς καὶ ἀναδιφοῦν τὰ παρ' αὐτῆς τηρούμενα βιβλία καὶ φακέλλους — λαμβάνεται συνήθως μέριμνα, ὥστε αὕτη (ἡ δημοσιότης) νὰ πέμπεται, οὕτως εἰπεῖν, πρὸς πάντας τοὺς ἐνδιαφερομένους. Συγκεκριμένως, προβλέπεται ἡ δι' ἐπισήμου ἐντύπου (δελτίου) δημοσίευσίς πασῶν τῶν ἐν τῷ μητρώῳ γινομένων καταχωρίσεων εἰς τρόπον ὥστε, ὅστις προμηθεύεται τακτικῶς τὸ ἐντυπον τοῦτο, νὰ τηρῆται ἐνήμερος ὁλοκλήρου τῆς κινήσεως τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου καί, ἂν θέλῃ, νὰ καταρτίξῃ ἴδιον ἀρχεῖον περὶ τῶν ἐνδιαφερόντων αὐτὸν ἐμπόρων⁹⁹.

96. Βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 102 σελ. 96 ἐπ., His, ἐνθ' ἄνωτ. ἄρθρον 929 Bem. 12 ἐπ. σελ. 53 ἐπ.

97. Βλ., π.χ., J. v. Gierke, ἐνθ' ἄνωτ. § 12 II 3 a σελ. 59, Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 114 σελ. 106, His, ἐνθ' ἄνωτ. ὑπὸ τὸ ἄρθρον 931 σελ. 73 ἐπ., παρ' οἷς καὶ αἱ σχετικαὶ διατάξεις τοῦ νόμου. Ταῦτα ἰσχύουν καὶ ἐν Ἰταλίᾳ, καίτοι ἐκεῖ ὁ νόμος (ἄρθρον 2188 AK) περιορίζεται εἰς τὸ νὰ χαρακτηρίσῃ ἀορίστως τὸ ἐμπορικὸν μητρώον ὡς δημόσιον βιβλίον βλ. Ghidini, ἐνθ' ἄνωτ. Κεφ. II n. 11 σελ. 49 ἐπ.

98. Βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 113 σελ. 105 ἐπ.

99. Περὶ τοῦ μέτρου τούτου, πρβλ. Schlegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἄνωτ. ὑπὸ τὰς §§ 10 καὶ 11 σελ. 89 ἐπ., His, ἐνθ' ἄνωτ. ὑπὸ τὸ ἄρθρον 931 σελ. 73 ἐπ., Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἄνωτ. no 115 σελ. 106 ἐπ.

Ὡς εἶναι προφανές, ἡ δι' ἐπισήμου ἐντύπου δημοσίευσις τῶν καταχωρίσεων συνάπτεται στενῶς πρὸς τὸν χαρακτήρα τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου ὡς δημοσίου βιβλίου (ἀνωτέρω ὑπὸ Β β) καὶ συμπληρώνει ἐπιτυχῶς τὴν ὡς τοιοῦτου βιβλίου λειτουργίαν αὐτοῦ¹⁰⁰, δηλαδὴ τὴν δι' αὐτοῦ ἐπιτυγχανομένην δημοσιότητα ὡς πραγματικὸν γεγονός. Γεννᾶται ὅμως τὸ ἐρώτημα, περαιτέρω, ἂν ἡ τοιαύτη δημοσίευσις τῶν καταχωρίσεων μετέχη καὶ τῆς νομικῆς λειτουργίας τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, ἂν δηλαδὴ ἀπαιτῆται διὰ τὴν ἐπέλευσιν τῶν ἀνωτέρω (ὑπὸ III 2 B) καθορισθέντων ἀποτελεσμάτων τῶν ἐν αὐτῷ καταχωρίσεων. Ἐκ πρώτης μὲν ὀψείας θὰ ἠδύνατο νὰ ὑποστηριχθῆ, ὅτι, ἐφ' ὅσον ὁ νόμος ἐπιβάλλει τὴν δημοσίευσιν πρὸς συμπλήρωσιν τῆς πληροφοριακῆς λειτουργίας τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, τὰ ἀποτελέσματα τῶν ἐν αὐτῷ καταχωρίσεων — καὶ μάλιστα τὸ κατ' ἐξοχὴν τοιοῦτο, τὸ ἀφορῶν εἰς τὸ κατὰ τῶν τρίτων ἀντιτάξιμον τῶν καταχωρισθέντων γεγονότων (ἀνωτέρω ὑπὸ III 2 B β) — δὲν δύνανται νὰ ἐπέλθουν εἰμὴ ἀπὸ τῆς δημοσίευσως αὐτῶν (τῶν καταχωρίσεων)¹⁰¹. Κατὰ τῆς ἀπόψεως ταύτης, ὅμως, θὰ ἠδύνατο νὰ διατυπωθῶν καὶ ἀντιρρήσεις καὶ μάλιστα τόσον θεωρητικῆς ὅσον καὶ πρακτικῆς φύσεως. Τῶ ὄντι, ἡ δι' ἐπισήμου ἐντύπου δημοσίευσις τῶν καταχωρίσεων, ἐνῶ συμπληρώνει τὴν πληροφοριακὴν λειτουργίαν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, δὲν ἀποτελεῖ καὶ ἀναγκαῖον στοιχεῖον αὐτῆς, ἀφοῦ δύναται καὶ νὰ παραλειφθῆ ἄνευ οὐσιώδους διαταράξεως τῆς¹⁰². Ἐξ ἄλλου, ἡ νομικὴ λειτουργία τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου, βαίνουσα πέραν τῆς ἀνάγκης ἀπλῆς δημοσιότητος (τῆς ἐξυπηρετουμένης ὑπὸ τῆς πληροφοριακῆς λειτουργίας αὐτοῦ) — καί, συγκεκριμένως, θεραπεύουσα τὴν ἀνάγκην ἀσφαλείας τόσον τῶν συναλλαγῶν ὅσον καὶ κυρίως τοῦ δικαίου (ἀνωτέρω ὑπὸ II 1 καὶ 2 A) — δὲν εὐδοῦται, ἀλλὰ τουναντίον παρκαλύπεται, ἂν ἡ ἐναρξὶς αὐτῆς ἀναβληθῆ μέχρι τῆς δι' ἐπισήμου ἐντύπου δημοσίευσως τῶν καταχωρίσεων· τοῦτο δὲ τοσοῦτω μᾶλλον, καθ' ὅσον ἡ τοιαύτη δημοσίευσις ἐνδέχεται νὰ βραδύνῃ διὰ πρακτικούς λόγους, μὴ ἐξαρτωμένους οὐδὲ δυναμένους νὰ ἐπηρεασθῶν ἐκ τῆς τηρούσης τὸ μητρώον ἀρχῆς, τῆς καὶ ὑπευθύνου διὰ τὴν ὀλοκλήρωσιν τῆς δημοσιότητος¹⁰³.

100. Πρβλ. His, ἐνθ' ἀνωτ. ἄρθρον 930 Bem. 4 σελ. 68, J. v. Gierke, ἐνθ' ἀνωτ. § 12 Π 3 σελ. 59, Schelegelberger-Hildebrandt, ἐνθ' ἀνωτ. § 10 Anm. 1 σελ. 90.

101. Οὕτως, ὡς πρὸς τὸ εἰρημένον ἀπέτελεσμα, αἱ διατάξεις τῆς § 15 γερμανικοῦ ΕΚ καὶ τοῦ ἄρθρου 932 ἐλβετικοῦ Κώδικος Ἐνοχῶν.

102. Ἡδη, ἡ δημοσίευσις τῶν ὁμορρυθμῶν καὶ ἑτερορρυθμῶν ἐταφιδῶν γίνεται παρ' ἡμῖν διὰ μόνης τῆς καταθέσεως τῶν καταστατικῶν αὐτῶν, ὀλοκλήρων ἢ ἐν περιλήψει, παρὰ τῶ γραμματεῖ τοῦ πρωτοδικείου.

103. Οὕτως, ἐν Γαλλίᾳ ἡ δημοσίευσις τῶν καταχωρίσεων οὐδεμίαν νομικὴν σημασίαν ἔχει, ἡ παράλειψις δὲ αὐτῆς συνεπάγεται μόνον εὐθύνην τῆς τηρούσης τὸ μητρώον ἀρχῆς· βλ. Julliot de la Morandière-Rodière-Houin, ἐνθ' ἀνωτ. no 115 ἐν τέλει σελ. 107, ἐν συναδυσμαῖ πρὸς no 122 σελ. 111 ἐπ.

EPISTEMOLOGY OF MANAGEMENT,
ESPECIALLY WITH APPLICATION TO BUSINESS

By
CLAUDE B. BANDALOUKAS
Professor of Graduate School
of Industrial Studies, Piraeus, Greece



EPISTEMOLOGY OF MANAGEMENT, ESPECIALLY WITH APPLICATION TO BUSINESS

By
CLAUDE B. BANDALOUKAS *

This article will cover some introductory aspects of the traditional epistemology and methodology, which are the foundations of the science of management and especially that which is related to economy.

1. Managing and its Subject Matter.

It is well known that social life aims at the satisfaction of human needs through goods (and services). Therefore, the quantity and quality of goods produced and distributed in the market, is the factor which determines the degree of satisfaction of human needs. The more quantity increases and the quality of goods supplied improves, the more adequately human needs are satisfied, thus improving the way of life, materially and intellectually.

It is the purpose of Managing, as it is the purpose of all social sciences and especially of the science of economics, technology, and sociology, *to ever increase and improve the goods produced and distributed* (the same is true for the services), with a continuous limitation of the sacrifice of the resources, input, through the establishment of appropriate relationships *between relationships* and sacrifices of them. Therefore, very accurately the terms «Managing» (Organotics) and «Organization», used by ancient Greeks, denote the necessary harmony among the various organs (or ratios of resources).

* The author CLAUDE B. BANDALOUKAS, is full Professor of Managerial Economics to the Piraeus Graduate School of Industrial Studies (since 1959), M. A. in Economics of Harvard University, and Ph. D. of the Athens Graduate School of Economics and Business Administration. He has published about 20 books and more than 100 articles (since 1934).

Managing (or Management Science) is based on organization, after research, of the recurring relationships and sacrifices of given human and material resources, towards achieving objectives which improve human life.

Management (Organization) is the subject matter of *Managing*. This involves the total systematized activities of the individuals living in an organized society, which aim at the harmonization of relationships and sacrifices of available resources, through which the purpose of *Managing* is achieved.

Scientific Management is the term applied to the subject matter of *Managing*, since the beginning of this century. By the term «scientific» it is denoted that empirical tendency of doing things was replaced by methods based on the results of scientific research.

Rational Management (Rationalisation) is the name subsequently applied to denote that rationalization must prevail in the conscious and wise harmonization of relationships and sacrifices of available resources.

Organization supported by research is necessary, so that the truth may continuously be verified. Verified truth is the coincidence of the image of the real world with its image (concepts) formed in the human mind. It is known that verified truth is *achieved gradually* and after much effort on the part of scientists. This truth can never be achieved in total, since a part of it always remains unattainable.

The real world we can sense. This is the world that management is interested in. This world involves both the external and internal empirical world of the individual which is related to the field of management research, that is, the recurring cause and effect relationships and sacrifice of the available resources for the attainment of specific objectives and results. This world becomes accessible through the senses of the individual utilized with the assistance provided by basic sciences upon which management depends. The gradual acquisition of knowledge places management, as well as all other sciences, in a developmental stage. That is, to be always in the search for necessary revision of its findings concerning organization. This continuous revision becomes even more necessary because of the ever changing conditions of the world which is being examined.

A static world can be conceived only under three theoretical assumptions. They are: (1) «rebus sic stantibus», that is things remaining unchanged,

(2) «*ceteris paribus*», that is other things being equal, and (3) «*mutatis mutandis*», that is with necessary adaptations. However, these assumptions create static hypothetical situations which are useful only for the researchers. Therefore, these situations very seldom, if ever, exist in reality. At least they do not exist for any length of time.

In this way, managing as regulatory science of a changing world, does not always fit the static theoretical assumptions, but it fits primarily in the dynamics of reality for the purpose of following and controlling the ever changing conditions of the real world. Furthermore, *managing considers the unexpected events and the exceptions as disturbing factors*, which as a rule it ignores or it attempts to limit to a minimum. Finally, *managing searches the individual phenomena of relationships of sacrificed resources, as well as their basic constituents on the basis of objective and not subjective criteria*. This way of investigation facilitates in the long run the organization of large, impersonal institutions or business concerns. On this point Professor H. Person states the following:

«Managing makes the organization an established power over and beyond the fleeting life of man. It acts and controls assisted by research and an empirical experience which are broader than that of one single man». On this basis, managing is truly aware of its subject matter and, always proceeds in the search for improvement of its findings on the existing degree of organization in a given individual and especially collective effort. These findings guide and help management on the establishment of necessary and correct propositions.

Managing is characterized as a «*science of optimization*» because its propositions aim, as far as it is possible, at the *achievement of relatively large and optimum results*, by appropriately harmonizing the relationships and sacrifice (utilization) of the available resources. The feasibility of achieving such a result is guided by experiments in such a way as to prove that any other possible harmonization of these relationships and sacrifices would result in the reduction of the quantitative and qualitative levels of the aimed result, even if this is measured only on one product unit or in terms of lower quality. That is why any violation of the propositions, for a given time and a given situation, results always in unfavorable consequences.

The ever changing world of reality makes each and every degree of organization only temporary. Whatever was suggested yesterday as maximum and optimum is not necessarily true for today or much less

for tomorrow. This temporary state of events may be shortened even more, whenever other unknown factors, by becoming known contribute to the *deviation from the ideal situation* which is suggested. Anyway, the adopted conclusions of management contribute to the attainment of improving the degree of effectiveness of all efforts, provided that these efforts are well in harmony with the existing capabilities of each and all human and material resources. This harmony is pursued by management in such a way as to guarantee the adaptation of the non-human factors to that of the human factor, as well as to provide for the material, mental and moral satisfaction of man. Under contrary assumptions no results can be achieved through organizational efforts.

According to the late President John F. Kennedy «The role of management in our society is critical in Human Progress. It serves to identify a great need of our time: to improve the standards of living of all peoples through effective utilization of human and material resources. Management leaders gathering together from all parts of the world in a common endeavor to develop more effective managerial techniques and procedures, to formulate and promote methods and principles of socially responsible management, can contribute immeasurably to the fulfillment of this vital want».

2. *The place of Management in the field of Sciences and its main branches*

We call *science* the body of knowledge in reference to a given subject, which is accumulated on the basis of research activities and exists in a uniform and rational totality. Science is the fruit of the ancient Greek spirit. The ancient Greeks cultivated science side by side with philosophy, that is, with the acquisition of general knowledge about the material world, and in general the behavior of human beings. With the passing of time, however, and as research developed, science and philosophy *were divided into independent branches*. In this way, the various sciences were formed.

The basic criterion for the classification of sciences is primarily the subject matter covered and, secondary, the methodology used. The *subject matter* of each science is its content which basically separates it from the other sciences. The *methodology* used supports and clarifies the subject matter, without this being a basic criterion for its distinction.

This is so because the methodology for research is very much the same for all sciences, at least with respect to general methodology. Besides this, any particular methodology used by a given science, does not change the subject matter of the science, but only affects its superficial aspects. For this reason the basic distinction among sciences is the subject matter of the science, that is the specific part of the real world, each science is concerned with.

According to the philosopher George W. F. Hegel, *the sciences* are divided into two general categories on the basis of their subject matter: First, those sciences that deal *with the tangible, or real world*, that is those sciences which examine the being in its real essence, that is, the external and internal empirical world of the human beings. Second, those sciences that deal with the *abstract world* and search for abstract ideas and concepts and their conceptual expression as formulae. In this category belong mainly the mathematical sciences.

The sciences that deal with the real world are the physical, cultural and social sciences. The *physical sciences* are divided into *pure physical sciences* (physics, chemistry, astronomy etc), *physiological sciences* (geology, physical geography, mineralogy, hydrology, etc.) and *biological sciences* (biology, pathology, botany, zoology, etc).

The cultural or social sciences examine phenomena or events of the mental or material civilization. *Civilization*, is man's total accomplishment by which he subdues on the one hand the forces of the external world, as well as his own, in order to achieve his goals, and on the other, he rises to higher levels of ethics and mental perfection. Since the above sciences examine phenomena and values of the social life of people they are also called «social». These sciences include economics, technology, sociology, psychology, management, law, politics, education, religion, ethnology, linguistics, etc.

Management, therefore, is a social science interested in the organization of human relations, and sacrifices involved, as well as in the material resources which facilitate human endeavors in the satisfaction of their objective goals. Thus, organization, which is a special and distinct expression of social life, becomes the subject matter of Management.

Management, is related to both theory and practice, in the formulation of principles and methods of organization. In particular, from the point of view of *theory*, management *examines*, describes, and inter-

prets that part of the real world which is related to its subject matter. In this way specific *conclusions* are reached, which are, however, continuously revised due to the ever changing circumstances in the recurring relations and sacrifices of the available human and material resources. These conclusions, at least in the short run, facilitate the formulation of propositions which take the form of *general principles* or axioms and rules. In terms of theory, therefore, Management is regarded as a *positive science* (theoretical, ontological).

From the point of view of practice, Management as based mainly on its *general principles*, formulates propositions, which take the form of *general methods*. It also endeavors to show their correctness as tested in practice, as well to introduce the use of technical progress in the production and marketing of goods and services. In terms of practice, therefore, Management is regarded as a *regulative science* (applied, deontological).

Management is connected with Economics, Technology and Social Sciences, as being a science found to be in every aspect of social life. Organization, being the subject matter of Management, is interwoven with the economic, technological, social and especially the psychological manifestations of society. This relationship of Management with all other sciences, leads it to the output of wholistic findings, to the formation of complete and systematic general conclusions, and to the correct application of its principles and methods. On account of this cooperation, Management is subdivided into the following three main scientific branches:

Managerial Economics is the first branch of Management whose objective is the organization of the economy (social, public, private). *Economy* is the total of systematic activities of people living in a society aimed at satisfying their needs by means of goods and services.

Managerial Technology is the second branch of Management whose objective is the organization of the economy from the technical point of view, that is, suggesting, and using the technological progress in the production and marketing of goods and services.

Managerial Sociology is the third branch of Management whose objective is the organization of the human factor in the economy, especially in terms of psychology and personnel management.

Management is also assisted by other sciences, which provide it with

the means for research aimed at the solution of its problems. These means are mainly provided by mathematics, statistics and accounting. Second in importance are such sciences as law, politics, history, geography, physiology, psychology, biology, education etc., which provide Management with supplementary knowledge, thus rendering it more effective in fulfilling its goals.

3. *Managerial Economics and its principle branches*

Managerial Economics, as already mentioned, is the first branch of Management, and aims at the *management of economics* (social, public, and private). Accordingly, Management and especially Managerial Economics can be classified into two main branches, similar to those of Economics. These branches are the following:

1. *Managerial Macro-Economics*, which examines the function of social economy in its totality, and specifies principles and methods for its organization or of sectors and more often branches, by which it can be more effectively promoted.

2. *Managerial Micro-Economics*, which examines the function of public and private economy as isolated organization of economic units (of the state, or other public organizations, private organizations and especially business enterprises). On the basis of this study Managerial Micro-Economics indicates principles and methods in organizing economic units by which it is possible for these units to be more effectively promoted. *An Economic unit* is the total of human and material resources which develops relations and makes sacrifices under coordinating leadership for the attainment of given objectives.

Business Management being the main branch of Managerial Micro-Economics, is concerned with organizing enterprises and especially large ones. In this category belong the big manufacturing enterprises, especially industrial concerns. *The large industrial firms* (public and private) are governed by a functional framework to be found partially or wholly in any manufacturing enterprise as well in any economic unit, with necessary modifications. Consequently, whatever applies to the organization of large business enterprises (public and private) also applies, with minor adjustments, to the organization of any other economic unit, or organization, in terms of economic activity (of primary and secondary production, as well as of offering of services).

Business Management, as a subject matter of Managerial Micro-Economics, is distinguished into external and internal.

1. *External Organization* is achieved with the help of natural or legal entities outside a given enterprise. These entities are able to influence the social, economic and technological circumstances outside the firm in such a way as to constantly provide the enterprise with external economies. These economies contribute indirectly to a better internal organization of the enterprise. The most important factors in the formation of external economies are the contributions of the market, namely the demand and supply of goods and services at a given time and place, and the existing methods and means of facilitating transactions, communications, transportations, execution of projects, offering of technological advice, etc.

2. *Internal Organization* is applied by the executives of the enterprise along with the assistance of its personnel in such a way as to constantly provide the enterprise with *internal economies*. These economies contribute directly to the existence of continuous inter-organizational favorable conditions of successfully applying the basic general principles and methods of economic organization. This is furthermore facilitated by the structural and the internal functional organization of the given enterprise.

Structural Organization refers to the composition of an enterprise in terms of form, size, functions and human relations, within its physical and social environment in which it operates. In other words, the structural organization represents a factor influencing the functional organization, which is constantly adapted both to the changing conditions of the enterprise and the environment in which it operates.

The application of the *functional organization* is based on the *general organizing principle of functional definition*. According to this principle, limits are set on the responsibilities and the position of a given enterprise in an explicit and distinct manner and with unity of direction. The settling of limits consists of a long run framework of differentiation within the internal organization of the enterprise in an institutional manner. In this way, one achieves the distribution of the respective relations and activities of the available human and material resources into distinctive functions.

Thus each function becomes a basic and a distinct organical entity or unit of the firm. In this unit, the homogeneous responsibilities are

grouped together, which contribute to the accomplishment of the objectives of the enterprise. Moreover, each of the functions is to be found in close cooperation and mutual dependence with the others under the coordinative direction of the leaders of the enterprise.

The most significant functions of the manufacturing firms are four. The first two functions are those of *producing and distributing the goods*, considered to be primary functions. The other two functions are the administrative function, and the staff function, both of which are regarded as secondary functions.

The functions of production and physical distribution appear to have a chronological sequence or priority, as well as simultaneous procedures, due to continuously changing volume and quality, depending upon the degree in which the supply meets the demand of goods. *The administrative function and the staff function*, assist the management of the enterprise in accomplishing the pursued production and distribution of goods.

These four functions are subdivided into major and minor areas of similar tasks. By this subdivision new directorate divisions and service branches are created which are further divided into sections, offices, work teams, and positions. This division should be balanced and carried out to such an extent as to facilitate coordination and control of the activities. The degree of centralization or decentralization of responsibilities and functions depends on the organization structure of the company as well as on the span of control, or supervision. The Management of the firm, by the above practices, secures and constantly improves the conditions in fulfilling its objectives. These objectives are achieved through the following:

First, by securing useful and easily utilized human potential with increase of the real wages of the employees and improvement of work conditions on the basis of human relations principles. *Second*, by economizing time, space and other material resources with a consequent reduction of real cost and of the real selling prices of the goods as well as the decreasing of the dependence of business activity on the business environment. *Third*, by creating a mutual interest between the factors of production, and distribution of goods and services, as well as that of the consumers. *Fourth*, by increasing the purchasing power of the public because of lower prices which is followed by improvements of the quality of goods and services. *Fifth*, by increasing the demand for goods and services accompanied by a corresponding increase of their production

and supply to the market. *Finally*, by a noticeable economic development which contributes to the improvement of standards of living and cultural benefits to the society, faster than the concurrent increase of population.

4. General Principles and Methods of Business Management

It is known that the human and material resources of any economy are always limited, that is that they do not exist in abundance. This scarcity of goods creates a need for economy and management. If all available resources satisfied the needs of man without any economic effort it is certain that there would exist no need for the managing of these activities. The management of this activity is effectively achieved *by the application of the general principles and methods of business management*. Only in this way it is possible to avoid waste of human effort and of material resources and their ineffective utilization.

The existing general principles of modern business management are based on the results of recent scientific research and on the verification of these findings for the degree of their effective utilization *in any business firm or economy in general, notwithstanding time and place, at least in the short run*. Therefore, these principles can stand any check and scientific criticism. This is the reason why these principles are fully recognized, as are the principles of all other sciences, on the basis of their theoretical and practical value. The appropriate utilization of these principles with the necessary modifications, because of particular circumstances, depends on the successful achievement of the set objectives of a business concern.

From the above should be clear that these general principles are relatively *independent of the type of business* and of the particular factors, in each case, which influence the relations, and the sacrifices of the resources (subjective, objective, social, etc). At the same time these principles contribute to the adjustment of the material resources to the average abilities and capabilities of the human factor especially from the points of view of physiology, psychology, technology, and economy. Any task that requires less than the above mentioned abilities degrades the human factor, and on the other hand any task which requires greater than the above abilities debilitates by frustration the human factor.

The general principles of business Management form the theory of business management and make it an *applied science*. Through this method, man is always a means for its own advancement. Through those principles, the diagnosis, appraisal and utilization of the prevailing reality in a given enterprise is made possible.

This is because *the general principles of this science form ideal standard relationships and sacrifices of the available resources*. To these standards the actual relationships are compared. Also to these standards are compared the inputs and outputs of a business for the purpose of their gradual improvement. The role of these general principles of business management is praised by Henri Fayol as «the light houses which help in the orientation, and they are helpful only to those who know the <direction> to the port». Those who must know the «direction», according to the Fayol's definition, are primarily those belonging to the top or central management of a particular enterprise, given that they are responsible for the application of these principles.

A fundamental general principle of business management, which is a scientific law, is the principle of lesser sacrifice. This principle which prevails also in general economic theory, is called «economic principle». This is based on the natural tendency of man to try to achieve with a minimum effort maximum results. This principle can be stated in two different ways as follows:

1. Given the magnitude and quality of the resources of an enterprise, effort is made to achieve maximum or ideal results. In such a case the input (of the resources) is constant and the output (results) is variable. A criterion of judging the degree and effectiveness of the utilization of these resources is the quantity and quality of its output.

2. Given the output in terms of quantity and quality at a given time, effort is made to minimize the sacrifice (input) of human effort and material resources. The human effort is primarily physiological, mental and psychological. This effort is consumed in conjunction with human abilities. During the stage of consuming these abilities, effort is made to spare men from work which can be done by machines of which can be eliminated altogether by work simplification and standardization. In this case the result is constant while the factors are variable. A criterion for judging the degree and effectiveness of the utilization of these resources is the quantity and quality of their sacrifice. The principle of

lesser sacrifice is complimented by the other general principles of business management.

Among these principles, *most important are the principles of maximization of output and of social benefit.* In accordance with the principle of maximization of output the unit cost of production decreases as the rate of output increases faster than the rate of input. Talking about *returns*, we are referring to the degree of contribution of the input to the per unit output of a given business unit or a given resource.

In accordance with the principle of social benefit, it is necessary to achieve continuous and uninterrupted organized business activity and compensation of those contributing to it on the basis of their output. That is, the factors of business activity (production, distribution and consumption of goods and services) must function in accordance with the principles of management, unimpeded by society and government. Finally, they should participate in the National Income in proportion to their degree of contribution to it.

The general methods of business management formulate business reality from the point of view of applicability and make this science a *regulatory* one. Through those is sought the establishment of systematic procedures of harmonizing the relationships and the sacrifices of the available resources toward the accomplishment of the enterprise goals. The above procedure is divided into two directives which are essentially related.

The first direction is theoretical. Since the general methods are based explicitly and exactly on general principles of business management, from the point of view of application of the latter. «*Materialized*» the general principles are closely related to the general methods, in spite of the fact that these two categories are explicitly distinguished among them both conceptually and from the point of view of objective.

The second direction is a practical one. Since the general methods are based on the axiom that there is always a better procedure of performing particular activities. Thus, the methods are not based entirely upon the general principles but rather on the programmed activity of a given enterprise. Therefore, they are more adaptable to the changing nature of the set objective of a business enterprise rather than the general principles of business management. These principles have application only in the form of general framework, which in details is completed by adjustments according to circumstances. These adjustments are the task of lower level in the Management of business enterprise.

ECONOMIC IDEAS OF ARISTOTLE

By
NICHOLAS C. ANAGNOS
Professor of Economics
Howard University
Washington, D.C.

ECONOMIC IDEAS OF ARISTOTLE

By
NICHOLAS C. ANAGNOS

1. Introduction.

Aristotle cannot be considered a dreamer on economic problems, the kind we find in Plato's Republic. In contemporary terminology we might say that Aristotle is a philosophical pragmatist.

It is true that neither in Plato nor in Aristotle we have a complete system of economic analysis; but in Aristotle we have a more complete picture of the subject matter of economics than we find elsewhere during his period.

Following my system of avoiding speculation I deal with the parts of Aristotelian economics about which there is no doubt that they bring the shield of authenticity of the master. With this in mind I do not deal with the book of economics which brings his name but it is attributed to a pseudo-Aristotle, a student of his who following the Master's advise probably came up with some notes which appear as what we know today as the book of Economics by Aristotle¹.

Furthermore there are many works which refer to Aristotelian Economics but these works are not the product of professional economists and admirable as some of them are, when dealing with the economics in Aristotle's work, give erroneous interpretations. The same difficulty is observed in the translations of Aristotle's works. I tried to use the original together with some of the best translations both into Greek and English but I am ready to stand corrected for errors which may be the result of honest attempt of interpretation.

1. For a good account on the origin and nature of this work see: Theories of Aristotle and his School on Public Finance and especially on the second book of Economics: by A.M. Andreades; Athens, Greece; Vlastos Press (1915).

I attempted to give a degree of continuity in the different parts of the Aristotelian works dealing with economic matters which in reality does not exist; I also attempted not to take anything out of context at least I did my best to avoid such error. Some of the interpretations may seem peculiar but it is here that I think that the existing works do not give to the economist what Aristotle inherited to him.

It seems that Aristotle does not subscribe to the theory that the individual exists for the State and that the interest of the State must be put above all. Such acceptance would prove to be contradictory to his Thesis; it is not difficult to prove that the state is the maid and not the master of man. As he puts it it is the creation of the need for social complementarity. Only efforts to justify the creation, maintenance and exercise of arbitrary power will put the state over the individuals it is made off, who justify the existence of the state's legal fiction. It is the task of the state to help its members and not change them into life guards of authoritarian regimes. It is one thing to talk of state intervention and another to create state Godification. The state is not the creator, it is the creation. It is the outcome of the efforts for improvement of the abilities of its members to satisfy their needs. The members of the state created it for their own convenience and do not exist for it. The citizens must be careful not to become vassals of those to whom the administration of the functions of the state has been entrusted.

In Aristotle we find also the theory of the invisible hand working in a more systematic way than the casual way it seems to work in Adam Smith's theory. The success of the individuals does not occur casually. It is the outcome of great care and work and does not lead casually «to the virtue of the whole».

The Government must see that the relationships among the different groups that constitute the state are not competitive but complementary. Thus while the regulatory role of the state is necessary, it should not be considered anything more than this.

Aristotle talks about the balance of trade but it is rather certain that he has in mind the balance of payments. Of course he talks about commercial transactions but as a means to increase public revenues in general. The assistance by the state to the poor must not take the form of help for increased consumption; every public assistance program must have in it the possibilities of income creation. The assistance must have

in it the possibilities of productive use on the part of recipients. The assistance must aim at making the poor productive factors of society.

The nature of wealth is definitely defined by Aristotle. It is made up of economic goods, that is of scarce goods which of course are useful. Some will call the definition narrow; one it is certain; whether we admit the criticism or not at least he tells us with clarity what he understands by the concept.

He is also clear as far as the science of economics is concerned which does not aim towards the endless acquisition of wealth but towards achievement of self-sufficiency and to this extent is different from monetary science which aims towards endless enrichment. Monetary science is the outcome of evolution of civilization. It started as a way towards self-sufficiency through the help of exchange of commodities. In the process it was understood that it might lead to enrichment and it is this new aim that gave to it the ill odour. It started as a means to facilitate the natural barter exchange and it was diverted to unnatural pursuits. It is here where interest becomes meaningless and usury the worst form of money making. But money has value as long as there is an agreement to use it as a means of exchange; the absence or the removal of such an agreement may lead those with much money to extreme poverty.

As far as private property is concerned Aristotle takes issue with Plato in the sense that the Platonic community of property is not practical. Aristotle discusses the issue in detail and in so doing comes across some amazing issues of contemporary interest such as the issues of distribution of property, population control and the most effective ways of achieving it. He also touches on the contemporary issue of abortion to which he gives a definite solution.

I am not convinced that what Aristotle calls natural slavery should be interpreted on the basis of contemporary semantics; it is not clear that Aristotle believed in the institution of slavery in its contemporary form. This becomes evident from his protest against «legal slavery».

To what he calls «natural slavery» belong those who cannot manage their own affairs and by necessity need leadership. Of course he talks about slavery but he considers it as a kind of voluntary social arrangement, as a social need, not a curse. This does not mean that a slave is not a slave but it is something different in Aristotle's eyes from what we understand by the word. I am convinced that Aristotle first would revolt, as he did at our forced contemporary forms of slavery.

What follows is based mostly on the original. I want to indicate few things with which we are, as economists, very familiar today. We find in his writings elements of the law of diminishing utility; a clear understanding of the distinction between value in use and value in exchange; the idea that monetary theory is part of the general theory another point which we mentioned already or are stated in more detail in what follows.

II. The State.

The household, one of the early units of social organization, is a natural society, organised to serve everyday life¹. The organization of the city (πόλις)², on the other hand, aimed at securing the easier provision of the necessities of life. The main purpose of its existence is to secure a happy life for its citizens. To this effect the main and most important aim is the achievement of self-sufficiency. It is true that the city has been there before each individual arrived, but the individuals who originally conceived it have become the cause of great benefits³.

The value of every economic unit, like the household or the city, consists in the establishment of right and just relationships among individuals who make it. For the improvement of the economic unit its ruler must show interest for the welfare of the members of the unit instead of trying to acquire lifeless things the total of which we call wealth. The ruler, furthermore, must be interested towards the improvement of the abilities not of those whom we call slaves but of the free. Because, since every economic unit is a part of the city and the individuals constitute part of the economic unit, we must look after the achievement of a virtuous part since it contributes to the virtue of the whole.

The component parts of every state are two: the poor and the rich; it is necessary to convince both parts that if their existence is secure and if the one group does not do injustice to the other, this is due to the power of the government.

The state is strong not because of its great population but because of its dynamic character. The terms great city and populous city are

1. α'Η μὲν οὖν εἰς πᾶσαν ἡμέραν συνεστηκεῖα κοινωνία κατὰ φύσιν οἰκός ἐστιν. A-2-14.

2. The city in Aristotle is the equivalent of the modern state.

3. Politics A-2-30.

not synonymous. On the other hand a state with few people is not self-sufficient, but self-sufficiency is a necessary condition for a strong city (state).

The first condition for a strong city is sufficient population to secure self-sufficiency that will guarantee good life according to the requirements of a political society. The State must carry on commercial transactions for its own benefit and not for the benefit of others. Those who make their state a free market to all aliens, they do it to increase their public revenues.

III. Welfare State.

When a state possesses surpluses of public revenues, it must not follow the system of the demagogues who distribute the surpluses to the poor in the form of salaries. The assistance granted this way to the poor leads nowhere because the poor spend the money immediately and thus find themselves having the same needs again. This kind of assistance to the poor resembles the bottomless bucket of Danaides.

The real politician must find the way that will lead to secure prosperity of the masses for a long time. For the interest of both, the poor and the well to do, the rulers must distribute the surpluses from public revenues to the poor, but they should give to each one such assistance (amount of money) that will be sufficient to buy a small farm. If, however, the amount for distribution is too small, this should be used to start a small business or an agricultural enterprise.

IV. Wealth.

There is general agreement that happiness is the ultimate good but there is disagreement on what is happiness. Every person's way of life determines his understanding of happiness. Common and vulgar people by happiness mean pleasure, beastly pleasure. The more select people prefer glory which is the purpose of political life ¹.

Wealth is not what we are after because while it is useful it exists to serve other aims. The most perfect good is the one which is sought after for its own sake. Happiness is a good of this nature. Glory and

1. «τοῦ γὰρ πολιτικοῦ βίου τοῦτο τέλος». *Nichomachean Ethics* A-3-25.

pleasure are sought after for other purposes; we believe that through them we shall be happy.

Self-sufficiency is the way to happiness and happiness is the ultimate aim because it is the purpose of all of our activities¹. We call it final without qualification, because it is desirable in itself and never for the sake of something else.

The true wealth is made up of goods which make life self-sufficient. Such wealth is not unlimited, as Solon puts it that «there is no evident limit of wealth for men»; but of the wealth which is necessary for securing self-sufficiency for a comfortable life there is a definite limit².

Wealth is made up of plenty of coined money and plenty of land; of the ownership of numerous large and beautiful estates; the ownership of implements, livestock and slaves. All these kinds of wealth are divided into secure, gentlemanly and useful. The gentlemanly kinds are those which provide enjoyment and the useful kinds are those which are productive.

By productive we mean those from which we get nothing but their use; the usefulness of wealth as a whole consists in using rather things than owning them. It is the use of property that constitutes wealth³.

The difference between virtue and wealth consists in that as far as the former is concerned, no matter how little men have, they think they have enough but they never have enough wealth, power and glory.

The use of wealth ends at the satisfaction of a certain need and the surplus is useless and harmful; but of the goods of the soul the more we have the better off it is.

V. Economics (*Οἰκονομική*).

Economics, strictly speaking, means the science of managing the household. By «household» we mean, on the one hand the members of the social unit and on the other all their possessions. The leader of it is the head of the household (*οἰκοδυστοκράτης*).

1. «τῶν πρακτῶν ὄψα τέλος». Nichomachean Ethics A-3-25.

2. See also [N. E. A-§-6-7; Politics: A-γ-9.

3. Rhetoric 1361-5-12 to 24.

On the basis of the way men acquire the means of subsistence, they are divided into tribes, hunters, fishermen; but most of men live from the cultivated products of the earth which has created everything for people ¹.

The science of the household (*οἰκονομική*) is natural and acquisitive by nature, (*αὐτὴ φύσις*). The purpose of economics is not endless acquisition of money but the acquisition of wealth made up of natural goods, the quantity of which is determined by self-sufficiency ².

It has been pointed out that the final purpose of sciences and arts is the achievement of good; every action and pursuit aims at some good; the aim of economics is the achievement of wealth.

The final end of politics is the achievement of good; now, politics puts economics at its service, therefore, the end of economics that serves politics is also good ³.

There is general agreement that happiness is the ultimate good but there is disagreement on what is happiness. Every person's way of life determines his understanding of happiness. Common and vulgar people by happiness mean pleasure, beastly pleasure. The most select people look for glory which is the purpose of political life ⁴. While the discussion of subjects which are the subject matter of economics is not unworthy of philosophers, to be engaged in them practically is illiberal and irksome.

VI. Value.

Their needs are the foundation of all associations among men. With the progress of civilization there is an increase in the number of goods, which become economic goods and in the number of economic goods which become commercial goods.

Everything we possess has double use; a shoe, for instance it is used to wear and it is also used for exchange. In the first case the use of the shoe is natural in the other it is not. In the latter case use is made for a different aim. Of course the exchange takes place, but it takes place

1. Politics A-γ-4.

2. Ibid., p. A- γ-18.

3. Aristotle's works: Nichomachean Ethics: A-3-25.

4. Ibid., A-3-25.

for money or some other thing. But this is not natural exchange because the purpose of the shoe is not its exchange with some other thing but to be worn.

When exchange of a commodity is made for another, this form of exchange is called barter and it is the outcome of the need for the natural use of surpluses held by different people¹.

This sort of exchange is not part of wealth getting and it is not contrary to nature; it is needed for the satisfaction of men's natural wants. The old barter exchange² is not a part of the monetary science (χρηματιστική) which grew out of the former and simpler one. The extent of barter exchange was determined by self-sufficiency and it was the characteristic of primitive societies.

The term *ααπηλική* here defined as barter exchange involves every natural form of exchange and belongs exclusively to the science of economics. It is the outcome of evolution since the time when economic units had all commodities common. But the more populous societies, living apart and each needing different commodities were forced towards barter exchange giving their surpluses and receiving the surpluses of others which they needed. This habit is still maintained today (Aristotle's day) among barbarians³. This form of exchange is neither unnatural nor part of monetary exchange *χρηματιστική* because it was taking place to secure natural self-sufficiency⁴.

VII. Money and Monetary Science.

Money was invented to facilitate the exchange of commodities. The discovery and use of money became necessary because of the difficulties of exchange, especially in foreign trade. Because of the difficulties in foreign trade the use of money became necessary⁵. To facilitate transactions people agreed among themselves to use in their transactions

1. Politics A-γ-11.

2. Known as *ααπηλική*; This is the early not evil kind of «ααπηλική», which came later after the introduction of money and aimed at the acquisition of unlimited wealth».

3. A-γ-12 Πολιτικά.

4. A-γ-13 Πολιτικά.

5. A-γ-13 *αα* N.E.: E-ε.

the means which, while in themselves were not useful, they were used to facilitate transactions for acquiring the necessities of life. As such things were used iron or silver or something of this kind.

At the beginning the determination of the value of things which were used as money was simple and it was based on their size and weight. Later, people, to free themselves of the need for weighing, printed symbolic pictures on pieces of metal to indicate the amount of their value ¹.

Circulating money was the result of the need for transactions and thus we have the first kind of monetary science which is the science dealing with money (*χρηματιστική*). Monetary science is not the same with the science of the household which is economics and this becomes clear because the former has as its subject the procurement of commodities while the latter has as its subject their use ². As to the question whether monetary science is part of the science of economics the answer is not difficult to find if we accept the thesis that the task of monetary science is to find out where money and every other commodity will come from ³.

Since both, monetary science and the science of economics are close, many become confused because both sciences are related, both are acquisitive and both make efforts to acquire money. Both put the money they acquire to the same use but for different purposes. The acquisition of money in the science of economics aims at securing self-sufficiency while the aim of the money making science is the multiplication of money ⁴.

In the first economic unit there was no place for the science of money; this science appears when the population of society grows.

Wealth and the science of money are two different concepts. Wealth that consists of natural commodities belongs to the science of economics ⁵, while money making (*χρηματιστική*) belongs to the same idea as *κα-*

1. A-γ-14; see also Herodotus H-94.

2. Ibid., Politics A-γ-2.

3. Ibid., A-γ-2.

4. Ibid., A-γ-18.

5. «Ἔστι γὰρ ἑτέρα ἢ χρηματιστικὴ καὶ ὁ πλοῦτος ὁ κατὰ φύσιν. . .».

πηλίκη¹ the purpose of which is to make money and more money through exchange. The science of economics is acquisitive by nature, while in monetary science it is believed that there is no limit in the acquisition of wealth and money². Thus the science of money making aims at the acquisition not of whatever money is necessary for the maintenance of life but at the acquisition of money without end.

The science of economics on the other hand aims at the acquisition not of surplus but of money necessary for the acquisition of the necessities for the maintenance of life. For this reason its limits are restricted while those of monetary science are unrestricted³.

The administration of money belongs up to a certain point, determined by self-sufficiency, to the jurisdiction of the economist but beyond this point passes to the science of money making which serves the process of unnecessary money making.

Thus the science of money making is of a double nature. Part of it is natural and serves the science of the household (Οικονομική) and part of it unnatural and is represented by *καπηλική*. The former is commendable as serving vital needs while the latter is justly criticized, since the acquisition of money through it is not natural but takes place through the exchange of money.

Usury is the worst kind of *καπηλική* and it is justly hated. In it the growth of money wealth, it has its origin to money itself and it is not derived from its use for which money was discovered. Money aims at facilitating exchange while interest automatically multiplies its value, hence it acquired its name⁴.

As far as the science of money making is concerned we observe that the useful part of it is whatever becomes instrumental to man to learn in practice the value and use of money, the kind of its use which

1. Here the concept «apeleki (*καπηλική*)» takes its evil meaning (this is called «παρα φύσιν *καπηλική*» which serves the unnecessary science of money making).

2. Politics: A-γ-23.

3. Ibid., A-γ-23.

4. Politics: «Εὐλογώτατα μισεῖται ἡ ὀβολοπλαστική διὰ τὸ αὐτῆς τοῦ νομισματος εἶναι τὴν κτήσιν καὶ οὐκ ἐφ' ὅπερ ἐπορίσθη. Μεταβολῆς γὰρ ἐγένετο χάριν, ὃ δὲ τόκος αὐτὸ ποιεῖ πλέον. Ὅθεν καὶ τοῦνομα τούτ' εἰλήφεν. Ὅμοια γὰρ τὰ τικτόμενα τοῖς γεννώσιν αὐτὰ ἐστίν, ὃ δὲ τόκος γίνεται νόμισμα ἐκ νομισματος. Ὡστε καὶ μάλιστα παρὰ φύσιν οὗτος τῶν χρηματισμῶν ἐστίν». A-γ-23.

is more profitable, where and how; and how every productive work may produce more useful things for the life of man¹.

At the early stages *καπηλική* was defined as a process of exchange with the use of money; but as soon as it was discovered that the exchange of some coin or commodities was more profitable, then exchange takes a more sinister character².

Because of this it is thought that monetary science (*χρηματιστική*) deals with money and it is its task and is in its power to show the ways by which money will be multiplied. It is a science that creates wealth and money. On this basis many believe that wealth is a lot of money since the science of money deals with it most of the time. Others again believe that money is nothing else but a legal fiction, without natural value³.

If the agreement that money is useful is abolished, then money «has neither value nor is of any use for the satisfaction of vital needs». In such a case those who are rich in money will be deprived many times of the necessary food⁴.

Wealth and the science of money are two different concepts⁵; wealth that consists of natural commodities belongs to the science of economics; on the other hand, money making, belongs to the same idea as *καπηλική* which makes the aim of money more money making through exchange. The wealth that can be made this way has no limits. There is no end in the money making process. The aim of the process is the acquisition of immense wealth, the multiplication of which through exchange is possible to continue at *infinitum*.

Of that part of the science of money which deals with exchange, first the most important and worthy section is commerce in which we distinguish the following branches: a. merchant marine⁶; - b. the transfer and merchandising of commodities by land⁷ and c. expositions (fairs)⁸. The difference among the commercial activities is that some of

1. A-8-1.

2. A-γ-15.

3. A-γ-16.

4. «Πλούτων πολλάκις ἀπορρήσει τῆς ἀναγκαίας τροφῆς». Πολιτικά A-γ-16.

5. «Ἔστι γὰρ ἑτέρα ἢ χρηματιστικὴ καὶ ὁ πλοῦτος ὁ κατὰ φύσιν. . .».

6. Ἡ κατὰ θάλασσαν ἐμπορία.

7. Ἐμπορία.

8. «Ἐὼν κομιζομένων ἐξωθεν ὀνίων ἐκθεσις καὶ δεΐξις πράσεως ἔνεκεν».

them are more secure but less profitable and others less secure and more profitable.

The second kind of money exchange is the lending of money at interest. Third, the renting of the services of skilled and unskilled workers.

VIII. Private Property.

Taking issue with Plato's theory on private property Aristotle raises the question how the institution of property should be regulated, excluding women and children. Shall we or shall we not accept community property? The answer cannot be uniform; there are several alternatives. Would it be better if private property existed on the land but the products thereof must be brought forward by the land owners for community use or consumption? Or it would be better that the land should be common property and should be cultivated by all citizens but the products should be distributed among citizens for their own use? Or it would be preferable that both land and products be common property? Or shall we accept the form of property ownership that exists when one group is made of the cultivators of land and another of the owners and users of the products?¹

This issue is connected with income distribution. When income is not distributed according to work done by each one, inequality develops that leads to quarrels due to injustice. Community of property involves this difficulty and many more. To a certain extent there is community in the use of commodities but each must have his own property. Such system prevents quarrels; furthermore when one knows that the property is his own he will cultivate it with greater diligence and the crop will be richer².

When someone owns his property it is easy to dispose a part of the income from it for public use and a part for the use of his own household³. This is the preferable system, according to Aristotle, and it depends on the legislator to see that the citizens act this way.

1. *Politics* B- β -2.

2. *Ibid.*, B- β -5.

3. *Ibid.*, B- β -5.

Under the institution of community property we are deprived of the pleasure derived from ownership of what each one possesses. While community property has advantages, still, leads to many disadvantages. In all probability life under it becomes difficult if not impossible.

We must be careful though, with the size of property. Socrates observes that each must possess as much property as it is necessary to live with piety. But it would be better for him to say that each one must possess what is necessary to live well, because while with a certain amount of property it is possible to live with piety, it may be impossible to live well¹.

Socrates also, according to Aristotle, in the discussion of property distribution does not take under consideration the increase in population but leaves birthrate unregulated because, as he points out, no matter how many children are born to some people, the ratio of the population to the number of lots will remain the same on the average because there will be people without children. But, as Aristotle points out, this cannot be stated with such mathematical accuracy².

It should be better to regulate birthrate first and then the distribution of property. The uncontrollable birthrate which prevails in most of the cities becomes the cause of poverty which leads to revolts and crimes³.

In the *Laws* Plato allows the increase of property up to a certain level but he forbids citizens to possess property larger than five times the size of the smallest lot possessed⁴. But in determining the highest limit of property he forgets to regulate the number of children that each person has the right to bring in the world. If this is not taken under consideration the purpose of the law cannot be achieved⁵.

The requirement for equality of property is not practical. The legislator must strive to give each individual property proportional to his needs. It is not also useful to legislate a medium size property for all, because the legislator must strive to equalize desires not property.

1. *Politics* B-γ-5.

2. *Ibid.*, B-γ-6.

3. *Ibid.*, B-γ-7; The Marshallian theory that poverty brings degradation.

4. *Ibid.*, B-δ-2.

5. *Ibid.*, B-δ-3.

But this cannot be achieved if the citizens are not properly trained by the laws.

Citizens are pushed to law violation not only to secure the necessities of life but also because they are not trained in such a way as to be satisfied with what they have and not what they desire if it is not theirs. They violate the laws not only because what they have is not enough to live but also because they desire more and also because they live a good life without being subject to the pains which such life requires ¹.

To cure all this, first, we must give to the poor small property and work; second, teach those who desire more to be thoughtful; third, teach those who desire a good life that they must not ask for more but for the life that can be sustained by their own work.

The public treasury must have sufficient money not only for use by public services but also for emergencies against dangers from abroad.

On the other hand there must not be great wealth in the treasury that will cause aggressive attitudes of neighbours and of stronger nations whose aggregation will not be able to repulse. But, on the other hand there must not be too little money that makes defense difficult even against equals ².

The desire for wealth is infinite because as soon as we get used to what we have, we need more and more. Equality of property cannot cure such sickly attitudes. All agree that the freedom of citizens from the care of acquiring the necessities of life is indispensable for political tranquility because in this way they will have the time to keep themselves busy with the affairs of the state. But it is not easy to determine how this can be done ³.

The reasons for mal distribution of property are defective property laws ⁴. As it was pointed out above, it is not enough to establish equality of property because this cannot be achieved without birth control. To this direction a number of measures were imposed by the Constitution of Crete. Eating little, for instance, was imposed as a useful measure. The

1. Politics B-8-7.

2. Ibid., p. B-8-9.

3. «Πρὸς δὲ τὴν ὀλιγοστίαν ὡς ὠφέλιμον πολλὰ πεφίλοσφόηκεν ὁ νομοθέτης, καὶ πρὸς τὴν διάσεισιν τῶν γυναικῶν, ἵνα μὴ πολυτεκνώσῃ, τὴν πρὸς τοὺς ἄρρενας ποιήσας ὀμιλίαν . . .». Πολιτικά B-ζ-5.

4. Πολιτικά B-στ-10.

divorce was also required from families which could not control their number of children. To neutralize the creation of illegal, illegitimate children, the Constitution recommended friendship with males¹.

To avoid the birth of many children the law must determine a maximum number of children for each family and if there is conception beyond the legal limit there must be abortion before life begins in the fetus. Illegal relationship among men or women when one of them is married must be forbidden and must not be excused in any way or for any reason².

Since Aristotle rejects community of property on the one hand and on the other admits that no citizen must lack food, to achieve the latter the country must be divided into two parts; one for private and the other for public use. The part assigned to public use must be devoted to the adoration of Gods and support of public tables (συσσίτιζ). Of the part assigned to individuals, a section must be located near the boundaries of the country and the other near the city and thus the distribution will be made according to the laws of justice.

The cultivation of land must be assigned to the slaves who must not belong to the same race and thus will not have the chance to be irritable by entering secret agreements and thus revolt³. Those of the slaves who cultivate private farms must belong to the individuals and those who cultivate public farms must belong to the state.

IX. Slaves.

Slaves according to Aristotle are live possessions. They are considered as instruments of production of the necessary means of life⁴. Aristotle distinguishes between servants who are necessary to creative men and slaves who are necessary to despots. Automation makes both unnecessary. A man's life is action and not creation. The slaves serve the needs related to action; but they are also possession and as such are subject to someone else's authority⁵.

1. B-ζ-5.

2. Z-ιδ-12.

3. Politics Z-θ-9.

4. Ibid., A-β-4. «Τὸ κτῆμα ὄργανον πρὸς ζωὴν ἐστί... καὶ ὁ δοῦλος κτῆμα τὸ ἔμψυχον».

5. Ibid., A-β-6.

In dealing with the institution of slaves Aristotle observes that there is confusion because by the same term we designate not only the natural slave but all forms of slavery. As natural slaves are designated those who are intended by nature to be slaves. In this case slavery is not violation of nature. «That some should rule and others be ruled is a thing not only necessary but expedient». The natural slaves are connected with their masters by community of interests. The master distinguishes himself not by the ability to acquire slaves but by the ability to use them as well ¹.

The other kind of slaves are the «legal slaves» (κατὰ νόμον δούλους) who become slaves as the outcome of war ². This kind of slavery is criticized by the lawyers who point out that it is inhuman if everyone who once was forced to surrender, to become definitely and continuously slave and become possession of a violent dynast who is stronger only in material force.

X. Monopoly.

The concept of monopoly is very well known to Aristotle. Especially the monopoly established to secure public revenues. The cities, in order to obtain revenues establish monopolies of foods ³. The mechanism of the operation of monopoly must be familiar not only to individuals but to politicians as well because when the city faces financial difficulties and needs money, they must know how they can get them through the establishment of monopoly. For this reason many politicians specialize only with this branch of political economy ⁴.

XI. Public Services charged with economic problems.

One of the city authorities is the one charged with the good operation of the market. There also must be supervisors whose task is to supervise exchanges and to see that the laws are obeyed by the participants in the exchange. Additional authorities have the task to receive

1. Ibid., A-β-23.

2. A-β-13-16.

3. Politics A-δ-6: «Πρὸς πορισμὸν χρημάτων συνιστῶσι μονοπώλειον τροφίμων».

4. Ibid., p. A-δ-8.

public revenues and to dispose them in addition to existing needs. They are called receivers or cashiers respectively and are responsible for the money ¹.

XII. Labor.

There are several kinds of labor; the highly skilled where luck plays a minor role; the heavy duty tasks where the body of those who work suffers great damage; the servitude tasks where are used only the bodies of those who work and the vulgar tasks which do not require any ability ².

1. *Ibid.*, s-e- 2 to 4.

2. A-8-3.

Η ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ
ΠΡΟΣ ΛΗΨΙΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

ὑπό
ΘΕΟΔΩΡΟΥ ΑΙΜ. ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΙΔΗ
Δρ. Ν., LL. Μ.

Η ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ ΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ
ΠΡΟΣ ΛΗΨΙΝ ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ

Υπό
ΘΕΟΔΩΡΟΥ ΑΙΜ. ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΙΔΗ

Συγκεφαλαίωσις :

1. Παρατηρήσεις ἐπὶ τῆς ἐννοίας τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ Διεθνὲς Δίκαιον.
2. Θεμελίωσις τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Διεθνοῦς Δικαστηρίου πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων.
3. Σκοπιμότης, περιεχόμενον καὶ ἔκτασις τῶν προσωρινῶν μέτρων.
4. I. Αἱ προϋποθέσεις τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων.
II. Ἐπείγων χαρακτήρ.
III. Πρόληψις οὐσιώδους βλάβης.
IV. Ἀντιστοιχία μεταξὺ τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσεως καὶ τῆς κυρίας ἀγωγῆς.
V. Prima-facie ὕπαρξις δικαιοδοσίας παρὰ τῷ Δικαστηρίῳ.
α. Διεθνῆς δικαιοδοσία
β. Πιθανὴ δικαιοδοσία
γ. Δυνατὴ δικαιοδοσία
5. Ἡ διαδικασία τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων.
6. Ὁ νομικὸς χαρακτήρ τῶν προσωρινῶν μέτρων.
7. Συνέπειαι ἐκ τῆς μὴ συμμορφώσεως πρὸς τὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασιν.

1. Οἱ ἱστορικὸι τίτλοι τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον δὲν ἔχουν καλυφθῆ εἰσέτι ὑπὸ τοῦ ἐπιχρίσματος τοῦ χρόνου. Τὰ μέτρα ταῦτα εἶχον ἐπὶ μακρὸν ἀγνοηθῆ ὑπὸ τοῦ διεθνοῦς δικαίου. Ἴσως τοῦτο ἐξηγεῖ τὴν ἱστορικὴν ἰδιορρυθμίαν τῆς πρώτης των ἐμφανίσεως εἰς τὰς σχέσεις τῶν κρατῶν τῆς Κεντρικῆς Ἀμερικῆς καὶ οὐχὶ εἰς τὸν εὐρωπαϊκὸν χῶρον, ὁ ὁποῖος — κατὰ μίαν εὐνόητον συγκυρίαν — εἶχε τὴν ἱστορικὴν ἀποκλειστικότητα τῆς διαμορ-

φώσεως καὶ ἀναπτύξεως τῶν μέχρι τότε θεσμῶν τῆς διεθνούς κοινότητος. Ἄλλὰ τὸ διεθνὲς δίκαιον δὲν ἔχει γεωγραφίαν¹.

Αἱ ἀναφερόμεναι μεταξὺ τῶν κρατῶν διαφοραὶ ἐμφανίζουσι συνήθως ἐντόνως δυναμικὸν χαρακτήρα. Τὰ προσωρινὰ μέτρα σκοποῦν εἰς τὴν τροχολιθίσιν τοῦ δυναμισμού τῶν διεθνῶν διαφορῶν μέχρι τῆς εἰρηκτικῆς ἐπιλύσεως αὐτῶν. Ταῦτα ἀποβλέπουσι εἰς τὴν διατήρησιν τοῦ status quo καὶ εἰς τὴν ἀποτροπὴν πάσης ἐπιδεινώσεως τῆς διαφύλαξιν, οὕτως ὥστε νὰ καταστή ἔφικτὴ ἡ ὀμαλὴ διευθέτησις ταύτης.

Εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον αἱ περὶ προσωρινῶν μέτρων διατάξεις ἐκτείνονται πέραν τοῦ πλαισίου τῆς διαιτητικῆς καὶ δικαστικῆς διαδικασίας. Ἡ ἀρμοδιότης πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων δὲν ἀπονέμεται μόνον εἰς διαιτητικὰ καὶ δικαστικὰ ὄργανα τῆς διεθνούς κοινότητος, ἀλλὰ καὶ εἰς πολιτικὰ τοιαῦτα, συλλογικῶν χαρακτήρος, τὰ ὅποια σκοποῦν ἔχουσι τὴν διαφύλαξιν τῆς διεθνούς εἰρήνης. Οὕτω, π.χ. τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας δύναται, βάσει τοῦ ἄρθρου 40 τοῦ Χάρτου, νὰ λαμβάνη προσωρινὰ μέτρα ἐν περιπτώσει ἀπειλῆς τῆς εἰρήνης, διαταράξεως τῆς εἰρήνης ἢ ἐπιθέσεως. Ἡ τοιαύτη ἀρμοδιότης τῶν πολιτικῶν ὀργάνων πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἀσχεῖται ἐπὶ διακρατικῶν διαφορῶν ἐντόνου πολιτικοῦ χαρακτήρος², αἱ ὅποια συνεπάγονται τὴν δημιουργίαν διεθνούς ἐντάσεως.

1. Ἡ οἰκομνημονικὴ τῆς διεθνούς δικαίου — τόσον ἐξ ἀπόψεως καθολικῆς συμμετοχῆς τῶν ὑποκειμένων αὐτοῦ, ὅσον καὶ ἐξ ἀπόψεως ἐνιαίας ἐφαρμογῆς τῶν κανόνων του — ἐξακολουθεῖ καὶ σήμερον νὰ ἀποτελεῖ τὴν κρατοῦσαν ἀρχὴν παρὰ τὴν ἐν αὐτῇ ὑπαρξίν οὐ μόνον εὐδαικρίτων, ἀλλὰ καὶ ἀπειλητικῶν βωγμῶν, προκαλουμένων ἐκ περιφερειακῶν διαφοροποιήσεων κατὰ τὴν ἐρμηνησίαν κανόνων παγκοσμίου ἰσχύος. *Donnedieu de Vabres, L'universalité du droit international* ἐν *Nouv. Revue D. I. Privé*, 1938, σ. 1 ἐπ. *Sauer, Universal principles in international law* ἐν *Grotius Society Transactions*, 1957, σ. 181 ἐπ. Συμφώνως πρὸς τὴν ἀπόφασιν τοῦ Δ.Δ.Δ.Δ. εἰς τὴν ὑπόθεσιν *Lotus*, «ἡ ἔννοια τῶν λέξεων «ἀρχαὶ τοῦ διεθνούς δικαίου» σημαίνει, συμφώνως πρὸς τὴν κοινὴν χρῆσιν αὐτῶν, τὸ διεθνὲς δίκαιον, τὸ ὅποιον ἰσχύει μεταξὺ πάντων τῶν ἐθνῶν, τῶν ἀποτελούντων μέρη τῆς διεθνούς κοινότητος» *P. C. I. J., Series A/B, no 22, σ. 16*. Βλ. ἐν τούτοις καὶ *Kunz, Pluralism of legal and value systems and international law* ἐν *A.J.I.L.*, 1955, σ. 370 ἐπ. *McDougal and Lasswell, The identification and appraisal of diverse systems of public order* ἐν *A.J.I.L.*, 1959, σ. 1 ἐπ.

2. Ἡ ἔκφρασις αὕτη δὲν ὑποδηλοῖ ἀποδοχὴν τῆς ἐπιστημονικῶς ἀπηρεχαιωμένης διακρίσεως τῶν διεθνῶν διαφορῶν εἰς νομικὰς καὶ πολιτικὰς τοιαύτας ἢ εἰς «δεκτικὰς» καὶ «μὴ δεκτικὰς» δικαστικῶν διακανονισμοῦ, παρὰ τὴν σαφῆ ἀναγνώρισιν τῆς τοιαύτης διακρίσεως εἰς τὸ ἄρθρον 36 (3) τοῦ Χάρτου τῶν Η.Ε., εἰς τὸ ἄρθρον 36 (2) τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Διεθνούς Δικαστηρίου καὶ τὴν καθιέρωσιν ταύτης εἰς ὠρισμένας διαιτητικὰς συνθήκας, ἀποκλειούσας τοῦ πεδίου ἐφαρμογῆς αὐτῶν τὰς διαφορὰς, αἱ ὅποια ἐπηρεάζουσι ἐπὶ ζωτικὰ συμπερόντα, τὴν ἀνεξαρτησίαν ἢ τὴν τιμὴν τῶν συμβαλλομένων μερῶν». Ἡ διάκρισις με-

Τῶν προσωρινῶν μέτρων, τὰ ὅποια λαμβάνονται ὑπὸ πολιτικῶν ὀργάνων, δεόν νά διακρίνονται τὰ προσωρινά μέτρα *stricto sensu*, ἤτοι τὰ ἔχοντα πλέον περιορισμένον χαρακτήρα καὶ λαμβανόμενα ὑπὸ τοῦ διεθνoῦς δικαιοδοτοῦ ἢ δικαστοῦ πρὸς διαφύλαξιν τῶν δικαιωμάτων τῶν διαδίκων μερῶν *pendente lite*. Καίτοι βεβαίως δὲν εἶναι θεωρητικῶς ἀπίθανος ἡ κατὰ περιεχόμενον ἐπικάλυψις τῶν μὲν ὑπὸ τῶν δὲ ἢ καὶ ἡ σύμπτωσης τῶν ἐν λόγῳ δύο κατηγοριῶν προσωρινῶν μέτρων³, καθίσταται ἐπιβεβλημένη ἡ διάκρισις αὐτῶν παρὰ τὰς μεταξὺ τῶν ὀφισταμένας ἀναλογίας.

Προσωρινά μέτρα εἶναι δυνατὸν νά ληφθοῦν εἰσέτι, καὶ δι' εἰδικῆς συμφωνίας, δι' ἧς διαφορά τις ὑποβάλλεται εἰς διεθνῆ δικαιοδοσίαν. Εἰς τὸ συνιστώμενον *ad hoc* δικαστήριον ἐνδέχεται νά ἀπονεμηθῇ ἡ δικαιοδοσία πρὸς ἐπίβλεψιν τῆς ἐκτελέσεως τῶν προσωρινῶν μέτρων, τῆς ἐκδικάσεως τῶν ἀναφυομένων ἐκ τῆς ἐφαρμογῆς αὐτῶν διαφορῶν ἢ τῆς συμπληρώσεως τούτων ἐν ἧ περιπτώσει κριθῇ ἀναγκαῖον. Οὕτως, ἡ συμφωνία ἐπὶ τῆς θεσπίσεως προσωρινοῦ καθεστῶτος εἰς τὴν ἕσιν *Buraimi* καὶ τὴν πέριξ αὐτῆς ἔρημον — διαφιλονικουμένην ὑπὸ τῆς Σαουδικῆς Ἀραβίας ἀφ' ἑνὸς καὶ τοῦ Σειχάτου τοῦ *Abu Dhabi* καὶ τῶν Σουλτανάτων τοῦ *Muscat* καὶ *Oman* ἀφ' ἑτέρου (ἐκπροσωποῦμένων ὑπὸ τῆς Μεγάλης Βρεταννίας) — ἀπετέλεσε τὴν θεμελιώδη προϋπόθεσιν διὰ τὴν συνομολόγησιν τῆς Δικαιοδοτικῆς Συμφωνίας τοῦ *Buraimi* (1954), ἐνῶ εἰς τὸ συσταθὲν μεταγενεστέρως δικαστήριον ἀπενεμήθησαν, ἀναφορικῶς πρὸς τὴν διατήρησιν τοῦ προσωρινοῦ καθεστῶτος, ἄπασαι αἱ ὡς ἄνω ἀναφερθεῖσαι ἀρμοδιότητες⁴. Εἰς τὴν περίπτωσιν αὐτὴν

ταξὺ νομικῶν καὶ πολιτικῶν διαφορῶν ἔχει προσδώσει «τὸ κύριον νομικῆς ἀρχῆς εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῶν κρατικῶν, τῶν μὴ φιλικῶς διακειμένων πρὸς οἰκονομικῶν ἀναγνώρισιν τῆς κυριαρχίας τοῦ δικαίου» *Lauterbach*, *The function of law in the international community*, Oxford, 1933. *De Visscher*, *Theory and reality in public international law*, Princeton, 1968, σ. 370 ἐπ. *Higgins*, *Policy considerations and the international judicial process* ἐν *I.C.L.Q.*, 1969, σ. 63 ἐπ.

³ Ἡ χρησιμοποιουμένη ἀνωτέρω ἔκφρασις «διαφοραὶ ἐντόνου πολιτικοῦ χαρακτήρος» ἀναφέρεται εἰς τὰς διαφορὰς ἐκείνας ἐκ τῶν ὁποίων ἐγείρονται ἀπαιτήσεις, μὴ ρυθμιζόμεναι ὑπὸ τοῦ ἰσχύοντος διεθνoῦς δικαίου, λόγῳ τῆς ἀβεβαίας εἰσέτι προσαρμογῆς αὐτοῦ πρὸς τὰς μεταβαλλομένας κοινωνικὰς ἀνάγκας τῆς διεθνoῦς κοινότητος. Τοῦτο βεβαίως δὲν σημαίνει ὅτι αἱ ἐν λόγῳ διαφοραὶ δὲν εἶναι δεκτικαὶ δικαστικῶν διακανονισμῶν, καίτοι θά ἦτο, ἐνδεχομένως, προτιμωτέρα ἢ ὑποβολὴ αὐτῶν εἰς πολιτικὴν τινα μέθοδον ἐπιλύσεως τῶν διαφορῶν.

³ Ἐνδέχεται εἰσέτι τὰ ὑπὸ τῶν δύο διαφορῶν φύσεως ὀργάνων λαμβανόμενα προσωρινά μέτρα νά εἶναι ἀντιθέτου περιεχομένου, ὅποτε, κατὰ τὴν ἐφαρμογὴν αὐτῶν, ἀνακύπτει τὸ δυσεπίλυτον πρόβλημα τῆς νομικῆς ὑπεροχῆς τῶν μὲν ἐπὶ τῶν δέ.

⁴ Βλ. σχετικῶς *Simpson and Fox*, *International arbitration*, London, 1959, σ. 139, 162.

τῆς θεσπίσεως προσωρινῶν μέτρων δι' εἰδικῆς συνθήκης καὶ τοῦ ἐλέγχου τῆς ἐφαρμογῆς αὐτῶν ὑπὸ τινος ad hoc δικαστηρίου, τὰ μέτρα ταῦτα προσλαμβάνουν σαφῆ μορφήν μέτρων προσωρινῆς διαχειρίσεως.

Εἰς τὸ διεθνὲς δικονομικὸν δίκαιον ὁ ὅρος προσωρινὰ μέτρα περιλαμβάνει ἅπαντα τὰ μέτρα, τὰ ὅποια εἰς τὸ ἐσωτερικὸν δίκαιον χαρακτηρίζονται ὡς συντηρητικὰ ἢ προφυλακτικὰ ἢ ἀσφαλιστικὰ⁵. Ἔνεκα τούτου ἡ λεξιλογικὴ πολιτογράφησις τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ὀρολογίαν τοῦ διεθνoῦς δικαίου ὡς *mesures provisoires*, *mesures conservatoires* ἢ *provisional measures*, *interim measures* στερεῖται ἰδιαίτερας σημασίας ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὸν τύπον, ὃν περιβάλλονται, ἢ τὸ περιεχόμενον αὐτῶν. Εἶναι ἀληθές, ὅτι τὰ προσωρινὰ μέτρα εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ διεθνoῦς δικαίου ἐμφανίζουσιν σαφεῖς νομικὰς ἀναλογίας πρὸς τὰ ἀντίστοιχα μέτρα τοῦ δικονομικοῦ συστήματος τοῦ ἐσωτερικοῦ δικαίου. Παρὰ ταῦτα, δὲν πρέπει νὰ παρορᾷται τὸ γεγονός, ὅτι αἱ νομικαὶ καὶ πραγματικαὶ καταστάσεις, αἱ ὅποιαί θεμελιούν καὶ ὑπαγορεύουσιν τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ ἐσωτερικὸν δίκαιον, διαφέρουσιν οὐσιαστικῶς ἐκείνων τῆς διεθνoῦς κοινότητος⁶. Εἰς μίαν ἔννομον τάξιν, θεμελιουμένην — ἐξ ἀπόψεως πολιτικῆς — ἐπὶ τῆς ἀρχῆς τῆς ὑποταγῆς, ἢ ἐπέμβασις τῆς δικαστικῆς ἐξουσίας, περιορίζουσης προσωρινῶς τὴν δραστηριότητα τῶν διαδίκων πρὸς τὸ συμφέρον τῆς ὀμαλῆς διεξαγωγῆς τῆς διαδικασίας ἢ τῆς προτοιμασίας τῆς ἀποφάσεως καὶ τῆς ἐκτελέσεως αὐτῆς ἢ τῆς διατηρήσεως τοῦ status quo, δὲν συνεπάγεται τὰς δυσχερείας, αἱ ὅποιαί ἀπορρέουσιν ἐκ τῆς ἰδιορρύθμου φύσεως τοῦ συστήματος τοῦ δικαστικοῦ διακανονισμοῦ τῶν διεθνῶν διαφορῶν.

Ἡ διεθνὴς τάξις δὲν ἔχει ἱεραρχικὴν δομήν, ἐνῶ παραλλήλως στερεῖται ὑπερκειμένης ἐξουσίας, ἐλεγχούσης ἀποτελεσματικῶς τὸν διάλογον τῶν συγκρουομένων ἔθνικῶν συμφερόντων. Ὁ χαρακτηρισμὸς τοῦ διεθνoῦς δικαίου, ὡς δικαίου ὁμοταξίας, ἀποτελεῖ συνέπειαν τοῦ ἐπιμερισμοῦ τῆς ἐξουσίας μεταξὺ κυριάρχων κρατῶν, τὰ ὅποια — περιορίζοντα ἰδίᾳ βουλήσει τὴν κυριαρχίαν αὐτῶν — συναινοῦν, ἀμέσως ἢ ἐμμέσως, εἰς τὴν ὑποβολὴν τῶν μεταξὺ τῶν ἀναφουομένων διαφορῶν εἰς διεθνῆ δικαστικὰ ὄργανα⁷. Ὅθεν, ἡ διεθνὴς

5. Βλ. Σταυροπούλου, Ἑρμηνεία τοῦ Κώδικος Πολιτικῆς Δικονομίας, Ἀθῆναι, 1969, σ. 929 ἐπ.

6. Guggenheim, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire* ἐν R.C.A.D.I., 1932, τ. II, σ. 651 ἐπ.

7. Διὰ τὴν ἀναμφισβήτητον ταύτην ἀρχὴν τοῦ διεθνoῦς δικαίου βλ. P. C. I. J., Series A, no 2, σ. 10 (Ἔγθεσις Μαυρομαμάτη). P. C. I. J., Series A, no 15, σ. 22 (Ἔγθεσις Δικαιωμάτων Μειονοτήτων ἐν Ἄνω Σιλεσίᾳ, Μειονοτικὰ Σχολεῖα). I. C. J., Reports, 1950, σ. 65, 74 (Ἔγθεσις Ἑρμηνείας Συνθηκῶν Εἰρήνης - Πρώτη Φάσις). I. C. J.

δικαιοσύνη θεμελιούται βασικῶς ἐπὶ συνθηκῶν ἢ συνυποσχετικῶν, ἀποτελούντων τὴν ἔκφρασιν τῆς βουλήσεως τῶν μερῶν. Παρακκαμπτομένου τοῦ ἀκανθώδους θέματος τοῦ διαιρετοῦ ἢ μὴ χαρακτηρῶς τῆς κυριαρχίας, δεόν νὰ σημειωθῇ ὅτι ἡ ὑπὸ τῶν κρατῶν ἀπαλλοτριώσεις ὀρισμένων κυριαρχικῶν τῶν δικαιωμάτων πρὸς τὸν σκοπὸν τοῦ διακανονισμοῦ μιᾶς διαφορᾶς διὰ τινος ὀριστικῆς καὶ παραγούσης δεδिकाσμένου ἀποφάσεως, δὲν σημαίνει καὶ ἐγκατάλειψιν τῆς κυριαρχικῆς τῶν ἐξουσίας, ὅπως δροῦν ἐλευθέρως μέχρι τῆς ἐπιλύσεως τῆς διαφορᾶς ἢ, εἰσέτι, ἀποδοχῆν προσωρινῶν — ἀλλὰ οὐχὶ ἀναγκαιῶς καὶ βραχυχρονίων — παρεμβάσεων εἰς τὸ «ἐπιφυλασσόμενον πεδίων» αὐτῶν ὑπὸ τὴν μορφήν τῆς ἐπιβολῆς ἐνὸς καθεστώτος, μὴ ἐξυπηρετοῦντος τὰ συμφέροντά' των. Οὕτω, τὸ πρῶτον στοιχεῖον τῆς προβληματικῆς τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον ἀφορᾷ εἰς τὴν ὑπαρξίν ἢ μὴ συμφυοῦς τινος ἀρμοδιότητος τῶν διεθνῶν δικαιοδοτικῶν ὀργάνων πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων, ὡσάκτις θεωρηθῇ ὅτι ταῦτα ἀπαιτοῦνται ὑπὸ τοῦ συμφέροντος τῆς ἀπονομῆς τῆς δικαιοσύνης. Εἶναι βεβαίως προφανές, ὅτι οὐδεμία δυσχέρεια ὑφίσταται, ὡσάκτις ἡ τσιαυτὴ ἀρμοδιότης προβλέπεται ὑπὸ τῆς ἰδρυτικῆς τοῦ δικαστηρίου συνθήκης ἢ τοῦ συνυποσχετικοῦ. Τὸ πρόβλημα ἀναφέεται μόνον ἐν περιπτώσει ἐλλείψεως τῆς συναινέσεως τῶν μερῶν ἢ ἀντιρρήσεως ἐνὸς ἐξ αὐτῶν ἢ καὶ ἀμφοτέρων.

Ἄποποιούμενοι πᾶσαν πρόθεσιν ἐπιλύσεως τοῦ δυσχεροῦς αὐτοῦ προβλήματος⁸, περιοριζόμεθα νὰ ἀναφερθῶμεν εἰς τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασιν τοῦ Οὐγγρο-Ρουμανικοῦ Μικτοῦ Διαιτητικοῦ Δικαστηρίου εἰς τὴν ὑπόθεσιν Ungarische Erdgas Aktiengesellschaft, ἡ ὁποία συνοψίζει ἐπιτυχῶς τὰ δεδομένα τοῦ προβλήματος καὶ προδιαγράφει τὴν λύσιν αὐτοῦ :

«Δὲν δύναται νὰ καταστῇ νοητὸν τινι τρόπῳ προσωρινόν τι μέτρον, ληφθὲν ὑπὸ τοῦ παρόντος Δικαστηρίου ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς ἀρμοδιότητος αὐτοῦ,

Reports, 1954, σ. 19, 32 (Ἐπίθεσις Νομισματικοῦ Χρυσοῦ). Πρβλ. D e r e v i t z k y, Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, Paris, 1932, σ. 117. K e l s e n, Principles of international law, New York, 1952, σ. 380. S c h w a r z e n b e r g e r, International law as applied by international courts and tribunals, London, 1957, σ. 53.

8. B. G u g g e n h e i m, ἔνθ' ἄν., σ. 653 ἐπ. D u m b a u l d, Interim measures of protection in international controversies, The Hague, 1932, σ. 181. C o c c a t r e - Z i l g i e n, Les mesures conservatoires en droit international ἐν Revue Egypte - Z i l g i e n, Les mesures conservatoires en droit international ἐν Revue Egypte - Z i l g i e n, 1955, σ. 80 ἐπ. F i t z m a u r i c e, The law and procedure of the International Court of Justice, 1951 - 1954 ἐν B. Y. I. L. J., 1958, σ. 115 ἐπ. D e l b e z, Les principes généraux du contentieux internationaux, Paris, 1932, σ. 117.

θά ἐξακριβηρίζετο ὡς παραβίασις τῆς κυριαρχίας τοῦ ἐναγομένου κράτους ἢ ὡς μομφὴ ἔναντι αὐτοῦ· κατὰ μείζονα λόγον δὲν δύναται νὰ καταστῇ νοητὴ ἢ ἀποψις συμφώνως πρὸς τὴν ὁποίαν μία καταδικαστικὴ ἀπόφασις ἐπὶ τῆς κυρίας ὑποθέσεως θὰ ἐπέβητο τὴν κυριαρχίαν (τοῦ ἐναγομένου κράτους), ἐνῶ μία ἀπλῆ διαταγὴ περὶ διατηρήσεως πραγματικῆς τινος καταστάσεως θὰ παρεβίαζε ταύτην καὶ θὰ ἀπετέλει μομφήν»⁹.

Τὸ ἀπορρέον ἐκ τοῦ προβλήματος αὐτοῦ νομικὸν δίλημμα καθιστᾷ σαφές, ὅτι ἡ ἀρμοδιότης πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων, συνιστώσα διέφυγσιν τῆς δικαιοδοσίας τῶν διεθνῶν διαιτητικῶν ἢ δικαστικῶν ὀργάνων, ἔχει ἐξαιρετικὸν χαρακτῆρα. Ἡ φύσις τοῦ διεθνoῦς δικαιοδοτικοῦ συστήματος ἐπιβάλλει οὕτω τὴν ὑπὸ τῶν δικαστηρίων καὶ τῶν διαδίκων ἀντιμετώπισιν τῶν προσωρινῶν μέτρων βάσει τοῦ ἐξαιρετικοῦ χαρακτῆρος αὐτῶν. Τοῦτο σημαίνει, ὅτι ἡ αἰτήσις περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων δέον νὰ αἰτιολογῆται καὶ νὰ ὑπαγορεύεται ὑπὸ ἐξαιρετικῶν περιστάσεων καὶ ἰδίᾳ ὑπὸ τῆς βασίμου πιθανολογήσεως, ὅτι τὸ ἕτερον τῶν διαδίκων μερῶν θὰ προβῆ εἰς ἐνεργείας ἐπιβλαβεῖς διὰ τὰ δικαιώματα τοῦ αἰτούντος. Εἰς τὴν πιθανολόγησιν ταύτην, ὡς παρατηρεῖ ὁ Hambro, δέον νὰ ἀποδοθῇ ἐξαιρετικὸς χαρακτῆρ καὶ οὐχὶ εἰς τὸ μέτρον τῆς παροχῆς προσωρινῆς προστασίας¹⁰.

Ἡ εἰσαγωγὴ τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον ἐπραγματοποιήθη ἀρχικῶς ὑπὸ ἀρνητικὴν μορφὴν, ἤτοι διὰ τῆς θεσπίσεως τῆς ὑποχρεώσεως μὴ μεταβολῆς τῆς ὑφισταμένης καταστάσεως, ἕνα καταστῆ εὐχερῆς ἢ ἐπιλύσις ἀναφρομένης τυχόν διαφορᾶς. Ἡ καινοτόμος, διὰ τὴν ἐποχὴν τῆς ἐμφανίσεώς της, διάταξις αὕτη περιελήφθη εἰς τὴν συναφθεῖσαν μεταξύ τῶν κρατῶν τῆς Κεντρικῆς Ἀμερικῆς συνθήκην ὑποχρεωτικῆς διαιτησίας (ἄρθρ. 11), τῆς 20 Ἰανουαρίου 1902¹¹. Ἡ λήψις προσωρινῶν μέτρων ἀποκτᾷ θετικὸν περιεχόμενον διὰ τῆς μεταβιβάσεως τῆς σχετικῆς ἀρμοδιότητος ἐκ τοῦ πεδίου τῆς βουλήσεως τῶν συμβαλλομένων μερῶν εἰς τὸν χώρον τῆς ὑποχρεωτικῆς δικαιοδοσίας τῶν διεθνῶν δικαστικῶν ὀργάνων. Τοῦτο ἐπετεύχθη τὸ πρῶτον διὰ τῆς ἰδρυτικῆς τοῦ Δικαστηρίου τῆς Κεντρικῆς Ἀμερικῆς συνθήκης, τῆς 20 Δεκεμβρίου 1907. Δυνάμει τοῦ ἄρθρου 18 τῆς ἐν λόγω συνθήκης τὸ Δικαστήριον, κατόπιν αἰτήσεως ἐνὸς τῶν μερῶν, ἠδύνατο νὰ προσδιορίσῃ

9. Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, τ. V, σ. 955.

10. Hambro, The binding character of the provisional measures of protection indicated by the International Court of Justice ἐν Rechtsfragen der Internationalen Organization, Festschrift für Hans Wehberg, 1956, σ. 166.

11. Βλ. σχετικῶς Dumbauld, ἐνθ' ἀν., σ. 92 ἐπ. Guggenheim, ἐνθ' ἀν., σ. 660 ἐπ.

τὸ καθεστώς, τὸ ὅποῖον ἔπρεπε νὰ διατηρηθῇ ὑπὸ τῶν διαδίκων μέχρι τῆς ἐκδόσεως τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως. Ἐκτοτε, ἡ ἀρχὴ τῆς παροχῆς προσωρινῆς προστασίας πραγματοποιεῖται λαμπρὰν σταδιοδρομίαν εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον, περιληφθεῖσα εἰς τὰς Συνθήκας Bryan, τὸ Καταστατικὸν τοῦ Διαρκοῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης καὶ ἐν συνεχείᾳ τοῦ Διεθνoῦς Δικαστηρίου, εἰς πλείστας ἄλλας διεθνεῖς συνθήκας — ἐνίοτε ὑπὸ τὴν μορφήν τῆς ὑποχρεώσεως πρὸς ἀποχὴν — μεταξὺ τῶν ὁποίων ἡ Γενικὴ Πράξις διὰ τὸν Εἰρηρηνικὸν Διακανονισμὸν τῶν Διεθνῶν Διαφορῶν τοῦ 1928 καὶ ἡ ἀναθεωρημένη τοιαύτη, τῆς 28 Ἀπριλίου 1949¹², ὡς καὶ εἰς τοὺς ὑπὸ τῆς Ἐπιτροπῆς Διεθνoῦς Δικαίου ἐκπονηθέντας «προστύπους κανόνας διαιτητικῆς διαδικασίας»¹³.

2. Ἡ δικαιοδοσία τοῦ Διεθνoῦς Δικαστηρίου πρὸς λήψην προσωρινῶν μέτρων ἀπορρέει ἐκ τῶν εἰδικῶν διατάξεων τοῦ ἄρθρου 41 τοῦ Καταστατικoῦ αὐτοῦ¹⁴. Ἡ πρώτη παράγραφος τοῦ ἐν λόγῳ ἄρθρου, ἐπαναλαμβάνουσα αὐτολεξεῖ¹⁵ τὴν ἀντίστοιχον παράγραφον τοῦ ταυταριθμοῦ ἄρθρου τοῦ Καταστατικoῦ τοῦ Διαρκoῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης¹⁶, ἔχει ὡς ἀκολούθως :

«Τὸ Δικαστήριον, ἐὰν νομίξῃ ὅτι τοῦτο ἐπιβάλλεται ὑπὸ τῶν περιστάσεων, θὰ ἔχη τὴν ἐξουσίαν νὰ λαμβάνῃ οἰονδήποτε προσωρινὸν μέτρον, ὅπερ θὰ ἔδει νὰ ληφθῇ πρὸς διαφύλαξιν τῶν οἰκείων δικαιωμάτων ἐκάστου μέλους».

Ἡ ἀνωτέρω διάταξις διασαφηνίζεται δικονομικῶς ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 61 τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου. Τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικoῦ, καίτοι εἶναι ἀμφίβολον ἂν δύναται νὰ θεωρηθῇ ὡς δηλωτικὸν μιᾶς γενικῆς ἀρχῆς τοῦ διεθνoῦς δικονομικοῦ δικαίου, θεμελιοῦ δικαιοδοσίαν τινά, συνιστῶσαν μίαν

12. 71, United Nations Treaty Series, σ. 101.

13. Reports of the International Law Commission covering the work of its Tenth Session, April 28 - July 4, 1958; United Nations General Assembly Official Records : Thirteenth Session, Supplement no 9 (A/3859).

14. I. C. J., Reports, 1952, σ. 102.

15. Εἰς τὸ ἀγγλικὸν κείμενον τοῦ ἄρθρου 41 τοῦ Καταστατικoῦ τοῦ Διεθνoῦς Δικαστηρίου ἔχει ἀντικατασταθῆ ἡ λέξις «reserve» τοῦ ἀντιστοίχου ἄρθρου τοῦ Καταστατικoῦ τοῦ Δ.Δ.Δ.Δ. διὰ τῆς λέξεως «preserve». Τοῦτο ἐγένετο πρὸς διόρθωσιν τυπογραφικοῦ λάθους τοῦ ἀρχικοῦ κειμένου. Βλ. Hudson, The Permanent Court of International Justice, 1920 - 1942, New York, 1943, σ. 199, ὕποσ. 84. Τὸ ὅ αὐτοῦ, The twenty-fourth year of the World Court ἐν Α. J. I. L., 1946, σ. 37.

16. Εἰς τὰς ἀκολουθοῦσας σελίδας τὸ Διεθνὲς Δικαστήριον καὶ τὸ Διαρκὲς Δικαστήριον Διεθνoῦς Δικαιοσύνης θὰ ἐξετάζωνται ὡς ἐν καὶ τὸ αὐτὸ Δικαστήριον, ἰδίᾳ δὲ ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν νομολογίαν αὐτῶν.

των ἐκφάνσεων τῆς παρεπομένης ἢ συμπτωματικῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου¹⁷, ἢ ὅποια, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὴν κυρίαν τοιαύτην, δὲν ἐρείδεται ἐπὶ τῆς ἀμέσου ἢ τῆς ρητῆς βουλήσεως τῶν διαδίκων.

Ἀρνητικῶς προσδιοριζομένη ἢ παρεπομένη ἢ συμπτωματικὴ δικαιοδοσία εἶναι ἡ ἀσκουμένη ἐπ' εὐκαιρίᾳ τῆς ἐξετάσεως παντὸς μὴ ταυτιζομένου πρὸς τὴν κυρίαν ὑπόθεσιν θέματος, τὸ ὁποῖον ὅμως ἀναφέρεται εἰς ταύτην ἢ εἰς τὴν ἐπ' αὐτῆς ληφθεῖσαν ἀπόφασιν. Ἐξ ἀπόψεως θεμελιώσεως καὶ ἀσκήσεως ἢ ἐν λόγῳ δικαιοδοσία διέπεται ὑπὸ τῶν σχετικῶν διατάξεων τοῦ Καταστατικοῦ καὶ τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου. Δοθέντος ὅμως ὅτι οἱ διάδικοι εἶναι συμβαλλόμενα μέρη εἰς τὸ Καταστατικὸν ἢ ἀποδέχονται τὰς διατάξεις αὐτοῦ¹⁸, καθίσταται προφανές, ὅτι ἡ παρεπομένη ἢ συμπτωματικὴ δικαιοδοσία τοῦ Δικαστηρίου, μορφήν τῆς ὁποίας ἀποτελεῖ καὶ ἡ δικαιοδοσία πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων, ἐρείδεται ἐπὶ τῆς συναινέσεως τῶν μερῶν, ταύτης ὅμως μὴ ἐκφραζομένης ρητῶς, ἀλλὰ ἀπυρρενύσης ἐκ τῆς συνεπαγομένης βουλήσεως τῶν διαδίκων.

Ἔσον ἀφροῦ εἰς τὴν λήψιν τῶν προσωρινῶν μέτρων δέον νὰ διευκρινισθῇ ἐνώπιόν του ὅτι, ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τῆς νομολογίας τοῦ Δικαστηρίου, ἡ παρεπομένη ἢ συμπτωματικὴ δικαιοδοσία αὐτοῦ δὲν παρακολουθεῖ τὴν κυρίαν τοιαύτην, ὑπὸ τὴν ἔννοιαν ὅτι ἀναγκαῖα προϋπόθεσις ἀσκήσεως τῆς πρώτης εἶναι ἡ ὑπαρξίς δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς ἀχθείσης ὑποθέσεως. Ἡ σκοπιμότης τῶν προσωρινῶν μέτρων διὰ τὴν ἀσκήσιν τῆς κυρίας δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου ἢ τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἐκδοθείσης ἀποφάσεως θὰ ἐτίθετο ἐν ἐμφιβόλῳ ἢ θὰ ἐξεμηδενίζετο, ἂν τὰ μέτρα ταῦτα δὲν ἠδύνατο νὰ ληφθοῦν πρὸ τῆς ἀποσαφηνήσεως τοῦ ζητήματος τῆς ὑπάρξεως ἢ μὴ κυρίας δικαιοδοσίας παρὰ τῷ Δικαστηρίῳ. Ἀλλὰ περὶ αὐτοῦ θὰ ἐπανέλθωμεν ἐν ἐκτάσει κατωτέρω (§ 4, V).

17. Βλ. Κ ρ ί σ π η, Τὸ Διεθνὲς Δικαστήριον τοῦ Ο.Η.Ε., Ἀθήναι, 1959, σ. 155. R o s e n n e, The law and practice of the International Court, Leyden, 1965, σ. 318, 422 ἐπ.

18. Συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρον 35 (1) τοῦ Καταστατικοῦ «εἰς τὸ Δικαστήριον θὰ δύνανται νὰ προσφεύγουν τὰ συμβαλλόμενα εἰς τὸ παρὸν Καταστατικὸν μέρη», ἦτοι τὰ κράτη-μέλη τοῦ Ο.Η.Ε. ὡς καὶ τὰ κράτη μὴ μέλη αὐτοῦ ἐν σχέσει πρὸς τὰ ὁποῖα ἐτηρήθη ἢ ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 93 (2) τοῦ Χάρτου προβλεπομένη διαδικασία. Δυνάμει τῆς διατάξεως τῆς παρ. 2 τοῦ ἄρθρου 35, ἕτερα κράτη, μὴ ἀποτελοῦντα συμβαλλόμενα μέρη εἰς τὸ Καταστατικὸν συμφώνως πρὸς τὴν προηγουμένην παράγραφον, θὰ δύνανται νὰ προσφεύγουν εἰς τὸ Δικαστήριον ὑφ' οὗς ἕρως ἤθελε καθορίσει τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας. Διὰ τῆς ἀποφάσεως τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας τῆς 15 Ὀκτωβρίου 1946 (SCOR, 1st year, 76th Mtg, S/169) ἐτέθη ὡς ἕρως, inter alia, ἡ ὑπὸ τοῦ μὴ συμβαλλομένου εἰς τὸ Καταστατικὸν κράτους ἀποδοχὴ τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου «συμφώνως πρὸς τὸν Χάρτην τῶν Η.Ε. καὶ τοὺς ἕρως καὶ προϋποθέσεις τοῦ Καταστατικοῦ καὶ τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου».

3. Ὁ θεμελιώδης νομικὸς σκοπὸς τῶν προσωρινῶν μέτρων εἶναι ἡ διαφύλαξις τῶν δικαιωμάτων τῶν μερῶν *pendente lite*. Ἡ διὰ τοῦ Καταστατικοῦ εἰς τὸ Δικαστήριον ἀπονομὴ τῆς δικαιοδοσίας πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων καθίσταται ἀπολύτως ἀναγκασία, ἵνα διασφαλισθῇ ὅτι ἡ ὀριστικὴ ἀπόφασις τούτου θὰ εἶναι δεκτικὴ ἐκτελέσεως, ἥτοι ὅτι δὲν θὰ ἀποτελῇ πλατωνικὴν ἀναγνώρισιν ὀρισμένων δικαιωμάτων, τὰ ὅποια θὰ ἔχουν καταλυθῇ διὰ τῶν ἐνεργειῶν ἐνὸς τῶν διαδίκων κατὰ τὸν ἀπαιτούμενον διὰ τὴν διεξαγωγὴν τῆς διαγωνιστικῆς διαδικασίας χρόνον. Ὡς ἐδήλωσεν ὁ δικαστὴς Rolin Jacquemyns, διὰ τῆς διισταμένης γνώμης (*dissenting opinion*) αὐτοῦ εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Πολωνικῆς Ἀγροτικῆς Μεταρρυθμίσεως, ἡ λήψις προσωρινῶν μέτρων θὰ διηκολύνε τὴν ἔρσιν τῆς παραβιάσεως δικαιώματός τινος, διὰ τῆς διατηρήσεως αὐτοῦ *in specie* μᾶλλον ἢ διὰ τῆς ἀποζημιώσεως, ἕνεκα τῆς ἀπωλείας τούτου¹⁹.

Ἡ ἀπαγόρευσις πάσης πράξεως, δυναμένης νὰ ματαιώσῃ τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως, ἀπετέλεσε τὴν ἀκρογωνιαίαν ἀρχὴν τῆς νομολογίας τοῦ Δικαστηρίου ἐν σχέσει πρὸς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Καταγγελίας τῆς Συνθήκης Κίνας - Βελγίου, ὁ πρόεδρος τοῦ Διαρκοῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης Max Huber, δυνάμει τῆς ἀπονεμηθείσης εἰς αὐτὸν ἀρμοδιότητος διὰ τοῦ τότε ἐν ἰσχύϊ Κανονισμοῦ (καὶ ἔκτοτε τροποποιηθέντος), ἐξέδωκε, τὴν 8 Ἰανουαρίου 1927, ἀπόφασιν λήψεως προσωρινῶν μέτρων, εἰς τὴν ὁποίαν ἐδηλοῦτο, ὅτι «τὸ ἀντικείμενον τῶν προβλεπομένων ὑπὸ τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Δικαστηρίου μέτρων προσωρινῆς προστασίας εἶναι ἡ διαφύλαξις τῶν δικαιωμάτων τῶν μερῶν, ἐκχρεμούσης τῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου»²⁰. Τὰ δικαιώματα ταῦτα, ἥτοι «τὰ ἐπιφυλασσόμενα εἰς τὸ Βέλγιον καὶ τοὺς ἐν Κίνα διαβιοῦντας Βέλγους ὑπηκόους, βάσει τῆς Συνθήκης τῆς 2 Νοεμβρίου 1865, ὡς καὶ τὰ ἀπορρέοντα ἐκ τοῦ μὴ συμβατικοῦ δικαίου»²¹ — ἠδύνατο νὰ προσβληθῶν ἐξ ὀρισμένων ἐνεργειῶν τῆς κινεζικῆς κυβερνήσεως. Ἡ ἔκφρασις «διαφύλαξις τῶν δικαιωμάτων τῶν μερῶν», ὡς ἡρμηνεύθη μεταγενεστέρως ὑπὸ τοῦ Διαρκoῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἐταιρείας τῆς Σόφιας²², σημαίνει ὅτι, ἐκχρεμούσης τῆς ἀποφάσεως ἐπὶ τῆς κυρίας ὑποθέσεως, τὰ διάδικα μέρη δεόν ἀνά ἀπέχουν παντός μέτρου δυναμένου νὰ ἀποβῇ ἐπιζήμιον διὰ τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἐκδόθησομένης ἀποφάσεως».

19. P. C. I. J., Series A/B, no 58, σ. 180 (Δισταμένη Γνώμη - *Dissenting Opinion*).

20. P. C. I. J., Series A, no 8, σ. 6.

21. Αὐτόθι, σ. 7-8.

22. P. C. I. J., Series A/B no 79.

Ἡ ἀρχὴ αὕτη, ἐν σχέσει πρὸς τὴν σκοπιμότητα τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἀπορρέει ὡσαύτως καὶ ἐκ τῆς ἀποφάσεως τοῦ Διαρκoῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης ἐπὶ τῆς ὑπόθεσεως τῆς Πολωνικῆς Ἀγροτικῆς Μεταρρυθμίσεως. Τὸ Δικαστήριον ἀπέρριψε τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων γερμανικὴν αἴτησιν διὰ τῆς ὁποίας ἐκαλεῖτο νὰ ἀναστείλῃ, εἰς πάσας τὰς μελλοντικὰς περιπτώσεις, τὴν ἐπὶ τῶν γερμανικῆς καταγωγῆς Πολωνῶν ὑπάρχον ἐφαρμογὴν τοῦ πολωνικοῦ νόμου περὶ ἀγροτικῆς μεταρρυθμίσεως. Τὸ Δικαστήριον ἤχθη εἰς τὸ συμπέρασμα, ὅτι τὰ αἰτούμενα προσωρινὰ μέτρα, συνεπαγόμενα γενικὴν ἀναστολὴν τῆς ἀγροτικῆς μεταρρυθμίσεως, ὄσον ἀφορᾷ εἰς τοὺς γερμανικῆς καταγωγῆς Πολωνοὺς ὑπάρχους, δὲν ἠδύνατο νὰ θεωρηθοῦν ὡς ἀποκλειστικῶς σκοποῦντα εἰς τὴν διαφύλαξιν τοῦ ἀντικειμένου τῆς διαφορᾶς. Συμφώνως πρὸς τὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου «ἡ Θεμελιώδης προϋπόθεσις, ἡ ὁποία δέον ἀναγκασίως νὰ πληροῦται ἕνα αἰτιολογῆται ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησις, ἐὰν ταῦτα ἐπιβάλλονται ὑπὸ τῶν περιστάσεων, εἶναι ὅτι τὰ τοιαῦτα μέτρα θὰ πρέπει νὰ ἔχουν ὡς ἀποτέλεσμα τὴν προστασίαν τῶν δικαιωμάτων, τῶν συνιστῶντων τὸ ἀντικείμενον τῆς εἰς τὸ Δικαστήριον ἀχθείσης διαφορᾶς»²³. Ὅθεν, τῆς προϋποθέσεως ταύτης μὴ πληρουμένης εἰς τὴν προκειμένην περίπτωσιν, τὸ Δικαστήριον ἀπέρριψε τὴν αἴτησιν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων.

Εἰς τὴν ἰδίαν ὑπόθεσιν ὁ δικαστὴς Anzilotti, εἰς ἐκ τῶν τεσσάρων μειονοψηφησάντων δικαστῶν, προσδιώρισε, κατὰ τρόπον ἐξαιρετικῶς ἐπιτυχῆ, τὸ ἀντικείμενον τῶν προσωρινῶν μέτρων, τὰ ὅποια ἠδύνατο νὰ λάβῃ τὸ Δικαστήριον. Οὗτος, καίτοι συμφωνήσας πρὸς τὸ διατακτικὸν τῆς ἀποφάσεως τοῦ Διαρκoῦς Δικαστηρίου, ἀλλὰ μὴ δυναθεὶς νὰ προσυπογράψῃ τὸ αἰτιολογικὸν αὐτῆς, ἐδήλωσεν, ὅτι τὸ κύριον χαρακτηριστικὸν τῆς διαδικασίας τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἡ *summa cognitio*, ἐπιτρέπει νὰ ληφθῇ ὑπ' ὄψιν «ἡ δυνατότης τοῦ διεκδικουμένου ὑπὸ τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως δικαιώματος καὶ ἡ δυνατότης τοῦ κινδύνου εἰς ὃν θὰ ἐξετίθετο τὸ δικαίωμα τοῦτο»²⁴. Τὰ προσωρινὰ μέτρα θὰ ἔπρεπε νὰ ἀποσοβήσουν τὴν δυνατότητα τοῦ κινδύνου, εἰς ὃν θὰ ἐξετίθετο τὸ ἐν λόγῳ δικαίωμα, προστατεύοντα τοῦτο προσωρινῶς.

Τὸ Διεθνὲς Δικαστήριον δὲν παρεξέκλινε τῆς νομολογίας τοῦ προκατόχου του ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω σημείου. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., τὸ Δικαστήριον ἐπεβεβαίωσεν, ὅτι τὸ ἀντικείμενον τῶν ὑπὸ τοῦ Καταστατικοῦ προβλεπομένων προσωρινῶν μέτρων εἶναι «ἡ διαφύλαξις τῶν δι-

23. P. C. I. J., Series A/B, n° 58, σ. 177.

24. Αὐτόθι, σ. 181.

καιωμάτων ἐκάστου μέρους διὰ τὸν μέχρι τῆς ἐκδόσεως τῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου χρόνον»²⁵.

Ὅμοιως, εἰς τὴν ὑπόθεσιν *Interhandel* τὸ Δικαστήριον, ἀπορρίψαν τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν τῆς ἐλβετικῆς κυβερνήσεως ἐδήλωσεν, ὅτι ἢ ἐπὶ τῆς ὡς ἄνω αἰτήσεως ἐνέργεια προϋπέθετε νὰ καταστῇ σαφές «τί ἀπηρτίετο ὑπὸ τῶν περιστάσεων πρὸς διαφύλαξιν τῶν δικαιωμάτων ἐκάστου μέρους, ἐκκρεμούσης τῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου»²⁶.

Ἐξεταστέον τυγχάνει ἐν τούτοις, ἂν ἢ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου παρεχομένη προστασία, ἐκκρεμούσης τῆς ἀποφάσεως αὐτοῦ, δύναται νὰ ἐκτείνεται καὶ μέχρι τῆς λήψεως μέτρων, διασφαλίζόντων ὠρισμένα ἀποδεικτικά στοιχεία, ἢ ἀπώλεια τῶν ὑπολοίπων θὰ καθίστα δυσχερῆ ἢ καὶ ἀδύνατον τὴν διεκδικήσιν καὶ ἀπόδειξιν τῶν δικαιωμάτων ἐνὸς τῶν διαδίκων. Ἐκ πρώτης ὄψεως δύναται νὰ ὑποστηρηθῇ, ὅτι ἢ ἀρμοδιότης πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων, τὰ ὅποια σκοποῦν εἰς τὴν διασφάλισιν ὠρισμένων ἀποδεικτικῶν στοιχείων, προσιδιάζει περισσότερον εἰς τινὰ διεθνῆ ἐξεταστικὴν ἐπιτροπὴν, ὡς αἰ προβλεπόμεναι ὑπὸ τῶν «*Synthrauw Bryan*»²⁷. Παρὰ ταῦτα, οὐδὲν νομικὸν κώλυμα ὑφίσταται ὅπως, δύναται τοῦ ἄρθρου 41 τοῦ Καταστατικοῦ, ἢ ἀρμοδιότης αὕτη ἀναγνωρισθῇ καὶ εἰς τὸ Δικαστήριον εἰς ἣν περίπτωσιν ἢ ἀπώλεια τῶν ἀποδεικτικῶν μέσων θὰ συνεπήγετο καὶ τὴν ἀπώλειαν τῶν δικαιωμάτων ἐνὸς τῶν διαδίκων μερῶν²⁸.

Ἡ νομολογιακὴ πρακτικὴ τοῦ Δικαστηρίου, ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὸ ἀντικείμενον καὶ τὴν ἔκτασιν τῆς παρεχομένης ὑπ' αὐτοῦ προσωρινῆς προστασίας, ἔλαβε τὴν τελικὴν διαμόρφωσιν ταύτης εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἑταιρίας τῆς Σόφιας. Εἰς τὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς αἰτήσεως τῆς βελγικῆς κυβερνήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἐξετίθετο, ὅτι «τὸ κράτος τῆς Βουλγαρίας θὰ διησφάλιζε τὴν μὴ λήψιν οὐδὲν ποτε μέτρου, ἱκανοῦ νὰ προσβάλῃ τὰ ὑπὸ τῆς βελγικῆς κυβερνήσεως διεκδικούμενα δικαιώματα ἢ νὰ ἐπιδεινώσῃ ἢ νὰ ἐπεκτείνῃ τὴν ἀγθεΐσαν εἰς τὸ Δικαστήριον διαφοράν»²⁹.

25. I. C. J., Reports, 1951, σ. 93.

26. I. C. J., Reports, 1957, σ. 111.

27. Ἡ συνήθης ἀρμοδιότης μιᾶς διεθνούς ἐξεταστικῆς ἐπιτροπῆς εἶναι ἢ διευκρίνησις γεγονότων δι' ἀμερολήπτου ἐξετάσεως. Ἡ διευκρίνησις αὕτη δέον κατ' ἀνάγκην νὰ πραγματοποιηθῇ ὑπὸ δικαστικὸν πόρισμα καὶ ἐνδέχεται νὰ ἐπεκταθῇ καὶ εἰς τὴν διασάφισιν νομικῶν θεμάτων.

28. Dumbauld, ἐνθ' ἄν., σ. 180. Cocatre-Zilgien, ἐνθ' ἄν., σ. 86 - 87.

29. P. C. I. J., Series A/B, no 79, σ. 199.

Αὕτη ἦτο ἡ πληρεστέρα ἀπόδοσις τῶν ἀρχῶν, τὰς ὁποίας δέον νὰ ἀκολουθῇ τὸ Δικαστήριον κατὰ τὴν παροχὴν προσωρινῆς προστασίας *pendente lite*³⁰. Ἡ δυνάμει τῆς τελευταίας αὐτῆς ἀρχῆς παρεχομένη προσωρινὴ προστασία προσλαμβάνει πολιτικὰς ἀποχρώσεις, δοθέντος ὅτι ἡ μέριμνα τῆς μὴ ἐπιδεινώσεως (*cooling-off*, κατὰ τὴν ἔκφρασιν τοῦ Bryan) τῆς διαφορᾶς ἀνήκει μᾶλλον εἰς τὴν σφαῖραν τῆς ἀρμοδιότητος ὀργανισμῶν πολιτικῆς φύσεως, ὡς ἡ Κ.τ.Ε. καὶ ὁ Ο.Η.Ε.³¹. Εἰς τὰς προηγουμένας ὑποθέσεις, τὸ Δικαστήριον ἠρέσθη νὰ ἀπαγορεύσῃ πᾶσαν δρᾶσιν, δυναμένην νὰ προσβάλλῃ τὰ δικαιώματα τῶν διαδίκων, ἐκκρεμούσης τῆς ἀποφάσεως, καὶ οὐχὶ νὰ ἀπαγορεύσῃ ἐνεργείας, αἱ ὁποῖαι θὰ ἐποδεινῶν ἢ θὰ ἐπεξετείνων τὴν διαφορὰν.

Prima facie, ἡ ἐπὶ τῆς ὑποθέσεως τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἐταιρίας τῆς Σόφιας ἀπόφασις δύναται νὰ θεωρηθῇ ὡς ἀντιφάσκουσα πρὸς τὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς ὑποθέσεως τοῦ Νομικοῦ Καθεστῶτος τῆς Νοτιο-Ἀνατολικῆς Γροιλανδίας. Εἰς τὴν τελευταίαν αὐτὴν ὑπόθεσιν ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσις τῆς νορβηγικῆς κυβερνήσεως ἀπέβλεπεν εἰς τὴν ἀποτροπὴν (αὐπηρῶν ἐπεισοδίων). Τὸ Δικαστήριον ἠρνήθη νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα διὰ τὴν πρόληψιν ἐπεισοδίων, ἐν σχέσει πρὸς τὸ διαφιλονικούμενον ἔδαφος, ἰσχυριζόμενον ὅτι, λόγῳ εἰδικῶν συνθηκῶν, τοιαῦτα ἐπεισόδια δὲν ἠδύναντο νὰ ἐπηρεάσουν τὴν νομικὴν θέσιν τῶν διαδίκων, ἀφ' ἧς στιγμῆς ἡ διαφορὰ ὑπεβλήθη εἰς τὸ Δικαστήριον. Συνεπῶς, τὰ ἐνδεχόμενα νομικὰ δικαιώματα τῶν μερῶν, ὡς θὰ προσδιωρίζοντο διὰ τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου, δὲν θὰ ἠδύναντο νὰ προσβληθοῦν ἐκ τῆς δημιουργίας ἐπεισοδίων³².

Ἐκ τοῦ ἰσχυρισμοῦ αὐτοῦ καθίσταται σαφές, ὅτι εἰς τὴν συγκεκριμένην ὑπόθεσιν δὲν ὑφίστατο κίνδυνος ἐπιδεινώσεως ἢ ἐπεκτάσεως τῆς διαφορᾶς ἐκ τῆς μνημονεοῦς δράσεως ἐνὸς τῶν διαδίκων καὶ οὕτως ἡ ἀρνητικὴ στάσις τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς αἰτήσεως τῆς νορβηγικῆς κυβερνήσεως δέον νὰ θεωρηθῇ ὑπὸ τὴν ὀπτικήν γωνίαν τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων, σκοποῦντων μόνον εἰς τὴν ἀποτροπὴν ἐπεισοδίων, μὴ δυναμένων νὰ ἔχουν ἐπιπτώσεις ἐπὶ τῶν δικαιωμάτων τῶν διαδίκων ἢ τοῦ ἀντικειμένου τῆς διαφορᾶς. Ἐν ἀντιθέτῳ περιπτώσει, τὸ Δικαστήριον, ἀφ' οὗ προβῆ εἰς τὴν ἐκτίμησιν τῶν πραγματικῶν γεγονότων, δύναται νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα, τὰ ὁποῖα εἶναι ἀναγκαῖα πρὸς ἀποτροπὴν ἐπεισοδίων δυναμένων εἴτε νὰ θέσουν ἐν κινδύνῳ τὰ δικαιώματα τῶν διαδίκων εἴτε νὰ ἐπιδεινώσουν ἢ νὰ ἐπεκτείνων τὴν διαφορὰν. Μόνον ὑπὸ τὴν

30. *Bl. Statement by Sir Frank Sockice in I. C. J., Pleadings, 1951, σ. 418.*

31. *Cocatre-Zilgien, ἐνθ' ἄν., σ. 88.*

32. *P. C. I. J., Series A/B, no 48, σ. 287.*

τελευταίαν ταύτην προϋπόθεσιν δύναται νὰ αἰτιολογηθῇ ἢ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου λήψις προσωρινῶν μέτρων πρὸς ἀποτροπὴν ἐπεισοδίων. Ἄνευ τῆς συνδρομῆς τῆς προϋποθέσεως ταύτης, ἢ ἄσκησις τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων, σκοποῦντων εἰς τὴν ἀποσόβησιν ἐπεισοδίων, θὰ μετέβαλε τοῦτο εἰς συλλογικὸν ὄργανον, θεραπεύον τὴν εἰρήνην μᾶλλον ἢ τὸ δίκαιον.

Ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὸ περιεχόμενον τῶν προσωρινῶν μέτρων οὐδεμία σχετικὴ δέσμευσις ὑφίσταται διὰ τὸ Δικαστήριον. Τὸ Καταστατικὸν παρέχει εἰς αὐτὸ ἀπόλυτον ἐλευθερίαν ὅπως λάβῃ οἰονδήποτε μέτρον, τὸ ὁποῖον, κατὰ τὴν κρίσιν του, θὰ διασφαλίσῃ πληρέστερον τὰ δικαιώματα τῶν διαδίκων μερῶν. Θὰ πρέπει, ἐν τούτοις, τὰ λαμβανόμενα μέτρα νὰ εἶναι σαφῆ καὶ συγκεκριμένα κατὰ τὸ περιεχόμενον αὐτῶν, οὕτως ὥστε ἢ πρὸς ἢ ἀπευθύνονται κυβερνήσις νὰ δύναται νὰ ἐκτελέσῃ ταῦτα ἄνευ δυσχερειῶν. Τοῦτο ὅμως δὲν δύναται νὰ θεωρηθῇ ὡς ἀπαρέγκλιτος κανὼν, δοθέντος ὅτι τὸ Δικαστήριον εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἑλληνικῆς Ἑταιρίας τῆς Σόφιας ἠρέκεσθη νὰ προσδιορίσῃ, κατὰ γενικὸν τρόπον, τὸ περιεχόμενον τῆς παρασχεθείσης προσωρινῆς προστασίας, διατάσσον ἀπλῶς τὴν ἀποχὴν τῆς βουλγαρικῆς κυβερνήσεως ἐξ οἰκισθῆναι ἐνεργείας, δυναμένης νὰ προσβάλλῃ τὰ ὑπὸ τῆς βελγικῆς κυβερνήσεως διεκδικούμενα δικαιώματα ἢ νὰ ἐπιδεινώσῃ ἢ νὰ ἐπεκτείνῃ τὴν διαφοράν. Ἀντιθέτως, εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Καταγγελίας τῆς Συνθήκης Κίνας - Βελγίου ἢ ἀπόφασις τοῦ προέδρου τοῦ Δικαστηρίου ἀνεφέρετο εἰδικῶς εἰς τὴν προστασίαν τῶν δικαιωμάτων τοῦ Βελγίου ἐπὶ τριῶν πεδίων, ἦτοι τὴν μεταχείρισιν τῶν Βέλγων ὑπηκόων, τὴν προστασίαν τῆς βελγικῆς ἰδιοκτησίας καὶ τῶν βελγικῶν πλοίων ὡς καὶ τὴν παροχὴν δικαστικῶν ἐγγυήσεων.

Συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρον 61 (4) τοῦ Κανονισμοῦ, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ λάβῃ μέτρα διάφορα τῶν προτεινομένων διὰ τῆς ὑπὸ τοῦ διαδίκου μέρους ὑποβληθείσης αἰτήσεως. Ἡ διάταξις αὕτη, ἀποκλείουσα τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ κανόνος non ultra petita, ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου πρὸς προσδιορισμὸν τῆς ἐκτάσεως τῆς παρεχομένης προστασίας³³, ἐφηρτή μὸσθη εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., κατὰ τὴν ὁποίαν τὰ διαταχθέντα διὰ τῆς ἀποφάσεως μέτρα διέφερον οὐσιωδῶς τῶν αἰτηθέντων ὑπὸ τῆς βρεταννικῆς κυβερνήσεως. Οὕτως, ἐνῶ τὸ Δικαστήριον ἀπεδέχθη κατ' ἀρχὴν τὸ αἰτηθὲν ὑπὸ τῆς βρεταννικῆς κυβερνήσεως μέτρον διατηρήσεως τοῦ status quo, ἦτοι τῆς μέχρι τῆς ἐκδόσεως ὀριστικῆς ἀποφάσεως συνεχίσεως τῶν ἐργασιῶν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., ἀναστελλομένης τῆς ἰσχύος τῶν περὶ ἐθνικοποιήσεως τῆς ἐταιρίας διαταγμάτων τοῦ Ἰράν, ἀπεφάσισε συγχρόνως

33. Rosenne, ἐνθ' ἄν., σ. 427.

τὴν σύστασιν μιᾶς ἰρανο-βρεταννικῆς ἐπιτροπῆς (Joint Iranian Oil Authority / Anglo-Iranian Oil Company Regime) ὑπὸ τὸν ἔλεγχον τῆς ὁποίας θὰ ἐτέλει ἡ ἐταιρία διὰ τὸν μέχρι τῆς ἐκδόσεως τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως χρόνον.

Ἡ κατὰ περιεχόμενον σύμπτωσης τῶν προσωρινῶν μέτρων πρὸς τὴν ὀριστικὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου δὲν δύναται νὰ ἀποκλεισθῇ καίτοι, ὡς παρατηρεῖ ὁ Cocatre-Zilgien, λόγοι νομικῆς τεχνικῆς ὑπαγορεύουσι τὴν μὴ ἐνσυνείδητον ἐπιδιώξιν τῆς συμπτώσεως ταύτης³⁴. Εἰς ἣν περίπτωσιν π.χ. διὰ τῆς κυρίας ἀγωγῆς ζητεῖται ἡ παράλειψις παρανόμου τινὸς πράξεως, τὸ ἀντικείμενον τῆς ἐπὶ τῆς κυρίας ὑποθέσεως ἀποφάσεως θὰ εἶναι ἡ ὀριστικὴ παράλειψις τῆς παρανόμου πράξεως, ἐνῶ διὰ τῶν προσωρινῶν μέτρων ἡ πρᾶξις αὕτη θὰ ἀπαγορεύεται διὰ τὸν μεσολαβούντα μέχρι τῆς ἐκδόσεως τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως χρόνον. Συνεπῶς, αἱ δύο ἀποφάσεις θὰ συμπίπτουν ἐξ ἀπόψεως περιεχομένου³⁵.

Ἐπιχειροῦντες ἀρνητικὴν τινα ὑποθέτησιν τῆς παρεχομένης ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινῆς προστασίας δέον κατ' ἀρχὴν νὰ σημειώσωμεν, ὅτι τὰ προσωρινὰ μέτρα δὲν δύναται νὰ προδικάσουν θέματα τῆς κυρίας δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου ἢ ἀναφερόμενα εἰς τὴν οὐσίαν τῆς διαφορᾶς³⁶. Εἰς ὀρισμένας περιπτώσεις, τὸ Δικαστήριον δὲν δύναται νὰ ἀποδεχθῇ ἢ νὰ ἀπορρίψῃ τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν, ὑπὸ τὴν ἀρχικὴν αὐτῆς διατύπωσιν, δίχως καὶ νὰ ἀποφασίσῃ, ἐν τινι μέτρῳ, ἐπὶ τοιούτων θεμάτων. Τὸ Δικαστήριον ὅμως κέκτηται τὴν εὐχέρειαν νὰ ἀποφυγῇ παρόμοιον ἐνδεχόμενον, λαμβάνον ἕτερα τῶν αἰτηθέντων μέτρα, δυνάμει τοῦ ἄρθρου 61 (4) τοῦ Κανονισμοῦ.

Ἡ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου παρεχομένη προστασία δέον νὰ σκοπῇ ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν προσωρινὴν διασφάλισιν τῶν δικαιωμάτων τῶν διαδίκων μερῶν καὶ οὐχὶ εἰς τὴν ἀναγνώρισιν ἢ τὴν ἀπονομὴν ὀρισμένων ἐξ αὐτῶν. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Ἐργαστασίου ἐν Chorzów, τὸ Δικαστήριον, ἀπορρίψαν τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως, ἐδέχθη ὅτι «αὕτη δὲν δύναται νὰ θεωρηθῇ ὡς ἀναφερομένη εἰς τὴν λήψιν μέτρων προσωρινῆς προστασίας, ἀλλὰ ὡς ἀποσκοποῦσα εἰς τὴν ἐκδοσιν προσωρινῆς ἀποφάσεως ὑπὲρ ἐνὸς μέρους τῶν προσδιορισθέντων ἐν τῇ αἰτήσει δικαιωμάτων»³⁷. Καίτοι εἰς ὀρισμένα συστήματα τοῦ ἐσωτερικοῦ δικαίου ὁ ἐνάγων ἔχει τὸ δικαίωμα

34. Cocatre-Zilgien, ἐνθ' ἄν., σ. 95.

35. Dumbauld, ἐνθ' ἄν., σ. 19.

36. Fitzmaurice, ἐνθ' ἄν., σ. 119.

37. P.C.I.J., Series A, no 12, σ. 10.

νὰ ζητήσῃ, ὑπὸ τὸν τύπον προσωρινῆς προστασίας, τὴν ἐκδοσιν προσωρινῆς ἀποφάσεως ὑπὲρ τῶν ἀπαιτήσεων αὐτοῦ, ἢ ἀρχὴ αὕτη, ὡς ἀπεδείχθη ἐκ τῆς ὑποθέσεως τοῦ Ἐργοστασίου ἐν Chorzów, δὲν ἔχει υἱοθετηθῆ καὶ ὑπὸ τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Δικαστηρίου.

Ἡ δικαιοδοσία πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων δὲν δύναται νὰ ἀσκηθῆ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου πρὸς τὸν σκοπὸν τῆς ἐξευρέσεως συμβιβαστικῆς λύσεως τῆς διαφορᾶς. Τὸ Δικαστήριον, ὡς ἐκ τῆς φύσεως αὐτοῦ, δὲν δύναται νὰ χρησιμοποιοῦσθαι μεθόδους προσιδιαζούσας εἰς μίαν ἐπιτροπὴν συνδιαλλαγῆς, ἀλλὰ δεῖν νὰ προβῆ εἰς τὸν διακανονισμόν τῆς διαφορᾶς ἐπὶ τῇ βάσει ὠρισμένων κανόνων. Ἡ κατὰ παρέκκλισιν τῶν κανόνων αὐτῶν διευθέτησις τῆς διαφορᾶς θὰ συνεπήγετο τὴν λύσιν ταύτης ex aequo et bono ἄνευ τῆς πρὸς τοῦτο ἀπαιτουμένης συναινέσεως τῶν μερῶν, ὡς ὀρίζει τὸ ἄρθρον 38 (2) τοῦ Καταστατικοῦ³⁸.

Τὰ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου λαμβανόμενα μέτρα προσωρινῆς προστασίας δεῖν νὰ διαφυλάσσουν τὴν πραγματικὴν ἢ νομικὴν κατάστασιν τῶν διαδίκων μερῶν, δίχως νὰ προσλαμβάνουν ἐξαιρετικῶς ἐπαχθῆ χαρακτῆρα δι' ἐν ἐξ αὐτῶν. Ἡ ἀπόφασις τοῦ Γαλλο-Βουλγαρικοῦ Μικτοῦ Διαιτητικοῦ Δικαστηρίου εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἐταιρίας τῆς Σόφιας, ἐπιβεβαιοῦσθαι τὴν ἀρχὴν ταύτην καθ' ἣν ἡ ζήμια, ἢ ὅποια δύναται νὰ προκληθῆ διὰ τῶν προτεινομένων προσωρινῶν μέτρων δὲν πρέπει νὰ εἶναι δυσανάλογος πρὸς τὸ ἐξ αὐτῶν ἀπορρέον ὄφελος τοῦ ἐνάγοντος³⁹. Προσέτι δέ, ὡς ἐδέχθη τὸ Διαρκὲς τῶν Δικαστήριον Διεθνoῦς Δικαιοσύνης εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Πολωνικῆς Ἀγροτικῆς Μεταρρυθμίσεως, τὰ προσωρινὰ μέτρα δὲν πρέπει νὰ εἶναι τοιαύτης φύσεως, ὥστε ἢ πρὸς αὐτὰ συμμόρφωσις νὰ συνεπάγεται τὴν διακατὴν τῆς συνήθους δραστηριότητος τοῦ κράτους⁴⁰.

Εἶναι εὐνόητον, ὅτι ἡ ἴση μεταχείρισις τῶν διαδίκων ἀποβαίνει, εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων, δυσχερέστατον ἐγγεῖρημα, δοθέντος ὅτι τὰ προσωρινὰ μέτρα λαμβάνονται ἐπ' ὀφελείᾳ τοῦ αἰτούντος. Τὰς τυπικὰς προϋποθέσεις διὰ τὴν ἴσην μεταχείρισιν τῶν διαδίκων μερῶν διασφαλίζει τὸ ἄρθρον 61 (8) τοῦ Κανονισμοῦ, δυνάμει τοῦ ὁποίου τὸ Δικαστήριον δὲν λαμβάνει προσωρινὰ μέτρα εἰ μὴ μόνον ἀφοῦ παράσχη εἰς τοὺς διαδίκους τὴν δυνατότητα νὰ ὑποβάλουν τὰς παρατηρήσεις αὐτῶν. Πέραν τούτου ὅμως, τὸ Δικαστήριον διατηρεῖ εὐρύτατα περιθώρια ἐκτιμήσεως εἰς τὸν κατ' ἔκτασιν προσδιορισμὸν τῆς παρεχομένης ὑπ' αὐτοῦ προσωρινῆς προστασίας. Μοναδικὸν

38. Fitzmaurice, ἔθ' ἄν., σ. 120.

39. Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, II, σ. 926-927.

40. P.C.I.J., Series A/B, no 58, σ. 179.

περιοριστικὸν παράγοντα εἰς τὴν ἐκτίμησιν ταύτην τοῦ Δικαστηρίου θὰ πρέπει νὰ ἀποτελῆ τὸ ἐνδεχόμενον τῆς μὴ συμμορφώσεως τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα δικδίκου μέρους, ὡσάκις τούτο θεωρεῖ, ὅτι διὰ τῶν διατασσομένων ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου μέτρων θίγονται ὑπερμέτρως τὰ συμφέροντα αὐτοῦ. Εἰς μίαν τοιαύτην περίπτωσιν, λαμβανομένου ὑπ' ὄψιν τοῦ ἀτελοῦς χαρακτήρος τοῦ κυρωτικοῦ μηχανισμοῦ τοῦ διεθνoῦς δικαίου⁴¹, τὸ σύστημα τῆς ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου παροχῆς προσωρινῆς προστασίας *pendente lite* θὰ ἀπέβαιναν ἀτελεσφόρητον.

4. I. Τὰ ἄρθρα 41 τοῦ Καταστατικοῦ καὶ 61 τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου δὲν προσδιρίζουν τὰς προϋποθέσεις, οἱ ὁποῖαι ἀπαιτοῦνται διὰ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὰς προϋποθέσεις σκοπιμότητος, ἦτοι εἰς τὰς αἰτιολογούσας τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων προϋποθέσεις, αὗται καλύπτονται διὰ τῆς γενικῆς καὶ ἀσαφoῦς μᾶλλον ἐκφράσεως τοῦ ἄρθρου 41 «ἐὰν νομίζῃ, ὅτι οὕτως ἐπιβάλλεται ὑπὸ τῶν περιστάσεων», ἡ ὁποία ὅμως δὲν θεσπίζει οὐσιαστικόν τινα περιορισμὸν εἰς τὴν σχετικὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου. Οὐδὲν ὡσαύτως ἀναφέρεται ὑπὸ τῶν δύο ἀνωτέρω ἄρθρων ἐν σχέσει πρὸς τὰς προϋποθέσεις ἐγκυρότητος, ἦτοι τὰς προϋποθέσεις, αἱ ὁποῖαι δέν νὰ συντρέχουν διὰ τὴν ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἐγκυρον ἔσκησιν τῆς ἀρμυδιότητος πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Τὴν σιωπὴν τῶν κειμένων ἐκλήθη νὰ λύσῃ ὁ διεθνῆς δικαστὴς καὶ συνεπῶς ὁ προσδιορισμὸς τῶν εἰρημένων προϋποθέσεων καθίσταται ἀναγκαῖον νὰ πραγματοποιηθῇ δι' ἀναφορᾶς εἰς τὴν νομολογίαν τοῦ Δικαστηρίου.

II. Συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα «ἐὰν νομίζῃ, ὅτι οὕτως ἐπιβάλλεται ὑπὸ τῶν περιστάσεων». Εἰς ὄρισμένας περιπτώσεις, ὁ ἐξελικτικὸς χαρακτὴρ τῆς διαφορᾶς προδιαγράφει σαφῶς τὸν ἐπερχόμενον κίνδυνον καὶ συνεπάγεται τὴν ἔννοιαν τοῦ κατεπείγοντος, ὅπερ ἐπιβάλλει τὴν ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου παροχὴν προσωρινῆς προστασίας. Ὁ ἐπείγων χαρακτὴρ τῆς διαφορᾶς ἀποτελεῖ συνεπῶς οὐσιαστικὴν προϋπόθεσιν διὰ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Τοῦτο συνάγεται *a contrario* ἐκ τῆς ἀπορριπτικῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς ὑποβληθείσης ὑπὸ τῆς ἐλβετικῆς κυβερνήσεως αἰτήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ὑπόθεσιν *Interhandel*. Συμφώνως πρὸς τὰς παρασχεθείσας εἰς τὸ Δικαστήριον πληροφορίες, διελαμβάνετο εἰς

41. Τὸ ἐνδεχόμενον τῆς θέσεως ἐν ἰσχύϊ τοῦ μηχανισμοῦ τοῦ ἄρθρου 94 (2) τοῦ Χάρτου τῶν Η.Ε. ἐν περιπτώσει μὴ συμμορφώσεως τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα δικδίκου κράτους πρὸς τὴν διατάσσουσαν ταῦτα ἀπόφασιν ἀντιμετωπίζεται κατωτέρω (§ 6).

τὴν ἀπόφασιν ταύτην, κατέστη σαφὲς ὅτι, δυνάμει τῆς νομοθεσίας τῶν Ἡνωμένων Πολιτειῶν, ἡ πώλησις τῶν μετοχῶν τῆς General Aniline and Film Corporation, διεκδικουμένων ὑπὸ τῆς ἐλβετικῆς κυβερνήσεως ὡς ἰδιοκτησία Ἑλβετῶν ὑπηκόων, «δύναται νὰ πραγματοποιηθῆ μόνον μετὰ τὴν λήξιν τῆς δικαστικῆς διαδικασίας, ἡ ὁποία ἐπὶ τοῦ παρόντος ἐκκρεμεῖ εἰς τὴν ἐν λόγῳ χώραν καὶ διὰ τὴν ὁποίαν δὲν ὑφίσταται ἐνδειξις ταχείας περατώσεως»⁴². Εἰς τὴν ἀπόφασιν ἀνεφέρετο εἰσέτι ἡ γνωστοποιηθεῖσα εἰς τὸ Δικαστήριον πρόθεσις τῆς ἀμερικανικῆς κυβερνήσεως, ὅπως «μὴ λάβῃ ἐπὶ τοῦ παρόντος μέτρα διὰ τὸν προσδιορισμὸν τοῦ χρόνου πωλήσεως τῶν μετοχῶν αὐτῶν».

Ὡς συνάγεται ἐκ τῆς ἀνωτέρω ἀποφάσεως τὸ Δικαστήριον ἀπεδέχθη ὅτι, κατὰ τὴν μεσολαβοῦντα χρόνον μέχρι τῆς περατώσεως τῆς ἐνώπιον τῶν ἀμερικανικῶν δικαστηρίων διαδικασίας, δὲν ὑφίστατο κίνδυνος διὰ τὰ διεκδικούμενα ὑπὸ τῆς ἐλβετικῆς κυβερνήσεως δικαιώματα καὶ συνεπῶς ἡ διαφορὰ δὲν ἐνεφάνιζεν ἐπείγοντα χαρακτῆρα, ἐπιβάλλοντα τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων.

Ἄμεσος δικονομικὴ συνέπεια τοῦ ἐπείγοντος χαρακτῆρος τῆς διαφορᾶς εἶναι ἡ διάταξις τοῦ ἄρθρου 61 (3) τοῦ Κανονισμοῦ καθ' ἣν, ἂν τὸ Δικαστήριον διατελῆ ἐν διακοπαῖς, ὁ πρόεδρος τούτου δύναται νὰ λαμβάνῃ ὠρισμένα μέτρα, τὰ ὁποῖα κρίνονται τυχὸν ὑπ' αὐτοῦ ὡς ἀπαραίτητα, ἵνα ἐπιτραπῆ εἰς τὸ Δικαστήριον νὰ λάβῃ ἀποτελεσματικὴν ἀπόφασιν. Ἡ διάταξις αὕτη, ἀπονέμει, κατ' ἀρχὴν, εἰς τὸν πρόεδρον τὴν ἐξουσίαν νὰ συγκαλῆ ἀμέσως τὸ Δικαστήριον, ὡσάκις τοῦτο διατελεῖ ἐν διακοπαῖς. Ἡ δυνάμει τοῦ ἄρθρου 61 (3) ἀρμοδιότης τοῦ προέδρου ἐκτείνεται ὅμως καὶ πέραν τῆς συγκλήσεως τοῦ Δικαστηρίου. Οὕτως, εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Πρίγκηπος von Pless⁴³, ὁ πρόεδρος τοῦ Διαρκοῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης Adatei, κατόπιν τῆς ὑπὸ τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως ὑποβληθείσης αἰτήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων, εἰσηγήθη τηλεγραφικῶς πρὸς τὸν ὑπουργὸν τῶν ἐξωτερικῶν τῆς Πολωνίας τὴν διερεύνησιν τῆς δυνατότητος ἀπαγορεύσεως παντὸς μέτρου ἐκτελέσεως κατὰ τοῦ Πρίγκηπος von Pless μέχρι τῆς συγκλήσεως καὶ τῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς γερμανικῆς αἰτήσεως⁴⁴. Ἐφαρμογὴ τῆς διατάξεως ταύτης ἐγένετο ὡσαύτως καὶ εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co. Τὴν ἐπομένῃ τῆς ὑπὸ τῆς βρετανικῆς κυβερνήσεως ὑποβολῆς αἰτήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων, ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου Basdevant, ἀπέστειλε τηλεγράφημα πρὸς τὸν ὑπουργὸν ἐξωτερικῶν τοῦ Ἰράν

42. I. C. J., Reports, 1957, σ. 112.

43. P. C. I. J., Series A/B, no 54.

44. P. C. I. J., Series C, no 70, σ. 429, 431.

διὰ τοῦ ὁποίου, ἐπικαλούμενος τὸ ἄρθρον 61 (3) τοῦ Κανονισμοῦ, εἰσηγγέτο τὴν ὑπὸ τῆς αὐτοκρατορικῆς κυβερνήσεως ἀποχὴν ἐκ παντός μέτρου, δυνάμενου νὰ καταστήσῃ ἀδύνατον ἢ δυσχερῆ τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἐκδοθησαμένης ἀποφάσεως, ὡς καὶ τὴν ἐπαγρύπνησιν ταύτης πρὸς πρόληψιν οἰασδῆποτε ἐπιδεινώσεως τῆς διαφροῦς⁴⁵.

III. Ὡς συνάγεται ἐκ τῆς νομολογίας τοῦ Δικαστηρίου ἡ φύσις τῆς βλάβης, εἰς τὴν πρόληψιν τῆς ὁποίας σκοποῦν τὰ προσωρινὰ μέτρα, δύναται νὰ ἀποτελέσῃ οὐσιαστικὴν προϋπόθεσιν διὰ τὴν λῆψιν αὐτῶν. Εἰσαγωγικῶς δεόν ἐν τούτοις νὰ σημειωθῇ, ὅτι ἡ ἐπὶ τοῦ σημείου αὐτοῦ πρακτικὴ τοῦ Δικαστηρίου δὲν εἶναι παρὰ, μεταβληθεῖσα σταδιακῶς διὰ τῆς μερικῆς ἀποσυσχετίσεως τῆς φύσεως τῆς ἀπειλουμένης ζημίας ἐκ τῆς ἀνάγκης πρὸς λῆψιν προσωρινῶν μέτρων.

Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Καταγγελίας τῆς Συνθήκης Κίνας - Βελγίου, ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου ἐφάνη υἰοθετῶν τὴν ἄποψιν, ὅτι ἡ λῆψις προσωρινῶν μέτρων δεόν νὰ περιορισθῇ εἰς τὰς περιπτώσεις, καθ' ἃς ἡ παραβίασις τοῦ διεθνoῦς δικαίου δὲν δύναται νὰ ἐπανορθωθῇ δι' ἀποζημιώσεως ἢ ἀποκαταστάσεως εἰς ἐτέραν τινὰ ὕλικὴν μορφήν⁴⁶. Παρὰ ταῦτα, δὲν εἶναι βέβαιον, ὅτι ὁ περιορισμὸς οὗτος ἔτυχεν ἐφαρμογῆς εἰς τὴν ἀνωτέρω ὑπόθεσιν, δοθέντος ὅτι ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου ἔλαβε προσωρινὰ μέτρα καὶ διὰ τὴν προστασίαν τῶν πλοίων ὡς καὶ τῆς ἰδιοκτησίας τῶν Βέλγων ὑπηκόων, ἀγαθῶν τῶν ὁποίων ἡ προσβολὴ ἠδύνατο ἀναμριβόλως νὰ ἐπανορθωθῇ διὰ τῆς καταβολῆς χρηματικῆς ἀποζημιώσεως.

Ἡ συνεπαγομένη ἐκ τοῦ ἐν λόγῳ περιορισμοῦ δυσχέρεια ἀναφέρεται εἰς τὸν προσδιορισμὸν τῆς ἐνδεχομένης ζημίας, ὡς ἀποκαταστατέας ἢ μὴ διὰ τῆς καταβολῆς χρηματικῆς ἀποζημιώσεως. Εἶναι εὐνόητον, ὅτι τὸ ἐναγόμενον κράτος θὰ ὑποστηρίξῃ κατὰ κανόνα τὴν δυνατότητα ἀποτιμῆσεως καὶ ἀποκαταστάσεως οἰασδῆποτε ζημίας, ἐνῶ τὸ ἐνάγον θὰ ἰσχυρίζεται τὸ ἀντίθετον⁴⁷.

Εἰς τὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς ὑποθέσεως τοῦ Νομικοῦ Καθεστώτος τῆς Νοτιο-Ἀνατολικῆς Γροιλανδίας διευτυπότο, ὅτι σκοπὸς τῶν προσωρινῶν μέτρων εἶναι ἡ διαφύλαξις τῶν δικαιωμάτων τῶν μερῶν, καθ' ὃ μέτρον «ἡ ἀπειλοῦσα τὰ δικαιώματα ταῦτα ζημία θὰ ᾔτο πραγματικῶς ἢ νομικῶς ἀνεπανόρθωτος»⁴⁸. Διὰ τῆς ἀποφάσεως ταύτης ἡ φύσις τῆς ζημίας ὡς

45. I.C.J., Pleadings, σ. 707.

46. P.C.I.J., Series A, no 8, σ. 7.

47. Coeatre - Zilgien, ἐθ' ἀν., σ. 100 - 101.

48. P.C.I.J., Series A/B, no 48, σ. 284.

ἀνεπανορθώτου ἐτέθη, κατὰ τρόπον μὴ δεκτικὸν ἀμφισβητήσεως, ὡς ἀπαραίτητος προϋπόθεσις διὰ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Ἡ ἔμφασις, ἡ ὁποία ἐδόθη εἰς τὴν τοιαύτην φύσιν τῆς ἀπειλουμένης ζημίας, περιορίζει σημαντικῶς τὴν πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἐξουσίαν τοῦ Δικαστηρίου ἐνῶ παραλλήλως ἡ δυσχέρεια τῆς ἀποδείξεως τῆς ζημίας ὡς ἀνεπανορθώτου μισοῖ τὰς πιθανότητας τοῦ αἰτούντος μέρους, ὅπως ἐπιτύχη τὴν ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου παροχὴν προσωρινῆς προστασίας.

Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἑταιρίας τῆς Σόφιας, τὸ Δικαστήριον ἀπέδειξεν ἐντούτοις, ὅτι δὲν δεσμεύεται ὑπὸ μιᾶς τοιαύτης περιοριστικῆς ἐρμηνείας τῆς κατὰ τὸ ἄρθρον 41 δικαιοδοσίας του. Διατάσσον τὴν λήψιν μέτρων οὐ μόνον πρὸς διαφύλαξιν τῶν δικαιομάτων τῶν μερῶν, ἀλλὰ καὶ πρὸς ἀποτροπὴν τῆς ἐπιδεινώσεως ἢ ἐπεκτάσεως τῆς διαφορᾶς, τὸ Δικαστήριον ἔπαυσε νὰ θεωρῇ τὸ ἀνεπανορθώτου τῆς ζημίας, ὡς ἀποφασιστικὸν κριτήριον διὰ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων.

Ἔθεν, θεωρουμένη ὑπὸ τὸ πρῖσμα τῆς φύσεως τῆς ἀπειλουμένης βλάβης ἢ φράσις «ὅτι οὕτως ἐπιβάλλεται ἐκ τῶν περιστάσεων» δὲν πρέπει νὰ ἐκληφθῇ ὡς ὑπονοούσα τὴν πρόληψιν ἀνεπανορθώτου ζημίας. Εἶναι ἀρκετὸν τὰ προσωρινὰ μέτρα νὰ ἀποτελοῦν ἐγγύησιν διὰ τὴν ἀποτροπὴν οὐσιώδους καὶ οὐχὶ εὐκόλως ἀποκαταστατέας ζημίας.

IV. Ὅσάκις ἡ αἴτησις περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ὑποβάλλεται ὑπὸ τοῦ ἐνάγοντος μέρους, οὐσιαστικὴν προϋπόθεσιν διὰ τὴν λήψιν αὐτῶν ἀποτελεῖ ἡ ἀντιστοιχία μεταξὺ τῆς αἰτουμένης προσωρινῆς προστασίας καὶ τῶν ἀποτελούντων τὸ ἀντικείμενον τῆς διαφορᾶς δικαιομάτων. Ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησις δὲν πρέπει νὰ καλύπτῃ ἔκτασιν εὐρύτεραν ἐκείνης τῆς κυρίας ἀγωγῆς, περιοριζομένη μόνον εἰς τὸ αἴτημα προστασίας τῶν διεκδικουμένων ἐνώπιον τοῦ Δικαστηρίου δικαιομάτων. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Πολωνικῆς Ἀγροτικῆς Μεταρρυθμίσεως ἢ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησις τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως ἀπερρίφθη διὰ τοῦ αἰτιολογικοῦ ὅτι, ἐνῶ ἡ κυρία ἀγωγή τῆς Γερμανίας ἀφεώρα εἰς παραβιάσεις τῶν διατάξεων μειονοτικῆς προστασίας ἐπὶ ὠρισμένων ἀτομικῶν περιπτώσεων, εἰς ἃς εἶχε τύχει ἐφαρμογῆς ὁ πολωνικὸς νόμος περὶ ἀγροτικῆς μεταρρυθμίσεως, ἡ περὶ παροχῆς προσωρινῆς προστασίας αἴτησις ἐκάλυπτε πάσας τὰς μελλοντικὰς περιπτώσεις ἐφαρμογῆς τοῦ πολωνικοῦ νόμου ἐπὶ τῶν γερμανικῆς καταγωγῆς Πολωνῶν ὑπηκόων⁴⁹.

49. P. C. I. J., Series A/B, no 58, σ. 178.

V. Ἡ λήψις προσωρινῶν μέτρων ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου δὲν συνεπάγεται δυσχερείας, ὡσάκις ἡ δικαιοδοσία αὐτοῦ δὲν ἀμφισβητεῖται ὑπὸ τοῦ ἐναγομένου μέρους. Εἰς τὴν ἀντίθετον ὅμως περίπτωση, καθ' ἣν τὸ ἐναγόμενον δηλαδὴ κράτος ἀρνεῖται, διὰ τινος προδικαστικῆς ἐνστάσεως (preliminary objection), νὰ ἀναγνωρίσῃ τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου, ἀνακύπτει τὸ σοβαρὸν νομικὸν δилήμμα ἐὰν τὸ Δικαστήριον θὰ ἔπρεπε νὰ προβῇ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων, δίχως νὰ ἀποφανθῇ προηγουμένως ἐπὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ πρὸς ἐκδίκασιν τῆς ἀχθείσης ἐνώπιόν του διαφορᾶς. Διόθεντος ὅτι ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασις θὰ ἀπαγορεύσῃ ἐπὶ μακρόν, κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον, χρόνον τὴν ὑπὸ τοῦ ἐναγομένου κράτους ἄσκησιν τῶν νομίμων δικαιωμάτων αὐτοῦ ἐν σχέσει πρὸς ὠρισμένον ἀντικείμενον, ἀναφορικῶς πρὸς τὸ ὅποιον τὸ Δικαστήριον ἐνδεχομένως νὰ ἀποφανθῇ ἐν κατακλείδι, ὅτι στερεῖται δικαιοδοσίας, εἶναι φυσικὸν τὸ κράτος τοῦτο νὰ θεωρήσῃ νομικῶς πρόωρον τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων πρὸ τῆς ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἀποδοχῆς τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ. Εἰς ἀντιστάθμισμα τῆς ἀπόψεως ταύτης δύναται νὰ προταθῇ ὁ ἐπεὶ γων χαρακτήρ τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἕνεκα τοῦ ὁποίου οἰαδῆποτε ἀναβολὴ εἰς τὴν λήψιν αὐτῶν μέχρι τῆς ὀριστικῆς ἀποδοχῆς τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου, θὰ ἐματαίωσεν τὴν σκοπούμενην προστασίαν λόγῳ τῆς ἐν τῷ μεταξύ πιθανῆς καταστροφῆς τοῦ ἀντικειμένου τῆς διαφορᾶς.

Τὸ τελευταῖον αὐτὸ ἐπιχειρήμα ὑπῆρξεν ἀποφασιστικῆς σημασίας διὰ τὴν διαμόρφωσιν τῆς σχετικῆς νομιλογίας τοῦ Δικαστηρίου, τῆς πρακτικῆς ἐτέρων διεθνῶν δικαστηρίων καὶ τῶν ἀπόψεων τῶν συγγραφέων, οἱ ὅποιοι ἔχουν οἰοῦναι ὁμοφώνως ἀποφανθῆ καταφατικῶς ἐπὶ τοῦ προεκτεθέντος διλήμματος.

Τὴν 8 Ἰανουαρίου 1925, ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου Max Huber ἐξέδωσεν ἀπόφασιν λήψεως προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Καταγγελίας τῆς Συνθήκης Κίνας - Βελγίου. Κατὰ τὸν χρόνον τῆς ἐκδόσεως τῆς ἀφάσεως ταύτης ἡ Κίνα δὲν εἶχεν ἀποδεχθῆ εἰσέτι ρητῶς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου. Εἰς τὴν ἐν λόγῳ ἀπόφασιν ὁ πρόεδρος διηγκρίνιζεν, ὅτι ἐλάμβανε προσωρινὰ μέτρα «ἐκκρεμούσης τῆς ὀριστικῆς ἀφάσεως τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς ἀχθείσης διὰ τῆς ἀγωγῆς τῆς 25 Νοεμβρίου 1926 ὑποθέσεως — διὰ τῆς ὁποίας ἀφάσεως τὸ Δικαστήριον εἴτε θὰ ἐδέχετο ἐαυτὸ ἀναρμόδιον εἴτε θὰ προέβαινεν εἰς τὴν κρίσιν ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως»⁵⁰. Ἐκ τῆς σκέψεως ταύτης συνάγεται σαφῶς, ὅτι ὁ πρόεδρος ἐθεώρει ἐαυτὸν ἀρμόδιον πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων καὶ πρὶν εἰσέτι τὸ Δικαστήριον προβῇ εἰς τὴν ὀριστικὴν κρίσιν τοῦ ζητήματος τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ.

50. P. C. I. J., Series A, no 8, σ. 7.

Ἐτέρα περιπτώσεις ἀποφάσεως λήψεως προσωρινῶν μέτρων, ἡ ὅποια ἐξεδόθη πρὸ τῆς ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἀποδοχῆς τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς διαφορᾶς, εἶναι ἡ ἀφορῶσα εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Πρίγκηπος von Pless. Εἰς τὸ σκεπτικὸν τῆς ἐν λόγῳ ἀποφάσεως ἀνεφέρετο, ὅτι αὕτη αὐθόρως προδικάζει τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου πρὸς ἐκδίκασιν τῆς γερμανικῆς ἀγωγῆς τῆς 18 Μαΐου 1932, ἡ ἐκεῖνο τῆς ἀποδοχῆς τῆς ἀγωγῆς ταύτης»⁵¹.

Εἰς τὴν αὐτὴν σειρὰν ἰδεῶν δεόν νὰ γίνῃ εἰσέτι μνεῖα τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Πολωνικῆς Ἀγροτικῆς Μεταρρυθμίσεως. Διὰ τῆς ἀποφάσεως ταύτης ἀποδεικνύεται ἐμμέσως, ὅτι ἡ τυχὸν λήψις προσωρινῶν μέτρων οὐδὲν προδικάζει ὅσον ἀφορᾶ εἰς τὴν κρίσιν τοῦ Δικαστηρίου περὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ. Εἰς τὴν εἰρημένην ὑπόθεσιν, ὡς ἤδη ἀνεφέρθη, ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτησίς τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως ἀπερρίφθη ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου, ὡς καλύπτουσα ἔκτασιν εὐρυτέραν ἐκείνης τῆς κυρίας ἀγωγῆς. Ἐν τούτοις, ἡ ἀπόρριψις αὕτη συνωδεύετο ὑπὸ τῆς ρητῆς ἐπιφυλάξεως, καθ' ἣν ἡ εἰς τὴν πρακτικὴν περιπτώσιν ἀπόφασις ἦτο «ἄσχετος πρὸς τὸ ζήτημα, ἐάν, εἰς ἐτέρας περιπτώσεις, εἶναι σκόπιμον διὰ τὸ Δικαστήριον νὰ ἀσκήσῃ τὴν ἐξουσίαν αὐτοῦ πρὸς αὐτεπάγγελτον ἐνέργειαν, καὶ δὲν προδικάζει τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας τούτου πρὸς ἐκδίκασιν τῆς ἀγωγῆς τῆς γερμανικῆς κυβερνήσεως»⁵².

Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., ἡ θέσις αὕτη τοῦ Δικαστηρίου ἔλαβε πανηγυρικὴν καθέλωσιν. Εἰς τὴν ἀπόφασιν λήψεως προσωρινῶν μέτρων, τῆς 5 Ἰουλίου 1951, διελαμβάνετο, ὅτι «ἡ λήψις τοιούτων μέτρων αὐθόρως προδικάζει τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου νὰ ἐπιληφθῇ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως καὶ δὲν περιορίζει τὸ δικαίωμα τοῦ ἐναγομένου νὰ ὑποβάλλῃ ἐνστάσεις κατὰ τῆς τοιαύτης δικαιοδοσίας»⁵³.

Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Interhandel, τέλος, τὸ Δικαστήριον, διὰ τῆς ἀναφερομένης εἰς τὰ προσωρινὰ μέτρα ἀποφάσεως αὐτοῦ, ἔδωκε μεγαλύτεραν ἐμφασιν εἰς τὴν νομολογιακὴν ταύτην πρακτικὴν. Εἰς τὴν ἐν λόγῳ ὑπόθεσιν, αἰτηθέντα Πολιτεῖαι, ἀμφισβητοῦνται τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου, προέβαλον προδικαστικὴν ἐνστάσιν, ἐπικαλοῦμεναι τὴν περὶ διαφορῶν ἐσωτερικῆς δικαιοδοσίας ἐπιφύλαξιν (Conally amendment), ἡ ὅποια ἀποτελεῖ μέρος τῆς δηλώσεως τῆς χώρας ταύτης περὶ ἀποδοχῆς τῆς ὑποχρεωτικῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου. Ἡ Ἑλβετία ἡμφεσβήτησε τὴν ἐγκυρότητα καὶ

51. P. C. I. J., Series A/B, no 54, σ. 153.

52. P. C. I. J., Series A/B, no 58, σ. 178 - 179.

53. I. C. J., Reports, 1951, σ. 93.

τὴν ἐπιβλήσιν τῆς ἀνωτέρου ἐπιφυλάξεως. Ἐπ' αὐτοῦ τὸ Δικαστήριον ἐδέχθη, ὅτι «ἡ ἐξέτασις τοῦ ἰσχυρισμοῦ τῆς κυβερνήσεως τῶν Ἠνωμένων Πολιτειῶν ἀπαιτεῖ τὴν ἐφαρμογὴν διαφόρου διαδικασίας, διαγραφομένης ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 62 τοῦ Κανονισμοῦ» καὶ «ἐὰν ὁ ἐν λόγῳ ἰσχυρισμὸς γίνη ἀποδεκτός, οὕτως θὰ πρέπει νὰ ἐξετασθῇ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου, ἐν εὐθέτῳ χρόνῳ, συμφώνως πρὸς τὴν διαδικασίαν ταύτην», ἐνῶ ἡ περί λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσις «δέον νὰ ἐξετασθῇ συμφώνως πρὸς τὴν διαγραφομένην ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 61 διαδικασίαν»⁵⁴. Τὸ Δικαστήριον ἠρνήθη, δηλαδή, νὰ ἐφαρμόσῃ τὴν προδικαστικὴν διαδικασίαν τοῦ ἄρθρου 62 ἐπὶ τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων καὶ ἐπεβεβαίωσε τὴν δικαιοδοσίαν του πρὸς ἐξέτασιν τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσεως, θεωροῦν ὅτι, κατὰ τὸ παρὸν στάδιον, ἡ διαφορά ἐμπίπτει εἰς τὴν οὐσιαστικὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ, ἀσχέτως τῆς υπάρξεως τῆς σχετικῆς ἐπιφυλάξεως. Ἐν κατακλιθεὶς δέ, τὸ Δικαστήριον ἐτόνισεν ἐκ νέου, ὅτι ἡ ἐπὶ τῇ βάσει τῆς διαδικασίας τοῦ ἄρθρου 61 ἐκδιδομένη ἀπόφασις «οὐδόλως προδικάζει τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου νὰ ἐπιληφθῇ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως καὶ δὲν περιορίζει τὸ δικαίωμα τοῦ ἐναγυμένου μέρους νὰ ὑποβάλλῃ ἐνστάσεις κατὰ τῆς τοιαύτης δικαιοδοσίας»⁵⁵.

Ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς ἐπισκοπήσεως τῆς νομολογίας τοῦ Δικαστηρίου ἀναφορικῶς πρὸς τὴν σχέσιν μεταξὺ τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων καὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ δέον εἰσέτι νὰ σημειωθῇ, ὅτι εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Νομικοῦ Καθεστώτος τῆς Νοτιο-Ἀνατολικῆς Γροιλανδίας ἡ ἐκτεθεῖσα ἀνωτέρω θέσις ἐφάνη πρὸς στιγμὴν προσλαμβάνουσα ριζοσπαστικώτερον χαρακτῆρα. Συμφώνως πρὸς τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασιν ἦτο «κατ' ἀρχὴν ὑποστηρικτέον, ὅτι ἡ τοιαύτη ἐξουσία τοῦ Δικαστηρίου ὑφίσταται μόνον ἐν σχέσει πρὸς τὰς ἤδη ἀχθείσας ἐνώπιόν του διαφοράς»⁵⁶. Ἐκ τῆς σκέψεως ταύτης δὲν δύναται, ἐν τούτοις, νὰ ἀποκλεισθῇ τὸ ἐνδεχόμενον, ὅτι τὸ Δικαστήριον — ὑπὸ ἐξαιρετικὰς συνθήκας — θὰ εἶχε τὴν ἐξουσίαν νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα καὶ πρὸ τῆς ἐγγραφῆς εἰσέτι τῆς ὑποθέσεως εἰς τὸ πινάκιον αὐτοῦ. Τοῦτο, ὅμως, οὐδέποτε συνέβη καὶ συνεπῶς, ὡς παρατηρεῖ ὁ Hambro, ἡ σκέψις αὕτη δέον νὰ θεωρηθῇ «ὡς obiter dictum, προσωρισμένον νὰ λησμονηθῇ»⁵⁷.

Ἐπομακρυνόμενοι πρὸς στιγμὴν τοῦ περιβάλλοντος τοῦ Διεθνoῦς Δικα-

54. I. C. J., Reports, 1957, σ. 111. Βλ. ἐντούτοις ἐπ' αὐτοῦ τὴν ἀγλωσσίαν τοῦ Δικαστοῦ Wellington Koo, αὐτόθι, σ. 113 ὡς καὶ τὰς Χωριστὰς Γνώμας (Separate Opinions) τῶν Δικαστῶν Klaestad, αὐτόθι, σ. 115 - 116 καὶ Lauterpacht, αὐτόθι, σ. 117 ἐπ., ἰδίᾳ δὲ σ. 118.

55. Αὐτόθι, σ. 111.

56. P. C. I. J., Series A/B, no 48, σ. 283 - 284.

57. H a m b r o, ἔνθ' ἄν., σ. 160.

στηρίου, σκόπιμος θὰ ἦτο ἡ κατὰ παρένθεσιν ἐξέτασις τῆς σχετικῆς πρακτικῆς ἐτέρων διεθνῶν δικαστηρίων, ἡ ὅποια ἀπεικονίζει ὁμοίως τὴν ἀρχὴν τοῦ ἀνεξαρτήτου χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων ἐκ τῆς προηγουμένης ἀποδοχῆς τῆς δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς ὑπόθεσεως. Μία τῶν πλέον χαρακτηριστικῶν περιπτώσεων τῆς πρακτικῆς ταύτης εἶναι ἡ ὑπόθεσις τοῦ Κόμητος Hadik-Barossy, ἐκδικασθεῖσα τὴν 31 Ἰανουαρίου 1927 ὑπὸ τοῦ Οὐγγρο-Τσεχοσλοβακικοῦ Μικτοῦ Δικαιτητικοῦ Δικαστηρίου. Εἰς τὴν αἴτησιν τοῦ ἐνάγοντος περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων, σκοποῦντων εἰς τὴν ἀναστολὴν ὀρισμένων θεμελιωδῶν διατάξεων τοῦ τσεχοσλοβακικοῦ νόμου περὶ ἀγροτικῆς μεταρρυθμίσεως, ὁ ἀντιπρόσωπος τῆς Τσεχοσλοβακίας, καθηγητῆς Jèze, ἀντέτεινεν ὅτι, τὸ Δικαστήριον, πρὶν προβῆ εἰς τὴν λήψην προσωρινῶν μέτρων, θὰ ἔπρεπε νὰ ἐρευνήσῃ τὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ καὶ ὅτι ἡ τυχὸν παροχὴ προσωρινῆς προστασίας θὰ προεδίκαζε τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου. Τὸ Δικαστήριον ἀπέρριψε τὸν ἐν λόγῳ ἰσχυρισμόν, δεχθὲν, ὅτι ἀδύναται νὰ ἐπιληφθῇ τῆς ἐξετάσεως τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσεως, διότι νὰ προδικάσῃ τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας, ἐπιφυλασσόμενον ἀντιθέτως νὰ ἀποφαιθῇ ἐπὶ τοῦ σημείου αὐτοῦ μετὰ τὴν ἐξέτασιν τῆς ἀγωγῆς καὶ ἅμα τῷ πέρατι τῆς συζητήσεως»⁵⁸.

Ἡ ἀρχὴ τοῦ ἀνεξαρτήτου χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων ἐκ τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου υἱοθετεῖται ὡσαύτως καὶ ὑπὸ τῆς νομικῆς φιλολογίας, ἀναγνωριζομένη ὡς γενικὴ ἀρχὴ τοῦ διεθνoῦς δικονομικοῦ δικαίου. Ἐπ' αὐτοῦ, ὁ Dumbauld δέχεται τὰ ἀκόλουθα :

«Ἐξ ἴσου θεμελιώδης εἶναι ὁ κανὼν, ὅτι ἡ κυρία διαδικασία οὐδόλως ἐπηρεάζεται ἐκ τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ἡ κυρία ἀγωγή καὶ ἡ περὶ προσωρινῆς προστασίας αἴτησις εἶναι ἕλως ἀνεξάρτητοι μεταξὺ των. Ἐκδίδον τὴν ὀριστικὴν του ἀπόφασιν, τὸ Δικαστήριον δὲν δεσμεύεται ἐκ τῶν προσωρινῶν ἀποφάσεων αὐτοῦ καὶ δύναται νὰ μὴ λαμβάνῃ ταύτας ὑπ' ὄψιν.

Συνεπῶς, ἡ δικαιοδοσία πρὸς παροχὴν προστασίας *pendente lite* δὲν ἐξαρτᾶται ἐκ τῆς δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς κυρίας ἀγωγῆς. Ἐξ αὐτοῦ ἀπορρέει, ὅτι προσωρινὰ μέτρα δύναται νὰ ληφθοῦν πρὸ τῆς ἀπορρίψεως ἐνστάσεώς τινος ἀμφισβητούσης τὴν δικαιοδοσίαν»⁵⁹.

Ὁ Niemeyer ὑποστηρίζει ὡσαύτως, ὅτι διὰ λόγους πρακτικῆς σκοπιμότη-

58. Τὴν ἀπόφασιν ταύτην βλ. ἐν *Revue Générale de Droit International Public*, 1928, σ. 60 ἐπ. Βλ. ὡσαύτως τὴν ἀγόρευσιν τοῦ καθηγητοῦ Jèze, αὐτόθι, σ. 86. Δι' ἐτέρας ὑποθέσεις, ἐκδικασθείσας ὑπὸ τῶν Μικτῶν Δικαιτητικῶν Δικαστηρίων, ἐξ ὧν πιστοποιεῖται ἡ ἰδία ἀρχή, βλ. D u m b a u l d, ἐνθ' ἄν., σ. 104.

59. D u m b a u l d, ἐνθ' ἄν., σ. 186.

τητος δὲν δύναται ἀνα ἐξετασθῆ τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας ἐν συναρτήσῃ πρὸς τὴν περὶ προσωρινῆς προστασίας αἴτησιν»⁶⁰.

Ὁ Hammarskjöld — Γραμματεὺς τοῦ Δικαστηρίου καὶ ἐν συνεχείᾳ Δικαστῆς — σχολιάζων τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασιν εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Πρίγκηπος von Pless, παρατηρεῖ, ὅτι δι' αὐτῆς ἐπεβεβαιώθη ἡ θεωρία καθ' ἣν ἀπὸ Δικαστηρίου δύναται, περιστάσεως τυχοῦσης, νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα πρὶν ἢ πιστοποιήσῃ, ὅτι ἡ ὑπόθεσις ἐμπίπτει εἰς τὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ»⁶¹.

Ὁ Hudson, καὶ εἰς τὰς δύο ἐκδόσεις τῆς ἐξαιρέτου μονογραφίας του ἐπὶ τοῦ Διαρκοῦς Δικαστηρίου Διεθνoῦς Δικαιοσύνης, ὡς καὶ εἰς μεταγενεστέρas ἐργασίας αὐτοῦ, παραμένει συνεπῆς εἰς τὴν ἄποψιν, ὅτι «ἡ δικαιοδοσία πρὸς λῆψιν προσωρινῶν μέτρων δὲν ἐξαρτᾶται ἐκ τοῦ προηγουμένου προσδιορισμοῦ τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς διαφοράς»⁶².

Ὁ Cheng, καίτοι ὀλιγώτερον κατηγορηματικὸς τῶν προαναφερθέντων συγγραφέων, συντάσσεται πρὸς τὴν αὐτὴν ἄποψιν διὰ τοῦ ἀκολούθου ἐνδιαφέροντος συλλογισμοῦ :

«Εἰς τὸ Καταστατικὸν τοῦ Διεθνoῦς Δικαστηρίου τὸ ἄρθρον 41 ἔχει τεθῆ ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ ἀναφερομένου εἰς τὴν Διαδικασίαν Κεφαλαίου III. Τοῦτο εὑρίσκεται ἀμέσως μετὰ τὸ ἀφυρῶν εἰς τὴν ὑποβολὴν τῆς ὑποθέσεως ἄρθρον, ἀλλὰ πρὸ τῶν διαφόρων ἄρθρων, τὰ ὅποια διαγράφουν τὴν διαδικασίαν ἐνώπιον τοῦ Δικαστηρίου, ἀρχῆς γενομένης διὰ τοῦ ἄρθρου 42, πραγματευομένου τὴν διὰ ἀντιπροσώπων ἐκπροσώπησιν τῶν μερῶν. Ἡ ἐπὶ τῇ βιάσει τῆς συστηματικῆς μεθόδου ἐρμηνεία τοῦ Καταστατικοῦ θὰ κατεδείκνυεν ὅτι, ἀφ' ἧς ἡ ὑπόθεσις ἤχθη εἰς τὸ Δικαστήριον, ἀλλὰ πρὸ τῆς λήψεως οἰουδήποτε ἐτέρου δικονομικοῦ μέτρου, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ ἀσκήσῃ τὴν ἐξουσίαν αὐτοῦ πρὸς λῆψιν προσωρινῶν μέτρων»⁶³.

Ἐπὶ τὸ αὐτὸ πνεῦμα, ὁ Hambro ὑποστηρίζει, ὅτι «τὰ προσωρινὰ μέτρα,

60. N i e m e y e r, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Leipzig, 1932, σ. 70 (Ἀναφέρεται ὑπὸ τοῦ Sir Frank Sockice, ἐνθ' ἄν., σ. 411).

61. H a m m a r s k j ö l d, *Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif* ἐν *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1935, σ. 19.

62. H u d s o n, *The Permanent Court of International Justice*, πρώτη ἐκδοσις, 1934, σ. 416· δευτέρα ἐκδοσις, 1943, σ. 426. Τ ο ῦ α ὐ τ ο ῦ, *The thirtieth year of the World Court* ἐν *A.J.I.L.*, 1952, σ. 22.

63. C h e n g, *General principles of law as applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953, σ. 270.

τὰ ὅποια ἀντιμετωπίζονται πάντοτε ὡς ἐπεὶγον ζήτημα, δὲν δύνανται νὰ ἀναβληθοῦν μέχρι τῆς ἀποφάνσεως τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ»⁶⁴.

Ὁ Fitzmaurice, σχολιάζων τὴν ἀπόφασιν λήψεως προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., παρατηρεῖ, ὅτι ἡ ἐν λόγῳ ὑπόθεσις ἀπεικονίζει χαρακτηριστικῶς «τόν, οὕτως εἰπεῖν, "προ-προδικαστικόν" ἢ a priori χαρακτῆρα τῆς πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων δικαιοδοσίας, ὡς καὶ τὸ γεγονός ὅτι τὸ Δικαστήριον θεωρεῖ ἑαυτὸ ἀρμόδιον, ἔστω καὶ ἐπὶ προσωρινῆς βάσεως, πρὸς ἐκδίκασιν τῆς ὑποθέσεως»⁶⁵.

Τὴν ἀποψιν ταύτην ἀκολουθεῖ εἰσέτι καὶ ὁ Rosenne, ὑπογραμμίζων ὅτι «ἡ διαδικασία τῶν προσωρινῶν μέτρων κέκτηται ἀνεξάρτητον χαρακτῆρα, ὁ ὁποῖος διαχωρίζει ταύτην ἐκ τῆς κυρίας δίκης»⁶⁶.

Ἡ μοναδικὴ ἀντίθετος φωνή, ἡ ὅποια διασπᾷ τὴν ὁμοφωνίαν τῆς φιλολογίας ἐπὶ τῆς ἀρχῆς τοῦ ἀνεξαρτήτου χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων ἐκ τῆς κυρίας δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου, ἀνήκει εἰς τὸν Barile. Οὗτος ὑποστηρίζει σχετικῶς τὰ ἀκόλουθα :

«Εἶναι προφανές, ὅτι ἡ ἐγκυρότης μιᾶς ἀποφάσεως, διατασσούσης προσωρινὰ μέτρα, προϋποθέτει τὴν οὐσιαστικὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου. Ὁ σκοπὸς ὄντως μιᾶς τοιαύτης ἀποφάσεως εἶναι ἡ ἐγγύησις τῆς ἀποτελεσματικότητος τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου, ἀποτρεπομένων τῶν κινδύνων τῆς ἐπιβραδύνσεως, τοὺς ὁποίους θὰ ἠδύνατο νὰ ὑποστῇ ἡ ἐν λόγῳ ἀπόφασις. Ἡδὴ εἶναι ἀναμφισβήτητον, ὅτι τὸ Δικαστήριον, ἐὰν θέλῃ νὰ ἐπιτύχῃ τὸν σκοπὸν αὐτόν..., πρέπει νὰ ἐρευνήσῃ προδικαστικῶς κατὰ πόσον δύνата νὰ προβῇ εἰς τὴν κρίσιν τῆς διαφυρᾶς»⁶⁷.

Ἡ τυχὸν ἀποδοχὴ τῆς ἀνωτέρω ἀπόψεως θὰ ὑπενόμεινε τὴν σκοπιμότητα τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ἡ προϋπόθεσις τῆς προηγουμένης ἀποδοχῆς τῆς οὐσιαστικῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου διὰ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων, ἔστω καὶ δυνάμει συνοπτικῆς τινος διαδικασίας, θὰ ἀντέκειτο εἰς τὸν ἐπεὶγοντα χαρακτῆρα αὐτῶν. Ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τῆς πρακτικῆς τοῦ Δικαστηρίου, συχνάκις ἀπαιτεῖται μακρὰ ἐγγραφοὶ καὶ προφορικὴ διαδικασία μέχρι τῆς λήψεως ἀποφάσεως ἐπὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ, ἰδίᾳ δὲ ὁσάκις τὸ Δικα-

64. Hambro, ἐνθ' ἄν., σ. 160.

65. Fitzmaurice, ἐνθ' ἄν., σ. 111.

66. Rosenne, ἐνθ' ἄν., σ. 424.

67. Barile, Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei procedimenti davanti la Corte Internazionale di Giustizia ἐν Comunicazioni e Studi, τ. IV, 1952, σ. 39.

στήριον αναβάλλει ταύτην, ἵνα κρίνη τὴν ἔνστασιν ἐλλείψεως δικαιοδοσίας ὁμοῦ μετὰ τῆς οὐσίας τῆς διαφορᾶς⁶⁸. Χαρακτηριστικῶς δέον νὰ ἀναφερθῇ, ὅτι εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., τὸ Δικαστήριον ἔλαβε προσωρινὰ μέτρα δεκαπέντε περίπου ἡμέρας μετὰ τὴν σχετικὴν αἴτησιν τῆς βρετανικῆς κυβερνήσεως, ἐνῶ ἡ ἀπόφασίς ἐπὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ ἐξεδόθη μετὰ παρέλευσιν πλέον τοῦ ἔτους ἀπὸ τῆς ὑποβολῆς τῆς ἐν λόγω αἰτήσεως. Κατὰ τὸν χρόνον αὐτὸν εἶναι ἐνδεχομένως ἀναγκαῖα ἡ δυνάμει προσωρινοῦ τίτλου διαφύλαξις τῶν δικαιωμάτων, τὰ ὅποια ἀποτελοῦν τὸ ἀντικείμενον τῆς διαφορᾶς. Μία ἀπόφασίς προσωρινῶν μέτρων, ἐκδοθεῖσα μετὰ παρέλευσιν μακροῦ χρόνου ἀπὸ τῆς σχετικῆς αἰτήσεως, θὰ ἦτο ἐστερημένη πάσης ἀποτελεσματικότητος. Λόγοι συνεπῶς πρακτικῆς σκοπιμότητος ἐπιβάλλουσι τὴν μὴ ἐξέτασιν τῆς ἐπὶ τῆς οὐσίας δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου ἐν συναρτήσει πρὸς τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν. Ἐξ ἄλλου, ὡς ἐδέχθη τὸ Οὐγγρο-Γαεχοσλοβακικὸν Μικτὸν Διαιτητικὸν Δικαστήριον εἰς τὴν ὑπόθεσιν *Baroseczy*, «ἡ ἄρνησις λήψεως προσωρινῶν μέτρων διὰ μόνον τὸν λόγον τῆς ὑποβολῆς ἐνστάσεώς τινος ἀναρμοδιότητος θὰ ἤνοιγε μίαν διέξοδον εἰς πᾶν διάδικον μέρος, τὸ ὅποῖον θὰ ἤθελε νὰ ἀποφύγῃ τὴν ἐναντίον του λήψιν προσωρινῶν μέτρων, πρᾶγμα ὅπερ θὰ καθίστα ἀπολύτως κενὴν περιεχομένου τὴν εἰς τὸ Δικαστήριον ἀπονεμηθεῖσαν ἐξουσίαν διὰ τοῦ ἄρθρου 33 τοῦ Κανονισμοῦ αὐτοῦ. Θὰ ἤρκει εἰς τὸ ἐναγόμενον μέρος νὰ ὑποβάλῃ ἔνστασιν ἀναρμοδιότητος διὰ νὰ ἐμποδίσῃ οὕτω τὸ Δικαστήριον νὰ διασφαλίσῃ, διαρκούσης τῆς δίκης, τὴν διατήρησιν τοῦ ἀντικειμένου τῆς διαφορᾶς ἢ, κατὰ γενικὸν τρόπον, τὴν ἰσότητά των διαδίκων μερῶν»⁶⁹.

Τῆς ἀρχῆς τοῦ ἀνεξαρτήτου χαρακτήρος τῶν προσωρινῶν μέτρων γενομένης οὕτως ἀποδεκτῆς, δὲν πρέπει, ἐν τούτοις, νὰ παροραῖται τὸ ἐνδεχόμενον, ὅτι τὸ διάδικον κράτος ἐνδέχεται νὰ καταχρᾶται τοῦ δικαιώματος τοῦ αἰτεῖν προσωρινὰ μέτρα, ἀσχοῦν τοῦτο καὶ εἰς περιπτώσεις καθ' ἃς εἶναι προφανῆς ἡ ἐκ τοῦ Δικαστηρίου ἐλλείψις δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας. Τὸ ἐνδεχόμενον τοῦτο ἐπιβάλλει τὴν ἀκόλουθον διάκρισιν. Εἶναι ἄλλο πρᾶγμα νὰ εἴπωμεν, ὅτι ἡ κατὰ τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ ἐνέργεια τοῦ Δικαστηρίου οὐδόλως προδικάζει τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας καὶ ὅτι τὸ Δικαστήριον δὲν χρειάζεται, εἰς τὸ στάδιον αὐτό, νὰ πιστοποιήσῃ τὴν τοιαύτην δικαιοδοσίαν, καὶ ἕτερον πρᾶγμα νὰ ἰσχυρισθῶμεν, ὅτι τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ λάβῃ μέτρα δυνάμει τοῦ ἄρθρου 41, ἀσχετῶς οἰασθήποτε προσδοκίας ἀναφορικῶς πρὸς τὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ ἐπὶ τῆς οὐσίας. Ὡς παρατηρεῖ

68. Βλ. ἄρθρον 62 (5) τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου.

69. R.G.D.I.P., 1928, σ. 65.

ὁ Lauterpacht, ἐν τῇ Χωριστῇ Γνώμῃ (separate opinion) αὐτοῦ εἰς τὴν ὑπόθεσιν Interhandel (προσωρινὴ προστασία), αἱ κυβερνήσεις, αἱ ὁποῖαι εἶναι συμβαλλόμενα εἰς τὸ Καταστατικὸν μέρη ἢ αἱ ὁποῖαι ἔχουν ἀναλάβει, ὑπὸ ἑτέραν μορφήν, δεσμεύσεις ὡς πρὸς τὴν ὑποχρεωτικὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου δικαιῶνται νὰ ἀναμένουν, ὅτι τοῦτο δὲν θὰ προβαίῃ εἰς τὴν λήψιν μέτρων δυνάμει τοῦ ἄρθρου 41, εἰς ἅς περιπτώσεις εἶναι προφανῆς ἢ ἔλλιψις δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας. Συνεπῶς, τὸ Δικαστήριον δὲν δύναται, ἐν σχέσει πρὸς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων, νὰ παραβλέπῃ ὀλοσχερῶς τὸ ζήτημα τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ. Ἡ ὀρθὴ ἀρχή, ἡ ἀπορρέουσα ἐκ τῶν δύο αὐτῶν ἐν πολλοῖς συγκρουομένων ἀπόψεων, εἶναι ὅτι τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ ἐνεργήσῃ δεόντως βάσει τοῦ ἄρθρου 41, ἀρκεῖ νὰ ὑφίσταται ἔγγραφόν τι, τοιοῦτον ὡς ἡ Δήλωσις Ἀποδοχῆς τῆς Προαιρετικῆς Ρήτηρας, ὑπογεγραμμένον ὑπὸ τῶν διαδίκων μερῶν, τὸ ὅποιον *prima facie* ἀπονέμει δικαιοδοσίαν εἰς τὸ Δικαστήριον καὶ τὸ ὅποιον δὲν συνοδεύεται ὑπὸ ἐπιφυλάξεων, ἀποκλειουσῶν προφανῶς τὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ⁷⁰. Ἐν τῇ πρακτικῇ τοῦ Δικαστηρίου ἕως ἡμερῶν αὐτῶν *prima facie* ὑπαρξίς δικαιοδοσίας ἐμφανίζεται ἀπὸ τὰς ἀκολουθοῦσας τρεῖς μορφάς, αἱ ὁποῖαι ἔχουν ὁδηγήσει εἰς τὴν διαμύρφωσιν ἀντιστοίχων θεωριῶν.

α. Διεθνῆς δικαιοδοσία. Κατὰ τὴν συζήτησιν τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἰτήσεως τῆς βρετανικῆς κυβερνήσεως εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., ἡ κυβέρνησις τοῦ Ἰράν ἐζήτησεν ἀπὸ τὸ Δικαστήριον ὅπως ἀπορρίψῃ τὴν ἐν λόγῳ αἴτησιν, ἀμφισβητούσα τὴν παρὰ τῷ Δικαστηρίῳ ὑπαρξίαν δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς διαφορᾶς. Πρὸς θεμελίωσιν τοῦ ἰσχυρισμοῦ τῆς, ἡ κυβέρνησις τοῦ Ἰράν ὑπεστήριξεν, *inter alia*, ὅτι ἡ ἀναφεύσα διαφορά ἀνῆκεν ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν ἐσωτερικὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Ἰράν καὶ συνεπῶς εὐρίσκετο, οὕτως εἰπεῖν, ἐκτὸς πάσης διεθνούς δικαιοδοσίας.

Ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω ἰσχυρισμοῦ τὸ Δικαστήριον ἀπεφάνθη τὰ ἀκόλουθα: «Ἐκ τῆς ἀγωγῆς τῆς κυβερνήσεως τοῦ Ἠνωμένου Βασιλείου καθίσταται προφανές, ὅτι ἡ κυβέρνησις αὕτη υἰοθέτησε τὴν ὑπόθεσιν μιᾶς βρετανικῆς ἐταιρίας καὶ ἐνεργεῖ δυνάμει τοῦ δικαιώματος τῆς διπλωματικῆς προστασίας.

Ἡ προσφυγὴ ἐρείδεται ἐπὶ ἐπικαλουμένης παραβιάσεως τοῦ διεθνούς δικαίου, ἐπισυμβάσης διὰ τῆς ἀθετήσεως τοῦ παραχωρητηρίου, τῆς 29 Ἀπριλίου 1933, καὶ διὰ τῆς ἀρνησιδικίας, ἡ ὁποία — συμφῶνως πρὸς τὴν κυβερνή-

70. I. C. J., Reports, 1957, σ. 118-119. Πρβλ. Lauterpacht, The development of international law by the International Court of Justice, London, 1958, σ. 112. Fitzmaurice, ἔνθ' ἀν., σ. 113.

σιν τοῦ Ἠνωμένου Βασιλείου — ἀποτελεῖ συνέπειαν τῆς ἀρνήσεως τῆς κυβερνήσεως τοῦ Ἰράν νὰ ἀποδεχθῆ διαιτησίαν κατὰ τοὺς ἔρους τοῦ παραχωρητηρίου καὶ ἐνῶ δὲν δύναται νὰ γίνῃ ἀποδεκτὸν a priori, ὅτι ἡ ἐρειδομένη ἐπὶ τῆς τοιαύτης βάσεως ἀπαίτησις ἐμπίπτει καθ' ὁλοκληρίαν ἐκτὸς τοῦ πεδίου τῆς διεθνoῦς δικαιοδοσίας»⁷¹.

Ἀμέσως δὲ μετὰ τὴν ἀνωτέρω δήλωσιν, τὸ Δικαστήριον προσέθεσεν, ὅτι «οἱ ἐκτεθέντες εἰς τὴν προηγουμένην παράγραφον λόγοι ἀρκοῦν, ἵνα ἐπιτρέψουν εἰς τὸ Δικαστήριον νὰ ἐξετάσῃ τὴν αἴτησιν περὶ προσωρινῶν μέτρων»⁷².

Ἐκ πρώτης ὄψεως, ἡ ἀνωτέρω δήλωσις φαίνεται νὰ ὑπονοῆ, ὅτι ἂν τὸ Δικαστήριον ἀποφασίσῃ, βάσει τῆς ἀγωγῆς, ὅτι κέκτηται δικαιοδοσίαν *ratione materiae*, δύναται, εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην, νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα καὶ ἂν εἰσέτι ἡ δικαιοδοσία αὐτοῦ *ratione personae* δὲν ἔχει ἀποδειχθῆ διὰ τῆς ἀγωγῆς⁷³. Τὸ ἐπίμαχον ὅμως σημεῖον εἰς τὴν παροῦσαν περίπτωσιν δὲν ἦτο, ὡς ὀρθότατα παρατηρεῖ ὁ Cheng, ἡ «διεθνῆς δικαιοδοσία», ἀλλὰ ἡ δικαιοδοσία αὐτοῦ τούτου τοῦ Δικαστηρίου ὑπὸ τὸ φῶς τῶν σχετικῶν ἐγγράφων⁷⁴. Τὸ Δικαστήριον, ἐν τούτοις, δὲν ἔλαβεν ὑπ' ὄψιν τὴν θέσιν τοῦ Ἰράν, δυνάμει τῆς σχετικῆς Δηλώσεως Ἀποδοχῆς τῆς Προαιρετικῆς Ρήτηρας, καὶ συνεπῶς τὸ θεμελιώδες ζήτημα τῆς συναινέσεως τῆς χώρας ταύτης εἰς τὴν ἄσκησιν τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου ἐν τῇ προκειμένῃ περιπτώσει οὐδόλως ἐθίγη κατὰ τὴν διαδικασίαν τῶν προσωρινῶν μέτρων.

Τὸ Δικαστήριον ἔκαμνε δεκτὴν τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν τῆς βρεταννικῆς κυβερνήσεως, θεωροῦν τὴν «διεθνῆ δικαιοδοσίαν», ὡς *prima facie* ἐνδειξιν τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ. Τοῦτο ὅμως δὲν ἦτο ὀρθόν, δοθέντος ὅτι ἡ δικαιοδοσία τοῦ Δικαστηρίου ἐξαρτᾶται ἐκ τῆς σχετικῆς συναινέσεως τῶν διαδίκων μερῶν καὶ οὐχὶ ἐκ τῆς φύσεως τῆς διαφορᾶς. Ἡ τυχὸν ἀποδοχὴ τῆς ἀπόψεως τοῦ Δικαστηρίου θὰ ἦτο ἀντίθετος πρὸς τὴν γενικὴν ἀρχὴν τῆς θεμελιώσεως τῆς δικαιοδοσίας τῶν διεθνῶν δικαστηρίων ἐπὶ τῆς συναινέσεως τῶν διαδίκων μερῶν. Τῆς ἀρχῆς ταύτης μὴ ἀμφισβητουμένης, θὰ πρέπει νὰ σημειωθῆ, ὅτι ἐὰν τὸ Δικαστήριον, εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς *Anglo-Iranian Oil Co.*, ἀπεφαινετο ὅτι ἀπεδέχθη τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησιν τῆς βρεταννικῆς κυβερνήσεως, ἀποφασίζον ὅτι ἡ διαφορά δὲν ἠδύνατο νὰ ἀποκλεισθῆ a priori ἐκ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ — καὶ οὐχί, ὡς ἀπε-

71. I. C. J., Reports, 1951, σ. 92 - 93.

72. Αὐτόθι, σ. 93.

73. Rosenne, ἔνθ' ἄν., σ. 354.

74. Cheng, ἔνθ' ἄν., σ. 271.

φάνθη ἐκ τοῦ πεδίου τῆς διεθνoῦς δικαιοδοσίας — θὰ εὐθυγραμμίζετο περισσότερο πρὸς τὰ πορίσματα τῆς ἰδίας αὐτοῦ πρακτικῆς ὡς καὶ τῆς πρακτικῆς ἐτέρων διεθνῶν δικαστηρίων⁷⁵.

β. Πιθανὴ δικαιοδοσία Ἡ θεωρία τῆς «πιθανῆς δικαιοδοσίας» ἀνεπτύχθη ὑπὸ τῶν μειονοψηφησάντων δικαστῶν Winiarski καὶ Badawi εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co. (προσωρινὴ προστασία). Διὰ τῆς κοινῆς διασταμένης γνώμης αὐτῶν (joint dissenting opinion), οἱ δύο Δικασταὶ ὑπεγράμμισαν κατ' ἀρχήν, ὅτι «ἐν περιπτώσει ἀμφισβητήσεως τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου δὲν δύναται νὰ ὑποστηριχθῇ, ὅτι τοῦτο θὰ ἔπρεπε νὰ ἀποφανθῇ ὀριστικῶς ἐπ' αὐτῆς πρὸ τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων».

Ἀπὸ τοῦ σημείου τούτου ἡ γνώμη τῶν ἐν λόγῳ δύο Δικαστῶν διαφοροποιεῖται οὐσιωδῶς ἐν σχέσει πρὸς τὴν γνώμην τῆς πλειοψηφίας. Κατ' αὐτοὺς «ἡ διὰ τοῦ ἄρθρου 41 ἀπονεμηθεῖσα εἰς τὸ Δικαστήριον ἐξουσία δὲν εἶναι ἀπόλυτος αὕτη ἀπενεμήθη διὰ τοὺς σκοποὺς τῆς διαδικασίας καὶ περιορίζεται εἰς τὴν διαδικασίαν ταύτην. Ἐὰν δὲν ὑφίσταται δικαιοδοσία ἐπὶ τῆς οὐσίας, δὲν δύναται νὰ ὑπάρξῃ δικαιοδοσία πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων. Τοιαῦτα μέτρα εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον εἶναι ἐξαιρετικοῦ χαρακτήρος εἰς μείζονα εἰσέτι βαθμὸν τῶν ἀντιστοίχων τοῦ ἐσωτερικοῦ δικαίου· ταῦτα δύναται εὐχερῶς νὰ χαρακτηρισθοῦν ὡς ἐλάχιστα ἀνεκτὴ ἐπέμβασις εἰς τὰ ζητήματα μιᾶς κυριάρχου πολιτείας. Ἐνεκὰ τούτου, τὸ Δικαστήριον δὲν θὰ ἔπρεπε νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα εἰ μὴ μόνον ἐὰν ἡ ἀρμοδιότης του, ἐν περιπτώσει ἀμφισβητήσεως ταύτης, ἐφαίνετο εἰς αὐτὸ ὡς εὐλόγως πιθανή. Τὸ Δικαστήριον θὰ διαμορφώσῃ σχετικῶς γνώμην κατόπιν συνοπτικῆς διαδικασίας· ἡ γνώμη δὲ αὕτη θὰ εἶναι μόνον προσωρινὴ καὶ δὲν θὰ δύναται νὰ προδικάσῃ τὴν ὀριστικὴν του ἀπόφασιν»⁷⁶.

Περαιτέρω, οἱ δύο μειονοψηφῆσαντες δικασταὶ συνώψισαν τὴν γνώμην των ὡς ἀκολούθως :

«Ἐὰν ὑπάρχουν σημαντικὰ ἐπιχειρήματα ὑπὲρ τῆς ἀμφισβητουμένης δικαιοδοσίας, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα· ἐὰν ὑπάρχουν σοβαραὶ ἀμφιβολίαι ἢ σημαντικὰ ἐπιχειρήματα κατὰ τῆς ἐν λόγῳ δικαιοδοσίας, τοιαῦτα μέτρα δὲν δύναται νὰ ληφθοῦν»⁷⁷.

Ἡ ἀπάντησις εἰς τὸν ἀνωτέρω ἰσχυρισμὸν τῶν Δικαστῶν Winiarski

75. Αὐτόθι, σ. 271 - 272.

76. I. C. J., Reports, 1951, σ. 97.

77. Αὐτόθι.

και Badawi εδόθη υπό της εξαιρετικῶς υπευθύνου γραφίδος τοῦ Lauterpacht. Κατὰ τὸν ἐν λόγῳ συγγραφέα, ἡ πιθανολόγησις τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου δὲν δύναται νὰ θεωρηθῇ ὡς προϋπόθεσις τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων. Οἰαδήποτε τοιαύτη ἀπόφασις θὰ ἐδέσμευε κατὰ τινὰ τρόπον τὸ Δικαστήριον, δοθέντος ὅτι τοῦτο θὰ ἦτο ἀπρόθυμον ἐν τέλει νὰ ἀποφανθῇ, ὅτι ἡ κρίσις του, ἀναφορικῶς πρὸς τὴν πιθανὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ, ἦτο ἀνακρίβης. Προσέτι, πᾶσα ἀπόφασις, ἐρειδομένη ἐπὶ τῆς ὑποθέσεως, ὅτι ἡ ἐπὶ τῆς οὐσίας δικαιοδοσία εἶναι πιθανή, προϋποθέτει ὠρισμένην ἔρευναν, τὴν ὅποιαν τὸ Δικαστήριον δὲν δύναται νὰ ἀναλάβῃ κατὰ τὸ παρὸν στάδιον και τὴν ὅποιαν ὄντως δὲν ἀνέλαβεν εἰς τὴν περίπτωσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co. Τὸ Δικαστήριον ἠσχολήθη συνοπτικῶς μὲ τὰς δύο ἐνστάσεις τοῦ Ἰράν, ἀλλὰ δὲν ἐξήτασε τὴν διατύπωσιν τῆς περσικῆς Δηλώσεως Ἐποδοχῆς τῆς Προαιρετικῆς Ρήτρας. Ἐὰν τὸ Δικαστήριον ἦτο ὑποχρεωμένον νὰ ἱκανοποιήσῃ ἑαυτὸ, ὡς πρὸς τὴν πιθανότητα τῆς δικαιοδοσίας του, δὲν θὰ περιορίζετο νὰ λάβῃ ὑπ' ὄψιν μόνον τὰς ὑπὸ τοῦ Ἰράν ὑποβληθείσας ἐνστάσεις, ἀγνοοῦν ἐτέρας δυνατάς τοιαύτας, ἀποφασιστικῆς σημασίας. Οἱ μειονοψηφῆσαντες δικασταὶ ὑπεστήριξαν, ὅτι προσωρινὰ μέτρα δὲν δύναται νὰ ληφθοῦν ἐὰν ὑφίστανται σοβαρὰ ἀμφιβολία ἢ σημαντικὰ ἐπιχειρήματα κατὰ τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου. Ὡς ἐκ τούτου ἤμως, ἵνα τὸ Δικαστήριον ἀχθῇ εἰς τὸ συμπέρασμα, ὅτι ὑφίστανται σοβαρὰ ἀμφιβολία, εἶναι ἀναγκαῖον νὰ ἐξετάσῃ τὴν ὑπόθεσιν μετὰ προσοχῆς. Ἀλλὰ, οἱ διαφωνοῦντες Δικασταὶ ἤχθησαν εἰς τὸ «προσωρινὸν συμπέρασμα», ὅτι τὸ Δικαστήριον στερεῖται δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας, δυνάμει μιᾶς «ὀλοσχερῶς συνοπτικῆς ἐρεύνης». Ὁ ἰσχυρισμὸς τῆς ὑπάρξεως «σοβαρῶν ἀμφιβολιῶν ἢ σημαντικῶν ἐπιχειρημάτων» δὲν δύναται νὰ εἶναι ἀποτέλεσμα μιᾶς «ἐρεύνης ἐξ ὀλοκλήρου συνοπτικοῦ χαρακτήρος»⁷⁸.

Εἶναι προφανές, ὅτι ἡ ἐκτεθεῖσα ἀνωτέρω ἐπιχειρηματολογία τοῦ Lauterpacht ἀποκαλύπτει πλήρως τὰς συνεπαγομένας ἐκ τῆς υἰοθετήσεως τῆς θεωρίας τῆς «πιθανῆς δικαιοδοσίας» ἀντιφάσεις. Παρὰ τὸν ἐκ πρώτης ὄψεως νομικῶς ἐλαυστικὸν χαρακτήρα της, ἡ ἐν λόγῳ θεωρία δὲν συμβιβάζεται πρὸς τὴν ἐκ τῶν ἐνόμων διαδικασίαν τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἡ ὅποια δὲν ἐπιτρέπει τὴν *in extenso* ἐξέτασιν τῆς διαφορᾶς, ἵνα τὸ Δικαστήριον ἀχθῇ εἰς τὸ συμπέρασμα, ὅτι ἡ δικαιοδοσία αὐτοῦ ἐπὶ τῆς οὐσίας εἶναι «εὐλόγως πιθανή». Προσέτι δέ, ἡ υἰοθέτησις τῆς εἰρημένης θεωρίας θὰ ἐσμίκρυνε τὰς διαστάσεις τοῦ ἄρθρου 41 και θὰ περιορίζε τὸ Δικαστήριον κατὰ τὴν ἄσκησιν μιᾶς θεμελιώδους ἀρμοδιότητος διὰ τὴν ἀποτελεσματικὴν ἐκπλήρωσιν τῆς ἀποστολῆς αὐτοῦ.

78. Lauterpacht, *The development of international law by the International Court of Justice*, cit., σ. 255 - 256, ὕποσ. 42.

γ. Δυνατὴ δικαιοδοσία. Κατὰ τὴν θεωρίαν τῆς ἀδυνατῆς δικαιοδοσίας, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ προβῇ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἐν περιπτώσει ὑπάρξεως στερεᾶς τινος βάσεως — Δήλωσις Ἀποδοχῆς τῆς Πρωαιρετικῆς Ρήτηρας ἢ συμβατικῆ διατάξεως δικαιοδοτικῆς φύσεως — δύναμει τῆς ὁποίας οἱ συνηγερῶντες ὑπὲρ τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου λόγοι καθιστοῦν ταύτην *prima facie* δυνατὴν. Συγκρινομένη πρὸς τὴν θεωρίαν τῆς «πιθανῆς δικαιοδοσίας», ἡ ἀνωτέρω θεωρία προϋποθέτει ἥσσονα βαθμὸν τεκμηριώσεως τῆς δικαιοδοσίας τοῦ Δικαστηρίου καὶ συνεπῶς δὲν ἀπαιτεῖ διεξοδικὴν ἐξέτασιν τῶν ἐπικαλουμένων ὑπὲρ ἢ κατὰ τῆς τοιαύτης δικαιοδοσίας λόγων. Ὡς ἐκ τούτου, αὕτη ἀνταποκρίνεται πλήρως πρὸς τὸν ἐπείγοντα χαρακτήρα τῶν προσωρινῶν μέτρων. Βάσει τῆς ἐν λόγω θεωρίας ἡ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου λήψις προσωρινῶν μέτρων δέον νὰ ἀποκλεισθῇ οὐχὶ μόνον εἰς ἅς περιπτώσεις ἢ ἔλλειψις δικαιοδοσίας αὐτοῦ εἶναι προφανῆς, ἀλλὰ καὶ εἰς τὰς περιπτώσεις ἐκεῖνας κατὰ τὰς ὁποίας ἡ δυνατότης τῆς ὑπάρξεως δικαιοδοσίας εἶναι λίαν ἀπομεμακρυσμένη ἢ ὑποθετικὴ⁷⁹. Συνεπῶς εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ *forum prorogatum* — δηλαδὴ ὡσάντις, ἐπὶ τῇ βάσει τῆς ἀγωγῆς, εἶναι σαφές, ὅτι ἡ δικαιοδοσία τοῦ Δικαστηρίου τελεῖ ὑπὸ τὴν αἴρεσιν τῆς ἀποδοχῆς αὐτῆς ὑπὸ τοῦ ἐναγομένου κράτους, εἰς τὸν ὁποῖον ἀπευθύνεται διὰ τῆς ἀγωγῆς πρόσκλησις, ὅπως ὑποβληθῇ εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου πρὸς κρίσιν τῆς διαφορᾶς — τὸ Δικαστήριον δὲν δύναται νὰ προβῇ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων⁸⁰.

Χαρακτηριστικὴν ἐφαρμογὴν τῆς ἀνωτέρω θεωρίας ἀποτελεῖ ἡ προεδρική ἀπόφασις περὶ προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Καταγγελίας τῆς Συνθήκης Κίνας - Βελγίου. Εἰς τὴν ἐν λόγω ὑπόθεσιν, ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου, ἐπιφυλασσόμενος πάντοτε ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν ἐπὶ τῆς οὐσίας δικαιοδοσίαν αὐτοῦ, ἔλαβε τὰ αἰτούμενα ὑπὸ τοῦ Βελγίου προσωρινὰ μέτρα, ἐρειδόμενος ἐπὶ τοῦ κατ' ἀρχὴν ὑφισταμένου τεκμηρίου ἀρμοδιότητος ὑπὲρ τοῦ Δικαστηρίου, ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τοῦ κατωτέρω χωρίου τῆς προεδρικῆς ἀποφάσεως :

«Τὸ Βέλγιον καὶ ἡ Κίνα ἔχουν υπογράψει καὶ ἐπικυρώσει τὸ Πρωτόκολλον τῆς 16 Δεκεμβρίου 1920, ἀναφερόμενον εἰς τὴν υἰοθέτησιν τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Δικαστηρίου.

... Αἱ δύο αὗται Δυνάμεις ἔχουν ἀναγνωρίσει ὡς ὑποχρεωτικὴν τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου, συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρον 36 παρ. 2 τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Δικαστηρίου· καὶ ἡ ὑπο-παράγραφος (δ) τῆς παραγράφου

79. Fitzmaurice, ἐνθ' ἄν., σ. 114.

80. Rosenne, ἐνθ' ἄν., σ. 424. Κρίσπη, ἐνθ' ἄν., σ. 167.

ταύτης καλύπτει νομικὰς διαφορὰς ἀφορώσας εἰς τὴν φύσιν ἢ τὴν ἔκτασιν τῆς ἐπανορθώσεως ἐκ τῆς ἀθετήσεως διεθνoῦς τινος ὑποχρεώσεως...»⁸¹.

Διὰ τοῦ συλλογισμοῦ αὐτοῦ ὁ πρόεδρος τοῦ Δικαστηρίου προέβη εἰς μίαν ἀπαρίθμησιν τῶν πληρουμένων ἐν τῇ προκειμένῃ περιπτώσει προϋποθέσεων, αἱ ὁποῖαι καθίστων *prima facie* δυνατὴν τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου.

δ. Ὁ γενικὸς κανὼν τοῦ ἄρθρου 41 τοῦ Καταστατικοῦ συμπληροῦται διὰ τῶν εἰδικῶν διατάξεων τοῦ ἄρθρου 61 τοῦ Κανονισμοῦ, αἱ ὁποῖαι διαγράφουν τὴν διαδικασίαν τῆς λήψεως προσωρινῶν μέτρων ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου. Οἱ συντάττει τοῦ ἄρθρου 61, παραμείναντες — ὡς ἔδει — ἐντὸς τῶν διαγραφέντων ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 41 νομικῶν πλαισίων, κατήρτισαν οὕτω τὸν δικονομικὸν κανονισμὸν τοῦ τελευταίου αὐτοῦ ἄρθρου.

Ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησις δύναται νὰ κατατεθῇ οἰανδήποτε στιγμῇ κατὰ τὴν διάρκειαν τῆς διαδικασίας. Ὁ χρόνος ὑποβολῆς τῆς αἰτήσεως ἄρχεται δηλαδὴ ἀπὸ τῆς ἐγγραφῆς τῆς ἀγωγῆς εἰς τὸ πινάκιον τοῦ Δικαστηρίου καὶ τερματίζεται τὴν ἡμέραν τῆς λήξεως τῆς διαδικασίας. Εἰς τὴν ὑποβαλλομένην αἴτησιν προσδιορίζεται ἡ ὑπόθεσις εἰς ἣν αὕτη ἀναφέρεται, καθορίζονται τὰ δικαιώματα τῶν ὑποίων αἰτεῖται ἢ διατήρησις καὶ προτείνονται τὰ ληπτέα μέτρα (ἄρθρ. 61 παρ. 1).

Ἡ παρ. 6 τοῦ ἄρθρου 61 ἀπονέμει εἰς τὸ Δικαστήριον, ἐν περιπτώσει μὴ ὑποβολῆς σχετικῆς αἰτήσεως, τὴν ἐξουσίαν νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα *proprio motu*. Διὰ τῆς καθιερώσεως τῆς ἀρχῆς ταύτης διασαφηνίζεται τὸ περιεχόμενον τοῦ ἄρθρου 41, τὸ ὁποῖον καταλείπει ὠρισμένας ἀμφιβολίας ὡς πρὸς τὴν ἐξουσίαν τοῦ Δικαστηρίου νὰ προβῇ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἰδίᾳ πρωτοβουλίᾳ. Ἡ *ex officio* λήψις προσωρινῶν μέτρων ἐπιτρέπει εἰς τὸ Δικαστήριον νὰ διασφαλίσῃ, εἰς πᾶν στάδιον τῆς διαδικασίας, μίαν ὠρισμένην κατάστασιν, ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ τελικοῦ ἀποτελέσματος τῆς δίκης καὶ νὰ προστατεύσῃ οὕτω τὰ δικαιώματα τῶν διαδίκων εἰς οἰανδήποτε περίπτωσιν καὶ οὐχὶ μόνον ὡσάκτις ὑποβάλλεται σχετικὴ αἴτησις ὑπὸ τινος ἐξ αὐτῶν. Ἀπονέμον εἰς ἑαυτὸ τὴν ἐξουσίαν πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων *proprio motu*, τὸ Δικαστήριον ἔχει υἰοθετήσει, ἕσον ἀφορᾷ εἰς τὴν δικαιοδοσίαν αὐτοῦ πρὸς παροχὴν προσωρινῆς προστασίας, τὸ δικονομικὸν σύστημα τῆς αὐτεπαγγέλτου προωθήσεως τῆς δίκης⁸². Ἐὰν τὸ Δικαστήριον διατελῇ ἐν διακοπαῖς, ὁ πρόεδρος δύναται νὰ συγκαλέσῃ τὰ μέλη του, ἕνα θέσῃ ὑπ' ὄψιν τούτου τὸ ζήτημα τῆς σκοπιμότητος τῆς αὐτεπαγγέλτου λήψεως προσωρινῶν μέτρων.

81. P. C. I. J., Series A, no 8, σ. 7.

82. Βλ. σχετικῶς τὰς παρατηρήσεις τοῦ Δικαστοῦ Schücking, ὡς ἀναφέρονται ὑπὸ τοῦ Guggenheim, ἐνθ' ἄν., σ. 683, ὑποσ. 3.

Λόγω τοῦ ἐπείγοντος χαρακτήρος τοῦ ζητήματος, ἡ περί λήψεως προσωρινῶν μέτρων αἴτησις ἐκδικάζεται κατὰ προτεραιότητα. Ἐάν τὸ Δικαστήριον διατελῇ ἐν διακοπαῖς, ὁ πρόεδρος συγκαλεῖ ἀμέσως τὰ μέλη αὐτοῦ. Κατὰ τὸν μεσολαβῶντα μέχρι τῆς συγκλήσεως χρόνον, οὗτος δύναται νὰ λαμβάνη τοιαῦτα μέτρα, τὰ ὁποῖα κρίνονται ὑπ' αὐτοῦ ὡς ἀναγκαῖα, ἵνα ἐπιτραπῇ εἰς τὸ Δικαστήριον νὰ λάβῃ ἀποτελεσματικὴν ἀπόφασιν. Ἡ ὡς ἄνω ἐξουσία εἶναι κατάλοιπον τῆς δυνάμει τοῦ παλαιοῦ ἄρθρου 57 τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Διαρκεῶς Δικαστηρίου Διεθνοῦς Δικαιοσύνης ἐξουσίας τοῦ προέδρου πρὸς παροχὴν προσωρινῆς προστασίας *stricto sensu*. Ἡ ἐξουσία ὅμως τοῦ προέδρου τοῦ Δικαστηρίου πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἐθεωρήθη, ὅτι ἀντέβαινε εἰς τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ, τὸ ὁποῖον ἀπονέμει τὴν τοιαύτην ἐξουσίαν ἀποκλειστικῶς εἰς τὸ Δικαστήριον, καὶ οὕτω, κατὰ τὴν ἐν τῷ 1931 πραγματοποιηθεῖσαν ἀναθεώρησιν τοῦ Κανονισμοῦ, ἡ ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ προέδρου θεσπισθεῖσα ἐξουσία πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων κατηργήθη.

Τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ λάβῃ ἕτερα τῶν διὰ τῆς αἰτήσεως προτεινομένων προσωρινὰ μέτρα. Ἡ ἀπόρριψις τῆς αἰτήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων δὲν καλύπτει τὸ διάδικον μέρος, τὸ ὁποῖον ὑπέβαλε ταύτην, νὰ ἐπανέλθῃ διὰ νέας αἰτήσεις, ἐφ' ὅσον δύναται νὰ ἐπικαλεσθῇ νέα περιστατικά, δικαιολογοῦντα τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων (ἄρθρ. 61 παρ. 5).

Τὸ Δικαστήριον δὲν προβαίνει εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων εἰ μὴ μόνον μετὰ τὴν ἀκρόασιν τῶν διαδίκων μερῶν. Τοῦτο ἰσχύει καὶ ἂν εἰσέτι τὸ Δικαστήριον ἔχει τὴν πρόθεσιν νὰ προβῇ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων *proprio motu*. Ἀντιθέτως, τὸ Δικαστήριον δύναται νὰ ἀρνηθῇ τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων ἄνευ τῆς ἀκρόάσεως τοῦ ἐναγομένου κράτους.

Τὸ ἄρθρον 61 τοῦ Κανονισμοῦ δὲν περιέχει διάταξιν ἀναφορικῶς πρὸς τὴν συμμετοχὴν τῶν συμφώνως τῷ ἄρθρῳ 31 τοῦ Καταστατικοῦ ἐκλεγομένων δικαστῶν (δικαστῶν *ad hoc*) εἰς τὴν διαδικασίαν τῶν προσωρινῶν μέτρων. Εἰς τὸν παρόντα Κανονισμὸν τοῦ Δικαστηρίου ἔχει καταργηθῆ ἡ παρ. 9 τοῦ ἄρθρου 61 τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ 1936, διὰ τῆς ὑποίας προεβλέπετο, ὅτι οἱ ἐν λόγῳ δικασταὶ θὰ μετεῖχον τῆς διαδικασίας τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἐὰν ἡ παρουσία αὐτῶν ἐπὶ τῆς ἑδρας ἡδύνατο νὰ διασφαλισθῇ κατὰ τὴν ὀρισθεῖσαν ὑπὸ τοῦ προέδρου ἡμερομηνίαν διὰ τὴν ἀκρόασιν τῶν μερῶν. Ἐκ τῆς πρακτικῆς τοῦ Δικαστηρίου ἀποδεικνύεται ὅτι, ὡσάκις ἐκρίθη ἀναγκαῖον, τοῦτο ἔχει προβῆ εἰς τὴν λήψιν προσωρινῶν μέτρων, ἄνευ τῆς συμμετοχῆς τῶν δικαστῶν *ad hoc*. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Ἐργαστασίου ἐν Chorzów, τὸ Δικαστήριον ἐδέχθη, ὅτι ἡδύνατο νὰ λάβῃ προσωρινὰ μέτρα δίχως νὰ ζητήσῃ τὴν βοήθειαν τῶν ἐθνικῶν δικαστῶν⁸³. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Νομικοῦ Καθεστῶτος

83. P. C. I. J., Series A, no 12, σ. 10.

ης Νοτιο-Ανατολικῆς Γροιλανδίας, τὸ Δικαστήριον ἀπεφάσισε νὰ δεχθῆ ὡς ὑπὸ τῶν διαδίκων διορισθέντας δικαστὰς ad hoc αἰδομένου ὅτι ἐν τῇ ρημένῃ ὑπόθεσι ἡ παρουσία δικαστῶν ad hoc δὲν ἦτο ἀσυμβίβαστος πρὸς τὴν ἐπειγουσαν φύσιν τῶν προσωρινῶν μέτρων⁸⁴. Ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασις εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co. ἐξεδόθη μετὰ τῆς παρουσίας τοῦ Πέρσου δικαστοῦ ad hoc, ἐνῶ παραλλήλως οὐδεμία κρίσις τοῦ ζητήματος τούτου ἐγένετο εἰς τὴν σχετικὴν διαταγὴν. Ἐξ ἄλλου, ἡ ταχύτης τῆς διαδικασίας τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὴν ἐν λόγω ὑπόθεσιν ἀπέστησε πρακτικῶς ἀδύνατον τὸν διορισμὸν δικαστοῦ ad hoc ὑπὸ τῆς περὶ τῆς κυβερνήσεως, καὶ ἂν εἰσέτι αὕτη εἶχε τυχὸν τοιαύτην πρόθεσιν.

Ἄλλοτερον πρόβλημα, ἀναφερόμενον εἰς τὴν σύνθεσιν τοῦ Δικαστηρίου, ἀνεκύβηκεν ὅτε εἰς ἓκ τῶν δικαστῶν ἠθέλησε νὰ γνωρίζῃ κατὰ πόσον ἡδύνατο νὰ μετασχημίσῃ τῆς διαδικασίας ἐπὶ τῆς αἰτήσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων, καὶ ἂν εἰσέτι ἐκωλύετο ὑπὸ τῶν περιστάσεων νὰ μετασχημίσῃ ἀκολούθως τῆς διαδικασίας ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως. Ἐπ' αὐτοῦ τὸ Δικαστήριον ἐδέχθη, ὅτι οὐδὲν ἐκώλυε τὸν ἐν λόγω Δικαστὴν ἀπὸ τοῦ νὰ μετασχημίσῃ τῆς διαδικασίας τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἀφοῦ αὕτη ἦτο διάφορος τῆς διαδικασίας ἐπὶ τῆς οὐσίας⁸⁵.

Τὸ Δικαστήριον δύναται ἀνά πάσαν στιγμὴν, λόγω μεταβολῆς τῶν συνθηκῶν, νὰ ἄρῃ ἢ νὰ τροποποιήσῃ τὰ ληφθέντα ὑπ' αὐτοῦ προσωρινὰ μέτρα (ἄρθρ. 61. παρ. 7). Τὴν ἐξουσίαν ταύτην τὸ Δικαστήριον ἀσκει εἴτε κατόπιν αἰτήσεως ἐνὸς τῶν διαδίκων μερῶν, τὸ ὁποῖον ἐπικαλεῖται πρὸς τοῦτο νέα περιστατικά, εἴτε αὐτεπαγγέλτως. Τῆς ἄρσεως ἢ τροποποιήσεως τῆς ἀποφάσεως περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων δεόν νὰ προηγηθῆ ἡ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἀκρόασις τῶν διαδίκων μερῶν.

Τὰ προσωρινὰ μέτρα λήγουν ἅμα τῇ ἐκδόσει τῆς ἀποφάσεως διὰ τῆς ὁποίας τὸ Δικαστήριον εἴτε προβαίνει εἰς τὴν κρίσιν τῆς διαφοράς εἴτε ἀποφραίνεται, ὅτι στερεῖται δικαιοδοσίας. Εἰς τὴν τελευταίαν αὐτὴν περίπτωσιν, δοθέντος ὅτι τὰ προσωρινὰ μέτρα δὲν δύναται νὰ διατηρηθοῦν ἀνεξαρτήτως τῆς υπάρξεως οὐσιαστικῆς δικαιοδοσίας, ἡ ἀπόφασις περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων δεόν νὰ ἀνακληθῆ ἅμα τῇ ἐκδόσει τῆς ἀποφάσεως, ἄλλως παύει αὐτομάτως ἰσχύουσα. Ὡς ἀποδεικνύεται ὅμως ἐκ τῆς ὑποθέσεως τῆς Anglo-Iranian Oil Co., ἡ ἀνάκλησις τῆς περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀποφάσεως

84. P. C. I. J., Series A/B, no 48, σ. 280.

85. P. C. I. J., Series E, no 9, σ. 164 - 165. Ἀναφέρεται ὑπὸ τοῦ D u m b a u l d Relief pendente lite in the Permanent Court of International Justice ἐν A. J. I. L., 1945, σ. 392 - 393.

ἔχει ἀναδρομικὴν ἰσχύν, ἀλλὰ πραγματοποιεῖται *ex nunc*. Εἰς τὴν ἀπόφασιν τῆς 22 Ἰουλίου 1952, τὸ Δικαστήριον, ἀποφανθὲν ὅτι ἐστερεῖτο δικαιοσύνης, δὲν ἀνεκάλεσε τὴν περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασιν τῆς 1 Ἰουλίου 1951 *ex tunc*, ἀλλὰ ἀπεφήνατο, ὅτι αὕτη παύει ἰσχύουσα ἅμα τῇ δόσει τῆς ἀποφάσεως καὶ ὅτι συγχρόνως λήγουν καὶ τὰ προσωρινὰ μέτρα⁸⁶.

6. Ἡ ἱστορικὴ προέλευσις καὶ ἡ διατύπωσις τοῦ ἄρθρου 41 ὡς καὶ ἡ φύσις τῆς διαταγῆς, τὸν τύπον τῆς ὁποίας περιβάλλεται ἡ περὶ προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασις, ἀποτελοῦν τὰ δεδομένα τοῦ μέχρι τοῦδε ἀνεπιλύτου προβλήματος τοῦ χαρακτῆρος τῶν τοιούτων μέτρων. Ὁ προσδιορισμὸς τοῦ ὑποχρεωτικοῦ ἢ μὴ χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων προϋποθέτει τὴν προηγουμένην ἐξέτασιν τῶν δεδομένων αὐτῶν καὶ τὴν ἀξιολόγησιν τῶν συναγομένων ἀπορριμμάτων συμφώνως πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ Καταστατικοῦ καὶ τὴν ὅλην πραγματικὴν τοῦ Δικαστηρίου.

Τὸ ἄρθρον 48 τοῦ Καταστατικοῦ, ἀναφερόμενον εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου ἐκδουσιν διαταγῶν διὰ τὴν διεξαγωγὴν τῆς δίκης, δὲν προσδιορίζει τὴν φύσιν τῶν πράξεων αὐτῶν. Τὸ ἄρθρον 61 τοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου δὲν περιέχει ὡσαύτως διάταξιν ἐπὶ τῆς φύσεως τῆς διαταγῆς, δι' ἧς λαμβάνονται τὰ προσωρινὰ μέτρα. Ἐξ ἄλλου, ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων διαταγή δὲν ἀποτελεῖ «ἀπόφασιν» *stricto sensu* καὶ συνεπῶς δὲν εἶναι δυνατὸν νὰ ἐρμηνευθῇ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου, ὡς πρὸς τὴν ἔννοιαν ἢ τὸ πνεῦμα τῆς, δυνάμει τοῦ ἄρθρου 60 τοῦ Καταστατικοῦ. Τὸ τελευταῖον αὐτὸ ἄρθρον εἰσφέρει, ὅτι ἡ «ἀπόφασις εἶναι ὀριστικὴ καὶ ἀμετάκλητος». Τοῦτο ἀναφέρεται ὡς εἰς τὴν κρίνουσαν τὴν διαφορὰν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου καὶ οὐχὶ εἰς τὰς ἐκδιδόμενας ὑπ' αὐτοῦ διατάγας. Ὅθεν, μία διαταγή δὲν παράγει δικασμένον καὶ ἐκ τούτου ἔπεται, ὅτι εἶναι ἀνακλητὴ. Προκειμένου δὲ περὶ προσωρινῶν μέτρων, ἡ παρ. 6 τοῦ ἄρθρ. 61 τοῦ Κανονισμοῦ οὐδεμίαν καθιερώνει σχετικῶς ἀμφιβολίαν, προβλέπουσα τὴν δυνατότητα ἀνακλήσεως τῆς περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγῆς, ἕνεκα μεταβολῆς τῶν συνθηκῶν. Ὁ ἀνακλήσιμος ὅμως χαρακτῆρ τῶν διαταγῶν δὲν σημαίνει, ὅτι αὐταὶ στεροῦνται σμευτικῆς ἰσχύος διὰ τὰ διάδικα μέρη. Ἡ υἱοθέτησις τῆς ἀντιθέτου ἀπόψεως ἐθετοεν ἐν κινδύνῳ τὴν ὁμαλὴν διεξαγωγὴν τῆς διαδικασίας, δοθέντος ὅτι θὰ ἐπέτρεπεν εἰς τοὺς διαδίκους νὰ συμμορφοῦνται ἢ μὴ, κατὰ βούλησιν, πρὸς τοὺς ἐν τῷ Δικαστηρίῳ καθοριζομένους τύπους καὶ προθεσμίας. Ἡ ἐρμηνεία τῆς παρ. 6 τοῦ ἄρθρου 48 δυνάμει τῆς ἀρχῆς τῆς ἀποτελεσματικότητος⁸⁷ ἀποκλείει

86. I. C. J., Reports, 1952, σ. 114.

87. Βλ. γενικῶς Ottolenghi, Il principio dell'effettività e la sua junzione all'ordinamento internazionale ἐν Riv. D. I., 1936, σ. 165 ἐπ. Lauterpacht,

πᾶσαν ἀμρισιβήτησιν τῆς δεσμευτικῆς ἰσχύος τῶν ἐκδιδομένων κατὰ τὸ ἐν λόγῳ ἄρθρον διαταγῶν. Ἐν ταυαύτῃ περιπτώσει ὅμως δὲν θὰ ἦτο ὀρθὸν νὰ δεχθῶμεν τὴν αὐτὴν δεσμευτικὴν ἰσχύὴν καὶ διὰ τὰς ἐκδιδομένας δυνάμει τοῦ ἄρθρου 41 διαταγὰς περὶ προσωρινῶν μέτρων; Ἡ ἀπάντησις ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω ἐρωτήματος καθίσταται δυσχερὴς ἔνεκα τῆς ἱστορίας καὶ τῆς διατυπώσεως τοῦ ἄρθρου 41, καὶ ὅπωςδήποτε ἀπαιτεῖ τὴν προηγουμένην ἐξέτασιν τῶν ἐν λόγῳ δύο πλευρῶν τῆς προβληματικῆς τοῦ χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων.

Τὸ πρῶτον σκέλος τῆς ἐπιχειρηματολογίας τῶν συγγραφέων, οἱ ὅποιοι ἀμρισιβητοῦν τὴν ὑποχρεωτικὴν ἰσχύὴν τῶν κατὰ τὸ ἄρθρον 41 ἐκδιδομένων διαταγῶν⁸⁸, ἐρεῖδεται ἐπὶ τῶν προπαρασκευαστικῶν ἐργασιῶν τοῦ ταυταριθμοῦ ἄρθρου τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Διαρκοῦς Δικαστηρίου Διεθνοῦς Δικαιοσύνης. Εἰς τὸ ἄρθρον 2 (bis) τοῦ Κεφαλαίου 3 τοῦ προσχεδίου διὰ τὴν ἴδρυσιν τοῦ ἐν λόγῳ Δικαστηρίου διελαμβάνετο ἡ ἀκόλουθος διάταξις: «... La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire».

Ἡ ἀνωτέρω διάταξις υἱοθετήθη, μετὰ μικρὰν συζήτησιν, ὑπὸ τῆς ἐπιφορισμένης μετὰ τὴν σύνταξιν τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Δικαστηρίου Ἐπιτροπῆς νομομαθῶν κατὰ τὴν συνεδρίασιν τῆς 20 Ἰουλίου 1920. Δύο προτάσεις τοῦ ἐκ Βραζιλίας νομομαθοῦς Fernandez, ὁ ὅποιος ἦτο ὁ ἐμπνευστὴς τῆς ιδέας τῆς ἐν τῷ Καταστατικῷ διατυπώσεως εἰδικῆς διατάξεως περὶ προσωρινῶν μέτρων, ἀπερρίφθησαν ὑπὸ τῆς Ἐπιτροπῆς. Διὰ τῆς πρώτης ἐξ αὐτῶν προτεινέτω, κατὰ κύριον λόγον, ἡ ἀντικατάστασις τοῦ ὅρου «indiquer» διὰ τὴν ὅρου «ordonner». Ἡ δευτέρα πρότασις ἀνεφέρετο εἰς τὴν θέσπισιν ἀποτελεσματικῶν κυρώσεων, ὁ προσδιορισμὸς τῶν ὁποίων θὰ ἀνῆκεν εἰς τὴν ἄρμο-

Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties ἐν B.Y.I.L., 1948, σ. 48 ἐπ., T o u s c o z, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, Paris, 1964.

88. Μεταξὺ ἄλλων βλ. G u g g e n h e i m, ἐνθ' ἄν., σ. 685, D u m b a u l d, Interim measures of protection in international controversies, cit., σ. 168 ἐπ. H a m m a r s k j ö l d, ἐνθ' ἄν., σ. 24 ἐπ. Τ ο ὕ α ὕ τ ο ὕ, Jurisdiction internationale, 1938, σ. 299 ἐπ. V e n t u r i n i, Le misure cautelari nel diritto internazionale ἐν Archivio Giuridico, 1938, σ. 179 ἐπ. H u d s o n, ἐνθ' ἄν. (πρώτη ἐκδοσις), σ. 415. Οὗτος μεταβάλλει, ἐν τούτοις, γνώμην εἰς τὴν δευτέραν ἐκδοσιν τοῦ ἔργου του, ἐνθα τάσσεται ὑπὲρ τοῦ ὑποχρεωτικοῦ χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων (σ. 425). B a r i l e, ἐνθ' ἄν., σ. 151 - 152. C h e n g, ἐνθ' ἄν., σ. 273, ὅστις δὲν εἶναι ἀπολύτως κατηγορηματικὸς ὑποστηρίζων, ὅτι «the Court's indication is rather in the nature of a "judicial suggestion"». C o c a t r e - Z i l g i e n, ἐνθ' ἄν., σ. 107 - 8. D e l b e z, ἐνθ' ἄν., σ. 118.

διότῃτα τοῦ Δικαστηρίου, ἐν περιπτώσει παραβιάσεως τῶν ὑπ' αὐτοῦ λαμβανόμενων προσωρινῶν μέτρων.

Ἡ ἀπόρριψις τῶν ἐν λόγῳ προτάσεων ἀπετέλεσεν ἀποφασιστικῆς σημασίας ἐπιχείρημα ὑπὲρ τῆς ἀπίψεως τοῦ μὴ ὑποχρεωτικοῦ χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ἡ ἐπανάληψις δὲ τοῦ ὅρου «indiquer» εἰς τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ 1946 ὡς καὶ ἡ μὴ θέσπισις ἐν αὐτῷ ἀποφασιστικῆς τιнос κυρώσεως προσέδωσεν εἰς τὸ ἀνωτέρω ἐπιχείρημα διαρκῆ νομικὴν ἐπικαιρότητα. Ἐκ πρώτης ὄψεως, οὐαδῆποτε ἀμφισβήτησις τοῦ εἰρημένου ἐπιχειρήματος θὰ ἐφαίνετο καταδικασμένη νὰ μὴ ὑπερβῇ τὰ ὅρια τῆς στείρας ἀρνήσεως. Ἐν τούτοις, ἡ ὑπὸ κριτικὸν πρῆσμα ἔνταξις τῆς ἀπορρίψεως τῶν δύο προαναφερθεισῶν προτάσεων ἐντὸς τοῦ ἱστορικοῦ πλαισίου τῆς ἐξελίξεως τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὸ διεθνὲς δίκαιον θὰ ἠδύνατο νὰ ὀδηγήσῃ εἰς διαφωρητικὰ συμπεράσματα.

Δυνάμει τοῦ ἄρθρου 18 τῆς ἰδρυτικῆς συνθήκης τοῦ Δικαστηρίου τῆς Κεντρικῆς Ἀμερικῆς ἡ περὶ λήψεως προσωρινῶν μέτρων ἀπόφασις εἶχεν ὑποχρεωτικὸν χαρακτῆρα διὰ τὰ διάδικα κράτη. Καὶ εἰς τὰς δύο ὅμως περιπτώσεις, εἰς ἃς τὸ ἐν λόγῳ Δικαστήριον διέταξε τὴν λήψην προσωρινῶν μέτρων, τὸ καθ' οὗ ταῦτα κράτος ἠρνήθη νὰ συμμορφωθῇ. Ἡ ἐμπειρία αὕτη κατέστησε πλέον συντηρητικούς τοὺς συντάκτας τῶν Συνθηκῶν Bryan, οἱ ὅποιοι ἠθέλησαν νὰ περιορίσουν τὴν σημασίαν τῶν προσωρινῶν μέτρων. Οὗτοι προσέδωσαν εἰς τὰ ἐν λόγῳ μέτρα τὸν χαρακτῆρα προτάσεων πρὸς διευθέτησιν τῆς διαφορᾶς, ἀποστερήσαντες ταῦτα πάσης ὑποχρεωτικῆς ἰσχύος. Ἡ υἰοθετηθεῖσα διατύπωσις εἶναι ἰδιαίτερος ἀποκαλυπτικὴ τοῦ συμβουλευτικοῦ χαρακτῆρος τῶν προσωρινῶν μέτρων ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῶν εἰρημένων Συνθηκῶν. Ὡς προβλέπεται ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 4 τῶν συνομολογηθεισῶν ὑπὸ τῶν Η.Π.Α. συνθηκῶν μετὰ τῆς Κίνας, τὴν 15 Σεπτεμβρίου 1914, καὶ τῆς Σουηδίας, τὴν 13 Ὀκτωβρίου 1914, ἡ ἐξεταστικὴ Ἐπιτροπὴ («θὰ πρέπει, τὸ ἐνωρίτερον δυνατόν, νὰ ὑποδείξῃ (to indicate, indiquer) ποῖα μέτρα δέον νὰ ληφθοῦν πρὸς διατήρησιν τῶν δικαιωμάτων ἐκάστου μέρους»). Ἡ διατύπωσις αὕτη, ἡ ὁποία ἀναδίδει διπλωματικὴν ὁσμὴν⁸⁹, ἐπανελήφθη εἰς τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ τοῦ Διεθνούς Δικαστηρίου Διεθνούς Δικαιοσύνης καὶ διετηρήθη εἰς τὸ Καταστατικὸν τοῦ 1946. Εἶναι ἱκανὸς ὅμως ὁ φρασεολογικὸς αὐτὸς συντηρητισμὸς, ὁ ὁποῖος μετεφωτεύθη ἐκ τῶν Συνθηκῶν Bryan εἰς τὸ Καταστατικὸν τοῦ Διεθνούς Δικαστηρίου, νὰ ἀποστερήσῃ τὰ λαμβανόμενα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα ὑποχρεωτικῆς ἰσχύος;

Ὡς ἤδη ἀνεφέρθη, δὲν εἶναι ὀλίγοι οἱ συγγραφεῖς, οἱ ὅποιοι ἀπαντοῦν

89. Hudson, ἐνθ' ἄν. (δευτέρα ἐκδοσις), σ. 426.

καταφατικῶς ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω ἐρωτήματος. Οἱ συγγραφεῖς ὅμως οὗτοι δὲν λαμβάνουν ὑπ' ἑψιν τὴν διάφορον σκοπιμότητα τῶν προσωρινῶν μέτρων εἰς τὰς Συνθήκας Bryan ἀφ' ἑνὸς καὶ εἰς τὸ Καταστατικὸν τοῦ Διεθνοῦς Δικαστηρίου ἀφ' ἑτέρου. Ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῶν Συνθηκῶν Bryan, τὰ προσωρινὰ μέτρα δὲν ἀπεσκοποῦν εἰς τὴν διασφάλισιν τῆς ἐκτελέσεως τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως, ἀλλὰ εἰς τὴν συντήρησιν τῶν ἀποδεικτικῶν μέσων, τὰ ὅποια εὐρίσκοντο εἰς τὴν διάθεσιν τῆς ἐξεταστικῆς Ἐπιτροπῆς, ἐνῶ παραλλήλως ταῦτα ἐπέδρων κατευναστικῶς ἐπὶ τῆς ἐξεγερθείσης κοινῆς γνώμης τῶν δύο μερῶν⁹⁰. Ἐξ ἄλλου, ὁ συμβουλευτικὸς χαρακτήρ τῶν προσωρινῶν μέτρων δυνάμει τῶν εἰρημένων Συνθηκῶν ἀπετέλει ἐγγύησιν, ὅτι ταῦτα δὲν θὰ ἐλαμβάνοντο πρὸς ἐξυπηρέτησιν πολιτικῶν σκοπῶν. Ἀντιθέτως, εἰς τὴν ἐνώπιον τοῦ Διεθνοῦς Δικαστηρίου διαδικασίαν ἡ λήψις προσωρινῶν μέτρων ἀποτελεῖ ἐνίοτε ἀναγκαίαν προϋπόθεσιν, ἵνα διασφαλισθῇ ἡ ἐκτέλεσις τῆς ὀριστικῆς καὶ παραγούσης δεδικασμένον ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου. Ἡ δὲ λήψις ταιούτων μέτρων πρὸς ἐξυπηρέτησιν σκοπῶν ξένων πρὸς τὰς ἀνάγκας τῆς διαδικασίας δύναται ἀσφαλῶς νὰ ἀποκλεισθῇ, ὡς ἐκ τῆς φύσεως τοῦ Δικαστηρίου.

Ἐπὶ τὸ πρῶτον τῆς ἀνωτέρω διαφοροποιήσεως, ἡ ὑπὸ τῶν συντακτικῶν τοῦ ἄρθρου 41 ἐπιλογή τοῦ ὅρου «*indiquer*» ἀντὶ τοῦ ὅρου «*ordonner*» δέον νὰ ἀποδοθῇ εἰς τὴν πρόθεσιν αὐτῶν, ὅπως μὴ προσβάλλουν τὴν ἀπορρέουσαν ἐκ τοῦ περιορισμοῦ τῆς κυριαρχίας εὐαισθησίαν τῶν κρατῶν κατὰ τὸ πρῶτον στάδιον ἀναπτύξεως τῆς διεθνοῦς δικαιοσύνης, κατὰ τὸ ὅποιον ὁ μηχανισμὸς ταύτης εἶναι ἐξαιρετικῶς εὐθραυστος. Ἐκ τῆς χρήσεως τοῦ ὅρου «*indiquer*» δὲν ἀναιρεῖται ἡ ὑποχρέωσις τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα διαδίκου μέρους, ὅπως συμμορφωθῇ πρὸς ταῦτα. Ἡ ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου «*ὑπόδειξις*» δυνάμει τοῦ ἄρθρου 41 ἰσχυρίζεται πρὸς τὴν δέλωσιν ὑποχρεώσεως, προσδιοζομένης δι' ἀποφάσεως, καὶ συνεπῶς θὰ ἔδει νὰ θεωρηθῇ ὡς ἔχουσα τὴν αὐτὴν ἰσχύν⁹¹.

Ὅσον ἀφορᾷ δὲ εἰς τὴν ὑπὸ τῶν συντακτικῶν τοῦ ἄρθρου 41 ἀπόρριψιν τῆς προτάσεως περὶ θεσπίσεως ἀποτελεσματικῶν κυρώσεων, ἐν περιπτώσει μὴ συμμορφώσεως πρὸς τὰ προσωρινὰ μέτρα, δέον νὰ σημειωθῇ, ὅτι τὸ ἐπ' αὐτῆς ἐρειδόμενον ἐπιχείρημα δὲν δύναται νὰ ἐπικληθῇ ὑπὲρ τῆς μὴ ὑποχρεωτικῆς ἰσχύος, ἀλλὰ ὑπὲρ τοῦ μὴ ἐκτελεστοῦ χαρακτῆρος τῶν ταιούτων μέτρων, πρᾶγμα ὅπερ εἶναι τελείως διάφορον. Ἡ ὑπαρξίς μιᾶς ἀμέσου κυρώσεως δὲν ἀποτελεῖ προϋπόθεσιν τῆς ὑπάρξεως ἐνὸς κανόνος δικαίου. Τὸ δίκαιον δὲν ἔχει μόνον κυρωτικὴν, ἀλλὰ καὶ καθοριστικὴν λειτουργίαν⁹². Ὡς ἐκ τούτου,

90. Guggenheim, ἐνθ' ἄν., σ. 671.

91. Hudson, ἐνθ' ἄν. (δευτέρα ἐκδοσις), σ. 426.

92. Βλ. Τενεκίδην, Δ.Δ.Δ., τ. Α', Ἀθήναι, 1959, σ. 43.

ὁ καταναγκασμὸς δὲν εἶναι ἀπαραίτητον στοιχεῖον ἐνὸς κανόνος δικαίου καὶ συνεπῶς ἡ ἀπουσία ἢ ἀνεπάρκεια κυρώσεων δὲν δύναται νὰ μεταβάλλῃ τὴν ὑποχρεωτικὴν φύσιν ἢ νὰ μειώσῃ τὴν ὑποχρεωτικὴν ἰσχύον αὐτοῦ. Καίτοι ἄνευ κυρώσεων ὁ κανὼν οὗτος οὐδέποτε καθίσταται ἀτελής, ἀλλὰ παραμένει *lex perfecta*.

Ἀπομακρυνόμενοι τοῦ χώρου τῶν τυπικῶν κριτηρίων, καθίσταται εὐχερῆς ἡ ἐπίκλησις σοβαρῶν ἐπιχειρημάτων ὑπὲρ τοῦ ὑποχρεωτικοῦ χαρακτήρος τῶν προσωρινῶν μέτρων. Κατ' ἀρχὴν δὲν δύναται νὰ γίνῃ δεκτόν, ὅτι ἐν νομικῶν κείμενον, ὡς τὸ Καταστατικὸν τοῦ Δικαστηρίου, περιέχει διατάξεις ἀναφερομένας εἰς ἠθικὰς ἀπλῶς ὑποχρεώσεις τῶν κρατῶν καὶ ὅτι τὸ Δικαστήριον σταθμίζει μετὰ ἐξαιρετικῆς προσοχῆς τὰς περιστάσεις, ἵνα λάβῃ μίαν ἀπόφασιν, ἡ ὁποία δὲν θὰ ἀποτελῇ εἰ μὴ μόνον ἐκκλησίαν πρὸς τὴν ἠθικὴν τῶν διαδίκων μερῶν⁹³. Τοῦναντίον, ἀποτελεῖ γενικῶς παραδεδεγμένην ἀρχὴν τοῦ διεθνoῦς δικονομικοῦ δικαίου ἡ ὑποχρέωσις τῶν διαδίκων κρατῶν, ὅπως ἀπέχουσι ἐξ οἰασθῆποτε πράξεως, δυναμένης νὰ ματαιώσῃ τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἀποφάσεως τοῦ δικαστηρίου ἐνώπιον τοῦ ὁποίου ἐκκρεμεῖ ἡ διαφορά. Ἡ ἀρχὴ αὕτη ἐλεβεβαιώθη ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Ἡλεκτρικῆς Ἑταιρίας τῆς Σόφιας. Εἰς τὴν σχετικὴν διαταγὴν τοῦ Δικαστηρίου διελαμβάνετο, ὅτι τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Καταστατικοῦ ἀποτελεῖ ἐφαρμογὴν «τῆς τυχούσης καθολικῆς ἀποδοχῆς ὑπὸ τῶν διεθνῶν δικαστηρίων ἀρχῆς, περιληφθείσης ὡσαύτως εἰς πολλὰς συμβάσεις εἰς ἃς μετέχει ἡ Βουλγαρία, καθ' ἣν τὰ διάδικα μέρη δέουσι νὰ ἀπέχουσι παντὸς μέτρου, ἱκανοῦ νὰ ἔχῃ ἐπιβλαβεῖς ἐπιπτώσεις ἐπὶ τῆς ἐκτελέσεως τῆς ἀποφάσεως καί, γενικῶς, νὰ μὴ ἐπιτρέπουσι τὴν λήψιν οἰουδήποτε μέτρου, τὸ ὁποῖον θὰ ἠδύνατο νὰ ἐπιδεινώσῃ ἢ νὰ ἐπεκτείνῃ τὴν διαφοράν»⁹⁴.

Δυνάμει τῆς ἀνωτέρω ἀρχῆς ἡ ἐναρξίς τῆς διαδικασίας ἐπενεργεῖ ὡς προσωρινὸν μέτρον, δοθέντος ὅτι τὰ διάδικα μέρη ἀναλαμβάνουσι ἐμμέσως τὴν ὑποχρέωσιν, ὅπως μὴ μεταβάλουσι τὸ ἐπίδικον ἀντικείμενον. Εἰς τὴν ὑπόθεσιν τοῦ Δικαιώματος Διελύσεως, ἡ Πορτογαλία, δηλώσασα ὅτι δὲν προτίθεται νὰ ἐπικαλεσθῇ τὰς διατάξεις τοῦ ἄρθρου 41 τοῦ Καταστατικοῦ, παρεκάλεσε τὸ Δικαστήριον ὅπως ὑπομνήσῃ τὴν ὑπαρξίν τῆς εἰρημένης ἀρχῆς εἰς τὰ διάδικα μέρη. Ἐπ' αὐτοῦ τὸ Δικαστήριον ἀπήντησεν, ὅτι «ἐν ὄψει τῶν συνθηκῶν τῆς παρουσίας ὑποθέσεως δὲν θεωρεῖ, ὅτι πρέπει νὰ συμμορφωθῇ πρὸς τὴν παράκλησιν τῆς κυβερνήσεως τῆς Πορτογαλίας»⁹⁵. Παρὰ τὴν ἄρνησιν

93. Lauterpacht, ἔθ' ἀν., σ. 254.

94. P.C.I.J., Series A/B, no 79, σ. 199.

95. I.C.J., Reports, 1957, σ. 152.

ταύτην, είναι σαφές ότι τὸ Δικαστήριον ἐδέχθη ἐμμέσως τὴν ὑπαρξίν τῆς προμηθηθείσης ἀρχῆς. Ἐάν γίνη δὲ δεκτόν, ὅτι ἡ ἀρχὴ αὕτη ἀποτελεῖ τὴν ἐκφρασιν τοῦ ἰσχύοντος δικαίου θὰ ἦτο νομικῶς ἀνακλόουθον νὰ ἀρνηθῶμεν τὸν ὑποχρεωτικὸν χαρακτήρα τῶν λαμβανομένων ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινῶν μέτρων. Τὸ Δικαστήριον, ἀσχοῦν τὴν κατὰ τὸ ἄρθρον 41 ἐξουσίαν αὐτοῦ, προβαίνει εἰς ἐφαρμογὴν ἐνὸς ἤδη ὑφισταμένου κανόνος δικαίου, μιᾶς ἤδη ὑφισταμένης δυνάμει τοῦ γενικοῦ διεθνoῦς δικαίου ὑποχρεώσεως⁹⁶.

Εἰς τὴν αὐτὴν σειρὰν ἰδεῶν δυνάμεθα νὰ ἐπικαλεσθῶμεν καὶ ἕτερα, ἐξ Ἰσίου ἀποφασιστικῆς σημασίας, ἐπιχειρήματα ὑπὲρ τοῦ ὑποχρεωτικοῦ χαρακτήρος τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ἐν κράτος, ἀποδεχόμενον τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου ἢ συμμετέχον εἰς μίαν συνθήκην, προσδιορίζουσαν τὰ τῆς ὀργανώσεως καὶ ἀρμοδιότητος αὐτοῦ, ἀποδέχεται συγχρόνως καὶ τὰς ἐξουσίας, τὰς ὁποίας συνεπάγεται ἡ ἐκπλήρωσις τῆς ἀνατεθείσης εἰς τὸ Δικαστήριον ἀποστολῆς. Ἐκ τούτου ἐπεταί, ὅτι τὸ ἐν λόγῳ κράτος ἀναλαμβάνει τὴν ὑποχρέωσιν νὰ συμμορφωθῇ πρὸς τὰ διατασσόμενα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα⁹⁷. Λόγῳ νομικῆς λογικῆς προσέτι συνηγοροῦν ὑπὲρ τῆς ὑποχρεωτικῆς ἰσχύος τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ὁ ἐπείγων χαρακτήρ αὐτῶν καὶ ἡ κατὰ προτεραιότητα ἐκδίκασις τῆς σχετικῆς αἰτήσεως δὲν συμβιβάζονται πρὸς τὴν προαιρετικὴν συμμόρφωσιν τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα κράτους πρὸς τὴν διαταγὴν τοῦ Δικαστηρίου. Ἐξ ἄλλου, ὡς παρατήρησεν ὁ Βρετανὸς ἀντιπρόσωπος, κατὰ τὴν ἐνώπιον τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας συζήτησιν ἐπὶ τῆς προσφυγῆς τῆς Μεγάλῃς Βρετανίας συνετεία τῆς μὴ συμμορφώσεως τοῦ Ἰράν πρὸς τὰ ληφθέντα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., «θὰ ἦτο ἄνευ σημασίας νὰ προσδώσωμεν ὑποχρεωτικὴν ἰσχύν εἰς τὴν ὀριστικὴν ἀπόφασιν, ἐὰν ἐν τῶν μερῶν ἡδύνατο νὰ μχταιώσῃ ἐκ τῶν προτέρων ταύτην διὰ πράξεων, αἱ ὁποῖαι θὰ καθίστων αὐτὴν μχταιάαν»⁹⁸.

Ἐκ τῆς πρακτικῆς τοῦ Δικαστηρίου ἀποδεικνύεται ἐν τέλει, ὅτι τοῦτο εἶναι ἀπρόθυμον νὰ ἐκδώτῃ μίαν ἀπόφασιν, ἡ ὁποία δὲν θὰ εἶχεν ὑποχρεωτικὴν ἰσχύν. Ὁ Hambro ἐπικαλεῖται πρὸς τοῦτο τὴν ὑπόθεσιν τῶν Ἐλευθέρων Ζωνῶν, εἰς ἣν τὸ Δικαστήριον ἐδέχθη, ὅτι «θὰ ἦτο ἀσυμβίβαστος πρὸς τὸ Καταστατικὸν καὶ τὴν φύσιν αὐτοῦ, ὡς δικαστηρίου, ἡ ἐκδοσις μιᾶς ἀποφάσεως, ἡ ἐγκυρότης τῆς ὁποίας θὰ ἐξηροῦτο ἐκ τῆς ἀκαλουθούσης ἐγκρίσεως τῶν μερῶν»⁹⁹. Καίτοι ἡ ἀνωτέρω σκέψις ἀναφέρεται εἰς τὰς ὀριστικὰς ἀπο-

96. H a m b r o, ἔνθ' ἀν., σ. 167.

97. H u d s o n, ἔνθ' ἀν., (δευτέρα ἐκδοσις), σ. 426.

98. Security Council, Official Records, 6th Year., 559th Mtg, σ. 20.

99. P. C. I. J., Series A/B, no 46, σ. 161. H a m b r o, ἔνθ' ἀν., σ. 165.

φάσεις τοῦ Δικαστηρίου, αὕτη δύναται νὰ ἐπεκταθῇ καὶ ἐπὶ τῶν περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγῶν, δοθέντος ὅτι ἐκ τῆς μὴ συμμορφώσεως πρὸς ταύτας διακυβεύεται ὡσαύτως τὸ κῦρος τοῦ ἐκδόντος ὄργανου.

Ἡ μὴ συμμόρφωσις πρὸς τὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγὴν δὲν παρέχει εἰς τὸ Δικαστήριον τὸ δικαίωμα τῆς ἐπιβλητῆς κυρώσεων proprio motu καὶ, ὡς ἀπεδείχθη ἐκ τῆς ὑποθέσεως τῆς Anglo-Iranian Oil Co., τὸ μὴ συμμορφούμενον πρὸς τὰ προσωρινὰ μέτρα κράτος δὲν ὑφίσταται δυσμενῆ τινα δικονομικὴν συνέπειαν¹⁰⁰. Μία ἤλικις μισθῆς κύρωσις, ἢ εἰς τὰ πρακτικὰ ἐγγραφῆ τῆς ἀρνήσεως τοῦ καθ' ὅσον τὰ προσωρινὰ μέτρα διαδίκου ὅπως συμμορφωθῇ πρὸς τὴν σχετικὴν διαταγὴν, προβλεπομένη ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 57 τοῦ ἀρχικοῦ Κανονισμοῦ τοῦ Δικαστηρίου, τῆς 24 Μαρτίου 1922, καθηργήθη κατὰ τὴν ἀναθεώρησιν τῆς 21 Φεβρουαρίου 1931 καὶ οὐδέποτε ἐπανεθεσπίσθη.

Συμφώνως πρὸς τὴν διάταξιν τῆς παρ. 2 τοῦ ἄρθρ. 41 τὰ διατασσόμενα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα θὰ γνωστοποιῶνται ἀμέσως εἰς τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας. Διὰ τῆς γνωστοποιήσεως ταύτης σκυπεύεται ἡ ἐνημέρωσις τοῦ ἐν λόγῳ ὄργανου διὰ τὴν περίπτωσιν, καθ' ἣν τοῦτο θὰ ἐπιληφθῇ τυχὸν τῆς αὐτῆς ὑποθέσεως δυνάμει τῶν διατάξεων τοῦ Κεφαλαίου VI ἢ VII τοῦ Χάρτου τῶν Η.Ε.¹⁰¹. Ἡ προαναφερθεῖσα ὁμῶς διάταξις δὲν εἶναι ἱκανὴ μόνη νὰ θέσῃ ἐν κινήσει τὸν μηχανισμόν δράσεως τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας, μόνη νὰ θέσῃ ἐν περιπτώσει μὴ συμμορφώσεως ἐνὸς τῶν διαδίκων πρὸς τὰ ληφθέντα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα. Κατόπιν τούτου ἀνακύπτει τὸ ἐρώτημα κατὰ πόσον εἶναι δυνατόν νὰ τεθῇ εἰς κίνησιν ὁ ἐν λόγῳ μηχανισμὸς δυνάμει τοῦ ἄρθρου 94 τοῦ Χάρτου τῶν Η.Ε.

Ἡ πρώτη παράγραφος τοῦ ἄρθρου 94 ὀρίζει, ὅτι «ἕκαστον μέλος τῶν Ἠνωμένων Ἐθνῶν ἀναλαμβάνει τὴν ὑποχρέωσιν νὰ συμμορφῶται πρὸς τὴν ἀπόφασιν (decision, décision) τοῦ Διεθνοῦς Δικαστηρίου ἐπὶ πάσης ὑποθέσεως ἐν ᾗ εἶναι διάδικος». Ἡ διάταξις αὕτη δύναται νὰ ἐπικληθῇ εἰς ἐπίρρωσιν τῆς περὶ ὑποχρεωτικῆς ἰσχύος τῶν προσωρινῶν μέτρων ἀπόψεως, δοθέντος

100. Βλ. σχετικῶς *Rosenne*, ἐνθ' ἄν., σ. 125.

101. Ὑπὸ ἀνάλογον πνεῦμα, ὁ Πέροςης ἀντιπρόσωπος, κατὰ τὴν συζήτησιν ἐνώπιον τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας ἐπὶ τοῦ θέματος τῆς μὴ συμμορφώσεως τοῦ Ἰράν πρὸς τὰ διαταχθέντα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., ὑπεστήριξεν, ὅτι ἡ γνωστοποίησις αὕτη ἀποσκοπεῖ εἰς τὴν διεύρυνσιν τῆς συνεργασίας, ἢ ὅποια ἀπαιτεῖται μεταξὺ ὄλων τῶν ὄργανων τῶν Ἠνωμένων Ἐθνῶν. Εἰς ὀρισμένας καταστάσεις, αἱ ὅποια δύναται νὰ ἀνακύψουν, θὰ ἦτο πρὸς τὸ συμφέρον τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς κατὰ τὸν Χάρτην ἀρμοδιότητος αὐτοῦ, νὰ εἶναι ἐνήμερον τῶν ληφθέντων ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινῶν μέτρων. Βλ. *Security Council, Official Records, 6th Year, 560th Mtg.*, σ. 12.

ὅτι ἐπιτάσσει τὴν συμμόρφωσιν πρὸς οἰανδήποτε ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου, εἴτε προσωρινὴν εἴτε ὀριστικὴν τοιαύτην, συνεπῶς δὲ καὶ πρὸς τὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγὴν. Τοῦτο συνάγεται a contrario ἐκ τῆς δευτέρας παραγράφου τοῦ ἄρθρου 94 καθ' ἣν «ἐὰν διάδικον μέρος εἰς τινὰ ὑπόθεσιν παραλείψῃ νὰ ἐκτελέσῃ τὰς βαρυνούσας αὐτὸ ὑποχρεώσεις βάσει ἀποφάσεως (judgment, arrêt) ἐκδοθείσης ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου, ὁ ἕτερος διάδικος δύναται νὰ προσφύγῃ εἰς τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας, τὸ ὁποῖον δύναται, ἐὰν θεωρήσῃ τοῦτο ἀναγκαστικόν, νὰ προβῇ εἰς συστάσεις ἢ νὰ ἀποφασίσῃ ἐπὶ τῶν ληπτέων μέτρων πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς ἀποφάσεως». Ὡς προκύπτει ἐκ τοῦ χρησιμοποιομένου ἔρου («judgment» ἢ «arrêt» ἢ διάταξις αὕτη περιορίζεται ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου καὶ ὡς ἐκ τούτου τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας δὲν δύναται, βάσει τῆς ἐν λόγῳ διατάξεως, νὰ λάβῃ μέτρα πρὸς ἐκτέλεσιν προσωρινῆς τινος ἀποφάσεως. Εἶναι ὀρθὸν ὅμως νὰ δεχθῶμεν τὸ αὐτὸ καὶ ἀναφορικῶς πρὸς τὰς διαταγὰς περὶ προσωρινῶν μέτρων; Ἐκ τῆς ἐνώπιον τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας συζητήσεως ἐπὶ τῆς βρετανικῆς προσφυγῆς εἰς τὴν ὑπόθεσιν τῆς Anglo-Iranian Oil Co., δὲν δυνάμεθα νὰ συνάγωμεν θετικὰ συμπεράσματα. Τὸ θέμα τῆς μὴ συμμορφώσεως τοῦ Ἰράν πρὸς τὰ ληφθέντα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα εἰσήχθη εἰς τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας ὑπὸ τῆς Μεγάλῃς Βρετανίας δυνάμει τῶν ἄρθρων 34 καὶ 35 τοῦ Χάρτου. Παρὰλλήλως δὲ ὁ Βρεταννὸς ἀντιπρόσωπος προέβαλε τὸν ἰσχυρισμὸν, ὅτι ἡ μὴ συμμόρφωσις πρὸς τὰ προσωρινὰ μέτρα θὰ ἠδύνατο νὰ καταστήσῃ ματαίαν τὴν ὀριστικὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου. Ἀπαντῶν, ὁ ἀντιπρόσωπος τοῦ Ἰράν ἔθεσεν ἐν ἀμφιβόλῳ τὴν ὑποχρέωσιν τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας, ὅπως λάβῃ μέτρα πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου, πολλῶ μᾶλλον μιᾶς προσωρινῆς διαταγῆς. Κατὰ τὸν Πέρσην ἀντιπρόσωπον, ἡ δυνάμει τοῦ ἄρθρου 94 ἐξουσία τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας εἶναι διακριτικὴ¹⁰². Ὁ ἀντιπρόσωπος τοῦ Ἰσημερινοῦ ὑπεστήριξεν, ὅτι τὸ ἄρθρον 94 (2) ἀνεφέρετο μόνον εἰς τὴν ὀριστικὴν ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου καὶ οὕτως ἡ παράλειψις ἐνὸς Κράτους νὰ συμμορφωθῇ πρὸς τὰ ληφθέντα ὑπὸ τοῦ Δικαστηρίου προσωρινὰ μέτρα δὲν παρεῖχεν εἰς τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας τὴν ἐξουσίαν νὰ προβῇ εἰς συστάσεις δυνάμει τοῦ ἀνωτέρου ἄρθρου¹⁰³. Ἐν τέλει, τὸ Συμβούλιον ἀπεφάσισεν, ὅπως ἀναβάλλῃ πᾶσαν περαιτέρω συζήτησιν μέχρι τῆς ἀποφάσεως τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς δικαιοδοσίας αὐτοῦ. Ἀκολούθως, ὅτε τὸ Δικαστήριον ἀπεφάνθη, ὅτι ἕστερεῖτο δικαιοδοσίας ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως, ἡ περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγὴ ἔπαυσεν ἰσχύουσα καὶ συνεπῶς δὲν ὑφίστατο θέμα ἐκτελέσεως ταύτης.

102. Αὐτόθι.

103. Αὐτόθι, 562th Mtg, σ. 8.

Ἡ πολιτικὴ σκοπιμότης, δεσπύζουσα ἐνίοτε τῶν νομικῶν ἀρχῶν, καὶ ἡ ἀμφιβολία ὠρισμένων μελῶν τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας, ὅσον ἀφραῖ εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ Δικαστηρίου ἐπὶ τῆς οὐσίας τῆς ὑποθέσεως, δὲν ἐπέτρεψαν εἰς τὸ Συμβούλιον νὰ ἀποφανθῇ ἂν τὸ ἄρθρον 94 (2) θεσπίξῃ γενικόν τινα περιορισμὸν ὑπὸ τὴν ἔννοιαν, ὅτι ἀποκλείει πᾶσαν ἐξουσίαν τοῦ ἐν λόγῳ ὀργάνου πρὸς λήψιν μέτρων διὰ τὴν ἐκτέλεσιν μιᾶς διαταγῆς περὶ προσωρινῆς προστασίας. Ὁ τιοῦτος ὁμῶς περιορισμὸς θὰ ἦτο ἀπόλυτος. Ὁ ρόλος τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας εἰς τὴν ἐκτέλεσιν διαταγῆς τινος περὶ προσωρινῶν μέτρων θὰ ἦτο προτιμώτερον νὰ περιορισθῇ βάσει τῆς ἀκολούθου διακρίσεως. Ὅσακις, ἢ συντήρησις τοῦ ἐπιδίκου ἀντικειμένου ἀποτελεῖ τὸν σκοπὸν τόσον τῆς κυρίας δίκης ὅσον καὶ τῶν προσωρινῶν μέτρων, ἢ διατάσσουσα ταῦτα ἀπόφασις δὲν διαφέρει οὐσιαστικῶς τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως καὶ συνεπῶς θὰ πρέπει νὰ ἀναγνωρισθῇ εἰς τὸ Συμβούλιον Ἀσφαλείας ἡ ἐξουσία πρὸς λήψιν μέτρων, σκοποῦντων εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῆς σχετικῆς διαταγῆς. Ἀντιθέτως, ἐὰν ἀντικείμενον τῆς δίκης εἶναι ἡ ἐπιδίκασις χρηματικῆς τινος ἀπαιτήσεως ἢ ἡ ἀναγνώρισις ὠρισμένων δικαιωμάτων ἢ ὑποχρεώσεων ἐνὸς τῶν διαδίκων, πρᾶγμα ὅπερ δὲν προϋποθέτει ἀναγκαιῶς τὴν συντήρησιν τοῦ ἐπιδίκου ἀντικειμένου, ἢ ἐκτέλεσιν τῆς περὶ προσωρινῶν μέτρων ἀποφάσεως, δι' ἧς διατάσσεται π.χ. ἡ ὑπὸ τοῦ ἐναγομένου κράτους εἰς τὸ ἐνάγον καταβολὴ μέρους τῆς ἀπαιτήσεως αὐτοῦ, δὲν δύναται νὰ ἐπιτευχθῇ μέσῳ τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας¹⁰⁴.

7. Ἡ ἀντίθετος πρὸς τὴν ἐπιτασσομένην διὰ τῆς διαταγῆς περὶ προσωρινῶν μέτρων συμπεριφορὰ τοῦ καθ' οὗ τὰ μέτρα ταῦτα κράτους ἐνδέχεται νὰ ἔχῃ δι' αὐτὸ δυσμενεῖς συνεπειάς, ἀμέσου ἢ ἐμμέσου χαρακτῆρος, αἱ ὁποῖαι εἴτε προηγῶνται εἴτε ἔπονται τῆς ἐκδόσεως τῆς ὀριστικῆς ἀποφάσεως.

Τὸ μὴ συμμορφούμενον πρὸς τὴν διαταγὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων κράτος θὰ ὑπόκειται, κατ' ἀρχήν, εἰς τὴν ὑποχρέωσιν τῆς καταβολῆς ἀποζημιώσεως διὰ πᾶσαν ζημίαν προκληθεῖσαν εἰς τὸ ὑπὲρ οὗ τὰ ἐν λόγῳ μέτρα μέρος, ἢ ὁποῖα ὀφείλεται εἰς τὴν ἄρνησιν αὐτοῦ, ὅπως συμμορφωθῇ πρὸς τὴν εἰρημένην διαταγὴν. Τὸ Δικαστήριον θὰ πρέπει νὰ ἀποδεχθῇ τὸ κατ' ἐκτίμησιν τοῦ ζημιωθέντος μέρος ὕψος τῆς ζημίας, πλὴν τῆς περιπτώσεως ἀνταποδείξεως ὑπὸ τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα κράτους¹⁰⁵.

104. Πρβλ. Schachler, Enforcement of international judicial and arbitral decisions ἐν A.J.I.L., 1960, σ. 23 - 24. Rosenne, ἐνθ' ἄν., σ. 159.

105. Hambro, ἐνθ' ἄν., σ. 170. Ἀμφισβητούμενον παραμένει ἂν ὡς συνέπεια τοῦ ἀνωτέρω κανόνος δύναται νὰ γίνῃ ἀποδεκτὴ ἡ ἀρχή, καθ' ἣν ἡττωμένου εἰς τὴν δίκην τοῦ ὑπὲρ οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα κράτους, τὸ ἕτερον διάδικον μέρος δικαιούται ἀποζημιώσεως διὰ πᾶσαν προκληθεῖσαν εἰς αὐτὸ ζημίαν ἐκ τῆς λήψεως τῶν προσωρινῶν μέτρων. Ὁ Hambro ὑποστηρίζει τὴν ἀπόλυτον ἰσχύον τοῦ ἐν λόγῳ κανόνος. Ὁρθότερα φαίνεται,

Εἰς τινὰς περιπτώσεις, ἢ μὴ συμμόρφωσις πρὸς τὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγὴν εἶναι δυνατόν, συντρεχουσῶν ὀρισμένων προϋποθέσεων, νὰ θεωρηθῆ ὡς ἀπειλὴ κατὰ τῆς εἰρήνης, διατάραξις τῆς εἰρήνης ἢ καὶ ἐπιθετικὴ εἰσέτι πρᾶξις. Εἰς μίαν τοιαύτην περίπτωσιν θὰ τεθῆ ἐν ἐνεργείᾳ ὁ μὴ γανισμὸς τοῦ Κεφαλαίου VII τοῦ Χάρτου τῶν Η.Ε.· ἀποφασιστικὸν δὲ παράγοντα διὰ τὴν λήψιν τῆς προβλεπομένης ἀποφάσεως ὑπὸ τοῦ Συμβουλίου Ἀσφαλείας θὰ ἀποτελέσῃ τὸ γεγονός τῆς μὴ συμμορφώσεως τοῦ καθ' οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα διαδίκου πρὸς τὴν διατάσσουσαν ταῦτα ἀπόφασιν. Μεταξὺ τῶν λαμβανομένων μέτρων, τὸ Συμβούλιον δὲν ἀποκλείεται νὰ ἀποφασίσῃ καὶ τὴν λήψιν ἐξαναγκαστικῶν τοιούτων πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς περὶ προσωρινῆς προστασίας διαταγῆς τοῦ Δικαστηρίου. Εἶναι εὐνόητον, ὅμως, ὅτι ἢ κατὰ τὰ ὡς ἄνω ἐκτέλεσις τῆς διαταγῆς περὶ προσωρινῶν μέτρων δὲν θὰ ἐδράζεται ἐπὶ τῶν ἄρθρων 41 τοῦ Καταστατικοῦ ἢ 94 τοῦ Χάρτου, ἀλλὰ ἐπὶ τῶν διατάξεων τοῦ Κεφαλαίου VII.

Τέλος, ἢ μὴ συμμόρφωσις πρὸς τὴν περὶ προσωρινῆς προστασίας ἀπόφασιν τοῦ Δικαστηρίου ἐπιτρέπει εἰς τὸ ὑπὲρ οὗ αὕτη κράτος νὰ λάβῃ τὰ ἀναγκαῖα πρὸς διαφύλαξιν τῶν συμφερόντων αὐτοῦ μέτρα, ὑπὸ τὴν προϋπόθεσιν, ὅτι τὰ τελευταῖα ταῦτα δὲν συνεπάγονται τὴν ἄσκησιν βίας¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

ἐν τούτοις, ἢ ὑποστηριζομένη ὑπὸ τοῦ καθηγητοῦ Κρίσπη ἄποψις, καθ' ἣν εἰς μίαν τοιαύτην περίπτωσιν «ἢ λύσις θὰ ποικίλῃ κατὰ τὰς περιστάσεις λ.χ. καλὴ πίστις τοῦ ὑπὲρ οὗ τὰ προσωρινὰ μέτρα, ἔκτασις ἰσχύος τῆς ἀρχῆς *neminem laedit qui suo jure utitur* κ.λ.π.». Βλ. Κρίσπη, ἔνθ' ἄν., σ. 168, ὑποσ. 48.

106. Rose nne, ἔνθ' ἄν., σ. 141 - 142.

107. Ὁ Barile, ἔνθ' ἄν., σ. 154 - 155, παρατηρεῖ εἰσέτι, ὅτι ἢ μὴ συμμόρφωσις πρὸς τὴν περὶ προσωρινῶν μέτρων διαταγὴν δύναται νὰ ἐπιδράσῃ ἐπὶ τοῦ ὑποκειμενικοῦ στοιχείου τῆς διεθνούς εὐθύνης, αὐξάνουσα τὸν βαθμὸν τοῦ πταίσματος τοῦ κρατικοῦ ὄργανου. Ἡ ὑπὸ τῆς διεθνούς νομολογίας ὅμως ὡς καὶ τῆς ἐπιστήμης τοῦ διεθνούς δικαίου ἐγκατάλειψις τῆς θεωρίας τῆς ὑποκειμενικῆς εὐθύνης περιορίζει σημαντικῶς τὰς διαστάσεις τῆς παρατηρήσεως ταύτης.

ΜΙΣΘΟΣ «ΚΑΤ' ΑΠΟΚΟΠΗΝ»

(ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 648 § 2 ΑΚ)

Υπό

ΑΘΑΝΑΣΙΟΥ ΙΩ. ΚΑΡΔΑΡΑ

Δικηγόρου Δ.Ν.

ΜΙΣΘΟΣ «ΚΑΤ' ΑΠΟΚΟΠΗΝ»

(ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ ΕΠΙ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 648 § 2 ΑΚ)

Υπό

ΑΘΑΝΑΣΙΟΥ ΙΩ. ΚΑΡΔΑΡΑ

I. Έννοια, προϋποθέσεις και ιδιομορφία.

Ὁ μισθὸς ὀρίζεται ἐν τῇ συμβάσει ἐργασίας ἀναλόγως τοῦ χρόνου τῆς παρεχομένης ἐργασίας. Τὸ ἄρθρον 648 § 2 ΑΚ ὁμῶς προβλέπει καὶ τὴν δυνατότητα τοῦ καθορισμοῦ τοῦ μισθοῦ «κατ' ἀποκοπήν». Ἡ αὐτὴ διάταξις προβλέπει ὡσαύτως καὶ τὸν ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ «κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας».

Ὁ ΑΚ διὰ τῆς τσαυτῆς ρυθμίσεως εἰσάγει εἰς τὸ ἐλληνικὸν ἐργατικὸν δίκαιον δύο ἰδιομόρφους συμβάσεις ἐργασίας. Ἡ μία ἐξ αὐτῶν, ἐκείνη, ἐν ἣ συμφωνεῖται ὁ μισθὸς κατ' ἀποκοπήν, ἀποτελεῖ τὸ ἀντικείμενον τῆς παρούσης μελέτης.

Ὡς πηγὴ τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ ἐχρησίμευσε τὸ ἄρθρον 319 § 2 τοῦ Ἑλβετικοῦ Κώδικος τῶν Ἑνοχῶν. Ἡ διάταξις αὕτη μετενήχθη τὸ πρῶτον εἰς τὸ ἄρθρον 1 ἐδ. 4 τοῦ προσχεδίου νόμου περὶ συμβάσεως ἐργασίας τοῦ ἔτους 1913, ὅπερ εἶχεν ἐκπονήσει τὸ τότε εἰς τὸ Ὑπουργεῖον Ἐθνικῆς Οἰκονομίας λειτουργοῦν Ἀνώτατον Συμβούλιον Ἐργασίας μετ' εἰσηγητὴν τὸν Κ. Τριανταφυλλοπούλου¹. Ἐν τῷ προσχεδίῳ τοῦ Κώδικος Ἑνοχικοῦ δικαίου τὸ ἐν λόγῳ προσχέδιον τοῦ ἔτους 1913 ἐλήφθη ὡς ἀφετηρία πρὸς ρύθμισιν τῆς μισθώσεως ἐργασίας καὶ οὕτω τὸ ἄρθρον 307 § 2 αὐτοῦ, ὡς καὶ τὸ ἀντίστοιχον 304 § 2 τοῦ Σχεδίου τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς ἀπηχοῦν τὴν ἐλβετικὴν ρύθμισιν². Ἐνῶ ὁμῶς ἅπασαι αἱ διατάξεις αὗται κατὰ τὴν γραμματικὴν αὐτῶν διατύπωσιν ἀντιπαραθέτουν τὴν «ἐργασίαν κατὰ μονάδα» πρὸς τὴν «ἐργασίαν

1. Ε.Ε.Δ. α' σελ. 870 ἐπ., ἐνθα δημοσιεύεται τὸ προσχέδιον μετὰ τῆς εἰσηγητικῆς ἐκθέσεως, ἴδε καὶ σελ. 876 ἐπ.

2. Διάγραμμα εἰσηγητοῦ Κ. Τριανταφυλλοπούλου, σελ. 6, Πρακτικὰ Ἀναθεωρητικῆς Ἐπιτροπῆς Α.Κ., σελ. 41.

κατ' ἀποκοπήν» ὡς ὑποπεριπτώσεις τοῦ συστήματος ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀναλογίαν τῆς παρεχομένης ἐργασίας (ὑπερ συμβαίνει καὶ εἰς τὸν Ἑλβετικὸν Κώδικα τῶν Ἐνοχῶν), ὁ ΑΚ/1945 προβαίνει διὰ τοῦ ἄρθρου 695 § 2 εἰς ρύθμισιν ἀμφοτέρων τῶν περιπτώσεων ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ ἄνευ ὑπαγωγῆς τούτων εἰς γενικωτέραν τινὰ ἔννοιαν. Ἡ αὐτὴ ἀκριβῶς διατύπωσις ἀπαντᾷται καὶ εἰς τὸ ἰσχυρὸν ἄρθρον 648 § 2 ΑΚ. Ἡ πλέον λεπτομερὴς ὁμοίως ρύθμισις τοῦ κατ' ἀποκοπήν μισθοῦ ἐγένετο ἐν τῷ δυνάμει τοῦ Ν. 4345/1964 καταρτισθέντι Προσχεδίῳ Κώδικος Ἐργασίας καὶ δὴ εἰς τὰ ἄρθρα 70, 71 καὶ 76 αὐτοῦ, δι' ὧν ἀντιμετωπίζονται ἀρκετὰ θέματα γεννώμενα ἐκ τῆς ἰδιομορφίας τοῦ κατ' ἀποκοπήν ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ.

Κατὰ τὴν λειτουργίαν τῆς ἐργασιακῆς σχέσεως ὁ ἐκμισθωτὴς ἐργασίας παρέχει τὴν ἐργασίαν τοῦ εἰς τὸν μισθωτὴν ἐργασίας καὶ ὁ τελευταῖος ὑποχρεοῦται νὰ καταβάλλῃ εἰς αὐτὸν τὸν μισθὸν (ΑΚ 648 § 1). Ἡ ἐργασιακὴ σχέση εἶναι διαιρητικὴ καὶ ἡ ἐργασία τοῦ ἐκμισθωτοῦ ἐκτιμᾶται ἐπὶ τῇ βᾶσει τοῦ χρόνου. Ἡ σχέση ὁμοίως αὐτὴ μεταξὺ χρόνου καὶ μισθοῦ δὲν εἶναι πάντοτε ἰκανὴ νὰ ἀνταποκριθῇ κατὰ τρόπον δίκαιον εἰς τὰς ποικιλομόρφους καὶ ἐν τῇ πράξει ἐμφανιζομένας μορφὰς τῆς ἐργασιακῆς σχέσεως. Διότι πλειστάκις πρακτικαὶ ἀνάγκαι, οἰκονομικαὶ συνθήκαι, οἰκονομικοὶ νόμοι (ὡς ὁ τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως), ἐπιχειρηματικῆς φύσεως κίνητρα καὶ ἕτεροι ἐκ τῶν προτέρων ἀκαθόριστοι παράγοντες ἐπιβάλλουσι τὴν προσαρμογὴν τοῦ μισθοῦ πρὸς τὴν ἀπόδοσιν τῆς ἐργασίας τοῦ ἐκμισθωτοῦ ἐργασίας. Ἡ τελευταία αὐτὴ σκέψις τῆς προσαρμογῆς τοῦ μισθοῦ εἰς τὴν ἀπόδοσιν τοῦ ἐργαζομένου διετυπώθη ἤδη ὑπὸ τοῦ Philipp Lotmar, τοῦ θεμελιωτοῦ τῆς ἐπιστήμης τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου, ὑπὸ τὴν ἔννοιαν αἰτήματος ἀνταποκρινόμενου πρὸς τὴν ἰδέαν τῆς δικαιοσύνης³. Ὁ ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν δικαιολογεῖται ἀκριβῶς ἐκ τῆς σκέψεως ταύτης τῆς προσαρμογῆς τῶν ἀποδοχῶν τοῦ προσφέροντος τὰς ἐργασίας τοῦ πρὸς τὴν ἀπόδοσιν αὐτοῦ, τὴν ἰκανότητα καὶ τὰ προσόντα τοῦ πρὸς τὸ ἀναμενόμενον ἀποτέλεσμα, καὶ προσέτι καὶ ὡς πρὸς τὴν οἰκονομικὴν καὶ οἰκασθῆποτε φύσεως ἀνάγκην τοῦ μισθωτοῦ ἐργασίας πρὸς ἀνεύρεσιν τοῦ καταλλήλου προσώπου τοῦ παρέχοντος τὴν ζητούμενην ἐργασίαν.

Ὁ ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν ἐπιτυγχάνεται ἀνεξαρτήτως

3. Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag, τόμος I (1902), σελ. 143 ἐπ., 149 καὶ 330 ἐπ., χαρακτηρίζων τὸν μισθὸν ὡς «Äquivalent» διὰ τὴν ἐργασίαν. Ἐνδιαφέροντα εἶναι ἡ ἀνάπτυξις τοῦ πνευματικοῦ οἰκοδομήματος τοῦ Lotmar καὶ τῆς συμβολῆς αὐτοῦ εἰς τὸ ἐργατικὸν δίκαιον ὑπὸ τοῦ Hugo Sinzheimer, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, 1953, σελ. 219 - 223, πρβλ. περαιτέρω τοὺς ίδίου, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, σελ. 121 ἐπ., 151 ἐπ. περὶ τῆς σχέσεως τῶν περιουσιακῶν στοιχείων τοῦ ἐργοδότη πρὸς τὴν ἐργασίαν τοῦ μισθωτοῦ, ὡς καὶ σελ. 125.

του χρόνου της παρεχομένης εργασίας. Ο τοιοῦτος ὑπολογισμὸς γίνεται κατὰ τὸν σταθμίσεως τῶν συμφερόντων τῶν μερῶν καὶ ἐπὶ τῇ βᾶσει τῶν χρησίμων διὰ τὴν στάθμισιν τούτων κριτηρίων. Στερεῖται νομικῆς σημασίας τὸ ζήτημα ποῖα εἶναι ἢ ποῖα δύνανται νὰ εἶναι τὰ κριτήρια ταῦτα, δεδομένου ὅτι ἀνάγονται εἰς κίνητρα τῶν συμβαλλομένων πρὸς κατάρτισιν τῆς συμβάσεως, ἤτοι εἰς τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἰτία. Συνεπῶς δὲν εἶναι δυνατόν νὰ καταστῇ ἀντικείμενον ἐπιστημονικῆς ἐπεξεργασίας τὸ θέμα περὶ τῆς σχέσεως τῆς εργασίας πρὸς τὸ μέγεθος τοῦ «κατ' αποκοπῆν» καθορισθέντος μισθοῦ ἐν τινὶ συγκεκριμένῃ μισθώσει εργασίας. Ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπῆν ὑπάρχει π.χ. εἰς τὴν περίπτωσιν, κατὰ τὴν ὁποίαν συνάπτεται σύμβασις μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν μετὰ δικηγόρου καὶ τοῦ πελάτου του, δι' ἧς ὑποχρεῖται ὁ πρῶτος νὰ παραστῇ καὶ ὑποστηρίξῃ τὸν δεύτερον εἰς μίαν συγκεκριμένην ὑπόθεσιν ⁴. Ἡ ἀμοιβὴ δὲ τοῦ δικηγόρου καθορίζεται εἰς τὴν τοιαύτην περίπτωσιν (πλὴν βεβαίως τῶν περιπτώσεων τῆς ἐργολαβίας) ἀσχέτως τοῦ χρόνου ἀπασχολήσεως τοῦ δικηγόρου, ἀδιακρίτως τῆς ἀναβολῆς τῆς συζητήσεως τῆς ὑποθέσεως καὶ ἀδιαφόρως τοῦ χρόνου ἀναμονῆς πρὸς ἐκφώνησιν αὐτῆς (καθ' ὃν χρόνον ἄλλωστε προσφέρει τὴν ἐργασίαν του ὁ δικηγόρος). Τὸ ποσόν, τὸ ὁποῖον συμφωνεῖται οὕτω ὡς δικηγορικὴ ἀμοιβή, ὑπολογίζεται «κατ' αποκοπῆν». Εἰς τὴν μετὰ τοῦ ἱατροῦ συναπτομένην σύμβασιν μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν π.χ. ὑσάκις οὗτος ἐπισκέπτεται ἀσθενῆ τινὰ καλούμενος ὑπὸ τούτου, ἵνα διαγνώσῃ τὴν ἀσθένειαν καὶ συστήσῃ τὴν ἐνδεικνυομένην θεραπείαν, καθορίζεται ὡσαύτως ἡ ἀμοιβὴ αὐτοῦ κατὰ παρεμφερῆ τρόπον, ἤτοι «κατ' αποκοπῆν». Εἰς τὰ δύο ταῦτα παραδείγματα καθίσταται ἐμφανές, ὅτι ὑπολογίζεται τὸ ὕψος τῆς κατ' αποκοπῆν ἀμοιβῆς ἀναλόγως τῆς βαρύτητος καὶ τῆς πλοκῆς τῆς ὑποθέσεως ἢ τῆς ἀσθενείας, τοῦ ἀπαιτουμένου κόπου καὶ τῆς ἱκανότητος πρὸς προσφοράν τῆς καταλλήλου καὶ μετὰ προσδοκίας ἀγούσης εἰς τι ἀποτέλεσμα ἐργασίας, τοῦ βαθμοῦ ἐμπιστοσύνης πρὸς τὸν παρέχοντα ταύτην, τοῦ ἐπιστημονικοῦ κύρους αὐτοῦ, τῆς κοινωνικῆς προβολῆς του κ.ο.κ. ⁵. Ὁσαύτως καὶ εἰς τὴν σύμβασιν ἐξερτημένης ἐργασίας εἶναι δυνα-

4. Ἡ σχέση τοῦ δικηγόρου καὶ πελάτου ἐκλαμβάνεται ἀνωτέρω ὡς ὑπαγομένη εἰς τὸ ἰδιωτικὸν δίκαιον. Ὑπεστηρίχθη ὅμως καὶ ἡ γνώμη, ὅτι ἡ σχέση αὕτη ὑπάγεται εἰς τὸ δημόσιον δίκαιον (Β α σ ι λ ε ῖ ο υ, Ε.Ε.Δ. τόμος 3ος, σελ. 580 ἐπ. καὶ τόμος 6ος, σελ. 577 ἐπ., τόμος 9ος σελ. 146), ἥτις ἐπιτυχέστερον ἀνταποκρίνεται εἰς τὴν κοινωνικὴν ἀποστολὴν τοῦ δικηγορικοῦ λειτουργήματος.

5. Συμφωνῶς πρὸς τὴν ἔνοιαν τῆς κατ' αποκοπῆν ἀμοιβῆς ἔχουν ὡς σκοπὸν αἱ σχετικαὶ διατάξεις τοῦ Δικηγορικοῦ Κώδικος, αἱ καθορίζουσαι ἐλάχιστα ὄρια ἀμοιβῶν, τὴν κατιέρωσιν ἐνὸς ὄρισμένου ἐπιπέδου κατὰ τὸν ὑπολογισμὸν τῆς δικηγορικῆς ἀμοιβῆς κατ' αποκοπῆν, ὑπερ καὶ ἀρμόζει εἰς τὴν θέσιν τοῦ δικηγόρου ἐντὸς τῆς κοινωνίας.

τὸν νὰ συμφωνηθῆ ὁ μισθὸς κατ' ἀποκοπὴν⁶. Οὕτω μεταξὺ τοῦ ἐργοδότη τοῦ τυγχάνοντος καὶ ἐπιχειρηματίου κατασκευῆς εἰδῶν ρουχισμοῦ ἄφ' ἐνὸς καὶ τοῦ ἐργαζομένου ἢ καὶ μιᾶς ὁλοκλήρου ομάδος ἐργαζομένων ἄφ' ἑτέρου εἶναι δυνατὴ ἡ συμφωνία περὶ ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν, εἰς ἣν περίπτωσιν ἔχει ἀναλάβει ἡ ἐπιχείρησις τὴν διεκπεραιώσειν καὶ δὴ ἐντὸς τακτικῆς προθεσμίας μιᾶς παραγγελίας πρὸς κατασκευὴν ἐνδυμάτων ὑπερβαίνουσας τὰ συνήθη πλαίσια καὶ τὴν δυνατότητα τῆς παραγωγῆς των ἐντὸς ὀρισμένου χρόνου. Πρὸς κατασκευὴν τῶν ἐνδυμάτων προσλαμβάνει ὁ ἐργοδότης εἰδικευμένους μισθωτοὺς ὑπὸ τὸν ὄρον, ὅτι θὰ ἀπασχολήσῃ τούτους εἰς σχέσιν ἐξαρτήσεως μέχρι μιᾶς συγκεκριμένης ἡμέρας δι' ἐργασίαν μὴ δυναμένην — λόγῳ τοῦ ἀσυνήθους αὐτῆς — νὰ ὑπολογισθῆ ἀκριβῶς ὡς πρὸς τὴν ἔκτασιν αὐτῆς. Ὑπολογίζεται δὲ ὁ μισθὸς δι' ὁλόκληρον τὸ χρονικὸν διάστημα κατ' ἀποκοπὴν. Εἰς τὴν σύμβασιν ταύτην παρέχεται ὑπὸ τῶν ἐργαζομένων ἡ ἐργασία των αὐτῇ καθ' ἑαυτὴ καὶ οὐχὶ τὸ ἔργον, ὅπερ παράγεται ἐκ τῆς ἐκμεταλλεύσεως, εἰς ἣν καὶ προσλαμβάνονται καὶ προσωρινῶς ἀπασχολοῦνται οἱ κατ' ἀποκοπὴν ἀμειβόμενοι ὡς ἄνω μισθωτοί⁷.

Εἰς ἀπάσας τὰς περιπτώσεις ταύτας εἶναι σαφὲς κατὰ τὸ γράμμα καὶ τὸ πνεῦμα τοῦ ΑΚ, ὅτι πρόκειται σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας⁸. Τοῦτο εἶναι καὶ ὁρθὸν καὶ δὲν παρεκκλίνει ἐκ τοῦ συστήματος τοῦ ΑΚ, καθ' ὅσον ἀντικείμενον τῆς συμβάσεως εἶναι ἡ παροχὴ τῆς ἐργασίας καθ' ἑαυτὴν καὶ διὰ ταύτην ὀφείλεται μισθός. Πᾶσα ἐργασία εἶναι δυνατόν νὰ καταστῇ ἀντικείμενον τοιαύτης συμβάσεως⁹. Ἡ διάκρισις τῆς ἐργασίας εἰς κατὰ γένος καὶ εἰς κατ' εἶδος

6. Ἰδε Καποδίστριαν, Ἑρμ. Α.Κ. 648 ἀρ. 94.

7. Ἐν τῇ Ἑλληνικῇ δημόσει γλώσσει ἀπαντῶνται ἐκφράσεις δηλοῦσαι ἐργασίαν κατ' ἀποκοπὴν, ὡς π.χ. «πῆρε τὸ κλάδεμα τοῦ ἀμπελοῦ ἀποκοπὴν» «πῆρα τὸ τραγοῦδι ἀποκοπὴν», κ.ο.κ. Διὰ τούτων ὁμοῦς δηλοῦνται αἱ βαρεῖαι καὶ βάνανσοι ἐργασίαι (Ἰδε Δ. Δημητράκου, Μέγα λεξικὸν τῆς Ἑλληνικῆς γλώσσης, λέξις «ἀποκοπὴ»). Ἀπαντῶνται ὡσαύτως καὶ παροιμίαι τινὲς (Ἰδε Ἀγαλλοπούλου, Εἰσαγωγή εἰς τὴν ἐργατικὸν δίκαιον, 1958, σελ. 126), ἀπορρέουσαι ὡσαύτως ἐκ τοῦ ὅτι ἐξαντλοῦνται αἱ δυνάμεις τοῦ ἐργαζομένου εἰς τὴν κατ' ἀποκοπὴν ἐργασίαν. Ἡ ἔννοια βεβαίως τῆς ἀποκοπῆς διαφέρει ἐν τῷ ἄρθρῳ 648 § 2 Α.Κ. ἐκ τῆς ἀνταποκρινομένης εἰς τὴν λαϊκὴν συνείδησιν. Ὁ μισθὸς κατ' ἀποκοπὴν ἀποτελεῖ ἔννοια νομικὴν καὶ συνεπῶς τὸ περιεχόμενον αὐτῆς καθορίζεται εἴτε ἐν τῷ νόμῳ εἴτε διὰ τῆς συστηματικῆς ἐρμηλείας τῶν σχετικῶν διατάξεων καὶ ἐπὶ τῇ βάσει τῶν βασικῶν ἀρχῶν τῆς μισθώσεως ἐργασίας.

8. Ἀποστολίδης, Ἐνοχ. Δικ., § 648, ἀρ. 1. Καποδίστριας, Ἑρμ. Α.Κ., 648 ἀρ. 91. Τούσης, Ἑργατικὸν Δίκαιον τόμος Α' ἡμίτομος Α', 1957, σελ. 145 ἐπ. Κ. Τριανταφυλλόπουλος, Αἰτιολογικὴ ἐκθεσις, Σχ. Ἐν. Α.Κ. σελ. 226 ἐπ. (§ 83).

9. Δηλαδή τὸσον ἡ ἐξηρητημένη (Ἰδε καὶ Τούσην, ἐνθ' ἄν., σελ. 146), ὅσον καὶ ἡ ἀνεξάρτητος. Τοῦτο κατὰ τὴν κρατοῦσαν ὀρθὴν γνώμην, καθ' ἣν εἰς τὸ περὶ μισθώσεως

προσδιορισμένην τοιαύτην ¹⁰, δὲν ἀποκτᾶ ἰδιαιτέραν σημασίαν ἐν προκειμένῳ. Διότι αἱ ἔννοιαὶ αὗται εἶναι δυσδιάκριτοι καὶ πᾶσα ἐργασία δυναμένη νὰ χαρακτηρισθῇ ὡς τοιαύτη γένους ἀποκτᾶ ἰδιαιτέραν σημασίαν καὶ ἐξειδικεύεται ἐὰν συντρέχωσιν παράγοντες ¹¹, οἷοι οἱ προμνησθέντες, ὡς π.χ. ἡ ἐπιτακτικὴ ἀνάγκη πρὸς περαιώσιν τῆς παραγωγῆς ἐντὸς ὠρισμένου χρόνου. Οἱ παράγοντες δὲ οὗτοι εἶναι δυνατὸν νὰ ἀπορρέουν ἐκ τοῦ προσώπου τοῦ μισθωτοῦ ἐργασίας, ἐκ τῆς ἐκμεταλλεύσεως, ἐκ τῶν γενικῶν ἢ ἐιδικῶν συνθηκῶν τῆς ἐθνικῆς οἰκονομίας κλπ. Γενικῶς δύναται νὰ λεχθῇ, ὅτι μεταξὺ τῆς συμβάσεως τοῦ ἄρθρ. 648 § 1 ΑΚ καὶ τῆς τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ δὲν ὑφίσταται διαφορὰ ὡς πρὸς τὸ εἶδος τῆς προσφερομένης ἐργασίας. Διότι πᾶσα ἐργασία εἶναι δυνατὸν νὰ καταστῇ ἀντικείμενον ἐκάστης ἐκ τῶν συμβάσεων τούτων. Ἡ διαφορὰ μεταξὺ τῶν δύο τούτων συμβάσεων προκύπτει μόνον ἐκ τοῦ τρόπου υπολογισμοῦ τοῦ ὀφειλομένου μισθοῦ.

Διὰ τὸν ὑπολογισμὸν τοῦ ὀφειλομένου μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἀπαιτεῖται ἡ ὑπαρξίς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας, ἐν τῇ ὑποῖα καθορίζουν οἱ συμβαλλόμενοι καὶ τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ. Ἡ προϋπόθεσις αὕτη, καθ' ἣν δέον νὰ ὑφίσταται σύμβασις, τονίζεται ἐνταῦθα ἰδιαιτέρως. Συνέπεια αὐτοῦ εἶναι, ὅτι ἀποκλείεται ἡ ὑπαγωγή τῶν ἀπλῶν σχέσεων ἐργασίας εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μετ' ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν, τοιαῦται δὲ σχέσεις ὑπάρχοντι εἰς τὸ ἄρθρον 648 § 1 ΑΚ. Διὰ τῆς συμβάσεως δέον νὰ καθορίζωνται μετ' ἀκριβείας τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν συμφωνουμένου μισθοῦ. Ὁ τοιοῦτος καθορισμὸς εἶναι ἀνγκαῖος, διότι ὁ κατ' ἀποκοπὴν μισθός εἶναι νοητὸς μόνον εἰς ἐξειδικευμένας καὶ ἐξατομικευμένας περιπτώσεις. Ἐλλειπούσης ὅθεν εἰδικῆς συμφωνίας περὶ τῆς καταρτίσεως αὐτοῦ καὶ περὶ τοῦ ὕψους του δὲν εἶναι νοητὸν νὰ ὑπάρχη ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἄρθρον 648 § 2 ΑΚ, ἀλλὰ μόνον ἡ τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ. Ἡ ὑπαγωγή δὲ μιᾶς συγκεκριμένης ἐννόμου σχέσεως εἰς τὴν πρώτην ἢ εἰς τὴν δευτέραν

ἐργασίας κεφάλαιον τοῦ Α.Κ. ρυθμίζεται τόσον ἡ σύμβασις ἐξηρητημένης ἐργασίας, ὅσον καὶ ἡ σύμβασις μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν. Οὕτω Καποδίστριας Ἐρμ. Α.Κ. Εἰσαγωγή. ἄρθρ. 648 - 680 ἀρ. 29 ἐπ. ἀναλυτικῶς μετὰ πλείστον παραπομπῶν. Γ. Βάλληνηδης ἄρθρον 648 Α.Κ., Βασιλείου, Ε.Ε.Δ., τόμος 8ος, σελ. 355 ἐπ. (357 ἐπ.), τόμος 9ος, σελ. 145 ἐπ. Ἄλλως οὐχὶ ὀρθῶς Καυκᾶς, Ἐνοχ. Δίκ., 3η ἔκδ. 1960, σελ. 431 ἐπ., Ε.Ε.Δ. τόμος 9ος, σελ. 49 ἐπ., Θέμις ΕΒ', σελ. 639 ἐπ. 758 ἐπ. Ἀποστολίδης, Ἐνοχ. Δίκ., πρὸ ἄρθρου 648 ἀρ. 5 (σελ. 548 ἐπ.). Ἐνδιαφέροντα εἶναι ἡ στολίδης, Ζέπου προτεινομένη contra legem ἐρμηνεία τῶν ἄρθρων 648 ἐπ. Α.Κ., ὑπὸ τοῦ Π. Ζέπου ἐπισημασμένη, Ε.Ε.Δ. τόμος 14ος, σελ. 143 ἐπ., 235 ἐπ.

10. Πρβλ. Staudinger-Nipperdey, σημ. 141 vor § 611 in f.

11. Πρβλ. Enneccerus-Lehmann § 145 I 1 C, ἀντικροῶν οὕτω τὴν σχετικὴν ἀποψιν τοῦ Hoeniger.

διάταξιν δὲν στερεῖται πρακτικῆς σημασίας. Τὸ ἄρθρον 653 ΑΚ κατὰ τὸ β' ἐδάφιον αὐτοῦ δὲν ἐφαρμόζεται προκειμένου περὶ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν, διότι ἀκριβῶς δὲν νοεῖται νὰ καταβληθῇ ὁ εἰθισμένος μισθὸς ὡς κατ' ἀποκοπὴν μισθός. Τοῦτο διότι ὁ ὑπολογιζόμενος ἐπὶ τῇ βάσει τῶν πλυσισουσῶν μίαν συγκεκριμένην ἐργασιακὴν σχέσιν εἰδικῶν συνθηκῶν καὶ κατόπιν σταθμίσεως τῶν ἐκατέρωθεν συμφερόντων ἐν τινὶ εἰδικῇ καὶ ἀτομικῇ περιπτώσει καὶ ὡς ἐκ τούτου ἀνταποκρινόμενος ἐπακριβῶς κατὰ τὴν ἀπόψιν τῶν συμβαλλομένων εἰς τὴν ἀξίαν τῆς προσφερομένης ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν μισθός δὲν εἶναι δυνατόν νὰ παραλληλισθῇ μετὰ τοῦ κατ' ἄρθρον 653 ἐδ. β' ΑΚ εἰθισμένου μισθοῦ, ἦτοι μετ' ἐκείνου, τὸν ὅποιον καταβάλλουν ἄλλοι μισθωταὶ δι' ὁμάδας ἐργασίας πρὸς ὁμοίους ἐκμισθωτὰς ὑπὸ τὰς αὐτὰς συνθήκας ἐν τῇ αὐτῇ περιοχῇ¹². Διὰ τῆς ἐννοίας ταύτης τοῦ εἰθισμένου μισθοῦ δηλοῦται, ὅτι ὁ εἰθισμένος μισθός φέρει τὰ στοιχεῖα τῆς γενικότητος καὶ τῆς ἀοριστίας, ἐνῶ ἀντιθέτως ὁ κατ' ἀποκοπὴν μισθός διακρίνεται ἐκ τοῦ ὅτι εἶναι ἐξειδικευμένος καὶ ἐξατομικευμένος.

Ἐὰν ὅμως τὰ μέρη δὲν καθώρισαν τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἀλλὰ συνεφώνησαν ἀορίστως τὴν ἀποκοπὴν, ὅτε καὶ ἐλλείπει κατὰ τὰ προεκτεθέντα ἡ ἀπαιτουμένη ὡς ἐκ τῆς ἰδιομορφίας τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας, τότε καθίσταται ἀναγκαῖος ὁ καθορισμὸς τοῦ μισθοῦ. Προφανὲς δὲ τυγχάνει, ὅτι ὁ ὑφειλόμενος μισθός ἐν τῇ εἰδικῇ ταύτῃ περιπτώσει εἶναι ὁ χρονικὸς τοιοῦτος, ὅστις καὶ ἐξευρίσκεται, ὡς καὶ ἐν τῇ ἀντιστοιχῇ συμβάσει τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ. Ἡ ἐξεύρεσις τοῦ ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ δὲν εἶναι δυνατόν νὰ ἐπιτευχθῇ διὰ τῆς ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 649 ΑΚ, διότι κατὰ τὴν διάταξιν ταύτην συμπληροῦται ἡ σύμβασις μόνον ὡς πρὸς τὴν ὑπαρξίν τῆς ὑποχρεώσεως πρὸς καταβολὴν μισθοῦ¹³. Συμπλήρωσις ὅμως τῆς συμβάσεως ὡς πρὸς τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἢ καὶ ὡς πρὸς τὸ εἶδος τοῦ μισθοῦ δὲν εἶναι δυνατόν νὰ γίνῃ διὰ τοῦ ἄρθρου 649 ΑΚ.

Ἡ ἐγκυρότης τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μὲ καθορισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν κρίνεται τόσον κατὰ τὰς γενικὰς διατάξεις, ὅσον καὶ κατὰ τὰ ἰσχύοντα προκειμένου περὶ μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν

12. Οὕτω Ἀγαλλόπουλος, Ἐργατικὸν δίκαιον 1958, σελ. 118, Καποδίστριας, Ἐρμ.Α.Κ. 653 ἀρ. 21 μετὰ παραπομπῶν εἰς τὴν νομολογίαν, Τούσης, Ἐργατικὸν δίκαιον, τόμος Α' α' 1957 σελ. 124 ΓΣ6, Hueck-Nipperdey, I, σελ. 265.

13. Ἀγαλλόπουλος, ἔνθ' ἀν., σελ. 117, Καποδίστριας Ἐρμ.Α.Κ. 649 ἀρ. 8 ἐπ. καὶ 653 ἀρ. 19, Τούσης, ἔνθ' ἀν., σελ. 125 ΓΣ6, Staudinger-Nipperdey, § 612 ἀρ. 6. Nikisch, I, σελ. 323 (§ 29 I 4).

ἡ σχέσεως ἐξηρητημένης ἐργασίας ἀναλόγως τῆς ἐκάστοτε περιπτώσεως¹⁴. Εἰδικώτερον προκειμένου περὶ τῆς πλάνης καὶ ἀπάτης ὡς λόγων ἀκυρώσεως δύναται νὰ προκύψῃ ἡ ἀκύρωσις καὶ ἐκ τῆς σχέσεως τῆς προσφερομένης ἐργασίας πρὸς τὸν κατ' ἀποκοπήν ὑπολογισθέντα μισθόν. Τοιαύτη περίπτωσις δύναται νὰ ἐμφανισθῇ ὡςάκις τὰ συμβαλλόμενα μέρη ὑπολογίζουσι τὸν μισθὸν κατ' ἀποκοπήν ὡς ἀνταποκρινόμενον εἰς τὴν ἀξίαν καὶ τὴν ποιότητα τῆς προσφερομένης ἐργασίας. Ὡς ἐκ τούτου ἐνδέχεται νὰ εἶναι ὁ κατ' ἀποκοπήν μισθὸς ἐν τῇ συγκεκριμένη περιπτώσει ὑψηλότερος τοῦ χρονικοῦ τοιούτου. Ἐν τοιαύτῃ περιπτώσει ἡ πλάνη ὡς πρὸς τὴν ποιότητα τῆς προσφερομένης ἐργασίας (ἀνεξαρτήτως τῆς παρουσιαζομένης ἐλλείψεως ἰδιοτήτων τινῶν παρὰ τῷ μισθωτῇ ἐργασίας κ.ο.κ.) καθίσταται οὐσιώδης πλάνη κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ ἄρθρου 141 ΑΚ. Προκειμένου περὶ ἀπάτης (ΑΚ 147 ἐπ.) ἡ αὐτὴ σχέση μεταξὺ ἐργασίας καὶ κατ' ἀποκοπήν μισθοῦ δυνατόν νὰ θεμελιώσῃ τὰ στοιχεῖα τῆς ἀπάτης.

Λόγω τῆς ἰδιορρυθμίας τῆς συμβάσεως περὶ ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν καθίσταται προβληματικὴ διὰ τὴν τοιαύτην σύμβασιν μισθώσεως ἐργασίας ἡ ἐφαρμογὴ τῶν ἄρθρων 666, 667, 669 § 2, 670 καὶ 671 ΑΚ. Τὰ ἄρθρα ταῦτα (πλὴν τοῦ ἄρθρου 671 ΑΚ) ἐφαρμόζονται προκειμένου περὶ συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας ἀορίστου χρόνου. Ἐρωτᾶται ὅμως, ἐὰν εἶναι δυνατόν νὰ τυγχάνῃ ἀορίστου διαρκείας καὶ ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν¹⁵. Ἀντικείμενον τῆς τοιαύτης ἀορίστου διαρκείας συμβάσεως θὰ ἦτο ἡ ἐπ' ἀόριστον χρόνον ἐκτεινομένη ὑποχρέωσις τοῦ ἐκμισθωτοῦ ἐργασίας πρὸς παροχὴν τῆς ἐργασίας του, ἐνῶ ὁ μισθωτὴς ἐργασίας θὰ ἀνελάμβανεν τὴν ὑποχρέωσιν πρὸς καταβολὴν τοῦ κατ' ἀποκοπήν μισθοῦ. Τοῦτο σημαίνει, ὅτι ὁ μισθὸς θὰ ὑπελογίζετο εἰς ἕν ὄρισμένον ὕψος καὶ δὲν θὰ ἐξηρητᾶτο τὸ μέγεθος αὐτοῦ ἐκ τῆς ἀορίστου χρονι-

14. Πρβλ. Ἀγαλλόπουλος, ἐνθ' ἄν., § 4, σελ. 68 ἐπ. Καποδίστριας Ἐρμ. Α.Κ. 648 ἀρ. 69 ἐπ. Camerlynck, *Traité de droit du travail, Contrat du travail*, 1968, σελ. 186 ἐπ. Camerlynck / Lyon - Caen, *Droit du travail*, 1969, σελ. 135 ἐπ. Hueck - Nipperdey, I, § 32, σελ. 183 ἐπ., Nikisch I, § 23, σελ. 214 ἐπ.

15. Ἐκ τῶν ὑποστηριζομένων ὑπὸ Καποδίστριας, Ἐρμηνεία τοῦ Ἑργατικοῦ Δικαίου, 1937, § 330, σελ. 325 ἐπ., συνάγεται ἡ καταφατικὴ ἀπάντησις εἰς τὸ ἐρώτημα τοῦτο. Διότι δεχεται, ὅτι ἡ προστασία διὰ τοὺς στρατευθέντας μισθωτοὺς χορηγεῖται κατὰ τοὺς Ν. 1234/1918 καὶ 3514 καὶ ὅτε ὑπολογίζεται ὁ μισθὸς κατ' ἀποκοπήν. Οἱ ἐν λόγῳ νόμοι (ὡς ἰσχύουν καὶ διὰ τῶν μεταγενεστέρων τροποποιήσεων) νόμοι ἀφοροῦν ἐργασιακὰς ἄλλως ἀορίστου διαρκείας. Τὸ ζήτημα ὅμως περὶ τῆς ἐφαρμογῆς αὐτῶν τῶν προστατευτικῶν διατάξεων καὶ εἰς τὴν μισθωσιν ἐργασίας κατ' ἀποκοπήν στερεοῖται ἀξιολογῶν πρακτικῆς σημασίας, λόγῳ τῆς ἰδιομορφίας τῶν περιπτώσεων συμφωνίας τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν καὶ ἰδίως λόγῳ τοῦ ὅτι αἱ δι' αὐτῶν δημιουργούμεναι ἔννομοι σχέσεις ἔχουν ὀρισμένην συνήθως μικρὰν χρονικὴν διάρκειαν.

κῆς διαρκείας τῆς ἐνοχικῆς σχέσεως. Ἀποτέλεσμα αὐτοῦ θὰ ἦτο, ὅτι θὰ προσέφερον ὁ ἐκμισθωτῆς ἐπ' ἀόριστον τὴν ἐργασίαν του ἔναντι ὀρισμένου καὶ μὴ ὑποκειμένου εἰς ἀνάλογον αὐξήσιν ποσοῦ ἀμοιβῆς. Τὸ κύρος μίᾳς τοιαύτης συμβάσεως δυνατὸν νὰ καθίσταται εἰς πλείστας περιπτώσεις προβληματικὸν ὡς ἐκ τοῦ ἄρθρου 179 ΑΚ. Ἡ παρουσιαζομένη δὲ ἀνωμαλία ἐν τῇ ἐξελίξει τῆς συμβάσεως ταύτης εἶναι, ὅτι διαταράσσεται ἐν προκειμένῳ ἡ σχέσις μετὰ τὴν παροχῆς καὶ ἀντιπαροχῆς, ὕπερ τούναντίον δὲν συμβαίνει καὶ εἰς τὴν ἀόριστου χρόνου διαρκείας σύμβασιν τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ. Ἡ διατάραξις τῆς σχέσεως ταύτης μετὰ τὴν παροχῆς καὶ ἀντιπαροχῆς (ἦτοι μετὰ τὴν ἐργασίαν καὶ ἀμοιβῆς) εἶναι δογματικῶς ἀνεπίτρεπτος, λόγῳ τοῦ ὅτι ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας φέρει μετὰ τῶν ἄλλων ἰδιαιτέρων αὐτῆς στοιχείων (προσωπικὸς χαρακτήρ αὐτῆς κλπ.) καὶ τὸ γνῶρισμα τῆς ἀμφοτεροβαροῦς ἐνοχικῆς σχέσεως. Αἱ ἐνυπάρχουσαι δὲ εἰς τὴν μίσθωσιν ἐργασίας ἰδιομορφίαι δὲν ἐπηρεάζουν καὶ τὸ τελευταῖον τοῦτο γνῶρισμα τῆς ἀμφοτεροβαροῦς ἐνοχικῆς σχέσεως ὡς πρὸς τὰς βασικὰς αὐτοῦ συνεπείας. Ὡς ἐκ τούτου δέον νὰ ἀποκλεισθῶσιν ἐκ τῆς ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ αἱ ἀόριστου χρόνου συμβάσεις μισθώσεως ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν. Τὸ συμπέρασμα τοῦτο ἔρχεται ἐκ πρώτης ὕψεως εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὸ γράμμα τῆς διατάξεως. Ἐν προκειμένῳ ὅμως ἐπιβάλλεται ὁ περιορισμὸς τῆς ἐκτάσεως ἐφαρμογῆς τῆς διατάξεως ταύτης διὰ τῆς μεθόδου τῆς τελολογικῆς ἀναγωγῆς¹⁶. Ἡ τελολογικὴ ἀναγωγή ἐπιτάσσεται τὸ μὲν ἐκ τῆς ἐννοίας τοῦ θεσμοῦ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας, τὸ δὲ ἐκ τῆς σχέσεως ταύτης πρὸς τὴν σύμβασιν μισθώσεως ἔργου¹⁷. Οὕτω περιλαμβάνει ἡ ρύθμισις τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ μίαν κατηγορίαν περιπτώσεων, μὴ φερουσῶν τὰ χαρακτηριστικὰ τῆς ἐκ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας δημιουργουμένης σχέσεως. Διὰ τῆς τελολογικῆς δὲ ἀναγωγῆς δὲν διορθοῦται ἐν προκειμένῳ τὸ γράμμα τῆς ἐν λόγῳ διατάξεως, ἀλλὰ περιορίζεται τὸ περιεχόμενον αὐτῆς λόγῳ τοῦ ὅτι ἀντιτίθεται εἰς τὸ ratio legis μίᾳ ὁμάδῃ περιπτώσεων, ἦτοι αἱ ἐννομοὶ σχέσεις ἀόριστου διαρκείας.

Εἰδικώτερον ὅμως ὡς πρὸς τὴν διάρκειαν τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν δέον νὰ διευκρινισθῇ, ὅτι ἡ ὀρισμένη διάρκεια δὲν ἀπαιτεῖται νὰ εἶναι ἐκ τῶν προτέρων ἐπακριβῶς καθωρισμένη κατὰ τὸ ἡμερολόγιον ὡς πρὸς τὸ χρονικὸν σημεῖον λήξεως αὐτῆς, ἀλλὰ ἀρκεῖ νὰ προκύπτῃ ἐκ τοῦ εἶδους καὶ τοῦ σκοποῦ τῆς συμβάσεως, ὡς ὀρίζει τὸ ἄρθρον 669 § 2 ἐδ. α'. Ὁ σκοπὸς καὶ τὸ εἶδος τῆς συμβάσεως προδιαγράφουν καὶ τὴν διάρκειαν

16. Πρβλ. περὶ «τελολογικῆς ἀναγωγῆς» Enneccherus-Nipperdey I § 59 Π καὶ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1η ἐκδοσις, σελ. 296 ἐπ.

17. Ὅσον ἀφορᾷ τὴν μίσθωσιν ἔργου, ἴδε κατωτέρω ὑπὸ στ. II.

αυτῆς εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ κατ' αποκοπὴν καθορισθέντος μισθοῦ¹⁸. Εἰς τὴν τοιαύτην σύμβασιν καθορίζεται ἡ λήξις τῆς συμβάσεως ἐπὶ τῇ βάσει κριτηρίων παρεχόντων ἀντικειμενικῶς ἐπαρκῆ βεβαιότητα καὶ δὲν ἐξαρτᾶται ἐκ τῆς βουλήσεως τοῦ μισθωτοῦ ἐργασίας ἢ διάρκειαι τῆς ἐννόμου σχέσεως¹⁹. Οὕτω εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ δικηγόρου τοῦ παρισταμένου εἰς τινα δίκην ἢ σύμβασιν μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν εἶναι ὠρισμένου χρόνου, ὅστις καὶ καθορίζεται ἐκ τῆς διαδικασίας καὶ οὐχὶ ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ὥρων ἀπασχολήσεως. Ἐὰν συμφωνῆται ὁ μισθός κατ' αποκοπὴν καὶ καθορίζηται μεθ' ἡμερολογιακῆς ἀκριβείας ἢ διάρκειαι τῆς ἐννόμου σχέσεως ὑφίσταται τὸ ἐνδεχόμενον νὰ ἔχωμεν σύμβασιν μισθώσεως ἐργασίας οὐδύλως διαφέρουσαν τῆς ἐν ἄρθρῳ 648 § 1 ΑΚ προβλεπομένης. Διότι ἐνδέχεται νὰ ὑπελόγησαν οἱ συμβαλλόμενοι τὸν «κατ' αποκοπὴν» μισθὸν ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ χρόνου. Ὁ τοιοῦτος ὅμως ὑπολογισμὸς γίνεται καὶ ἐν τῇ συμβάσει ἐργασίας τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ. Ἄοριστη τις ὡς πρὸς τὴν διάρκειαν τῆς συμβάσεως ἐργασίας καὶ δὴ τοιαύτη ἐπιβαλλομένη ἐκ τῶν ἐιδικῶν συνθηκῶν εἶναι συνεπῶς νοητὴ καὶ ἡ ἀοριστη αὕτη δὲν μετατρέπει τὴν σύμβασιν ἐργασίας ὠρισμένου χρόνου εἰς τοιαύτην ἀορίστου χρόνου. Ὡς παράδειγμα δύναται νὰ ἀναφερθῇ ἡ περίπτωσις τῆς συγκομιδῆς τῶν καρπῶν ἐνὸς κτήματος ἀντὶ μισθοῦ συμφωνηθέντος κατ' αποκοπὴν. Ἡ διάρκειαι συνεπῶς τῆς συμβάσεως ἐργασίας κατ' αποκοπὴν προσδιορίζεται ἐντὸς ὠρισμένων χρονικῶν πλαισίων, τὰ ὅποια κατὰ τὴν κοινὴν πείραν καὶ κατὰ τὰ συναλλακτικὰ ἔθη παρέχουν τὴν εὐχέρειαν εἰς τὸν ἐκμισθωτὴν ἐργασίας, ὅπως παράσχη τὸ συγκεκριμένον εἶδος ὑπηρεσιῶν εἰς τὸν μισθωτὴν ἐργασίας. Ἐπειδὴ δὲ ἐνίοτε τυγχάνουν ρευστὰ τὰ χρονικὰ ταῦτα ὄρια, δικαιολογεῖται εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας ὁ κατ' αποκοπὴν ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ ὡς πλέον πρόσφορος ἀπὸ τὸν προσδιορισμὸν τοῦ μισθοῦ ἐκ τῆς χρονικῆς διάρκειας.

Διάταξις μὴ δυναμένη νὰ ἐφαρμοσθῇ ἐπὶ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας κατ' αποκοπὴν εἶναι καὶ ἡ τοῦ ἄρθρου 671 ΑΚ περὶ σιωπηρᾶς ἀνανεώσεως, καθ' ἣν ἡ ὠρισμένου χρόνου σύμβασιν μισθώσεως ἐργασίας μετατρέπεται ὑπὸ τὰς αὐτῆς ἀναγραφόμενας προϋποθέσεις²⁰, εἰς τοιαύτην ἀορίστου χρόνου.

18. Οὕτω Ἀγαλλόπουλος, Ἐργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 279 καὶ Καποδίστριας, Ἐρμ. Α.Κ. 669, ἀρ. 21.

19. Πρβλ. Νικίση, Γ. σελ. 670, Hueck-Nipperdey, I, σελ. 532 ἐπ., ἴδε σχετικὸν παράδειγμα ἐν τῇ ὑπ' ἀριθμ. 1973/1969 ἀποφάσει τοῦ Ἐφετείου Ἀθηνῶν (Νομ. Β 18ον (1970) σελ. 173) ἐν τῷ ὅποιῳ καθορίζεται ὁ χρόνος τῆς μισθώσεως ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπὴν ἐκ τῆς ἀποπερατώσεως τῶν σιγῶν καὶ τῆς φωνοληψίας δύο κινηματογραφικῶν ταινιῶν.

20. Περὶ τῶν προϋποθέσεων ἴδε ἀντὶ ἄλλων Ἀγαλλόπουλον, Ἐργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 283 ἐπ., Καποδίστριαν ἐν Ἐρμ. Α.Κ. 671 ἀρ. 7 ἐπ.

Τὸ ἀποτέλεσμα ὅμως τοῦτο ἀποκλείεται προκειμένου περὶ συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μετ' ὑπολογισμόν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν, δηλαδή ἡ ἀρχικὴ σύμβασις ἀποκλείει τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 671 ΑΚ. Τοῦτο, διότι τὸ ἄρθρον 671 ΑΚ προϋποθέτει ἀρχικὴν σύμβασιν ὠρισμένης διαρκείας, ἥτις δύναται ὡς ἐκ τῆς φύσεώς της νὰ μετατραπῇ εἰς ταιαύτην ἀρίστου διαρκείας, ὕπερ δὲν συμβαίνει ἐν προκειμένῳ. Ἡ ἀποψις αὕτη δὲν ἐπηρεάζεται ἐκ τῆς νομικῆς φύσεως τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 671 ΑΚ²¹, διότι ἡ νομικὴ φύσις δὲν μετατρέπεται τὰς προϋποθέσεις ἐφαρμογῆς τῆς διατάξεως. Ἐὰν ληξάσης τῆς ἐν λόγῳ συμβάσεως ὁ μὲν ἐκμισθωτῆς συνεχίζει τὴν παροχὴν ἐργασίας, πρόκειται περὶ σιωπηρᾶς προτάσεως αὐτοῦ πρὸς κατάρτισιν νέας συμβάσεως καὶ ἐὰν περαιτέρῳ ὁ μισθωτῆς δὲν ἀντιλέγῃ ἢ ἀποδέχεται ρητῶς ἢ σιωπηρῶς ταύτην, συνάπτεται νέα αὐτοτελὴς σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας. Ἀντικείμενον τῆς νέας ταύτης αὐτοτελοῦς συμβάσεως εἶναι ὁ καθορισμὸς τοῦ μισθοῦ καὶ τῶν λοιπῶν ὄρων ἀνεξαρτήτως τῆς προγενεστέρας καὶ ἤδη ληξάσης συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μετ' ὑπολογισμόν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν. Ἡ προγενεστέρα σύμβασις ἐλειτούργησεν καὶ διὰ τῆς λήξεώς της δέον νὰ διακρίνηται αὕτη ἐκ τῆς μεταγενέστερον τυχόν νέας καὶ αὐτοτελοῦς συναπτομένης συμβάσεως, διότι σύμβασις μετ' συμφωνίαν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν σημαίνει τὴν ἐξειδικεύσιν τῆς ἐργασίας διὰ μίαν συγκεκριμένην, καὶ ὑπὸ τὴν ἀνωτέρω ἔννοιαν, σαφῶς καθωρισμένην χρονικὴν περίοδον.

II. Διάκρισις ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου.

Ὁ ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ κατὰ ἀποκοπήν ἐν τῇ συμβάσει ἐργασίας καθιστᾷ δυσχερῆ τὴν διάκρισιν αὐτῆς ἐκ τῆς συμβάσεως ἔργου. Ἡ δυσχέρεια αὕτη παρεκάμφθη ἐν τῷ Ρωμαϊκῷ Δικαίῳ διὰ τοῦ τύπου τῆς ἀμοιβῆς. Διότι ἐν τῷ Ρωμαϊκῷ Δικαίῳ διεκρίνετο ἡ μίσθωσις ὑπηρεσιῶν ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου κατὰ τοῦτο, ὅτι μόνον ἐν τῇ πρώτῃ ἀπαντᾶται ὁ λεγόμενος χρονικὸς μισθός, ἥτοι ὁ ὑπολογιζόμενος ἐπὶ τῇ βάσει τῆς χρονικῆς διαρκείας τῆς ἐργασίας. Ἡ λεγομένη ἀποκοπή, εἰς εἶδος ἢ κατὰ μονάδα, καθ' ἣν ὁ μισθὸς ὑπελογίζετο ἐπὶ τῇ βάσει οὐχὶ τῆς χρονικῆς διαρκείας, ἀλλὰ τῆς ἐκτελεσθείσης ἢ ἐκτελουμένης ἐργασίας, ὑπήγετο εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς μισθώσεως ἔργου, ἀδια-

21. Ἀμφισβητεῖται ἡ νομικὴ φύσις τῆς διατάξεως. Κατὰ τινες ἐμπεριέχει αὕτη νομικὸν πλάσμα (ὄπω Ἀγαλλόπουλος Ἐργ. Δίκαιον 1958, σελ. 283, Σακελλάρου Ἰω. Πουλοῦ, Ε.Ε.Δ. 805, σελ. 134 ἐπ. (136), Hueck-Nippert, I, σελ. 534, Nikisch, I, σελ. 677 καὶ αὐτόθι ὙΣ 67 μετὰ παραπομπῶν) ἐνῶ κατ' ἄλλους (Καποδίστριας, ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 671 ἀρ. 2, Κουκᾶς, Ἐνοχικὸν Δίκ., ἄρθρον 671 § 2, Μπαλῆς, Γενικαὶ Ἀρχαὶ § 8) ἐρμηνευτικὸν κανόνα.

φόρως ἂν αὕτη ἐξετελεῖτο μεμονωμένως ἢ παρείχετο παρά τινος ἀσχολουμένου εἰς τὴν ἐκτέλεσιν «ἔργων» ἄλληπαλλήλως ἐπὶ χρονικὴν τινὰ διάρκειαν²². Ὁ ΑΚ ἐτροποποίησε τὴν ρύθμισιν ταύτην διὰ τῆς ρητῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 648 § 2, καθ' ὅσον διὰ τῆς διατάξεως ταύτης ὑπάγεται εἰς τὴν μίσθωσιν ἐργασίας ἢ περιπτώσις τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπήν. Ἡ ἀναζήτησις λοιπὸν ἄλλων διακριτικῶν γνώρισμάτων μεταξύ τῶν δύο συμβάσεων παρίσταται ἐν προκειμένῳ ἀναγκαία²³. Ἀλλὰ καὶ τὸ γενικώτερον πρόβλημα τῆς διακρίσεως πάσης συμβάσεως ἐργασίας — ἦτοι καὶ ἐκείνης, καθ' ἣν καταβάλλεται ὁ μισθός κατὰ τὴν χρονικὴν περίοδον τῆς παρεχομένης ἐργασίας — ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου τυγχάνει δυσχερῆς καὶ πολλαὶ θεωρίαι ἀνεπτύχθησαν περὶ τῆς ἐν λόγῳ διακρίσεως²⁴. Σήμερον γίνεται πλέον δεκτὸν ὑπὸ τε τῆς θεωρίας καὶ τῆς νομολογίας, ὅτι τὸ διακριτικὸν γνώρισμα μεταξύ τῶν δύο συμβάσεων ἐγκρίεται ἐν τούτῳ: Ἐπὶ μὲν τῆς μισθώσεως ἐργασίας ἐπιδιώκεται ἡ παροχὴ τῆς ἐργασίας καθ' ἑαυτήν, ἐπὶ μισθώσεως δὲ ἔργου ἐπιδιώκεται ὡς ἄμεσον ἀποτέλεσμα τῆς ἐργασίας ἢ ἐκτέλεσις τοῦ ἔργου²⁵. Παρὰ τὴν σαφήνειαν ὅμως τοῦ διακριτικοῦ τούτου γνώρισματος εἶναι δυνατόν νὰ καταστῇ δυσχερὲς καὶ πάλιν,

22. Οὕτω Κ. Τριανταφυλλόπουλος ΕΕΔ τόμος 1ος σελ. 876 καὶ Σχ. Ἐνοχ. σελ. 226 ἐπ.

23. Πρβλ. καὶ Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zu § 611 ἀρ. 143 δεχόμενοι, ὅτι δὲν δύναται νὰ ἐπιτευχθῇ ἡ διάκρισις μεταξύ τῶν δύο συμβάσεων διὰ τοῦ τύπου τῆς ἀμοιβῆς, παραθέτοντες καὶ πλουσίαν νομολογίαν. Τὸ κριτήριον ὑπεστηρίχθη ἀρχικῶς ὑπὸ τοῦ Planiol καὶ εὗρεν ἀρχικῶς ἀπήχησιν ἐν Γαλλίᾳ πλὴν ὅμως ἔχει ἀντικρουσθῆ ὑπὸ τῆς κρατούσης γνώμης, ἴδε Durand-Vitu, Traité de droit du travail, 1950 τόμος II, No. 134, σελ. 235 ἐπ. Brun-Galland, Droit du travail, 1958, σελ. 247.

24. Περὶ τῶν ἐν λόγῳ θεωριῶν ἴδε Καποδίστριαν Ἐρμηνεία τοῦ Ἐργατικοῦ Δικαίου, 1937, § § 27 ἐπ., σελ. 37 ἐπ., ὁ αὐτός, ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 648 ἀρ. 91 ἐπ. Ennecerus-Lehmann § 145 I 1, Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zu § 611 Anm. 141, Brun-Jeanneney, La Jurisprudence en droit du travail, 1967, σελ. 111 ἐπ., ἅπαντες μετὰ πλουσίαν παραπομπῶν καὶ διεξοδικῆς κριτικῆς. Συζήτησιν προεκάλεσεν ἡ μὴ εὐροῦσα περαιτέρω ἀπήχησιν θεωρία τοῦ Gustav Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, ὅστις ἀρνείεται κατὰ βάσιν τὴν διάκρισιν (ἐξαίρεσις τοῦ θέματος τῆς μεταφορᾶς τοῦ κινδύνου) τῶν δύο συμβάσεων καὶ φρονεῖ ὅτι αἱ διατάξεις τῆς μισθώσεως ἐργασίας τυγχάνουν ἐφαρμοστέαι ἐπὶ τῆς μισθώσεως ἔργου καὶ ἀντιστρόφως.

25. Ἀγαλλόπουλος, Ἐργατ. Δίκ., 1958, σελ. 25, Καποδίστριας, ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 648 ἀρ. 96, Τούσης, ἐνθ' ἂν, σελ. 31 ἐπ. Hueck-Nipperdey, I σελ. 135, Nikisch I 159, Ennecerus-Lehmann, § 145 I 1, Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zu § 611 Anm. 141, Staudinger-Riedel, Vorbem. zu § 631 Anm. 6, Oertmann, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3η καὶ 4η ἐκδόσις, Vorbem. zu § 611 f. 1b, Gmür-Becker, Kommentar zum Schw. ZBG, Art. 319, ἀρ. 11 ἐπ.

ὅπως χαρακτηρισθῇ μία συγκεκριμένη σύμβασις ὡς μισθώσις ἐργασίας ἢ μίσθωσις ἔργου, καθ' ὅσον ἡ αὐτὴ δραστηριότης ἐνὸς ἀτόμου εἶναι δυνατόν νὰ χαρακτηρίζεται τὸ μὲν ὡς ἐργασία κατὰ τὴν ἔννοιαν τῶν ἄρθρων 648 ἐπ. ΑΚ, τὸ δὲ νὰ ἐμφανίζεται ἐντὸς τῶν πλαισίων τῶν ἄρθρων 681 ἐπ. ΑΚ. Εἰς τοιαύτας περιπτώσεις δεόν νὰ ἀνευρίσκῃται ἡ πραγματικὴ βούλησις τῶν συμβαλλομένων ἐν ταῖς ἰδιαιτέροις αὐτῶν συμφωνίαις, λαμβανομένης ὑπ' ὄψιν τῆς ὑπ' αὐτῶν γενομένης διαμορφώσεως τῶν κατ' ἰδίαν δικαιωμάτων καὶ ὑποχρεώσεων, ὡς καὶ νὰ ἐκτιμῶνται ἐρμηνευτικῶς αἱ συντρέχουσαι μετὰ τῆς συγκεκριμένης ἐννόμου σχέσεως εἰδικαὶ συνθήκαι καὶ λεπτομέρειαι ²⁶. Αἱ ὡς ἄνω ὅμως ἐμφανιζόμεναι δυσχέρειαι διὰ τὸν νομικὸν χαρακτηρισμὸν μιᾶς συγκεκριμένης ἐννόμου σχέσεως καὶ τὴν ὑπαγωγὴν ταύτης εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς συμβάσεως ἐργασίας ἢ μισθώσεως ἔργου ἐπιτείνονται εἰς τὴν περίπτωσιν ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν. Διότι εἶναι δυνατόν νὰ ἀποβλέπῃ ὁ εἰς τῶν συμβαλλομένων (ὁ μισθωτὴς ἐργασίας) εἰς τὴν παραγωγὴν ἐνὸς ἔργου καὶ ἐπὶ τῇ βάσει ἀκριβῶς τῆς ἀξίας τοῦ ἔργου τούτου νὰ ἀποτιμᾶται κατ' ἀποκοπὴν ἢ ἀναγκαίαι καὶ κατὰ πᾶσαν προσδοκίαν εἰς τὴν παραγωγὴν τοῦ ἔργου δυναμένη νὰ συντελέσῃ ἐργασία τοῦ ἐτέρου συμβαλλομένου, τοῦ ἐκμισθωτοῦ ἐργασίας. Ἡ καλ' οἰκονομικὴ μορφήν ὑπαρξῆς ἐνὸς ἔργου ἢ καὶ ἀποτελέσματος εἰς τὴν σύμβασιν ἐργασίας καὶ ὁ ὑπολογισμὸς τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἀναλόγως τοῦ ἔργου ἢ τοῦ ἀποτελέσματος τούτου φέρει ἐγγύτερον τὴν σύμβασιν ταύτην (περισσότερον ἀπὸ πᾶσαν ἄλλην μορφήν μισθώσεως ἐργασίας) εἰς τὴν μίσθωσιν ἔργου καὶ καθιστᾷ ἔτι μᾶλλον δυσδιάκριτα τὰ μεταξὺ τῶν δύο τούτων συμβάσεων διακριτικὰ ὄρια. Βεβαίως πᾶσα ἐργασία προσφέρεται πρὸς παραγωγὴν ἐνὸς ἔργου, ἐνὸς ἀποτελέσματος ἢ μιᾶς οἰασδῆποτε μεταβολῆς εἰς τὸν ἐξωτερικὸν κόσμον. Τὸ ἰδιᾶζον ὅμως ἐνταῦθα καὶ τὸ προσεγγίζον ἀμφοτέρας τὰς συμβάσεις πρὸς ἀλλήλας εἶναι ἡ δυνατότης, ὅπως ὑπολογίζεται εἰς περιπτώσεις τινὰς ἢ εἰς τὸν ἐκμισθωτὴν ἐργασίας ὀφειλομένη ἀμοιβὴ κατὰ τὸν αὐτὸν τρόπον, ὡς καὶ ἡ πρὸς τὸν ἐργολάβον ὀφειλομένη, ἥτοι ἐπὶ τῇ βάσει ἐνὸς συγκεκριμένου ἔργου. Ὁ ὑπολογισμὸς δὲ τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ βάσει τοῦ ἔργου εἶναι, ὡς ἀνωτέρω ἀνεπτύχθη, δογματικῶς παραδεκτὸς εἰς τὴν μίσθωσιν ἐργασίας λόγω τοῦ ἀμφοτεροβαροῦς τῆς χαρακτηριστικῆς ²⁷. Ἡ ἀξία τοῦ ἔργου ὡς στοιχείου ἀποτελοῦντος τὴν βᾶσιν πρὸς ὑπολογισμὸν τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἐξαιρεται εἰς τὴν διατύπωσιν

26. Οἶτω καὶ Staudinger-Riedel, ἐνθ' ἄν.

27. Ἡδὴ ἐν εἴτει 1938 ἐδέχθη ὁρθῶς τὸ Γαλλικὸν Ἀκυρωτικόν, ὅτι ἡ συμφωνία τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν δὲν ἀποκλείει τὴν σύμβασιν μισθώσεως ἐργασίας (ἀπόφασις 9 Μαρτίου 1938 ἐν Brun-Jeanneney, La jurisprudence en droit du travail, 1967, σελ. 109 ἐπ. (110)).

τοῦ ἀποτελέσαντος πηγὴν τῆς ἐν τῷ ἐλληνικῷ δικαίῳ ρυθμίσεως ἄρθρου 319 Π. Ἐλβ. Κ. Ἐν. ἐν τῷ γαλλικῷ αὐτοῦ κειμένῳ, ὅπερ ἔχει ὡς ἑξῆς : «Il y a également contrat du travail lorsque le salaire est payé d'après l'ouvrage livré, et non pas calculé à l'heure ou à la journée. . . ». Εἰς ἄλλας ὁμοίως, οὐχὶ σπανίως, περιπτώσεις εἶναι δυνατὸν νὰ ἐπιτυγχάνηται ἡ πλήρωσις τῆς ἀρχῆς τῶν ἀμφοτεροβαρῶν συμβάσεων περὶ τῆς σχέσεως τῆς παροχῆς πρὸς τὴν ἀντιπαροχὴν καὶ διὰ τοῦ ὑπολογισμοῦ τοῦ ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἐπὶ τῇ βάσει οὐχὶ τοῦ ἔργου, ἀλλ' ἄλλων τινῶν παραγόντων. Ἡ πρακτικὴ ἔχει διδάξει, ὅτι ἡ ἀμοιβὴ εἰς τὰ ἐλεύθερα ἐπαγγέλματα, ὡς τοῦ ἱατροῦ καὶ τοῦ δικηγόρου, ὑπολογίζεται οὐχὶ μόνον ἐπὶ τῇ βάσει τῆς φύσεως τῆς ἀσθενείας ἢ τῆς υποθέσεως, ἀλλὰ καὶ ἐκ τοῦ ἐπιστημονικοῦ κύρους τοῦ προσφέροντος τὰς ὑπηρεσίας του. Ἀκόμη καὶ τοιοῦτου εἶδους παράγοντες ἐπιφέρουν τὴν ἰσοστάθμισιν μεταξύ παροχῆς καὶ ἀντιπαροχῆς εἰς τὴν ἀμφοτεροβαρῆ σύμβασιν. Ὑπολογιζομένης ὁμοίως τῆς ἀμοιβῆς κατ' ἀποκοπὴν ἐπὶ τῇ βάσει αὐτῶν τῶν παραγόντων δὲν γεννῶνται προβλήματα, ὡς πρὸς τὴν διάκρισιν τῆς ἐν λόγῳ μισθώσεως ἐργασίας ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου. Διότι οἱ συμβαλλόμενοι ἀποσκοποῦν εἰς τὴν ἐργασίαν καθ' ἑαυτὴν, παραγνωρίζουν δὲ τὸ ἔργον ἀκόμη καὶ κατὰ τὸν ὑπολογισμὸν τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ. Εἶναι ἀκόμη δυνατὸν καὶ νὰ ἐλλείπη παντελῶς ἡ ἐπίτευξις ἔργου τινος²⁸. Ὅθεν συνάγεται, ὅτι τὸ πρόβλημα τῆς διακρίσεως μεταξύ τῶν δύο συμβάσεων περιορίζεται εἰς τὰς περιπτώσεις ὑπάρξεως ἔργου καὶ τοῦ ὑπολογισμοῦ τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἐπὶ τῇ βάσει ἀκριβῶς τοῦ ἔργου. Πρὸς ἐπίλυσιν δὲ τούτου ἀναγκαῖαι αἱ κάτωθι διακρίσεις :

α) Σ ὕ μ β α σ ι ε ς ἀ ο ρ ῖ σ τ ο υ δ ι α κ ρ ε ῖ α ς : Κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἐκτεθέντα ἀπεκλείσθη ἡ δυνατότης συνάψεως συμβάσεως ἐργασίας ἀορίστου χρόνου μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν, λόγῳ μὴ τηρήσεως τῶν ἐπὶ

28. Ἐνῶ ὀφίσταται ἡ δυνατότης αὕτη κατὰ τὸ ἄρθρον 648 § 2 Α.Κ., εἶναι ἀμφίβολον, ἂν δύναται νὰ λεχθῇ τὸ αὐτὸ καὶ ἐν σχέσει πρὸς τὸ ἄρθρον 319 § 2 Ἐλβ. Κ. Ἐν. (πρβλ. τὴν διατύπωσιν ἐν τῷ γαλλικῷ κειμένῳ). Διότι ὡς συνάγεται ἐκ τῆς διατύπωσεως (ἰδίᾳ τοῦ γαλλικοῦ κειμένου) προϋπαίθεται ἡ παραγωγή ἔργου καὶ συνεπῶς ὁ ὑπολογισμὸς τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ ἔργου τούτου. Ἡ ἐλληνικὴ ρύθμισις εἶναι συνεπῶς εὐρύτερα τῆς ἐλβετικῆς τῆς αὐτῆς, ἥτις καὶ ἀπετέλεσεν τὸ πρότυπον. Ἀλλὰ καὶ δι' ἄλλον λόγον τυγχάνει εὐρύτερας ἐφαρμογῆς ἡ ἐλληνικὴ ρύθμισις. Τὸ κεφάλαιον περὶ μισθώσεως ἐργασίας τοῦ Ἐλβ. Κ. Ἐν. (ἄρθρ. 319 ἐπ.) ἔχει ὡς ἀντικείμενον ρυθμίσεως τὴν σύμβασιν ἐξηγητημένης ἐργασίας (ἴδε G u h l, Das Schw. Obligationenrecht, 5η ἔκδοσις, σελ. 325 ἐπ., O s e r - S c h ö n e n b e r g e r, Vorbem. zu Art. 319 - 362 ἀρ. 9 - 14 καὶ Art. 319 ἀρ. 8, G u s i n, Arbeitsrecht 1943, σελ. 16 ἐπ., S c h w e i n g r u b e r, Das Arbeitsrecht der Schweiz, 1951, σελ. 42). Ἐνῶ τὰ ἄρθρα 648 ἐπ. Α.Κ. ἐφαρμόζονται καὶ ἐπὶ τῆς μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν (ἴδε ἀνωτέρω ΓΣ ἀρ. 9).

ἀμφοτεροβαρῶν συμβάσεων κρατουσῶν ἀρχῶν. Συμφώνως πρὸς τὸν γενόμενον περιορισμὸν τοῦ προβλήματος ὅσον ἀφορᾷ τὴν διάκρισιν ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου εἶναι προφανές, ὅτι διὰ τῆς συνάψεως ἀορίστου διαρκείας συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μετ' ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἀποβλέπουν οἱ συμβαλλόμενοι εἰς τὴν παραγωγὴν ἐνὸς ἔργου καὶ ἐπὶ τῇ βάσει αὐτοῦ ὑπολογίζουσι τὸν κατ' ἀποκοπὴν μισθόν. Ἡ τοιαύτη ὁμῶς σύμβασις εἶναι σύμβασις μισθώσεως ἔργου. Ὑπολογισμὸς τῆς κατ' ἀποκοπὴν ἀμοιβῆς δι' ἐργασίαν παρεχομένην ἐπ' ἀόριστον χρονικὴν διάρκειαν ἄνευ τῆς ὑπάρξεως ἔργου καὶ ἄνευ ὑπολογισμοῦ τῆς κατ' ἀποκοπὴν ἀμοιβῆς ἀκριβῶς ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ ἔργου θὰ ἔσχεν μόνον θεωρητικὴν ἀξίαν ὡς ἀφορῶσα ἐννόμους σχέσεις μὴ ἀπαντωμένες ἐν τῇ πράξει. Ἡ τυχὸν δὲ ὑφισταμένη ὑπαρξίς ἐξαρτήσεως δὲν προσδίδει εἰς τοιαύτας συμβάσεις τὸν χαρακτήρα τῆς συμβάσεως ἐργασίας. Διότι τὸ στοιχείον τῆς ἐξαρτήσεως ἀποκτᾷ σημασίαν μόνον προκειμένου περὶ τῆς διακρίσεως τῆς μισθώσεως ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν ἐκ τῆς συμβάσεως ἐργασίας καὶ οὐχὶ προκειμένου νὰ ἀποκλεισθῇ τὸ ἐνδεχόμενον τῆς ὑπαγωγῆς τῆς συγκεκριμένης συμβάσεως εἰς τὴν ἔννοίαν τῆς μισθώσεως ἔργου. Ἄλλωστε εἶναι δυνατὴ ἡ κατάρτισις συμβάσεως μισθώσεως ἔργου παραλλήλως πρὸς τὴν ὑπαρξίν σχέσεως ἐξηρητημένης ἐργασίας.

Ἐτερον θέμα ἐπιδεκτικὸν βαθυτέρας ἀντιμετωπίσεως εἶναι τὸ ἐὰν εἶναι δυνατὴ ἡ ὑπαρξίς ἐξαρτήσεως καὶ ἐν αὐτῇ κατῆ τῇ συμβάσει μισθώσεως ἔργου, καθ' ὅσον καὶ ἐν τῷ ἄρθρῳ 699 ΑΚ προβλέπεται ἡ περίπτωσις, καθ' ἣν καθωρίσθη ὑπὸ τοῦ ἐργοδότη τοῦ τρόπος ἐκτελέσεως τοῦ ἔργου.

β') Σὺ μ β α σ ι ς ὄ ρ ι σ μ ἔ ν η ς δ ι α ρ κ ε ἰ α ς : Ἐκ τῶν ἀνωτέρω προκύπτει, ὅτι τὸ πρόβλημα τῆς διακρίσεως τῆς συμβάσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου περιορίζεται εἰς τὰς περιπτώσεις ἐκείνας, καθ' ἃς ἡ πρώτη συνάπτεται δι' ὄρισμένην διάρκειαν. Ἐντὸς τῶν πλαισίων τούτων γενῶνται τὸ ἐρώτημα, ἐὰν ἐξαρτῆ διὰ τὴν λύσιν τοῦ προβλήματος τούτου ἡ προμνησθεῖσα ἀνωτέρω καὶ ὑπὸ τῆς κρατούσης γνώμης ἀποδεκτὴ γενομένη θεωρία περὶ τῆς διακρίσεως τῆς συμβάσεως ἐργασίας ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου ἢ ἐὰν ἀντιθέτως ἀπαιτῆται ἡ ἀνεύρεσις ἐτέρας τινὸς νομικῆς κατασκευῆς. Ὁ αὐτῶ γενόμενος περιορισμὸς τοῦ προβλήματος εἰς τὴν περιορισμένης διαρκείας ἐνοχικὴν σχέσιν δυσχεραίνει ἔτι μᾶλλον ἀντὶ νὰ διευκολυνῆ τὴν ἀνεύρεσιν τῶν κριτηρίων πρὸς διάκρισιν τῶν συμβάσεων τούτων ἀπ' ἀλλήλας. Τοῦτο συμβαίνει, διότι ὅπως εἶναι νοητὴ ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν ὡς ἔχουσα περιορισμένην διάρκειαν, οὕτω καὶ ἡ διαρκεία τῆς μισθώσεως ἔργου εἶναι συνήθως περιορισμένη, ἐξαρτωμένη ἐκ τοῦ πρὸς περᾶωσιν τοῦ ἔργου ἀναγκαιούχου χρόνου. Ὡς πρὸς τὸ στοιχείον ὅμως τῆς διαρκείας δεόν νὰ γίνη ἡ ἐξῆς ἀντιδιαστολή : Τὸ περιορισμένον τῆς διαρκείας

κείας του χρόνου της μισθώσεως έργου καθορίζεται εκ των ειδικών συνθηκών, αί όποιαί απαιτούνται διά την πραγμάτωσιν του συγκεκριμένου έργου, όπερ και άποτελεί τό αντικείμενον της συμβάσεως ταύτης. Είς την σύμβασιν ύμωσ εργασίας κατ' αποκοπήν εΐναι μὲν ή διάρκεια ώρισμένη, αύτη όμως προσδιορίζεται ούχι άπαραιτήτως εκ των άναγκών προς πραγμάτωσιν του έργου, αλλά έλευθέρως κατά την βούλησιν των μερών και σκοπόν έχει τον καθορισμόν της διάρκειας του χρόνου προσφωρῆς της εργασίας εκ μέρος του εκμισθωτοϋ εργασίας. Η διάρκεια (είτε ώρισμένη είτε άόριστος) άποτελεί άπαραίτητον έννοιολογικόν στοιχείον της σχέσεως μισθώσεως εργασίας και καθιστά ταύτην διαρκή ένοχικήν σχέσιν. Τοϋτο δέν συμβαίνει εις την σύμβασιν έργου. Η σύμβασις έργου δέν εΐναι διαρκής σύμβασις, ή δέ άπαντωμένη έν αύτῇ χρονική διάρκεια δύναται νά έχη σημασίαν μόνον ώς προς την εξέλιξιν της ένοχής, ούχι όμως και διά την συναγωγήν νομικώς σπουδαίων έννοιολογικών διακριτικών γνωρισμάτων^{29,30}.

Η διάκρισις άμφοτέρων των συμβάσεων καθίσταται δυσχερής διά των προμηθεισών έννοιών «εργασία γένους» και «εργασία είδους». Διότι αί άποτελοϋσαι είδος ύπηρεσίαι δύνανται εις πολλές περιπτώσεις νά καταστῶσιν αντικείμενον συμβάσεως εργασίας κατ' αποκοπήν, ένω αί δυνάμει νά χαρακτηρισθῶσιν ώς άποτελοϋσαι γένος ύπηρεσίαι καθίστανται συνήθως αντικείμενον της κατ' άρθρον 648 § 1 συμβάσεως εργασίας. Αί έννοιαι «εργασία άποτελοϋσα γένος» και «εργασία άποτελοϋσα είδος» διεμορφώθησαν έν τῇ έπιστήμη του εργατικοϋ δικαίου προς διάκρισιν της μισθώσεως έργου εκ της συμβάσεως εργασίας και ύπεστηρίχθη, ότι ή εργασία είδους χαρακτηρίζει την σύμβασιν ώς μίσθωσιν έργου, ένω ή εργασία γένους ώς σύμβασιν εργασίας³¹.

29. Ούτω και Π. Ζέπος, 'Ενοχικόν Δίκαιον, 2α έκδοσις, II, σελ. 302 ΥΣ 3, εξαίρειν τό στοιχείον του χρόνου ώς «άποφασιστικής σημασίας» διά την σύμβασιν μισθώσεως εργασίας και την διάκρισιν αύτης εκ της μισθώσεως έργου, περαιτέρω ό α υ τ ο ς σελ. 303 έπ. Έν τούτοις όμως γίνεται μνεία έν τῷ άρθρῳ 700 Α.Κ. περί καταγγελίας ώς τρόπου λύσεως της συμβάσεως, καιτό δέν ύπάρχει διαρκής ένοχική σχέση. 'Ως εκ τούτου όρθως άπεράνθη ό Kohler κατά την αντίστοιχον διάτάξιν της § 649 Γερμ. Α.Κ. (ΐδε Staudinger-Riedel § 649 Αnm. 7), ότι καιώς ξεφεράσθη διά του όρου «καταγγελία» ό νομοθέτης, ένω πρόκειται μή άποδοχή υπό του εργοδότη της εκπληρουμένης παροχής ή συνεπείας της ύπερημερίας του δανειστοϋ. 'Ο Heck, Schuldrecht, § 114, 4 C παρέχει έν προκειμένῳ την εξήγησιν, ότι γίνεται χρῆσις εις την μίσθωσιν έργου όρων τινων άπαντωμένων εις τάς διαρκείς συμβάσεις, διότι ή μίσθωσις έργου συνεπιφέρει «διαδοχικάς θυσίας» εις τον εργολάβον.

30. Κατά την γνώμη των Oser-Schönenberger (άρθρον 319 άρ. 23α του 'Ελβ. Κ. 'Εν.) χαρακτηρίζεται ή μίσθωσις εργασίας του άρθρου 319 § 2 'Ελβ. Κ. 'Εν. και εκ του ότι ή έννομος σχέση διαρκεί καθ' όλην την διάρκειαν της συμβάσεως και δέν περατοϋται διά και από της προσφερθείσης εργασίας.

31. 'Ιδε άνωτέρω ΥΣ 10.

Ἡ ἀποψὶς ὅμως αὐτῆ οὐδεμίαν ἔσχεν σοβαρὰν ἀπήχησιν. Ἄλλωστε εἶναι δυνατὸν νὰ ὑπαχθῇ κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἢ αὐτῆ ἐργασία ὑπ' ἀμφοτέρως τὰς ἐννοίας. Διὰ τῶν ἐννοιῶν συνεπῶς τούτων προσεγγίζει ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν ἔτι μᾶλλον τὴν σύμβασιν μισθώσεως ἔργου, ἀντὶ νὰ διακρίνηται ταύτης.

Ὡς καὶ ἐν τῇ συμβάσει ἀορίστου διαρκείας οὕτω καὶ ἐν προκειμένῳ δὲν δύναται ἡ ἐννοια τῆς ἐξαρτήσεως ν' ἀποτελέσῃ τὸ διακριτικὸν γνώρισμα τῆς συμβάσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου^{32,33}. Διότι τὸ στοιχεῖον τῆς ἐξαρτήσεως δὲν ἀποκλείει κατὰ τὰ προεκτεθέντα τὴν ὑπαρξίν τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἔργου. Ἡ σύμβασις π.χ. μετὰ τινος μεταφορέως πρὸς μεταφορὰν τῶν ἐπίπλων ἐκ τινος οἰκίας εἰς ἕτεραν εἶναι μίσθωσις ἔργου³⁴. Στοιχεῖα ὅμως ἐξαρτήσεως — καὶ δὴ τὰ αὐτὰ ὡς καὶ ἐπὶ τῆς σχέσεως ἐξηρητημένης ἐργασίας — ἐνυπάρχουν καὶ ἐν τῇ ἐνόμῳ ταύτῃ σχέσει, καθ' ὅσον ὁ ἐκτελὼν τὴν ἐργασίαν τῆς μεταφορᾶς ἐκτελεῖ ταύτην ὑπὸ τὴν ἐπίβλεψιν καὶ τὸν ἔλεγχον τοῦ ἐργοδότη, ἐν τόπῳ καθοριζομένῳ ὑπ' αὐτοῦ καὶ κατὰ τὰ χρονικὰ διαστήματα, καθ' ἃ παρίσταται καὶ ὁ κύριος τῶν μεταφερομένων ἐπίπλων, ἵνα τοποθετηθῶσιν ταῦτα εἰς τοιαύτην διάταξιν, ὥστε νὰ ἀνταποκρίνηται ἡ τοποθέτησις των εἰς τὰς ἀπαιτήσεις τοῦ τελευταίου. Οὕτω τίθεται τὸ πρό-

32. Oertmann, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3η καὶ 4η ἐκδόσεις, Vorbem. zu § 611 ἐπ. 1b. Γίνεται ἄλλωστε δεκτὸν, ὅτι παρὰ τὴν ὑπαρξίν τοῦ στοιχείου τῆς ἐξαρτήσεως δὲν δύναται νὰ χαρακτηρισθῶν ὡς μισθωτοὶ ἡ ἐργαζόμενοι κατὰ τὴν ἐννοίαν τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου οἱ προσφέροντες τὰς ἐργασίας των δυνάμει ἄλλης τινὸς ἐνόμου σχέσεως (ὡς π.χ. δι' ἐταιρικῆς συμβάσεως) καὶ οὐχὶ δυνάμει μισθώσεως ἐργασίας. Δηλαδή ἡ ὑπαρξὶς ἄλλης τινὸς ἐνόμου σχέσεως πλὴν τῆς μισθώσεως ἐργασίας ἀποκλείει τὴν σχέσιν ἐξηρητημένης ἐργασίας. Οὕτω Hueck - Nipperdey, I σελ. 46.

33. Ἄλλως βεβαίως, ἐὰν κριθῇ τὸ θέμα κατὰ τὴν ἀποψίν τοῦ Καυκᾶ κ.ἄ. (ἴδε ἀνωτέρω ΓΣ 9), καθ' ἣν διὰ τῶν ἀρθρῶν 648 ἐπ. Α.Κ. ρυθμίζεται μόνον ἡ σχέσις ἐξηρητημένης ἐργασίας. Κατὰ τὴν ἀποψίν ταύτην θὰ ἔδει νὰ διακρίνηται ἡ σύμβασις ἔργου ἐκ τῆς συμβάσεως μισθώσεως κατ' ἀποκοπὴν ἀναλόγως τῆς ὑπάρξεως τοῦ στοιχείου τῆς ἐξαρτήσεως. Τοῦτο θὰ ἔδει νὰ γίνῃ δεκτὸν κατὰ τὸ γαλλικὸν δίκαιον, καθ' ὅσον ἐν Γαλλίᾳ διακρίνεται ἡ σύμβασις ἔργου ἐκ τῆς μισθώσεως ἐργασίας ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ στοιχείου τῆς ἐξαρτήσεως (ἴδε Camerlynck ἐν Traité de droit du travail, τόμος 1ος, Contrat du travail, § 44 bis, Camerlynck / Lyon-Caen, Droit du travail, no. 109, Brun-Jeanneney, La jurisprudence en droit du travail, 1967, σελ. 109 ἐπ. μετὰ νομολογίας καὶ σχολίων, Rivéro-Savaliér, Droit du travail, 1966, σελ. 285, Durand-Vitu, Traité de droit du travail, 1950, ἀρ. 136 ἐπ. Brun-Galland, Droit du travail, 1958, σελ. 247 ἐπ.) ὡς καὶ εἰς τὸ ἐλβετικὸν δίκαιον (πρβλ. ἀνωτέρω ΓΣ 28).

34. Οὕτω καὶ Τρούσης, ἐνθ' ἄν., σελ. 32 ὡς καὶ οἱ Enneccerus-Lehmann, § 145 I 1 (σελ. 602 ἄνω).

σωπον του μεταφορέως εις την διάθεσιν του ιδιοκτήτου. Ουδεμίαν δὲ σημασίαν ἔχει διὰ τὴν ὑπαρξίν τῆς ἐξαρτήσεως τὸ γεγονός ὅτι ὁ ἀντισυμβαλλόμενος δὲν προσλαμβάνεται εἰς τὴν οἰκονομικὴν ὀργάνωσιν του ἐργοδότη³⁵. Ἐπειδὴ δὲ ἡ ἐξάρτησις εἶναι φύσεως προσωπικῆς, ἀρκεῖ διὰ τὴν ὑπαρξίν ταύτης νὰ δεσμεύηται ὁ μεταφορέως ἐκ τῶν ὀδηγιῶν πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς ἐργασίας καὶ προσέτι νὰ ἔχη τὴν ὑποχρέωσιν, ὅπως ἀκολουθῇ τὰς ὀδηγίας του ἐργοδότη-ιδιοκτήτου³⁶.

Γενομένης μνείας περὶ του στοιχείου τῆς ἐξαρτήσεως διὰ τὴν διάκρισιν ἐκ τῆς μισθώσεως ἔργου εἶναι ἐνδιαφέρον νὰ σημειωθῇ, ὅτι ὁ "Ἑλλην νομοθέτης κυρίως τὴν σχέσιν ἐξηρητημένης ἐργασίας ἐσκέφθη κατὰ τὴν ρύθμισιν τῆς ἀποκοπῆς ὡς εἶδος μισθοῦ. Κατὰ τὴν Εἰσηγητικὴν ἐκθεσιν του Κ. Τριανταφυλλοπούλου ἐπὶ του προσχεδίου του Νόμου του ἔτους 1913³⁷ περὶ συμβάσεως ἐργασίας παρέστη ἡ ἀνάγκη, ὅπως ὑπαχθῇ ρητῶς ἡ σύμβασις ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν του μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν εἰς τὴν ρύθμισιν τῆς συμβάσεως ἐργασίας, ἵνα μὴ γεννῶνται ἐφ' ἐξῆς ἀμφισβητήσεις καὶ ἀποκλείωνται τῶν ἐπισημασθέντων τῆς ἐργατικῆς νομοθεσίας οἱ κατ' ἀποκοπὴν πληρωνόμενοι ἐργατῆται, θεωρουμένης τῆς σχέσεως αὐτῶν ὡς συμβάσεως ἔργου. Ἡ διάκρισις δὲ τῶν ὀρίων τῆς ἀποκοπῆς ὡς ἀποτελοῦσης κατὰ τὸ σχέδιον πότε μὲν σύμβασιν ἐργασίας, πότε δὲ μίσθωσιν ἔργου, ἐγκρατεῖται εἰς τὸ ἐὰν ὁ ἐκμισθωτὴς ἐργάζηται ἐπὶ χρονικὴν τινὰ διάρκειαν ὡς ὑπάλληλος του ἐργοδότη ἢ ἐὰν ἀναλαμβάνῃ τὴν κατασκευὴν του ἔργου χωρὶς χρονικὸν δεσμόν, εἰς τρόπον ὅστε μὲ τὴν κατασκευὴν του ἔργου νὰ παύσῃ ἡ ἔννομος σχέσις μεταξὺ τῶν μερῶν. Κατὰ τὴν εἰσηγησιν ἢ ἐν λόγῳ ρύθμισις του προσχεδίου προέκυψεν ἐκ τῆς νεωτέρας βιομηχανικῆς ἐξελίξεως. Αἱ αὐταὶ σκέψεις ἀπαντῶνται καὶ ἐν τῇ αἰτιολογικῇ ἐκθέσει του αὐτοῦ Εἰσηγητοῦ ἐπὶ του προσχεδίου του δικαίου τῶν ἐνοχῶν του Α.Κ.³⁸ Αἱ ἀντιλήψεις αὐταὶ εἶναι προοδευτικαὶ καὶ δὲν ἀπαντῶνται εἰς τὰ πλεῖστα τῶν ξένων νομοθετημάτων δι' ἀντιστοίχου ρυθμίσεως. Τὸ προσχέδιον ὅμως του ἔτους 1913 ἀφέρα (ὡς καὶ τὸ ἄρθρον 319 § 2 Ἐλβ. Κ. Ἑν.) μόνον τὴν σχέσιν ἐξηρητημένης ἐργασίας³⁹, ἐνῶ ὁ Α.Κ. ρυθμίζει καὶ τὴν μίσθωσιν ἀνεξαρτήτων ὑπηρεσιῶν. Ἐκ τῆς ἱστορικῆς ὁμως προε-

35. Πρβλ. Ἀγαλλόπουλον, Ἐργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 44 ἐπ. Καποδίστριας, Ἐρμ. Α.Κ. Εἰσγ. ἀρθρ. 648-680 ἀρ. 39-50, Hueck-Nippert de y, I § 9 III 3 καὶ ΥΣ 15 καὶ 22. Ἄλλως βεβαίως κατὰ τὴν θεωρίαν τῆς προσλήψεως (Eingliederungstheorie) κύριος ἐκπρόσωπος τῆς ὁποίας εἶναι ὁ Nikisch I, σελ. 7 ἐπ.

36. Ἴδε ἀπὸ ἄλλων Ἀγαλλόπουλον, καὶ Ἰ. Καποδίστριαν, ἔνθα ἀν., ἐν ΥΣ 35.

37. Ἐν Ε.Ε.Δ. τόμος 1ος, σελ. 876 ἐπ.

38. Αὐτόθι, § 83, σελ. 226 ἐπ.

39. Ε.Ε.Δ., τόμος 1ος, σελ. 874 ἐπ. καὶ 877.

λεύσεως τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ. δὲν εἶναι ὀρθόν νὰ ὑποστηριχθῆ ἡ ἀποψις, ὅτι ἡ διάταξις αὕτη θὰ εἶδει νὰ ἐρμηνευθῆ συστατικῶς, νὰ περιορισθῆ ἡ ἰσχὺς τῆς εἰς τὴν σχέσιν ἐξηρητημένης ἐργασίας καὶ νὰ ἀποτελέσῃ οὕτω ἡ ἐν λόγῳ διάταξις ἐξαίρεσιν τινα εἰς τὸ ὅλον σύστημα τοῦ ΑΚ. Τοιαύτη τυχὸν ἀποψις θὰ ἦτο πεπλανημένη. Διότι κατὰ τὴν ratio legis ἐπιβάλλεται, ὅπως ὑπάγονται εἰς τὴν μίσθωσιν ἐργασίας καὶ ἀνεξάρτητοι ὑπηρεσίαι ἀμοιβάμεναι κατ' ἀποκοπὴν. Οὕτω ἡ ὀρθὴ ἐρμηνεία τοῦ νόμου ὑπερακοντίζει τὴν βούλησιν τοῦ νομοθέτου, ὅπου εἶναι καὶ δογματικῶς ἐπιτρεπτόν. Προφανὲς ὅμως εἶναι, ὅτι ἡ διάταξις 648 § 2 ΑΚ. ὀφείλει τὴν προέλευσιν τῆς εἰς τὴν ἐξέλιξιν τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου καὶ ἀποτελεῖ παράδειγμα προοδευτικῆς ἐπιρροῆς τοῦ ἐργατικοῦ ἐπὶ τοῦ ἀστικοῦ δικαίου.

Ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ἀνωτέρω παραμένει εἰσέτι ἀναπάντητον τὸ ἐρώτημα, ἐὰν ἡ κρατοῦσα θεωρία περὶ τῆς διακρίσεως μεταξὺ μισθώσεως ἐργασίας καὶ μισθώσεως ἔργου δέον νὰ γίνῃ ἀποδεκτὴ καὶ ὅσον ἀφορᾷ τὴν διάκρισιν τῆς μισθώσεως ἔργου ἐκ τῆς μισθώσεως ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν. Ἡ περαιτέρω ἀναζήτησις νέων καὶ εἰδικῶς ἐνταῦθα προσφερομένων διακριτικῶν γνωρισμάτων δύναται νὰ συνεχισθῆ ἄνευ ἀποτελέσματος. Ἡ δὲ ἐπανεξέτασις τῶν μέχρι τοῦδε ὑποστηρηθεισῶν θεωριῶν ἐπὶ τῷ σκοπῷ ὅπως ἐπαληθευθῆ ἡ βασιμότης αὐτῶν ὡς πρὸς τὸν κατ' ἀποκοπὴν μισθόν, θὰ ὑπερέβαλεν τὰ ὅρια τῆς παρούσης ἐργασίας. Προκειμένου περὶ διακρίσεως ἐνοπιῶν ἐκεῖνο, ὅπου προτεθεῖ, εἶναι ἡ ἀνάλυσις αὐτῶν τούτων τῶν ἐνοπιῶν καὶ ἡ διάκρισις τῶν ἐνοπιολογικῶν αὐτῶν διακριτικῶν γνωρισμάτων. Οὕτω ἀποκτᾷ σημασίαν ἐν προκειμένῳ, τὸ ὅτι καὶ ἐπὶ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν ὁ ἐκμισθωτὴς ἐργασίας ἔχει τὴν αὐτὴν βασικὴν ὑποχρέωσιν, ὡς καὶ εἰς τὴν σύμβασιν τοῦ ἄρθρου 648 § 1 ΑΚ. Ἡτοι ὑποχρεοῦται, ὅπως παρέχῃ αὐτὴν ταύτην τὴν ἐργασίαν του, ὡς ἀκριβῶς καὶ κατὰ τὸ ἄρθρον 648 § 1 ΑΚ. Περαιτέρω καὶ τὸ χαρακτηριστικὸν τῆς διακρίσεως τῆς ἐνόμου σχέσεως ὑφίσταται καὶ ἐπὶ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν, ἡ δὲ διάρκεια δέον νὰ μὴν εἶναι ἀόριστος, ἀλλ' ὀρισμένη. Ἡδὲ ἐν τῷ στοιχείῳ τούτῳ τῆς διακρίσεως ἐμφαίνεται μία βασικὴ διαφορὰ ἐκ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἔργου⁴⁰. Διότι εἰς τὴν σύμβασιν μισθώσεως ἐργασίας κατ' ἀποκοπὴν ὑποχρεοῦται ὁ ἐκμισθωτὴς νὰ παρέχῃ ἐπὶ τινι χρονικῷ διαστήματι τὰς ὑπηρεσίας του ἀδιακρίτως τοῦ ἐὰν αἱ ὑπηρεσίαι αὗται τυγχάνουσιν ἐξηρητημέναι ἢ ἀνεξάρτητοι. Τοῦτο ὅμως δὲν συμβαίνει εἰς τὴν μίσθωσιν ἔργου, ἐν τῇ ὁποίᾳ ὀφείλεται ἐν συγκεκριμένῳ ἔργῳ καὶ ὅτε ἀκόμη συμφωνεῖται ἡ ἀμοιβὴ κατ' ἀποκοπὴν. Ταῦτα σημαίνουν, ὅτι ἐνὸς εἰς τὴν μίσθωσιν ἔργου εἶναι δυνατὸν νὰ συμφωνῆται κατ' ἀποκοπὴν

40. Ἴδε ἀνωτέρω ΓΣ 29.

ὁ μισθός⁴¹, ὁ ἀνταποκρινόμενος εἰς τὴν κατασκευὴν ἑνὸς συγκεκριμένου ἔργου, ὅπερ καὶ ἀποτελεῖ τὸ ἀντικείμενον τῆς συμβάσεως, τοῦναντίον εἰς τὴν σύμβασιν ἐργασίας κατ' αποκοπήν ἢ συμφωνία τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπήν ἀντισταθμίζει οὐχὶ τὸ ἀποτέλεσμα, ἀλλὰ τὴν ἀξίαν τῶν ὑπὸ τοῦ μισθωτοῦ προσφερομένων ὑπηρεσιῶν. Αἱ ἐν λόγῳ δὲ ὑπηρεσίαι ἀποτελοῦν καὶ τὸ ἀντικείμενον τῆς συμβάσεως⁴². Ἡ κρικοῦσα συνεπῶς θεωρία τῆς διακρίσεως τῶν δύο συμβάσεων ἐκδηλοῦται καὶ ἐν προκειμένῳ. Μεταξὺ τῶν δύο συμβατικῶν μορφῶν ὑφίστανται καὶ ἄλλαι διαφοραὶ ἰδίαι ὡς πρὸς τὰς συνεπειάς⁴³. Αἱ διαφοραὶ ὅμως αὗται δύνανται ἐπακριβῶς ἐκάστοτε νὰ προσδιορίζωνται ἐπὶ τῇ βάσει τῆς ἐννοιολογικῆς καὶ οὐσιαστικῆς διαφορᾶς μεταξὺ τῶν δύο τούτων συμβατικῶν μορφῶν.

Ἡ σύμβασις μισθώσεως ἐργασίας κατ' αποκοπήν διέπεται ἐντονώτερον ὑπὸ τῆς ἀρχῆς τῆς καλῆς πίστεως καὶ ἐν αὐτῇ ὑπάρχουν αἱ ὑποχρεώσεις πίστεως καὶ προνοίας, ὡς εἰς πᾶσαν σύμβασιν μισθώσεως ὑπηρεσιῶν. Αἱ ὑποχρεώσεις αὗται εἶναι ἐμφανεστεραὶ εἰς τὴν σχέσιν ἐξηρητημένης ἐργασίας, ἐν τῇ ὅποιᾳ καὶ δημιουργεῖται εἰς χαρακτηριστικὸς διὰ τὴν σχέσιν ταύτην δεσμός

41. Περὶ τοῦ ὅτι καὶ εἰς τὴν σύμβασιν ἔργου εἶναι δυνατόν νὰ συμφωνηθῇ ὁ μισθός κατ' αποκοπήν, ἴδε Π. Ζέπουν, 2α ἐκδοσις, Π, σελ. 381. Μάλιστα εἶναι συνήθης ὁ τρόπος καθορισμοῦ τῆς ἀμοιβῆς κατ' αποκοπήν, ὡς ἀναπτύσσεται ὑπὸ Δεληγιάννη, ἐν Ἑρμ.Α.Κ. 681 ἀρ. 21 - 23.

42. Οὕτω καὶ Π. Ζέπος, Ἑνοχικὸν Δίκαιον, 2α ἐκδοσις, Π, σελ. 306, ὅστις ἀντιδιατέλλει ἐπὶ τῇ βάσει τῶν αὐτῶν ἀκριβῶς κριτηρίων τὴν μίσθωσιν ἔργου ἐκ τῆς συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας κατ' αποκοπήν.

43. Ἡ παροχὴ τῆς ἐργασίας ὡς καὶ ἡ παραγωγή τοῦ ἔργου ἀποτελοῦν κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἐννοιολογικὰ στοιχεῖα τῶν συμβάσεων μισθώσεως ἐργασίας καὶ μισθώσεως ἔργου. Ὡς τοιαῦτα ἀνήκουν εἰς τὸ «πραγματικόν» τοῦ κανόνος δικαίου (ἴδε ἀντὶ ἄλλων Ἐ. Μιχαηλάκη, Εἰσαγωγή εἰς τὸ Δίκαιον καὶ εἰς τὴν ἐπιστήμην τοῦ δικαίου, 1968, σελ. 22). Τόσον ὅμως ἡ παροχὴ τῆς ἐργασίας, ὅσον καὶ ἡ ἐκτέλεσις τοῦ ἔργου ἀποτελοῦν καὶ ἐννόμους συνεπειάς, καθ' ὅσον αὗται στοιχειοθετοῦν τὰ βασικὰ δικαιώματα καὶ τὰς βασικὰς ὑποχρεώσεις τῶν συμβάσεων τούτων. Ἡ ἐν λόγῳ σύμπτωσις τοῦ πραγματικοῦ μετὰ τῶν ἐννόμων συνεπειῶν προκύπτει ἐκ τῆς ἐννοίας τῆς δικαιοπραξίας, δεδομένου ὅτι ἡ δικαιοπραξία εἶναι δῆλως ἰδιωτικῆς βουλήσεως κατευθυνόμενη εἰς παραγωγήν ἐννόμου ἀποτελέσματος, ὅπερ ὅμως ἐπέρχεται μόνον ἐκ τοῦ ὅτι ἠθέλησε τοῦτο ὁ δηλῶν (Μπαλιῆς, Γενικαὶ Ἀρχαί, § 32). Συνεπῶς ἡ βασικὴ λειτουργία τῆς δικαιοπραξίας συνίσταται εἰς τὴν παραγωγήν τῶν ἐκ τοῦ «πραγματικοῦ», δηλαδή ἐκ τῆς δηλώσεως βουλήσεως, προκυπτόντων ἐννόμων ἀποτελεσμάτων. Οὕτω καὶ ἡ ὑποχρέωσις πρὸς παροχὴν τῆς ἐργασίας ἀφ' ἑνὸς καὶ ἀφ' ἑτέρου τῆς παραγωγῆς τοῦ ἔργου ταυτίζονται μετὰ τοῦ «πραγματικοῦ» τοῦ κανόνος δικαίου, ὡς καὶ μετὰ τῶν ἐννοιολογικῶν στοιχείων τῶν ὡς ἄνω συμβάσεων. Ὡς ἐκ τούτου διακρίνονται αἱ ἐν λόγῳ ὑποχρεώσεις ἐκ τῶν λοιπῶν ἐννόμων συνεπειῶν τῶν θεοπιζομένων ἐν τοῖς κεφαλαίοις περὶ μισθώσεως ἐργασίας καὶ μισθώσεως ἔργου τοῦ Α.Κ. Οὕτω καὶ G u s t a v R ü m e l i n, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, σελ. 7 ἐπ.

προσωπικῆς συνεργασίας μεταξύ ἐργαζομένου καὶ ἐργοδότη⁴⁴. Προσέτι δημιουργεῖται καὶ μία κοινωνία συμφερόντων, οὕσα ἐντονωτέρᾳ εἰς τὴν σύμβασιν ἐργασίας καὶ ἐμφανιζομένη ὀλιγώτερον ἰσχυρὰ εἰς τὴν μίσθωσιν ἔργου⁴⁵. Εἰδικώτερον δὲ ὡς πρὸς τὴν ἀφωρῶσαν παροχὴν ἐξηρημένης ἐργασίας σύμβασιν μὲ καθορισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀκοποπὴν τὸ τυχόν παραγόμενον ἔργον προέρχεται ἐκ τῆς οἰκονομικῆς σφαίρας τοῦ ἐργοδότη καὶ ὑφέιλεται εἰς τὴν ὀργάνωσιν τῆς ἐκμεταλλεύσεως αὐτοῦ. Ἐνῶ ἀντίθετως τὸ ἔργον εἰς τὴν μίσθωσιν ἔργου προέρχεται ἐκ τῆς οἰκονομικῆς σφαίρας τοῦ ἐργολάβου. Ἄπαντα ὅμως ταῦτα, ὡς καὶ τὸ ὅτι εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ καταβάλλεται ὁ μισθὸς ἀνεξαρτήτως τῆς τύχης τοῦ ἔργου (ἐνῶ τὸ ἀντίθετον συμβαίνει εἰς τὴν σύμβασιν μισθώσεως ἔργου), ἀποτελοῦν συνέπειαν τῆς διακρίσεως καὶ ὡς τοιαῦτα δὲν θεμελιώνουν τὴν διάκρισιν εἰς τινὰ συγκεκριμένην περίπτωσιν. Ἡ ὕπαρξις ὅμως καὶ τῶν στοιχείων τούτων παρέχει σοβαρὰς ἐνδείξεις πρὸς ἀνέυρεσιν τῆς ἀληθοῦς βουλήσεως τῶν συμβαλλομένων καὶ τὸν ὀρθὸν νομικὸν χαρακτήρισμόν⁴⁶.

III. Διάκρισις ἐκ τοῦ μισθοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας.

Τὸ σύστημα, κατὰ τὸ ὁποῖον ὁ μισθὸς ὑπολογίζεται κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας, πηγάζει ὡσαύτως ἐκ τῆς σκέψεως, ὅτι ὁ μισθὸς δεῖν νὰ ἀνταποκρίνεται οὐχὶ μόνον εἰς τὸν χρόνον ἀπασχολήσεως τοῦ ἐκμισθωτοῦ, ἀλλὰ καὶ εἰς τὸ ἀποτέλεσμα τῆς ὑπ' αὐτοῦ προσφερομένης ἐργασίας καὶ συγκεκριμένως εἰς τὴν ἀπόδοσιν αὐτοῦ ἐντὸς τῆς ἐκμεταλλεύσεως ἢ ἐπιχειρήσεως τοῦ ἐργοδότη. Ὑπὸ τὴν ἄποψιν ταύτην, τὴν ἀνταποκρινομένην καὶ εἰς τὸ πνεῦμα τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ, γίνεται ἐπιτυχῶς ὁ συσχετισμὸς τῶν δύο τούτων εἰδῶν μισθοῦ. Ὑπολογίζεται ὁ μισθὸς κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας, ὡσάντις τὸ ὕψος αὐτοῦ προκύπτει ἐκ τοῦ ἀριθμοῦ τῶν ὑπὸ τοῦ ἐκμισθωτοῦ εἰς τὸν μισθωτὴν ἐργασίας παρασχεθέντων «μονάδων ἐργασίας». Ὁ ὅρος «μονὰς ἐργασίας» δύναται νὰ ἔχη ποικίλον περιεχόμενον καὶ δι' αὐτοῦ νοεῖται ἡ προσφερομένη ἐργασία διὰ τὴν κατασκευὴν, παραγωγὴν, ἐπιδιόρθωσιν κ.ο.κ. πραγμάτων ἀντικαταστατῶν καὶ προσδιοριζομένων κατὰ γένος (ὡς π.χ. κυτίων, ἐνδυμάτων, μηχανῶν κ.λ.π.). Τὸ σύνθηρος εἶναι, ὅτι τὸ ἐν λόγῳ σύστημα πρὸς ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ χρησιμοποιεῖται κυρίως

44. Ἴδε ἀντὶ ἄλλων Ἀγαλλόπουλον, ἐνθ' ἀν., σελ. 23 ἐπ. Καποδίστριαν, ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 648 ἀρ. 13, Hueck-Nipperdey, I, 129 ἐπ., Niskisch, I, σελ. 164 ἐπ.

45. Οὕτω καὶ Heck, Schuldrecht § 114, 4 in f.

46. Ἠρβλ. Enneccerus-Lehmann § 145, 1, 12.

ἐν τῇ βιομηχανικῇ ἀπασχολήσει, ἐξ ἧς ἄλλωστε καὶ προέρχεται⁴⁷. Ἡ συσχέτισις τοῦ ἀποτελέσματος τῆς ἐργασίας μετὰ τοῦ ὕψους τοῦ μισθοῦ καὶ ἐντεῦθεν ὁ προσδιορισμὸς τοῦ τελευταίου ἐπιτυγχάνεται διὰ ἀριθμητικοῦ πολλαπλασιασμοῦ τῶν παρασχεθέντων μονάδων ἐργασίας (π.χ. τῶν παραχθέντων κυτίων) ἐπὶ τῆς καθορισθείσης τιμῆς δι' ἐκάστην τοιαύτην μονάδα ἐργασίας. Ἡ τελευταία αὕτη τιμὴ ἐξευρίσκεται κατόπιν σταθμίσεως τῶν ἐκατέρωθεν συμφερόντων. Ὁ νόμος τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως καθίσταται καὶ ἐνταῦθα ἐκδηλός, ὡς καὶ εἰς πᾶσαν μορφήν συμβάσεως μισθώσεως ἐργασίας⁴⁸. Τὰ μέσα, δι' ὧν γίνεται ἡ στάθμισις αὕτη, δύναται νὰ εἶναι τόσον ἐπὶ τοῦ ἀτομικοῦ, ὅσον καὶ ἐπὶ τοῦ συλλογικοῦ ἐπιπέδου. Δηλαδή ἡ συμφωνία περὶ τῆς δι' ἐκάστην μονάδα προσφερομένης ἐργασίας ἀντιστοιχούσης ἀμοιβῆς δυνατόν νὰ ἐπιτυγχάνηται δι' ἀτομικῆς ὡς καὶ διὰ συλλογικῆς συμβάσεως ἐργασίας. Κατὰ τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ οὕτω προδιαγραφέντος συστήματος ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ καὶ πρὸς τὸν σκοπὸν ἐπιτευξέως μεγαλυτέρας προστασίας διὰ τὸν ἐργαζόμενον καθορίζεται συνήθως ἐν κατώτατον ὅριον μισθοῦ (ἀναλόγως τοῦ χρόνου τῆς ἀπασχολήσεώς του) καὶ πέραν τοῦ κατωτάτου τούτου ὁρίου ὑπολογίζεται ἐπιπροσθέτως ὁ εἰς τὴν ἀπόδοσιν τοῦ ἐκμισθωτοῦ ἐργασίας ἀνταποκρινόμενος μισθός, ἧτις ὁ ἀντιστοιχῶν εἰς τὰς ὑπ' αὐτοῦ παρεχομένας μονάδας ἐργασίας. Αἱ συλλογικαὶ συμβάσεις ἐργασίας προσφέρονται ὡς μέσον, ὡς ἐκ τῆς φύσεώς των, διὰ τὸν καθορισμὸν τοῦ κατωτάτου τούτου ὁρίου⁴⁹.

Ἡ ἀντιδιαστολὴ συνεπῶς τοῦ κατ' ἀποκοπήν ὑπολογιζομένου μισθοῦ

47. Ἡ σπουδαιότης καὶ ἡ εὐρεία ἐν τῇ πρακτικῇ ἐφαρμογῇ τοῦ μισθοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας ἐμφαίνεται καὶ ἐκ τοῦ ὅτι διεύρηνεν ὁ Philipp Lotmar δύο βασικὰς κατηγορίας τῆς μισθώσεως ἐργασίας, ἀναλόγως τοῦ ἐὰν συμφωνῆται ὁ χρονικὸς μισθός (Zeitlohnvertrag) ἢ ὁ μισθός κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας (Akkordvertrag). Ἡ διάκρισις αὕτη διέπει ὀλόκληρον τὸ βασικόν του ἔργον (Der Arbeitsvertrag, 2 τόμοι, 1902 - 1908) καὶ ἐπὶ τῇ βίσει ταύτης ἐγένετο ὑπ' αὐτοῦ ἡ κατάταξις τῆς ὕλης (ἴδε ἀν. ΥΣ 3 καὶ ἰδίως τὸν 2ον τόμον τοῦ ἔργου του). Κατὰ τὴν κρατήσαντα ὁμοῦ γνώμην ἡ διάκρισις μεταξὺ χρονικοῦ μισθοῦ καὶ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας τοιοῦτου ἀφορᾶ μόνον τὸ εἶδος τοῦ μισθοῦ καὶ οὐχὶ τὸ εἶδος, τὴν φύσιν ἢ καὶ τὴν κατηγορίαν τῆς συμβάσεως ἐργασίας. Οὕτω Ἄ γ α λ λ ὀ π ο υ λ ο ς, Ἐργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 145 ἐπ., Κ α π ο δ ἰ - σ τ ρ ι α ς, Ἐρμηνεῖα τοῦ Ἐργατικοῦ Δικαίου, 1937, § 211, σελ. 219 ἐπ., ὁ α ὕ τ ὁ ς, ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 653 ἀρ. 81 ἐπ. Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5η ἔκδοσις, σελ. 154 ἐπ., Nikisch, I, § 30.

48. Ἴδε ἀναλυτικῶς Gaul ἐν Dietz-Gaul-Hilger, Akkord und Prämie 2α ἔκδοσις, σελ. 51 ἐπ., 68 ἐπ.

49. Πρβλ. Ἄ γ α λ λ ὀ π ο υ λ ο ς, Ἐργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 147, Κ α π ο - δ ἰ σ τ ρ ι α ς ἐν Ἐρμ.Α.Κ. 653, ἀρ. 87α', Hueck-Nipperdey, I, § 43, II, Nikisch, I, § 30, III. Kaskel-Dersch, ἐνθ' ἀν., σελ. 156, Gaul, ἐνθ' ἀν., σελ. 68 ἐπ., 88 ἐπ. Ἴδε καὶ σχετικὴν περίπτωσιν ἐν ΑΠ 543/69 Νομ. Β 18ον (1970) σελ. 283.

ἐκ τοῦ εἴδους τούτου τοῦ μισθοῦ εἶναι προφανές. Εἰς τὸν μισθὸν κατ' ἀποκοπὴν ἀποτιμᾶται ἡ ἀξία τῆς ἐργασίας διὰ μίαν ὀρισμένην χρονικὴν περίοδον, ἐνῶ εἰς τὸν κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας ἀποτιμᾶται ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ ἀποτελέσματος ἡ ἀξία τῆς ἐφ' ὀρισμένον ἢ ἐπ' ἀόριστον χρόνον προσφερομένης ἐργασίας⁵⁰. Εἰς ἀμφοτέρας τὰς περιπτώσεις προσαρμόζεται τὸ ὕψος τοῦ μισθοῦ εἰς αὐτὴν ταύτην τὴν ἀξίαν τῆς ἐργασίας. Εἰς ἀμφοτέρας τὰς περιπτώσεις ὡσαύτως ἀντικείμενον τῆς συμβάσεως εἶναι αὐτὴ αὐτὴ ἡ ἐργασία καὶ οὐχὶ τὸ ἔργον, διὸ καὶ εἰς ἀμφοτέρας ἀποκλείεται ἡ μίσθωσις ἔργου⁵¹. Ἡ οὐσιαστικὴ διαφορὰ μεταξύ τῶν δύο εἰδῶν μισθοῦ περιορίζεται εἰς τὸ ὅτι συγκεκριμενοποιεῖται εἰς τὸν ὑπολογισμὸν τῆς κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας τὸ ὕψος τοῦ μισθοῦ ἐκ τοῦ ἀποτελέσματος, ἐνῶ εἰς τὴν κατ' ἀποκοπὴν ἐλλείπει ὁ τοσοῦτον ἀκριβὲς καθορισμὸς καὶ κυριαρχεῖ ὁ ὑπὸ τῶν μερῶν ἄπαξ γενόμενος ὑπολογισμὸς τοῦ ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ. Μετὰ τῆς οὐσιαστικῆς ταύτης διαφορᾶς συνδέεται καὶ ὁ ὡς ἄνω διαφορετικὸς τρόπος ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ.

Ἡ ἀντιδιαστολὴ τοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἐκ τοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας μισθοῦ εἶναι σαφὴς καὶ εἰς τὸ γράμμα τοῦ ἄρθρου 648 § 2 ΑΚ. Ἡ τοιαύτη σαφήνεια δὲν ὑπῆρχε καὶ εἰς τὰς προηγηθείσας τοῦ ΑΚ διατάξεις. Οὕτω κατὰ τὸ προσχέδιον Νόμου τοῦ 1913 ἐγένετο λόγος περὶ ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀναλογίαν τῆς παρεχομένης ἐργασίας, αἱ δὲ ἐννοιαὶ «ἐργασία κατὰ μονάδα» καὶ «κατ' ἀποκοπὴν» φέρονται (τοῦ ἄρθρου 1 ἐδ. 4 γραμματικῶς ἐρμηνευομένου) ὡς ἐπεξηγηματικαὶ τῆς γενικωτέρας ἐννοίας τῆς συμβάσεως ἐργασίας μετ' ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ «κατ' ἀναλογίαν τῆς παρεχομένης ἐργασίας». Ἡ ἐν λόγῳ ἐπεξηγηματικὴ παράθεσις εἶναι ἐπίσης ἐκδηλὸς καὶ ἐν τῷ ἄρθρῳ 307 § 2 τοῦ Προσχεδίου τοῦ Εἰσηγητοῦ τοῦ Δικαίου τῶν Ἐνοχῶν τοῦ ΑΚ, ὡς ἐπίσης καὶ εἰς τὸ ἄρθρον 319 Π τοῦ Ἐλβ. Κ. Ἐν καὶ ἰδίως ἐν τῷ γαλλικῷ κειμένῳ. Τὴν ἀντιδιαστολὴν ὅμως τῶν δύο ἐννοιῶν ἐμπεριέχει ὁ ΑΚ τοῦ 1945 ἐν ἄρθρῳ 695 § 2, ὅπερ ἔχει ὡς καὶ τὸ ἰσχύον δίκαιον. Οὕτω διακρίνεται εὐστόχως ὁ μισθὸς κατ' ἀποκοπὴν τῶν λοιπῶν εἰδῶν μισθοῦ καὶ δὲν συγγέεται οὐδὲ συνδέεται ἐννοιολογικῶς μεθ' ἑτέρου εἴδους μισθοῦ, ὅπερ καὶ ἐπιτάσσεται ἐκ τῆς ἰδιομορφίας αὐτοῦ.

50. Ἴδε ὡσαύτως Oser-Schönemberger, 2α ἐκδόσις, ἄρθρον 319, ἀρ. 22 ἐπ.

51. Ὡς πρὸς τὸν κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας μισθόν, ἴδε Ἀγαλλόπουλον, ἐνθ' ἀν., σελ. 145 ἐπ. Hueck-Nipperdey, I, § 23, I, 3, σελ. 139.

IV. Μισθός κατ' αποκοπήν καὶ συλλογικὰ μέτρα.

Διδάσκεται καὶ νομολογεῖται⁵², ὅτι ἀντικείμενον ρυθμίσεως τῶν κανονιστικῶν ὄρων τῆς συλλογικῆς συμβάσεως ἐργασίας (σ.σ.ε.) δύναται νὰ εἶναι πᾶν ὅ,τι δύναται νὰ καταστῇ ὄρος ἀτομικῆς συμβάσεως ἐργασίας (ἀ.σ.ε.). Ἐρωτᾶται ὅμως, ἐὰν εἶναι δυνατόν νὰ ὑπολογισθῇ καὶ διὰ συλλογικῶν μέσων τὸ ὕψος τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ, ὡς συμβαίνει καὶ προκειμένου περὶ τοῦ μισθοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας⁵³.

Ἡ ἰδιομορφία τοῦ κατ' αποκοπήν ὑπολογιζομένου μισθοῦ, ὡς καὶ τῶν εἰδικῶν ἐκείνων σχέσεων μισθώσεως ἐργασίας, ἔνεκα ἀκριβῶς τῶν ὁποίων παρεκκλίνουν τὰ συμβαλλόμενα μέρη τοῦ κανόνος περὶ τοῦ χρονικοῦ ὑπολογισμοῦ τοῦ μισθοῦ καὶ προκρίνουν ὡς μόνον τρόπον ἀποτιμῆσεως τῆς ἀξίας τὸν κατ' αποκοπήν μισθόν, θέτει ἐν ἀμφιβόλῳ τὴν καταφατικὴν ἀπάντησιν εἰς τὸ ἀνωτέρω ἐρώτημα. Ἡ σ.σ.ε. θέτει μόνον κατώτατα ὄρια ἀποδοχῶν (ἄρθρ. 21 § 1 ν. 3239/55)⁵⁴. Ὁ μισθός κατ' αποκοπήν ἀντιθέτως εἶναι ἐκείνος, ὅστις κατὰ τὴν βούλησιν τῶν συμβαλλομένων μερῶν καὶ κατὰ τὸν ὑπ' αὐτῶν γινόμενον ὑπολογισμόν ἀνταποκρίνεται πλήρως εἰς τὴν ἀξίαν τῆς δι' ὀρισμένην χρονικὴν διάρκειαν προσφερομένης ἐργασίας. Ὡς τοιοῦτος ἀποτελεῖ συνεπῶς ὡς πρὸς τὸ ὕψος αὐτοῦ ἐργασιακὸν ὄρον ἀνεπίδεκτον ἀύξομιώσεως, διαταρασσομένης ἄλλως τῆς λειτουργίας τῆς ἀμφοτεροβαροῦς ἐνοχικῆς σχέσεως. Δηλαδή, ἡ συμφωνία περὶ τοῦ μεγέθους τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ ἀποτελεῖ τρόπον τινὰ σταθερὸν ἐργασιακὸν ὄρον μὴ δυνάμενον νὰ μεταβληθῇ οὔτε ὑπὲρ οὔτε εἰς βᾶρος τοῦ ἐργαζομένου. Τοιαύτης φύσεως ἐργασιακοὶ ὄροι ἀντιβαίνουν εἰς τὴν φύσιν τῆς σ.σ.ε. καὶ πάσης συλλογικῆς ρυθμίσεως, ἔπερ ἀντιβαίνουν εἰς τὴν φύσιν τῆς ἀ.σ.ε. καὶ πάσης συλλογικῆς ρυθμίσεως, ἔπερ ἀντιβαίνει καὶ προκειμένου περὶ ἀνωτάτων ἐργασιακῶν ὄρων, ἧτοι τῶν δυναμένων νὰ τροποποιηθοῦν εἰς βᾶρος καὶ οὐχὶ ὑπὲρ τοῦ ἐργαζομένου. Ἡ διατάραξις τῆς σχέσεως παροχῆς καὶ ἀντιπαροχῆς ἐν τῇ ἀμφοτεροβαρεῖ συμβάσει καὶ ἡ ἐπέκτασις τοῦ κατ' ἀντικείμενον πεδίου ἐφαρμογῆς τῆς σ.σ.ε. καὶ ἐπὶ τῶν σταθερῶν ἐργασιακῶν ὄρων δὲν δικαιολογεῖται οὔτε καὶ ἐκ τῆς δεσποζούσης εἰς τὸ ἐργατικὸν δίκαιον ἀρχῆς τῆς προστασίας. Ἡ ἔννοια τῆς ἀρχῆς τῆς προστασίας εἰς τὸ συλλογικὸν ἐργατικὸν δίκαιον ἀφορᾷ τὴν καθιέρωσιν ἐλαχίστων ὀρίων προστασίας τοῦ ἐργαζομένου ἐν σχέσει πρὸς τὰ ὑπὸ τῆς συλλο-

52. Ἴδε ἀντὶ ἄλλων Καποδίστριαν ἐν Ἑρμ. Α.Κ. 680 ἀρ. 37.

53. Καταφατικῶς Καρκακασάνης, Συλλογικαὶ διαφοραὶ ἐργασίας, 1969, σελ. 40 καὶ 44.

54. Ἀγαλλόπουλος, Εἰσαγωγή εἰς τὸ Ἑργατικὸν Δίκαιον, 1958, σελ. 59, Καποδίστριας, Συλλογικαὶ Συμβάσεις Ἑργασίας, 1940, § 73, σελ. 109, Ὁ αὐτός, ἐν Ἑρμ. Α.Κ. 680 ἀρ. 38, Hueck - Nipperdey, II 1 § 30 I 1 σελ. 569 ἐπ. Nikisch, II § 68 V 2, σελ. 205 ἐπ.

γικήσ συμβάσεως ρυθμιζόμενα θέματα⁵⁵. Συνεπῶς ἡ ἀρχὴ τῆς προστασίας εὐρίσκει πεδίων ἐφαρμογῆς μόνον προκειμένου περὶ ὄρων ἐργασίας, οἱ ὅποιοι ὡς ἐκ τῆς φύσεώς των εἶναι ἐπιδεικτικοὶ βελτιώσεως. Τοιαύτης φύσεως ὅμως δὲν εἶναι ὁ ὅρος τῆς ἀ.σ.ἐ. περὶ τοῦ συγκεκριμένου ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ.

Τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ὑπολογίζεται ἐπὶ τῇ βάσει τῶν συνθηκῶν μιᾶς συγκεκριμένης ἀτομικῆς ἐργασιακῆς σχέσεως καὶ συνδέεται μὲ τὸ περιεχόμενον αὐτῆς. Ὡς ἐκ τούτου φέρει τὸ γνῶρισμα τῆς ειδικότητος. Τὸ γνῶρισμα ἀκριβῶς τοῦτο ἀντιβαίνει εἰς τὴν νομικὴν φύσιν τῶν κανονιστικῶν ὄρων τῆς σ.σ.ἐ., ἥτοι εἰς τὸ ὅτι οἱ ὅροι οὗτοι εἶναι γενικοὶ καὶ ἀόριστοι, ὡς ἀποτελοῦντες κανόνες δικαίου. Ὡς κανόνες δικαίου ἔχουν τὴν ἀποστολὴν οἱ κανονιστικοὶ ὅροι τῆς σ.σ.ἐ. τὴν ἐπιβολὴν ὁμοιομορφίας καὶ ἀξέως διὰ τῆς θέσεως ὄρων ἀμοιβῆς τῆς ἐργασίας κατὰ τρόπον γενικόν, ἀπρόσωπον καὶ ἀφηρημένον κατὰ εὐρυτέρας ἢ στενωτέρας κατηγορίας. Διὰ τὴν τύχην δὲ συλλογικῆς ρυθμίσεως ὅρος τις τῆς ἐργασιακῆς σχέσεως ἀπαιτεῖται, ὅπως φέρῃ ὁ ὅρος οὗτος τὸ χαρακτηριστικὸν γνῶρισμα τῆς συλλογικότητος. Τὸ τελευταῖον τοῦτο γνῶρισμα ἀποτελεῖται ἐκ δύο στοιχείων, ἐξ ἐνός ποσοτικοῦ καὶ ἐνός ποιοτικοῦ⁵⁶. Τὸ ποσοτικὸν στοιχεῖον προϋποθέτει τὴν ὑπαρξίν ἐνός συγκεκριμένου ἀριθμοῦ ἐργασιακῶν σχέσεων, τὸ ποιοτικὸν δὲ στοιχεῖον συνίσταται εἰς τὸ συλλογικὸν συμφέρον, ὅπερ συνδέει τὰς κατ' ἰδίαν ἀτομικὰς σχέσεις εἰς ἐνότητά. Τὸ συλλογικὸν συμφέρον συντίθεται ἐκ τῶν ἐπὶ μέρους ἀτομικῶν σχέσεων καὶ δὲν ἐξαντλεῖται εἰς αὐτάς. Ἀμφότερα τὰ στοιχεῖα αὐτὰ ἐλλείπουν εἰς τὰς περιπτώσεις συμφωνίας τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν εἰς τὰς ἀ.σ.ἐ. Ἀκόμη καὶ εἰς περίπτωσιν ὑπάρξεως τοῦ ποσοτικοῦ στοιχείου δὲν δύναται νὰ ὑπάρξῃ τὸ ποιοτικὸν τοιοῦτον. Διότι ἡ συμφωνία περὶ τοῦ ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ γίνεται ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ειδικῶν συνθηκῶν μιᾶς συγκεκριμένης ἀτομικῆς περιπτώσεως. Ἡ ἔλλειψις τοῦ ποιοτικοῦ στοιχείου συνεπιφέρει καὶ τὴν ἔλλειψιν τῆς συλλογικότητος. Ὡς ἐκ τούτου δὲν εἶναι δυνατόν νὰ καθορισθῇ τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ διὰ συλλογικῶν μέσων, ἀλλὰ μόνον διὰ τῆς ἀ.σ.ἐ.

Εἰς ἐξαιρετικὰς μόνον περιπτώσεις δυνατόν νὰ παρουσιασθῇ ἡ συλλογικότης κατὰ τὴν ἐκτεθεῖσαν ἔνοιαν καὶ δὴ εἰς τὴν ὑπαρξίν πλειόνων ἀ.σ.ἐ. μὲ ὑπολογισμόν τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν καταρτιζομένων διὰ τὴν αὐτὴν χρονικὴν περίοδον μετὰξὺ τοῦ αὐτοῦ ἐργοδότη καὶ ἐντὸς τῆς αὐτῆς ἐκμεταλ-

55. Ἰδε Καρακασάνην, Συλλογικὴ Σύμβασις καὶ σχέσις ἐργασίας, ΒΕΔ, 29ος (1970), σελ. 401 ἐπ. (403).

56. Ἰδε σχετικῶς Καρακασάνην, Συλλογικαὶ διαφοραὶ ἐργασίας, 1969, σελ. 13 ἐπ. μετὰ παραπομπῶν.

λεύσεως. Ἡ συλλογικότης ὅμως περιορίζεται εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας ἐντὸς τῆς ἐκμεταλλεύσεως. Ἡ ὑπὸ ταιαύτην ἔννοιαν συλλογικότης δὲν ἐξαρκεῖ διὰ τὴν ρύθμισιν τοῦ ὕψους τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ διὰ σ.σ.έ. Διότι ὁ ὅρος περὶ τοῦ ὕψους τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ εὐρίσκεται ἐντὸς τῶν πλαισίων μιᾶς συγκεκριμένης ἐκμεταλλεύσεως καὶ δὲν ἀνακύπτει ἐπὶ τοῦ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου. Δηλαδή δὲν δύναται ὁ ὅρος οὗτος νὰ θεωρηθῇ ἐντὸς τῆς ἐπαγγελματικῆς κατηγορίας, εἰς τὴν ὁποίαν ἀνήκουν οἱ καταρτίζοντες τὰς ἀ.σ.έ. ἐργαζόμενοι. Ἀποτέλεσμα αὐτοῦ εἶναι, ὅτι δὲν ὑφίσταται ἡ νομικὴ δυνατότης συμφώνως τῷ ν. 3239/55 καὶ τῷ ν.δ. 186/1969 πρὸς ἐπέμβασιν τῶν ἐχόντων τὴν δικαιοπρακτικὴν ἱκανότητα πρὸς ρύθμισιν τῶν ἐργασιακῶν σχέσεων διὰ σ.σ.έ. ἐπαγγελματικῶν σωματείων. Διότι κατὰ τὸ σύστημα τοῦ ἐλληνικοῦ συλλογικοῦ ἐργατικοῦ δικαίου καὶ δὴ τοῦ βασικοῦ νόμου 3239/55 τὸ ἀντικείμενον ρυθμίσεως τῆς σ.σ.έ. ἀφορᾷ ἐργασιακοὺς ὅρους ἔχοντας ἐπαγγελματικὸν χαρακτῆρα καὶ μὴ περιοριζομένους εἰς τινὰ ἐκμετάλλευσιν. Τοιοῦτου εἶδους ἐργασιακὸς ὅρος δὲν δύναται νὰ εἶναι ὁ ὅρος περὶ τοῦ ὕψους τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ. Τὸ γνῶρισμα τῆς συλλογικότητος τοῦ ὅρου τούτου ἐπὶ τοῦ ἐπιπέδου τῆς ἐκμεταλλεύσεως δὲν δύναται νὰ θεμελιώσῃ οὔτε καὶ τὴν συλλογικὴν ρύθμισιν τούτου διὰ κανονισμοῦ ἐργασίας, καθ' ὅσον διὰ τοῦ κανονισμοῦ ἐργασίας ρυθμίζονται μόνον αἱ ἀναφερόμεναι εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἐργασίας σχέσεις. Εἰς τὴν κατηγορίαν ὅμως τῶν σχέσεων τούτων δὲν δύναται νὰ ὑπαρθῇ τὸ θέμα τοῦ κατ' αποκοπήν μισθοῦ. Ἀκόμη καὶ κατὰ τὴν γνώμην, ὅτι διὰ τῆς σ.σ.έ. δυνατόν νὰ ρυθμίζωνται ζητήματα ἀναγόμενα εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἐργασίας τῶν ἐντὸς τῆς ἐκμεταλλεύσεως ἢ ἐπιχειρήσεως διαμορφωμένων ἐργασιακῶν σχέσεων⁵⁷, δὲν δίδεται ἡ ἀντίθετος ἀπάντησις εἰς τὸ ἐξεταζόμενον ἐρώτημα. Διότι καὶ ἡ γνώμη αὕτη προϋποθέτει, ὅτι τὰ ἐν λόγῳ ζητήματα (τὰ ὁποῖα κατ' αὐτὴν τὴν γνώμην ἐμπίπτουν τόσον εἰς τὴν ὕλην τῆς σ.σ.έ. (τὰ ὁποῖα κατ' αὐτὴν τὴν γνώμην ἐμπίπτουν) φέρουν τὸν χαρακτῆρα τῆς συλλογικότητος ἐπὶ τοῦ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου. Ἡ συλλογικότης ἐπὶ τοῦ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου ὡς προϋπόθεσις καταρτίσεως σ.σ.έ. διατηρεῖται καὶ εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν σ.σ.έ. τοῦ ἄρθρου 7 § 5 ἐδ. β' ν. 3239/55, εἰς τὰς ὁποίας ἀπὸ ἐργοδοτικῆς πλευρᾶς μεμονωμένοι ἐργοδότες ἔχουν τὴν ἱκανότητα τοῦ συλλογικῶς συμβάλλεσθαι. Ἀπὸ τῆς πλευρᾶς δὲ τῶν ἐργαζομένων ὑφίσταται ἡ δυνατότης, ὅπως συμβάλληται ἡ ἐπαγγελματικὴ ὀργάνωσις τῶν μισθωτῶν ἐπιχειρήσεως (ἄρθρον 7 § 5 ἐδ. α' ν. 3239/55), ὅπερ σημαίνει, ὅτι ἀντιλαμβανόμενα δύναται νὰ εἶναι ἡ ἐπαγγελματικὴ ὀργάνωσις τῶν μισθωτῶν συμβαλλομένη εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῆς συγκεκριμένης ἐπιχειρήσεως ἢ ἐκμεταλλεύσεως κοινῆς ὠφελείας (Ο.Τ.Ε., Δ.Ε.Η. κ.λ.π.) ἢ τῆς τραπεζιτικῆς ἐπιχειρήσεως ἢ καὶ τοῦ συγκεκριμένου

57. Κ α ρ κ α τ σ ἀ ν η ς, Ἡ ἔννομος τάξις τῆς ἐκμεταλλεύσεως, 1969, σελ. 236.

τραπεζιτικῷ ἰδρύματος. Εἰς τὴν σ.σ.ε. τοῦ ἄρθρου 7 § 5 ἐδ. β' ν. 3239/55 εἶναι δυνατόν νὰ ταυτίζηται ἡ ἀφορώσα τὴν συγκεκριμένην ἐκμετάλλευσιν καὶ εἰς τὰ πλαίσια αὐτῆς δημιουργηθεῖσα συλλογικότης μετὰ τῆς συλλογικότητος ἐπὶ τοῦ ἐπαγγελματικῷ πεδίου. Ἡ ἐν λόγῳ ταυτότης θὰ ἠδύνατο νὰ ὀδηγήσῃ εἰς τὸ ἀντίθετον ἀποτέλεσμα, δηλαδή εἰς τὸ ὅτι θὰ ἦτο ἐπιδεικτικὸν συλλογικῆς ρυθμίσεως τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ εἰς τὰς εἰδικὰς σ.σ.ε. τοῦ ἄρθρου 7 § 5 ἐδ. β' ν. 3239/55. Τὸ ἐν λόγῳ ἕμως ἀποτέλεσμα δύναται νὰ γίνῃ δεκτὸν ὑπὸ τὸν ἕρον, ὅτι συντρέχουν καὶ αἱ λοιπαὶ προϋποθέσεις τῆς συλλογικῆς ρυθμίσεως διὰ σ.σ.ε. Βασικὴ δὲ προϋπόθεσις διὰ τὴν συλλογικὴν ρύθμισιν εἶναι τὸ ὅτι πρέπει νὰ εἶναι ἐπιδεικτικὸς βελτιώσεως ὁ διὰ τῆς σ.σ.ε. ρυθμιζόμενος ἐργασιακὸς ὅρος. Ὁ κατ' ἀποκοπὴν ἕμως μισθὸς εἶναι (ὡς ἐκ τῆς ἰδιομορφίας καὶ τῆς φύσεώς του) σταθερὸς ἐργασιακὸς ὅρος καὶ ὡς ἐκ τούτου ἀνεπίδεικτος συλλογικῆς ρυθμίσεως ὡς πρὸς τὸ ὕψος αὐτοῦ. Συνεπῶς ἀποκλείεται καὶ ἐκ τῆς ρυθμίσεως διὰ τῆς σ.σ.ε. τοῦ ἄρθρου 7 § 5 ἐδ. β' ν. 3239/55.

Τὰς ὡς ἄνω ἀπόψεις ἀπηχεῖ ὡς πρὸς τὰς πρακτικὰς τῶν συνεπειὰς καὶ τὸ προσχέδιον τοῦ Κώδικος Ἐργασίας τῆς ἐπιτροπῆς τοῦ Ν. 4345/64, ὅπερ ὄρισεν ἐν ἄρθρῳ 70 § 1, ὅτι δέον νὰ ὑπολογίζηται ὁ κατ' ἀποκοπὴν μισθὸς κατὰ τοιοῦτον τρόπον, ὥστε νὰ εἶναι οὗτος κατὰ τὸ πρὸσῆκον μέτρον ὁ ψηλότερος τοῦ διὰ τὴν αὐτὴν ἐργασίαν χρονικοῦ μισθοῦ. Ἡ τοιαύτη ρύθμισις ἀνταποκρίνεται εἰς τὴν φύσιν τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ὡς καὶ εἰς τὴν βούλησιν τῶν συμβαλλομένων. Δι' αὐτῆς τῆς ρυθμίσεως καταφαίνεται ἡ ὑπεροχὴ τοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἔναντι τοῦ χρονικοῦ μισθοῦ. Ἡ ὑπεροχὴ δὲ αὕτη δέον νὰ κέκτηται («τὸ προσῆκον μέτρον»), ὅπερ σημαίνει, ὅτι αὕτη δέον ὅπως εἶναι ἀνάλογος πρὸς τὰς εἰδικὰς συνθήκας ἐκάστης συγκεκριμένης περιπτώσεως. Κατὰ τὸ προσχέδιον τοῦτο δὲν δύναται νὰ θεωρηθῇ ὁ κατ' ἀποκοπὴν μισθὸς ὡς κατώτατος ἐργασιακὸς ὅρος, ὡς συνάχεται καὶ ἐκ τοῦ ἄρθρ. 70 § 3 αὐτοῦ, καθ' ὃ ὡς κατώτατον ὅριον μισθοῦ θεωρεῖται ὁ μισθὸς τοῦ διὰ τὴν αὐτὴν ἐργασίαν χρονικῶς ἀμειβομένου μισθωτοῦ. Διὰ τῆς ὀρθῆς ἐρμηνείας τῶν διατάξεων τούτων θὰ ἔδει νὰ ἀποκλεισθῶσιν τὰ συλλογικὰ μέσα πρὸς καθορισμὸν τοῦ ὕψους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ.

Ἡ ὡς ἄνω ἐκτεθεῖσα ἰδιομορφία τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ, ἔνεκεν τῆς ὁποίας ἀπολείεται ἡ συλλογικὴ ρύθμισις, ἀφορᾷ τὸ ὕψος αὐτοῦ, ὡς τοῦτο καθορίζεται ὑπὸ τῶν μερῶν τῆς σ.σ.ε. ἀναλόγως τῶν συνθηκῶν ἐκάστης συγκεκριμένης ἀτομικῆς περιπτώσεως. Τὸ ἀναγόμενον ἕμως εἰς τὸ ὕψος τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ ζήτημα δὲν ἐξαντλεῖ εἰς ὅλην τὴν ἔκτασιν τὸ θέμα τοῦ μισθοῦ τούτου. Διότι δύναται νὰ προκύψουν καὶ ἕτερα ζήτήματα χρήζοντα ἰδιαίτερας ἀντιμετωπίσεως. Τοιαῦτα εἶναι: Πρῶτον, τὸ ζήτημα ἐὰν ἐπιτρέπηται ἡ συμφωνία τοῦ εἶδους τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ εἰς τὰς συναπτομένας ἐπὶ τοῦ

ἐπιχειρηματικοῦ ἢ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου ἀ.σ.ε. Δεύτερον, τὸ ζήτημα περὶ τοῦ καθορισμοῦ τῶν προϋποθέσεων, ὑπὸ τὰς ὁποίας δέον νὰ συμφωνῆται δι' ἀ.σ.ε. ὁ κατ' αποκοπήν μισθός καὶ θὰ ἀποκλείωνται τὰ λοιπὰ εἶδη μισθοῦ. Ἀμφότερα τὰ εἰδικώτερα ταῦτα ζητήματα δύνανται νὰ ἀποκτήσουν γενικόν, ἀόριστον καὶ ἀφηρημένον χαρακτήρα. Δύνανται δὲ προσέτι νὰ φέρουν καὶ τὸν χαρακτήρα τῆς συλλογικότητος ἐπὶ τοῦ ἐπιχειρηματικοῦ ἢ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου. Οὕτω τὸ ζήτημα περὶ τοῦ ἐὰν ἐπιτρέπηται ἡ κατάρτισις ἀ.σ.ε. μὲ ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπήν, ὡς καὶ ὁ καθορισμὸς τῶν προϋποθέσεων πρὸς κατάρτισιν τοιαύτης συμβάσεως δύνανται νὰ τύχη ρυθμίσεως διὰ τῆς καταλλήλου σ.σ.ε. ἐκ τῶν προβλεπομένων ἐν ἄρθρ. 7 § 1 τοῦ ν. 3239/55 ἀναλόγως τοῦ ἐὰν ἀφορᾷ τὸν ἐπαγγελματικὸν κλάδον ὀλοκλήρου τῆς χώρας, ὀρισμένης περιφερείας ἢ καὶ τῆς τοπικῆς ἐκτάσεως ἐφαρμογῆς εἰδικῆς σ.σ.ε. Τὰ αὐτὰ θέματα δύνανται νὰ ρυθμίζωνται καὶ διὰ διαιτητικῶν ἀποφάσεων⁵⁸. Εἰς τὴν περίπτωσιν δὲ τοῦ ἄρθρου 7 § 5 ἐδ. β' κατ' ἐξαιρέσιν δύνανται νὰ ρυθμισθοῦν διὰ τῆς σ.σ.ε. τὰ ζητήματα ταῦτα καὶ ἐπὶ τοῦ ἐπιχειρηματικοῦ ἐπιπέδου λόγῳ τῆς προεκτεθείσης συμπτώσεως τοῦ ἐπιχειρηματικοῦ μετὰ τοῦ ἐπαγγελματικοῦ πεδίου διχομορφώσεως τῶν ἐργασιακῶν σχέσεων εἰς τὰς εἰδικὰς ταύτας σ.σ.ε.

Ἡ ρύθμισις τῶν ἀνωτέρω ζητημάτων διὰ κανονιστικῶν ὄρων τῆς σ.σ.ε. εἶναι νόμιμος κατ' ἄρθρον 2 § 1 ν. 3238/55. Διότι κατὰ τὴν διάταξιν ταύτην ἐξουσιοδοτοῦνται τὰ ἐπαγγελματικὰ σωματεῖα νὰ θέτουν κανόνας δικαίου καθορίζοντας τοὺς ὅρους, τοὺς ὁποίους δέον νὰ περιλαμβάνουν αἱ ἀ.σ.ε. Οἱ βασικοὶ δὲ ὅροι τῆς συμβάσεως ἐργασίας εἶναι οἱ ἀφορῶντες ἀφ' ἑνὸς μὲν τὴν ὑποχρέωσιν τοῦ ἐργαζομένου πρὸς παροχὴν τῆς ἐργασίας καὶ ἀφ' ἑτέρου τὴν ὑποχρέωσιν τοῦ ἐργοδότη πρὸς καταβολὴν τοῦ συμφωνηθέντος μισθοῦ. Εἰς τὴν δευτέραν ταύτην ὑποχρέωσιν ἀναφέρεται καὶ ἡ διὰ τῆς σ.σ.ε. γενομένη ἀπαγόρευσις τῆς συμφωνίας τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπήν. Ἡ ἐν λόγῳ ἀπαγόρευσις ἔχει ὡς συνέπειαν τὴν ἀκυρότητα τοῦ ἀντιτιθεμένου ὅρου τῆς ἀ.σ.ε. καὶ δὲν συνεπιφέρει καὶ τὴν ἀκυρότητα ὀλοκλήρου τῆς ἀ.σ.ε. Ἡ ἀ.σ.ε. παραμένει ἰσχυρὰ καὶ ἐλλείψει συμφωνίας ὡς πρὸς τὸν ὀφειλόμενον μισθὸν ὀφείλεται ὁ εἰθισμένος τοιοῦτος (ἄρθρον 653 Α.Κ.). Τὰ αὐτὰ ἀποτελέσματα ἐπέρχονται καὶ ἐὰν ἡ σ.σ.ε. καθορίζη τὰς προϋποθέσεις, ὑφ' ἃς δέον νὰ συμφωνῆται ὁ κατ' αποκοπήν μισθός. Δηλαδή ὁρος σ.σ.ε. μὲ τὸ ὡς ἄνω περιεχόμενον ἀφορᾷ τὴν διαμόρφωσιν τῆς ἐργασιακῆς σχέσεως (κατ' ἄρθρον 2 § 1 ν. 3239/55) καὶ οὐχὶ τὴν κατάρτισιν ἀ.σ.ε., ὅτε καὶ θὰ ἐστερεῖτο κανονιστικῆς ἐνεργείας⁵⁹.

58. Οὕτω ἔκρινεν καὶ τὸ Σ:Ε 1441/65 ΒΕΔ 24ος (1965), σελ. 912 ἐπ.

59. Κατὰ τὸ ἄρθρον 2 § 1 ν. 3239/55 κανονιστικὴν ἐνεργεῖαν δύνανται νὰ ἔχουν μόνον οἱ ὅροι τῆς σ.σ.ε. οἱ ἀφορῶντες τὸ περιεχόμενον τῆς ἀτομικῆς ἐργασιακῆς σχέσεως.

Εἰδικώτερον ὡς πρὸς τὴν ὡς ἄνω διὰ σ.σ.ε. ρύθμισιν δέον νὰ τοινοσθῇ τὸ ὅτι οἱ συλλογικῶς συμβαλλόμενοι δὲν κέκτηνται ἀπεριορίστου ἐξουσίας κατὰ τὸν καθορισμὸν τῶν προϋποθέσεων πρὸς κατάρτισιν ἐπὶ τοῦ ἀτομικοῦ ἐπιπέδου τῆς συμφωνίας τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ. Ἡ ρύθμισις νομικῶν ζητημάτων κατὰ τρόπον ἀντιτιθέμενον εἰς τὴν νομικὴν φύσιν καὶ τὰς νομικὰς προϋποθέσεις τῶν θεσμῶν τοῦ δικαίου ἐκφεύγει τῆς νομοθετικῆς ἐξουσίας τῶν συλλογικῶς συμβαλλομένων ἐπαγγελματικῶν σωματείων. Δι' ὃ καὶ δὲν ἐπιφέρει ἐνόμους συνεπειὰς διάταξις τις σ.σ.ε. ὀρίζουσα, ὅτι δὲν ἀπαιτεῖται ἡ κατάρτισις ἀτομικῆς συμβάσεως διὰ τὸν καθορισμὸν τοῦ κατ' ἀποκοπὴν μισθοῦ, ἀλλ' ἀρκεῖ καὶ ἀπλή ἐργασιακὴ σχέσις. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον ἀποκλείεται περαιτέρω καὶ ἡ διὰ τῆς σ.σ.ε. σκοπούμενη μετατροπὴ τῶν ὠρισμένης διαρκείας ἀ.σ.ε. κατ' ἀποκοπὴν εἰς τοιαύτας ἀρίστου διαρκείας, ὡς καὶ ἡ ἐφαρμογὴ ἐπὶ τῶν ἐν λόγῳ ἀ.σ.ε. τῶν μνημονευομένων ὡς ἄνω ὑπὸ κεφάλαιον I διατάξεων τοῦ ΑΚ.

Ἀντιθέτως ἔχουν τὴν ἐξουσίαν τὰ καταρτίζοντα τὴν σ.σ.ε. ἐπαγγελματικὰ σωματεῖα νὰ καθορίζουν τὰς πραγματικὰς προϋποθέσεις, ὑφ' ἧς θὰ ἐπιτρέπηται νὰ συμφωνῆται ὑπὸ τῶν μερῶν τῆς ἀ.σ.ε. ὁ κατὰ ἀποκοπὴν μισθός. Ὡς τοιαῦται πραγματικὰ προϋποθέσεις δύνανται νὰ μνημονευθοῦν ἐνδεικτικῶς ἐν προκειμένῳ αἱ ἐξῆς: Ὁ καθορισμὸς τοῦ εἴδους τῶν ἐπιχειρήσεων ἢ ἐκμεταλλεύσεων, ὁ καθορισμὸς κατοικίας ἢ ἀνωτάτου ὀρίου ἡλικίας τοῦ ἐργαζομένου (λόγῳ τοῦ ὅτι ἀπαιτεῖ ἐνίοτε ὑπερέντασιν τῶν σωματικῶν δυνάμεων ἢ κατ' ἀποκοπὴν προσφερομένη ἐργασία), καθορισμὸς τοῦ εἴδους ἀπασχολήσεως, καθορισμὸς τῶν ὥρῶν ἐργασίας κ.ο.κ.

Ἐν συμπεράσματι καὶ ἐν συνδυασμῷ πρὸς τὸ προηγούμενον κεφάλαιον (III), δύνανται νὰ διαπιστωθῇ, ὅτι ὑφίσταται μία οὐσιώδης διαφορὰ μεταξὺ τοῦ μισθοῦ κατ' ἀποκοπὴν ἀφ' ἑνὸς καὶ τοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας καὶ χρονικοῦ μισθοῦ ἀφ' ἑτέρου ὡς πρὸς τὴν ρύθμισιν αὐτῶν διὰ σ.σ.ε.

Ἡ διαφορὰ ἀνάγεται εἰς τὸ ὅτι διὰ τὸν χρονικὸν ὡς καὶ τὸν κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας μισθὸν ὑπάρχει ἡ δυνατότης τῆς συλλογικῆς ρυθμίσεως ἐπὶ τῇ βάσει σταθερῶν καὶ ὡς ἐκ τῆς φύσεώς των δυναμένων νὰ πολλαπλασιασθῶν συντελεστῶν, ἤτοι τοῦ χρόνου ἐπὶ τοῦ χρονικοῦ μισθοῦ καὶ τῆς ποσότητος ἐπὶ τοῦ μισθοῦ κατὰ μονάδα παρεχομένης ἐργασίας. Εἰς τοιοῦτος ὅμως συντελεστῆς ἐπιδεκτικὸς αὐξομειώσεων καὶ ὡς ἐκ τούτου δυνάμενος

Τοῦναντίον, ὅροι ἀφορῶντες τὴν κατάρτισιν ἀ.σ.ε. δὲν προβλέπονται ὑπὸ τοῦ ἀρθροῦ 2 § 1 καὶ συνεπῶς στεροῦνται κανονιστικῆς ἐνεργείας. Ἐν τῇ γερμανικῇ ἐπιστῆμῃ τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου καλοῦνται οἱ ὅροι οὗτοι «Abschlussnormen» καὶ προβλέπονται ρητῶς ὑπὸ τῆς § 1 τοῦ Tarifvertragsgesetz.

νά χρησιμεύση διὰ τὴν ἐξεύρεσιν τῆς πραγματικῆς ἀξίας τῆς κατ' αποκοπὴν παρεχομένης ἐργασίας καὶ συνεπῶς καὶ τοῦ ὕψους τοῦ κατ' αποκοπὴν ὀφειλομένου μισθοῦ ἐλλείπει ἐν προκειμένῳ. Ὡς ἐκ τούτου παραμένει τὸ ἀντικείμενον τοῦ ὕψους τοῦ κατ' αποκοπὴν μισθοῦ εἰς τὴν ἐξουσίαν τῶν μερῶν τῆς ἀ.σ.ἐ. τοῦτο ρυθμίζεται ἐντὸς τῶν πλαισίων τῆς ἐκμεταλλεύσεως ἢ ἐπιχειρήσεως καὶ ἐκφεύγει τῆς ἐξουσίας τῶν ἐπαγγελματικῶν σωματείων. Τὰ τελευταῖα δύνανται νὰ ἔχουν ὡς ἔργον, ἀπορρέον ἐκ τῆς κοινωνικῆς τῶν ἀποστολῆς, τὴν παρακολούθησιν τῶν ἐμφανιζομένων ἐπὶ τοῦ ἀτομικοῦ ἐπιπέδου εἰς τὰς σχέσεις ἐξηρητημένης ἐργασίας τάσεων πρὸς ὑπολογισμὸν τοῦ μισθοῦ κατ' αποκοπὴν. Ἐνδεχομένως δὲ καὶ δὴ εἰς ὅλως ἐξαιρετικὰς περιπτώσεις θὰ ἦτο δυνατὸν νὰ ἀναγνωρισθῇ αὐτοῖς ἡ ἐξουσία πρὸς ἐπέμβασιν ἐπὶ τῷ σκοπῷ, ὅπως ἀμβλύνηται ἡ ἰσχυρὰ θέσις τοῦ ἐργοδότη καὶ καθορίζηται δικαίως τὸ ὕψος τοῦ κατ' αποκοπὴν μισθοῦ, ὡς ἀπαιτεῖ ἡ φύσις αὐτοῦ. Τὰ ἐπαγγελματικὰ σωματεῖα ἔχουν διὰ τὴν τοιαύτην ἐπέμβασιν τὰ ἐκ τοῦ δικαίου τῶν σωματείων χορηγούμενα μέσα καὶ στεροῦνται ἐν πάσῃ περιπτώσει τῆς ἐξουσίας πρὸς τὸ νομοθετεῖν κατὰ τὰ ἀνωτέρω.

ΚΗΡΥΞΙΣ ΑΞΙΟΓΡΑΦΟΥ ΩΣ ΑΝΙΣΧΥΡΟΥ
ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΚΩΔΙΚΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ

Ὑπὸ
ΝΙΚΟΛΑΟΥ Α. ΔΕΛΟΥΚΑ

ΚΗΡΥΞΙΣ ΑΞΙΟΓΡΑΦΟΥ ΩΣ ΑΝΙΣΧΥΤΟΥ ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΚΩΔΙΚΑ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΚΟΝΟΜΙΑΣ

Υπό
ΝΙΚΟΛΑΟΥ Α. ΔΕΛΟΥΚΑ

1.- Ἀπώλεια ἢ καταστροφή ἀξιογράφου. Τύχη δικαιώματος. Ἐπὶ τῶν ἀξιογράφων, ἢ σύνδεσις τοῦ δικαιώματος πρὸς τὸ ἐγγράφον (τίτλον), εἶναι ἐξ ὄλων τῶν ἐγγράφων τῶν συνδεομένων πρὸς δικαιώματα (ἀποδεικτικῶν, συστατικῶν, νομιμοποιητικῶν κ.λ.π.) ἢ πλεόν στενή. Ἐπ' αὐτῶν τὸ δικαίωμα κυριολεκτικῶς ἐνσωματοῦται εἰς τὸν ἐγγράφον, ἢ δὲ μεταβίβασις τοῦ ἐγγράφου ἐπιφέρει τὴν ἀντίστοιχον μεταβίβασιν τοῦ ἐν αὐτῷ ἐνσωματωμένου δικαιώματος¹. Ἐν τούτοις, ἢ σύνδεσις αὕτη τοῦ δικαιώματος πρὸς τὸ ἐγγράφον, τόσον στενή οὔσα, δὲν φθάνει μέχρι τοῦ σημείου ὥστε, ἐν περιπτώσει ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς τοῦ ἐγγράφου, ν' ἀπόλλυται διὰ τὸν δικαιούχον καὶ τὸ ἐκ τοῦ ἀξιογράφου δικαίωμα. Ἐπειδὴ ὅμως ὁ δικαιούχος δὲν δύναται ν' ἀσκήσῃ τὸ δικαίωμά του ἄνευ τῆς κατοχῆς τοῦ ἐγγράφου, ὁ νόμος, πρὸς προστασίαν αὐτοῦ, προέβλεψε τὴν διὰ τῆς δικαστικῆς ὁδοῦ κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου καὶ τὴν ἀντικατάστασιν τῆς κατοχῆς τοῦ ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος τίτλου διὰ τῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως. Οὕτω ἀποκαθίσταται ἡ τ υ π ι κ ῆ νομιμοποίησις τοῦ τέως κατόχου τοῦ τίτλου, ἢ διαταραχθεῖσα διὰ τῆς ἀπωλείας τῆς κατοχῆς τοῦ τίτλου, καθισταμένης δυνατῆς τῆς ἀσκήσεως τοῦ δικαιώματος καὶ ἄνευ τοῦ τίτλου, ἀφοῦ τοῦτον ἀντικαθιστᾷ, ὡς πρὸς τὴν ἐλλείπουσαν κατοχὴν του, ἢ δικαστικὴ ἀπόφασις.

2.- Ἡ διαδικασία προσκλήσεως. Ἐκτασις ἐφαρμογῆς. Πρὸ τῆς ἰσχύος τοῦ νέου Κώδικος Πολιτικῆς Δικονομίας τοῦ ἔτους 1968, ἡ ἡμετέρα νομοθεσία

1. Περὶ τῆς ἐννοίας τῶν ἀξιογράφων βλ. Ἄ. Τ σ ι ρ ι ν τ ἄ ν η, Ἀξιογραφα, πιστωτικοὶ τίτλοι, χρηματόγραφα, ἐν Ἀρχ. Ἰδιωτ. Δικαίου, τ. Β' (1935) σ. 545 ἐπ. καὶ ἐν Μελέταις Ἐμπορ. Δικαίου, τ. Α' (1949) σ. 93 ἐπ., Κ. Ρ ό κ α, τὸ Δίκαιον τῶν Ἀξιογράφων, ἐν Πανεπ. Παραδόσεις § 3, Κ. Κ α ρ α β ᾶ, Συμβολὴ εἰς τὴν ἐννοίαν τῶν ἀξιογράφων, ἐν Πανεπ. Παραδόσεις, 1956, σ. 181 ἐπ., Ν. Δ ε λ ο ῦ κ α, Ἀξιογραφα, Ἐπετηρίδι Νομ. Σχολῆς Θεσσαλονίκης, 1956, σ. 181 ἐπ., Ν. Δ ε λ ο ῦ κ α, Ἀξιογραφα, Πανεπ. Παραδόσεις, § 4 σ. 5 ἐπ., Π. Σ κ ο ῦ φ η, Περὶ τῆς ἐννοίας τῶν ἀξιογράφων, ἐν Ἐ' Ἐμπ. Δ. τ. Γ' (1960), σ. 337 ἐπ.

δὲν ἐρρύθμιζε κατὰ τρόπον ἐνιαῖον καὶ ὁμοιόμορφον δι' ἅπαντα ἐν γένει τὰ ἀξιόγραφα τὴν κήρυξιν αὐτῶν ὡς ἀνισχύρων. Προέβλεπε μόνον ἐπὶ μέρους ρυθμίσεις, ἀφορώσας εἴτε εἰς ὀλοκλήρους κατηγορίας ἀξιογράφων, ὡς π.χ., εἰς τὰ ἀνώνυμα χρεώγραφα (ἄρθρα 895, 896 ΑΚ) ἢ εἰς τὰ εἰς διαταγὴν ἀξιόγραφα (ἄρθρα 81-86 Ν.Δ./τος τῆς 17.7. 1923 περὶ εἰδικῶν διατάξεων ἐπὶ ἀνωνύμων ἑταιριῶν), εἴτε εἰς εἰδικῶς ὠρισμένα ἀξιόγραφα².

² Ἀντιθέτως, ἡ διὰ τῶν ἄρθρων 904 ἐπ. ΚΠολΔ εἰσχυθεῖσα δικασίαια πρὸς κλήσεως³ ἐφαρμόζεται ἐπὶ κλοπῆς, ἀπολείας ἢ καταστροφῆς παντὸς ἐν γένει ἀξιογράφου, ἐξαιρέσει μόνον τῶν τοκομεριδίων, τῶν μερισματογράφων καὶ τῶν ἐν ὄψει πληρωτέων ἀτόκιων γραμματίων (ἄρθρον 911 ΚΠολΔ)⁴,

2. Τοιαῦται ἐπὶ μέρους ρυθμίσεις, ἀφορῶσαι εἰς κατηγορίας ἀξιογράφων ἢ εἰς εἰδικὰ ἀξιόγραφα, ἦσαν: α) τὰ ἄρθρα 81-86 τοῦ Ν. Δ. τῆς 17. 7. 1923 ἀπερὶ εἰδικῶν διατάξεων ἐπὶ ἀνωνύμων ἑταιρειῶν, ἀφορῶντα εἰς τὰ εἰς διαταγὴν ἀξιόγραφα, β) τὰ ἄρθρα 84-86 τοῦ Ν. 5325/1932, ἀφορῶντα εἰς τὴν συναλλαγματικὴν καὶ εἰς τὸ γραμματίων εἰς διαταγὴν, γ) τὰ ἄρθρα 64-66 τοῦ Ν. 5960/1933, ἀφορῶντα εἰς τὴν τραπεζικὴν ἐπιταγὴν. Προκειμένου περὶ ὀνομαστικῶν ἀξιογράφων, ἐλλείψει σχετικῆς νομοθετικῆς ρυθμίσεως, ἐδιδάσκτο ἡ ἀνάλογος ἐφαρμογὴ τῶν περὶ ἀπολείας ἢ κλοπῆς ὀνομαστικῆς μετοχῆς διατάξεων. Βλ. Κ α ρ α β ζ, Συμβολὴ κ.τ.λ. σ. 191 (ἐν προκειμένῳ, ἀρχικῶς μὲν τὸ ἄρθρ. 17 τοῦ ὡς ἄνω Ν. Δ/τος τῆς 17. 7. 1923 προέβλεπεν ὅτι ὡς ἀπὸ τὴν κρίσιν τῆς ἐπιθανολογεῖτο ἀπώλεια ἢ καταστροφὴ ὀνομαστικῆς μετοχῆς, ἢ ἀνόνομος ἑταιρεία ἢ δ ὄ ν α τ ο νὰ ἐκδώσῃ νέον τίτλον. Ἡ διατάξις αὕτη ἀντεκατεστάθη διὰ τοῦ ἄρθρου 37 τοῦ Ν. Δ. 4237/1962 ἀποτελέσαντος τὸ ἄρθρ. 12α τοῦ Β.Δ. 174/1962 περὶ κωδικοποιήσεως τοῦ Ν. 2190/1920, προβλέποντος ἀκύρωσιν) τοῦ τίτλου τῆς ὀνομαστικῆς μετοχῆς ὑπὸ τοῦ Προέδρου Πρωτοδικῶν καὶ ὑποχρεωτικὴν ἐκδοσὴν νέου τίτλου ὑπὸ τῆς ἀνωνύμου ἑταιρίας). Προκειμένου περὶ ἀνωνύμων χρεωγράφων, εἰδικὴ ρύθμισις «ἀκυρώσεως» αὐτῶν προεβλέπετο εἰς τὸ ἄρθρ. 8 τοῦ Ν. 1308/1918 περὶ ἐμπορικῶν χρηματιστηρίων, οὐδέποτε ἐφαρμοσθεῖσα, ὡς καὶ εἰς τὸ Ν.Δ. τῆς 31.5.1923 ἀπερὶ ἀπολείας ἀνωνύμων χρεωγράφων, καταργηθεῖσα διὰ τοῦ ἄρθρου 1 τοῦ Ν. 3261/1925. Περὶ τούτων, ὡς καὶ περὶ τῶν κατὰ καιρὸς θέσεων τῆς νομολογίας ἐπὶ τοῦ θέματος βλ. Ν. Δ ε λ ο ὕ κ α ν, ἐν Ἐρμ.ΑΚ, ἄρθρ. 895 ἀριθ. 2 ἐπ.

3. Ἡ κατὰ τὰ ἄρθρα 904 ἐπ. ΚΠολΔ «διαδικασία προσκλήσεως» διευπλώθη κατὰ τὸ πρότυπον τῶν §§ 946 ἐπ. τῆς γερμανικῆς Πολ.Δικ. (Aufgebotsverfahren). Ἄλλὰ ἐνῶ αἱ §§ 1003 ἐπ. τῆς γερμ. Πολ.Δ. ἀφοροῦν εἰς τὴν δικαστικὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρου ἐ γ γ ρ ἄ φ ο υ ἐν γένει, τὰ ἄρθρα 911 ἐπ. ΚΠολΔ ἀφοροῦν εἰς μόνον τὰ ἀ ξ ῖ ο ὕ γ ρ α φ α⁵ βλ. ἐν τῷ κειμένῳ κατωτέρω ἐνταῦθα § 2.

4. Ἡ ἐξαιρέσις τῶν τοκομεριδίων, μερισματογράφων καὶ τῶν ἐν ὄψει πληρωτέων ἀτόκιων γραμματίων (οἷα εἶναι ἰδίως τὰ τραπεζογραμματῖα) ἀπὸ τῆς κήρυξεως αὐτῶν ὡς ἀνισχύρων ἐπὶ τῇ βάσει τῆς διαδικασίας προσκλήσεως, προβλέπεται καὶ εἰς τὸ ἄρθρ. 895 ΑΚ, ὡς ἐπίσης εἰς τὴν § 799 Γερμ.ΑΚ καὶ τὸ ἄρθρ. 988 ἘλβΚ Ἐνοχ., ἀφορᾷ δὲ μόνον εἰς τὰ ἀπεσπασμένα καὶ χωριστὰ κυκλοφοροῦντα τοκομερίδια καὶ μερισματούγραφα, διότι τὰ συνημμένα εἰς τὸν κύριον τίτλον (ὁμολογίαν, μετοχὴν) τοιαῦτα ἀποτελοῦν ἀναπόσπαστον μέρος τοῦ τίτλου καὶ κηρύσσονται ἀνάγκη ὁμοῦ μετ' αὐτοῦ βλ. ἄρθρ. 918 ΚΠολΔ. Ἐπίσης βλ. Πρακτικὰ τῆς Συντακτ. Ἐπιτροπῆς, τομ. 7ος, 1958 σ. 171 ἐπ. Ἡ ἐξαιρέσις αὕτη τῶν

καταργηθεισῶν πασῶν συλλήβδην τῶν ἐπὶ μέρους ρυθμίσεων (ἄρθρον 45 ΕἰσΝΚΠολΔ) ⁵.

3.- Συγκριτικὸν Δίκαιον. Ὁ Ἑλβετικὸς Κῶδιξ Ἐνοχῶν περιέχει ἀφ' ἐνός μὲν γενικὰς διατάξεις, ἀφορώσας εἰς τὴν δικαστικὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρου παντὸς ἐν γένει αξιογράφου (ἄρθρα 971, 972), ἀφ' ἑτέρου δὲ εἰδικὰς (διαδικαστικὰς) διατάξεις ἀφορώσας εἰς τὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρων τῶν εἰς τὸν κομιστὴν αξιογράφων περιλαμβανομένων καὶ τῶν τοκομεριδίων καὶ μερισματογράφων (ἄρθρα 981-989), αἵτινες ἔχουν κατ' ἀρχὴν ἐφαρμογὴν καὶ ἐπὶ τῶν ὀνομαστικῶν αξιογράφων (ἄρθρ. 977 ἐδ. 1), ἐνῶ παραλλήλως διατηρεῖ ρητῶς ἐν ἰσχύει τὰς εἰδικὰς διατάξεις τὰς ἀφορώσας εἰς τὴν ἀπώλειαν κλπ. τῶν καθ' ἕκαστον αξιογράφων, ἰδίᾳ τῆς συναλλαγματικῆς, τῆς ἐπιταγῆς καὶ τοῦ ἐνεχυρογράφου (ἄρθρ. 973).

Ἐν Γερμανίᾳ, ἡ ἐν ταῖς §§ 1003-1024 γερμ. Πολ. Δικ. ρυθμιζομένη διαδικασία προσκλήσεως (Aufgebotsverfahren) ἀφορᾷ εἰς τὰ ἔγγραφα ἐν γένει (Urkunden), εἰς τὴν ὁποίαν εὐρυτέραν ἔννοιαν περιλαμβάνονται ἅπαντα ἐν γένει τὰ αξιοῖγραφα. Ἄλλ' αἱ διατάξεις τῶν §§ 1003 ἐπ. γερμ. Πολ. Δ.

ἀπεσπασμένων τοκομεριδίων, μερισματογράφων καὶ ἀτόκων γραμματίων ἀπὸ τῆς κηρύξεως τῶν ὡς ἀνισχύρουn ὑφείλεται εἰς τὴν κατὰ κανόνα μικρὰν ἀξίαν τούτων καὶ εἰς τὴν κατὰ σχετικῶς συχνὰ χρονικὰ διαστήματα λήξιν τῶν δύο πρώτων, ἐνῶ ὡς πρὸς τὰ τραπεζογραμματῖα ἢ δικαστικὴ κήρυξις τῶν ὡς ἀνισχύρων ἀποβαίνει ἀνεφικτός λόγῳ τῆς μεγάλης διασπορᾶς αὐτῶν εἰς λίαν εὐρέα στρώματα λαοῦ βλ. Ν. Δελούκαν, ἐν Ἐρμ. ΑΚ ἄρθρ. 895 ἀριθ. 63 ἐπ. Καὶ κατὰ τὸν Ἑλβ. Ἐνοχ. δὲν ἐπιτρέπεται ἡ κήρυξις ὡς ἀνισχύρων τραπεζογραμματίων (ἄρθρ. 988), ἐνῶ ἐπὶ ἀπωλείας τοκομεριδίων εἶναι δυνατόν ὁ Δικαστής, τῇ αἰτήσῃ τοῦ ἀπολέσαντος, νὰ διατάξῃ δικαστικὴν παρακατάθεσιν τοῦ ἀντιστοίχου χρηματικῆς ποσοῦ (ἄρθρ. 987). Μετὰ παρέλευσιν τριετίας ἀπὸ τῆς λήξεως, ἂν δὲν ἀνηγγέλθῃ ἐν τῷ μεταξὺ δικαιούχῳ τις, τὸ ποσὸν ἀποδίδεται, κατόπιν νέας δικαστικῆς ἀποφάσεως, εἰς τὸν αἰτήσαντα τὴν παρακατάθεσιν (ἄρθρ. 987 ἐδ. 2).

5. Εἰς τὸ ἄρθρ. 45 ΕἰσΝΚΠολΔ τὰ ἄρθρα 895 - 899 ΑΚ δὲν ἀναφέρονται μεταξὺ τῶν καταργουμένων διατάξεων, δεδομένου ὅτι ἡ ἐν ἄρθροισι 904 - 921 ΚΠολΔ ρυθμιζομένη διαδικασία προσκλήσεως εἶναι συμπληρωματικὴ τούτων, ἀποτελοῦσα τὴν ἐν ἄρθρῳ 895 ΑΚ μνημονουμένην: «ἐν τῷ νόμῳ ὀριζομένη διαδικασία». Βλ. σχετικῶς Ν. Δελούκαν, ἐν Ἐρμ. ΑΚ, ἄρθρ. 895 ἀριθ. 4-19. Ὁμοίως δὲν ἀναφέρεται εἰς τὸ ἄρθρ. 45 ΕἰσΝΚΠολΔ μεταξὺ τῶν καταργουμένων διατάξεων τὸ ἄρθρ. 12α τοῦ Β. Δ. 174/1962 περὶ Κωδικοποιήσεως τοῦ Ν. 2190/1920 περὶ Ἄνων. Ἐταιριῶν (ἄρθρ. 37 Ν. Δ. 4237/1962) καὶ τοῦ διότι τὸ ἄρθρ. 45 ΕἰσΝΚΠολΔ ἔχει ὑπ' ὄψιν τοῦ μόνου διατάξεις περὶ ἀπωλείας, καταστροφῆς κλπ. αξιογράφων εἰς διατάξεις. Ὅτι ὁμοίως καὶ αἱ περὶ δικαστικῆς ἀκυρώσεως ὀνομαστικῶν μετοχῶν προϊσχύουσαι διατάξεις καθρηγῆθησαν συνάγεται ἀβιάστως ἐκ τῆς γενικῆς διατυπώσεως τῶν ἄρθρων 911 παρ. 1 καὶ 912 παρ. 1 ΚΠολΔ, ὁμιλοῦντων περὶ ἀξιογράφων ἐν γένει ἄνευ ἐξαίρεσεως. Ἀντίθετος ἀποψις θὰ ἦδυνάτο νὰ εὐσταθῆσθαι μόνον ὑπὸ τὴν ἐκδοχὴν ὅτι αἱ ὀνομαστικαὶ μετοχαὶ καὶ ἐν γένει οἱ ὀνομαστικοὶ τίτλοι δὲν εἶναι αξιοῖγραφα.

είναι καθαρῶς διαδικαστικά. Διὰ τὴν ἐφαρμογὴν τῶν ἀπαιτεῖται εἰδική παραπομπή εἰς αὐτὰς ὑπὸ διατάξεως οὐσιαστικοῦ δικαίου, οἷα ὑπάρχει ὡς πρὸς ὠρισμένα μόνον ἀξιογράφα (ὡς π.χ. ἄρθρ. 90 γερμ.Ν. Συναλλαγματ., ἄρθρ. 59 γερμ.Ν. περὶ Ἐπιταγῆς, §§ 808, 1162 Γερμ.ΑΚ κ.ο.κ.ε.). Ἐν τούτοις γίνεταί δεκτὸν ὑπὸ τῆς κρατούσης ἐν Γερμανίᾳ ἀπόψεως, ὅτι ἡ διαδικασία προσκλήσεως ἔχει ἀνάλογον ἐφαρμογὴν καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν ἀξιογράφων, ἀνευ εἰδικῆς νομοθετικῆς παραπομπῆς⁶.

Ὁ Ἰταλικὸς Ἀστικὸς Κώδιξ ποιεῖται διαφορικὴν μεταχείρισιν ἀφ' ἐνὸς τῶν τίτλων εἰς τὸν κομιστὴν, τῶν ὁποίων, κατ' ἀρχήν, δὲν ἐπιτρέπει τὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρων, ἐκτὸς ἂν ἄλλως ὀρίζεται ὑπὸ εἰδικῆς διατάξεως νόμου (ἄρθρ. 2006) καὶ ἀφ' ἐτέρου τῶν εἰς διαταγὴν καὶ ὀνομαστικῶν τίτλων, τῶν ὁποίων προβλέπεται εἰδικὴ διαδικασία κηρύξεως ὡς ἀνισχύρων (ammortamento ἄρθρα 2016 ἐπ., 2027).

Εἰς τὸ γαλλικόν δίκαιον, εἰς τὸ ὁποῖον δὲν ἔχει διαμορφωθῆ γενικὴ καὶ ἐνιαία ἔννοια τῶν ἀξιογράφων, ὑπάρχουν εἰδικαὶ μόνον διατάξεις διέπουναι τὴν ἀπώλειαν ἢ καταστροφὴν εἰδικῶς ὠρισμένων ἀξιογράφων, ὡς π.χ. τῆς συναλλαγματικῆς (ἄρθρ. 145 γαλλ.ΕΚ), τῆς ἐπιταγῆς (ἄρθρ. 366 γαλλ.Ν. τοῦ 1935) ἢ κατηγοριῶν τούτων, αἷων τῶν τίτλων εἰς τὸν κομιστὴν (Décret du 11.1.1956 relatif à la procédure à suivre en cas de dépossSESSION de titres au porteur ou de coupons). Διὰ τοῦ Διατάγματος τούτου, ἐν ἣ περιπτώσει στερηθῆ τις ἐξ οἰοῦδηποτε συμβάντος τῆς καταχῆς τίτλων εἰς τὸν κομιστὴν, τοκομεριδίων ἢ μερισματογράφων (coupons), προβλέπεται ἡ ὑποβολὴ δύο «oppositions», μιᾶς εἰς τὸ Ἐπιμελητήριον τῶν Χρηματομεσιτῶν (chambre syndicale des agents de change) καὶ ἐτέρας εἰς τὸ νομικὸν πρόσωπον τὸ ἐκδόν τὸν τίτλον, καὶ δὴ εἴτε ἀμοτέρων ἀθροιστικῶς, εἴτε τῆς ἐτέρας τούτων, κατὰ τὰς περιστάσεις. Ἡ opposition δημοσιεύεται εἰς τὸ ἐπὶ τούτῳ ἐκδιδόμενον Bulletin Officiel des Oppositions καὶ ἔχει ὡς ἀποτέλεσμα, ἀφ' ἐνὸς μὲν τὴν ἀπαγόρευσιν τῆς διαπραγματεύσεως καὶ μεταβιβάσεως τῶν τίτλων, ἀφ' ἐτέρου δὲ τὴν ἀπαγόρευσιν τῆς πληρωμῆς ὑπὸ τοῦ ἐκδότου, τῶν ἐν λόγῳ τίτλων τῶν τοκομεριδίων καὶ μερισματογράφων αὐτῶν, ὡς καὶ πάσης ἐν γένει πράξεως ἀφορώσης εἰς τοὺς ἐν λόγῳ τίτλους (ἄρθρ. 2 τοῦ Διατάγματος).

4.- Νομικὸς χαρακτήρ τῆς διαδικασίας προσκλήσεως. Αἱ γενικαὶ διατάξεις τοῦ Κώδικος Πολιτικῆς Δικονομίας, αἱ ἀφορῶσαι εἰς τὴν διαδικασίαν προσκλήσεως πρὸς ἀναγγελίαν δικαίωματος ἢ ἀπαιτήσεως ἐν γένει (ἄρθρα 904 - 910) εἶναι ἀπλῶς δῖα δῖα κ α σ τ ῖ κ α ἰ, δηλαδὴ χωρεῖ ἡ ἐν λόγῳ διαδικασία

6. Βλ. Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, 1938, σ. 99 ἐπ.

μόνον εις ἃς περιπτώσεις προβλέπει αὐτήν τὸ οὐσιαστικὸν δίκαιον, τὸ ὁποῖον καθορίζει καὶ τὰς οὐσιαστικὰς τῆς προϋποθέσεις⁷. Προκειμένου ἕμως περὶ κηρύξεως ὡς άνισχύρου ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος ἀξιογράφου, τὸ ἄρθρον 911 § 1 ΚΠολΔ (ἐν συνδυασμῷ πρὸς τὸ ἄρθρον 45 ΕἰσΝΚ ΠολΔ) δέον νὰ γίνῃ δεκτὸν ὅτι εἰσάγει διάταξιν οὐσιαστικοῦ δικαίου, ἐφ' ἧς καὶ μόνῃς, ἄνευ ἀνάγκης ἄλλῃς τινος οὐσιαστικῆς παραπεμπτικῆς διατάξεως νόμου, στηρίζεται ἡ ἐφαρμογὴ τῆς διαδικασίας προσκλήσεως ἐπὶ παντὸς ἐν γένει ἀξιογράφου. Ἡ ἀντίθετος ἄποψις, καθ' ἣν καὶ τοῦ ἄρθρου 911 ΚΠολΔ ἡ διάταξις εἶναι ἀπλῶς διαδικαστικὴ, θὰ ἄφηνε ἀκάλυπτα τόσον τὰ ὀνομαστικὰ ὅσον καὶ τὰ ἀνώνομα ἀξιογραφα, πλὴν τῶν ἀνωνόμων χρεωγράφων (δὲ ἂ ὑπάρχει εἰδικὴ παραπομπὴ εἰς τὸ ἄρθρ. 895 ΑΚ), ἐφ' ὧν δὲν θὰ εἶχεν ἐφαρμογὴν ἡ διαδικασία τῶν ἄρθρων 911 ἐπ. ΚΠολΔ, ἐλλείψει εἰδικῆς παραπεμπτικῆς εἰς αὐτὴν οὐσιαστικῆς διατάξεως νόμου⁸.

Κατὰ τὸν νομικὸν τῆς χαρακτῆρα καὶ κατὰ τὴν ρητὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 784 ΚΠολΔ, ἡ διαδικασία προσκλήσεως ἀνήκει εἰς τὴν ἐκούσιαν δικαιοδοσίαν⁹.

Εἰδικώτερον, σχετικῶς πρὸς τὴν δικαστικὴν κήρυξιν ἀξιογράφου ὡς άνισχύρου, παρατηρητέα τὰ ἑξῆς:

5.- Ὁ σκοπὸς τῆς κηρύξεως ἀξιογράφου ὡς άνισχύρου εἶναι διττός: Πρῶτον τίς τως, ὡς εἴρηται ἤδη, εἶναι ν' ἀναπληρωθῇ ἡ συντελεστὴς τῆς ἀπώλειας ἢ καταστροφῆς αὐτοῦ, ἐλλείπουσα κατοχὴ τοῦ τίτλου, διὰ τῆς δικαστικῆς ἀπο-

7. Τοῦτο ρητῶς ἀναφέρεται εἰς τὸ ἄρθρον 904 § 1 ΚΠολΔ. («εἰς τὰς ὑπὸ τοῦ νόμου ὀριζομέναις περιπτώσεις τὸ δικαστήριον δύναται...»), τινί- ζεται δὲ καὶ εἰς τὰ Πρακτικὰ τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς τοῦ ΚΠολΔ, τ. 7ος, σελ. 69 (Ε. Μιχελάκης) βλ. διὰ τὴν γερμ. ΠολΔ καὶ Blomeyer, Zivilprozessrecht, 1963, § 123, I, 1 σελ. 699.

8. Ἀντίθετος Σ. Σταυροπούλου, Ἐρμην. ΚΠολΔ, ἄρθρ. 904 σημ. 1, καθ' ὅν καὶ τοῦ ἄρθρου 911 ΚΠολΔ ἡ διάταξις εἶναι ἀπλῶς διαδικαστικὴ.

9. Βλ. Πρακτικὰ Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς τ. 7ος σ. 69 (Παρατηρήσεις Ε. Μιχελάκης). Ἀντιθέτως, ἐν τῷ γερμανικῷ Κώδικι Πολιτικῆς Δικονομίας, ἡ διαδικασία προσκλήσεως περιλαμβάνεται εἰς τὸ περὶ ἀμφισβητούμενης δικαιοδοσίας τμήμα. Παρὰ τοῦ- το γενικῶς ἀναγνωρίζεται ἐν τῇ γερμανικῇ ἐπιστήμῃ ὅτι κατὰ τὴν φύσιν αὐτῆς ἡ διαδικασία προσκλήσεως ὑπάγεται εἰς τὴν ἐκούσιαν δικαιοδοσίαν. Βλ. Blomeyer, ἢ διὰ τὸν ἀνωτ., F ö r s t e r - K a n n, ΖΠΟ, Εἰσαγωγ. παρατηρ. εἰς §§ 946 ἐπ. ἀρθ. 2, ἐπί- σης Σ. Σταυροπούλου, Ἐρμην. ΚΠολΔ, ἄρθρ. 904 σημ. 1. Ἡ διαδικασία προσκλή- σεως ἔλκει τὴν καταγωγὴν τῆς ἐκ τοῦ μεσαιωνικοῦ γερμανικοῦ νομικοῦ θεσμοῦ τῆς Verschweigung (ἀποσιωπήσεως), καθ' ὅν ὁ παραλείπων τὴν ἐγκαιρὸν γνωστοποίησιν δικαιώματος ἀντιτιθεμένου πρὸς τὸ φαινόμενον δίκαιον (νομιμοφάνειαν - Rechtschein), ὑφίστατο ἀπώλειαν τοῦ δικαιώματος βλ. Blomeyer § 123, I, σ. 699.

φράσεως, οὕτως ὥστε ὁ δικαιούχος νὰ δυνηθῇ ν' ἀσκήσῃ τὸ ἐκ τοῦ τίτλου δικαίωμα αὐτοῦ. "Ε π ε ι τ α, ἡ κατὰ τὴν διαδικασίαν προσκλήσεως κήρυξις τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου ἀποσκοπεῖ εἰς τὸ νὰ προστατευθῇ ὁ ἔχων νόμιμον δικαίωμα ἐπὶ τοῦ ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος τίτλου κατὰ τῆς καλοπίστου κτήσεως τοῦ ἀξιογράφου ὑπὸ τρίτου, ἥτις καλόπιστος κτῆσις ἀποκλείεται πλέον μετὰ τὴν δημοσίευσιν τῆς ἀποφάσεως τῆς κηρυκτοῦσης ἀνίσχυρον τὸν τίτλον. Ὡς ἐκ τούτου, ἐὰν τοιαύτη καλόπιστος κτῆσις τοῦ ἀξιογράφου ἔχη χωρήσει ἤδη πρὸ τῆς δημοσιεύσεως τῆς ἀποφάσεως, ὁ καλόπιστος τρίτος, ὁ ἀποκτήσας τὸ ἀξιογράφων καὶ μὴ δυνηθεὶς ν' ἀσκήσῃ τὰ ὑπὸ τοῦ νόμου ἀναγνωριζόμενα εἰς αὐτὸν ἐνδίκᾳ μέσα κατὰ τῆς ἀποφάσεως (βλ. κατωτέρω § 12), δύναται νὰ ζητήσῃ ἀπὸ τὸν ἐπιτυχόντα τὴν κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου τὴν εἰς αὐτὸν ἐκχώρησιν τῶν ἐκ τῆς ἀποφάσεως ἀπαιτήσεων ἢ τὴν ἀπόδοσιν τῆς εἰσπραχθεῖσης ἀπαιτήσεως ἐπὶ τῇ βιάσει τῶν περὶ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ διατάξεων ¹⁰.

6.- Νομιμοποιήσις αἰτουόντος. Ἐν προκειμένῳ ὁ νόμος (ἄρθρ. 912 § 1 ΚΠολΔ) διακρίνει δύο κατηγορίας ἀξιογράφων. Ἀφ' ἑνὸς τὰ εἰς τὸν κομιστὴν καὶ τὰ ὀπισθογραφημένα ἐν λευκῷ, καὶ ἀφ' ἑτέρου τὰ λοιπὰ ἀξιογραφα, ἧτοι τὰ ὀπισθογραφημένα διὰ τακτικῆς ὀπισθογραφῆσεως καὶ τὰ ὀνομαστικά.

α) Προκειμένου περὶ τῶν πρώτων νομιμοποιεῖται ὅπως ζητήσῃ τὴν ἐκδοσιν προσκλήσεως ὁ «μέχρι τοῦδε κομιστῆς» τοῦ τίτλου. Τὴν ἰδίαν ἔκφρασιν περιέχει καὶ τὸ ἄρθρ. 895 ΑΚ προκειμένου περὶ ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς ἀνωνύμων χρωγράφων. Ἡ ἔκφρασις αὕτη εἶναι εἰλημμένη ἐκ τῆς § 1004 γερμ ΠολΔ («der bisherige Inhaber»). Εἰς τὴν γερμανικὴν ἐπιστήμην ἐρίζεται τὸ ζήτημα ἂν διὰ τὴν νομιμοποίησιν τοῦ αἰτουόντος ἀρκεῖ νὰ εἶχεν οὗτος τὴν ἀπλὴν κατ' ὀχλὴν τοῦ ἐγγράφου ἢ ἂν ἔπρεπε νὰ ἦτο οὗτος καὶ νόμιμος κομιστῆς αὐτοῦ. Ἐν ὄψει τοῦ ὅτι ἡ δικαστικὴ κήρυξις ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου ἀποσκοπεῖ κυρίως εἰς τὴν ἀναπλήρωσιν τῆς ἀπολεσθείσης κατοχῆς τοῦ τίτλου, ἢ κρατούσα ἐν Γερμανίᾳ ἄποψις εἶναι ὅτι νομιμοποιεῖται εἰς τὴν αἴτησιν τῆς προσκλήσεως καὶ ὁ κατὰ τὴν στιγμὴν τῆς ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς ἀπλοῦς κάτοχος τοῦ τίτλου ¹¹, πρᾶγμα ὅμως τὸ ὁποῖον ὀδηγεῖ εἰς τὸ νομικὸς

10. Blomeyer, ἐνθ' ἄνωτ. σημ. 3.

11.- Οὔτω E. Jacoby ἐν Ehrenberg's HB σ. 391, Stein-Jonas-Schlosser, ZPO § 1004 παρατ. II, RGR Kommentar § 799 παρατ. 4, Cosack-Mitteis § 124, III, 4, Enneccherus - Lehmann, Schuldrecht, § 214, II, σημ. 2. Ἀντίθετοι Hellwig, System des Zivilprozesses, τ. 2ος σ. 96 ἐπ., Quassowski-Albrecht, WG, ἄρθρ. 90 παρατ. 4. Ἐικτενέστερον ἐπὶ τοῦ ζητήματος αὐτοῦ βλ. Ν. Δελούκα, ἐν ἙρμΑΚ, ἄρθρ. 985 ἀριθ. 23 ἐπ.

καί ήθικώς άπαράδεκτον συμπέρασμα ότι δύναται νά ζητήση τήν κήρυξιν τοῦ αξιογράφου ως άνισχύρου καί αὐτός ὁ κλέπτης τοῦ τίτλου! Καθ' ἡμᾶς, ἡ ἔκφρασις τοῦ νόμου «ὁ μέχρι τοῦδε κομιστής» νοεῖ τόν νόμιμον κομιστήν τοῦ αξιογράφου, οἷος ἐπὶ άνωνύμων αξιογράφων, ὡς καί ἐπὶ τοιούτων ὀπισθογραφημένων ἐν λευκῷ, τ ε κ μ α ί ρ ε τ α ι ὅτι εἶναι πᾶς κάτοχος τοῦ αξιογράφου. Τὸ τεκμήριον ὅμως τοῦτο εἶναι μαχητόν, δύναται δὲ πᾶς ἔχων ἔννομον συμφέρον (καί δὴ καί αὐτός ὁ ὀφειλέτης), παρεμβάινων εἰς τήν διαδικασίαν προσκλήσεως, ν' ἀμφισβητήσῃ τὸ νόμιμον τῆς ὑπὸ τοῦ αἰτούντος κατοχῆς τοῦ τίτλου κατὰ τήν στιγμὴν τῆς ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς. Τὸ γεγονός ὅτι ὁ ὀφειλέτης δύναται νά ἀμφισβητήσῃ τὸ δικαίωμα τοῦ ἐπιτυχόντος τήν δικαστικὴν άνισχυροποίησιν τοῦ αξιογράφου, καθ' ὃν χρόνον αὗτος θά ζητήσῃ τήν πρὸς αὐτὸν ἐκτέλεσιν τῆς ἐκ τοῦ αξιογράφου παροχῆς, δὲν ἀρκεῖ, φρονούμεν, ὅπως ἀποκλείσῃ τήν δυνατότητα προβολῆς τῆς αὐτῆς ἐνστάσεως καί κατὰ τήν διαδικασίαν προσκλήσεως, ἣτις εἶναι προπαρασκευαστικὴ τῆς ἀσκήσεως τοῦ δικαιώματος ἐκ τοῦ ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος αξιογράφου ¹².

Ἡ ἔκφρασις τοῦ νόμου «ὁ μέχρι τοῦδε κομιστής», περιλαμβάνουσα ἐν πάσῃ περιπτώσει καί τὸν ἐνεχυροῦχον πιστωτήν, τὸν ἐπικαρπωτήν, τὸν θεματοφύλακα καί τὸν πληρεξούσιον, δὲν ἀποκλείει ὅπως τήν δικαστικὴν άνισχυροποίησιν τοῦ αξιογράφου αἰτήσῃται καί ὁ διάδοχος, καθολικὸς ἢ εἰδικὸς (συνεπεία ἐκχωρήσεως), τοῦ κατὰ τήν στιγμὴν τῆς ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς κομιστοῦ τοῦ τίτλου. Ἀντιστοιχῶς, ὁ κατὰ τὸν χρόνον τῆς ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς τοῦ τίτλου κομιστής αὐτοῦ δὲν νομιμοποιεῖται ὡς αἰτῶν, ἂν πρὸ τῆς συζητήσεως τῆς αἰτήσεως μετεβίβασε τὸ δικαίωμά του δι' ἐκχωρήσεως ἢ παρητήθη αὐτοῦ ¹³.

β) Προκειμένου περὶ τῶν λοιπῶν αξιογράφων, νομιμοποιεῖται εἰς ὑποβολὴν τῆς αἰτήσεως «ὁ δυνάμενος νά ἀσκήσῃ τὸ ἐκ τούτων δικαίωμα», ἥτοι ἐπὶ μὲν τῶν ὀνομαστικῶν, ὁ ἐν τῷ αξιογράφῳ ὡς δικαιούχος κατονομαζόμενος, ἐπὶ δὲ τῶν εἰς διαταχὴν ὁ εἰς τήν τελευταίαν ὀπισθογραφῆσιν ἐμφαινόμενος δικαιούχος ἢ οἱ π ι θ α ν ο λ ο γ ο ῦ ν τ ε ς (ἄρθρ. 914 ΚΠολΔ) ἑαυτοὺς ὡς

12. Οὕτω καί Σ. Σταυρόπουλος, ἘρμηνΚΠολΔ, ἄρθρ. 912 σημ. 2, β, καθ' ὃν, ἐπὶ τίτλων εἰς τὸν κομιστὴν ἢ ὀπισθογραφημένων ἐν λευκῷ, αἰτῶν δύναται νά εἶναι ὁ τελευταῖος νόμιμος κάτοχος τοῦ τίτλου.

13. Κατὰ τὸ ἄρθρ. 971 ἐδ. 2 ἘλβΚ Ἐνοχ. «τὴν κήρυξιν αξιογράφου ὡς άνισχύρου δύναται νά ζητήσῃ ὁ κατὰ τὸν χρόνον τῆς ἀπωλείας ἢ τῆς ἀνακαλύψεως τῆς ἀπωλείας δικαιούχος ἐπὶ τοῦ ἐγγράφου». Ἐν τούτοις γίνονται δεκτὰ ἐν Ἐλβετίᾳ τὰ ἑνταῦθα ἐν τῷ κειμένῳ ἀναπτυσσόμενα περὶ τῆς νομιμοποιήσεως τῶν καθολικῶν ἢ εἰδικῶν διαδόχων κλπ. βλ. J ä g g i, ἐν Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Zürich, 1957, ἄρθρα 971, 972 παρατ. 116.

καθολικούς ή ειδικούς διαδόχους τούτων. Ο νόμος δὲν ἀπαιτεῖ ὅπως ὁ αἰτῶν εἶναι κύριος τοῦ ἀξιογράφου καὶ τοῦ ἐξ αὐτοῦ δικαιώματος. Καὶ ὁ λόγος ἐνεχύρου ἢ λόγος πληρῆς οὐσιότητος κομιστῆς τοῦ ἀξιογράφου νομιμοποιεῖται ὅπως ζήτηση τὴν κήρυξιν αὐτοῦ ὡς ἀνισχύρου, ὡς ἐπίσης καὶ ὁ ἐπικαρπότης αὐτοῦ. Δέον δὲ νὰ γίνῃ δεκτὸν ὅτι καὶ ὁ θεματοφύλαξ τοῦ ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος ἀξιογράφου, ἐνεργῶν ἐν τῷ συμφέροντι τοῦ παρακαταθέτου, νομιμοποιεῖται εἰς τὴν προκειμένην αἴτησιν (πρβλ. καὶ ἄρθρ. 997 ΑΚ). Ἐὰν μετὰ τὴν ἀπώλειαν ἢ καταστροφὴν ἐχώρησε διαδοχὴ (καθολικὴ ἢ ἐιδικὴ) εἰς τὸ ἐκ τοῦ ἀξιογράφου δικαίωμα νομιμοποιεῖται ὡς αἰτῶν ὁ νέος δικαιούχος¹⁴.

Κατὰ ταῦτα, ἡ διαφορὰ μεταξὺ τῆς πρώτης κατηγορίας τῶν ἀξιογράφων (ἀνώνυμων καὶ ὀπισθογραφημένων ἐν λευκῷ) καὶ τῶν λοιπῶν ἀξιογράφων ἐγκριταὶ εἰς τὸ ὅτι, ἐπὶ τῶν πρώτων, ὁ αἰτῶν, δὲν χρειάζεται νὰ πιθανολογήσῃ τὸ δικαίωμά του, διότι τοῦτο τεκμαίρεται ἐκ τῆς (κατὰ τὴν στιγμὴν τῆς ἀπώλειας ἢ καταστροφῆς) κατοχῆς τοῦ τίτλου, ἐνῶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν ἀξιογράφων ὁ αἰτῶν, ὡσάκις ἢ νομιμοποιήσις του δὲν προκύπτει ἐξ αὐτοῦ τοῦ τίτλου (ἀν δὴλ. δὲν ἀναφέρεται ὡς λήπτης ἢ ὡς τελευταῖος δικαιούχος ἐξ ἀδιακόπου σειρᾶς ὀπισθογραφῆσεων) ὀφείλει νὰ πιθανολογήσῃ τὸ ἐκ τοῦ ἀξιογράφου δικαίωμά του, διότι τοῦτο ἀποτελεῖ στοιχεῖον τῆς αἰτήσεώς του.

7.- Προϋποθέσεις. Διὰ τὴν δικαστικὴν κήρυξιν ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου ἀπαιτεῖται ἡ συνδρομὴ ὠρισμένων προϋποθέσεων, καὶ δῆ:

α) νὰ ἐχώρησεν ἀπώλεια, κλοπὴ ἢ καταστροφὴ τοῦ ἀξιογράφου (ἄρθρ. 912 § 1 ΚΠολΔ, ἄρθρ. 895 ΑΚ)¹⁵. Ὑπὸ τὸν ὄρον «ἀπώλεια», ὅστις εἶναι εὐρύτατος, νοεῖται πᾶσα ἐν γένει ἀδυναμία ἐμφανίσεως τοῦ ἀξιογράφου, πλὴν τῆς καταστροφῆς. Ἄρα περιλαμβάνεται εἰς αὐτὸν καὶ ἡ ὑπεξαίρεσις, ἔτι δὲ καὶ αὐτὴ αὐτὴ ἢ χωριστὰ μνημονευομένη «κλοπὴ» τοῦ ἀξιογράφου. Ἀντιθέτως ὁ ὄρος «κλοπὴ» ἐκλαμβάνεται στενῶς, μὴ περιλαμβάνων καὶ τὴν ὑπεξαίρεσιν¹⁶. Ὑπὸ τὸ ὄρον «καταστροφὴ», ἀφ' ἑτέρου, νοεῖται ὅχι μόνον ἡ πλήρης ἐξαφάνισις τῆς ὑλικῆς ὑποστάσεως τοῦ τίτλου, ἀλλὰ καὶ πᾶσα τοιαύ-

14. Βλ. J ā g g i, ἄρθρα 971, 972 παρατ. 45.

15. Τὸ ἄρθρ. 895 ΑΚ ἀφορᾷ εἰς μόνα τὰ ἀνόνομα χρεώγραφα καὶ ἐνδεχομένως κατ' ἀνάλογον ἐφαρμογὴν, εἰς πάντα τὰ ἀνόνομα ἀξιογραφα. Ἐκ τοῦ ἄρθρου 912 § 1 ΚΠολΔ ὅμως, συνάγεται σαφῶς ὅτι ἡ προϋπόθεσις αὕτη ἀπαιτεῖται διὰ τὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρου παντὸς ἐν γένει ἀξιογράφου.

16. Βλ. ἐκτενέστερον περὶ τῶν προϋποθέσεων αὐτῶν Ν. Δελούκα ν, ἐν Ἑρμ. ΑΚ, ἄρθρ. 895, ἀριθ. 27 καὶ 28.

της ἐκτάσεως ἀλλοιώσεως ἢ μεταβολή, ὥστε νὰ μὴ διαγιγνώσκωνται πλέον τὸ οὐσιῶδες περιεχόμενον ἢ τὰ διακριτικὰ στοιχεῖα αὐτοῦ¹⁷.

Ἀκόμη καὶ λευκόν, ἤτοι ἀσυμπλήρωτον ἀξιογράφων (βλ. ἄρθρ. 10 Ν. 5325/1932, ἄρθρ. 13 Ν. 5960/1933) δύναται, κατὰ τὴν κρατοῦσαν ἄποψιν, νὰ κηρυχθῇ ὡς ἀνισχύρον, καίτοι πρὸ τῆς συμπληρώσεώς του δὲν εἶναι γεγεννημένον τὸ ἐξ αὐτοῦ δικαίωμα¹⁸.

Ὅσάκις τὸ ἀξιογράφων ἔχει ἐκδοθῆ εἰς πλείονα ἀντίτυπα καὶ ἀπαιτεῖται διὰ τὴν ἄσκησιν τοῦ ἐξ αὐτοῦ δικαιώματος ἢ ἐμφάνισις πάντων τῶν ἀντιτύπων (βλ. π.χ. ἄρθρα 65 ἐπ. Ν. 5325/32), ἀπολεσθῇ δ' ἐν ἐξ αὐτῶν, χωρεῖ ἡ διαδικασία κηρύξεως ἀνισχύρου μόνον τοῦ ἀπολεσθέντος ἀντιτύπου¹⁹.

β) Νὰ ὑφίσταται ἀδυναμία ἀνακτήσεως τοῦ τίτλου, εἴτε διότι εἰς οὐδένα περιῆλθεν οὗτος (ἐν περιπτώσει καταστροφῆς ἢ ἀπωλείας ἄνευ ἀνευρέσεώς του ὑπὸ τρίτου), εἴτε διότι ὁ εἰς ὃν περιῆλθεν ὁ τίτλος εἶναι ἄγνωστος εἰς τὸν ἀπολέσαντα (αἰτοῦντα). Ἀντιθέτως, ἂν ὁ εἰς ὃν περιῆλθεν ὁ τίτλος εἶναι γνωστός εἰς τὸν ἀπολέσαντα δὲν δύναται οὗτος νὰ ζητήσῃ τὴν κήρυξιν τοῦ τίτλου ὡς ἀνισχύρου, ἀλλὰ μόνον νὰ ἐναγάγῃ τὸν κάτοχον διὰ τῆς διεκδικητικῆς ἢ τῆς περὶ νομῆς ἀγωγῆς πρὸς ἀπόδοσιν τοῦ τίτλου, ἐκτὸς ἂν ἐξ ἄλλων λόγων δὲν εἶναι δυνατὴ ἡ διεκδίκησις (π.χ., διότι καίτοι εἶναι γνωστὴ ἡ ταυτότης τοῦ κατόχου, εἶναι ἄγνωστος ἡ διακονή του ἢ διότι κατὰ τὸ δίκαιον τοῦ τόπου ἐνθα διαμένει ὁ κάτοχος δὲν παρέχεται προστασία εἰς τὸν αἰτοῦντα)²⁰.

γ) νὰ μὴ ὑπάρχῃ ἐν τῷ τίτλῳ ἀντίθετος ρήτρα, ἀποκλείουσα τὴν ἐπιδιώξιν δικαστικῆς ἀνισχυροποιήσεως τοῦ τίτλου. Ἡ προϋπόθεσις αὕτη ἀναφέρεται ρητῶς εἰς τὸ ἄρθρ. 815 ΑΚ προκειμένου περὶ ἀνωνύμων χρεωγράφων, δὲν συντρέχει δὲ λόγος νὰ δεχθῶμεν ὅτι κατηργήθη ὑπὸ τῶν ἄρθρων 911, 912 ΚΠολΔ. Ἐν ταιούτῃ περιπτώσει θὰ πρέπει νὰ δεχθῇ τις ὅτι θὰ ἔχη ἐφαρμογὴν καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἀξιογράφων, δεδομένου ὅτι τὸ δικαίωμα τοῦ κομιστοῦ ἀξιογράφου καθορίζεται κατ' ἀρχὴν ἐκ τοῦ περιεχομένου τοῦ τίτλου (ἀκόμη καὶ ἐπὶ τῶν μὴ γραμματοπαγῶν ἀξιογράφων), ὁ δὲ ἀποκλεισμός τῆς διαδικασίας προσκλήσεως ὑπὸ τοῦ ἐκδότου τοῦ τίτλου, σύμφωνα πρὸς τὴν ἀρχὴν τῆς ἐλευθερίας τῶν συναλλαγῶν, δὲν προσκρούει εἰς ἀπαγορευτικὸν τινα κανόνα δημοσίας τάξεως²¹.

17. Περὶ τοῦ ὅρου «οὐσιῶδες περιεχόμενον» βλ. κατωτέρω ἐνταῦθα § 9. Ἐκτενέστερον βλ. Ν. Δελούκαν, ἐνθ' ἀνωτ. ἀριθμ. 29.

18. J ä g g i, ἐνθ' ἀνωτ. παρατ. 102.

19. J ä g g i, αὐτόθι, παρατ. 35.

20. Βλ. Ν. Δελούκαν, ἐνθ' ἀνωτ. ἀριθμ. 25.

21. Οὕτω καὶ Σ. Σταυρόπουλος, Ἐρμην. ΚΠολΔ, ἄρθρ. 911, σμ. 3. Ἐν

8.- Ἀρμόδιον δικαστήριον, ὅπως δικάσῃ τὴν αἴτησιν ἐκδόσεως προσκλήσεως καὶ κηρύξῃ ἀνίσχυρον τὸ ἀξιόγραφον, εἶναι τὸ δικαστήριον τοῦ τόπου τῆς πληρωμῆς τοῦ ἀναφερομένου ἐν τῷ ἀξιογράφῳ, ἐλλειπούσης δὲ μνείας τόπου πληρωμῆς, τὸ δικαστήριον τῆς περιφέρειας, ὅπου ὁ ἐκδότης ἔχει τὴν ἔδραν του (ἐὰν πρόκειται περὶ νομικοῦ προσώπου) ἢ, ἐπὶ φυσικοῦ προσώπου, τὴν κατοικίαν του, ἐν ἐλλείψει δὲ κατοικίας, τὴν διαμονὴν του (ἄρθρ. 912 § 2 ΚΠολΔ, κατὰ τροποποίησιν, προκειμένου περὶ ἀξιογράφων, τοῦ ἄρθρου 904 § 2 ΚΠολΔ, ὀρίζοντος ὡς ἀρμόδιον δικαστήριον, διὰ τὰς λοιπὰς περιπτώσεις τῆς διαδικασίας προσκλήσεως, τὸ δικαστήριον τῆς περιφέρειας τῆς κατοικίας, ἢ σχετικῶς, τῆς διαμονῆς τοῦ αἰτούντος). Καθ' ὕλην ἀρμόδιον εἶναι τὸ Μονομελὲς Πρωτοδικεῖον (ἄρθρ. 785 ΚΠολΔ) ²².

9.- Περιεχόμενον τῆς αἰτήσεως. Ἡ αἴτησις δέον νὰ περιέχῃ τὸ οὐσιῶδες περιεχόμενον τοῦ κλαπέντος, ἀπολεσθέντος ἢ καταστραφέντος ἀξιογράφου (ἄρθρ. 913 ΚΠολΔ). Ὑπὸ τὸν ὄρον «οὐσιῶδες περιεχόμενον» ὁ νόμος νοεῖ τὰ στοιχεῖα ἐκεῖνα τὰ ὅποια εἶναι ἀναγκαῖα διὰ νὰ προσδιορισθῇ ἀτομικῶς ὁ τίτλος. Ταῦτα εἶναι ἐν πάσῃ περιπτώσει ὁ ὀφειλέτης, ὁ (τυχὸν διάφορος τοῦ ὀφειλέτου) ἐκδότης, ἢ ἐν τῷ ἀξιογράφῳ ἐνωματομένη παροχή, ὁ χρόνος τῆς λήξεως καὶ πάντα ἐν γένει τὰ ἀπαραίτητα διὰ τὸ κύρος τοῦ ἀξιογράφου στοιχεῖα (π.χ. ἐπὶ συναλλαγματικῶν καὶ γραμματίων εἰς διαταγὴν τὰ κατὰ τὰ ἄρθρα 1 καὶ 75 Ν. 5325/1932, ἐπὶ ἐπιταγῆς τὰ κατ' ἄρθρ. 1 τοῦ Ν. 5960/1933 στοιχεῖα, ἐπὶ ἀνωμόμων μετοχῶν καὶ ὁμολογιῶν ὁ αὐξων ἀριθμὸς αὐτῶν κλπ.) Αὐτόνοητον εἶναι ὅτι εἰς τὴν αἴτησιν δέον νὰ περιέχωνται καὶ τὰ στοιχεῖα παντὸς ἐν γένει δικογράφου εἰσαγωγικοῦ δίκης κατὰ τὴν διαδικασίαν τῆς ἐκουσίας δικαιοδοσίας (ἄρθρ. 793 § 2 ΚΠολΔ), καὶ δὴ εἰς τὴν ἱστορικὴν τῆς βάσιν νὰ περιέχωνται τὰ πραγματικὰ περιστατικά, ὅφ' ἃ ἔλαβε χώραν ἢ κλοπὴ, ἀπώλεια ἢ καταστροφὴ τοῦ τίτλου.

10.- Διαδικασία. Τὸ δικαστήριον, ἐπιλαμβανόμενον τῆς αἰτήσεως, ἐξετάζει ἐν πρώτοις τὸ παραδεκτὸν αὐτῆς καὶ δύναται νὰ ὑποχρεώσῃ τὸν αἰτούντα ὅπως

²² Ἐ λ β ε τ ι α ἀντιθέτως, διδάσκειται ὅτι αἱ διατάξεις περὶ δικαστικῆς κηρύξεως τοῦ τίτλου ὡς ἀνίσχυρου ἀποτελοῦν ἀναγκαστικὸν δικαίον καὶ δὲν δύναται ν' ἀποκλεισθῇ ἡ ἐφαρμογὴ των διὰ τῆς ἰδιωτικῆς βουλήσεως τῶν μερῶν, καὶ δὴ τοῦ ἐκδότη· βλ. J ā g g i, ἄρθρα 971, 972 σημ. 84. Προκειμένου ὁμως εἰδικῶς περὶ ὀνομαστικῶν ἀξιογράφων τὸ ἄρθρ. 977 ἐδ. 2 Ἐλβετ.Κ. Ἐνοχ. ρητῶς ἐπιτρέπει εἰς τὸν ὀφειλέτην νὰ περιλάβῃ εἰς τὸ ἀξιόγραφον ρήτρας ἀπλοποιούσας τὴν διαδικασίαν κηρύξεως ἀνίσχυρου τοῦ ἀξιογράφου.

²² Τὸ Μονομελὲς Πρωτοδικεῖον ὀρίζετο εἰδικῶς διὰ ρητῆς ἀπ' εὐθείας μνείας ὡς τὸ ἀρμόδιον δικαστήριον εἰς τὸ ἄρθρ. 1 § 2 τοῦ περὶ τῆς διαδικασίας προσκλήσεως Προσχεδίου τοῦ Εἰσηγητοῦ· βλ. Πρακτικὰ Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς, τόμ. 7ος, σ. 70 καὶ σ. 161.

βεβαιώση ενόρκως τὸ περιεχόμενον τῆς αἰτήσεως (ἄρθρ. 905 § 1 ΚΠολΔ). Ἐὰν κρίνη τὴν αἴτησιν παραδεκτὴν διατάσσει τὴν πρὸ σ κ λ η σ ι ν πρὸς ἀναγγελίαν παντὸς ἰσχυριζομένου ὅτι ἔχει δικαίωμα ἢ ἀπαίτησιν σχετικὴν πρὸς τὸ ἀξιόγραφον τοῦ ὁποίου ζητεῖται ἡ κήρυξις ὡς ἀνισχύρου (ἄρθρ. 905 § 2 ΚΠολΔ). Ἡ ἐν λόγῳ «πρόσκλησις» γίνεται ἐπιμελεῖς τοῦ αἰτούντος καὶ δέον νὰ περιέχῃ : 1ον) τὸ ὄνομα καὶ τὴν κατοικίαν τοῦ αἰτούντος. 2ον) Προθεσίαν, ἐντὸς τῆς ὁποίας ὁ κάτοχος τοῦ ἀξιογράφου νὰ καλῆται ὅπως ἀναγγεῖλῃ τὰ δικαιώματα αὐτοῦ καί, ἐφ' ὅσον κατέχῃ τὸ ἀξιόγραφον, καταθέσῃ αὐτὸ εἰς τὴν γραμματεῖαν τοῦ δικαστηρίου. Ἡ προθεσμία αὕτη δέον νὰ εἶναι τοῦλάχιστον 60 ἡμερῶν, ἀλλ' ἐπὶ ἀξιογράφων ἐφ' ὧν περιοδικῶς καταβάλλονται πρόσοδοι (οἶον μετοχῶν ἀνωνύμων ἐταιριῶν, ὁμολογιῶν δανείων καὶ ἐντόκων γραμματιῶν) ἢ προθεσμία αὕτη καθορίζεται ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, λαμβανομένου ὑπ' ὄψιν τοῦ χρόνου τῆς κλοπῆς, ἀπωλείας ἢ καταστροφῆς τοῦ ἀξιογράφου καὶ τοῦ χρόνου καθ' ὃν αἱ πρόσοδοι καθίστανται ἀπαιτηταί (ἄρθρ. 906 § 2 ἐν συνδυασμῷ πρὸς ἄρθρ. 916 ΚΠολΔ). 3ον) Νὰ ὀρίξῃ ὡς βλάβη, ἐν περιπτώσει παραλείψεως τῆς ἀναγγελίας, τὴν ἀπώλειαν τῆς ἰσχύος τοῦ τίτλου (ἄρθρ. 915 § 1, ἐν συνδυασμῷ πρὸς ἄρθρα 905 § 2 καὶ 905 § 2 ΚΠολΔ). Ἡ πρόσκλησις δέον νὰ δημοσιεῦται εἰς μίαν ἢ πλείονας ἐφημερίδας, ὀριζομένης ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, ἀπαξ ἢ ὅσας φορὰς ἤθελεν ὀρίσει ἢ ἀπόφασις, ἐπίσης δὲ εἰς τὸ Δελτίον Ἀνωνύμων καὶ Περιορισμένης Εὐθύνης Ἐταιριῶν τῆς Ἐφημερίδος τῆς Κυβερνήσεως καὶ νὰ τοιχοκολλᾶται εἰς τὴν αἴθουσαν τοῦ Χρηματιστηρίου Ἀθηνῶν (ἄρθρ. 915 § 2, ἐν συνδυασμῷ πρὸς ἄρθρ. 906 § 1 ΚΠολΔ). Ἡ ἐν τῇ προσκλήσει ὀριζομένη προθεσμία πρὸς ἀναγγελίαν ἄρχεται ἀπὸ τῆς τελευταίας δημοσιεύσεως (ἄρθρ. 906 § 2 ΚΠολΔ).

Ἐὰν ὁ κάτοχος²³ τοῦ ἀξιογράφου ἀναγγεῖλῃ τὸ δικαίωμα αὐτοῦ²⁴ καὶ

23. Τὰ ἄρθρα 915 § 1 καὶ 917 ΚΠολΔ ὁμιλοῦν περὶ «κομιστοῦ» τοῦ ἀξιογράφου. Εἶναι ὁμως προφανές ὅτι τοῦ ἑνός τούτου γίνεται ἐσφαλμένη χρῆσις. Κατὰ τὴν ἐν τῷ δικαίῳ τῶν ἀξιογράφων ἐπικρατήσαντα ὁρολογίαν «κομιστής» εἶναι ὁ ἐκ τοῦ ἀξιογράφου τυπικῶς νομιμοποιούμενος ὡς δικαιοῦχος. Καὶ προκειμένου μὲν περὶ ἀ ν ω ν ὄ μ ω ν ἀξιογράφων ὁ ἀπλοῦς «κάτοχος» εἶναι καὶ «κομιστής» τοῦ ἀξιογράφου διότι ἡ ἀπλή κατοχὴ τοῦ τίτλου ἀρκεῖ διὰ τὴν ἐν λόγῳ τυπικὴν νομιμοποίησιν (πρβλ. ἄρθρ. 889 ΑΚ). Προκειμένου ὁμως περὶ τῶν εἰς διαταχὴν ἀξιογράφων «κομιστής» εἶναι ὁ κάτοχος τοῦ ἀξιογράφου μόνον ἂν ἡ τυπικὴ του νομιμοποίησις θεμελιούται ἐπὶ ἀδιακόπου σειρᾶς ὀπισθογραφῆσεων μὲ τελευταῖον ἐξ ὀπισθογραφῆσεως δικαιοῦχον τὸν κάτοχον τοῦ ἀξιογράφου (βλ. ἄρθρ. 16 ἐδ. 1 Ν. 5325/1932 περὶ συναλλαγματικῆς, ἐφαρμοζόμενον ἀναλόγως ἐπὶ παντὸς ἐν γένει ἀξιογράφου εἰς διαταχὴν). Ἐπὶ τῶν ὀνομαστικῶν ἀξιογράφων πάλιν, ὁ κάτοχος εἶναι κομιστής μόνον ἂν ἀναφέρεται εἰς τὸ κείμενον τοῦ ἀξιογράφου ὡς ὁ ἐξ αὐτοῦ δικαιοῦχος: βλ. Ν. Δ ε λ ο ῦ κ α , Ἀξιόγραφα, § 19. Εἰς τὴν συζήτησιν ἐνώπιον τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς τοῦ ΚΠολΔ τοῦτο παρετηρήθη ὑπὸ τοῦ Προέδρου αὐτῆς, ἀλλὰ δὲν ἐγένετο δεκτὸν ὑπὸ τῆς Ἐπιτροπῆς. Βλ. Πρακτικὰ Συντακτ. Ἐπιτροπῆς, τ. 7ος, σ. 166. Ὅπως ἐναῦθα καὶ Σ. Σ τ α υ ρ ὀ π ο υ λ ο ς Ἑρμην.ΚΠολΔ, ἄρθρ. 915 σημ. 4α.

24. Ἡ ἀναγγελία γίνεται ἐγγράφως καὶ κατατίθεται εἰς τὴν γραμματεῖαν τοῦ δικαστηρίου συντασσομένης ἐκθέσεως (ἄρθρ. 907 ΚΠολΔ).

καταθέσει τὸν τίτλον, ἢ γραμματεία τοῦ δικαστηρίου καλεῖ ἀμελλητί τὸν αἰτήσαντα τὴν ἐκδοσιν τῆς προσκλήσεως ὅπως λάβῃ γνῶσιν τῶν γεγονότων αὐτῶν (ἄρθρ. 917 ΚΠολΔ)²⁵. Εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην ἡ διαδικασία κηρύξεως τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου περατοῦται, μὴ ἔχουσα ἔννοια, ἐφ' ὅσον διὰ τῆς ἀναγγελίας καὶ καταθέσεως τοῦ τίτλου κατέστη πλέον γνωστός ὁ κάτοχος αὐτοῦ, τοῦ αἰτήσαντος τὴν ἐκδοσιν προσκλήσεως δυναμένου πλέον νὰ διεκδικήσῃ παρ' αὐτοῦ τὸν τίτλον ἢ νὰ ζητήσῃ τὴν εἰς αὐτὸν ἀπόδοσιν του διὰ τῆς περὶ νομῆς ἀγωγῆς. Ἐδαφος ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 909 § 1 ΚΠολΔ, δὲν ὑπάρχει ἐν προκειμένῳ, διότι ἐπὶ τῶν ἀξιογράφων τὸ ἀμφισβητούμενον δικαίωμα ἐνσωματοῦται ἐν αὐτῷ τῷ τίτλῳ, συνεπῶς δ' ἐπ' αὐτῶν ἡ ἀμφισβήτησις περὶ τὸ δικαίωμα ταυτίζεται πρὸς τὴν ἀμφισβήτησιν περὶ τὴν κατοχὴν τοῦ τίτλου²⁶. Τοῦτο ἔχει οὕτως εἴτε δύναται νὰ συνυπάρξουν τὰ δικαίωματα τοῦ αἰτοῦντος καὶ τοῦ καταθέσαντος τὸ ἀξιογράφων (π.χ. κυριότης καὶ ἐνεχύρον, κυριότης καὶ ἐπικρατορία), εἴτε ὄχι²⁷. Ἐνδεχομένως, ὁ αἰτήσας δύναται νὰ ζητήσῃ τὴν ἐπίσχεσιν τοῦ κατατεθέντος ἀξιογράφου ὡς ἀσφαλιστικὸν μέτρον (ἄρθρ. 726 ἐπ. ΚΠολΔ)²⁸.

25. Ἡ ἀντίστοιχος διάταξις τῆς § 1016 γερμ. ΠολΔ. διαφέρει κάπως. Κατ' αὐτὴν τὸ δικαστήριον τάσσει ὁ ρ ι σ μ ἔ ν η ν π ρ ο θ ε σ μ ι α ν εἰς τὸν αἰτοῦντα, ἵνα προσερχόμενος λάβῃ γνῶσιν τοῦ κατατεθέντος ἐγγράφου καὶ ἐξετάσῃ αὐτό. Κατ' αἴτησιν τοῦ κατόχου τοῦ ἐγγράφου (ὅστις δι' οὐδὲν τρόπον λόγον δὲν θέλει νὰ καταθέσῃ αὐτό) δύναται νὰ ὀρισηθῇ ὀρισμένη ἡμέρα καὶ ὥρα, καθ' ἣν ὁ κάτοχος δέον νὰ προσκομίσῃ καὶ ἐπιδείξῃ τὸ ἐγγράφον εἰς τὸν αἰτοῦντα.

26. Κατὰ τὸ ἄρθρ. 909 παρ. 1 ΚΠολΔ, ἀντιστοιχοῦν πρὸς τὴν § 953 γερμ. ΠολΔ., γενομένης ἀναγγελίας καὶ ἀμφισβητούμενου τοῦ δικαιώματος ἢ τῆς ἀπατήσεως τοῦ αἰτοῦντος, τὸ δικαστήριον δύναται εἴτε ν' ἀναστείλῃ τὴν διαδικασίαν μέχρις ὅτου λυθῇ ἡ ἀμφισβήτησις εἴτε νὰ ἐκδώσῃ ἀπόφασιν ἐπιφυλασσομένου τοῦ δικαιώματος τοῦ ἀναγγελομένου.

27. Οὕτω κατὰ βάσιν καὶ Stein - Jonas - Schlosser, § 953 παρ. 1, 2. Περίπτωσις καθ' ἣν εἶναι ἐνδεχομένως νοητὴ ἡ ἐφαρμογὴ τοῦ ἄρθρου 909 παρ. 1 ΚΠολΔ ἐπὶ δικαστικῆς κηρύξεως ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου, εἶναι ἐκείνη, καθ' ἣν τὴν ἀνισχυροποίησιν αἰτεῖται ὁ ἀπολέσας τὸ ἀξιογράφων ἐνεχυροῦχος δανειστής ἢ ἐπικρατωτής, ἀναγγέλλεται δὲ ὁ κύριος τοῦ ἀξιογράφου (ὁ μὴ κατέχων καὶ συνεπῶς μὴ καταθέτων αὐτό). Εἰς τὴν περίπτωσιν αὕτην εἶναι νοητὴ ἡ κήρυξις ὡς ἀνισχύρου τοῦ ἀξιογράφου, ἐπιφυλασσομένου τοῦ δικαιώματος κυριότητος τοῦ ἀναγγελομένου, καίτοι κατὰ κανόνα τοῦτο θά εἶναι περιττόν, δεδομένου ὅτι ὁ αἰτῶν τὴν ἀκύρωσιν θά ἔχῃ προσδιορίσει τὸ ὑπ' αὐτοῦ ἐπικαλούμενον περιωρισμένον ἐπὶ τοῦ ἀξιογράφου δικαίωμα εἰς τὸ ἱστορικὸν τῆς αἰτήσεώς του.

28. Κατὰ τὸ ἄρθρ. 985 ἘλβΚ'Ἐνοχ (ἀφορῶν εἰς τὰ ἀνόνομα ἀξιογράφα, ἐφαρμοζόμενον ὁμοίως κατ' ἄρθρ. 977 ἐδ. 1 ἘλβΚ'Ἐνοχ καὶ ἐπὶ ὀνομαστικῶν ἀξιογράφων) ὡς ἐπίσης κατὰ τὸ ἄρθρ. 1078 ἘλβΚ'Ἐνοχ (ἀφορῶν εἰς τὴν συναλλαγματικὴν), τὸ ἄρθρον 1143 ἀρθ. 19 ἘλβΚ'Ἐνοχ (ἀφορῶν εἰς τὴν τραπεζικὴν ἐπιταγὴν) καὶ τὸ ἄρθρ. 1152 ἐδ. 2 ἘλβΚ'Ἐνοχ, (ἀφορῶν εἰς τὰ λοιπὰ εἰς διαταγὴν ἀξιογράφα), κατατεθέντος τοῦ ἀξιογράφου, ὁ δικαστὴς θέτει προθεμίαν πρὸς ἔγερσιν ἀγωγῆς ἐπὶ ἀποδόσει τοῦ ἀξιογράφου. Μὴ ἔγερ-

Εις τὰ πρακτικὰ τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς τοῦ ΚΠολΔ (τ. 7ος σ. 168) διευκρινίζεται ὅτι, «ἐὰν κατατεθῇ τὸ ἀξιόγραφον ὁ καταθέσας δύναται νὰ ζητήσῃ τὴν ἀνάκλησιν τῆς προσκλήσεως». Ἡ διευκρίνησις αὕτη δὲν ἀκριβολογεῖ καθ' ἡμᾶς, διότι, ὡς εἴρηται, διὰ τῆς καταθέσεως τοῦ ἀξιολόγου ἐξεπληρώθη ὁ σκοπὸς τῆς προσκλήσεως καὶ συνεπῶς ἐλλήξεν ἡ σχετικὴ διαδικασία. Ἄλλ' ὁ καταθέσας τὸ ἀξιόγραφον δύναται νὰ ἐγείρῃ κατὰ τοῦ αἰτήσαντος τὴν ἔκδοσιν τῆς προσκλήσεως ἀναγνωριστικὴν ἀγωγὴν κατ' ἄρθρον 127 ΕἰσΝΑΚ καὶ 71 ΚΠολΔ, ἵνα βεβαιωθῇ δικαστικῶς ὅτι εἶναι αὐτὸς ὁ δικαιούχος.

Ἡ κτῆσις τοῦ ἀξιολόγου ὑπὸ τοῦ ἀναγγέλλοντος τὸ δικαίωμα του τρίτου εἶναι δυνατόν νὰ ἐγένετο καὶ μετὰ τὴν ἀπώλειαν αὐτοῦ ὑπὸ τοῦ αἰτούντος. Ἐφ' ὅσον ἐγένετο καλοπίστως, πρόκειται δὲ περὶ ἀνώνυμου ἢ εἰς διαταγὴν ἀξιολόγου, ἐπιφέρει ἀπόβεσιν τοῦ δικαιώματος τοῦ ἀπολέσαντος (ἄρθρ. 1039 ΑΚ· ἄρθρ. 16 ἐδ. 2 Ν. 5325/32, ἄρθρ. 21 Ν. 5960/33, ἐφαρμοζόμενα ἀναλόγως ἐπὶ παντὸς εἰς διαταγὴν ἀξιολόγου).

Ἐὰν δὲν ἐγένετο ἀναγγελία ἐντὸς τῆς ὀριζομένης ἐν τῇ προσκλήσει προθεσμίας²⁹, ὁ αἰτήσας τὴν ἔκδοσιν τῆς προσκλήσεως δύναται, ἐντὸς τριάκοντα ἡμερῶν ἀπὸ τῆς παρόδου τῆς ἐν λόγῳ προθεσμίας, νὰ υποβάλλῃ νέαν αἴτησιν περὶ ἐκδόσεως ἀποφάσεως κηρυκτοῦσης ἀνίσχυρον τὸ ἀξιόγραφον μετὰ τῶν τυχόν συνημμένων αὐτῷ τοκομεριδίων ἢ μερισματογράφων (ἄρθρα 918, 908 § 1 ΚΠολΔ)³⁰. Ἐὰν ὁ αἰτήσας τὴν ἔκδοσιν τῆς προσκλήσεως ἀμελήσῃ νὰ υποβάλλῃ τὴν δευτέραν αὐτῇ αἴτησιν ἐντὸς τῆς ὡς ἄνω 30ῆς ἡμέρας προθεσμίας, δύναται ἐντὸς τῶν ἐπομένων 30 ἡμερῶν νὰ αἰτηθῆται ἀπὸ τὸ δικαστήριον ὅπως τάξῃ αὐτῷ νέαν προθεσμίαν ἵνα υποβάλλῃ τὴν αἴτησιν περὶ κηρύξεως τοῦ ἀξιολόγου ὡς ἀνίσχυρου (ἄρθρ. 908 § 4 ΚΠολΔ). Ἡ ἀποδοχὴ τῆς αἰτήσεως ταύτης (περὶ ὀρισμοῦ νέας προθεσμίας) εἶναι δυνατικὴ διὰ τὸ δικαστήριον. Παρελθούσης καὶ τῆς νέας αὐτῆς προθεσμίας ἀπράκτου, δὲν ἐπιτρέπεται πλέον παροχὴ νέας προθεσμίας³¹.

Θεῖσις ἀγωγὴς ἐντὸς τῆς ταχθείσης προθεσμίας, ὁ δικαστὴς δικτάσει τὴν ἐπιστροφὴν τοῦ ἀξιολόγου εἰς τὸν καταθέσαντα αὐτὸ καὶ αἶρει τὴν ἀπαγόρευσιν πληρωμῆς.

29. Ἀναγγελία γενομένη ἐμπροθέσμως μὲν, ἀλλὰ μέχρι τῆς ἐπ' ἀκρατηρίῳ συζητήσεως, λαμβάνεται ὑπ' ὄψιν, παράγουσα τὰ ἀποτελέσματα τῆς ἐμπροθέσμου ἀναγγελίας (ἄρθρ. 908 παρ. 2 ΚΠολΔ).

30. Ὡς εἴρηται, τὰ ἄρθρα 911 παρ. 2 ΚΠολΔ, καὶ 895 ΑΚ ἀπαγορεύουν μόνον τὴν κήρυξιν ὡς ἀνίσχυρον τοκομεριδίων καὶ μερισματογράφων ἀπεσπασμένων ἐκ τοῦ στελέχους τῶν, ἅτινα τότε ἀποτελοῦν αὐτοτελῆ ἀξιόγραφα. Ἀντιθέτως, ἂν ταῦτα εἶναι συνημμένα εἰς τὸ κύριον ἀξιόγραφον (ὁμολογίαν δανείου ἢ μετοχὴν ἀνωνύμου ἐταιρίας), ἡ κήρυξις ὡς ἀνίσχυρου τοῦ κυρίου ἀξιολόγου καταλαμβάνει καὶ ταῦτα κατὰ τὴν ρητὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 918 ΚΠολΔ.

31. Βλ. Πρακτικὰ Ἀναθεωρητικῆς Ἐπιτροπῆς, (1967) Συνεδρ. 257, σ. 652, ἐνθα ἀναφέρεται ὅτι ἐρώτησις γενομένη ὑπὸ τινος τῶν μελῶν περὶ ἐπιτρέψεως νέας προθεσμίας ἀπηντήθη ἀρνητικῶς ὑπὸ τῆς Ἐπιτροπῆς.

11.- 'Απόδειξις. 'Ο αίτων έχει τὸ βάρος τῆς ἀποδείξεως τῆς ἀληθείας τῶν ὑπ' αὐτοῦ ἐν τῇ αἰτήσει του ἐπικαλουμένων πραγματικῶν ἰσχυρισμῶν, ἦτοι, πλὴν τῆς ὑπάρξεως τῶν στοιχείων τοῦ ἀξιογράφου τοῦ ὁποίου ζητεῖται ἢ ἀκύρωσις, πρέπει νὰ βεβαιωθοῦν ἐπαρκῶς τὸ δικαίωμα τοῦ αίτουντος ὅπως ζητήσῃ τὴν ἐκδοσιν τῆς προσκλήσεως, ὡς καὶ τὰ περιστατικὰ ὑφ' ἃ ἔλαβε χώραν ἡ ἀπώλεια ἢ καταστροφή τοῦ ἀξιογράφου. Δι' ἅπαντα τὰ ἐν λόγῳ στοιχεῖα καὶ περιστατικὰ ἀρκεῖ ἀπλῆ, πιθ. α ν ο λ ό γ η σ ι ς (ἄρθρ. 914 ΚΠολΔ), τοῦ δικαστηρίου δυναμένου νὰ ἐπιβάλῃ καὶ βεβαιωτικὸν ὕρκον εἰς τὸν αίτουντα (ἄρθρ. 905 § 1 ΚΠολΔ). Εἰδικώτερον τὰ στοιχεῖα τοῦ ἀξιογράφου δύνανται νὰ βεβαιωθοῦν διὰ φωτοτυπίας ἢ ἀντιγράφου αὐτοῦ ἢ καὶ δι' ἄλλων μέσων (π.χ., ἐπὶ μετοχῶν ἢ ὁμολογιῶν, διὰ τῆς προσκομιδῆς τυχόν ἀπεσπασμένων ἐξ αὐτῶν μερισματαποδείξεων ἢ τοκομεριδιῶν ἢ τοῦ στελέχους ἀνανεώσεως αὐτῶν) πρβλ. ἄρθρ. 899 ΑΚ).

12.- 'Απόφασις. 'Αποτελέσματα καὶ δημοσιεύσις αὐτῆς. Δεδομένου ὅτι εἰς τὴν προκειμένην διαδικασίαν ἔχομεν δύο διαδοχικὰς καὶ χωριστὰς ἀπ' ἀλλήλων αἰτήσεις, μίαν διὰ τὴν ἐκδοσιν τῆς προσκλήσεως καὶ ἑτέραν διὰ τὴν κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνίσχυρου, εἶναι ἐπόμενον νὰ ἐκδοθῶσιν ἀντιστοίχως καὶ δύο ἀποφάσεις. Ἡ πρώτη εἶναι ἡ διατάσσουσα τὴν πρόσκλησιν πρὸς ἀναγγελίαν τοῦ ἔχοντος δικαιώματα ἐπὶ τοῦ ἀξιογράφου (ἄρθρ. 905 § 2 ΚΠολΔ), ἡ δὲ δευτέρα εἶναι ἡ κηρύσσουσα τὸ ἀξιοῖγραφον ὡς ἀνίσχυρον (ἄρθρ. 918 ΚΠολΔ). Καὶ περὶ μὲν τῆς ἀποφάσεως τῆς διατασσούσης τὴν πρόσκλησιν ἐπραγματεύθημεν ἤδη ἀνωτέρω (§ 10). Ὡς πρὸς τὴν δευτέραν ἀπόφασιν, διὰ τῆς ὁποίας κηρύσσεται τὸ ἀξιοῖγραφον ὡς ἀνίσχυρον, παρατηρητέα τὰ ἐξῆς:

Κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὴν καταργηθεῖσαν διαδικασίαν τῆς δικαστικῆς ἀκυρώσεως ἀπολεσθείσης τραπεζικῆς ἐπιταγῆς, ἐφ' ἧς ἡ ἀπόφασις ἐπέτρεπε «τὴν εἰς τὸν αίτουντα πληρωμὴν τοῦ ποσοῦ τῆς ἐπιταγῆς» (ἄρθρ. 64 § 4 Ν. 5960/1933), ἡ κατὰ τὴν προκειμένην διαδικασίαν ἀπόφασις δὲν δύναται παρὰ μόνον νὰ κηρύξῃ ἀνίσχυρον τὸ ἀξιοῖγραφον μετὰ τῶν συνημμένων αὐτῷ τοκομεριδιῶν ἢ μερισματαπογράφων (ἄρθρ. 918 ἐδ. 1 ΚΠολΔ)³². Ἡ δυνατότης ὁμως εἰσπράξεως τῆς ἐκ τοῦ ἀξιογράφου ἀπαιτήσεως ὑπὸ τοῦ ὑποβαλόντος τὴν αἴτησιν ὀρίζεται ἐν τῷ ἀμέσῳ ἐπομένῳ ἄρθρῳ 919 ΚΠολΔ, ὡς ἀποτέλεσμα τῆς ἀποφάσεως.

32. Οὕτω καὶ κατ' ἄρθρ. 895 ΑΚ, καθ' ὃ ὁμως, τὸ δικαστήριον ἠδύνατο, διαζευκτικῶς, ἀντὶ τῆς κηρύξεως ὡς ἀνίσχυρου τοῦ ἀνωνύμου χρεωγράφου, νὰ ἀπαγορεύσῃ εἰς τὸν ὀφειλέτην τὴν πληρωμὴν· βλ. Δ ε λ ο ὕ κ α ν, ἐνθ' ἄνωτ. ἀριθ. 39, ὡς καὶ κατωτέρω ἐνταῦθα σημ. 38.

Τῶ ὄντι, συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρ. 919 ΚΠολΔ, «ὁ αἰτήσας τὴν ἔκδοσιν ἀποφάσεως ἀποκλεισμοῦ τοῦ δικαιώματος ἢ τῆς ἀπαιτήσεως δικαιούται ἀφ' ἧς αὕτη καταστῆ ἀπρόσβλητος δι' ἐφέσεως καὶ ἀναιρέσεως νὰ ἀσκήσῃ τὰ κατὰ τὸ ἄρθρον 896 τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος δικαιώματα αὐτοῦ». Ἐκ τῆς διατάξεως ταύτης, ἐν συνδυασμῶ πρὸς τὸ ἄρθρ. 918 ἐδ. 1 ΚΠολΔ, συνέπεται ὅτι δύο κυρίως εἶναι τὰ ἀποτελέσματα τῆς ἐν λόγῳ ἀποφάσεως: 1ον) Ἐν ἀρνητικόν, συνιστάμενον εἰς τὸ ὅτι ὁ τίτλος ἀποδυναμοῦται καὶ χάνει τὴν ἀξιογραφικὴν του ἰδιότητα, μὴ ἐπιτρεπομένου πλέον εἰς τὸν ὀφειλέτην ὅπως καταβάλλῃ μὲ ἀπαλλακτικὴν δι' αὐτὸν συνέπειαν εἰς τὸν κομιστὴν τοῦ τίτλου (τὸ ἀποτέλεσμα τοῦτο συνάγεται εὐθέως ἐκ τοῦ ἄρθρου 918 ἐδ. 1 ΚΠολΔ) καὶ 2ον) ἐν θετικόν, συνιστάμενον εἰς τὸ ὅτι ἡ δικαστικὴ ἀπόφασις, ἀντικαθιστῶσα τὸ κηρυχθὲν ὡς ἀνίσχυρον ἀξιόγραφον, νομιμοποιεῖ τὸν αἰτήσαντα τὴν ἔκδοσιν τῆς ἀποφάσεως ὡς ἂν ἦτο κομιστὴς τοῦ ἀξιολογίου, δυνάμενον νὰ ἀσκήσῃ τὸ ἐκ τοῦ ἀξιολογίου δικαίωμα, καὶ δὴ νὰ ζητήσῃ τὴν πρὸς αὐτὸν ἐκτέλεσιν τῆς ἐξ αὐτοῦ παροχῆς ἄνευ ἐμφανίσεως τοῦ ἀξιολογίου. (Τὸ ἀποτέλεσμα τοῦτο συνάγεται ἐκ τοῦ ἄρθρου 919 ΚΠολΔ καὶ ἐκ τοῦ ἄρθρου 896 ΑΚ, εἰς ὃ τὸ πρῶτον παραπέμπει). Καὶ τὸ μὲν πρῶτον (ἀρνητικόν) ἐκ τῶν ἐν λόγῳ ἀποτελεσμάτων ἐπέρχεται ἀμέσως ἅμα τῇ δημοσιεύσει τῆς ἀποφάσεως, ἐνῶ τὸ δεύτερον (θετικόν) ἐπέρχεται μόνον ἀφ' ἧς ἡ ἀπόφασις καταστῆ ἀμετάκλητος. 3ον) Ἐν τρίτον, δευτερευούσης σημασίας ἀποτέλεσμα, συναγόμενον ἐκ τοῦ ἄρθρου 896 ΑΚ, κατὰ παραπομπὴν τοῦ ἄρθρου 919 ΚΠολΔ, εἶναι ὅτι ὁ αἰτήσας τὴν ἔκδοσιν τῆς ἀποφάσεως δικαιούται νὰ ζητήσῃ ἀπὸ τὸν ὀφειλέτην τὴν ἔκδοσιν νέου τίτλου, βαρυνόμενος μὲ τὴν σχετικὴν δαπάνην³³. Καὶ τὸ ἀποτέλεσμα τοῦτο ἐπέρχεται μόνον ἅμα ὡς καταστῆ ἀμετάκλητος ἡ ἀπόφασις.

Κατὰ ταῦτα, ἡ κηρύσσουσα ἀνίσχυρον τὸ ἀπολεσθὲν ἀξιόγραφον ἀπόφασις παρίσταται ὡς ἀναγνωριστικὴ μὲν τοῦ τυπικοῦ δικαιώματος τοῦ αἰτήσαντος τὴν ἔκδοσιν αὐτῆς, ὅπως ἀσκήσῃ τὸ δικαίωμα καὶ ἄνευ τοῦ τίτλου, ἐξ ἐπόψεως ὅμως τοῦ πρώτου, ἀρνητικοῦ, ἀποτελέσματος, εἶναι διαπλαστικὴ, δεδομένου ὅτι ἐπιφέρει ἀπώλειαν τῆς τυπικῆς νομιμοποιήσεως τοῦ κατόχου τοῦ ἀξιολογίου³⁴.

33. Τὸ ἄρθρον 896 ΑΚ ἀφορᾷ μόνον εἰς τὰ ἀνώνυμα χρεώγραφα, κατ' ἀνάλογον δὲ ἐφαρμογὴν καὶ εἰς τὰ ἀνώνυμα ἐν γένει ἀξιόγραφα. Ἡ ἐν ἄρθρῳ 919 ΚΠολΔ, ὅμως, παραπομπὴ εἰς αὐτὸ ἔχει προφανῶς τὴν ἔννοιαν ὅτι ἡ ἐφαρμογὴ αὐτοῦ ἐπεκτείνεται εἰς πᾶν ἀξιόγραφον (ἀνώνυμον, εἰς διαταχὴν ἢ καὶ ὀνομαστικόν), δεδομένου ὅτι, ὡς εἴρηται, ἐν γένει ἀξιόγραφον (ἀνώνυμον, εἰς διαταχὴν ἢ καὶ ὀνομαστικόν), δεδομένου ὅτι, ὡς εἴρηται, ἡ διαδικασία τῶν ἄρθρων 911 ἐπ. ἔχει ἐφαρμογὴν ἐπὶ ἀπωλείας, καταστροφῆς κλπ. παντὸς ἐν γένει ἀξιολογίου. Τοῦτο βεβαίως δὲν ἀναιρεῖται ἐκ τῆς ἐν τῷ ἄρθρῳ 919 ΚΠολΔ φράσεως: «... τὰ κατὰ τὸ ἄρθρ. 896 ΑΚ δικαιώματα αὐτοῦ».

34. Βλ. Blomeyer, ἐνθ' ἄνω· § 123, II, 7.

Ὡς πρὸς τὸ οὐσιαστικὸν ἐκ τοῦ ἀξιογράφου δικαίωμα, ἡ ἀπόφασις δὲν ἐπιφέρει μεταβολὴν τινα. Οὕτως, ἂν ὁ ἐπιτυχὼν τὴν κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου, ἦτο μὲν νόμιμος κομιστὴς τοῦ ἀξιογράφου κατὰ τὸν χρόνον τῆς ἀπολείας ἢ καταστροφῆς, δὲν ἦτο ὅμως καὶ ὁ οὐσιαστικὸς δικαιούχος (διότι, π.χ., εἶχε ἐχωρήσει τὸ δικαίωμα ἢ εἶχε παραιτηθῆ αὐτοῦ), δὲν ἔπεται ὅτι καθίσταται οὐσιαστικὸς δικαιούχος αὐτοῦ. Καὶ ἐξ ἀντιθέτου, ὁ ὀφειλέτης, ἂν ἐγνώριζε τὴν ἔλλειψιν οὐσιαστικοῦ δικαιώματος τοῦ ἐπιτυχόντος τὴν κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου, δὲν ἀπαλλάσσεται καταβάλλον εἰς αὐτόν³⁵.

Ὡς πρὸς τὴν δημόσιευσιν τῆς ἀποφάσεως, τὸ ἄρθρ. 918 περ. 2 ΚΠολΔ ὀρίζει ὅτι «ἡ ἀπόφασις τοιχοκολλᾶται εἰς τὴν αἴθουσαν τοῦ Χρηματιστηρίου Ἀθηνῶν, ἐφαρμοζομένων καὶ τῶν διατάξεων τοῦ ἄρθρου 909 § 3» (δημοσίευσίς τῆς ἀποφάσεως εἰς μίαν ἢ πλείονας ἐφημερίδας ὀριζομένας ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, ἅπαξ ἢ ὅσας φορές ἤθελεν ὀρίσει ἡ ἀπόφασις). Ἡ δημοσίευσίς αὕτη σκοπεῖ εἰς τὴν προστασίαν τῶν καλοπίστων τρίτων, καὶ δὴ οὐ μόνον τῶν ἡδὴ κακηθέντων δικαίωμα ἐπὶ τοῦ ἀξιογράφου (εἰς τὴν προστασίαν τούτων σκοπεῖ καὶ τῆς πρώτης ἀποφάσεως ἢ δημοσίευσίς) ἀλλὰ καὶ τῶν πρὸς οὐδὲ προσφέρεται ἐφεξῆς δικαίωμα ἐπὶ τοῦ κηρυχθέντος ὡς ἀνισχύρου ἀξιογράφου³⁶.

13.- Ἀπαγόρευσις ἐκτελέσεως παροχῆς. Κατὰ τὸ ἄρθρ. 895 ΑΚ, προκειμένου περὶ κλοπῆς, ἀπολείας ἢ καταστροφῆς ἀνωνύμου χρεωγράφου, τὸ δικαστήριον, κατ' αἴτησιν τοῦ μέχρι τοῦδε κομιστοῦ³⁷, δύναται ἀνα κηρύξῃ ἀνισχύρον τὸν τίτλον ἢ ν' ἀπαγορεύσῃ εἰς τὸν ὀφειλέτην τὴν πληρωμὴν εἰς τὸν κομίζοντα αὐτόν». Ἐκ τῆς παραλλήλου καὶ διαζευκτικῆς μνείας τῶν δύο αὐτῶν συνεπειῶν συνάγεται ὅτι, κατὰ τὸ ἄρθρον 895 ΑΚ, ἡ ἀπαγόρευσις τῆς πληρωμῆς τοῦ ἀξιογράφου ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου (Zahlungsperre) εἶναι δυνατὸν ν' ἀποτελέσῃ καὶ τὸ μοναδικὸν διατακτικὸν τῆς περὶ ἀποκλεισμοῦ δικαίωματος δικαστικῆς ἀποφάσεως. Ἀντιθέτως, κατὰ τὸ ἄρθρ. 920

35. Βλ. J ä g g i, ἐνθ' ἀνωτ. παρατ. 201, 217.

36. Εἰς τὸ γαλλικὸν δίκαιον ἡ προστασία αὕτη ἐπιτυχάνεται διὰ τῆς opposition τοῦ ἀπολέσαντος τὸν τίτλον, ἥτις δημοσιεύεται εἰς τὸ Bulletin Officiel des Oppositions, βλ. ἀνωτέρω § 3.

37. Τὸ ὅτι τὸ δικαστήριον διατάσσει τὴν ἀπαγόρευσιν πληρωμῆς κατ' αἴτησιν τοῦ αἰτήσαντος τὴν κήρυξιν τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου ἀναφέρεται ρητῶς εἰς τὴν § 1019 ἐδ. 1 Γερμ.ΠολΔ, καθὼς καὶ εἰς τὸ ἄρθρ. 982 ἐδ. 1 ἙλβΚ'Ενοχ. Παρ' ἡμῶν τοῦτο συνάγεται ἀβιάτως ἐκ τῆς ἀρχῆς τοῦ ἀπαλλοτριωτοῦ τῶν ἰδιωτικῶν δικαίων, ἀλλὰ καὶ ἐξ' ἀντιδιαστολῆς πρὸς τὴν παρ. 2 τοῦ ἄρθρου 920 ΚΠολΔ., εἰς ἣν προβλέπεται ρητῶς ἡ αὐτεπάγγελτος ἄρσις τῆς ἀπαγορεύσεως ἐκτελέσεως παροχῆς.

Κατὰ τὴν ρητὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου τούτου, ἡ ἀπαγόρευσις τῆς ἐκτελέσεως οἰασδῆποτε παροχῆς πρὸς τὸν κομιστὴν τοῦ ἀξιογράφου περιλαμβάνει καὶ τὴν εἰς αὐτὸν παράδοσιν τοκομεριδίων ἢ μερισματογράφων ἐκδιδομένων μετὰ τὴν ἀπαγόρευσιν, ἡ ἀπαγόρευσις ὅμως αὕτη δὲν ἀφορᾷ εἰς τὰ πρὸ τῆς δημοσιεύσεως τῆς ἀποφάσεως ἐκδοθέντα τοκομερίδια καὶ μερισματογραφα, ἅτινα ἐγκύριως παραδίδονται εἰς τὸν κομιστὴν τοῦ ἀξιογράφου καὶ μετὰ τὴν δημοσίευσιν τῆς περὶ ἀπαγορεύσεως ἀποφάσεως καὶ ἐξοφλοῦνται πρὸς αὐτὸν ἔστω καὶ ἂν ἡ λῆξις των εἶναι μεταγενεστέρα τῆς ἀποφάσεως. Ἡ διάταξις αὕτη ἐλήφθη ἐκ τῆς § 1019 ἐδ. 3 Γερμ.ΠολΔ⁴² καὶ ἔχει σχέσιν πρὸς τὴν αὐτοτελῆ ὑπόστασιν τῶν ἀπεσπασμένων ἀπὸ τοῦ κυρίου τίτλου τοκομεριδίων καὶ μερισματογράφων, ἀποτελούντων ἴδια ἀξιώγραφα, ὡς καὶ εἰς τὴν ἐξαίρεσιν ἀπὸ τῆς διαδικασίας προσκλήσεως καὶ τῆς κηρύξεως αὐτῶν ὡς ἀνισχύρων (ἄρθρα 895 καὶ 898 ΑΚ, ἄρθρ. 911 § 2 ΚΠολΔ· βλ. ἀνωτ. ἐνταῦθα σημ. 4).

Ἡ ἀπαγόρευσις ἀπευθύνεται πρὸς τὸν ἐκδότην ἢ καὶ πρὸς ἕτερα πρόσωπα δυνάμενα νὰ προβοῦν εἰς τὴν παροχὴν, οἷον εἰς τὸν τυχόν διάφορον τοῦ ἐκδότη ὀφειλέτην (τοῦτο συμβαίνει ἐπὶ ἀξιογράφων περιεχόντων ἐντολὴν πρὸς ἄλλο πρόσωπον ὅπως ἐκτελέσῃ τὴν παροχὴν, ὡς, π.χ., ἐπὶ συναλλαγματικῆς, τραπεζιτικῆς ἐπιταγῆς, ἐκτάξεως) ἢ εἰς ὑποκαταστήματα ἢ ἀντιπροσώπους τοῦ ἐκδότη ἢ τοῦ ὀφειλέτου (ὡς, π.χ., ἐπὶ ταξιδιωτικῆς ἐπιταγῆς), ἅτινα πρόσωπα δὲν εἶναι κἂν ἀνάγκη νὰ ὀνομαζῶνται ἐν τῷ ἀξιογράφῳ⁴³. Ἡ ἀπαγόρευσις δέον νὰ περιέχῃ τὴν μνηεῖαν ὅτι ἤρχισεν ἡ διαδικασία προσκλήσεως (ἄρθρ. 920 § 1), δημοσιεύεται δέ, ὅπως ἡ πρόσκλησις, διὰ μῆς ἢ πλείονων ἐφημερίδων, ὀριζομένων ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, ἅπαξ ἢ πλείονας φορὰς (ἄρθρ. 920 § 3, παραπέμπον εἰς ἄρθρ. 906 ΚΠολΔ). Τοιχοκόλλησις εἰς τὴν αἴθουσαν τοῦ Χρηματιστηρίου Ἀθηνῶν δὲν ἀπαιτεῖται ἐν προκειμένῳ⁴⁴.

Ἡ ἀπαγόρευσις δύναται ν' ἀρθῇ καὶ αὐτεπαγγέλτως ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, τῆς ἄρσεως δημοσιευομένης κατὰ τὸν αὐτὸν τρόπον (ἄρθρ. 920 §§ 2 καὶ 3 ΚΠολΔ).

Τὸ δικαστήριον δύναται, ἀντὶ τῆς ἀπαγορεύσεως πληρωμῆς, ἢ ἐπιπροσθέτως πρὸς αὐτὴν, νὰ διατάξῃ τοὺς ἐκ τοῦ ἀξιογράφου ὑποχρέους (ὀφειλέτας), ὅπως μέχρι τῆς κηρύξεως τοῦ ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου καταθέσουν τὸ ὀφειλόμενον ποσὸν δημοσίως (ἄρθρ. 921 Κ Πολ Δ). Εἶναι προφανές ὅτι ἡ διάταξις αὕτη ἀφορᾷ εἰς ληξιπρόθεσμα ἀξιώγραφα. Ἐν ἢ περιπτώσει τὸ ἀξιώγραφον δὲν εἶναι εἰσέτι ληξιπρόθεσμον, ἡ ὑποχρέωσις δημοσίας παρακαταθέσεως ἀφορᾷ εἰς τὸν χρόνον ἀφ' οὗ καταστῆ ληξιπρόθεσμον.

42. Βλ. Förster - Kann, ZPO, § 1919 παρατηρ. 5.

43. Τοῦτο ἀναφέρεται ρητῶς ἐν τῷ 2ῳ ἐδαφίῳ τῆς § 1019 Γερμ. ΠολΔικ.

44. Βλ. Πρακτικὰ Ἀναθεωρητ. Ἐπιτροπῆς Συνεδ. 257, σ. 653.

14.- Ἐνδिका μέσα. Ὡς ἔνδικα μέσα κατὰ τῆς κηρυσσοῦσης τὸ ἀξιόγραφον ὡς ἀνισχυρον ἀποφάσεως, ὁ νόμος ἀναφέρει ρητῶς τὴν τριτανακοπήν (ἄρθρ. 910 ΚΠολΔ), τὴν ἔφεσιν καὶ τὴν ἀναίρεσιν (ἄρθρ. 919 ΚΠολΔ). Εἶναι ὅμως προφανές ὅτι χωροῦν καὶ πάντα ἐν γένει τὰ λοιπὰ ἔνδικα μέσα τὰ προβλεπόμενα ὑπὸ τοῦ νόμου εἰς τὴν διαδικασίαν τῆς ἐκουσίας δικαιοδοσίας, ἤτοι ἡ αἵτησις ἀνακλήσεως ἢ μεταρρυθμίσεως τῆς ἀποφάσεως (ἄρθρ. 804), ὡς καὶ ἡ ἀναψηλάφησις (ἄρθρ. 813 ἐπ.).

Τριτανακοπὴ χωρεῖ εἰς τρεῖς μόνον περιπτώσεις: 1ον) ἐὰν ἐχώρησεν ἡ διαδικασία χωρὶς νὰ συντρέχουν αἱ προϋποθέσεις τοῦ νόμου. Π.χ., ἐὰν ὁ αἰτήσας τὴν κήρυξιν ὡς ἀνισχύρου τοῦ ἀξιογράφου δὲν ἦτο νόμιμος κομιστῆς ἢ δικαιοῦχος (ἄρθρ. 912 § 1 ἀνωτέρω § 6), ἢ ἐὰν τὸ ἀξιόγραφον δὲν εἶχε πράγματι κλαπῆ, ἀπολεσθῆ ἢ καταστραφῆ. 2ον) ἐὰν παρεβιάσθησαν διαδικαστικά διατάξεις, ἰδίᾳ αἱ ἀφορῶσαι εἰς τὰς δημοσιεύσεις (ἄρθρα 906, 909 § 3 915 § 2, 918 ἐδ. 2), εἰς τὰς προθεσμίας (ἄρθρ. 905 § 2β, 906 § 2, 908 §§ 1, 2 καὶ 4, 916) ἢ εἰς τὰς ἀναγγελίας (ἄρθρα 907, 909 § 1, 917) 3ον) ἐὰν παρέστη τις ὡς πληρεξούσιος διαδίκου ἄνευ πληρεξουσιότητος καὶ χωρὶς νὰ ἐγκριθῆ μεταγενεστέρως ἢ διεξαγωγῇ τῆς δίκης (ἄρθρ. 562 § 4 κατὰ παραπομπὴν τοῦ ἀρθρου 910 § 1, γ). Ἡ τριτανακοπὴ δύναται ν' ἀσκηθῆ ἐντὸς προθεσμίας δύο ἐτῶν ἀπὸ τῆς τελευταίας δημοσιεύσεως τῆς περιλήψεως (ἄρθρ. 910 § 2)).

Ὡς πρὸς τὰ ἔνδικα μέσα τῆς ἀνακλήσεως ἢ μεταρρυθμίσεως τῆς ἀποφάσεως, τῆς ἐφέσεως, ἀναίρεσεως καὶ ἀναψηλάφησεως, ἔχουν ἐφαρμογὴν αἱ γενικαὶ περὶ τῶν ἐνδίκων τούτων μέσων ἐν τῇ ἐκουσίᾳ δικαιοδοσίᾳ διατάξεις τῶν ἀρθρων 804 ἐπ. ΚΠολΔ ⁴⁵.

45.- Πρβλ. καὶ Σ. Σταυρόπουλον, Ἑρμην. ΚΠολΔ ἀρθρ. 919 σημ. 2.

ΝΕΩΤΕΡΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΚΑΙ ΑΝΤΙΛΗΨΕΙΣ
ΠΕΡΙ ΤΗΣ «ΦΥΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΑΓΜΑΤΩΝ» ΕΙΣ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟΝ

Ἰπὸ
ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΜΙΧΑΗΛΙΔΟΥ - ΝΟΥΑΡΟΥ
Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν

ΝΕΩΤΕΡΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΚΑΙ ΑΝΤΙΛΗΨΕΙΣ
ΠΕΡΙ ΤΗΣ «ΦΥΣΕΩΣ ΤΩΝ ΠΡΑΓΜΑΤΩΝ» ΕΙΣ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟΝ

Ὑπὸ
ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΜΙΧΑΗΛΙΔΟΥ - ΝΟΥΑΡΟΥ
Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν

I

ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑΙ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

1. Εἰς τὰ νεώτερα ἔργα φιλοσοφίας τοῦ δικαίου γίνεται πολὺς λόγος περὶ τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἢ κατὰ τὴν γερμανικὴν ὀρολογία περὶ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» (Natur der Sache). Ἡ ἐννοια αὕτη εἶναι εὐρύτατα διαδεδομένη, ἤδη ἀπὸ τῆς κλασσικῆς ἀρχαιότητος, καὶ συναντᾶται ὑπὸ τὸν αὐτὸν ὄρον ἢ ὑπὸ ἄλλας παρομοίας ἐκφράσεις, εἰς τὰ συγγράμματα τῶν ἀρχαίων ἐλλήνων φιλοσόφων¹ καὶ ρητόρων, εἰς ἔργα λατίνων συγγραφέων καὶ εἰς χωρία κλασσικῶν ρωμαίων νομικῶν. Οὕτω εἶναι εὐρύτατα γνωστὰ ἀφ' ἑνὸς μὲν τὸ ἀπόφθεγμα τοῦ ἀρχαίου φιλοσόφου Ἀρχύτα τοῦ Πυθαγορείου (ἐν Στοβαίου Ἀνθολ. 43, 133) καθ' ὃ: «δεῖ δὲ τὸν νόμον ἀκόλουθον ἡμεν τῇ φύσει, δυνατὸν τοῖς πράγμασι, συμφέροντα τῇ πολιτικῇ κοινωνίᾳ . . .» καὶ ἀφ' ἑτέρου ἀναλόγου περιεχομένου ῥήσεις² τοῦ Δημοσθένους (κατὰ Τιμοκράτους 68) καὶ τοῦ Ξενοφῶντος (Κύρου Παιδεία 5, 1, 11). Ἐπίσης εἰς τὰ περὶ τῆς ρητορικῆς τέχνης συγγράμματα τῶν ἐλλήνων ρητόρων τοῦ 2ου μ.Χ. αἰῶ-

1. Πλὴν τοῦ ἐν τῷ κειμένῳ παρατεθέντος χωρίου τοῦ Ἀρχύτα τοῦ Πυθαγορείου βλ. εἰσέτι π.χ. Ἀριστοτέλους, Πολιτικά Β, 1265α 18: «Δεῖ τὸν νομοθέτην πρὸς δύο βλέποντα τιθέναι τοὺς νόμους, πρὸς τε τὴν χώραν καὶ τοὺς ἀνθρώπους». Γνωστὸν εἶναι ἐπίσης καὶ τὸ φιλοσοφικὸν ποίημα τοῦ ρωμαίου ποιητοῦ Λουκρητίου De rerum natura, ὅπερ ἀποδίδει τὴν διδασκαλίαν τοῦ Ἐπικούρου. Περὶ τῆς ἐννοίας τῆς rerum natura εἰς τὸν Κικέρωνα καὶ τὴν Ἰουστινιάνειον κωδικοποίησιν βλ. Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform ἐν Festschrift für R. Laun, Hamburg, 1948, σ. 157 ἐπ., ἰδίᾳ σ. 166 ἐπ. (Exkurs II) καὶ τὰς αὐτόθι παραπομπάς.

2. Περὶ ὧν βλ. Γ. Σ. Μαριδάκη, Ὁ Δημοσθένης θεωρητικὸς τοῦ Δικαίου, 1951, § 7 σ. 26 ἔνθα καὶ περαιτέρω παραπομπαί.

νος (Αιλίου) Ἀριστείδου³ (117-187 μ.Χ.) καὶ Ἑρμογένους⁴ ἐκ Ταρσοῦ (ζήσαντος περὶ τοῦ 160-225 μ.Χρ.) ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων» θεωρεῖται ὡς ἡ βάσις ἐφ' ἧς δέον νὰ στηρίζεται ἡ τέχνη τοῦ ρητορικοῦ λόγου καὶ ἡ ὅλη λογικὴ τοῦ δικαίου. Ἐξ ἐτέρου εἰς τοὺς μελετητὰς τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου εἶναι γνωστὸν τὸ χωρίον τοῦ ρωμαίου νομικοῦ Celsus: «Quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sint» (Dig. 50, 17, 188 § 1) — ὅπερ ἀποδίδεται εἰς τὰ Βασιλικά (2,3,188) ὡς ἐξῆς: «Ὁδδενὶ νόμῳ βεβαιοῦται τὰ τῇ φύσει τῶν πραγμάτων κεκωλυμένα» — καθὼς καὶ ἕτερα ἀναλόγου περιεχομένου χωρία⁵ ἐκ συγγραμμάτων τῶν ρωμαίων νομικῶν διασωθέντων αὐτοτελῶς ἢ περιληφθέντων εἰς τὸν Πανδέκτην τοῦ Ἰουστινιανοῦ. Τέλος κατὰ τοὺς νεωτέρους χρόνους, καὶ δὴ κατὰ τὸν 18ον καὶ 19ον αἰῶνα, ὁ ἕρος «φύσις τῶν πραγμάτων» ἐχρησιμοποιήθη, ὑπὸ διάφορα νοήματα, ὑπὸ τοῦ Montesquieu⁶, τοῦ Kant καὶ τοῦ Hegel⁷, κατὰ δὲ τὰς τελευταίας δεκαετηρίδας ἀποτελεῖ

3. Βλ. Ἀριστείδου, Τεχνῶν ρητορικῶν Β' (ἐκδ. Spengel, *Rhetores graeci*, II 1854), σ. 522 στχ. 16 ἐπ.: «τὸ μὲν γὰρ ἦθος χάριεν πάνν... ὅπερ ἐστὶν ἀφελοῦς λόγον... τὸ γὰρ ἀφαιρεῖν τὰς ἐπιβολὰς... καὶ ἀκολουθεῖν τῶν πραγμάτων τῇ φύσει».

4. Βλ. Ἑρμογένους, περὶ ἰδεῶν τόμ. Α' (ἐκδ. Spengel, *Rhetores graeci*, vol. II Lipsiae, 1854) σ. 283 στχ. 21 (214): «Μέθοδοι δ' αἱ τε προειρημένοι καὶ ἐτι τὸ κατὰ τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων χρῆσθαι τῷ λόγῳ τὰ πρῶτα τιθέναι πρῶτα καὶ τὰ δευτέρα δευτέρα καὶ τὰ ἄλλα ὁμοίως». Βλ. ἐπίσης αὐτόθι σ. 283 στχ. 28 καὶ 32. Ὡς δὲ ἀπέδειξεν ἐσχάτως ὁ Giuliani, *La logique juridique comme théorie de la controverse* (à propos du περὶ στάσεων... d'Hermogène de Tarse), ἐν *Archives de Philosophie du Droit*, 1966 σ. 87 ἐπ. ἰδίχ. σ. 105-108, 112 ἐπ., ὁ Ἑρμογένης, εἰς τὸ ἔργον του «περὶ τῶν στάσεων», κατὰ τὴν ἐρμηνείαν τοῦ νόμου δὲν στηρίζεται μόνον εἰς τὸ κείμενον τοῦ νόμου, ἀλλ' ἐπιχειρεῖ νὰ συνδυάσῃ τοῦτο πρὸς τὴν φύσιν τοῦ πράγματος. Βλ. ἐπίσης Giuliani, αὐτόθι σ. 113 καὶ σημ. 1 ἔνθα περαιτέρω παραπομπαὶ εἰς *Rhetores latini minores*, οἵτινες ἐπίσης ἀναφέρονται εἰς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων.

5. Βλ. π.χ. Gaius, *Institutiones*, I, 158, *Just. Instit.* I, 15 § 3 καὶ Gaius ἐν *Dig.* 7, 5, 2 § 1 καὶ *Dig.* 4, 5, 8, *Bas.* 46, 2, 8 καὶ τὸ αὐτόθι σχόλιον: «... ὁ νόμος, τὰ φυσικὰ φθεῖρην οὐ δύναται δίκαιον».

6. Βλ. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (éd. Garnier, 1956), *Livre I*, chap. 1 (σ. 6): «Les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses et dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois». Βλ. ἐπίσης *Livre I* chap. III: «Enfin elles (=les lois) ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies». (αὐτόθι σ. 11). Ἀνάλυσιν τῶν περὶ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ἰδεῶν τοῦ Montesquieu βλ. εἰς Radbruch, *Festschrift Laun* (1948) σ. 168 ἐπ. (Exkurs III).

7. Πρβλ. N. Poulantzas, *Nature des choses et Droit*, Paris, 1965, σ. 9 σημ. 12 καὶ τὰς αὐτόθι παραπομπὰς εἰς Hegel καὶ Kant.

θέμα περὶ ὃ διεξάγεται ζωηρὰ μεταξύ τῶν φιλοσόφων τοῦ δικαίου συζήτησις⁸ εἰς συγγράμματα, εἰς μονογραφίας, εἰς διεθνῆ συνέδρια⁹.

Ἡ ἔννοια τῆς ἀφύσεως τῶν πραγμάτων δὲν ἔχει μόνον θεωρητικὴν ἀξίαν, ἀλλ' ἔχει ἀναμφισβητήτως καὶ πρακτικὴν χρησιμότητα διὰ πάντας τοὺς ἀσχολουμένους περὶ τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ δικαίου. Ἀποτελεῖ δὲ αὕτη γενικὴν ἀρχὴν καὶ κατευθυντήριον γραμμὴν, ἣν δεόν νὰ ἔχουν πάντοτε πρὸ ὀφθαλμῶν τόσον οἱ ἀσχολούμενοι περὶ τὴν ἐρμηνείαν τῶν νόμων, ὅσον καὶ οἱ ἐπιδιδόμενοι εἰς νομοθετικὴν ἐργασίαν (συντάκται νομοσχεδίων καὶ τῶν πάσης φύσεως νομοθετικῶν κειμένων). Ὡς ἤδη ἀνεφέρθη, κατὰ τὰ τελευταῖα μετὰ τὸν δευτέρου παγκόσμιου πόλεμου ἐπὶ κατεβλήθησαν ἰδίᾳ ἐν Γερμανίᾳ σύντονοι προσοπαθεῖαι πρὸς διευκρίνησιν τῆς ἐννοίας ταύτης, αἵτινες ὅμως παρέμεινον ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον¹⁰ ἄγνωστοι εἰς τὸ ἑλληνικὸν νομικὸν κοινόν. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον ἐνομίσαμεν χρήσιμον νὰ παράσχωμεν ἐν τῇ παρουσίᾳ μελέτη συνοπτικὴν εἰκόνα τῶν περὶ τὸ θέμα τοῦτο συζητήσεων καὶ προσπαθειῶν, τῶν ὁποίων ἡ γνώσις ἔχει ἔτι μόνον παιδευτικὴν ἀλλὰ καὶ γενικωτέραν σημασίαν, δυναμένη νὰ συμβάλῃ εἰς τὴν ὀρθὴν ἐφαρμογὴν καὶ νομοθέτησιν τῶν κανόνων τοῦ δικαίου.

Εἰς τὰ στενὰ πλαίσια τῆς παρουσίας δὲν θὰ ἦτο δυνατόν νὰ ἐπιχειρηθῇ πλήρης ἀνάπτυξις τῶν ἐπὶ τοῦ θέματος διατυπωθεισῶν ἀπόψεων. Ἐνεκα τοῦτου θὰ περιορισθῶμεν εἰς ἔκθεσιν τῶν κεντρικῶν σημείων τῆς διδασκαλίας τοῦτου θὰ περιορισθῶμεν εἰς ἔκθεσιν τῶν κεντρικῶν σημείων τῆς διδασκαλίας τῶν σπουδαιοτέρων περὶ τὸ θέμα ἀσχοληθέντων συγγραφέων καὶ δὴ τῶν ἐπιφανῶν θεωρητικῶν τοῦ δικαίου Radbruch, Coing, Fechner καὶ Maihofer.

2. Προεισαγωγικῶς παρατηροῦμεν ὅτι ἡ σημασία τῆς ἐννοίας τῆς φύ-

8. Τὴν σχετικὴν βιβλιογραφίαν βλ. εἰς *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, § 25 σ. 288. Εἰς τὰς αὐτόθι σημειουμένας ἐργασίας πρόσθετε νῦν: *N. Poulantzas*, Nature des choses et Droit (thèse), Paris 1965 (καὶ τὰς ἐπ' αὐτῆς κριτικὰς παρατηρήσεις τοῦ *M. Villey*, ἐν Archives de Philos. du Droit, 1965, σ. 167 ἐπ.). *M. Villey*, Historique de la nature des choses, Arch. Phil. Droit, 1965 σ. 267 ἐπ. *Brimo* αὐτόθι σ. 295 ἐπ. *Batifol*, Philosophie du Droit (Collection que Sais-je?) 1960 κεφ. III σ. 55 ἐπ., *Zippelius*, Das Wesen des Rechts² 1969, Kap. 11 σ. 53 ἐπ. Kap. 12 d σ. 76 ἐπ., *Engisch*, ἐν *Arthur Kaufmann*, Die ontologische Begründung des Rechts, 1965 σ. 220, 234 ἐπ. Περαιτέρω βιβλιογραφίαν βλ. εἰς *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft² (1969) σ. 141 σημ. 1 εἰς *Tjong* ἐν Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 66, (1970) σ. 254 σημ. 42 καὶ εἰς τὰς ἀκολουθοῦσας σημειώσεις.

9. π.χ. εἰς τὸ διεθνὲς συνέδριον τῆς Toulouse (τοῦ Σεπτεμβρίου 1964) περὶ οὗ βλ. *Brimo*, Arch. Phil. Droit 1965 σ. 295-301.

10. Βλ. ὅμως τὸ ἐναρκτήριον μάθημα τοῦ Ἑμμανουὴλ Μιχαλάκη, Φιλοσοφία, φιλοσοφία τοῦ δικαίου καὶ νομικὴ ἐπιστήμη, EEN, 34 (1967) σ. 228-229 (καὶ ἐν ἀνάπτυξιν σ. 14-15), ἐνθα παρέχεται συνοπτικὴ ἀλλὰ πυκνὴ ἔκθεσις τοῦ θέματος.

σεως τῶν πραγμάτων ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ δικαίου εἶχεν ἤδη τονισθῆ ἀπὸ τοῦ 1791 ὑπὸ τοῦ γερμανιστοῦ Runde καὶ ἐν συνεχείᾳ ὑπὸ τῶν πανδεκτιστῶν¹¹, περίφημος δὲ κατέστη ὁ ὀρισμὸς τῆς ἐννοίας ταύτης ὑπὸ τοῦ Heinrich Dernburg¹² — ἐν ἐπιδοκιμαζούσιν πολλοὶ νεώτεροι συγγραφεῖς¹³ — ἔχων ὡς ἐξῆς: «Αἱ σχέσεις τοῦ βίου φέρουσιν ἐν ἑαυταῖς τὸ μέτρον καὶ τὴν τάξιν αὐτῶν μᾶλλον ἢ ἦττον ἀνεπτυγμένα. Τὴν τάξιν ταύτην τὴν ἐνούσαν ἐν τοῖς πράγμασι καλοῦσιν φύσιν τοῦ πράγματος. Εἰς ταύτην πρέπει νὰ καταφύγῃ ὁ σκεπτόμενος νομικὸς ὅταν ἐλλείπῃ θετικὸς κανὼν ἢ ὅταν οὗτος εἶναι ἀτελής ἢ ἀσαφής». Ἐξ ἐτέρου καὶ ὁ ἐπιφανὴς γάλλος θεωρητικὸς François Gény¹⁴, κατὰ τὴν προσπάθειάν του πρὸς ἀνακαίνισιν τῆς μεθόδου ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, ἐπιφυλάσσει σημαντικὴν θέσιν εἰς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων», ἣν προσδιορίζει διὰ τοῦ ὅρου πραγματικὰ ἢ φυσικὰ δεδομένα τοῦ δικαίου (données réelles ou naturelles).

3. Κατὰ τὴν σύγχρονον μεταπολεμικὴν (μετὰ τὸν 2ον παγκόσμιον πόλεμον) ἐποχὴν ἡ ἐννοία τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ἐχρησιμοποιήθη, τρόπον τινά, ὡς συνδετικὴ ἐννοία, διὰ τῆς ὁποίας ἐπεχειρήθη νὰ συνδεθῆ ἡ πραγματικότης πρὸς τὴν Ἰδέαν τοῦ δικαίου, τὸ θετικὸν δίκαιον πρὸς τὸ φυσικὸν δίκαιον. Βασικὴ τάσις, ἥτις διακρίνει τὰς περὶ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων θεωρίας τῶν νεωτέρων συγγραφέων, εἶναι ἡ προσπάθεια αὐτῶν νὰ στηρίξουν τὸ περιεχόμενον τοῦ φυσικοῦ δικαίου ἐπὶ τῆς ζώσης πραγματικότητος, ἐπὶ τῆς ἱστορικῆς ἐμπειρίας, ἐπὶ τῶν παρατηρήσεων τῶν γεγονότων τῆς ζωῆς. Εἰς τὴν ἱστορίαν

11. Τὰς σχετικὰς παραπομπὰς εἰς τὴν παλαιότεραν καὶ λίαν πλουσίαν βιβλιογραφίαν βλ. εἰς Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*² (1954) tome II § 159 σ. 88 καὶ σημ. 2.

12. Dernburg - Sokolowski, *System des Röm. Rechts* (1911) Band I § 32, 2 σ. 64 καὶ Dernburg - Δουβοννιώτου, *Σύστημα Ρωμ. Δικαίου*, τόμ. Α' (3η ἔκδ. 1932), § 42 (38), 2 σ. 85. Ὁ ὡς ἄνω ὀρισμὸς παρατίθεται κατὰ τὴν μετάφρασιν τοῦ Γ. Δουβοννιώτου ἐνθ' ἄνωτ.

13. Ὡς π.χ. ὁ Henkel, *Einführung* § 25, I σ. 289, ὁ Fechner, *Rechtsphilosophie*², (1962) σ. 147, ὁ Larenz, *Methodenlehre*² σ. 389, ὁ Zippelius, *Das Wesen des Rechts* (1969), Kap. 14, d σ. 76.

14. Βλ. F. Gény, *Science et technique en droit privé*² (1927) II § 167 σ. 371 ἐπ. Κατὰ τὴν θεωρίαν τοῦ Gény, κατὰ τὴν ἐπιστημονικὴν ἐπεξεργασίαν τοῦ δικαίου δέον νὰ λαμβάνονται ὑπ' ὄψιν, πλὴν τῶν πραγματικῶν δεδομένων (données réelles), τὸ ἱστορικὸν δεδομένον (donnée historique), τὸ λογικὸν δεδομένον (donnée rationnelle), ὅπερ συμπίπτει πρὸς τὸ φυσικὸν δίκαιον, καὶ τὸ ἰδεώδες δεδομένον (donnée idéale), ὅπερ παριστᾷ τὰς νομοθετικὰς τάσεις, τὰ desiderata τῆς βελτιώσεως τοῦ δικαίου (βλ. αὐτόθι §§ 167-170 σ. 371-389). Κριτικὰς παρατηρήσεις ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ Gény βλ. εἰς Villey, ἐν *Le centenaire du Doyen F. Gény*, 1963 σ. 39 ἐπ., ἰδίᾳ σ. 47 ἐπ. καὶ Dabin αὐτόθι σ. 13 ἐπ., 29 ἐπ.

τῶν φιλοσοφικῶν ἰδεῶν, τοιαύτης φύσεως προσπάθεια δὲν ἀποτελεῖ τι τὸ νέον. Ὅπως ἐτονίσθη ἐσχάτως ὑπὸ γάλλου συγγραφέως¹⁵, ὅμοια τάσις ἀπαντᾷ καὶ εἰς τὴν φιλοσοφίαν τοῦ Ἀριστοτέλους καὶ τοῦ Θωμᾶ τοῦ Ἀκινάτου. Τὸ γεγονός τοῦτο, ὡς φρονοῦμεν, οὐδόλως μειοῖ τὴν σημασίαν τῶν φιλοσοφικῶν ἀναζητήσεων τῶν νεωτέρων συγγραφέων, ἀλλ' ἀντιθέτως προσδίδει εἰς αὐτὰς ἔτι μεγαλυτέραν βαρύτητα.

Μετὰ τὰς προεισαγωγικὰς ταύτας παρατηρήσεις δέον ἤδη νὰ προχωρήσωμεν εἰς συνοπτικὴν ἐκθεσιν τῶν ἐπὶ τοῦ θέματος ἰδεῶν τῶν προαναφερθέντων συγγραφέων, ἀρχόμενοι μὲ τὰς ἀπόψεις τοῦ Radbruch, αἵτινες ἀπετέλεσαν τὸ ἔναυσμα τῆς ἔκτοτε διεξαγομένης συζητήσεως.

II

G. RADBRUCH

1. Ὁ ἐκλεκτὸς φιλόσοφος τοῦ δικαίου Gustav Radbruch, ἀφιέρωσεν τῷ 1948, ἤτοι ὀλίγον χρόνον πρὸ τοῦ θανάτου του, εἰδικὴν μελέτην¹⁶ ἐπὶ τῆς νομικῆς σημασίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», ἣ ὅποια ἔδωσεν νέαν ὄθησιν εἰς τὴν περὶ τὸ πρόβλημα τοῦτο συζήτησιν. Ἀκολούθως οὗτος συνώψισε

15. Βλ. *Michel Villey*, ἐν *Archives de Philosophie du Droit*, 1965 σ. 276 ἐπ. Ὁ συγγραφεὺς οὗτος ἐκθέτει ὅτι κατὰ τὴν αὐθεντικὴν θεωρίαν περὶ φυσικοῦ δικαίου τοῦ Ἀριστοτέλους καὶ τοῦ Θωμᾶ τοῦ Ἀκινάτου τὸ φυσικὸν δίκαιον δέον νὰ ἀντλήται οὐχὶ ἐκ τῆς λογικῆς, ἀλλ' ἐκ τῆς φύσεως τοῦ ἀνθρώπου, θεωρουμένου μεμονωμένως, ἀλλ' ἐκ τῆς παρατηρήσεως οὐτε ἐκ τῆς φύσεως καὶ δὴ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», ὡς αὕτη νοεῖται ὑπὸ τῶν συγγρόνων θεωρητικῶν. Ὡς τοιαῦτα δὲ «πράγματα» νοοῦνται: α) Τὰ πράγματα τοῦ κοινωνικοῦ σύμπαντος (*les choses de l'univers social*), ἣτοι οἱ κοινωνικοὶ θεσμοί, ἡ μορφή τοῦ Κράτους καὶ τῶν πολιτειῶν, αἱ συναλλακτικαὶ σχέσεις, ἐταιρεία, συμβάσεις, ἀγωγαί· β) Τὰ πράγματα ἐν τῇ ποικιλίᾳ των (*les choses dans leur diversité*), διότι ὁ Ἀριστοτέλης γνωρίζει ὅτι τὸ αὐτὸ καθεστὼς δὲν ἀρμόζει καὶ εἰς τὴν Ἑλλάδα καὶ εἰς τὰς ἀνατολικὰς χώρας· γ) Τὰ πράγματα ἐν τῇ κινητικότητι των (*les choses dans leur mobilité*), διότι ὁ Ἀριστοτέλης γνωρίζει ὅτι οἱ νόμοι εἶναι ἔργον ἀνθρώπινον καὶ ἱστορικὸν καὶ ὅτι ὁ ἄνθρωπος δὲν παύει δημιουργῶν νέας καταστάσεις' (πρὸς βλ. ἐπίσης *M. Villey*, *Observations d'un historien sur le droit naturel classique* ἐν *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (ARSP) 1965 σ. 19 ἐπ. ἰδία σ. 23 ἐπ.). Ἀνάλογον ἐρμηνεῖαν τῆς διδασκαλίας τοῦ Ἀριστοτέλους δέχεται καὶ ὁ *K. Tsatsos*, *Κοινωνικὴ φιλοσοφία τῶν ἀρχ. Ἑλλήνων*, 1962, κεφ. III', σ. 240 τόνιζων (ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ χωρίου τῶν Ἡθικῶν Νικομαχείων 1134β, 18) ὅτι ὁ Ἀριστοτέλης «φαίνεται νὰ παραδέχεται, ὅπως οἱ νεώτεροι, ἕνα φυσικὸ δίκαιον μὲ μεταβλητὸ περιεχόμενον».

16. *Radbruch*, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, ἐν *Festschrift für Laun* 1948, σ. 158 ἐπ. Βλ. ἐπίσης τοῦ αὐτοῦ, *Vorschule der Rechtsphilosophie*³ (1965), § 6, IV σ. 20-24. Σύντομον ἐκθεσιν τῶν ἐπὶ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ἰδεῶν τοῦ Radbruch, βλ. νεωστὶ εἰς *Tjong* ἐν *ARSP*, 66 (1970) σ. 254 ἐπ.

τάς ἐπὶ τοῦ θέματος ἀντιλήψεις του εἰς τὴν 10ην ἔκδοσιν τοῦ βιβλίου του «Εἰσαγωγή εἰς τὴν Ἐπιστήμην τοῦ Δικαίου», ἥτις ἐδημοσιεύθη (μετὰ τὸν θάνατον τοῦ συγγραφέως) ἐπιμελεῖα τοῦ K. Zweigert¹⁷, ὡς καὶ εἰς τὸ ἔργον του «Προπαιδεία τῆς Φιλοσοφίας τοῦ Δικαίου (Vorschule der Rechtsphilosophie), τοῦ ὁποῦ ἢ 3η ἔκδοσις ἐγένετο τῷ 1965 ἐπιμελεῖα τοῦ Arthur Kaufmann.

Κατὰ τὸν Radbruch¹⁸ τὸ δίκαιον στηρίζεται ἐν μέρει μὲν ἐπὶ τῆς «φύσεως τοῦ ἀνθρώπου», ἐν μέρει δὲ ἐπὶ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος». Καὶ ἡ μὲν φύσις τοῦ ἀνθρώπου εἶναι σταθερά, ἐνῶ ἡ «φύσις τοῦ πράγματος» εἶναι παράγων μεταβλητός, ὅστις καθιστᾷ ἀδύνατον τὴν ὑπαρξιν φυσικοῦ δικαίου, ἀνεξαρτήτου χρόνου καὶ τόπου. Φύσις τοῦ πράγματος σημαίνει τὴν ὕλην τοῦ Δικαίου, τὸ πραγματικὸν ὑπόβαθρον τῆς νομοθεσίας, ἥτοι τὰς φυσικὰς καὶ κοινωνικὰς καταστάσεις τὰς ὁποίας εὐρίσκει ὁ νομοθέτης, τὰς προϋπαρχούσας κοινωνικὰς μορφὰς τῶν ἐνόμων σχέσεων, ἀπὸ τὰς ὁποίας διδασκόμεθα νὰ κατανοήσωμεν τὰς ἐνόμους ταύτας σχέσεις. . . Ἡ φύσις τοῦ πράγματος σημαίνει τὴν ἀντίστασιν τοῦ κόσμου τῶν πραγμάτων, τὴν ὁποίαν πρέπει νὰ ὑπολογίζουσι περισσότερον ἢ ὀλιγώτερον αἱ νομικαὶ ἔννοια διὰ νὰ δυνηθοῦν νὰ πραγματοποιηθοῦν».

2. Περαιτέρω ὁ Radbruch φρονεῖ ὅτι ἡ φύσις τοῦ πράγματος δὲν ἀποτελεῖ ἰδιαίτερον πηγὴν δικαίου, ἀλλ' ἔχει πολλαπλὴν λειτουργίαν¹⁹: ἥτοι πρῶτον μὲν ἀποτελεῖ «μέσον πρὸς συμπλήρωσιν καὶ ἐρμηνείαν τῶν νόμων», δεύτερον δὲ παρέχει «κατευθυντηρίους γραμμάς» (Leitgedanken) εἰς τὸν νομοθέτην, καὶ τρίτον ἐπηρεάζει αὐτὴν ταύτην τὴν ἔνοιαν (τὸ περιεχόμενον ἢ τὴν οὐσίαν) τῆς Ἰδέας τοῦ Δικαίου.

Ἐπὶ τοῦ τελευταίου τούτου σημείου ὁ Radbruch παρατηρεῖ εἰδικώτερον τὰ ἐξῆς: Ἡ φύσις τοῦ πράγματος ἐπηρεάζει τὴν οὐσίαν τῆς Ἰδέας τοῦ Δικαίου, ἥδη κατὰ τὴν γένεσιν τῆς ἰδέας ταύτης, ἥτις «φέρει ἀναγκαιῶς τὰ χαρακτηριστικὰ γνωρίσματα τοῦ ἱστορικοῦ κλίματος ὅπου διαμορφοῦται καὶ ἐντὸς τοῦ ὁποῦ παραμένει». «Κάθε ἀξιολογικὴ ἰδέα προὐρίσται δι' ὀρισμένην ὕλην καὶ καθορίζεται ὑπὸ τῆς ὕλης αὐτῆς». «Ὅπως ἡ ἰδέα τοῦ καλλιτέχου περὶ τοῦ ἔργου του, καθορίζεται καὶ διὰ τοῦ ὕλικου μὲ τὸ ὁποῖον τὴν πραγματο-

17. Αὕτη μετεφράσθη εἰς ἑλληνικὴν γλῶσσαν ὑπὸ τοῦ Νικ. Ταζεδάκη. Ἐκ τῆς μεταφράσεως ταύτης ἐλήφθησαν, ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, αἱ παρατιθέμεναι σκέψεις τοῦ Radbruch.

18. Βλ. Radbruch, Εἰσαγωγή εἰς τὴν Ἐπιστήμην τοῦ Δικαίου. Δευτέρα ἑλληνικὴ μετάφρασις ὑπὸ Ν. Ταζεδάκη, Ἀθῆναι 1962 σ. 28 ἐπ.

19. Σύνοψιν τῶν ἰδεῶν τοῦ Radbruch ἐπὶ τοῦ σημείου τούτου βλ. εἰς Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie (1964) § 25, II σ. 291.

ποιεῖ— ἀδιαφόρως ἐὰν τὴν ἐκτελῇ μὲ μάρμαρον ἢ μὲ μπροῦντζον— οὕτω καὶ κάθε ἀξιολογικὴ ἰδέα καθορίζεται ἐκ τῆς ὕλης αὐτῆς (Emil Rask) καὶ εἰδικώτερον κάθε νομικὴ ἰδέα καθορίζεται κατὰ τὴν οὐσίαν τῆς ὑπὸ τῆς ὕλης αὐτῆς ἐκ τῆς ἀντιστοίχου ἐποχῆς, ἐκ τοῦ ἰδιαίτερου λαϊκοῦ πνεύματος (Volksgeist) μὲ μίαν λέξιν διὰ τῆς Φύσεως τοῦ Πράγματος (καθορισμὸς τῆς Ἰδέας διὰ τῆς ὕλης αὐτῆς).

Ἐν τελευταία ἀναλύσει, κατὰ τὸν Radbruch, ἡ φύσις τῶν πραγμάτων τείνει νὰ χαλαρώσῃ πῶς τὴν ὀξεῖαν ἀντίθεσιν μεταξὺ τῶν ἀξιών καὶ τῆς πραγματικότητος, μεταξὺ τοῦ εἶναι (Sein) καὶ τοῦ δεόντος (Sollen), οὐχὶ ὅμως καὶ νὰ ἄρῃ ταύτην παντελῶς. Ἡ τάσις αὕτη τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» πρὸς γεφύρωσιν τοῦ εἶναι πρὸς τὸ δεόν ἐκδηλοῦται ἀπὸ δύο ἀπόψεων: ἀφ' ἑνὸς μὲν πᾶς δεοντολογικὸς κανὼν (οἷαι εἶναι αἱ ἐπιταγαὶ τοῦ δικαίου) ρυθμίζων τὴν πραγματικότητα, πρέπει νὰ εἶναι πρόσφορος²⁰ πρὸς τοῦτο (seinsadäquat), ἥτοι πρέπει νὰ ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν φύσιν τοῦ ἀνθρώπου καὶ τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων. Ἀφ' ἑτέρου ὅμως μόνῃ ἡ ὕλη τοῦ δικαίου δὲν εἶναι δυνατόν νὰ ρυθμισθῇ καὶ ἀξιολογηθῇ ἀφ' ἑαυτῆς (δηλαδὴ δὲν εἶναι δυνατόν νὰ εὗρωμεν τὴν ὀρθὴν λύσιν στηριζόμενοι μόνον εἰς τὰ πράγματα), ἀλλ' ἀπαιτεῖται πρὸς τοῦτο νὰ ἀναφερθῶμεν εἰς τινὰ ἀξίαν καὶ δὴ τὴν Ἰδέαν τοῦ Δικαίου. Ἡ φύσις τῶν πραγμάτων, ναὶ μὲν ἀντιτάσσει ἔναντι τῆς Ἰδέας τοῦ δικαίου τὴν ἀξίωσιν ὅπως ἡ δεδομένη ὕλη τοῦ δικαίου τύχη λογικῆς διαμορφώσεως (ἀντιστοίχου πρὸς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων), ἐν τοῦτοις ὅμως ἡ τελευταία ἀπόφασις, ἡ τελευταία λέξις ἀνήκει εἰς τὴν Ἰδέαν τοῦ δικαίου²¹.

3. Ἐκ τῆς ἐπισκοπήσεως ταύτης τῶν ἰδεῶν τοῦ Radbruch συνάγεται ὅτι οὗτος ἀναζητεῖ τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων» εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου τῆς ἀντιστοίχου ἐποχῆς, διδάσκων ὅτι ἡ ὕλη αὕτη ἀποτελεῖται, ὄχι μόνον ἐκ τῶν φυσικῶν καὶ κοινωνικῶν καταστάσεων, ἀλλὰ καὶ ἐκ πνευματικῶν στοιχείων, ἅτινα ποικίλλουν κατὰ χώρας καὶ ἐποχάς, προσδιοριζόμενα ἐκ τοῦ κρατοῦντος ἐκάστοτε «ἱστορικοῦ κλίματος» καὶ τοῦ «ἰδιαίτερου πνεύματος ἐκάστου λαοῦ» (Volksgeist). Ἀπὸ τῆς ἀπόψεως ταύτης ὁ Radbruch καταλήγει εἰς τινὰ σχετικισμὸν (Relativismus) ἢ, ὡς λέγει ὁ ἴδιος, εἰς «σχετικιστικὴν παραίτησιν ἢ ὑποταγὴν» (relativistische Resignation)²², δηλαδὴ αἰσθάνεται ἑαυτὸν ὡς λογικῶς ὑποχρεωμένον νὰ ὑποταχθῇ εἰς τὴν ἀντίληψιν ὅτι οἱ ὑπὸ τοῦ ἐκάστοτε ἰσχύοντος θετικοῦ δικαίου ἐπιδιωκόμενοι ὑψηλότεροι σκοποὶ καὶ ἀξίαι δια-

20. Βλ. J. Stoltzenburg, ἐν Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie³, σ. 5 (ἐν τῷ προλόγῳ διὰ τὴν δευτέραν ἔκδοσιν).

21. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie³ σ. 23.

22. Βλ. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie³ § 8, III σ. 29.

φέρουν κατά τόπον και χρόνον αναλόγως τῶν κρατουσῶν ἠθικῶν, Ὄρησκευτικῶν καὶ πολιτικῶν ἀντιλήψεων καὶ τῆς δεσποζούσης κοσμοθεωρίας. Ἡ τοιαύτη σχετικιστικὴ ἀντίληψις ἰσχύει ὅμως μόνον ὡς πρὸς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου —καὶ τὴν ὕλην τῆς ιδέας τοῦ δικαίου— οὐχὶ ὅμως ὡς πρὸς τὴν ιδέαν τῆς δικαιοσύνης, ἣτις συνιστᾷ τὸν πυρῆνα τῆς ιδέας τοῦ δικαίου. Πράγματι, ὡς τονίζει ὁ Radbruch, ἡ δικαιοσύνη ἀποτελεῖ ἀπόλυτον ἀξίαν, ὡς εἶναι αἱ ἀξίαι τοῦ ἀληθοῦς, τοῦ ἀγαθοῦ καὶ τοῦ ὠραίου, καὶ δὴ ἀξίαν ἣτις θεμελιούται ἀφ' ἐαυτῆς καὶ δὲν συνάγεται ἐξ ἄλλων ὑψηλοτέρων ἀξιῶν²³.

Περαιτέρω, ὡς εἶδομεν, ὁ Radbruch ὁμιλῶν περὶ τῆς ὕλης τοῦ δικαίου, παρομοιάζει ταύτην πρὸς τὴν ἄμορφον καὶ ἀδρανῆ ὕλην τῶν καλλιτεχνικῶν ἔργων. Διὰ τῆς παρομοιώσεως ταύτης ὁ συγγραφεὺς οὗτος δὲν ἠθέλησε, ὡς φρονούμεν, νὰ δηλώσῃ ὅτι ἡ ὕλη τοῦ δικαίου στερεῖται πάσης μορφῆς, ἀλλ' ἠθέλησε νὰ καταστήσῃ σαφὲς ὅτι ἡ ὕλη τοῦ δικαίου ἐπιδρᾷ ἀναγκαστικῶς ἐπὶ τοῦ περιεχομένου τῶν νόμων καὶ ἐπὶ τῆς Ἰδέας τοῦ δικαίου καὶ νὰ τονίσῃ τὴν σημασίαν τῆς τοιαύτης ἐπιδράσεως. Πάντως ἡ παρομοίωσις αὕτη ἐπεκρίθη ὑπὸ μεταγενεστέρων συγγραφέων —καὶ δὴ τοῦ Maihofer καὶ τοῦ Henkel²⁴— οὐτινες παρετήρησαν ὅτι εἰς τὴν ὕλην τοῦ Δικαίου ἐνυπάρχει ἡδὴ κάποια τάξις, κάποια ρύθμισις, ἀποτελοῦσα προκαταρκτικὴν μορφήν (Vorform), ἣν δεόν νὰ λαμβάνῃ ὑπ' ὄψιν ὁ νομοθέτης. Παρ' ὅλον ὅτι ἡ ἐπίκρισις αὕτη εἶναι ἴσως ἄδικος, διότι ὁ σκοπὸς τῆς περὶ ἧς πρόκειται παρομοιώσεως τοῦ Radbruch ἦτο ὡς εἶπομεν ἄλλως, νομίζομεν ὅτι ἡ διδασκαλία τοῦ συγγραφέως τούτου δὲν εἶναι ἀπολύτως ἱκανοποιητικὴ καὶ ὅτι τὸ βασικὸν μειονέκτημα αὐτῆς ἔγκειται εἰς τὸ ὅτι οὗτος περιωρίσθη εἰς γενικὴν καὶ ἀόριστον περιγραφὴν τῆς ὕλης τοῦ Δικαίου, τονίσας μόνον τὰ γενικὰ χαρακτηριστικὰ τοῦ προσδιορίζου ἐκάστοτε τὸ περιεχόμενον τῆς, χωρὶς νὰ διερευνήσῃ ἐγγύτερον²⁵ τὴν

23. Radbruch αὐτόθι § 7 σ. 24. Διὰ τῶν θέσεων τούτων ὁ Radbruch ἐγκαταλείπει τὰς ἀντιλήψεις τοῦ «σχετικισμοῦ» καὶ προσχωρεῖ εἰς τὴν διδασκαλίαν περὶ ὑπάρξεως ἀπολύτου φυσικοῦ δικαίου. Περὶ τῆς τοιαύτης στροφῆς τοῦ Radbruch βλ. *Tjong ARSP* 66, (1970) σ. 250 ἐπ. καὶ τοὺς αὐτόθι ἐν σημ. 26 παρατιθεμένους.

24. Βλ. Henkel, Einführung σ. 291 καὶ τὰς αὐτόθι σημειώσεις 4 καὶ 5.

25. Σημειωτέον ἐξ ἄλλου ὅτι ὁ Radbruch, ἐν *Festschrift für Laun* (1948) σ. 159 παρατηρεῖ ὅτι τὸ Ρομ. Δίκαιον εἶναι δίκαιον δημιουργηθὲν βασικῶς ἐκ τῆς ἀφύσεως τῶν πραγμάτων, τὸ αὐτὸ δὲ λέγει καὶ διὰ τὸ ἀγγλικὸν δίκαιον, ὅπερ εἶναι δίκαιον περιπτώσιολογικόν (case law), δημιουργηθὲν ὑπὸ τῶν δικαστῶν (judge made law) καὶ στηριζόμενον ἐπὶ τῆς ἐμπειρικῆς μεθόδου, ἣτις ἀντιμετωπίζει συγκεκριμένα ζητήματα, ἐμφανισθέντα εἰς τὴν ζωὴν, καὶ ἀποστρέφεται τοὺς ὁρισμοὺς καὶ τὸ προληπτικὸν δίκαιον (proleptic law). Βλ. ἐπίσης Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* ³ § 17, II καὶ V σ. 48, 49. Ἡ παρατήρησις αὕτη ἔχει μεγάλην δόσιν ἀληθείας, δύναται ὅμως νὰ ὀδηγήσῃ εἰς τὴν ἐσφαλμένην ἀντίληψιν ὅτι τὸ ἐν τῇ πράξει ἐμπειρικῶς διαπλασσόμενον δίκαιον συμπίπτει

ἐν τῇ ὕλῃ τοῦ δικαίου ἐνυπάρχουσαν τάξιν καὶ τοὺς λόγους εἰς οὓς ὀφείλεται ἡ τάξις αὕτη.

Οὕτω φθάνομεν εἰς τὸ καίριον πρόβλημα τῆς ὅλης θεωρίας περὶ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ὅπερ ἀναλύεται εἰς τὰ ἐξῆς ἐρωτήματα: Εἶναι ἀληθὲς ὅτι εἰς τὴν ρυθμιστέαν ὑπὸ τοῦ Δικαίου ὕλην ἐνυπάρχει ποιά τις τάξις, προϋπάρχουσα τοῦ Δικαίου; Πῶς θὰ διαγνώσωμεν τὴν τοιαύτην τάξιν καὶ ποία ἡ σημασία αὐτῆς διὰ τὸν νομοθέτην καὶ τὸν ἐρμηνευτὴν; Εἰς τὰ ἐρωτήματα ταῦτα οἱ συγγραφεῖς ἔδωσαν διαφόρους ἀπαντήσεις, ἅς θὰ ἐκθέσωμεν ἐν συντομίᾳ ἀρχόμενοι ἀπὸ τὰς γνώμας τοῦ Coing.

III

H. COING

1. Ὁ Helmut Coing, εἰς τὰς περὶ τῆς φιλοσοφίας τοῦ Δικαίου ἐργασίας του, ἀκολουθεῖ βασικῶς τὴν περὶ τῶν φιλοσοφικῶν ἀξιών διδασκαλίαν τοῦ Nic. Hartmann καὶ Max Scheler, ἥτοι πιστεῖει εἰς τὴν ὑπαρξίν ὑπερβατικῶν ἀξιών, ἀνεξαρτήτων τῆς πραγματικότητος, καὶ διὰ τοῦτο ἀποδίδει εἰς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων» μᾶλλον περιορισμένην σημασίαν. Πάντως οὗτος εἰς τὸ περὶ τῆς Φιλοσοφίας τοῦ Δικαίου (Grundzüge der Rechtsphilosophie) βιβλίον του, δημοσιευθὲν εἰς πρώτην ἐκδόσιν τῷ 1950 καὶ εἰς 2αν ἐκδόσιν τῷ 1969, ἀφιερῶ ἀρκετὰς σελίδας²⁶ εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ἐξαιρῶν τὴν σημασίαν αὐτῆς. Οὕτως ἐκθέτει²⁷ ὅτι ἐν τῇ ἐννοίᾳ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων περιλαμβάνονται αἱ φυσικαὶ ιδιότητες τῶν πραγμάτων (π.χ. ὡς κινήτων καὶ ἀκινήτων, ὑγρῶν ἢ στερεῶν), αἱ φυσικαὶ καὶ ψυχικαὶ ιδιότητες τοῦ ἀνθρώπου (ἡλικία, φύλον, υγεία, αἱ φυσικαὶ ὀρμαὶ τῆς συντηρήσεως καὶ τῆς ἀναπαραγωγῆς κτλ.), αἱ ἐκ τῆς οἰκονομικῆς ὁργανώσεως προκύπτουσαι καταστάσεις (ὡς ἡ στενότης τῶν ἀγαθῶν, ὁ καταμερισμὸς τῆς ἐργασίας, ἡ

πάντοτε πρὸς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων». Τοιαύτη ἀντίληψις δὲν εἶναι ὀρθή, ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τοῦ γεγονότος ὅτι πολλοὶ κανόνες τοῦ τε Ρωμ. Δικαίου καὶ τοῦ Ἀγγλικοῦ Δικαίου, καίτοι διαπλάσθέντες ἐμπειρικῶς, προσέκρουσαν εἰς τὴν ἀντίστασιν τῶν πραγμάτων καὶ κατηργήθησαν δι' ἀρχαίας ἢ νομοθετικῶς. Τοῦτο σημαίνει ὅτι ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων» δὲν συμπίπτει πρὸς τὸ ἐν τῇ πράξει ἐμπειρικῶς κρατοῦν δίκαιον, ἀλλ' ἀποτελεῖ τι διάφορον, προϋπάρχον αὐτοῦ ἱστορικῶς καὶ λογικῶς. Μὲ ἄλλας λέξεις ἡ φύσις τῶν πραγμάτων ἀποτελεῖ τάξιν ἐγκειμένην εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου καὶ προϋπάρχουσαν τῆς νομικῆς ρυθμίσεως αὐτῆς, εἴτε αὕτη γίνεται διὰ γραπτῶν νόμων εἴτε διὰ τῶν ἐδικτῶν τῶν πραιτώρων εἴτε διὰ νομολογικῶν ἐθίμων.

26. Βλ. H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1e Aufl.) 1950 σ. 118-131 καὶ 2e Aufl. (1969) σ. 177-188.

27. Ἐνθ' ἄνωτ. σ. 119 ἐπ. (τῆς 1ης ἐκδ.), σ. 177 ἐπ. (τῆς 2ας ἐκδ.)

τεχνική πρόοδος) και οι διέποντες τούτους νόμοι, οι κανόνες οι διέποντες την ούσιαν του γάμου, την θρησκευτικὴν ζωὴν, την ζωὴν τοῦ Κράτους καὶ ἄλλων δημοσίων ὀργανισμῶν κτλ. Ἐξ ἄλλου οὗτος παρατηρεῖ ὅτι ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων» στηρίζεται ἐπὶ τῆς κοινωνικῆς ζωῆς καὶ τῆς κοινωνικῆς φύσεως τοῦ ἀνθρώπου ἐν τῷ κόσμῳ καὶ τονίζει συναφῶς ὅτι ἡ νομοθεσία δὲν πρέπει νὰ καταπιέζη κατὰ τρόπον διαρκῆ τὰς «νομίμους τάσεις τοῦ ἀνθρώπου» (legitime Tendenzen des Menschen) π.χ. διὰ τῆς ἐπιβολῆς διατιμῆσεως κατωτέρας τῆς ἀγοραίας ἀξίας τοῦ πράγματος, διότι τοιαύτη καταπίεσις ὀδηγεῖ εἰς ἄτοπα ἀποτελέσματα, ἐξαναγκάζει τὸν ἄνθρωπον εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὸν ἑαυτὸν του καὶ κλονίζει δεινῶς τὸ κύρος τοῦ Δικαίου²⁸. Καταλήγει δὲ ἐν τέλει εἰς τὸ πόρισμα ὅτι οὐδὲν θὰ ἦτο σφαλρότερον ἀπὸ τὴν παραγνώρισιν τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ὅτι ἡ δημιουργία δικαίας τάξεως εἶναι ἀδύνατος χωρὶς νὰ ληφθῇ ὑπ' ὄψιν ἡ φύσις τῶν πραγμάτων καὶ ὅτι ὀφείλομεν, κατὰ τὴν ἐπιτυχῆ ἔκφρασιν τοῦ Franz Böhm νὰ ἐγκύπτωμεν εἰς τὰ πράγματα καὶ νὰ τὰ ἀκροώμεθα μὲ προσοχὴν, προτοῦ ἐπιχειρήσωμεν νὰ τὰ ρυθμίσωμεν²⁹.

2. Ἡ τοιαύτη ἔντονος καὶ εὐγλωττος ἐξαρσις τῆς σημασίας τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων δὲν ἐμποδίζει τὸν Coing νὰ υἱοθετήσῃ ἐν συνεχείᾳ μᾶλλον ψυχραίμων καὶ ἐπιφυλακτικὴν στάσιν, βεβαίῳ³⁰ ὅτι ἐκ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» δὲν εἶναι δυνατόν νὰ ἀντλήσωμεν μίαν «τετελειωμένην τάξιν» (eine geschlossene Ordnung) καὶ ὅτι ἡ φύσις τῶν πραγμάτων μᾶς προσφέρει «μόνον στοιχεῖα τάξεως, ἀλλ' οὐχὶ αὐτὴν ταύτην τὴν τάξιν» (Ordnungselemente aber keine Ordnung selbst). «Δὲν εἶναι δυνατόν, λέγει οὗτος, νὰ ἀφεθῇ ἐλευθέρᾳ ἡ ὁδὸς εἰς ὅλα τὰ ἐνστικτικὰ καὶ τὰ πάθη. Πρέπει μᾶλλον ὠρισμέναι ιδιότητες (τοῦ ἀνθρώπου) νὰ περισταλοῦν, ἔτεραι νὰ ἐνισχυθοῦν ἢ κατοχυρωθοῦν. Πρὸς τοῦτο δέον νὰ ἐκτιμῆσωμεν ἀξιολογικῶς αὐτάς» (werten)³¹. Ἡ τοιαύτη ἐπιφυλακτικὴ στάσις τοῦ Coing ἐναντι τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ὀφείλεται ἴσως εἰς τὴν ἔλλειψιν σαφοῦς ἀντιλήψεως περὶ τοῦ περιεχομένου τῆς ἐννοίας ταύτης. Πράγματι, ὡς εἶδομεν, ὁ Coing ἀφ' ἑνὸς μὲν διογκώνει ὑπερμέτρως τὴν ἐννοίαν ταύτην, περιλαμβάνων εἰς αὐτὴν πράγματα ἀνομοιογενῆ, ὡς π.χ. τὰς «νομίμους τάσεις τοῦ ἀνθρώπου», τὰ πάθη καὶ τὰ ἐνστικτικὰ αὐτοῦ

28. σ. 126 ἐπ. (1η ἔκδ.) σ. 184 ἐπ. (τῆς 2ας ἔκδ.).

29. «Nichts wäre also falscher, als die Bedeutung der «Natur der Sache» übersehen zu wollen. Ohne sie zu beachten, Kann eine gerechte Ordnung nie geschaffen werden. Wir müssen, nach einem treffenden Ausdruck Franz Böhms, in die Dinge hineinhorchen, ehe wir daran gehen, sie zu ordnen» (ἐνθ' ἀνωτ. σ. 126 τῆς Α' ἔκδ.) (σ. 185 τῆς Β' ἔκδ.).

30. Βλ. αὐτόθι: σ. 127 (Α' ἔκδ.), σ. 185 (Β' ἔκδ.).

31. «Dazu muss es werten» (αὐτόθι: σ. 127 Α' ἔκδ. καὶ σ. 186 Β' ἔκδ.).

καὶ ἀφ' ἑτέρου, παραλείπει νὰ προσδιορίσῃ σαφῶς τὰ ὅρια τῆς ἐν λόγῳ ἐννοίας, ἥτις οὕτω παραμένει ἀόριστος καὶ ἀσαφής.

3. Πάντως, παρὰ τὴν ἐπιφυλακτικὴν του στάσιν ἐναντι τῆς φύσεως τοῦ πράγματος, ὁ Coing, πραγματευόμενος τὸ πρόβλημα τοῦ φυσικοῦ δικαίου, στηρίζει τὴν ἰδέαν καὶ τὴν δυνατότητα τῆς ὑπάρξεως τοῦ φυσικοῦ δικαίου ἐπὶ ἐνὸς ἐμπειρικοῦ δεδομένου, συναγομένου ἐκ παρατηρήσεων γενομένων ὑπὸ τῆς Κοινωνιολογίας, τῆς Οἰκονομικῆς Ἐπιστήμης καὶ τῆς Πολιτικῆς Ἐπιστήμης, ἥτοι ἐπὶ τοῦ φαινομένου τῆς συνεχοῦς ἐν τῇ ἀνθρωπίνῃ ἱστορίᾳ ἐπανεμφανίσεως πανομοιότυπων καταστάσεων ἢ σχέσεων (ὡς εἶναι ἡ πώλησις, ἡ μίσθωσις, ὁ γάμος, ἡ σχέσις τοῦ ἡγεμόνος πρὸς τοὺς ὑπηκόους του), ὅπερ φαινόμενον οὗτος ἀποκαλεῖ ³² «τυπικότητα τῶν καταστάσεων» (Typik der Situationen). Ἡ τυπικότης αὕτη τῶν καταστάσεων ἐθεωρήθη ὑπὸ μεταγενεστέρων συγγραφέων — καὶ δὴ ὑπὸ τοῦ Maihofer — ὡς συνιστῶσα τὸν πυρῆνα τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» καὶ ὡς παρέχουσα βᾶσιν πρὸς θεμελιώσιν «συγκεκριμένου φυσικοῦ δικαίου» (βλ. κατωτ. σ. 202). Κατὰ τὸν Coing ὅμως ἡ ἐν λόγῳ «τυπικότης τῶν καταστάσεων» ἐλάχιστα ἐπηρεάζει τὸ περιεχόμενον τῶν ἀρχῶν τοῦ φυσικοῦ δικαίου, διότι τοῦτο προσδιορίζεται κατὰ κύριον λόγον ἐκ τῆς ἀξιολογικῆς ἐκτιμήσεως αὐτῶν ³³.

IV

E. FECHNER

1. Ὁ Erich Fechner, εἰς τὸ βιβλίον του περὶ Φιλοσοφίας τοῦ Δικαίου, συνέδεσε τὴν ἐννοίαν τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» πρὸς τὸ πρόβλημα τῶν παραγόντων τῆς γενέσεως τοῦ δικαίου, ἐφ' οὗ ἀφιέρωσε μέγα μέρος τοῦ βιβλίου ³⁴, ἀναλύσας τὸ πρόβλημα τοῦτο μὲ πρωτοτυπίαν καὶ ὀξυδέρκειαν. Εἰς

32. Βλ. αὐτόθι σ. 159-161 (Α' ἐκδ.), σ. 202-203 (τῆς Β' ἐκδ.)

33. Πάντως ὁ Coing, καίτοι τονίζει ἐν σ. 106 ἐπ. (τῆς Α' ἐκδ.) ὅτι ἡ ἠθικὴ ἀξιολόγησις εἶναι ζήτημα προσωπικόν, διότι ἐν τελευταία ἀναλύσει αὕτη στηρίζεται ἐπὶ τοῦ ἰδίου ἀξιολογικοῦ συναισθήματος ἐκάστου ἀτόμου (nur aus dem eigenen Wertfühlen kann sich letzten Endes eine Evidenz ergeben) καὶ ὅτι ἐξ ἑτέρου ἡ κοινὴ γνώμη (consensus omnium) δὲν ἀποτελεῖ ἀσφαλὲς κριτήριον, διότι εἶναι δυνατόν νὰ εἶναι ἐσφαλμένη, παρὰ ταῦτα οὗτος πιστεύει ὅτι εἶναι δυνατὴ ἡ ὑπαρξίς πυρῆνος ἀντικειμενικῶς ὁρθῶν πεποιθήσεων περὶ τοῦ περιεχομένου τῶν καθέκαστον ἠθικῶν ἀξιών (ein Kern von objektiv richtigen Aussagen über den Inhalt der einzelnen sittlichen Werte), διότι ἄλλως θὰ ἦτο ἀδύνατος ἡ συνεννόησις μεταξὺ ἀνθρώπων ἀνηκόντων εἰς διαφόρους πολιτισμοὺς (αὐτόθι σ. 107-108 καὶ περαιτέρω σ. 272, 274).

34. Βλ. Erich Fechner, Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl. 1962 σ. 22-177.

διαμορφουμένες πραγματικές νομικές συνθήκες (Realzusammenhänge), και τὸ πνευματικὸν νόημα αὐτῶν (καὶ δὴ τὸ νόημα ὑπερ συνάγεται ἐκ τῆς ἐπιδράσεως τῶν «πνευματικῶν παραγόντων») ἐπὶ τῶν νομικῶν σχέσεων), νόημα ὑπερ ἔχει ἐπίσης ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν ⁴⁰.

3. Ἐν κατακλιεῖδι σημειοῦμεν ὅτι ὁ Fechner, ἐμπνεόμενος ἐκ τῆς νεωτέρας ὑπαρξιακῆς φιλοσοφίας ⁴¹, πιστεύει τελικῶς ὅτι, καίτοι ὁ ἄνθρωπος εἶναι δέσμιος καὶ κατὰ μέγα μέρος ἐξηρητημένος ἐκ τῶν πραγματικῶν καὶ ἰδεαλιστικῶν παραγόντων τῆς διαπλάσεως τοῦ δικαίου, ἐν τοῦτοις παραμένει εἰς αὐτὸν στενὸν περιθώριον (verengte Raum) προσωπικῆς ἐλευθερίας ⁴², ἐν τῷ ὁποίῳ δύναται νὰ διαμορφώσῃ τὸ δίκαιον δι' ἐλευθερίας ἀποφάσεως προσανατολιζομένης εἰς ἀνωτέρας ἠθικὰς ἀξίας. Ἡ ἐντὸς τοῦ περιορισμένου τούτου χώρου ἀνεύρεσις τῆς ἐκάστοτε ἐπιβαλλομένης συμφωνίας πρὸς τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου ρυθμίσεως, ἀποτελεῖ ὑπαρξιακὸν ζήτημα, θέμα ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς καὶ προσωπικῆς συνειδήσεως, ἢ ἐπίλυσις τοῦ ὁποίου ἐξαρτᾶται ἐκ τῆς ἰδίας ἀποφάσεως ἐκάστου ἀτόμου, τὴν ὁποίαν δέον νὰ λαμβάνῃ στηριζόμενος εἰς τὴν ἐσωτερικὴν του ἐλευθερίαν. Πᾶσα τοιαύτη ἀπόφασις, πᾶσα τοιαύτη ὑπαρξιακὴ ἐκλογὴ, ἐν ὅσῳ ἔχει δημιουργικὸν χαρακτήρα, ἀποκαλύπτει τι τὸ νέον καὶ συνιστᾷ τμήμα τοῦ φυσικοῦ δικαίου. Ἐπὶ τῇ βάσει τῶν σκέψεων τούτων ὁ Fechner ἄγεται εἰς τὸ πόρισμα ὅτι εἶναι δυνατόν νὰ ἐγκαταλείψωμεν τόσον τὴν ἔννοιαν τοῦ λογικῶς προϋπάρχοντος «στατικῶν φυσικοῦ δικαίου» (τοῦ ὁποίου τὸ περιεχόμενον εἶναι προκαθορισμένον), ὅσον καὶ τὴν ἔννοιαν τοῦ «φυσικοῦ δικαίου μὲ μεταβαλλόμενον περιεχόμενον» (Stammler) καὶ νὰ ἀντικαταστήσωμεν ταύτας διὰ τῆς ἐννοίας τοῦ «ἐν συνεχεῖ γενέσει φυσικοῦ δικαίου» (werdendes Naturrecht), δηλαδὴ τοῦ φυσικοῦ δικαίου μὲ μελλαντικὸν περιεχόμενον (mit werdendem Inhalt). Ὡς τοιοῦτο δὲ νοεῖται τὸ τελοῦν ὑπὸ διαρκῆ διάπλασιν καὶ ἐξέλιξιν φυσικὸν δίκαιον, τοῦ ὁποίου ἡ πληρότης κεῖται ἐν τῷ μέλλοντι καὶ ἡ ὀρθότης ἀποδεικνύεται ἐκ τῶν ὑστέρων (ἐν τῇ ληφθείσῃ ἀποφάσει καὶ μετ' αὐτήν: in und nach der Tat) ⁴³.

40. Ἀπόθι σ. 151.

41. Ἡ σχέση τῆς ὑπαρξιακῆς φιλοσοφίας πρὸς τὸ βασικὸν φιλοσοφικὸν πρόβλημα τοῦ δικαίου (ἦτοι τὸ πρόβλημα τοῦ φυσικοῦ δικαίου) ἀναπτύσσεται ὑπὸ τοῦ Fechner ἀπόθι σ. 223 ἐπ. καὶ ἰδίᾳ σ. 248 ἐπ., ὡς ἐπίσης εἰς εἰδικὴν μελέτην ὑπὸ τὸν τίτλον: Naturrecht und Existenzphilosophie, περιληφθεῖσαν ἐν τῷ συλλογικῷ ἔργῳ Naturrecht oder Rechtspositivismus, herausgegeben von W. Maihofer, (1962) σ. 384 ἐπ., 397 ἐπ.

42. Βλ. Fechner, Rechtsphilosophie σ. 251. Βλ. ἐπίσης Fechner, ἐν τῷ συλλογικῷ ἔργῳ Naturrecht oder Rechtspositivismus (herausg. W. Maihofer) (1962) σ. 278 ἐπ.

43. Βλ. Fechner, Rechtsphilosophie σ. 261. Ὁ M. Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du Droit (nouvelle édition) 1962, σ. 314, συνοψίζων ἐπιγραμματικῶς

Πρὸς ἀνεύρεσιν δὲ καὶ διάπλαισιν τοῦ τοιοῦτου μελλοντικοῦ φυσικοῦ δικαίου⁴⁴ ἀπαιτεῖται ἡ ἐνεργὸς καὶ ἀποφασιστικὴ συμμετοχὴ τοῦ ἀνθρώπου, φέρουσα τὸν δημιουργικὸν χαρακτῆρα πνευματικοῦ τολμήματος, τὸ ὅποιον ὡς πρὸς μὲν τὴν προέλευσιν ἔχει ὑποκειμενικὸν χαρακτῆρα, κατὰ δὲ τὸν σκοπὸν ἔχει ἀντικειμενικὴν ἀξίαν, εἰς τρόπον ὥστε ἐκ τοῦ Ὑποκειμενικοῦ νὰ πηγάζῃ διὰ τὸ μέλλον τι τὸ Ἀντικειμενικόν (aus Subjektivem ein Objektives sich entfaltet).

4. Αἱ ἀνωτέρω ἐκτεθεῖσαι ἐν περιλήψει ἀπόψεις τοῦ Fechner περὶ τῶν παραγόντων τῆς διαπλάσεως τοῦ δικαίου καὶ περὶ τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος», αἱ ὠραῖαι σκέψεις αὐτοῦ περὶ «ἐντελεχείας» καὶ «ἐντελεχειακῶν δυνάμεων» καὶ περὶ τοῦ «ἐν συνεχεῖ γενέσει φυσικοῦ δικαίου» ἀποδεικνύουν τὴν δύναμιν καὶ τὴν βαθύτητα τοῦ φιλοσοφικοῦ αὐτοῦ στοχασμοῦ. Ἡ προσπάθεια ὅμως αὐτοῦ πρὸς διευκρίνησιν τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», καίτοι κατέστησεν πλέον ἐμφανεῖς τὰς δυσχερείας τοῦ θέματος καὶ ἔρριψεν νέον φῶς εἰς πολλὰς πτυχὰς αὐτοῦ, οὐχ ἤττον δὲν ὠδήγησεν εἰς ἱκανοποιητικὴν λύσιν αὐτοῦ. Τοῦτο ὀφείλεται καθ' ἡμᾶς εἰς δύο λόγους καὶ δῆ: πρῶτον εἰς τὸ ὅτι ὁ Fechner ἀντιμετωπίζει τὴν ἐννοίαν τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» ὡς ἐννοίαν περιληπτικὴν καὶ λίαν πολὺπλοκον, ἔχουσαν εὐρύτατον περιεχόμενον καλύπτον τόσον τοὺς πραγματικούς, ὅσον καὶ τοὺς πνευματικούς παράγοντας διαπλάσεως τοῦ δικαίου ὡς καὶ τὸ νόημα τῶν νομικῶν σχέσεων· καὶ δεύτερον εἰς τὸ ὅτι, ἐνῶ ὁ Fechner δέχεται ὡς ὀρθὸν τὸν ὀρισμὸν τοῦ Dernburg (καθ' ὃν ὡς «φύσις τῶν πραγμάτων νοεῖται ἡ εἰς τὰς βιοτικὰς σχέσεις ἐνυπάρχουσα τάξις», παρέλειψε νὰ ἐρευνήσῃ ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ θετικοῦ δικαίου τὴν ὑπαρξίν καὶ τὴν ἔκτασιν τῆς τοιαύτης τάξεως, ἥτις, ὡς ἀποδεικνύε-

τὰς ἐπὶ τοῦ προβλήματος τοῦ φυσικοῦ δικαίου ἀπόψεις τοῦ Fechner, παρατηρεῖ ὅτι τὸ φυσικὸν δίκαιον εἶναι κατὰ τὸν Fechner εὐκαμπτον (flexible), ποικιλοτρόπως ὑποχρεωτικὸν (diversement obligatoire), προσδιοριζόμενον πολὺ ἢ ὀλιγώτερον σαφῶς ἀναλόγως τῶν στραμάτων τῶν φαινομένων ποὺ πρόκειται νὰ ρυθμισθῇ· δίκαιον μεταβαλλόμενον διότι οἱ πλείστοι τῶν διαπλάσσόντων τοῦτο παραγόντων (καὶ ἰδίᾳ ὁ οικονομικὸς καὶ ὁ πολιτικὸς) τελοῦν ἐν συνεχεῖ ἐξελιξεί· δίκαιον ἰδίᾳ συνεχῶς ἀνοικτὸν (ἤτοι διαπλάσσόμενον), διότι ἡ τάξις πρὸς ἣν τείνομεν πρέπει νὰ ἀνακαλυφθῇ, νὰ ἀναζητηθῇ ἐντὸς τῆς ἀμφιβολίας καὶ τῆς ἀγνοίας: (droit surtout constamment ouvert, puisque l'ordre auquel nous tendons est à découvrir, à chercher, dans le risque et l'ignorance).

44. Ὡς παρατηρεῖ ὁ Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964 § 35, IV σ. 415 ὁ ὅρος «μελλοντικὸν φυσικὸν δίκαιον» (ἢ φυσικὸν δίκαιον μὲ μελλοντικὸν περιεχόμενον - Naturrecht mit werdendem Inhalt) εἶναι ἀτυχῆς, διότι δύναται νὰ ὠδηγήσῃ εἰς σύγχυσιν καὶ νὰ μᾶς ἐπαναφέρῃ εἰς τὴν πεπλανημένην ἰδέαν περὶ ὑπάρξεως ἐνόμου τάξεως ἐκ τῶν προτέρων δεδομένης καὶ ὑπερκειμένης τοῦ θετικοῦ δικαίου. Διὰ τοῦτο εἶναι προτιμότερον τὸ τοιοῦτον «φυσικὸν δίκαιον, μὲ μελλοντικὸν περιεχόμενον» νὰ κληθῇ «ὀρθὸν δίκαιον» (richtiges Recht) κατὰ τὴν ὀρολογίαν τοῦ Stammler.

ται ἐκ τῆς ἐμπειρίας, ἐπιβάλλεται ἠθικῶς καὶ καθοδηγεῖ τόσον τὸν νομοθέτην ὅσον καὶ τὸν ἐρμηνευτήν. Διὰ τοὺς λόγους τούτους ἡ ἔννοια τῆς ἀφύσεως τῶν πραγμάτων», ὡς συνελήφθη ὑπὸ τοῦ Fechner, εἶναι δύσχρηστος καὶ ἐν ἰκανῷ μέτρῳ ἀόριστος.

5. Ὅσον δὲ ἀφορᾷ εἰς τὰς ἀντιλήψεις τοῦ Fechner περὶ τοῦ «ὐπὸ διαρκῆ γένεσιν φυσικοῦ δικαίου», ἤτοι περὶ τοῦ ὄρθου δικαίου τὸ ὅποῖον ἀπόκειται εἰς τὸν νομικὸν νὰ ἀνακαλύψῃ, ἐκκινῶν βεβαίως ἐκ τῶν ὑφισταμένων νομικῶν καὶ κοινωνικῶν καταστάσεων, πλὴν στηριζόμενος ἐν τελευταία ἀναλύσει (ἐν περιορισμένῳ ὅμως χῶρῳ) ἐπὶ τῆς ἰδίας αὐτοῦ ἀποφάσεως καὶ τῆς ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς, σημειοῦμεν ὅτι διὰ τοῦ θεωρήματος τούτου ὁ Fechner προσπαθεῖ νὰ συνδυάσῃ ⁴⁵ τὴν περὶ ὑπάρξεως ὑπερβατικοῦ συστήματος ἀντικειμενικῶν ἀξιών διδασκαλίαν τῶν Nicolai Hartmann καὶ Max Scheler πρὸς τὰς ἀπόψεις τῆς νεωτέρας ὑπαρξιακῆς φιλοσοφίας, καθ' ἃς ὁ ἄνθρωπος διὰ τὴν ἀποκτίθησιν αὐθεντικῆν ἡπαρξίνην, διὰ τὴν ἐκφύγη ἀπὸ τὰ δεσμὰ τῆς συνθηθείας, τῆς συμβατικότητος, τῆς τυπικῶς ἐπαναλαμβανομένης συμπεριφορᾶς, εἶναι ὑποχρεωμένος νὰ κάμῃ ἀγῶνα πρὸς κατάρκτησιν τῆς ἐλευθερίας του, νὰ ὑποστῇ τὴν ἀγωνίαν τῆς «ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς», (ἣτοι τῆς ἐκλογῆς μεταξὺ πλειόνων λύσεων καὶ τῶν συγκρουομένων ἀξιών) καὶ νὰ φθάσῃ οὕτω διὰ τῆς ἐλευθερίας ἀποφάσεώς του εἰς τὴν προσήκουσαν λύσιν τῶν πρὸ αὐτοῦ τιθεμένων ἠθικῶν καὶ νομικῶν προβλημάτων. Ἡ ὅλη προσπάθεια τοῦ Fechner εἶναι λίαν ἀξιόλογος, ἀποδεικνύουσα ὅχι μόνον τὴν βαθύτητα τῆς φιλοσοφικῆς του σκέψεως, ἀλλὰ καὶ τὴν ἔντονον προσήλωσίν του εἰς τὴν ἰδέαν τῆς ἠθικῆς ἐλευθερίας τοῦ ἀνθρώπου, εἰς τὴν ἀξίαν τῆς ἠθικῆς προσωπικότητος, εἰς τὸ ὕψηλον ἰδεῶδες τῆς δικαιοσύνης. Διὰ δὲ τοῦ ὅλου συστήματός του ὁ Fechner σκοπεῖ νὰ ἐμπνεύσῃ εἰς πάντα νομικὸν —καὶ ἰδίᾳ εἰς τοὺς δικαστὰς καὶ ἐφαρμοστὰς τοῦ δικαίου— τὴν πεποιθήσιν ὅτι οὗτοι, κατὰ τὴν ἐπιδίωξιν τῆς πραγματοποιήσεως τοῦ ἰδεώδους τῆς δικαιοσύνης, δὲν εἶναι δέσμοι τοῦ γράμματος τοῦ νόμου καὶ τῶν κρατουσῶν ἐν τινι κοινωνίᾳ ἀντιλήψεων ἢ συνθηθειῶν, ἀλλ' ὅτι ἔχουν τὴν δυνατότητα καὶ τὴν ὑποχρέωσιν ὅπως δίδουν ἐπὶ τῶν ἐν τῇ πράξει ἐμφανιζομένων νομικῶν ζητημάτων λύσεις, προκυπτούσας βεβαίως ἐκ τοῦ ὅλου πνεύματος τοῦ θετικοῦ δικαίου, ἀλλὰ στηριζόμενας ἐν τελευταία ἀναλύσει ἐπὶ τῆς ἰδίας αὐτῶν συνειδήσεως, ἐπὶ τῆς ἰδίας αὐτῶν πνευματικῆς ἐλευθερίας, καθιστάμενοι οὕτω ὁδηγοὶ καὶ οὐχὶ οὐραγοὶ τῆς κοινωνίας.

6. Δὲν δυνάμεθα ἐνταῦθα νὰ εἰσέλθωμεν εἰς κριτικὴν τῆς διδασκαλίας

45. Βλ. ἐπὶ τοῦ σημείου τούτου τὴν ἀνάπτυξιν τοῦ N. Poulantzas, *Nature des choses et Droit*, 1965, σ. 156 ἐπ., ὅστις ἐκθέτει κριτικῶς τὰ ἀσθενῆ σημεῖα τῆς τοιαύτης προσπάθειας τοῦ Fechner.

ταύτης καὶ εἰς συζήτησιν περὶ τῆς ἀξίας τῆς ὅλης ὑπαρξιακῆς φιλοσοφίας διὰ τὸ δίκαιον. Περιηριζόμεθα μόνον νὰ σημειώσωμεν τὰ ἐξῆς: Χωρὶς νὰ ἀρνούμεθα τὴν ὑπαρξίν παρ' ἐκάστῳ ἀνθρώπῳ περιορισμένου τινὸς χώρου προσωπικῆς ἐλευθερίας⁴⁶ — ἥτις ἄλλωστε ἀποτελεῖ καὶ τὸν λόγον τῆς ὅλης προόδου τοῦ ἠθικοῦ καὶ ὕψιστου πολιτισμοῦ— φρονοῦμεν ὅτι ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ δικαίου, καὶ ἰδίᾳ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου, ὁ τοιοῦτος χώρος εἶναι ἐλάχιστος διὰ τοὺς ἐξῆς δύο λόγους: α) Διότι οἱ κανόνες τοῦ δικαίου δὲν ἀποτελοῦν ἐπιτεύγματα ἢ «ἠθικὰ κατορθώματα» ὀλίγων καὶ ἐκλεκτῶν προσωπικοτήτων, ἀλλὰ καθίστανται διὰ τῆς ὑπὸ τῆς κοινωνίας ἀποδοχῆς καὶ περαιτέρω διαπλάσεως αὐτῶν προϊόντα συλλογικά. Ἔνεκα τούτου ἡ προσπάθεια πρὸς βελτίωσιν καὶ προαγωγὴν τοῦ δικαίου (καὶ δὴ πρὸς λύσιν τῶν ἐν τῇ ζωῇ προκυπτόντων νέων ζητημάτων) ἐκκινεῖ βεβαίως ἐκ τῆς πρωτοβουλίας ἐνὸς ἢ πλείονων ἀτόμων, πλὴν ἡ πρωτοβουλία αὕτη παραμένει ἄνευ συνεχείας καὶ πίπτει εἰς τὸ κενὸν ἐὰν δὲν εὕρη εὐρυτέραν ἀπήχθησιν, ἐὰν δὲν γίνῃ ἀποδεκτὴ ὑπὸ τοῦ κοινωνικοῦ συνόλου. Τοιοῦτοτρόπως ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ δικαίου, κατ' ἐξοχήν, παρατηρεῖται συνεχῆς ἀλληλεπίδρασις μεταξὺ τοῦ ἡγετικῶς δρῶντος προσώπου (νομοθέτου, συνεχῆς ἀλληλεπίδρασις μεταξὺ τοῦ δικαστοῦ, νομικοῦ) καὶ τοῦ κοινωνικοῦ συνόλου, συνεχῆς πορεία ἐκ τοῦ ἀτομικοῦ πρὸς τὸ συλλογικὸν καὶ τανάπαλιν. β) Διότι οἱ κανόνες τοῦ δικαίου — καὶ ἰδίᾳ τοῦ ἰδιωτικοῦ— δὲν ρυθμίζουν ἐξαιρετικὰς καταστάσεις, ἐμφανίζομενάς μεμονωμένως, ἀλλὰ καταστάσεις «κανονικὰς», ἥτοι τακτικῶς καὶ πανομοιότυπως ἐμφανιζομένας⁴⁷ κατὰ τὴν συνήθη πορείαν τῆς ζωῆς. Πρὸς ρύθμισιν ὅμως τῶν καταστάσεων τούτων καὶ λύσιν τῶν ἐξ αὐτῶν προκυπτόντων ζητημάτων δὲν γεννᾶται ἡ ἀνάγκη τῆς «ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς», καὶ τοῦτο διότι, ὡς διδάσκουν οἱ ὑπαρξισταὶ φιλόσοφοι, ἡ τοιαύτη ἀνάγκη καθίσταται αἰσθητὴ μόνον ἐπὶ τῶν ὀριακῶν περιπτώσεων, ὅχι ἐπὶ τῶν συνήθως ἐπαναλαμβανομένων.

46. Ἐπὶ τοῦ σημείου τούτου βλ. τὴν ἡμετέραν μελέτην: G. Michaelidès - Nouaros L'évolution récente de la notion du droit subjectif, ἐν Revue trimestrielle de Droit civil, 1966 σ. 218 καὶ σημ. 5 καὶ τὴν αὐτόθι παραπομπήν. Πράγματι κατὰ τὰς νεωτέρας κοινωνιολογικὰς καὶ ψυχολογικὰς ἐρευνας εἰς πάντα ἄνθρωπον ὑπάρχει κάποια ζώνη ἐλευθερίας πρωτοβουλίας ἢ κατὰ τὴν γαλλικὴν ἔκφρασιν «une spontanéité créatrice fondamentale», ἥτις διαφεύγει τὸν κοινωνικὸν ἔλεγχον.

47. Τοῦτο τονίζεται ὑπὸ τοῦ Lorenz, Methodenlehre² σ. 125 καὶ σημ. 1 (καὶ ὑπὸ τοῦ αὐτόθι παρατιθεμένου Arthur Kaufmann), ὅτινες ἐθέτουν ὅτι τὸ δίκαιον καὶ ἰδίᾳ τὸ ἰδιωτικὸν δὲν ἀντιμετωπίζει ὀριακὰς καταστάσεις ἀλλὰ κανονικὰς καὶ τυπικὰς («Typisches» und «Normales»). Ἡ ἀπόψις αὕτη ἔχει βεβαίως μεγάλην δόσιν ἀληθείας. Πάντως ὅμως καὶ ὑπὸ τὰς ὀμαλὰς συνθήκας τῆς ζωῆς ἐμφανίζονται, οὐχὶ σπανίως, ἐξαιρετικὰ περιπτώσεις πρὸς λύσιν τῶν ὁποίων ἀπαιτεῖται δημιουργικὴ ἱκανότης καὶ πρωτοβουλία τῶν δικαστῶν. Πρὸς τοῦτο οὗτοι πρέπει νὰ στηρίζωνται ὅχι μόνον ἐπὶ τοῦ πνεύματος τῆς νομοθεσίας, ἀλλὰ καὶ νὰ ἐμπνέωνται ἐκ τῆς Ἰδέας τοῦ Δικαίου καὶ ἐκ τῶν κρατουσῶν ἐν τῇ κοινωνίᾳ ἠθικο-κοινωνικῶν ἀντιλήψεων.

Διὰ τούτους λόγους τούτους, ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει, οἱ νομικοὶ κατὰ τὴν προσπάθειαν πρὸς ἀνέυρεσιν τοῦ ὀρθοῦ δικαίου, τῆς ὀρθῆς ρυθμίσεως τῶν ἐν τῇ ζωῇ προκυπτόντων ζητημάτων, δὲν δύνανται νὰ στηρίζωνται μόνον ἐπὶ τῆς ἰδίας αὐτῶν συνειδήσεως καὶ τῆς προσωπικῆς των ἐλευθερίας, ἀλλ' εἶναι φυσικὸν νὰ ἐπηρεάζωνται ἐκ τῶν ἀντιλήψεων τοῦ κοινωνικοῦ περιβάλλοντος, ἐκ τῶν τάσεων καὶ συνηθειῶν τοῦ «μέσου κοινωνικοῦ τύπου», τοῦ μέσου πολίτου, πρὸς ὃν ἄλλωστε ἀπευθύνεται πᾶς κανὼν ρυθμίζων τὴν ἀνθρωπίνην διαγωγὴν⁴⁸.

7. Πρὸ τοῦ κλείσωμεν τὸ ἀφορῶν εἰς τὸν Fechner τμήμα τῆς παρουσίας ἐργασίας σημειοῦμεν ὅτι οὗτος ἀφιέρωσεν εἰδικὴν καὶ λίαν ἐνδιαφέρουσαν μελέτην⁴⁹ εἰς τὸ θέμα τῆς σημασίας τῆς κοινωνιολογίας διὰ τὸ βασικὸν πρόβλημα τοῦ δικαίου — ἤτοι διὰ τὸ φυσικὸν δίκαιον — ἐξ ἧς νομίζομεν χρήσιμον νὰ παραλάβωμεν τὰ ἀκόλουθα πορίσματα:

α) Ἐκ τῆς μελέτης τῆς κοινωνιολογίας συνάγεται τὸ διδάγμα ὅτι ἡ διάπλασις τοῦ δικαίου προσδιορίζεται ἐκ πλείστων παραγόντων (πραγματικῶν, ἱστορικῶν, ἠθικῶν), ἐξ οὗ ἔπεται ὅτι ἡ θεωρία καθ' ἣν τὸ δίκαιον εἶναι προῖον τῆς βουλήσεως τῶν ἐκάστοτε κρατούντων εἶναι ἐσφαλμένη.

β) Ἄτερον πόρισμα τῆς κοινωνιολογικῆς ἐρεύνης εἶναι ὅτι, καὶ μὲν δὲν ὑπάρχουν αἰώνιοι καὶ ἀμετάβλητοι, μεταφυσικῶς στηριζόμενοι, κανόνες δικαίου, ἀλλ' ὅτι πάντως ὑπάρχουν νομικοὶ κανόνες ὑπερχρονικῆς σημασίας καὶ διαρκείας, ἰσχύοντες ἐπὶ μακρὰς ἱστορικὰς περιόδους καθ' ὃ μέτρον αἱ προϋποθέσεις τῆς διαπλάσεως αὐτῶν (π.χ. ἡ ψυχροσωματικὴ φύσις τοῦ ἀνθρώπου, αἱ ιδιότητες τῶν ὕλικῶν ἀντικειμένων) παραμένουν σταθεραί.

γ) Παρὰ τὸ γεγονὸς ὅτι ἡ διάπλασις τοῦ δικαίου προσδιορίζεται καὶ ἐξαρτᾶται ἐκ τῶν προαναφερθέντων πραγματικῶν καὶ ἠθικῶν παραγόντων, ἡ τοιαύτη ἐξάρτησις δὲν εἶναι πλήρης καὶ διὰ τοῦτο παραμένει πάντοτε εἰς τὸν ἄνθρωπον στενόν τι περιθώριον πρὸς διάπλασιν τοῦ δικαίου διὰ τῆς προσωπικῆς του ἀποφάσεως, διὰ τῆς ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς. Ἡ κοινωνιολογία ἔχει μεγάλην χρησιμότητα εἰς τὸ σημεῖον τοῦτο, διότι προετοιμάζει καὶ καθιστᾷ εὐχερεστέραν τὴν τοιαύτην ἀπόφασιν ἢ ἐκλογὴν: Ἡτοι καταδεικνύει τὰ ὅρια ἐντὸς τῶν ὁποίων εἶναι δυνατὴ ἡ τοιαύτη ἐκλογὴ, ἐκθέτει τὰ πραγματικὰ δεδομένα.

48. Κριτικὴν ἐκτίμησιν τῶν βασικῶν φιλοσοφικῶν θέσεων τοῦ Fechner βλ. εἰς *M. Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du Droit* (nouv. éd.) 1962 σ. 310-315, καὶ εἰς τούτους *Henkel, Poulantzas καὶ Lorenz* (παρατιθεμένους ἄνωτ. ἐν σημ. 44, 45, 47).

49. Βλ. *E. Fechner, Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts. Das Naturrechtsproblem im Schatten der Soziologie*, ἐν τῷ συλλογικῷ ἔργῳ *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (herausg. von W. Maihofer), 1962, σ. 257 ἐπ. ἰδίᾳ σ. 278-279.

τὰς ὑπαρχούσας ἐκάστοτε ἀνάγκας καὶ τάσεις, ἀποκαλύπτει τὰς ἐνδεχομένας συνεπειὰς τῶν ἀποφάσεων τοῦ ἀνθρώπου καὶ οὕτω προσφέρει εἰς αὐτὸν τὰς ἀπαιτούμενας γνώσεις τῶν καταστάσεων, διὰ νὰ δυνηθῇ οὗτος νὰ λάβῃ τὴν ὀρθότεραν ἀπόφασιν, ἀποφεύγων τὰς ἀστόχους ἢ ἀνεδαφικὰς λύσεις τῶν προβλημάτων.

8. Οἶονεὶ ἐν συμπεράσματι, ἃς μᾶς ἐπιτραπῆ νὰ τονίσωμεν ὅτι αἱ ἀνωτέρω ἀπόψεις τοῦ Fechner, δι' ὧν ἐξαιρεται ἡ σημασία τῆς κοινωνιολογικῆς ἐπιστήμης διὰ τὸ Δίκαιον, πηγάζουσι ἐξ ὀρθῆς ἐκτιμήσεως τῆς ἀποστολῆς καὶ τῆς σημασίας ἀμφοτέρων τῶν ἐπιστημῶν τούτων καὶ ἐπιβεβαιοῦνται ἐκ τῆς ἱστορικῆς ἐμπειρίας. "Ὅσον δὲ ἀφορᾷ εἰς τὸ τρίτον τῶν πορισμάτων τούτων παρατηροῦμεν εἰδικώτερον τὰ ἐξῆς: Ἐὰν ἀφήσωμεν κατὰ μέρος τὸ πρόβλημα «τῆς ὑπαρξιακῆς ἐκλογῆς», ὑπερ εἶναι πρόβλημα καθαρῶς φιλοσοφικόν, αἱ νεώτεροι ἔρευναι τῆς κοινωνιολογίας καὶ τῆς κοινωνικῆς ψυχολογίας ἀποδεικνύουν ὅτι ὁ ἄνθρωπος δὲν εἶναι «ἄβουλον αὐτόματον», ἀγόμενον ὑπὸ ὑπερτέρων κοινωνικῶν δυνάμεων, ρυθμιζουσῶν ἀναγκαστικῶς διὰ συμπλέγματος κανόνων (νομικῶν, ἠθικῶν, θρησκευτικῶν κλπ.) τὴν ὅλην αὐτοῦ συμπεριφορὰν καὶ ζωὴν, ἀλλὰ διατηρεῖ ἔστω καὶ ἐλάχιστον χῶρον προσωπικῆς ἐλευθερίας, ἐν τῷ ὁποίῳ δύναται νὰ ἀναπτύσῃ πρωτοβουλίας καὶ νὰ λαμβάνῃ ἀποφάσεις στηριζομένας ἐπὶ τῆς ἰδίας αὐτοῦ συνειδήσεως, κρίσεως καὶ θελήσεως. Ἀσφαλῶς δὲ τόσον ἡ Κοινωνιολογία ὅσον καὶ ἡ Ἱστορία δύνανται νὰ προσφέρουν εἰς πάντα ἄνθρωπον, καὶ ἰδίᾳ εἰς τοὺς νομικούς, τὰς ἀπαραιτήτους γνώσεις καὶ τὰς βάσεις, ἵνα κατὰ τὴν χρῆσιν τῆς ἐλευθερίας ταύτης εἶναι εἰς θέσιν νὰ ἀνευρίσκουν τὸ ὀρθὸν δίκαιον — τὴν ὀρθότεραν δυνατὴν λύσιν τῶν ἐκάστοτε ἐμφανιζομένων ζητημάτων — καὶ συμβάλλωσι οὕτω εἰς τὴν προαγωγὴν τῆς ὅλης ἐννόμου τάξεως καὶ τὴν βελτίωσιν τῶν ὅρων τῆς ἀνθρωπίνης διαβιώσεως.

V

W. MAIHOFFER

1. Ὁ Werner Maihofer⁵⁰, ἐκκινῶν ἐπίσης ἐκ τῆς ὑπαρξιακῆς φιλοσοφίας, ἐπιχειρεῖ νὰ μεταφέρῃ ταύτην εἰς τὸν κόσμον τοῦ δικαίου, χρησιμοποιοῦν

50. Ἐκ τῶν ἐπὶ τοῦ προβλήματος τούτου ἐργασιῶν τοῦ Maihofer μνημονεύομεν ἰδίᾳ τὰς ἐξῆς: α) Die Natur der Sache, ἐν Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), 44 (1958) σ. 145 ἐπ., β) Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, γ) Le Droit naturel comme dépassement du Droit positif, ἐν Archives de Philosophie du Droit, 1963 σ. 176-194.

πρὸς τοῦτο ἰδιότυπον φιλοσοφικὴν φρασεολογίαν. Αἱ κυριώτεραι ἰδέαι αὐτοῦ περὶ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» δύνανται νὰ συνοψισθοῦν⁵¹ ὡς ἀκολούθως:

Ἐν πρώτοις ὁ Maihofer τονίζει γενικώτερον ὅτι τὰ ἀντικείμενα τῶν νομικῶν ἐνοιῶν (Rechtssachverhalte) δὲν εἶναι κατασκευάσματα τοῦ δικαίου (Rechtsgebilde), ἀλλ' ἐκφράζουν πραγματικὰς καταστάσεις τῆς ζωῆς (Lebenssachverhalte). Ὅθεν καὶ αἱ νομικαὶ ἐννοιαὶ ἐκφράζουν τὰς ζωντανὰς σχέσεις τοῦ ἀνθρώπου πρὸς ἄλλους ἀνθρώπους καὶ τὸν ἐξωτερικὸν κόσμον ἢ περιγράφουν τὴν ἐν τῇ πράξει διαγωγὴν τοῦ ἀνθρώπου.

Ἐὰν ἀναλύσῃ τις τὴν κοινωνικὴν πραγματικότητα θὰ συναντήσῃ συμπλέγματα τῶν σχέσεων μεταξὺ τοῦ ἀνθρώπου καὶ τοῦ κόσμου (Komplexe des Geschehens zwischen Mensch und Welt)⁵². Μὲ ἄλλας λέξεις εἰς τὰς βασικὰς βιοτικὰς σχέσεις (ὡς ἡ πώλησις) καὶ εἰς τὰς βασικὰς νομικὰς ἐννοίας, ὡς ἡ οἰκογένεια, ἀπαντᾷ πάντοτε ἐν τυπικὸν σύμπλεγμα συμφερόντων καὶ ἐπιδιώξεων (constellation typique d'intérêts et d'aspirations⁵³), ἀνταποκρινόμενον εἰς ὀρισμένους ρόλους ἢ καταστάσεις, εἰς ἃς εὐρίσκεται ὁ ἐν τῇ κοινωνίᾳ ζῶν ἄνθρωπος. Παραδείγματα τοιούτων βιοτικῶν ρόλων (Lebensgestalten ἢ Lebensrollen) εἶναι π.χ. οἱ ρόλοι⁵⁴ τοῦ πωλητοῦ καὶ ἀγοραστοῦ, τοῦ ἐκμισθωτοῦ καὶ μισθωτοῦ, τοῦ ἱατροῦ καὶ τοῦ ἀσθενοῦς, τοῦ γονεῶς καὶ τοῦ τέκνου. Παραδείγματα δὲ τοιαύτης καταστάσεως (Lebenslagen ἢ sozialen Situationen) εἶναι ἡ κατάστασις ἀνάγκης καὶ ἡ τῆς νομικοῦ ἀμύνης. Αἱ περὶ ὧν ὁ λόγος σχέσεις καὶ καταστάσεις ἐπανεμφανίζονται πανομοιότυπως, ἐπαναλαμβάνονται ὑπὸ τὴν αὐτὴν μορφήν εἰς πάσας τὰς χώρας, εἰς ὅλας τὰς ἐποχάς, ὡς «αἰωνία ἐπάνοδος τοῦ ὁμοίου» (ewige Wiederkunft des Gleichen) καὶ ἀποτελοῦν οὕτω «τυπικὰς ὀντολογικὰς καταστάσεις» (situations ontologiques typiques).

Πᾶς ἄνθρωπος μετέχει εἰς τινὰ σχέσιν ὑπὸ τινὰ ἰδιότητα, ὑπὸ τινὰ ρόλον,

51. Κατὰ τὴν σύνοψιν τῶν ἰδεῶν τοῦ Maihofer ἐστηρίχθημεν πρὸ παντὸς εἰς τὴν τρίτην τῶν ἐν τῇ προηγουμένῃ σημειώσει ἀναφερθεισῶν μελετῶν αὐτοῦ, καθὼς καὶ εἰς τὰς ἐργασίας τοῦ N. Poulantzas ἐν Archives Phil. Droit 1963 σ. 213 ἐπ., τοῦ Donius, Archives Ph. Dr. 1957 σ. 221, 227 ἐπ. καὶ τοῦ Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie (1964) § 25, II, 2 σ. 291-292.

52. Maihofer ARSP 44 (1958) σ. 162.

53. Βλ. Maihofer, ἐν Archives de Phil. du Dr. 1963 σ. 181.

54. Αἱ ἰδιότητες ἃς τὸ ἄτομον ἀρύεται ἐκ τοῦ κοινωνικοῦ του ρόλου, ἦται οὐκ ἐκ τῆς οὐσίας του ἀλλ' ἐκ τῆς ἐν τῷ ἠθικῷ κόσμῳ ὑπάρξεώς του (nicht aus der Substanz sondern der Existenz des Menschen in der Welt) καλοῦνται ὑπὸ τοῦ Maihofer (ὅστις ἀκολουθεῖ ἐν τῷ σημείῳ τούτῳ τὸν Heidegger) Bewandnisse = ποιότητες· βλ. Maihofer, ARSP, 44 (1958) σ. 161 καὶ σ. 52.

ἦτοι ⁵⁵ λαμβάνεται ὡς (Als sein) δανειστής - ὀφειλέτης-, πατήρ - τέκνον, ἡγέτης - ὑπήκοος. Ἐκάτερον δὲ τῶν μετεχόντων εἰς τὴν ρηθεῖσαν κοινωνικὴν σχέσιν (ἢ κατάστασιν) προσώπων ἀναμένει (προσδοκᾷ) παρὰ τοῦ ἑτέρου μέρους ὀρισμένην συμπεριφορὰν, πηγάζουσαν ἐξ αὐτῆς ταύτης τῆς σχέσεως ἢ καταστάσεως, ἐξ αὐτῆς τῆς δομῆς αὐτῆς.

Λόγω τῆς ταιούτης ἐκατέρωθεν προσδοκίας, ἥτις ἐκλήθη ⁵⁶ «δεδικαιολογημένη ἢ ὀντολογικὴ προσδοκία» (berechtigte Erwartung-attente ontologique) δημιουργεῖται μεταξύ τῶν μετεχόντων εἰς τὴν σχέσιν προσώπων ἀφ' ἑνὸς μὲν «ὀντολογικὴ ἀλληλεξάρτησις» (interdépendence existentielle ontologique) ⁵⁷ —διότι π.χ. ὁ δανειστής δὲν εἶναι δυνατὸν νὰ ὑπάρξῃ ἄνευ τοῦ ὀφειλέτου, ὁ πωλητῆς ἄνευ τοῦ ἀγοραστοῦ κ.ο.κ.έ.— καὶ ἀφ' ἑτέρου εἰδὸς τι ἀμοιβαιότητος ἀφορῶν εἰς τὴν ἐκατέρωθεν προσδοκωμένην συμπεριφορὰν. Ἡ ταιούτη συμπεριφορὰ, ὡς εἴπομεν, προκύπτει ὀντολογικῶς ἐκ τῆς φύσεως τοῦ ὀντοῦ ἢ τῆς καταστάσεως εἰς ἣν μετέχει ὁ ἄνθρωπος. Πρὸς εἰδικιωτέραν δὲ ἐξακριβῶσιν τοῦ περιεχομένου τῆς ταιούτης συμπεριφορᾶς, ἕκαστον πρόσωπον μετέχον εἰς τινὰ σχέσιν ἢ κατάστασιν πρέπει, κατ' ἐφαρμογὴν τοῦ χρυσοῦ κανόνος, ὅστις ἀποτελεῖ γενικῶς τὴν βᾶσιν τῆς ὅλης κοινωνικῆς ἠθικῆς, νὰ τίθεται εἰς τὴν θέσιν τοῦ ἑτέρου μέρους (τοῦ ἀντισυμβαλλομένου κ.ο.κ.έ.) καὶ νὰ ἐρευνᾷ τί θὰ ἐδικαιοῦτο τὸ μέρος τοῦτο νὰ ἀναμένῃ —βάσει τῆς φύσεως ἢ τῆς δομῆς τῆς σχέσεως— παρὰ τοῦ ἄλλου μέρους ⁵⁸. Οἱ κανόνες τοῦ δι-

55. Βλ. *Maihofer*, ἐν *Archives Ph. Dr.* 1963 σ. 183 καὶ ἐν *ARSP* 44 (1958) σ. 156 καὶ σῆμ. 66. Βλ. ἐπίσης *Donius*, *Archives Ph. Dr.* 1957 σ. 229: «Nous nous développons, selon *Maihofer*, en tant que partenaires de relations sociales (Als sein, littéralement: être comme) «en tant que» roi ou prêtre, fils ou père, chef ou subordonné. Dans la mesure où nous nous approchons ces situations sociales, nous rencontrons le Droit... Comprendre et assumer le Droit, c'est, pour nous, comprendre et assumer notre place dans l'ensemble des relations sociales».

56. Βλ. *Maihofer*, ἐν *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 44 (1958), σ. 154 ἐπ. 168 ἐπ. *Poulantzas*, *Archives Ph. Dr.* 1963 σ. 228

57. Βλ. *N. Poulantzas*, *Archives Ph. Dr.* 1963, σ. 227-228. Ὁ συγγραφεὺς οὗτος ἀναλύων περαιτέρω τὴν θεωρίαν τοῦ *Maihofer* παρατηρεῖ ὅτι ἐκ τῆς ταιούτης «ὀντολογικῆς προσδοκίας» γεννᾶται τὸ συμφέρον, ἡ ζωτικὴ ἀξίωσις τοῦ ἑνὸς ὅπως ὁ ἕτερος ἐκπληρῶσιν τὴν ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ὑποδεικνυομένην αὐτῶ λειτουργίαν. Ἡ δὲ ταιούτη προσδοκία, μεταφερομένη εἰς τὸ πεδῖον τοῦ δικαίου, δημιουργεῖ τὰς νομικὰς ὑποχρεώσεις τοῦ ἑνὸς μέρους καὶ τὰ δικαιώματα τοῦ ἑτέρου, ἧτοι γεννᾷ τοὺς κανόνες καὶ τὰς ἀξίας τοῦ θετικοῦ δικαίου. Συνεπεία τούτου τὸ εἶναι καὶ τὸ δέον ἐμφανίζονται κατὰ τὸν *Maihofer* ὡς στενῶς συνδεδεμένα (αὐτόθι σ. 228).

58. Ὁ χρυσοῦς κανὼν (goldene Regel): «μὴ πράττε διὰ τὸν ἄλλον ὅ,τι δὲν θέλεις νὰ κάμουν δι' ἐσὲ» ἀπαντᾷ εἰς τὰ ἀρχαῖα Ἰνδικὰ (σανσκριτικὰ ἔπη) — καὶ δὴ εἰς τὴν *Μαχαβαράτα* —, ὡς ἐπίσης εἰς τὴν διδασκαλίαν τοῦ Κομφουκίου, εἰς τοὺς ἀρχαίους Ἑλληνικὰς σοφοὺς (καὶ δὴ τὸν Πιττακόν), εἰς τὴν Παλαιὰν διαθήκην καὶ τὴν Χριστιανικὴν

καίου, οί επικυροῦντες τὴν τοιαύτην συμπεριφορὰν, εἶναι ἀντικειμενικοὶ καὶ παγκοσμίου κύρους, ἀλλὰ μόνον ἐν τῷ πλαίσιῳ τῆς αὐτῆς πάντοτε σχέσεως ἢ καταστάσεως.

Ἐπὶ τῇ βάσει τῶν μέχρι τοῦδε ἐκτεθέντων δυνάμεθα νὰ κατανοήσωμεν τὴν ἔννοιαν «τῆς φύσεως τοῦ πράγματος». Οὕτω ἡ ἔννοια αὕτη περιλαμβάνει, κατὰ τὸν *Maihofer*, τοὺς κανόνας συμπεριφορᾶς ἢ τήρησις τῶν ὁποίων ἐπιβάλλεται ἐξ αὐτῆς ταύτης τῆς φύσεως τῆς σχέσεως ἢ καταστάσεως εἰς πάντας ὅσοι μετέχουν αὐτῆς καὶ ἀνέλαβον τὸν ἐκ τοῦ γεγονότος τούτου προκύπτοντα ρόλον (τοῦ δανειστοῦ - ὑφειλέτου κ.τ.λ.). Ἐπειδὴ δέ, ὡς ἤδη ἐλέχθη, οἱ τοιοῦτοι κανόνες συμπεριφορᾶς ἀφοροῦν εἰς τυπικῶς ἐπαναλαμβανόμενας καταστάσεις (ἐπανερχομένης πανομοιότηως εἰς τὴν ἀνθρωπίνην ἱστορίαν), διὰ τοῦτο οὗτοι ἔχουν ὑπεριστορικὴν σημασίαν καὶ σταθερότητα, εἶναι φύσεως ἀντικειμενικῆς καὶ παγκοσμίου κύρους. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον οἱ ἐκ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» ἀπορρέοντες κανόνες δύνανται νὰ παράσχουν εὐρεῖαν βᾶσιν πρὸς θεμελίωσιν τοῦ φυσικοῦ δικαίου, καὶ δὴ ἐνός «συγκεκριμένου φυσικοῦ δικαίου» (*konkretes Naturrecht*)⁵⁹.

2. Μετὰ τὴν ἀνάλυσιν τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» τίθεται τὸ ἐρώτημα ποία εἶναι, κατὰ τὸν *Maihofer*, ἡ σημασία αὐτῆς διὰ τὸ ἰσχύον δίκαιον. Ἐπὶ τοῦ ζητήματος τούτου ὁ ἐν λόγῳ συγγραφεὺς διδάσκει ὅτι ἡ «φύσις τοῦ πράγματος» ἀποτελεῖ «εἰδικὴν» πηγὴν δικαίου ὑφισταμένην παραπλεύρως τοῦ νόμου» καὶ μάλιστα ὑπερέχουσαν πηγὴν, δηλαδὴ ἰσχυροτέραν τοῦ νόμου⁶⁰. Οἱ ἐν τοῖς γραπτοῖς νόμοις περιεχόμενοι γενικοὶ καὶ ἀφρηρημένοι κανόνες πρέπει νὰ τελοῦν ἐν ἀρμονίᾳ πρὸς τὰς συγκεκριμένας ἐπιταγὰς καὶ τοὺς σκοπούς, οἵτινες ἀπορρέουν ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων. Ἐν περιπτώσει συγκρούσεως μεταξὺ γραπτοῦ νόμου καὶ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος», ὡσάκις δηλαδὴ γραπτὸς τις νόμος ἀντιβαίνει πρὸς τὰς «φυσικὰς προσδοκίας καὶ συμφέροντα», ἅτινα ἀπορρέουν ἐκ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος», ὁ νόμος οὗτος θὰ τεθῆ ἐκτὸς ἰσχύος (ἦτοι θὰ ἀτονήσῃ καὶ θὰ περιέλθῃ εἰς ἀχρησίαν), ἀντικαθιστάμενος ὑπὸ τοῦ κανόνος συμπεριφορᾶς, ὅστις ὑπαγορεύεται ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων. Ἐν συνόψει, κατὰ τὸν *Maihofer*, ἡ

⁵⁹ Ἠθικὴν (βλ. κατὰ Ματθαῖον Εὐαγγέλιον 7, 12) καὶ ἐν γένει εἰς τὰς ἠθικὰς ἀντιλήψεις πολλῶν λαῶν καὶ ἱστορικῶν ἐποχῶν· βλ. *Maihofer* ARSP 44 (1958) σ. 167 καὶ σ. 75, *Fechner*, *Rechtsphilosophie* 2 (1956) σ. 101 σημ. 31, ἔνθα καὶ περαιτέρω παραπομπαί. Περὶ δὲ τῆς σημασίας ἣν ἔχει ὁ κανὼν οὗτος ἐν τῇ θεωρίᾳ τοῦ *Maihofer* βλ. *N. Poulantzas*, *Archives Ph. Dr.* 1963, σ. 228 ὅστις ἐκθέτει τὰς διαφορὰς αἱτινες χωρίζουν τὸν κανὼνα τοῦτον, ἐν τῇ σκέψει τοῦ *Maihofer*, ἀπὸ τῆς κατηγορικῆς προσταγῆς τοῦ *Kant*.

⁵⁹ Πρὸς βλ. *Maihofer*, ARSP, 44 (1958) σ. 174

⁶⁰ Βλ. *Maihofer*, *Archiv f. Rechts u. Soz. Ph.* 44, σ. 172 ἐπ.

φύσις τοῦ πράγματος, τὸ μὲν ἀποτελεῖ τὸ ὑψηλότερον καὶ εὐρύτερον κριτήριον τῆς ὀρθότητος τοῦ θετικοῦ δικαίου, τὸ δὲ φέρει «δεοντολογικὸν χαρακτηριστῆρα», συνεπεῖχ τοῦ ὁποίου ὁ νομοθέτης καὶ ὁ ἐρμηνευτῆς ὀφείλει νὰ ἀκολουθῇ καὶ νὰ προσαρμόζῃται πρὸς τὰς ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων συναγομένας ἐπιταγὰς⁶¹.

3. Κριτική. Ἡ ἀνωτέρω ἐκτεθεῖσα θεωρία τοῦ *Maihofer* περὶ τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος» προάγει σημαντικῶς τὸ ὅλον πρόβλημα καὶ περιέχει πολλὰς ὀρθὰς ἀπόψεις, δυναμένας νὰ συμβάλουν εἰς τὴν ἐπίλυσιν αὐτοῦ. Οὐτως ἡ ἰδέα αὐτοῦ περὶ τῶν «τυπικῶν ὄντολογικῶν καταστάσεων», ἧτοι περὶ τῶν πανομοιότυπῶς ἐν τῇ ἀνθρωπίνῃ ἱστορίᾳ ἐμφανιζομένων σχέσεων ἢ καταστάσεων (τοῦ δανειστοῦ - ὀφειλέτου, πωλητοῦ, ἀγοραστοῦ κτλ.), αἵτινες ἀνταποκρίνονται εἰς ὀρισμένους κοινωνικοὺς ρόλους ὅφ' οὓς εὐρίσκεται ὁ ἐν τῇ κοινωνίᾳ ζῶν ἄνθρωπος, εἶναι βασικῶς ὀρθὴ καὶ ἐπιτυχής. Ἐπίσης κατὰ βάσιν ὀρθὴ εἶναι καὶ ἡ ἐτέρα ἀντίληψις αὐτοῦ, καθ' ἣν μεταξὺ τῶν μετεχόντων εἰς τινὰ σχέσιν ἢ κατάστασιν προσώπων γεννᾶται «ὄντολογικὴ προσδοκία». Παρὰ τὴν ὀρθότητα τῶν ἀντιλήψεων τούτων, ἡ διδασκαλία τοῦ *Maihofer* ἐμφανίζει καὶ ὀρισμένα ἀσθενῆ σημεῖα⁶², ἐξ ὧν σπουδαιότερα εἶναι τὰ ἐξῆς δύο:

α) Τὸ πρῶτον ἀσθενὲς σημεῖον ἀφορᾷ εἰς τὸν τρόπον, δι' οὗ οὗτος προσπαθεῖ νὰ ἀνεύρῃ τὸ περιεχόμενον τῆς περὶ ἧς ὁ λόγος «ὄντολογικῆς προσδοκίας». Ὡς εἶδομεν, κατὰ τὸν *Maihofer*, τὸ περιεχόμενον τῆς τοιαύτης προσδοκίας συναγεται ἐκ τῆς οὐσίας τῆς συνδεούσης δύο πρόσωπα σχέσεως, πρὸς εἰδικωτέραν δὲ ἐξακριβῶσιν αὐτοῦ ἐκάτερον τῶν δι' αὐτῆς συνδεομένων προσώπων πρέπει νὰ τίθεται εἰς τὴν θέσιν τοῦ ἄλλου καὶ νὰ ἐρευνᾷ τί τοῦτο θὰ ἐδικαιοῦτο νὰ ζητήσῃ παρὰ τοῦ ἐτέρου μέρους. Ἡ τοιαύτη ὅμως ἀντίληψις τοῦ *Maihofer* δὲν φαίνεται ἐπιτυχής. Διότι τὸ περιεχόμενον τῆς «ὄντολογικῆς σχέσεως» (π.χ. τῆς σχέσεως μεταξὺ δανειστοῦ - ὀφειλέτου, πατρὸς - τέκνου κτλ.) δὲν συναγεται ἀπλῶς ἐκ τῆς οὐσίας τῆς σχέσεως, ἀλλὰ προσδιορίζεται ἐξ ἄλλων ἠθικῶν καὶ ἱστορικῶν παραγόντων. Ἡ «ὄντολογικὴ σχέσις», καὶ ἡ «ὄντολογικὴ κατάστασις» παρέχουν μόνον τὰ γενικὰ πλαίσια τοῦ περιεχομένου (ἅτινα πλαίσια δὲν στεροῦνται ἀξίας, ὡς δειχθῆσεται κατωτέρω σ. 213), δὲν δύνανται ὅμως νὰ προσδιορίσουν πλήρως τὸ περιεχόμενον τῆς τοιαύτης σχέσεως ἢ καταστάσεως.

β) Τὸ δεύτερον ἀσθενὲς σημεῖον, ὅπερ ἔχει ἄμεσον σχέσιν πρὸς τὸ προ-

61. Βλ. *Maihofer*, ARSP 44 (1958) σ. 172 - 173.

62. Ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ *Maihofer* βλ. τὰς κρίσεις τῶν *Henkel*, Einführung § 25. II. 2 σ. 293 ἐπ. *Poulantzas*, ἐν *Archives Ph. Dr.* 1963 σ. 229 ἐπ., τοῦ αὐτοῦ, *Nature des choses et droit* σ. 123, *Donius* ἐν *Archives Ph. Dr.* 1957 σ. 229-230.

ηγούμενον, είναι ότι ο Maihofer φαίνεται φρονών ότι το περιεχόμενον τῆς περὶ ἧς ὁ λόγος «ὀντολογικῆς σχέσεως» δέον νὰ προσδιορίζεται καὶ ἐπὶ τῇ βάσει τῶν κρατησάντων ἐν τῇ πράξει κανόνων συμπεριφορᾶς. Ἡ ἀντίληψις ὁμῶς αὕτη ἄγει, ὡς ἤδη παρετηρήθη, εἰς τὸν *amor fati*, τὴν λατρείαν τῶν γεγονότων, τὴν ἐπιδοκιμασίαν τῶν ἐν τῇ πράξει ἐπικρατησάντων κανόνων. Χαρακτηριστικῶς ἀναφέρεται⁶³ τὸ κλασσικὸν παράδειγμα τῆς σχέσεως τοῦ νικητοῦ πρὸς τὸν ἡττημένον καὶ ἰδίᾳ τῆς σχέσεως τοῦ κυρίου πρὸς τὸν δούλον, ἐκ τῆς ὁποίας ἐγενεῖτο εἰς ἄλλας ἐποχὰς ἡ ὑποχρέωσις τοῦ δούλου ὅπως τηρήσῃ ἐναντι τοῦ κυρίου ὀρισμένην συμπεριφορὰν, ἀνταποκρινομένην πρὸς τὸν ρόλον αὐτοῦ ὡς δούλου. Τὸ ὅτι αἱ ὑποχρεώσεις αὗται ἐτηροῦντο ὑπὸ τῶν δούλων, κατὰ τινὰ ἱστορικὴν ἐποχὴν, δὲν σημαίνει ὅτι ἡ σχέσις κυρίου καὶ δούλου εἶναι ἐπιδοκιμαστέα καὶ ὅτι αἱ ἐξ αὐτῆς ὑποχρεώσεις εἶναι σύμφωνοι πρὸς τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου καὶ νομοθετικῶς ὀρθαί. Ἐκ τῆς ἱστορίας ἀποδεικνύεται ὅτι πολλαὶ κοινωνικαὶ σχέσεις, ὑφιστάμεναι εἰς τὸ παρελθόν, ἔχουν νῦν ἐκλείψει ἢ μεταβάλλει περιεχόμενον⁶⁴. Τὸ γεγονὸς τοῦτο μᾶς διδάσκει ὅτι δὲν πρέπει νὰ ἐπιδοκιμάζωμεν παθητικῶς τοὺς ἐπικρατήσαντας ἐν τῇ πράξει κανόνας, ἀλλ' ὅτι πρέπει νὰ κρίνωμεν τὴν ὀρθότητα αὐτῶν ἐπὶ τῇ βάσει ὑψηλοτέρου ἠθικοῦ κριτηρίου ἢ ἰδεώδους καὶ νὰ καταβάλλωμεν προσπαθείας πρὸς βελτίωσιν ἢ κατάργησιν αὐτῶν, ἐφ' ὅσον τοῦτο ἐπιβάλλεται ἐκ τῶν ἐπιταγῶν τοῦ ὑψηλοτέρου τούτου ἰδεώδους.

4. Ἐν συμπεράσματι, ἐκ τῶν ἀνωτέρω ἐκτεθέντων καθίσταται δῆλον, ὅτι οἱ ἐκάστοτε ρυθμίζοντες τὰς «ὀντολογικὰς σχέσεις ἢ καταστάσεις» κανόνες συμπεριφορᾶς δὲν δύνανται νὰ χρησιμεύσουν ὡς κριτήριον πρὸς ἐκτίμησιν τῆς ὀρθότητος τοῦ θετικοῦ δικαίου, καὶ ὅτι πρὸς τὸν σκοπὸν τοῦτον καθίσταται ἀναγκαία ἡ προσφυγὴ εἰς ἀνώτερον ἀξιολογικὸν κριτήριον, ὡς εἶναι ἡ ἰδέα τοῦ δικαίου ἢ ἡ ἰδέα τοῦ ἀνθρωπισμοῦ. Τὴν ἀνάγκην τοῦ τοιοῦτου κριτηρίου ἡσθάνθη τελικῶς καὶ ὁ Maihofer καὶ διὰ τοῦτο εἰς τὴν τρίτην τῶν προμνημονευθεισῶν (ἀνωτ. σημ. 50) μελετῶν του τονίζει⁶⁵ ὅτι πρὸς λύσιν τῶν δια-

63. Ὑπὸ τῶν *Donius*, ἐνθ' ἀνωτ., καὶ *Poulantzas*, *Nature des choses* σ. 123.

64. Βλ. *Donius* *Archives Ph. Dr.* 1957 σ. 230 ὅστις παρατηρεῖ σχετικῶς ὅτι: «Le système de Maihofer ignore l'historicité du Droit. Le statut d'esclave n'a pas une signification assignable une fois pour toutes. Les esclaves se révoltent. L'histoire balaye les «structures éternelles». Elle secrète progressivement une légalité nouvelle. Maihofer ne rend pas compte de cette permanente recréation du Droit. Pour lui l'histoire est close, les places sont prises».

65. Βλ. *Maihofer*, ἐν *Archives Ph. Dr.* 1963 σ. 182: «Le règlement d'un tel conflit d'intérêts et d'espérances n'est cependant pas possible à partir de la seule considération de la *nature des choses* dans cette situation particulière. Il y faut en plus la compréhension de la «nature» c'est-à-dire de la *détermination générale de l'homme* dans un rapport avec l'homme, et, en général, de la situation de l'homme dans le monde».

φύρων συγκρούσεων συμπερόντων, πού ἐμφανίζονται εἰς τὴν ζωὴν, δὲν ἀρκεῖ ἀπλῶς ἢ θεώρησις τῆς «φύσεως τοῦ πράγματος ἐν ἐκάστη εἰδικῇ περιπτώσει, ἀλλ' ἀπαιτεῖται ἐπὶ πλέον ὁ γενικὸς προσδιορισμὸς τῆς σχέσεως τοῦ ἀνθρώπου πρὸς τὸν ἄνθρωπον καὶ γενικῶς τῆς θέσεως τοῦ ἀνθρώπου ἐν τῷ κόσμῳ». Τοῦτο σημαίνει, ὡς ἐξηγεῖ περαιτέρω ὁ αὐτὸς συγγραφεύς, ὅτι ἡ ρύθμισις δὲν ἀρκεῖ νὰ ἀνταποκρίνεται «εἰς τὴν εἰδικὴν φύσιν τῶν περιπτώσεων ἐν αἷς ὁ ἄνθρωπος ἐνεργεῖ ὡς συγκεκριμένη προσωπικότης (δικαστής, ἰατρός, ἀδελφός, σύζυγος, πωλητῆς ἢ μισθωτής) . . . ἀλλὰ πρέπει πρὸς τούτοις νὰ ἀνταποκρίνεται —καὶ ὄχι νὰ ἀντιφάσκη— εἰς τὴν παγκόσμιόν του ἀποστολὴν ὡς ἀνθρώπου γενικῶς καὶ ὡς προσώπου»⁶⁶.

VI

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΑΙ ΚΡΙΣΕΙΣ

Μετὰ τὴν σύντομον αὐτὴν ἀνάλυσιν τῶν περὶ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἀπόψεων τῶν προαναφερθέντων συγγραφέων⁶⁷, ἀπομένει νῦν νὰ ἐκθέσωμεν τὰ κυριώτερα τῶν ἐξ αὐτῆς προκύπτόντων πορισμάτων καὶ νὰ προσθέσωμεν συμπληρωματικῶς προσωπικὰς τιὰς ἀπόψεις ἐπὶ τοῦ ὅλου θέματος.

66. *Maihofer* αὐτόθι σ. 183: «Cela exige que l'homme ne satisfasse point seulement à la nature particulière des circonstances dans lesquelles il se réalise en tant que personnage déterminé (juge, médecin, frère, époux acheteur ou locataire), en tant qu'être que nous avons appelé l'être en tant que (Als-sein), mais qu'il corresponde en même temps au lieu de la contredire à sa vocation universelle en tant qu'homme en général et en tant que soi-même. (Αἱ ὑπογραμμίσεις, ὡς καὶ αἱ τῆς προηγούμενης σημειώσεως εἶναι τοῦ *Maihofer*).

67. Ὡς γνωστὸν περὶ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ἐπραγματεύθησαν, πλὴν τῶν ἀνωτέρω συγγραφέων καὶ πλείστοι ἕτεροι, τῶν ὁποίων αἱ γνώμαι δὲν εἶναι δυνατὸν νὰ ἐκτεθοῦν ἐνταῦθα. Σύντομον ἐπισκόπησιν τῶν γνωμῶν τινῶν ἐκ τῶν συγγραφέων τούτων (καὶ δὴ τῶν *Dahm, Engisch, Lorenz, Stratenwerth*) βλ. εἰς *Henkel, Einführung* § 25, III σ. 293 σημ. 1 (καὶ αὐτόθι σ. 293-298 ἐκθεσιν τῆς ἰδίας αὐτοῦ γνώμης) καὶ εἰς *Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), σ. 426 σημ. 37 (ἐνθα αἱ γνώμαι τῶν *Welzel, Arthur Kaufmann*, κ.ά.). Ἐκ τῆς τωιαύτης ἐπισκοπῆσεως συνάγεται ὅτι αἱ ἀπόψεις τῶν περισσοτέρων συγγραφέων, ὡς πρὸς τὴν ἔννοιαν καὶ τὸ βασικὸν περιεχόμενον τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ συμπίπτουν.

Ἐξ ἑτέρου δέον νὰ σημειωθῇ ὅτι ἡ ὀγκώδης διδακτορικὴ διατριβὴ τοῦ *N. Poulantzas, Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris 1965, δὲν ἔχει ὡς ἀντικείμενον τὴν ἀνάλυσιν τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ἀλλ' ἔχει ὡς κύριον σκοπὸν τὴν ἀπόδειξιν τῆς «ἐνότητος τοῦ εἶναι καὶ τοῦ δέοντος» (totalité du fait et de la valeur), ἥτοι ὅτι τὸ εἶναι (γεγονότα τῆς ζωῆς) καὶ τὸ δέον (αἱ ἀξίαι) ἀποτελοῦν ἓν ἑνιαῖον ὅλον. Ἀνάλυσιν καὶ κριτικὴν ἐκτίμησιν τῆς θεωρίας ταύτης, ἥτις ἐκλήθη «διαλεκτικὸς μονισμὸς» (monisme dialectique) καὶ στηρίζεται ἐπὶ συνδυασμῷ τῆς διδασκαλίας τοῦ ὑπαρξισμοῦ πρὸς τὴν μαρξιστικὴν διαλεκτικὴν, βλ. εἰς *M. Vilely, Archives Ph.* Dr. 1965 σ. 167 ἐπ.

Α. Ἐν πρώτοις παρατηροῦμεν ὅτι ἡ ἔννοια τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἀποτελεῖ βασικῶς φιλοσοφικὴν ἔννοιαν καὶ ὡς ἐκ τούτου εἶναι ἀναπόφευκτον νὰ περιέχῃ πάντοτε κάποιαν ἀοριστίαν καὶ νὰ εἶναι κεκαλυμμένη ἀπὸ τὴν ἀγλὴν πού συνοδεύει συνήθως τὰς φιλοσοφικὰς ἐννοίας. Παρὰ τοῦτο αἱ ἀνωτέρω ἐκτεθεῖσαι προσπάθειαι τῶν προμνημονευθέντων συγγραφέων προήγαγον γενικῶς τὸ θέμα, ἤγαγον εἰς διατύπωσιν νέων ἀπόψεων, χρησίμων διὰ τὴν περαιτέρω διερεύνησιν αὐτοῦ καὶ συνετέλεσαν εἰς τὴν διασάφησιν ὠρισμένων σημείων ἀφορώντων: α) εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων»· β) εἰς τὴν σπουδαιότητα καὶ τὴν πρακτικὴν σημασίαν αὐτῆς· γ) εἰς τὸ περιεχόμενον αὐτῆς. Εἰδικώτερον:

α) Ὡς πρὸς τὴν ἔννοιαν τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» σημειοῦμεν ὅτι τὸ θέμα τοῦτο προήγαγε κυρίως ὁ Radbruch, οἱ δὲ μετ' αὐτὸν γράψαντες ἠκολούθησαν συνήθως τὰς ἀπόψεις τοῦ συγγραφέως τούτου, χωρὶς νὰ προσθέσουν τι τὸ νέον. Ὁ ὅρος «φύσις τῶν πραγμάτων» περιλαμβάνει δύο εἰδικωτέρους ὅρους: τὴν «φύσιν» καὶ τὰ «πράγματα». Ὡς εἶδομεν κατὰ τὸν Radbruch διὰ τοῦ ὅρου «πράγματα» (ἢ «πρᾶγμα») νοεῖται ἡ «ὑλὴ τοῦ δικαίου», ἥτοι «αἱ φυσικαὶ καὶ κοινωνικαὶ καταστάσεις ἃς εὐρίσκει ὁ νομοθέτης», «αἱ προϋπάρχουσαι κοινωνικαὶ μορφαί». Ὡς εἶναι δὲ γνωστόν, αἱ μὲν φυσικαὶ καταστάσεις (π.χ. αἱ ἰδιότητες τῶν πραγμάτων ἢ τῶν προσώπων, ἡ ροὴ τοῦ χρόνου κτλ.) ἀπορρέουν ἐκ τῶν νόμων τῆς φύσεως, αἱ δὲ κοινωνικαὶ καταστάσεις ἀπορρέουν ἐκ τοῦ κόσμου τοῦ πνεύματος (καὶ δὴ ἐκ τῶν συλλογικῶν παραστάσεων καὶ πεποίθησεων τῆς κοινωνίας), ἀμφοτέροι δὲ οἱ κόσμοι οὗτοι τῆς φύσεως καὶ τοῦ πνεύματος προϋπάρχουν τοῦ δικαίου. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον νομίζομεν ὅτι δὲν ἀπομακρυνόμεθα ἀπὸ τὰς βασικὰς ἀντιλήψεις τοῦ Radbruch, ἐὰν δεχθῶμεν ὅτι ἡ λέξις «πράγματα», ἐν τῷ ὅρῳ «φύσις τῶν πραγμάτων», δηλοῖ τὸ τμήμα ἐκεῖνο τοῦ κόσμου τῆς φύσεως καὶ τοῦ κόσμου τοῦ πνεύματος, τὸ ἐμπίπτον εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ δικαίου ρυθμιζομένην ὑλὴν, καὶ ἐπὶ τοῦ ὁποῖου (τμήματος) στηρίζεται ὁ νομοθέτης κατὰ τὴν θέσπισιν κανόνων ρυθμιζόντων τὴν κοινωνικὴν ζωὴν.

Ὅσον ἀφορᾷ δὲ εἰς τὴν ἔννοιαν τοῦ ὅρου «φύσις» (ἐν τῇ ἐκφράσει φύσις τῶν πραγμάτων), ὡς εἶδομεν, δι' αὐτοῦ νοεῖται «ἡ τάξις, ἥτις προϋπάρχει εἰς τὴν ὑλὴν τοῦ δικαίου», ἡ τάξις ἦν συναντᾷ ὁ νομοθέτης εἰς τὸν κόσμον τῆς φύσεως καὶ εἰς τὸν κόσμον τοῦ πνεύματος, εἰς τὰς φυσικὰς καὶ κοινωνικὰς καταστάσεις, ὡσάκις ἐπιλαμβάνεται τῆς ρυθμίσεως αὐτῶν. Τὴν τάξιν αὐτὴν ποριζόμεθα ἀπὸ τὸ νόημα⁶⁸ τῶν πραγμάτων, δηλαδή ἀπὸ τὸ νόημα τῶν ρυθμιζομένων

68. Τὸ νόημα τοῦτο δὲν εἶναι ἀποτέλεσμα μιᾶς «εὐτυχοῦς περιπτώσεως διαίσθησεως» (Glücksfall der Intuition), ὡς ἐδέχτο παλαιότερον ὁ Radbruch (ἐν Rechtsphilosophie³ 1932 σ. 7) ἀλλὰ συνέπεια αὐστηρᾶς λογικῆς μεθόδου, ὡς τονίζει ἤδη οὗτος ἐν Festschrift Laun (1948) σ. 162.

ὑπὸ τοῦ δικαίου σχέσεων ἢ καταστάσεων καὶ δὴ τὸ νόημα τὸ προϋπάρχον εἰς αὐτάς (προτοῦ ρυθμισθοῦν ὑπὸ τοῦ δικαίου). Τὸ νόημα ὅμως τοῦτο σχετίζεται στενωῶς πρὸς κάποιαν ἀξίαν, πρὸς τι δέον, ὡς ἐξηγεῖται κατωτέρω (ὑπὸ στοίχ. γ').

β) Ὡς πρὸς τὴν πρακτικὴν σημασίαν καὶ τὴν ἐν γένει σπουδαιότητα τῆς περὶ ἧς ὁ λόγος ἐννοίας, ὁ Radbruch καὶ πάντες οἱ λοιποὶ συγγραφεῖς δέχονται ὅτι ἡ φύσις τῶν πραγμάτων ἀποτελεῖ σπουδαῖον μέσον συντελοῦν εἰς τὴν καλύτεραν ἐρμηνείαν καὶ τὴν συμπλήρωσιν τῶν κενῶν τοῦ νόμου. Ἐπίσης, οὗτοι δέχονται ὅτι, αὕτη προσφέρει, ἀπὸ νομοθετικῆς ἀπόψεως, γενικὰς κατευθυντήριους ἰδέας εἰς τὸν νομοθέτην, διαφωνοῦν ὅμως εἰς τὸ ἂν αὕτη ἀποτελῇ πηγὴν δικαίου. Τὸ τελευταῖον τοῦτο ζήτημα λύεται καταφατικῶς ὑπὸ τοῦ Maihofer (ὅστις μάλιστα χαρακτηρίζει τὴν φύσιν τοῦ πράγματος ὡς ὑπερέχουσαν πηγὴν δικαίου, βλ. ἄνωτ. σ. 202) καὶ ἀποφατικῶς ὑπὸ τοῦ Radbruch. Ἡ τοιαύτη ὅμως διαφωνία εἶναι μᾶλλον διαφωνία περὶ τὰς λέξεις. Διότι ὁ Radbruch (ἀκολουθοῦμενος εἰς τὸ σημεῖον αὐτὸ καὶ ὑπὸ τῶν Coing καὶ Fechner) τονίζει ὅτι ἡ φύσις τῶν πραγμάτων σημαίνει τὴν «ἀντίστασιν τοῦ ἀμβλέος (ἀμόρφου καὶ δυσδαμάστου) κόσμου τῶν πραγμάτων» (Widerstand der stumpfen Welt) εἰς τὰς νομικὰς ἐννοίας, ὅπερ δηλοῖ ὅτι ἐὰν αἱ ἐπιταγαὶ τοῦ νόμου εἶναι ἀντίθετοι πρὸς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων, αὗται θὰ παραμείνουν ἀνεφάρμοστοι ἐν τῇ πράξει, θὰ περιπέσουν εἰς ἀχρησίαν.

Τὴν αὐτὴν σκέψιν εἶχον ἐκφράσει κατὰ τὴν ἀρχαιότητα οἱ ἀρχαῖοι Ἕλληνες φιλόσοφοι καὶ ῥήτορες, κατὰ δὲ τὸν μεσαῖονα ὁ Θωμᾶς ὁ Ἀκινάτης διὰ τῆς γνωστῆς ῥήσεως ὅτι «ὁ νόμος πρέπει νὰ διατάσῃ πράγματα δυνατὰ καὶ σύμφωνα πρὸς τὴν φύσιν»⁶⁹. Ἀπὸ τῆς ἀπόψεως ταύτης, ἐὰν δεχθῶμεν τὴν διάκρισιν τῶν πηγῶν τοῦ δικαίου εἰς «τυπικὰς πηγὰς» (οἷα εἶναι ὁ νόμος καὶ τὸ ἔθιμον) καὶ εἰς οὐσιαστικὰς ἢ πραγματικὰς πηγὰς (sources matérielles ou réelles), ἡ φύσις τῶν πραγμάτων δέον ἀσφαλῶς νὰ καταταγῇ μεταξὺ τῶν οὐσιαστικῶν πηγῶν τοῦ δικαίου⁷⁰.

69. Τὸ ἀπόφθεγμα τοῦτο διευκρινίσθη ἔχι μόνον ὑπὸ τοῦ Ἀρχύτα τοῦ Πυθαγορείου (οὗ τὸ χωρίον παρετέθη ἄνωτ. σ. 181), ἀλλὰ καὶ ὑπὸ τοῦ Δημοσθένους (κατὰ Τιμοκράτους 68), πολλοὺς δὲ αἰῶνας βραδύτερον ὑπὸ τοῦ Θωμᾶ τοῦ Ἀκινάτου. Τὰ σχετικὰ χωρία βλ. εἰς τὸ ἡ μ ε ρ ο ν Οἰκογενειακὸν Δίκαιον¹ (1952) § 3 γ' σ. 8 καὶ ἐν Γ. Σ. Μαριδάκη, Ὁ Δημοσθένης θεωρητικὸς τοῦ Δικαίου (1951) § 7 σ. 26.

70. Ὡς τυπικαὶ πηγὰι (sources formelles, formelle Rechtsquellen) νοοῦνται τὰ γεγονότα ἄτινα, ἐν δεδομένῳ συστήματι δικαίου, ἄγουν εἰς τὴν διάπλασιν κανόνος δικαίου, ὡς καὶ αἱ μορφαὶ ὕφ' ἧς ἐμφανίζονται οἱ κανόνες τοῦ δικαίου. Κατὰ τὸν Gény, τοιαῦται πηγὰι εἶναι ὁ νόμος, τὸ ἔθιμον, ἡ παράδοσις καὶ αἱ αὐθενταί, (tradition et autorités), δηλ. ἡ

γ) 'Ως πρὸς τὸ περιεχόμενον τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», πάντες ἐν γένει οἱ συγγραφεῖς⁷¹ δέχονται ὅτι εἰς τὰ «πράγματα» ἢ τὴν ὕλην τοῦ δικαίου ἐμπεριέχεται μόνον γενικωτάτη ρύθμισις ἢ στοιχειᾶ ρυθμίσεως καὶ ὄχι πλήρους ρύθμισις τῶν καθέκαστον θεμάτων. Συνεπεία τοῦτου τὸ περιεχόμενον τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» εἶναι κατ' ἀνάγκην γενικόν, περιλαμβανόν μόνον τὸν σιελετὸν ἢ τὸ γενικὸν διάγραμμα ἢ τὰ πλαίσια τῆς ρυθμίσεως. Ἀπόπειραν πρὸς μείζονα ἐξειδικεύσιν τοῦ περιεχομένου τούτου ἐπεχείρησεν, ὡς εἶδομεν, ὁ Maihofer διὰ τῆς προμνημονευθείσης θεωρίας του περὶ «ὀντολογικῆς προσδοκίας» ἣτις γεννᾶται μεταξύ προσώπων συνδεομένων διὰ τυπικῶν «ὀντολογικῶν καταστάσεων» (οἷαι εἶναι ἡ σχέσις δανειστοῦ - ὀφειλέτου, πατρὸς - τέκνου κ.τ.λ.). Ἄλλ' ὡς εἴπομεν ἤδη (σ. 203) ἡ ἀπόπειρα αὕτη ἀπέτυχε, διότι τὸ περιεχόμενον τῆς ρηθείσης ὀντολογικῆς προσδοκίας δὲν εἶναι πάγιον καὶ στατικόν, ἀλλὰ μεταβλητὸν καὶ ρευστόν, προσδιοριζόμενον ἐπὶ τῇ βάσει τῶν κρατουσῶν ἐκάστοτε ἀξιῶν, ἐπὶ τῇ βάσει τῆς ἀξιολογικῆς ἐκτιμήσεως τῶν καθέκαστον σχέσεων καὶ καταστάσεων. Οὕτω π.χ. τὸ περιεχόμενον τῆς μεταξύ ἐργοδότη καὶ ἐργάτου, πατρὸς καὶ τέκνου σχέσεως ἦτο κατὰ τοὺς παρελθόντας αἰῶνας διάφορον τοῦ περιεχομένου, ὅπερ ἔχουν αἱ σχέσεις αὗται κατὰ τὰς κρατούσας σήμερον ἀντιλήψεις. Ἀκόμη καὶ τὸ περιεχόμενον τῶν, κατὰ τὴν ὀρολογίαν τοῦ Coing, «νομίμων τάσεων» (legitime Tendenzen) ἢ τῶν «βασικῶν ἀναγκῶν τοῦ ἀνθρώπου» (πρὸς διασφάλισιν διατροφῆς, κατοικίας κτλ.) ἦτο διάφορον κατὰ τὰς παρελθούσας ἐποχὰς ἀπὸ ὅ,τι εἶναι σήμερον. Ἐκ τούτου ἐπεταὶ ὅτι τὸ νόημα τῶν «πραγματικῶν καὶ κοινωνικῶν καταστά-

νομολογία καὶ ἡ νομικὴ ἐπιστήμη. Ὡς οὐσιαστικά δὲ πηγὰι (sources matérielles, matérielle Rechtsquellen) νοοῦνται οἱ βαθύτεροι κοινωνικοὶ λόγοι, οἵτινες συντελοῦν εἰς τὴν γένεσιν καὶ τὴν διάπλασιν τοῦ δικαίου (βλ. περὶ τῆς διακρίσεως ταύτης, Gény, Méthode d'interprétation² t. I, No 87 ἐπ., 91 ἐπ. σ. 220, 237 ἐπ. Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit 3e éd. (1948) § 54 σ. 48, Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1e Aufl. 1956) σ. 229. Βλ. ὅμως κατὰ τῆς διακρίσεως ταύτης: Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα τῶν πηγῶν τοῦ δικαίου (1941) κεφ. Γ § 4 σ. 130 ἐπ., ὅστις πάντως δέχεται ὅτι ἡ διακρίσις αὕτη εἶναι ὀρθή μόνον διὰ τὸν θεωροῦντα ἱστορικῶς τὸ δίκαιον. Σημειωτέον ὅτι ὡς οὐσιαστικά πηγὰι τοῦ δικαίου θεωροῦνται κατὰ κύριον μὲν λόγον ἡ περὶ δικαίου συνειδήσις τῆς κοινωνίας, παραλλήλως δὲ αἱ ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων πηγάζουσαι ἀνάγκαι καὶ τάσεις (πρβλ. Gény, Méthode² II § 159 σ. 88-93, Coing ἐνθ' ἄνωτ. σ. 229 ἐπ. τῆς Α' ἐκδ.). Πάντως, ὡς σημειοῖ ὁ Coing αὐτόθι σ. 230, ἡ διὰ τῶν τυπικῶν πηγῶν (νόμου, ἐθίμου, νομολογίας κλπ.) δημιουργία τοῦ δικαίου ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων. Τοῦτο σημαίνει ὅτι ἡ ἰσχύς καὶ ὁ ρόλος τῶν τυπικῶν τούτων πηγῶν δὲν προσδιορίζεται μόνον ὑπὸ τοῦ νομοθέτου, ἀλλ' ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων.

71. Ἦτοι ὄχι μόνον οἱ τέσσαρες συγγραφεῖς (τῶν ὁποίων ἀνελύθησαν ἐνταῦθα αἱ γνῶμαι), ἀλλὰ ἐν γένει πάντες οἱ περὶ τὸ θέμα ἀσχοληθέντες' πρβλ. Henkel, Einführung σ. 293 σημ. 1.

σεων ἢ σχέσεων» ποικίλλει κατὰ χρόνον καὶ τόπον ἀναλόγως πρὸς τὴν βαθμίδα τοῦ πολιτισμοῦ καὶ τὰς κρατούσας ἐκάστοτε ἠθικὰς καὶ πνευματικὰς ἀξίας. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον καὶ αἱ καλούμεναι «ὀντολογικαὶ καταστάσεις», ἀποτελοῦν ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει λογικὰς ἐννοίας ἢ κατασκευὰς, στηριζομένης ἐπὶ ἀξιο-λογικῶν κρίσεων.

Ἐν συμπεράσματι ἡ ἐνυπάρχουσα εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου τάξις καὶ τὸ νόημα τῶν καθέκαστον φυσικῶν καὶ κοινωνικῶν καταστάσεων σχετίζεται πάντοτε πρὸς τινὰ ἀξίαν, πρὸς τι δέον καὶ μάλιστα πρὸς τὰς ἐκάστοτε κρατούσας ἠθικὰς ἀξίας, ἐν τελευταίᾳ δὲ ἀναλύσει πρὸς τὴν Ἰδέαν τοῦ δικαίου. Τοῦτο νομιζόμεν ἠθέλησε νὰ δηλώσῃ ὁ Radbruch λέγων ὅτι ἡ «φύσις τοῦ πράγματος» καὶ ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει αὐτὴ αὐτὴ ἡ Ἰδέα τοῦ Δικαίου προσδιορίζεται ἐκ τοῦ παρ' ἐκάστη χώρα κρατοῦντος «ἱστορικοῦ κλίματος» καὶ τοῦ «ἰδιαιτέρου πνεύματος τοῦ λαοῦ» (durch den besonderen Volksgeist).

B. Διὰ τῶν ἀνωτέρω ἀναπτυχθέντων ἐπεσημάνθησαν τὰ κυριώτερα τῶν προβλημάτων, ἅτινα προκύπτουν κατὰ τὴν ἀνάlysιν τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων». Ἦδη πρὸς ὀλοκλήρωσιν τῆς ἐρεῦνης μας νομιζόμεν χρῆσιμον νὰ ἐκθέσωμεν προσωπικὰς τινὰς σκέψεις, διὰ τῶν ὁποίων ἐπιχειρεῖται νὰ προσδιορισθῇ σαφέστερον τόσον τὸ περιεχόμενον τῆς περὶ ἧς πρόκειται ἐννοίας, ὅσον καὶ ἡ σπουδαιότης αὐτῆς ἐν τῇ ὅλῃ νομικῇ καὶ κοινωνικῇ ζωῇ. Ὡς εἶναι φυσικόν, αἱ σκέψεις αὗται ἔχουν ὡς σκοπὸν μᾶλλον νὰ θέσουν προβλήματα —δηλαδὴ νὰ ἐπιστήσουν καὶ αὖθις τὴν προσοχὴν ἐπὶ τῶν δυσχερεῶν αἰτίνας συναντῶνται κατὰ τὴν προσπάθειαν τῆς διασαφήσεως τῆς ἐννοίας τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων»— καὶ ὄχι βεβαίως νὰ προτείνουν ὀριστικὰς λύσεις τῶν θιγομένων προβλημάτων. Τὰς σκέψεις μας ταύτας συνοψίζομεν εἰς τὰς ἀκολουθοῦσας τέσσαρας παρατηρήσεις:

1. Ὡς ἐξετέθη ἀνωτέρω, ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων», ἦτοι ἡ εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου ἐνυπάρχουσα στοιχειώδης (εἰς γενικὰς γραμμάς) τάξις ἢ ρύθμις ἔχει τοιαύτην δύναμιν ἐπιβολῆς καὶ ἀντιστάσεως, ὥστε ὁ νομοθέτης, κατὰ τὴν θέσπισιν κανόνων δικαίου, εἶναι ὑποχρεωμένος νὰ τὴν ἀκολουθήσῃ, διότι ἄλλως θὰ ἐπιχειρήσῃ ἔργον μάταιον. Ἡ τοιαύτη δύναμις τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ὀφείλεται τὸ μὲν εἰς φυσικοὺς νόμους, τὸ δὲ εἰς κοινωνικοὺς θεσμούς, ἐκ τρίτου εἰς τὰς κρατούσας ἐν τῇ κοινωνίᾳ παραστάσεις ἐπὶ βασικῶν ἐννοιῶν καὶ τρόπων τοῦ σκέπτεσθαι, καὶ τέλος εἰς τὰς κρατούσας ἠθικὰς ποιήσεις καὶ ἀξίας. Πᾶσαι αἱ κατηγορίαι αὗται κανόνων ἐπιδρῶσι ἐπὶ τὴν διαμόρφωσιν τῆς ἠθικῆς συνειδήσεως ⁷² ἐκάστου ἀτόμου, ὡς μέλους τῆς κοι-

72. Ὡς γνωστόν, ἐν τῇ νεωτέρᾳ φιλοσοφίᾳ, ὡς ἠθικὴ συνείδησις νοεῖται ὁ ἐν ἡμῖν ἠθικὸς νόμος, ἡ ἢ λειτουργία δυνάμει τῆς ὁποίας διακρίνομεν τὸ καλὸν ἐκ τοῦ κακοῦ καὶ

ωνίας, και ἐν τελευταία ἀναλύσει ἀποτελοῦν περιεχόμενον τῆς συλλογικῆς συνειδήσεως⁷³ (*conscience collective*) τῶν μελῶν τῆς ὅλης κοινωνίας.

2. Τούτου τεθέντος, δέον ἤδη νὰ προχωρήσωμεν εἰς σύντομον ἀνάλυσιν τῶν ἀνωτέρω τεσσάρων κατηγοριῶν κανόνων, αἵτινες συντελοῦσι εἰς τὴν διαμόρφωσιν τοῦ περιεχομένου τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων»:

α) Ἡ πρώτη ὁμάς ἢ κατηγορία κανόνων περιλαμβάνει τοὺς ἐκ τῶν φυσικῶν νόμων καὶ τῶν συνθηκῶν τοῦ φυσικοῦ περιβάλλοντος ὑπαγορευομένους κανόνας συμπεριφορᾶς (ὡς π.χ. εἶναι οἱ κανόνες οἱ ἀφορῶντες εἰς τὴν ἀνικανότητα πρὸς δικαιοπραξίαν λόγω νηπιακῆς ἡλικίας ἢ φρενοβλαβείας, οἱ κανόνες οἱ ρυθμιζόντες τὰς ὥρας ἐργασίας κατὰ τὴν διάρκειαν τῆς ἡμέρας ἢ τῆς νυκτός, οἱ κανόνες οἱ ἀποβλέποντες εἰς τὴν ἱκανοποίησιν τῶν ἀναγκῶν τοῦ ἀτόμου πρὸς ἐπιβίωσιν καὶ διαιώσιν τοῦ εἶδους, οἱ κανόνες περὶ τῆς διακρίσεως τῶν πραγμάτων εἰς κινητὰ καὶ ἀκίνητα κ.ο.κ.ε.). Ὁ νομοθέτης κατὰ τὴν θέσπισιν κανόνων ρυθμιζόντων τὴν συμπεριφορὰν τῶν ἀτόμων, εἶναι ὑποχρεωμένος νὰ λαμβάνῃ ὑπ' ὄψιν τὰς ἐκ τῶν φυσικῶν τούτων νόμων καὶ τῶν συνθηκῶν τοῦ φυσικοῦ περιβάλλοντος (ὡς τοῦτο διαμορφοῦται ὑπὸ τῶν προόδων τῆς τεχνικῆς καὶ τοῦ πολιτισμοῦ) προσδιοριζόμενας ἀνάγκας καὶ δυνατότητας τῶν ἀτόμων καὶ νὰ διαμορφώῃ τὰς νομικὰς ἐπιταγὰς αὐτοῦ κατὰ τρόπον ὥστε αὗται νὰ μὴ ὑπερβαίνουν τὰ ὅρια τῶν φυσικῶν τούτων δυνατοτήτων. Πάντως αἱ ρηθεῖσαι ἀνάγκαι καὶ δυνατότητες, καίτοι προσδιοριζόμεναι βασικῶς ὑπὸ τῶν νόμων τῆς φύσεως καὶ τῶν συνθηκῶν τοῦ φυσικοῦ περιβάλλοντος, ἐπηρεάζονται καὶ ἐξ ἠθικῶν καὶ δὴ ἐκ πολιτικῶν παραγόντων, ἤτοι ἐξαρτῶνται ἐν τινι μέτρῳ καὶ ἐκ τῆς βαθμίδος τοῦ πολιτισμοῦ καὶ αὐξάνονται ἢ διαφοροποιοῦνται μετὰ τὴν ἐξέλιξιν αὐτοῦ.

β) Ἡ δευτέρα ὁμάς κανόνων περιλαμβάνει τοὺς κοινωνικοὺς θεσμούς, ἤτοι τοὺς κανόνας οἵτινες ρυθμίζουν τοὺς βασικοὺς ὅρους διαβιώσεως καὶ συμπεριφορᾶς τῶν ἐν τῇ κοινωνίᾳ διαβιούντων ἀτόμων καὶ ἐπιβάλλονται εἰς ταῦτα διὰ τῆς πίεσεως τῆς κοινωνικῆς ὁμάδος, πίεσεως⁷⁴ ἥτις τείνει νὰ ἐξο-

ἐκφέρομεν κρίσεις περὶ τῆς ἀξίας ἢ ἀπαξίας τῶν ἰδίων καὶ τῶν ἀλλοτρίων πράξεων. Ὡς ψυχολογικὴ δὲ συνειδησις νοεῖται «ἡ ἄμεσος γνῶσις τῶν ἐν ἡμῖν συντελουμένων ψυχολογικῶν γεγονότων ἐν τῇ ἀλληλουχίᾳ αὐτῶν» (*Baréa*, Ἡθικὴ, 1955 σ. 76-77).

73. Ἡ ἔννοια τῆς «συλλογικῆς συνειδήσεως» ἐμελετήθη κυρίως ὑπὸ τοῦ γάλλου κοινωνιολόγου Émile Durkheim εἰς πλείεστα ἔργα αὐτοῦ. Κριτικὴν ἀνάλυσιν καὶ ἐκτίμησιν τῶν ἀπόψεων τοῦ Durkheim καὶ ἐκθεσιν τῶν νεωτέρων ἐπὶ τοῦ προβλήματος τούτου ἐξελέξεον βλ. εἰς *Cuillier*, Manuel de Sociologie I (1950) §§ 83-89 σ. 198-209· πρὸς συναφῶς καὶ Γρ. Κασσιμάτη, Εἰσαγωγή εἰς τὴν Κοινωνιολογίαν, 1966, σ. 103, 126 ἐπ.

74. Αὕτη ἀποκαλεῖται εἰς τὴν νεωτέραν κοινωνιολογίαν ἀπίεσις πρὸς ὁμοιομορφίαν» (*pression de conformité*, *pressure towards conformity*), βλ. *Ogburn - Nimkoff*, Α

μοίωσῃ τὰ ἄτομα ταῦτα πρὸς ἄλληλα καὶ νὰ ἐμφυσῆσθαι εἰς αὐτὰ τὰς αὐτὰς ἰδέας καὶ τάσεις, τὴν αὐτὴν νοοτροπίαν καὶ ψυχροσύνησιν. Οἱ βαθύτεροι γενεσιουργοὶ λόγοι τῶν κοινωνικῶν τούτων θεσμῶν εἶναι ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει τὸ κοινωνικὸν ὁρμέμφυτον τοῦ ἀνθρώπου (*appetitus societatis*), ὁ νόμος τῆς μιμήσεως καὶ αἱ λοιπαὶ ψυχολογικαὶ δυνάμεις καὶ ἔνστικτα, ἅτινα ὠθοῦν τοὺς ἀνθρώπους εἰς ὀργάνωσιν τοῦ κοινωνικοῦ αὐτῶν βίου. Ὡς εἶναι δὲ γνωστὸν οἱ περὶ ὧν ὁ λόγος κοινωνικοὶ θεσμοὶ συνίστανται εἰς πεποιθήσεις ἢ εἰς τρόπους συμπεριφορᾶς,⁷⁵ οἵτινες ἐξωτερικεύονται καὶ ἀποτυπῶνται εἰς τὰ ἐκάστοτε κρατοῦντα ἤθη (*mores*) καὶ ἰδεώδη, ἥτοι εἰς τοὺς ἀγράφους κανόνας καὶ τὰς δεσποζούσας εἰς τὴν κοινωνίαν τάσεις, πού ρυθμίζουν ἢ κατευθύνουν τὴν διαγωγὴν τῶν ἀτόμων ἐν τῇ κοινωνικῇ καὶ τῇ συναλλακτικῇ ζωῇ.

Οἱ σπουδαιότεροι τῶν ἐν λόγῳ θεσμῶν⁷⁶ ἀφοροῦν εἰς τὴν ὀργάνωσιν τῆς οἰκογενειακῆς (καὶ σεξουαλικῆς ἐν γένει) ζωῆς, τῆς θρησκευτικῆς ζωῆς, τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας καὶ τῆς οἰκονομικῆς ζωῆς (ἥτις περιλαμβάνει τοὺς τρόπους βιοπορισμοῦ, ὡς ἡ γεωργία, κτηνοτροφία, βιοτεχνία κλπ., τοὺς τρόπους καλύψεως τῶν λοιπῶν ἀναγκῶν τῆς ζωῆς, ὡς ἡ κατοικία, ἡ ἐνδυμασία κτλ.).

Εἰδικῶς ὡς πρὸς τοὺς ἀφορῶντας εἰς τὴν οἰκονομικὴν ζωὴν θεσμούς, οὗτοι ὀφείλουσιν τὴν γένεσιν καὶ διάπλασίν των, ὄχι μόνον εἰς τοὺς προαναφερθέντας γενικοὺς γενεσιουργοὺς λόγους, ἀλλὰ καὶ εἰς εἰδικωτέρους «οἰκονομικοὺς νόμους», οἵτινες ἔχουν μελετηθῆ ὑπὸ τῆς νεωτέρας οἰκονομικῆς ἐπιστήμης καὶ ἀποτελοῦν πάντως εἰδικωτέραν ἐκδήλωσιν τῶν γενικῶν κοινωνικοψυχολογικῶν τάσεων καὶ ὁρμῶν τοῦ ἐν τῇ κοινωνίᾳ δρῶντος ἀτόμου. Τοιοῦτοι οἰκονομικοὶ νόμοι εἶναι π.χ. ὁ νόμος τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως, ὁ νόμος τῆς ἡσσονος προσπαθείας (καὶ ὁ συναφῆς πρὸς τοῦτον νόμος τῆς ὑποκαταστάσεως), ὁ νόμος τοῦ Gresham καθ' ὃν τὸ ἀσθενὲς νόμισμα ἐκδιώκει ἐκ τῆς ἀγορᾶς τὸ ἰσχυρὸν κ.λ.π.

Πάντες οἱ ἀφορῶντες εἰς τοὺς κοινωνικοὺς θεσμούς κανόνες, ὡς καὶ τὰ

Handbook of Sociology, 4th ed., 1960, chap. IX σ. 176-177. Σημειωτέον ὅτι τὴν ὑπαρξίν καὶ τὴν σημασίαν τῆς κοινωνικῆς πίεσεως εἶχεν ἐπισημάνει ἤδη ἀπὸ τοῦ 1902 (εἰς τὸν πρωτανικὸν τοῦ λόγον) ὁ νομικὸς Otto von Gierke, θεωρούμενος ἐκ τοῦ λόγου τούτου ὡς πρόδρομος τῶν νεωτέρων κοινωνιολόγων βλ. *Cuvillier*, *Manuel de sociologie* (1950) I § 19 α σ. 43.

75. Κατὰ τὸν Durkheim ὡς θεσμοὶ (*institutions*) νοοῦνται: «*toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité*» κατὰ παράθεσιν τοῦ Gaston Bouthoul, *Traité de sociologie*, tome I (3e éd), 1959, σ. 108. Περαιτέρω ἀνάπτυξιν τοῦ προβλήματος τῶν κοινωνικῶν θεσμῶν βλ. εἰς *Bouthoul*, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 107 ἐπ., 479 ἐπ. 483 ἐπ.

76. Πρβλ. *Ogburn - Nimkoff*, *A Handbook of Sociology*, 4th ed., 1960, σ. 33 ἐπ., 346 ἐπ.

γενεσιουργά αίτια αὐτῶν, εἶναι προϊόντα τοῦ ὅλου κοινωνικοῦ βίου καὶ τῶν βαθυτέρων κοινωνικῶν καὶ ψυχολογικῶν τάσεων τοῦ ἀνθρώπου καὶ ἔνεκα τούτου προϋπάρχουν τοῦ δικαίου, ἐπίσης δὲ ἐπηρεάζονται μεγάλως ἐκ τῆς στάθμης τοῦ πολιτισμοῦ καὶ ἐκ τῶν κρατουσῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων.

Χαρακτηριστικῶς σημειοῦμεν π.χ. ὅτι καὶ αὐτὸς ὁ οικονομικὸς ὁ νόμος τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως λειτουργεῖ βεβαίως ἐπὶ τῇ βάσει οικονομικῶν ἢ ψυχολογικῶν δεδομένων, (ὅπως εἶναι ἢ σπάνις τῶν ἀγαθῶν, αἱ ἐν τῇ ἀγορᾷ ἐπικρατοῦσαι ψυχολογικαὶ τάσεις τῶν καταναλωτῶν), ἀλλὰ κατὰ βάσιν στηρίζεται εἰς τὰς ὑπὸ τὸ σύστημα τοῦ ἐλευθέρου ἀνταγωνισμοῦ διαπλασθείσας καὶ κρατούσας ἐν τῇ ἀγορᾷ ἠθικὰς πεποιθήσεις, καὶ δὴ εἰς τὴν ἀντίληψιν ὅτι αἱ ὑπὸ τὸ κράτος τοῦ νόμου τούτου καθοριζόμεναι τιμαὶ τῶν ἀγαθῶν καὶ τὰ ἐξ αὐτῶν προκύπτοντα κέρδη εἶναι θεμιτὰ καὶ ἠθικῶς ἐπιτετραμμένα.

Τὸ ὅτι ἡ λειτουργία τοῦ οικονομικοῦ νόμου τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως ἐπηρεάζεται σημαντικῶς ἐκ τῶν κρατουσῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων⁷⁷, καὶ συνεπῶς ἐξαρτᾶται ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει ἐκ τῆς ἠθικῆς συμπεριφορᾶς τῶν ἀτόμων, ἀποδεικνύεται ἐκ τοῦ γεγονότος ὅτι κατὰ τὰς νεωτέρας καὶ κρατούσας σήμερον ἀντιλήψεις τὰ ἡμερομίσθια τῶν ἐργαζομένων δὲν πρέπει νὰ προσδιορίζονται ἐλευθέρως ὑπὸ τοῦ ρηθέντος νόμου, ἀλλ' ἐπὶ τῇ βάσει τῆς ἀρχῆς ὅτι ὁ ἐργαζόμενος δικαιούται ἐπαρχοῦς καὶ ἀξιοπρεποῦς ἀμοιβῆς πρὸς κάλυψιν τῶν δαπανῶν τῆς διαβιώσεώς του (salaire minimum) (βλ. ἄρθρ. 23 τῆς Οἰκουμ. Διακηρύξεως τῶν δικαιωμάτων τοῦ ἀνθρώπου τοῦ 1948). Τοῦτο ἀκριβῶς ἀποδεικνύει ὅτι ἡ κοινωνία καὶ ἡ ὀργανωμένη κρατικὴ ἐξουσία δύνανται νὰ περιστείλουν τὸ ἔδαφος ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου τούτου, εἰς ἄς περιπτώσεις ἢ ἐφαρμογῇ αὐτοῦ μέλλει νὰ ἀγάγῃ εἰς γενικώτερον βλαβερὰ διὰ τὸ κοινωνικὸν σύνολον ἀποτελέσματα. Ἀντιθέτως δὲ εἰς ἄς περιπτώσεις ὁ νόμος τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως ἀφήνεται νὰ λειτουργήσῃ ἐλευθέρως, τοῦτο συμβαίνει διότι ἡ τοιαύτη λειτουργία αὐτοῦ θεωρεῖται ὡς ἠθικῶς ἐπιτετραμμένη, ὡς σύμφωνος πρὸς τὰς κρατούσας ἠθικὰς πεποιθήσεις τῆς ὅλης κοινωνίας ἢ τοῦ μεγίστου μέρους αὐτῆς. Ἐκ τούτων ἔπεται ὅτι ἐὰν μεταβληθοῦν ἐν ὄλῳ ἢ ἐν μέρει αἱ τοιαῦται ἠθικαὶ

77. Πρβλ. A. Marshall εἰς τὸ συλλογικὸν ἔργον τῶν Scelle, Esmein κ.δ.: Introduction à l'étude du droit II (1953) σ. 235 ὅστις τονίζει συναφῶς ὅτι: «pour diriger l'économie le législateur doit s'inspirer de préoccupations extra-économiques d'ordre politique et moral notamment». Περὶ δὲ τοῦ ὅτι ἡ λειτουργία τοῦ νόμου τῆς προσφορᾶς καὶ τῆς ζητήσεως, ὡς καὶ τῶν λοιπῶν οικονομικῶν νόμων, ἐπηρεάζεται μεγάλως ἐκ τῶν ἐκαστοτε κρατουσῶν θρησκευτικῶν καὶ ἠθικῶν πεποιθήσεων, ἐκ τῶν νομικῶν θεσμῶν, ἐκ τῶν συνθηκῶν τῆς τεχνικῆς καὶ ἐν γένει ἐκ τῆς ἐπικρατούσης νοστοπρίας (mentalité) βλ. G. Bouthoul, Traité de sociologie, τόμ. Β' (1954) σ. 297 ἑπ.

ἀντιλήψεις τῆς κοινωνίας (ὡς συνέβη εἰς τὸ πεδῖον τῆς συμβάσεως ἐργασίας), τὸ ἔδαφος τῆς ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου τούτου θὰ περιορισθῇ ἔτι περισσότερο.

γ) Ἡ τρίτη ὁμάς κανόνων περιλαμβάνει τὰς κοινὰς παραστάσεις τῶν μελῶν τῆς κοινωνίας, τὰς ἀφορώσας εἰς ὠρισμένας βασικὰς ἐννοίας καὶ κατηγορίας τοῦ λογικῶς σκέπτεσθαι. Αἱ κοινὰ αὗται παραστάσεις συνοδεύονται πάντοτε καὶ ὑπὸ ἠθικῶν πεποιθήσεων, παρ' ὧν ἀντλοῦν τὸ περιεχόμενον, ἀποτελοῦσαι μετ' αὐτῶν ἐνιαῖον ὅλον. Παρὰ ταῦτα εἶναι λογικῶς δυνατὸν αἱ κοινὰ αὗται παραστάσεις νὰ ἀπογυμνωθῶσι τοῦ περιεχομένου των καὶ νὰ συλληφθῶσι ὡς αὐτοτελεῖς λογικαὶ ὀντότητες.

Ὡς τοιαῦτα «κοινὰ παραστάσεις» (νοούμενα αὐτοτελεῶς, ἦτοι ἄνευ τοῦ ἠθικοῦ των περιεχομένου) δύνανται νὰ θεωρηθῶν ὠρισμένα βασικὰ ἐννοιαὶ ἢ κατηγορίαι σκέψεως, διαδεδομένα εἰς ὅλην τὴν πεπολιτισμένην ἀνθρωπότητα καὶ ἀποτελοῦσαι ἀπαραίτητον προϋπόθεσιν διὰ τὴν μεταξὺ τῶν ἀνθρώπων ἐπικοινωνίαν, διὰ τὴν ὀργάνωσιν τῆς οἰκογενείας καὶ τῆς κοινωνικῆς ζωῆς.

Τοιαῦται ἐννοιαὶ εἶναι π.χ. ἡ ἐννοια τοῦ γάμου, τῆς συγγενείας⁷⁸, τῆς ιδιοκτησίας, τοῦ χρήματος (ὡς ἀνταλλακτικοῦ μέσου), τῆς συμβάσεως, τοῦ ἡγέτου (ἀρχηγοῦ) καὶ τοῦ ὑπηκόου, κτλ. καὶ αἱ κατηγορίαι τοῦ ἀληθοῦς, τοῦ ψευδοῦς, τοῦ ἐπιτετραμμένου καὶ τοῦ ἀπηγορευμένου κλπ. Ἐπίσης ὡς τοιαῦται ἐννοιαὶ εἶναι δυνατὸν νὰ θεωρηθῶν καὶ αἱ ὑπὸ τοῦ Maihofer κληθεῖσαι «ὄντολογικαὶ καταστάσεις», ἦτοι αἱ μεταξὺ τῶν μελῶν τῆς κοινωνίας πανομοιότυπως ἐμφανιζόμεναι σχέσεις τοῦ δανειστοῦ - ὀφειλέτου, ἱατροῦ - ἀσθενοῦς, πατρὸς - τέκνου, προῖσταμένου - ὑφισταμένου κλπ.

Αἱ ἐννοιαὶ αὗται ἀποτελοῦν κτῆμα τῆς κοινῆς πνευματικῆς κληρονομίας τῆς ἀνθρωπότητος καὶ ἀπαντῶσι εἰς ὅλους τοὺς λαοὺς ποὺ ἔχουν ὑπερβῆ τὸ προλογικὸν στάδιον τοῦ Μύθου καὶ ἔχουν εἰσέλθει εἰς τὸ στάδιον ὅπου κυριαρχεῖ ὁ Λόγος. Ὁ νομοθέτης δὲν δύναται νὰ ἀγνοήσῃ τὰς βασικὰς ταύτας ἐννοίας,

78. Κατὰ τὸν ρωμαῖον νομικὸν Μοδεστίνον (Dig. 38,10,4 princ. Βασ. 45,3,2 ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων» (rerum natura) δὲν ἀνέχεται νὰ ἐπεκτείνεται ἢ συγγείνα πέραν τοῦ ἐβδόμου βαθμοῦ, (βλ. Βασιλικά αὐτόθι: οὐ γὰρ ἀνέχεται ἡ φύσις ὑπὲρ τούτου τὸν βαθμὸν τῆς ζωῆς τῶν ἀνθρώπων ἐπεκτείνεσθαι). Ἐπ' ἀφορμῇ τοῦ χωρίου τούτου παρατηροῦμεν ὅτι ἡ μὲν ἐννοια τῆς συγγενείας ἀποτελεῖ κοινὴν παράστασιν, διαδεδομένην εἰς ὅλην τὴν ἀνθρωπότητα, τὸ περιεχόμενον ὅμως τῆς συγγενείας (ὡς π.χ. ὁ προσδιορισμὸς ὡς συγγενῶν μόνον τῶν ἐξ ἀρρενογονίας ἢ θηλυγονίας καταγομένων, ἢ μὴ ἐπέκτασις τῆς συγγενείας πέραν τοῦ ἐβδόμου βαθμοῦ κτλ.), ἐξαρτᾶται ἐκ τῶν κρατουσῶν ἐκάστοτε ἠθικῶν πεποιθήσεων καὶ διὰ τοῦτο ποικίλλει κατὰ χώρας καὶ ἐποχάς.

πού αποτελούν «κοινά παραστάσεις» ἐν τῇ συνειδήσει τοῦ πεπολιτισμένου ἀνθρώπου, οὐδὲ νὰ ἐπιχειρήσῃ ρύθμισιν ἀντιβαίνουσαν πρὸς αὐτάς⁷⁹. Ἐὰν ἐπιχειρήσῃ νὰ τὸ πράξῃ αἱ ἐπιταγαὶ του δὲν θὰ γίνουν ἀντιληπτὰ καὶ ἐν πάσῃ περιπτώσει θὰ προσκρούσουν εἰς «τὴν ἀντίστασιν τῶν πραγμάτων» καὶ θὰ περιπέσουν εἰς ἀχρησίαν.

Τέλος σημειοῦμεν ὅτι, ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τῆς μελέτης τῆς Ἱστορίας, αἱ περὶ ὧν ὁ λόγος κοινὰ παραστάσεις, (ἐὰν συλληφθῶσιν αὐτοτελῶς καὶ ἀνεξαρτήτως τοῦ ἠθικοῦ περιεχομένου των) εἶναι μονιμώτεραι καὶ σταθερώτεραι, ἤτοι ἀποτελοῦν τὸν σκληρόν πυρῆνα τῶν καθέκαστον κοινωνικῶν σχέσεων ἢ καταστάσεων, πυρῆνα ὅστις, καίτοι μὴ διαφεύγων παντελῶς τὴν ἐξέλιξιν, διατηρεῖται ἐπὶ μακρὰν σειρὰν αἰῶνων ἀναλλοίωτος καὶ ἀμετάβλητος.

δ) Ἡ τετάρτη κατηγορία κανόνων ἀποτελεῖται ἐκ τῶν κοινῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων, τῶν κρατουσῶν ἀξιῶν, τῶν κρατούντων ιδεωδῶν. Αἱ ἠθικαὶ αὗται πεποιθήσεις συνιστῶσι τὴν βᾶσιν ἐφ' ἧς στηρίζεται ἡ ὅλη κοινωνία καὶ τὸν συνεκτικὸν μεταξὺ τῶν μελῶν αὐτῆς δεσμόν. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον ἡ περὶ ἧς ὁ λόγος κατηγορία τῶν ἠθικῶν κανόνων εἶναι ἡ σπουδαιότερα τῶν λοιπῶν κατηγοριῶν κανόνων, τῶν ὁποίων τὸ περιεχόμενον ἐπηρεάζεται καὶ προσδιορίζεται ἐκ τῶν ἐν τῇ κοινωνίᾳ κρατούντων ἠθικῶν κριτηρίων καὶ ιδεωδῶν ἢ ἀξιῶν.

Αἱ περὶ ὧν ὁ λόγος ἠθικαὶ πεποιθήσεις ἐξελίσσονται σὺν τῷ χρόνῳ καὶ τῇ προόδῳ τοῦ πολιτισμοῦ καὶ εἶναι ἐν τινι μέτρῳ περισσώτερον μεταβληταὶ ἀπὸ τὰς προαναφερθεῖσας κοινὰς ἐπὶ βασικῶν ἐννοιῶν παραστάσεις. Πάντως ὅμως καὶ αἱ ἠθικαὶ αὗται πεποιθήσεις εἶναι βαθέως ἐρριζωμένα ἐν τῇ ἀτομικῇ καὶ τῇ συλλογικῇ συνειδήσει τῶν ἐν τῇ κοινωνίᾳ ζώντων ἀτόμων καὶ προσδιορίζουν βασικῶς τὴν ἐν γένει συμπεριφορὰν των, ὡς καὶ τὴν στάσιν αὐτῶν ἐναντι τῶν προβλημάτων τῆς ζωῆς. Ὁ νομοθέτης δὲν δύναται νὰ ἀγνοήσῃ τὰς ἠθικὰς ταύτας πεποιθήσεις καὶ τὰς ἐξ αὐτῶν συναγομμένας γενικὰς γραμ-

79. Οὕτω π.χ. ἐὰν ὑποθεθῇ ὅτι εἰς πεπολιτισμένας χώρας, ἐνθα κρατεῖ ὁ θεσμὸς τῆς μονογαμίας, θεσπισθῇ διάταξις νόμου ἀναγνωρίζουσα ὡς γάμον τὴν ἔνωσιν ἀνδρὸς μὲ πλειονας ταυτοχρόνως γυναικας, ἡ διάταξις αὕτη θὰ προσκρούσῃ εἰς τὰς κοινὰς περὶ γάμου παραστάσεις καὶ ἠθικὰς ἀντιλήψεις καὶ θὰ συναντήσῃ ἀντίστασιν παρὰ τῷ λαῷ, ἧτις θὰ ὀδηγήσῃ θάπτον ἢ βράδιον εἰς τὴν κατάργησίν τῆς. Ὁμοίαν καὶ ἔτι ἰσχυροτέραν ἀντίστασιν θὰ συνήγα διὰτάξις νόμου διὰ τῆς ὁποίας θὰ ἀνεγνωρίζετο ὡς «γάμος» ἡ ἔνωσις προσώπων τοῦ αὐτοῦ φύλου. Συναφῶς σημειοῦμεν ὅτι καὶ ὁ Gény, Science et technique² II § 167 σ. 372 ἐπ. ἀναφέρει ἀκριβῶς ὅτι ἡ ἔνωσις προσώπων διαφόρου φύλου, ἀποτελεῖ «πραγματικὸν ἢ φυσικὸν δεδομένον» (donnée réelle ou naturelle), ἤτοι δεδομένον πηγάζον ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ἐφ' οὗ στηρίζεται ἡ νομοθετικὴ ρύθμισις τοῦ γάμου.

μὰς τῆς συμπεριφορᾶς, ἀλλ' ὀφείλει νὰ διαμορφώῃ τὸ περιεχόμενον τῶν κανόνων τοῦ δικαίου κατὰ τρόπον σύμφωνον πρὸς τὰς πεποιθήσεις αὐτάς καὶ δὴ τὰς κρατούσας ἐν τῷ χρόνῳ καὶ τῷ τόπῳ, δι' ὃν προορίζονται αἱ νομοθετικά του ἐπιταγαί.

3. Ἐκ τῆς ἀνωτέρω ἀναλύσεως κατεδείχθη, ὅτι ὡς «φύσις τῶν πραγμάτων» δεόν νὰ νοηθῇ ἡ γενικὴ (ἢ στοιχειώδης) ρύθμισις ἢ ἐνυπάρχουσα εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου (πρὸ τῆς ρυθμίσεως αὐτῆς ὑπὸ τοῦ νομοθέτου) καὶ προσδιοριζομένη ἐκ τῶν τεσσάρων κατηγοριῶν κανόνων ἦτοι: α) ἐκ τῶν φυσικῶν νόμων καὶ τῶν συνθηκῶν τοῦ φυσικοῦ περιβάλλοντος (ὡς τοῦτο διαμορφοῦται ὑπὸ τῶν προόδων τῆς τεχνολογίας καὶ τοῦ πολιτισμοῦ)· β) ἐκ τῶν κοινωνικῶν θεσμῶν, ποὺ διαπλάσσονται ὑπὸ τὴν πίεσιν τοῦ κοινωνικοῦ συνόλου· γ) ἐκ κοινῶν λογικῶν παραστάσεων ἀφορωσῶν εἰς βασικὰς ἐννοίας καὶ κατηγορίας σκέψεως· καὶ δ) ἐκ κοινῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων.

Συνήθως οἱ κανόνες τῶν κατηγοριῶν τούτων συμπληροῦσιν ἀλλήλους καὶ ἄγρουσιν εἰς ἐνιαίαν κατὰ τὰς βασικὰς γραμμὰς ρύθμισιν, ἥτις ἀνευρίσκεται εἰς τὰς ἐκάστοτε κρατούσας κοινὰς ἀντιλήψεις τῶν μελῶν τῆς κοινωνίας. Πάντως ἐὰν ἐμφανισθῇ σύγκρουσις μεταξὺ τῶν κανόνων τῶν κατηγοριῶν τούτων, αὕτη αἴρεται διὰ τῆς κατισχύσεως τῶν κοινῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων τούτων, αὕτη αἴρεται διὰ τῆς κατισχύσεως τῶν κοινῶν ἠθικῶν πεποιθήσεων (ἦτοι τῆς τετάρτης κατηγορίας κανόνων), αἵτινες, ὡς ἐλέχθη, ἔχουν τὴν μεγαλύτεραν σπουδαιότητα καὶ ἰσχύν, ἀποτελοῦσαι τὸν συνδετικὸν κρίκον μετὰ τῶν λοιπῶν κατηγοριῶν κανόνων, ἀσχοῦσαι ἔλεγχον ἐπ' αὐτῶν καὶ ἐπηρεάζουσαι τὴν διαμόρφωσιν τοῦ περιεχομένου των.

Οὕτω, ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει, οἱ κανόνες ὅλων τῶν μνημονευθεισῶν κατηγοριῶν, ἀπορρέοντες ἐκ τῆς κοινῆς ἐμπειρίας, τῆς κοινῆς λογικῆς, τῶν κοινῶν ἰδεωδῶν καὶ ἀξιῶν ἀπαρτίζουσι τὸν ἄγραφον ἠθικὸν κώδικα, ὅστις ἔχει ἐγχαράχθῃ εἰς τὴν συνείδησιν ἐκάστου ἀτόμου καὶ τὴν συλλογικὴν συνείδησιν τῆς κοινωνίας. Διὰ τὸν λόγον τοῦτον ἡ ἀνεύρεσις τοῦ περιεχομένου τῶν κανόνων τούτων εἶναι δυνατὴ διὰ τῆς ἀμέσου παρατηρήσεως τῆς πραγματικότητος, διὰ τῆς ἀμέσου μελέτης τῆς κοινωνικῆς ζωῆς (ὡς αὕτη ἔχει διαπλασθῆ ἐν ὄρισμένῳ χρόνῳ καὶ τόπῳ), ἦτοι διὰ τῆς κοινωνιολογικῆς ἐρεῦνης, ἐπικουρουμένης καὶ ὑπὸ τῆς μελέτης τῆς Ἱστορίας καὶ τοῦ συγκριτικοῦ δικαίου. Τὸ γεγονός τοῦτο ἀποδεικνύει τὸν στενὸν δεσμόν, ὅστις συνδέει τὴν Φιλοσοφίαν τοῦ Δικαίου πρὸς τὴν Κοινωνιολογίαν καὶ εἰδικώτερον πρὸς τὴν Κοινωνιολογίαν τοῦ Δικαίου καὶ τῆς Ἠθικῆς, δεσμόν ὅστις ἐτονίσθη ἐσχάτως ὑπὸ φιλοσοφούντων νομικῶν⁸⁰. Ἰδιαιτέρως δὲ διδακτικὴ καὶ χρήσιμος ἐν προκει-

80. Πρβλ. Κ. Τσάτσου, Μελέται φιλοσοφίας τοῦ δικαίου (1960) σ. 69, ὅστις τονίζει ὅτι τὸ πρῶτον μέλημα τοῦ νομικοῦ εἶναι ἡ κοινωνικὴ παρατήρησις (βλ. αὐτόθι σημ. 2 περαιτέρω παραπομπάς), Ε. Fechner, Rechtsphilosophie² (1962) σ. 292.

μένω είναι και ἡ μελέτη τοῦ «ζωντανοῦ δικαίου» (ἦτοι τοῦ ἐν τῇ πράξει ἐφαρμοζομένου ἐν δεδομένη χώρᾳ δικαίου), διότι αὕτη ἀκριβῶς ἀποκαλύπτει τὴν ἀντίστασιν τῶν πραγμάτων εἰς τὰς ἀφρηνημένας ἐπιταγὰς τῆς γραπτῆς νομοθεσίας.

Ἐν συμπεράσματι, ἡ ὅλη περὶ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» συζήτησις ἀνάγεται, ὡς ἐλέχθη ἐπανειλημμένως, εἰς δύο βασικά προβλήματα, ἦτοι: α) εἰς τὸ ἀν' ἐνυπάρχει εἰς τὰ «πράγματα» (=εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ δικαίου ρυθμιζομένην ὕλην) κάποια τάξις, προϋπάρχουσα τοῦ δικαίου, ἣν δεόν νὰ λαμβάνῃ ὑπ' ὄψιν ὁ νομοθέτης· καὶ β) εἰς τὸ πόθεν θὰ ἀντλήσωμεν τὴν τάξιν ταύτην, ποῦ θὰ στηριχθῶμεν διὰ νὰ ἀποκαλύψωμεν τὴν ὑπαρξίν καὶ τὸ περιεχόμενον τῆς. Καὶ εἰς μὲν τὸ πρῶτον πρόβλημα ἐδόθη ἤδη ἀπάντησις, ἦτοι ἐγένετο δεκτὸν ὅτι εἰς τὴν ὕλην τοῦ δικαίου προϋπάρχει ἤδη κάποια τάξις, οὐχὶ βεβαίως πλήρης, ἀλλὰ τάξις περιέχουσα τὰ βασικά ἀντικειμενικὰ στοιχεῖα τὰ ἀπαρτίζοντα τὴν ἔννοιαν ὠρισμένων γενικωτέρας σημασίας θεσμῶν, κοινῶν ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ εἰς λαοὺς τοῦ αὐτοῦ πολιτιστικοῦ ἐπιπέδου, ὡς καὶ τὰς γενικὰς γραμμὰς ἢ κατευθύνσεις τῆς ρυθμίσεως τῶν θεσμῶν τούτων, τὰ πλαίσια ἢ τὸν σκελετὸν αὐτῆς. Ἡ δὲ ἀπάντησις εἰς τὸ δεύτερον πρόβλημα συνάγεται ἐκ τῶν πρὸ μικροῦ ἀναπτυχθέντων. Ἄλλαις λέξεσι τὴν ὑπαρξίν καὶ τὸ περιεχόμενον τῆς περὶ ἧς ὁ λόγος τάξεως δυνάμεθα νὰ ἀντλήσωμεν ἐκ τῆς διερευνήσεως τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητος, συμπληρουμένης μετὰ τὴν μελέτην τῆς ἱστορίας τῶν θεσμῶν καὶ τῆς συγκριτικῆς αὐτῶν ἐρεῦνης.

Εἰδικώτερον, ἡ μὲν διερεύνησις τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητος δεόν νὰ στηρίζεται εἰς τὴν μελέτην τῶν ἀνωτέρω ἀναφερθεισῶν τεσσάρων κατηγοριῶν κανόνων, ἐν ᾧ μέτρῳ αἱ κατηγορίαι αὗται ἐπιδρῶσι ἐπὶ τὴν διαμόρφωσιν τῶν κανόνων τοῦ δικαίου. Τὰ δὲ ἐκ τῆς διερευνήσεως ταύτης προκύπτοντα στοιχεῖα δεόν νὰ παραλληλίζωνται πρὸς τὰ ἐκ τῆς συγκριτικῆς καὶ ἱστορικῆς μελέτης τῶν θεσμῶν προκύπτοντα. Τοιουτοτρόπως, διὰ τοῦ συνδυασμοῦ τῆς κοινωνιολογικῆς παρατηρήσεως τῆς πραγματικότητος πρὸς τὴν ἱστορικὴν καὶ συγκριτικὴν ἐρευναν τῶν θεσμῶν, καθίσταται δυνατὴ ἡ ἀνεύρεσις τῶν μονίμων ἀντικειμενικῶν στοιχείων τῶν καθέκαστον θεσμῶν καὶ τῶν σταθερῶν τάσεων αὐτῶν, ἦτοι τῶν στοιχείων καὶ τάσεων ποὺ ἀποτελοῦν ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων». Μετὰ ἄλλας λέξεις, διὰ τῆς συνδεδασμένης ταύτης κοινωνιολογικῆς, ἱστορικῆς καὶ συγκριτικῆς ἐρεῦνης δύναται νὰ ἐπιτευχθῇ ἡ ἐν δεδομένη περιπτώσει «συγκεκριμενοποίησης» τῆς ἀορίστου ἔννοιας τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, νὰ προσδοθῇ εἰς αὐτὴν πλέον ὠρισμένον καὶ οὐσιαστικόν περιεχόμενον καὶ νὰ διευκολυνθῇ οὕτω ἡ χρησιμοποίησις αὐτῆς, τόσον ὑπὸ τῶν ἐρμηνευτῶν τοῦ δικαίου κατὰ τὴν προσπάθειαν πρὸς ἀνεύρεσιν τοῦ ὁρθοῦ νοήματος τῶν νόμων, ὅσον καὶ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου κατὰ τὴν θέσπισιν νέων κανόνων δικαίου.

4. Ἐν τέλει, κλείνοντας τὴν παροῦσαν μελέτην, θεωροῦμεν ἀναγκαῖον νὰ ἐξάρωμεν καὶ αὖθις τὴν ὅλην σπουδαιότητα τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἐν τε τῇ ἐρμηνείᾳ τῆς νομοθεσίας καὶ τῇ θεσπίσει νέων κανόνων δικαίου:

α) Ἀπὸ ἐρμηνευτικῆς ἀπόψεως, ὡς εἶδομεν, ὁ Dernburg ἐτόνιζε ὅτι ὁ ἐρμηνευτὴς δέον νὰ προσφεύγῃ εἰς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων» πρὸς πλήρωσιν τῶν κενῶν τοῦ νόμου καὶ πρὸς ἄρσιν τῆς ἀσφαλείας ἢ ἀτελείας αὐτοῦ. Ἡ γνώμη αὕτη εἶναι βεβαίως ὀρθή. Προχωροῦντες ὅμως ἐτι περαιτέρω, νομίζομεν ὅτι ἡ «φύσις τῶν πραγμάτων» δύναται νὰ βοηθήσῃ τὸν ἐρμηνευτὴν καὶ εἰς τὴν προσπάθειαν τῆς διορθώσεως τοῦ νόμου καὶ τῆς περαιτέρω διαπλάσεως τοῦ δικαίου.

Οὕτω π.χ. ὁσάκις ὁ νομικὸς χαρακτηρισμὸς σχέσεώς τινος ἢ ἡ ὑπὸ τοῦ νόμου ρύθμισις αὐτῆς εἶναι σαφῶς ἀντίθετος πρὸς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων», —πρὸς τὴν τάξιν ἣτις προκύπτει ἐκ τῶν φυσικῶν νόμων ἢ ἐκ τῶν κρατουσῶν ἠθικοκοινωνικῶν ἀντιλήψεων—, οἱ ἐρμηνευταὶ τοῦ νόμου ἔχουν καθήκον νὰ προσαρμόσουν τὸ νόημα τοῦ νόμου πρὸς τὴν ὑπὸ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἐπιβαλλομένην ρύθμισιν. Τὸ καθήκον τοῦτο προκύπτει ἐκ τῶν γενικῶν σκοπῶν τῆς ἐννόμου τάξεως καὶ ἐκ τῆς λογικῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου.

Πράγματι, ἐάν τις ἐκκινήσῃ ἐκ τῆς ἀρχῆς ὅτι τὸ ὅλον δίκαιον στηρίζεται ἐπὶ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», τῆς ὁποίας ἀποτελεῖ εἰδικωτέραν προέκτασιν καὶ ἐξειδίκευσιν, εἶναι προφανὲς ὅτι, ὁσάκις μεμονωμένη τις διάταξις νόμου τελεῖ εἰς σαφῆ ἀντίφασιν πρὸς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων», ὁ ἐρμηνευτὴς, στηριζόμενος εἰς τοὺς κανόνας τῆς λογικῆς καὶ τελλογοικῆς ἐρμηνείας, δέον νὰ ἀποσαφηνίσῃ ἢ διορθώσῃ⁸¹ τὸ κείμενον τοῦ νόμου, προσαρ-

81. Ὡς παράδειγμα διορθωτικῆς ἐρμηνείας τοῦ νόμου, στηριχθείσης ἐπὶ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», δύναται νὰ ἀναφερθῇ ἡ ἐν τῇ νεωτέρᾳ γερμανικῇ νομολογίᾳ ἀντιμετωπιθεῖσα περίπτωσις τῆς ἐνώσεως προσώπων μὴ συνιστάσης νομικὸν πρόσωπον, ἐφ' ἧς ἐνώσεως τυγχάνουν ἐφαρμοστέαι συμφώνως τῇ § 54 ἐδ. 1 τοῦ γερμ. AK αἱ περί ἐταιρειῶν διατάξεις (βλ. ἐπίσης ἄρθρον 107 τοῦ ἑλλ.ν. AK· πρβλ. συναφῶς Γ. Μητσόπουλον, ἐν περιοδ. Δίκη, 1970 σ. 435 ἐπ.). Ἡ τοιαύτη ρύθμισις τοῦ γερμ. AK ἐκρίθη ὡς ἀντίθετος πρὸς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων» καὶ διὰ τὸν λόγον τοῦτον ἡ νεωτέρα γερμανικὴ νομολογία ἐφαρμόζει ἀναλογικῶς ἐπὶ τῶν ἐν λόγῳ ἐνώσεων τὴν § 31 τοῦ γερμ. AK. Ἐτερον θέμα τοιαύτης διορθωτικῆς ἐρμηνείας ἐμφανίζεται, κατὰ τὸν Larenz, ἐπὶ τῆς ἐνστάσεως τοῦ μὴ ἐκπληρωθέντος συναλλάγματος καὶ ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ καταλοίπου (Saldotheorie), τῆς ἐφαρμοζομένης ἐν περιπτώσει ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ ἐξ ἀκέρου ἀμφοτεροβαροῦς συμβάσεως. Περὶ ἀμφοτέρων τῶν θεμάτων τούτων καὶ τῶν συναφῶν ἀμφοισθητήσεων βλ. Larenz, Methodenlehre² σ. 389-393.

μόζων τούτο πρὸς τὴν ἐκ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» συναγομένην ρύθμισιν⁸².

β) Ἐπὶ νομοθετικῆς ἀπόψεως, μᾶς ἐδόθη ἐπανελημμένως ἡ εὐκαιρία νὰ ὀμλήσωμεν ἀνωτέρω περὶ τῆς «δυνάμεως τῆς ἐπιβολῆς καὶ ἀντιστάσεως», ἥτις ἀπορρέει ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων. Καὶ ὅσον μὲν ἀφορᾷ εἰς τὴν «δύναμιν ἀντιστάσεως», αὕτη, ὡς εἶδομεν, (ἀνωτ. σ. 31) ἐπεσημάνθη ὑπὸ τοῦ Radbruch, ὅστις ὠμίλει χαρακτηριστικῶς περὶ τῆς ἀντιστάσεως τοῦ κόσμου τῶν πραγμάτων, ἣν συναντοῦν αἱ νομικαὶ ἔννοιαι. Πράγματι, ὅσον μεγαλύτερα εἶναι ἡ ἀντίθεσις τῶν ἐπιταγῶν τοῦ δικαίου πρὸς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων», τόσον ἐντονωτέρα εἶναι καὶ ἡ ὑπ' αὐτῆς προβαλλομένη δύναμις ἀντιστάσεως. Πρακτικὰ δέ, ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ δικαίου, συνέπειαι τῆς τοιαύτης ἀντιστάσεως εἶναι ἡ ἀχρησία τοῦ νόμου, ἡ ἀπλή ἀτονία (δηλ. τὸ ἀνεφάρμοστον τοῦ νόμου) ἢ ἀκόμη καὶ ἡ διὰ τῆς ἐρμηνείας παραμόρφωσις τῆς ἀρχικῆς ἐννοίας τοῦ νόμου καὶ ἡ προσαρμογὴ αὐτῆς πρὸς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων.

Ὅσον ἀφορᾷ δὲ εἰς τὴν «δύναμιν ἐπιβολῆς», διὰ τοῦ ἔρου τούτου νοοῦμεν τὴν ἐπίδρασιν, ἣν ἀσκεῖ ἡ φύσις τῶν πραγμάτων ἐπὶ τοῦ νομοθέτου, ἐπίδρασιν συνεπείᾳ τῆς ὁποίας οὗτος ἀναγκάζεται βαθμηδὸν νὰ συμμορφωθῆ θάττον ἢ βράδιον πρὸς τὰς ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων συναγομένης γενικῆς κατευθυντηρίου γραμμῆς. Ὅσον πιστότερον ὁ νομοθέτης ἀκολουθεῖ τὰς ἐκ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἀπορρεούσας γενικῆς κατευθύνσεις καὶ ὁδηγίας, τόσον ἐπιτυχέστερον εἶναι τὸ ἔργον αὐτοῦ, τόσον περισσότερον αἱ ἐπιταγαὶ αὐτοῦ γίνονται ἐκουσίως δεκταὶ ὑπὸ τοῦ λαοῦ καὶ ἐφαρμόζονται αὐτοπροαιρέτως, ἄνευ ἀνάγκης ἐπιβολῆς κυρώσεων. Διὰ τοῦ τρόπου τούτου ὁ νομοθέτης κατορθώνει νὰ πραγματοποιήσῃ τὴν ιδεώδη (ἐν δεδομένη ἱστορικῇ στιγμῇ) ρύθμισιν, τὴν ιδεώδη νομοθεσίαν, ἣτοι νὰ θέσῃ κανόνας, «οὓς ἐκόντες οἱ ἄνθρωποι καὶ τὰ πλῆθη δέξονται» (Πλάτων)⁸³, νὰ θεσπίσῃ νόμους εἰς τοὺς ὁποίους οἱ ἄνθρωποι ὑποτάσσονται ὄχι διὰ τῆς βίας ἀλλὰ διὰ τῆς πειθοῦς (οὐ βεβιασμένοι ἀλλὰ πεπεισμένοι, Ἰσοκράτης).

82. Ἄλλωστε ἡ διορθωτικὴ ἐρμηνεία εἶναι τι τὸ ἔλασσον ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀχρησίαν τοῦ νόμου. Ἀφοῦ δέ, ὡς ἀποδεικνύεται ἐκ τῆς ἐμπειρικῆς πραγματικότητος, ὁ νομοθέτης δὲν εἶναι εἰς θέσιν νὰ παρεμποδίσῃ τὸ μεῖζον (τὴν ἀχρησίαν), ἔπεται ὅτι δὲν εἶναι δυνατόν νὰ παρεμποδίσῃ καὶ τὸ ἔλασσον, ἣτοι τὴν διὰ τῆς διορθωτικῆς ἐρμηνείας προσαρμογὴν τοῦ νόμου εἰς τὴν «φύσιν τῶν πραγμάτων».

83. Βλ. Πλάτωνος, Νόμοι Γ', 684 c. Τὰ σχετικὰ χωρία τοῦ Πλάτωνος, τοῦ Δημοσθένους (κατὰ Τιμοκράτους 193, 120, 192 κτλ.) καὶ τοῦ Ἰσοκράτους (περὶ τῆς εἰρήνης 21) ἐρμηνεύονται ὑπὸ τοῦ Γ. Σ. Μαριδάκη, Ὁ Δημοσθένης θεωρητικὸς τοῦ δικαίου, 1951 σ. 17-18 καὶ 28 (ἐνθα καὶ περαιτέρω παραπομπαὶ εἰς ἀρχαίους καὶ νεωτέρους συγγραφεῖς)· πρβλ. καὶ Giuliani, ἐν Archives Ph. Dr. 1966 σ. 107 in f. καὶ σημ. 3.

Ταῦτα πάντα καθιστοῦν ἐξώφθαλμον τὴν μεγάλην, διὰ τε τὸν ἐρμηνευτὴν καὶ τὸν νομοθέτην, σπουδαίωτα τῆς ὅσον τὸ δυνατόν ἀκριβεστέρας γνώσεως τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων», γνώσεως ἣτις δύναται νὰ προκύψῃ ἐξ ἐπισταμένης μελέτης τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητος⁸⁴, συνδυαζομένης πρὸς τὴν συγκριτικὴν καὶ ἱστορικὴν ἐρευναν τῶν θεσμῶν. Μέχρι τοῦδε τοιαύτη μελέτη δὲν ἔχει ἀναληφθῆ εἰμὴ ἐν λίαν περιορισμένη ἐκτάσει, καὶ διὰ τοῦτο ἡ ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων ἐνδεικνυομένη ἐκάστοτε ρύθμισις παραμένει μᾶλλον ἄγνωστος εἰς τοὺς ἐρμηνευτὰς τοῦ δικαίου ἢ τοὺς συντάκτας νέων νόμων, οἵτινες προσπαθοῦν νὰ μαντεύσουν (τρόπον τινὰ διὰ διαισθήσεως) τὸ περιεχόμενον αὐτῆς, στηριζόμενοι συνήθως ἐπὶ ἑλλειπῶν στοιχείων.

Ἰπὸ τὰς συνθήκας ταύτας ἡ ἔννοια τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» ἐλκύει πάντοτε τὸ ἐνδιαφέρον τῶν περὶ τὴν γενικὴν θεωρίαν τοῦ δικαίου ἀσχολουμένων, χωρὶς ὅμως νὰ δυνηθῆ μέχρι τοῦδε νὰ τύχῃ τῆς προσηκούσης προσοχῆς καὶ ἀξιοποιήσεως εἰς τὴν πρακτικὴν ζωὴν τοῦ δικαίου. Ἀπομένει λοιπὸν νὰ καταβληθῆ πολλὴ εἰσέτι ἐργασία, διὰ νὰ προσδοθῆ εἰς τὴν ἐν λόγῳ ἔννοιαν οὐσιαστικὸν περιεχόμενον ἐν ὄψει τῶν συγκεκριμένων σκοπῶν τοῦ δικαίου, καὶ καταστῆ οὕτω δυνατόν νὰ χρησιμοποιηθῆ αὕτη εὐρύτερον πρὸς ὀρθότεραν ἐρμηνείαν τῆς ἰσχυοῦσης νομοθεσίας καὶ τὴν βελτίωσιν αὐτῆς.

Ἀπὸ ἄλλης ἀπόψεως, ὡς ἀνεφέρθη ἤδη, ἡ μελέτη τῆς ἐμπειρικῆς πραγματικότητος δὲν ἀρκεῖ πρὸς ἀνεύρεσιν τῆς ἐνδεικνυομένης ἐκάστοτε λύσεως, πρὸς ἀποκάλυψιν τῶν ἐπιταγῶν τοῦ ὀρθοῦ δικαίου, ἀλλ' ἀπαιτεῖται πρὸς τοῦ-

84. Σημειωτέον ὅτι ὁ ρήτωρ Ἑρμογένης ὁ ἐκ Ταρσοῦ (περὶ τῶν στάσεων, ἐκδ. Spengel, *Rhetores graeci*, 1854, vol. II), στηριζόμενος ἐπὶ παρατηρήσεων τῆς ζωῆς συνήγαγε πλείστους κανόνας, ἀπορρέοντας ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, τοὺς ὁποίους δὲν πρέπει νὰ ἀγνοῆσῃ ὁ νομοθέτης. Τοιοῦτοι κανόνες εἶναι π.χ. οἱ ἑξῆς: α) "Ὅτι ἐκ τῆς φύσεως οἱ δοῦλοι εἶναι ἐχθροὶ τοῦ κυρίου των: (φύσει γὰρ ἐχθρὸν τὸ δοῦλον τοῖς δεσπόταις, Spengel σ. 144 στιχ. 4). β) "Ὅτι «τὸν διὰ τῶν πραγμάτων ἔλεγχον εἶναι ἀξιопιστότερον τοῦ διὰ τῶν μαρτύρων» (αὐτόθι 144, στιχ. 20 ἐπ.). γ) "Ὅτι αὐθδεις οἶδε τὸ μέλλον» (αὐτόθι 159 στιχ. 32). Βλ. περαιτέρω τὰς παρατηρήσεις τοῦ *Giuliani*, ἐν *Archives Phil. Dr.* 1966 σ. 108 ἐπ. ὅστις τονίζει ὅτι κατὰ τὸν Ἑρμογένην, ἐν περιπτώσει πλειόνων ἐρμηνειῶν, δέον νὰ προτιμᾶται ἡ μᾶλλον ἀρμόζουσα πρὸς τὴν φύσιν τῶν πραγμάτων. Συναφῶς σημειοῦμεν ὅτι καὶ ὁ *Gény*, ἐν *Science et Sources*² (I. II § 167 σ. 375 σημ.3 παρατηρεῖ ὅτι ὁλόκληρον τὸ νομικὸν σύστημα τῶν ἀποδείξεων στηρίζεται ἐπὶ δύο ἰδεῶν, προφανῶς συναγομένων ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων, ἣτοι ἐπὶ τῆς δυνάμεως τῆς ὁμολογίας καὶ τῆς ἀξίας τῆς μαρτυρίας. (Ἡ αὐτὴ δὲ ἀντίληψις ἀπαντᾷ καὶ εἰς τοὺς ἀγγλοὺς συγγραφεῖς ἢ δικαστὰς τοῦ 18ου αἰῶνος καὶ δὴ εἰς τὸν *Ed. Burke* καὶ τὸν *Lord Hardwicke* (1740), περὶ ὧν βλ. *H. Jaeger*, ἐν *Archives Ph. Dr.* 1970 σ. 13 ἐπ. 33). Περὶ τοῦ ὅτι δὲ ἡ ἐκ τῆς φύσεως τῶν πραγμάτων συναγομένη ρύθμισις δύναται νὰ ἀγάγῃ εἰς ὀρθότεραν ἐρμηνείαν καὶ περαιτέρω διάπλασιν τοῦ δικαίου βλ. *Larenz*, *Methodenlehre*² σ. 389 ἐπ. (καὶ τοὺς αὐτόθι παρτιθεμένους συγγραφεῖς).

τους και ή πίστις πρός τινά άξίαν, ή ένατένισις πρός τι ιδεώδες, πηγάζον έκ του αίσθήματος του δικαίου και διαπλασσύμενον κατά τας έπιταγάς του όρθου λόγου, ό προσανατολισμός πρός τήν ύψηλήν 'Ιδέαν του δικαίου. 'Η ύπηρεσία⁸⁵ όμως, ήν δύναται νά προσφέρη και έπί του σημείου τούτου ή «φύσις των πραγμάτων», συνίσταται, ώς ήδη έτόνισεν ό Radbruch, εις τό ότι αύτη τείνει νά γεφυρώση τό χάσμα μεταξύ τής πραγματικότητας και των άξιων, μεταξύ του είναι και του δέοντος και έπιτρέπει εις τους έφαρμοστάς του δικαίου και τους θεσπίζοντας νέους κανόνες δικαίου νά άντιληφθούν σαφέστερον τας άξίας, ών τήν πραγμάτωσιν έπιδιώκει ή έννομος τάξις και νά προσδώσουν ούτω εις τας άξίας ταύτας περιεχόμενον περισσότερον συγκεκριμένον, τελούν εις άμεσον έπαφήν μέ τήν ζωήν και άνταποκρινόμενον εις τας βαθυτέρας τάσεις αλλά και τας δυνατότητας του ανθρώπου, ώς λογικού και κοινωνικού όντος.

85. 'Ως παρατηρεί ό *W. Friedmann*, *Théorie générale du Droit* (4 éd) 1965¹ chap. 26 σ. 321 έτέρα ύπηρεσία τής θεωρίας περί τής φύσεως των πραγμάτων είναι ότι αύτη μάς βοηθεί νά συναγάγωμεν έκ των ύπερμέτρως γενικών θεωριών του φυσικού δικαίου «έν ελάχιστον τμήμα, ύγιές και δεδικαιολογημένον, κανόνων παγκοσμίου κύρους» (un minimum, sain et justifiable, de normes universelles).

ΑΤΕΛΕΙΣ ΕΝΟΧΑΙ ΚΑΙ ΣΥΓΓΕΝΕΙΣ ΝΟΜΙΚΑΙ ΜΟΡΦΑΙ

Ὑπὸ

ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ Γ. ΛΙΤΖΕΡΟΠΟΥΛΟΥ

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

I. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑΙ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

1. Χρησιμότης μιᾶς συνθετικῆς παρ' ἡμῖν μελέτης τοῦ θέματος τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 227.

II. ΣΥΓΚΕΝΤΡΩΣΙΣ ΤΩΝ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ

2. Αἱ προβλεπόμεναι ὑπὸ τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 229. 3. Ἡ κατάταξις τῶν περιπτώσεων εἰς ομάδας, σ. 232. 4. Διάφορος κατὰ τὰς περιπτώσεις ὁ νομοθετικὸς λόγος τῆς δημιουργίας ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 235.

III. ΤΑ ΠΡΑΚΤΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΤΩΝ ΑΤΕΛΩΝ ΕΝΟΧΩΝ

5. Ἡ ἐπισήμανσις τῶν χρησιμωτάτη ἀφετηρία τῆς θεωρητικῆς ἐρεύνης, σ. 237.

IV. ΕΠΕΣΚΟΠΗΣΙΣ ΤΟΥ ΠΡΟΫΣΧΥΣΑΝΤΟΣ ΔΙΚΑΙΟΥ ΚΑΙ ΣΥΓΚΡΙΣΙΣ ΤΟΥ ΑΣΤΙΚΟΥ ΚΩΔΙΚΟΥ ΠΡΟΣ ΑΥΤΟ ΚΑΙ ΤΑ ΞΕΝΑ ΔΙΚΑΙΑ

6. Τὸ προϋσχῦσαν δίκαιον, σ. 239. 7. Γερμανικόν, ἐλβετικόν, γαλλικόν καὶ ἰταλικόν δίκαιον. Μεγαλυτέρα συγγένεια τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος πρὸς τὰ δύο πρῶτα, σ. 240.

V. Η ΕΝΝΟΙΑ ΤΗΣ ΑΤΕΛΟΥΣ ΕΝΟΧΗΣ ΚΑΙ ΑΙ ΠΕΡΙ ΑΥΤΗΣ ΕΡΙΑΔΕΣ

8. Συνοπτικὴ εἰκὼν τῶν ὑπαρχουσῶν ἀμφισβητήσεων ὡς πρὸς τὴν ὑπαγωγὴν ἢ μὴ διαφόρων πρακτικῶν περιπτώσεων εἰς τὴν ἐννοιαν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, σ. 243. 9. Μικρὰ ἢ ἀξία τῶν ἐν λόγῳ ἀμφισβητήσεων, σ. 246. 10. Ὁ καθ' ἡμᾶς ὄρισμός τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, σ. 247. 11. Ἐπεξηγήσεις τοῦ ὁρισμοῦ. Σχέσις τῶν μὴ ἐκτελεστών in natura νομικῶν ὑποχρεώσεων καὶ τῶν «βαρῶν» (Obligeneiten) πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς, σ. 248.

VI. Η ΑΜΦΙΣΒΗΤΗΣΙΣ ΤΗΣ ΑΝΑΓΚΑΙΟΤΗΤΟΣ ΤΩΝ ΑΤΕΛΩΝ ΕΝΟΧΩΝ ΩΣ ΑΥΤΟΤΕΛΟΥΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ

12. Τὰ ἐπιχειρήματα τῶν ἀμφισβητούντων καὶ ἡ οὐσιαστικὴ σημασία τῆς ἀμφισβήτησεως εἰς τὸ γαλλικόν δίκαιον, σ. 250. 13. Εἰς τὸ ἐλληνικόν δίκαιον, ὅπου καθαρῶς θεωρητικὸν τὸ ἐνδιαφέρον τῆς διαμάχης, δὲν στερεῖται χρησιμότητος ἢ διατήρησις τῆς κατηγορίας τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 252.

VII. ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΑ ΤΩΝ ΑΤΕΛΩΝ ΕΝΟΧΩΝ

14. Ἀκολουθητέα μέθοδος διὰ τὸν προσδιορισμὸν των, σ. 254. 15. Ἐπαρκὴς ἢ ἄνομοθετικὴ ρύθμισις των μόνον ἐπὶ μήπω ληξιπροθέσμου ὀφειλῆς, σ. 255. 16. Κύριον ἀποτέλεσμα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὁ ἀποκλεισμός τῆς ἀναζητήσεως τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων, σ. 255. 17. Ἄλλα ἀποτελέσματα : α) Ἰσχυρὰ ἢ μετατροπὴ τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὑποχρεώσεως εἰς ἀρτίαν νομικὴν ὑποχρέωσιν διὰ συμβατικῆς ἀναγνώρισεως, σ. 257. 18. Ἐγγυρος ἐπίσης ἢ παροχὴ ἐμπραγμάτου ἢ προσωπικῆς

ἀσφαλείας, ὡς καὶ ἡ συνυπολόγησις ποινικῆς ρήτρας, σ. 258. **19.** Οὐχὶ δεκτὴ κατ' ἀρχὴν ἡ προβολή, ὑπὸ τοῦ δανειστοῦ ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς, συμψηφισμού, ἐπισχέσεως καὶ ἄλλων ἐνστάσεων, σ. 260. **20.** Λαμβάνονται ὑπ' ὄψιν τὰ χρέη ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς κατὰ τὴν σύμμετρον ἱκανοποίησιν τῶν δανειστῶν τοῦ ἀφερεγγύου ἢ πτωχεύσαντος ὑφειλέτου, σ. 260. **21.** Ὅμοιος κατὰ τὴν ἐκπτώσιν τῶν χρεῶν τοῦ κληρονομούμενου ἐκ τοῦ ἐνεργητικοῦ τῆς κληρονομίας ἐν ὄψει τοῦ ὑπολογισμοῦ τοῦ φόρου κληρονομιῶν, σ. 261.

VIII. ΕἶΝΑΙ ΔΙΩΡΕΑ ἢ ΕΚΗΛΗΡΩΣΙΣ ἢ Ἡ ΣΥΜΒΑΤΙΚῆ ΑΝΑΓΝΩΡΙΣΙΣ ΑΤΕΛΟΥΣ ΕΝΟΧΗΣ;

22. Προκαταρκτικαὶ παρατηρήσεις, σ. 263. **23.** Ἐξάρτησις ὀρισμένων ἐνεργειῶν τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ἐκ τοῦ ἂν εἰς τὰς δύο ἐν τῷ τίτλῳ περιπτώσεως ὑπόρχη διωρεά. Ἐρηνῆσι κατ' ἀρχὴν τοῦ χαρακτηρισμοῦ ὡς διωρεᾶς, σ. 266. **24.** Οὐχὶ ἀναγκαῖος ὁ κατ' ἄρθρον 498 ΑΚ συμβολαιογραφικὸς τύπος διὰ τὸ κύρος τῆς συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως ὅτι ὑπάρχει ὑποχρέωσις ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς, σ. 267. **25.** Ἀπαιτεῖται ὁμοῦς ἔγγραφος κατάρτισις, πλὴν ἂν ὁ ἀναγνωρίζων ἐτέλει ἐν γνώσει τοῦ ὅτι δὲν ἦτο ἐξαναγκαστὴ ἢ ὑποχρέωσις, σ. 267. **26.** Ἀποκλεισμός ἀναλήψεως τῶν καταβληθέντων κατ' ἐφαρμογὴν τῶν κανόνων περὶ ἀνακλήσεως τῶν διωρεῶν, σ. 269. **27.** Ἀνεγχώρητος τῆς μέψεως ἀστόργου διωρεᾶς, σ. 269. **28.** Ὅροι προσβολῆς τῆς καταβολῆς χρέους ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς γενομένης ὑπὸ ἀφερεγγύου ἢ πτωχεύσαντος ὑφειλέτου, σ. 270. **29.** Προσβολὴ συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως ἀτελοῦς ἐνοχῆς γενομένης ὁμοίως, σ. 273. **29α.** Ἀντίκτυπος τῶν ἀνακινήθεισων σκέψεων εἰς τὸ γενικώτερον θέμα, ἂν ὁ ἀφερέγγυος ὑφειλέτης ἀναλαμβάνη ἐγκύριως νέας ὑποχρεώσεις ἐκ χαριστικῆς αἰτίας, σ. 276. **30.** Ἐκτασις τῆς εὐθύνης τοῦ καταβαλόντος ἢ ἀναγνωρίσαντος ἀτελεῖ ὑφειλὴν του, σ. 277. **31.** Δυνατότης ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 501 ΑΚ ἐπὶ τοιαύτης ὑφειλῆς; σ. 281. **32.** Καταβολὴ ἢ ἀναγνώρισις ὑπὸ νομίμου ἀντιπροσώπου τοῦ ὑφειλέτου, σ. 282. **33.** Ὅμοιον ζήτημα ὡς πρὸς τὰ ὄργανα τοῦ νομικοῦ προσώπου, σ. 283. **34.** Προσβολὴ τῆς καταβολῆς ἢ ἀναγνωρίσεως ὑπὸ τῶν κληρονόμων τοῦ ἐνεργήσαντος αὐτὰς ἐπὶ τῷ ἰσχυρισμῷ τῆς φρενοβλαβείας του, σ. 285. **35.** Ἀτελής ἐνοχὴ καὶ φορολογία τῶν διωρεῶν, σ. 286. **36.** Τελικὴ παρατήρησις: αἱ δοθεῖσαι λύσεις εἰς τὰ προεξετασθέντα ἐν § § 24-35 πρακτικὰ προβλήματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν δὲν ἐπηρεάζονται ἀπὸ τὴν θεωρητικὴν διαμάχην περὶ τὴν ἀναγκαιότητα τῆς νομικῆς κατασκευῆς τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 288.

IX. ΕἸΔΙΚΩΤΕΡΟΝ Αἶ ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΤῆΣ ΕΚΗΛΗΡΩΣΕΩΣ ΙΔΙΑΙΤΕΡΟῦ ἠΘΙΚΟῦ ΚΑΘΗΚΟΝΤΟῦ ΚΑΙ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΣ ΕΞ ΕΥΠΡΕΠΕΙΑΣ

37. Προαναγγελία τῆς κυριωτέρας δυσκολίας τοῦ θέματος: ὑπάρχει, καὶ πότε, εἰς τὰς περιπτώσεις αὐτὰς διωρεά; σ. 288.

A. Ἐννοια καὶ περιπτώσιολογία.— **38.** Ἐννοια τοῦ «ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος» καὶ τοῦ χρέους ἐξ «εὐπρεπείας» καὶ κριτήριον τῆς ἐκ τοιούτων λόγων καταβολῆς ἢ συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως, σ. 289. **39.** Ἡ ἰδιάζουσα σημασία τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ διὰ τὸ ἕλον θέμα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, σ. 291. **40.** Περιπτώσιολογία τοῦ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος κατὰ τοὺς συγγραφεῖς καὶ τὴν νομολογίαν, σ. 291. **41.** Περιπτώσιολογία τῶν ὑποχρεώσεων ἐκ λόγων εὐπρεπείας, σ. 296.

B. Διωρεά ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας.— **42.** Τὸ δυσχερὲς πρόβλημα περὶ τοῦ πότε ἢ ἐκπλήρωσις ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρέωσης ἐξ εὐπρεπείας ἀποτελεῖ διωρεάν, σ. 297. **43.** Ἀναγκαιὰ πρὸς ἐπίλυσιν του ἢ

ἀνάλυσιν τῆς ψυχολογίας τῶν ἐνδιαφερομένων κατὰ τὴν διενέργειαν τῆς καταβολῆς ἢ τὴν συνομολόγησιν τῆς ἀναγνωριστικῆς συμβάσεως, σ. 299. 44. Πρακτικὴ σημασία τοῦ χαρακτηρισμοῦ ἢ μὴ ὡς δωρεᾶς, σ. 302.

Γ. Συμβατικὴ ἀναγνώρισις καὶ συμβολαιογραφικὸς τύπος.— 45. Τὸ πρόβλημα ἂν ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις τῆς υπάρξεως ὑποχρεώσεως ἐξ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐξ εὐπρεπειᾶς ὑπόκειται εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον τῶν δωρεῶν, σ. 303. 46. Ἡ γερμανικὴ ἐπ' αὐτοῦ διδασκαλία : συμβολαιογραφικὴ κατάρτισις ὁσάκις ἡ ἀναγνώρισις ἀποτελεῖ δωρεάν, σ. 305. 47. Δυνατὴ εἰς τὸ θέμα μας ἡ χειραφέτησις τοῦ ἐλληνικοῦ δικαίου ἀπὸ τὰς γερμανικὰς ἀντιλήψεις, Ἐντίκρουσις τοῦ ἐκ τοῦ ἄρθρου 512 ΑΚ ἐπιχειρήματος a contrario, σ. 307. 48. Τελεολογικὴ καὶ ἀξιολογικὴ στάθμισις τῶν δεδομένων τοῦ προβλήματος πρὸς ἐξεύρεσιν τῆς εἰς τὸ ἐλληνικὸν δίκαιον ἀρμοζούσης λύσεως. Κατάληξις εἰς τὸ ὅτι, ἀκόμη καὶ ὅταν ἡ ἀναγνώρισις συνιστᾷ δωρεάν, περιττεῖται τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο, σ. 308. 49. Πάντως ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ὑπόκειται κατ' ἀρχὴν εἰς τὸν ἔγγραφον τύπον, πλὴν ἂν ὁ ἀναγνωρίσας ἐγνόηζε ὅτι δὲν δεσμεύεται νομικῶς ἐκ τοῦ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος, σ. 310.

Δ. Προκίσις καὶ ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθήκον.— 50. Γενικαὶ παρατηρήσεις, σ. 313. 51. Ὑπόσχεσις προκίσεως δεδομένη πρὸς γυναῖκα δὲν ὑπόκειται πάντοτε εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον, σ. 316. 52. Συστάσεις προκίς χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο. Ἡ νέα διδασκαλία, καθ' ἣν ὁ προκοδότης δὲν δικαιούται ν' ἀναζητήσῃ τὰ δοθέντα ὡς προκίᾳ κινητὰ ἀπὸ τὸν προκολήπτην ἄνδρα καὶ ἢ πλὴν ἄλλων θεμελιώσεως τῆς εἰς τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ, σ. 318. 53. Κριτικὴ ἐξέτασις τῆς νέας διδασκαλίας. Ἐνασκευὴ τῆς κατ' αὐτῆς ἀντιρρήσεως, ὅτι ἡ ἐκ τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ ἔνστασις προβάλλεται μόνον κατὰ τῆς ἀπαιτήσεως ἀχρεωσθήτου, σ. 320. 54. Ἡ ἀκριβὴς ἔκτασις, καθ' ἣν τὸ ἄρθρ. 906 δύναται νὰ χρησιμεύσῃ πρὸς στήριξιν τῆς νέας θεωρίας, σ. 323. 55. Τὰ ἀποτελέσματα εἰς τὰ ὅποια ἄγει ἡ τυχὸν ἀποδοχὴ τῆς τελευταίας, σ. 324.

X. ΕΞΗΓΗΣΙΣ ΚΑΙ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗ ΚΑΙ ΗΘΙΚΗ ΣΗΜΑΣΙΑ ΤΩΝ ΑΤΕΛΩΝ ΕΝΟΧΩΝ

56. Ἡ ἰδιόρρυθμος νομικὴ κατασκευὴ τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς ἐξηγεῖται καὶ δικαιολογεῖται κυρίως διὰ προσφυγῆς εἰς ἠθικὰς ἀντιλήψεις, σ. 326. 57. Μέχρι ποίου σημείου τὸ δίκαιον, διὰ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, κατορθώνει νὰ συμβάλῃ εἰς τὴν ἠθικοποίησιν τῶν κοινωνικῶν σχέσεων, σ. 327.

XI. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

58. Διατί, παρὰ τὴν μικρὰν σχετικῶς πρακτικότητά τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, ἡ ἐνασχόλησις μὲ αὐτὰς δὲν ἔτο περιττή, σ. 329.

ΑΤΕΛΕΙΣ ΕΝΟΧΑΙ ΚΑΙ ΣΥΓΓΕΝΕΙΣ ΝΟΜΙΚΑΙ ΜΟΡΦΑΙ

Ἰπὸ

ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΥ Γ. ΛΙΤΖΕΡΟΠΟΥΛΟΥ

I. Εἰσαγωγικαὶ παρατηρήσεις.

1. Εἶναι γνωστὴ ἡ ἰδιόρρυθμὸς ἔννοια τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἢ ἄλλως τῆς φυσικῆς ἐνοχῆς (*naturalis obligatio*), ὡς συνήθως ὠνομάζετο ὑπὸ τὸ βυζαντινορρωμαϊκὸν δίκαιον. Ὑποδεικνύεται οὕτω μία ἐνοχὴ, ἢ ἐκ τῆς ὁποίας ὑποχρέωσις δὲν εἶναι ἐξαναγκαστὴ, ἀλλ' ἡ ὁποία παράγει ἄλλα τινὰ ἀσθενέστερα νομικὰ ἀποτελέσματα : κυρίως τὸ ὅτι τὰ ἐκουσίως πρὸς ἐκπλήρωσίν τῆς καταβληθέντα δὲν ἀναζητοῦνται.

Ὁ Ἀστικὸς Κῶδιξ οὐδαμοῦ ὁμιλεῖ περὶ ἀτελοῦς ἢ φυσικῆς ἐνοχῆς, οὔτε περιέλαβε γενικοὺς κανόνας προοριζομένους νὰ ἰσχύσουν κατ' ἀρχὴν ἐπὶ παντὸς τοιοῦτου θέματος. Μόνον διατάξεις τινὲς ἐπὶ εἰδικῶν θεμάτων κινοῦν τὴν προσοχὴν εἰς τὸ ὅτι ὑπάρχουν περιπτώσεις, κατὰ τὰς ὁποίας, παρὰ τὸ γεγονός ὅτι ὁ δανειστὴς δὲν δύναται νὰ ἐξαναγκάσῃ τὸν ὀφειλέτην εἰς καταβολήν, ἐν τούτοις ἡ ὑποχρέωσις δὲν κεῖται ἐντελῶς ἔξω τῆς σφαιρας τοῦ δικαίου. Τοιαῦται μαρτυρίαι τοῦ ὅτι ἐμπίπτει ἡ ἐνοχὴ εἰς αὐτὴν καὶ δὲν ἀνάγεται ἀπλῶς εἰς τὸν κύκλον τῆς ἠθικῆς ἢ τῆς κοινωνικῆς εὐπρεπειᾶς (ἔθιμοτυπίας), εἶναι ἰδίως τὸ ὅτι ρητῶς εἰς τὰ θέματα αὐτὰ εἴτε ἀποκλείεται ἡ ἀναζήτησις, κατὰ τοὺς κανόνας τοῦ ἀδικοιολογήτου πλουτισμοῦ, τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων (βλ. ἰδίως ἄρθρα 272 § 2, 905 § 2, 906, 845 ἐν συνδ. πρὸς 844, 498 § 2, 849 § 2 AK), εἴτε ἡ γενομένη καταβολὴ δὲν θεωρεῖται ὅτι συνιστᾷ δωρεάν (1499 AK)· καὶ ἀκόμη ὅτι εἶναι δεκταὶ ἡ ἀναγνώρισις τῆς ὀφειλῆς καὶ ἡ παροχὴ ἀσφαλείας δι' αὐτὴν (272 § 2 AK) καὶ ἄλλα παρόμοια. Ἐπὶ τοιούτων σποραδικῶν διατάξεων στηριζομένη καὶ συνεχίζουσα παράδοσιν ἐκ τοῦ προϊσχύσαντος βυζαντινορρωμαϊκοῦ δικαίου, ἡ σύγχρονος ἐπιστῆμη διέπλασε γενικὴν διδασκαλίαν περὶ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν.

Ἡ γενικὴ αὕτη διδασκαλία δὲν ἔχει παρ' ἡμῶν ἀναπτυχθῆ εἰς οἶον βαθμὸν εἰς τὰς ξένας χώρας μὲ συγγενὲς πρὸς τὸ ἰδικὸν μας δίκαιον. Περιορίζεται εἰς ὅ,τι κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἧττον συνοπτικῶς ἔχει γραφῆ εἰς τὰ γενικὰ

περί τοῦ ἑλληνικοῦ ἐνοχικοῦ δικαίου συγγράμματα¹. Ὡς δὲ συνήθως παρ' ἡμῶν συμβαίνει, καὶ ἡ νομολογία τῶν δικαστηρίων δὲν προώθησε πολὺ περαιτέρω τὴν διερεύνησιν τοῦ θέματος. Καὶ ἐν τούτοις τοῦτο δὲν στερεοῦται ἐνδιαφέροντος. Θεωρητικοῦ περισσώτερον, δεδομένου, πλὴν ἄλλων, ὅτι ἐκδιπλώνει μίαν ἀξιοσημείωτον πτυχήν τοῦ θεμελιώδους προβλήματος τῶν σχέσεων δικαίου καὶ ἠθικῆς. Ἀλλὰ καὶ πρακτικοῦ, ὡς κατωτέρω θὰ ἴδωμεν, μολοντί μὲ τὴν πλευρὰν αὐτὴν πολὺ ὀλιγώτερον παρὰ μὲ τὴν θεωρητικὴν ἡσχολήθησαν μέχρι σήμερον οἱ συγγραφεῖς, ἀλλοχρῶ καὶ παρ' ἡμῶν.

Ἀληθὲς εἶναι ὅτι κατὰ τὰ τελευταῖα ἔτη, μὲ τὴν ἐναρξίν τῆς ἰσχύος τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος, παρεσχέθη ἡ εὐκαιρία νὰ ἀρθῇ κάπως καὶ ἡ ἀτελής ἐνοχὴ εἰς τὸ προσκῆμιον ἀπὸ τὸ βάθος τῆς ἀποθήκης τῶν παρημελημένων θεμάτων, εἰς τὸ ὅποιον εἶχε ἀποθῆθῃ. Πράγματι ὁ Ἀστικός Κώδιξ, λόγῳ τοῦ ὅτι περιέλαβε συγκεκριμένας διατάξεις μὴ ὑπαρχούσας, τοῦλάχιστον ὑπὸ τὴν αὐτὴν δικτύωσιν, εἰς τὸ προγενέστερον βυζαντινορωμαϊκὸν δίκαιον, τῶν ὁποίων μάλιστα ἡ πρὸς ἀλλήλας σχέσις δὲν εἶναι πάντοτε ἐντελῶς σαφῆς (βλ. ἰδίως ἄρθρα 512 καὶ 906), ἐγέννησε τὴν ἀνάγκην τῆς ἐπανεξετάσεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑπὸ τὸ πνεῦμα τοῦ νέου δικαίου, πρὸς ἐξακριβώσιν ἂν ὅσα ἐδιδάσκοντο ὑπὸ τὸ βυζαντινορωμαϊκὸν δίκαιον παρέμειναν ἀπαράλλακτα, ἢ ἤρχον καὶ σήμερον διὰ τὴν ἀντιμετώπισιν τοῦ θέματος. Πρωτοπόρος εἰς τὴν προσπάθειαν αὐτὴν ὑπῆρξεν ὁ καθηγητῆς Χαράλαμπος Φραγκίστας. Μὲ τὴν διακρίνουσαν τὸ ἕλον τοῦ ἔργου δξύτητα τῆς παρατηρήσεως καὶ διαύγειαν τῆς σκέψεως ἐστράφη καὶ πρὸς τὴν μελέτην τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν. Τὰ ὑπ' αὐτοῦ εἰς τὴν Ἑρμ.ΑΚ γραφέντα, εἴτε εἰς τὴν γενικὴν εἰσαγωγὴν τοῦ Ἐνοχικοῦ Δικαίου, εἴτε ἐξ ἀφορμῆς τοῦ ἄρθρου 512 ΑΚ, προήγαγον σημαντικῶς, παρὰ

1) Βλ. λ.χ. Κ. Τριανταφυλλοπούλου, Ἐνοχ., γ' ἐκδ. 1943, § 1 Ε', σ. 41-44, Μπαλῆ, Ἐνοχ. (1960) § 2 ἀριθ. 4 καὶ Γεν. Ἀρχαί (1955) § 132, σ. 349-350 καὶ § 161. Ἀληθῶς τὰ πρὸ τοῦ Ἀστ. Κώδικος ἐγχειρίδια ἐνοχικοῦ δικαίου εἶναι ἐνίοτε διεξοδικώτερα: οὕτω ἰδίως Windscheid - Πολυγένης I §§ 287-289 σ. 171-189, Dernburg - Δουβουνιώτης §§ 4-5, Μομφερράτος (ἐκδ. 1930) §§ 32-34. Ἄλλ' ὡς τότε γενικώτερον συνέβαινε, ἡ δυσκολία τῆς προσαρμογῆς τῶν ἀπρηχαιωμένων νομοθετικῶν κειμένων πρὸς τὰς σημερινὰς ἀπαιτήσεις, αἱ ἀτέλειαι καὶ αἱ ἀντιφάσεις τῶν, ὡς καὶ ἡ ὑπὸ περιπτώσεως πνεῦμα κατάστρωσις τῶν, ἀπετέλουν ἐμπόδια διὰ τὴν ἱκανοποιητικὴν ἀντιμετώπισιν τῶν ζωντανῶν πρακτικῶν προβλημάτων. Τὸ στάδιον, εἰς τὸ ὅποιον εἶχον φθάσει οἱ συγγραφεῖς τοῦ βυζαντινορωμαϊκοῦ δικαίου, ἀποδίδει περίπου, ὑπὸ τὴν ΑΚ, ὁ Ἄποστολίδης, Ἐνοχ. I (1946) § 1 ΠΙ, σ. 63-69. Ἀριστὰ ἐκτενέας, ἀλλὰ περισσώτερον προσανατολισμένη πρὸς τὴν θεωρίαν παρὰ πρὸς τὰς πρακτικὰς ἀνάγκας, ἡ ἀνάπτυξις τοῦ καθηγητοῦ Π. Ζέπου, Ἐνοχ. β' ἐκδ. I (1955) § 4 σ. 92-99, πρβλ. καὶ Π (1965) § 2 Π ἐν τέλει καὶ ΠΙ 5, § 29 Π I ἐν τέλει. Διὰ τὴν ἀφθονον ἐπὶ τοῦ γερμανικοῦ καὶ τοῦ γαλλικοῦ δικαίου βιβλιογραφίαν βλ. κατωτ. τὰ ἐν § 7 μνημονεύμενα ἔργα καὶ τὰς ἐν αὐτοῖς περαιτέρω παραπομπάς.

τὴν συνοπτικότητά των, τὴν περὶ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν διδασκαλίαν². Ἀργότερον καὶ ἄλλοι ἠσχολήθησαν μὲ αὐτὰς ἐκτενέστερον ἢ κατὰ τὸ παρελθόν, ἢ ἀνακινουῦντες νέας τινὰς ἀπόψεις³. Πράκειται πάντως περὶ διερευνήσεων ἐντεταγμένων εἰς τὰ πλαίσια πραγματειῶν περὶ τοῦ καθόλου ἐνοχικοῦ δικαίου, ἀπὸ τὰς ὁποίας δὲν ἦτο δυνατόν ν' ἀξιωθῆ ἑξάντλησις τοῦ θέματος. Ἐξ οὗ καὶ ἡ σκέψις τοῦ γράφοντος νὰ ἐπιχειρήσῃ προώθησιν τῆς ἐρεύνης εἰς τὴν παροῦσαν θέσιν, στηριζόμενος κατὰ μέγα μέρος εἰς τὴν ἐξάιρετον προεργασίαν τοῦ τιμωμένου διὰ τοῦ ἀνά χεῖρας τόμου διαπρεποῦς ἐπιστήμονος καὶ παλαιοῦ φίλου του.

Ἀπὸ τὰς ἀκολουθοῦσας σελίδας δὲν πρέπει πάντως νὰ ἀναμένεται πλήρης ἀνάπτυξις ὅλων τῶν σχετικῶν πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς ζητημάτων. Κατὰ χρῆσιν τῆς ἐδῶ παρασχεθείσης εἰς τὸν γράφοντα φιλοξενίας δὲν ἐπετρέπετο νὰ γίνῃ. Ἀλλὰ καὶ ἡ φιλοδοξία του ἦτο περιορισμένη. Ἐθεώρησε ἀρκετὸν νὰ τονίσῃ τὰς μεγάλας γραμμάς τοῦ θέματος, νὰ προβῆ εἰς γενικὰς ἐπ' αὐτοῦ τονίσεις καὶ ἐνίοτε νὰ ἐπισημάνῃ ἀπλῶς διάφορα ἐπὶ μέρους προβλή- παρατηρήσεις καὶ ἐνίοτε νὰ ἐπισημάνῃ ἀπλῶς διάφορα ἐπὶ μέρους προβλήματα, τῶν ὁποίων ἡ ἐπίλυσις ἀφέθη εἰς μεταγενεστέρους ἐρευνητάς. Ὅπου ὅμως τοῦτο ἦτο δυνατόν ἢ ἐκρίθη ἰδιαιτέρως σκόπιμον, δὲν παρημελήθη καὶ ἡ ὅμως τοῦτο ἦτο δυνατόν ἢ ἐκρίθη ἰδιαιτέρως σκόπιμον, δὲν παρημελήθη καὶ ἡ ἐξέτασις λεπτομερειῶν, χωρὶς τὴν ὁποίαν συχνὰ κινδυνεύει ὁ συγγραφεὺς νὰ καταστήσῃ τοὺς στοχασμοὺς του ἂν ὄχι ἀχρήστους, πάντως δυσχρήστους εἰς τὴν πρᾶξιν τοῦ δικαίου.

II. Συγκέντρωσις τῶν περιπτώσεων ἐφαρμογῆς.

2. Διὰ νὰ μὴ ἀναπτύσσωνται αἱ συλλογισμοὶ μας ἐντὸς ἀφηρημένου περιβάλλοντος, ἐνδείκνυται εὐθύς ἐξ ἀρχῆς νὰ ἴδωμεν ποῖα εἶναι αἱ κυριώτεροι περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν. Πρὸς τὸν σκοπὸν τῆς συγκεντρώσεως τοῦ σχετικοῦ ὕλικου θὰ ἀναχωρήσωμεν ἀπὸ ἓνα προσωρινὸν καὶ εὐρύτατον ὄρισμόν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς⁴, ὑποδηλωθέντα ἤδη ἐν ἀρχῇ τοῦ παρόντος μελετήματος :

2) Ἐρμ.ΑΚ τόμ. II/Α (1949) Γεν. Εἰσαγωγή Ἐνοχ. Δικαίου ἀριθ. 35 - 40 (σ. 11 - 13), πρβλ. καὶ 41 - 49. Τόμος III/Α τεῦχος α' (1953) Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 59 - 60α, 63 ἐπ. καὶ ὑπ' ἀριθ. 512. Γενικωτέραν βοήθειαν παρέχουν καὶ ἀρκετὰ ἄλλα τμήματα τῆς ὑπὸ τοῦ καθηγητοῦ Φ ρ α γ κ ι σ τ α ἐρμηνείας τοῦ περὶ δωρεῶν κεφαλαίου τοῦ ΑΚ. Βλ. κατωτέρω.

3) Βλ. ἰδίως Φ ο υ ρ κ ι ῶ τ η, Ἑλλην. ἐνοχ. Δικαίον, γεν. μέρος, τεῦχος α' (1964), § 13, σ. 133 - 142, πρβλ. καὶ § 16. Ἐπίσης Μ α ν τ ζ ο ὄ φ α, Ἐνοχ. I (1957), Γεν. Εἰσαγωγή, III 4, σ. 12-14, πρβλ. καὶ II § 42 V καὶ VIII 3, § 63 III β, § 62 I ἐν τέλει, Κ α υ σαγωγὴ, III 4, σ. 12-14, πρβλ. καὶ II § 42 V καὶ VIII 3, § 63 III β, § 62 I ἐν τέλει, Κ α υ κ ᾶ Ἐνοχ. (1965 - 1966) ὑπὸ τὰ ἀριθ. 512, 844 - 845 καὶ 906.

4) Ἄν ὁ ὄρισμός οὗτος εἶναι ἐπιτυχής, θὰ ἐξετάσωμεν κατωτέρω εἰς τὴν κατάλληλον θέσιν. Βλ. §§ 8 - 11, ὅπου καὶ περὶ τῶν προβαλλομένων ὑπὸ πολλῶν ἀντιρρήσεων κατὰ τῆς κατατάξεως τούτου ἢ ἐκείνου ἐκ τῶν παρατιθεμένων εἰς τὴν συνέχειαν τοῦ κειμένου θεμάτων εἰς τὴν κατηγορίαν τῶν (γνησίων) ἀτελῶν ἐνοχῶν.

τὸ ὅτι αὕτη εἶναι ἐνοχὴ μὴ ἐξαναγκαστή, ἀλλὰ δυναμένη πάντως νὰ παραγάγῃ ὠρισμένα νομικὰ ἀποτελέσματα, ὡς ἰδίως τὸ ἐγκυριον τῆς γενομένης ἐκουσίως καταβολῆς, τὸ ὁποῖον εἶναι καὶ τὸ εἰς ἕλας τὰς περιπτώσεις ἐπερχόμενον. Συχνὰ ὅμως, ἀλλ' ὄχι καὶ πάντοτε (βλ. ἰδίως κατωτ. §§ 14 ἐπ.), τὸ ἀποτέλεσμα τοῦτο — ἢ ἄλλως ὁ ἀποκλεισμός τῆς ἀναζητήσεως κατὰ τὰς ἀρχὰς τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ — συνοδεύεται καὶ παρ' ἄλλων. Ταῦτα δύνανται κυρίως νὰ εἶναι, πλὴν ἐξαιρέσεων, ἢ δι' ἀναγνωριστικῆς συμβάσεως μετατροπὴ τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ χρέους εἰς ἐξαναγκαστόν, ὁ μὴ χαρακτηρισμὸς τῆς γενομένης καταβολῆς ἢ ἀναγνωρίσεως ὡς δωρεᾶς, ἢ ἐγκυρος σύστασις ἐμπραγμάτου ἀσφαλείας ἢ ἐγγυήσεως πρὸς ἐξασφάλισιν τοῦ δανειστοῦ. Πάντοτε ὅμως τὰ ἀποτελέσματα ταῦτα ἔχουν τὴν ἀπαρχὴν των εἰς ἐκουσίαν συμπεριφορὰν τοῦ ὀφειλέτου⁵.

Μὲ βᾶσιν ἐρεῦνης τὰ ἀνωτέρω ἀνευρίσκομεν εἰς τὸν Ἀστικὸν Κώδικα τὰς ἐξῆς κυρίως περιπτώσεις ἀτελοῦς ἐνοχῆς :

α) Τὴν παραγεγραμμένην ἀπαίτησιν. Κατὰ τὸ ἄρθρ. 272 § 2 ΑΚ ἂν ὁ ὀφειλέτης — ὁ ὁποῖος τυχὸν ἐναγόμενος θὰ ἠδύνατο νὰ ἀντιτάξῃ τὴν ἐνστάσιν τῆς παραγραφῆς (272 § 1, 277 ΑΚ) — καταβάλῃ ἐν ἀγνοίᾳ τῆς ἐπελθούσης παραγραφῆς, δὲν ἀναζητεῖ. Τὸ αὐτὸ ὅμως ἰσχύει, παρὰ τὴν σιωπὴν τοῦ ἄρθρου 272, καὶ ἂν καταβάλῃ ἐν γνώσει⁶.

β) Ὁφειλὴ ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος. Καταβληθεῖσα «ἐκουσίως καὶ ἄνευ δόλου ἢ ἄλλου τεχνάσματος τοῦ κερδήσαντος» δὲν ἀναζητεῖται (844 - 845 ΑΚ).

γ) Ὁφειλὴ ἐκ δωρεᾶς κινητοῦ ἢ ἐξ ἐγγυήσεως, ὅταν αἱ συμβάσεις αὐταὶ δὲν περιβλήθησαν τὸν νόμιμον τύπον. Εἶναι τότε ἄκυροι. Ἄλλ' ἢ οἰκειοθηλῆς ἐκπλήρωσις ὑπὸ τοῦ δωρητοῦ ἢ τοῦ ἐγγυητοῦ εἶναι ἰσχυρὰ καὶ ἀποκλείει τὴν ἀναζήτησιν⁷.

δ) Ἀνάλογος ἢ περίπτωσις τῆς ἀκύρου, λόγῳ μὴ τηρήσεως τοῦ ὑπὸ

5) Ἡ τρίτου χάριν αὐτοῦ ἐνεργοῦντος. Βλ. κατωτ. σημ. 67.

6) Καθ' ὁμόφωνον διδασκαλίαν. Ἐπιχείρημα a fortiori ἐξ ἄρθρου 272 ΑΚ ἐν συνδ. καὶ πρὸς ἄρθρ. 276 : ἢ ἐν γνώσει καταβολὴ εἶναι σιωπηρὰ παραίτησις ἀπὸ τῆς ἐνστάσεως τῆς παραγραφῆς. Πρβλ. καὶ 905 § 1 ΑΚ. Βλ. Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαί, § 161 ἀριθ. 1 καὶ 2, Γιαννοπούλου, Γεν. Ἀρχαί II § 272 ἀριθ. 3 β καὶ γ, σ. 447-448, πρβλ. Φραγκίσσαν ἐν ἘρμΑΚ, Π/Α, Γεν. Εἰσαγωγὴ ἀριθ. 39, Λιτζερόπουλον ἐν ΕΕΝ γ' 149 καὶ σημ. 37. Σαφέστερος ἢ τὸ ἄρθρ. 272 § 2 ΑΚ ὁ γερμ. ΑΚ § 222.

7) Ἐν ἐκτάσει διὰ τὴν δωρεὰν Φραγκίσσαν ἐν ἘρμΑΚ 498 ἀριθ. 24 ἐπ. καὶ διὰ τὴν ἐγγυήσιν Π. Ζέπος αὐτόθι 849 ἀριθ. 12 ἐπ. Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 84 νέου Κώδ. Δημοσίου Λογιστικοῦ (ν.δ. 321/1969) : αἱ συμβάσεις τοῦ Δημοσίου πρέπει κατὰ κανόνα νὰ καταρτίζονται δι' ἰδιωτικοῦ ἐγγράφου. Ἡ ἀποδοχὴ σχετικῆς προτάσεως δύναται νὰ γίνῃ καὶ διὰ χωριστοῦ ἐγγράφου. Ἄλλ' ἢ ἐκ τῆς μὴ τηρήσεως τοῦ τύπου τῆς ἐγγράφου ἀποδοχῆς ἀκύροτης αἰρεται ἐν περιπτώσει ἐκπληρώσεως τῆς συμβάσεως.

τῶν μερῶν ὀρισθέντος τύπου, δικαιοπραξίας. Ἡ ἐν γνώσει τῆς ἐλλείψεως τοῦ τύπου ἐκπλήρωσις θεραπεύει τὴν ἔλλειψιν (159 § 2 ἐδ. 2 ΑΚ) ⁸.

ε) Ἡ μήπω ληξιπρόθεσμος ὀφειλή. Καταβολὴ πρὸς τῆς λήξεως δὲν δίδει καὶ πάλιν λαβὴν εἰς ἀναζήτησιν (905 § 2 ΑΚ) ⁹.

στ) Παροχὴ περιουσίας ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἢ τῆς μητρὸς εἰς τὸ τέκνον πρὸς χωριστὴν οἰκονομικὴν ἢ ἐπαγγελματικὴν ἀποκατάστασίν του, ἐφ' ὅσον δὲν ὑπερβαίνει τὸ ἐκ τῶν περιστάσεων ἐνδεικνυόμενον μέτρον. Ὡς γνωστόν, οἱ γονεῖς δὲν ὑποχρεοῦνται εἰς παροχὴν, πέραν τῆς διατροφῆς (1476 ἐπ., 1484 ΑΚ), τοιαύτης οἰκονομικῆς βοήθειάς εἰς τὰ τέκνα των. ὑπάρχει μόνον ὑποχρέωσις προικίσσεως πρὸς τὴν θυγατέρα ἐν ὄψει συγκεκριμένου γάμου ¹⁰. Οἰκειοθελὴς ὁμως οἰκονομικὴ ἐνίσχυσις τοῦ τέκνου ὑπὸ τοῦ γονεῶς ἐντὸς τοῦ ἄνω ὁρίου δὲν ἀποτελεῖ κατὰ τὸ ἄρθρ. 1499 δωρεάν. ἄρα προϋφίστατο ὑποχρέωσις πρὸς παροχὴν, καίτοι μὴ ἐξαναρκαστή, ἐξ οὗ, καθ' ὁμόφωνον γνώμην, ἡ ἀναζήτησις δὲν ἔχει θέσιν ¹¹.

ζ) Ἡ ἔγγαμος γυνή, κατὰ κανόνα, δὲν ὑποχρεοῦται νὰ εἰσφέρει εἰς τὰ βάρη τοῦ γάμου (1398 - 1399 ΑΚ). Ἄν ὁμως οἰκειοθελῶς παράσχη οἰκονομικὴν ἐνίσχυσιν πρὸς τὸν φέροντα αὐτὰ ἄνδρα διὰ νὰ τὸν βοηθήσῃ εἰς τὴν ἀντιμετώπισίν των, «ἐν ἀμφιβολίᾳ λογίζεται ἐλλείπουσα παρ' αὐτῆ ἢ πρόθεσις ἀποζημιώσεως» (1400 ΑΚ). Συνεπῶς ἂν δὲν κατορθώσῃ νὰ ἀποδείξῃ ὅτι εἶχε τὴν πρόθεσιν τῆς ἀναλήψεως, δὲν ἀναλαμβάνει τὰ δοθέντα ¹².

η) Ἄλλ' ἰδίως ἀνεξάντλητον πηγὴν ἀναγνωρίσεως ἀτελῶν ἐνοχῶν ἀποτελεῖ τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ ἐν συνδυασμῶ πρὸς τὸ ἄρθρ. 512. Δὲν ἀρμόζει νὰ ἐπιχειρηθῇ εἰς τὴν παροῦσαν θέσιν ἡ ἐξέτασις τῶν δυσκολιῶν, τὰς ὁποίας γεννᾷ ὁ προσδιορισμὸς τῆς σχέσεως τῶν δύο τούτων διατάξεων, ἢ ἄλλως ἡ ἐναρμόνισις των. Ἀρκεῖ εἰς τὸ σημεῖον τοῦτο τῆς ἀναπτύξεως ἢ παρατήρησις, ὅτι τὸ ἄρθρ. 906, συμπληρούμενον ὑπὸ τοῦ 512, παρέχει εἰς τοὺς ἐφαρμοστάς του δικαίου τὴν ἐξουσίαν, ἀναλόγως τῆς ἐκάστοτε ἐκτιμήσεως τῶν περὶ ἠθικῶν καθηκόντων ἢ εὐπρεπειᾶς κοινωνικῶν ἀντιλήψεων, νὰ διαπλάσσουν ποικίλας περιπτώσεις, καθ' ἃς τὰ διδόμενα ἢ καθιστάμενα ἀντικείμενα ὑποσχέ-

8) Βλ. ἀντ' ἄλλων Ράμμον ἐν ἙρμΑΚ 159 ἀριθ. 21 - 22.

9) Ἀνάπτυξις κατωτ. εἰς § 4 ἐν τέλει καὶ § 15.

10) Ἀκριβέστερον ἅμα τῇ τελέσει του. Βλ. ἀντ' ἄλλων Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οἰκογενειακῶν ΙΙΙ (1956), § 110 ἰδίως ὑπὸ Ε ἐν συνδ. πρὸς Ροϊλοῦ - Κουμάντου, Οἰκογεν. ΙΙ (1965) ἄρθρ. 1499 ἀριθ. 6 καὶ 8 ἐπ.

11) Μπαλιῆ, Οἰκογ. (1961), § 147, Τούση, Οἰκογεν. (1964) § 169, Ροϊλός - Κουμάντος, ΙΙ, ἄρθρ. 1499, ἐνθ' ἄν. Ὡς πρὸς τὸ δυνατόν ἢ μὴ τῆς ἀναζητήσεως τῶν παρασχεθέντων εἰς γυναῖκα χάριν προικὸς ὑπὸ μὴ ὑποχρέων πρὸς προίκισιν, βλ. κατωτ. §§ 50 ἐπ.

12) Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 1401 ΑΚ. Σχετικῶς Μιχαηλίδης - Νουάρου ἐνθ' ἄν. § 96, Ροϊλός - Κουμάντος ὑπ' ἄρθρα 1400 - 1401.

σεως χωρίς να προϋπάρχει προς τούτο συγκεκριμένη νομική υποχρέωσις, δὲν ὑπόκεινται εἰς ἀναζήτησιν ἐλλείπει νομίμου αἰτίας (904 ἐπ. ΑΚ). Ἡ σπουδαία αὐτὴ περίπτωση εἶναι μᾶλλον ἀπασχολήσῃ ἐκτενῶς κατωτέρω (§§ 37 ἐπ.).

Οἱ συγγραφεῖς, παρ' ἡμῖν καὶ ἀλλαχοῦ, ἐρευνοῦν συχνὰ ἐν συσχετίσει πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς καὶ ἄλλας τινὰς συγγενεῖς νομικὰς μορφάς. Οὕτω ἐξετάζεται ἂν γεννᾷ ἀτελεῖ ἐνοχὴν ἢ μνηστεία, ἢ ἂν τοιαύτην ἐνοχὴν ἀποτελεῖ ἢ ὑποχρέωσις τῶν συζύγων πρὸς συμβίωσιν, ἢ ἂν ὑπάγονται εἰς τὴν ἐννοίαν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς αἱ εἰς τὴν γερμανικὴν ἰδίως ἐπιστήμην γνωσταὶ «Obliegenheiten»¹³. Εἰς τὰ θέματα αὐτὰ θὰ ἐνδιατριφώμεν κατωτέρω (§ 11), ἐπ' εὐκαιρίᾳ τοῦ προσδιορισμοῦ τῆς ἐννοίας τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς.

3. Ἐκεῖνο ἕμως τὸ ὁποῖον δύναται τώρα νὰ γίνῃ, εἶναι νὰ καταδειχθῇ ὅτι αἱ συγκεντρωθεῖσαι — καὶ ἄλλαι τινὲς — περιπτώσεις ἐπιδέχονται κατάταξιν εἰς ομάδας. Ὡς τοιαύτην «μορφολογίαν» (ἢ τυπολογία) τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν προτείνομεν τὴν ἀκόλουθον¹⁴:

α) Ὑποχρεώσεις ἀναληφθεῖσαι δυνάμει δικαιοπραξίας, αἱ ὁποῖαι κανονικῶς ἠδύναντο νὰ ἔχουν πλήρες νομικὸν κύρος, ἀλλ' ἐκ τινος εἰδικοῦ λόγου οἱ θέλοντες τὴν παραγωγὴν τῶν ἡσυχασίων: ὑπόσχεσις δωρεᾶς ἢ ἐγγυήσεως ἄνευ τηρήσεως τοῦ νομίμου τύπου (498 § 2, 849 § 2, πρβλ. καὶ 159 § 2), συμβάσεις τοῦ Δημοσίου παρατύπως καταρτισθεῖσαι (ἀνωτ. σημ. 7) κλπ.

β) Ὑποχρεώσεις αἱ ὁποῖαι κατὰ νόμον θὰ ἠδύναντο νὰ ἔχουν πλήρη ἐνέργειαν, ἀλλ' αἱ ὁποῖαι κατὰ τὴν βούλησιν τῶν συμβαλλομένων ἀπεστερήθησαν τοῦ στοιχείου τοῦ ἐξαναγκασμοῦ: συμβάσεις ὡς πρὸς τὰς ὁποίας ἀπεκλείσθη ὑπὸ τῶν συναψάντων αὐτὰς ἢ ἀναγκαστικὴ ἐκτέλεσις¹⁵ καὶ γενικώτερον ἢ εὐθὺν¹⁶, ὑπόσχεσις ἐκ φιλοφροσύνης¹⁷.

13) Ἡ «βάρη» κατὰ τὴν ὑπὸ τοῦ καθηγητοῦ Τσιριντάνη ἀπόδοσιν εἰς τὴν ἑλληνικὴν (ἙρμΑΚ 287 ἀριθ. 40 - 41). Ὁ καθηγ. Φουρκιώτης (Ἑλλην. ἐνοχ. δι., τεύχος α' 1964, § 13 IV 3, σ. 141) προτείνει τοὺς ἄρους «τὸ προσήκον, τὸ δέον, τὸ καθήκον, ἢ ὑποχρέωσις».

14) Πρὸς διατύπωσιν τῶν κατωτέρω ἠρύσθημεν στοιχεῖα ἐκ τῶν ξένων συγγραφέων, χωρὶς ὅμως νὰ ἀκολουθοῦμεν κανένα ἐξ αὐτῶν κατὰ γράμμα. Οὕτω λ.χ. οἱ Γάλλοι ὁμιλοῦν συχνὰ περὶ «obligations avortées» καὶ «obligations dégénérees» (πρβλ. τὰς κατωτ. ὑπὸ α καὶ δ περιπτώσεις). Πληρεστέρα ὄλων ἢ ταξινομήσεις τοῦ Reuss, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, ἐν Archiv für die civilist. Praxis, τόμ. 154 (1955) σ. 485 - 526, ὅπου καὶ περὶ τῶν συνήθων ἰδίως εἰς τὴν ἀγγλικὴν καὶ βορειοαμερικανικὴν συναλλακτικὴν ζωὴν «συμφωνιῶν κυρίων».

15) Φραγκίστας ἐν ἙρμΑΚ II/A, (1949), Γεν. Εἰσαγωγή, ἀριθ. 36.

16) Φραγκίστας αὐτόθι, ἀριθ. 36 καὶ 45 ἐπ.

17) Ἡ κοινωνικῆς φύσεως ὑπόσχεσις. Κατὰ τοὺς Γερμανοὺς Gefälligkeitsverträge. Ἐπ' αὐτῶν συχνὰ ὁ ἀποκλεισμός τοῦ ἐξαναγκασμοῦ εἶναι σιωπηρὸς, προκύπτων ἐκ τοῦ συνόλου τῶν περιστάσεων. Βλ. σχετικῶς Π. Ζέππου, Ἑνοχ. I (1955) § 17 III 11,

γ) Ἐνοχὰὶ συσταθεῖσαι ἐπὶ σκοπῷ παραγωγῆς πλήρους νομικῆς ὑποχρέωσης, ἀλλὰ μὴ ἀνδρωθεῖσαι εἰσέτι: ἔγκυροι ἀλλὰ μήπω ληξιπρόθεσμοὶ ἔνοχαι (905 § 2 AK).

δ) Ἐνοχὰὶ ἐγκύρωσιν γεννηθεῖσαι, ἀλλ' ἐκ τῶν ὑστέρων ἐφυλισθεῖσαι: ἀπαιτήσεις ὑποκύψασαι εἰς τὴν παραγραφὴν (272 § 2 AK).

ε) Ἐνοχὰὶ συσταθεῖσαι διὰ δικαιοπραξίας, ἀλλ' αἱ ὁποῖαι λόγῳ τοῦ περιεχομένου των δὲν ἦτο δυνατόν, ἐκ τῶν προτέρων, νὰ καταστοῦν κατὰ νόμον ἐξαναγκασταί. Τὸ δίκαιον ὅμως, μὴ ἀποστέργον τὴν οἰκαιοθελῆ ἐκπλήρωσιν των, τὴν ἀναγνωρίζει ὡς ἔγκυρον. Ἐδῶ ἰδίως ἀνήκει ἡ περίπτωσις τοῦ παιγνίου καὶ τοῦ στοιχήματος (944 - 945 AK.). Ἄλλ' ἐπὶ τῇ βάσει ἀξιολογικῶν ἐκτιμήσεων ἢ ἐπιστήμη διεμόρφωσε, παρὰ τὴν ἔλλειψιν σχετικῶν διατάξεων, καὶ ἄλλας τοιαύτας περιπτώσεις. Ἐννοοῦμεν ἐδῶ τὰς ὑποχρεώσεις τὰς ἀναλαμβανομένας διὰ δικαιοπραξίας ἐν σχέσει πρὸς τὸ ἴδιον σῶμα ἢ τὴν προσωπικότητα τοῦ δικαιοπρακτοῦντος. Π.χ. ὑπόσχηται τις, διὰ πωλήσεως ἢ δωρεᾶς — θέματα ἐξόχως ἐπίκαιρα —, ἓνα νεφρὸν τοῦ πρὸς μεταμόσχευσιν ἢ αἷμα πρὸς μετάγγισιν εἰς ἄλλον¹⁸. Νεῦνις ὑπόσχηται ἐπὶ πληρωμῇ νὰ προσέρχεται εἰς ἐργαστήριον ζωγράφου ἢ εἰς σχολὴν καλῶν τεχνῶν διὰ νὰ «ποζάρῃ» γυμνῶς πρότυπον (μοντέλο), καὶ τὰ παρόμοια¹⁹. Συχνὰ ἀναγνωρίζεται, ὅτι τοιαῦται συμβάσεις δεσμεύουσαι ἐντονώτατα τὴν ἀνθρωπίνην προσωπικότητα δὲν εἶναι, λόγῳ τοῦ ὀφειλομένου πρὸς αὐτὴν σεβασμοῦ, οὔτε κἂν ἐμμέσως ἐξαναγκασταί²⁰. Εἰς τὸν ὑποσχεθέντα ἀφήνεται μέχρι τῆς τελευταίας στιγμῆς ἡ

σ. 336 σημ. 2, Σοῦρλαν ἐν ἘριAK, Εἰσαγ. 361 - 373 ἀριθ. 6 - 7, καὶ ἐκτενῶς Reuss ἐνθ ἄν. σ. 494 ἐπ. Ἐπίσης Weber εἰς Staudingers Kommentar II/1a (1967), Einleitung, ἀριθ. J 6 ἐπ., σ. 106 ἐπ., Zweigert, Seriositätsindizien. Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen, ἐν Juristenzeitung 1964, σ. 349 ἐπ. Ὁ αὐτὸς ἐν Rev. internat. de droit comparé, 1964, σ. 33 ἐπ.

18) Ἡ ὑπόσχησις νοεῖται ἐκτελεστέα ἐν ζωῇ τοῦ ὑποσχομένου. Ἄλλ' αἱ πρόοδοι τῆς τεχνικῆς τῶν μεταμοσχεύσεων ἀπὸ νεκροῦ ἀνθρώπου εἰς ζῶντα εἶχον ὡς νομικὴν ἀντανάκλασιν καὶ τὴν κατάλειψιν διὰ διαθήκης διαφόρων ὀργάνων (ὀφθαλμῶν, καρδίας κλπ.), χάριν μεταφυτεύσεως εἰς ζῶντας μετὰ τὸν θάνατον τοῦ διαθέτου· ἐπίσης δὲ καὶ τὴν παροχὴν ἀδείας ὑπὸ τῶν συγγενῶν πρὸς ἀφαίρεσιν ἀπὸ τὸν ἀποθάνοντα. Ὡς πρὸς τὰ σχετικὰ νομικὰ ζητήματα βλ. προσφάτως παρ' ἡμῖν Στ. Κοτσάνου, Τὰ νομικὰ προβλήματα τῶν μεταμοσχεύσεων τῆς καρδίας καὶ τῶν ἄλλων ὀργάνων, ἐν ΝοΒ ΙΖ' 751 - 759.

19) Π.χ. σύμβασις καλλιτέχνιδος ὅπως ἐκτελῆ στρίπ-τῆξ ἐνώπιον θεατῶν εἰς νυκτερινὸν κέντρον ἢ εἰς κινηματογραφικὴν ταινίαν. Σύμβασις ὅπως ἐμφανίζεται νεῦνις εἰς προθῆκην καταστήματος ἡμίγυμνος πρὸς ἀποζημίωσιν λόγῳ ἀρνήσεως τῆς αὐτοσύας (in natura) ἐκπληρώσεως τῆς συμβάσεως, πρβλ. καὶ κατωτ. § 4 καὶ σημ. 22-23. Σύμφωνοι, διὰ τὰς συμβάσεις γυμνῶν μοντέλων καὶ αἱμοδοσίας, ὅτι περικλείουν ἀτελεῖ ἔνοχην, Heek,

ἐλευθερία νὰ ὑπαναχωρήσῃ. Ἐν ὅμως οἰκειοθελῶς ἐξετέλεσε, δὲν χωρεῖ πλέον μεταμέλεια, ἦτοι ἀναζητήσεις κατὰ τὰς ἀρχὰς τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ. Ὁ λόγος τούτου δὲν εἶναι ὅτι ἐξετελέσθη ἠθικὸν καθήκον ἢ ὑποχρέωσις ἐπιβαλλομένη ὑπὸ τῆς κοινωνικῆς εὐπρεπείας²¹, ὡς εἰς τὴν ἀμέσως ἐπομένην κατηγορίαν ἠθικὴ ἢ κοινωνικὴ ὑποχρέωσις πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς ὑποσχέσεως εἶναι δύσκολον νὰ νοηθῇ ὑπάρχουσα, ὅταν πρόκειται νὰ ἐνεργηθοῦν πράξεις ἐνδιαφέρουσαι ἀπ' εὐθείας καὶ σημαντικῶς τὴν σωματικὴν ἀκεραιότητα τοῦ ἀνθρώπου ἢ τὴν ἀξιοπρέπειάν του. Ἡ κοινωνικὴ ὅμως χρησιμότης τοιούτων ὑποσχέσεων, ἢ εἰς ἄλλας περιπτώσεις ἢ περιβάλλουσα αὐτὰς κοινωνικὴ ἀνοχὴ, ὠδήγησε εἰς τὴν παραδοχὴν τοῦ ἐγκύρου τῆς οἰκειοθελοῦς ἐκπληρώσεως²². Τέλος,

Grundriss des Schuldrechts (1929) § 24 ἀρθ. 5, Weber εἰς Staudinger II/1a (1967), Einleitung ἀρθ. L 26, Reuss ἐνθ' ἀν. Ἡ ρύθμισις, σημειωτέον, χάριν πλήρους προστασίας τῆς ἀνθρωπίνης προσωπικότητος, δὲν ἀφορᾷ μόνον τὸ σῶμα τοῦ ἀνθρώπου, ἀλλ' ὑπὸ πολλῶν ἐπεκτείνεται καὶ εἰς τεχνητὰ μέλη τοῦ σώματος (πρόσθετοι χρυσοὶ ὀδόντες, τεχνητὴ κνήμη ἀνατήρου, κ.τ.τ.). Πάντως εἰς τὰ θέματα αὐτὰ ἀρκετὰ σημεῖα ἀμφισβητοῦνται. Βλ. σχετικῶς Enneccerus - Nippordey, Allgem. Teil des bürgerl. Rechts I/1 (1959) § 121 I 1, σ. 762 ἐπ., Staudinger - Coing, Kommentar zum BGB I (1957) § 90 ἀρθ. 4 καὶ 5, σ. 426 ἐπ., διὰ δὲ τὴν Ἰταλίαν ἐκτενεστάτα Deoerq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne (1960), passim, ἰδίως σ. 21 ἐπ., 91 ἐπ., 253 ἐπ., 263 ἐπ., 415 ἐπ. Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 5 ἰταλ. ΑΚ. Παρ' ἡμῖν ὀλίγα εἰς Τόσση, Ἐμπράγμ. (1966) § 1 ὑπὸ γ, σ. 26 - 27, καὶ παλαιότερον εἰς Αιτζεροπούλου, Εἰσαγγήσεις ρωμ. δικαίου (1943) § 259. Ὡς πρὸς τὸ λείψανον τοῦ ἀποθανόντος, Αιτζεροπούλου, Κληρονομ., τεύχος α' (1957) § 68 Β.

21) Ὡς συμβαίνει διὰ τὸ παίγνιον καὶ τὸ στοίχημα, κατωτ. § 4 καὶ σημ. 25. Ἄφ' ἐτέρου συμβάσεις ὡς ἐν τῷ κειμένῳ δὲν δύνανται νὰ θεωρηθοῦν ἄκυροι ὡς ἀντίθετοι πρὸς τὰ χρηστὰ ἦθη (178 - 179 ΑΚ), πάντοτε λόγῳ τῆς κοινωνικῆς χρησιμότητος, ἢ ἔστω τῆς κοινωνικῆς ἀνοχῆς. Συνεπῶς ὅταν ὁ μὴ δυνάμενος νὰ ἐξαναγκασθῇ εἰς ἐκτέλεσιν ἐκπληρώσῃ οἰκειοθελῶς, νομίμως ἀξιῶ τὴν συμφωνηθεῖσαν ἀντιπαροχὴν.

22) Συγγενῆς, ἀλλ' ἐντελῶς διάφορος κατὰ τὸ πνεῦμα τῆς, ἡ περίπτωση τοῦ ἄρθρου 907 § 1 ΑΚ. Ὁ παρασχὼν ἐξ αἰσχροῦς (ἀνηθίκου) αἰτίας ἔχει καὶ αὐτὸς καταρτίσει σύμβασιν μὴ ὑποχρεοῦσαν αὐτὸν εἰς ἀποχρῆσιν (178 ΑΚ), ὡς ὁ ὑποσχεθεὶς παροχὴν σχετικὴν πρὸς τὸ σῶμα τοῦ ἢ θίγουσαν τὴν ἀνθρωπίνην ἀξιοπρέπειάν του (γυμνὸν μαντέλο κλπ.). Ἄλλ' ὁ λόγος τοῦ ἀποκλεισμοῦ τῆς ἀναζητήσεως δὲν εἶναι ὁ αὐτός. Εἰς τὴν τελευταίαν περίπτωσιν εἶναι τὸ κοινωνικῶς χρήσιμον τῆς οἰκειοθελοῦς ἐκτελέσεως τῆς ὑποσχέσεως ἐνῶ εἰς τὴν πρώτῃν ἢ ἀντιληψίς τῆς ἐνόμου τάξεως ὅτι δύναται οὕτω νὰ ἀντιδράσῃ κατὰ τῆς συνάψεως αἰσχροῦν συμβάσεων μὲ ἀποδοκιμαζόμενα ὑπὸ τοῦ νόμου ἀποτελέσματα. Βλ. σχετικῶς Αιτζεροπούλου, Στοιχεῖα ἐνοχ. δικαίου (πολυγραφ. πανεπιστ. παραδόσεις, τεύχος β'), ἔκδοσις ὑπὸ Ἀ. Καμπιτση, 1960) § 263 καὶ ἐκτενέστερον Αιτζεροπούλου, ἐν Ἐφημερίδι ἐλληνικῆς καὶ ἀλλοδαπῆς νομολογίας ζε' (1942) σ. 278 ἐπ., 289 ἐπ. Πρβλ. καὶ Π. Ζέπου, Ἐνοχ. I § 4 Π 1 γ, σ. 96. Ἡ διαφορά αὕτη ἄγει καὶ εἰς μίαν ἄλλην. Ἐπὶ συμβάσεων τῆς πρώτης κατηγορίας ὁ ἐκτελέσας τὴν ὑποχρέωσιν ἀδυνατεῖ, λόγῳ τῆς ἀκυρότητος τῆς συμβάσεως (178 ΑΚ), ν' ἀξιῶσῃ τὴν συμφωνηθεῖσαν

στ) Ὑποχρεώσεις ἠθικαὶ ἢ ἐκ λόγων κοινωνικῆς εὐπρεπείας, αἱ ὁποῖαι, μὴ ἐπιβαλλόμεναι ταυτοχρόνως ὑπὸ συγκεκριμένου κανόνος δικαίου, κεῖνται ἔξω τῆς νομικῆς σφαίρας. Ἡ οἰκειοθελὴς ὅμως ἐκπλήρωσις των εἶναι ἰσχυρά, ἢ δὲ διὰ συμβάσεως ἀναγνώρισίς των κατὰ τοὺς νομίμους κανόνας τὰς προβιβάζει εἰς πλήρεις νομικὰς ἔνοχὰς (906 καὶ 512 ΑΚ) ²³.

4. Ἡ γενομένη εἰς τὴν § 2 ἀπαρίθμησις τῶν περιπτώσεων ἀτελοῦς ἐνοχῆς πρέπει νὰ συμπληρωθῇ διὰ τῆς ἀναζητήσεως τῶν λόγων, ἔνεκα τῶν ὁποίων ὁ νόμος ἀεγνώρισε τὴν ὑπαρξίν τοιούτων «ἀσθενικῶν» ἐνοχῶν, ἀντὶ νὰ τὰς καταλίπη ἐντελῶς ἔξω τῆς σφαίρας τοῦ δικαίου. Διότι, ὡς θὰ ἴδωμεν, ἡ ἀνεύρεσις τῆς ἐκάστοτε ratio legis βοηθεῖ εἰς τὴν ἐπίλυσιν ἐπὶ μέρους προβλημάτων τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν.

Ὁ νομοθετικὸς λόγος τῆς ἀναγνώρισεως ἀτελῶν ἐνοχῶν δὲν εἶναι πάντοτε ὁ αὐτός. Κυρίως ὅμως ἐπεβλήθη ἡ δημιουργία των ἐκ τῆς σκέψεως ὅτι ἀνταποκρίνονται εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθῆκον ἢ τοῦλάχιστον εἰς τὴν κοινωνικὴν εὐπρέπειαν. Τοῦτο ἐκφράζεται ἀπ' εὐθείας εἰς τὰ ἄρθρα 906 καὶ 512 ΑΚ ἀλλὰ καὶ εἰς ἄλλας συγγενεῖς διατάξεις (1831 § 1 ἐν συνδ. πρὸς 1835 § 1, 1510 § 2, 1643 ἐδ. 2 ΑΚ). Καὶ ἐκεῖ ὅμως ὅπου δὲν ἐκδηλώνεται ρητῶς τὸ τοιοῦτον πνεῦμα τοῦ νομοθέτου, ἀρμόζει νὰ θεωρηθῇ ἐξυπακούμενον ²⁴. Οὕτω ἰδίως ἐξηγοῦνται αἱ ἀτελεῖς ἐνοχοὶ ἐκ παραγεγραμμένης ὀφειλῆς, ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος ²⁵, αἱ ἐξ αὐτοῦ δωρεᾶς κινήτων ἢ

ἀντιπαροχῆν ἐνῶ δύναται, ἀφοῦ δὲν ὑπάρχει τοιαύτη ἀκυρότης, ἐπὶ συμβάσεων τῆς δευτέρας κατηγορίας (ἀνωτ. σημ. 21).

23) Ἡ πρὸ ὀλίγου γενομένη παρατήρησις ὡς πρὸς τὴν προηγουμένην (πέμπτην) κατηγορίαν, ὅτι δὲν πρόκειται ἐπ' αὐτῆς περὶ ἐκπληρώσεως ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρεώσεως ἐξ εὐπρεπείας, ἔχει καὶ πρακτικὴν σημασίαν: ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις, παρέχουσα ὡς ἐλέγχθῃ ἐν τῷ κειμένῳ πλήρη νομικὴν ἰσχύν (δηλ. καὶ τὸ ἐξαναγκαστὸν) εἰς τὰς ἠθικὰς ἢ κοινωνικὰς ὑποχρεώσεις, δὲν ἔχει τὴν ἐν λόγῳ δύναμιν εἰς τὰ θέματα τῆς πέμπτης κατηγορίας. Προφανῶς διότι ἄλλως δὲν θὰ ἠδύνατο πλέον, μέχρι τῆς τελευταίας στιγμῆς, νὰ λάβῃ ἐλευθέραν ἀπόφασιν ὁ ὑποσχεθεὶς.

24) Πρβλ. Λίποβατς ἐν ΝοΒ ΣΤ' 198 ὑπ' ἀριθ. 6.

25) Βλ. Λιτσερόπουλον ἐν Ἐφ. Ἑλλ. καὶ Ἀλλοδ. Νομολ. ζε' (1942) σ. 284 ἐπ., σχόλ. ὑπὸ ΑΠ 160/1942, καὶ πλέον προσφάτως Στ. Διαμαντάκον ἐν Ἄρμενο-πούλφ ΙΣΤ' (1962) σ. 199 καὶ 206 ἐπ. Ἀληθῶς συγγραφεῖς τινες ἀρνοῦνται τὴν ὀρθότητα τῆς κρατούσης γνώμης, καθ' ἣν ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος πρόκειται περὶ ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Κατ' αὐτοὺς ἢ μὴ ἀναζητήσις τῶν καταβληθέντων ὑπὸ τοῦ ἀπολέσαντος τὸ παίγνιον ἢ τὸ στοιχίμα ἀποτελεῖ ἐφαρμογὴν τοῦ κανόνος «ἐν ἰσῆ αἰσχροῦτη κρείσσων ἐστὶν ὁ νεμόμενος» (907 ΑΚ). Πρβλ. ἀντ' ἄλλων Ripert, La règle morale dans les obligations civiles (ἐκδ. 1935) ἀριθ. 198. Ἄλλ' ἡ ἀποψις δὲν εἶναι ὀρθή, διότι τὸ παίγνιον καὶ τὸ στοιχίμα δὲν θεωροῦνται κατὰ κανόνα, εἰς τὴν κοινωνικὴν ζωὴν, ὡς ἀντίθετοι πρὸς τὰ χρηστὰ

έγγυήσεως²⁶ (πρβλ. καὶ τὸ θέμα τοῦ ἄρθρου 159 § 2 ἐδ. 2 ΑΚ), ἡ μὴ ἀναζητήσεις τῶν κατὰ τὸ ἄρθρον 1499 ΑΚ παροχῶν γονέων πρὸς τέκνα²⁷, ὡς καὶ τῶν κατὰ τὸ ἄρθρον 1400 ΑΚ δαπανῶν ἢ εἰσφορῶν τῆς γυναικὸς χάριν τῶν βαρῶν τοῦ γάμου (πρβλ. καὶ 1401).

Ἄλλοτε πάλιν τὴν ἀτελεῖ ἔνοχὴν στηρίζουν, ὡς εἶδομεν, ἀντιλήψεις περὶ τῆς κοινωνικῆς χρησιμότητος ὠρισμένων μὴ δεσμευτικῶν κατ' ἀρχὴν ὑποσχέσεων (ὑποσχέσεις κοινωνικῆς φύσεως ἢ φιλοφροσύνης, συμβάσεις αἰμοδοσίας κλπ.). Περαιτέρω δικαιολογία ἀτελῶν ἔνοχῶν εἶναι ἀπλῶς ἡ κοινωνικὴ ἀνοχὴ (συμβάσεις στρίπ-τῆζ κλπ., ἀνωτ. § 3 ὑπό ε).

Τέλος εἰς τὸ θέμα τῆς προώρου ἐκπληρώσεως μήπω ληξιπροθέσμου ἔνοχῆς (905 § 2 ΑΚ) ἡ δικαιολογία ἐμφανίζεται ἀρκετὰ ἀσθενῆς. Ἡ ὑπὸ ἀναβλητικὴν προθεσμίαν ὀφειλῆ, λέγουν, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὴν ὑπὸ ἀναβλητικὴν αἵρεσιν, ὑπάρχει ἤδη ἀπὸ τῆς καταρτίσεως τῆς δικαιοπραξίας καὶ ὄχι ἀπὸ τῆς ἐπελεύσεως τῆς προθεσμίας. Ἄρα ἡ καταβολὴ πρὶν ἢ λήξῃ ἡ προθεσμία δὲν ἀφορᾷ ἀχρεώστητον²⁸. Πρόκειται περὶ τυπικῆς λογικῆς, ἡ ὅποια δὲν

ἦθ συμβάσεις (Διαμαντάκος καὶ Λιτζερόπουλος, ἐνθ' ἀν., ὅπου καὶ ἡ σχετικὴ διαφωνία μεταξὺ τῶν ἀποφάσεων ΑΠ 162/1941, Θέμ. ΝΒ' 446 μὲ σχόλ. Φοικιῶτη καὶ 160/1942). Σημειωτέον ἐπὶ πλέον, ὅτι ἡ ἐπικρινομένη ἀντιλήψις δὲν συμβιβάζεται πρὸς τὸν ἐκ τοῦ ἄρθρου 845 ΑΚ προκύπτοντα κανόνα, ὅτι τὰ καταβληθέντα ἀναζητοῦνται ἂν κατεβλήθησαν συνεπείᾳ δόλου τοῦ κερδήσαντος. Ἐν κερδήσας καὶ ἀπολέσας ἔθεωροῦντο ὑπὸ τοῦ νόμου αἰσχροί, ὡς διατείνονται οἱ περὶ ὧν πρόκειται συγγραφεῖς, ἡ ἔννομος τάξις δὲν θὰ ἐπροστάτει τὸν ἀπολέσαντα κατὰ τοῦ δόλου τοῦ κερδήσαντος (βλ. προαναφερθὲν ἄρθρ. 907).

26) Ὁ δωρητής, ὁ καταβάλλων τὰ δωρηθέντα κινητὰ μολονότι δὲν εἶχε συναχθῆ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο, ἀποδεικνύει ὅτι τοῦ ἦτο συνειδητὴ ἢ σοβαρῆς τῆς δωρεᾶς, καὶ ὅτι δὲν ὑπεσχέθη εἰς τὸν δωροεδόχον εἰς στιγμὴν ἐπιτυχειότητος. Ἐπετεύχθη δηλ. διὰ τῆς καταβολῆς ὅτι ὁ νομοθέτης ἐπέδωκε διὰ τῆς ἐπιβολῆς τοῦ συμβολαιογραφικοῦ ἔγγραφου (Φραγκίστας ἐν ἙρμΑΚ 498 ἀριθ. 8). Ἐκρίθη, συνεπῶς, ἀπρεπῆς ἢ ἀναζητήσιμος. Ἀνάλογος εἶναι ἡ κατάσταση ἐπὶ προφορικῶς συνομολογηθείσης ἐγγυήσεως (βλ. Π. Ζ ἐπ. οὐ, ἐν ἙρμΑΚ 849 ἀριθ. 12).

27) Ροϊλὸς - Κουμάντος Π ἄρθρ. 1499 ἀριθ. 8 ἐπ.

28) *Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse* (1954) § 223 I 2 b. Πάντως τὸ ὅτι τὸ χρέος ὑπάρχει ἤδη, ἀμφισβητεῖται. Βλ. κατωτ. σημ. 82. Λογικὸν θὰ ἦτο, ἐξ ἄλλου, νὰ ἀναζητῆται τὸ προεξόφλημα. Ὁ ΑΚ, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὸ βυζαντινορωμαϊκὸν δίκαιον (ἀμφισβητ., βλ. Καυκᾶ, Ἐνοχ. II, 1966, ἄρθρα 904 - 907, § 7 σ. 655, *Windscheid - Πολυγένην*, Ἐνοχ. § 426 γ), τὸ ἀπέκλεισε (905 § 2 ἐδ. 2). Ὁ ἀποκλεισμός ὁμοῦ κατακρίνεται ἐνίοτε (Π. Ζ ἐπ. οὐ, Ἐνοχ. I § 7 III δ, σ. 167 σημ. 1) καὶ δικαίως, τουλάχιστον ὡς πρὸς τὴν περίπτωσιν καθ' ἣν ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ μὴ ληξιπροθέσμου κατέβαλε προώρως ὁ ὀφειλέτης. Πρβλ. τὴν δικαιοτέραν λύσιν, ἐπὶ κατατάξεως δανειστῶν καὶ ἐπὶ πτωχεύσεως, τῶν ἄρθρων 1042 § 1 καὶ 1071 § 3 ΚΠολΔ καὶ 535 ἙμπΝ.

άτελοῦς ἐνοχῆς ποῖα ἄλλα ἀποτελέσματα δύναται αὕτη νὰ παραγάγῃ. Ἐπιτρέπεται πάντοτε, ἢ μόνον εἰς ὠρισμένας περιπτώσεις, ἢ διὰ συμβάσεως ἀ ν α γ ν ὠ ρ ι σ ι ς τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ὥστε δι' αὐτῆς νὰ προσδοθῇ εἰς τὴν ἀτελῆ ἐνοχὴν πλήρες νομικὸν κύρος καὶ πρὸ παντὸς ἡ ἰδιότης τοῦ ἐξαναγκαστοῦ; Ὅσακις δὲ ἡ ἀναγνώρισις ἐπιτρέπεται, δύναται ἡ ἐγκυρότης τῆς νὰ προσβληθῇ λόγῳ πλάνης τοῦ ἀναγνωρίσαντος, συνισταμένης εἰς τὸ ὅτι οὗτος ἐσφαλμένως ἐπίστευσε ὅτι ἡ ἀναγνωριζομένη ὑποχρέωσις εἶναι δεσμευτικὴ κατὰ νόμον; Προβάλλονται ἢ ὄχι αἱ ἀτελεῖς ἐνοχαὶ πρὸς συμψηφισμόν; Δύναται ἡ καταβολὴ τῶν νὰ γίνῃ ὑπὸ τρίτου; Εἶναι δεκτικαὶ ἐνισχύσεως διὰ παροχῆς ἀσφαλείας, ἐμπραγμάτου ἢ προσωπικῆς, ἢ διὰ συνομολογήσεως ποινικῆς ρήτρας; Ἐπιδέχονται ἐκχώρησιν ἢ ἀναδοχὴν χρέους; Δύνανται νὰ θεμελιώσουν ἐνστάσιν ἐνισχύσεως; Λαμβάνονται ὑπ' ὄψιν αἱ ἐξ ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑποχρεώσεις ἀφερεγγύου ὀφειλέτου κατὰ τὴν σύμμετρον ἱκανοποίησιν τῶν δανειστῶν του, ὡσαύκις ὁ νόμος ἐπιβάλλει τοιαύτην ἱκανοποίησιν³⁴, ἢ ἂν τὸ ζήτησον οἱ κληρονόμοι τοῦ ὀφειλέτου πρὸς ἐκπτώσιν ἐκ τοῦ ἐνεργητικοῦ τῆς κληρονομίας κατὰ τὸν ὑπολογισμόν τοῦ φόρου κληρονομιῶν; Καὶ ἄλλα παρόμοια.

β) Ἀποτελεῖ ἢ ὄχι ἡ ἐκπλήρωσις ἢ ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς δ ὠ ρ ε ἄ ν, ἢ ἔστω χαριστικὴν δικαιοπραξίαν ὑπὸ τὴν εὐρύτεραν τῆς δωρεᾶς ἐνομοιοῦν³⁵; Εἶναι τοῦτο ζήτημα, ἐκ τῆς τοιαύτης ἢ τοιαύτης ἐπιλύσεως τοῦ ὁποίου ἐξαρτᾶται, ἐκ πρώτης ὄψεως τοῦλάχιστον, ἡ ἀπάντησις εἰς σημαντικὰ ἐρωτήματα. Πλέον συγκεκριμένως :

αα) Ὑπόκειται ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον τῶν δωρεῶν (πρβλ. 875 ΑΚ) ἢ γίνεταί καὶ ἀτύπως; Πρόβλημα πρακτικῶς σπουδαιότατον, τὸ ὅποιον ὁμως συνήθως οἱ συγγραφεῖς παρατρέχουν, ἢ πολὺ ὀλίγον προσέχουν (βλ. κατωτ. §§ 24 ἐπ. καὶ 45 ἐπ.).

ββ) Ὑποβάλλεται ἡ καταβολὴ ἢ ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἰς τοὺς οὐσιαστικούς περὶ δωρεῶν (ἢ χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν) κανόνας; Εἰδικώτερον εἰς τοὺς περὶ προστασίας τῆς νομίμου μοίρας (1835 ἐπ. ΑΚ), τῆς ἀνακλήσεως λόγῳ ἀχαριστίας κλπ. (505 ἐπ. ΑΚ), τῆς ἀπαγορεύσεως τῶν δωρεῶν εἰς τοὺς νομίμους ἀντιπροσώπους (1510 § 2, 1643 ἐδ. 2 ΑΚ), εἰς τοὺς περιορισμούς τῆς προσβολῆς τῶν δικαιοπραξιῶν τοῦ φρενοβλαβοῦς μετὰ τὸν θάνατόν του (1695 ΑΚ), εἰς τὰς διευκολύνσεις τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως ἐπὶ

34) Ἄρθρα 1913 ἐπ., ἰδῆως 1920 καὶ 76 ΑΚ. Ἄρθρα 1041 § 3 καὶ 1071 § 2 ΚΠολΔ. Ἄρθρ. 660 Ἐμπ.Ν. κλπ. ἐπὶ πτωχεύσεως. Βλ. σχετικῶς Γ α ζ ἦ, Ἡ σύγκρουσις τῶν δικαιομάτων (1959), σ. 101 ἐπ., ἰδῆως σ. 129 ἐπ., Α ι τ ζ ε ρ ο π ο ὄ λ ο υ, Στοιχεῖα ἐνοχ. δικαίου (πανεπιστημ. παραδόσεις. ἐκδ. ἐπιμελεῖται Ἄντ. Κ α μ π ἰ τ σ η), § 336.

35) Βλ. ἐκτενῶς Φ ρ α γ γ ἰ σ τ α ν ἐν Ἐρμ.ΑΚ Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 11 - 66 ἐν συνδ. πρὸς τόμ. Π/Α, Γεν. Εἰσαγωγή, ἀριθ. 39 - 40. Πρόσθ. καὶ τὰ κατωτ. ἐν §§ 20-21).

χαριστικῶν ἀπαλλοτριώσεων περιουσίας τοῦ ἀφερεγγίου ὀφειλέτου (942 ΑΚ); Ἐφαρμόζεται ἐπὶ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ἢ βαρεῖα φορολογία τῶν δωρεῶν;

Ὁ συνταχθεὶς κατάλογος τῶν πρακτικῶν ζητημάτων δὲν εἶναι βεβαίως ἐξαντλητικός. Νομίζομεν πάντως ὅτι ἀπρηθμήσαμεν τὰ σπουδαιότερα. Τὴν λύσιν των θὰ ἀναζητήσωμεν κατωτέρω (§§ 14 ἐπ., 22 ἐπ., 42 ἐπ.), ἀφοῦ προηγηθούσιν ἄλλαι ἀπαραίτητοι σκέψεις ἢ διαπιστώσεις. Καὶ μιὰ τοιαύτη προκαταρκτικὴ ἐργασία πρέπει, φρονῶ, νὰ εἶναι ἢ δι' ὀλίγων ὑπόμνησις τῆς ρυθμίσεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν εἰς τὸ προϊσχύσαν βυζαντινορρωμαϊκὸν δίκαιον, ὡς καὶ ἡ σύγκρισις τοῦ δικαίου τοῦ ΑΚ πρὸς αὐτὸ ἀλλὰ καὶ πρὸς τὰ κυριώτερα ἐκ τῶν ξένων δικαίων, πρὸς τὰ ὅποια αὐτός συγγενεῖται.

IV. Ἐπισκόπησις τοῦ προϊσχύσαντος δικαίου καὶ σύγκρισις τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος πρὸς αὐτὸ καὶ τὰ ξένα δίκαια.

6. Ὑπὸ τὸ προϊσχύσαν βυζαντινορρωμαϊκὸν δίκαιον, ἐπὶ τῇ βάσει ἀτελῶν διατάξεων τῶν πηγῶν, ἐκ τῶν ὁποίων ἀρκεταὶ ἀφεώρων περιπτώσεις στερουμένας εἰς τὴν σύγχρονον ἐποχὴν πρακτικῆς σημασίας, ἢ ἐπιστήμη διεμόρφωσε θεωρητικὴν διδασκαλίαν περὶ τῶν «φυσικῶν» ἐνοχῶν (obligationes naturales), τῆς ὁποίας ἡ γενικὴ φυσιογνωμία δὲν διαφέρει πολὺ τῆς προτεινομένης σήμερον ὑπὸ τῶν συγγραφέων ἐν ὄψει τοῦ δικαίου τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος ³⁶.

Οὕτω, ὡς καὶ ὑπὸ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα, ἀνεγνωρίζετο συνήθως ὡς περίπτωσις, καθ' ἣν ἦτο ἐγκυρος ἢ οἰκειοθελῶς γενομένη καταβολή, ἢ παραγεγραμμένη ὀφειλή. Ἀντιθέτως δὲν ἦσαν γνωσταὶ αἱ περιπτώσεις τῆς ἐκούσιως ἐκτελεσθείσης ἀτύπου ὑποσχέσεως δωρεᾶς κινητῶν ἢ ἀτύπου ἐγγυήσεως (πρβλ. 498 § 2 καὶ 849 ἐδ. 2 ΑΚ) ³⁷. Ὡς πρὸς τὴν ὀφειλὴν ἐκ παιγνίου, ἄκυρον κατὰ κανόνα ³⁸, δὲν ἐγένετο ἐπίσης λόγος περὶ ὑπάρξεως φυσικῆς ἐνοχῆς, τὴν ὁ-

36) Βλ. σχετικῶς τοὺς ἀνωτ. ἐν σημ. 1 μνημονευομένους συγγραφεῖς. Ἐνασχόλησις μὲ τὰς ἀτελείς ἐνοχὰς ἀπὸ τῆς καθαρῶς ἱστορικῆς σκοπιᾶς δὲν κρίνεται ἀπαραίτητος διὰ τοὺς σκοποὺς τῆς παρούσης μελέτης. Βλ. ὑπὸ τὸ ἱστορικὸν πρῶμα Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσαγγήσεις τοῦ ρωμ. δικαίου (β' ἐκδ. 1963) § 95, Kaser, Das römische Privatrecht I (1955) § 113 II, καὶ II (1959) § 255 III, καὶ ἐκτενεστέρον Siber, Naturalis obligatio (1925).

37) Διότι δὲν ἰσχυροποιεῖτο, ὡς ὑπὸ τὸν ΑΚ, ἢ χωρὶς συμβολαιογραφικῶν ἐγγραφῶν δωρεὰ κινητῶν (Φραγκίστας ἐν Ἐρμ.ΑΚ 498 ἀριθ. 6 - 7), ἐνῶ ἀφ' ἑτέρου ἢ ἐγγυήσις ἦτο, ὑπὸ τὸ βυζαντινορρωμαϊκὸν δίκαιον, ἄτυπος.

38) Ὑπενθυμίζεται ὅτι ὑπὸ τὸ προϊσχύσαν δίκαιον, ἀντιθέτως πρὸς τὸ τοῦ ΑΚ, ἢ σύμβασις στοιχημάτων εγένετο ἀγωγίμους ὑποχρεώσεις. Ὁμοίως δὲ καὶ ἡ σύμβασις παιγνίου εἰς ἐξαιρετικὰς τινὰς περιπτώσεις. Βλ. ἀντ' ἄλλων Windscheid - Πολουγαῖνου, Ἐνοχ. II §§ 419 - 420, Dernburg - Δουβουνιώτου, Ἐνοχ. §§ 104-105a. Εἰς τὰ θέματα αὐτὰ δὲν ἦτο δυνατόν νὰ τεθῆ ζήτημα φυσικῆς ἐνοχῆς.

ποίαν δέχεται σήμεραν ὁ Ἀστικὸς Κώδιξ (844 - 845). Πράγματι ρηταὶ διατάξεις τῶν πηγῶν επέτρεπον, κατ' ἀρχήν, τὴν ἀναζήτησιν τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων εἰς τὸν ἀπολέσαντα τὸ παίγιον³⁹. Ἐξ ἄλλου, μολονότι δὲν ὑπῆρχε σαφὴς γενικὴ διάταξις, ὡς νῦν αἱ τῶν ἄρθρων 906 καὶ 512 ΑΚ, ἐρίνετο δεκτὸν ὑπὸ τῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς νομολογίας ὅτι δύνανται νὰ διαπλασθοῦν, ἀνεξαρτήτως ρητῆς θεμελιώσεως εἰς συγκεκρίμενα νομοθετικὰ κείμενα, καὶ νέαι ἀτελεῖς ἐνοχαί, ὅταν τοῦτο ἐπεβάλλετο ἐκ τῶν κοινωνικῶν περὶ ἠθικῆς ἀντιλήψεων⁴⁰. Οὕτω ἀνεγνωρίζετο γενικῶς ὅτι ὑπῆρχε φυσικὴ ὑποχρέωσις τῆς γυναικὸς ὅπως παράσχη προῖκα εἰς τὸν ἄνδρα, ἀκόμη ὑποχρέωσις διατροφῆς μεταξὺ ἀδελφῶν⁴¹, τέλος ὑποχρέωσις τοῦ προελθόντος εἰς πτωχευτικὸν συμβιβασμὸν ἐμπόρου νὰ καταβάλλῃ τὰ χρέη του καὶ πέραν τοῦ συμφωνηθέντος διὰ τοῦ συμβιβασμοῦ ποσοστοῦ, ὡς καὶ εἰς ἄλλας τινὰς περιπτώσεις.

Ἐπίσης ἀξιοσημείωτον εἶναι ὅτι, ὡς καὶ ὑπὸ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα (βλ. κατωτ. § 16), ἐδιδάσκετο ἡ soluti retentio ἀδιαφόρως ἂν ἡ καταβολὴ εἶχε γίνεαι ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου ἐν γνώσει ἢ ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ μὴ ἀγωγίμου τῆς ὀφειλῆς. Ἀκόμη γενικῶς ἐθεωρεῖτο, ὅτι ἡ καταβολὴ καὶ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις (ἢ ἀνανέωσις) ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν ἀποτελοῦν δωρεάν· κατὰ τὸ ὅποιον δὲν ἀληθεύει πάντοτε ὑπὸ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα (κατωτ. § 23 καὶ §§ 42 ἐπ.). Τέλος ὡς πρὸς τὰ λοιπὰ πλὴν τῆς soluti retentio ἀποτελέσματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ἐθεωρεῖτο, ὅτι ταῦτα δὲν ἐπέρχονται ὁμοιομόρφως ἐπὶ πάσης περιπτώσεως ὑπαγομένης εἰς τὴν ἐν λόγῳ κατηγορίαν, ἀλλ' ὅτι κρίνεται ἐκ ἄστροτε ἂν ταῦτα παράγονται ἢ ὄχι. Λύσις ἡ ὅποια, ὡς θὰ ἴδωμεν (§§ 9 καὶ 14), ἰσχύει ἐν τινι μέτρῳ καὶ ὑπὸ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα.

7. Δεδομένου ὅτι κατὰ τὴν θεωρητικὴν ἐπεξεργασίαν ἢ τὴν πρακτικὴν

39) Βλ. ἰδίως Κώδ. Ἰουστιν. 3, 43, 1 § 2, ΑΠ 160/1942 ἐν Ἐφημ. Ἑλλ. καὶ Ἀλλοδ. Νομολογ. ξα'/1942 σ. 250, μὲ σχόλιον Λιτζεροπούλου, σ. 257, 259 ἐπ., 286 - 287. Λοιπὴ νομολογία εἰς Γεν. Εὐρετ. Θέμ. λέξ. «παίγιον» ἀριθ. 8 ἐπ. καὶ λέξ. «ἀγοραπωλησία» ἀριθ. 520 ἐπ. Γενικώτερον ἐπὶ τοῦ προϊσχύσαντος περὶ τοῦ παιγνίου δικαίου, πλὴν τοῦ Λιτζεροπούλου, ἐνθ' ἀν. καὶ Στ. Διαμαντάκος ἐν Ἀρμενοπούλῳ ΙΣΤ' (1962), σ. 193 ἐπ.

40) Ἐπὶ τούτου καὶ τῶν ἐπομένων βλ. πλὴν τῶν ἀνωτέρω ἐν σημ. 1 ἀναφερομένων συγγραφέων καὶ συγκέντρωσιν παλαιᾶς νομολογίας εἰς Γεν. Εὐρετ. Θέμιδος λέξ. «ἐνοχὴ» ἀριθ. 71 ἐπ., Γεν. Εὐρετήρια Νομολογίας Ζαχαροπούλου, ὁμοίως, ἀριθ. 79 ἐπ. καὶ εἰς 1ον Συμπλήρωμα λέξ. «ἐνοχαί» ἀριθ. 33 - 34.

41) Ἡ ἄποψις τοῦ καθηγ. Κουσουλάκου («Περὶ διατροφῆς καὶ συντηρήσεως ἀδελφοῦ», 1939), καθ' ἣν ἀπὸ τοῦ ἰουστινιανείου δικαίου καὶ ἐντεῦθεν ἰσχυσε νομικὴ ὑποχρέωσις διατροφῆς μεταξὺ ἀδελφῶν, λόγῳ τῆς μετ' ὀλίγα ἔτη εἰσαγωγῆς (1946) τοῦ λύσαντος τὸ ζήτημα Ἀστικοῦ Κώδικος (ἄρθρ. 1492) δὲν ἠδυνήθη νὰ ἀσκήσῃ, ἐνδεχομένως, τὴν ἐπίδρασιν της.

ἐφαρμογὴν τῶν διατάξεων τοῦ δικαίου μας ὠφελεῖ, ἢ καὶ καθίσταται συχνὰ ἀπαραίτητον, νὰ ἀναζητοῦμεν βοήθειαν καὶ ἀπὸ τὴν ἀλλοδαπὴν ἐπιστῆμην καὶ νομολογίαν, ἐνδείκνυται, πρὸς λελογισμένην χρῆσιν τῆς βοήθειας, νὰ ἐξακριβώσωμεν ἐκάστοτε ἂν ἡ ἀλλοδαπὴ ρύθμισις συγγενεὴ ἢ διαφέρῃ πρὸς τὴν ἰδικὴν μας.

Εἰς τὴν περίπτωσιν τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑπάρχουν ἀξιοσημεῖοι διαφοραὶ μεταξὺ τῶν ξένων δικαίων, εἰς τὰ ὁποῖα συνήθως προσφεύγομεν, καὶ ὠρισμένων ἐκ τούτων πρὸς τὸ ἰδικόν μας ⁴².

Ὑπὸ τὴν ἐποψιν τῆς ἐπαρκειᾶς ἢ νομοθετικῆς ρύθμισις εἶναι γενικῶς πενιχρά, ὡς καὶ εἰς τὸν ἐλληνικὸν Ἀστικὸν Κώδικα, ἐμφανιζομένη ὑπὸ μορφήν ὀλίγων εἰδικῶν, ἐγκατεσπαρμένων εἰς διάφορα σημεῖα τῶν ἀστικῶν κωδίκων, διατάξεων. Ἀτελεστέρα δὲ ρύθμισις εἶναι ἡ τοῦ γαλλικοῦ AK ⁴³, ἐνῶ ἡ περισσότερον συστηματικὴ συναντᾶται εἰς τὸν ἰταλικὸν AK τοῦ 1942 ⁴⁴.

Ἄφ' ἑτέρου ὑπὸ τὴν ἐποψιν τῆς νομικῆς κατασκευῆς τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, τὰ συγγενῆ, καθὸ οἰκοδομημένα ἐπὶ ρωμαϊκῶν βάσεων, ξένα δίκαια παρουσιάζουν μίαν σημαντικὴν διαφορὰν μεταξὺ των. Ἀναφέρεται αὕτη εἰς τὴν ἐξάρτησιν ἢ μὴ τῆς soluti retentio ἐκ τῆς γνώσεως τοῦ καταβαλόντος ὀφειλέτου ὅτι δὲν ὑπόκειται εἰς νομικὸν ἐξαναγκασμόν. Τὴν ρωμαϊκὴν παράδοσιν τοῦ ἀποκλεισμοῦ τῆς ἀναζητήσεως ἔστω καὶ ἂν ὁ καταβαλὼν ἠγνόει ὅτι δὲν δύναται νὰ ἐναχθῇ ἀκολουθοῦν, ὡς ὁ Ἀστικός μας Κώδιξ, τὸ γερμανικόν ⁴⁵, τὸ

42) Εὐρεῖα σύγκρισις τῶν ξένων δικαίων ὑπὸ Arwed Blomeyer ἐν Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI (1938) σ. 285 - 289.

43) Οὗτος περιέχει ἐν μόνον γενικῆς φύσεως ἄρθρον (1235 § 2) ἀποκλείων τὴν ἀναζητήσιν τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων λόγῳ φυσικῆς ἐνοχῆς (πρβλ., ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος, ἀρθρ. 1967). Ἄλλ' ἡ ἐπιστῆμη καὶ ἡ νομολογία διέπλασαν, ὡς καὶ εἰς πολλὰς ἄλλας περιπτώσεις ἐν Γαλλίᾳ, εὐρὺ σύστημα κανόνων ἀφορῶν τὰς φυσικὰς ἐνοχὰς. Βλ. ἀντ' ἄλλων Planiol - Ripert (Radouant), Traité prat. de droit civil français, VII (1954), ἀριθ. 978-997, Colin - Capitant - Julliot de la Morandière, Traité de droit civil II (1959) ἀριθ. 1395 - 1424, Marty - Raynaud, I (1961), ἀριθ. 271 ἐπ., H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil I (1970) ἀριθ. 359 ἐπ. Πρὸσθ. τὴν ζωηρὰν καὶ πνευματώδη ἔκθεσιν τοῦ Ripert, La règle morale dans les obligations civiles (ἔκδ. 1935) ἀριθ. 186 - 202, ὡς καὶ τὰς περαιτέρω ἐν σημ. 76 τοῦ παρόντος παραπομπὰς.

44) Βλ. ἀμέσως κατωτέρω. Ἐκθεσις τοῦ ἰταλικοῦ δικαίου εἰς Barassi, La teoria generale delle obbligazioni II (1948) ἀριθ. 189 - 192, Messineo, Manuale di dir. civile e commerciale II/2 (1952) § 122 ἀριθ. 17 - 23, σ. 372 - 383.

45) Ἐπὶ τοῦ γερμανικοῦ δικαίου ἐν γένει βλ. ἰδίως Ennecerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse (1958) § 3, von Tuhr, Allgem. Teil des d. bürgerl. Rechts I (1910) § 4 ἀριθ. 2, Larenz, Lehrb. des Schuldrechts I (1964) § 2 III, Esser, Schuldrecht (1960) § 28 καὶ εἰς γ' ἐκδ., I (1968) § 7 I 3, καὶ ἐκτενῶς Weber, εἰς Staudingers Kommentar zum BGB II/1a (1967), Einleitung ἀριθ. L

έλβετικόν⁴⁶ καί τὸ ἰταλικόν δίκαιον. Ἀντιθέτως, εἰς τὸ γαλλικόν δίκαιον μόνον ὁ ἐν γνώσει τοῦ μὴ ἀγωγίμου καταβαλὼν ἀποκλείεται νὰ ἀναζητήσῃ. Ἡ συνείδησις τῆς ἐν λόγῳ διαφορᾶς πρὸς τὰ παρ' ἡμῖν ἰσχύοντα εἶναι χρησιμωτάτη, διότι μᾶς ἀποτρέπει ἀπὸ τοῦ νὰ ἀκολουθήσωμεν τὰ γαλλικὰ ἐκεῖνα διδάγματα, τὰ ὅποια εἶναι ἀρρήκτως συνδεδεμένα πρὸς τὴν ἀντίληψιν, ὅτι ἡ γνώσις τοῦ μὴ ἀγωγίμου ἀποτελεῖ ἀπαραίτητον προϋπόθεσιν τῆς παραγωγῆς τῶν ἀποτελεσμάτων τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς⁴⁷.

Ὅσον ἀφορᾷ τὴν ἕκτασιν τῶν ἀποτελεσμάτων τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, ταῦτα εἰς τὰ πλεῖστα δίκαια, ὡς καὶ παρ' ἡμῖν, ποικίλουν ἀπὸ περιπτώσεως εἰς περίπτωσιν. Ἐνιαίαν, ἀντιθέτως, ρύθμισιν δι' ἅλας τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς περιέχει ὁ ἰταλικὸς ΑΚ τοῦ 1942. Ἡ ἐνότῃς ἐπραγματοποιήθη ὑπὸ πνεῦμα δυσμενεῖας πρὸς τὰς «φυσικὰς» ἐνοχὰς : ρητῶς ὠρίσθη (ἄρθρ. 2034), ὅτι τὸ μόνον ἀποτέλεσμα τὸ ὁποῖον παράγουν αὗται, εἶναι ὁ ἀποκλεισμός τῆς ἀναζητήσεως τῶν οἰκειοθελῶς καταβληθέντων⁴⁸.

Ἐκ τῶν ἀνωτέρω διεφάνη ἤδη πρὸς ποῖα ζένα πρότυπα κλίνει κυρίως ὁ Ἀστικός μας Κῶδιξ. Διὰ νὰ καταστῶμεν ὁμῶς περισσότερον συγκεκριμένοι θὰ προσθέσωμεν, ὅτι οὗτος, ὡς καὶ εἰς πολλὰ ἄλλα θέματα, ἰδίως ἐκ τοῦ γερμανικοῦ ΑΚ ἐνεπνεύσθη. Πράγματι, τὰ θεμέλια ἐπὶ τῶν ὁποίων στηρίζεται παρ' ἡμῖν ἡ γενικὴ θεωρία τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, κυρίως τὰ ἄρθρα 272, 905 § 2, 906, 512, 498 § 2, 849 ἐδ. 2, 844 - 845, 1400 - 1401, 1499, ἀποδίδου, ἂν ὄχι κατὰ γράμμα, πάντως κατὰ τὴν οὐσίαν των, τὰς ἀντιστοίχους §§ 222, 813 II, 814, 534, 518 II, 766, 762, 1429 - 1430, 1624 τῆς γερμανικῆς κωδικοποιή-

1 - 34, σ. 168 - 177. Βλ. ἐπίσης τὰς διαφόρους κατ' ἄρθρον ἐρμηνείας τοῦ γερμαν. ΑΚ ὑπὸ τὰς παραγράφους τοῦ κώδικος τούτου, τὰς σημειωμένας εἰς τὴν συνέχειαν τοῦ κειμένου μας ὡς ἀντιστοιχοῦσας εἰς τὰ σχετικὰ ἄρθρα τοῦ ἑλλην. ΑΚ. Ὁμοίως τὰς λοιπὰς ἐν τῷ παρόντι εἰς γερμανοῦς συγγραφεῖς παραπομπάς.

46) Ἐκθεσις τοῦ ἐλβετικοῦ δικαίου εἰς ν. T u h r - S i e g w a r t, Schweiz. Obligationenrecht I (1942) § 4 καὶ εἰς τὰς δύο κατ' ἄρθρον ἐρμηνείας τοῦ Κώδικος τῶν Ἐνοχῶν : Zürcher Kommentar (O s e r) V/1 (1929) Vorbem. 59 - 62 zu Art. 1 - 67 καὶ Berner Kommentar (B e c k e r) Obligationenrecht I (1941), Γεν. Εἰσαγωγή ἀριθ. 5 - 15. Ἐπίσης ὀλίγη εἰς ν. B ü r e n, Schweiz. Obligationenrecht, Allgem. Teil (1964), σ. 9 ἐπ. Ἐκτενῶς δὲ εἰς H e i t z, Die unvollkommene Obligation im schweiz. Recht (1940).

47) Οὕτω ἰδίως ἐν Γαλλίᾳ, ἔνεκα τῆς ἐκεῖ ἀπαιτουμένης, κατὰ τὰ ἐν τῷ κειμένῳ γνώσεως, ἐυκολώτερον ἢ παρ' ἡμῖν δύναται νὰ ὑποστηριχθῇ ὅτι ἡ καταβολὴ ἢ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς ἀποτελεῖ δωρεάν. Βλ. κατωτ. σημ. 212 καὶ § 12.

48) Καὶ εἰς τὸ σημεῖον αὐτό, ὅπως καὶ εἰς ἄλλα, ὁ ἰταλικὸς ΑΚ ἀποδεικνύεται ἀπόθυμος (ἐν ἀντιθέσει πρὸς ἄλλους κώδικας, ἐν οἷς καὶ ὁ ἑλληνικὸς) νὰ δεχθῇ σημαντικὴν εἰσχώρησιν τῆς ἠθικῆς εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ δικαίου, διὰ τῆς καταλλήλου διατυπώσεως «γενικῶν ρητῶν» καταλείπουσῶν εὐρείαν δικαιοπλαστικὴν ἐξουσίαν εἰς τὸν δικαστὴν. Πρβλ. Λιτζερόπουλον ἐν ΝοΒ Δ' σ. 238 σημ. 37.

σεως. Κατὰ δεύτερον δὲ λόγον συγγενεῖς ὁ Κώδιξ μας πρὸς τὸ ἐλβετικὸν δίκαιον ⁴⁹. Αἱ παρατηρήσεις αὐταὶ ἔχουν πρὸ παντὸς σημασίαν ὡς πρὸς τὰς διατάξεις περὶ ἐκπληρώσεως ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρεώσεων ἐπιβαλλομένων ἐκ τῆς εὐπρεπειας, ὅπου ὄχι μόνον ἢ ἐπὶ τοῦ γερμανικοῦ ΑΚ, ἀλλ' ἐν τινι μέτρῳ καὶ ἢ ἐπὶ τοῦ ἐλβετικοῦ Κώδικος τῶν ἔνοχῶν ἐρμηνεῖα δύναται νὰ παράσχη συνδρομήν. Τοῦτο θὰ καταφανῆ καλύτερον εἰς τὴν κατωτέρω εἰδικὴν ἐνασχόλησιν μὲ τὸ ἐν λόγῳ θέμα (βλ. §§ 37 ἐπ.).

V. Ἡ ἔννοια τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς καὶ αἱ περὶ αὐτὴν ἔριδες.

8. Ἄλλ' ἔφθασε ἤδη ἡ στιγμή νὰ ἀσχοληθῶμεν μὲ τὴν ἀποσαφήνισιν τῆς ἔννοιαις τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς. Θέμα τὸ ὅποῖον εἴχομεν ἐπιφυλάξει εἰς τὰς μέχρι τοῦδε ἀναπτύξεις μας, ἀρκεσθέντες προσωρινῶς εἰς πρόχειρον ὄρισμὸν τῆς εἰρημένης ἔνοχῆς.

Εἰς τὸ πλαίσιον τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν τὸ σημεῖον τοῦτο προεκάλεσε πολλὰς συζητήσεις ⁵⁰. Τοῦτο δέ, ὡς φρονῶ, χωρὶς σημαντικὴν οὐσιαστικὴν δικαιολογίαν καὶ μὲ ἀποτέλεσμα τὴν παραμέλησιν ἄλλων περισσότερον ζωντανῶν ζητημάτων τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν.

Πράγματι εἰς δύο μόνον σημεία συμφωνοῦν οἱ ἀσχοληθέντες μὲ τὰς ἀτελεῖς ἔνοχας. Πρῶτον εἰς τὸ ὅτι ὁ ἐξ αὐτῶν ὀφειλέτης δὲν ὑπόκειται εἰς ἐξαναγκασμόν. Καὶ δεύτερον εἰς τὸ ὅτι, οἰκειοθελῶς καταβαλὼν, δὲν ἀναζητεῖ ⁵¹. Ἄν παράγουν αἱ ἀτελεῖς ἔνοχαι καὶ ἄλλα, πλὴν τῆς *soluti retentio*, ἀποτελέσματα καὶ ποῖα, κατὰ κανόνα δὲ ἢ κατ' ἐξάφρην, αἱ γινώμαι ποικίλουν· γενικῶς δέ, ὡς εἶδομεν ἤδη, κρατεῖ ἡ ἀντίληψις, ὅτι ἢ ἐπὶ πλέον αὐτὴ νομικὴ ἐνέργεια διαφέρει ἀπὸ περιπτώσεως εἰς περίπτωσιν ⁵². Συνεπῶς τὰ ἄλλα αὐτὰ ἀποτελέσματα δὲν δύναται νὰ περιληφθοῦν ὡς σταθερὸν στοιχεῖον ἐνὸς γενικοῦ ὁρισμοῦ τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς. Ἄφ' ἐτέρου δὲν θεωρεῖται παρ' ὅλων ὅτι

49) Πρβλ. ἰδίως ἀρθρα 63 § 2, 243 § 3, 513 - 514 τοῦ ἐλβετικοῦ Κώδ. Ἐνοχῶν πρὸς τὰ ἀντίστοιχα ἐλληνικά. Σημαντικὴ διαφορά ὅμως ὑπάρχει μεταξὺ τοῦ ἀρθρου 512 ἑλλ. ΑΚ καὶ 239 § 3 ἑλβετ. Κ. Ἐνοχῶν, βλ. κατωτ. § 22 καὶ σημ. 245.

50) Λεπτομερῆς εἰκὼν τῶν σχετικῶν ἀμφισβητήσεων εἰς *Staudinger - Wehber* ἐνθ' ἄν., Π/1α ἀριθ. I, 1 - I, 29, ὅπου ἀρθροὶ παραπομπῆ καὶ ὡς πρὸς τὰ ἐν τῷ κειμένῳ μας ἐπόμενα.

51) Ἡ ἐπανειλημμένως ἤδη ἀναφερθεῖσα *soluti retentio*. Τὴν παρακράτησιν αὐτῆν τῶν καταβληθέντων ἄλλοι ἐκφράζουν λέγοντες, ὅτι ἡ ἀτελής ἢ φυσικὴ ἔνοχη ἀποτελεῖ διὰ τὸν πρὸς ἐν ἢ οἰκειοθελῆς καταβολῆς δανειστὴν νόμιμον αἰτίαν κτήσεως (*justam causam acquirendi*) ἀποκλείουσαν τὴν ἀναζήτησιν τοῦ ἀχρεωστήτου.

52) Βλ. λ.χ. Π. Ζέπου, Ἐνοχ. I § 4 Π 3, Φορκιώτη, Ἑλλ. ἐνοχ. δίκαιον τευχ. α' (1964) § 13 III ἐν τέλει, *Heck, Grundriss des Schuldrechts* (1929) § 24 ἀριθ. 5.

π ᾶ σ α ὑποχρέωσις μὴ ὑποκειμένη εἰς ἐξαναγκασμὸν ἀνήκει εἰς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς. Τέλος καὶ ἄλλαι διαφοροποιήσεις μεταξὺ τῶν ποικίλων περιπτώσεων, καθ' ἧς, κ α τ ᾶ τ ὸ μ ᾶ λ λ ο ν ἦ ἦ τ τ ο ν⁵³, ἀποκλείεται ὁ ἐξαναγκασμὸς, ἄγουν τινὰς τῶν συγγραφέων εἰς τὸ νὰ ἀρνοῦνται εἰς ὄρισμένους τοιαύτας περιπτώσεις τὸν χαρακτήρα τῆς «γνησίας» ἀτελοῦς ἐνοχῆς.

Ἡ πρακτικώτερος τρόπος, διὰ νὰ ἐννοήσῃ τις τὴν διαφορὰν τῶν ἀντιλήψεων ὡς πρὸς τὴν ἐννοίαν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, εἶναι ν' ἀναχωρήσῃ ἀπὸ τὰ ποικίλα θέματα ἀτελοῦς ἐνοχῆς, τὰ ὅποια ἐπὶ τῇ βᾶσει προσωρινοῦ χαρακτηρισμοῦ ἀπρηριθήσαμεν ἀνωτέρω (§ 2), καὶ νὰ ἐκθέσῃ ἐκάστοτε εἰς ποῖα ἐξ αὐτῶν ἀρνοῦνται διάφοροι συγγραφεῖς τὴν φύσιν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς καὶ διὰ ποίους λόγους.

Ὅστω ἐν πρώτοις ἀπαντᾷ τοιαύτη ἄρνησις εἰς θέματα ὅπου π ρ ο σ ω ρ ι ν ὤ ς ἔλλειπει ὁ ἐξαναγκασμὸς (μὴπω ληξιπρόθεσμος ἀπαίτησις, 905 § 2 ΑΚ· κληρονόμος ἔχων εἰσέτι τὸ δικαίωμα τῆς ἀποποιήσεως, 1858 ΑΚ), λόγῳ ἀκριβῶς τῆς προσωρινότητος⁵⁴. Ἐπίσης, ἐπὶ ὀφειλῆς ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος, μὲ τὸ τυπικολογικὸν ἐπιχείρημα, ὅτι τὸ ἄρθρ. 844 ΑΚ ὀρίζει εἰς τοιαύτας περιπτώσεις ὅτι «δὲν γεννᾶται ἀ π α ί τ η σ ι ς» καὶ ὅχι ὅτι δὲν παρέχεται ἀγωγή⁵⁵. Ἄλλοτε πάλιν ἠρνήθησαν τὴν ιδιότητα τῆς γνησίας ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἰς τὴν παραγεγραμμένην ἀπαίτησιν ἐπὶ τῇ σκέψει, ὅτι δύναται ὁ δανειστής νὰ ἐγείρῃ ἀγωγήν καὶ μόνον κατ' ἐνστάσιν ἢ ἀγωγή ἀπορρίπτεται⁵⁶. Παρομοίᾳ ἄρνησις διευτυπώθη ὡς πρὸς τὰς περιπτώσεις καθ' ἧς, ἔλλειπει τῆς ἐκπλήρωσεως τοῦ νομίμου τύπου, ἢ ἐνοχῆ εἶναι ἄκυρος, ἢ οἰκειοθελῆς ὅμως ἐκπλήρωσις ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου τὴν ἰσχυροποιεῖ (498 § 2, 849 ΑΚ)· διότι, λέγουν, διὰ τῆς ἐκπληρώσεως ἢ ἀρχικῶς ἄκυρος ἐνοχῆ μετετρέπη εἰς νομικῶς τελείαν⁵⁷.

Ἄλλ' ἢ σπουδαιότερα ἀμφισβήτησις, ἔνεκα τῆς εὐρύτητος τοῦ πεδίου ἐφαρμογῆς, ἀφορᾷ τὴν περίπτωσιν τῆς ἐκουσίας ἐκπληρώσεως ὀφειλῶν ἐξ

53) Λ.χ. ὅταν δὲν χωρῆ ἐκτέλεισις in natura ἀλλὰ μόνον ἔ μ μ ε σ ο ς ἐξαναγκασμὸς. Βλ. ἀμέσως κατωτέρω.

54) Πρβλ. Weber ἐνθ' ἄν., ἀριθ. L 5 ἐπ., L 8. Ὅτι εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἄρθρου 1858 ΑΚ δὲν ἐμποδίζεται ὁ ἔμμεπος ἐξαναγκασμὸς (δῆλωσις συμψηφισμοῦ, ἐνστάσις ἐπισχέσεως), ἄλλως ἢ εἰς πολλὰ ἄλλα θέματα ἀτελοῦς ἐνοχῆς (ἐφ' οὗ κατωτ. § 19), βλ. Lehmann εἰς Staudingers Kommentar V/1 (1954) § 1958 ἀριθ. 5· πρβλ. παρ' ἡμῶν 1859 § 2 ΑΚ ἐν τέλει καὶ ἐπ' αὐτοῦ Μ π α λ ἦ, Κληρον. (1959) § 172.

55) Κατάλογος τῶν ὑπερμάχων καὶ τῶν ἀντιπάλων τῆς ἐν λόγῳ ἀπόψεως εἰς Weber ἀριθ. L 22 - L 23.

56) Ὅστω λ.χ. ὁ Weber ἀριθ. L 15.

57) Βλ. καὶ πάλιν Weber ἀριθ. L 16, ὅπου καὶ οἱ ἀντίθεται. Κατὰ τῆς ὑπάρξεως ἀτελοῦς ἐνοχῆς παρ' ἡμῶν Μ α ν τ ζ ο ὄ φ α ς, Ἐνοχ. I (1957), Εἰσαγωγή σ. 13 σημ. 43 καὶ Φ ο υ ρ κ ῖ ὄ τ η ς, Ἑλλήν. ἐνοχ. δίκ., γεν. μέρος, τευχὸς α' (1964), § 13 IV σ. 139 ἐπ. Πρβλ. καὶ Π. Ζέππου, Ἐνοχ. I § 4 Π 1 γ σ. 96.

ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπειάς (906 καὶ 512 ΑΚ). Ἡ κρατοῦσα γνώμη ἀποκρούει καὶ ἐδῶ τὴν ὑπαγωγὴν εἰς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχάς. Ἡ ἠθικὴ ἢ κοινωνικὴ ὑποχρέωσις, λέγουν, πρὸ τῆς ἐκπληρώσεώς της, εἶναι ἐν τ ε λ ῶ ς ἀ ν ὑ π α ρ κ τ ο ς ν ο μ ι κ ῶ ς. Ἐν δὲ τὰ οἰκειοθελῶς καταβληθέντα δὲν ἀναζητοῦνται, τοῦτο ὀφείλεται εἰς τὸ ὅτι προηγουμένως (ἔστω καὶ ἐν δευτερόλεπτον πρὸ τῆς ἐκπληρώσεως) ὁ καταβάλλων ἀνέλαβε τὸ πρῶτον νομικὴν ὑποχρέωσιν ἐκ χριστικῆς αἰτίας, ἢ ἄλλως συνῆψε δωρεάν⁵⁸.

Ἔως ἐδῶ ἐξεθέσαμεν προσπαθείας συστολῆς τῆς ἐννοίας τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς. Ἀλλὰ παρατηρεῖται καὶ τὸ ἀντίθετον φαινόμενον τῆς διευρύνσεως τῆς ἐννοίας. Οὕτω προτείνεται ἐνίοτε ὡς περίπτωσις ἀτελοῦς ἔνοχῆς ἢ ἐκ τῆς μνηστείας σχέσις, λόγῳ τοῦ ὅτι ἡ μνηστεία δὲν γεννᾷ ἀγωγὴν πρὸς ἐξαναγκασμὸν τοῦ γάμου (1346 § 1 ΑΚ)⁵⁹. Ἄλλοι πάλιν ὑπάγουσιν εἰς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχάς ποικίλας περιπτώσεις, καθ' ἃς, ὡς ἐπὶ μνηστείας, δὲν χωρεῖ ἄμεσος ἐξαναγκασμὸς πρὸς αὐτοπρόσωπον in natura ἐκτέλεσιν τῆς ὑποχρέωσεως, ὡς κατὰ κανόνα ἐπὶ ὑποχρέωσεων συνισταμένων εἰς πράξιν ἢ παράλειψιν, ἐπιτρέπεται δὲ μόνον ἔμμεσος ἐξαναγκασμὸς: λ.χ. διὰ καταδικῆς εἰς χρηματικὴν ποινὴν, ἢ προσωπικὴν κράτησιν, ἢ ἀποζημιώσεις⁶⁰. Τέλος ὡς ἀτελεῖς ἔνοχάς θεωροῦν τινὲς καὶ τὰς περιπτώσεις καθ' ἃς ὑπόσχεταί τις πράξεις ἢ παροχὰς σχετικὰς πρὸς τὸ σῶμα τοῦ ἢ τὴν προσωπικότητά του, ὡς πρὸς τὰς ὑποίας κατὰ νόμον δὲν δύναται νὰ δεσμευθῇ, ἀλλ' ἤπαξ τὰς ἐκτέλεση θεωρεῖται ὅτι νομίμως ἐνήργησε⁶¹.

58) Βλ. Ennecerus - Lehmann ἐνθ' ἀν. § 3. Ἐπίσης ἄλλας παραπομπὰς εἰς Weber ἀριθ. L 19 ἐπ., ὁ ὁποῖος ὅμως κηρύσσεται ὑπὲρ τῆς ὑπάρξεως ἀτελοῦς ἔνοχῆς. Σύμφωνος εἰς τοῦτο παρ' ἡμῖν ὁ Λίπποβας, ΝοΒ ΣΤ' σ. 198 ἀριθ. 6. Κατὰ τοῦ χαρακτηρισμοῦ τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς, ἀλλὰ μὲ διάφορον θεμελίωσιν, Μαντζούφας ἐνθ' ἀν. I, Εἰσαγωγὴ σ. 13 - 14, βλ. καὶ Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαὶ § 132 ἐν τέλει. Ἡ ἐν τῷ κειμένῳ ἐπιχειρηματολογία ἀνεπτύχθη ἰδίως ἐν Γαλλίᾳ ὑπὸ τινων συγγραφέων, βλ. κατωτ. § 12. Ἄλλ' ἢ κρατήσασα ἐκεῖ γνώμη θεωρεῖ ὅπως ἀντιθέτως, ὅτι αἱ φυσικαὶ ἔνοχοι δὲν εἶναι τίποτε ἄλλο παρὰ ἡ παροχὴ περιωρισμένης νομικῆς ἐνεργείας εἰς ἠθικὰς ὑποχρέωσεις. Σημειωτέον ὅτι ἐν Ἰταλίᾳ ρητῶς ὁ ΑΚ τοῦ 1942 ταυτίζει τὰς ἐξ ἠθικοῦ ἢ κοινωνικοῦ καθήκοντος ὀφειλάς πρὸς τὰς «φυσικάς» ἔνοχάς: βλ. ἀρθρ. 2034 καὶ ἐπ' αὐτοῦ τοὺς ἀνωτ. ἐν σημ. 44 συγγραφεῖς.

59) Μπαλῆς, Μαντζούφας ἐνθ' ἀν. Ἀντίθετος Φουρριώτης ἐνθ' ἀν. § 13 IV σ. 140.

60) Πρβλ. ΚΠολΔ 1007 - 1010 καὶ ἐπ' αὐτῶν Ράμμου, Εἰσηγήσεις ἀστ. δικονομικοῦ δικαίου II (1969) § 179. Παράδειγμα: ὁ μισθωτὸς δὲν δύναται νὰ ἐξαναγκασθῇ εἰς αὐτοῦσαν ἐκτέλεσιν τῆς ὑπεσχημένης ἐργασίας. Βλ. Heck ἐνθ' ἀν. § 24 ἀριθ. 5, σ.

71, Weber ἐνθ' ἀν., ἀριθ. L 13 - L 14.

61) Βλ. ἀνωτ. § 3 ὑπὸ ε.

9. Κατὰ ταῦτα, τὸ περιεχόμενον τῆς ἐνόιας τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἶναι ἐξόχως ἀμφισβητούμενον⁶². Ἄλλ' ἐρωτᾶται ἤδη : ποία ἡ ἀξία τῶν σχετικῶν ἀμφισβητήσεων;

Ἡ ἀξία αὕτη δὲν φαίνεται μεγάλη. Ἦδη ἀπὸ τοῦ 1949 ὁ καθηγητὴς Φραγκίστας παρετήρει προσφύεστατα⁶³, ἀναφορικῶς πρὸς τὰς προεκτεθείσας ἀντιρρήσεις κατὰ τῆς κατατάξεως τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς καὶ τῆς ὀφειλῆς ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος εἰς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς, ὅτι αἱ ἀντιρρήσεις αὗται δὲν ἀντέχουν «εἰς οὐσιαστικὴν ἐκτίμησιν τῶν πραγμάτων» διότι «οὐσιώδη γνωρίσματα τῆς φυσικῆς ἐνοχῆς» εἶναι τὸ ὅτι ἡ ἐν γνώσει καταβολὴ τῆς δὲν συνιστᾷ δωρεάν, ἡ δὲ ἐν ἀγνοίᾳ δὲν παρέχει ἀξίωσιν ἀχρεωστήτου· ταῦτα δὲ συντρέχουν ἐπὶ παραγεγραμμένης ὀφειλῆς καὶ ἐπὶ τοιαύτης ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος. Αἱ παρατηρήσεις αὗται τοῦ καθηγητοῦ Φραγκίστα περὶ ἐλλείψεως οὐσιαστικῆς ἀξίας τῶν συζητήσεων περὶ τὴν ὑπαγωγὴν ἢ μὴ εἰς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς, δύνανται, ἀσφαλῶς, νὰ γενικευθοῦν.

Ἐπίμονος προσπάθεια πρὸς καθορισμὸν τοῦ ἀκριβοῦς περιγράμματος τῆς ἐνόιας τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς θὰ ἐδικαιολογεῖτο, ἂν εἶχε περιληφθῆ εἰς τὸν νόμον ρυθμίσεις τοῦ θέματος θεμελιωμένη ἐπὶ τῆς ἐν λόγῳ ἐνόιας. Τοιαύτη ρυθμίσις ἀπαντᾷ εἰς τὸν ἰταλικὸν ΑΚ τοῦ 1942 (ἄρθρ. 2034) καὶ ὑπὸ τινα ἔννοιαν καὶ εἰς τὸν γαλλικὸν (ἄρθρ. 1235). Ὁ Ἄστικὸς μας Κώδιξ ὅμως, ἀκολουθῶν ἐν τούτῳ κυρίως τὸ γερμανικὸν ἀλλὰ καὶ τὸ ἐλβετικὸν πρότυπον, ὄχι μόνον δὲν ἐρρυθμίσεν ἐπαρκῶς καὶ συγκεκριμένως τὰ τῶν μὴ ὑποκειμένων εἰς ἐξαναγκασμὸν ὀφειλῶν, ἀλλ' οὐδὲ κἂν χρησιμοποιεῖ, ἔστω ἄπαξ, τὸν ὄρον «ἀτελής» ἢ «φυσικὴ» ἐνοχὴ. Ἄν εἶχε συμβῆ τὸ ἀντίθετον, εἶχε δηλ. συνδεθῆ ἀφηρημένως ἢ λύσις πρακτικῶν ζητημάτων πρὸς τὴν ὑπαρξίν «ἀτελοῦς ἐνοχῆς», θὰ εὕρισκετο βεβαίως ὁ ἐφαρμοστὴς τοῦ δικαίου εἰς τὴν ἀνάγκην νὰ προσδιορίσῃ μὲ ἀκρίβειαν τὰ χαρακτηριστικὰ γνωρίσματα τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς καὶ νὰ ἀποσαφηνίσῃ τί ὑπάγεται εἰς τὴν ἔννοιαν καὶ τί μένει ἐκτὸς αὐτῆς. Ὁ Κώδιξ ὅμως περιορίσθη νὰ ρυθμίσῃ ὀλίγας ἐντελῶς συγκεκριμένας περιπτώσεις μὴ ἐξαναγκαστῶν, ἀλλὰ δυναμένων νὰ στηρίξουν ἔγκυρον οἰκιοθελῆ καταβολὴν ὀφειλῶν ἐξ αὐτῶν δὲ ὀρμωμένη ἢ ἐπιστήμη ἐπεδόθη εἰς διάπλασιν γενικῆς θεωρίας περὶ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν. Κατὰ τὴν οἰκοδόμησιν τῆς θεωρίας αὐτῆς διεπιστώθη, ὅτι ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ὀλίγων ὑπαρχόντων νομοθετικῶν κειμένων, διαφόρων κατὰ τὸ περιεχόμενόν των, δὲν ἦτο ἐφικτὸν νὰ ἀποδοθοῦν εἰς πᾶσαν περίπτωσιν μὴ ἐξαναγκαστῆς ἐνοχῆς τὰ αὐτὰ πάντοτε ἀποτελέσματα.

62) Ἐνεκὰ τούτου, καὶ ἐπειδὴ ἡ παρούσα ἐργασία ἐπρόκειτο νὰ περιλάβῃ καὶ τὴν μελέτην περιπτώσεων, εἰς τὰς ὅποιας πολλοὶ ἀρνοῦνται τὴν φύσιν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, προεκρίθη ὁ τίτλος : « ἀτελεῖς ἐνοχαὶ καὶ συγγενεῖς νομικαὶ μορφαί ».

63) Ἐν ἙρμΑΚ τόμ. Π/Α, Γεν. Εἰσαγωγὴ, ἀριθ. 37 - 39.

περὶ ὧν ἀνωτέρω εἶναι συμφέρον νὰ περιλάβουν μεγαλύτερον ἀριθμὸν περιπτώσεων. Πάντως ὁ κύκλος δὲν πρέπει νὰ εὐρυνθῇ τόσον πολὺ, ὥστε αἱ ὁμοιότητες νὰ καθίστανται πλέον ἀσήμαντοι. Αἱ νομικαὶ ἔννοιαι ἀποβάλλουν μέγα μέρος τῆς χρησιμότητός των, ὅταν τανύεται τόσον πολὺ τὸ περιγγραμμά των, ὥστε σχεδὸν νὰ περιλαμβάνουν τὰ πάντα⁶⁶.

Θὰ εἴπωμεν οὕτω, ὅτι ἡ ἀτελής ἐνοχὴ εἶναι ἐνοχὴ μὴ ἐξαναγκαστή, οὐτε καὶ ἐμμέσως, ἀλλὰ δυναμμένη νὰ στηρίξῃ σὶ κειοθελή καταβολήν, ἐνδεχομένως δὲ νὰ παραγάγῃ καὶ ἄλλα τινὰ ποικίλοντα ἀπὸ περιπτώσεως εἰς περιπτώσιν νομικὰ ἀποτελέσματα, ἐξαρτώμενα ὅμως πάντοτε καὶ αὐτὰ ἐκ τῆς βουλήσεως τοῦ ὑποχρέου⁶⁷.

Μὲ τοιοῦτον εὐρὺ πλαίσιον ἡ ἔννοια κατορθώνει νὰ περιλάβῃ τὰς πλείστας τῶν πρακτικῶν περιπτώσεων, τὰς ὁποίας ἕως τώρα συνητήσαμεν.

II. Ὁ δοθεὶς ὁρισμὸς χρειάζεται μερικὰς περαιτέρω ἐπεξηγήσεις.

A. Συχνὰ λέγεται, ὅτι ἡ ἀτελής ἐνοχὴ εἶναι ἐνοχὴ μὴ ἀγωγίμος. Ἐπρωτιμήσαμεν ἀντ' αὐτοῦ τὸν ὅρον μὴ ἐξαναγκαστή, ὡς εὐρύτερον καὶ ἀναποκρινόμενον πληρέστερον πρὸς τὰ πράγματα. Ἡ ἀγωγή δὲν εἶναι τὸ μόνον νόμιμον μέσον ἐξαναγκασμοῦ. Ἐμμέσως ἐξαναγκάζει καὶ ἡ ἐνστάσις. Δι' αὐτῆς, εἴτε ἐν δίκῃ εἴτε καὶ ἐξωδίκως ἀντιτασσομένης, κατορθώνει εἰς ἀρκετὰς περιπτώσεις ὁ δανειστής πλήρους νομικῆς ἐνοχῆς νὰ ἐκβιάσῃ τὴν ἐκπληρωσὴν τῆς : διὰ προβολῆς συμψηφισμοῦ, δικαιοῦματος ἐπισχέσεως, ἐνστάσεως μὴ ἐκπληρωθέντος συναλλάγματος. Ἄλλο πλὴν τῆς ἐνστάσεως μέσον ἐξαναγκασμοῦ εἶναι καὶ ἡ θεμιτὴ αὐτοδικία (282 - 283 ΑΚ)⁶⁸. Ἡ διατύπωσις μας «ἐνοχὴ μὴ ἐξαναγκαστή» πρὸς ἀπόδοσιν τῆς οὐσίας τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἐπιτρέπει νὰ τονίσωμεν ὅτι κατὰ κανόνα⁶⁹ δὲν ἐλλείπει ἐξ αὐτῆς μόνον ἡ ἀγωγή, ἀλλὰ καὶ τὰ ἄλλα μέσα ἐξαναγκασμοῦ⁷⁰.

66) Πρβλ. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) σ. 330. Οἱ Γερμανοὶ ἐν τοιαύτῃ περιπτώσει χρησιμοποιοῦν ἐνίοτε τὴν ἔκφρασιν «Verwässerung der Begriffe» («νεροὺλιασμα» τῶν ἐνοιῶν).

67) Ἡ τρίτου χάριν αὐτοῦ ἐνεργοῦντος : καταβολὴ ὑπὸ τρίτου, παροχὴ ἐγγυήσεως, σύστασις ἐμπραγμαίου ἀσφαλείας ὑπὸ τρίτου. Βλ. κατωτ. §§ 16 καὶ 18.

68) Ἐπ' αὐτῆς ἐκτενῶς Γάφος ἐν ἘρμΑΚ ὑπὸ τὰ ἀνωθι ἄρθρα.

69) Ἐξαιρέσεις ἐπὶ παραγεγραμμένης ἀπαιτήσεως : ἡ ἀγωγή τοῦ δανειστοῦ ἐξουδετερώνεται διὰ τῆς προβολῆς τῆς ἐνστάσεως τῆς παραγραφῆς, ἀλλ' ὑπὸ προϋποθέσεις δύναται οὗτος νὰ ἀντιτάξῃ τὴν ἀπαιτήσιν πρὸς συμψηφισμὸν (443 ΑΚ καὶ ἐπ' αὐτοῦ Φραγκίστας ἐν ἘρμΑΚ ὑπὸ τὸ ἄρθρον).

70) Καὶ ὁ Φραγκίστας ἐν ἘρμΑΚ, τόμος II/A, Γεν. Εἰσαγωγή ἀριθ. 35, ἀπο-

Β. Εἶδομεν ἤδη (ἀνωτ. § 8 ἐν τέλει), ὅτι ὀρισμένοι συγγραφεῖς περιλαμβάνουν εἰς τὸ πλάσιον τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν καὶ ὑποχρεώσεις, τῶν ὁποίων ἡ *in patria* ἐκπλήρωσις δὲν ἐξαναγκάζεται ἀπ' εὐθείας: μνηστεία, συμβίωσις συζύγων, ὑποχρεώσεις γενικώτερον πρὸς τέλεσιν πράξεως ἢ παράλειψιν. Εἶναι ὅμως ἐπ' αὐτῶν δεκτὰ ἄλλα μέτρα ἐμμέσου ἐξαναγκασμοῦ: χρηματικὴ ποινὴ ἐπιβαλλομένη ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, προσωπικὴ κράτησις, ὑποχρεώσεις ἀποζημιώσεως (1007 - 1010 ΚΠολΔ, 1346 ΑΚ), ἡ ἀποδόσεως ὀρισμένων ληφθεισῶν παροχῶν (1348 ΑΚ). Ἐνεκα τοῦ τελευταίου αὐτοῦ χαρακτηριστικοῦ αἱ περιπτώσεις αὐταὶ ἀπομακρύνονται ἄρκετὰ ἀπὸ τὴν τυπικὴν μορφήν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὡς ἐνοχῆς οὕτε ἐμμέσως ἐξαναγκαστῆς καὶ ὀρθότερον εἶναι νὰ μὴ ὑπαχθοῦν εἰς τὴν ἐννοίαν τῆς. Ἐξ οὗ καὶ ἡ περιληφθεῖσα εἰς τὸν ὀρισμὸν μας φράσις πρὸς ἀποκλεισμὸν τῶν ἐμμέσως ἐξαναγκαστῶν ὀφειλῶν.

Γ. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον καλὸν εἶναι νὰ διακριθοῦν γενικώτερον ἀπὸ τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς αἱ ὑπὸ τῶν Γερμανῶν ὀνομαζόμεναι *Obliegenheiten*, ἡ κατὰ τὴν συνηθεστέραν ἐλληνικὴν ἀπόδοσιν τὰ «βάρη»⁷¹. Πρόκειται ὡς γνωστὸν τὴν ἐπιταγῶν ἀπειθουμένων ὑπὸ τοῦ νόμου ἢ δικαιοπραξίας πρὸς τὸ πρόσωπον, αἱ ὁποῖαι δὲν δύνανται νὰ ἐκβιασθοῦν ἀπ' εὐθείας δι' ἀγωγῆς, ἡ μὴ συμμόρφωσις ὅμως πρὸς τὰς ὁποίας ἐπιφέρει ἄλλας ἐπιζημίους συνεπειὰς διὰ τὸν παραβάτην: ἐκπτώσεις ἀπὸ δικαιωμάτων, καταβολὴν ἀποζημιώσεως ἢ ποινικῆς ρήτρας κλπ. Ὑπάρχει οὕτω ἐδῶ ὁ ἐμμέσως ἐξαναγκασμὸς καὶ αὐτὸ μᾶς ἀπομακρύνει καὶ πάλιν ἀπὸ τὴν τυπικὴν μορφήν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς.

Δ. Ὁ ὀρισμὸς μας τονίζει ὅτι, ἐκτὸς τῆς παρακρατήσεως τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων, ἡ ἀτελεῖς ἐνοχὴ δύναται νὰ παραγάγῃ, κατὰ τὰς περιπτώσεις, καὶ ἄλλα τινὰ νομικὰ ἀποτελέσματα, ἐξαρτώμενα ὅμως πάντοτε ἐκ τῆς θελήσεως τοῦ ὑποχρέου⁷². Δύναται ἰδίως ὁ ὀφειλέτης νὰ ἀναγνωρίσῃ διὰ συμβάσεως τὴν ὑποχρέωσιν, μετατρέπων αὐτὴν εἰς νομικῶς ἀρτίαν καὶ ἀγώγιμον (πρβλ. 272 § 2 ΑΚ ἀλλὰ καὶ 844). Δύναται ἡ ἀτελεῖς ἐνοχὴ νὰ ἐνισχυθῇ διὰ παροχῆς ἀσφαλείας (πρβλ. καὶ πάλιν 272 § 2) ἢ ποινικῆς ρήτρας. Εἶναι προφανῶς καὶ ταῦτα, λόγῳ τῆς προϋπο-

φεύγει νὰ ὀρίσῃ τὴν «φυσικὴν» ἐνοχὴν ὡς ἐνοχὴν μὴ ἀγώγιμον, προτιμῶν νὰ τονίσῃ τὸ μὴ ἐξαναγκαστὸν αὐτῆς.

71) Ὡς πρὸς τὴν γενικὴν θεωρίαν τῶν *Obliegenheiten*, τῆς ὁποίας πάντως ἄρκετὰ σημεῖα ἀμφισβητοῦνται, βλ. ἀντ' ἄλλων Weber εἰς Staudinger II/1a ἀριθ. Μ 1 ἐπ., σ. 178 ἐπ. Παρ' ἡμῶν δέ, πλὴν τοῦ ἤδη μνημονευθέντος Φουρκιώτη, Ἑλλήν. ἐνοχ. § 13 IV 3, βλ. Τσιριντάνη, Τὸ ἀσφαλιστικὸν βᾶρος, ἐν Μελέταις Ἐμπορ. Δικαίου I (1949), σ. 160 ἐπ.

72) Ἡ τρίτου χάριν αὐτοῦ ἐνεργῶντος, βλ. ἀνωτ. σημ. 67.

θέσεως τῆς οἰκειοθελοῦς ἐνεργείας, νέαι ἐκδηλώσεις τῆς ἀνυπαρξίας ἐξαναγκασμοῦ ἐπὶ ἀτελοῦς ἐνοχῆς^{73, 74}.

VI. Ἡ ἀμφισβήτησις τῆς ἀναγκαιότητος τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὡς αὐτοτελοῦς νομικῆς κατηγορίας.

12. Ἐνῶ αἱ θεωρητικαὶ συζητήσεις, μὲ τὰς ὁποίας πρὸ ὀλίγου ἡσχο-
λήθημεν, ἀφεώρων τὴν ὑπαγωγὴν ταύτης ἢ ἐκείνης τῆς περιπτώσεως εἰς τὴν
ἐννοίαν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, μία ἄλλη θεωρητικὴ διαμάχη θίγει αὐτὰ τὰ θε-
μέλια τοῦ θέματός μας. Πρόκειται περὶ τοῦ ἐὰν ἐν γένει ἢ νομικῆ κατασκευὴ
τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἶναι ἀπαραίτητος εἰς τὸ δίκαιον.

Ἰπῆρξαν πράγματι συγγραφεῖς, οἱ ὅποιοι ἡμφισβήτησαν τὴν ἀναγκαιό-
τητά της. Ἰποχρέωσις, ὑπεστήριζαν, εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ δικαίου δὲν εἶναι
νοητὴ παρὰ μόνον ἐφ' ὅσον ὑφίσταται ἡ δυνατότης τοῦ ἐξαναγκασμοῦ. Συνε-
πῶς ἡ λεγομένη «ἀτελής» ἢ «φυσικὴ» ἐνοχὴ δὲν ἔχει καμμίαν ἀπολύτως νο-
μικὴν ὑπόστασιν. Τὸ ὅτι ἡ ἐκουσία καταβολὴ εἰς τὰ οἰκεῖα θέματα δὲν δίδει
λαβὴν εἰς ἀναζήτησιν, ἐξηγεῖται καὶ χωρὶς τὴν παρεμβολὴν τῆς προὔπαρχού-
σης δῆθεν ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Ἀπλῶς ὁ νόμος, δι' ὠρισμένους ἐκάστοτε λόγους,
ἀποκρούει τὴν ἀνάληψιν τῶν δοθέντων. Ἀλλὰ καὶ ἡ ἰσχὺς τῆς δοθείσης, διὰ
συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως, ὑποσχέσεως ὅτι θὰ ἐκπληρωθῇ τοιαύτη ἐνοχὴ, ἢ
ὁποία καὶ τὴν μετατρέπει ἀπὸ «ἀτελοῦς» εἰς νομικῶς ἀρτίαν, δὲν χρειάζεται
τὴν ὑπόθεσιν ὅτι προϋπάρχει ἀσθενικὴ ἔστω ὑποχρέωσις, στηρίζουσα τὴν τοι-
αύτην μετατροπὴν. Ἀπλούστατα ἢ συναφθεῖσα «ἀναγνωριστικὴ» σύμβασις
δημιουργεῖ πρωτογενῶς, ἐκ τοῦ μηδενός, τὴν πλήρη νομικὴν ὑπο-
χρέωσιν. Ἄν εἰς τοῦτο προσθέσῃ τις ὅτι ἡ κατάστασις τῆς νομοθεσίας δὲν
ἐπιτρέπει τὴν διαμόρφωσιν ἐνιαίων κανόνων δι' ἄλλας τὰς περιπτώσεις τὰς
βαπτίζομενας μὲ τὴν ὀνομασίαν «ἀτελεῖς» ἢ «φυσικαὶ» ἐνοχαί, εἰς οὐδὲν χρη-
σιμεύει τὸ νομικὸν πλάσμα, ὅτι εἰς τὰ οἰκεῖα θέματα προϋπῆρχε νομικὸς τις
πυρὴν ὑποχρεώσεως. Τὸ δίκαιον μόνον ὠφέλειαν θὰ ἀποκομίσῃ ἂν παύσῃ νὰ
γίνεται λόγος περὶ ἀτελῶν ἐνοχῶν καὶ ἂν ἀντιμετωπίζονται αἱ σχετικαὶ πε-

73) Περὶ τῆς σχέσεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν πρὸς τὰς ἐσχάτως προσελκυσάσας εἰς τὴν
ἡπειρωτικὴν Εὐρώπην τὸ ἐνδιαφέρον τῶν μελετητῶν «συμφωνίας κυρίων» (gentlemen's
agreements), συνῆθεις εἰς τὴν συναλλακτικὴν ζωὴν τῶν ἀγγλοσαξωνικῶν χωρῶν, βλ.
W e b e r εἰς S t a u d i n g e r II/1a ἀριθ. 16 ἐπ. καὶ ἐκτενέστερον R e u s εἰς Archiv
für civil. Praxis, τόμ. 154 (1955) σ. 485 ἐπ.

74) Πολλοὶ συγγραφεῖς κρίνουν ἀναγκαιὸν νὰ συσχετίσῃ τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς πρὸς τὴν
διάκρισιν, ἐπὶ ἐνοχῶν, τοῦ στοιχείου τῆς «ὀφειλῆς» ἀπὸ τοῦ στοιχείου τῆς «εὐθύνης». Ἡ
συσχέτισις δὲν εἶναι, φρονῶ, ἐντελῶς ἀπαραίτητος καὶ διὰ τοῦτο παραλείπεται ἐδῶ.

ριπτώσεις ἀπ' εὐθείας, ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ἀφορωσῶν αὐτὰς διατάξεων, ἀνευ ταξινομήσεως εἰς τὴν πλασθεῖσαν ἀσκόπως ἰδίαν νομικὴν κατηγορίαν ⁷⁵.

Ἡ ἐκτεθεισὰ ἐχθρική πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχὰς διδασκαλία, ἀρκετὰ παλαιὰ εἰς τὴν νομικὴν ἐπιστήμην, ἀνεφάνη καὶ μάλιστα ἀνεζωπυρώθη κατὰ τὰ τελευταῖα ἔτη, ἰδίως εἰς τὴν Γαλλίαν. Ἐκτενεῖς μελέται ἐδημοσιεύθησαν προσφάτως καὶ ἐπιστημονικὸν συνέδριον περιέλαβε τὸ θέμα εἰς τὸ πρόγραμμα τῶν ἐργασιῶν του ⁷⁶. Εἰδικαὶ συνθῆκαι τοῦ ἐκεῖ ἰσχύοντος δικαίου ἐξηγοῦν τὴν μεγάλην ἀνάπτυξιν τῆς διδασκαλίας. Πράγματι, ὡς γνωρίζομεν ἤδη (ἀνωτ. σημ. 43), ὁ γαλλικὸς ΑΚ μίαν μόνον διάταξιν σχετικῶς πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχὰς περιέχει, τὸ ἄρθρ. 1235, καθ' ὃ δὲν χωρεῖ ἡ ἀπαίτησις τοῦ ἀχρεωσθέντος ὡς πρὸς ἐκουσίως ἐκπληρωθείσας φυσικὰς ὑποχρεώσεις. Πότε ὑπάρχει «φυσικὴ» ὑποχρέωσις ἀπέκειτο, λόγῳ τῆς σιωπῆς τοῦ νόμου, εἰς τὴν ἐπιστήμην καὶ τὴν νομολογίαν νὰ καθορίσουν. Κατὰ τὴν ἐκπλήρωσιν τῆς ἀποστολῆς αὐτῆς ἐνεφανίσθησαν εὐθὺς ἐξ ἀρχῆς δύο τάσεις. Ἡ μία, ἐκ φόβου τῆς αὐθαιρέσιος τοῦ δικαστοῦ, ἐπέδωξε νὰ χαράξῃ στενότερα τὸν κύκλον τῶν φυσικῶν ἔνοχων. Ἡ ἀνεγνωρίζοντο ὡς τοιαῦται ἐλάχισται περιπτώσεις δυνάμεναι ὡπωσδήποτε νὰ εὑρουν στήριγμα εἴτε ἐμμέσως εἰς τὸν νόμον (παίγνιον, στοίχημα, 1967 γαλλ. ΑΚ), εἴτε εἰς τὴν νομικὴν παράδοσιν (πραγεγεγραμμένη ὀφειλή). Ἡ ἄλλη τάσις ἠθέλησε, χάριν προαγωγῆς τῆς ἠθικοποιήσεως τοῦ δικαίου, νὰ εὐρύνη πολὺ τὸ περιεχόμενον τῆς ἐνόχιας τῆς φυσικῆς ἐνοχῆς· καὶ ὡς περιπτώσεις αὐτῆς ὑπεδείκνυε ὅλας ἐκεῖνας, καθ' ἃς θὰ διεγιγνώσκето ἡ ὑπαρξὶς σοβαροῦ ἠθικοῦ καθήκοντος (devoir de conscience) ὄψοῦντος εἰς τινὰ παροχῆν. Ἡ γαλλικὴ νομολογία ἠκολούθησε τὴν δευτέραν τάσιν καὶ ἡ πλειο-

75) Ἡ ἐν τῷ κειμένῳ συνοπτικῶς ἀποδομένη κατὰ τὴν οὐσίαν τῆς ἀντίληψις ἐμφανίζει βεβαίως παραλλαγὰς διατυπώσεως ἀπὸ συγγραφῆς εἰς συγγραφῆς. Ἐν Γερμανίᾳ τὴν ὑπεστήριξε κυρίως ὁ Fr. Leonard (Allgem. Schuldrecht, 1929, § 8 σ. 15 ἐπ.). Ἐν Ἑλβετίᾳ ὁπαδὸς τῆς ἀντιλήψεως ὁ Heitz, ἐνθ' ἄν., ἰδίως σ. 48 ἐπ., 108 ἐπ., (ὅπου καὶ κατέλογος τῶν γερμανικῶν καὶ ἐλβετικῶν ὁμοφρόνων καὶ ἀντιπάλων). Ἐχθρικός μᾶλλον πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχὰς ἐκ τῶν νεωτέρων καὶ ὁ Larenz, Lehrb. des Schuldrechts I (1964) § 2 III, σαφῶς δὲ κατ' αὐτῶν ὁ v. Büren, Schweiz. Obligationenrecht (1964) σ. 11-12.

76) Ἀντίπαλοι τῆς «φυσικῆς» ἐνοχῆς ἰδίως ὁ Flour (rapport εἰς τὰ Travaux de l'Association H. Capitant, tome VII, IIe Congrès canadien 1952 (Montréal, ἐκδ. 1956), ὅπου ἡ συζήτησις τοῦ θέματος εἰς σ. 813-892, καὶ ἡ Michelle Gouber, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle (1957), δι' ὅλου τοῦ ἔργου, Ἐπέρμαχοι τῶν ἀτελῶν ἔνοχων οἱ συγγραφεῖς τῶν πλείστων νεωτέρων συγγραμμάτων ἐνοχικοῦ δικαίου (βλ. ἀνωτ. σημ. 43), ἐπίσης J. J. Dupuyroux ἐν Mélanges Jacques Maury II (1960) σ. 321 ἐπ. Ἐπιγραμματικῆ ἐκθεσις τῆς ὅλης διαμάχης εἰς Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, ἀριθ. 186 ἐπ. Ἐνδιαφέροντα καὶ εἰς Carbonnier, Droit civil IV (1969) § 2 σ. 8 ἐπ., § 3 II σ. 13 ἐπ.

ψηφία τῶν συγγραφέων τὴν ἐπέδοκίμασε. Ἡ καταπολέμησις τῆς ἐπικρατούσης ἐκδοχῆς ἐπεδιώχθη, πλὴν ἄλλων, καὶ διὰ τῆς μεταφορᾶς τῆς οὐσιαστικῆς ἀντιθέσεως εἰς τὸ πεδῖον τῶν νομικῶν κατασκευῶν. Ἡ φυσικὴ ἐνοχὴ, ὑπεστηρίχθη, εἶναι τι τὸ ἀνύπαρκτον. Τὰ ἠθικὰ καθήκοντα, ἐφ' ὅσον δὲν μετουσιώθησαν διὰ ρητῶν διατάξεων εἰς νομικὰς ὑποχρεώσεις, εἶναι ζένα ἐντελῶς πρὸς τὴν σφαῖραν τοῦ δικαίου. Οἱ καταβάλλοντες πρὸς ἐκπλήρωσιν τοιούτων ἠθικῶν καθηκόντων ἢ ὑποσχόμενοι τὴν ἐκπλήρωσίν των παρέχουν ἢ συνομολογοῦν δωρεάν⁷⁷. Ἐφαρμόζονται κατ' ἀκολούθιαν ὅλοι οἱ κατὰ νόμον περιορισμοὶ τῶν δωρεῶν· καὶ δυσχεραίνεται εἰδικώτερον ἢ χωρὶς ὄριμον σκέψιν ἀνάληψις δεσμευτικῶν ὑποχρεώσεων (λόγω τῆς ὑποβολῆς τῶν δωρεῶν εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον), ἢ ὅποια ἄλλως, μὲ τὸ νομικὸν πλάσμα τῆς προϋπαρχούσης φυσικῆς ὑποχρεώσεως, ὅα ἦτο ἀνεμπόδιστος (βλ. κατωτ. §§ 45 ἐπ.).

13. Εἰς τὸ ἐλληνικὸν δίκαιον, ὅπως καὶ εἰς τὰ δύο ζένα πρότυπά του (γερμανικὸν καὶ ἐλβετικόν), ἡ συζήτησις περὶ τῆς ἀναγκιότητος ἢ μὴ τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὡς αὐτοτελοῦς νομικῆς κατηγορίας δὲν παρουσιάζει τὴν ἰδίαν οἰκονομία⁷⁸. Δὲν λανθάνει ὑπ' αὐτὴν καμμία οὐσιαστικὴ σύγκρουσις ἀντιλήψεων. Πράγματι εἰς τὴν Ἑλλάδα, ὅπως εἰς τὴν Γερμανίαν καὶ τὴν Ἑλβετίαν, δὲν ἔχει θέσιν ἀμφισβήτησις ὡς πρὸς τὸ ἐὰν τὰ ἠθικὰ καθήκοντα δύνανται ν' ἀποτελέσουν στήριγμα ἐγκύρου καταβολῆς ἢ ὑποσχέσεως ἐκπλήρωσεως. Τὸ ζήτημα δὲν ἀφέθη, ὡς ἐν Γαλλίᾳ, εἰς τὴν ἐπιστήμην καὶ τὴν νομολογίαν, ἀλλ' ἐλύθη ὑπ' αὐτοῦ τοῦ νομοθέτου ὑπὸ πνεῦμα εὐνοϊκὸν πρὸς τὴν ἠθικοποίησιν τοῦ δικαίου (ἄρθρα 906 καὶ 512 ΑΚ)⁷⁹· καὶ εἰς τὰς διατάξεις αὐτὰς δύνανται νὰ βασισθῇ ἡ ἐρμηνεία πρὸς ρύθμισιν λεπτομερειαικῶν θεμάτων μὴ ἀντιμετωπισθέντων ὑπὸ τοῦ νομοθέτου. Ἐκ τῶν λόγων τούτων παρ' ἡμῖν, ὅπως καὶ εἰς τὰς δύο ἄλλας ὡς ἄνω χώρας, ἡ ὅλη συζήτησις ἀποκτᾷ καθαρῶς θεωρητικὸν χαρακτήρα. Διὰ τοῦτο ἴσως δὲν προσέλαβε καὶ τὰς διαστάσεις, αἱ ὅποιαι τῆς ἐδόθησαν ὑπὸ τῶν γάλλων νομικῶν.

77) Ὑπενθυμίζομεν ὅτι κατὰ τὴν γαλλικὴν ἀντιλήψιν ἐκπλήρωσις φυσικῆς ἐνοχῆς μὴ ὑποκειμένη εἰς ἀναζήτησιν νοεῖται, ἄλλως ἢ παρ' ἡμῖν, μόνον ὡσάκις ὁ καταβάλλων γνωρίζει ὅτι δὲν ὑπόκειται εἰς νομικὸν ἐξανγκασμὸν (ἀνωτ. § 7). Τοῦτο διευκολύνει τὴν κατασκευὴν τῆς δωρεᾶς.

78) Μάλιστα εἰς τὴν Ἑλλάδα δὲν φαίνεται κἂν νὰ ἐπρόσεξαν τὴν ὑπαρξίν τοῦ προβλήματος οἱ συγγραφεῖς.

79) Ἐπίσης εἰς τὴν Ἰταλίαν νομοθετικὴ ἐπέμβασις ἀπέκυψε, καὶ μάλιστα ριζικῶς, τὰς σχετικὰς θεωρητικὰς διχογνωμίας. Διὰ τοῦ ἀρθροῦ 2034 τοῦ ΑΚ τοῦ 1942 ρητῶς αἱ φυσικαὶ ἐνοχῆαι (βλ. τίτλον τοῦ ἀρθροῦ) ἐταυτίσθησαν πρὸς τὰ «ἠθικὰ» καὶ τὰ «κοινωνικὰ» καθήκοντα. Ἀλλ' ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὰ παρ' ἡμῖν (βλ. κατωτ. §§ 38 ἐπ.), ὁ Ἰταλὸς νομοθέτης, ὑπὸ τινὰ ἐποψιν, ἐφάνη δυσμενῆς πρὸς αὐτά, περιορίσας τὰ ἀποτελέσματά των (ἀνωτ. σμ. 48).

Ἡ παρούσα μελέτη δὲν ἐπετρέπετο ν' ἀποσιωπήσῃ τὴν ἐκτεθεῖσαν θε-
 μελιώδη διὰ τὰς ἀτελεῖς ἔνοχὰς διχογνωμίαν. Πάντως, συμφώνως πρὸς τὴν
 χαραχθεῖσαν γραμμὴν τῆς ἀποφυγῆς λεπτομεροῦς ἐνασχολήσεως μὲ θεωρίας
 ἐλάχιστα ἐνδιαφερούσας τοὺς πρακτικοὺς σκοποὺς τοῦ δικαίου⁸⁰, δὲν θὰ
 ἐπιμείνωμεν περισσότερο ἐπὶ τὸ πρόβλημα. Πράγματι ἐκ τῆς συνεχείας τῆς
 μελέτης θὰ καταφανῆ, ὅτι αἱ λύσεις τῶν ζωντανῶν ζητημάτων τῶν ἀτελῶν
 ἔνοχῶν πολὺ ὀλίγον ἐπηρεάζονται ἀπὸ τὴν ἐξακρίβωσιν, ἂν αἱ ἔνοχαὶ αὐταὶ
 ἔχουν νομικὴν τινα ὑπόστασιν πρὶν ἢ δι' ἐκουσίας ἐνεργείας (καταβολῆς,
 ὑποσχέσεως ἐκπληρώσεως κλπ.) ὁ ὑπόχρεως, ἢ τρίτος ὑπὲρ αὐτοῦ ἐνεργῶν
 (λ.χ. ἐγγυητής), ἐπιφέρῃ νομικόν τι ἀποτέλεσμα⁸¹. Ὑπὸ τὴν ἐπιφύλαξιν
 αὐτὴν ὁ γράφων κλίνει — χωρὶς ἐπιστημονικὸν φανατισμὸν — πρὸς τὴν δια-
 τήρησιν τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν ὡς αὐτοτελοῦς νομικῆς κατηγορίας⁸².

Ὑπὲρ τῆς στάσεως αὐτῆς δὲν συνηγορεῖ μόνον ἡ παρ' ἡμῖν νομικὴ παρά-
 δοσις. Καὶ αὐτὸς ὁ Ἀστικὸς Κώδιξ φαίνεται νὰ στηρίξῃ τὴν κατασκευὴν τῆς
 ἀτελοῦς ἔνοχῆς. Κατὰ τὸ ἔθρον 272 § 2 ἐδ. 2 ΑΚ (ἢ ἐν ἀγνοίᾳ τῆς παραγρα-
 φῆς ἐγγραφῶς διὰ συμβάσεως ἀναγνώρισις παραγραφείσης ἀξιώσεως, καθὼς
 καὶ ἡ παροχὴ ἀσφαλείας, εἶναι ἔγκυροι). Ἡ ἀναγνώρισις ὅμως ὑποθέτει
 π ρ ο ὑ π α ρ ξ ι ν τῆς ἀναγνωριζομένης σχέσεως, ἐπίσης δὲ κατ' ἀρχὴν καὶ ἡ
 παροχὴ ἀσφαλείας (1210, 1258 ΑΚ). Ἀλλὰ δὲν εἶναι μόνον αὐτά. Ἐλέχθη
 ἤδη (ἀνωτ. §§ 9 - 10), ὅτι ὑπὸ τὴν ἐπιγραφὴν ἀτελεῖς ἔνοχαί δύνανται νὰ
 συγκεντρωθοῦν ποικίλαι συγγενεῦσαι μεταξὺ των περιπτώσεις καὶ ὅτι ἡ
 συσχέτισις των βοηθεῖ εἰς τὴν ἀπὸ ὑψηλοτέρας σκοπιᾶς θεώρησιν τῶν σχετι-

80) Βλ. ἀνωτ. § 5 ἐν ἀρχῇ καὶ § 9.

81) Δὲν φαίνεται πράγματι ἐν Γερμανίᾳ καὶ Ἐλβετίᾳ αἱ διδόμεναι λύσεις νὰ ἀλλάσ-
 σουν ἀναλόγως τοῦ ἐὰν ὁ μελετητὴς ἀκολουθῇ τὴν εὐμενῆ ἢ τὴν δυσμενῆ πρὸς τὴν κατασκευὴν
 τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν θεωρίαν.

82) Ἡ ἐν τῷ κειμένῳ συζήτησις ἀρμόζει νὰ συσχητισθῇ πρὸς τὴν ὑπάρχουσαν ἐπι-
 στημονικὴν ἔριδα ἐπὶ τῆς μῆπω ληξιπροθέσμου ἀπαιτήσεως (ειδικῆς περιπτώσεως, καθ' ἡ-
 μᾶς, ἀτελοῦς ἔνοχῆς, ἀνωτ. § 2), ὡς πρὸς τὸ ἐὰν ἡ εἰρημένῃ ἀπαιτήσις ἔχῃ νομικὴν ὑπαρξιν
 ἤδη πρὸ τῆς ἐπέλευσεως τῆς ἀναβλητικῆς προθεσμίας ἢ γεννᾶται μόνον μετ' αὐτὴν (βλ.
 ἐντονώτατα ὑπὲρ τῆς πρώτης ἐκδοχῆς Enneccherus - Nipperdey. Allgem.
 Teil II, 1960, § 199 σημ. 8, παρ' ἡμῖν δὲ Γεροντοπούλου, Γεν. Ἀρχαί, II, § 210
 ἀριθ. 4 ἐν τέλει, Τοῦση, Γεν. Ἀρχαί, II, § 140 σημ. 1 σ. 650, ἐπίσης σ. 652. Γένεσις
 μετὰ τὴν ἐπέλευσιν τῆς προθεσμίας, ἀλλ' ὑπὸ τὴν ἐπιφύλαξιν ὅτι τὸ ἀντίθετον δύναται νὰ
 προκύπτῃ ἐκ τῆς βουλήσεως τῶν συμβαλλομένων: Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαί § 106, Ράμ-
 μος ἐν ἘριμΑΚ 210 ἀριθ. 6, πρβλ. ὅμως καὶ ἀριθ. 14). Πάντως ἡ ἔρις, καὶ εἰς τὸ εἰδικόν
 τοῦτο θέμα, δὲν φαίνεται νὰ ἔχῃ μεγάλην πρακτικὴν σημασίαν, διότι τὰ προβλήματα τῆς
 μῆπω ληξιπροθέσμου ἀπαιτήσεως, ἐν πολλοῖς ἀνάλογα πρὸς τὰ τῶν ἄλλων ἀτελῶν ἔνοχῶν,
 ἔχουν ἐπιλυθῆ ἄ π' ε ὕ θ ε ἰ α ς διὰ νομοθετικῶν διατάξεων (βλ. κατωτ. § 15). Ἐκ δὲ τῶν
 διατάξεων τούτων προκύπτει, ὅτι καὶ πρὸ τῆς λήξεως τῆς ἀπαιτήσεως ἡ ἐνέργειά της εἶναι
 ἀρκετὰ ἰσχυρά.

κῶν πρὸς αὐτὰς πρακτικῶν ζητημάτων, ἐπομένως εἰς τὴν ἐξεύρεσιν περισσώτερον ἰκανοποιητικῶν λύσεων. Εἶναι τοῦτο μία ὑπηρεσία, τῆς ὁποίας δὲν πρέπει νὰ στερηθῶμεν χάριν καθαρῶς θεωρητικῶν στοχασμῶν δυσμενῶν πρὸς τὴν ἔννοιαν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς⁸³.

VII. Ἀποτελέσματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν.

14. Ἐτονίσθη ἤδη, ὅτι εἰς τὸν νόμον δὲν περιέχεται ἐνιαία συστηματικὴ ρύθμισις τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν καὶ μόνον εἰδικαὶ περιπτώσεις προεβλέφθησαν (ἀνωτ. §§ 1 καὶ 7). Ἀλλὰ καὶ ὅπου ὑπῆρξε πρόβλεψις τὰ ἀποτελέσματα ποικίλουν ἀπὸ περιπτώσεως εἰς περίπτωσιν. Συνεπῶς ἀνήκει εἰς τὴν ἐπιστήμην καὶ τὴν νομολογίαν νὰ προσδιορίσουν τὴν ἐνέργειαν τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν εἰς τὰ μὴ καλυφθέντα ὑπὸ τοῦ νόμου θέματα.

Διὰ τὸν προσδιορισμὸν τοῦτον, καὶ εἰς τὴν περιοχὴν αὐτὴν ὅπως ἀλλαχῶ, ἐπιβάλλεται, πλὴν ἄλλων, ἡ προσφυγὴ εἰς τελεολογικὰς καὶ ἀξιολογικὰς ἐκτιμήσεις⁸⁴. Ἐπιχειρήματα τῆς ἀναλογίας καὶ τῆς ἀντιδιαστολῆς, χρησιμοποιούμενα ὅμως κατὰ τρόπον ὄχι τυπικολογικὸν καὶ δογματίζοντα, ἀλλὰ μὲ ὄδηγὸν τὸν σκοπὸν τῶν ὑπὸ ἐφαρμογὴν διατάξεων ἐν συνδυασμῶ πρὸς τὴν συγκριτικὴν στάθμισιν τῆς κοινωνικῆς ἀξίας τῶν ἀντιμετώπων συμφερόντων, πέραν

83) Πρβλ. καὶ τὰ κατωτ. εἰς §§ 22 ἐπ., § 36 λεγόμενα. Δὲν εἶναι ἀνευ σημασίας τὸ νὰ ὑποδεικνῆται καὶ τὸ δίκαιον εἰς τοὺς ὑπέχοντας ἰδιαίτερα ἠθικὰ καθήκοντα ὅτι ἔχουν ὑπὸ τινὰ ἔννοιαν τὴν ὑποχρέωσιν νὰ τὰ ἐκπληρώσουν. Πλήρης οὐδετερότης τοῦ δικαίου ἔναντι τῶν ἠθικῶν ἐπιταγῶν δὲν φαίνεται καὶ εἰς τὰς περιπτώσεις αὐτὰς ἐνδεδειγμένη. Ἐξ ἄλλου καὶ ἂν ἀκόμη κριθῆ ὅτι ἡ νομικὴ κατασκευὴ τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἶναι ὅλως τεχνητὴ, τοῦτο δὲν εἶναι ἀρκετὸν διὰ ν' ἀποβληθῆ ἀπὸ τὴν περιοχὴν τοῦ δικαίου. Πράγματι, ἤδη ἀπὸ τῶν ἀρχῶν τοῦ αἰῶνος, ὁ G é n y εἶχε, ὁρθῶς, ὑποστηρίξει, ὅτι αἱ νομικαὶ κατασκευαὶ ἀποτελοῦν «δυναμικὰς ἰδέας» ὡθούσας, μὲ «οἰκονομίαν σκέψεως», εἰς τὴν ἐξεύρεσιν λύσεων ἀρκεῖ μόνον ὁ χρησιμοποιοῦν αὐτὰς νὰ γνωρίζῃ, ὅτι αἱ ἐξευρεθεῖσαι λύσεις χρειάζονται ἐπὶ πλείον τελεολογικὸν καὶ ἀξιολογικὸν ἔλεγγον (βλ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδιωτ. δικαίου, 1932 - 1935, § 29, σ. 74).

84) Ὡς ὅλως προσφάτως, μετ' ἀρκετοὺς ἄλλους, ὁ C o i n g (Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1969, ἰδίως σ. 313 ἐπ.) τονίζει, πρὸς ὀρθὴν ἐρμηνείαν τῶν νόμων πρέπει νὰ γίνεται ἀθροιστικῶς χρῆσις ὅλων τῶν σχετικῶν μεθόδων: γραμματικῆς, λογικῆς, ἱστορικῆς, ἀντικειμενικῆς, τελεολογικῆς, ἀξιολογικῆς, συγκριτικῆς. Ἐπὶ τῇ εὐκαιρίᾳ θὰ ὑπομνησθῆ καὶ πάλιν ὅτι αὐτὸ ἦτο, ἤδη ἀπὸ τοῦ 1899, τὸ ρωμαλεόν κήρυγμα τοῦ G é n y εἰς τὸ πολύκροτον βιβλίον τοῦ «Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif» (2 τόμοι, β' ἐκδ. 1919). Βλ. γενικώτερον, ἐπὶ τῶν θεμάτων τῆς ἐρμηνείας τῶν νόμων, ἐκ τῆς προσφάτου καὶ ἀθρονωτάτης διεθνoῦς βιβλιογραφίας, L a r e n z, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) σ. 233 ἐπ., παρ' ἡμῶν δέ, πλὴν τοῦ προαναφερθέντος ἔργου τοῦ Λιτζεροπούλου, (Ἡ νομολογία κλπ.), Κ. Γ σ ά τ σ ο υ, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου (1932). Πρὸσθ. Α. Γ α ζ ῆ, Νομικὴ σκέψις καὶ μέθοδος αὐτῆς (ἐναρκτήριον πανεπιστημ. μάθημα) ἐν EEN λβ' 381 ἐπ., πρβλ. καὶ Σ τ. Σ τ α ρ ὀ π ο υ λ ο ν ἐν Νέω Δικαίῳ ΙΔ' 81 ἐπ.

δὲ τούτου ὑπὸ τὸ αὐτὸ πνεῦμα δικαιοπλαστικὴ ἐπεξεργασία τοῦ προσφερομένου ὕλικου, εἶναι καὶ ἐδῶ τὰ ἐνδεδειγμένα διὰ τὴν λύσιν τῶν πρακτικῶν προβλημάτων μέσα. Οἱ νεώτεροι συγγραφεῖς ἐκινήθησαν ἐνίοτε εἰς τὸ θέμα μας ἐπ' αὐτοῦ τοῦ ἐδάφους· ὄχι ὅμως καὶ πάντοτε, ὡς ἐν συνεχείᾳ θὰ ἴδωμεν. Ἐχόντες ὑπ' ὄψει ὅσα συναφῶς ἐδιδάχθησαν, θὰ ἐπισκοπήσωμεν ἐν τοῖς κατωτέρω, προσθέτοντες ὅπου δυνατόν καὶ ἰδικὰς μας σκέψεις, τὰ διάφορα ζητήματα.

15. Πρὸ τῆς ἐνάρξεως ὅμως τῆς ἐξετάσεώς των ἐνδείκνυται ν' ἀποχωρίσωμεν τὸ θέμα τῆς μήπω ληξιπροθέσμου ἀπαιτήσεως (905 § 2 ΑΚ). Ἡ ἀφθονος προβληματικότης, ἡ περιβάλλουσα τὰς ποικίλας περιπτώσεις ἀτελῶν ἔνοχῶν λόγῳ τοῦ ὅτι ὁ Ἀστικός Κώδιξ ἐλαχίστας σποραδικὰς καὶ ἐντελῶς εἰδικὰς διατάξεις περὶ αὐτῶν περιέλαβε, κατ' ἐξαιρέσιν δὲν ἀπαντᾷ ὡς πρὸς τὴν μήπω ληξιπρόθεσμον ἀπαιτήσιν. Ἡ περίπτωσις ἔχει τόσον μεγάλην διάδοσιν εἰς τὸν συναλλακτικὸν βίον, ὥστε ἦτο ἀδύνατον νὰ τὴν λησμονήσῃ ὁ νομοθέτης. Σειρὰ ὀλόκληρος διατάξεων, εἴτε εἰς τὸν Ἀστικὸν Κώδικα, εἴτε εἰς τὸν Ἐμπορικὸν Νόμον καὶ τὸν Κώδικα Πολιτικῆς Δικονομίας, εἴτε καὶ εἰς εἰδικούς νόμους⁸⁵, ἀσχολεῖται μὲ τὰς ἀπαιτήσεις, τῶν ὁποίων δὲν ἐπῆλθε ἀκόμη ἡ ἐλπίς. Οὕτω τὰ περισσότερα προβλήματα τὰ ἀναφύομενα ἐπὶ τῶν ἄλλων ἀτελῶν ἔνοχῶν λύνονται ἐδῶ ἀπ' εὐθείας ὑπὸ τοῦ νόμου. Ὅσα δὲ παρέμειναν ἄλυτα, ἀνέτως ἀντιμετωπίζονται, δι' ἐρμηνείας τῶν ὑπαρχουσῶν διατάξεων, ὑπὸ τῆς ἐπιστήμης καὶ τῆς νομολογίας⁸⁶. Ἐκ τοῦ λόγου τούτου εἰς τὴν συνέχειαν τῆς μελέτης μας σπανίως μόνον ἀναφερόμεθα εἰς τὰς μήπω ληξιπροθέσμους ἀπαιτήσεις. Τοῦτο ἰδίως γίνεται, ὅταν ἐκ νομοθετικῶν κειμένων σχετικῶν πρὸς αὐτὰς δύνανται νὰ ἀντληθῶν ἐπιχειρήματα διὰ τὴν ἄρσιν δυσχερειῶν ἀφορωσῶν τὰς ἄλλας ἀτελεῖς ἔνοχας, εἰς τὴν ἐξέτασιν τῶν ὁποίων δυνάμεθα τώρα νὰ προχωρήσωμεν.

16. Τὸ κύριον ἀποτέλεσμα τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν, ὁ ἀποκλεισμός τῆς ἀναλήψεως τῶν δοθέντων, τὸ ὅποιον εἶναι, ἐν συνδυασμῷ πρὸς τὸ μὴ ἐξαναγκαστόν, καὶ τὸ διακριτικὸν γνῶρισμά των (ἄενοχαι μὴ ἐξαναγκασταὶ ἀλλὰ καταβλητέαι), συνοθεύει ὅλας τὰς περιπτώσεις. Τὸ ὅτι ὁ καταβαλὼν ἐπίστευεν ἐσφαλμένως ὅτι ἔχει νομικὴν ὑποχρέωσιν νὰ καταβάλῃ, δὲν ἐπιδρα εἰς τὴν ἐγκυ-

85) Βλ. ἰδίως ΑΚ ἄρθρα 210 ἐν συνδ. πρὸς 201 ἐπ., 324 καὶ 905 § 2, 325 (πρβλ. καὶ 374 § 1), 440 ἐν τέλει, 445, 848, 940 § 2, πρβλ. καὶ 1210 καὶ 1258. Ἐμπορ.Ν. ἄρθρα 535, 537 - 538. ΚΠολΔ ἄρθρα 70, 736 § 5, 1042, § 1, 1071 § 3. Ν. 5325/1932 ἄρθρ. 48 § 2 κλπ.

86) Τὸ θέμα τῆς μήπω ληξιάσης ἀπαιτήσεως, καθὼ κλασικόν, ἐρευνᾶται συστηματικῶς εἰς τὰ γενικά συγγράμματα τοῦ ἀστικοῦ δικαίου, κυρίως τῶν γενικῶν ἀρχῶν, ἐν τῷ πλαισίῳ τοῦ εὐρύτερου θέματος τῶν ἀίρέσεων καὶ προθεσμιῶν. Βλ. ἰδίως παρ' ἡμῖν Μπαλαλῆ, Γεν. Ἀρχαί, § 106, Ἰ ἀ μ μ ο ν ἐν ἘρμΑΚ ὑπ' ἄρθρ. 210, Γεν. Ἰ α ν ν ο π ο ὄ λ ο υ, Γεν. Ἀρχαί II § 210, Τ ο ὄ σ η, Γεν. Ἀρχαί II § 440.

ρότητα τῆς καταβολῆς⁸⁷. Ἄν ὅμως ἡ καταβολὴ ἐγίνε ὑπὸ ἀνίκανου πρὸς δικαιοπραξίαν⁸⁸, ἢ ὑπὸ τὴν ἐπίδρασιν ἀπάτης ἢ ἀπειλῆς, τότε ὑπάρχει ἀκυρότης ἢ ἀκυρωσία κατὰ τὰς γενικὰς περὶ τῶν θεμάτων τούτων διατάξεις, μὲ συνέπειαν τὸ δεκτὸν τῆς ἀναζητήσεως⁸⁹.

Ἐξ ἄλλου οὐδεὶς λόγος ὑφίσταται νὰ μὴ θεωρηθῇ ἔγκυρος ἡ δόσις ἀντὶ καταβολῆς (419 ΑΚ)⁹⁰.

Ἄλλ' ἄραγε πρέπει νὰ δεχθῶμεν ὡς μὴ ὑποκειμένην εἰς ἀνάληψιν καὶ τὴν καταβολὴν, τὴν ὁποίαν ἐνήργησε οἰκειοθελῶς τρίτος ἀντὶ τοῦ ὀφειλέτου; (πρβλ. 319 ἐπ.). Ὁρισμένοι συγγραφεῖς ἀπαντοῦν καταφατικῶς⁹¹. Καὶ ἡ λύσις φαίνεται νὰ στηρίζεται εἰς τὴν ἀπλὴν σκέψιν, ὅτι ἀφοῦ ἡ ἀτελής ἐνοχὴ γεννᾷ ἔστω καὶ ἀσθενικὴν ὑποχρέωσιν, δὲν πρέπει νὰ ἔχη σημασίαν ἂν θὰ ἐκπληρωθῇ ἡ ὑποχρέωσις ἀπὸ τὸν ὀφειλέτην ἢ τρίτον. Ἐγγυτέρα ὅμως ἐξέτασις ὑποδεικνύει ὡς ἀναγκαίαν μίαν διάκρισιν. Κατὰ κανόνα αἱ ἀτελεῖς ἐνοχαὶ στηρίζονται εἰς τὴν ὑπαρξίν ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρέωσις ἐκ λόγων εὐπρεπειᾶς (ἀνωτ. § 4). Τοῦτου τεθέντος, ὅταν καταβάλλῃ ὁ ἴδιος ὁ ὀφειλέτης δὲν ἔχει σημασίαν τὸ ὅτι τυχόν ἐπίστευεν ἐσφαλμένως ὅτι ἠδύνατο νομικῶς νὰ ἐξαναγκασθῇ. Ἀρκεῖ τὸ ὅτι ἀνταπεκρίνετο ἀντικειμενικῶς ἢ γενομένη καταβολὴ εἰς τὸ ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθήκον ἢ εἰς τὴν εὐπρέπειαν. Ἡ ἔννομος τάξις δὲν ἀνέχεται ἐν τοιαύτῃ περιπτώσει τὴν μεταμέλειαν τοῦ καταβαλλόντος⁹². Διὰ τὸν καταβάλλοντα τρίτον ὅμως δὲν ὑπάρχει, ἐξ

87) Βλ. ἄρθρ. 272 § 2 ΑΚ, πρβλ. καὶ ἄρθρ. 905 § 2, 906. Ἐπ' αὐτοῦ ὁμόφωνοι οἱ συγγραφεῖς. Κατ' ἐξαιρέσειν ὅμως τὸ ἄρθρ. 159 § 2 ἐδ. 2 ΑΚ ἀπαιτεῖ γνῶσιν τοῦ καταβαλλόντος (ἐπ' αὐτοῦ Ράμμος ἐν Ἑρμ.ΑΚ 159 ἀριθ. 21). Διὰ τὸ διάφορον γαλλικὸν σύστημα βλ. ἀνωτ. § 7.

88) Πρβλ. Π. Ζέπου, Ἐνοχ. Π § 6 I 2 ἐν τέλει, Στ. Διαμαντάκων ἐν Ἀρμενοπούλω ΙΣΤ' 219.

89) Πρβλ. 845 ΑΚ, λέξεις «ἄνευ δόλου ἢ ἄλλου τεχνάσματος», εὐρότερον δὲ ἰταλ. ΑΚ 1933 § 2. Βλ. ἐπίσης Φραγκίσταν ἐν Ἑρμ.ΑΚ 498 ἀριθ. 37. Ἀποκλείεται μόνον ἡ ἀκυρωσις ἐνεκα πλάνης αὐθωρήτου τοῦ καταβαλλόντος (ἀκριβέστερον μὴ ὀφειλομένης εἰς δόλον τοῦ εἰσπράξαντος, πρβλ. 147 ΑΚ). Ἐξ ἄλλου ὡς πρὸς τὸ πότε ὑπάρχει ἀπάτη γεννῶνται δυσκολίαι. Ἡ ὑπαρξίς τῆς εἶναι βεβαίως ἀναμφίβητος ἂν διὰ πονηρῶν θητικῶν ἐνεργειῶν ὁ λήπτης παρέσυρε τὸν καταβαλλόντα εἰς τὸ νὰ πιστεύσῃ ὅτι ὑπῆρχε νομικὴν ὑποχρέωσιν. Πρέπει ὅμως νὰ θεωρηθῇ ἀρκετὸν τὸ ὅτι ὁ εἰσπράττων, ἐνῶ ἐγνώριζε ὅτι δὲν χωρεῖ νομικὸς ἐξαναγκασμὸς, ἀντελήφθη τὴν περὶ τοῦ ἀντιθέτου αὐθωρήτου πλάνην τοῦ καταβαλλόντος καὶ δὲν ἠθέλησε νὰ τὸν ἐξαγάγῃ ἀπὸ αὐτὴν; Ὁρθότερον φαίνεται, ὅτι ὁσάκις τὴν soluti retentio ἐξηγεῖ ἡ ὑπαρξίς ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος (βλ. ἰδίως 906 ΑΚ, ὅχι ὅμως ἐπὶ παιγνίου, ἀνωτ. σημ. 21 καὶ 25), δὲν ἐνεργεῖ δολίως (ἀνηθίως) ὁ ἀπλῶς ἐπιφελοῦμενος τῆς πλάνης τοῦ ἄλλου.

90) Οὕτω διὰ τὴν ὀφειλὴν ἐκ παιγνίου ἢ στοιχημάτων Π. Ζέπου ἐνθ' ἀν. Στ. Διαμαντάκος ἐν Ἀρμενοπούλω ΙΣΤ' 220.

91) Βλ. λ.χ. Φουρκιῶτην ἐνθ' ἀν. § 13 Π σ. 137.

92) Κατωτ. § 56.

ὑποθέσεως, τὸ ἠθικὸν καθῆκον ἢ ἡ ὑποχρέωσις ἐξ εὐπρεπείας. Ἄφ' ἐτέρου δὲν εἶναι ἐπιτετραμμένον νὰ τοῦ ἀναγνωρίσωμεν, ὡς συνήθως ἐπὶ καταβολῆς νομικῶν ὀφειλῶν συμβαίνει⁹³, δικαίωμα ἀναγωγῆς κατὰ τοῦ ὀφειλέτου. Τοῦτο θὰ ἐσήμαινε, πράγματι, ἕμμεσον ἐξαναγκασμὸν τοῦ ὀφειλέτου εἰς ἐκπλήρωσιν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἐν προκειμένῳ ἀπαράδεκτον. Ἐν ὄψει τῶν ἰδιορρυθμιῶν τούτων φαίνεται ὀρθότερον νὰ ἀρνηθῶμεν εἰς τὸν τρίτον τὴν ἀνάληψιν τῶν ὑπ' αὐτοῦ καταβληθέντων, μόνον ἂν ἐγνωρίζε ὅτι δὲν ἦτο δυνατὸν νὰ ἐγερθῇ ἀγωγή κατὰ τοῦ ὀφειλέτου. Ἄν ἡγνῶι, δὲν προσκρούει εἰς τὸ κοινὸν αἶσθημα νὰ ἀναζητήσῃ ἕτι παρέσχε πρὸς ἀπόσβεσιν χρέους ἀνταποκρινομένου εἰς ξένον ἠθικὸν καθῆκον ἢ ξένην ὑποχρέωσιν εὐπρεπείας, δεδομένου ὅτι δὲν διαθέτει τὸ δικαίωμα ἀναγωγῆς⁹⁴.

17. Ἄλλ' ἡ νομικὴ ὑπαρξίς, ἔστω καὶ ἀσθενική, τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, μαρτυρεῖται καὶ ἐξ ἄλλων δυναμένων κατὰ τὰς περιστάσεις νὰ ἐπέλθουν ἀποτελεσμάτων.

Οὕτω ἰδίως εἶναι δυνατὸν ὁ ὀφειλέτης τοιαύτης ἐνοχῆς νὰ ὑποσχεθῇ εἰς τὸν δανειστὴν διὰ συμβάσεως ὅτι θὰ τὴν ἐκτελέσῃ. Καὶ οὕτως ἐνεργῶν ὁ ὀφειλέτης ἄλλοτε μὲν θὰ γνωρίζῃ ὅτι ὑπόσχεται ἐκπλήρωσιν ὀφειλῆς μὴ οὐσης νομικῶς ἐξαναγκαστῆς, ἄλλοτε δὲ ὄχι. Ὁ Ἀστικός Κώδιξ εἰς δύο ἄρθρα του προβλέπει τὸ θέμα (272 § 2 ἐδ. 2, 844), ὁμῶν περὶ «ἀναγνωρίσεως» τῆς ἀξιόσεως ἢ τῆς ὀφειλῆς. «Ὅτι δὲ ἡ συμβατικὴ αὐτὴ ἀναγνώρισις εἶναι ἐγκυρος ἀκόμη καὶ ἂν ὁ ἀναγνωρίζων ὀφειλέτης ἐπίστευε ὅτι προϋπῆρχε εἰς βάρος του νομικὴ δέσμευσις, προκύπτει σαφέστατα ἐξ αὐτοῦ τοῦ γράμματος τοῦ ἄρθρου 272 (λέξεις «ἐν ἀγνοίᾳ τῆς παραγραφῆς... ἀναγνώρισις»).

Κατὰ τὴν πρώτην τῶν ὡς ἄνω διατάξεων ἡ τοιαύτη ἀναγνώρισις κηρύσσεται, ὡς πρὸς τὴν παραγεγραμμένην ὀφειλὴν, ἐγκυρος. Προφανῶς δὲ τοῦτο σημαίνει, ὅτι δι' αὐτῆς μετατρέπεται ἡ ἀτελής ὑποχρέωσις εἰς νομικῶς ἀρτίαν καὶ ἀγώγιμον. Ἀντιθέτως, ἡ δευτέρα διάταξις ἀποκλείει ρητῶς, ἐξ ἐιδικῶν λόγων⁹⁵, τὴν ὡς ἄνω μετατροπὴν διὰ τὸν ὀφειλέτην ἐκ παιγνίου ἢ στοιχηματός. Ἐξ οὗ ἡ ἀπορία: τί θὰ ἰσχύσῃ, ἐν σιωπῇ τοῦ νόμου, εἰς τὰς ἄλλας περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν;

93) Βλ. Π. Ζέπον ἐν Ἑρμ.ΑΚ 317 ἀριθ. 11.

94) Πρβλ. Heitz ἐνθ' ἀν., σ. 75. Ἐπίσης τὰ κατωτέρω ἐν § 18 περὶ τῆς παροχῆς ἀσφαλείας ὑπὸ τρίτου.

95) Ὁ νομοθέτης προφανῶς ἐσκέφθη, ὅτι ἄλλως θὰ ἦτο εὐκόλος ἡ διὰ πлагίων μέσων ματαίωσις τοῦ βασικοῦ σκοποῦ τοῦ νόμου, δηλ. τῆς περιστολῆς τῆς περὶ τὸ παίζειν καὶ τὸ στοιχηματίζειν ροπῆς (βλ. Λιτζερόπουλον ἐν Ἑφημ. ἑλλην. καὶ ἀλλοδ. νομολ. ξα' 1942, σ. 284 - 285). Ἐπὶ τῶν ἄλλων ἀτελῶν ἐνοχῶν, ἐξηγουμένων κατὰ κανόνα ἐκ τῆς ὑπάρξεως ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος, ὁ νομοθέτης εἶχε, ἀντιθέτως, λόγον νὰ ἐνθαρρύνῃ τὴν ἐκπλήρωσιν του δεχόμενος τὴν ἀναγνώρισιν.

Δι' ὅλα τὰ ἄλλα μὴ εἰδικῶς προβλεφθέντα θέματα φυσικὸν εἶναι — ἐφ' ὅσον δὲν ἐπιβάλλεται τὸ ἀντίθετον ἐξ ἰδιαζόντων τελεολογικῶν δεδομένων⁹⁶ — νὰ δεχθῶμεν ὡς δυνατὴν τὴν ἀναγνώρισιν. Τοῦτο ὑποδεικνύει ἡ γενικὴ ἀρχὴ τῆς ἐλευθερίας τῶν συμβάσεων⁹⁷. Πάλιν δὲ καὶ ἐδῶ, κατ' ἀναλογίαν τοῦ ἄρθρου 272 § 2, ἡ ἀναγνώρισις θὰ εἶναι ἐγκυρὸς ἔστω καὶ ἂν συνεφωνήθη συνεπιεὶς ἐσφαλμένης ἀντιλήψεως ὅτι ἤδη πρὶν ὑπῆρχε δυνατότης ἐξαναγκασμοῦ τοῦ ὀφειλέτου. Μόνον τὸ ζήτημα τοῦ τύπου τῆς ἀναγνώρισεως γεννᾷ δυσχερείας, τὰς ὁποίας κατωτέρω θὰ συναντήσωμεν (§§ 24 - 25).

18. Ἄλλα ἀποτελέσματα τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἐπερχόμενα ἐπὶ τῇ βάσει τῶν αὐτῶν σκέψεων, ὅπου ὁ νόμος ἢ εἰδικαὶ συνθήκαι δὲν ἐπιβάλλουν τὸ ἀντίθετον (βλ. ἀμέσως ἀνωτέρω), εἶναι ἡ ἐγκυρότης τῆς ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου ἢ καὶ τρίτου παρασχέσεως, ἐμπραγματοῦ ἢ προσωπικῆς ἀσφαλείας (πρβλ. καὶ πάλιν 272 § 2 ἐδ. 2 AK)⁹⁸, ὡς καὶ ἡ συνομολόγησις ποινικῆς ρήτηρας⁹⁹. Δυνατὴ δὲ ἀκόμη εἶναι καὶ ἡ ἐκχώρησις ἀτελοῦς ἐνοχῆς¹⁰⁰.

96) Ὅστω ἡ μετατροπὴ εἰς ἀρτίαν νομικὴν ὑποχρέωσιν δι' ἀτύπου ἀναγνώρισεως δὲν θὰ ἐπιτραπῇ εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἀρθρῶν 498 § 2 καὶ 849 ἐδ. 2 AK (πρβλ. Ράμμον ἐν ἙρμAK 159 ἀριθ. 9α). Ὁμοίως ἐπὶ μεταγενεστέρως ἀναγνωριστικῆς συμβάσεως σχετικῶς πρὸς συναφθείσας ἀκύρους συμφωνίας ὑπερμέτρου δεσμεύσεως τοῦ ἀνθρωπίνου σώματος ἢ τῆς ἀνθρωπίνης ἀξιοπρεπείας (αἰμοδοσία, πώλησις νεφροῦ, ὑπόσχεσις «πόζας» γυμνοῦ μοντέλου χάριν ζωγραφικῆς κ.τ.τ., ἀνωτ. σημ. 23). Πρβλ. καὶ 183 § 1 AK.

97) Γενικῶς δεκτὴ ἄποψις: Φραγκίστας ἐν ἙρμAK, τόμ. II/Α, Γεν. Εἰσαγωγὴ ἀριθ. 39, Π. Ζέπου, Ἐνοχ. I § 4 III 3 δ, Καποδίστριας ἐν ἙρμAK 436 ἀριθ. 17 καὶ 34, Φουρκιώτης, ἐνθ' ἀν. § 13 Π σ. 137. Ἡ ἀναγνώρισις δύναται νὰ εἶναι εἴτε αἰτιώδης εἴτε ἀναιτιώδης (ἀφηρημένη, ἄρθρ. 873 AK), ὡς ρητῶς λέγεται εἰς τὴν αἰτιολογικὴν ἐκθεσιν τοῦ Προσχεδίου Γεν. Ἀρχῶν τοῦ AK, ἐπίσημ. ἐκδ. Σχεδ. Γεν. Ἀρχ. σ. 240). Ἀποφεύγεται, οὕτω ἀμφισβήτησις ὑπάρχουσα ἐν Γερμανίᾳ καὶ ἔχουσα ἀντανάκλασιν εἰς τὸ ζήτημα τοῦ τύπου τῆς ἀναγνώρισεως (βλ. Staundinger - Coing I, 1957, § 222 ἀριθ. 7). Ἐπίσης ὡς ἡ ἀναγνώρισις δεκτὴ εἶναι καὶ ἡ ἀνανέωσις (436 ἐπ. AK).

98) Ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος, παρὰ τὴν σιωπὴν τοῦ ἄρθρου 844 AK, γίνεται γενικῶς δεκτὸν ὅτι ἡ παροχὴ ἀσφαλείας καὶ ἡ συνομολόγησις ποινικῆς ρήτηρας, λόγῳ τοῦ παραπομπένου χαρακτήρος των, ἔχουν ἀπλῶς ὅταν δύνανται καὶ ἡ ἀτελής ἐνοχὴ, εἰς τὴν ὁποίαν προσκολλῶνται. Βλ. λ.χ. Στ. Διάμαντᾶκον ἐνθ' ἀν. σ. 208 ἐπ., Καυκᾶ, Ἐνοχ. II (1966) ἄρθρα 844 - 845 § 2, Brandl εἰς Staundingers Kommentar II/4 (26. Lieferung, 1959) § 762 ἀριθ. 13 - 14.

99) Βλ. Σόντην ἐν ἙρμAK 404 ἀριθ. 3. Δὲν ἀντίκειται τὸ ἄρθρ. 408 AK, διότι — ὡς συνήθως λέγεται — ἡ ἀτελής ἐνοχὴ δὲν εἶναι ἄκυρος, ἀλλ' ἀπλῶς ἀσθενικὴ. Ἄλλ' οὐσιαστικώτερον δύναται νὰ δικαιολογηθῇ ἡ λύσις διὰ τῆς σκέψεως, ὅτι ὁ ὑποσχόμενος ποινικὴν ρήτηραν ἐμέσως, καὶ ἐγκύρως, ἀναγνωρίζει τὴν ὀφειλὴν, οὕτω δὲ τὴν μετατρέπει εἰς νομικῶς ἀρτίαν (πρβλ. 272 § 2 καὶ 276 AK).

100) Ὅστω λ.χ. Μπαλιῆ, Ἐνοχ. § 152 ἀριθ. 2, Φουρκιώτης ἐνθ' ἀν. § 13 σημ. 24.

Πάντως τὸ θέμα τῆς παροχῆς ἀσφαλείας δὲν εἶναι ἀπηλλαγμένον δυσκολιῶν, ὡσάκεις ἡ ἀσφάλεια δὲν συνιστᾶται ὑπ' αὐτοῦ τοῦ ὀφειλέτου (ἐγγύησις, ἐνέχυρον ἢ ὑποθήκη παραχωρούμενα ὑπὸ τρίτου). Μολονότι τὸ ἄρθρ. 279 § 2 δὲν διακρίνει, ἡ Συντακτικὴ Ἐπιτροπὴ τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος εἶχε θεωρήσει ἀπαραίτητον νὰ ἀποσαφηνίσῃ, ὅτι ἡ ὑπὸ τρίτου παροχὴ ἀσφαλείας εἶναι ἐγκυρὸς ὡσάκεις ἐτέλει ἐν γνώσει αὐτῆς ὁ ὀφειλέτης¹⁰¹. Τοῦτο ἔγινε δεκτὸν καὶ ὑπὸ ἐρμηνευτοῦ τοῦ Κώδικος¹⁰², ἐνῶ ἄλλος πάλιν καὶ δὴ μεγάλου κύρους συγγραφεύς, ὁ ἀείμνηστος καθηγητὴς Μπαλῆς, περιορίζει τὴν ἐφαρμογὴν τῆς παροχῆς ἀσφαλείας διατάξεως τοῦ ἄρθρου 272 μόνον εἰς τὸν ὀφειλέτην¹⁰³. Οἱ ὡς περὶ ἀσφαλείας διατάξεις τοῦ ἄρθρου 272 μόνον εἰς τὸν ὀφειλέτην¹⁰³. Οἱ ὡς ἀνω περιορισμοὶ εἶναι εὐεξήγητοι. Συνήθως ὁ παρασχὼν τὴν ἀσφάλειαν τρίτος, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὸν ὀφειλέτην, δὲν ὑπέχει ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον πρὸς τὸν ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δανειστήν. Ἐξ ἄλλου, εἰς τὰς κανονικὰς περιπτώσεις ἀρτίας νομικῆς ἐνοχῆς ὁ παρασχὼν τὴν ἀσφάλειαν τρίτος ἔχει ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον δικαίωμα ἀναγωγῆς κατὰ τοῦ ὀφειλέτου (858 ἐπ., 1234, 1298 ΑΚ). Ἐπὶ ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὅμως δὲν δύναται κατ' ἀρχὴν νὰ γίνῃ δεκτὴ ἡ ἀναγωγή, διότι τοῦτο θὰ ἰσοδυναμῆι πρὸς ἔ μ μ ε σ ο ν ἐξαναγκασμὸν τοῦ ὀφειλέτου εἰς ἐκπλήρωσιν, ἀπαράδεκτον ἐν προκειμένῳ¹⁰⁴. Ἄν ὅμως ὁ ὀφειλέτης σ υ γ κ α τ α τ ε θ ῆ εἰς τὴν σύστασιν τῆς ἀσφαλείας ὑπὸ τοῦ τρίτου, τοῦτο ἀποτελεῖ ἐν εἰδῶς ὑπόσχεσιν πρὸς τὸν τρίτον ὅτι δέχεται νὰ εὐθύνεται ἐξ ἀναγωγῆς. Καὶ ἡ ἐν λόγῳ ὑπόσχεσις συμβιβάζεται πρὸς τὴν φύσιν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Ἐπὶ τὸ πνεῦμα τοῦτο πρέπει νὰ νοηθῆ ὁ διατυπωθεὶς ὑπὸ τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπῆς τοῦ Κώδικος περιορισμὸς: δὲν θὰ ἀρκεσθῶμεν εἰς τὴν ἀπλήν γνώσιν τοῦ ὀφειλέτου, ἀλλὰ θὰ ἀπαιτήσωμεν παροχὴν συγκαταθέσεως πρὸς τὸν τρίτον, ὅπως συστήσῃ χάριν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς τὴν ἀσφάλειαν¹⁰⁵.

101) Σχέδ. Γεν. Ἀρχῶν, ἐπίσημ. ἔκδ., σ. 310 ἀριθ. 41.

102) Γιαννοπούλου, Γεν. Ἀρχαί Π § 272 3 γ.

103) Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαί § 161 ἀριθ. 2. Ὁ συγγραφεύς περιορίζει, ἐξ ἄλλου τὴν λύσιν, ἐξ ὅλων τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, μόνον εἰς τὴν παραγεγραμμένην ἀπαίτησιν, ὅπερ δὲν φαίνεται δικαιολογημένον (Μπαλῆ, Ἐμπράγμ. § 237 ἀριθ. 4, § 202 ἀριθ. 4 καὶ Γεν. Ἀρχαί § 132).

104) Πρβλ. καὶ ἀνωτ. § 11.

105) Πρβλ. καὶ Planiol - Ripert - Radouant ἐνθ' ἀν. VII ἀριθ. 995 - 996. Ἐννοεῖται ὅτι ἀν' ὁ τρίτος ἐν γνώσει τοῦ ὅτι ἡ ὀφειλὴ εἶναι ἀτελής παράσχη ἐγγύησιν, δύναται νὰ ὑποστηριχθῆ ὅτι δεσμεύεται νομικῶς πλήρως (πρβλ. Καυκᾶ, Ἐνοχ., ἄρθρα 847 - 848 § 4, Heitz σ. 78), ἔστω ὑπὸ τὴν συγγενῆ μορφήν τῆς «ἐγγυητικῆς συμβάσεως» (Garantievertvag), λόγῳ τοῦ ἐκ τοῦ ἄρθρου 850 ΑΚ ἐμποδίου (πρβλ. Λιτζερὸς, Πουλον ἐν ἘρμΑΚ 415 ἀριθ. 22 ἐπ., 28). Ἀντιθέτως κατὰ Π. Ζέπον ἐν ἘρμΑΚ, Εἰσαγ. 847 - 870 ἀριθ. 19 καὶ 850 ἀριθ. 4) ἡ ἐγγύησις, δεκτὴ εἰς ὅλα τὰ θέματα ἀτελοῦς ἐνοχῆς, γενᾶ καὶ αὐτὴ ἀπλῶς ἀτελῆ ἐνοχὴν. Τοῦτο γενικῶς ἐκφερόμενον δὲν νομίζω ὅτι δικαιολογεῖται, ἐν ὄψει καὶ τοῦ γενικωτέρας σημασίας ἄρθρου 272 § 2 ΑΚ. Πάντως εἰδικῶς ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος ὀρθὴ εἶναι ἡ ἀποψὶς τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς τοῦ ἐγγυητοῦ (Brandl εἰς Staudinger § 262 ἀριθ. 14, 24, 32).

19. Ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὰ ἀνωτέρω ἐξετασθέντα θέματα, ὅπου ἡ ἀτελής ἐνοχὴ παράγει ἀποτελέσματα οἷα κατ' ἀρχὴν καὶ ἡ πλήρης νομικὴ ἐνοχὴ, εἰς ἄλλα σημεῖα ἡ ἀτελής ἐνοχὴ ὑπολείπεται τῆς νομικῶς πλήρους.

Οὕτω, πλὴν ρητῆς ἐξαιρέσεως¹⁰⁶, δὲν δύναται νὰ γίνῃ δεκτὸν ὅτι ἀντιτάσσεται πρὸς συμψηφισμὸν¹⁰⁷. Ἄν τὸν ἐπετρέπομεν, θὰ κατελήγομεν εἰς μερικὴν ἀνατροπὴν τῆς γενικῆς ἀρχῆς, καθ' ἣν ὁ ὀφειλέτης ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν δύναται οὔτε ἐμμέσως νὰ ἐξαναγκασθῇ εἰς καταβολήν. Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον πρέπει ν' ἀποκλεισθῇ καὶ ἡ ἄσκησις δικαιώματος ἐπισχέσεως (325 ἐπ. ΑΚ) ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου ἐκ τῆς αὐτῆς ἐνοχῆς¹⁰⁸. Καὶ γενικώτερον δὲν δύναται νὰ γίνῃ δεκτὸν, ὅτι ἡ ἀτελής ἐνοχὴ στερεῖται μὲν τοῦ πλεονεκτήματος τοῦ ἀγωγίμου, προβάλλεται ὅμως κατ' ἔνστασιν¹⁰⁹.

Ἐπίσης ὁρθότερον φαίνεται τὸ ὅτι ἐπὶ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν χωρεῖ ἀναγνωριστικὴ ἀγωγή¹¹⁰.

20. Τὰ ἐξετασθέντα ζητήματα ἦσαν κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἦττον γνωστὰ καθὸ μνημονευόμενα εἰς τὰ γενικὰ συγγράμματα τοῦ ἐνοχικοῦ δικαίου. Ἄλλα ὅμως θέματα ἔτυχον ὀλιγωτέρας προσοχῆς.

Οὕτω ἐν πρώτοις γεννᾶται ἡ ἀπορία, ἂν καθ' ἑς περιπτώσεις ὁ νόμος ἐπιβάλλει σύμμετρον ἱκανοποίησιν τῶν δανειστῶν τοῦ ἀφηρεγγίου ὀφειλέτου¹¹¹, θὰ δύναται νὰ συντρέξουν, πρὸς ἱκανοποίησιν τῶν ἐκ τοῦ ὑπὸ διανομὴν ἐνεργητικοῦ τῆς περιουσίας, καὶ οἱ ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δανεισταί. Πρὸς προβολὴν σχετικῆς ἀξιώσεως ἐκ μέρους τῶν προϋποτίθεται βεβιαίως, ὅτι ὁ ὀφειλέτης ἀνεγνώρισε διὰ συμβάσεως τὰς τοιαύτας ὀφειλάς.

Τὸ ζήτημα δὲν φαίνεται νὰ ἔχῃ ἀντιμετωπισθῇ, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὸ διάφορον τοιοῦτον, ἂν οἱ δανεισταί τοῦ ἀφηρεγγίου δύναται νὰ προσβάλλουν τὸ κύρος γενομένων κατὰ βολῶν πρὸς ἐξόφλησιν χρεῶν ἐξ ἀτελῶν ἐνοχῶν. Πάντως αἱ δύο περιπτώσεις τελοῦν ἐν στενῇ συναφείᾳ. Διὰ τοῦτο καὶ υποβάλλονται κατωτέρω (§§ 28 - 29) εἰς κοινὴν ἐξέτασιν.

106) Ἐπὶ παραγεγραμμένης ἀπαιτήσεως, ἀρθρ. 443 ΑΚ.

107) Φραγκίστας ἐν ἙρμΑΚ 440 ἀριθ. 4, ὅπου καὶ περὶ τινῶν μετριασμῶν, Κανκᾶς, Ἐνοχ. ἀρθρα 844 - 845 § 2 σ. 428, Weber εἰς Staudinger II/1a, Einleitung ἀρθ. I 31, P l a n i o l - R i p e r t (- Radouant), Traité prat. de dir. civil, VII ἀριθ. 997. Βλ. ὅμως καὶ Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαί § 139 ἀριθ. 3, Φουρκιῶ-τῆν ἔνθ' ἀν. § 13 σημ. 30 καὶ 23.

108) Weber ἔνθ' ἀν. ἀρθ. I 31.

109) Weber αὐτόθι. Πρβλ. ὅμως καὶ Reuss ἔνθ' ἀν. σ. 507. Ἐξαιρέσις, ὡς φρονῶ, μόνον ὑπὲρ τοῦ δανειστοῦ παραγεγραμμένης ἀπαιτήσεως, λόγῳ τοῦ ἀρθρου 273 ΑΚ.

110) Οὕτω ἡ κρατούσα γνώμη (Κ. Τριανταφυλλόπουλος, Μητσόπουλος, ΑΠ 411/1948 ΕΕΝ ἰστ' 91 καὶ 424/1966 ΝοΒ ΙΕ' 217). Ἀντίθετος Π. Ζέπος, Ἐνοχ. I § 4 ΠΙ 1, ὅπου καὶ αἱ παραπομπαί. Πρβλ. σχετικῶς καὶ 225/1968 ΝοΒ ΙΣΤ' 730.

111) Βλ. σχετικὰς διατάξεις ἀνωτ. σημ. 34.

Ἄλλως ὅμως ἐμφανίζεται ἡ κατάστασις, ἂν εἰς τὴν ἀναγνώρισιν προβαίνουν τὸ πρῶτον οἱ κληρονόμοι. Αὐτὴν ἀκριβῶς τὴν περίπτωσιν ἔχει ὑπ' ὄψιν ἡ προαναφερθεῖσα διάταξις τοῦ ἄρθρου 6 § 4 τοῦ ν. 1641. Καὶ κατ' ἐφαρμογὴν τῆς εἰς οὐδὲν ὠφελεῖ τοὺς κληρονόμους ν' ἀναγνωρίσουν παραγεγραμμένα χρέη τοῦ κληρονομουμένου.

Β. Τὸ δεῦτερον ζήτημα εἶναι ἂν ὁ ἐν ἄρθρῳ 6 § 4 τοῦ νόμου 1641 κανὼν, ὁ ἀποκλείων τὴν ἐκπτώσιν τῶν παραγεγραμμένων χρεῶν ἐκ τοῦ ἐνεργητικοῦ τῆς κληρονομίας, εἶναι ἐπιδεικτικὸς ἐπεκτάσεως εἰς ἄλλας τὰς ἄλλας ἐξ ἀτελῶν ἐνοχῶν ὀφειλάς. Βεβαίως ἂν ἄλλη τις ἀτελής ὀφειλὴ ἀνεγνωρίσθῃ ὑπὸ τοῦ κληρονόμου, ὅθ' ἰσχύσῃ, ἕνεκα τῆς ἀναλογίας, ὅτι ἀνωτέρω ἐξετέθη διὰ τὴν ἀναγνώρισιν τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς, ἦτοι ὅθ' ἰσχύσῃ δεκτὴ ἡ ἐκπτώσις ^{112α}. Δυνάμεθα ὅμως, προχωροῦντες πέραν τούτου, νὰ τὴν δεχθῶμεν καὶ πάλιν, εἰς περίπτωσιν καθ' ἣν, μὴ ὑπαρχούσης ἀναγνωρίσεως ἐκ μέρους τοῦ κληρονομουμένου, ἀναγνωρίζουν τὴν ἀτελεῖ ὀφειλὴν οἱ κληρονόμοι του;

Ἐκ πρώτης ὄψεως θὰ ἠδύνατό τις νὰ σκεφθῇ, ὅτι ὡς ἐπὶ παραγεγραμμένων ὀφειλῶν τὸ ἄρθρ. 6 § 4 τοῦ ν. 1641 καθιστᾷ ἀνωφελεῖ εἰς τοὺς κληρονόμους τὴν μετὰ τὸν θάνατον τοῦ κληρονομουμένου ἀναγνώρισίν των, ἡ αὐτὴ διάταξις, κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμοζομένη, ἄγει εἰς τὸ αὐτὸ πόρισμα ὡς πρὸς τὰς λοιπὰς ἀτελεῖς ὀφειλάς τοῦ κληρονομουμένου.

Ἄλλ' ἡ σκέψις αὐτὴ πρέπει, φρονῶ, ν' ἀποκρουσθῇ. Κατὰ γενικῶς ἰσχύουσιν ἀρχὴν φόρος μὴ προβλεπόμενος σαφῶς ὑπὸ συγκεκριμένης διατάξεως νόμου δὲν δύναται νὰ ἐπιβληθῇ ¹¹³. Εὐρέως δὲ ἀναγνωρίζεται, ὅτι κατ' ἀναλογίαν ἐπέκτασις φορολογικῶν διατάξεων δὲν εἶναι ἐπιτετραμμένη ¹¹⁴. Κατ' οὐσίαν ὅμως ἡ ἄρνησις τῆς ἐκπτώσεως ἐκ τοῦ ἐνεργητικοῦ τῆς κληρονομίας χρεῶν τοῦ κληρονομουμένου ἐξ ἀτελῶν ἐνοχῶν ἄλλων ἢ αἱ παραγεγραμμένα ὀφειλά, ἀναγνωρίζομένων ὑπὸ τῶν κληρονόμων, θὰ ἐσήμαινε ἐπιβολὴν φόρου κληρονομιῶν ἐπὶ τοῦ ἀντισταίχου ποσοῦ χωρὶς ρητὸν κείμενον. Διότι ἄλλη παρομοία διάταξις, οἷα ἡ σχετικὴ πρὸς τὰς παραγεγραμμένας ὀφειλάς

112α) Πρβλ. σχετικῶς καὶ τὴν περίπτωσιν τῆς § 6 τοῦ ἄρθρου 11 ν.δ. 656/1948, θεσπισθεῖσαν, ὡς φαίνεται, διὰ νὰ ἐξουδετερώσῃ τὸ ἐκ τοῦ ἄρθρου 6 § 4 στοιχ. α τοῦ ν. 1641 ἐμπόδιον.

113) Βλ. ἄρθρ. 82 § 1 ἰσχύοντος Συντάγματος τοῦ 1968, ἄρθρ. 59 Συντάγματος τοῦ 1952.

114) Σειρὰ ὅλη ἀποφάσεων τοῦ Συμβουλίου Ἐπικρατείας δέχεται, ὅτι ὅχι μόνον ἡ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ τῶν φορολογικῶν νόμων ἀποκλείεται, ἀλλὰ καὶ αὐτὴ ἡ εὐρεῖα ἐρμηνεία των, ἐνδεικνυμένης τῆς στενῆς γραμματικῆς ἐρμηνείας. Βλ. 1ον Συμπλήρωμα Γεν. Εὐρετηρ. Νομολογίας Ζαχαροπούλου, τόμος Συμβουλίου Ἐπικρατείας 1 (λ-ω), λέξ. «φορολογία ἐν γένει» ἀριθ. 10α - 15. Ἐπίσης ΑΠ 155/1945 Θέμ. ΝΖ' 42, Ἐφ. Ἄθ. 4419/1952 Θέμ. ΣΓ' 852 καὶ ἄλλαι.

ως πυρήν τις άσθενικής νομικής ύποχρεώσεως, ότι ενίοτε ή καταβολή ή ή άναγνώρισις συγκεντρώνει τά χαρακτηριστικά τής δωρεάς ¹¹⁶. 'Επί τή ύποθέσει ότι ταύτα άλθθούουν, θά πρέπει ή άτελής ένοχή νά ύποβληθή εις τούς επί δωρεών ισχύοντας άύστηρους κανόνες.

'Υπό τó προϊσχύσαν βυζαντινορωμαϊκών δίκαιον έδιδάσκετο παγίως, ότι ή έκπλήρωσις φυσικής ένοχής δέν άποτελεί δωρεάν ¹¹⁷. 'Αντιθέτως, ώς είδομεν ήδη (§ 12), εις τήν Γαλλίαν ύπεστηρίχθη ζωηρώς, και προσφάτως άκόμη, ή έκδοχή τής δωρεάς, άλλ' ή κρατούσα διδασκαλία και ή νομολογία τήν άποκρούει. 'Ο έλβετικός Κώδιξ τών ένοχών, διά τού άρθρου του 239 § 3, προσφέρει και αύτός ισχυρόν έρεισμα εις τήν δυσμενή πρός τήν δωρεάν λύσιν. 'Ορίζει πράγματι ρητώς, ότι ή έκπλήρωσις ήθικου καθήκοντος δέν άντιμετωπίζεται ώς δωρεά.

Εις τόν γερμανικόν 'Αστικόν Κώδικα και τόν άκολουθούντα αύτόν έλληνικόν τά πράγματα δέν είναι τόσον άπλά. Εις μίαν μόνον διάταξιν, τήν προβλέπουσαν περιουσιακάς παροχάς γονέων πρός τέκνα χάριν οικονομικής ή έπαγγελματικής άποκαταστάσεως ή προικίσεως ¹¹⁸, λέγει ο έλληνικός κώδιξ, ότι κατά τó εκεί μέτρον δέν ύπάρχει δωρεά (άρθρ. 1499) ^{118α}. Κατά τά λοιπά πρέπει νά γίνη διάκρισις περιπτώσεων. Διά τήν παραγεγραμμένην ύφειλήν, τήν ύφειλήν εκ παιγνίου ή στοιχήματος, τήν μήπω ληξιπρόθεσμον τοιαύτην, τήν οικειοθελή ύπό τής έγγράμου γυναικός παροχήν εις τόν άνδρα οικονομικής βοήθειας διά τά βάρη τού γάμου (άρθρα 272 § 2, 844 - 845, 1400 ΑΚ), γίνεται γενικώς δεκτόν ότι δέν ύφίσταται δωρεά άλλ' έκπλήρωσις προϋπαρχούσης άσθενικής έστω ύποχρεώσεως ¹¹⁹. Δυσχερής ύμως, λόγω άτελειών τού νόμου, είναι ή

116) Βλ. κατωτ. §§ 42 έπ.

117) Βλ. § 6 εν τέλει και τούς άνωτ. εν σημ. 1 συγγραφείς.

118) Πρβλ. γερμ. ΑΚ § 1624. Κλασικόν είναι, ιδίως παρ' ήμιν, τó ζήτημα, πότε επί προικίσεως και ώς πρός ποίους ύπάρχει δωρεά. Βλ. κατωτ. § 50 Α.

118α) 'Η λύσις, νομοθετικώς ύρθή, τελεί εν δυσαρμονία πρός τó όλιγώτερον έπιτυχές άρθρ. 512 ΑΚ (βλ. κατωτ. σημ. 245), εκ τού όποίου προκύπτει ότι, εις ώρισμένας τούλάχιστον περιπτώσεις, ή έκπλήρωσις ιδιαιτέρου ήθικου καθήκοντος ή ύποχρεώσεως εξ ύπερπειας άποτελεί δωρεάν (βλ. συνέχειαν κειμένου και κατωτ. §§ 42 έπ.).

119) Βλ., άντ' άλλων, γενικώς Φραγκίσταν εν 'Ερμ.ΑΚ Π/Α, Γεν. Εισαγωγή άριθ. 39, Εισαγ. 496 - 512 άριθ. 59, 60 (άλλά και 60α), 63α, Π. Ζέπου, 'Ενοχ. Ι § 4 Π 2, Φουρκιώτη, 'Ελλ. ένοχ. § 13 Π σ. 136. Ειδικώτερον δε διά τήν παραγεγραμμένην άπαιτήσιν Μαριδάκην εν αιτιολογ. έκθέσει Προσχεδ. Γεν. 'Αρχών τού ΑΚ, έπίσημ. έκδ. Σχεδ. Γεν. 'Αρχών σ. 240, και ώς πρός τó άρθρ. 1400 Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οίκογεν. § 96 ύπό γ. Θά ήδύνατο πάντως νά γίνη μία επιφύλαξις, 'Οσάκις εις τά θέματα αυτά σαφώς έδηλώθη και συνεφωνήθη, ότι ο παρέχων έννοεί νά προσφέρη δωρεάν, ό δέ λήπτης συγκατατίθεται ύπ' αύτό τó πνεύμα νά δεχθή τήν παροχήν (πρβλ. 496 ΑΚ), δέν βλέπει τις διατί θά έπρεπε ν' άποκλεισθή ή έφαρμογή τών κανόνων τών δωρεών (πρβλ. και κατωτ. §§ 42 έπ., άλλ' επίσης Λιτζερόπουλον εν Θέμ. ΞΒ' σ. 691 ύπό Ι και εν Τιμητ. Τόμω 'Αρ. Πάγου, 1963, σ. 526 - 527).

περίπτωσης τῆς εκπλήρωσεως ἢ ἀναγνώρισεως καθαρῶς ἠθικῶν ἢ κοινωνικῶν ὑποχρεώσεων, περὶ ὧν τὰ ἄρθρα 906 καὶ 512. Βεβαίως ἡ δευτέρα διάταξις ὁμιλεῖ περὶ « δ ω ρ ε ὦ ν » γενομένων ἔνεκεν ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπειας. Ἄλλ' ἐκ τούτου καὶ μόνον δὲν δύναται νὰ συναχθῇ ὅτι ἡ ἐκ λόγων εὐπρεπειας ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρεώσεως ἐξ εὐπρεπειας ἀποτελεῖ δωρεάν. Θὰ τὸ ἴδωμεν, ὅταν ἐν τοῖς κατωτέρω θὰ ἀσχοληθῶμεν ἐκτενῶς μὲ τὴν περίπτωσιν τῶν ἄρθρων 906 καὶ 512 (βλ. § § 42 ἐπ.). Εἰς τὴν παροῦσαν θέσιν δυνάμεθα πάντως νὰ δεῖξωμεν ποῖον ἐν γένει πρακτικὸν ἐνδιαφέρον παρουσιάζει ἡ ἄρνησις — ὁσάκις καθίσταται δυνατὴ — τοῦ χαρακτηρισμοῦ τῆς δωρεᾶς εἰς τὴν καταβολὴν ἢ ἀναγνώρισιν ἀτελοῦς ἐνοχῆς.

Ἄλλὰ πρὶν ἢ ἀρχίσῃ ἡ σχετικὴ ἐκθεσις ἐπιβάλλεται μία διευκρίνισις. Ἐκ τοῦ ὅτι καὶ μόνον μία δικαιοπραξία δὲν ἀποτελεῖ δωρεάν, δὲν ἔπεται καὶ ὅτι εἶναι ἐπαχθὴς δικαιοπραξία. Διότι τὸ ἀντίθετον τῆς ἐπαχθοῦς δικαιοπραξίας εἶναι ἡ χαριστικὴ. Καὶ ἡ χαριστικὴ δικαιοπραξία (ἢ ἐλευθεριότης) εἶναι ἔννοια εὐρύτερα τῆς δωρεᾶς, περιλαμβάνουσα λ.χ. πλὴν τῆς τελευταίας τὸ ἔννοια εὐρύτερα τῆς δωρεᾶς, περιλαμβάνουσα λ.χ. πλὴν τῆς τελευταίας τὸ χρῆσιδάνειον, τὴν ἐντολὴν (713 ΑΚ, λέξεις «ἀνευ ἀμοιβῆς»), τὰς περιουσιακάς ἐπιδόσεις διὰ διαθήκης. Πράγματι κύριον κριτήριον τῆς ὑπάρξεως χαριστικῆς δικαιοπραξίας εἶναι ἀπλῶς τὸ ὅτι παρέχει τις εἰς ἄλλον χωρὶς νὰ λαμβάνῃ οἰονδήποτε ἀντάλλαγμα¹²⁰. Ὅταν συνεπῶς γίνεται ὁμοφώνως δεκτὸν παρ' ἡμῶν, ὅτι εἰς τὰς ἀνωτέρω ἀπαριθμηθείσας περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν, ἦτοι τῆς παραγεγραμμένης ὑφειλῆς, τοῦ παιγνίου καὶ τοῦ στοιχήματος κλπ., δὲν ὑφίσταται δωρεά, δὲν θὰ ἔπρεπε ν' ἀποκλεισθῇ ἡ ὑπὸ προϋποθέσεις ὑπαρξίς χαριστικῆς δικαιοπραξίας. Πότε δὲ ἀρμόζει ὁ τελευταῖος χαρακτηρισμὸς θὰ ἴδωμεν ἀργότερον (§ 43). Καὶ δὲν θὰ ἔστερεῖτο ὁ τοιοῦτος χαρακτηρισμὸς πρακτικῆς σημασίας, διότι ἂν καὶ ἐπὶ τῶν μὴ ἀποτελουσῶν δωρεάν χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν ἐφαρμόζονται συνήθως χαλαρότεροι κανόνες ἢ ἐπὶ δωρεῶν (λ.χ. δὲν ἀπαιτεῖται ὁ συμβολαιογραφικὸς τύπος τοῦ ἄρθρου 498 ΑΚ), ἐν τούτοις ἐν ἰ ο τ ε, κατ' ἀναλογίαν, ἰσχύουν οἱ αὐστηροὶ κανόνες τῶν δωρεῶν¹²¹. Κάτι τὸ ὅποιον δὲν ἔχουν πάντοτε πρὸ ὀφθαλμῶν οἱ πραγματευόμενοι τὰ θέματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν συγγραφεῖς. Ὑπὸ τὴν ἐπιφύλαξιν αὐτῆς τῆς ἀνάγκης τῆς ἐξετάσεως τῶν συναφῶν πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς ζητημάτων ὄχι μόνον ὑπὸ τὸ πρῖσμα τῆς δωρεᾶς ἀλλὰ καὶ τῆς χαριστικῆς δικαιοπραξίας,

120) Φ ρ α γ κ ῖ σ τ α ς ἐν Ἑρμ.ΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 15. Αὐτόθι, ἀριθ. 11 - 66, γενικωτέρα καὶ ἐμπεριστατωμένη μελέτη τῆς ἐννοίας τῆς ἐλευθεριότητος. Βλ. ἐπίσης Σ ο ὄ ρ λ α ν ἐν Ἑρμ.ΑΚ, Εἰσαγ. 361 - 373 ἀριθ. 31 - 35.

121) Φ ρ α γ κ ῖ σ τ α ς ἐν Ἑρμ.ΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 17α, Σ ο ὄ ρ λ α ς αὐτόθι, Εἰσαγ. 361 - 373 ἀριθ. 35. Πρβλ. καὶ ἰταλ. ΑΚ ἄρθρ. 809.

θά προχωρήσωμεν τώρα εἰς πρώτην πρόχειρον ἀπαρίθμησιν τῶν συνεπειῶν, τὰς ὁποίας φαίνεται ὅτι θά ἔχη εἰς τὸ θέμα μας ἡ ἄρνησις τῆς ὑπαγωγῆς τῆς ἐκπληρώσεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς δωρεᾶς.

23. Ἐφ' ὅσον θεωρηθῆ ὅτι ἡ καταβολὴ ἢ ἡ ὑπόσχεσις ἐκπληρώσεως χρέους τινὸς ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν ἀποτελεῖ δωρεᾶν ἀλλ' ἐπίδοσιν ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας, θά ἡγόμεθα, ἐκ πρώτης ὄψεως, εἰς τὰ ἐξῆς συμπεράσματα ¹²² :

α) Δὲν θά εἶναι ἀπαραίτητον διὰ τὸ κύρος τῆς νὰ ὑποβληθῆ εἰς τὸν τύπον τοῦ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου (πρβλ. 498 § 1 ΑΚ ἐν συσχετίσει πρὸς 158 καὶ 875).

β) Δὲν θά δύναται ν' ἀνακληθῆ λόγῳ ἀχαριστίας τοῦ δανειστοῦ, μὴ ὄντος δωρεοδόχου, οὔτε διὰ τοὺς ἄλλους λόγους ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν (505 ἐπ. ΑΚ, πρβλ. καὶ 2033) ¹²³.

γ) Δὲν θά ὑπόκειται εἰς προσβολὴν ὑπὸ τῶν νομίμων μεριδούχων τοῦ ὀφειλέτου κατὰ τοὺς κανόνας τῆς μέμφεως ἀστόργου δωρεᾶς (1835 ἐπ. ΑΚ).

δ) Δὲν θά χωρῆ διαρρηξίς τῆς γενομένης καταβολῆς κατὰ τοὺς γενικοὺς κανόνας τοὺς προστατεύοντας τοὺς δανειστάς κατὰ τῆς καταδολιεύσεως ἐκ μέρους τοῦ ὀφειλέτου μετὰ τὴν ὑπάρχουσαν ὑπὲρ αὐτῶν διευκόλυνσιν, ὡσάντις ἢ βλάβη αὐτοὺς ἀπαλλοτριώσις περιουσίας τοῦ ὀφειλέτου ἐγένετο ἐκ χαριστικῆς αἰτίας (942 ΑΚ, πρβλ. καὶ τὸ ὑπὲρ τοῦ τρίτου ἄρθρ. 943 § 2), ἀλλὰ μόνον κατὰ τοὺς γενικοὺς περὶ διαρρηξέως κανόνας (939 ἐπ.).

ε) Ἐφ' ὅσον ὁ οἰκιοθελῶς καταβαλὼν ἢ ἀναγνωρίσας τὴν ἀτελῆ ἐνοχὴν ὀφειλέτης δὲν θά εἶναι δωρητῆς, ἢ εὐθύνῃ του πρὸς τὸν λήπτην ἕνεκα μὴ ἐκπληρώσεως τῶν ὑπεσχημένων ἢ λόγῳ πραγματικῶν καὶ νομικῶν ἐλαττωμάτων τῶν καταβληθέντων δὲν θά εἶναι ἡ περιωρισμένη εὐθύνῃ τοῦ δωρητοῦ (499 ΑΚ, διὰ τοὺς τόκους ὑπερημερίας βλ. 500), ἀλλ' ἡ βαρυτέρα τοῦ ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας ὀφειλέτου (330 ΑΚ).

στ) Διὰ τὸν αὐτὸν λόγον, γενομένης συμβάσεως ἀναγνωρίσεως τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ὁ ἀναγνωρίσας δὲν θά δύναται νὰ ἐπωφεληθῆ τοῦ ἄρθρου 501 ΑΚ πρὸς ἄρνησιν τῆς ἐκπληρώσεως τῶν ὑπεσχημένων, ἂν περιέλθῃ εἰς οἰκονομικὴν δυσπραγίαν κλπ.

ζ) Ἀκόμη, ἀφοῦ δὲν θά πρόκειται περὶ δωρεᾶς, θά δύναται ἡ ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὀφειλὴ ἀνηλικίου ἢ ἀπηγορευμένου νὰ καταβληθῆ ἢ ἀναγνωρισθῆ ὑπὸ τοῦ νομίμου ἀντιπροσώπου του (πατρός, ἐπιτρόπου), τῆς ἐκ τῶν ἄρθρων 1510 καὶ 1643 ΑΚ (πρβλ. καὶ 1698) ἀπαγορεύσεως μὴ ἐχούσης θέσιν.

122) Πρβλ. λ.χ. Ροιλοῦ - Κοιμάντου, Οἰκογεν. Π ἄρθρ. 1499 ἀριθ. 8, ὅπου ἐξάγονται ὅλαι αἱ λογικαὶ συνέπειαι τοῦ ὅτι αἱ κατὰ τὸ ἄρθρον τοῦτο παροχαὶ γονέων πρὸς τέκνα δὲν εἶναι, ὡς ρητῶς ἐν τῇ διατάξει ὀρίζεται, δωρεαί.

123) Ἄν ὑπάρχῃ πραγματικὸν ἐνδιαφέρον ὑπὸ τῇ ἐποψίῃ τῆς ἐφαρμογῆς ἢ μὴ τῶν περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν διατάξεων, βλ. κατωτ. § 26.

η) Γενομένης τοιαύτης καταβολῆς ἢ ἀναγνώρισεως, οἱ κληρονόμοι τοῦ καταβαλόντος ἢ ἀναγνωρίσαντος, ἂν θελήσουν νὰ προσβάλουν τὸ κύρος τῶν γενομένων ἐπὶ τῷ ἰσχυρισμῷ ὅτι ὁ κληρονομούμενος ἦτο φρενοβλαβής, δὲν θὰ συναντήσουν ἐμπόδια ἐκ τοῦ ἄρθρου 1695 ΑΚ.

ο) Τέλος δὲν θὰ ὑπόκεινται τὰ γενόμενα εἰς τὴν βαρεῖαν φορολογίαν τῶν δωρεῶν (ν. 1641/1919 ἄρθρα 36 ἐπ.).

Αὕτη εἶναι ἡ πρώτη, πρόχειρος προσέγγισις εἰς τὸ θέμα. Ἄλλὰ δὲν ἐπιτρέπεται νὰ ἀρκεσθῶμεν εἰς τὰ λεχθέντα. Ἀρμόζει νὰ προχωρήσωμεν εἰς κάποιαν ἐμβάθυνσιν.

24. Ὡς πρὸς τὸ περιττὸν τῆς τηρήσεως τοῦ κατὰ τὸ ἄρθρον 498 § 1 ΑΚ συμβολαιογραφικοῦ τύπου εἰς τὰ θέματα περὶ ὧν ἐλέχθη ἤδη ὅτι δὲν ὑπάρχει δωρεά, οἱ συγγραφεῖς εἶναι ὁμόφωνοι ¹²⁴. Θὰ ἠδύνατό τις ἀληθῶς νὰ σκεφθῇ, ὅτι ὑπάρχει ἴσως ἄλλη πλὴν τῆς δωρεᾶς χαριστικὴ δικαιοπραξία (ἀνωτ. § 22). Ἄλλὰ ἡ ἀπορία εἶναι περιττὸν νὰ μᾶς ἀπασχολήσῃ, διότι τὸ ἄρθρ. 498 § 2 δὲν ἐπεκτείνεται κατ' ἀναλογίαν, ὡς γενικῶς ἀναγνωρίζεται, εἰς ἄλλας πλὴν τῶν δωρεῶν χαριστικὰς δικαιοπραξίας.

Τοῦ κανόνος ὅμως ὅτι τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο δὲν εἶναι ἀπαραίτητον θὰ γίνῃ, ὡς εὐνόητον, ἐξαίρεσις, ὅπου ἐπεβλήθη ὁ συμβολαιογραφικὸς τύπος, ἀνεξαρτήτως τοῦ ἐὰν πρόκειται ἢ ὄχι δωρεά, ἐξ ἄλλων λόγων. Οὕτω ἂν πρὸς ἐκπλήρωσιν ἀτελοῦς ἔνοχῆς μεταβιβάζεται ἀκίνητον (369 ΑΚ) ¹²⁵.

25. Ἐκ τοῦ ὅτι τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο περιτεύει, δὲν ἐλύθη ἀκόμη τὸ ζήτημα ἂν ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἔνοχῆς εἶναι τυπικὴ ἢ ἄτυπος σύμβασις. Πράγματι τὸ ἄρθρ. 272 § 2 ΑΚ, προβλέπον τὸ ἔγκυρον τῆς γενομένης, ἐν ἀγνοίᾳ τῆς παραγραφῆς, συμβατικῆς ἀναγνώρισεως παραγραφείσης ἀξιώσεως, ὁμιλεῖ περὶ ἐ γ γ ρ ἄ φ ο υ ἀναγνώρισεως. Εἰς δὲ τὴν αἰτιολογικὴν ἐκθεσιν τοῦ Σχεδίου Γενικῶν Ἀρχῶν τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος ὁ καθηγητὴς Μαριδάκης ἐξηγεῖ, ὅτι ἂν δὲν ἐπεβάλλετο τὸ ἔγγραφο, θὰ ὑπῆρχε «φόβος ἐπιδιώξεως παραγεγραμμένων ἀξιώσεων μὲ τὴν ἐλπίδα ἀποδείξεως δι' ἄλλων μέσων τῆς ἀναγνώρισεως» ¹²⁶, ἤτοι κυρίως διὰ ψευδομαρτυριῶν. Ἐξ ἄλλου ἐδέχθημεν προηγουμένως, ὅτι τὰ ἀναγραφόμενα ὡς πρὸς τὴν ἀναγνώρισιν παραγεγραμμένης ὀφειλῆς εἰς τὸ ἄρθρ. 272 ΑΚ πρέπει, κατ' ἀναλογίαν, νὰ τύχουν γενικῆς ἐφαρμογῆς καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν (βλ. § 17). Ἀρμόζει ἐπομένως νὰ ἐπιμεινώμεν ὀλίγον εἰς τὸ θέμα τοῦτο τῆς ἐγγράφου ἀποδείξεως τῆς ἀναγνωριστικῆς συμβάσεως.

124) Βλ. λ.χ. τοὺς ἀνωτ. ἐν σημ. 121-122 ἀναφερομένους. Ἡ λύσις εἶναι ἄλλωστε παραδεδομένη καὶ ἐκ τοῦ προϊσχύσαντος δικαίου παραπομπῆ ἀνωτ. εἰς σημ. 1.

125) Πρβλ. Φ ρ α γ κ ἰ σ τ α ν ἐν ἘρμΑΚ 498 ἀριθ. 39 καὶ κατωτ. σημ. 264.

126) Σχέδ. Γεν. Ἀρχ. ΑΚ, ἐπίσημ. ἐκδ., σ. 240.

Τὸ ἀπαιτούμενον κατὰ τὸ ἄρθρ. 272 § 2 ἔγγραφο, δυνάμενον φυσικὰ νὰ εἶναι καὶ ἰδιωτικόν, νοεῖται ἀναμφιβόλως ὡς συστατικόν (159 § 1 AK). Εἰς τὴν ἐρμηνείαν τοῦ ἄρθρου 272 γίνεται ἐξ ἄλλου, ὀρθῶς, δεκτόν, ὅτι ἀρκεῖ νὰ ἔχη διατυπωθῆ ἔγγραφως ἡ ὑπόσχεσις τοῦ ἀναγνωρίζοντος· ἡ ἀποδοχὴ τῆς ὑποσχέσεως δύναται νὰ εἶναι καὶ προφορικῆ¹²⁷. Ἐπὶ πλέον οἱ συγγραφεῖς, ἐφαρμόζοντες κατὰ γράμμα τὸ ἄρθρον 272 § 2, περιορίζουν τὸν ἔγγραφο τύπον μόνον εἰς τὴν ἐν ἀ γ ν ο ῖ α τῆς ἐπελθούσης παραγραφῆς γενομένην ἀναγνώρισιν. Διότι, λέγουσιν, ὡςάκις ὁ ἀναγνωρίζων ἐτέλει ἐν γ ν ὡ σ ε ι τῆς παραγραφῆς, ἡ ἀναγνώρισις σημαίνει π α ρ α ῖ τ η σ ι ν ἀπὸ τῆς ἐπελθούσης παραγραφῆς (276 AK), αὕτη δὲ δύναται νὰ εἶναι καὶ σιωπηρά. Ἄρα ἐδῶ ἀρκεῖ καὶ προφορικῆ δῆλωσις περὶ ἀναγνωρίσεως¹²⁸. Ἀλλ' ὅμως ἡ προαναφερθεῖσα ἐκθεσις τοῦ Σχεδίου Γενικῶν Ἀρχῶν δὲν φαίνεται νὰ διακρίνη ἀναλόγως τῆς γνώσεως ἢ μὴ τοῦ ἀναγνωρίζοντος. Ἄλλ' ἡ ὑποστηριζομένη γραμματικὴ ἐρμηνεία τοῦ ἄρθρου 272 δὲν εἶναι ἀποδοκιμαστέα. Βεβαίως ὑπάρχει καὶ ἐδῶ, ὡς εἰς τὴν περίπτωσιν τῆς ἐν ἀγνοίᾳ ἀναγνωρίσεως, ὁ ἐν τῇ αἰτιολογικῇ ἐκθέσει τονιζόμενος κίνδυνος τῆς προσφυγῆς, πρὸς ἀποδείξιν τῆς ἀναγνωρίσεως, εἰς ψευδομάρτυρας. Ὁ ἐπικαλούμενος ἡμῶς τὴν ἀναγνώρισιν δυσχεραίνεται κατὰ τοῦτο, ὅτι θὰ ἔχη νὰ ἀποδείξῃ ἐν ἐπὶ πλέον στοιχείον, τὴν γνώσιν τοῦ ἀναγνωρίσαντος ὀφειλέτου. Ἄλλ' ἐπιπροσθέτως δίκαιον εἶναι νὰ ἐπιτυγχάνῃ εὐκολώτερον τὴν ἱκανοποίησίν του ὁ δανειστῆς τῆς παραγεγραμμένης ἀπαιτήσεως, ὡςάκις ὁ ὀφειλέτης, ἐν ἐπιγνώσει τοῦ ὅτι δὲν ἐδεσμεύετο πλέον νομικῶς, προέβη εἰς τὴν ἀναγνώρισιν¹²⁹.

127) Γ ι α ν ν ο π ο ὄ λ ο υ, Γεν. Ἀρχαί Π § 272 ἀριθ. 3 β, πρβλ. Εὐ ρ υ γ ἔ ν η ν ἐν ἘρμAK 873 ἀριθ. 8. Ὑπάρχει ἀναλογία τις πρὸς τὰ ἰσχύοντα ἐπὶ ἐγγυήσεως (ἄρθρ. 849 AK)· βλ. Π. Ζέ π ο ν ἐν ἘρμAK 849 ἀριθ. 2 ἐπ.

128) Μ π α λ ῆ, Γεν. Ἀρχαί § 161 ἀριθ. 2 καὶ § 160 ἐν τέλει, Γ ι α ν ν ὄ π ο υ λ ο ς ἐνθ' ἀν. Π § 272 ἀριθ. 3 β. Πρβλ. καὶ Γ. Β ἀ λ λ η ν δ α, Ἄστ. Κῶδιξ Ι, ἄρθρ. 272 ἀριθ. 2. Πάντως ἀ φ η ρ η μ ἔ ν η ἀναγνώρισις κατ' ἀρχὴν μόνον ἐγγράφως δύναται νὰ γίνῃ (873, πρβλ. καὶ 875 AK). Ὁ C o i n g, εἰς S t a u d i n g e r I § 222 ἀριθ. 7, βαίνει, σμειωθέν, ἀκόμη περαιτέρω. Περιττόν, λέγει, τὸ ἔγγραφο, ἀν χωρῆ ἐφαρμογῆ τῆς § 242 τοῦ γερμ. AK, ἦτοι ἀν ὑπάρχῃ κατάρχησις δικαιοῦματος (πρβλ. 281 ἑλλην. AK). Πρόκειται, ὡς φαίνεται, περὶ τῆς λεγομένης ἀντιφατικῆς συμπεριφορᾶς (venire contra factum proprium)· ὑποτίθεται δὲ, ὅτι διὰ τῆς ὅλης στάσεώς του ὁ ἀναγνωρίσας (προφορικῶς) εἶδωσε ἀφωρμὴν ὥστε εὐλόγως νὰ πιστεύσῃ ὁ πρὸς ὃν ἡ δῆλωσις, ὅτι δὲν θὰ ἀμυβήθητῆ ἢ ἔγκυρὸς τῆς ἀναγνωρίσεως. Ἡ διαφορά ἐδῶ εἶναι, ὅτι δὲν χρειάζεται ἀν πρόθεσις παραιτήσεως τοῦ οὕτω συμπεριφερθέντος. Βλ. σχετικῶς Θ ε ρ ἄ π ο υ, Τὸ ἄρθρ. 281 AK (1951) σ. 171 ἐπ., 177 ἐπ., Κ α ρ α κ α ν τ ᾶ, Ἡ ἀχρησία καὶ ἡ ἀσκησις τοῦ δικαιώματος ἐν τῷ ἑλλην. δικαίῳ (1954) σ. 75 ἐπ., 111, 117, 291, Τ ο ὄ σ η, Γεν. Ἀρχαί Π (1963) § 179 σμ. 15.

129) Ἄραγε ταῦτα ἐφαρμόζονται καὶ ὅταν σαφῶς σ υ ν ε φ ω ν ῆ θ η ἀπὸ κοινού ἢ ὑπόσχεσις καταβολῆς τοῦ παραγεγραμμένου χρέους ὡς δωρεὰ; (βλ. ἀνωτ. σμ. 119 ἐν τέλει). Ἡ ἀπάντησις, ἐντὸς γενικωτέρου πλαισίου, δίδεται κατωτέρω εἰς τὰς § § 47 - 49.

Τέλος, ὡσάντις θὰ κριθῆ κατ' ἀρχὴν ἀρκετὴ καὶ ἡ προφορικὴ κατάρτισις τῆς περὶ ἀναγνωρίσεως συμφωνίας, ὁ κίνδυνος τῶν ψευδομαρτύρων ἀντιμετωπίζεται ἐν μεγάλῳ μέτρῳ διὰ τῶν δικονομικῶν διατάξεων, τῶν περιοριζουσῶν τὴν μαρτυρικὴν ἀπόδειξιν ¹³⁰.

Ὅλα τὰ ἀνωτέρω, ὡς ἤδη ἐλέχθη, εἶναι ἐφαρμοστέα καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν, πλὴν τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς, ἀτελῶν ἔνοχῶν. Μόνον ὡς πρὸς τὰ θέματα τὰ ἐμπύπτοντα εἰς τὸ εὐρὺ πλαίσιον τῶν ἄρθρων 906 καὶ 512 ΑΚ γεννῶνται ἰδιαίτεροι δυσκολίαι, τὰς ὁποίας θὰ ἐξετάσωμεν ἀργότερον (§§ 45 ἐπ.).

26. Δεύτερον ἀποτέλεσμα, δυνάμενον ἐκ πρώτης ὄψεως νὰ συνδεθῆ πρὸς τὴν παρατήρησιν ὅτι ἡ ἐκπλήρωσις ἢ ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἔνοχῆς δὲν ἀποτελεῖ δωρεάν, εἶναι ἡ μὴ ἐφαρμογὴ τῶν περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν διατάξεων (505 ἐπ. ΑΚ) ¹³¹.

Ἀληθῶς τὸ ἐπιχείρημα εἶναι τυπικολογικὸν καὶ ἐξηρημένον ἀπὸ τὴν ἔκβασιν τῆς διαμάχης περὶ τὴν ἀναγκαιότητα ἢ μὴ τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν ὡς ἰδίας νομικῆς κατηγορίας (ἀνωτ. §§ 12 - 13). Διὰ νὰ ἀποφύγωμεν τὴν μειοδικίαν καὶ τὴν ἀντιδικίαν καὶ διὰ νὰ εἴμεθα συνεπεῖς καὶ πρὸς τὴν ἐν τῇ παρουσίᾳ νεκτικότητά του αὐτὴν καὶ διὰ νὰ εἴμεθα συνεπεῖς καὶ πρὸς τὴν ἐν τῇ παρουσίᾳ μελέτῃ ἀκολουθουμένην μεθοδολογικὴν γραμμὴν (πρβλ. ἀνωτ. §§ 5, 8-10, 13 καὶ 14 ἐπίσης κατωτ. § 36), θὰ προτιμήσωμεν νὰ στηρίξωμεν τὴν λύσιν τοῦ ἀνεφαρμόστου τῶν περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν διατάξεων εἰς ἄλλην, περισσότερον οὐσιαστικὴν θεμελίωσιν.

Κατὰ τὸ ἄρθρ. 512 ΑΚ «δωρεαὶ γινόμεναι ἕνεκεν ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας δὲν ὑπόκεινται εἰς ἀνάκλησιν». Ἐξ ἄλλου γνωρίζομεν ἤδη, ὅτι πλὴν τῆς κατηγορίας ἀτελῶν ἔνοχῶν, τῆς προβλεπομένης διὰ γενικῆς περιγραφῆς (ὕποχρεώσεις «ἐξ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας», πρβλ. 906 ΑΚ), καὶ αἱ ἄλλαι περισσότερον ἐξειδικευμέναι ἀτελεῖς ἔνοχοι (πρβλ. 272, 1499, 1400, 844 - 845 κλπ. ΑΚ) ἐξηγουῦνται ἐπίσης, κατὰ κανόνα, ἐκ τῶν αὐτῶν λόγων, ἧτοι τῆς ὑπάρξεως ἠθικῶν ἢ κοινωνικῶν ὑποχρεώσεων (ἀνωτ. § 4). Ἄρα καὶ ἐπ' αὐτῶν, ἀκόμη καὶ ἐπὶ τῇ ὑποθέσει ὅτι συνιστοῦν δωρεάν ¹³², ἡ ἀνάκλησις θὰ ἀπεκλείετο δυνάμει τοῦ ἄρθρου 512. Ἀποκλείεται συνεπῶς κατὰ μείζονα λόγον, ἂν εἰς τὰ θέματα αὐτὰ θεωρήσωμεν ὅτι δὲν ὑπάρχει δωρεά.

27. Ὅσον ἀφορᾷ τὴν μὴ προσβολὴν ὑπὸ τῶν νομίμων μεριδούχων τῆς

130) ΚΠολΔ 410 ἐπ. Χρήσιμος πάντοτε, καὶ μετὰ τὴν εἰσαγωγὴν τῆς νέας Πολ. Δικονομίας, ἡ ἐξαιρέτος μονογραφία τοῦ καθηγ. Φ ρ α γ κ ί σ τ α, Περιορισμὸς τῆς μαρτυρικῆς ἀποδείξεως λόγῳ ποσοῦ (1931).

131) Βλ. λ.χ. Π. Ζέπου, Ἐνοχ. I § 4 Π 2 α.

132) Ὅπερ, ὑπὸ προϋποθέσεις, οὐχὶ ἀδύνατον. Βλ. ἀνωτ. σημ. 119 ἐν τέλει.

γενομένης καταβολῆς πρὸς ἐξόφλησιν ἀτελοῦς ἐνοχῆς ἢ τῆς συμβατικῆς ἀναγνωρίσεώς της κατὰ τοὺς κανόνας τῆς μέμψεως ἀστόργου δωρεᾶς, αὕτη ἐπιβεβαιώνεται ἐκ τῶν ἄρθρων 1835 § 1 καὶ 1831 § 1 ἐδ. 2 ΑΚ. Ἐκ τοῦ συνδυασμοῦ τῶν δύο τούτων διατάξεων προκύπτει, ὅτι δὲν ὑπόκεινται εἰς τὴν μέμψιν δωρεαὶ γινόμεναι ἐν ζωῇ τοῦ κληρονομουμένου ἐφ' ὅσον ἐπεβάλλοντο ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπειᾶς. Τούτου θεόντος συλλογισμοὶ ἀνάλογοι πρὸς τοὺς ἀναπτυχθέντας εἰς τὴν προηγουμένην παράγραφον ὡς πρὸς τὴν μὴ ἀνάκλησιν λόγῳ ἀχαριστίας κλπ. (πρβλ. 512 ΑΚ), ἄγουν καὶ πάλιν εἰς τὸν ἀποκλεισμὸν τῆς μέμψεως ἀστόργου δωρεᾶς καὶ εἰς τὰς λοιπὰς πλὴν τῶν ἐν ἄρθροις 906 καὶ 512 περιπτώσεις ἀτελοῦς ἐνοχῆς.

28. Ὑπὸ τὴν ἐποψιν τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως (939 ἐπ. ΑΚ) δύο ζητήματα εἶναι κυρίως ἐξεταστέα: α) χωρεῖ κατ' ἀρχὴν διάρρηξις γενομένης καταβολῆς χρέους ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς; Καὶ β) ἐν καταφατικῇ ἀπάντησει θὰ ἀκολουθήσῃ ἡ διάρρηξις τοὺς ἰδιάζοντας κανόνας τοὺς ἰσχύοντας ἐπὶ ἀπαλλοτριώσεων περιουσίας τοῦ ὀφειλέτου ἐκ χαριστικῆς αἰτίας; (942, 943 § 2 ΑΚ).

Α. Τὸ πρῶτον ζήτημα λύεται εὐχερῶς ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ ἄρθρου 940 § 2 ἐδ. 1 ΑΚ. Κατ' αὐτὸ «δὲν θεωρεῖται ἀπαλλοτριώσις» — διὰ τὸ ὑπόκειται εἰς διάρρηξιν κατὰ τὸ ἄρθρ. 939 — «ἡ καταβολὴ ληξιπροθεσμοῦ χρέους». Ληξιπρόθεσμον ὅμως χρέος εἶναι τὸ ἀπαιτητόν. Καὶ ἡ ὀφειλὴ ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν εἶναι, ἐξ αὐτοῦ τοῦ ὀρισμοῦ της, ἀπαιτητὴ (ἐξαναγκαστή). Ἄρα ἂν γίνῃ οἰκειοθελῆς καταβολὴ ὑπὸ ἀφερεγγύου (καταχρέου) ὀφειλέτου, χωρεῖ ἡ κατὰ τὰ ἄρθρα 939 ἐπ. διάρρηξις. Ἄλλὰ καὶ ὁ ὕσιαστικῶς δικαιολογεῖται ἡ λύσις. Εἰς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἀνταποκρίνεται νὰ μὴ ἐπιτρέπεται εἰς τὸν ἀφερέγγυον ὀφειλέτην νὰ ἐκπληρώσῃ χρέη, τὰ ὅποια ὄχι ὁ νόμος ἄλλ' ἀποκλειστικῶς ἢ ἠθικῇ ἢ ἡ κοινωνικῇ εὐπρέπεια τοῦ ἐπέβαλλον, εἰς βάρος τῶν δανειστῶν ἐξ ἀρτίων νομικῶς ἐνοχῶν. Μία στάθμισις συμπεριόντων, ἡ ὁποία ἐνθυμίζει τὸ ὑπὸ ἀναλόγους συνθήκας καθιερωμένον νομοθετικῶς γινωμικὸν «nemo liberalis nisi liberatus»¹³³. Ἀνάλογα δὲ εἶναι ἐφαρμοστέα καὶ ἐπὶ πτωχεύσεως¹³⁴.

133) Βλ. 1901 ἐδ. 2 ΑΚ: κληροδοσίαι καὶ τρόποι ἐκπληροῦνται μετὰ τὰς λοιπὰς ὑποχρεώσεις τοῦ διαθέτου πρᾶγμα τὸ ὅποιον ἔχει ἰδίως σημασίαν, ὅταν ἡ κληρονομία δὲν ἐπαρῆ διὰ τὴν εἰς τὸ ἀκέραιον ἱκανοποίησιν δανειστῶν καὶ κληροδόχων. Βλ. ἐπίσης L i g e r o p o u l o s ἐν «Συμμίκτοις Σεφεριάδου» Π (1961) § 14 σ. 801 - 802.

134) Ὡς ἐν τῷ κειμένῳ διὰ τὴν πτώχευσιν (μὲ ἔρεισμα τὸ μὴ ληξιπρόθεσμον τοῦ χρέους) Ρόκα, Πτωχευτ. δίκαιον (1965) § 62 ΠΙ 1 σ. 203. Πρβλ. ὁμοίως, κατὰ τὸ ἀποτέλεσμα, Φραγκίσταν ἐν ἙρμΑΚ, Εἰσαχ. 496 - 512 ἀριθ. 63α, σχετικῶς πρὸς τὰς παροχὰς τοῦ ἄρθρου 1499 ΑΚ: βλ. ὁμοίως καὶ αὐτόθι ἀριθ. 60. Ἀντιθέτως ὑπὲρ τοῦ ὅτι

καταβολή ἀτελοῦς ἐνοχῆς δὲν εἶναι ἀπαλλοτριώσεις ἐκ χαριστικῆς αἰτίας¹³⁷ καὶ οἱ λοιποὶ δανεισταὶ τοῦ ἀφηρεγγίου ὀφειλέτου ὑποχρεοῦνται ν' ἀποδείξουν, πρὸς διάρρηξίν τῆς, τὴν κατὰ τὸ ἄρθρ. 941 ΑΚ γνῶσιν τοῦ εἰσπράξαντος.

Ἡ σκέψις ἡμῶς αὐτῇ δὲν συμβιβάζεται πρὸς τὸ πνεῦμα μιᾶς διατάξεως, ἢ ὅποια ἐπέλυσε συναφῆς ζήτημα ἐπὶ εἰδικῆς περιπτώσεως ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Ἐννοοῦμεν τὸ ἄρθρ. 278 ΑΚ, καθ' ὃ αὐτὸ δανειστῆς ἢ πᾶς ἔχων ἔννομον συμφέρον δικαιούται νὰ προτείνῃ τὴν παραγραφὴν καὶ ἂν ἔτι δὲν προτείνῃ αὐτὴν ἢ παραιτῆται αὐτῆς ὁ ὀφειλέτης.

Κατ' ἀρχὴν ἡ παραγραφὴ δὲν λαμβάνεται ὑπ' ὄψιν αὐτεπαγγέλτως ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου, ἀλλὰ πρέπει νὰ προταθῇ ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου (277 ΑΚ). Ἐκρίθη ὅτι πρόκειται δι' αὐτὸν περὶ ζητήματος συνειδήσεως, καὶ τὴν ἀπόφασιν ἀντὶ τοῦ ὀφειλέτου δὲν ἀρμόζει νὰ λάβῃ τὸ δικαστήριον. Ἐν τούτοις τὴν βασικὴν αὐτὴν ἀντίληψιν ἔκαμψεν ὁ νομοθέτης ὑπὲρ τῶν δανειστῶν. Δύνανται, κατὰ τὸ ἄρθρον 278, ὑποκαθιστάμενοι εἰς τὸν ὀφειλέτην, νὰ ἀποφασίσουν αὐτοὶ περὶ τῆς προβολῆς ἢ μὴ τῆς παραγραφῆς. Ὁ νομοθέτης προέβη οὕτω εἰς ἀξιολογικὴν στάθμισιν τῶν ἀντιμετώπων συμφερόντων. Τὸ συμφέρον τῶν δανειστῶν τοῦ ἀφηρεγγίου ὀφειλέτου — προφανῶς τῶν ἐξ ἀρτίων νομικῶν ἐνοχῶν — ἐκρίθη ἄξιον μεγαλυτέρας προστασίας ἢ ἢ ἐν προκειμένῳ ἐλευθερία τῆς συνειδήσεως τοῦ ὀφειλέτου· καὶ ὁμοίως ἐν συγκρίσει πρὸς τὸ συμφέρον τοῦ ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς δανειστοῦ¹³⁸. Ὁ νόμος, τρόπον τινά, ἐπηρέασθη ἀπὸ τὴν ἀρχὴν «*nemo liberalis nisi liberatus*». Καὶ ἐκ τῆς αἰτιολογικῆς ἐκθέσεως τοῦ καθηγητοῦ *Μαριδάκη* τῆς συνοδευσάσης τὸ Προσχέδιον Γενικῶν Ἀρχῶν τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος προκύπτει σαφέστατα, ὅτι πρόθεσις τοῦ ἄρθρου 278 ἦτο, νὰ μὴ ἐξαρτᾶται ἡ προβολὴ τῆς παραγραφῆς ὑπὸ τῶν δανειστῶν ἐκ τῶν προϋποθέσεων τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως καὶ εἰδικώτερον ἐκ τοῦ ἐὰν ὁ ἐπιωφελοῦμενος τῆς μὴ προβολῆς τῆς παραγραφῆς ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου ἐτέλει ἐν γνῶσει τοῦ ὅτι ὁ ὀφειλέτης ἦτο ἀφερέγγυος¹³⁹.

Ἡ γενομένη ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὸ ἄρθρ. 278 ἀξιολογικὴ στάθμισις δὲν ὑπάρχει λόγος νὰ περιορισθῇ μόνον εἰς τὴν εἰδικὴν περιπτῶσιν ἀτελοῦς ἐνοχῆς, οἷα ἡ παραγεγραμμένη ἀπαίτησις. Ἐκδηλώνει σαφῶς νοοτροπίαν τοῦ νομοθέτου, ἢ ὅποια κατ' ἀναλογίαν δύναται νὰ ἐπεκταθῇ καὶ εἰς τὰ ἄλλα θέματα ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Κατὰ συνέπειαν ἐπὶ πάσης περιπτώσεως ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἂν ὁ ἀφερέγγυος ὀφειλέτης καταβάλῃ εἰς τὸν ἐκ ταύτης δανειστήν, ἢ καταβολὴ

137) Οὕτω, χωρὶς ὅμως συσχετίσιν πρὸς τὸ ἄρθρ. 942 ΑΚ, Φ ρ α γ χ ι σ τ α ς ἐν ἘρμΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 60.

138) Ἦτοι τοῦ δανειστοῦ τῆς παραγραφείσης ἀπαιτήσεως.

139) Βλ. ἐπίσημον ἔκδοσιν Σχεδίου Γεν. Ἀρχῶν τοῦ ΑΚ σ. 241 - 242. Ἐπίσης Γ ι α ν ν ο π ο ὄ λ ο υ, Γεν. Ἀρχαί Π § 278 ἀριθ. 1 α, σ. 461.

λέτου παραγεγραμμένης ὀφειλῆς ὄχι μόνον προκειμένου νὰ προτείνουν κατὰ τοῦ δανειστοῦ τῆς παραγραφείσης ἀπαιτήσεως τὴν ἔνστασιν παραγραφῆς, ὅταν παραλείπη νὰ τὴν ἀντιτάξῃ ὁ κοινὸς ὀφειλέτης, ἀλλ' ἀκόμη καὶ ἂν ἔχη παραιτηθῆ τῆς ἐνστάσεως ὁ ὀφειλέτης. Παραίτησιν ἡμῶς τοῦ ὀφειλέτου ἀπὸ τῆς συμπληρωθείσης παραγραφῆς κατὰ τὸ ἄρθρ. 276 ΑΚ συνιστᾶ καὶ ἡ ὑπ' αὐτοῦ διὰ συμβάσεως ἀναγνώρισις τῆς ὀφειλῆς (πρβλ. 272 ΑΚ καὶ ἀνωτ. § 25 καὶ σημ. 128). Τοῦτου τεθέντος, ἐν ἣ περιπτώσει ὁ δανειστὴς τῆς παραγραφείσης ἀπαιτήσεως θελήσῃ νὰ συντρέξῃ μετὰ τῶν ἄλλων δανειστῶν ἐπὶ περιουσίας τοῦ ἀφερέγγυου ὀφειλέτου, οὗτοι δικαιοῦνται, δυνάμει τοῦ ἄρθρου 278, νὰ τὸν ἐκτοπίσουν. Πρὸς τοῦτο μάλιστα, ὡς καὶ πάλιν ἐκ τῆς αἰτιολογικῆς ἐκθέσεως τοῦ Προσχεδίου Γενικῶν Ἀρχῶν τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος προκύπτει¹⁴³, δὲν ἀπαιτεῖται νὰ συγκεντροῦνται αἱ προϋποθέσεις τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως (δῶλος τοῦ ὀφειλέτου καὶ γνώσις τοῦ ὑπὲρ ἡ ἀναγνώρισις, 939 καὶ 941 ΑΚ). Πάντως δὲν φαίνεται τὸ πνεῦμα τοῦ ἄρθρου 278 νὰ δύναται νὰ εὐρυνθῇ ἐπὶ τοσοῦτον, ὥστε νὰ περιληφθοῦν εἰς τὸ ἄρθρον καὶ συμβατικαὶ ἀναγνώρισεις παραγεγραμμένων ὀφειλῶν συνομολογηθεῖσαι ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου πρὶν ἢ ἀκόμη οὗτος καταστῆ ἀφερέγγυος. Ἡ συνομολόγησις τῆς ἀναγνώρισεως ἔγινε τότε κατὰ τρόπον ἐντελῶς ὁμαλὸν καὶ θὰ ἦτο ὑπερβολὴ νὰ ἐπιτρέψωμεν καὶ πάλιν εἰς τοὺς ἄλλους δανειστάς νὰ ἀνατρέψουν τὴν σύμβασιν.

Αἱ λύσεις αὐταί, συμφώνως πρὸς τὸν ἀνωτέρω ἐν §§ 17 καὶ 25 ἀναπτυχθέντα συλλογισμόν, ἐνδείκνυται νὰ ἰσχύσουν καὶ ὡς πρὸς τὰς ἄλλας πλὴν τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς ἀτελεῖς ἐνοχάς.

Β. Δὲν στερεῖται ἐνδιαφέροντος τὸ νὰ στρέψωμεν περαιτέρω τὰ βλέμματά μας πρὸς τὸ ἀντίστοιχον θέμα τῆς πτωχεύσεως.

Κατὰ τὸ ἄρθρ. 537 τοῦ Ἐμπορικοῦ Νόμου «έτεροβαρεῖς πράξεις», ἧτοι χαρακτηριστικαὶ δικαιοπραξίαι τοῦ πτωχεύσαντος, γινόμεναι μετὰ τὴν παῦσιν τῶν πληρωμῶν ἢ ἐντὸς δέκα ἡμερῶν πρὸ αὐτῆς, εἶναι ἄκυροι ὡς πρὸς τὴν ὁμάδα τῶν πιστωτῶν. Σχετικῶς ὁ καθηγητὴς Φραγκίστας ὑπεστήριξε, ὅτι παροχαὶ πρὸς ἐκπλήρωσιν ἠθικοῦ χρέους (πρβλ. 906 ΑΚ) δύναται νὰ θεωρηθοῦν ὡς ἐξ ἐλευθεριότητος γινόμεναι, ἄρα, καθὸ «έτεροβαρεῖς πράξεις» τοῦ πτωχεύσαντος, ὑπόκεινται εἰς τὴν κατὰ τὸ ἄρθρον 537 Ἐμπ.Ν. πτωχευτικὴν ἀνάκλησιν¹⁴⁴. Καὶ ἡ παρατήρησις τοῦ καθηγητοῦ Φραγκίστα θὰ ἡδύνατο, διὰ τὴν ταυτότητα τοῦ νομικοῦ λόγου, νὰ ἐπεκταθῇ εἰς πᾶσαν περίπτωσιν ἀτελοῦς

143) Ἐνθ' ἀν. σ. 241 - 242.

144) Φ ρ α γ κ ί σ τ α ς ἐν Ἐρμ.ΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 63α ἐν συνδ. πρὸς ἀριθ. 60α. Πάντως εἰς τὸν ἀριθ. 63α ἐξετάζεται ἀ π' ε ὕ θ ε ἰ α ς μόνον ἡ περίπτωσις τῶν κατὰ τὸ ἄρθρ. 1499 ΑΚ παροχῶν γονέων πρὸς τέκνα τῶν μὴ ὑπερβαινουσῶν τὸ ἐνδεδειγμένον ἐκ τῶν περιστάσεων μέτρον.

ἐνοχῆς¹⁴⁵. Οὕτω πᾶσα διὰ συμβάσεως ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ἐφ' ὅσον θὰ ἐνέπιπτε εἰς τὸν ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 537 Ἐμπ.Ν. καθοριζόμενον χρόνον, θὰ ἦτο ἄνευ ἄλλου τινὸς ἄκυρος¹⁴⁶.

Ἐξεφράσθη ὁμοως, ἀντιθέτως, καὶ ἡ γνώμη, ὅτι τὸ ἄρθρ. 537 Ἐμπ.Ν. δὲν ἐφαρμόζεται εἰς τὴν περίπτωσίν μας· ὑπεδείχθη δὲ ἡ ἐφαρμογὴ, ἀντ' αὐτοῦ, τοῦ ἄρθρου 538¹⁴⁷. Ἡ ἀμφισβήτησις ὡς πρὸς τὴν ἐφαρμοστέαν διάταξιν ἔχει πρακτικὴν ἀντανάκλασιν εἰς τὰς προϋποθέσεις, ὅφ' ἂς ὁ σύνδικος τῆς πτωχεύσεως θὰ δυνηθῆ νὰ προβάλῃ τὴν ἀνάκλησιν τῆς πράξεως. Ἄν ἰσχύσῃ τὸ ἄρθρον 537, ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ὀφειλῆς ὑπὸ τοῦ πτωχεύσαντος ἢ συνομολογηθεῖσα κατὰ τὸ ἐν τῷ ἄρθρῳ ὀριζόμενον χρονικὸν διάστημα θὰ εἶναι ἀνεξαρτήτως τοῦ ἐὰν ἐγνώριζε ὁ ὑπὲρ οὗ συνεισφεύγει ἢ ἀναγνώρισις, ὅτι ὁ ἀναγνωρίζων εἶχε παύσει τὰς πληρωμὰς του. Ἄν ἀντιθέτως προτιμηθῆ τὸ ἄρθρ. 538, θὰ εἶναι ἀναγκαῖον ν' ἀποδειχθῆ ὅτι ὁ ὑπὲρ οὗ ἢ ἀναγνώρισις ἦτο ἐν γνώσει τῆς παύσεως τῶν πληρωμῶν¹⁴⁸.

Ἐκ τῶν δύο ἀντιμετώπων ἀπόψεων ἀρμόζει νὰ γίνῃ δεκτὴ ἡ πρώτη. Τὸ ἐκτεθὲν ἤδη (βλ. § 28 Β) πνεῦμα τοῦ ἄρθρου 278 ΑΚ ὑπερβαίνει τὰ πλαίσια τοῦ ἀστικοῦ δικαίου καὶ ἐνδείκνυται νὰ ἰσχύσῃ καὶ εἰς τὴν πτώχευσιν. Ἡ ρύθμισις ὑπὸ τοῦ Ἐμπορικοῦ Νόμου τῆς ἀνακλήσεως πράξεων τοῦ πτωχεύσαντος προγενεστέρων τῆς κηρύξεως τῆς πτωχεύσεως εἶναι, ὡς γνωστὸν, αὐστηροτέρα διὰ τὰς πράξεις ταύτας ἐν συγκρίσει πρὸς τὴν ἰσχύουσαν κατὰ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα (939 ἐπ.) διὰ τὰς πράξεις τοῦ ἀφαιρεγγοῦ ὀφειλέτου. Περισσότεραι πράξεις, καὶ εὐκολώτερον, προσβάλλονται κατὰ τὸν Ἐμπορικὸν Νόμον¹⁴⁹. Ἐν ὄψει τούτου, κατὰ μείζονα λόγον πρέπει νὰ ἰσχύσῃ καὶ ἐπὶ πτωχεύσεως τὸ αὐστηρὸν διὰ τοὺς δανειστὰς ἐξ ἀτελῶν ἐνοχῶν ἄρθρ. 278 ΑΚ. Τοῦτο ἐξομοιώνει τρόπον τινὰ τὴν συμβατικὴν ἀναγνώρισιν ἀτελοῦς ἐνοχῆς πρὸς χαρακτηριστικὴν («έτε-

145) Ἐτονίσθη πράγματι ἤδη, ὅτι σχεδὸν πάντοτε αἱ ἀτελεῖς ἔνοχαι ἐξηγουῦνται ἐκ τῆς ὑπάρξεως ἰδικιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ λόγων εὐπρεπειας (ἀνωτ. § 4). Πρβλ. ὑπὸ ἀνάλογον πνεῦμα Φ ρ α γ κ ι σ τ α ν ἐνθ' ἄν. ἀριθ. 60α, ἀλλὰ καὶ 60.

146) Πρβλ. ὡς πρὸς τὴν αὐτοδικαίως ἐπερχομένην ἀκυρότητα Ρ ό κ α, Πτωχευτικὸν δίκαιον (1965) § 62 I.

147) Ρ ό κ α ε ἐνθ' ἄν. § 62 Π 1 β, σ. 202 καὶ σημ. 14' ἀλλ' ἡ ἀποψις ἐκφέρεται μὲ διστακτικότητα. Σημειωτέον ὅτι καὶ πάλιν πρόκειται μόνον περὶ τῶν παροχῶν τοῦ ἄρθρου 1499. Ἄλλ' ἡ γενικεύσις ὡς πρὸς ὅλας τὰς ἀτελεῖς ἔνοχας εἶναι καὶ ἐδῶ δυνατὴ, πρβλ. τὰς ἀνωτ. ἐν τέλει τῆς σημ. 135 παραπομπάς.

148) Πρβλ. Ρ ό κ α ν ἐνθ' ἄν. § 62 I 2 καὶ § 63 III. Θὰ ὑπομνησθῆ ἐδῶ, ὅτι ἡ κ α τ α β ο λ ῆ ἀτελοῦς ὀφειλῆς εἶναι ἄκυρος ὡς πρὸς τὴν ὁμάδα τῶν πιστωτῶν ἄνευ ἄλλου τινός, καθὼ ἐπιπίπτουσα εἰς τὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 537 ἘμπΝ περὶ καταβολῆς χρεῶν «μὴ ληξιπροθέσμων». Βλ. ἀνωτ. σημ. 134.

149) Πρβλ. Ἀ ν α σ τ α σ ι ἀ δ ο υ, Ἐμπορ. III (1938) §§ 449 καὶ 451 ἐπ., Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Traité de dr. civil II (1959) ἀριθ. 1391.

ροβαρῆ» κατὰ τὴν ἔκφρασιν τοῦ ἄρθρου 537 Ἐμπ.Ν.) πρᾶξιν (ἀνωτ. § 29 Α). Ἡ ἔξομοίωσις ἀρμόζει νὰ ἰσχύσῃ καὶ ἐπὶ πτωχεύσεως.

29α. Τὸ ὅτι τὸ ἄρθρ. 278 ΑΚ δύναται νὰ ἔχῃ γενικωτέρας ἀντανακλάσεις, οἷαι αἰ ὑποστηριχθεῖσαι εἰς τὰς §§ 28 - 29, δὲν φαίνεται νὰ ἔτυχε μέχρι σήμερον προσοχῆς. Ἄν αἰ ὡς πρὸς τὸ ἄρθρον τοῦτο σκέψαι μας εἶναι ὀρθαί, θὰ καταστῆ δυνατόν νὰ ρυθμισθῇ ἱκανοποιητικῶς καὶ ἐν ἄλλο θέμα, κείμενον ἀληθῶς ἔξω τῆς περιοχῆς τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν.

Εἶναι γνωστὸν ὅτι τὸ δίκαιον, εὐλόγως, δὲν περιβάλλει τὰς χαριστικὰς δικαιοπραξίας μὲ τὴν ἰδίαν συμπάθειαν, τὴν ἐκδηλουμένην πρὸς τὰς ἐπαχθεῖς δικαιοπραξίας¹⁵⁰. Εἰδικώτερον ἢ κατωτέρα αὐτῆ ἀξιολόγησις τῶν χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν μαρτυρεῖται ἐκ τῆς ἰσχυροτέρας ἐναντι αὐτῶν προστασίας τῶν δανειστῶν τοῦ προβάντος εἰς ἐπίδοσιν ἐκ χαριστικῆς αἰτίας. Δεῖγματα τούτου εἶναι τὰ ἄρθρα 942 ΑΚ καὶ 537 Ἐμπ.Ν., μὲ τὰ ὅποια ἤδη ἠσχολήθημεν. Ἄλλ' ὑπάρχουν καὶ ἄλλαι παρόμοιαι ἐκδηλώσεις (913, 1901 § 2 ΑΚ).

Εἰς τὴν περίπτωσιν τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως ἐξεφράσθη ἡ νοσοτροπία αὐτῆ τοῦ νομοθέτου εἰς τὸ ἄρθρον 842 ΑΚ: ἀπαλοτριώσεις γινόμεναι ὑπὸ ἀφερεγγύου ὀφειλέτου ἐκ χαριστικῆς αἰτίας προσβάλλονται εὐκολώτερον ἢ αἰ ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας. Ἡ μέχρι σήμερον ἐρμηνεία τῆς διατάξεως φαίνεται νὰ ἄγῃ εἰς τὸ ἐξῆς ἀποτέλεσμα: μετὰ τὴν — διευκολυνθεῖσαν — διάρρηξιν τῆς ἐκ χαριστικῆς αἰτίας ἐπίδοσεως, λ.χ. καταβολῆς εἰς ἐκτέλεσιν δωρεᾶς γενομένης πρὸς βλάβην τῶν δανειστῶν ὑπὸ τοῦ ἀφερεγγύου ὀφειλέτου, ἐπανέρχεται τὸ ἀντικείμενον τῆς καταβολῆς εἰς τὴν περιουσίαν τοῦ δωρητοῦ. ἐπειδὴ ὅμως ἡ παυλιανὴ διάρρηξις δὲν πλήττει καὶ τὴν συνομολόγησιν ν ἐ ω ν ὑ π ο χ ρ ὠ σ ε ω ν ὑπὸ τοῦ ἀφερεγγύου ὀφειλέτου (ἀνωτ. § 29 Α), ὁ δωρεοδόχος διατηρεῖ τὴν ιδιότητα τοῦ δανειστοῦ τοῦ ἀφερεγγύου καὶ δύναται νὰ συντρέξῃ ἐπὶ τῆς περιουσίας του ὁμοῦ μετὰ τῶν ἄλλων δανειστῶν. Τὸ αὐτὸ δὲ θὰ ἰσχύσῃ καὶ ὡς πρὸς χαριστικὰς δικαιοπραξίας συνομολογηθείσας ὑπὸ τοῦ ἀφερεγγύου, αἰ ὅποια ὅμως δὲν ἔτυχον εἰσέτι ἐκτελέσεως¹⁵¹.

Τὸ ἀποτέλεσμα αὐτὸ, τὸ ὅποιον μέχρι σήμερον θὰ ἐφαίνοτο ἐπιβεβλημένον ἐκ τῆς διαμορφώσεως τῶν διατάξεων περὶ καταδολιεύσεως τῶν δανειστῶν, ἀντίκειται ὅμως, νομίζω, εἰς τὸ κοινὸν αἶσθημα. Ὅταν διὰ τῆς συνομολογήσεως νέων ὀφειλῶν πρόσωπόν τι ἐπιφέρει εἰς βᾶρος του ἀφερεγγυότητα, ἢ ἐπιτείνει τὴν ὑπάρχουσαν ἤδη, τοῦτο εἶναι μέχρι σημείου τινὸς ἀνεκτόν, ἦτοι ἐφ' ὅσον πρόκειται περὶ ἐπαχθῶν δικαιοπραξιῶν. Ἐπιεικὲς εἶναι νὰ ἀφεθῇ

150) Βλ. ἀνωτ. τὰς ἐν σημ. 115 καὶ 120 παραπομπάς.

151) Ἄλλως ἐπὶ πτωχεύσεως διότι καὶ αἰ ἐνοχικαὶ συμβάσεις δωρεᾶς εἶναι «έτεροβαρεῖς πράξεις», ἄκυροι κατὰ τὸ ἄρθρ. 537 Ἐμπ.Ν (Ρόκα, Πτωχευτ. δ., § 62 Π 1 σ. 201).

εἰς τὸν ἀφερέγγυον ἢ εὐχέρεια νὰ συνεχίσῃ τὸν ἀγῶνα τῆς ζωῆς, προσπαθῶν λ.χ. ν' ἀνεύρῃ νέας πιστώσεις, ἔστω καὶ ἂν θὰ ἐλαττωθῇ οὕτω τὸ ποσοστὸν ἱκανοποιήσεως τῶν παλαιῶν δανειστῶν ἐκ τῆς ὑπαρχούσης περιουσίας του ¹⁵². Τὸ νὰ θέλῃ ὅμως ὁ ἀφερέγγυος ὀφειλέτης νὰ ἀναλαμβάνῃ νέας ὑποχρεώσεις ἐκ χ α ρ ι σ τ ι κ ῆ ς αἰτίας εἰς βᾶρος τῶν παλαιῶν δανειστῶν, εἶναι ἠθικῶς ἀπαράδεκτον. Ἀξίαν ἔχει καὶ ἐδῶ τὸ ρητὸν «*nemo liberalis nisi liberatus*».

Ἔως τώρα, εἰς τὴν σφαιραὶν τῆς παυλιανῆς διαρρήξεως, ἡ ἀξία αὐτῆ ἐφαίνετο μόνον ἠθικῆ. Τὸ ἄρθρ. 278 ΑΚ καθιστᾷ δυνατόν νὰ τῆς προσπορίσωμεν καὶ νομικὸν βᾶρος. Ἀφοῦ, ὡς εἶδομεν ἀνωτέρω (§ 29), τὸ ἄρθρ. 278 δὲν ἐπιτρέπει εἰς τὸν ἀφερέγγυον ὀφειλέτην νὰ μετατρέπῃ διὰ συμβάσεως ἀναγνωρίσεως ἀτελεῖς ἔνοχα εἰς νομικῶς ἀρτίας ἐπὶ βλάβῃ τῶν λοιπῶν δανειστῶν του, κατὰ μείζονα λόγον ἐπιβάλλεται νὰ τοῦ ἀπαγορευθῇ νὰ συνάπτῃ, ὑπὸ τὰς αὐτὰς συνθήκας, ἐγκύρους ἔναντι τῶν λοιπῶν δανειστῶν χαριστικὰς συμβάσεις. Διότι ἡ χαριστικὴ σύμβασις εἶναι κ α θ α ρ ᾶ ἐλευθεριότης ἐνῶ ἡ ἀναγνωρίσις ἀτελοῦς ἔνοχῆς, λόγῳ τῆς ὑποκειμένης ἠθικῆς ἢ κοινωνικῆς ὑποχρεώσεως, ἐμφανίζει μετριασμένον τὸν χαριστικὸν χαρακτῆρα.

Οὕτω φθάνομεν εἰς λύσιν ἠθικῶς καὶ κοινωνικῶς ἐπιθυμητῆν, ἡ ὁποία ἐντάσσεται ἄριστα καὶ εἰς τὸ γενικὸν πνεῦμα τοῦ δικαίου μας, τὸ ἀξιολογοῦν χαμηλότερον τὰς χαριστικὰς ἐπιδόσεις ἢ τὰς ἐπαχθοεῖς ¹⁵³.

30. Τὸ θέμα τῆς περιορισμένης ἢ μὴ εὐθύνης τοῦ καταβαλόντος ἢ ἀναγνωρίσαντος ὀφειλέτου ἐξ ἀτελοῦς ἔνοχῆς (πρβλ. 499 καὶ 500 ΑΚ) δὲν ἐπιτρέπεται νὰ λυθῇ ἐπὶ τῇ βάσει καὶ μόνον τοῦ ἀπλοποιημένου, τυπικολογικοῦ συλλογισμοῦ, ὅτι δὲν πρόκειται εἰς τὰ θέματα αὐτὰ περὶ δωρεᾶς, ἄρα ὁ ὀφειλέτης εὐθύνεται καὶ δι' ἐλαφρὰν ἀμέλειαν κατὰ τοὺς κοινούς κανόνας (330, 336 ἐπ., 342 ἐπ., 381 ἐπ. ΑΚ). Τελεολογικὴ καὶ ἀξιολογικὴ στάθμισις εἶναι καὶ πάλιν, ὡς πάντοτε, ἀναγκαία.

Ἡδὴ τοῦτο καθίσταται προφανές ἐκ τοῦ ἄρθρου 1499 ΑΚ. Τοῦτο, ἀφοῦ ἠρνήθη ρητῶς εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἢ τῆς μητρὸς παροχὴν περιουσίας εἰς τὸ τέκνον πρὸς χωριστὴν οἰκονομικὴν ἢ ἐπαγγελματικὴν ἐγκατάστασιν τὸν χαρακτῆρα τῆς δωρεᾶς ἐφ' ὅσον δὲν γίνεται ὑπέρβασις τοῦ ἐκ τῶν περιστάσεων

152) Ἀνάλογοι σκέψεις ἐκίνησαν, ὑποθέτω, τὸν νομοθέτην εἰς τὸ νὰ θεσπίσῃ, διὰ τοῦ ἄρθρου 2 § 2 τοῦ ἀ.ν. 635/1937, ὅτι εἰς τὴν ἀφαιρουμένην ἀπὸ τὴν διοίκησιν τοῦ πτωχεύσαντος περιουσίαν του («*πτωχευτικὴν*» περιουσίαν) δὲν περιλαμβάνεται ἡ μετὰ τὴν κήρυξιν τῆς πτωχεύσεως ὑπ' αὐτοῦ ἀποκτωμένη («*μεταπτωχευτικὴν*» περιουσία). Περὶ αὐτῆς βλ. Ρόκα, Πτωχευτ. δ. (1965) § 29 IV σ. 96, § 31 I καὶ IV 2.

153) Εἰδικώτερον εὐθυγραμμίζεται τὸ ἀστικὸν δίκαιον πρὸς τὸ ἐμπορικόν· πλεόν συγκεκριμένως πρὸς τὸ ἄρθρ. 537 ἘμπΝ, καθ' ὃ «*ἑτεροβαρεῖς πράξεις*» τοῦ πτωχεύσαντος εἶναι ἄκυροι κατὰ τὰ ἐκεῖ ὀριζόμενα. Βλ. ἀνωτ. § 29 Β καὶ σημ. 151.

ένδεικνυομένου μέτρου, προσέθεσε μίαν επιφύλαξιν: τὸ ὅτι πάντως ἢ ἔνεκα πραγματικῶν ἢ νομικῶν ἐλαττωμάτων εὐθύνῃ τοῦ παρέχοντος ἔναντι τοῦ τέκνου κρίνεται πάντοτε κατὰ τὰς περὶ εὐθύνῃς τοῦ δωρητοῦ διατάξεις, ἦτοι εἶναι ἢ κατὰ τὸ ἄρθρ. 499 § 2 περιορισμένη. Ταῦτα δεικνύουν ὅτι ὁ νομοθέτης ἐταλαντεύθη, εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἄρθρου 1499, μεταξύ τῆς κατασκευῆς τῆς δωρεᾶς καὶ τῆς ἀρνήσεώς της, τελικῶς δὲ κατέληξε εἰς συμβιβαστικὴν λύσιν. Μήπως αὐτὸ πρέπει νὰ ὀδηγήσῃ εἰς τὴν σκέψιν, ὅτι ὡς πρὸς ἄλλας πλὴν τῆς ἐν ἄρθρῳ 1499 περιπτώσεις ἀτελοῦς ἐνοχῆς (παραγεγραμμένη ὀφειλή, τοιαύτη ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος κλπ.), ὡς πρὸς τὰς ὑποίας ὁ νομοθέτης δὲν ἐξέφρασθη διὰ τὴν εὐθύνῃν τοῦ ὀφειλέτου, ἐπιβάλλεται ἀντὶ τοῦ ἐξ ἀντιδιαστολῆς ἐπιχειρήματος, τὸ ὅποιον χρησιμοποιεῖ ὁ ἐν ἀρχῇ τῆς παρούσης παραγράφου ἐκτεθεὶς τυπικολογικὸς συλλογισμὸς¹⁵⁴, νὰ ἰσχύσῃ ἐπιχειρημα ἀναλογίας ἐκ τοῦ ἄρθρου 1499; Ἄλλὰ καὶ πέραν τούτου: τὸ ἄρθρ. 1499 δὲν κηρύσσει ἐφαρμοστέαν εἰς τὴν ὑπ' αὐτοῦ προβλεπομένην περίπτωσιν ἐν γένει τὴν περιορισμένην εὐθύνῃν τοῦ δωρητοῦ, ἀλλὰ μόνον τὴν δι' ἐλαττώματα τοῦ πράγματος κατὰ τὴν § 2 τοῦ ἄρθρου 499. Τούτου θεόντος τί θὰ ἰσχύσῃ, ἀκόμη καὶ εἰς τὸ θέμα τοῦ ἄρθρου 1499, φυσικὰ δὲ καὶ εἰς τὰ λοιπὰ θέματα ἀτελῶν ἐνοχῶν, ὡς πρὸς τὰ μὴ προβλεφθέντα σημεῖα; Θὰ ἀρκεσθῶμεν καὶ πάλιν εἰς τὸ ἐξ ἀντιδιαστολῆς ἐπιχειρημα, ἄγον εἰς τὴν μὴ ἐφαρμογὴν τῶν περὶ δωρεῶν κανόνων; Ἡ ὀὰ ἐπικρατήσῃ καὶ ἐδῶ τὸ ἐπιχειρημα τῆς ἀναλογίας; Διὰ τὴν ἀσφαλῆ κάπως ἐξοδὸν καὶ ἐκ τοῦ διλήμματος τούτου μόνον τελεολογικαὶ καὶ ἀξιολογικαὶ σταθμίσεις εἶναι ἐπίσης δυνατὸν νὰ βοηθῆσιν¹⁵⁵.

154) Ἡ ἀτελής ἐνοχὴ δὲν εἶναι δωρεά, ἀρα οὐχὶ ἐφαρμογὴ τῶν ἄρθρων 499 - 500 ΑΚ ἀλλὰ τοῦ 330.

155) Βλ. λ.χ. Αἰτζεροπούλου, Ἡ νομολογία ὡς πράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου (1932 - 1935) σ. 70. Ἀληθῶς κατὰ τὰ τελευταῖα ἔτη καταβάλλεται ὑπὸ τινῶν νομικῶν προσπάθειαν νὰ χρησιμοποιηθῇ καὶ εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ δικαίου ἢ νέα μαθηματικὴ ἢ συμβολικὴ Λογικὴ (Logistik), πρὸς ἐπίτευξιν μεγαλυτέρας ἀσφαλείας εἰς τὸν χειρισμὸν τοῦ ἐπιχειρήματος τῆς ἀναλογίας καὶ τῶν ἄλλων λογικῶν ἐπιχειρημάτων· στόχος εἶναι ἢ κατὰ τὸ δυνατόν ἀποφυγὴ τοῦ ὑποκειμενισμοῦ τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ δικαίου, τὸν ὅποιον διευκολίνει ἢ εἰς αὐτὸν παρεχόμενη εὐχέρεια νὰ προβῆναι εἰς τελεολογικὰς καὶ ἀξιολογικὰς ἐκτιμήσεις. Βλ. παρ' ἡμῖν ἀπήχησιν τῶν ἐν λόγω νεωτέρων τάσεων εἰς Ἰ. Ἀρβαντινοῦ, Ἡ ἀναλογία ὡς δικανικὸς συλλογισμὸς (1963), ἐν Ἀ'Ερανίῳ πρὸς Γεώργιον Σ. Μαριδάκη νη, Συμπλήρωμα (4ος τόμος), μὴ κυκλοφορῆσαν ἐσέτι. Γενικώτερον δὲ ἐπὶ τῆς δικανικῆς συλλογιστικῆς βλ. τὸν αὐτὸν ἐν Τιμητ. Τόμῳ Ἀρ. Πάγου (1963) σ. 215 ἐπ. (ἐφ' ἧς ἐργασίας καὶ Μητσόπουλος αὐτόθι σ. 438 σημ. 25α). Πάντως ἢ ἀξία τῆς νέας Λογικῆς διὰ τὸ δικαίον καὶ τοὺς σκοποὺς του ἀμφισβητεῖται. Βλ. λ.χ. S p. S i m i l i t i s, Zum Problem einer juristischen Logik, ἐν «Ratio» 1960 σ. 52 - 82, ἐπίσης σειρὰν ὀλόκληρον μελετῶν (ὑπὲρ καὶ κατὰ) εἰς Archives de philosophie du droit ἀριθ. 11 (1966), ὑπὸ τὸν γενικὸν τίτλον «la logique du droit», παρ' ἡμῖν δὲ Π. Ζέπου, Λογικὴ καὶ ἔρμηνεια τοῦ δικαίου (εἰσιτήριοις λόγος εἰς τὴν Ἀκαδημίαν Ἀθηνῶν), ἐν ΕΕΝ λζ' 693 ἐπ.

Θὰ ἐπεξετείνεται ὑπὲρ τὸ δέον ἢ παροῦσα μελέτη, ἂν ἠθέλομεν εἰς ὅλα τὰ θέματα τῶν ἀτελῶν ἔνοχων νὰ προβῶμεν εἰς τοιαύτην οὐσιαστικὴν ἐπεξεργασίαν, τῆς ὁποίας τὸ ἀποτέλεσμα θὰ ἐξαρτηθῇ ἐκ τῆς τυχόν ιδιορρυθμίας τῆς ἐκάστοτε περιπτώσεως. Θὰ περιορισθῶμεν διὰ τοῦτο εἰς τρία μόνον θέματα : τὸ τοῦ προαναφερθέντος ἄρθρου 1499, τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς καὶ τῆς ἐκ παιγνίου καὶ στοιχήματος.

Α. Ὁ πατὴρ ἢ ἡ μήτηρ, παρέχοντες εἰς τὸ τέκνον ὑπὸ τὰς συνθήκας τοῦ ἄρθρου 1499 οἰκονομικὴν ἐνίσχυσιν μὴ ἐπιβαλλομένην ὑπὸ τοῦ νόμου κατὰ τὸ ἐκ τῶν περιστάσεων ἐνδεικνύμενον μέτρον, ἐμπληρῶνουν ἠθικὴν ὑποχρέωσιν. Τοῦτο λαβὼν ὑπ' ὄψιν ὁ νομοθέτης περιώρισε ρητῶς τὴν εὐθύνην τῶν γονέων διὰ πραγματικά ἢ νομικὰ ἑλαττώματα, παραπέμψας εἰς τὰ ἰσχύοντα ἐπὶ δωρεᾶς (1499 ἐδ. 2 καὶ 499 § 2 ΑΚ). Ἐσιώπησε βεβαίως ὡς πρὸς τὰς λοιπὰς πλευρὰς τῆς εὐθύνης, περὶ ὧν τὰ ἄρθρα 499 § 1 καὶ 500. Ἡ δὲ πρώτη σκέψις θὰ εἶναι νὰ κρίνωμεν, a contrario, ὅτι ὡς πρὸς αὐτὰς ἐφαρμοστέα εἶναι ἡ κοινὴ ἠϋζημένη εὐθύνη τοῦ ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας ὀφειλέτου.

Ἄλλ' ὀρθότερον εἶναι νὰ μὴ ἐπιβαρύνωμεν ὑπερμέτρως γονέα προθυμοποιηθέντα νὰ ἀνταποκριθῇ εἰς καθαρῶς ἠθικὴν ὑποχρέωσιν. Εἰς τοῦτο ἐνθαρρυνόμεθα καὶ ἐκ τοῦ ὅτι μεταξὺ γονέων καὶ τέκνων, λόγῳ τῆς ἠθικῆς φύσεως τοῦ δεσμοῦ, δὲν εἶναι φυσικὸν νὰ ἰσχύῃ μὲ ὅλην τὴν αὐστηρότητα τὸ κοινὸν περὶ σχέσεων δανειστοῦ καὶ ὀφειλέτου δίκαιον (πρβλ. 1523, 1424 ΑΚ). Δὲν φαίνεται ὡς ἐκ τούτου τολμηρὸν νὰ ὑποθέσωμεν, ὅτι ὁ νομοθέτης, συντάσσων τὸ ἄρθρ. 1499 ΑΚ, ἐλησμόνησε ὅτι περιορισμένη εὐθύνη τοῦ δωρητοῦ ὑπάρχει καὶ πέραν τοῦ ὑπ' αὐτοῦ προβλεφθέντος θέματος τῶν ἑλαττωμάτων τοῦ πράγματος¹⁵⁶. Ἀπαξ δὲ τοῦτο γίνῃ δεκτόν, οἱ κανόνες τῆς ἀναλογίας θὰ μᾶς ἐπιτρέψουν νὰ ἐφαρμόσωμεν καὶ εἰς τὰ μὴ προβλεφθέντα ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 1499 σημεῖα τὴν περιορισμένην εὐθύνην τῶν ἄρθρων 499 § 1 καὶ 500 ΑΚ¹⁵⁷.

Β. Ὁ δανειστής, ἀφ' ἑτέρου, τῆς παραγεγραμμένης ὀφειλῆς, ὡς καὶ ὁ ὀφειλέτης, δὲν εἶναι ἀντιπαθὴς εἰς τὴν ἔνομον τάξιν. Αἱ δικαιολογίαι τῆς παραγραφῆς¹⁵⁸ δὲν περιέχουν καμμίαν σημαντικὴν ἠθικῆς φύσεως αἰχμὴν ἐναντίον

156) Πιθανώτατα ἔχθη ὁ νομοθέτης εἰς τὸ νὰ προνοήσῃ μόνον περὶ τῆς εὐθύνης ἐνεκεν ἑλαττωμάτων τοῦ πράγματος, ἐκ τοῦ ὅτι εἰς τὸ αὐτὸ ἄρθρον προβλέπεται καὶ ἡ παροχὴ παρουσίας εἰς τὴν θυγατέρα πρὸς πατέρα καὶ υἱὸν. ἠθέλησε δὲ οὕτω νὰ τονίσῃ τὴν ἀντίθεσιν πρὸς τὴν εὐθύνην τοῦ γονέως ἐναντι τοῦ προικολήπτου ἀνδρός, ἐν περιπτώσει συστάσεως προικὸς πρὸς τοῦτον, ἡ ὁποία εἶναι βαρυτέρα (οἷα ἡ τοῦ πωλητοῦ, ἄρθρ. 1408 ΑΚ). Πρβλ. καὶ Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οἰκογεν. § 114 σ. 266 σημ. 2. Βλ. πάντως καὶ R. Schmidt ἐνθ' ἄν. σ. 45 ἐπ.

157) Ἀντιθέτως Ροϊλοῦ - Κομμάντου, Οἰκον. II, ἄρθρ. 1499 ἀριθ. 8, ὅπου ἐξάγονται ὅλα αἱ λογικὰ συνάπειαι τοῦ ὅτι ἡ διάταξις ρητῶς ἀποκλείει τὸν χαρακτηρισμὸν τῶν παροχῶν τούτων ὡς δωρεῶν.

158) Βλ. Μπαλιῆ, Γεν. Ἀρχαί § 140, Ennecerus - Nipperdey,

των. Τὸ ὅτι ἐπωφελεῖται ὁ δανειστής τῆς οἰκαιοθελοῦς ἐκπληρώσεως ἢ ἀναγνωρίσεως τοῦ χρέους ὑπὸ τοῦ ὀφειλέτου (272 § 2 ΑΚ), φαίνεται ἀρκετῆ πρὸς αὐτὸν εὐνοία τῆς ἐννόμου τάξεως. Λόγος περαιτέρω ἐπιβαρύνσεως τοῦ ὀφειλέτου, ὁ ὁποῖος καὶ ἂν ἀκόμη ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ καταβάλλῃ δὲν ἀναζητεῖ, δὲν εἶναι εὐκολον νὰ ἐξευρεθῇ. Ὁρθὸς διὰ τοῦτο συμβιβασμὸς τῶν ἀντιμετώπων συμφερόντων εἶναι νὰ μὴ ἐπιτείνωμεν τὴν πρὸς τὸν δανειστὴν εἰς βᾶρος τοῦ ὀφειλέτου εὐνοίαν, ὑποχρεοῦντες τὸν τελευταῖον εἰς τὴν κανονικὴν εὐθύνην παντὸς ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας ὀφειλέτου (330 ΑΚ), μὲ τὸν τυπικολογικὸν καθαρῶς συλλογισμὸν, ὅτι ἡ ἐκπλήρωσις ἀτελοῦς ἐνοχλῆς δὲν ἀποτελεῖ δωρεάν. Ἡ συγκριτικὴ στάθμισις τῶν συμφερόντων ὁδηγεῖ καὶ ἐδῶ, ὅπως εἰς τὸ θέμα τοῦ ἄρθρου 1499 ΑΚ, εἰς τὴν ἀνάλογον ἐφαρμογὴν τῆς περιορισμένης εὐθύνης τοῦ δωρητοῦ (499 - 500 ΑΚ).

Γ. Μένει ἡ περίπτωσις τοῦ παιγνίου καὶ τοῦ στοιχήματος. Ἐδῶ ἡ ἀξιολόγησις τοῦ δανειστοῦ (τοῦ κερδήσαντος) ὑπὸ τῆς ἐννόμου τάξεως προφανῶς δὲν ὑπῆρξεν εὐνοϊκῆ. Ὁ νόμος (845 ΑΚ) ἠρέκεσθη νὰ τοῦ παράσῃ τὸ δικαίωμα τῆς παρακρατήσεως τῶν ἐκουσίως καταβληθέντων ὑπὸ τοῦ ἀπολέσαντος, ἀλλ' ἀπέκλεισε τὴν εἰς ἄλλας περιπτώσεις (272 § 2 ἐδ. 2, 906 ἐν συνδ. πρὸς 904 § 2 ΑΚ) γενομένην δεκτὴν συμβατικὴν ἀναγνωρίσιν τῆς ὀφειλῆς (844 ἐδ. 2). Ἀλλὰ καὶ ὁ ἀπολέσας τὸ παίγνιον ἢ τὸ στοιχίημα δὲν ἠξιολογήθη ὑψηλότερον· διότι ἡδύνατο κάλλιστα νὰ εἶναι αὐτὸς ὁ κερδήσας. Ἡ ἐννομος τάξις δὲν εἶχε λόγους νὰ ὑποστηρίξῃ τὸν ἕνα ἐναντι τοῦ ἄλλου, ἀφοῦ καὶ οἱ δύο ἐκουσίως μετέσχον εἰς δραστηριότητα, τὴν ὑποίαν τὸ δίκαιον ἀνέχεται μὲν, ἀλλὰ καὶ δὲν ἀρμόζει νὰ ἐνθαρρύνῃ. Διὰ τοῦτο καὶ δὲν ἀνοίγει τὴν πρὸς τὰ δικαστήρια ὁδὸν ὅταν ἀναφουῶν μεταξύ των διαφοραί. Ἀπλῶς, διὰ λόγους κοινωνικῆς εὐπρεπειᾶς, ἀποκρούει τὴν ἀναζήτησιν τῶν δοθέντων¹⁵⁹.

Οὕτω ἡ ἀξιολογικὴ εἰκὼν εἶναι διάφορος ἐν συγκρίσει πρὸς τὰς προηγουμένας περιπτώσεις (ὑπὸ Β καὶ Γ). Ἐκεῖ ἔχομεν νὰ ἐκλέξωμεν μεταξύ δύο δυνατοτήτων : εὐθύνη τοῦ καταβάλλοντος ἢ ἀναγνωρίζοντος κατὰ τὸ κοινὸν μέτρον (330 ΑΚ), ἢ ὑπὸ τοὺς ἰσχύοντας ὑπὲρ τοῦ δωρητοῦ περιορισμούς ; (499 - 500 ΑΚ). Καὶ ἡ στάθμισις τῶν οὐσιαστικῶν δεδομένων ὠδήγησε εἰς τὴν προτίμησιν τῆς τελευταίας λύσεως. Ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος ὀρισμένοι συγγραφεῖς προτείνουν τ ρ ῖ τ η ν λύσιν : ὁ καταβαλὼν τὰ ἀπολεσθέντα εἰς τὸ παίγνιον ἢ τὸ στοιχίημα, πέραν τοῦ ἀποκλεισμοῦ τῆς ἀναζητήσεως τῶν δοθέντων, ο ὕ δ ε μ ῖ α ν εὐθύνην φέρει πρὸς τὸν ἄλλον ἐνδιαφερόμενον¹⁶⁰.

Allgem. Teil des bürgerl. Rechts II (1960) § 230 I, Planiol-Ripert (-R a d o u a n t), Traité prat. de dr. civil VII (1954) ἀριθ. 1325.

159) Βλ. τὰς ἀνωτ. ἐν σημ. 25 παραπομπάς.

160) Βλ. F. r. L e o n h a r d, Allgem. Schuldrecht (1929) § 8 ἀριθ. 2 σ. 19.

Τοιουτοτρόπως ἂν ἔδωσε πλαστὰ χαρτονομίσματα ἢ (δόσις ἀντὶ καταβολῆς) ἐπίχρυσον κόσμημα ὡς χρυσοῦν, ἢ γενικώτερον πρᾶγμα ἐλαττωματικόν, δὲν ὀφείλει ἀντικατάστασιν ἢ ἀποζημίωσιν. Ἀληθῶς ἡ λύσις θεμελιώνεται ἐπὶ γραμματικοῦ ἐπιχειρήματος. Προκύπτει, λέγουν, ἐκ τοῦ ὅτι τὸ ἄρθρ. 844 ΑΚ ὀρίζει ὅτι «δὲν γεννᾶται ἀπαίτησις» (οὐδεμία) ἐκ τοῦ παιγνίου ἢ τοῦ στοιχήματος. Ἄλλ' ὁρθῶς κατηγορήθη ὁ συλλογισμὸς ὡς ἀσθενής¹⁶¹. Τὴν οὐσιαστικὴν θεμελίωσιν παρέχουν αἱ πρὸ ὀλίγου ἀναπτυχθεῖσαι τελεολογικαὶ καὶ ἀξιολογικαὶ σταθμίσεις. Συνδυάζοντες δὲ αὐτὰς πρὸς τὸ γραμματικὸν ἐπιχειρήμα δυνάμεθα νὰ καταλήξωμεν εἰς τὸ ὅτι οὐδεμίαν ἐκ τῆς συμβάσεως φέρει εὐθύνην πρὸς τὸν κερδήσαντα ὁ ἀπολέσας¹⁶².

31. Ὡσαύτως τὸ θέμα τῆς ἰσχύος ἢ μὴ τοῦ ἄρθρου 501 ΑΚ ἐπὶ ἀναγνωρίσεως, διὰ συμβάσεως, τῆς ὑποχρέωσεως ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ὅταν ἡ ἐν λόγῳ σύμβασις δὲν δύναται νὰ χαρακτηρισθῇ ὡς δωρεὰ (π.χ. ἐπὶ παραγεγραμμένης ὀφειλῆς), πρέπει νὰ ἀντιμετωπισθῇ ἐπὶ τῇ βάσει παρομοίων οὐσιαστικῶν συλλογισμῶν.

Ὁ ὀφειλέτης, ὁ ἀναγνωρίσας τὴν προϋπάρχουσαν ἀτελῆ ὀφειλὴν καὶ ἄρα μὴ ὢν δωρητής, ἂν ἀργότερον περιέλθῃ εἰς δυσπραγίαν, δὲν εἶναι ἀξίος ὀλιγοτέρας συμπαθείας ἢ ὁ δωρητής, ὁ ὑποσχεθεὶς ἐκπλήρωσιν ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρέωσεως ἐξ εὐπρεπείας (πρβλ. 512 ΑΚ). Καὶ ὁ εἰς καὶ ὁ ἄλλος δὲν ἠδύναντο νὰ ἐξαναγκασθοῦν εἰς ἐκπλήρωσιν· ὅμως, ἐξ ἠθικῶν ἢ κοινωνικῶν σκέψεων κινούμενοι, ἀπεφάσισαν¹⁶³ νὰ ἀναλάβουν πλήρη νομικὴν ὑποχρέωσιν. Ἡ ὁμοιότης τῶν περιπτώσεων εἶναι ἔντονος. Ἀφ' ἐτέρου, ὁ προαναφερθεὶς δωρητής ἀναντιρρήτως δικαιούται νὰ ἐπικαλεσθῇ τὸ ἄρθρ. 501. Τούτων τεθέντων, διαφορὰ εἰς τὴν λύσιν ὡς πρὸς τὸν ἀναγνωρίσαντα ἀτελῆ ἐνοχὴν δὲν δικαιολογεῖται, καὶ τὸ ἄρθρ. 501 δύναται νὰ ἐφαρμοσθῇ ἐπ' αὐτοῦ κατ' ἀναλογίαν¹⁶⁴.

161) Φ ρ α γ κ ῖ σ τ α ς ἐν ἙρμΑΚ II/A, Γεν. Εἰσαγωγή ἀριθ. 38.

162) Ἄλλο βεβαίως τὸ ζήτημα ἂν εὐθύνεται ἐξ ἀδικοπραξίας (βλ. ἰδίως 919 ΑΚ, πρβλ. καὶ 281), ὅπερ δυνατόν νὰ συμβαίη ἂν κατὰ τὴν καταβολὴν ὁ ἀπολέσας ἐγνώριζε τὸ ἐλάττωμα.

163) Ὑπάρχει βεβαίως καὶ τὸ ἐνδεχόμενον ὁ ὀφειλέτης ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς νὰ συνωμολόγησε τὴν ἀναγνωριστικὴν σύμβασιν πιστεύων, ἐκ πλάνης, ὅτι ἡ ὑποχρέωσις εἶναι ἐξαναγκαστή. Τοῦτο δὲν ἐμποδίζει τὸ κύρος τῆς ἀναγνωρίσεως (272 § 2, ἀνωτ. § 17, πρβλ. καὶ κατωτ. § 43, §§ 45 ἐπ.). Ἡ ἀυστηρότης τῆς λύσεως δικαιολογεῖ ὅπως, κατὰ μείζονα λόγον ἢ ὁ ἐν γνώσει τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ ἀναγνωρίσας, ἐπωφεληθῇ τοῦ ἄρθρου 501 ΑΚ ὁ ἀναγνωρίσας ἐξ ἀγνοίας.

164) Τὰ πράγματα διευκολύνονται ἐκ τοῦ ὅτι ἐπὶ μὲν ὀφειλῆς ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος, ὅπου ἡ ἀξιολογικὴ ἐκτίμησις εἶναι διάφορος (ἀνωτ. § 30 Γ), ἡ ἀναγνωριστικὴ σύμβασις ἀπαγορεύεται ρητῶς (844 ἐδ. 2 ΑΚ). Ἐπὶ δὲ συμβάσεων σχετικῶν πρὸς τὸ ἀν-

32. Ὡς πρὸς τὴν καταβολὴν ἢ ἀναγνώρισιν ἀτελοῦς ὀφειλῆς ἀνηλίκου ἢ ἀπηγορευμένου ὑπὸ τοῦ νομίμου ἀντιπροσώπου του, τὸ ζήτημα τῆς ἐπιδράσεως, τὴν ὁποίαν τυχὸν θὰ ἀσκήσῃ ἡ ἄρνησις εἰς αὐτὰς τοῦ χαρακτῆρος τῆς δωρεᾶς, δὲν φαίνεται παρουσιάζον σοβαρὰν πρακτικὴν σημασίαν.

Ὅριζον, πράγματι, τὰ ἄρθρα 1510 καὶ 1643 ΑΚ, ὅτι ὁ πατὴρ ἢ ὁ ἐπίτροπος δὲν δύναται νὰ προβαίνει εἰς δωρεὰς ἐκ τῆς περιουσίας τοῦ τέκνου ἢ τοῦ ἐπιτροπευομένου (πρβλ. καὶ ἄρθρ. 1698 καὶ 1704). Προστίθεται ὅμως ἐξαιρέσεις ὑπὲρ τῶν δωρεῶν, τῶν ἐπιβαλλομένων ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπειας.

Εἰς τὰς περισσοτέρας περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑπόκειται τοιοῦτον ἠθικὸν καθήκον ἢ ὑποχρέωσις ἐξ εὐπρεπειας (ἀνωτ. § 4). Ὡστε ἀκόμη καὶ ἂν ἡ ἐκπλήρωσις ἢ ἡ ἀναγνώρισίς των ἐνέπιπτε εἰς τὴν ἐννοίαν τῆς δωρεᾶς, πάλιν θὰ ἐπετρέποντο αὐταὶ εἰς τὸν νόμιμον ἀντιπρόσωπον. Κατὰ κανόνα ὅμως οἱ συγγραφεῖς ἀρνοῦνται τὸν χαρακτῆρισμὸν τῆς δωρεᾶς καὶ (ὡς ὑπονοεῖται) γενικώτερον τῆς χαριστικῆς δικαιοπραξίας. Τὸ ἀποτέλεσμα τότε εἶναι, ὅτι μεταπίπτομεν εἰς τὴν σφαῖραν τῶν ἰσχυόντων διὰ τὰς ἐπαχθεῖς δικαιοπραξίας κανόνων, οἱ ὅποιοι κατ' ἀρχὴν τὰς ἐπιτρέπουν εἰς τὸν νόμιμον ἀντιπρόσωπον (1642, 1512 ΑΚ), ἐπιβάλλοντες μόνον κατ' ἐξαιρέσειν τὴν τήρησιν διατυπώσεων¹⁶⁵.

Τὸ πόρισμα τῶν ἀνωτέρω εἶναι, ὅτι καὶ ἀνεξαρτήτως τῆς συζητήσεως ἂν ὑπάρχῃ ἢ ὄχι δωρεὰ, ἐξηρημένῃς καὶ αὐτῆς ἐκ τῆς παραδοχῆς ἢ μὴ τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὡς ἐχούσης εὐθὺς ἐξ ἀρχῆς νομικὴν τινα ὑπόστασιν (ἀνωτ. §§ 12-13), ἡ καταβολὴ καὶ ἡ ἀναγνώρισίς ἀτελοῦς ἐνοχῆς δύναται νὰ γίνεταί καὶ ὑπὸ νομίμου ἀντιπροσώπου¹⁶⁶.

Ἄλλὰ καὶ πάλιν ἡ τελεολογικὴ καὶ ἀξιολογικὴ θεώρησις δυνατὸν νὰ ὑποδείξῃ ἀντίθετα. Οὕτω ἐπὶ παιγνίου καὶ στοιχήματος ἀποβάντος εἰς βᾶρος ἀνικάνου πρὸς δικαιοπραξίαν. Ἄν καταβάλῃ ὁ ἴδιος ὁ ἀνήλικος ἢ ὁ ἀπηγορευμένος, ἀναγνωρίζεται γενικῶς, ὅτι λόγῳ τῆς ἀνικανότητός του πρὸς δικαιοπραξίαν, δικαιούται εἰς ἀναζήτησιν¹⁶⁷. Καὶ τοῦτο ἀποτελεῖ κάποια ἀνάσχεσιν διὰ τοὺς σκεπτομένους νὰ παρασύρουν εἰς παίγνιον ἢ στοίχημα τοιοῦτους ἀνικάνους. Ἡ ἀνάσχεσις ὅμως δὲν θὰ ἦτο ἐπαρκής, ἂν ὁ

θρόνινον σῶμα ἢ τὴν ἀνθρωπίνην ἀξιοπρέπειαν, ὅπου καὶ πάλιν ἄλλη εἶναι ἡ ἀξιολογικὴ εἰκὼν, ἐπίσης, κατ' ἐρῶν γνῶμην, ἡ ἀναγνωριστικὴ σύμβασις δὲν καθιστᾶ ἐξαναγκαστὴν τὴν ὑποχρέωσιν (ἀνωτ. σημ. 23). Οὕτω τὸ πρόβλημά μας ἐδῶ ἀποκύπτει εἰς αὐτὴν τὴν οἴξαν του.

165) Ἄρθρα 1647 ἐπ. ΑΚ καὶ ἐρμηνεῖα αὐτῶν εἰς Ρ ο ἰ λ ὶ ο ν - Κ ο υ μ ἄ ν τ ο ν.

166) Πρβλ. ὅμως ὡς πρὸς τὴν προίκισιν ἀδελφῆς τοῦ ἐπιτροπευομένου ἀνηλίκου ὑπὸ τοῦ ἐπιτρόπου του Μ ι χ ἄ η λ ἰ δ ο υ - Ν ο υ ἄ ρ ο υ, Οἰκογεν. § 110 σ. 256 σημ. 5.

167) Βλ. ἀνωτ. σημ. 88.

ἐνδιαφερόμενος ἠδύνατο νὰ ἐλπίζῃ εἰς ἔγκυρον καταβολὴν ἐκ μέρους τοῦ νόμιμου ἀντιπροσώπου τοῦ ἀνικάνου συμπαικτοῦ του. Ἐξ ἄλλου, ὁ νόμιμος ἀντιπρόσωπος εὐπρεπῶς, πρὸς τὸ συμφέρον καὶ τοῦ ἀηλίκου, δύναται νὰ ἀρνηθῇ τὴν πληρωμὴν. Αἱ σκέψεις αὗται δύναται ἴσως νὰ ὀδηγήσουν εἰς συσταλτικὴν ἐρμηνεῖαν τῶν διατάξεων τῶν παρεχουσῶν εἰς τὸν νόμιμον ἀντιπρόσωπον τὴν ἐξουσίαν καταβολῆς χρεῶν τοῦ ἀντιπροσωπευομένου ἐξ ἐπαχθοῦς αἰτίας (1642, 1512 ΑΚ), ὥστε νὰ ἀφαιρεθῇ ἀπὸ αὐτὸν ἡ δυνατότης ἐξοφλήσεως χρεῶν ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος ^{167α}.

33. Ἀναλογίαν πρὸς τὴν ἐξετασθεῖσαν περίπτωσιν παρουσιάζουν ἡ καταβολὴ καὶ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑπὸ ὀργάνων νομικοῦ προσώπου. Εἶναι αὗται ἐπιτετραμμένοι καὶ ἔγκυροι;

Τὸ νομικὸν πρόσωπον δύναται κατ' ἀρχὴν νὰ ἔχη οἶαν ἱκανότητα δικαίου καὶ τὸ φυσικὸν πρόσωπον, ἀρκεῖ νὰ μὴ πρόκειται περὶ ἐνόμων σχέσεων προϋποθετουσῶν ἰδιότητος φυσικοῦ προσώπου (62 ΑΚ). Ἀλλά, ὡς συνήθως ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ ἄρθρου 68 ΑΚ διδάσκεται, τὰ ὅργανα τοῦ νομικοῦ προσώπου δύναται νὰ προβαίνουν ἐγκύρως μόνον εἰς ἐκείνας τὰς δικαιοπραξίας, τὰς ὁποίας ἐπιτρέπει τὸ καταστατικόν του, εὐρέως ἐρμηνευόμενον ἐν ὄψει καὶ τοῦ ἐκάστοτε ὀρισθέντος σκοποῦ τοῦ νομικοῦ προσώπου ¹⁶⁸.

Συνήθως τὰ καταστατικά τῶν νομικῶν προσώπων δὲν προβλέπουν ὅτι τὰ ὅργανά των ἔχουν τὴν ἐξουσίαν νὰ προβαίνουν ἐπ' ὀνόματί των εἰς δωρεάς. Ἐν ὄψει τούτου γίνεται δεκτόν, ὅτι δωρεαὶ μόνον κατ' ἐξαιρέσιν ἐπιτρέπονται, ὅταν δικαιολογῶνται ἐκ τοῦ σκοποῦ τοῦ νομικοῦ προσώπου καὶ φαίνονται, κατὰ τὰ κρατοῦντα συναλλακτικὰ ἤθη, ὅπως ὅποτε ἐξυηρητικαὶ τῶν συμφορόντων του ¹⁶⁹.

167α) Κατὰ τὸν v. T u h r, Allgem. Teil I (1910) § 4 ἀριθ. 2 σημ. 11, νόμιμω καταβάλλει ὁ νόμιμος ἀντιπρόσωπος, διότι δὲν πρόκειται περὶ δωρεᾶς. Ἐπιφυλάσσεται ὅμως ἡ εὐθύνη του πρὸς τὸν ἀντιπροσωπευόμενον.

168) Γ i a v v o π ο ὕ λ ο υ, Γεν. Ἀρχαὶ I § 68 I, Τ ο ὄ σ η, Γεν. Ἀρχαὶ I § 40 καὶ § 44 ἀριθ. 9. Ἐκ δὲ τῶν ξένων συγγραφέων, δεδομένου ὅτι τὰ σχετικὰ ἄρθρα τοῦ ΑΚ ἐλήφθησαν κυρίως ἐκ τοῦ ἐλβετικοῦ δικαίου, βλ. ἰδίως E g g e r ἐν Zürcher Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch I (1930) Art. 53 ἀριθ. 17 καὶ Art. 54-55 ἀριθ. 16, G u t z w i l l e r ἐν «Schweizerisches Privatrecht» II (1967) § 52 II καὶ III. Βλ. ἐπίσης ἀρθρ. 718 § 1 ἐλβετ. Κώδ. Ἐνοχῶν καὶ τὰς ἐπ' αὐτοῦ ἐρμηνείας. Ἐκ τῶν Γερμανῶν βλ. ἰδίως E n n e s c e r u s - N i p p e r d e y, Allgem. Teil des bürgerl. Rechts I (1959) § 105 καὶ § 109 II. Πρβλ. τέλος ἰταλ. ΑΚ ἄρθρα 2298 καὶ 2384.

169) Γ i a v v o π ο ὕ λ ο υ ἐνθ' ἄν. § 68 σημ. 2, Κ. Σ η μ α ν τ ῆ ρ α, Γεν. Ἀρχαὶ τοῦ ἀστ. δ. (πανεπιστημ. παραδόσεις) I (1966) § 27 IV 4 σ. 262. Πρβλ. Τ σ i ρ i ν τ ἄ ν η, Στοιχεῖα ἔμπορ. δ. II (1964) § 69 II 8 καὶ ἐκτενέστερον Π α σ σ i ᾱ, Τὸ δίκαιον τῆς ἀνω- νόμου ἐταιρείας II (1969) § 518 σ. 559 - 560. Ἀξιοσημείωτος ἡ ΑΠ 260/1950 ΕΕΝ ἰς' 501, καθ' ἣν εἶναι ἀπολύτως ἀνεπίτρεπτοι αἱ ἐλευθεριότητες εἰς τὸ διοικητικὸν συμβούλιον ἀνωνόμου ἐταιρείας.

Ἄλλ' ἡ ἐκπλήρωσις καὶ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς, ὡς συνήθως ὑποστηρίζεται (ἀνωτ. § 23), δὲν ἀποτελοῦν δωρεάν. Θὰ ἔπρεπε συνεπῶς, ἂν κατ' ἀρχὴν ἐμπίπτουν εἰς τὸν κύκλον δράσεως καὶ τοὺς σκοποὺς τοῦ νομικοῦ προσώπου, νὰ ἐπιτρέπωνται εἰς τὸ ἀρμόδιον ὄργανον τοῦ νομικοῦ προσώπου. Πλέον συγκεκριμένως δύναται λ.χ. νὰ διατυπωθῇ ἐρώτημα, ἂν τὸ διοικητικὸν συμβούλιον ἀνωνόμου ἐταιρείας ἐγκύρως ἀποφασίζει τὴν καταβολὴν παραγραφείσης ὀφειλῆς τῆς ἐταιρείας· ἢ ἀκόμη τὴν παροχὴν συντάξεως εἰς τὴν χήραν ὑπαλλήλου τῆς ἐταιρείας, μὴ δικαιουμένην νὰ συνταξιοδοτηθῇ κατὰ τὰ γενικῶς εἰς τὴν ἐταιρείαν αὐτὴν ἰσχύοντα, ἐπὶ τῷ λόγῳ ὅτι ὁ σύζυγός τῆς εὔρε τὸν θάνατον ἐν τῇ ἐκτελέσει τῆς ὑπηρεσίας του, μοχθῶν διὰ τὴν ὑπεράσπισιν σημαντικῶν συμφερόντων τῆς ἐταιρείας (πρβλ. 512 καὶ 906 ΑΚ)¹⁷⁰.

Ἡ ἀπάντησις εἰς τὸ ἐρώτημα ἀρμόζει νὰ εἶναι, κατ' ἀρχὴν, καταφατικὴ. Εἶδομεν πρὸ ὀλίγου (§ 32), ὅτι κατὰ τὰ ἄρθρα 1510 καὶ 1643 ΑΚ ὁ πατήρ καὶ ὁ ἐπίτροπος δύναται νὰ προβαίνουν εἰς δωρεὰς ἐκ τῆς περιουσίας τοῦ ἀνηλίκου ὅταν αὐταὶ ἐπιβάλλωνται ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας. Ἀφ' ἑτέρου τὸ ἄρθρον 68 ΑΚ ὀρίζει ὡς πρὸς τὴν ἔκτασιν τῆς ἐξουσίας τοῦ ἔχοντος τὴν διοίκησιν τοῦ νομικοῦ προσώπου, ὅτι αὕτη προσδιορίζεται ἐκ τῆς συστατικῆς πράξεως ἢ τοῦ καταστατικοῦ τοῦ τελευταίου, κατὰ δὲ τὰ λοιπὰ ἐφαρμόζονται ἀναλόγως αἱ διατάξεις περὶ ἀντιπροσωπεύσεως καὶ ἐντολῆς. Ἐφ' ὅσον λοιπὸν δὲν προκύπτει ἐκ τῆς συστατικῆς πράξεως ἢ τοῦ καταστατικοῦ σχετικὸς περιορισμὸς εἰς τὴν ἐξουσίαν τοῦ διοικητικοῦ συμβουλίου τοῦ νομικοῦ προσώπου, δύναται τὸ διοικητικὸν συμβούλιον, κατ' ἀνάλογον ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 68 § 2 ΑΚ, νὰ προβαίη εἰς δωρεὰς ἀνταποκρινομένας εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον ἢ εἰς ὑποχρεώσεις ἐξ εὐπρεπείας τοῦ νομικοῦ προσώπου. Τούτου δὲ δεκτοῦ γενομένου, κατὰ μείζονα λόγον δύναται νὰ προβαίη εἰς δικαιοπραξίας σχετικὰς πρὸς ἀτελεῖς ὀφειλὰς τοῦ νομικοῦ προσώπου, αἱ ὁποῖαι δὲν λογίζονται δωρεαί, π.χ. εἰς πληρωμὴν ἢ συμβατικὴν ἀναγνώρισιν παραγεγραμμένου χρέους του¹⁷¹. Ἄν δὲ τὸ ὄργανον ἐπίστευσεν ἐσφαλμένως

170) Πρβλ. τὴν περίπτωσιν ἐφ' ἧς ἔκρινε ἡ Ἐφ'Αθ 1487/1949 ΕΕΝ ἰσ' 682.

171) Εἰς τὴν κρίθεισαν ὑπὸ τῆς προαναφερθείσης Ἐφ'Αθ 1487/1949 περίπτωσηι τὸ Ἐφετεῖον ἠρήθη ν' ἀναγνωρίσῃ ὡς ἔγκυρον τὴν χορήγησιν, ὑπὸ τοῦ διοικητικοῦ («γενικοῦ») συμβουλίου τῆς Ἐθνικῆς Τραπεζῆς τῆς Ἑλλάδος μνηκίου ἐφ' ὅρου ζωῆς βοηθήματος εἰς τὴν χήραν διοικητοῦ τῆς Τραπεζῆς, ὡς πρὸς τὸν ὅποιον εἶχε προβληθῇ ὅτι ἀπέθανεν ἐξ ἡμιπληγίας, τὴν ὁποίαν ἔπαθε εἰς τὸ γραφεῖον του τὸ 1943, ἐπειδὴ ἐπιέζετο ὑπὸ τῆς τότε κατοικτικῆς Κυβερνήσεως νὰ πωλήσῃ (πρὸς τοὺς Γερμανοὺς) χρεώγραφα τῆς Τραπεζῆς (βλ. τὴν ἀπόφ. ἐν Θέμ. ΞΑ' 364). Ἡ ἀπόφασις — ἐπιυρωθεῖσα ἀργότερον διὰ συνοπτικῆς αἰτιολογίας ὑπὸ τῆς προαναφερθείσης ΑΠ 260/1950 — ἠτιολόγησε τὴν κρίσιν τῆς διὰ τῆς σκέψεως, ὅτι τὸ διοικητικὸν συμβούλιον ἀνωνόμου ἐταιρείας μόνον κατ' ἐξαιρέσιν δύναται νὰ προβαίη εἰς ἐλευθεριότητας εὐτελοῦς ποσοῦ (σπληνῆ φιλοδωρήματα ἢ ἐξ εὐσπλαχνίας). Παρέλειψε ὅμως νὰ ἐξετάσῃ μήπως δὲν ὑπῆρχε ἐλευθεριότης, ἀλλ' ἐκ-

ὅτι ὑπῆρχε νομικὴ δέσμευσις, δὲν ὑπάρχει καὶ πάλιν ἐμπόδιον νὰ ἐφαρμοσθῆ τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ¹⁷².

34. Τὸ ἄρθρ. 1695 ΑΚ περιορίζει τὴν προσβολὴν τῶν μὴ χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν τοῦ φρενοβλαβοῦς μετὰ τὸν θάνατόν του. Θὰ ὑπαχθοῦν ἄραγε εἰς τὰς μὴ χαριστικὰς δικαιοπραξίας καὶ τὸν περιορισμὸν τῆς προσβολῆς τῶν ἢ ἐκπλήρωσις καὶ ἢ ἀναγνώρισις ἀτελῶν ἐνοχῶν ὑπὸ προσώπου, ὡς πρὸς τὸ ὁποῖον οἱ κληρονόμοι ἰσχυρίζονται ὅτι ἔπασχεν ἐκ φρενοβλαβείας κατὰ τὴν ἐνέργειαν τῆς πράξεως;

Πρὸς ἀπάντησιν εἰς τὸ ἐρώτημα θὰ ἦτο ἀνεπαρκὲς νὰ ἐνθυμηθῶμεν ὅτι, κατὰ τὴν παραδεδομένην διδασκαλίαν, τοιαῦται ἐκπληρώσεις ἢ ἀναγνώρισεις δὲν συνιστοῦν δωρεάν. Πράγματι τὸ ὅτι μία δικαιοπραξία δὲν εἶναι δωρεὰ δὲν σημαίνει ἀκόμη, ὡς εἶδομεν (§ 22), ὅτι δὲν εἶναι καὶ χαριστικὴ δικαιοπραξία, ἀφοῦ ἡ τελευταία ἔχει διαμορφωθῆ ὡς ἐννοια εὐρυτέρᾳ τῆς δωρεᾶς. Καὶ ὀρίζεται ἡ χαριστικὴ δικαιοπραξία (ἢ ἐλευθεριότης) ὡς πράξις δικαίου, διὰ τῆς ὁποίας παρέχεται εἰς ἕτερον περιουσιακὸν ἀγαθὸν ἀνευ ἀντάλλαγματος¹⁷³. "Ὅταν ὅμως ἐκπληροῦται ἡ ἀναγνώρισις ἀτελῆς ἐνοχῆι χωρὶς νὰ δύναται νὰ λεχθῆ ὅτι ὑπάρχει δωρεὰ¹⁷⁴, ἐλλεῖπει τὸ ὑπὲρ τοῦ ἐνεργοῦντος ἀντάλλαγμα; Τοῦτο δὲν δύναται νὰ βεβαιωθῆ. Τὸ ἀντάλλαγμα εἶναι ἢ ἀπώλεια τοῦ ἐνοχικοῦ δικαιώματος τοῦ ὑπὲρ οὗ ἡ καταβολὴ ἢ ἡ ἀναγνώρισις, ἔστω καὶ ἂν τοῦτο, μὴ ἐξαναγκαστόν, εἶναι ἀσθενικόν¹⁷⁵.

Ἄλθως, τὴν ὁρθότητα τοῦ συλλογισμοῦ θὰ ἠδύναντο νὰ ἀμφισβητήσουσι ὅσοι ἀρνοῦνται τὴν νομικὴν ὑπόστασιν τῆς «δῆθεν» ἀτελοῦς ἐνοχῆς πρὸ τῆς ἐκπληρώσεως ἢ ἀναγνώρισεώς της (ἀνωτ. § 12). Ἐν ὅψει τούτου εἰς τὴν ἀμέσως ἀνωτέρω τυπικολογικὴν θεμελιώσιν δύναται, πρὸς ἐπίρρωσιν τῆς, νὰ προστεθῆ ἄλλη, προκύπτουσα ἐκ τῆς οὐσιαστικῆς θεωρήσεως τῶν πραγμάτων.

Ὁ λόγος ἐνεκα τοῦ ὁποίου ἐθεσπίσθη τὸ ἄρθρον 1695 ΑΚ ἔγκειται εἰς τὸ ὅτι ἐπὶ χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν τὸ συμφέρον τοῦ ὠφεληθέντος τρίτου, ἐν

τέλεισις ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος, τὸ ὁποῖον καὶ κατὰ τὸ τότε ἰσχύον βυζαντινορρωμαϊκὸν δίκαιον ἠδύνετο νὰ δικαιολογήσῃ τὴν ὑπαρξίν φυσικῆς ἐνοχῆς (βλ. νῦν 512 καὶ 906 ΑΚ, ὑπὸ τὸ κράτος τῶν ὁποίων θὰ ἦτο ἐνδεχόμενον νὰ κριθῆ, ὅτι ἀνάλογον πρὸς τὰς περιστάσεις βοήθημα ἠδύνετο νομίμως νὰ παρασχεθῆ. Πρβλ. καὶ κατωτ. σημ. 221).

172) Ἡ λύσις παραμένει ἢ αὐτὴ καὶ διὰ τοὺς φρονούντας, ὅτι ἡ ἐκπλήρωσις ἢ ἡ ἀναγνώρισις ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἶναι κατὰ βάθος δωρεὰ (ἀνωτ. § 12). Προκύπτει τότε ἀ π' εὐθείᾳ ἐκ τῶν ἄρθρων 512 καὶ 906 ΑΚ.

173) Φ ρ α γ κ ι σ τ α ς ἐν ἘρμΑΚ 496 - 512 ἀριθ. 14 - 15 καὶ 48.

174) "Ὅτι ἐνίοτε ἀρμόζει ὁ χαρακτηρισμὸς τῆς δωρεᾶς βλ. κατωτ. §§ 42 ἐπ.

175) Φ ρ α γ κ ι σ τ α ς ἐνθ' ἀν. ἀριθ. 60.

ἀντιθέσει πρὸς τὰς ἐπαχθεῖς δικαιοπραξίας, παρίσταται ὑποδεέστερον τοῦ συμφέροντος τοῦ κληρονόμου¹⁷⁶. Πράγματι, αἱ χριστικαὶ δικαιοπραξίαι δὲν δύνανται νὰ ἀξιώσουν τὸν αὐτὴν σεβασμὸν ὡς αἱ ἐπαχθεῖς, καθὼ ἐχουσαι ἀσθενεστέραν τὴν ἠθικὴν βάσιν¹⁷⁷. Ἐπὶ τῶν λεγομένων ὅμως «ἀτελῶν» ἐνοχῶν κατὰ κανόνα ὁ καταβάλλων ἢ ἀναγνωρίζων ἀνταποκρίνεται εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον (πρβλ. ἀνωτ. § 4). Ὡς ἐκ τούτου ἡ ἀντίθεσις συμφερόντων ἐμφανίζεται μεταξὺ προσώπου, προσπαθοῦντος νὰ διατηρήσῃ τὸ ὄφελος ἐκ τῆς αὐτῆς πρὸς αὐτὸν ἠθικῆς ὑποχρεώσεως τοῦ κληρονομούμενου, καὶ τῶν κληρονόμων, ἐπιδιωκόντων νὰ τὸ ματαιώσουν διὰ τῆς ἐπικλήσεως τῆς φρενοβλαβείας τοῦ κληρονομούμενου. Οὕτω ἡ ἀξιολογικὴ εἰκὼν διαφέρει αἰσθητότατα ἀπὸ τὴν συνήθη περίπτωσιν τῶν χριστικῶν δικαιοπραξιῶν. Καὶ τὸ δίκαιον δὲν ἐπιτρέπεται νὰ ἐγκρίνῃ τὴν ὡς ἄνω στάσιν τῶν κληρονόμων.

Τὸ συμπέρασμα τῶν ἀνωτέρω συλλογισμῶν εἶναι, ὅτι ἡ ἐκ τοῦ ἄρθρου 1695 ΑΚ δυσχέρεια προσβολῆς ὑπὸ τῶν κληρονόμων τῶν μὴ χριστικῶν δικαιοπραξιῶν τοῦ ἀποθανόντος φρενοβλαβοῦς ὑφίσταται καὶ ἐπὶ καταβολῆς ἢ ἀναγνωρίσεως ὑπὸ τούτου χρέους ἐξ ἀτελοῦς ἐνοχῆς¹⁷⁸.

35. Τὸ ζήτημα ἂν θὰ ὑπαχθῆ ἢ ὄχι ἡ καταβολὴ ἢ ἀναγνωρίσις ἀτελοῦς ἐνοχῆς εἰς τὴν φορολογίαν τῶν δωρεῶν (ν. 1641/1919 ὡς ἐτροποποιήθη) παρουσιάζεται κατὰ τὸν ἀκόλουθον τρόπον.

Ἡ πρώτη, ἀπλὴ σκέψις, ὅτι ἀφοῦ δὲν ἔχομεν ἐδῶ δωρεὰν δὲν ἔχομεν καὶ φορολογίαν, δὲν ἐπαρκεῖ πρὸς λύσιν τοῦ ζητήματος. Πράγματι ὁ ν. 1641 δι' εἰδικῆς διατάξεώς του φορολογεῖ δι' ἐξομοιωσεως πρὸς τὰς δωρεὰς μίαν περίπτωσιν ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Πρόκειται περὶ τῶν περιουσιακῶν παροχῶν γονέων πρὸς τέκνα τοῦ ἄρθρου 1499 ΑΚ, ἔστω καὶ ἂν κατὰ τοῦτο δὲν λογίζονται δωρεαὶ (ἄρθρ. 36 § 3 ἐδ. 2 ν. 1641)¹⁷⁹. Τούτου θεθέντος γεννᾶται πάλιν τὸ γνωστὸν δίλημμα: ἀποτελεῖ ἡ διάταξις αὐτὴ ἐξαιρετικὸν δίκαιον ἀνεπίδεκτον ἀναλόγου ἐπεκτάσεως εἰς τὰς μὴ ρητῶς προβλεφθείσας ἄλλας ἀτελεῖς ἐνοχάς; Ἡ ἀντιθέτως ἐκφράζεται διὰ τῆς ἐν λόγῳ διατάξεως γενικὴ ἀρχὴ καὶ ἐπομένως χωρεῖ ἀναλογία;

Ἡ ἀπάντησις φαίνεται εὐκόλος, διότι, ὡς εἶδομεν ἤδη, φόρος μὴ ἀπ' εὐ-

176) Ροιτλοῦ - Κοιμάντσου, Οἰκογεν. ἄρθρ. 1695 ἀριθ. 7.

177) Βλ. λ.χ. Λιτζεροπούλου, Κληρον., τεῦχος α' § 75 καὶ Στοιχεῖα Ἐνοχ. δικαίου (πανεπιστ. παραδόσεις, ἐκδ. ἐπιμελεῖα Ἄντ. Καμπίτση) § 174.

178) Προκειμένου περὶ παιγνίου ἢ στοιχήματος, λόγῳ τῆς διαφόρου ἀξιολογικῆς εἰκόνος (πρβλ. ἀνωτ. § 30 Γ), θὰ ἔπρεπε ἴσως νὰ ἰσχύσῃ ἀντίθετος λύσις.

179) Τὸ ὡς ἄνω ἐδ. 2 προσετέθη διὰ τοῦ ν.δ. 7/9 Δεκεμβρίου 1947, κυρωθέντος διὰ τοῦ ν.δ. 656/1948. Βλ. Βαρουξῆ, Φορολογία κληρονομιῶν, δωρεῶν κλπ. (1948) σ. 473.

θείας προβλεφθείς υπό του νόμου δέν δύναται νά επιβληθῆ ἐξ ἀναλογίας ρυθμιζουσῶν παρεμφερεῖς περιπτώσεις διατάξεων (άνωτ. σημ. 114). Ἐπιπλέον δύο ἀκόμη διατάξεις τοῦ νόμου περί φορολογίας κληρονομίων, δωρεῶν κλπ. δύναται νά γεννήσουν δισταγμόν τινα ὡς πρὸς τήν ὀρθότητα τοῦ συμπεράσματος, ὅτι δέν ὑπόκειται εἰς τήν φορολογίαν τῶν δωρεῶν ἢ καταβολῆ ἢ ἀναγνώρισις χρέους ἐξ ἀτελοῦς ένοχῆς. Οὕτω ἐν πρώτοις τὸ ἄρθρ. 36 § 6 τοῦ ν. 1641 ὀρίζει, ὅτι «φορολογεῖται ἐπίσης ὡς δωρεά κατὰ τὸν παρόντα νόμον πᾶσα ἄνευ ἀνταλλάγματος παραχώρησις χρημάτων, ζώων καὶ κινητῶν ἐν γένει καὶ ἂν διὰ ταύτην δέν καθηρτίσθη δημόσιον ἢ ἰδιωτικὸν ἔγγραφον». Περαιτέρω δὲ κατὰ τήν § 7 τοῦ αὐτοῦ ἄρθρου 36 «ὡσαύτως κατὰ τὸν παρόντα νόμον φορολογεῖται ὡς δωρεά πᾶσα ἄνευ ἀνταλλάγματος παραχώρησις τῆς χρήσεως ἢ καρπώσεως ἀκινήτου καὶ ἂν διὰ ταύτην δέν καθηρτίσθη ἔγγραφον»^{179α}. Διὰ τῶν δύο αὐτῶν διατάξεων ἐπεκτείνεται τὸ πεδίου ἐφαρμογῆς τῆς φορολογίας ἀπὸ τῶν καθαυτῶν δωρεῶν καὶ εἰς χαριστικὰς δικαιοπραξίας μὴ ἀποτελοῦσας δωρεάν, ὡς π.χ. τὸ χρησιδάνειον (πρὸβλ. ἄνωτ. § 22). Ἐκ τούτου θὰ ἠδύνατό τις νά ὑποθέσῃ ὅτι, λόγω ἰδίως τῆς εὐρύτητος τῆς πρώτης διατάξεως (§ 6 ἄρθρου 36), δύναται νά φορολογηθοῦν ὡς δωρεαὶ καὶ αἱ καταβολαὶ ἢ ἀναγνώρισεις ἀτελῶν ένοχῶν. Ἄλλ' ὑπάρχει καὶ ὁ γνωστός ἤδη ἀντίλογος : δέν ἐλλείπει τὸ ἀντάλλαγμα ἐπὶ ἀτελῶν ένοχῶν, συνιστάμενον εἰς τήν ἀπώλειαν τῆς ἀσθενικῆς ἔστω ἀπαιτήσεως τοῦ δανειστοῦ. Ἡ, ἐπὶ τὸ οὐσιαστικώτερον : ὁ λαμβάνων εἰς ἐκπλήρωσιν ἠθικῆς ἔστω πρὸς αὐτὸν ὑποχρέωσης δέν δύναται νά ἐξομοιωθῆ πρὸς τὸν λαμβάνοντα ἐκ καθαρῆς γενναιοδωρίας τοῦ παρέχοντος. Ἐν εἰς αὐτὰ προστεθῆ καὶ ἡ γενικὴ ἀρχὴ τοῦ ἀποκλεισμοῦ ὅχι ἀπλῶς τῆς ἀναλογίας, ἀλλὰ καὶ αὐτῆς τῆς εὐρείας ἐρμηνείας τῶν φορολογικῶν νόμων (άνωτ. σημ. 114), ἡ πλάστιγγὲς φαίνεται κλίνουσα καθαρὰ πρὸς τήν ἀπαλλαγὴν τῶν ἀτελῶν ένοχῶν ἐκ τῆς φορολογίας τῶν δωρεῶν.

Μόνον εἰς μίαν περίπτωσιν θὰ ἠδύνατο νά λεχθῆ ὅτι τὸ ζήτημα παραμένει ἀρκετὰ ἀμφίβολον. Θὰ ἴδωμεν μετ' ὀλίγον ὅτι, λόγω τοῦ ἄρθρου 512 ΑΚ, ὡ ρ ι σ μ έ ν α ι τ ο υ λ ἄ χ ι σ τ ο ν περιπτώσεις ἐκπληρώσεως ἠθικῶν καθήκοντων ἢ ὑποχρέωσεων ἐξ εὐπρεπείας ἐμπίπτουν εἰς τήν ἔννοιαν τῆς δωρεῆς ἢ ἔστω τήν εὐρύτεραν τῆς χαριστικῆς δικαιοπραξίας (κατωτ. § 43). Ὅσακις τοιοῦτον τι θὰ συμβῆ, φαίνεται δύσκολος ἢ ἀποφυγῆ τῆς φορολογίας^{179β}.

179α) Αἱ ὡς ἄνω δύο διατάξεις ἔχουν προστεθῆ εἰς τὸ ἀρχικὸν κείμενον τοῦ ἄρθρου 36 τοῦ ν. 1641 διὰ μεταγενεστέρων νομοθετημάτων. Βλ. διοικητικὴν κωδικοποίησιν ν. 1641, Ἐθν. Τυπογραφ., ἐκδ. 1969.

179β) Ὑπὸ τὸ πνεῦμα τοῦτο θὰ ἔπρεπε νά ἐξετασθῆ καὶ ἡ γενικώτερα τυχὸν σημασία τῆς διατάξεως τῆς § 9 τοῦ ἄρθρου 36 τοῦ ν. 1641/1919 (προσθεθείσης διὰ τοῦ ν.δ. 1527/1942, βλ. σ. 69 τῆς ἐν σημ. 179α ἀναφερομένης κωδικοποιήσεως τοῦ ν. 1641), περί φορολογίας ἐλευθεριοτήτων ἐτακτικῶν κλπ. πρὸς ὑπαλλήλους των ἐπὶ τῇ ἀποχωρήσει ἐκ τῆς ὑπηρεσίας.

Πάντως τὸ πρόβλημα ἔχει ἀνάγκη ἐμβαθύνσεως, τὴν ὁποίαν εἴμεθα ἐδῶ ὑποχρεωμένοι νὰ παραλείψωμεν.

36. Γνωρίζομεν πλέον πῶς πρέπει ν' ἀντιμετωπισθοῦν τὰ πρακτικὰ προβλήματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν τὰ ἀνακύπτοντα ἐκ τοῦ ἐρωτήματος, ἂν ἡ ἐκπλήρωσις καὶ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις τῶν ἀποτελοῦν ἢ ὄχι δωρεάν. Εἰδομεν δὲ ἐπίσης (ἀνωτ. §§ 12 - 13), ὅτι ἡ ἄρνησις τοῦ χαρακτηρισμοῦ τῆς δωρεᾶς εἶναι συνυφασμένη μετὰ τὴν θεωρητικὴν ἀντίληψιν, καθ' ἣν καὶ πρὸ τῆς καταβολῆς ἡ ἀναγνώρισεως ὑπάρχει, εἰς τὰ θέματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, πυρὴν τῆς ἀσθενικῆς ἔστω νομικῆς ὑποχρέωσως.

Ἄλλ' ἡ ἀντίληψις αὕτη, ὡς ἐπίσης ἐξετέθη, ἀμφισβητεῖται. Μετὰ συζητήσεων τῆς ἀμφισβήτησεως ἐπροτιμήσαμεν τὴν ἀπόκρουσίν τῆς (§ 13). Προσεθέσαμεν ὅμως ὅτι τοῦτο εἶναι μία θεωρητικὴ στάσις, ἡ ὁποία δὲν ἐπιδραῖ αἰσθητῶς εἰς τὰς λύσεις τῶν συναφῶν πρακτικῶν προβλημάτων, διότι αὐταὶ ὀρθοὶ εἶναι νὰ ἐξαρτῶνται κυρίως ἐξ οὐσιαστικῶν — τελεολογικῶν καὶ ἀξιολογικῶν — σταθμίσεων καὶ ἰδίως ἐκ τῆς χρήσεως ἢ μὴ τοῦ ἐπιχειρήματος τῆς ἀναλογίας· συνεπῶς αἱ λύσεις δὲν ἴστανται ἢ πίπτουν ἀναλόγως τοῦ ἐὰν θὰ δεχθῶμεν ἢ θὰ ἀπορρίψωμεν τὴν ἀναγκαιότητα τῆς ὑπάρξεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ὡς ἰδίας νομικῆς κατηγορίας. Ἡ μεθοδολογικὴ γραμμὴ, τὴν ὁποίαν ἐν τοῖς ἀνωτέρω (§§ 22-35) κατὰ τὴν ἀντιμετώπισιν τῶν πρακτικῶν ζητημάτων προσπαθήσαμεν ν' ἀκολουθήσωμεν μετὰ συνέπειαν, ἦτο ἀκριβῶς ἡ μὴ ἐξάρτησις μας ἀπὸ τὴν ἀμφισβητουμένην νομικὴν κατασκευὴν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς ὡς ἐνοχῆς ἀποκλειούσης τὴν ἔννοιαν τῆς δωρεᾶς. Ἐλπίζομεν δὲ ὅτι αἱ διάφοροι λύσεις, εἰς τὰς ὁποίας κατελήξαμεν, δύνανται νὰ γίνουσι δεκταὶ τόσον ὑπ' ἐκείνων, οἱ ὁποῖοι κρίνουσι περιττὴν τὴν νομικὴν κατασκευὴν τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, ὅσον καὶ ὑπὸ τῶν ἐμμενόντων εἰς αὐτήν. Πιστεύομεν οὕτω ὅτι ἀπεδείξαμεν τὴν βεβαίωσίν μας, ὅτι καθαρῶς θεωρητικὴ εἶναι ἡ ἀξία τῆς προαναφερθείσης περὶ τὰς ἀτελεῖς ἐνοχὰς ἐπιστημονικῆς διαμάχης (ἀνωτ. § 13).

IX. Εἰδικώτερον αἱ περιπτώσεις τῆς ἐκπληρώσεως ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ ὑποχρέωσως ἐξ εὐπρεπείας.

37. Ἀπὸ τὰς μέχρι τοῦδε ἀναπτύξεις μας ἐξηγήσαμεν τὰς ἀναφερομένας εἰς τὸν τίτλον δύο περιπτώσεις. Ὁ λόγος ἦτο, ὅτι ἡ ἐναρμόνισις τῶν δύο σχετικῶν ἄρθρων τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος, τοῦ 512 καὶ τοῦ 906, ἔνεκεν ἀνεπαρκοῦς προβλέψεως τοῦ νομοθέτου, γεννᾷ πλὴν τῶν ἤδη ἐξετασθέντων πρόσθετα καὶ δυσχερῆ προβλήματα. Ἡ ἀνάγκη οὕτω σαφηνείας περὶ τὴν ἔκθεσιν ἐπέβαλλε τὸν διαχωρισμὸν (βλ. ἀνωτ. § 25 ἐν τέλει). Ἐφθασε ὅμως ἡ στιγμή νὰ ἀσχοληθῶμεν καὶ μετὰ τὰ εἰδικὰ αὐτὰ θέματα.

Ἡ κυρία ἐν προκειμένῳ δυσκολία ἐγκρίεται εἰς τὸν προσδιορισμὸν ἂν ἡ ἐκπλήρωσις ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρέωσως ἐξ εὐπρεπείας εἶναι ἢ ὄχι δωρεά. Ἐπειδὴ δὲ ἐνδέχεται ἄλλοτε μὲν νὰ ἔχη τὸν χαρακτήρα τῆς δωρεᾶς καὶ ἄλλοτε ὄχι, θὰ χρειασθῇ ἀκόμη νὰ διευκρινίσωμεν πότε συμβαίνει τὸ πρῶτον καὶ πότε τὸ δεύτερον. Φυσικᾶ δὲ κατόπιν θὰ ἐρευνηθοῦν καὶ αἱ συνέπειαι τοῦ τοιούτου ἢ τοιούτου χαρακτηρισμοῦ, ἐν συσχετίσει καὶ πρὸς τὰ προηγουμένως ἐξ ἀφορμῆς τῶν ἄλλων περιπτώσεων ἀτελοῦς ἐνοχῆς ἐκτεθέντα (§§ 44 ἐπ.).

Ἄλλ' ὅπως καὶ μέχρι τοῦδε, διὰ νὰ μὴ κινούμεθα ἐντὸς ἀφρημένου περιβάλλοντος, πρέπει νὰ προηγηθοῦν ὀλίγα τιμὰ περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ τῆς ὑποχρέωσως ἐκ λόγων εὐπρεπείας, ὡς καὶ παρὰ τὴν ἀπαρτιογραφίαν ἐφαρμογῆς. Εἰς τὴν προσπάθειάν μας αὐτὴν θὰ ἀντλήσωμεν, ὡς ἐγένετο καὶ εἰς ἄλλα σημεία, βοήθειαν ἐκ προεργασίας κυρίως τοῦ τιμωμένου διὰ τοῦ παρόντος τόμου καθηγητοῦ.

A. Ἐννοιαὶ καὶ περιπτώσιολογία.

38. Τὸ ἄρθρ. 512 ΑΚ ὀρίζει : «δωρεαὶ γενόμεναι ἕνεκεν ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας δὲν ὑπόκεινται εἰς ἀνάκλησιν»^{179γ}. Τὰς αὐτάς δὲ ἐννοίας τοῦ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ τῶν λόγων εὐπρεπείας χρησιμοποιεῖ τὸ ἄρθρ. 906 διὰ νὰ εἴπη, ὅτι ἡ ἀπαίτησις ἀχρεωσθήτου ἀποκλείεται διὰ τὸ καταβληθὲν ἐκ τοιούτων αἰτιῶν¹⁸⁰.

Ὁ εἰρημένος ἀποκλεισμός τῆς ἀναζητήσεως τῶν καταβληθέντων συνδέει, ὡς εἶδομεν ἤδη, τὰς δύο περιπτώσεις τοῦ ἄρθρου 906 πρὸς τὸ θέμα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν. Ἄλλ' ἐν πρώτοις πρέπει νὰ ἐξετασθῇ τί εἶναι ἡ καταβολή, ἀντιστοίχως δέ, κατὰ τὸ ἄρθρ. 512, καὶ ἡ δωρεά «ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος» καὶ «ἐκ λόγων εὐπρεπείας».

Ὡς ὀρθῶς ὑπεστηρίχθη, δωρεὰν — καὶ ἀντιστοίχως καταβολὴν — ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἔχομεν ὅταν αὐταὶ ἀνταποκρίνονται ἀντικειμενικῶς, ἤτοι κατὰ τὴν κοινὴν ἀντίληψιν, εἰς κρίνωμεν τοιοῦτον καθήκον. Ἡ διάθεσις τοῦ δωρητοῦ ἢ τοῦ καταβάλλοντος (ὑποκειμενικὸν στοιχεῖον) δὲν ἔχει ἐν προκειμένῳ σημασίαν. Ποῖα τὰ ἐλατήρια ἐκ τῶν ὁποίων οὗτος ὠρμήθη, ἂν ἐκ συναισθήσεως ἠθικοῦ χρέους

^{179γ} Ἀνάκλησις τοῦ προσυμφώνου τοιούτων δωρεῶν; Βλ. ΑΠ 55/1958 ΝοΒ ΣΤ' 615 [617]. Ὅτι τὸ ἄρθρ. 512 ἐφαρμόζεται καὶ ἐπὶ δωρεῶν αἰτία θανάτου (πρβλ. 2032 ΑΚ) ἔκρινε ἡ Ἐφ. Λαρ. 55/1961 ΝοΒ Ι' 179. Ὁμοίως Τό ὕ σ η, Κληρ. § 353 σημ. 6.

¹⁸⁰ Ἄλλαι διατάξεις χρησιμοποιοῦσαι ἐπίσης τὰς ὡς ἄνω ἐννοίας : ἄρθρα ΑΚ 1510 ἐδ. 2, 1643 ἐδ. 2, 1673, 1831 § 1 ἐν τέλει.

ἢ ἐκ καθαρᾶς γενναιοδωρίας, ἀν ἐκ συμφεροντολογικοῦ ὑπολογισμοῦ (διότι ἀνέμενε ὠφέλειαν τινὰ ἐκ τῆς ἀγαθῆς ἐντυπώσεως τὴν ὁποίαν θὰ προεκάλει ἡ χειρονομία του) κ.τ.τ., οὐδόλως ἐνδιαφέρει τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 512¹⁸¹. "Ὅπως ἐπίσης οὐδόλως ἐμποδίζεται ἡ ἐφαρμογὴ τοῦ ἄρθρου 906 ἐκ τοῦ ὅτι ὁ καταβολὴν ἐσφαλμένως ἐπίστευε ὅτι ὑπέχει ἐξαναγκαστὴν νομικὴν ὑποχρέωσιν καὶ δὲν εἶχε συναίσθησιν ὅτι ἐκπληρώνει ἀπλῶς ἠθικὸν καθήκον¹⁸².

Τὸ ἠθικὸν καθήκον, εἰς τὸ ὁποῖον ἀντικειμενικῶς ἀνταποκρίνεται ἡ δωρεὰ ἢ ἡ καταβολή, πρέπει, καὶ κατὰ τὰ δύο ἄρθρα 512 καὶ 906, νὰ εἶναι ἰδιαιτέρως πρὸς τοὺς συνανθρώπους του, ἀλλὰ μόνον τὸ ἀπορρέον ἀπὸ τὰς αἰδιαιτέρας σχέσεις» τοῦ ἐνὸς ἐνδιαφερομένου πρὸς τὸν ἄλλον (π.χ. σχέσεις συγγενείας ἢ φιλίας, σχέσεις ἐργοδότη πρὸς ἐργαζόμενον, δεσμὸς εὐγνωμοσύνης κλπ.)¹⁸³. Πότε ὑπάρχει τοιοῦτον ἰδιαιτέρον καθήκον κρίνεται ἐκάστοτε ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ συνόλου τῶν περιστάσεων καὶ τῶν ἐν τῇ κοινωνίᾳ κρατουσῶν ἠθικῶν ἀντιλήψεων, διὰ κρίσεως ἐλεγκτῆς ὑπὸ τοῦ ἀκυρωτικοῦ¹⁸⁴.

Ἀφ' ἐτέρου ἡ ἐκτίμησις τοῦ δικαστηρίου ἀναφέρεται καὶ εἰς τὴν ἔκτασιν τῆς παρασχῆς. Οὐχὶ πᾶσα δωρεὰ ἢ καταβολὴ γενομένη ὑπάρχοντος ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἐμπίπτει εἰς τὰ ἄρθρα 512 καὶ 906, ἀλλὰ μόνον ἡ ἀνταποκρινομένη καὶ κατ' ἔκτασιν εἰς τὰς περιστάσεις, ἥτοι ἢ μὴ ὑπέρμετρος¹⁸⁵. "Ἄν ὑπάρχῃ ὑπέρβασις τοῦ μέτρου ἐπὶ δωρεᾶς, κατὰ τὸ ἐπὶ πλέον ἐξερχόμεθα τῆς ἐννοίας τῆς ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος δωρεᾶς· ὁμως τὸ

181) Φ ρ α γ κί σ τ α ς ἐν Ἐρμ.ΑΚ 512 ἀριθ. 2, ΑΠ 224/1969 ΕΕΝ λατ' 545, 594/1965 ΝοΒ ΙΔ' 531, Π.Ρόδου 153/1953 ΕΕΝ κ' 1003. Τὸ ὅτι ἡ ἀνταπόκρισις εἰς τὸ ἠθικὸν καθήκον ἢ τὴν εὐπρέπειαν κρίνεται ἀντικειμενικῶς, ἐκφράζεται, σαφέστερον ἢ εἰς τὸ ἄρθρ. 512 ΑΚ, εἰς τὴν ἀποτελέσασαν τὸ πρότυπὸν του § 534 γερμ. ΑΚ. Ἐπ' αὐτῆς καὶ τῆς συγγενοῦς § 814 (= περίπου 906 ἑλλην. ΑΚ), ὡς πρὸς τὸ ἐνδιαφέρον ἐδῶ σημειῶν, βλ. λ.χ. Staudinger (Keidel - Lechner - Seufert) II/4 (1960) § 814 ἀριθ. 8.

182) Βλ. κατωτ. § 43 ἐν ἀρχῇ. Ἀντίθετος εἶναι, ὡς ἦδη ἐξετέθη (§ 7), ἡ γαλλικὴ ἀντιλήψις.

183) Οὕτω ἐν σχέσει πρὸς τὸ ἄρθρ. 512 Φ ρ α γ κί σ τ α ς ἐνθ' ἀν. ἀριθ. 3. Πρόσθ. Staudinger - Ostler II/2 (1955) § 534 ἀριθ. 2.

184) Βλ. τὰς ἀνωτέρω παραπομπάς. Εἰδικώτερον ὡς πρὸς τὸ δεκτὸν τῆς ἀναιρέσεως Planiol - Ripert - Radouant VII ἀριθ. 984· πρβλ. πάντως καὶ ΑΠ 60/1966 ΝοΒ ΙΔ' 795. Ἐξ ἄλλου τὸ καθήκον πρέπει προφανῶς νὰ ὑπῆρχε κατὰ τὸν χρόνον τῆς καταβολῆς (βλ. κείμενον ἄρθρων 906 καὶ 512), ὅχι δὲ τῆς ἀναζητήσεως, ὡς ἔκρινε ἡ Ἐφ.Πατρ. 91/1955 ΕΕΝ κβ' 802. Ἄν προσκορῆ ἡ ἀναζητήσις εἰς ἠθικὰς ἀντιρρήσεις, μόνον ὑπὸ τὸ διάφορον πρῖσμα τῆς καταχρήσεως δικαιώματος (281 ΑΚ) δύναται νὰ ἐξετασθῇ.

185) Πρβλ. ΑΠ 448/1970 ΝοΒ ΙΗ' 1296.

ἐπὶ πλέον τοῦτο δυνατόν νὰ εἶναι «ἀνταποδοτικὴ δωρεά»^{185α}. Ἡ πρακτικὴ σημασία τῆς παρατηρήσεως ἔγκειται εἰς τὸ ὅτι ἐπὶ δωρεῶν ἐξ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος αἱ γενικαὶ περὶ δωρεῶν διατάξεις ἐφαρμόζονται περιορισμένως (512 ΑΚ, βλ. καὶ κατωτ. § 44, §§ 47 ἐπ.), ἐνῶ ἐπὶ ἀνταποδοτικῶν δωρεῶν ἐν τῷ συνόλῳ των¹⁸⁶.

39. Ὡς γνωρίζομεν ἤδη, γενικὰ χαρακτηριστικὰ τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς εἶναι ὅτι ἀπ' αὐτῆς ἐλλείπει ὁ ἐξαναγκασμός, ἀλλὰ καὶ ὅτι ἡ γενομένη οἰκειοθελῶς ἐκπλήρωσίς τῆς δὲν ὑπόκειται εἰς ἀναζήτησιν (ἀνωτ. §§ 10 - 11). Τοῦτο ἰσχύει καὶ εἰς τὰς δύο περιπτώσεις τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ¹⁸⁷. Ὑπάρχει πάντως μία σημαντικὴ διαφορὰ μεταξὺ τῶν ἄλλων περιπτώσεων ἀτελῶν ἔνοχῶν καὶ τῶν τοῦ ἄρθρου 906. Αἱ πρῶται στηρίζονται ἐπὶ διατάξεων, ἐκάστη τῶν ὁποίων προβλέπει ἐντελῶς συγκεκριμένον, ἐξειδικευμένον θέμα (παραγετὴν γραμμένη ὀφειλὴ, τοιαύτη ἐκ παιγνίου ἢ στοιχήματος κλπ.). Ἀντιθέτως, τὸ ἄρθρ. 906, διὰ τῆς ἀναφορᾶς του εἰς τὰς ἐννοίας «ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθήκον» καὶ «ὕποχρέωσις ἐκ λόγων εὐπρεπειᾶς», χαράσσει ἐν εὐρύτατον πλαίσιον, ἐντὸς τοῦ ὁποίου ἐπιστήμη καὶ νομολογία, χρησιμοποιοῦσαι τὴν παρεχομένην πρὸς τὴν ἐφαρμοστὴν τοῦ δικαίου ἐξουσιοδότησιν, θὰ δύνανται νὰ τοποθετήσουν μέγαν ἀριθμὸν ποικιλοτάτων περιπτώσεων, καθ' ἃς ἡ ἠθικὴ καὶ ἡ κοινωνικὴ εὐπρέπεια ὑποδεικνύουν ν' ἀποκλεισθῇ ἡ ἀναζήτησις τῶν κατὰ νόμον μὴ ἀπαιτητῶν, ἀλλ' οἰκειοθελῶς παρασχεθέντων. Τὸ ἄρθρ. 906 εἶναι οὕτω σπουδαιότατον διότι, ὡς καὶ ἐν ἀρχῇ τοῦ παρόντος μελετήματος ἐλέχθη, δύναται νὰ καταστῇ ἀκένωτος πηγὴ δημιουργίας ἀτελῶν ἔνοχῶν.

40. Δὲν στερεῖται ἐνδιαφέροντος νὰ ἴδωμεν ποία χρῆσις ἔγινε, παρ' ἡμῶν καὶ εἰς ἄλλας χώρας, εἰς τὴν πρακτικὴν νομικὴν ζωὴν, τῆς οὕτω παρασχεθείσης εἰς τοὺς ἐφαρμοστὰς τοῦ δικαίου εὐχερείας¹⁸⁸. Ἰδιαίτερος ὁμῶς πρέπει νὰ

185α) Φ ρ α γ κ ἰ σ τ α ς ἐνθ' ἀν. ἀριθ. 6 - 7, Π. Σπάρτης 491/1951 ΕΕΝ 10' 161. Πρβλ. καὶ Reichsgerichtsräte- Kommentar II/1 (1959) § 534 ἀριθ. 2.

186) Φ ρ α γ κ ἰ σ τ α ς αὐτόθι Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 66, Π. Ζέπου, Ἐνοχ. II § 2 Π 5, πρβλ. καὶ Π. Ρόδου 153/1953 ἐνθ' ἀν. Οὐχὶ σαφῆς ἡ διαφορὰ τῶν δύο εἰδῶν δωρεᾶς ἐν ΑΠ 594/1965 ΝοΒ ΙΔ' 531, Ἐφ. Λαρ. 55/1961 ΝοΒ Ι' 179 καὶ Π. Ἡρακλείου 896/1966 ΝοΒ ΙΣΤ' 654 [657]. Ὡς πρὸς τὸ ὅτι ἡ ἀπόδειξις τῆς συνομολογήσεως τῆς δωρεᾶς πρὸς ἐκπλήρωσιν ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος δύναται νὰ προκύπτῃ ἐξ ἀόριστου περὶ τοῦτου βεβαιώσεως ἐν τῷ δωρητηρίῳ, βλ. ΑΠ 60/1966 ΝοΒ ΙΔ' 795. Ἀντιθέτως ὁμῶς, καὶ ὀρθοτέρα, ἡ ΑΠ 224/1969 ΝΔίκ ΚΣΤ' 55.

187) Προσωρινῶς ἐγκαταλείπομεν τὸ ἄρθρ. 512, διότι τοῦτο δὲν ρυθμίζει περιπτώσεις ἀτελῶν ἔνοχῶν. Πράγματι ἀφ' ἧς συγγμῆς συνήφθη δ ω ρ ε ἄ, ἔστω καὶ ἀνταποκρινόμενῃ εἰς ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθήκον ἢ κοινωνικὴν ὑποχρέωσιν τοῦ δωρητοῦ, παρήχθη πλέον εἰς βᾶρος του ἀ ρ τ ἱ α ν ο μ ἰ κ ἣ ἔνοχῃ. Βλ. καὶ κατωτ. § 43.

188) Ὁ ἀκολουθῶν κατάλογος, μὴ ἀξιῶν πληρότητα, ἤντησε τὸ ὕλικόν του ὄχι μόνον

τονισθῆ, ὅτι αἱ περιπτώσεις τὰς ὁποίας θὰ ἀπαριθμήσωμεν δὲν νοοῦνται κατὰ τρόπον ἀπόλυτον. Ἀναγκαῖον ἐκάστοτε εἶναι ν' ἀναζητῆται, ἂν τὸ κατ' ἀρχὴν δυνάμενον νὰ θεωρηθῆ ὅτι ὑπάρχει ἠθικὸν καθήκον ἐπιβεβαιώνεται ἐκ τοῦ συνόλου τῶν περιστάσεων. Ἀπορία τοῦ δικαιουμένου, εὐπορία τοῦ ὑποχρέου, καλὴ συμπεριφορὰ τοῦ πρώτου πρὸς τὸν δεύτερον, λόγοι εὐγνωμοσύνης τοῦ ὑποχρέου δι' ἐπιδειχθεῖσαν στοργὴν ἢ παρασχεθείσας ἀφιλοκερδῶς σημαντικὰς ὑπηρεσίας, εἶναι μερικὰ ἐκ τῶν δυναμένων ἐν προκειμένῳ νὰ βαρύνουν περιστατικῶν. Ἀπλοποιημένη εἰς τὸ ἔπακρον, σχηματισμένη σκέψις, ὅπως ἐν γένει εἰς τὰ ἠθικὰ θέματα, εἶναι καὶ ἐδῶ ἀποκρουστὰ¹⁸⁹.

Οὕτω, ὑπὸ τὰς ἐκτεθείσας ἐπιφυλάξεις, θὰ ἀναφεροῦν ἐν πρώτοις θέματα ἀναγόμενα εἰς τὰς οἰκογενειακὰς ἢ — ἂν ἐπιτρέπεται ἡ ἔκφρασις — εἰς τὰς «οἰοῦναι οἰκογενειακὰς» σχέσεις.

Τοιαῦτα εἶναι : οἰκονομικὴ ἐνίσχυσις προσώπου μὴ δικαιουμένου κατὰ νόμον διατροφῆς (συγγενῶν, συζύγου μετὰ διαζύγιον, πρβλ. 1454 ἐπ. ΑΚ). Παροχὴ τοιαύτης ἐνισχύσεως εἰς ἐκ τοῦ νόμου δικαιούμενον διατροφῆς, ἀλλὰ πέραν τοῦ ἐπιβαλλομένου ὑπὸ τοῦ νόμου μέτρου, λ.χ. πέραν τῆς στοιχειώδους διατροφῆς, εἰς τὴν ὁποίαν περιορίζεται ὁ δικαιῶχος, ὡσάντις ὑπέπεσεν ἔναντι τοῦ ὑποχρέου εἰς παράπτωμα δικαιολογῶν τὴν ἀποκλήρωσιν (1486 ΑΚ). Προίκις γυναικὸς ὑπὸ μὴ ὑποχρέου εἰς τοιαύτην συγγενοῦς, ἰδίως ἀδελφῆς ὑπὸ ἀδελφοῦ¹⁹⁰.

ἀπὸ τὰς συλλογὰς δικαστικῶν ἀποφάσεων, ἀλλὰ καὶ ἀπὸ τὰς θεωρητικὰς διδασκαλίας. Πάντως διὰ νὰ μὴ ὑπερφωτισθῆ ἡ μελέτη μας μὲ παραπομπὰς, σημειώνομεν κατ' ἀρχὴν μόνον τὰς ἑλληνικὰς πηγὰς. Διὰ τὰς ξένας ὁ ἀνεγνώστης δύναται νὰ συμβουλευθῆ τὰ διάφορα, ἐπανειλημμένως μνημονεύμενα καὶ ἐδῶ, ἀλλοδαπὰ γενικὰ ἔργα περὶ τοῦ ἐνοχικοῦ δικαίου. Βλ. ἰδίως διὰ τὴν Γερμανίαν Staudinger - Ostler II/2 (1955) § 534, Staudinger (- Keidel - Lechner - Seufert), 1960, § 814 ἀριθ. 9 ἐπ., Reichsgerichtsräte-Kommentar II/2 (1959) § 534 ἀριθ. 3 ἐπ., Soergel - Siebert (- Ballerstedt) BGB II (1967) § 534 ἀριθ. 2 ἐπ. πρόσθ. R. Schmidt, Die rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten, ἐν Reichsgerichts - Festgabe II (1929) σ. 40 ἐπ. Διὰ τὴν Ἑλβετίαν Oser - Schönberger ἐν Zürcher Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht V/2 (1936) Art. 239 ἀριθ. 13 ἐπ., Becker ἐν Berner Kommentar II (1934) Art. 239 ἀριθ. 13, Heitz ἐν ὄν. σ. 67. Διὰ δὲ τὴν Γαλλίαν, πλὴν τῶν ἄνωτ. ἐν σημ. 43 μνημονευομένων συγγραμμάτων, ἐκτενέστατα Michelle G o b e r t, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle (1957), δι' ὅλου τοῦ ἔργου.

189) Οὕτως, ὁρθῶς, Βουζιξίκας, Ζητήματα ἐκ τοῦ δικαίου τῆς νομίμου μοίρας (1968) σ. 218 σημ. 35. Ἐν τῇ ἐφαρμογῇ ὅμως τὰ ἐν τῷ κειμένῳ τονιζόμενα συχνὰ παραβλέπονται. Ποῖα ἐξ ἄλλου περιστάσεις ἀρμόζει νὰ βαρύνουν καὶ ἐν τίνι μέτρῳ, θὰ κριθῆ κατὰ τὸ ἐκάστοτε θέμα. Ἐννοεῖται ὅτι πρέπει ν' ἀναγνωρισθοῦν καὶ ἀρνητικῶς ἐπιδρῶντα περιστατικά : λ.χ. ἡ ὑπαρξίς στενῶν συγγενῶν ἀμέμπτου συμπεριφορᾶς, τοὺς ὁποίους ὕλικῶς ἢ καὶ ἠθικῶς θὰ ζημιώσῃ σημαντικῶς ὁ παρέχων εἰς τρίτον χωρὶς νομικὴν ὑποχρέωσιν.

190) Ἐφ. Πατρ. 128/1949 Θέμ. ΞΑ' 313. Ἀλλὰ, συμφώνως πρὸς τ' ἀνωτέρω λεχθέντα, ἐπιβάλλεται ἐκάστοτε ἡ ἐκτίμησις τοῦ συνόλου τῶν περιστάσεων : λ.χ. ἂν ἡ

Σύστασις προικὸς ὑπὸ γυναικὸς δι' ἑαυτὴν (αὐτοπροϊκίσις) ¹⁹¹. Παροχαὶ ὑπὲρ τέκνου γυναικὸς, μεθ' ἧς ὁ παρέχων διετῆρει ἐξωγάμους σχέσεις, ὁ ὁποῖος ὅμως δὲν δύναται νὰ ἐναχθῇ ἐπὶ ἀναγνωρίσει τῆς πατρότητος, λόγῳ τοῦ ὅτι κατὰ τὸ κρίσιμον διάστημα τῆς συλλήψεως καὶ ἄλλοι ἄνδρες εἶχον γενετησίους σχέσεις μὲ τὴν μητέρα τοῦ πρὸς ὃν αἱ παροχαὶ (πρβλ. 1543 ΑΚ). Παροχαὶ πρὸς παλαιὰν ἐρωμένην, γηράσασαν καὶ πενομένην, μετὰ τὴν διακοπὴν τῶν σχέσεων ¹⁹².

Ἰδιαιτέρον ἐνδιαφέρον παρουσιάζει τὸ θέμα τῆς τύχης τῶν γενομένων παροχῶν λόγῳ διατροφῆς πρὸς τὴν σύζυγον ὑπὸ τοῦ συζύγου μετὰ τὴν δι' ἀμετακλήτου δικαστικῆς ἀποφάσεως ἀκύρωσιν τοῦ γάμου. Ἐδιδάχθη ὅτι ὁ τέως τακλήτου δικαστικῆς ἀποφάσεως ἀκύρωσιν τοῦ γάμου. Ἐδιδάχθη ὅτι ὁ τέως σύζυγος δὲν ἀναζητεῖ τὰς ἐν λόγῳ παροχὰς ὡς γενομένας ἄνευ νομίμου αἰτίας, διότι αὐταὶ ἀνταπεκρίνοντο εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθῆκον ἢ εἰς ὑποχρέωσιν ἐξ εὐπρεπειᾶς ¹⁹³. Καὶ ἡ σκέψις εἶναι ἐπιτυχής. Μόνον ὅτι, κατ' ἐφαρμογὴν τῆς γενομένης ἀνωτέρω ἐπιφυλάξεως, δὲν ἐπιτρέπεται νὰ ἐφαρμοσθῇ κατὰ τρόπον ἀπόλυτον. Πρέπει ἐκαστοτε νὰ ἐρευνῶνται συγκεκριμένως τὰ περὶ τὴν ἔγγραμον συμβίωσιν περιστατικά. Ἐγνώριζον ἢ ὄχι οἱ σύζυγοι καὶ εἰδικώτερον ἢ ἐπαφελήθεῖσα τῆς διατροφῆς γυνὴ ὅτι ὁ γάμος ἦτο ἄκυρος; (πρβλ. 1383 - 1384 ΑΚ). Ποία ἢ συμπεριφορὰ ἐκατέρου τῶν συζύγων πρὸς τὸν ἄλλον; Παρεῖχε ἢ ὄχι ἡ σύζυγος, εἰς ἀντάλλαγμα τῆς διατροφῆς, ἀξιολόγους οἰκιακὰς ἢ ἄλλας ὑπηρεσίας εἰς τὸν ἄνδρα; Εἶχε συσταθῆ ὑπὲρ αὐτοῦ προῖξ καὶ ποῖα ἦσαν τὰ ἐξ αὐτῆς εἰσοδήματα, τὰ ὅποια ἔναντι τῶν βαρῶν τοῦ γάμου ἐκαρποῦτο ^{193a}; Ἰδοῦ μερικὰ σημεῖα, τὰ ὅποια θὰ ἔπρεπε νὰ προσέξῃ ὁ δικαστὴς προκειμένου νὰ ἐκφέρῃ τὴν ἠθικὴν του κρίσιν ἐπὶ τοῦ θέματος ¹⁹⁴.

συμπεριφορὰ τῆς ἀδελφῆς πρὸς τὸν ἀδελφὸν ἦτο στοργικὴ ἢ ἀδιάφορος, ἂν αὕτη συνεβουλεύθη διὰ τὸν γάμον τὴν τὸν ἀδελφὸν κ.τ.τ. Αἱ παρατηρήσεις αὐταὶ δύναται νὰ ἔχουν σημασίαν εἰς τὴν περίπτωσιν ἰδίως, καθ' ἣν ὁ προικίζων ἐσφαλμένως ἐπίστευε ὅτι τὸν ὑποχρεώνει εἰς τοῦτο ὁ νόμος.

191) Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οἰκογεν. § 110 Β, σ. 256 - 257. Ὡς πρὸς τὸ

θέμα τῆς προϊκίσεως ἐκτενέστερον κατωτ. §§ 50 ἐπ.

192) Πρβλ. Λιτζεροπόλου, Στοιχεῖα κληρον. δικ., β' τεύχος (1958) § 165.

193) Πρβλ. Λιτζεροπόλου, Οἰκογεν. § 65 ἀριθ. 1, σ. 135 σημ. 1. Πρβλ.

καὶ Τούση, Οἰκογεν. (1964) § 36, σ. 89 σημ. 3, Ροϋλοῦ - Κουμάντου, Οἰκογεν. ἀρθρ. 1381 ἀριθ. 7. Ἄλλως, ὑπὸ τινα περιορισμὸν, ἐν Γερμανίᾳ: Gerhüber, Lehrb. des Familienrechts (1964) § 13 VI 3, σ. 114, Palandt, Bürgerl. Gesetzbuch (1969), Einführung vor Ehegesetz 16, 17, σ. 2022 ὑπὸ b.

193a) Θὰ πρέπει νὰ ληθῇ ὑπ' ὄψιν, ὅτι ἡ προῖξ ἀποδίδεται, ἐνδεχομένως δὲ καὶ τὰ ἐξ αὐτῆς εἰσπραχθέντα εἰσοδήματα (1381 ἐν συνδ. πρὸς 908 ἐπ. ΑΚ). Βεβαίως ὅμως δὲν θὰ γίνῃ ἀκριβῆς ὑπολογισμὸς «δοῦναι» καὶ «λαβεῖν», ὡς ἐὰν ἐπρόκειτο περὶ σχέσεως μεταξὺ ἐμπόρων.

194) Εἰς τὰς σχέσεις τέως συζύγων ἀνάγεται ἐπίσης τὸ ζήτημα, ἂν μετὰ τὴν λύσιν τοῦ γάμου διὰ διαζυγίου ἢ κατὰ τὸ ἀρθρ. 1460 ΑΚ ἀνάκλησις δωρεῶν τοῦ ἐνὸς πρὸς τὸν ἄλλον ἀργεῖ ἐκ τοῦ ὅτι τυχὸν ἢ δωρεὰ ἀνταπεκρίνεται εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθῆκον ἢ λόγους εὐπρεπειᾶς (512 ΑΚ). Ἡ θεωρία ὁμοφώνως ἀποφαίνεται, ὅτι ἐν προκειμένῳ ἐκτοπίζεται

Παραδείγματα, ἐξ ἄλλου, ξένα πρὸς τὰς οἰκογενειακὰς σχέσεις εἶναι τὰ ἀκόλουθα. Παροχαὶ ἐξ εὐγνωμοσύνης διὰ τὴν σωτηρίαν τῆς ζωῆς¹⁹⁴ ἢ τὴν συμβολὴν εἰς διάσωσιν ἄλλων σπουδαίων ἀγαθῶν¹⁹⁵. Ἀποζημίωσις διὰ προξενηθεῖσαν εἰς τινα ζημίαν, μολοντί κατά νόμον ὁ προξενήσας αὐτὴν δὲν ὑποχρεοῦται νὰ τὴν ἀποκαταστήσῃ. Καταβολαὶ ὑπὸ ἐμπορίου, ἐπιτυρόντος πτωχευτικῶν συμβιβασμῶν, εἰς τοὺς δανειστάς του ποσῶν πέραν τοῦ διὰ τοῦ συμβιβασμοῦ ὀρισθέντος ποσοστοῦ¹⁹⁶. Καταβολὴ ἢ ὑπόσχεσις ποσοῦ ὑγιῶν δραχμῶν πρὸς ἐξόφλησιν χρέους προπολεμικοῦ εἰς δραχμὰς οὐσιαστικῶς ἐκμηδενισθέντος λόγῳ τοῦ κατὰ τὴν ἐχθρικήν κατοχὴν τῆς χώρας (1941 - 1944) πρωτοφανοῦς νομισματικοῦ πληθωρισμοῦ καὶ ἀποσβεσθέντος κατ' ἐφαρμογὴν τῶν νόμων 18/1944 καὶ 1073/1946¹⁹⁶. Ἐκτέλεσις ὑπὸ τοῦ κληρονόμου τελευταίων θελήσεων τοῦ κληρονομούμενου μὴ ἐκφρασθεισῶν κατὰ τὸν νόμιμον τύπον τῶν διαθηκῶν (λ.χ. προφορικαὶ κληροδοσίαι)^{197, 198}.

ὀλοσχερῶς τὸ ἄρθρ. 512 : Μ π α λ ῆ, Οἰκογεν. § 116 ἀριθ. 1, Μ ι χ α η λ ῖ δ ο υ - Ν ο υ ἄ ρ ο υ, Οἰκογεν. (πανεπιστ. παραδ.) ΠΙ(1962) § 154, Ρ ο γ λ ο Ὡ - Κ ο υ μ ἄ ν τ ο υ, Οἰκογεν. ἄρθρ. 1460 ἀριθ. 5, Τ ο ὄ σ η, Οἰκογεν. (1950) § 136 σημ. 2.

194α) Ἐνδιαφέρον τὸ ἐξετασθῆν ὑπὸ τῆς Ἐφ'Αθ 1839/1955 ΕΕΝ κγ' 45 [47] Θέμα: καταβολὴ ποσοῦ ὑπὸ πατρὸς πρὸς τὸν προσπαθήσαντα νὰ διασώσῃ, ἀλλὰ χωρὶς ἀποτέλεσμα, τὸν τελικῶς πνιγέντα υἱὸν του. Ἀξιοσημείωτον ἐπίσης εἶναι, ὅτι ἡ ἀπόφασις ὑποχρεώνει τὸν τρίτον ὑπαίτιον τοῦ πνιγμοῦ νὰ καταβάλλῃ, λόγῳ ἀποζημιώσεως, εἰς τὸν πατέρα τὸ πρὸς ἀμοιβὴν τοῦ ἐπιχειρήσαντος τὴν διάσωσιν καταβληθῆν ποσόν.

194β) Ἐκρίθη ὅμως ὅτι δὲν ὑπάρχει ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον πρὸς ἀνταμοιβὴν ὑποχρεωτικῶν ἐκ τοῦ νόμου ὑπηρεσιῶν τέκνου : Ἐφ.Λαρ. 55/1961 ΝοΒ Γ' 179, Π. Ἡρακλείου 896/1966 ΝοΒ ΙΣΤ' 654 [657].

195) Ρ ὀ κ α, Πτωχευτ. δίκαιον (1965) § 90 Π 1 γ, σ. 292 καὶ σημ. 12.

196) Κ. Τ ρ ι α ν τ α φ υ λ λ ὀ π ο υ λ ο ς ἐν ΕΕΝ 18' 306, Γ α ζ ῆ ς ἐν Θέμ. ΞΕ' 3 (βλ. ὅμως τὸ ν α ὑ τ ὶ ν ἐν ἘρμΑΚ, Εἰσαγ. 291-292 ἀριθ. 27), ΑΠ 372/1959 κστ' 945 καὶ ΝοΒ Ζ' 1170, πρβλ. καὶ ΑΠ 151/1948 Θέμ. ΝΘ' 559. Θὰ ὑπομνησθῆ καὶ ἐδῶ, ὅπερ δὲν τονίζεται εἰς τὰς ἀνωτέρω παραπομπάς, ὅτι οὐχὶ π ᾶ σ α τοιαύτη ἐκμηδενισθεῖσα ὀφειλὴ δραχμῶν καταλείπει ἀτελεῖ ἐνοχλήν (βλ. ἀνωτ. σημ. 189). Οὕτω λ.χ. εἶναι τοῦλάχιστον ἀμφίβολος ἡ ὑπαρξὶς ἠθικοῦ καθήκοντος, ἀν ὁ λαβὼν δάνειον εἰς ὕμεις δραχμὰς δὲν ἠδυνήθη νὰ τὰς ἐπενδύσῃ εἰς ἀσφαλεῖς οἰκονομικὰς ἀξίας, διασώζων οὕτω τὴν ἐκ τοῦ δανείου ὀφείλειαν (λ.χ. προσέβη εἰς περαιτέρω πιστώσεις πρὸς τρίτους ἐξανημασθεισὰς καὶ αὐτὰς δυνάμει τοῦ ν. 18/1944). Ἡ ἀκόμη ἀν ὁ λήπτης εἶχε πληρώσει ὑπερόγκους τόκους κ.τ.τ.

197) Εἰς ὀρισμέναις περιπτώσεσι (λ.χ. γραπτὴ διαθήκη ἄκυρος ἐκ τυπικῆς ἐλλείψεως, 1718 ΑΚ), εἰς τὴν αὐτὴν κατ' οὐσίαν λύσιν θὰ ὠδηγοῦμεθα, ἀναλύοντες τὴν οἰκισθηλὴ ἐκπλήρωσιν τῆς ἀκύρου τελευταίας διατάξεως ὡς ἀναγνώρισιν τοῦ κύρους τῆς ἢ ὡς παραίτησιν τοῦ δυνάμενου νὰ προβάλλῃ τὴν ἀκυρότητα ἀπὸ τοῦ σχετικοῦ δικαιομάτος του. Ἡ διαφορὰ ὅμως τῶν δύο κατασκευῶν ἐγκριταὶ εἰς τὸ ὅτι ὁ παραιτούμενος πρέπει νὰ ἔχη συνείδησιν τοῦ ὅτι ἡ τελευταία διάταξις ἦτο ἄκυρος (βλ. προχείρως Αιτζεροπούλου, Στοιχεῖα κληρον. δικ., β' τεύχος, § 198 Α καὶ Ε), ἐνῶ ἡ ἐφαρμογὴ τοῦ ἄρθρου 906 δὲν προϋποθέτει τοιαύτην συνείδησιν.

198) Ἄλλο θέμα : καταβολὴ παρὰ τὴν ἐπίτευξιν εὐνοικοῦ (ἀδίκου) δεδικασμένου, λ.χ. ἐπὶ τῇ βάσει δοθέντος ψευδοῦς ὄρκου, βλ. τοὺς γάλλους καὶ τοὺς γερμανοὺς συγγραφεῖς.

ἀμοιβῆς δι' ὑπηρεσίας παρασχεθείσας, ἔνευ σχετικῆς συμφωνίας, ὑπὸ τοῦ ἐνὸς συζύγου πρὸς τὸν ἄλλον, λ.χ. πρὸς ἀποφυγὴν προσλήψεως ὑπαλλήλου εἰς τὸ ἐμπορικὸν κατάστημα τοῦ ἄλλου. Ἐφ' ὅσον δὲν ἀξιούται ὑπέρομετρος ἢ ἀδικαιολόγητος ἐκ τῶν περιστάσεων παροχὴ τοιούτων ὑπηρεσιῶν — ὅποτε θὰ ὑφίστατο κατάχρησις δικαιώματος — ἢ βοήθεια τοῦ ἐνὸς συζύγου πρὸς τὸν ἄλλον συνιστᾷ νομικὴν ὑποχρέωσιν προκύπτουσαν ἐκ τῆς γενικῆς ὑποχρέωσης πρὸς συμβίωσιν (1386 ΑΚ). Δὲν βαρύνει δὲ τὸ ὅτι αὕτη δὲν εἶναι ἐξαναγκαστὴ *in natura*, ἀφοῦ ὑπάρχουν ἐμμεσοὶ νομικαὶ κυρώσεις, ὡς ἰδίως ἡ ἀπειλὴ διαζυγίου ἢ ἡ ἐλάττωσις τῆς ὑφειλομένης διατροφῆς²⁰². Εἰδικώτερον δὲ προκειμένου περὶ ἀξιώσεως τοῦ ἀνδρὸς ὅπως τοῦ παρασχεθῶν ὑπηρεσίαι ὑπὸ τῆς γυναικὸς χάριν τοῦ ἐπαγγέλματός του, αὕτη δύναται νὰ στηριχθῇ καὶ εἰς τὸ διευθυντικὸν δικαίωμα τοῦ ἀνδρὸς (1387 ΑΚ)²⁰³.

41. Τὰ ἄρθρα 512 καὶ 906 ΑΚ χρησιμοποιοῦν παραλλήλως πρὸς τὴν ἔννοιαν τοῦ «ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος» καὶ τὴν ἔννοιαν τῆς ὑποχρέωσης «ἐκ λόγων εὐπρεπείας». Πρόκειται περὶ τῶν ἄλλως λεγομένων «κοινωνικῶν ὑποχρέωσεων», ἢ κατ' ἄλλην ὀνομασίαν τῶν ἀπορρεουσῶν ἐκ τῆς «ἠθιμοτυπίας». Δὲν ἐπιβάλλονται αὗται ὑπὸ κανόνος δικαίου, ἀλλ' οὔτε κἀν ὑπὸ τῆς κοινωνικῆς ἠθικῆς· ἀνταποκρίνονται μόνον εἰς τὰς κοινωνικὰς συνηθείας ἢ εἰς τὰς ἀπαιτήσεις τῆς κοινῆς γνώμης²⁰⁴. Κύρωσις δὲ τῆς μὴ τηρήσεως των εἶναι μόνον ὅτι κακοχαρακτηρίζεται ὁ ἀθετῶν καὶ μειοῦται ἡ κοινωνικὴ του ὑπόληψις²⁰⁵.

Ἴδού παραδείγματα τοιούτων ὑποχρέωσεων ἐκ λόγων εὐπρεπείας :

Δῶρα εἰς συγγενεῖς καὶ φίλους ἐπ' εὐκαιρίᾳ ἐορταστικῶν γεγονότων, ὡς γενεθλίων, βαπτίσεων, ὀνομαστικῶν ἐορτῶν, τῆς πρώτης τοῦ ἔτους κ.τ.τ. Δωρεὰ εἰς μνήμην ἀποθανόντων. Δῶρα ἐορτῶν καὶ φιλοδωρήματα εἰς οἰκιακούς ὑπρέτας, σερβιτόρους ἐστιατορίων κλπ., ἐπὶ πλέον τῶν ἐπιβαλλομένων ὑπὸ τοῦ νόμου²⁰⁶, καὶ τὰ παρόμοια²⁰⁷.

202) Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οἶκογεν. § 77 Α καὶ Β σ. 159 ἐπ.

203) Καποδίστριας ἐν Ἑρμ.ΑΚ, Εἰσαγ. 648 - 680 ἀριθ. 70. Βλ. ὅμως καὶ Π.Πειραιῶς 196/1962 ΕΕΔ κα' 460, ἡ ὁποία ἐθεώρησε ὅτι δὲν δικαιούται ἀμοιβῆς ἢ γυνή, διότι ἐξεπλήρωσε φυσικὴν ἐνοχλήν πρὸς τὸν ἄνδρα.

204) Βλ. Κ. Τριανταφυλλόπουλου, Γεν. Ἀρχὴ τοῦ ἑλλην. ἀστ. δικαίου, τευχ. α' (1926) § 4, Κουσουλάκου, Ὁ ἔνδοξ βίος τοῦ ἀνθρώπου καὶ ἡ ἠθικὴ, τὸ δίκαιον καὶ οἱ λοιποὶ κανόνες συμπεριφορᾶς (1961) σ. 126 ἐπ. («τὰ κοινωνικὰ ἔθη»), Φραγκίστου ἐν Ἑρμ.ΑΚ 512 ἀριθ. 5.

205) Ennecceerus - Nipperdey, Allgem. Teil des bürgerl. Rechts I (1959) § 31 I 2 καὶ 3, πρβλ. καὶ Larenz, Allgem. Teil des deutsch. bürgerl. Rechts (1967) § 3 I σ. 41 ἐπ.

206) Ὅσα ὁ νόμος ἐπιβάλλει εἶναι εἰς τὴν πραγματικότητα πρᾶστος μισθός (Καποδίστριας ἐν Ἑρμ.ΑΚ 653 ἀριθ. 114 καὶ 117).

207) Φραγκίστου ἐν Ἑρμ.ΑΚ 512 ἀριθ. 5, Staudinger (-Ostler)

Δεδομένου ὅτι καὶ ἐδῶ, ὡς ἐπὶ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος, δὲν ὑπάρχει τὸ ἐξαναγκαστόν, ἀλλ' ἐπίσης ἀποκλείεται ἡ ἀναζήτησις τῶν δοθέντων (906), ὑφίσταται καὶ πάλιν ἡ σχέσις πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἔνοχάς. Εἰς τὰ θέματα αὐτὰ ἰσχύουν εὐλόγως, *mutatis mutandis*, ὅσα ἐλέγχθησαν ἤδη (§§ 38 ἐπ.) περὶ τῶν ὑποχρεώσεων ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος.

Πάντως ἡ δευτέρα αὐτῆ πηγῆ δημιουργίας ἀτελῶν ἔνοχῶν δὲν ἔχει τὴν ἴδιαν πρακτικὴν σπουδαιότητα μετὰ τὴν σύστοιχον τοῦ «ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος». Τὸ ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον ὄχι σπανίως ἐπιβάλλει σημαντικὰς παροχάς. Ἀντιθέτως, οἱ λόγοι εὐπρεπείας κατὰ κανόνα ὑποχρεώνουν εἰς ὀλίγα. Οὕτω ἡ παρακίνησις πρὸς ἀναζήτησιν τῶν ἐξ εὐπρεπείας δοθέντων εἶναι ἀσθενής. Ἐξ ἄλλου διὰ τὸν αὐτὸν λόγον ὁ πρὸς ὃν ὑπάρχει ὑποχρέωσις ἐξ εὐπρεπείας σπανιώτατα θὰ ἐπιχειρήσῃ δι' ἀγωγῆς νὰ ἐπιδιώξῃ τὸ ἐξ αὐτῆς ὄφελος, ὅποτε θὰ ἐκρίνετο δικαστικῶς ἂν ἡ ὑποχρέωσις εἶναι νομικὴ ἢ καθαρῶς κοινωνικὴ καὶ μὴ ἐξαναγκαστή²⁰⁸. Εἰς τὰ δύο αὐτὰ σημεῖα τὰ ἀντίστοιχα θέματα τοῦ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἔχουν μεγαλύτεραν πρακτικότητα. Τέλος καὶ εἰς ἓν ἄλλο σημεῖον ὑπάρχει ἡ αὐτῆ διαφορὰ. Ὡς θὰ ἴδωμεν κατωτέρω (§§ 43 - 44), σπουδαιότητα δύναται νὰ ἔχῃ ἐν ὄψει τοῦ συντονισμοῦ τῶν ἔθρων 906 καὶ 512 AK, ἂν ὁ καταβάλλων ἐνόμιζεν, ἐσφαλμένως, ὅτι ὑπέχει ὑποχρέωσιν νομικῶς ἐξαναγκαστήν. Ἡ ἀπορία γεννᾶται συχνὰ ἐπὶ τῶν ὑποχρεώσεων ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος (λ.χ. ὡς πρὸς τὴν διατροφήν συγγενῶν πέραν τῶν ὑπὸ τοῦ νόμου προβλεπομένων περιπτώσεων). Πῶς ὅμως νὰ σκεφθῇ τις ὅτι ἴσως ὁ δώσας δῶρα γαμήλια ἢ κατὰ τὴν πρώτην τοῦ ἔτους κλπ. ἐπίστευε ὅτι εἰς τοῦτο τὸν ὑποχρεώνει ὁ νόμος; Τὸ πρᾶγμα εἶναι ἐδῶ σχεδὸν ἀδιανόητον²⁰⁹.

B. Δωρεὰ ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας.

42. Ἄλλ' εἶναι τώρα καιρὸς νὰ ἐλθωμεν εἰς ἓν πρόβλημα ἀρκετὰ σπου-

Π/2 § 534 ἀριθ. 3. Ἐπίσης εἰσφορὰ εἰς ἐράνους ὑπὲρ ἀγαθοεργῶν σκοπῶν ἢ πρὸς ἀνακούφισιν παθόντων ἐκ δημοσίων συμφορῶν (σεισμῶν, πλημμυρῶν κλπ.), Φ ρ α γ κ ί σ τ α ς αὐτόθι. Κατὰ *Staudinger-Ostler* ὅμως (§ 534 ἀριθ. 2) ὑπάρχει ἐδῶ ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον, ὅπερ λίαν ἀμφίβολον.

208) Τὸ πρᾶγμα πάντως δὲν εἶναι ἀδύνατον. Π.χ. ὁ ὀργανώσας δεξιῶσιν εἰς ξενοδοχεῖον ἐπ' εὐκαιρίᾳ τοῦ γάμου τῆς θυγατρὸς του, ὑπόσχεται προφορικῶς εἰς τὸν ἐπὶ κεφαλῆς τοῦ προσωπικοῦ (τὸν *maître d'hôtel*), ὅτι ἐπὶ πλεόν τῶν νομίμων ποσοστῶν τῶν σερβιτόρων θὰ ἀποστείλῃ τὴν ἐπομένῃν σεβαστὸν ποσὸν πρὸς διανομὴν εἰς αὐτοὺς (πρβλ. καὶ κατωτ. σήμ. 221).

209) Ὅχι ὅμως πάντοτε. Λ.χ. καταβάλλει τις «δῶρον Χριστουγέννων» εἰς ὑπαλλήλων του, νομίζων ὅτι ἔχει νόμιμον ὑποχρέωσιν, ἐνῶ εἰς τὴν περίπτωσιν του δὲν ὑφίσταται αὐτῆ.

δαῖον²¹⁰, τὸ ὅποσον ἦδη ἐπικειλημμένος ὑπὴνίχθημεν, τὸ τῆς ἐναρμονίσεως τῶν ἄρθρων 512 καὶ 906 ΑΚ. Ἡ ἐρευνα τοῦ προβλήματος καθίσταται τοσοῦτο μᾶλλον ἀναγκαία, καθ' ὅσον ἡ σχέσις τῶν δύο διατάξεων δὲν ἔχει ἐπαρκῶς διευκρινισθῆ παρ' ἡμῖν, πιθανῶς λόγῳ ἀτελειῶν τῆς διδασκαλίας καὶ εἰς τὴν πηγὴν τῶν διατάξεων²¹¹.

Πρόκειται περὶ τοῦ ἐὰν ἡ οἰκειοθελῆς ἐκπλήρωσις ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ὑποχρέωσεως ἐκ λόγων εὐπρεπείας ἀποτελεῖ π ἄ ν τ ο τ ε δωρεάν, ἢ μόνον εἰς ὀρισμέναις περιπτώσεσι. Τὸ πρόβλημα γεννᾶται ἐκ τοῦ ὅτι τὸ ἄρθρ. 512 ὁμιλεῖ περὶ δ ω ρ ε ὦ ν ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας. Ἄλλ' ἢ παράλληλος ὑπαρξίς τοῦ ἄρθρου 906 δεικνύει, εὐθὺς ἐξ ἀρχῆς, ὅτι παροχαὶ ἢ ὑποσχέσεις ἐκ τῶν ἀνωτέρω δύο λόγων δὲν θά εἶναι π ἄ ν τ ο τ ε δωρεαί²¹². Ἄν κατὰ νόμον ἦσαν πάντοτε τοιαῦται, τὸ ἄρθρ. 906, ὀρίζον ὅτι τὰ καταβληθέντα ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπείας δὲν ἀναζητοῦνται ὡς ἀχρεώστητα, θά ἐπερίττευε. Διότι ἂν ὑπῆρχε πάντοτε δωρεὰ εἰς τοιαύτας περιπτώσεις, ὁ ἀποκλεισμός τῆς ἀναζητήσεως θά εἴπετο ἐξ αὐτῆς τῆς ἐννοίας τῆς δωρεᾶς ὡς συμβάσεως γεννώσης ν ο μ ι κ ἄ ς ὑποχρεώσεως. Ὁ δωρητής, παρέχων τὸ δωρηθέν, δὲν καταβάλλει ἀχρεώστητον, ἀλλ' ἐκπληρώνει νομικὴν ὑποχρέωσιν. Ἡ καταβολὴ ἐπομένως θά ἦτο ἐκ τοῦ λόγου τούτου ἐγκυρος, κατὰ τὰ γενικῶς ἐπὶ ἀρτίων ὑποχρεώσεων καὶ ἐπὶ συμβάσεων ἰσχύοντα καὶ δὲν θά ἐχρειάζετο εἰδικὴ πρὸς τοῦτο διάταξις, ἢ τοῦ ἄρθρου 906²¹³. Διὰ τοῦτο εὐρύτατα ἀναγνωρίζεται, ὅτι παροχαὶ ἢ ὑποσχέσεις

210) Ἡ πρακτικὴ σπουδαιότης του, ὑποδηλουμένη ἤδη ἐκ τῆς προηγηθείσης παραμοίας ἐρεῦνης ἐπὶ τῶν ἄλλων ἀτελιῶν ἐνοχῶν (βλ. §§ 22 ἐπ.), θά καταδειχθῆ κατωτέρω, §§ 44 ἐπ.

211) Τὰ ἄρθρα 512 καὶ 906 ΑΚ ἀποδίδουν σχεδὸν ἐπὶ λέξει (πρβλ. καὶ ἀνωτ. § 7 ἐν τέλει) τὰς §§ 534 καὶ 814 τοῦ γερμαν. ΑΚ. Εἰς δὲ τὰ γερμανικὰ συγγράμματα ἡ συσχέτισις τῶν δύο τούτων κειμένων δὲν γίνεται πάντοτε μὲ τὴν ἀπαιτουμένην σαφήνειαν καὶ πληρότητα (βλ. τὰς κατωτέρω παραπομπάς).

212) Τὸ ἀντίθετον κλίνει μᾶλλον νὰ δεχθῆ ὁ καθηγ. Φ ρ α γ κ ἰ σ τ α ς ἐν ἘρμΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 60α, ἀναφέρων ὅμως καὶ διαφωνοῦντας. Ὁμοίως Κ α υ κ ἄ, Ἐνοχ. ἄρθρ. 496 § 6. Συγγραφεῖς δεχομένους κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἦττον τὰ ἐν τῷ κειμένῳ βλ. καὶ κατωτ. εἰς σημ. 213-214. Σημειωτέον ὅτι τὸ πρόβλημα δὲν γεννᾶται ἐν Ἑλβετία. Ἐκεῖ πράγματι ρητῶς ὀρίσθη (ἄρθρ. 239 § 3 Κώδ. Ἐνοχῶν), ὅτι ἡ ἐκπλήρωσις ἠθικοῦ καθήκοντος δὲν λογίζεται δωρεά. Ἐξ ἄλλου εἰς τὴν Γαλλίαν τὸ πρόβλημα παρουσιάζεται ὑπὸ ριζικῶς διάφορον μορφήν. Ἐκεῖ, ὡς εἶδομεν ἤδη (§ 7), φυσικὴ ἐνοχὴ ἀναγνωρίζεται ὑπάρχουσα — καὶ ἡ ἀναζητήσις ἀποκλείεται — μόνον ὅταν ὁ καταβάλλων γνωρίζῃ ὅτι δὲν ὑπέχει νομικῶς ἐξαναγκαστὴν ὑποχρέωσιν. Ἐπομένως ἐν Γαλλίᾳ τὰ σχετικὰ θέματα εἶναι τὰ ἀντιστοιχοῦντα εἰς τὰ παρ' ἡμῖν ἄρθρα 512 καὶ 905 § 1 ΑΚ, ὅχι δὲ καὶ τὰ τοῦ 906 (βλ. συνέχειαν κειμένου).

213) Πρβλ. Staudinger (-Keidel - Lechner - Seufert), 28ον τεύχος (1960) § 814 ἀριθ. 8. Θά ἠδύνατο νὰ ἀντιτετη τις, πρὸς ὑποστήριξιν τῆς ἐκδοχῆς

εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθῆκον ἢ τὴν εὐπρέπειαν, ἢ ψυχολογικὴ ἀνάγκη ἀποκαλύπτει τὰς ἐξῆς παραλλαγὰς :

α) Ὁ παρέχων γνωρίζει ὅτι νομικῶς δὲν ὑποχρεοῦται. Τὸ ὅτι δὲν ὑπάρχει νομικὴ ὑποχρέωσις γνωρίζει καὶ ὁ ὠφελούμενος. Ὑπὸ τὰς συνθήκας αὐτὰς ἀποσαφηνίζουν, ἐπὶ πλεόν, πλήρως κατὰ τὴν διενέργειαν τῆς πράξεως, ὅτι ὁ πρῶτος ἐννοεῖ νὰ θεωρηθῇ ὡς δωρητὴς ²¹⁷, ὁ δὲ λήπτης ὑπ' αὐτὸ τὸ πνεῦμα ἀποδέχεται τὴν ὠφέλειαν.

β) Ὡς εἰς τὴν ὑπὸ α περιπτώσιν καὶ οἱ δύο ἐνδιαφερόμενοι τελοῦν ἐν γνώσει τῆς ἐλλείψεως νομικοῦ ἐξαναγκασμοῦ. Ἀλλὰ δὲν συζητοῦν τὸ ἐν λόγῳ σημεῖον, ἕκαστος ἐκ σκέψεων, περὶ ὧν ἐνδεικτικῶς ἀμέσως κατωτέρω (ὑπὸ γ καὶ δ), ἀρκούμενοι εἰς τὴν καταβολὴν ἢ τὴν ὑπόσχεσιν μὲ ἀπλήν μνείαν τοῦ χρέους καὶ χωρὶς οἰανδῆποτε νῦξιν περὶ δωρεᾶς.

γ) Ὁ παρέχων γνωρίζει καὶ πάλιν ὅτι δὲν τὸν βαρύνει νομικὴ ὑποχρέωσις. Ὁ ὠφελούμενος ἕμως πιστεύει ὅτι ἔχει νομικῶς ἐξαναγκαστὴν ἀπαίτησιν. Ἀπὸ τὴν πλάνην τοῦ αὐτῆν δὲν ἐπιχειρεῖ νὰ τὸν ἐξαγάγῃ ὁ παρέχων. Ἀ.χ. διότι ἀπὸ λεπτότητα δὲν θέλει νὰ θίξῃ τὴν φιλοτιμίαν τοῦ ἄλλου, μὴ τυχὸν οὗτος, ἂν διηυκρινίζοντο τὰ πράγματα, θεωρήσῃ ὅτι τοῦ προσφέρεται ἐλεημοσύνη (ὄχι ἀπίθανον ἐπὶ διατροφῆς συγγενῶν μὴ δικαιομένων ἐκ τοῦ νόμου).

δ) Ὁ παρέχων θεωρεῖ ἐκ πλάνης, ὅτι ἂν δὲν ἐνεργήσῃ οἰκαιοθελῶς ὑπόκειται εἰς νομικὸν ἐξαναγκασμόν. Τὴν πλάνην αὐτὴν δυνατόν νὰ συμμερίζεται καὶ ὁ ὠφελούμενος, δυνατόν ἕμως καὶ ὄχι. Πάντως, εἰς τὴν τελευταίαν περίπτωσιν, δὲν φροντίζει νὰ διευκρινισθοῦν τὰ πράγματα, εἴτε ἐκ πονηρίας ²¹⁸, εἴτε διότι καλοπίστως φρονεῖ ὅτι καὶ ὁ παρέχων εἶναι ἐν γνώσει τῆς ἐλλείψεως ἐξαναγκασμοῦ.

Ἐκ τῶν τεσσάρων αὐτῶν παραλλαγῶν μόνον εἰς τὴν πρώτην, κατὰ τὴν γνώμην μας, ὑπάρχει σύμβασις δωρεᾶς. Διότι κατὰ τὸ ἄρθρ. 496 ΑΚ ἡ δωρεὰ προϋποθέτει περιουσιακὴν παροχὴν γινομένην «*συμφωνούντων τῶν μερῶν ἄνευ ἀνταλλάγματος*». Χρειαζέται δηλ. *πρόθεσις δωρεᾶς* παρὰ τῷ παρέχοντι καταλλήλως ἐκδηλουμένη (*animus donandi*) καὶ συναίνεσις τοῦ λήπτου ὕπως λάβῃ ὡς *δωροδόχος* (*animus accipiendi donationem*) ²¹⁹. Τοιαύτη ἕμως συμφωνία, ὑπάρχουσα εἰς τὴν πρώτην τυ-

217) Τοῦτο ὑπονοεῖ, ὅτι ἀξιοὶ εὐγνωμοσύνην ἀπὸ τὸν λήπτην, ὕπερ διατρεῖ πρακτικὴν σημασίαν, ἐκδηλουμένην εἰς τὸ δικαίωμα ἀνακλήσεως δι' ἀχαριστίαν (505 ἐπ. ἐν συνδ. πρὸς 512 ΑΚ), καθ' ἣν τυχὸν ἕκτασιν τὰ παρεχόμενα ὑπερβαίνουν τὸ ἐκ τῶν περιστάσεων δικαιολογούμενον μέτρον (πρβλ. ἀνωτ. § 38 ἐν τέλει). Ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει ἐξυπακούεται ἐπίσης, ὅτι ὁ ὠφελούμενος δὲν πρέπει νὰ εἶναι πολὺ ἀπαιτητικὸς εἰς τὰ ζητήματα τῆς εὐθύνης τοῦ παρέχοντος (πρβλ. 499 - 501 ΑΚ).

218) Βλ. σχετικῶς καὶ ἀνωτ. σημ. 89.

219) Φραγκίστας ἐν Ἑρμ.ΑΚ 496 ἀριθ. 16 καὶ 6, Π. Ζέπου, Ἐνοχ. Π § 2 I ἐν ἀρχῇ καὶ ἰδίως Π.

τικην περιπτωσιν μας, ελλειπει εις τας τρεις άλλας ^{220, 221}.

Έκ διαμέτρου αντίθετος προς την πρώτην τυπικήν περιπτωσιν είναι ή τετάρτη. Έδω είναι προφανέστατον, ότι λόγω ελλείψεως του *animus donandi* — άφού ο παρέχων πιστεύει ότι υπέχει νομικήν υποχρέωσιν — ουδεις δύναται να γίνη λόγος περι δωρεάς. Ο καταβάλλων όμως ή υποσχόμενος ά χ ρ ε ω σ τ ή τ ω ς ενεργεί και κανονικώς θα ήδύνατο να εγειρή την άπαίτησιν του άχρεωστήτου. Τοϋτο άκριβώς εμποδίζει το άρθρ. 906 ΑΚ και αυτή άποκλειστικώς είναι ή περιοχή της εφαρμογής του.

Άλλά και εις την δευτέραν και την τρίτην περιπτωσιν δέν υπάρχει σ υ μ φ ω ν ί α τ ω ν μ ε ρ ω ν περι δωρεάς, άρα εξερχόμεθα της έννοιας της. Έν προκειμένω θα ήδύνατο τό πολυ να λεχθῆ, ότι ναί μέν δέν υφίσταται δωρεά, έχομεν όμως άλλην, πλην της δωρεάς, χαριστικήν δικαιοπραξίαν (ή ελευθεριότητα). Τοϋτο δύναται να υποστηριχθῆ, διότι ως είδομεν ήδη, ή κατηγορία της χαριστικής δικαιοπραξίας είναι ευρύτερα της κατηγορίας της δωρεάς (άνωτ. § 22 έν τέλει). εις δε τας δύο αυτές περιπτώσεις ο παρέχων τούλάχιστον γνωρίζει ότι δέν υπέχει νομικήν υποχρέωσιν, άρα ότι παρέχει χωρίς άντάλλαγμα ²²². Πάντως ο χαρακτηρισμός της επιδόσεως και της δικαιοπραξίας ως στηριζομένων εις άλλην πλην της δωρεάς χαριστικήν αίτιαν δέν έχει ως συνέπειαν την αυτόματον εφαρμογήν όλων των περι δωρεών κανόνων. Μόνον μερικῶν εξ αυτών, και έφ' όσον τοϋτο δικαιολογεΐται επαρκώς εκ της όμοιότητος των συνθηκών, δύναται να χωρήση άνάλογος εφαρμογή επί μη

220) Πρβλ. και Μ π α λ ή, Γεν. Άρχαι, § 132 έν τέλει. 'Η αντίστοιχος ψυχολογική άνάλυσις, εις την όποίαν επεδόθησαν όλίγοι μόνον γερμανοί συγγραφεις (ιδίως *Siber* και *R. Schmidt* ένθ' άν., εξ ών τον πρώτον ακολουθει παρ' ήμιν ο καθηγ. Β ο υ ζ ί κ α ς και τον δεύτερον ο Λ ί π ο β α τ ς), δέν συμπίπτει εις όλα τα σημεία προς την έν τῷ κειμένω. Γενικώτερον δε εις την γερμανικήν επιστήμην και νομολογίαν υπάρχει τάσις να θεωρηται συχνότερον ή ως έν τῷ κειμένω υποστηριζομεν, ότι ή καταβολή (και ή άναγνώρισις) όφειλης υπαγορευομένης εξ ιδιαιτέρου ήθικου καθήκοντος άναποκρίνεται εις την έννοιαν της δωρεάς.

221) Δέν δύναται να εξετασθῆ έδω άν, και τότε, αποτελούν δωρεάν αι λεγόμεναι «οίκειοθελεις παροχαί» (*Gratifikationen*) του εργοδότη προς τους μισθωτούς του και ποία άκριβώς ή σχέσηις των προς τας υποχρεώσεις εξ ιδιαιτέρου ήθικου καθήκοντος ή εκ λόγων εύπρεπειας. Έπι του δυσχερούς θέματος και υπέρ της άπόψεως ότι συνήθως δέν υπάρχει δωρεά, Φ ρ α γ κ ί σ τ α ς έν Έρμ.ΑΚ, Εισαγ. 496 - 512 άριθ. 65, Κ α π ο δ ί - σ τ ρ ι α ς αυτόθι: 653 άριθ. 115 - 116, *Ostler* εις *Staudinger* II/2 (1955), σ τ ρ ι α ς αυτόθι: 653 άριθ. 13 σ. 465, όπου και οι άντιθετοι. Πρβλ. και άνωτ. § 33 σημ. 171. *Vorbem. vor* § 516 άριθ. 13 σ. 465, όπου και οι άντιθετοι. Πρβλ. και άνωτ. § 33 σημ. 171.

222) 'Ός άντάλλαγμα δέν δύναται έδω να θεωρηθῆ, ως επί των άλλων ατελών ένοχών, ή άπαλλαγή από της ατελους υποχρεώσεως, διότι τό άρθρ. 512 ΑΚ, όμιλουν περι «δωρεών», ή άφήγει να διαφανῆ ή νομοθετική σκέψις, ότι τουλάχιστον εις ώρισμένες περιπτώσεις ή επιδόσις θεωρεΐται γινομένη εκ χαριστικής αίτίας (πρβλ. και Φ ρ α γ κ ί σ τ α ν, έν Έρμ.ΑΚ Εισαγ. 496 - 512 άριθ. 60 και 60α).

ἀποτελουσῶν δωρεᾶν χαριστικῶν δικαιοπραξιῶν (άνωτ. σημ. 121). Τέλος, ὅσον ἀφορᾷ τὸ πρακτικὸν θέμα τῆς ἀναζητήσεως ἢ μὴ τῆς γενομένης καταβολῆς ἢ τῆς δοθείσης ὑποσχέσεως (πρβλ. 904 § 2), αὕτη καὶ πάλιν ἀποκλείεται. "Ὅχι ὅμως λόγῳ τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ, ἀλλὰ κατ' ἐφαρμογὴν τοῦ 905 § 1. Πράγματι, καὶ εἰς τὰς δύο περὶ ὧν πρόκειται περιπτώσεις ὑπὸ β καὶ γ, ὁ καταβαλὼν ἢ ὑποσχθεὶς ἐξ ὑποθέσεως ἐγνώριζε ὅτι δὲν ὑπάρχει — ὑπὸ νομικὴν ἔννοιαν — τὸ χρέος ²²³.

44. Ἡ προηγηθεῖσα ἀναλυτικὴ ἔρευνα ὅ' ἀπετέλει ματαιοπονίαν, ἂν δὲν συνεδέετο πρὸς αὐτὴν πρακτικὴ σημασία. Ποία αὕτη, θὰ τὸ εἴχῃ ἤδη διασθανθῆ ὁ ἀναγνώστης, ὁ συγκατήσας ὅσα ἐλέχθησαν ἀνωτέρω (§§ 22 ἐπ.) κατὰ τὴν ἐξέτασιν τοῦ θέματος τοῦ χαρακτηρισμοῦ ἢ μὴ ὡς δωρεᾶς τῆς γενομένης καταβολῆς ἢ συμβατικῆς ἀναγνώρισεως ἐπὶ τῶν λοιπῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν, ἤτοι τῶν στηριζομένων εἰς συγκεκριμένας εἰδικὰς διατάξεις (272, 498 § 2, 844 - 845 ΑΚ κ.λ.π.) καὶ ὅχι εἰς τὰς γενικὰς περὶ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ ὑποχρέσεως ἐξ εὐπρεπείας (512 καὶ 906 ΑΚ).

Εἶδομεν ἐκεῖ ἐν πρώτοις, ὅτι γενικῶς ἀποκρούεται ἡ ὑπαγωγή εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς δωρεᾶς. Μετὰ ταῦτα ἀπηριθμήθησαν τὰ σημεῖα, ὡς πρὸς τὰ ὁποῖα ἡ ἄρνησις θὰ ἠδύνατο νὰ παρουσιάσῃ πρακτικὸν ἐνδιαφέρον. Ἐπηρεκολούθησε ἡ κατ' ἰδίαν ἐξέτασις τῶν σημείων τούτων, ἐκ τῆς ὁποίας προέκυψε, πρῶτον, ὅπερ καὶ φυσικόν, ὅτι διάφοροι κανόνες τῆς δωρεᾶς δὲν ἐφαρμόζονται (498 § 1, 505 ἐπ., 1835 ἐπ., 942, 1695 ΑΚ) ²²⁴. δεῦτερον ὅμως, καὶ ἀντιθέτως, ὅτι παρὰ τὴν ἀπόσπασιν τῶν ἐν λόγῳ ἀτελῶν ἐνοχῶν ἀπὸ τὴν ἔννοιαν τῆς δωρεᾶς, ἐν ἰο τε δι' εἰδικούς λόγους πρέπει νὰ ἐφαρμόζωνται καὶ εἰς αὐτὰς οἱ κανόνες τῆς δωρεᾶς (499 § 1, 500, 501, 513 ΑΚ). Διὰ νὰ μὴ διογκώσωμεν ὑπερμέτρως τὴν παροῦσαν ἐργασίαν, δὲν

223) Αἱ ἐν τῷ κειμένῳ παρατηρήσεις παρέχουν ἀπάντησιν καὶ εἰς τὴν ἐξῆς δυναμένην νὰ γεννηθῆ ἀπορία, τὴν ὁποίαν ὅμως, συνήθως, παρατρέχουν οἱ συγγραφεῖς : ἀποτελεῖ δωρεᾶν γενικώτερον ἢ ἐν γνώσει τῆς ἀνυπαρξίας τοῦ χρέους καταβολή; (ἐπὶ τῇ ὑποθέσει ὅτι καταβάλλεται τὸ χρέος, ὡς ἐὰν προήρχετο ἐξ ἀρτίας νομικῆς ἐνοχῆς, ἐνῶ λ.χ. εἶχε ἤδη καταβληθῆ παλαιότερον). Δωρεᾶ θὰ ὑπάρχῃ μόνον ἂν αἱ συνθήκαι εἶναι οἱαὶ εἰς τὴν ἐξετασθεῖσαν ἐν τῷ κειμένῳ ὑπὸ α τυπικὴν περίπτωσιν. Τοῦτο ἔχει πρακτικὴν σημασίαν ὅχι ὑπὸ τὴν ἐποψιν τῆς ἀνάγκης ἢ μὴ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου διὰ τὸ κύρος τῆς καταβολῆς (λόγῳ τοῦ ἄρθρου 498 § 2 ΑΚ ἐπὶ κινήτων καὶ τοῦ 369 ἐπὶ ἀκινήτων), ἀλλ' ὑπὸ τὴν ἐποψιν τῆς ἐφαρμογῆς ἢ μὴ τῶν οὐσιαστικῶν κανόνων τῶν δωρεῶν (505 ἐπ., 1835 ἐπ. κ.λ.π.). Τοῦτο βεβαίως ὑπὸ τὴν ἐπιφύλαξιν, ὅτι ἴσως τινὲς τούτων θὰ ἐκρίνοντο κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμοστέοι, ἐν ἡ περιπτώσει ἢ μὴ ἀποτελοῦσα δωρεᾶν καταβολὴ τοῦ ἀχρεωσμένου ἐν ἐπιγνώσει ὅθ' ἦτο δυνατόν νὰ ὑπαχθῆ εἰς τὸν εὐρύτερον χαρακτηρισμὸν τῆς χαριστικῆς δικαιοπραξίας ἢ ἐλευθεριότητος (βλ. ἄνωτ. § 22 ἐν τέλει).

224) Ὅυτε καὶ ἡ φορολογία τῶν δωρεῶν, βλ. § 35.

θὰ ἐπαναλάβωμεν τὴν ἔρουναν ἀπὸ τῆς σκοπιᾶς τοῦ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ τῆς ὑποχρέωσης ἐξ εὐπρεπείας. Ἄρκει χονδρικῶς νὰ λεχθῆ, ὅτι *mutatis mutandis* ἐφαρμόζονται καὶ ἐδῶ τὰ ἐκεῖ ἀναπτυχθέντα. Μὲ μόνην τὴν διαφορὰν, ὅτι ἀφοῦ ἐδῶ, ὑπὸ ὀρισμένης συνθήκας, ὑπάρχει δωρεὰ (βλ. § 43), ἐφ' ὅσον τοῦτο συμβαίνει καθίστανται αὐτομάτως ἐφαρμοστέοι ὅλοι οἱ περὶ δωρεῶν κανόνες ²²⁵. ἐκτὸς φυσικά, ἐκείνων τοὺς ὁποίους ρητῶς ἐξαιρεῖ ὁ νόμος (512, 1510 ἐδ. 2, 1643 ἐδ. 2, 1835 § 1 ἐν συνδ. πρὸς 1831 § 1 ἐδ. 2 ΑΚ).

Εἰς τὴν ὡς ἄνω διὰ παραπομπῆς ἐπίλυσιν τῶν ζητημάτων θὰ γίνη πάντως μία ἐξαιρέσις. Εἰς τὰς ὑποχρέωσεις ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ ἐξ εὐπρεπείας ἐν πρόβλημα παρουσιάζεται κατ' ἰδιάζοντα τρόπον. Ἄφορᾷ τοῦτο τὴν διὰ συμβάσεως ἀναγνώρισιν τῆς υπάρξεως τῆς ὑποχρέωσης, ἣ ὅποια ἀναγνώρισις, ὡς πλέον ἢ ἅπαξ ἐδῶ ἐτονίσθη, εἰς τὰ θέματα ἐν γένει τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν προβιβάζει τὴν ὑποχρέωσιν εἰς ἐξαναγκαστήν. Εἶναι ἡ σύμβασις αὐτὴ ἄτυπος ἢ τυπικὴ; Εἰς τὸ πρόβλημα αὐτὸ θὰ στρέψωμεν τώρα τὴν προσοχὴν μας.

Γ. Συμβατικὴ ἀναγνώρισις καὶ συμβολαιογραφικὸς τύπος.

45. Εἰς τὴν καθημερινὴν ζωὴν, ἡ ὑποχρέωσις ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος ἢ εὐπρεπείας ἐκδηλώνει τὴν νομικὴν τῆς ὑπόστασιν ὄχι μόνον ὑπὸ τὴν μορφήν τῆς ἐγκύρου οἰκειοθελοῦς ἐκπληρώσεως, ἀλλὰ καὶ ὑπὸ τὴν μορφήν τῆς συμβατικῆς ἀναγνώρισεως. Δύναται δὲ νὰ λεχθῆ ὅτι ἡ τελευταία αὐτῆ τῆς συμβατικῆς ἀναγνώρισεως. Δύναται δὲ νὰ λεχθῆ ὅτι ἡ τελευταία αὐτῆ ἐμφάνισις εἶναι, συνήθως, καὶ ἡ ἀνακινουῦσα τὰ μεγαλύτερα ὕλικα συμφέροντα. Βεβαίως λογικῶς πρότερον π ἄ σ η ς οἰκειοθελοῦς καταβολῆς, ὅταν ὁ καταβάλλων ἔχη συνείδησιν τοῦ ὅτι δὲν ὑπόκειται εἰς ἐξαναγκασμὸν, εἶναι τὸ ὅτι ἀναγνώριζει τὴν ὑπαρξιν τοῦ χρέους. Ὅσακις ὅμως ἡ καταβολὴ ἐπακολουθεῖ ἀμέσως τὴν ἀναγνώρισιν, ἡ ὑπαρξις τῆς τελευταίας παρέρχεται ἀπαρατήρητος. Ἀντιθέτως ὅλως, ὅταν ἡ καταβολὴ πρόκειται νὰ βραδύνη. Καὶ ὡς εὐνόητον ἢ βραδύτης θὰ ὑπάρξῃ, ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ὅταν πρόκειται περὶ σημαντικῶν παροχῶν.

Ἡ συμβατικὴ αὐτὴ ἀναγνώρισις σπανίως γίνεται διὰ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου. Ἡ ἀπόφασις τῆς ἀναγνώρισεως προκαλεῖται συνήθως ἐκ στιγμιαίας εὐγενοῦς παρορμήσεως, ἣ ὅποια ὅμως εὐκόλως δύναται νὰ ὑποχωρήσῃ. Καὶ ἐφ' ὅσον δὲν ἔχει ἡ ἀπόφασις ἀποκρυσταλλωθῆ εἰς σύμβασιν, τὸ δίκαιον

225) Ὅτι κατὰ τὴν γνώμην μας καὶ εἰς τὰς ἄλλας περιπτώσεις ἀτελῶν ἐνοχῶν εἶναι δυνατόν, ὑπὸ τὰς αὐτὰς συνθήκας, νὰ ὑπάρξῃ δωρεὰ, ἐξεθέσαμεν ἄνωτ. εἰς σημ. 119 ἐν τέλει.

ἐπιτρέπει τὴν ὑπαναχώρησιν²²⁶. Ἐν θεωρηθῆ ὅτι ἡ ἀναγνώρισις προϋποθέτει σύνταξιν συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου, προκαλεῖται καθυστέρησις εἰς τὴν σύναψιν τῆς, ἡ ὁποία, παρέχουσα χρόνον πρὸς μεταμέλειαν, εἶναι δυνατὸν νὰ ἀποβῆ μοιραία διὰ τὸν δανειστὴν τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς. Τὸ παρεμβλλόμενον χρονικὸν διάστημα μεταξὺ παρορμήσεως καὶ πραγματοποιήσεως τῆς μειοῦται ὅμως σημαντικῶς, ἂν γίνῃ δεκτὸν ὅτι, κατὰ τὸ δίκαιον, ὁ κινούμενος ἐξ εὐγενῶν αἰσθημάτων δεσμεύεται ἐγκύρωσ καὶ δι' ἀπλῆς προφορικῆς δηλώσεως πρὸς τὸ ἄλλο μέρος ὅτι ἀναλαμβάνει νομικὰς ὑποχρεώσεις πρὸς ἐκπλήρωσιν τοῦ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος, ὁ δὲ πρὸς ὃν ἡ δήλωσις τὴν ἀποδεχθῆ²²⁷. Ἐν τινι δὲ μέτρῳ ταῦτα ἰσχύουν καὶ ἂν ἐπιμείνωμεν μὲν εἰς τὸν ἐγγραφον τύπον, ἀλλ' ἀρκεσθῶμεν εἰς ἰδιωτικὸν ἐγγραφον. Τούτου εἰς τὴν πρᾶξιν ἀρκετὰ συνήθης μορφή θὰ εἶναι ἡ ἀπεύθυνσις ἐπιστολῆς, ὅπου δηλοῦνται αἱ εὐγενεῖς προθέσεις καὶ εἰς τὴν ὁποίαν ἀπαντᾷ ἀποδεχόμενος ὁ ὑπὲρ οὗ.

Τούτων θεόντων καθίσταται προφανές, ὅτι σπουδαῖον πρακτικὸν ζήτημα διὰ τὴν παροχὴν τῆς συνδρομῆς τοῦ δικαίου εἰς τὴν ἐκπλήρωσιν τῶν ἠθικῶν ὑποχρεώσεων εἶναι, ἂν διὰ τὴν ἐγκυρότητα τῆς συμβάσεως διὰ τῆς ὁποίας ἀναγνωρίζεται ἡ ὑπαρξίς των ὁ ἀπαιτηθῆ ὁ διὰ τὴν ἰσχὺν τῶν συμβάσεων δωρεᾶς ἐπιβαλλόμενος ὑπὸ τοῦ νόμου συμβολαιογραφικὸς τύπος (498 ΑΚ), ἢ ἂν θὰ κριθῆ ἐπαρκῆς καὶ προφορικῆ συμφωνία ἢ ἔστω ἀπλοῦν ἰδιωτικὸν ἐγγραφον.

Τὸ πρόβλημα τοῦτο σχεδὸν διόλου δὲν ἐβασάνισε τὴν ἐλληνικὴν ἐπιστήμην. Ἐξήτάσθη συνοπτικῶς μόνον ὡς πρὸς τὴν ἀναγνώρισιν παραγεγραμμένης ὀφειλῆς (ἀνωτ. §§ 24 - 25), ἀλλὰ δὲν ἐπέξετάθη ἡ ἔρευνα εἰς ἄλλας περιπτώσεις ἀτελοῦς ἐνοχῆς καὶ ἰδίως εἰς τὰ θέματα τοῦ ἰδιαίτερου ἠθικοῦ καθήκοντος καὶ τῆς ὑποχρεώσεως ἐξ εὐπρεπειᾶς, ὅπου τόσον εὐρὴ εἶναι τὸ ἔδαφος ἐφαρμογῆς. Εἰς τὴν Ἑλβετίαν καὶ τὴν Ἰταλίαν τὸ πρόβλημα δὲν γεν-

226) Ἐν γίνῃ δεκτὸν, ὡς κατὰ κανόνα ὑποστηρίζεται (βλ. ἀμέσως κατωτέρω), ὅτι ὁσάκις ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις ἀποτελεῖ δωρεᾶν ἀπαιτεῖται διὰ τὸ κύρος τῆς συμβολαιογραφικῶν ἐγγραφον (498 § 1 ΑΚ), δὲν θὰ ἰσχύσουν καὶ οἱ κατὰ νόμον περιορισμοὶ τῆς ἀνακλήσεως τῆς πρότασεως πρὸς σύναψιν συμβάσεως (βλ. 185 ἐπ. ΑΚ καὶ ἀντ' ἄλλων Κ. Σ τ η μ α ν τ ῆ ρ α ν ἐν ἙρμΑΚ ὑπὸ τὰ ἐν λόγῳ ἄρθρα). Διότι καὶ ἡ πρότασις δωρεᾶς δεσμεύει μόνον ἂν δηλωθῆ ἐνώπιον συμβολαιογράφου (πρβλ. Φ ρ α γ κ ι σ τ α ν ἐν ἙρμΑΚ 498 ἀριθ. 10). Ὅστω θὰ ἔμενε εἰς τὸν πρὸς ὃν ἡ πρότασις ἀναγνωρίσεως ἀποκλειστικῶς ἢ εὐθύνῃ τοῦ προτεινάντος λόγῳ διακοπῆς τῶν διαπραγματεύσεων (197 - 198 ΑΚ), ἀρκετὰ δύσχωρητος καὶ ὀλίγα ἀποδίδουσα. Πρβλ. Ἄ ν τ. Κ α μ π ι τ σ η, Περὶ τῆς προσωμβλατικῆς εὐθύνῃς (ἢ εὐθύνῃ ἐκ τῶν διαπραγματεύσεων) 1960, Κ ο υ μ ἄ ν τ ο ν ἐν ἙρμΑΚ ὑπ' ἄρθρα 197 - 198.

227) Βεβαίως θὰ εἶναι δυνατόν νὰ γεννηθοῦν δυσκολίαι περὶ τὴν ἀπόδειξιν λόγῳ τῶν περιορισμῶν τῆς μαρτυρικῆς ἀποδείξεως (ΚΠολΔ 410). Ἄλλ' ἐνίοτε θὰ ἀτονοῦν οἱ περιορισμοὶ λόγῳ ἠθικῆς ἀδυναμίας πρὸς κτῆσιν ἐγγράφου (411 § 1 β ΚΠολΔ, Φ ρ α γ κ ι σ τ α ν, Περιορισμὸς μαρτυρικῆς ἀποδείξεως λόγῳ ποσοῦ, 1931, σ. 102 ἐπ.).

νάται καν, εις μεν την πρώτην διότι ή εκπλήρωσις των καθαρώς ήθικων όφειλων²²⁸ ρητώς ώρίσθη ότι δεν θεωρεΐται δωρεά (άρθρ. 239 § 3 έλβετ. Κώδ. Ένοχ.), εις δε την δευτέραν έπειδή επί ήθικων και κοινωνικων υποχρεώσεων μόνον αναγνωριζόμενον αποτέλεσμα είναι το έγκυρον τής οικειοθελούς καταβολής και ουδέν άλλο. άρα ούτε και ή αναγνώρισις (ιταλ. ΑΚ 2034). Εις την Γερμανίαν τά γενικά έργα του ένοχικού δικαίου μνημονεύουν λακωνικώς μόνον το θέμα και όλίγοι είναι οι άσχοληθέντες εκτενέστερον με αυτό²²⁹. Αντιθέτως ή γαλλική θεωρία, ιδιαίτέρως εύαισθητος εις τά πρακτικά ζητήματα, το κατέστησε κέντρον τής όλης, άφθόνου έν Γαλλία, συζητήσεως περι τας φυσικας ένοχάς· πλέον συγκεκριμένως τής στρεφόμενης περι τον προσδιορισμόν αν ο εκπληρωών ή αναγνωρίζων φυσικήν ένοχήν, δυναμένη να προκύπτη και εξ ήθικου καθαρώς καθήκοντος, είναι ή όχι δωρητής²³⁰.

Έν όψει των ξένων προεργασιών, όπου υπάρχουν τοιαύται, προσθέτοντες όμως και ιδιικούς μας στοχασμούς, θα προσπαθήσωμεν με την σειράν μας να ρίψωμεν όλίγον φώς εις το θέμα.

46. Θα αρχίσωμεν υπενθυμίζοντας την τυπολογία του θέματος των ήθικων και κοινωνικων υποχρεώσεων, ως διεμορφώθη άνωτέρω εις την § 43 : τας τέσσαρας περιπτώσεις, τας όποιας αποκαλύπτει ή ψυχολογική ανάλυσις τής συμπεριφοράς των δύο ενδιαφερομένων κατά την εκπλήρωσιν ή αναγνώρισιν τοιούτων υποχρεώσεων.

Εΐδομεν ότι μόνον εις την πρώτην κατηγορίαν περιπτώσεων υπάρχει δωρεά, όταν δηλ. ή αναγνώρισις συνεφωνήθη με σαφώς εκδηλωθεισαν και γενομένην αποδεκτήν πρόθεσιν δωρεάς. Ός εκ τούτου θα ήδύνατο, εκ πρώτης όψεως, να υποστηριχθῆ, ότι έδω είναι αναγκαϊον το συμβολαιογραφικόν έγγραφον (498, πρβλ. και 875 ΑΚ). Εις την δευτέραν και την τρίτην περιπτώσιν, όπου δεν υπήρξε τοιαύτη συμφωνία, άλλ' ο αναγνωρίζων είχε συνειδησιν του ότι δεν υπόκειται εις νομικόν έξαναγκασμόν, το πολύ δύναται να γίνη λόγος περι μη αποτελούσης δωρεάν χαριστικής δικαιοπραξίας. Άλλ' επί τοιούτων χαριστικων δικαιοπραξιων είναι αναμφίβολον ότι δεν ισχύει ο κατά το άρθρ. 498 συμβολαιογραφικός τύπος (πρβλ. 158 ΑΚ). Θα άπηγεΐτο τοιούτος μόνον αν τον επέβαλλε άλλη τις έξαιρετική διάταξις, έξουδετερόνουσα την

228) Άρα και ή αναγνώρισις των. Περι του ότι ως εκ τούτου εκρήθη άτυπος ή αναγνώρισις βλ. Oser - Schönberger και Becker ένθ' άν. (βλ. σημ. 46 του παρόντος), επίσης ν. Tuhr - Siegwart, Schweiz. Obligationenrecht I (1942) § 4 άριθ. 1 σημ. 8 έπ., Heitz ένθ' άν. σ. 66 σημ. 3.

229) Διεξοδικώς επ' αυτού ιδίως ο R. Schmidt ένθ' άν. σ. 37 έπ., όπου και άλλαι παραπομπαι.

230) Παραπομπαι άνωτ. έν σημ. 43 και 76.

ἀρχὴν τοῦ ἀτύπου τῶν δικαιοπραξιῶν. Τοιαύτη ὁμῶς ἐξαίρεσις καταλαμβάνουσα τὸ θέμα μόνον ὑπὸ εἰδικᾶς συνθήκας θὰ ὑπάρχη²³¹. Κατὰ μείζονα λόγον δὲν δύναται νὰ γίνῃ σκέψις περὶ συμβολαιογραφικῆς καταρτίσεως εἰς τὴν τετάρτην κατηγορίαν περιπτώσεων (ἀναγνωρίζων τελῶν ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ ὅτι ἐλλεῖπει ὁ νομικὸς ἐξαναγκασμός). Ἐδῶ, πράγματι, δὲν πρόκειται κἄν περὶ χαρακτηριστικῆς δικαιοπραξίας ὑπὸ τὴν εὐρεῖαν ἔνοιαν.

Περίπου ὑπὸ τὸ πνεῦμα τοῦτο λύεται συνήθως τὸ ζήτημά μας, ὑπὸ ὅμοιον πρὸς τὸ ἑλληνικὸν δίκαιον, καὶ ἐν Γερμανίᾳ: τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο ἀπαιτεῖται μόνον ὡσάντις ἡ σύμβασις ἀναγνωρίσεως ὀφειλῆς ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος συνιστᾷ δωρεάν. Βεβαίως δὲν ἀγνοεῖται, ὅτι ἡ περίπτωσις αὐτὴ δωρεᾶς παρουσιάζει κάποιαν ἰδιορρυθμίαν. Τοῦτο ἄλλωστε δικαιολογεῖ τὴν θέσπισιν τῆς ἀντιστοίχου πρὸς τὸ ἰδικόν μας ἄρθρ. 512 ΑΚ παραγράφου 534 τοῦ γερμανικοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος. Ἄλλ' ἐκ τῆς εἰρημένης διατάξεως, ὀριζούσης ὅτι δωρεαὶ ἀνταποκρινόμεναι εἰς ἠθικὸν καθῆκον ἢ εἰς λόγους εὐπρεπειᾶς δὲν ὑπόκεινται εἰς ἀνάκλησιν, ἐξάγεται a contrario τὸ συμπέρασμα, ὅτι ὑφ' ὅλας τὰς ἄλλας ἐπιπτώσεις ἐφαρμόζονται οἱ κανόνες τῶν δωρεῶν· ἄρα καὶ ὁ συμβολαιογραφικὸς τύπος²³².

Ἐκεῖνο πάντως, τὸ ὁποῖον δὲν πρέπει νὰ διαφύγῃ, εἶναι ὅτι εἰς τὴν Γερμανίαν ὑπάρχει τάσις νὰ εὐρύνεται εἰς τὸ θέμα μας ὑπὲρ τὸ δέον τὸ ἐννοιολογικὸν πλαίσιον τῆς δωρεᾶς. Περισσότεραι περιπτώσεις λογίζονται ἐκεῖ ὡς δωρεαὶ ἐν συγκρίσει πρὸς αὐτάς, τὰς ὁποίας ἡμεῖς ἐδῶ ὡς τοιαύτας ἐχαρακτηρίσαμεν. Τοῦτο ὀφείλεται εἰς τὸ ὅτι ἡ ψυχολογικὴ ἀνάλυσις τῆς συμπεριφορᾶς τῶν ἐνδιαφερομένων, οἷα ἐπεχειρήθη καὶ ἐδῶ ὑφ' ἡμῶν (ἀνωτ. § 43), δὲν ἔτυχε πάντοτε ἐν Γερμανίᾳ ἐπαρκοῦς προσοχῆς. Βεβαίως τινὲς ἐπεδόθησαν ἐπιμελῶς εἰς αὐτὴν· ἀλλ' ἐνίοτε παρεσύρθησαν εἰς τόσον λεπτολόγους ψυχολογικὰς διακρίσεις, ὥστε δικαίως νὰ παρατηρηθῇ, ὅτι αἱ ἀντίστοιχοι διακρίσεις δὲν εἶναι εἰς τὴν πρᾶξιν ἐφικταί²³³.

Τὸ ἀποτέλεσμα εἶναι ὅτι ἐν Γερμανίᾳ παρεμβάλλονται ἀρκετὰ προσκόμματα εἰς τὴν πραγμάτωσιν ὑποσχέσεων περὶ ἐκπληρώσεως ἠθικῶν καθαρῶς

231) Α.χ. ἂν ὁ ἀναγνωρίζων ὑπεσχέθη νὰ ἐκπληρώσῃ τὸ ἠθικὸν καθῆκον διὰ τῆς μεταβιβάσεως ἀκινήτου (369 ΑΚ). Ἡ ἀκόμη ἂν ὑπεσχέθη, χωρὶς νομικῶς νὰ εἶναι ὑπόχρεως, ἰσόβιον πρόσδον (842 ΑΚ καὶ ἐπ' αὐτοῦ Ρόκας ἐν ἘρμΑΚ).

232) Πρβλ. ἐκτενέστερον S i b e r ἐν Jherings Jahrbücher τόμ. 70 (1921) σ. 274 ἐπ., καὶ ἰδίως R. S c h m i d t ἐνθ' ἀν. σ. 36 ἐπ., ὅπου καὶ ἀνάλυσις τῶν διαφορῶν γνωμῶν, ὡς καὶ τῆς νομολογίας τοῦ γερμανικοῦ ἀνωρωτικοῦ, οὗ βλ. ἰδίως τὴν ἀπόφασιν ἐν Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen τόμ. 125 σ. 384. Ἐπίσης S t a u d i n g e r - O s t l e r II/2 (1955) § 534 ἀριθ. 8.

233) Βλ. R. S c h m i d t ἐνθ' ἀν., σ. 30 ἐν σχέσει πρὸς τὴν διδασκαλίαν τοῦ K i r p p.

ὑποχρεώσεων. Τὰ προσκόμματα ἀπεφεύχθησαν ἐν Γαλλίᾳ, ὅπου ἡ νομολογία ἐνεστερνίσθη προθύμως τὴν ὑπὸ τῆς μειοψηφίας τῆς θεωρίας σφοδρῶς καταπολεμουμένην ἐκδοχὴν, καθ' ἣν ἡ ἐκπλήρωσις ἢ ἡ ἀναγνώρισις τῆς φυσικῆς ἐνοχῆς δὲν συνιστᾷ δωρεάν²³⁴. Μία στάσις, ἡ ὁποία καὶ ἐν Γερμανίᾳ ἐκρίθη ἐνίοτε ἐνδεδειγμένη²³⁵.

47. Ἄλλ' ἐρωτᾶται ἤδη : εἴμεθα ὑποχρεωμένοι εἰς τὴν Ἑλλάδα ν' ἀκολουθήσωμεν, λόγῳ τῆς ὁμοιότητος τῶν δύο δικαίων, τὴν κρατοῦσαν ἐν Γερμανίᾳ στενόκαρδον ἀντίληψιν, καθ' ἣν ὁσάκις ἡ ἀναγνώρισις ἀποτελεῖ δωρεάν, τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφον εἶναι ἀπαραίτητον :

Ἄν ἐσπεύδομεν νὰ τὸ πράξωμεν, θὰ ἐλησμονοῦμεν ὅτι τὰ νομικὰ προβλήματα δὲν ἐπιτρέπεται νὰ λύωνται ἐπὶ τῇ βάσει καὶ μόνον τυπικολογικῶν συλλογισμῶν, οἷος ὁ ἐδῶ χρησιμοποιούμενος : ὑπάρχει δωρεά, τὸ ἄρθρ. 512 κηρύσσει ἐκ τῶν κανόνων τῶν δωρεῶν ἀνεφαρμόστους μόνον τοὺς περὶ ἀνακλήσεως τῶν, ἄρα ἐφαρμόζεται ὁ κατὰ τὸ ἄρθρ. 498 συμβολαιογραφικὸς τύπος. Εὐρύτατα σήμερον ἀναγνωρίζεται ὅτι αἱ τελεολογικαὶ καὶ ἀξιολογικαὶ ἐτιμήσεις ἀσκοῦν καὶ αὐταὶ σημαντικὴν ἐπιρροήν. Πρὶν λοιπὸν καταθέσωμεν προῶρως τὰ ὄπλα, δεχόμενοι τὴν κρατοῦσαν ἐν Γερμανίᾳ τυπικολογικὴν ἐκδοχὴν, πρέπει νὰ ἐρευνήσωμεν μήπως ὁ σκοπὸς τοῦ νόμου καὶ ἡ συγκριτικὴ στάθμισις τῆς κοινωνικῆς ἀξίας τῶν ἀντιμετώπων συμφερόντων βοηθοῦν εἰς τὴν υἱοθέτησιν λύσεως συμφωνοτέρας πρὸς τὰς ἀπαιτήσεις τῆς ἠθικῆς.

Ὑπὸ τὸ πνεῦμα τοῦτο προχωροῦντες, θὰ ἀντιμετωπίσωμεν ἐν πρώτοις τὸ ἐκ τοῦ ἄρθρου 512 ΑΚ γραμματικὸν ἐμπόδιον. Ἡ ἀντίπαλος γερμανικὴ διδασκαλία, προσαρμοζομένη εἰς τὰ παρ' ἡμῖν, ἐξάγει ἐκ τοῦ ἄρθρου 512, ὅτι εἰς τὴν περίπτωσιν τῶν ἠθικῶν καθηκόντων ἐξ ὅλων τῶν περὶ δωρεᾶς κανόνων προβλέπεται ἐξαίρεσις μόνον ὡς πρὸς τὰς διατάξεις περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν. Ἀφοῦ δὲ ὅ λ α ι αἱ ἄλλαι ἐφαρμόζονται, ἐπιβάλλεται εἰς τὴν συμβατικὴν ἀναγνώρισιν τῶν ἠθικῶν ὑποχρεώσεων καὶ τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφον.

Ὁ συλλογισμὸς ὅμως δὲν εἶναι ἀναμφισβήτητος. Ἐκ τοῦ ὅτι τὸ ἄρθρ. 512 κηρύσσει ἀνεφαρμόστους ἐπὶ δωρεῶν ἐξ ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος τὰς περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν διατάξεις, δὲν ἔπεται κατ' ἀνάγκην ὅτι μόνον αὐταὶ εἶναι ἀνεφάρμοστοι. Ἡ λέξις «μόνον» δὲν περιέχεται εἰς τὸ ἄρθρ. 512. Βεβαίως ἐκ τοῦ ἄρθρου προκύπτει ὅτι κατ' ἀρχὴν ἐφαρμόζονται οἱ ἄλλοι περὶ δωρεῶν κανόνες. Δυνατὸν ὅμως τινές ἐξ αὐτῶν, ἕνεκεν ἰδιαιτέρων οὐσιαστικῶν λόγων, νὰ πρέπει ἐπίσης εἰς τὴν περίπτωσίν μας

234) Παραπομπαὶ ἄνωτ. ἐν σημ. 43 καὶ 76.

235) Πρβλ. Reuss ἐνθ' ἄν. σ. 512 - 513, κλίνοντα, χωρὶς ὅμως συσχέτισιν πρὸς τὸ γαλλικὸν δίκαιον, πρὸς μίαν τοιαύτην εὐνοοῦσαν τὴν ἐκπλήρωσιν τῶν ἠθικῶν καθηκόντων ἀντίληψιν.

νά παραμερισθῶν. Ἡ σκέψις θὰ ἦτο ἀποκλειστέα, μόνον ἂν ἦτο πλήρως ἀποδεδειγμένον ὅτι ὁ νομοθέτης, θεσπίζων τὸ ἄρθρ. 512, εἶχε συγκεκριμένως πρὸ ὀφθαλμῶν τὴν εἰδικὴν περίπτωσιν τῆς συμβατικῆς ἀναγνώρισεως τῶν ἠθικῶν ὑποχρεώσεων, συναφῶς δὲ καὶ τὸ θέμα τοῦ τύπου τῆς ἐν λόγῳ συμβάσεως²³⁶. Τότε βεβαίως ἐν πλήρει ἐπιγνώσει θὰ εἶχε περιληφθῆ ἡ ὑπαγωγή εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον καὶ τῆς ὡς ἄνω ἀναγνώρισεως. Ἐφ' ὅσον τοιαύτη ἀπόδειξις δὲν προσάγεται, τὸ χρησιμοποιούμενον ὑπὸ τῆς κρατούσης ἐν Γερμανίᾳ γνώμης ἐπιχείρημα *a contrario* ἐκ τῆς ἀντιστοίχου πρὸς τὸ ἄρθρ. 512 ΑΚ ἐγκωρίου διατάξεως δὲν πείθει κατὰ τρόπον ἀπόλυτον. Καὶ σχεδὸν δὲν χρειάζεται νὰ ὑπομνησθῆ πόσον ἀσθενὲς εἶναι ἐν γένει, εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ δικαίου, τὸ εἰρημένον ἐπιχείρημα. Συνήθως διὰ νὰ ἐπιβληθῆ, πρέπει νὰ ἐνισχυθῆ διὰ τῆς ἐπικλήσεως τελεολογικῶν καὶ ἀξιολογικῶν ἀπόψεων^{236α}. Ἀκριβῶς ὁμοίως ἐδῶ, ὡς ἀμέσως θὰ ἴδωμεν, συνηγοροῦν αὐταὶ ὑπὲρ τῆς ἀντιθέτου πρὸς τὴν ἐν Γερμανίᾳ κρατοῦσαν ἐκδοχῆς.

48. Ὁ κύριος σκοπὸς τῆς θεσπίσεως τοῦ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου ἐπὶ δωρεῶν εἶναι, ὅτι δι' αὐτοῦ προκαλεῖται καθυστέρησις τῆς καταρτίσεως τῆς συμβάσεως, ἐξασφαλίζουσα εἰς τὸν σχεδιάζοντα τὴν δωρεάν περισσότερον ὄριμον σκέψιν. Τὸ ἐκ τούτου χρονικὸν κέρδος θὰ τοῦ ἐπιτρέψῃ ἴσως νὰ μεταμεληθῆ ἐγκαίρως καὶ ν' ἀποφύγῃ τὴν σύναψιν συμβάσεως, μὴ οὔσης συνήθως τόσον χρησίμου καὶ ἐπιβεβλημένης ὅσον αἱ ἀνταλλακτικαὶ (ἐπαχθεῖς) συμβάσεις τῆς καθημερινῆς ζωῆς, καὶ ἡ ὁποία ἐπίσης βλάπτει κατ' ἀρχὴν τὰ συμφέροντα τῆς οἰκογενείας του²³⁷.

Οἱ κίνδυνοι ὁμοίως αὐτοί, οἱ περιβάλλοντες τὸν δωρητὴν, εἰς τὴν ἀντιμετώπισιν τῶν ὁποίων ἀποβλέπει τὸ συμβολαιογραφικὸν ἐγγράφον, δὲν ἤρμαζε νὰ βαρύνουν τόσον πολὺ ὅταν πρόκειται περὶ δωρεᾶς ἀνταποκρινομένης εἰς ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον. Τὸ ἀποδεικνύει ἐν πρώτοις αὐτὸ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου, ὡς ἐκδηλοῦται εἰς τὸ ἄρθρ. 1835 § 1 ΑΚ. Ἐκ τούτου, συνδυαζομένου

236) Δὲν ἀποκλείεται νὰ ἐσκέπτετο μόνον τὴν περίπτωσιν τῆς ἀμέσου καταβολῆς. Ἄλλ' ἀνεξαρτήτως τούτου καὶ ἄλλαι σκέψεις δυνατὸν νὰ παρεκίνησαν τὸν νομοθέτην εἰς τὴν διατύπωσιν τοῦ ἄρθρου 512. Ἐξαιρῶν τὰς ἠθικὰς ὑποχρεώσεις ἀπὸ τῆς ἐφαρμογῆς τῶν περὶ ἀνακλήσεως τῶν δωρεῶν κανόνων ἤθελε νὰ παραμείνῃ ὁ ἐκπληρῶν (ἢ ἀναγνωρίζων) αὐτάς, λόγῳ τῆς ἰδιорρυθμίας τοῦ θέματος (εὐγενῆ ἐλατήρια τοῦ δωρητοῦ), ὑπὸ τὸ κράτος τῶν διατάξεων περὶ ἠλαττωμένης εὐθύνης τοῦ δωρητοῦ (499-500 ΑΚ) καὶ περὶ ἀρνήσεως ἐκπληρώσεως ἐν ἐπελεύσει οἰκονομικῆς δυσπραγίας (501). Συνεπῶς δὲν θὰ καθίστατο ἄνευ ἀντικειμένου τὸ ἄρθρ. 512, ἂν ἐξηροῦμεν ἐκ τοῦ ὀπτικοῦ πεδίου τοῦ θεσπισάντος αὐτὸ νομοθέτου τὴν περίπτωσιν τοῦ τύπου τῆς συμβολαιογραφικῆς ἀναγνώρισεως.

236α) Βλ. ἀντ' ἄλλων L a r e n z, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960) σ. 295, ὡς καὶ τὰς ἐν σημ. 155 παραπομπάς.

237) Φ ρ α γ κ ἰ σ τ α ς ἐν ἘρμΑΚ 498 ἀριθ. 8 καὶ Εισαγ. 496 - 512 ἀριθ. 4.

νά υποχρεοῦται καὶ ἐκ μὴ συμβολαιογραφικῆς ἀναγνωρίσεως, ὄχι δὲ καὶ ὁ δεῦτερος.

Ἄλλ' ἐπὶ πᾶσι, καὶ ἂν ἀκόμη μετὰ τ' ἀνωτέρω παραμένει ἡ παραμικρὰ ἀμφιβολία ὡς πρὸς τὸ ὅτι τὸ ἄρθρ. 512 δὲν ἐπιβάλλει διὰ τὰς συμβατικὰς ἀναγνωρίσεις ἠθικῶν υποχρεώσεων τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον, τοὺς τελευταίους δισταγμοὺς πρέπει νὰ κατασιγάσῃ ἡ ἐξῆς τελικὴ παρατήρησις, ἡ ὁποία καὶ συνοψίζει τὴν ἄλλη ἀξιολογικὴν θεώρησιν. Ἔχομεν εἰς τὸ θέμα μας νὰ ἐκλέξωμεν μεταξὺ δύο λύσεων. Ἡ μία διευκολύνει τὴν ἐκπλήρωσιν τῶν ἠθικῶν καθήκοντων, ἐνῶ ἡ ἄλλη βοηθεῖ τὸν ἀναγνωρίσαντα τὴν πρὸς τοῦτο υποχρέωσίν του χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο, μὲ τὴν τυπικὴν πρόφασιν τῆς παραλείψεως τούτου, νὰ ὑπεκφύγῃ τὴν ἐκτέλεσιν ὑποσχέσεων δοθειῶν κατ' ἄψογον οὐσιαστικῶς τρόπον. Ὁ ἀγὼν διεξάγεται μεταξὺ τῆς ἰδέας τῆς μεγαλυτέρας κατὰ τὸ δυνατόν ἠθικοποιήσεως τοῦ δικαίου καὶ τῆς ἐπιδιώξεως τῆς προστασίας τοῦ δωρητοῦ καὶ τῆς οἰκογενείας του κατὰ κινδύνων πολὺ περιορισμένων. Καὶ ὁ δωρητὴς δὲν εἶναι ἰδιαίτερος συμπαθὴς, διότι ἐνῶ ἀρχικῶς ὑπήκουσε εἰς εὐγενῆ παρόρησιν τῆς ψυχῆς του, κατόπιν μεταμεληθεὶς ἀναζητεῖ προσχήματα διὰ νὰ ὑπαναχωρήσῃ. Ἡ ἔννομος τάξις δὲν εἶναι δυνατόν αὐτὸν νὰ εὐνοήσῃ. Ἡ γαλλικὴ ἐπιστῆμη καὶ νομολογία ἔχουν ἤδη δεῖξει τὸν ὀρθὸν δρόμον (ἀνωτ. § 46 ἐν τέλει). Δὲν ὑπάρχουν ἀνυπέβλητα ἐμπόδια εἰς τὸ νὰ τὸν ἀκολουθήσῃ καὶ τὸ ἑλληνικὸν δίκαιον^{239, 240}.

49. Εἴτε ἐπικρατήσῃ εἴτε ὄχι ἡ ὑποστηριχθεῖσα ἀνωτέρω ἄποψις, καθ' ἣν καὶ ἂν ἀκόμη συνιστᾷ δωρεὰν ἡ ἀναγνωρίζουσα τὸ ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθήκον σύμβασις, δὲν ἀπαιτεῖται διὰ τὸ κύρος τῆς ὁ συμβολαιογραφικὸς τύπος, τὸ θέμα τοῦ τύπου τῆς τοιαύτης συμβάσεως δὲν ἔχει ἀκόμη λυθῆ πλήρως. Διότι δὲν ἔχει ἐκ τῆς μέχρι τοῦδε ἀναπτύξεως προκύψει, ὅτι ὁσάκις τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο περιττεύει, ἡ ἀναγνωριστικὴ σύμβασις εἶναι ἐντελῶς ἄτυπος.

239) Ἡ χρησιμοποίησις ἐπιχειρηματολογία ἐμφανίζεται κάπως ἀσθενεστέρᾳ προκειμένου περὶ τῆς — σπανίας ἄλλωστε εἰς τὴν πράξιν — συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως υποχρεώσεως ἐξ εὐπρεπειᾶς. Ἄς ἀναλογισθῶμεν λ.χ. ἐδῶ τὴν προφορικὴν ὑπόσχεσιν, ὅτι θὰ σταλῇ δῶρον γαμήλιον ἢ ἐπὶ τῇ πρώτῃ τοῦ ἔτους. Ἄλλ' εἰς τοιαύτας περιπτώσεις ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον θὰ δύναται νὰ κριθῆ ὅτι, κατὰ τὰς κοινωνικὰς ἀντιλήψεις, δὲν ὑπῆρχε ἡ πρόθεσις νομικῆς δεσμεύσεως (βλ. ἀμέσως κατωτ. σημ. 241).

240) Ἡ ἐν τῷ κειμένῳ ἀναπτυχθεῖσα ἄποψις βαίνει πολὺ περαιτέρω ἐν συγκρίσει πρὸς ἄλλας ἀναλόγους προσπάθειας καταβληθείσας ὑπὸ τὸ ὅμοιον δίκαιον ἐν Γερμανίᾳ. Πράγματι ἐκεῖ ἐπεδίωξαν νὰ διευκολύνουν τὴν ἐκπλήρωσιν τῶν ἠθικῶν καθήκοντων περιορίζοντες κατὰ τὸ δυνατόν τὰς περιπτώσεις, καθ' ἃς ἡ ὑπόσχεσις ἐκπληρώσεως τῶν λογίζεται δωρεὰ (βλ. ἀνωτ. § 46). Ἐνῶ ἐδῶ ὑπεστηρίχθη, ὅτι ἀκόμη καὶ ὁσάκις πρὸ κείναι περὶ δωρεᾶς περιττεύει ὁ συμβολαιογραφικὸς τύπος.

ριστικής συμβάσεως, ὡσάντις ὁ ἀναγνωρίζων ἐγνώριζε ὅτι δὲν χωρεῖ κατ' αὐτοῦ ἐξαναγκασμός (συνδυασμός ἄρθρων 272 § 2 καὶ 278), προκύπτει καὶ ἀπ' ἐπιπέδου, εἰς τὰ θέματα τῶν ἄρθρων 906 καὶ 512, ἐκ τοῦ συνδυασμοῦ τῶν ἄρθρων 905 § 1 καὶ 904 § 2. Ὅσάντις ἔχει συνειδησιν ὁ ἀναγνωρίζων τοῦ ὅτι δὲν δύναται νομικῶς νὰ ἐξαναγκασθῇ, ἢ σύμβασιν ἀναγνωρίσεως, ἐξομοιουμένη ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 904 § 2 πρὸς παροχὴν, δὲν ὑπόκειται εἰς ἀναζητήσιν (ἦτοι εἰς ἀκύρωσιν) λόγῳ ἀχρεωσότητος, ἀφοῦ ἐξ ὑποθέσεως ὁ ἀναγνωρίζων ἐτέλει ἐν γνώσει τῆς μὴ ὑπάρξεως τοῦ χρέους (905 § 1)²⁴³. Ἡ ἐν γνώσει τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ ἀναγνώρισις ἀντιστοιχεῖ ἐδῶ πρὸς τὴν σιωπηρὰν παραίτησιν τοῦ ὀφειλέτου ἀπὸ τῆς προβολῆς τῆς παραγραφῆς τοῦ χρέους του, καὶ εἶναι ἄτυπος ὡς ἐκείνη (βλ. ἀνωτ. § 25).

Ἀληθῶς ὅμως μὲ τὴν διευθέτησιν αὐτὴν — ἐπὶ τῇ ὑποθέσει τῆς υἰοθετήσεως παρ' ἡμῖν τῆς γερμανικῆς ἀντιλήψεως, ὅτι ὡσάντις ἢ ἀναγνώρισις τοῦ ἠθικοῦ καλοῦ συνιστᾷ δωρεάν, ἀπαιτεῖται συμβολαιογραφικὴ κατάρτισις — θὰ παρατηρηθῇ ἡ ἐξῆς ἀνωμαλία. Ὑπὸ τὴν ἐποψιν τοῦ τύπου θὰ ἰσχύη τριπλῆ διαβάθμισις: α) ἀναγνωρίζων ἔχων συνειδησιν τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ καὶ ἐπιτυχάνων νὰ καταρτισθῇ ἢ ἀναγνωριστικὴ σύμβασις ὡς δωρεά· συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο. β) Ἀναγνωρίζων τελῶν ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ· ἔγγραφο, ἔστω καὶ ἰδιωτικόν^{243α}. γ) Ἀναγνωρίζων ἔχων συνειδησιν τοῦ μὴ ἐξαναγκαστοῦ, ἀλλὰ μὴ σκεφθεὶς ἢ μὴ θελήσας νὰ διαμορφωθῇ ἢ σύμβασις ὡς δωρεά· δεκτὴ καὶ ἢ προφορικὴ κατάρτισις. Ἡ διαβάθμισις αὐτὴ ἐμφανίζει ἐν πρώτῳ ἄτοπον, ὑποδειχθὲν ἤδη²⁴⁴: τὸ ὅτι, ἐνῶ μεγαλύτεραν ἀνάγκην ὀρίμου σκέψεως ἔχει ὁ ἀγνοῶν παρὰ ὁ γνωρίζων τὴν ἔλλειψιν ἐξαναγκασμοῦ, τὸ ὑπὸ ἐξέτασιν σύστημα ἀντιστρέφει τὴν προστασίαν· ὁ πρῶτος δεσμεύεται καὶ δι' ἰδιωτικῶν ἐγγράφων, ἐνῶ ὁ δεύτερος μόνον μὲ συμβολαιογραφικόν. Ἄλλ' ὑπάρχει καὶ δεύτερον παράδοξον. Τὸ σύστημα μεταχειρίζεται ὅλως ἀδικαιολογήτως κατὰ πολὺν διάφορον τρόπον τοὺς ἀναγνωρίζοντας ἐν συνειδήσει τοῦ ὅτι νομικῶς δὲν ἐξαναγκάζονται (περιπτώσεις α καὶ γ): ὁ συνάπτων τὴν σύμβασιν ὡς δωρεάν χαίρει τῆς ἀνωτάτης δυνατῆς προστασίας (συμβολαιογραφικόν ἔγγραφο), ἐνῶ ὁ μὴ προσδῶσας εἰς τὴν σύμβασιν

243) Ἀληθῶς οἱ γερμανοὶ ἐρμηνεύται τῆς ἀντιστοίχου παραγράφου τοῦ κώδικος τῶν θεωρῶν ἐξομοιουμένη πρὸς παροχὴν μόνον τὴν ἀφηρημένην ἀναγνώρισιν χρέους (βλ. λ.χ. Staudinger - Keidel - Lechner - Seufert II/4, 1960, § 812 ἀρ. 3α ἐπ.). Ἀλλὰ διὰ τὸ ἐλληνικὸν δίκαιον ἢ παρατήρησις δὲν φαίνεται νὰ ἔχη ἀξίαν, διότι ἡ αἰτιολογικὴ ἐκθεσις τοῦ Προσχεδίου Γεν. Ἀρχῶν τοῦ ΑΚ ρητῶς λέγει, ὅτι δὲν πρέπει νὰ γίνεται διάκρισις μεταξὺ αἰτιώδους καὶ ἀφηρημένης ἀναγνωρίσεως χρέους (ἐπίσημ. ἐκδ. Σχεδ. Γεν. Ἀρχῶν, σ. 240 - 241).

243α) Τὰ ὑπὸ α καὶ β δυνάμει ἀπ' ἐνὸς τοῦ ἄρθρου 498 § 1 ΑΚ καὶ ἀπ' ἐτέρου τῆς προεκτεθείσης ἐρμηνείας τοῦ ἄρθρου 272 § 2 ΑΚ.

244) Ἀνωτ. § 48 μετὰ τὴν σημ. 238.

κατὰ τὴν κλασικὴν ἀντίληψιν, ὡς πρὸς τὸν ἄνδρα ἢ σύστασις προικὸς οὐδέποτε ἀποτελεῖ δωρεάν²¹⁷. Καὶ οἱ συγγραφεῖς καὶ τὰ δικαστήρια ἐξάγουν τὰς ἐκ τῶν ἴνων ἀρχῶν συνεπειάς, ἀναλόγους πρὸς ἐκείνας τὰς ὑποίας συνηγήσαμεν ἀναφορικῶς πρὸς τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς (ἀνωτ. § 23).

Θὰ ἐπεξετείνωμεν ὑπὲρ τὸ δέον τὴν παρούσαν μελέτην, καὶ ἐν πολλοῖς θὰ ἐξηρχόμεθα τοῦ πλαισίου τῆς, ἂν ἐπεχειροῦμεν νὰ ἐρευνησωμεν ὑπὸ κριτικῶν πνεῦμα, ὡς ἐπράξαμεν διὰ τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς, ὅλα αὐτὰ τὰ ἐπακόλουθα τοῦ ἐκάστοτε χαρακτηρισμοῦ τῆς συστάσεως προικὸς ὡς δωρεᾶς ἢ ὡς ἐπαχθοῦς δικαιοπραξίας. Πάντως δύο τουλάχιστον ζητήματα συνδέονται στενωῶς μὲ τὰς ἀτελεῖς ἐνοχάς. Πρῶτον τὸ ἐὰν ἢ πρὸς γυναικὰ παρεχομένη ὑπόσχεσις προικίσεως πρέπει, διὰ νὰ εἶναι ἐγκυρὸς, νὰ περιβληθῇ τὸν συμβολαιογραφικὸν ἢ ἔστω καὶ τὸν ἀπλοῦν ἐγγραφον τύπον. Καὶ δεῦτερον τὸ ἐὰν ὁ προικολήπτης ἀνὴρ, ὁ λαβῶν κινητὴν προῖκα χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἐγγραφον, δύναται ν' ἀντιτάξῃ κατὰ τοῦ προικοδότου, ἀσκοῦντος ἀξίωσιν ἀποδόσεως τῶν δοθέντων ἐπὶ τῇ βάσει τῶν κανόνων τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ, τὴν ἐνστασιν ὅτι δικαιοῦται εἰς παρακράτησίν των, ἐπειδὴ ἢ πρὸς αὐτὸν παροχὴ ἀνταπεκρίνετο εἰς ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον τοῦ δόντος (906 ΑΚ).

Ἡ διαπραγματεύσις καὶ τῶν δύο θεμάτων στρέφεται περὶ τὸν αὐτὸν ἄξονα: ὑπάρχει ἢ ὄχι, καὶ τότε, ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον πρὸς προίκισιν; Πρὸς αὐτὸ τὸ σημεῖον θὰ κατευθυνθῇ ἐν πρώτοις ἡ ἔρευνα.

Β. Ὡς πρὸς τὴν προίκισιν, ὡσάκις καὶ καθ' ἣν ἔκτασιν ὡς νομικὴν ὑποχρέωσιν τὴν ἐπιβάλλει τὸ δίκαιον εἰς τοὺς γονεῖς, δὲν δύναται, νομίζω, νὰ ἀμφισβητηθῇ, ὅτι ἔθεσπίσθη λόγῳ ἀναγνωρίσεως ὑπὸ τοῦ νόμου τῆς ὑπάρξεως ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος πρὸς τὴν προικιζομένην. "Ὅτι κατὰ τεκμήριον ἔθεωρήθη ὑπάρχον τοιοῦτον καθῆκον προκύπτει ἐκ τῆς διασκευῆς καὶ συσχέτισεως πλειόνων διατάξεων τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος (1496, 1497, 1499)²¹⁸. "Ἀλλωστε καὶ οἱ συγγραφεῖς ἀναγνωρίζουν τὴν εἰρημένην ἠθικὴν θεμελίωσιν²¹⁹.

Ροῖλοῦ - Κοιμάντου, Οἰκογεν. Ι (1965), ἀρθρ. 1406 ἀριθ. 9 ἐπ., πρβλ. καὶ Φραγκίσταν ἐν ἘρμΑΚ, Εἰσαγ. 496 - 512 ἀριθ. 63 ἐπ., 64 ἐπ.

247) Βλ. πάντως Κοιμάντου ἐν Ροῖλοῦ, Οἰκογεν. ἀρθρ. 1406 ἀριθ. 19γ. Εἰδικώτερον δὲ ὡς πρὸς τὴν προσηβλήν ὑπερμέτρων συστάσεων προικὸς ὑπὸ τῶν νομίμων μεριδούγων τοῦ προικοδότου κατὰ τοὺς κανόνας τῆς μέμψεως ἀστόργου δωρεᾶς, βλ. προσφάτως νέας ἀπόψεις εἰς Βουζικά, Ζητήματα ἐκ τοῦ δικαίου τῆς νομίμου μοίρας (1968) σ. 192 ἐπ., ὅπου ἐπίσης ὑποστηρίζεται ὅτι, ὑπὸ τινὰ ἔννοιαν, καὶ ἐναντι τοῦ ἀνδρὸς ἀποτελεῖ ἢ σύστασις προικὸς χαρακτηριστικὴν ἐπίδοσιν (σ. 194 καὶ passim).

248) Τὸ τεκμήριον πάντως εἶναι μαχητὸν: καταρρίπτεται ἂν κινδυνεύῃ ἢ ἰδίᾳ διατροφῇ τοῦ ὑποχρέου γονεῶς (1495 ΑΚ ἐν τέλει), ἢ ἂν ἡ θυγάτηρ ὑπέπεσε ἐναντι τῶν γονεῶν εἰς παραπτώματα οἷα τὰ ἐν ἀρθρῷ 1497 ΑΚ.

249) Οὕτως, ἐντόνως, Μπαλῆ, Οἰκογεν. (1961) § 63. Ἐπίσης Ροῖλος - Κοιμάντος ἐνθ' ἂν., ἀρθρ. 1499 ἀριθ. 6, Βλ. καὶ τὴν ὑπερθεματίζουσαν ΑΠ 427/1958

Πάντως ἡ διαπίστωσις ἔχει περιορισμένην σημασίαν. Ἐφ' ὅσον ἀναμφισβη-
τῆτως παρέχεται ἀγωγὴ, τόσον εἰς τὴν θυγατέρα πρὸς ἣν ἐδόθη ἡ ὑπόσχεσις
τῆς προικίσεως²⁵⁰, ὅσον καὶ εἰς τὸν προικολήπτην ἐπὶ ἐκτελέσει τοῦ νομίμως
συνταχθέντος προικοσυμφώνου, δὲν ὑπάρχει κατὰ κανόνα ἐνδιαφέρον ἀπὸ
ἀπόψεως ἄρθρου 906 ΑΚ. Ἡ γενομένη οἰκειοθηλῆς ἐκπλήρωσις εἶναι ἔγκυρος
καθὸ ἐκτελέσεις ὑποχρεώσεως, ἡ ὁποία ἠδύνατο κατὰ νόμον καὶ νὰ ἐξαναγκα-
σθῇ, καὶ ὅχι ἀπλῶς ἠθικῶς καθήκοντος, τὸ ὁποῖον ὁ ὑπόχρεως ἦτο ἐλεύθερος
νὰ ἀθετήσῃ.

Γ. Ἄλλ' ἔχομεν καὶ τὰς περιπτώσεις τῆς μὴ ὑποχρεωτικῆς
κατὰ νόμον προικίσεως. Ὡς πρὸς αὐτὰς ἐνίοτε ἐξεφράσθη ἡ σκέψις, ὅτι ἀντα-
ποκρίνονται ἐπίσης εἰς ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον²⁵¹. Ἡ γενίκευσις ὅμως ἀπο-
τελεῖ ὑπερβολήν. Τὸ ὄρθον εἶναι, ὅτι ἐκ τοῦ συνόλου τῶν περιστάσεων κρί-
νεται ἐκάστοτε ἡ ὑπαρξίς ἢ μὴ τοιούτου καθήκοντος²⁵². Ἀπὸ δὲ τὴν θετικὴν
ἢ ἀρνητικὴν ἀπάντησιν ἐξαρτῶνται ἐδῶ σπουδαῖα συμφέροντα. Ἀφοῦ ἡ προϊ-
κίσις δὲν εἶναι ἐκ τοῦ νόμου ὑποχρεωτικὴ, μόνον ἡ οἰκειοθηλῆςπραγμάτωσις τῆς
ἢ ἡ συμβατικὴ ἀναγνώρισις τῆς ὑποχρεώσεως ἐξασφαλίζουν τὴν γυναικα καὶ
τὸν προικολήπτην σύζυγον. Καὶ περαιτέρω ἡ ρύθμισις τῶν σχέσεών των πρὸς
τὸν προικίσαντα ἀλλὰ καὶ πρὸς τοὺς τρίτους, εἴτε ἡ γενομένη παροχὴ ἀποτελεῖ
δωρεάν εἴτε ὅχι, ἐξαρτᾶται κατὰ πολὺ ἐκ τοῦ ἐὰν αὕτη εἶχε ὡς ὑπόβαθρον
ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον τοῦ προικίσαντος. Οὕτω ἂν θὰ ὑπάρξῃ ἢ ὅχι ὑπο-
χρέωσις εὐγνωμοσύνης τῆς προικισθείσης πρὸς τὸν προικίσαντα, τῆς ὁποίας ἡ
ἀθέτησις θὰ ἠδύνατο νὰ ἐπισύρῃ ἀνάκλησιν λόγῳ ἀχαριστίας (505 ἐπ. ΑΚ),
θὰ κριθῇ ἐκ τοῦ ἐὰν ἦτο ἢ ὅχι ἠθικῶς ὑπόχρεως νὰ προικίσῃ ὁ παρασχὼν
(512, 906 ΑΚ). Καὶ ὁμοίως ἐφ' ὅσον διαπιστωθῇ τοιαύτη ἠθικὴ ὑποχρέωσις,
(512, 906 ΑΚ). Καὶ ὁμοίως ἐφ' ὅσον διαπιστωθῇ τοιαύτη ἠθικὴ ὑποχρέωσις,
καλύπτεται, ὡς θὰ ἴδωμεν μετ' ὀλίγον (§ 51, §§ 52-55), εἰς ὠρισμένας
τουλάχιστον περιπτώσεις, καὶ αὐτὴ ἢ παράλειψις ἐγγράφου καταρτίσεως τῆς
πρὸς τὴν γυναικα ὑποσχέσεως προικίσεως, κατὰ τινα δὲ γνώμην καὶ τὸ ἐλάτ-
τωμα τοῦ μετὰ τοῦ ἀνδρὸς συνταχθέντος, ἀλλὰ χωρὶς σύμπραξιν συμβολαιο-
γράφου, προικοσυμφώνου.

NoB ΣΤ' 1233, ἐφ' ἧς Βουζιχας ἐνθ' ἀν., σ. 218 σημ. 35, περὶ ἧς καὶ εἰς τὴν μεθε-
πομένην σημειώσιν μας. Ὑπενομιζέται πάντως ὅτι ἡ Ἄναθεωρητικὴ Ἐπιτροπὴ τοῦ ΑΚ
εἶχε, διὰ μεγάλης πλειοψηφίας, ἀποδεχθῆ, τὸ 1931, τὴν κατάργησιν τῆς πρὸς προικίσις
ὑποχρεώσεως τῶν γονέων (ἐπίσημος ἐκδ. Σχεδ. οἰκογεν. δικ., σ. 602).

250) Θὰ ἴδωμεν μάλιστα ὅτι ἡ ὑπόσχεσις εἶναι, ὑπὸ προϋποθέσεις, ἔγκυρος καὶ ἂν
δὲν συνετάχθῃ συμβολαιογραφικῶν ἐγγράφων (§ 51).

251) Τουλάχιστον ὅταν πρόκειται περὶ γονέως, προικίζοντος χωρὶς νομικὴν ὑπο-
χρέωσιν. Βλ. προαναφερθεῖσαν ΑΠ 427/1958, ἀπεριορίστως δὲ Ἐφ.Θεσ. 324/1950 ΕΕΝ
κ'γ' 64 [67].

252) Βουζιχας ἐνθ' ἀν., ἐπίσης Κουμάντος εἰς Οἰκογεν. Ροιλοῦ Ι,
ἄρθρ. 1406 ἀριθ. 19γ. Βλ. καὶ ἀνωτ. σημ. 184, 193α, 196.

Ἀπὸ τῶν διαφορῶν αὐτῶν σκοπιῶν πρέπει τώρα νὰ ἐξετάσωμεν τὰ θέματα τῆς προικῆς.

51. Ὡς πρὸς τὰς παροχὰς χάριν προικίσσεως ἢ τὰς ὑποσχέσεις προικίσσεως τὰς διδομένας εἰς γυναικὰ, εἰς μίαν τουλάχιστον περίπτωσιν — ἀκριβῶς λόγῳ τοῦ ὅτι κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἔχομεν ἐδῶ τεκμήριον ὑπάρξεως ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος — εἶναι βέβαιον ὅτι δὲν ὑφίσταται δωρεὰ: ρητῶς, πράγματι, ἀποκλείει τὸν χαρακτηρισμὸν τῆς δωρεᾶς τὸ ἄρθρ. 1499 ΑΚ, ὡς ἂν ἡ παροχὴ (καὶ κατ' ἀναλογίαν ἢ ὑπόσχεσις) προέρχεται ἀπὸ γονέα τῆς προικιζομένης καὶ δὲν ὑπερβαίνει τὸ ἐκ τῶν περιστάσεων ἐνδεικνυόμενον μέτρον. Συνεπῶς δὲν παρεμβάλλεται σοβαρὰ δυσκολία εἰς τὸ νὰ ὑποστηριχθῇ, ὅτι τοιαύτη ὑπόσχεσις προικίσσεως οὐδέποτε ὑπόκειται εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον τῶν δωρεῶν ²⁵³.

Θὰ ἦδύνατο ἴσως ν' ἀντιταχθῇ, ὅτι παρὰ τὸν παραμερισμὸν τοῦ τύπου τῶν δωρεῶν μένει τὸ ἐκ τοῦ ἄρθρου 166 ΑΚ ἐμπόδιον. Τοῦτο πράγματι ἐπιβάλλει διὰ τὰ προσύμφωνα τὸν τύπον τὸν ὑπὸ τοῦ νόμου ὀριζόμενον διὰ τὴν συναπτὴν ὀριστικὴν σύμβασιν, οἷα ἐδῶ εἶναι ἡ σύστασις προικῆς, διὰ δὲ τὴν σύστασιν προικῆς χρειάζεται συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο (1406 ἐν συνδ. πρὸς 1402 § 2 ΑΚ). Ἄρα ἡ ὑπόσχεσις πρὸς γυναῖκα ὅτι θὰ προικισθῇ, καθὼ προσύμφωνον προικῆς, θὰ ἔπρεπε νὰ καταστρωθῇ συμβολαιογραφικῶς ἐπὶ ποινῇ ἀκυρότητος.

Κατ' ὄρθην ὅμως ἀντίληψιν ἢ πρὸς γυναῖκα ὑπόσχεσις προικῆς δὲν εἶναι προσύμφωνον συστάσεως προικῆς ²⁵⁴. Διότι ἡ σύστασις προικῆς συμφωνεῖται μεταξὺ προικοδότη καὶ προικολήπτου ἀνδρός, ἐνῶ εἰς τὴν ἐδῶ ἐξεταζομένην περίπτωσιν, δέκτης τῆς ὑποσχέσεως δὲν εἶναι ὁ ἀνὴρ ἀλλ' ἡ γυνὴ ²⁵⁵. Καὶ αἱ περὶ τύπου διατάξεις, ἀποτελοῦσαι ἐξαιρετικὸν δίκαιον (πρβλ. 158 ΑΚ), δὲν ἀρμόζει κατ' ἀρχὴν νὰ ἐπεκτείνωνται διὰ τοῦ ἐπιχειρήματος τῆς ἀναλογίας. Τὴν τυπικολογικὴν αὐτὴν θεμελιώσιν ἐνισχύουν ἄλλωστε καὶ ἀξιολογικὰ ἐπιχειρήματα. Τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο ἐπιβάλλεται ἐπὶ συστάσεως προικῆς πλὴν ἄλλων καὶ διότι αὕτη ἔχει ἀντικτύπους εἰς τὰς σχέσεις τῶν συζύγων πρὸς τρίτους ²⁵⁶. Τοιοῦτοι ὅμως ἀντίκτυποι δὲν ὑφίστανται ἐπὶ

253) Πρβλ. ΑΠ 448/1970 ΝοΒ ΙΗ' 1296. "Ἄλλο βεβαίως τὸ ζήτημα, ἂν τὸ συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο ἐπιβάλλεται ἐξ ἄλλου πλὴν τῆς δωρεᾶς λόγου: π.χ. διότι ἐδόθη ὑπόσχεσις μεταβιβάσεως ἀκινήτου (369 ΑΚ) ἢ καταβολῆς ἰσοβίου προσόδου (842 ΑΚ).

254) Πρβλ. Τό σ ἡ, Οἰκογεν. (1964) § 49 σημ. 1 σ. 211 καὶ σημ. 2.

255) Ἐνδιαφέρον παράδειγμα τοιοῦτου προσυμφώνου με συμβαλλομένους τὸν προικοδότη καὶ τὸν προικολήπτην εἰς Ἐφ. Ἰωανν. 66/1969 ΝοΒ ΙΗ' 66.

256) Μιχαηλίδου - Νοῦ ἀ ρ ο υ, Οἰκογεν. § 105 Β σ. 241 καὶ αὐτόθι σημ. 1 καὶ 2. Ὅσῳ δύναται νὰ ἐγγραφῇ ἐκ τοῦ νόμου ὑποθήκη πρὸς ἐξασφάλισιν τῆς ἀποδόσεως

συνιστά δωρεάν ή υπόσχσεις εκπληρώσεως ιδιαίτερου ήθικου καθήκοντος, είναι έγκυρος άδιαφόρως του ότι δέν έτηρήθη ό συμβολαιογραφικός τύπος (§ 48) ²⁵⁹.

52. Το άλλο θέμα, το συνδέον την προΐκα με τα εδώ μελετώμενα ιδιαίτερα ήθικά καθήκοντα, είναι, ως ελέχθη, το σχετικόν προς την ανάληψιν υπό του προικοδότου των παραδοθέντων εις τόν προικολήπτην άνδρα άντικειμένων, όσάκις δέν συνετάχθη συμβολαιογραφικόν προικοσύμφωνον.

Η κλασική παρ' ήμιν διδασκαλία, κρατούσα ήδη από της εποχής του βυζαντινορωμαϊκού δικαίου, υποστηρίζει ότι, μη υπάρχούσης προικός χωρίς συμβολαιογραφικόν έγγραφον, χωρεί ανάληψις των δοθέντων υπό του προικοδότου κατά τας αρχάς του άδικαιολογήτου πλουτισμού ²⁶⁰. Μόνον επί υποχρεωτικής συστάσεως προικός (1495 έπ. ΑΚ) δύναται ή γυνή, παρεμβαίνουσα εις την δίκην, να άποκρούση την περι ανάληψεως άγωγήν, προβάλλουσα τό δικαίωμα της προς λήψιν προικός και αξιοΐουσα την εκ των ύστερων σύνταξιν συμβολαιογραφικού προικοσυμφώνου ²⁶¹.

Τά επί μακρόν ήρεμοΐντα ύδατα ήλθε, τό 1954, να αναταράξη ό καθηγητής Βαβοΐσσκας. Διά μελέτης του δημοσιευθείσης εις την «Θέμιδα» ²⁶², διετύπωσε πρώτος ²⁶³, επί τη βάσει σειράς όλης έπιχειρημάτων, την νέαν θεωρίαν, ότι τά χωρίς συμβολαιογραφικόν έγγραφον λόγω προικός δοθέντα εις τόν άνδρα κινητά ²⁶⁴ δέν άναζητούνται, πλην άλλων διότι ό άναζητητών άποκρούεται δυνάμει

259) Τά λεχθέντα άνωτέρω (§ 51) περί μη έφαρμογής του άρθρου 166 ΑΚ επί υποσχέσεων προικίσεως του άρθρου 1499, προσαρμόζονται και προς τας νυν εξετασθείσας περιπτώσεις τας έξερχομένας της περιοχής του άρθρου 1499.

260) Ένδεχομένως και διά διεκδικητικής άγωγής: Μπαλιή, Οικογεν. § 66 άρθ. 1, Καν. α, Ένοχ. ΙΙ, άρθρα 904 - 907, § 3 γ α σ. 639 έπ.

261) Βλ. και τας έπομένως σημειώσεις.

262) «Περί της τύχης των δοθέντων λόγω προικός άνευ συμβολαιογραφικού έγγραφου», Θέμ. ΞΕ' 1117 - 1122. Εις τό δημοσίευμα περιλαμβάνεται και άναλυτική έκθεσις της μέχρι τότε κρατούσης διδασκαλίας, ως και της συναφούς νομολογίας. Σημειωτέον ότι ή συζήτησις άφορᾷ τόν συνεστῶτα του γάμου, όσον και την μετά την λύσιν του προβαλλομένην υπό του προικοδότου άξίωσιν άποδόσεως.

263) Πάντως ήδη προηγουμένως ή άποψις ύπεστηρίζετο έν Θεσσαλονίκη, από της πανεπιστημακής έδρας, υπό του καθηγ. Μιχαηλίδου - Νουάρου (πρβλ. Βαβοΐσκον έν ΕΕΝ κς' 39 ύπ' άριθ. 10).

264) Έπί παραδόσεως άκινήτων λόγω προικός ή έλλειψις του συμβολαιογραφικού έγγραφου δέν καλύπτεται, διότι ή μεταβίβασις της κυριότητος, ή κατά τας περιστάσεις ή σύστασις επικαρπίας (1412 - 1414 ΑΚ), προϋποθέτει συμβολαιογραφικόν έγγραφον, άναγκάσιον και διά τό κύρος της άποτελούσης την αίτιαν της μεταβιβάσεως ή συστάσεως του έμπραγμάτου δικαίωματος ένοχικής συμβάσεως, άσχετως άν ή ειρημένη αίτία είναι ή σύστασις προικός ή οιαδήποτε άλλη (369 ΑΚ). Πρβλ. και Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οικογεν. § 105 ΙΙ β σ. 243 - 244.

τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ, ἐπειδὴ τὸν ἐβάρυνε ἰδιαίτερον ἢ ὁ ἄλλος καθῆκον πρὸς προίκισιν.

Κατὰ τῆς νέας θεωρίας ἀντεπεξῆλθε ὁ Γ. Κωστόπουλος²⁶⁵, ὑποδείξας ὀρισμέναις ἀτελείαις τῆς καὶ συμβαλῶν εἰς τὴν διευκρίνισιν μερικῶν σημείων τῆς. Ἀντιθέτως τὴν θεωρίαν υἱοθέτησε ὁ καθηγητὴς *Μιχαηλίδης-Νουάρος*, παρὰ τὰς ἐπιφυλάξεις του ὡς πρὸς διάφορα χρησιμοποιηθέντα πρὸς θεμελίωσιν τῆς ἐπιχειρήματα²⁶⁶. Ἡ νέα διδασκαλία, κατὰ τὴν ὑπὸ τοῦ τελευταίου συμπύκνωσιν τῆς, ἔχει ὡς ἀκολούθως :

Τὰ ἄνευ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου παραδοθέντα λόγῳ προίκος εἰς τὸν ἄνδρα κινητὰ πρέπει νὰ θεωρηθῶν ὡς δωρηθέντα εἰς τὴν γυναῖκα²⁶⁷, ἥτοι ὡς παραδοθέντα εἰς τὸν ἄνδρα ὑπὸ τὴν ἰδιότητα τοῦ ἀντιπροσώπου τῆς γυναίκος καὶ διὰ λογαριασμόν τῆς (498 § 2 καὶ 979 ΑΚ). Οὕτω τὰ κινητὰ ταῦτα περιέρχονται εἰς τὴν ἐξώπρικοιον περιουσίαν τῆς γυναίκος, ὁ δὲ ἄνθρωπος διαχειρίσεται ταῦτα κατὰ σιωπηρὰν ἐντολήν τῆς γυναίκος, δυναμένην ν' ἀνακληθῆ ζεταὶ ταῦτα κατὰ ἐπισηρὰν ἐντολήν τῆς γυναίκος, δυνάμενην ν' ἀνακληθῆ ζεταὶ ἐλευθέρως ὑπὸ τῆς γυναίκος. Ὁ προικοδότης (γονεὺς ἢ ἐξωτικὸς) δὲν δύνεται ν' ἀναζητήσῃ τὰ δοθέντα διὰ τῆς ἀγωγῆς τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ (*condictio sine causa*), διότι ταῦτα ἐδόθησαν πρὸς ἐκπλήρωσιν νομικῆς ὑποχρέωσης ἐναντι τῆς γυναίκος ἢ ἐπὶ προθέσει δωρεᾶς πρὸς αὐτὴν καὶ διότι ἡ ἀναζητήσις των ἀποκλείεται ἐκ τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ²⁶⁸.

Μὲ τὸν τρόπον αὐτὸν ἐπιδιώκεται ἡ ἀποτροπὴ τῆς συχνὰ συγκρουομένης πρὸς τὰς ἠθικὰς ἀντιλήψεις ἀφαιρέσεως ἀπὸ τὸν ἄνδρα τῶν ἄνευ συμβολαιογραφικοῦ προικοσυμφώνου ὑπ' αὐτοῦ ληφθέντων κινητῶν.

Ἡ ἐκτεθεῖσα θεωρία εὔρεν ἀρχικῶς ἀπήχησιν τινὰ καὶ εἰς τὰ δικαστήρια τῆς οὐσίας²⁶⁹. Προσφάτως ὅμως ἀπεκρούσθη ὑπὸ τοῦ Ἀρείου Πάγου²⁷⁰.

265) Ἐν Νέῳ Δικαίῳ ΙΑ' 430 ἐπ. Τὴν θεωρίαν ἀποκρούουν ἐπίσης ὁ Κ ο υ μ ἄ ν τ ο ς ἐν Οἰκογεν. Ρ ο ῦ λ ο ῦ Ι, ἄρθρ. 1406 ἀριθ. 19β καὶ ὁ Κ α υ κ ᾶ ς ἐνθ' ἄν.

266) Μιχαηλίδου - Νουάρου, Οἰκογεν. σ. 243 - 244.

267) Βεβαίως ἡ γυνὴ δὲν θὰ θεωρηθῆ λαμβάνουσα λόγῳ δωρεᾶς εἰς τὰ θέματα ὑποχρεωτικῆς προίκισεως τῆς (πρβλ. 1499 ΑΚ).

268) Οἱ θιασῶται τῆς θεωρίας δὲν διηκρίνησαν ἐπαρκῶς πρὸς ποῖον πρέπει νὰ ὑπάρχῃ τὸ ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον τὸ δικαιολογῶν τὴν κατὰ τὸ ἄρθρ. 906 παρακράτησιν τῶν ληφθέντων ἀτύπως κινητῶν. Πρὸς τὴν γυναῖκα, ἢ ἀρκεῖ ἄραγε καὶ πρὸς τὸν ἄνδρα ; Μᾶλλον ὅμως ἔνοουσιν τὸ πρῶτον, διότι ὡς πρὸς τὸν ἄνδρα σπανίως θὰ ὑφίσταται τοιοῦτον καθῆκον. Ἐν πάσῃ περιπτώσει ἡ γυνὴ, μόνη νομιμοποιημένη νὰ ἀντιτάξῃ τὸ πρὸς αὐτὴν ἠθικὸν καθῆκον, ὀρθὸν εἶναι νὰ παρεμβάλῃ εἰς τὴν μεταξύ προικοδότου καὶ προικολήπτου δίεσιν.

269) Βλ. ἀνάλυσιν τῆς νομολογίας, ἐν μέρει μόνον εὐνοικῆς πρὸς τὴν νέαν ἀποψιν, εἰς σχόλιον Β α β ο ῦ σ κ ο υ ὑπὸ Ἐφ. Ἀθ. 477/1962 ΕΕΝ λα' 111 - 113. Βλ. ἐπίσης τὸν αὐτὸν, σχόλιον ἀποφάσεως ἐν ΕΕΝ κζ' 37 ἐπ.

270) ΑΠ 389/1965 ΕΕΝ λγ' 344.

Ἡ κρίσις ὅτι ὁ προικοδότης πρέπει νὰ ἀποδώσῃ τὰ ληφθέντα ἐστηρίχθη εἰς τὴν σκέψιν, ὅτι ἡ κατὰ τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ ἔνστασις τῆς καταβολῆς ἐξ ἰδιαιτέρου ἡθικοῦ καθήκοντος ἢ ἐκ λόγων εὐπρεπειᾶς παρεσχέθη, ὡς ἐκ τοῦ κειμένου τοῦ ἄρθρου 906 προκύπτει, μόνον ἐναντίον τῆς ἀπαιτήσεως τοῦ ἀχρεωστήτου. Μολονότι δὲ δὲν φαίνεται καθαρὰ ἐκ τοῦ περιεχομένου τῆς σχετικῆς ὑπ' ἀριθ. 389/1965 ἀποφάσεως τοῦ Ἀνωτάτου Δικαστηρίου ποῖα ἦτο εἰς τὴν κριθεῖσαν ὑπόθεσιν ἡ ἔνδικος ἀγωγή, ἐκ τῆς ἀποφάσεως πάντως προκύπτει ὅτι κατὰ τὸ Ἀκυρωτικὸν δὲν ἦτο ἡ ἀπαίτησις τοῦ ἀχρεωστήτου²⁷¹. Ἐξ οὗ καὶ ἡ κρίσις περὶ τῆς βασιμότητος τῆς περὶ ἀναλήψεως τῶν δοθέντων ἀγωγῆς.

Τὸ θέμα παρουσιάζει κατὰ τ' ἀνωτέρω πολὺ θεωρητικὸν ἐνδιαφέρον. Ἀλλὰ καὶ ἡ πρακτικὴ σημασία του δὲν ὑστερεῖ. Εἶναι γνωστὴ ἡ λίαν διαδεδομένη τακτικὴ, κυρίως πρὸς ἀποφυγὴν τῆς βαρείας φορολογίας τῶν προικῶν, νὰ παρέχονται προῖκες χωρὶς συμβολαιογραφικὴν σύνταξιν τοῦ προικοσυμφώνου. Παρατηρεῖται τότε συχνὰ τὸ φαινόμενον—διενέξεις τοῦ προικοδότου πρὸς τὸν προικολήπτην ἢ καὶ τὴν προικισθεῖσαν, μετὰ τὸν γάμον, δὲν εἶναι σπάνια—νὰ ἀναζητῆ ὁ πρῶτος ἀπὸ τὸν δεύτερον τὰ δοθέντα ὡς κατεχόμενα ἄνευ νομίμου αἰτίας, λόγῳ τῆς ἀκυρότητος τῆς συστάσεως τῆς προικῆς²⁷². Ἡ πρόσφατος διαφωνία τοῦ Ἀρείου Πάγου πρὸς τὴν ἀνωτέρω ἐκτεθεῖσαν θεωρίαν, ρίπτουσα οἰονεὶ ἐπισήμως εἰς τὴν συζήτησιν καὶ τὸ ἐπιχείρημα τοῦ ἀνεφαρμόστου τοῦ ἄρθρου 906 ἐπειδὴ δὲν πρόκειται περὶ τῆς ἀπαιτήσεως τοῦ ἀχρεωστήτου, προστιθεμένη δὲ καὶ εἰς τὴν ἐπὶ διαφόρων βάσεων στηρίχθησαν ἀντίθεσιν ἄλλων συγγραφέων²⁷³, δικαιολογεῖ τὴν εἰς τὴν παρούσαν θέσιν ἐπανεξέτασιν τοῦ ζητήματος. Τοσοῦτω μᾶλλον καθ' ὅσον αἱ πρακτικαὶ ἀντανακλάσεις του ἐκτείνονται, ὡς θὰ ἴδωμεν, καὶ πέραν τῶν ὁρίων τὰ ὁποῖα ἐχάραξαν οἱ μέχρι σήμερον ἀσχοληθέντες μὲ αὐτὸ (κατωτ. § 55).

53. Ἡ κατὰ τῆς θεωρίας περὶ παρακρατήσεως τῶν δοθέντων κινήτων ὑπὸ τοῦ προικολήπτου ἀντίρρησις τοῦ Ἀρείου Πάγου, ὅτι ἡ ἐκ τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ ἔνστασις ἀποκλείεται διότι ἡ ἀναζήτησις δὲν στηρίζεται εἰς τὴν ἀπαίτησιν τοῦ ἀχρεωστήτου, δὲν εἶναι, φρονῶ, ἀκλόνητος. Ὡς ὁ Αἰποβιτς ἐπὶ τῆ βιά-

271) Ἡ ἀποψις, ὅτι ἡ ἐκ τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ ἔνστασις προβάλλεται μόνον κατὰ τῆς ἀπαιτήσεως ἀχρεωστήτου, διευκρινήθη καὶ εἰς δύο ἄλλας ἀποφάσεις τοῦ Ἀνωτάτου Δικαστηρίου, ἀσχετῶς ὅμως πρὸς τὰ θέματα τῆς προικῆς (391/1957 ΝοΒ ΣΤ' 195 καὶ 13/1963 ΝοΒ ΙΑ' 631). Ἡ ἰδέα φαίνεται νὰ ἐξεφράσθη τὸ πρῶτον ὑπὸ τοῦ Γ. Κωστοπούλου, ἐνθ' ἀν. σ. 433 ἀριθ. 6. Πάντως οἱ καθηγηταὶ Μιχαηλίδης - Νουάρος καὶ Βαβούσκος δὲν ἐπιχειροῦν ἀντίρρυσίν της.

272) Ἡ προικισθεῖσα ἄλλοτε μὲν συμμαχεῖ μὲ τὸν προικοδότην, ἄλλοτε δὲ μὲ τὸν σύζυγον.

273) Βλ. τοὺς ἀνωτ. ἐν σημ. 265 ἀναφερομένους.

σει σοβαρῶν ἐπιχειρημάτων, ἀλλ' ἐξ ἀφορμῆς ξένης πρὸς τὸ θέμα τῆς προικὸς παρετήρησε ²⁷⁴, ἢ ἐκ τοῦ ἄρθρου 906 ἔνστασις δύναται, δι' ἀναλόγου ἐφαρμογῆς τῆς διατάξεως, ν' ἀντιταχθῇ καὶ κατ' ἄλλων ἀγωγῶν ἐκ τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ, π.χ. κατὰ τῆς *condictio sine causa* ὑπὸ τὴν στενήν ἔννοιαν ^{274a}. Βεβαίως ἐξαιρέσεις πρέπει νὰ γίνῃ ὡς πρὸς τὴν *condictio ob turpem causam*, διότι εἶναι ἀδιανόητον ὁ λαβὼν κατὰ τρόπον αἰσχρὸν νὰ δύναται ν' ἀντιτάξῃ, ὅτι ὑπῆρχε εἰς βάρος τοῦ δόντος ἰδιαίτερον καθῆκον ὅπως παράσχη εἰς τὸν λήπτην ²⁷⁵. Καὶ ἐπίσης ἐνίστε καὶ κατὰ τῆς *condictio ob injustam causam* θὰ ἀποκλείεται ἡ ἔνστασις, ὅταν τὸ πνεῦμα τῆς διὰ τῆς παροχῆς παραβιασθείσης διατάξεως νόμου, ἀποβλεπούσης εἰς ἔντονον προστασίαν τῆς δημοσίας τάξεως, ἐπιβάλλει ν' ἀποδοθῶν τὰ ἐκ παρανόμου αἰτίας καταβληθέντα, ἔστω καὶ ἂν ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον ἐπέτασσε νὰ παρασχεθῶν.

Ἡ ὑπὸ τοῦ Λίποβατς ἀντίκρουσις τῆς ὡς πρὸς τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ ἀπόψεως τοῦ Ἀρείου Πάγου εἶναι, φρονῶ, ἐπιδοκιμαστέα. Τὸ ἄρθρ. 906 δὲν λέγει ρητῶς ὅτι μόνον κατὰ τῆς ἀπαιτήσεως τοῦ ἀχρεωστήτου χωρεῖ ἡ ἔνστασις. Ἐρμηνευόμενον κατὰ τὸ πνεῦμα του θέτει τὸν κανόνα, ὅτι ὡσάκις ἡ γενομένη καταβολὴ ἀνταπεκρίνεται εἰς ἰδιαίτερον καθῆκον εἶναι ἀνάρμοστος ἡ ἀναζήτησις. Ἡ οὐσιαστικὴ αὐτῆ σκέψις δύναται νὰ ἐπεκταθῇ κατ' ἀναλογίαν καὶ εἰς ἄλλας ἀγωγὰς ἐκ τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ, ὡς λ.χ. εἰς τὴν ἀπαιτησὶν ἄνευ αἰτίας (*condictio sine causa*) ὑπὸ τὴν στενήν ἔννοιαν.

Ἄλλ' ἄς ἴδωμεν, μετὰ τὴν ἀποδοχὴν τῆς ἀντικρούσεως τῆς ὡς πρὸς τὸ ἄρθρ. 906 ΑΚ ἀρεσπαγιτικῆς ἀπόψεως, ποῦ ἀγόμεθα εἰς τὸ ἐνδιαφέρον εἰδικώτερον ἡμᾶς θέμα τῆς προικὸς.

Πρὸς ἐπίτευξιν σαφηνείας κατὰ τὴν συζήτησιν, σημασίαν ἔχει ὁ ἀκριβὲς καθορισμὸς τῆς ἀγωγῆς, διὰ τῆς ὑποίας διώκεται ἡ ἀπόδοσις τῶν παρασχεθέντων λόγῳ προικὸς, χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο, κινήτων ²⁷⁶. Συνήθως παρ' ἡμῶν γίνεταί δεκτὸν ὅτι αὕτη εἶναι ἡ *condictio sine causa* ²⁷⁷.

274) Σχόλιον ὑπὸ ΑΠ 391/1957 ἐν ΝοΒ ΣΤ' 197 ἐπ.

274a) Κατὰ Π. Πατρῶν 608/1968 ΝοΒ ΙΣΤ' 1084 οὐχὶ κατὰ τῆς ἀπαιτήσεως διὰ μὴ ἐπακολουθήσασαν ἢ λήξασαν αἰτίαν.

275) Λίποβατς αὐτόθι σ. 197 ὑπ' ἀριθ. 4. Πρβλ. καὶ Planiol-Ripert (-Radouant), *Traité prat. de dr. civil VII* (1954) ἀριθ. 989, Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, ἐκδ. 1935, ἀριθ. 198.

276) Ἐκτενὲς μελέτη, γενικώτερον, τοῦ χαρακτῆρος τῆς ἐκ τοῦ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ ἀγωγῆς ἐπὶ ἀποδόσει τῶν δοθέντων εἰς ἐκτέλεσιν παρατόπου δικαιοπραξίας ὑπὸ Πλαγιανᾶκου ἐν ΝοΒ ΣΤ' 412-420.

277) Ἐπὶ τὴν στενήν ἔννοιαν: Μπαλιῆ, Οἰκογεν. § 66 ἀριθ. 1, Μιχαηλίδης - Νουάρος ἐνθ' ἄν., Ἐφ. Πατρ. 91/1955 ΕΕΝ κβ' 802. Πρβλ. γενικῶς ἐπὶ συμβάσεων ἀκύρων λόγῳ μὴ τηρήσεως τοῦ νομίμου τύπου καὶ Βουζιξα, Μελέται ἀστ. δικαίου (1968) σ. 225.

Ἐνίοτε ὅμως ἀπαντᾷ καὶ ἡ ἀντίληψις ὅτι εἶναι ἡ *condictio indebiti*²⁷⁸. Μάλιστα εἰς τὴν Γερμανίαν τείνει νὰ ἐπικρατήσῃ τὸ τελευταῖον, ὡςαύτως ἡ γενομένη οἰαδῆποτε παροχὴ στερεῖται νομίμου αἰτίας ἕνεκα παραλείψεως τοῦ ὑπὸ τοῦ νόμου ἐπιβαλλομένου τύπου²⁷⁹, ὡς καὶ εἰς τὸ εἰδικὸν θέμα μας συμβαίνει. Ἄν ἡ ἀντίληψις αὕτη ὅτι πρόκειται περὶ τῆς ἀπαιτήσεως τοῦ ἀχρεωστήτου εἶναι ἀκριβής, τότε καὶ εἰς τὸ θέμα τῆς παραδόσεως αἰτία προικὸς κινήτων χωρὶς συμβολαιογραφικὸν προικοσύμφωνον οὐδεὶς λόγος δύναται νὰ γίγῃ περὶ ἀποκλεισμοῦ τῆς ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 906. Τοῦτου τεθέντος, ἂν μὲν ὁ προικοδότης ἐγνώριζε κατὰ τὴν σύστασιν τῆς προικὸς, ὅτι αὕτη ἔπασχε ἀκυρότητα λόγῳ μὴ συντάξεως συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου, δὲν ἀναλαμβάνει τὰ καταβληθέντα λόγῳ τοῦ ἄρθρου 905 § 1 AK. ἂν δὲ πάλιν ἡγνώσει, ἐφ' ὅσον θὰ δυνηθῇ ὁ προικοδότης (ἢ καλύτερον ἡ παρεμβάσα εἰς τὴν δίκην γυνή, βλ. ἄνωτ. σημ. 268) νὰ ἀποδείξῃ, ὅτι ὑπῆρχε ἰδιαιτέρον ἠθικὸν καθήκον πρὸς τὴν γυναῖκα ὅπως συσταθῇ ἡ προίξ, θ' ἀποκρουσθῇ ἡ ἀναζήτησις (ὑπὲρ τῆς γυναικὸς) κατ' ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 906.

Ἐπὶ τῇ ὑποθέσει, ἐξ ἄλλου, ὅτι προτιμᾶται ἡ ἐκδοχὴ καθ' ἣν ἀρμόζουσα ἐν προκειμένῳ ἀγωγὴ, ἀντὶ τῆς ἀπαιτήσεως ἀχρεωστήτου, εἶναι ἡ *condictio sine causa*, καταλήγουσα ὁμοίως εἰς ἀπόκρουσιν τῆς ἀναζητήσεως. Θὰ λειτουργήσῃ καὶ πάλιν τὸ ἄρθρ. 906²⁸⁰. Διότι ὡς ἐδέχθημεν πρὸ ὀλίγου, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὴν ἀποψιν τοῦ Ἀνωτάτου Δικαστηρίου, εἶναι καὶ ἐπὶ τῆς *condictio sine causa* παραδεκτὴ ἡ ἐκ τοῦ ἄρθρου τούτου ἐνστασις.

278) Πρβλ. Κ α υ κ ᾱ, Ἐνοχ. ἄρθρα 904 - 907 § 3 γ β β σ. 641. Πάντως δὲν εἶναι ὀρθὸν νὰ θεωρηθῇ, ὅτι ἡ ἀναζήτησις γίνεται διὰ τῆς *condictio ob injustam causam* (πρβλ. λ.χ. Π λ α γ ι α ν ἄ κ ο ν ἐν ΝοΒ ΣΤ' 412 ἐπ., 415 ἐπ., πρόσθ. ἄλλας παραπομπὰς εἰς Β ο υ ζ ἱ κ α ν ἔνθ' ἄν.), διότι ἡ καταβολὴ εἰς ἐκτέλεσιν συμβάσεως ἀκύρου λόγῳ παραλείψεως τοῦ νομίμου τύπου δὲν εἶναι κατὰ κυριολογίαν πράξις π α ρ ἄ ν ο μ ο ς, ἥτοι ἀποδοκιμαζομένη ὑπὸ τοῦ δικαίου (βλ. ἐκτενῶς Λ ι τ ζ ε ρ ὀ π ο υ λ ο ν ἐν Ἐβρανίῳ πρὸς Γ. Μαριδάκην», συμπλήρωμα 1970, ὑπὸ ἐκτύπωσιν, σ. 315 ἐπ. καὶ ἰδίως 317 σημ. 103). Τοῦτο ἔχει σημασίαν, διότι ἡ ἐκτασις τῆς ὑφειλομένης ἀποδόσεως δὲν θὰ ρυθμισθῇ κατὰ τὸ ἀύστηρόν ἄρθρ. 911 ἀρθρ. 2 AK.

279) Βλ. Staudinger (- Keidel - Lechner - Seufert) II/4 § 812 ἀρθρ. 18a καὶ 20, Soergel-Siebert (- Mühl), Kommentar zum BGB, III (1969) § 812 ἀρθρ. 95, πρβλ. καὶ § 814 ἀρθρ. 10. Βλ. ὅμως καὶ E n n e c c e r u s - L e h m a n n, Recht der Schuldverhältnisse (1954) § 222 I 1 c, σημ. 5.

280) Ἄν ὅμως ἐγνώριζε ὁ παρασχὼν ὅτι δὲν ὑποχρεοῦται νομικῶς λόγῳ τῆς ἐλείψεως τοῦ συμβολαιογραφικοῦ ἐγγράφου, ὑπὸ τὴν ἐκδοχὴν αὕτη φαίνεται ἀμφίβολος ἡ ἀναζήτησις. Πράγματι ἡ ἐκλογὴ μεταξὺ τῆς *condictio indebiti* καὶ τῆς *condictio sine causa* εἰς τὰ θέματα τῆς ἀποδόσεως τῶν εἰς ἐκτέλεσιν παρατύπου συμβάσεως δοθέντων αὐτὴν γενικώτερον τὴν πρακτικὴν σημασίαν ἔχει : ἐπὶ τῆς πρώτης ἀγωγῆς ἡ ἐν γνώσει καταβολὴ ἐμποδίζει τὴν ἀνάληψιν (905 § 1 AK), ἐνῶ δὲν τὴν ἀποτρέπει ἐπὶ τῆς δευτέρας (Β ο υ ζ ἱ κ α ς ἔνθ' ἄν. σ. 225 σημ. 12). Πρβλ. καὶ ἄνωτ. ἀλλὰ καὶ τὴν ἐπομένην σιμειώσιν 281.

εἰς τὴν ἀπόκρουσιν τῆς ἀναζητήσεως τῶν δοθέντων φαίνεται ἄλλωστε καθαρὰ καὶ ἐκ τοῦ ὅτι ἡ προσφυγὴ εἰς αὐτὸ δὲν θὰ εἶναι πάντοτε ἀπαραίτητος. Πράγματι ἂν ὁ προικοδότης ἐγνώριζε τὴν ἀνυπαρξίαν νομικῆς ὑποχρεώσεώς του πρὸς προίκισιν ἢ τὴν ἀκυρότητα τῆς συστάσεως τῆς προικὸς λόγῳ τῆς παραλείψεως τοῦ νομίμου τύπου, τότε ἐμποδίζεται ν' ἀναζητήσῃ κατ' ἐφαρμογὴν ὄχι τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ, ἀλλὰ τοῦ 905 § 1²⁸². Τέλος δέ, ὑπάρχει καὶ ἡ περίπτωση τοῦ συστήσαντος τὴν προῖκα χωρὶς νὰ τὸν βαρύνῃ ἠθικὸν καθήκον. Τότε θεωρεῖται, ὡς γνωστόν, ὅτι παρέχει δωρεὰν πρὸς τὴν γυναῖκα. Ἀλλὰ καὶ πάλιν, ἀσχέτως πρὸς τὸ ἄρθρ. 906, δὲν ἀναζητεῖ τὰ χωρὶς συμβολαιογραφικὸν προικοσύμφωνον δοθέντα κινητά. Τὸν ἐμποδίζει τὸ ἄρθρ. 498 § 2.

Οὕτω κατάλληλον εἰς τὸ ὅτι ἡ ἐπιτυχία τῆς νέας διδασκαλίας περὶ παρακρατήσεως τῶν ἄνευ συμβολαιογραφικοῦ προσυμφώνου ληφθέντων ὑπὸ τοῦ ἀνδρὸς κινητῶν ἐξαρκᾶται πρὸ παντὸς ἄλλου ἐκ τῆς ἀποδοχῆς ἢ μὴ τῆς ἐπιστημονικῆς ὑποθέσεως, ὅτι ὁ ἀνὴρ κατὰ τὴν συνομολόγησιν τῆς συστάσεως τῆς προικὸς ἐκπροσωπεῖ ὑπὸ τὸ ἐξηγηθὲν πνεῦμα καὶ τὴν γυναῖκα²⁸³. Μόνον τότε ἀνοίγει ἡ ὁδὸς καὶ διὰ τὴν συμβολὴν τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ πρὸς ἐπίτευξιν τῆς ὡς ἄνω παρακρατήσεως.

Θὰ παρεσυρόμεθα πολὺ ἔξω τῶν ὁρίων τῆς ἀνὰ χεῖρας μελέτης ἂν ἀπεφασίζαμεν νὰ ὑποβάλλωμεν εἰς λεπτομερῆ κριτικὴν ἐξέτασιν τὴν καιρίαν αὐτὴν διὰ τὸ ὅλον πρόβλημα νομικὴν κατασκευὴν τῆς ἐκπροσωπήσεως, κατὰ τῆς ὁποίας ἔχουν ἤδη διατυπωθῆ ἀντιρρήσεις²⁸⁴. Ἀρκεῖ διὰ τοὺς ἐδῶ ἐπιδιωκόμενους σκοποὺς νὰ ἐκφράσωμεν τὴν γνώμην, ὅτι ἂν καὶ ἀρκετὰ τοιμηρὰ, εἶναι κάλλιστα ὑποστηρίξιμος²⁸⁵. Πάντως, ἐφ' ὅσον ἡ ἰδέα τῆς ἐκπροσωπήσεως γίνεαι δεκτὴ, εὐρύνεται καὶ τὸ ἔδαφος ἐφαρμογῆς τοῦ ἄρθρου 906 ΑΚ, λόγῳ τῆς συχνότητος, εἰς τὴν καθημερινὴν ζωὴν, τῆς συστάσεως προικῶν χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφον.

55. Τέλος, εἰς στενὴν σχέσιν πρὸς τὸν ἄξονα περὶ τὸν ὁποῖον στρέφεται κυρίως ἡ παρούσα ἐργασία, τὰ ἠθικὰ καθήκοντα, τελεῖ, καὶ ἐπομένως δὲν πρέπει νὰ μείνῃ ἀδιαπραγμάτευτον, τὸ θέμα τοῦ ἐπιμελοῦς καθορισμοῦ τῶν συνε-

282) Βλ. ἀνωτ. § 53 μετὰ τὴν σημ. 279, ἀλλὰ καὶ τὴν ἐν σημ. 281 ἐπιφύλαξιν.

283) Βλ. ἰδίως Γ. Κωστούλου ἐν Ν. Δικαίῳ ΙΑ' 430 ἐπ. ὑπ' ἀριθ. 3.

284) Ἴσως ἀσχοληθῶμεν μὲ τὸ θέμα εἰς ἄλλην μελέτην μας. Τὴν θεωρίαν ἐνισχύουν καὶ σκέψεις τινὲς τοῦ Μπαλιῆ, Οἰκογεν. § 62 ἀριθ. 3 καὶ 5, § 65 ἀριθ. 3, βλ. καὶ Γεν. Ἀρχὰς τοῦ αὐτοῦ § 58 ἐν τέλει.

285) Ἀξιοσημείωτον πάντως εἶναι, ὅτι ὁπαδοὶ καὶ ἀντίπαλοι τῆς θεωρίας δὲν ἐπέμειναν ἀρκετὰ εἰς τὴν εξέτασιν τοῦ βάρους τούτου τῆς θεωρίας, μετὰ τοῦ ὁποίου αὐτὴ ἵσταται ἢ πίπτει. Οὕτω καὶ ἡ προαναφερθεῖσα ὑπ' ἀριθ. 389/1965 ἀπόφασις τοῦ Ἀρείου Πάγου, ἀσχοληθεῖσα μόνον μὲ τὸ ἄρθρ. 906.

Τέλος υπάρχει καὶ ἡ περίπτωση, καθ' ἣν δὲν ἐξετελέσθη εἰσέτι ἡ συμφωνηθεῖσα χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφον σύμβασις συστάσεως προικός. Οἱ θιασῶται τῆς νέας θεωρίας δὲν ἐστρεψαν οὔτε πρὸς αὐτὴν τὴν πλευρὰν τὴν προσοχὴν των. Προέκτασις ὅμως τῶν ἰδεῶν των εἶναι νὰ θεωρήσωμεν, ὅτι ἡ δοθεῖσα ἀτύπως — καὶ ἀκέρως — ὑπόσχεσις παροχῆς προικός εἰς τὸν ἄνδρα δύναται νὰ ληφθῇ ὑπ' ὄψιν ὡς ὑπόσχεσις προίκσεως π ρ ὀ σ τ ἣ ν γ υ ν α ῖ κ α. Καὶ ἐξεθέσαμεν ἤδη ὅτι τοιαύτη ὑπόσχεσις δὲν ὑπόκειται καθ' ἑαυτὴν, ὡς ἡ σύστασις προικός, εἰς τὸν συμβολαιογραφικὸν τύπον (ἄνωτ. § 51). Θὰ χρειάζεται ὅμως καὶ δι' αὐτὴν συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφον, ὅσάκις ὁ ὑποσχόμενος δὲν ἦτο νόμος ὑπόχρεως πρὸς προίκισιν, ἀφοῦ τότε λογίζεται δωρητῆς (1499 AK a contrario). Ἄν, ἐξ ἄλλου, καίτοι μὴ ὑπόχρεως νὰ προικήσῃ ἐκ τοῦ νόμου, ἐν τούτοις ὑπεῖχε πρὸς τοῦτο ἰδιαιτερον ἠθικὸν καθῆκον, τότε θὰ ἰσχύσουν ὅσα ἀνωτέρω γενικῶς ἐξεθέσαμεν ὡς πρὸς πᾶσαν ὑπόσχεσιν ἐκπληρώσεως ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος (§§ 48 - 49). Ἐπὶ τῇ βάσει αὐτῶν θὰ κριθοῦν εἰδικώτερον καὶ τὰ τοῦ τύπου²⁸⁷, κατόπιν δὲ καὶ τὰ ἀποτελέσματα τῆς δοθείσης ὑποσχέσεως (βλ. § 44).

X. Ἐξήγησις καὶ κοινωνικὴ καὶ ἠθικὴ σημασία τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν.

56. Γνωρίζομεν πλέον ἐπαρκῶς τὰ προβλήματα τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν. Καὶ ἐκ τῆς ὅλης θεωρήσεως των προβάλλει ἐντόνωσ τὸ περιεργον καὶ ἰδιόρρυθμον τῆς νομικῆς των κατασκευῆς.

Αὗται εἶναι καὶ δὲν εἶναι ἐνοχαί. Ἐλλείπει ἀπὸ αὐτὰς ἡ σπουδαιότης ἰδιότης τοῦ ἐξαναγκαστοῦ. Ἄλλὰ δὲν στεροῦνται καὶ ἐντελῶς νομικῆς ὑποστάσεως, ἐκδηλουμένης διὰ τῆς ἐγκυρότητος τῆς οἰκιοθελῶς ἐνεργηθείσης καταβολῆς, τῆς ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ὑπαρχούσης δυνατότητος μετατροπῆς εἰς ἀρτίαν νομικὴν ἐνοχὴν διὰ συμβατικῆς ἀναγνωρίσεως, ὡς καὶ δι' ὠρισμένων ἄλλων ἀποτελεσμάτων. Εἶναι τρόπον τινὰ «νομικὰ ἀμφίβια». Ἡ ζωὴ των κυρίως ἐκτυλίσσεται εἰς τὸν ἐξωνομικὸν χῶρον τῆς ἠθικῆς καὶ τῆς ἐθιμοτυπίας. Ἄλλ' εἰσέρχονται ἐνίοτε καὶ εἰς τὴν περιοχὴν τοῦ δικαίου διὰ τῶν ὡς ἄνω περιωρισμένων ἐκδηλώσεών των.

Ποία ἄραγε ἡ ἐξήγησις τῆς ἀναγνωρίσεως μιᾶς τοιαύτης ἐνδιαμέσου κατηγορίας ὑποχρεώσεων, αἱ ὁποῖαι δὲν εἶναι μὲν νομικῶς τέλειαι, ἀλλ' οὔτε καὶ ἐντελῶς ἐστερημένοι νομικῶν συνεπειῶν;

Εἶδομεν ἤδη ὅτι οἱ λόγοι τῆς ἀναγνωρίσεως τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν δὲν εἶναι οἱ αὐτοὶ εἰς ὅλας τὰς περιπτώσεις. Αἱ πλεῖσταί ὅμως ἔχουν ὡς κοινὸν γνώρισμα τὸ ὅτι ἐπιβάλλονται κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον ἐξ ἀντιλήψεων περὶ ὑπάρξεως

287) Ἄτυπος ἡ ὑπόσχεσις ἂν ὁ ὑποσχόμενος ἐγνώριζε ὅτι δὲν τὸν ὑποχρεώνει ὁ νόμος ἀνάγκη ἐγγράφου (ἀλλὰ καὶ ἀπλοῦ ἰδιωτικοῦ) ἂν τὸ ἠγνῶει (ἄνωτ. § 49).

ἰδιαιτέρου ἠθικοῦ καθήκοντος, καὶ κατὰ δεύτερον λόγον ἐκ σκέψεων κοινωνικῆς εὐπρέπειας (βλ. § 4).

Τὸ καθήκον αὐτὸ δὲν ἐκρίθη τόσον ἰσχυρόν, ὥστε ὁ νομοθέτης νὰ ἐξασφαλίσῃ τὴν τήρησίν του διὰ παροχῆς τῆς ἐξουσίας τοῦ ἐξαναγκασμοῦ εἰς ἐκεῖνον πρὸς τὸν ὅποιον ὑπάρχει. Ἄλλ' οὔτε καὶ τόσον ἀσημάντον διὰ νὰ ἀρνηθῆ εἰς αὐτὸν ἡ ἔννομος τάξις οἰανδήποτε βοήθειαν. Ἐπρεπε νὰ εὑρεθῆ μία ἐνδιάμεσος ρύθμισις. Καὶ αὐτὴν ἐκφράζει ἡ νομικὴ μορφή τῆς ἀτελοῦς ἔνοχῆς.

Εἰς τὰ διάφορα θέματα ἀτελῶν ἔνοχῶν ἡ ἐκπλήρωσις των προϋποθέτει ἐπαρκῆ συναίσθησιν τῶν ἠθικῶν καὶ κοινωνικῶν καθηκόντων καὶ τὴν θέλησιν νὰ ὑποστῆ ὁ ὑπέχων τὸ καθήκον τὴν σχετικὴν θυσίαν. Τὴν ἀνάγκην τῆς θυσίας αὐτῆς δὲν αἰσθάνεται πάντοτε ἐντόνως ὁ μέσος ἐν τῇ κοινωνίᾳ ἄνθρωπος. Ἄφοῦ, ὡς ἐλέχθη, ἡ ἐκπλήρωσις τῶν καθηκόντων αὐτῶν δὲν ἔχει διὰ τὴν κοινωνικὴν συμβίωσιν τόσον μεγάλην ἀξίαν, ὥστε ἡ ἔννομος τάξις ν' ἀποφασίσῃ νὰ ἐφοδιάσῃ τὸν πρὸς ὃν τὸ καθήκον μὲ τὴν ἐξουσίαν τοῦ ἐξαναγκασμοῦ, ἡδύνατο αὕτη νὰ παραλειψῇ τὸν ἐξαναγκασμόν. Ἄν ἐπέμενε νὰ τὸν θεσπίσῃ, θὰ διέτρεχε τὸν κίνδυνον νὰ μὴ κατορθώσῃ νὰ ἐπιβληθῆ. Διότι ἡ κοινωνιολογικὴ παρατήρησις ἀπὸ μακροῦ ἔχει ἐπισύρει τὴν προσοχὴν εἰς τὸ ὅτι οἱ νόμοι παραμένουν εὐκόλως ἀνεφάρμοστοι, ὅταν δὲν ἀνταποκρίνονται εἰς τὴν κοινὴν συνείδησιν τῶν πολιτῶν. Τὸ δίκαιον δὲν ἠθέλησε, ὀρθῶς, νὰ ἐκτεθῆ καὶ ἐδῶ εἰς τοιαύτην ἀποτυχίαν. Ἠρκέσθη νὰ θεσπίσῃ τὴν μὴ ἀναζήτησιν τῶν οἰκαιοθελῶς ἀποτελέσματα²⁸⁸. Οὕτω μὲ καταβληθέντων καὶ ἄλλα τινὰ ἥσσονος σημασίας ἀποτελέσματα²⁸⁹, ἡ ἠθικὴ τὴν ἀπαιτουμένην σύνεσιν εἰσχωρεῖ, ὅπως καὶ εἰς ἄλλα θέματα²⁹⁰, ἡ ἠθικὴ καὶ ἡ εὐπρέπεια εἰς τὴν περιοχὴν τοῦ δικαίου.

57. Ἄλλὰ ποῖον ἀκριβῶς εἶναι τὸ μέγεθος τῆς ἐνισχύσεως, τὴν ὅποιαν τὸ δίκαιον παρέχει οὕτω εἰς τὴν ἠθικὴν; Δὲν ὑπάρχουν στατιστικά, ἐκ τῶν ὁποίων νὰ προκύπτῃ κατὰ πόσον ἡ νόμιμος ρύθμισις τῶν ἀτελῶν ἔνοχῶν ἐπιτυγχάνει νὰ παρακινήσῃ τοὺς πολίτας εἰς τὴν ἐκπλήρωσιν τῶν καθαρῶς ἠθικῶν ὑποχρεῶν των. Ἀγνοοῦμεν, λέγει ὁ Carbonnier²⁹⁰, πόσοι δὲν ἐκτελοῦν οἰκαιο-

288) Οὕτω ἤδη Λιτζερόπουλος εἰς Στοιχεῖα Ἐνοχ. δικαίου (πανεπιστημ. παραδόσεις) Α' (1968) § 12.

289) Γενικώτερον περὶ τῆς ἐπιδράσεως τοῦ ἠθικοῦ κανόνος εἰς τὴν περιοχὴν τοῦ ἔνοχου δικαίου βλ. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles (ἔκδ. 1935) καὶ παρ' ἡμῶν ἄλλων Π. Ζέπου, Ἐνοχ. I (1955) σ. 7, 10, 112 ἐπ., 407 ἐπ. Ἐκ δὲ τῆς ἀπεράντου διεθνούς βιβλιογραφίας περὶ τῶν σχέσεων ἠθικῆς καὶ δικαίου ἀπὸ φιλοσοφικῆς σκοπιᾶς ἀρκεῖ νὰ παραπέμψωμεν ἐδῶ, ὡς εὐκολώτερον προσιτὰ εἰς τὸν συνήθη ἑλληφικὸν καὶ οἱ λοιποὶ κανόνες συμπεριφορᾶς (1961), ἰδίως σ. 62 ἐπ., τὸ αὐτὸ οὖν, Μελέται φιλοσοφίας, γενικῆς θεωρίας καὶ τεχνικῆς τοῦ δικαίου, τεύχος α' (1948) σ. 135 ἐπ., Δεσποτοπούλου, Φιλοσοφία τοῦ δικαίου I (1953) §§ 10 - 72.

290) Droit civil IV (1969) ἀριθ. 3 σ. 14.

Θελῶς τὰς ὑποχρεώσεις αὐτάς, οὔτε καὶ πόσοι τὰς ἐκτελοῦν καὶ δὲ ν ἀ ν α ζ η τ ο Ὡ ν. Θὰ ἡδυνάμεθα μόνον νά λάβωμεν γνώσιν ἀπὸ τὰ γραφεῖα καὶ τὰ ἀρχεῖα τῶν δικαστηρίων πόσοι τὰς ἐξετέλεσαν, ἢ διὰ συμβάσεως τὰς ἀνεγνώρισαν, καὶ κατόπιν ἐπιχειροῦν — ματαίως — νά ἀναζητήσουν ἢ ν' ἀποφύγουν τὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἀναγνωριστικῆς συμβάσεως. Ἄλλ' ἂν στερούμεθα καταλλήλων στατιστικῶν δεδομένων, ἢ διαίσθησις ὁδηγεῖ εἰς τὴν εἰκασίαν, ὅτι ἡ ἐπιτροπὴ τῶν περὶ ἀτελῶν ἐνοχῶν κανόνων εἰς τὴν οἰκιοθηλῆ ἐκπλήρωσιν τῶν ἡθικῶν καθηκόντων δὲν εἶναι, λόγῳ ἀκριβῶς τῆς ἐλλείψεως ἐξαναγκασμοῦ, πολὺ μεγάλη. Πάντως, αὐτὸ δὲν ἀρκεῖ διὰ νά ἀρνηθῶμεν τὴν ἀξίαν τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν. Ὑποδεικνύουσιν εἰς τοὺς πολίτας ὅτι εἶναι κοινωνικῶς ἐπιθυμητὴ ἡ τήρησις καὶ τῶν ἡθικῶν ἀπλῶς ὑποχρεώσεων. Τὸ δίκαιον οὕτω καθίσταται ἡθοπλάστης. Μία στάσις, τὴν ὁποῖαν ἀρμόζει ἀδιστακτικῶς νά ἐπιπρο-
τήσωμεν.

Ἄλλ' ἡ ἐκτεθεῖσα ρύθμισις τῶν ἀτελῶν ἐνοχῶν ἔχει καὶ μίαν ἄλλην χρησιμότητα. Προστοιμάζει βαθμιαίως τὴν κοινὴν γνώμην εἰς νομοθετικὰ μεταρρυθμίσεις, αἱ ὁποῖαι δὲν εἶναι ἀκόμη ὄριμοι διὰ νά εἰσαχθοῦν ἀποτόμως. Ὑπὸ τὸ προϊσχυῶσαν βυζαντινορωμαϊκῶν δίκαιον δὲν ὑπῆρχε νομικὴ ὑποχρέωσις διατροφῆς μεταξύ ἀδελφῶν. Ἐπιστήμη ὅμως καὶ νομολογία ἐδέχοντο τὴν ὑπαρξίν φυσικῆς ἐνοχῆς (ἀνωτ. § 6). Τοῦτο δύναται νά λεχθῆ ὅτι προσεμίανε τὸ ἔδαφος διὰ τὴν θέσπισιν τοῦ ἀρθροῦ 1492 ΑΚ, ἐπιβαλόντος ὑπὸ τινὰς περιορισμούς εἰς τὸν εὐπορον ἀδελφῶν νά συντηρῆ τὸν ἄπορον ἀδελφόν του²⁹¹.

Ἐπίσης ὑπὸ τὸ αὐτὸ πνεῦμα κινεῖ τὴν προσοχὴν τὸ ἀρθρ. 1400 ΑΚ (πρβλ. καὶ 1401). Κατὰ τὸ παρ' ἡμῖν ἰσχύον ἀπὸ μακροῦ δίκαιον τὰ βάρη τοῦ γάμου φέρει ἀποκλειστικῶς ὁ ἀνὴρ καὶ μόνον ὑπὸ ἐκτάκτους συνθήκας συνεισφέρει εἰς αὐτὰ ἡ γυνή²⁹². Ἀντιθέτως ὅλον ἐν περισσώτερον αἱ ξένοι νομοθεσίαι υἱοθετοῦν τὴν ἀρχήν, ὅτι ἀνὴρ καὶ γυνὴ εἰσφέρουν ἀπὸ κοινοῦ εἰς τὰ βάρη τοῦ γάμου ἀναλόγως τῶν πόρων καὶ τῆς περιουσίας των. Τὸ σύστημα τοῦτο ἐξηγεῖται κατὰ πολὺ ἐκ τῆς ἐξελίξεως τῶν κοινωνικῶν ἀντιλήψεων περὶ τῆς θέσεως τῆς ἐγγράμου γυναικὸς εἰς τὴν οἰκογένειαν καὶ ἐκ τῆς διαρκῶς αὐξανομένης συμμετοχῆς τῆς γυναικὸς εἰς τὴν ἐνεργὸν οἰκονομικὴν ζωὴν, χάρις εἰς τὴν ὁποῖαν αὐτὴ ἀποκτᾷ αὐτοτελῆ οἰκονομικὴν ὑπόστασιν²⁹³. Τὸ ἀρθρ. 1400 ΑΚ,

291) Βλ. ἐν ἙρμΑΚ τὴν ἐρμηνείαν τοῦ ἀρθροῦ ὑπὸ Ἄ τ σ α λ ἄ κ η.

292) Ἄρθρα 1398 - 1399 ΑΚ καὶ ἐπ' αὐτῶν ἀντ' ἄλλων Μ π α λ ἦ, Οἰκογεν. (1961), §§ 43 - 44 καὶ 55 - 57, ἐκτενῶς δὲ Σ ι μ ω ν ἔ τ ο υ, Δώδεκα μελέται ἀστ. καὶ ἐργασ. δικαίου Ι (1948) σ. 110 ἐπ., ὡς καὶ Ἄ τ σ α λ ἄ κ η, Ἡ ὑποχρέωσις διατροφῆς μεταξύ τῶν συζύγων (1958).

293) Μ ι χ α η λ ἰ δ ο υ - Ν ο υ ἄ ρ ο υ, Οἰκογεν. § 95 ἐν ἀρχῇ, ὅπου καὶ κρίνεται τὸ σύστημα ὑπερότερον τοῦ ἰσχύοντος παρ' ἡμῖν κατὰ τὸν ΑΚ. Ὁμοίως Γ α ζ ἦ ς ἐν Θέμ. ΜΣΤ' 65 ἐπ., Σ ι μ ω ν ἔ τ ο ς ἐν' ἀν., σ. 117. Ἐκτενῶς ἐπὶ τοῦ θέματος Ἄ τ σ α λ ἄ κ η, Ἡ ὑποχρέωσις διατροφῆς κλπ., σ. 4 ἐπ., 6 ἐπ., 10 ἐπ., 18 ἐπ.

χωρὶς νὰ καθιστᾷ ὑποχρεωτικὴν τὴν συνεισφορὰν τῆς γυναικὸς, παραλλήλως πρὸς τὴν τοῦ ἀνδρός, εἰς τὰ βάρη τοῦ γάμου, ὡθεὶ κατὰ τινα τρόπον πρὸς ταύτην, διὰ τοῦ τεθέντος ἐρμηνευτικοῦ κανόνος, ὅτι ἐν ἀμφιβολίᾳ διάθεσις αὐτὴν δικαίωμα ἀποζημιώσεως. Προετοιμάζεται καὶ πάλιν, ἐνδεχομένως, κατὰ τὸν τρόπον τοῦτον, διὰ τῆς ἐξοικειώσεως τῶν πνευμάτων — ἔστω καὶ ἂν δὲν εἶχε τοῦτο κατὰ νοῦν ὁ νομοθέτης — ἡ μετάβασις ἀπὸ τοῦ σήμερον παρ' ἡμῖν ἰσχύοντος συστήματος εἰς τὸ περισσότερον προοδευτικὸν τῆς ἀναλόγου συμμετοχῆς τῶν δύο συζύγων εἰς τὰς δαπάνας τῆς οἰκογενειακῆς ζωῆς ²⁹⁴.

Δύναται ὅμως νὰ παρατηρηθῇ καὶ φαινόμενον ἀντίστροφον πρὸς τὸ περιγραφέν. Τὸ βυζαντινορωμαϊκὸν δίκαιον ἀνεγνώριζε ὡς ἀγώγιμον, μέχρις ἀνωτάτου τινὸς ὀρίου, τὸ δικαίωμα τοῦ προξενητοῦ νὰ ἀξιώσῃ τὰ συμφωνηθέντα προξενητικὰ γάμου. Ὁ γερμανικὸς Ἀστικὸς Κώδιξ (§ 656) ὑπεβίβασε τὸ δικαίωμα εἰς ἀτελῆ ἐνοχίην. Τοῦτο ὑπῆρξεν ἐνδιάμεσος σταθμὸς εἰς τὴν ἐν προκειμένῳ ἐξέλιξιν τοῦ δικαίου. "Ἐχων καὶ αὐτὸν ὑπ' ὄψιν ὁ ἕλλην νομοθέτης ἐνεθαρρύνθη νὰ προωθῆσθαι περαιτέρω τὴν ἐξέλιξιν. Διὰ τοῦ ἄρθρου 708 ΑΚ ἀπέριψε, ὀρθῶς, καὶ αὐτὴν τὴν ἐξησθενημένην προστασίαν τοῦ προξενητοῦ. Ὁρίσθη ὅτι «ἡ ὑπόσχεσις προξενητικῶν γάμου εἶναι ἄκυρος, τὰ δὲ τυχόν καταβληθέντα ἀναζητοῦνται» ²⁹⁵. Ἀφῆρέθη οὕτω πᾶν ἔχνος νομικῆς ὑποστάσεως ἀπὸ τὴν συμφωνηθεῖσαν ἀμοιβήν τοῦ προξενητοῦ. Καὶ τὸ παράδειγμα δεικνύει, ὅτι ὁ μηχανισμὸς τῆς ἀτελοῦς ἐνοχῆς δύναται ἐπίσης νὰ χρησιμοποιηθῇ διὰ τὴν βαθμιαίαν μετάβασιν ἀπὸ τοῦ πλήρους νομικοῦ δικαιοῦματος εἰς τὴν ὀλοσχερῆ κατάργησίν του, ὅταν ὀλίγον κατ' ὀλίγον ὀριμάξῃ κοινωνικῶς ἡ σκέψις τῆς καταργήσεως.

XI. Ἐπίλογος.

58. Ἐλπίζω ὅτι ἡ προηγηθεῖσα μελέτη δὲν ἦτο ἄμοιρος θεωρητικοῦ ἐνδιαφέροντος. Ὁ ἀναγνώστης ἴσως σκεφθῇ, ὅτι ὑπολείπεται κατὰ πολὺ τὸ πρακτικὸν ἐνδιαφέρον. Καὶ μᾶλλον θὰ ἔχη δίκαιον ²⁹⁶.

294) Δι' ἀνάλογα παραδείγματα εἰς τὸ γαλλικὸν δίκαιον βλ. Flour, πρόλογος εἰς μονογραφίαν Michelle G o b e r t, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle (1957), σ. VII.

295) Βλ. καὶ τὴν ἐρμηνείαν τοῦ ἄρθρου ἐν ἙρμΑΚ ὑπὸ τοῦ ἀειμνήστου Προέδρου τοῦ Ἀρείου Πάγου Ἰ. Σ α κ κ έ τ α.

296) Κατὰ πᾶσαν πιθανότητα αἱ συνηθέστεραι περιπτώσεις ἐφαρμογῆς τῶν περὶ ἀτελῶν ἐνοχῶν κανόνων εἶναι ἡ μὴ ἀναζητήσις τῶν λόγῳ παιγνίου ἢ στοιχήματος καταβληθέντων (844 - 845 ΑΚ), ὡς καὶ ἡ μὴ ἀποζημιώσις τῆς ἐγγάμου γυναικὸς διὰ τὴν ἐξ ἰδίων ἄνάλωσιν χάριν τῶν βαρῶν τοῦ γάμου (1400 ΑΚ). Ἡ πρακτικὴ σημασία τῶν ἀτελῶν ἐνο-

Μολαταῦτα ἐπιθυμῶ νὰ πιστεύσω, ὅτι δὲν θὰ ἔχη μετανοήσει διὰ τὸν δαπανηθέντα πρὸς ἀνάγνωσιν τῆς μελέτης χρόνον. Παρ' ὅλα ὅσα λέγονται διὰ τὴν ἐποχὴν μας, ὅτι τὴν χαρακτηρίζει ἡ πτώσις τῶν ἠθικῶν ἀξιών, τὰ θέματα τῶν σχέσεων δικαίου καὶ ἠθικῆς, ὡς καὶ τῆς «ἠθικοποιήσεως» τοῦ δικαίου, εἶναι ἀκόμη διὰ πολλοὺς συναρπαστικά. Ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει, ὅσοι κατανοοῦν ὅτι εὐρυθμος κοινωνικὴ ζωὴ δὲν δύναται νὰ ὑπάρξῃ χωρὶς ἐπαρκῆ τήρησιν τῶν ἠθικῶν ἐπιταγῶν, θὰ συμφωνήσουν ὅτι ἡ ἐπεξεργασία τῶν ἠθικῶν θεμάτων ἀπὸ τῆς σιοπιᾶς τοῦ δικαίου καὶ ἡ προώθησις των δι' αὐτοῦ, ἀκόμη καὶ ὡσάκις ταῦτα εἰς τὴν πρᾶξιν ἔχουν περιορισμένην ἐφαρμογὴν, δὲν ἀποτελεῖ ματαιοπονίαν. Ἄν αἱ σκέψεις αὐταὶ εἶναι ἀκριβεῖς, ὁ γράψας τὰς προηγηθείσας σελίδας θὰ δικαιοῦται νὰ θεωρήσῃ, ὅτι ἡ προσπάθειά του δὲν ἔσπερεῖτο ἐντελῶς νοήματος.

(Φεβρουάριος 1970)

χῶν θὰ αὐξηθῇ, ἂν ἐπικρατήσῃ ἡ ἐκδοχὴ περὶ τοῦ ατύπου τῶν ὑποσχέσεων προικίσεως, τῶν διδομένων εἰς γυναῖκα ὑπὸ τὰς ἀνωτέρω ἐκτεθείσας προϋποθέσεις (§ 51), καὶ ἀκόμη περισσότερο ἂν ἐπιβληθῇ ἡ νέα θεωρία, καθ' ἣν, πάλιν ὑπὸ προϋποθέσεις, ἀποβαίνει ἀνώδυνος εἰς τὴν γυναικα ἡ σύστασις προικὸς χωρὶς συμβολαιογραφικὸν ἔγγραφο (ἀνωτ. §§ 52 ἐπ.).

OBLIGATIONS IMPARFAITES ET FIGURES JURIDIQUES APPARENTÉES

Par

ALEXANDRE LIGEROPOULOS

Professeur honoraire à la Faculté de Droit d'Athènes*

I. Observations préliminaires.

Les juristes de beaucoup de pays connaissent bien l'obligation imparfaite ou naturelle: cette obligation, dont l'imperfection par rapport aux obligations ordinaires consiste en ce que le créancier ne dispose pas d'un pouvoir de contrainte pour obtenir satisfaction de son débiteur. Mais bien que privée de cet attribut très important, l'obligation imparfaite n'est pas totalement dénuée d'effets juridiques. Et parmi ceux-ci le plus remarquable est, comme on sait, l'exclusion de la répétition en cas d'exécution volontaire de la part du débiteur (*soluti retentio*).

Certains des grands codes civils usent du terme « obligation naturelle » (c. civ. fr. art. 1235 al. 2, c. civ. ital. art. 2034), et même parfois la soumettent à une réglementation d'ensemble (Italie). Le code civil grec ne parle nulle part d'obligation naturelle ou imparfaite, et s'est encore moins préoccupé d'envisager cette figure juridique dans sa généralité. On y rencontre cependant quelques dispositions isolées qui attirent l'attention sur ce qu'il existe des hypothèses, où malgré le fait que le créancier se trouve dans l'impossibilité de contraindre le débiteur à exécuter, l'obligation n'en demeure pas moins dans la sphère du droit. De telles preuves de ce que l'obligation reste une obligation juridique et n'appartient pas exclusivement au domaine de la morale ou des conventions sociales, sont fournies notamment par les dispositions du code qui refusent au débiteur ayant volontairement payé le droit de répétition au titre de l'enrichissement injuste (répétition de l'indu; v. surtout les articles 272 § 2, 905 § 2, 906, 845 combiné avec 844, 498 § 2, 849 § 2)¹.

*. Résumé en français d'une étude en langue grecque publiée ci-dessus p.220
-330.

1) Pour le lecteur qui désirerait prendre une connaissance directe du texte

Il en est de même des textes qui énoncent que le paiement volontairement fait n'est pas considéré comme une donation (art. 1499), ou admettent la validité d'actes tels que la reconnaissance par le débiteur d'une obligation ayant succombé à la prescription extinctive, ou la constitution de sûretés (hypothèque, gage, cautionnement) pour garantir le créancier de l'obligation prescrite (art. 272 § 2).

C'est sur de pareils textes épars dans le code que la doctrine s'est appuyée, en Grèce, pour formuler une théorie générale de l'obligation imparfaite; elle a du reste suivi en cela une tradition héritée du droit romain - byzantin, auquel le code civil grec est venu se substituer en 1946. Mais contrairement à ce qu'on constate dans certains pays étrangers à droit apparenté, cette théorie n'a pas été suffisamment développée. Les auteurs, sauf de rares exceptions, se sont bornés à confronter les dispositions du code aux solutions enseignées sous l'empire du droit romain-byzantin précédemment en vigueur; et, constatant ainsi que la physionomie générale de l'obligation imparfaite est restée foncièrement inchangée, ils n'ont pas essayé de rénover la doctrine concernant la matière. Parallèlement, certains d'entre eux ont attribué une importance démesurée à des problèmes purement théoriques de l'obligation imparfaite, faisant ainsi passer au second plan des questions pratiques qui méritaient une plus grande attention. Et cependant les textes du code civil relatifs à cette obligation étaient susceptibles de servir de point de départ pour un examen des questions sous un jour nouveau, indépendamment des voies suivies sous l'empire du droit romain-byzantin.

Parmi les méditations nouvelles sur le sujet de l'obligation imparfaite qu'a suscitées l'entrée en vigueur du code civil grec en 1946, il faut faire une place à part à celles qui ont été publiées par le professeur *Charalambos Fragistas*. Traitant des obligations imparfaites, dès 1949, dans l'introduction générale au droit des obligations qui a amorcé la parution du grand commentaire du code civil, connu en Grèce sous l'abréviation «ErmAK», et un peu plus tard (1953) à propos de l'art. 512 du code civil, qui est aussi étroitement lié à notre sujet, il a su pénétrer dans le cœur de celui-ci. Écartant notamment les discussions purement théoriques, il l'a envisagé dans son importance réelle pour la vie du droit. Ses observations, fines et précises, ayant à s'encadrer dans un ouvrage gé-

des articles du code civil grec cités dans ce résumé, nous rappellerons qu'il existe deux traductions excellentes de ce code: l'une française de *Mamopoulos* (édition de l'Institut français d'Athènes, 1956), l'autre allemande de *Gogos* (édition du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 1951).

néral sur le code civil, devaient forcément être assez succinctes. Elles n'en fournissent pas moins une contribution importante à la connaissance du sujet, et des bases nouvelles d'où pourrait partir une exploration de celui-ci qui tirerait suffisamment profit des éléments nouveaux fournis par le code civil et par les recherches sur l'obligation imparfaite, qui se sont fait jour ces derniers temps dans les pays étrangers.

Les considérations qui précèdent ont amené l'auteur de ces lignes à entreprendre, dans les pages 221-330 du présent volume, une étude d'ensemble sur l'obligation imparfaite. Venant compléter ce qui a été jusqu'ici écrit en Grèce sur notre sujet — qui se limite à des développements peu étendus insérés dans des ouvrages généraux sur le droit des obligations — elle s'est proposé de considérer l'obligation naturelle sous des angles auxquels ne se sont pas toujours placés les chercheurs antérieurs. Pour ce faire, elle a utilisé amplement les idées exposées — ou simplement contenues en germe — dans les écrits précités du professeur *Fragistas*. L'auteur de ces lignes a voulu, ainsi, se joindre à l'hommage collectif offert à l'éminent juriste par une pleiade d'écrivains juridiques d'un grand nombre de pays. Et, dans la prévision que le rayonnement de la personnalité honorée assurera au présent recueil une circulation internationale, il a jugé qu'un résumé en français du texte grec de son étude avait tout naturellement sa place à la suite de la version grecque.

II. Les principaux cas d'application de l'obligation imparfaite.

Pour ne pas se mouvoir dans l'abstrait, une étude d'ensemble des obligations imparfaites doit commencer par réunir les principales hypothèses d'application de cette notion. Dans ce but on partira d'une définition provisoire de l'obligation imparfaite, quitte à reprendre plus loin la recherche afin de donner une définition scientifique finale. Nous considérerons ainsi qu'il y a lieu de réunir tous les cas dans lesquels se rencontre le trait le plus caractéristique de l'obligation imparfaite, à savoir l'exclusion de la répétition de ce qui a été volontairement payé. La remarque que d'autres effets juridiques ne sont pas communs à tous les cas réunis (par ex. la validité de la reconnaissance de la dette par le débiteur de l'obligation imparfaite, v. *infra* p. 353), ne nous empêchera pas de dresser cet inventaire, qui nous fournira les matériaux sur lesquels pourront s'exercer nos observations.

A. Procédant de la sorte, nous trouvons dans le code civil grec les cas suivants d'obligation imparfaite :

a) Obligation ayant succombé à la prescription extinctive (art. 272).

b) Dette provenant du jeu ou du pari (art. 844 - 845).

c) Dettes dérivant d'une donation portant sur des objets mobiliers ou d'un contrat de cautionnement, lorsque ces contrats n'ont pas revêtu la forme imposée par la loi : acte notarié dans le premier cas, écrit même sous seing privé dans le second (articles 498 et 849).

d) Obligations nées d'un acte juridique, lorsque les parties à l'acte ont prévu que leur accord revêtirait par la suite une certaine forme, et cette forme n'a pas ensuite été observée (art. 159 § 2).

e) Dette non encore arrivée à échéance. Son paiement prématuré ne peut donner lieu à répétition (art. 905 § 2).

f) Allocation ayant une valeur économique, faite par le père ou la mère à son enfant aux fins d'un établissement économique ou professionnel séparé, dans la mesure où les circonstances ne la font pas paraître excessive. En droit grec les parents ne sont pas légalement tenus de fournir un secours financier à leurs enfants au delà de l'obligation d'aliments prévue par la loi; il existe seulement à la charge du père, et subsidiairement de la mère, une obligation légale de doter leur fille qui vient à se marier (art. 1945 et s.). Si cependant, même en l'absence d'une obligation légale, le père ou la mère offre une aide matérielle à son enfant, et que cette aide ne dépasse pas le montant indiqué par les circonstances, l'art. 1499 du code déclare qu'il n'y a pas donation. Il en est ainsi, de l'avis général des auteurs, parce que dans l'esprit du législateur il y avait une obligation *juridique* des parents préexistante, bien que non sanctionnée par le pouvoir de contraindre le parent à l'exécuter. Nous nous trouvons c-à-d. devant un nouveau cas d'obligation naturelle.

g) En droit grec la femme mariée, contrairement à beaucoup de droits étrangers, n'est pas en principe tenue de contribuer aux charges financières de la famille (art. 1398 - 1399). Celles-ci incombent exclusivement au mari. Si toutefois elle aide volontairement son mari à y faire face, elle est présumée l'avoir fait sans intention de récupérer ce qu'elle a versé (art. 1400). Il y a donc encore, toutes les fois que la preuve d'une telle intention ne peut être apportée, exécution d'une sorte d'obligation imparfaite.

h) Mais il existe surtout, dans le code civil grec, un texte qui peut servir d'appui à la doctrine comme à la jurisprudence, pour admettre, dans un grand nombre de cas variés, qu'une prestation, quoique inexigible

en droit, ne peut pas être répétée une fois faite volontairement. Il s'agit de l'art. 906, qui dispose que la répétition de l'indu est exclue pour ce qui a été payé par devoir moral particulier ou pour des raisons de bienséance. Ce n'est pas encore le moment d'indiquer les difficultés auxquelles donne lieu l'application de cet article, du fait surtout qu'il doit être combiné avec un autre texte, qui a également en vue l'accomplissement volontaire de devoirs de conscience ou d'obligations de bienséance; nous entendons ainsi l'art. 512, selon lequel «ne sont pas sujettes à révocation les donations faites en raison d'un devoir moral particulier ou pour des motifs de bienséance». Quitte à revenir sur ce point plus loin (v. p. 360 et s.), nous nous contentons d'attirer ici l'attention sur ce que le susdit art. 906 peut visiblement devenir une source inépuisable d'obligations imparfaites, dont les contours n'ont pas été tracés par la loi de façon précise comme dans les hypothèses précédentes; c'est ici le juge qui, aidé par la doctrine et se mouvant dans le cadre très large dessiné par la loi, dira dans chaque cas spécial si le devoir moral, auquel correspond une prestation volontairement faite, était assez «particulier» pour justifier le refus de récupérer ce qui a été versé.

Les auteurs, en Grèce comme ailleurs, examinent également, sous l'angle de l'obligation imparfaite, quelques autres hypothèses (obligation née des fiançailles, obligation de cohabitation des époux, «*Obliegenheiten*», notion dégagée par les auteurs allemands). Nous nous occuperons de ces hypothèses lors de la recherche d'une définition scientifique de l'obligation imparfaite, capable de servir les exigences substantielles de la vie juridique (*infra* p. 333 et. s.).

B. En attendant, une autre tâche paraît utile à entreprendre. L'obligation imparfaite pourra être mieux connue, et la solution de ses problèmes s'en trouvera facilitée, si l'on essaie de la saisir dans ses diverses apparitions typiques; autrement dit, si l'on groupe ses cas d'application en catégories, qui constituent la «typologie» du sujet.

Dans cet esprit nous proposerons la typologie suivante, inspirée dans une large mesure d'idées exprimées dans des travaux antérieurs, français et allemands:

a) Obligations assumées en vertu d'un acte juridique, qui normalement pouvaient être munies d'une action en justice, mais dont le créancier a été privé de ce bénéfice *parce qu'une irrégularité juridique s'est produite lors de la formation de l'acte*. Des exemples de ces obligations «manquées» ou «avortées» sont notamment fournis, en droit grec, par les promesses de donations d'objets mobiliers ou les promesses de cautionne-

ment faites au mépris des formes légales (v. ci-dessus). L'obligation est alors inexigible en justice; mais on sait déjà qu'une exécution spontanée de la part du donateur ou de la caution procure un bénéfice définitif à celui qui a reçu le paiement.

b) Créances qui selon la loi pouvaient naître pleinement valables, mais qui, *de par la volonté des contractants*, ont été privées du pouvoir de contrainte. Pratiquement il s'agira surtout de contrats où il a été stipulé que le créancier n'aura pas le droit de recourir à l'exécution forcée (aux voies d'exécution). On y rangera encore les obligations assumées dans un esprit de bienveillance ou de bienséance, pour satisfaire à des exigences mondaines, sans intention de se lier juridiquement (promesse d'un transport bénévole, d'une participation artistique d'un amateur à la réunion mondaine d'un ami, etc.: «Gefälligkeitsverträge» selon la terminologie allemande).

c) Obligations contractées dans le dessein de produire des effets juridiques complets, mais *qui ne sont pas encore arrivées à maturité*. C'est le cas des obligations nées pleinement valables, mais qui ne sont pas encore arrivées à échéance (art. 905 § 2 c. civ. grec).

d) Obligations nées pleinement valables, mais qui ont par la suite *dégénéré* (obligations frappées par la prescription extinctive, art. 272 § 2).

e) Obligations dont la naissance a été visée dans un accord de volontés, mais qui, en raison de son objet, était *a priori* incapable de procurer au créancier un pouvoir de contrainte. L'ordre juridique, toutefois, ne réproouve pas leur exécution volontaire; si elle a lieu, la loi y voit un fait définitif. Le cas principal est ici la convention de jeu ou de pari (art. 944 - 945 c. civ. gr.). Mais la doctrine, malgré l'absence d'autres textes, a créé, plus ou moins nettement, en Grèce et ailleurs, d'autres cas analogues. Nous faisons ici allusion à des promesses que la vie moderne a rendues plus fréquentes qu'autrefois, qui engagent le corps du promettant ou lient fortement sa personnalité. Quelqu'un promet p. ex. — à titre gratuit ou onéreux — une quantité de son sang ou l'un de ses reins, pour servir à une transfusion ou à une transplantation. Ou encore une jeune femme s'engage contre paiement à poser nue comme modèle dans l'atelier d'un peintre ou une académie de beaux-arts, ou de se livrer à une série de strip-teases dans une boîte de nuit. On admet souvent que de telles conventions ne procurent aucun pouvoir de contrainte juridique (pas même indirect, tel que la faculté d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation) à l'égard de celui qui a promis la prestation irrespectueuse de la personnalité humaine. On considère à juste

titre que le promettant doit rester entièrement libre de se délier de ses engagements. Mais ayant librement opté pour l'exécution, il ne peut plus se repentir; pour parler plus simplement, il ne peut agir en répétition, c.-à-d. exiger la restitution de la valeur en argent de la prestation faite; ce qui aura surtout un intérêt pratique au cas où il avait promis à titre gratuit, ou moyennant un salaire inférieur au tarif normal. La raison n'en est pas, comme dans la catégorie qui va suivre, qu'on considère que l'exécution de la promesse correspond à un devoir moral particulier ou à une obligation de bienséance: il est difficile d'affirmer qu'il existe des devoirs moraux ou de bienséance, à l'accomplissement desquels la loi devrait dans une certaine mesure prêter son concours, lorsque cet accomplissement aurait à se faire aux dépens de l'intégrité ou de la dignité de la personne humaine. C'est seulement l'utilité sociale de telles promesses, ou dans d'autres cas la tolérance de la société à leur égard, qui a conduit à admettre la validité de la prestation faite volontairement².

f) Enfin, on rangera dans une dernière catégorie les hypothèses déjà mentionnées de l'existence d'un devoir moral «particulier» ou d'une obligation de bienséance (art. 906 c. civ. gr., à combiner avec l'art. 512). Lorsqu'une disposition précise de la loi ne les prévoit pas en tant que génératrices d'obligations juridiques parfaites (tel p. ex. le cas de l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui injustement et fautivement, art. 914 c. civ. gr.), elles paraissent se situer, en principe, hors de la sphère juridique. Mais si le devoir moral ou de bienséance vient à être volontairement exécuté, ou donne lieu à une reconnaissance de dette conforme aux exigences légales, il pénètre désormais dans l'univers juridique. L'obligation, d'imparfaite qu'elle était, est désormais *promue* au rang d'obligation juridique normale.

C. Les développements qui précèdent ont préparé le terrain pour aborder un point important de la théorie des obligations imparfaites ou naturelles. Quelles sont les raisons qui ont fait admettre au législateur cette figure juridique d'une obligation «débile», qui produit certains seulement des résultats qu'engendrent les obligations normales? Et n'aurait-il pas mieux fait de la rejeter totalement hors du domaine du droit? La réponse à ces questions ne sera donnée complètement qu'à la fin de

2) Les accords dont il est question au texte diffèrent d'autre part des conventions nulles à cause de leur caractère illicite ou immoral (art. 174 et 178 c. civ. gr.) par ce trait: le contractant qui a promis la prestation qui met en jeu le respect dû à la personnalité humaine, une fois cette prestation exécutée volontairement, a le droit d'exiger la contre-prestation stipulée en sa faveur.

cette étude. Mais il convient dès à présent de montrer sommairement que l'admission par la loi d'obligations qui, bien que non sanctionnées par une action en justice, produisent néanmoins d'autres effets secondaires, dont le plus important et le plus généralisé est l'exclusion de la répétition de ce qui a été volontairement payé, ne repose pas sur une raison unique. Il est d'autre part à peine nécessaire de souligner, qu'une prise de conscience concernant les raisons législatives qui ont conduit à reconnaître l'existence d'obligations imparfaites, est susceptible d'aider puissamment à résoudre les divers problèmes que soulève leur présence dans l'ordre juridique.

Si l'obligation imparfaite a trouvé une place parmi l'outillage mis à la disposition du juriste, c'est dans la plupart des cas parce que son admission a été dictée par des raisons morales ou de bienséance. Le code civil grec l'a directement exprimé dans ses articles 906 et 512, déjà rencontrés dans cette étude: on y voit nettement que le législateur a voulu instituer un régime qui favorise ceux au profit desquels a été volontairement exécuté un devoir moral (ou de conscience) particulier, ou une obligation de bienséance. D'autres dispositions de ce même code témoignent également d'un tel esprit (art. 1831 § 1 combiné avec l'art. 1835 § 1, 1510 § 2, 1643 al. 2). Mais là encore où les solutions de la loi ne sont pas expressément rattachées à l'existence d'un devoir moral ou de bienséance, ce rattachement est, sans nul doute, sous-entendu. C'est ainsi que s'explique l'admission d'obligations imparfaites en cas de prescription (art. 272 § 2), de jeu ou de pari (art. 845), de donation d'objets mobiliers ou de promesse de cautionnement lorsque les formes légales n'ont pas été observées (art. 498 § 2 et 849). Et il en est de même lorsque la loi refuse la répétition aux père et mère qui ont volontairement fourni un secours financier non excessif à leur enfant aux fins d'établissement économique (art. 1499), ou encore à la femme mariée qui a volontairement aidé son mari à faire face aux charges financières de la famille (art. 1400, *op. cit.* aussi l'art. 1401).

Dans d'autres hypothèses ce sont des considérations d'utilité sociale qui expliquent les effets secondaires produits par certaines conventions qui, en principe, ne lient pas juridiquement le promettant (promesses d'ordre mondain ou de pure bienveillance, promesses de laisser prélever du sang sur sa personne, etc.). La simple *tolérance sociale* peut aussi fournir parfois la justification de l'obligation naturelle (promesse de poser nue comme modèle dans un atelier d'artiste, promesse de strip-tease dans un spectacle public).

Enfin, au cas de la dette non encore échue mais prématurément payée, la justification du refus de la répétition (art. 905 § 2) apparaît assez faible. La dette sous un terme suspensif, dit-on parfois, contrairement à celle sous condition suspensive, existe déjà dès la conclusion du contrat et indépendamment de l'arrivée du terme; il s'ensuit que le paiement avant l'arrivée du terme ne peut être considéré comme un indu sujet à répétition. Mais il s'agit là d'une logique formelle, peu satisfaisante. Il est préférable de penser que du moment que l'arrivée du terme, contrairement à la réalisation de la condition, est quelque chose de certain, le législateur a jugé inutile de laisser le débiteur récupérer ce qui après quelque temps, et sans aucun doute, devrait être versé à nouveau au créancier³⁾.

III. Questions pratiques soulevées par les obligations imparfaites.

Pour bien traiter le sujet des obligations imparfaites, il est, nous semble-t-il, indispensable d'avoir, dès le début, en vue les divers intérêts pratiques qui se rattachent à cette notion. C'est sans doute pour l'avoir omis, ou en tout cas pour l'avoir fait de façon incomplète, que les auteurs ont souvent été entraînés à de longues discussions théoriques sur l'obligation imparfaite sans profit pour la vie pratique du droit. Plus spécialement, c'est cette même raison qui a détourné divers chercheurs de comprendre dans le cercle de leurs recherches les considérations téléologiques ou axiologiques (jugements de valeur), qui étaient dans chaque cas indispensables. Pour parer à de tels dangers nous procédons ci-dessous à une énumération des problèmes pratiques principaux qui surgissent à propos des obligations imparfaites.

a) En plus de la non-répétition de ce qui a été volontairement payé (*soluti retentio*), qui constitue l'effet le plus important, et en même temps le trait positif le plus caractéristique de l'obligation imparfaite, la question se pose si elle peut produire d'autres effets et lesquels. Est-il toujours permis, ou seulement dans certains cas, de reconnaître par contrat (ou de nover) une telle obligation, de façon à lui procurer l'exigibilité qui originairement lui fait défaut? Ensuite, si cette possibilité existe, la validité d'une telle reconnaissance peut-elle être attaquée en faisant valoir qu'elle était le produit d'une erreur du reconnaissant

3) La solution est du reste assez critiquable, lorsque le débiteur a effectué le paiement prématuré croyant par erreur que la dette était exigible. Cela explique qu'elle n'ait pas été suivie dans certains codes nouveaux (v. art. 1185 § 2 c. civ. ital. de 1942, art. 183 c. civ. égyptien de 1948).

consistant à croire qu'il pouvait, même sans avoir reconnu, être contraint à exécuter l'obligation? D'autre part, ces obligations imparfaites peuvent-elles être opposées aux fins de compensation? Si elles sont exécutées par un tiers autre que le débiteur, ce tiers sera-t-il, comme celui-ci, dans l'impossibilité de répéter la prestation? Peuvent-elles donner lieu à une constitution de sûreté (gage, hypothèque, cautionnement) valable? La cession de créance ou de dette (art. 471 et s. c. civ. gr.) est-elle applicable à ces obligations? Font-elles naître un droit de rétention, dans les mêmes conditions qu'une obligation parfaite (art. 325 et s.) au profit de leur créancier? Sont-elles prises en considération lorsqu'elles ont comme débiteur une personne insolvable et qu'il s'agit de déterminer son passif, aux fins de procéder à une distribution par contribution (au marc le franc) de son actif (en cas de faillite ou dans les autres cas prévus par la loi) entre tous ses créanciers? Ou, encore, de telles dettes peuvent-elles être déduites de l'actif de leur débiteur à la demande de ses héritiers, pour parvenir à une réduction du montant de la succession et, par conséquent, à un abaissement de l'impôt successoral qui les frappe?

b) L'exécution ou la reconnaissance d'une obligation imparfaite constitue-t-elle une donation, ou du moins une libéralité, notion plus large qui englobe, outre les donations, d'autres hypothèses d'actes juridiques à titre gratuit? C'est encore un point important de notre sujet, car de la réponse à donner on fait d'habitude dépendre— peut-être sans nécessité inéluctable (v. *infra* p. 355 et s.)— la solution de diverses questions pratiques d'un grand intérêt. Ainsi:

aa) Si dans les deux hypothèses ci-dessus il y a donation, le paiement ou la reconnaissance sera valable seulement si la forme notariée exigée pour les donations a été respectée (art. 498 c. civ. gr.: réserve faite des cas, où par exception l'omission de l'acte notarié ne nuit pas à la validité de l'opération, v. le § 2 de ce même article).

bb) Le paiement et la reconnaissance d'une obligation imparfaite obéissent-ils aux règles de fond régissant les donations ou plus généralement les libéralités? Notamment sont-ils soumis aux dispositions qui protègent les héritiers réservataires contre les donations excessives consenties par le *de cuius* (art. 1835 et s. c. civ. gr.) ou qui réglementent la révocation pour ingratitude du donataire, etc. (art. 505 et s.), ou qui interdisent aux représentants légaux d'un incapable (père, tuteur) de faire des donations sur le patrimoine du représenté (art. 1510 § 2, 1643 al. 2)? Y a-t-il lieu d'appliquer au paiement ou à la reconnaissance d'une

obligation imparfaite les restrictions au droit des héritiers d'attaquer les actes d'un dément après son décès prévues pour le cas où ces actes seraient à titre onéreux? (art. 1695 c. civ. gr., cpr. art. 504 et 901 c. civ. fr.) Toujours dans les deux hypothèses ci-dessus, si le paiement ou la reconnaissance a été le fait d'une personne insolvable, ses créanciers bénéficieront-ils, pour attaquer leur validité par l'action dite «paulienne», des facilités accordées par la loi lorsque l'aliénation d'éléments du patrimoine de l'insolvable a eu lieu à titre gratuit (art. 942 c. civ. gr.)? Enfin ces mêmes opérations seront-elles soumises à l'impôt assez lourd qui frappe les donations?

La liste que l'on vient de donner des questions pratiques qui s'attachent à la notion d'obligation imparfaite n'est sans doute pas exhaustive. Elle comprend, croyons-nous, les plus importantes. Mais avant d'entreprendre l'examen des particularités que chaque fois de telles questions peuvent comporter (v. ci-dessous), il paraît nécessaire de se livrer à quelques méditations ou constatations d'un ordre plus général. Un tel travail préliminaire consistera tout d'abord à rappeler l'état du droit antérieur, c.-à-d. du droit romain-byzantin, par rapport aux obligations «naturelles», et ensuite à comparer le droit actuel du code civil grec avec celui des grandes codifications étrangères qui lui sont apparentées.

IV. Confrontation du code avec le droit antérieur et les divers droits étrangers.

Pour ce qui est du droit antérieur au code civil grec, il suffit de dire, dans ce résumé destiné aux lecteurs étrangers, que les textes romains et byzantins avaient permis aux auteurs modernes de formuler, en vue de l'application pratique contemporaine, une doctrine de l'obligation «naturelle» qui, dans son aspect général, ne s'éloigne pas de l'image offerte par l'enseignement élaboré aujourd'hui sur la base des textes du code civil⁴. Des détails qui montrent les quelques différences existantes ou les lacunes qui depuis ont pu être comblées, se trouvent dans la version grecque de cette étude.

4) Le lecteur étranger qui voudra se faire une idée plus précise de ce qu'était, en Grèce, la pratique du droit quant aux obligations naturelles avant la mise en application du code civil, pourra se reporter aux auteurs «pandectistes» allemands du 19^{ème} siècle (p. ex. *Windscheid* ou *Dernburg*), qui écrivaient également en vue de l'application pratique du droit romain dans leur pays à l'époque moderne, et dont les enseignements étaient d'habitude suivis aussi en Grèce.

D'autre part, un parallélisme, sur notre sujet, du code civil grec avec les grands codes étrangers est de toute évidence nécessaire: mettant en relief les similitudes et les dissemblances des réglementations légales ou des constructions doctrinales, elle fournira les moyens d'utiliser de façon judicieuse, en Grèce, le fruit des recherches scientifiques faites ou de l'expérience pratique acquise dans les autres pays. Cette partie de notre travail est susceptible d'intéresser davantage le lecteur étranger. Aussi un aperçu rapide de son contenu sera-t-il donné à cette place.

L'activité du comparatiste met en lumière des différences notables entre les divers droits quant aux obligations imparfaites. Nous limitant aux droits étrangers qui habituellement sont considérés présenter un intérêt pour le droit grec, nous dirons tout d'abord qu'en ce qui concerne la *suffisance de la réglementation légale*, celle-ci laisse généralement à désirer: elle se borne le plus souvent (France, Allemagne, Suisse), comme en Grèce (v. ci-dessus, p. 332, 333 et s.), à quelques dispositions particulières, éparses dans les codes civils respectifs. Le code le plus incomplet en la matière est assurément le code civil français (art. 1235 al. 2); tandis que le plus systématique est le code civil italien (art. 2034).

D'autre part, du point de vue de la *structure* de l'obligation imparfaite, une différence fondamentale sépare les droits édifiés plus ou moins sur la tradition romaine. Alors que le plus souvent (Allemagne, Suisse, Italie, Grèce) la loi, se conformant au modèle romain, ne distingue pas, pour exclure la répétition de ce qui a été volontairement payé, entre le paiement fait en pleine connaissance de ce que l'action en justice est refusée au créancier et celui qui a lieu parce que le débiteur croyait qu'il pouvait être contraint à payer, en droit français la *soluti retentio* n'intervient au profit du créancier que dans le second cas.

En ce qui touche enfin l'*étendue des effets* produits par les obligations imparfaites, ceux-ci varient dans la plupart des droits, y compris le droit grec, selon les cas particuliers. Se détachant sur ce point, le code civil italien de 1942 (art. 2034 précité) a opté pour une réglementation commune à tous les cas. Cette réglementation unitaire s'est réalisée dans un esprit nettement défavorable aux obligations «naturelles»; il a été expressément énoncé (art. 2034) que *le seul effet* qu'elles produisent est l'exclusion de la répétition de ce qui a été spontanément payé.

Les observations qui précèdent indiquent suffisamment quels sont les droits étrangers les plus proches du droit grec. Mais pour être plus précis, nous ajouterons que le code civil grec s'est surtout inspiré

du modèle allemand. Pour s'en convaincre il n'y a qu'à comparer les articles 272, 905 § 2, 906, 512, 498 § 2, 849, 844-845, 1400-1401, 1409 de ce code aux paragraphes 222, 813 II, 814, 534, 518 II, 766, 762, 1429-1430, 1624 de la codification germanique. Le second rang, en tant que source d'inspirations, revient au code suisse des obligations (cf. ses articles 63 II, 239 III, 513-514). Ces observations ont une valeur très marquée en ce qui concerne surtout les articles 906 et 512 du code civil grec; textes qui, comme il a déjà été dit (*supra* p. 335) excluent d'un côté la réclamation de l'indu pour ce qui a été payé par devoir moral particulier ou pour des motifs de bienséance, et d'autre part déclarent non sujettes à révocation les donations faites en raison d'un tel devoir ou pour de pareils motifs. Ces deux dispositions reproduisent presque textuellement des règles contenues dans les §§ 814 et 534 du code civil allemand; ils sont aussi en rapport, à la vérité bien moins étroit, avec les articles 63 II et 239 III susmentionnés du code suisse des obligations. La constatation de ces affinités nous sera très utile lorsque nous aurons à nous occuper plus loin (v. p. 360 et s.) de certaines difficultés que soulève l'application des articles 906 et 512 précités.

V. Le concept d'obligation imparfaite et les controverses qui l'entourent.

Le moment est maintenant venu de chercher à définir scientifiquement l'obligation imparfaite; car jusqu'ici nous n'avons travaillé que sur une notion provisoire de celle-ci (*supra* p. 333).

A. Les discussions sur ce point sont assez nombreuses⁵. Mais leur justification est souvent douteuse.

En effet, l'accord n'existe, dans la doctrine, que sur deux points: 1^o que le débiteur d'une obligation imparfaite ne peut être contraint à exécuter; 2^o que ce même débiteur, s'il exécute volontairement, est privé du droit de répéter ce qui a été payé. Pour le reste, c.-à-d. si d'autres effets s'attachent aux obligations imparfaites, en règle générale ou exceptionnellement, les avis sont partagés; on s'accorde néanmoins à considérer, que la détermination de ces effets complémentaires ne peut être faite dans une formule abstraite embrassant toutes les hypothèses possibles, mais doit avoir lieu séparément pour chaque cas particulier. Il s'ensuit que ces effets complémentaires ne peuvent pas être compris,

5) Surtout dans la science juridique allemande; v. p. ex. *Weber*, dans le *Staudingers Kommentar zum BGB*, tome II/1a (1967), introduction générale, nos L 1-L 29. Des auteurs grecs s'en sont inspirés sur un certain nombre de points.

en tant qu'éléments stables, dans une définition scientifique de l'obligation imparfaite. D'autre part, pour certains auteurs il est des obligations qui, quoique non exigibles en justice, ne peuvent pas être rangées parmi les obligations imparfaites. Enfin certaines autres particularités, qu'on observe dans divers cas d'obligations non sanctionnées par une action en justice, ont conduit quelques auteurs à nier leur appartenance aux obligations imparfaites proprement dites.

La façon la plus pratique pour saisir les divergences de vues quant à la notion d'obligation imparfaite, consiste à prendre dans la liste de ces obligations dressée plus haut (p. 333 et s.) les hypothèses contestées et d'examiner les raisons de la contestation.

Ainsi, tout d'abord, on a refusé de considérer comme obligation imparfaite l'obligation dont le créancier n'est privé du droit d'action que temporairement (créance non encore échue). Il en a été de même en ce qui concerne le jeu ou le pari, par ce motif que l'art. 844 c. civ. gr. dispose qu'ils ne font pas naître de *créance*, au lieu de parler de refus de l'action en justice; il s'agirait ainsi d'un cas d'obligation inexistante en droit, et non simplement imparfaite. Des objections ont aussi été émises par rapport à la créance qui a succombé à la prescription extinctive; la raison en est que selon la loi (art. 272 § 1, 277 - 278 c. civ. gr.) le créancier n'est pas empêché d'agir en justice; il sera simplement débouté si le défendeur (le débiteur) oppose la prescription par voie d'exception. Ou encore on a contesté la qualité d'obligation imparfaite lorsqu'il s'agit d'un donateur d'objets mobiliers ou d'une caution qui a exécuté l'engagement pris sans l'observation des formes légales (v. *supra* p. 334); ici on a cru pouvoir soutenir que par l'exécution volontaire l'obligation, qui était *nulle* dès sa naissance, a été convertie en obligation *parfaite*.

Mais la contestation la plus importante, en raison de la sphère d'application très large du cas visé, est celle qui concerne l'accomplissement volontaire d'un devoir moral particulier ou d'une obligation dictée par la bienséance (art. 906 et 512 c. civ. gr.). L'opinion dominante rejette, ici encore, la qualification d'obligation imparfaite. Ces devoirs moraux ou sociaux, dit-on, tant qu'ils ne sont pas accomplis, sont *juridiquement inexistants*. Si, d'autre part, la loi déclare non récupérable au titre de l'indu ce qui a été volontairement payé, c'est parce que le *solvens*, ne fût-ce qu'un instant de raison avant le paiement, a voulu contracter une obligation toute nouvelle, *donandi causa*, juridiquement valable si elle remplit les conditions requises par la loi; il ne s'agirait guère d'une

obligation imparfaite, débile certes, mais existant déjà, au regard de la loi, avant cet acte volontaire du débiteur⁶.

Jusqu'ici nous avons mentionné des hypothèses, où l'on a voulu rétrécir la notion d'obligation imparfaite. Mais on rencontre aussi une tendance contraire. En effet, on a souvent cherché à faire rentrer dans la catégorie des obligations imparfaites des situations, dans lesquelles la loi n'accorde pas d'action en justice pour obtenir une exécution de l'obligation *en nature*, mais permet toutefois d'agir en justice pour sanctionner *indirectement* le refus d'exécution. Tel est le cas des fiançailles, dont la rupture ne donne pas lieu à une action tendant à condamner le fiancé récalcitrant à célébrer le mariage, mais permet de l'actionner en paiement de dommages - intérêts, à la vérité limités (art. 1346 et s. c. civ. gr.). Cette même image est offerte par l'inexécution des obligations de faire (p. ex. obligation de prestation de services) ou de ne pas faire en général. L'exécution directe ne peut pas être obtenue par recours aux tribunaux (articles 1007 et s. du code de procédure civile grec de 1967); mais la condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation ou à une astreinte, reste, en revanche, possible.

B. De ce qui précède il résulte que le contenu de la notion d'obligation imparfaite est fortement controversé. Or, quelle est la valeur de ces controverses?

Cette valeur ne paraît pas grande. Déjà, dès 1949, le professeur *Fragistas* faisait justement remarquer, au sujet de l'obligation prescrite et de celle dérivant du jeu ou du pari, que l'opposition à leur rattachement aux obligations imparfaites se fonde sur des arguments de logique purement formelle, donc peu pertinents. L'essentiel en la matière est que dans ces deux hypothèses ce qui a été volontairement payé n'est pas récupérable, et aussi que le paiement ne constitue pas une donation. Or, ce sont là les caractéristiques de toute obligation imparfaite. Donc le refus de considérer les deux hypothèses précitées comme rentrant dans la catégorie des obligations imparfaites est insoutenable.

Ces observations du professeur *Fragistas* sur le peu de valeur des contestations indiquées peuvent, sans nul doute, être généralisées.

Une discussion serrée sur le contenu exact de la catégorie des obli-

6) Cette explication ne suffit pas, évidemment, pour les cas où le *solvens* a payé croyant par erreur qu'une action en justice pouvait être introduite contre lui. Ici l'on dit que le législateur, sans prendre parti sur la discussion théorique relative à l'existence ou l'inexistence juridique préalable du devoir moral, a interdit la répétition tout simplement parce qu'il l'a jugée indécente.

gations imparfaites — ou «naturelles» — pourrait se justifier, si la loi s'était servie de cette notion pour y édifier une réglementation légale unitaire. Or une telle façon de procéder, qui a été nettement suivie dans le code civil italien de 1942 (art. 2034), et s'observe également, mais de façon très atténuée, dans le code civil français (art. 1235)⁷, est tout-à-fait étrangère au code civil grec. Ce dernier code — comme d'ailleurs les codifications allemande et suisse dont il s'est inspiré — n'emploie même pas, ne serait-ce qu'une seule fois, le terme d'«obligation imparfaite». Par ailleurs, suivant encore en cela ses deux modèles, il ne contient pas, comme nous l'avons déjà vu (*supra* p. 342) de réglementation générale de notre matière. Si sur ces deux points il avait pris une position inverse, les juristes auraient certainement été obligés de déterminer avec une grande précision les éléments constitutifs de l'obligation naturelle ou imparfaite, afin de savoir dans quels cas la réglementation générale la concernant aurait à être appliquée. Or, au lieu de cela, le législateur grec s'est borné à prévoir divers cas particuliers, dans lesquels l'action en justice est refusée, mais le paiement volontairement fait reste définitivement acquis à celui qui l'a reçu. Au delà de ces deux règles communes à un certain nombre d'hypothèses, d'autres effets juridiques ont été rattachés à certaines seulement de celles-ci, dans un esprit nettement casuiste. Travaillant sur ces matériaux, la doctrine grecque a bâti une théorie des obligations imparfaites qui n'a pu faire ressortir comme trait distinctif commun des hypothèses retenues que les deux points déjà soulignés: défaut d'une action en justice, exclusion de la répétition en cas de paiement volontaire. Pour le reste on s'est accordé à considérer que les autres effets théoriquement possibles (reconnaissance de dette ou novation, constitution d'une sûreté etc., *supra* p. 343), ne se produisaient que dans les cas particuliers prévus par la loi; une extension à d'autres cas pourrait être envisagée si les ressources de l'interprétation logique des textes (arguments de l'analogie ou *a contrario*), ou encore des considérations téléologiques et axiologiques, à entreprendre séparément pour chaque hypothèse, la faisaient apparaître comme admissible.

Cela donné, il devient évident que chercher à définir l'obligation imparfaite *a priori* sur la base de critères de logique purement formelle, tels ceux employés par certains auteurs allemands ou grecs pour rejeter

7) Une réglementation légale fondée sur la notion d'obligation naturelle, mais plus développée que dans les deux codes cités dans le texte, se trouve dans les codes civils argentin et chilien, et plus récemment dans le code égyptien de 1948 (art. 199-202).

hors du domaine de cette obligation certaines hypothèses (v. plus haut), ne peut être considéré comme un travail scientifique d'importance capitale. Comment aurait-il une pareille importance en face du fait que fort peu de règles générales se rattachent à la notion à définir? Dans ces conditions, s'efforcer de formuler une théorie générale des obligations imparfaites ne peut avoir qu'un seul sens: celui de rassembler des situations typiques qui présentent des similitudes, en dépit de certaines dissemblances, afin de se livrer à des rapprochements qui permettront de mieux saisir la matière juridique, qui serait ainsi scrutée d'un point de vue plus élevé: nous pourrions ainsi mieux accomplir, dans le cadre tracé par l'esprit général de la loi, le travail téléologique et axiologique qui nous conduirait, dans chaque cas particulier, aux solutions que la loi ne nous a pas directement fournies.

Dans cette optique, il apparaît que la définition de l'obligation imparfaite, sans avoir le caractère d'un objectif scientifique primordial, gagnerait à être tracée de façon assez large. Dans la mesure où les situations qu'on fera rentrer dans une telle définition seront plus nombreuses, on peut s'attendre à ce que les rapprochements, souvent instructifs, qu'on pourra faire entre elles, soient plus abondants. Mais bien sûr le cercle ne doit pas être élargi au point que les similitudes entre les hypothèses qu'on y fera rentrer deviennent insignifiantes. Les notions juridiques perdent une grande part de leur utilité, lorsque leurs contours reçoivent une extension exagérée.

Nous sommes ainsi amené à proposer la définition suivante de l'obligation naturelle ou imparfaite: elle est une obligation, dont le débiteur ne peut être contraint à l'exécuter, ne serait-ce qu'indirectement, mais qui peut servir de fondement à un paiement volontaire valable, et de plus produire certains autres effets juridiques, à déterminer séparément pour chaque cas particulier, mais qui eux aussi présupposent toujours un acte volontaire du débiteur⁸.

Avec un cadre aussi large, notre définition arrive à englober la plupart des situations typiques énumérées aux pages de ce résumé. Au contraire elle ferme la porte à des hypothèses comme la promesse de contracter mariage naissant des fiançailles, ou les promesses de prestation de services ou les obligations de ne pas faire. Car bien que ne pouvant pas faire l'ob-

8) Ou d'un tiers agissant à sa place: tels sont p. ex. les cas d'un paiement fait par un tiers (cpr. art. 317 et s. c. civ. gr.), ou d'une constitution de sûreté (cautionnement, gage, hypothèque) consentie par une personne autre que le débiteur.

jet d'une condamnation judiciaire à exécuter directement, elles sont susceptibles de donner lieu à des sanctions indirectes (condamnation à des dommages-intérêts, astreintes, restitution de certaines prestations reçues, etc., v. ci-dessus p. 345). Et, pour des raisons analogues, restent hors du cadre de l'obligation imparfaite les cas que la doctrine allemande groupe sous le nom d'«*Obliegenheiten*», sujet sur lequel nous ne pouvons nous étendre ici ⁹.

IV. La négation de la nécessité de l'obligation imparfaite en tant que catégorie juridique autonome.

Une étude d'ensemble sur l'obligation imparfaite ne saurait omettre de mentionner une autre discussion théorique, qui cette fois affecte l'existence même de cette figure juridique. Nous entendons ainsi la controverse assez âpre sur la nécessité ou l'inutilité de l'obligation imparfaite ou naturelle en tant que notion juridique autonome.

Il s'est, en effet, trouvé des auteurs, notamment en Allemagne, en Suisse, et encore plus en France, qui ont contesté la nécessité scientifique de cette notion.

L'argumentation déployée à l'appui de cette thèse est, en substance, la suivante. Dans le domaine du droit, a-t-on dit, il n'existe d'obligation véritable que lorsque l'«*obligé*» peut être contraint à exécuter. En conséquence l'obligation dite «*naturelle*» ou «*imparfaite*» est, en réalité, inexistante au regard de la loi; elle ne peut être que du ressort de la morale ou des convenances sociales. Le fait que dans certaines hypothèses la loi dispose qu'un paiement, normalement inexigible, ne peut pas être répété s'il a été opéré volontairement, est parfaitement explicable sans recours à une soi-disant obligation «*imparfaite*», débile mais préexistante. Le législateur tout simplement, pour des raisons qui varient selon les cas, a jugé inadmissible la récupération de ce qui a été fourni volontairement. On ne peut pas davantage voir une preuve de la préexistence juridique de l'obligation «*imparfaite*» dans le fait que la loi, dans certains cas, admet la validité des actes récongnitifs provenant du débiteur d'une telle obligation. Si pareils actes sont capables, comme l'avancent les partisans de l'obligation imparfaite, de convertir l'obligation débile en obligation munie de la force juridique complète (obligation «*civile*»), point n'est besoin, pour expliquer ce phénomène, de recourir à l'hypothèse

9) V. entre autres *Weber*, op. et loc. cit., nos M 1 et s.

scientifique d'une obligation préexistante dans l'univers juridique, quoique non assortie de l'action en justice. Tout simplement l'acte récognitif fait naître du néant juridique, en vertu du principe de la liberté des conventions, une obligation parfaite toute nouvelle, dont pas même un germe n'existait auparavant. Si l'on ajoute à cela que l'état des législations ne permet pas le plus souvent de dégager une réglementation unitaire et suffisante des divers cas d'obligation «imparfaite», il appert que la fiction juridique d'une telle obligation ne présente aucune utilité. Le droit a ainsi grand intérêt à se débarrasser de cette notion bizarre d'une obligation qui n'oblige pas en réalité son débiteur, quitte à traiter directement les diverses situations que la doctrine traditionnelle y rattache sur la base des textes légaux qui les prévoient.

A. Cette doctrine hostile aux obligations imparfaites, déjà assez ancienne, c'est surtout en France qu'elle s'est affirmée. Elle y a connu récemment un regain de vitalité; des études nouvelles ont repris sa défense (*Flour, Michelle Gobert, etc.*), et elle a été vivement discutée dans un congrès scientifique tenu à Montréal en 1952. Le grand développement qu'elle a pris dans ce pays s'explique par des conditions toutes particulières du droit qui y est en vigueur.

Nous avons déjà souligné que le code civil français ne contient qu'une disposition d'ordre assez général sur l'obligation naturelle: l'art. 1235 al. 2, selon lequel «la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées». Dans le silence de la loi, il appartenait à la doctrine et à la jurisprudence de préciser quels étaient les cas d'obligation naturelle. Deux tendances opposées ont alors fait leur apparition. Selon une première opinion, explicable par la crainte de l'arbitraire du juge, le nombre des obligations naturelles devait être restreint à l'extrême. On reconnaîtrait comme telles les hypothèses seulement qui pouvaient trouver un appui dans des textes précis (p. ex. sur le jeu et le pari, art. 1967 c. civ. fr.) ou dans la tradition historique (obligation prescrite). L'opinion adverse voulait au contraire, dans le désir d'accentuer la moralisation du droit, élargir le contenu de la notion d'obligation naturelle: elle y faisait rentrer tous les cas dans lesquels le juge décèlerait l'existence d'un devoir moral (ou de conscience) assez important, qui aurait poussé à faire une prestation. La jurisprudence française s'est rangée à cette deuxième opinion, et elle fut approuvée par la majorité de la doctrine. Les adversaires de cette façon de voir ont alors voulu réagir; et comme moyen de combat ils ont notamment imaginé de porter le débat — qui *au fond* mettait aux prises moralisa-

teurs et antimoralisateurs — sur le terrain des *constructions juridiques*. L'obligation naturelle, ont-ils soutenu, est juridiquement inexistante. Les devoirs moraux, tant qu'ils n'ont pas été promus par des textes précis au rang de devoirs juridiques, restent totalement étrangers à la sphère du droit. Il s'ensuit que ceux qui font des prestations en exécution de simples devoirs de conscience, ou qui reconnaissant de tels devoirs promettent de les exécuter, en réalité agissent en qualité de donateurs¹⁰. Cela a pour conséquence que toutes les règles juridiques qui restreignent les donations s'appliquent *eo ipso* en la matière; plus spécialement, des obstacles sont mis de la sorte à ce que des engagements soient pris valablement sans mûre réflexion, puisque la donation doit, sous peine de nullité, être conclue par acte notarié. Mais il a déjà été indiqué que dans l'opinion qui a prévalu l'obligation imparfaite, qui peut naître d'un simple devoir de conscience, a une préexistence juridique. La conception d'une donation du *solvens* ou de celui qui conclut un acte récongnitif est ainsi rendue impossible, et l'accomplissement des devoirs de conscience reçoit un grand encouragement de la part de l'ordre juridique.

B. En Grèce, la discussion sur la nécessité de l'obligation imparfaite en tant que catégorie juridique autonome est passée presque inaperçue. Le fait est dû à ce qu'en droit grec, de même qu'en Allemagne — pays dont le code lui a, en la matière, servi de modèle — point n'était besoin d'y recourir pour donner, comme en France, un revêtement juridique *formel* à un conflit d'opinions fondamental portant sur le fond du droit. En effet des textes légaux précis ont institué, quant aux devoirs moraux ou de bienséance, un régime de faveur qui est inconnu en France. Ainsi il n'est pas seulement dit, dans l'art 906 c. civ. gr. (=§ 814 c. civ. allem.), que ces sortes de devoirs peuvent servir de support à un paiement valable, c.-à.-d. non sujet à répétition; il résulte encore d'autres textes que de tels paiements, ou des promesses d'exécuter de pareils devoirs, valables aussi en règle générale (v. *infra* p. 353), peuvent *parfois* constituer des donations. Mais ces donations ont été, par exception, soustraites à l'application d'un certain nombre de règles sévères auxquelles sont soumises les donations ordinaires¹¹. Il s'ensuit qu'en Grèce, comme en

10) Il est utile de rappeler ici (v. p. 342), que la construction juridique de la donation est facilitée en France du fait que, dans le droit de ce pays, seuls les paiements opérés ou les engagements pris en connaissance de ce que l'obligation n'est pas exigible en justice, sont reconnus valables par application de la théorie de l'obligation naturelle.

11) Art. 512: les donations faites en raison d'un devoir moral particulier ou

Allemagne, une construction doctrinale qui présenterait l'exécution, ou la promesse contractuelle d'exécuter des devoirs moraux ou de bienséance comme n'ayant *aucun rapport* avec la notion de donation, était rendue impossible eu égard aux textes; elle devenait aussi inutile, puisque les textes favorisent dans une large mesure ceux envers lesquels de tels devoirs existent. D'un autre côté, les esprits hostiles à cette sorte de moralisation du droit, déjà réalisée dans le cadre même de la réglementation des donations par le législateur, n'avaient aucun intérêt à lutter pour faire prévaloir la qualification de donation. C'est dans doute pour toutes ces raisons que le débat sur la nécessité de la notion d'obligation imparfaite a conservé en Allemagne un caractère purement théorique¹², et qu'il n'a pas eu d'écho important chez les juristes grecs.

Il n'en devait pas moins être mentionné ici. Car s'il est vrai qu'en droit grec il ne présente pas l'intérêt majeur qu'on y a attaché en France, on pourrait toutefois être tenté d'y faire appel pour résoudre certaines questions de détail, sur lesquelles la loi a gardé le silence (v. *infra* p. 355 et s.). Malgré cela nous croyons que, même dans ces limites, cette discussion sur l'existence ou non d'un «germe» juridique dans toute obligation naturelle ou imparfaite avant même qu'intervienne un paiement, ou une promesse d'exécution, ou tout autre acte volontaire correspondant du débiteur, n'a pas l'importance que certains inclinent à lui attribuer. C'est une controverse du ressort de la technique juridique pure, qu'on pourrait fort bien mettre de côté sans nuire au fond du droit: les divers points pratiques non résolus directement par la loi pourraient trouver des solutions satisfaisantes au moyen d'une interprétation intelligente des textes existants, qui mettrait aussi en jeu des arguments téléologiques et axiologiques. Nous avons essayé d'en donner la démonstration

pour des motifs de bienséance, ne sont pas sujettes à révocation. Art. 1510, 1643, 1673: ces donations sont par exception permises au représentant légal d'un incapable et au mineur émancipé. Art. 1831 § 1 i. f. et 1835 § 1 combinés: elles ne peuvent pas être attaquées par les héritiers réservataires du donateur pour violation de leurs droits. Tous ces textes correspondent à des dispositions semblables du code civil allemand.

12) Il en a été de même en Suisse, où l'état de la législation est encore plus net. En effet l'art. 239 III du code suisse des obligations déclare d'une façon catégorique que «l'accomplissement d'un devoir moral *ne constitue pas* une donation». Pour l'allure toute théorique de la discussion mentionnée dans le texte, v. p. ex. pour l'Allemagne *Fr. Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht, 1929, § 8, p. 15 et s., et pour la Suisse *Heitz*, Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht, 1940, p. 48 et s., 108 et s.

dans une série de développements insérés dans le texte grec de l'étude ici résumée (v. n^{os} et s.; également *infra* p. 355 et s.).

Mais tout cela ne veut pas dire qu'une construction technique qui présenterait l'obligation imparfaite comme existant déjà juridiquement, ou au contraire comme absolument inexistante avant tout acte volontaire de l'«obligé» qui s'y rapporterait, soit totalement inutile. *Gény*¹³ n'a-t-il pas excellemment mis en lumière, dès 1899, que les constructions juridiques ou techniques constituent des «idées-forces», qui permettent souvent, avec une «économie de pensée», de trouver des solutions justes aux problèmes juridiques, à condition toutefois d'avoir conscience de ce qu'elles ont d'artificiel et de soumettre leurs résultats à un contrôle téléologique et axiologique approprié? Nous plaçant sur ce terrain, nous pouvons, mais sans fanatisme scientifique, nous ranger du côté de ceux qui croient que la notion d'obligation naturelle ou imparfaite doit être conservée dans l'arsenal juridique. Cela aurait, entre autres, une utilité déjà signalée plus haut (p. 347): en groupant sous l'étiquette «obligations imparfaites» diverses situations présentant des traits communs, nous serons en mesure de faire des rapprochements susceptibles de nous aider à considérer d'un point de vue plus élevé les questions pratiques qui surgissent, donc à mieux les résoudre. C'est là un service dont il ne faudrait pas se priver par égard à des spéculations purement théoriques hostiles à la notion d'obligation imparfaite.

VII. Effets des obligations imparfaites.

Ce serait allonger outre mesure ce résumé que de donner un aperçu détaillé du contenu de la section correspondante de notre étude en langue grecque (v. n^{os} 14 - 21). Il suffira ici, en règle générale, de mentionner les points les plus importants et de noter les solutions que nous leur avons données; nous devons renoncer à reproduire l'argumentation qui y a conduit, et qui se trouve dans le texte grec.

Cela dit, nous ferons d'abord remarquer qu'au moins dans un cas d'obligation imparfaite la loi a pris soin de résoudre la plupart des problèmes qui le concernent en raison de sa fréquence dans les transactions juridiques. Il s'agit de l'obligation non encore arrivée à échéance (v. surtout articles 210 combiné avec 201 et s., 324 et 905 § 2, 325, 374 § 1, 440 i. f., 445, 848, 940 § 2 c. civ. gr.; cpr. aussi les articles 1210 et 1258). La doctrine et la jurisprudence ont fait le reste par interprétation des

13) Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, I (2^e éd. 1919), n^{os} 68 et s.

textes existants. Pour ces raisons dans la suite de nos développements nous avons cru inutile de nous occuper longuement de cette hypothèse.

A. L'effet principal de l'obligation imparfaite, qui est en même temps, conjointement à son inexigibilité, son trait le plus caractéristique, est l'exclusion de la répétition de ce qui a été volontairement payé (art. 906, 272 § 2, 845 c. civ. gr.). Cet effet s'attache à tous les cas d'obligation imparfaite. Il se produit même si le *solvens* croyait par erreur qu'il pouvait être contraint à exécuter par une action en justice. La répétition doit cependant être admise si le paiement a été le fait d'un incapable, ou s'il a été obtenu par dol ou par violence.

D'autre part, il n'y a aucune raison pour nier la validité d'une dation en paiement faite pour éteindre une obligation imparfaite.

Pour ce qui est du paiement effectué par un tiers, la répétition ne devrait être exclue que si celui-ci savait que la créance ne pouvait faire l'objet d'une demande en justice (n° 16).

La promesse d'exécuter une obligation imparfaite transforme-t-elle l'obligation jusqu'ici imparfaite en une obligation «civile» sanctionnée par une action en justice? Le code civil grec l'admet expressément pour l'obligation prescrite (art. 272 § 2): la reconnaissance, par contrat, de cette obligation y est déclarée valable, même si le reconnaissant ignorait que la prescription le mettait à l'abri des poursuites judiciaires. Au contraire, la validité de la reconnaissance est exclue, en termes exprès (art. 844), au cas du jeu et du pari. Ce dernier texte doit être considéré comme exceptionnel. Dans l'esprit de la loi c'est l'art. 272 § 2 qui, secondé par le grand principe de la liberté des conventions, doit être censé poser la règle générale. Par application analogique de cet art. 272 § 2 nous admettons la validité d'une reconnaissance contractuelle (ou d'une novation) de toute obligation imparfaite, excepté les hypothèses où une disposition précise de la loi, ou des considérations téléologiques et axiologiques toutes spéciales, imposeraient une solution contraire. Seule la question de savoir si ces actes récongnitifs sont soumis à l'observation d'une forme suscite des difficultés, que nous examinons plus loin (p. 357).

L'obligation imparfaite peut encore, en règle générale, être assortie d'une sûreté personnelle ou réelle (arg. analogique tiré de l'art. 272 § 2); cependant, lorsqu'elle est constituée par un tiers autre que le débiteur, il convient de n'en reconnaître la validité que lorsque le débiteur avait consenti à ce que le tiers garantisse la dette; ou, dans le cas spécial de la caution, si celle-ci savait que le débiteur principal ne pouvait pas être actionné en justice.

Il faut également considérer comme possible la stipulation d'une clause pénale par rapport à une obligation imparfaite, ainsi que la cession d'une telle obligation (v. n° 18).

Au contraire on doit refuser au créancier d'une obligation imparfaite la faculté d'opposer en compensation sa créance. Il doit en être de même pour le droit de rétention (epr. art. 325 et s. c. civ. gr.). D'une façon plus générale, il serait faux de croire que l'obligation naturelle, qui est privée du droit d'action, peut toujours être mise en valeur par voie d'exception. Et il semble aussi plus exact (v. n° 19 i. f. du texte grec) de nier qu'elle puisse faire l'objet d'une action en justice simplement déclaratoire (Feststellungsklage; epr. art. 127 de la loi d'introduction du code civil grec, art. 71 du code de procédure civile de 1967).

B. Les questions qui viennent d'être examinées sont en quelque sorte classiques, du fait qu'elles sont plus ou moins traitées dans les ouvrages généraux sur le droit des obligations. D'autres questions, au contraire, n'ont pas attiré l'attention des auteurs grecs. Tel est notamment le cas, lorsqu'il s'agit de savoir si le créancier d'une obligation imparfaite reconnue par le débiteur peut concourir avec les créanciers ordinaires pour obtenir sa part dans une distribution par contribution de l'actif du débiteur, devenu insuffisant pour satisfaire entièrement ses créanciers. Cette question est très proche de celle qui consiste à se demander, si le paiement d'une dette provenant d'une obligation imparfaite peut être attaqué par l'action paulienne, lorsqu'il a été fait par un débiteur insolvable. C'est pourquoi nous traitons conjointement les deux sujets un peu plus loin (p. 357 et s.).

Un autre point, qui n'a pas non plus été envisagé par les auteurs grecs, est celui concernant la possibilité ou non, pour les héritiers du débiteur d'une obligation imparfaite, de déduire la dette en provenant de l'actif de sa succession, afin d'arriver à un allègement de l'impôt sur les successions qui les frappe. Après examen attentif de quelques dispositions des lois fiscales, dont une est relative à des dettes du *de cujus* qui ont succombé à la prescription extinctive (loi n° 1641 de 1919, art. 6 § 4), nous arrivons à une conclusion favorable aux héritiers: ils seraient admis à exiger la déduction dont il s'agit, même si les dettes en question n'avaient pas été reconnues de son vivant par le *de cujus*. Une exception devrait toutefois être faite pour les dettes prescrites, en vertu du texte spécial cité ci-dessus (qui ne peut pas être appliqué par analogie aux autres cas d'obligation imparfaite, en raison du caractère fiscal de cette

disposition), et cela seulement si une reconnaissance de la part du *de cuius* fait défaut (v. n° 21 du texte grec).

VIII. L'exécution ou la reconnaissance d'une obligation imparfaite constitue-t-elle une donation ?

A. Nous avons déjà laissé entrevoir (v. p. 351) que pour beaucoup d'auteurs toute une série d'effets, qu'on pourrait faire découler des obligations imparfaites, dépend de la solution d'une question préalable: de celle qui vient d'être formulée dans le titre de la présente section.

Nous verrons par la suite quels sont ces divers effets. Mais il importe dès le début de rappeler, que la possibilité de qualifier de donation le paiement ou la reconnaissance d'une obligation imparfaite, se trouve étroitement liée à la discussion théorique qui vise à élucider si cette obligation a ou non une existence juridique, avant que de tels actes volontaires aient eu lieu de la part du débiteur. Or il a déjà été dit (p. 351), qu'à notre sens une prise de position sur cette controverse n'est pas absolument indispensable. Certes la grande majorité des auteurs considère que la solution de beaucoup de questions pratiques touchant les obligations imparfaites est dictée par la thèse, qui ne voit pas dans le paiement ou la reconnaissance d'une obligation imparfaite une donation, parce que l'obligation était préexistante par rapport à ces actes. Pourtant d'autres auteurs nient l'exactitude de cette théorie. Pour ne pas proposer des solutions qui pourraient être contestées par ces derniers, nous avons préféré traiter chaque cas particulier en considération de ses particularités; et indépendamment de toute construction théorique relative à la donation nous l'avons, chaque fois, confronté directement avec les textes de la loi, à la vérité peu nombreux (*supra* p. 334 et s.), qui pourraient lui être applicables, par analogie ou éventuellement *a contrario*; nous avons également eu recours à des arguments téléologiques ou axiologiques pour compléter ces textes ou suppléer aux lacunes de la loi (cpr. *supra* p. 351).

Cela dit, nous ajouterons qu'en droit grec positif, contrairement à certains droits étrangers, il semble difficile de résoudre le problème posé dans le titre de la présente section d'une façon tranchante. Nous avons déjà vu qu'en France la majorité de la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'en règle générale il n'y a pas donation dans le fait d'exécuter ou de reconnaître une obligation naturelle. De même le code suisse des obligations, dans son art. 239 III, énonce que l'accomplissement d'un devoir moral ne constitue pas une donation (cpr. aussi

art. 63 II). En droit grec au contraire, comme en droit allemand qui en la matière lui a servi de modèle, il n'y a pas de texte général précis (sauf une exception en matière de prestation financière du parent à un enfant aux fins d'établissement, art. 1499) qui nie la qualification de donation. Dans le silence de la loi, on admet cependant qu'il n'y a pas donation à cause de la préexistence d'un «germe» d'obligation juridique¹⁴. Cela est conforme à la tradition historique, formée déjà sous l'empire du droit romain-byzantin. Mais cette conception soulève des doutes importants quant à une catégorie très vaste d'obligations imparfaites: celle qui réunit tous les cas non prévus dans des textes plus précis (p. ex. art. 272 § 2, sur l'obligation prescrite, 844-845, pour les dettes provenant du jeu ou du pari, 1400 c. civ. gr.) d'accomplissement d'un devoir moral particulier ou d'une obligation dérivant des règles de la bienséance. Ici, en effet, l'existence parallèle, dans le code civil, des articles 512 et 906 (cpr. §§ 534 et 814 c. civ. allem.) suggère que l'accomplissement de pareils devoirs peut, *sous certaines conditions*, constituer une donation; mais il échappera à cette qualification si ces conditions ne se trouvent pas réunies. Il y a là une constatation qui est faite nettement par les auteurs allemands, mais qui n'a pas attiré suffisamment l'attention de la doctrine grecque. Nous aurons à revenir sur ce sujet dans la suite de cette étude (v. section IX).

B. Après ces observations préliminaires, nous pouvons aborder les divers points pratiques qu'on rattache généralement à la conception, selon laquelle l'exécution d'une obligation imparfaite n'implique pas une donation envers celui qui en bénéficie. Ainsi:

a) On admet unanimement, et à juste titre, que le paiement fait par le débiteur d'une obligation imparfaite n'est pas en principe soumis à la forme de l'acte notarié prévue sous peine de nullité pour les donations (art. 498 § 1 c. civ. gr.). A la vérité lorsqu'il s'agira d'une prestation d'objets mobiliers, la solution peut également s'appuyer sur le § 2 de ce même article. La forme notariée reste toutefois indispensable, lorsqu'elle est prescrite par la loi pour le transfert de droits indépendamment de la cause du transfert (donation, vente, échange, dation en paiement, apport en société, etc.). Il en sera ainsi notamment lorsque le débiteur de l'obligation imparfaite procède, pour l'exécuter, au transfert de la propriété d'un immeuble (art. 369 c. civ. gr.).

b) La promesse d'exécuter une obligation imparfaite (ou reconnais-

14) Pour une réserve qui pourrait être faite, v. *infra* note 16.

sance contractuelle) échappe-t-elle aussi à la nécessité d'un acte notarié? Pour résoudre ce problème on trouve un appui dans l'art. 272 § 2 c. civ. gr., qui prévoit le cas spécial de la reconnaissance d'une obligation frappée par la prescription. Par une interprétation appropriée de ce texte on arrive à la distinction suivante: une reconnaissance simplement orale suffit (sous réserve, éventuellement, des restrictions de la preuve par témoins, v. art. 410 et s. c. procéd. civile), lorsque le reconnaissant avait conscience du fait qu'il était à l'abri des poursuites judiciaires; elle devra sous peine de nullité être faite par écrit (même sous seing privé), si le reconnaissant se croyait exposé à de telles poursuites. Ces solutions peuvent fort bien s'appliquer au déjà de l'obligation prescrite, par analogie, aux autres cas d'obligations imparfaites; il y a là une généralisation, à laquelle les auteurs grecs n'avaient pas pensé jusqu'ici. (Pour l'hypothèse particulière de l'art. 512, v. plus loin p. 364 et s.).

c) Du moment que l'exécution ou la reconnaissance d'une obligation imparfaite n'est pas regardée comme une donation, les auteurs enseignent parfois que les règles sur la révocation des donations (art. 505 et s.) ne lui sont pas applicables. Mais à bien considérer les choses, s'il n'y a pas donation en la matière, l'acte juridique échappera à la révocation en raison de ce que les contrats à titre onéreux ne peuvent être, en principe, défaits que moyennant un nouvel accord contraire des parties. Par ailleurs, même s'il y avait donation, la révocation en serait exclue par application de l'art. 512 c. civ. gr., selon lequel les donations faites en raison d'un devoir moral particulier ou pour des motifs de bienséance ne sont pas sujettes à révocation. Ainsi, de toute évidence, la solution de l'irrévocabilité est tout-à-fait indépendante du débat qui porte sur le point de savoir si la qualification de donation est admissible en ce qui concerne les obligations imparfaites.

d) Les héritiers réservataires peuvent-ils attaquer un paiement ou une reconnaissance de dette qui correspondraient à une obligation imparfaite pour atteinte à leur réserve, en faisant appel aux textes sur la réduction, en faveur des réservataires, des donations excessives du *de cuius?* (art. 1835 et s. c. civ. gr.). La réponse négative trouve un appui solide dans les articles 1835 § 1 et 1831 § 1 al. 2, d'où il découle que les donations imposées par un devoir moral particulier ou par des raisons de bienséance échappent à la réduction. A plus forte raison les bénéficiaires y échappent - ils, si l'on nie à la prestation qui leur a été faite, selon la conception courante, le caractère de donation.

e) Le paiement par un insolvable d'une dette dérivant d'une obli-

gation imparfaite peut-il être attaqué par ses autres créanciers, par recours aux règles de l'action paulienne? (art. 939 et s. c. civ. gr.). La réponse affirmative ne fait aucun doute. Elle trouve un appui formel dans l'art. 940 § 2 qui permet d'attaquer les paiements de dettes non encore échues, donc, à plus forte raison, des dettes non exigibles en justice. Elle peut de plus invoquer cette considération substantielle, qu'un débiteur insolvable doit d'abord payer ses dettes juridiquement parfaites, et penser ensuite à satisfaire les personnes envers lesquelles il n'a que des devoirs purement moraux (cpr. la maxime «*nemo liberalis nisi liberatus*» applicable en matière de legs, art. 1901 § 2 c. civ. gr.).

Cette même solution devra, par analogie, être suivie en cas de paiement d'une obligation imparfaite fait par un débiteur déclaré ultérieurement en faillite.

Plus difficile à résoudre est un autre point: l'action qui sera dirigée contre le paiement bénéficiera-t-elle des facilités accordées aux créanciers, lorsque l'acte du débiteur insolvable est un acte à titre gratuit? (v. art. 942 c. civ. gr.). La question est sujette à controverse, mais l'affirmative nous semble indiquée.

Beaucoup plus compliquée est, dans ce même ordre d'idées, la question de savoir, si une *reconnaissance* de l'obligation imparfaite provenant d'un insolvable pourra être attaquée par l'action paulienne ou en vertu des règles sur la faillite. Nous ne pouvons faire ici que renvoyer à nos développements en langue grecque (n^{os} 29 - 29a).

f) Celui qui a opéré un paiement ou fait une promesse correspondant à une obligation imparfaite pourra-t-il jouir des tempéraments apportés à la responsabilité du débiteur envers son créancier, lorsque la dette découle d'une donation? C'est ici le revers de la médaille, puisque le débiteur, qui dans les cas précédemment examinés se trouvera dans une condition pire s'il est considéré comme un donateur, ici au contraire il verra sa condition s'améliorer (notamment responsabilité du donataire seulement pour faute intentionnelle ou pour négligence grave, art. 499 et 500 c. civ. gr., et non pour toute faute même légère, v. art. 330 etc.). Ici, plus qu'ailleurs, une réponse toute schématique, sur la base du raisonnement: il n'y a pas donation, donc la responsabilité est très étendue selon le droit commun, nous a semblé hors de mise. Nous avons considéré que seules des appréciations téléologiques et axiologiques, qui tiendraient compte des particularités de chaque cas à résoudre, pouvaient fournir une réponse satisfaisante. Cela nous a amené, tantôt à admettre la res-

ponsabilité étendue du droit commun et tantôt celle atténuée qui pèse sur les donateurs (v. pour les détails n° 30 du texte grec).

g) Encore pour des raisons téléologiques et axiologiques, nous avons cru pouvoir admettre en faveur du débiteur d'une obligation imparfaite qui a reconnu son obligation — et qui selon la conception courante n'est pas considéré comme un donateur — un avantage dont jouit le donateur en vertu de l'art. 501 c. civ. gr.: celui de pouvoir refuser l'exécution de la donation si celle-ci met en danger soit son propre entretien, soit celui des personnes que la loi l'oblige à entretenir (v. n° 31 de l'étude ici résumée).

h) C'est encore dans une optique pareille qu'a été examinée la question de savoir si le représentant légal d'un incapable (mineur, aliéné) peut accomplir ou reconnaître une obligation imparfaite (devoir moral etc.) du représenté (v. n° 32).

i) Une question analogue se pose par rapport aux organes ou administrateurs d'une personne morale (ou juridique). Ont-ils la faculté d'agir comme ci-dessus aux dépens du patrimoine de la personne morale? La question est résolue par l'affirmative, au vu, entre autres, des articles 1510, 1643, 68 § 2 et 906 du code civil grec.

j) L'art. 1695 c. civ. gr. (cpr. art. 504 et 901 c. civ. fr.) n'admet que dans certaines limites le droit des héritiers d'attaquer pour cause d'aliénation mentale les actes à titre onéreux passés de son vivant par le *de cuius*. Cette disposition s'appliquera-t-elle aux paiements ou aux reconnaissances de dette relatifs à une obligation imparfaite? Le raisonnement fort simple, mais purement formel, selon lequel, attendu qu'il n'y a pas donation, cet article 1695 est tout naturellement applicable, nous a ici encore, pour des raisons déjà exposées (v. p. 355, 358), paru insuffisant. Nous nous sommes en conséquence livré à un examen plus substantiel, mettant en jeu, selon une méthode suivie constamment dans cette étude, des considérations téléologiques et axiologiques. Il en est résulté une confirmation de l'applicabilité de l'art. 1695.

k) La dernière question traitée sous ce même angle des rapports de l'obligation imparfaite avec la donation, est celle qui consiste à se demander, si le paiement et la reconnaissance d'une obligation imparfaite seront soumis à l'impôt assez lourd qui frappe les donations. Sans entrer dans les détails de la discussion, nous dirons qu'en principe ces deux actes doivent être exonérés de cette imposition.

L'examen que nous venons de terminer aura, nous semble-t-il, confirmé — ce qui est plus visible dans le texte grec beaucoup plus déve-

loppé — que l'importance pratique du débat visant à éclaircir si le débiteur d'une obligation imparfaite qui l'exécute volontairement ou promet de l'exécuter est un donateur, a été surestimée. La qualification de donation ou au contraire sa négation ne suffisent pas toujours à donner des solutions satisfaisantes aux problèmes pratiques qui se posent. Nous avons vu, en effet, que des considérations substantielles conduisent parfois (v. ci-dessus sous les lettres *e, f et g*) à appliquer les règles qui gouvernent les donations.

IX. Etude spéciale des cas d'accomplissement d'un devoir moral particulier ou d'une obligation de bienséance (art. 512 et 906 c. civ. grec)

Dans nos développements précédents nous avons réservé pour une étude particulière les deux cas mentionnés dans le titre ci-dessus (v. p. 333). La raison en était que l'existence parallèle, dans le code civil grec, des articles précités (512 et 906), qui portent tous les deux sur les devoirs moraux ou de bienséance, fait naître, en plus des problèmes généraux de l'obligation imparfaite déjà examinés, un problème nouveau: celui de l'harmonisation de ces textes. La disjonction du sujet était dès lors indiquée pour assurer la clarté de l'exposition.

La difficulté principale en la matière réside dans la recherche du rapport des deux cas qui nous intéressent avec la notion de donation. Y a-t-il ou non donation lorsqu'une personne effectue un paiement qui correspond à un devoir moral ou de bienséance, ou reconnaît l'existence d'un tel devoir? Une solution intermédiaire reste d'ailleurs possible: ces deux actes pourraient parfois constituer une donation et dans d'autres cas ne pas présenter ce caractère. Il y avait là des points à éclaircir en contact étroit avec ce qui a été dit, sur ce même sujet, dans la partie générale de ce travail (v. p. 355 et s.).

A. Mais avant d'aborder ces difficultés, il importe de clarifier ce que les articles 512 et 906 entendent par l'emploi des termes «devoir moral particulier» et «obligation de bienséance».

Pour ce qui est du sens du terme «devoir moral *particulier*», le professeur *Fragistas* en a proposé une excellente définition: il ne suffit pas d'un devoir ordinaire, qui pèse sur chaque homme au profit, éventuellement, de tous ses prochains (tel p. ex. le devoir général de charité); il est nécessaire que ce devoir existe, en raison de circonstances spéciales, à la charge d'une personne envers une autre personne bien définie

(p. ex. le devoir de reconnaissance pour des services rendus, tels que le sauvetage de la vie, etc.). Le code civil grec a ainsi voulu préciser, dans le texte même de la loi, un trait qui ailleurs (France, Allemagne, Suisse) a dû être dégagé par la doctrine et la jurisprudence.

De plus, il faut définir le sens exact de deux autres expressions employées par le législateur dans les articles 512 et 906 précités. Le premier de ces textes déclare non sujettes à révocation «des donations faites *en raison* d'un devoir moral particulier ou *pour* des motifs de bienséance». De son côté l'art. 906 exclut la réclamation de l'indu pour ce qui a été payé «*par* devoir moral particulier ou *pour* des raisons de bienséance». Ces deux façons de s'exprimer, très proches l'une de l'autre, laissent croire à première vue que le donateur, ou celui qui opère le paiement, *doit avoir conscience* d'accomplir un devoir moral ou de bienséance. Ici encore le professeur *Fragistas* a excellemment fait ressortir —et son opinion a été pleinement acceptée— que le législateur s'est exprimé de façon inadéquate. Il ne voulait nullement exiger une conduite consciente de l'intéressé dans le sens ci-dessus indiqué. Dans l'esprit de la loi il suffit que la donation ou le paiement correspondent *objectivement* à l'existence d'un devoir moral ou de bienséance. Les mobiles qui ont poussé l'intéressé à agir (p. ex. calculs égoïstes, désir de provoquer l'attention de son entourage) et qui peuvent être dénués de valeur morale, restent ainsi totalement indifférents. De même, et surtout, le fait pour l'intéressé d'avoir agi dans la croyance erronée que ce qu'il accordait volontairement pouvait être exigé de lui par une demande en justice, n'a aucune importance en la matière (cpr. sur ce point *supra* p. 353).

Enfin il est admis —encore sur la base d'un enseignement du professeur *Fragistas*— que la prestation exécutée ou promise doit, pour correspondre au devoir moral particulier ou à la bienséance, et par conséquent pour jouir des exonérations prévues aux articles 512 et 906, ne pas être démesurée. Le tribunal appréciera, dans chaque espèce qui lui sera déférée, si la donation ou le paiement excède ce qu'exigeait le devoir moral ou de bienséance, en considération des circonstances particulières. Si un excédent est constaté, les bénéfices prévus aux articles 512 et 906 se limiteront à la prestation normale. Pour le surplus il y aura donation ordinaire soumise à révocation ¹⁵; ou, lorsque la pres-

15) Également sera inapplicable à ce surplus le régime de faveur institué par d'autres textes *spéciaux* au profit des donations qui correspondent à des devoirs moraux ou de bienséance (v. note 11).

tation échappera à la qualification de donation (v. *infra*, sous B); l'art. 906 ne jouera pas, et le surplus pourra être récupéré selon les règles de la répétition de l'indu.

Dans le texte grec nous avons par la suite donné la définition des obligations de bienséance et aussi une énumération détaillée des cas pratiques, dans lesquels la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il y a donation ou paiement correspondant à un devoir moral particulier ou à une obligation de bienséance. Pour ne pas trop allonger le présent résumé, nous ne nous attarderons pas sur ces points. Du reste, l'impression générale qui se dégage de cette partie de nos recherches est que l'image offerte ici par le droit grec rappelle assez fidèlement ce qu'on trouve dans les ouvrages généraux étrangers (français, allemands, suisses) traitant les mêmes sujets.

B. Nous en venons maintenant à ce qui constitue la difficulté principale de ce côté de nos recherches: il s'agit d'établir le rapport exact de l'accomplissement d'un devoir moral particulier ou d'une obligation de bienséance avec la notion de donation.

Nous avons déjà rencontré un problème analogue dans la partie générale de ce travail (p. 355 et s.). Mais ce qui complique ici les choses, c'est que notre sujet actuel a fait l'objet des deux articles du code civil grec souvent mentionnés plus haut (512 et 906), qui sont rédigés de façon à susciter des doutes quant à leur harmonisation. Il y a ainsi des points à élucider. D'autant plus que les auteurs grecs s'en sont peu occupés; ce qui est peut-être dû au fait qu'ils n'ont pas trouvé à la source de ces deux dispositions, plus exactement chez les commentateurs des deux paragraphes correspondants (534 et 814) du code civil allemand, des exposés assez clairs pour s'en inspirer.

Nous savons déjà que l'art. 512 c. civ. gr. déclare inapplicables aux *donations* faites en raison d'un devoir moral particulier ou pour des motifs de bienséance les règles générales sur la révocation des donations. Faut-il en déduire que *toutes les fois* qu'il y a accomplissement de pareils devoirs on se trouve en face d'une donation? S'il en était ainsi, il y aurait sur ce point une règle toute contraire à celle qui gouverne les autres obligations imparfaites, c.-à-d. celles dont les contours sont tracés dans la loi de façon précise (obligation prescrite, ou née du jeu et du pari, etc.), et non par une formule générale, comme dans les articles 512 et 906.

Or, il est difficile de soutenir que le législateur ait voulu une telle différence de réglementation. Incontestablement, le libellé de l'art.

512 le prouve, *il y a des cas* où l'accomplissement des devoirs qu'il vise constitue une donation. Mais l'existence parallèle, dans le code, de l'art. 906, indique assez clairement qu'il peut y avoir d'autres hypothèses qui échappent à l'emprise de cette dernière notion. En effet, si celui qui effectue un paiement ou promet une prestation correspondant à un devoir moral ou de bienséance, était *toujours* un donateur, l'art. 906, qui déclare dans ces cas inapplicable la répétition de l'indu, aurait été inutile; car le donateur est lié par le contrat de donation, et il serait en principe inconcevable qu'il puisse recourir aux règles sur la répétition de l'indu pour se faire restituer ce qu'il avait donné en exécution de ce contrat; il n'y avait ainsi aucune raison pour que le législateur se donne la peine de lui interdire la répétition de l'indu.

Mais une fois établi que l'accomplissement d'un devoir moral ou de bienséance sera tantôt une donation et tantôt non, il reste encore à trouver le critère de la discrimination. C'est surtout sur ce point que la clarté des exposés laisse à désirer et qu'il y a des divergences entre les auteurs. Il ne peut être question ici que de résumer nos vues personnelles sur le sujet.

Pour arriver à l'éclaircir, nous avons dû, dans la version grecque de cette étude, procéder à une analyse psychologique détaillée de la conduite des intéressés dans les hypothèses envisagées. L'état d'esprit de ceux-ci diffère selon les cas. Ou bien tous les deux savent, lorsque la prestation est faite ou la promesse de l'exécuter est donnée, qu'il s'agit d'un avantage qui n'était pas exigible en justice. Ou encore tous les deux l'ignorent. Ou, enfin, l'un seul des deux a conscience du fait qu'aucune contrainte n'est possible. Cela donné, seulement *dans le premier cas il y a donation*. Encore faut-il qu'à la connaissance des intéressés s'ajoute un accord de leurs volontés assez clair, mettant en lumière que l'un d'entre eux entend donner ou promettre en *qualité de donateur* et que l'autre accepte la condition de *donataire* (cpr. art. 496 c. civ. gr.)¹⁶.

Au contraire, dans le cas où celui qui donne ou promet ignorait l'absence de contrainte, il est évident qu'il ne peut pas être question de donation.

16) On pourrait songer à élargir le débat et se demander, lorsque les conditions exposées au texte se trouveront réunies, si la qualification de donation pourrait être donnée même dans les cas d'obligation imparfaite autres que ceux prévus à l'art. 906 (p. ex. obligation prescrite, dette de jeu), qui selon l'opinion dominante (v. p. 356), échappent *toujours* à la notion de donation. Cette extension sera, bien sûr, plus difficile, lorsque la loi, par exception (v. art. 1499), nie expressément la présence d'une donation. Mais il est impossible d'examiner ici ces questions.

Ici cet intéressé aurait pu normalement songer à recourir aux règles sur la restitution de l'indu. C'est précisément l'hypothèse prévue par l'art. 906: il a été inscrit dans la loi pour exclure cette restitution, et c'est là son seul domaine d'application.

De même dans les autres hypothèses la qualification de donation n'a aucune place. Il s'agit ici de ceux qui donnent ou promettent sachant être libres de toute contrainte judiciaire, mais sans spécifier qu'ils veulent contracter en qualité de donateurs. Tout au plus pourra-t-on penser ici à qualifier les faits de libéralité (ou acte à titre gratuit). On sait, en effet, que la libéralité est une notion plus large que la donation (se rappeler p. ex. le cas du mandat ou du dépôt gratuit). Cela n'aura pas pour résultat d'entraîner l'application des règles sur la donation (d'imposer p. ex. la forme notariée), car ces règles ne sont que rarement applicables par analogie aux autres libéralités.

Toute cette discussion aurait été oiseuse si elle était dénuée d'intérêt pratique. Or cet intérêt existe, et se devine aisément: la réglementation assez stricte sur les donations ne s'appliquera pas à tous les cas d'accomplissement d'un devoir moral ou de bienséance, mais seulement à ceux auxquels convient la qualification de donation ¹⁷. Pour les règles à suivre quant aux cas contraires, il suffit de renvoyer à ce qui a été exposé ci-dessus (p. 356 et s.) à propos de la question analogue concernant les obligations imparfaites prévues par des textes autres que les articles 512 et 906.

C. Il est toutefois un point qui appelle un examen à part: la forme notariée, prescrite sous peine de nullité pour les donations (art. 498 c. civ. gr.), devra-t-elle être ici observée? Dans les autres hypothèses d'obligation imparfaite prévues par des formules légales précises (obligation prescrite ou née du jeu et du pari, etc.), on a vu que les auteurs répondent négativement, parce que le refus de la qualification de donation a, en ce qui concerne ces hypothèses, un caractère général (*supra* p. 356). Ici au contraire les choses sont moins simples: tantôt il y aura donation et tantôt non. Cette constatation a conduit la doctrine allemande à n'exiger la forme notariée que lorsque les actes faits en accomplissement d'un devoir moral ou de bienséance rentrent dans la définition de la donation. Transportée en Grèce cette façon de voir ne signifie

17) Naturellement cette remarque n'a aucune valeur dans la mesure où il existe des textes *spéciaux* faisant bénéficier les donations qui correspondent à des devoirs moraux ou de bienséance d'un régime de faveur par rapport aux donations ordinaires (v. *supra* note 11).

pas encore que les actes concernés sont exempts de tout formalisme, lorsqu'ils sortent du terrain de la donation. Car nous savons déjà qu'en droit grec un texte, inconnu dans le droit allemand (art. 272 § 2 c. civ. gr.), impose pour ces actes la rédaction d'un écrit, qui peut n'être qu'un sous seing privé, même une simple lettre missive; mais l'écrit n'est point nécessaire lorsque l'intéressé se croyait soumis à contrainte (v. *supra* p. 357).

L'enseignement allemand — que beaucoup considéreront en Grèce comme devant y être obligatoirement suivi à cause de la similitude des droits des deux pays sur le point étudié — paraît être d'une logique impeccable. Il choquera cependant tous ceux qui ont à cœur de promouvoir une plus grande moralisation du droit. Car il saute aux yeux qu'il encourage ceux qu'un élan généreux aura poussés à promettre une prestation pour accomplir un devoir moral sans qu'un acte notarié soit dressé, à se détracter en arguant de l'absence d'un tel acte. Il y a là une attitude qui blesse le sentiment moral, ce qui pousse à repenser le problème.

C'est ce que nous avons voulu faire dans notre étude ici résumée. Toute une série d'arguments s'est alors présentée à notre esprit qui nous a conduit à affirmer que le système enseigné en Allemagne n'était nullement incontestable. Il est impossible de reproduire ici notre démonstration. Il suffit de relever à cette place que ce système, qui à notre sens pourrait être discuté même dans son pays d'origine, se heurte en Grèce à une objection additionnelle, du fait de la présence, dans le code civil grec, d'un texte déjà mentionné (art. 272 § 2), qui fait défaut dans son homologue allemand. De la combinaison de ce texte, tel que les auteurs grecs l'interprètent, avec la doctrine allemande, on arrive à une conséquence fort difficile à justifier: celui qui voulant accomplir un devoir moral promet une prestation en spécifiant qu'il entend le faire en qualité de donateur, ne se trouve nullement obligé si le contrat n'a pas été conclu devant notaire; au contraire, celui qui croyant faussement être soumis à contrainte pour l'accomplissement d'un tel devoir, promet une prestation correspondante, s'oblige valablement même par un simple acte sous seing privé. Il lui sera ainsi plus facile de se laisser entraîner à un engagement, tandis que le promettant de la première hypothèse aura plus de temps pour peser bien les choses. Et pourtant on voit bien que le second promettant mérite une plus grande protection de la part de la loi que le premier.

A cette conséquence assez bizarre du système, tel qu'il apparaît

après sa refonte en droit grec, s'ajoute un nouveau défaut : sa complication. Elle était déjà assez grande dans le prototype allemand : les discussions assez subtiles qu'il comporte afin d'établir les cas où il y a donation, dont nous avons donné plus haut un faible écho, deviennent encore plus nombreuses en Grèce, à cause des distinctions additionnelles qu'impose la présence, dans le code civil grec, de l'art. 272 § 2. Combien plus simple est l'image du sujet qu'offre le droit français qui, selon l'opinion qui y a prévalu, ne voit jamais une donation dans l'accomplissement d'un devoir moral ou la promesse de l'accomplir ! Et il en est de même du droit suisse, où l'art. 239 III du code des obligations dit en termes exprès que l'accomplissement d'un devoir moral ne constitue jamais une donation ¹⁸.

Les observations qui précèdent, ajoutées à la plus grande valeur morale des réglementations française et suisse, font apparaître comme peu heureuse la décision du législateur grec de suivre le modèle allemand. Bien mieux inspiré était le projet de ce code (partie des obligations, art. 465 § 2) qui avait proposé d'adopter, en la matière, la solution du droit suisse. Les inconvénients qui résultent de l'abandon de cette solution lors de l'élaboration finale du texte du code, pourront du moins être réduits dans une large mesure, si notre argumentation tendant à exempter de la formalité de l'acte notarié même les donations faites en vue d'accomplir un devoir moral, était acceptée.

D. La partie consacrée aux articles 512 et 906 se termine, dans la version grecque de notre étude, par un examen de deux questions connexes assez délicates, qui appartiennent au droit de la dot (nos 50-55). Elles sont d'un intérêt moindre pour le lecteur étranger. Cela, ainsi que la nécessité d'abrégier ce résumé, nous incite à ne pas nous y attarder.

X. Justification des obligations imparfaites. Leur importance sociale et morale.

Nous connaissons maintenant suffisamment les problèmes des obligations imparfaites. Et l'ensemble de nos développements aura fait apparaître leur grande originalité.

Elles obligent sans obliger. Le trait le plus important des obligations normales, le pouvoir de contrainte reconnu au créancier, leur fait défaut. Mais elles produisent certains autres effets mineurs. Il y

18) V. de même, plus récemment, art. 2432-2433 du code civil éthiopien de 1960.

a là en quelque sorte une notion-amphibie: la vie de ces obligations se déroule surtout dans le domaine de la morale; mais elles pénètrent parfois, par certains de leurs côtés, dans le domaine du droit.

Comment expliquer que le droit ait accueilli cette catégorie intermédiaire d'obligations, qui sans être juridiquement parfaites, sont néanmoins génératrices de quelques conséquences juridiques?

Nous avons déjà vu que leur justification varie selon les cas (p. 337 et s.). Mais le plus souvent elles doivent leur reconnaissance à l'existence d'un devoir moral particulier.

Ce devoir n'a pas été jugé assez impérieux pour que la loi en assure l'accomplissement en munissant le créancier du pouvoir de contrainte. Mais il n'était pas non plus tellement insignifiant pour être totalement ignoré par l'ordre juridique. Il fallait dès lors imaginer une solution intermédiaire: elle a pris la forme de l'obligation «imparfaite».

Dans les diverses hypothèses de celle-ci, son exécution volontaire suppose chez l'obligé une conscience suffisante des devoirs moraux et sociaux, ainsi que la volonté de se soumettre à un sacrifice pour les accomplir. L'un et l'autre font souvent défaut à l'homme moyen vivant en société. Du moment que le devoir n'était pas jugé assez intense pour être sanctionné par une action en justice, l'ordre juridique pouvait y renoncer. Si une décision contraire était prise, la loi courrait le danger de ne pas arriver à s'imposer. En effet l'observation sociologique a depuis longtemps fait apparaître que les lois s'appliquent difficilement, lorsqu'elles ne trouvent pas un support suffisant dans la conscience de la majorité des citoyens. L'ordre juridique, à juste titre, n'a pas, ici aussi, voulu s'exposer à un échec. Il s'est dès lors contenté d'interdire la répétition de ce qui a été volontairement payé et d'attacher aux obligations imparfaites quelques autres effets secondaires. Il indique ainsi que l'exécution des devoirs moraux particuliers lui est désirable. De la sorte, avec la prudence nécessaire, comme dans d'autres hypothèses, on aide la morale à pénétrer dans la sphère du droit.

Mais quelle est exactement l'importance de l'aide que le droit offre ainsi à la morale? Il n'existe pas de statistiques capables de nous révéler dans quelle mesure la réglementation juridique des obligations imparfaites réussit à inciter les citoyens à exécuter leurs devoirs moraux ou de convenance sociale. Nous ignorons, écrit le professeur *Carbonnier*¹⁹, le nombre de ceux qui n'acquittent pas, ni ne promettent d'acquitter l'obligation

19) Droit civil, IV (1969), n° 3 p. 14.

naturelle; et de même combien sont ceux qui l'acquittent et ne s'en repentent point. En effet, ce que seulement nous pourrions apprendre, en recourant aux greffes et aux archives des tribunaux, c'est le nombre de ceux qui ayant volontairement exécuté, ou promis d'exécuter, un devoir moral ou de convenance, se sont ensuite repentis et ont demandé aux tribunaux, mais sans succès, la restitution des prestations faites ou l'annulation des engagements pris. Mais si les données statistiques nous manquent, on a néanmoins le sentiment que l'incitation à exécuter volontairement les obligations imparfaites, qu'on attend de leur réglementation légale, ne doit pas être d'une grande efficacité. Il n'y a pourtant pas là une raison suffisante pour condamner cette réglementation. Elle conserve une valeur morale, digne d'approbation; le législateur ne fait pas une œuvre *a priori* vaine quand il cherche à devenir éducateur moral.

En plus de cette utilité, la réglementation des obligations imparfaites remplit encore une autre fonction. Elle prépare graduellement l'opinion publique à des réformes législatives qui ne sont pas encore assez mûres pour être brusquement introduites par le législateur. C'est là un côté de notre sujet qui a été fort bien mis en lumière surtout par les auteurs français. Ils ont montré qu'une obligation juridique nouvelle, qui paraît souhaitable parce qu'elle correspond à un devoir moral, avant d'être directement instituée par le législateur, qui l'assortirait en même temps du droit d'action, peut être introduite dans la sphère du droit sous forme d'obligation imparfaite reconnue par les auteurs et les tribunaux.

Il est aussi possible que le processus soit exactement inverse. Le législateur juge qu'une obligation juridique sanctionnée par la loi ne correspond plus à son idéal de justice ou à ses conceptions de l'utilité sociale. Mais l'abrogation pure et simple de la disposition légale d'où cette obligation résulte lui paraît être, pour le moment, prématurée. Il sera souvent de bonne politique législative de préférer abaisser l'obligation au niveau d'une obligation imparfaite. Et quand les esprits se seront habitués à ce changement, il sera plus aisé de faire le dernier pas, plus décisif, de l'abrogation. Sur ces deux côtés de cette nouvelle fonction de l'obligation imparfaite la version grecque de notre étude fournit des exemples empruntés au droit grec (n° 57).

XI. Épilogue.

Nous croyons que l'étude dont on vient de clore le résumé n'était pas sans intérêt théorique. Le lecteur pensera peut-être que son utilité pratique est bien moindre. Et sans doute il aura raison.

Nous osons toutefois espérer qu'il ne se sera pas repenti d'avoir dépensé le temps nécessaire pour la lire. On dit couramment aujourd'hui qu'une caractéristique importante de notre époque est la décadence des valeurs morales. Malgré cela, il n'est pas trop téméraire de penser, que nombreux sont encore les juristes qu'intéressent des sujets tels que les rapports du droit et de la morale ou la moralisation du droit. En tout cas tous ceux qui se rendent compte qu'une vie sociale bien réglée ne peut pas se passer d'une observation suffisante des préceptes fondamentaux de la morale, s'accorderont à reconnaître que l'étude des questions morales sous l'angle du droit et l'effort fait pour pousser à l'accomplissement des devoirs moraux par des moyens juridiques appropriés, même si le succès est incertain, ne peuvent pas être considérés comme une peine perdue. Si ces réflexions sont exactes, l'auteur des pages qui précèdent sera en droit de croire qu'il n'a pas fait un travail inutile.

(Février 1970)

NOTICE BIBLIOGRAPHIQUE

Une bibliographie abondante de notre sujet, avec des renvois précis, est donnée dans les notes de la version grecque de cette étude. On y trouvera, entre autres, des indications sur les passages que les ouvrages généraux sur le droit des obligations consacrent à l'obligation imparfaite ou naturelle dans les divers pays (v. surtout notes 1-3, 6-8, 36, 42-46, 52, 75-76, 188, 214). Ici nous nous bornons à mentionner quelques-uns seulement des livres ou articles de revue les plus importants qui traitent plus à fond l'obligation imparfaite.

Blomeyer (Arwed), dans le «Rechtsvergleichendes Handwörterbuch» de Schlegelberger, VI (1938), v^o «Schuldverhältnis», p. 285-289.

Dupeyroux (J.J.), Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit, dans les «Mélanges Jacques Maury», II (1960), p. 321 et s., 341 et s.

Flour, Rapport dans les «Travaux de l'Association H. Capitant», tome VII, Congrès canadien 1952 (Montréal, 1956), et discussion sur l'obligation naturelle, p. 813-892.

Gobert (Michelle), Essai sur le rôle de l'obligation naturelle (1957, avec une préface du professeur *Flour*).

Heitz, Die unvollkommene Obligation im schweizerischen Recht (1940).

Reuss, Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, dans l'Archiv für die civilistische Praxis, tome 154 (1955), p. 485-526.

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles (3e éd. 1935), nos 186-202.

Schmidt (Rudolf), Die rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten, dans la «Reichsgericht-Festgabe», II (1929), p. 25-48.

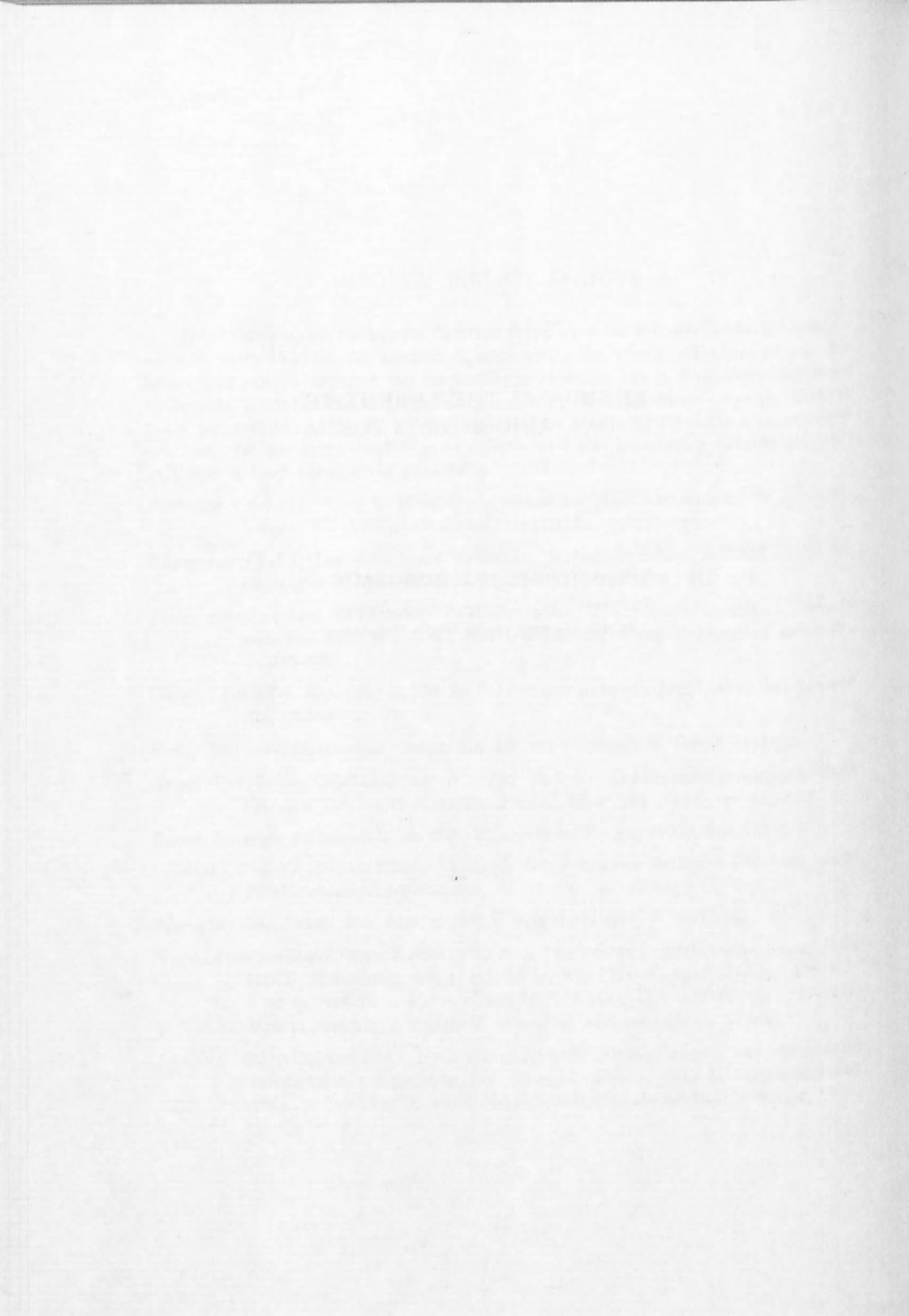
Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte (1926), p. 280-294.

Weber, dans le «Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch», tome II/1a (1967), Einleitung, nos L 1-L 34 (p. 168-177); v. aussi *ibidem*, nos J 1-J 59 (p. 106-159), K 1 - K 105 (p. 130-167), M 1 - M 41 (p. 177-189). Vue panoramique du droit allemand sur nos divers sujets.

Zweigert, Seriositätsindizien. Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen, dans la Juristenzeitung 1964, p. 349 et s. (v. aussi Revue internationale de droit comparé, 1964, p. 33 et s.).

Η ΕΠΕΜΒΑΣΙΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ
ΕΙΣ ΤΟΝ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟΝ ΤΟΜΕΑ

ὑπό
ΝΙΚΟΛΑΟΥ ΑΘ. ΑΝΤΩΝΟΠΟΥΛΟΥ
Καθηγητοῦ τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαίου
ἐν τῷ Πανεπιστημίῳ Θεσσαλονίκης



διάκρισις ἐρείδεται ἐπὶ τοῦ κριτηρίου τοῦ περιεχομένου ἐκάστης τούτων, ἐνῶ ἡ τυπικὴ τοιαύτη ἐπὶ τοῦ κριτηρίου τῶν ὀργάνων, ὑπὸ τῶν ὁποίων ἐκάστη τούτων ἀσκειῖται, ὅποτε γίνεται λόγος περὶ διακρίσεως τῶν ἐξουσιῶν, τοῦ κρι-

Jennings, *The Law and the Constitution*, 1959, 7 ἐπ., 18 ἐπ., 24 ἐπ., 280 ἐπ., *Laski*, *Grammar of Politics*, 295 ἐπ., *R. Parker*, *Administrative Law*, 1952, 7 ἐπ., *E.C.S. Wade* - *A. W. Bradley*, *Constitutional Law*, 1966, 22 ἐπ.,

- *The Constitution of the U.S.A. - Analysis and Interpretation*, ἐκδόσεις 'Αμερικανικῆς Γερουσίας, 1964, 95 ἐπ., 425 ἐπ., 563 ἐπ., *L. L. Jaffe*, *Judicial Control of Administrative Action*, 1965, 28 ἐπ., *A. Th. Mason* - *W. M. Beaney*, *American Constitutional Law (Introductory Essays and Selected Cases)*, 1964, 51 ἐπ., 62 ἐπ.,

- *P. Wigny*, *Droit constitutionnel*, I, 1952, 145 ἐπ., 240 ἐπ., *P. Errera*, *Traité de droit public belge*, 1909, 113 ἐπ., 243 ἐπ.

- *Barthélemy* - *Duez*, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, 1933, 139 ἐπ., *G. Burdeau*, *Traité de science politique*, IV, 1952, 316 ἐπ., *Τοῦ Ἀδρόυ*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1969, 136 ἐπ., *Carré de Malberg*, *Contribution de la théorie générale de l'Etat*, II, 1922, 1 ἐπ., *L. Duguit*, *Traité de droit constitutionnel*, II, 1923, 514 ἐπ., 534 ἐπ., *M. Duverger*, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1970, 162 ἐπ., *Esmelin* - *Nézaré*, *Éléments de droit constitutionnel*, I, 1927, 493 ἐπ., 507 ἐπ., *M. H. Fabre*, *Principes républicains de droit constitutionnel*, Paris, 1967, 89 ἐπ., *A. Hauriou*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1968, 203 ἐπ., *M. Hauriou*, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, 347 ἐπ., *J. Laferrrière*, *Manuel de droit constitutionnel*, 1947, 753 ἐπ., *G. Vedel*, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, 17 ἐπ., 157 ἐπ.

- *E. Forsthoj*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 1953, 2 ἐπ., *A. Haman*, *Das Grundgesetz*, 1961, 204 ἐπ., 208 ἐπ., *J. Hatschek*, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht* I, 1922, 36 ἐπ., *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 1920, 497 ἐπ., 596 ἐπ., *τοῦ Ἀδρόυ*, *Gesetz und Verordnung*, 213 ἐπ., *H. Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 229 ἐπ., 255 ἐπ., *τοῦ Ἀδρόυ*, *General Theory of Law and State*, 1949, 255 ἐπ., *H. Von Mangoldt* - *F. Klein*, *Das Bonner Grundgesetz*, I, 1957, 587 ἐπ., 593 ἐπ., *Th. Maunz*, *Gesetzgebung und Verwaltung*, ἐν *Festschrift für Nawiasky*, 1956, 255 ἐπ., *Th. Maunz* - *G. Düring*, *Grundgesetz Kommentar*, 1960 ἐπ., III - VII, ὑπὸ τὸ ἄρθρον 20 *Θεμελιώδους Νόμου*, *A. Merkl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, 1 ἐπ., *Meyer* - *Anschütz*, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, 1919, 146 ἐπ., *R. Thoma*, *Die Funktionen der Staatsgewalt*, ἐν *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, II, 1932, 108 ἐπ.

- *Baladore* - *Pallieri*, *Diritto costituzionale*, 1965, 112 ἐπ., *τοῦ Ἀδρόυ*, *Appunti sulla divisione dei poteri nella vigente Costituzione italiana*, ἐν *Rivista di diritto pubblico*, 1952, 811 ἐπ., *R. Balzarini*, *La divisione dei poteri nella nuova Costituzione*, ἐν *Diritto di lavoro*, 1948, I, 3 ἐπ., 189 ἐπ., *P. Biscaretti di Ruffia*, *Diritto costituzionale*, 145 ἐπ., *τοῦ Ἀδρόυ*, II «principio della divisione dei poteri», ἐν *Studi per de Francesco*, I, 45 ἐπ., *Codacci Pisanelli*, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, *C. Lavagna*, *Diritto costituzionale*, I, 1957, 415 ἐπ., *S. Lessona*, *La divisione dei poteri*, ἐν *Rivista di diritto pubblico*, 1944-6, 11 ἐπ., *F. Pergolesi*, *Diritto costituzionale*, 1959, 96 ἐπ., *A. Tesauero*, *Le funzioni fondamentali dello Stato*, ἐν *Rassegna di diritto pubblico*, 1957, I, 533 ἐπ., *V. Zangara*, *Studi sulla separazione dei poteri*, ἐν *Scritti giuridici in onore della Cedam*, 1953, II, 419 ἐπ., *G. Zanobini*, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1954, 9 ἐπ.

χρόνων³, ὁ κύριος, ὅμως, θεμελιωτῆς ταύτης ὑπῆρξεν ὁ Montesquieu εἰς τὸ βιβλίον του «De l'esprit des lois» (1748)⁴, ἡ κεντρικὴ ἰδέα τοῦ ὁποίου συνίσταται εἰς τὴν ἄσκησιν τῆς κρατικῆς ἐξουσίας ὑπὸ διαφόρων ὀργάνων πρὸς ἐξισορρόπησιν καὶ ἀλληλεπίδρασιν αὐτῶν⁵.

Ἡ ἀρχὴ αὕτη ἐνεσωματώθη εἰς τὰ Συντάγματα ἀπὸ τοῦ τέλους τοῦ 18ου αἰῶνος. Τὰ πρῶτα συνταγματικὰ κείμενα, τὰ ὅποια περιέλαβον τὴν ἐν λόγῳ ἀρχήν, ἦσαν τὸ Ὁμοσπονδιακὸν Σύνταγμα τῶν Η.Π.Α. τοῦ 1787 καὶ τὰ Γαλλικὰ Συντάγματα τοῦ 1789, τοῦ 1791 καὶ τοῦ 1795. Ἐκτοτε, πάντα σχεδὸν τὰ Συντάγματα τοῦ 19ου καὶ τοῦ 20οῦ αἰῶνος ἐρείδονται ἐπὶ τῆς ἀρχῆς τῆς διακρίσεως τῶν λειτουργιῶν.

Παρ' ἡμῖν ἡ ἀρχὴ τῆς διακρίσεως τῶν λειτουργιῶν υἱοθετεῖται ὑπὸ ὄλων τῶν Συνταγμάτων, ἤτοι τῶν ἐπαναστατικῶν τοιοῦτων, τοῦ Σ. 1844, τοῦ Σ. 1864, τοῦ Σ. 1911, τοῦ Σ. 1927, τοῦ Σ. 1952 καὶ τοῦ Σ. 1968. Ἀκολουθοῦν τὰ προηγούμενα Συντάγματα, τὸ Σ. 1968 ὀρίζει ἐν ἀρθρῷ 3 αὐτοῦ:

α1. Ἡ νομοθετικὴ ἐξουσία ἀσκεῖται ὑπὸ τοῦ Βασιλέως καὶ τῆς Βουλῆς.

3. Ὡς ὁ *H. Grotius* (De iure belli ac pacis, βιβλ. I, κεφ. III, VI, 2), ὁ *Pufendorf* (De iure naturae et gentium, βιβλ. VIII, κεφ. IV, 2) καὶ ὁ *J. Locke* (Essay of Civil Government, βιβλ. II, κεφ. IX, XII, XIII).

4. Περὶ τῆς διακρίσεως τῶν λειτουργιῶν κατὰ Montesquieu ἴδε *Γ. Βλάχου*, Ἡ ἐνόησις τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας καὶ ἡ διάκρισις τῶν ἐξουσιῶν εἰς τὸ «Πνεῦμα τῶν Νόμων», 1956, *Δ. Παπανικολαΐδου*, Συμβολὴ εἰς τὴν θεωρίαν τῆς διακρίσεως τῶν πολιτειακῶν λειτουργιῶν, ἐν Τμ. Τόμος Ἡλ. Κυριακοπούλου, Α', 1966-9, 246 ἐπ., *Χ. Σγολοῦτσα*, Συντ. Δίκαιον, Α', 1965, 104 ἐπ., *Actes du Congrès Montesquieu, Bordeaux 1956*, *P. Barrière*, Un grand provincial, Bordeaux, 1946, *J. J. Chevallier*, Les grandes oeuvres politiques, 1968, 100 ἐπ., τοῦ *Αὐτοῦ*, De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher, ἐν *Mélanges M. Hauriou*, 1929, 139 ἐπ., *S. Cotta*, Montesquieu e la scienza della società, Torino, 1953, *J. Dedieu*, Montesquieu, l'homme et l'oeuvre, Boivin, 1943, *Ch. Eisenmann*, L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs, ἐν *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, 163 ἐπ., *H. Fletcher*, Montesquieu and English politics, London, 1939, *E. Forsthoef*, Montesquieu Esprit des lois zum Gedächtnis des Erscheinens im November 1748, ἐν *Deutsche Rechts - Zeitschrift*, 1948, 405 ἐπ., *L'Althusser*, Montesquieu, la politique et l'histoire, Paris, 1959, Montesquieu: Sa pensée politique et constitutionnelle, Paris, 1952, *M. Prélot*, Histoire des idées politiques, 1966, 386 ἐπ., *H. Puget*, L'apport de Montesquieu à la science politique et au droit public, ἐν *R. D. P.*, 1952, 5 ἐπ., *R. Shackleton*, Montesquieu, Oxford, 1961, *J. Touchard κλπ.*, Histoire des idées politiques, II, 1959, 392 ἐπ.

5. Εἶναι χαρακτηριστικὴ ἡ φράσις τοῦ Montesquieu, ἡ ὅποια ἀποτελεῖ καὶ τὴν πεμπτουσίαν τῆς διακρίσεως τῶν λειτουργιῶν: «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (De l'esprit des lois, βιβλίον XI, κεφ. VI).

»2. Ἡ ἐκτελεστικὴ ἐξουσία ἀσκεῖται ὑπὸ τοῦ Βασιλέως καὶ τῆς Κυβερνήσεως.

»3. Ἡ δικαστικὴ ἐξουσία ἀσκεῖται ὑπὸ τῶν Δικαστηρίων...»⁶.

Ἡ διάκρισις τῶν λειτουργιῶν οὐδέποτε ἐφηρμόσθη ἀπολύτως, τουλάχιστον εἰς τὸ κοινοβουλευτικὸν πολίτευμα, ὅπερ καθιεροῦ τὴν *συνεργασίαν* καὶ *ἀλληλεπίδρασιν* τῶν κρατικῶν ὀργάνων ἐν τῇ ἐνασκήσει τῶν καθηκόντων αὐτῶν, ἔτι δὲ καὶ τὴν *διασταύρωσιν* τῶν λειτουργιῶν, ἣτις ἐμφανίζεται ὑπὸ τὰ ἐξῆς σχήματα:

α) *Εἰς τὰ νομοθετικὰ ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις διοικητικῶν ἀρμοδιοτήτων*, ὡς ἡ ἔγκρισις τοῦ προϋπολογισμοῦ, τοῦ ἀπολογισμοῦ καὶ τοῦ γενικοῦ ἰσολογισμοῦ τοῦ Κράτους (ἄρθρον 83 Σ. 1968), ὁ καθορισμὸς τῆς Βασιλικῆς Χρηγίας (ἄρθρον 34 Σ. 1968), ὁ καθορισμὸς τῆς βουλευτικῆς ἀποζημιώσεως (ἄρθρον 70 Σ. 1968) καὶ ἡ μεταβολὴ τῶν ἐδαφικῶν ὁρίων τοῦ Κράτους, ἡ διαμονὴ ξένου στρατοῦ ἐν Ἑλλάδι καὶ ἡ διέλευσις αὐτοῦ διὰ τῆς Ἐπικρατείας (ἄρθρον 5 Σ. 1968).

β) *Εἰς νομοθετικὰ ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις δικαστικῶν ἀρμοδιοτήτων*, ὡς ἡ ποινικὴ δίωξις κατὰ τῶν Ὑπουργῶν προκειμένου περὶ ἀδικημάτων διαπραχθέντων κατὰ τὴν ἄσκησιν τῶν καθηκόντων αὐτῶν (ἄρθρον 94 Σ. 1968), ἡ συγκατάθεσις τῆς Βουλῆς διὰ τὴν ἀπονομὴν χάριτος εἰς καταδικασθέντα Ὑπουργόν (ἄρθρον 52 Σ. 1968) καὶ ἡ παροχὴ ἀδείας διὰ τὴν δίωξιν, σύλληψιν καὶ φυλάκισιν βουλευτοῦ (ἄρθρον 68 Σ. 1968).

γ) *Εἰς διοικητικὰ ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις νομοθετικῶν ἀρμοδιοτήτων*, ὡς ἡ ἔκδοσις τῶν ἀναγκαίων πρὸς ἐκτέλεσιν τῶν νόμων διαταγμάτων (ἄρθρον 48 παρ. 1 Σ. 1968), ἡ ἔκδοσις νομοθετικῶν διαταγμάτων κατ' ἐξουσιοδότησιν τοῦ νόμου (ἄρθρον 48 παρ. 2 καὶ 3 Σ. 1968), ἡ ἔκδοσις νομοθετικῶν διαταγμάτων εἰς περίπτωσιν ἐκτάκτου νομοθετικῆς ἀνάγκης (ἄρθρο. 48 παρ. 5 Σ. 1968), ἡ ἀπονομὴ ἀμνηστίας (ἄρθρον 52 παρ. 3 Σ. 1968) καὶ ἡ ἔκδοσις διατάγματος περὶ θέσεως εἰς ἐφαρμογὴν τοῦ νόμου περὶ καταστάσεως πολιορκίας (ἄρθρον 25 Σ. 1968). Τὰς περιπτώσεις ταύτας θ' ἀναλύσωμεν κατωτέρω.

δ) *Εἰς διοικητικὰ ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις δικαστικῶν ἀρμοδιοτήτων*, ὡς ἡ ἀπονομὴ χάριτος (ἄρθρον 52 παρ. 1 Σ. 1968), ἡ ἄσκησις δικαστικῶν ἀρμοδιοτήτων ὑπὸ ἀστυνομικῶν ὀργάνων ἐπὶ πταισματικῶν παραβάσεων

6. Ἴδε περὶ τοῦ ἄρθρου τούτου Κ. Γεωργοπούλου, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, Α', 1969, 32 ἐπ., Β', 1969, 12.

(άρθρον 113 παρ. 1 Σ. 1968) και ἡ ἐκδίκασις τῶν περὶ τοὺς ἀγροὺς πταισμάτων ὑπὸ ὀργάνων ἀγροτικῆς ἀσφαλείας (άρθρον 113 παρ. 2 Σ. 1968).

ε) Εἰς δικαστικά ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις διοικητικῶν ἀρμοδιοτήτων, ὡς ἡ ἀνακήρυξις τῶν ὑποψηφίων καὶ τῶν ἐπιτυχόντων κατὰ τὰς βουλευτικὰς ἐκλογάς, ἡ δημοσίευσις τῶν καταλόγων τῶν ὑποψηφίων βουλευτῶν τῆς Ἐπικρατείας ὑπὸ τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου (άρθρον 57 παρ. 4 Σ. 1968) καὶ ἡ ὑπὸ τοῦ τελευταίου ἐγκρισις τοῦ καταστατικοῦ τῶν πολιτικῶν κομμάτων (άρθρον 58 Σ. 1968).

στ) Εἰς δικαστικά ὄργανα ἀνατίθεται ἡ ἄσκησις «νομοθετικῶν» ἀρμοδιοτήτων, εἰς λίαν σπανίας περιπτώσεις, ὡς ἡ ὑπὸ τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου ἀκύρωσις νόμου λόγῳ ἀντισυνταγματικότητος αὐτοῦ (άρθρον 106 παρ. 4 Σ. 1968).

Ἐκτὸς τῶν ἀρμοδιοτήτων τῶν δικαστικῶν ὀργάνων, αἵτινες εἶναι κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον διακεκριμένα τῶν ἀρμοδιοτήτων τῶν ἄλλων ὀργάνων, τὸ βασικὸν πρόβλημα, ὅπερ τίθεται ἐν προκειμένῳ, εἶναι ἡ ὀριοθέτησις μεταξὺ τῶν ἀρμοδιοτήτων τῶν νομοθετικῶν καὶ τῶν διοικητικῶν ὀργάνων. Ὡς γενικὴ ἀρχὴ δύναται νὰ τεθῆ ὅτι τὰ νομοθετικά ὄργανα ἔχουν γενικὴν ἀρμοδιότητα καὶ δύνανται νὰ ρυθμίζουν πᾶν θέμα εἴτε νομοθετικοῦ εἴτε διοικητικοῦ περιεχομένου, ἐκτὸς ἂν ρητῶς ἡ ἀρμοδιότης αὕτη ἐπεφυλάχθῃ ἀποκλειστικῶς εἰς τὰ διοικητικά ὄργανα, ἐνῶ, τοῦναντίον, τὰ διοικητικά ὄργανα ἀσχοῦν μόνον ἐκείνας τὰς ἀρμοδιότητας, αἱ ὁποῖαι ἀνετέθησαν εἰς αὐτά, μὴ δυνάμενα ν' ἀσκήσουν νομοθετικὰς ἀρμοδιότητας, ἐκτὸς ἐὰν ρητῶς παρεσχέθῃ εἰς αὐτὰ τοιαύτη ἀρμοδιότης⁷. Τὴν ἀρχὴν ταύτην ἐξέφραζεν εὐγλώττως τὸ ἄρθρον 44 τῶν προηγουμένων Συνταγμάτων, νῦν δὲ τὸ ἄρθρον 55 Σ. 1968.

II. Η ΣΥΓΧΡΟΝΟΣ ΤΑΣΙΣ ΕΠΕΜΒΑΣΕΩΣ ΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΕΩΣ ΕΙΣ ΤΟΝ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΟΝ ΤΟΜΕΑ

Ἡ διάκρισις τῶν λειτουργιῶν, ὡς αὕτη ἀνωτέρω γενικῶς περιεγράφη, ἰδίᾳ δὲ ἡ γενικὴ ἀρμοδιότης τῶν νομοθετικῶν ὀργάνων καὶ ὁ περιορισμὸς τῶν διοικητικῶν ὀργάνων εἰς τὰς ἀρμοδιότητας ἐκείνας, αἱ ὁποῖαι εἶναι ἀνατεθειμένα εἰς αὐτά, ἀποτελοῦν σχῆμα μὴ ἀνταποκρινόμενον νῦν πρὸς τὴν νομικὴν καὶ πολιτικὴν πραγματικότητα. Ἡ σύγχρονος τάσις, ἀποτελοῦσα οὐ μόνον ἑλληνικόν, ἀλλὰ καὶ παγκόσμιον φαινόμενον, συνίσταται εἰς τὴν προϊούσαν ἐπέμβασιν τῆς Διοικήσεως εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα.

7. Παράλληλους σκέψεις, εἰ καὶ βάσει ἐτέρων κριτηρίων, ἴδε Α. Παπαλάμπρου, ἐθ. ἀν., 350 ἐπ., 370.

Τὰ αἷτια τῆς τοιαύτης μεταβολῆς τῶν ὁρίων μεταξύ τοῦ νομοθετικοῦ καὶ τοῦ κανονιστικοῦ τομέως εἶναι πολλά, σημειοῦμεν δὲ ἐνταῦθα τὰ κυριώτερα ἐξ αὐτῶν.

α) Ἡ ἀνάγκη τῆς ταχείας ἀντιμετωπίσεως τῶν καθ' ἡμέραν ἀναφυομένων νέων κοινωνικῶν καὶ οικονομικῶν προβλημάτων ἐπιβάλλει τὴν ταχεῖαν λήψιν νομοθετικῶν μέτρων, τὰ ὅποια δὲν δύνανται νὰ ψηφισθοῦν ὑπὸ τῶν νομοθετικῶν σωμάτων ἐργαζομένων μὲ τὴν συνήθη βραδυκίνητον νομοθετικὴν διαδικασίαν διατρέχουσαν πολλὰ στάδια καὶ ὑποχρεουμένην ὅπως ἀκολουθήσῃ σειρὰν δεσμευτικῶν διατάξεων τιθεμένων ὑπὸ τοῦ Συντάγματος καὶ τῶν Κανονισμῶν αὐτῶν καὶ χρησιμοποιουμένων πολλάκις ὑπὸ τῆς ἀντιπολιτεύσεως πρὸς κωλυσιεργίαν.

β) Ὁ κοινωνικὸς βίος παρίσταται νῦν πολυσύνθετος καὶ αἱ συνθήκαι τῆς ἀνθρωπίνης διαβιώσεως καθίστανται ὀλογὸν καὶ πολυπλοκώτεραι. Ἡ ὑποχώρησις τοῦ φιλελευθέρου ἀτομοκρατικοῦ συστήματος τοῦ 19ου αἰῶνος εἶχεν ὡς ἀποτέλεσμα τὴν προοίῳσαν ἐπέμβασιν τοῦ Κράτους εἰς ὅλους τοὺς τομεῖς τῆς κοινωνικῆς καὶ οικονομικῆς δραστηριότητος. Ἀπὸ τοῦ Κράτους - Νυκτοφύλακος κατελήξαμεν εἰς τὸ Κράτος - Πρόνοιαν, ἔνεκα δὲ τούτου ἡ νομοθεσία καθίσταται ἐξειδικευμένη, «τεχνική», καὶ ρυθμίζει λεπτομερῶς θέματα εἰδικοῦ χαρακτῆρος καθιστάμενα ἔτι πλέον εἰδικώτερα ἐκ τῆς διεθνοῦς ἐπικοινωνίας καὶ τῆς πολυδαίδαλου δραστηριότητος τῶν διεθνῶν ὀργανισμῶν. Ἡ ἐκπλήρωσις τῆς κοινοβουλευτικῆς ἀποστολῆς τοῦ συγχρόνου Κράτους ἀπαιτεῖ εἰδικὰ καὶ βαθεῖας γνώσεως τῆς κοινωνικῆς καὶ οικονομικῆς πραγματικότητος ὡς καὶ εἰδικὰ στοιχεῖα, τῶν ὁποίων στεροῦνται τὰ μέλη τοῦ Κοινοβουλίου ἔχοντα γενικὴν μόρφωσιν μὴ ἐπαρκοῦσαν διὰ τὴν ἀντιμετώπισιν τῶν ἀνωτέρω «τεχνικῶν» προβλημάτων καὶ τὰ ὅποια διαθέτει μόνον τὸ εἰδικευμένον προσωπικὸν τῆς Δημοσίας Διοικήσεως.

γ) Ἡ σύγχρονος ἀποστολὴ τοῦ Κράτους καὶ αἱ ὑπηρεσίαι, τὰς ὁποίας ἀναμένουν οἱ πολῖται ἀπὸ αὐτοῦ, ἀπαιτοῦν ἰσχυρὰν ἐκτελεστικὴν ἐξουσίαν ἔχουσαν ἀρμοδιότητα νὰ προσδιορίσῃ τοὺς στόχους, νὰ σχεδιάσῃ, νὰ νομοθετήσῃ καὶ νὰ ἐφαρμόσῃ τὸ πρόγραμμα αὐτῆς. Ἡ ἐφαρμογὴ, ὅμως, τοῦ κυβερνητικοῦ προγράμματος δὲν εἶναι δυνατὴ ἄνευ προηγουμένης ταχείας καὶ ἐξειδικευμένης θέσεως κανόνων δικαίου καὶ ἐνότητος φορέως τῶν ἐν λόγῳ ἐπὶ μέρους ἀρμοδιότητων.

δ) Ἡ σύγχρονος κρατικὴ διάρθρωσις συνετέλεσε τὰ μέγιστα εἰς τὴν ἐξέλιξιν τῆς Κυβερνήσεως ὡς ὀργανοῦ τοῦ Κράτους ἐν τῷ πλαίσίῳ τῶν ἄλλων κρατικῶν ὀργάνων. Βοηθητικὸν ὄργανον τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος εἰς τὴν διακυβέρνησιν τοῦ Κράτους κατὰ τὸ πρῶτον στάδιον, ἡ Κυβέρνησις ἀπετέλεσε τὸν σύνδεσμον μεταξύ τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος καὶ τῆς ὑποτυπώδους τότε

λαϊκής αντιπροσωπείας κατά τὸ δεύτερον στάδιον ⁸. Ἐν συνεχείᾳ ἡ Κυβέρνησις ἀπομακρύνεται ἀπὸ τοῦ Ἄνωτάτου Ἀρχόντος καὶ καθίσταται ἐπιτροπὴ τοῦ Κοινοβουλίου. Περαιτέρω, ἡ Κυβέρνησις χειραφετεῖται ἀπὸ τὸ Κοινοβούλιον ἀλλὰ καὶ ἀπὸ τὸν Ἄνωτάτον Ἀρχοντα καὶ ἀναπτύσσει ἰδίαν δραστηριότητα. Εὐρισκομένη εἰς τὸ κέντρον τῆς κρατικῆς μηχανῆς, ὡς *motor* θέτει εἰς κίνησιν ταύτην, συντονίζει τὴν δραστηριότητα τῶν ἄλλων ὀργάνων, ἐξέρχεται τοῦ κλασσικοῦ ἐκ παραδόσεως ρόλου τοῦ ἐκτελεστοῦ τῶν νόμων καὶ κατευθύνει τὸ σύνολον τῆς κρατικῆς δραστηριότητος.

Χαρακτηριστικὴ εἶναι ἐν προκειμένῳ ἡ θέσις, ἣν λαμβάνει ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης ἔναντι τῆς Κυβερνήσεως. Τὰ παλαιότερα Ἑλληνικὰ Συντάγματα δὲν ἀνεφέρουντο εἰμὴ ἐμμέσως εἰς τὴν Κυβέρνησιν ἄνευ θέσεως εἰδικῶν περὶ ταύτης διατάξεων. Τὸ Σ. 1927 τὸ πρῶτον περιέλαβε εἰδικὰς περὶ Κυβερνήσεως διατάξεις (ἄρθρον 87), τὴν αὐτὴν ὁδὸν ἠκολούθησε καὶ τὸ Σ. 1952 (ἄρθρον 76), ἐνῶ τὸ Σ. 1968 περιλαμβάνει λεπτομερεῖς διατάξεις περὶ τῆς ὀργανώσεως, τῆς νομικῆς θέσεως καὶ τῶν ἀρμοδιοτήτων τῆς Κυβερνήσεως (ἄρθρον 87 - 94). Ἰδιαίτερος σημαντικὴ τυγχάνει ἡ διάταξις τῆς παρ. 1 τοῦ ἄρθρου 89 περὶ τῶν ἀρμοδιοτήτων τοῦ Πρωθυπουργοῦ, καθ' ἣν: «Ὁ Πρωθυπουργὸς καθορίζει καὶ ἐκφράζει τὴν γενικὴν πολιτικὴν τῆς Κυβερνήσεως, ἐξασφαλίζει τὴν ἐνότητά αὐτῆς καὶ κατευθύνει τὰς ἐνεργείας τῆς πρὸς ἐφαρμογὴν τῆς πολιτικῆς τῆς...»

Ἡ τοιαύτη θέσις τὴν ὁποῖαν ἀναγνωρίζει ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης εἰς τὴν Κυβέρνησιν, προκύπτει ἐναργέστερον καὶ ἐκ τινῶν ξένων Συνταγμάτων. Ἀρκεῖ ν' ἀναφερθῆ ἑνταῦθα ἡ διάταξις τοῦ ἄρθρου 20 τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος 1958, καθ' ἣν «Ἡ Κυβέρνησις καθορίζει καὶ κατευθύνει τὴν πολιτικὴν τοῦ Ἔθνους...», παραλλήλως πρὸς τὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 21 τοῦ αὐτοῦ Συντάγματος, καθ' ἣν «Ὁ Πρωθυπουργὸς διευθύνει τὴν δρᾶσιν τῆς Κυβερνήσεως...» ⁹. Τὸ ὄργανον, ὅθεν, ὕπερ διαδραματίζει τοιοῦτον βασικὸν ρόλον εἰς τὴν κίνησιν τῆς κρατικῆς μηχανῆς δὲν δύναται νὰ περιορισθῆ εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῶν νόμων, ἀλλ' ἐπεκτείνει τὰς ἀρμοδιοτήτας αὐτοῦ καὶ εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα πρὸς ἐπίτευξιν τοῦ συντονισμοῦ τῆς κρατικῆς πολιτικῆς.

Ἡ νομοθετικὴ δραστηριότης τῶν διοικητικῶν ὀργάνων ἐκδηλοῦται τὸ μὲν διὰ τῆς συμμετοχῆς αὐτῶν εἰς τὴν νομοθετικὴν διαδικασίαν, τὸ δέ, ὕπερ

8. Διὰ τὴν ἐξέλιξιν τῆς Κυβερνήσεως ὡς ὄργανον τοῦ Κράτους ἴδε Χρ. Σγυροῖσα, Ἡ ὀργανώσις τῆς Κυβερνήσεως, 1931, 15 ἐπ., Κ. Γεωργοπούλου, Στοιχεῖα Συνταγματικοῦ Δικαίου, Α', 1970, 264 ἐπ.

9. G. Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1969, 493 ἐπ., M. Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1970, σ. 710-1, M. Prélot, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, 1969, 685 ἐπ.

πρότασις νόμου προερχομένη ἐκ μελῶν τοῦ Κοινοβουλίου καὶ τοῦτο προκειμένου μόνον περὶ προτάσεων νόμων πολιτικοῦ χαρακτῆρος. Ἡ διαφοροποίησις τῶν δύο παραγόντων τῆς νομοθετικῆς πρωτοβουλίας ἐντείνεται ἐτι περισσότερο νῦν λόγῳ τοῦ ἀσυμβιβάστου μεταξὺ βουλευτικῆς καὶ ὑπουργικῆς ιδιότητος κατὰ τὰ ἄρθρα 61 καὶ 88 Σ. 1968. Ἡ παρακμὴ τῆς νομοθετικῆς πρωτοβουλίας τῶν μελῶν τοῦ Κοινοβουλίου περιοριζομένης εἰς τὴν ὑποβολὴν τροπολογιῶν ἐξηγεῖται τὸ μὲν λόγῳ τῆς ειδικότητος τῶν σχεδίων νόμων, τὸ δὲ ἐκ τῆς ἐλλείψεως τῶν ἐπὶ μέρους στοιχείων, τὰ ὅποια ἔχει μόνον ἡ Διοίκησις¹¹.

Ἐμφανίζεται, ὅθεν, ἐνταῦθα ὁ ἐνεργὸς ρόλος τῆς Διοικήσεως, ἀφοῦ τὸ ὑποβαλλόμενον εἰς τὴν Βουλὴν κείμενον τῶν σχεδίων νόμων ἀποτελεῖ τὴν βᾶσιν πρὸς συζήτησιν καὶ ψήφισιν αὐτῶν, ἐνῶ αἱ τροπολογίαι περιορίζονται εἰς ἐπουσιώδη σημεῖα. Ἐτέρωθεν, τὰ σχέδια νόμων καταρτίζονται ὑπὸ τῶν δημοσίων ὑπαλλήλων, οἱ ὅποιοι καταστρώνουν εἰς νομοθετικὸν κείμενον τὰς πολιτικὰς ἀρχὰς τῆς Κυβερνήσεως ἐν τῷ συνόλῳ ἢ τῶν ἐπὶ μέρους Ὑπουργῶν. Ὁ ρόλος, ὅθεν, τῶν ὀργάνων τῆς Διοικήσεως εἶναι ἐν προκειμένῳ βασικός, ἔστω καὶ ἂν δεσμεύωνται ἐκ τῶν ἀρχῶν καὶ ὁδηγιῶν τῶν δοθεισῶν ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως ἢ τῶν Ὑπουργῶν. Ὁ ρόλος οὗτος μεταβάλλεται εἰς ἀποφασιστικὸν προκειμένου περὶ ειδικευμένων σχεδίων νόμων, ἅτινα καὶ ἀποτελοῦν τὴν μεγίστην πλειοψηφίαν τῆς νομοθετικῆς παραγωγῆς, ἀφοῦ μόνον οἱ ὑπάλληλοι λόγῳ τῶν ειδικῶν γνώσεων, τῶν στοιχείων καὶ τῆς κτηθείσης πείρας εἶναι εἰς θέσιν νὰ εἰσηγηθοῦν εἰς τὴν Κυβέρνησιν ἢ τὸν ἀρμοδίον Ὑπουργὸν περὶ τοῦ στόχου, τῆς μεθόδου, καὶ τῆς ἀκολουθητέας λύσεως. Πολλάκις ἢ εἰσήγησις τῶν ἀρμοδίων ὑπηρεσιακῶν παραγόντων δὲν καταλείπει στάδιον ἐπιλογῆς εἰς τὴν Κυβέρνησιν, ὅποτε, εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην, τὸ προσωπικὸν τῆς Δημοσίας Διοικήσεως ἀσκεῖ ρόλον οὐ μόνον νομοτεχνικόν, ἀλλὰ καὶ πολιτικόν.

Πέραν τῆς ἐν τοῖς πράγμασιν καλύψεως τῆς νομοθετικῆς πρωτοβουλίας ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως, ὑφίστανται τομεῖς, εἰς τοὺς ὁποίους αὕτη ἀντίθεται ἀποκλειστικῶς ὑπὸ τοῦ Συντάγματος εἰς ταύτην.

Οὕτω, τὸ ἄρθρον 79 παρ. 5 Σ. 1968, ἀκολουθοῦν κατὰ βᾶσιν τὸ ἄρθρον 24 Σ. 1952, ὀρίζει ὅτι: «Οὐδεμία πρότασις νόμου ἢ τροπολογία ἢ προσθήκη εἰσάγεται πρὸς συζήτησιν ἐὰν προέρχεται ἐκ τῆς Βουλῆς, ἐρ' ὅσον συνεπάγεται εἰς βᾶρος τοῦ Δημοσίου, τῶν ὀργανισμῶν τοπικῆς αὐτοδιοικήσεως ἢ ἄλλων νομικῶν προσώπων δημοσίου δικαίου, δαπάνας ἢ ἐλάττωσιν ἐσόδων ἢ τῆς περιουσίας αὐτῶν πρὸς μισθοδοσίαν ἢ σύνταξιν ἢ ἐν γένει ὄφελος προσώπου ἢ ἀναφέρεται εἰς τὴν ἐν γένει κατάστασιν τῶν δημοσίων ὑπαλλήλων καὶ τῶν ὑπαλ-

11. Φ. Βεγλερῆ, Ἡ νομοπαραγωγικὴ δράσις τῆς Διοικήσεως, ἐν Ε.Ε.Ν., 1962, 289.

σεως τῆς κατά τὸ ἄρθρον 78 παρ. 2 ἐπιτροπῆς νομοτεχνικῆς ἐπεξεργασίας...». Ἡ τοιαύτη ἐπεξεργασία, μὴ προβλεπομένη ὑπὸ τοῦ Σ. 1952, ἀλλὰ καθιερωθεῖσα τὸ πρῶτον εἰς τὸ ἄρθρον 76 παρ. 1 τοῦ Σχεδίου Ἐπιτροπῆς Μητρώλια, σκοπεῖ εἰς τὴν ἀπὸ νομοτεχνικῆς ἀπόψεως ἀρτίαν κατάρτισιν τῶν νομοθετημάτων. Νῦν λειτουργεῖ, βάσει τοῦ Α. Ν. 551/1968, ἡ Κεντρικὴ Νομοτεχνικὴ Ἐπιτροπή. γ) Κατὰ τὸ ἄρθρον 79 παρ. 2 Σ. 1968, (ἄρθρον 57 παρ. 2 Σ. 1952) «Σχέδια νόμων, σκοποῦντα τροποποιήσιν τῶν νόμων περὶ συντάξεων ἢ τὴν ἀπονομὴν συντάξεως ἢ τὴν ἀναγνώρισιν ὑπηρεσίας ὡς παρεχούσης τοιοῦτον δικαίωμα, υποβάλλονται...μετὰ γνωμοδότησιν τοῦ Ἐλεγκτικοῦ Συνοδρίου...» λόγῳ ἀρμοδιότητος τοῦ ἐν λόγῳ ὄργανου ἐν προκειμένῳ. δ) Κατὰ τὸ ἄρθρον 79 παρ. 3 Σ. 1968 (ἄρθρον 57 παρ. 3 Σ. 1952) «Πᾶν σχέδιον καὶ πᾶσα πρότασις νόμου, συνεπαγόμενα ἐπιβάρυνσιν τοῦ προϋπολογισμοῦ...δὲν εἰσάγεται πρὸς συζήτησιν ἐὰν δὲν συνοδεύηται ὑπὸ ἐκθέσεως τοῦ Γενικοῦ Λογιστηρίου τοῦ Κράτους καθοριζούσης τὴν δαπάνην...», ἕνα ἢ Βουλὴ γνωρίζῃ ἐπακριβῶς τὴν ἐπιβάρυνσιν τοῦ προϋπολογισμοῦ. ε) Συναφῶς τὸ ἄρθρον 79 παρ. 4 Σ. 1968 (ἄρθρον 57 παρ. 4 Σ. 1952) ὀρίζει ὅτι: «Τὸ αὐτὸ ἰσχύει καὶ διὰ τὰς τροπολογίας, ἐφ' ὅσον ζητηθῇ τοῦτο ὑπὸ τῶν ἀρμοδίων Ὑπουργῶν». στ) Κατὰ τὸ ἄρθρον 79 παρ. 6 Σ. 1968 (ἄρθρον 57 παρ. 5 Σ. 1952) ὀρίζεται ὅτι: «Σχέδιον νόμου, συνεπαγόμενον δαπάνην ἢ ἐλάττωσιν ἐσόδων, δὲν εἰσάγεται πρὸς συζήτησιν ἀν δὲν συνοδεύηται ὑπὸ εἰδικῆς ἐκθέσεως περὶ τοῦ τρόπου καλύψεως τῶν, ὑπογεγραμμένης ὑπὸ τοῦ ἀρμοδίου Ὑπουργοῦ καὶ τοῦ Ὑπουργοῦ Οἰκονομικῶν».

Δυνάμει τῶν ἀνωτέρω συνταγματικῶν διατάξεων, τὰ ὄργανα τῆς Δημοσίας Διοικήσεως συντάσσουν τὴν αἰτιολογικὴν ἐκθεσὶν ἀποτελοῦσαν βασικὸν ἐρμηνευτικὸν στοιχεῖον διὰ τὴν ἐφαρμογὴν τῶν κανόνων δικαίου καὶ ἀσχοῦν ἀποφασιστικὸν ρόλον κατὰ τὴν παροχὴν τῶν γνωμοδοτήσεων καὶ ἐκθέσεων τῶν προβλεπομένων ὑπὸ τῶν παρ. 2, 3, 4 καὶ 6 τοῦ ἄρθρου 79 Σ. 1968. Φανερόν, ὅθεν, εἶναι καὶ ἀπὸ τῆς ἀπόψεως ταύτης ὁ ἀποφασιστικὸς ρόλος τῆς Διοικήσεως.

IV. ΔΣΚΗΣΙΣ ΝΟΜΟΘΕΤΙΚΩΝ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΩΝ ΒΑΣΕΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ

Κατὰ παρέκκλισιν ἐκ τῆς ἀρχῆς τοῦ ἄρθρου 3 παρ. 1 Σ. 1968 (ἄρθρον 22 Σ. 1952), καθ' ἣν «Ἡ νομοθετικὴ ἐξουσία ἀσκεῖται ὑπὸ τοῦ Βασιλέως καὶ τῆς Βουλῆς», συνταγματικαί τινες διατάξεις ἀναθέτουν τὴν ἄσκησιν νομοθετικῶν ἀρμοδιοτήτων εἰς τὰ ὄργανα τῆς ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας. Αἱ διατάξεις αὗται ἀναφέρονται, εἴτε γενικῶς εἰς τὴν θέσιν κανόνων δικαίου, εἴτε εἰς τὴν θέσιν κανόνων δικαίου πρὸς ρύθμισιν συγκεκριμένων θεμάτων.

Α) Αἱ περιπτώσεις θέσεως κανόνων δικαίου γενικῶς προβλέπονται ὑπὸ τῶν διατάξεων τῶν παρ. 1 καὶ 5 τοῦ ἄρθρου 48 Σ. 1968.

1. Τὰ πρὸς ἐκτέλεσιν τῶν νόμων ἀναγκαῖα Διατάγματα.

Τὸ ἄρθρον 48 παρ. 1 Σ. 1968, ὀρίζει ὅτι: «Ὁ Βασιλεὺς ἐκδίδει τὰ ἀναγκαῖα διατάγματα πρὸς ἐκτέλεσιν τῶν νόμων...». Πρόκειται περὶ ἐπαναλήψεως τῆς κλασσικῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 35 παρ. 1 Σ. 1952¹². Τὰ ἐν λόγῳ Διατάγματα εἶναι νομοθετικὰ ἀπὸ ἀπόψεως περιεχομένου, διότι διὰ τούτων τίθενται δευτερεύοντες καὶ συμπληρωματικοὶ κανόνες δικαίου πρὸς ἐκτέλεσιν τῶν νόμων, ἕνεκα δὲ τούτου ὀνομάζονται μὴ αὐτοτελεῖ νομοθετικά. Διὰ τῶν ἐν λόγῳ Διαταγμάτων, ἐκδιδόμενων ἐν ὄψει συγκεκριμένου νόμου καὶ πρὸς ἐκτέλεσιν αὐτοῦ, δὲν περιορίζεται οὐδ' ἐπεκτείνεται τὸ πεδίον ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου, ἀλλ' οὗτος συμπληροῦται διὰ τοῦ καθορισμοῦ τῶν μέσων καὶ τοῦ τρόπου τῆς ἐφαρμογῆς του. Ἡ προσφυγὴ εἰς τὴν τοιαύτην διαδικασίαν ἔχει σχετικῶς ἀτονίσει¹³.

2. Ἐκτακτοσ νομοθετικὴ ἀνάγκη.

Τὸ Σύνταγμα τοῦ 1968 ἐν τῷ γενικωτέρῳ πλαίσίῳ τῆς ἐνισχύσεως τῶν ὀργάνων τῆς ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας προέβλεψε τὸ πρῶτον τὴν περίπτωσιν τῆς ἐκτάκτου νομοθετικῆς ἀνάγκης¹⁴. Τὸ ἄρθρον 48 παρ. 5 Σ. 1968, βαῖνον πέραν τῶν γνωστῶν μορφῶν νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως, καθιεροῖ ἐξαιρετικὴν νομοθετικὴν διαδικασίαν καὶ ὀρίζει ὅτι: «Εἰς ἐκτάκτους περιπτώσεις ἐξαιρετικῶς ἐπείγουσας καὶ ἀπροβλέπτου ἀνάγκης, ὁ Βασιλεὺς δύναται, ἐξαιρετικῶς ἐπείγουσας καὶ ἀπροβλέπτου ἀνάγκης, ὁ Βασιλεὺς δύναται, προτάσει τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου καὶ μετὰ σύμφωνον γνώμην τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου περὶ τοῦ ἐπείγοντος, νὰ ἐκδίδῃ νομοθετικὰ διατάγματα. Ταῦτα δέον νὰ ὑποβάλλωνται εἰς τὴν Ὀλομέλειαν τῆς Βουλῆς ἢ Τμῆμα αὐτῆς, κατὰ τὸ ἄρθρον 72, πρὸς κύρωσιν διὰ νόμου, ἐντὸς εἴκοσιν ἡμερῶν ἀπὸ τῆς ἐκδόσεώς των ἢ ἐντὸς εἴκοσιν ἡμερῶν ἀπὸ τῆς συγκλήσεως τῆς Βουλῆς εἰς σύνοδον. Ἐὰν δὲν ὑποβληθοῦν εἰς τὴν Βουλὴν ἐντὸς τῶν ἀνωτέρω προθεσμιῶν ἢ δὲν ἐγκριθοῦν παρ' αὐτῆς ἐντὸς τριῶν μηνῶν ἀπὸ τῆς ὑποβολῆς των, ἀποβάλλουν ἐφεξῆς τὴν ἰσχύν των».

Παρομοίᾳ διάταξις διευτυπώθη τὸ πρῶτον εἰς τὸ ἄρθρον 34 παρ. 3 τοῦ Σχεδίου τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρέλια¹⁵ ὑπὸ περιορισμένην μορφήν προβλέ-

12. Κ. Γεωργοπούλου, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, τεῦχος Β', Ἀθῆναι, 1969, σ. 122-3, Ν. Ν. Σαριπόλου, Περὶ τοῦ κανονιστικοῦ δικαιώματος τοῦ Βασιλέως, 1903, τοῦ Αὐτοῦ, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, II, 145 ἐπ., Χ. Σγουρίτσα, Συνταγματικὸν Δίκαιον, τόμ. Β', τεῦχος Α', 1964, 77 ἐπ.

13. Ἴδε κριτικὴν ἀπὸ ἐννοιολογικῆς ἀπόψεως περὶ τῶν ἐν λόγῳ Διαταγμάτων ὑπὸ Α. Παπαλάμπρου, ἐθν. ἀν., 355, Φ. Βεγλερῆ, ἐθν. ἀν., 275.

14. Κ. Γεωργοπούλου, ἐθν. ἀν., σ. 63 ἐπ., Α. Ψαρῶ, Ἡ ἀναθεώρησις τοῦ Συντάγματος, Ἀθῆναι, 1970, 147, 295 ἐπ.

15. «Κατὰ τὸ μετὰξὺ δύο βουλευτικῶν περιόδων διάστημα ὁ Βασιλεὺς δύναται προτάσει

πουσαν τὴν δυνατότητα ἐκδόσεως Ν. Δ. μόνον εἰς τὸ μεταξύ δύο περιόδων διάστημα, ἐπανελήφθη δὲ ὑπὸ διάφορον μορφήν εἰς τὸ ἄρθρον 48 παρ. 4 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου¹⁶, τὸ ὁποῖον κατὰ βάσιν ἦτο ὅμοιον πρὸς τὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 48 παρ. 5 Σ. 1968. Πηγὴν ἐμπνεύσεως τῆς ἐν λόγῳ διατάξεως ἀπετέλεσε τὸ ἄρθρον 77 παρ. 2 καὶ 3 τοῦ Ἰταλικοῦ Συντάγματος 1948¹⁷, πρὸς τὸ ὁποῖον, ὅμως, ἐμφανίζει καὶ σημαντικὰς διαφοράς, ἐνῶ, παραλλήλως, ἡ ρύθμισις τοῦ ἄρθρου 48 παρ. 5 Σ. 1968 ἐσκόπει εἰς τὴν ἀναγνώρισιν τῆς πρακτικῆς τῶν Ἀναγκαστικῶν Νόμων τὴν ὁποίαν ἠθέλησε νὰ κατοχυρώσῃ συνταγματικῶς, ἀφοῦ περιβάλλῃ ταύτην δι' ὠρισμένων ἐγγυήσεων.

Ἡ ἀρμοδιότης ἐκδόσεως Ν. Δ. εἰς περίπτωσιν ἐκτάκτου νομοθετικῆς ἀνάγκης ἀνήκει εἰς τὸν Βασιλέα, ἐφ' ὅσον συντρέχουν ὠρισμένοι οὐσιαστικά καὶ τυπικά προϋποθέσεις.

α) *Οὐσιαστικά προϋποθέσεις.* Αὗται συνίστανται εἰς τὴν ὑπαρξίν ἐκτάκτων περιπτώσεων ἐξαιρετικῶς ἐπείγουσας καὶ ἀπροβλέπτου ἀνάγκης. Ἡ τοιαύτη ἀνάγκη δέον νὰ ἐμφανίζηται ὡς ἐξαιρετικῶς ἐπείγουσα, καὶ οὐχὶ ἀπλῶς ἐπείγουσα, ἐτι δὲ καὶ ἀπρόβλεπτος, διότι, ἐὰν αὕτη ἦδύνατο νὰ προβλεφθῇ, δὲν θὰ ἐδικαιολογεῖτο ἡ προσφυγὴ εἰς τὴν τοιαύτην διαδικασίαν. Εἶναι χαρακτηριστικὸν ὅτι ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης ἠθέλησεν ὅπως ἡ προσφυγὴ εἰς τὴν ἐν λόγῳ διαδικασίαν γίνηται ἐντελῶς κατ' ἐξάφαισιν, ἐνεκα δὲ τούτου χρησιμοποιεῖ τὰς ἐκφράσεις «ἐκτάκτων περιπτώσεων» καὶ «ἐξαι-

τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου νὰ ἐκδίδῃ Νομοθετικὰ Διατάγματα πρὸς ρύθμισιν ἐξαιρετικῶς ἐπείγοντων θεμάτων μετὰ σύμφωνον περὶ τούτου γνώμην τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου. Ταῦτα εἰσάγονται ἐντὸς μηνὸς ἀπὸ τῆς συγκλήσεως τῆς νέας Βουλῆς ἐνώπιον αὐτῆς ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως. Ἐὰν δὲν εἰσαχθῶσιν ἐντὸς τῆς προθεσμίας ταύτης ἢ δὲν κυρωθῶσιν ὑπὸ τῆς Βουλῆς ἐντὸς τῆς πρώτης μετὰ τὰς ἐκλογὰς συνόδου, ἀποβάλλουν ἐφ' ἐξῆς τὴν ἰσχύν των».

16. «Εἰς ἐκτάκτους περιπτώσεις ἐξαιρετικῶς ἐπείγουσας καὶ ἀπροβλέπτου ἀνάγκης, ὁ Βασιλεὺς δικαιούται, προτάσει τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου, καὶ μετὰ σύμφωνον γνώμην τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου περὶ τοῦ ἐπείγοντος, νὰ ἐκδίδῃ νομοθετικὰ διατάγματα. Ταῦτα δέον νὰ υποβάλλωνται εἰς τὴν Βουλὴν πρὸς κύρωσιν διὰ νόμου ἐντὸς εἴκοσιν ἡμερῶν ἀπὸ τῆς ἐκδόσεώς των ἢ ἐντὸς εἴκοσιν ἡμερῶν ἀπὸ τῆς συγκλήσεώς της εἰς σύνοδον. Ἐὰν δὲν υποβληθῶσιν εἰς τὴν Βουλὴν ἐντὸς τῶν ἀνωτέρω προθεσμῶν ἢ δὲν ἐγκριθῶσιν παρ' αὐτῆς ἐντὸς τριῶν μηνῶν ἀπὸ τῆς υποβολῆς των, ἀποβάλλουν ἐφεξῆς τὴν ἰσχύν των».

17. «Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti, perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti». Τὴν βιβλιογραφίαν ἐπὶ τοῦ ἄρθρου τούτου ἴδε κατωτέρω ὑποσ. 49.

των μέτρων, άτινα δέον να ληφθοϋν προς αντιμετώπισιν τής τουαύτης έκτάκτου περιπτώσεως, αντιθέτως προς τήν ευρύτεραν διατύπωσιν του άρθρου 34 παρ. 3 του Σχεδίου τής 'Επιτροπής Μητρέλια, όπερ άπήτη σύμφωνον γνώμην του Συνταγματικού Δικαστηρίου και επί του τελευταίου τούτου σημείου. Ούτω ή πολιτική κρίσις περι τής αναγκαιότητας λήψεως των μέτρων άφαιρείται έκ τής άρμοδιότητος του Συνταγματικού Δικαστηρίου. 'Η ρύθμισις του Συντάγματος περι συμφώνου, και ούχι άπλής, γνώμης του Συνταγματικού Δικαστηρίου δέον να θεωρηθῆ ως όρθή, διότι υπάγει υπό δικαστικήν κρίσιν θέματα, περι ών άπεφαίνεται, υπό τό άρθρον 35 παρ. 2 Σ. 1952, ή Κυβέρνησις και ή 'Επιτροπή του έν λόγω άρθρου. 'Η τουαύτη δικαστική κρίσις δέον να θεωρηθῆ ως έγγύησις ότι ή προσφυγή εις τήν έν λόγω διαδικασίαν θά πραγματοποιηται μόνον εις εκείνας τάς έκτάκτους περιπτώσεις, εις άς ύφίσταται πράγματι έξαιρετικώς επείγουσα και άπρόβλεπτος ανάγκη.

Κατά τάς συζητήσεις του Σχεδίου Συντάγματος ένώπιον του 'Υπουργικού Συμβουλίου άνεπτύχθη ή άποψις, ήτις δέν έπεκράτησεν, ότι δέον όπως μη άπαιτηθῆ έν προκειμένω ή γνώμη του Συνταγματικού Δικαστηρίου, όντος δικαστικού όργάνου και κρίνοντος με νομικά κριτήρια, αλλά πολιτικού όργάνου, ως π.χ. Κοινοβουλευτικής 'Επιτροπής ¹⁸.

γγ) 'Εκδοσις Ν. Δ. ύπογραφομένου υπό του Βασιλέως και προσυπογραφομένου υπό του 'Υπουργικού Συμβουλίου.

δδ) 'Υποβολή των Ν. Δ. εις τήν Βουλήν έκ των ύστέρων προς κύρωσιν. Ταύτα υποβάλλονται είτε εις τήν 'Ολομέλειαν, είτε εις Τμήμα τής Βουλής αναλόγως τής καθ' ύλην άρμοδιότητος έκάστου των σχηματισμών αύτῆς κατά τό άρθρον 72 του Σ. 1968. 'Αντιθέτως, δέν δύνανται ταύτα να υποβληθοϋν προς κύρωσιν εις τό Τμήμα διακοπών του άρθρου 71 παρ. 6 Σ. 1968, διότι ή παρ. 5 του άρθρου 48 αύτου όμιλεϊ περι Βουλῆς έν συνόδω εύρισκομένης. 'Η νομοθετική πρωτοβουλία περι ύποβολῆς των έκδοθέντων Ν. Δ. εις τήν Βουλήν προς κύρωσιν άνήκει άποκλειστικώς εις τό 'Υπουργικόν Συμβούλιον, προτάσει του ύποίου ταύτα έξεδόθησαν και ούχι εις τόν έτερον παράγοντα νομοθετικής πρωτοβουλίας κατά τό άρθρον 78 παρ. 1 Σ. 1968, ήτοι τήν Βουλήν.

'Η ύποβολή προς κύρωσιν των έκδοθέντων Ν. Δ. δέον να γίνη εις σύντομον χρονικόν διάστημα και δη έντός είκοσι ήμερών από τής έκδόσεως αύτων. Τό άρθρον 34 παρ. 3 Σχεδίου Συντάγματος τής 'Επιτροπής Μητρέλια έτασσε προς τοϋτο μεΐζον χρονικόν διάστημα, ένω τό άρθρον 77 του 'Ιταλικού Συντάγ-

18. 'Υπουργικόν Συμβούλιον, 'Εστενογραφημένα Πρακτικά του νέου Συντάγματος 1968, 'Αθήναι, 1969, σ. 270.

ματος 1948 εἶναι αὐστηρότερον ἐν προκειμένῳ. Ἐάν ἡ Βουλὴ δὲν εὐρίσκηται ἐν συνόδῳ, εἴτε διότι τὰ Ν. Δ. ἐξεδόθησαν μεταξύ δύο περιόδων, εἴτε διότι ταῦτα ἐξεδόθησαν μεταξύ δύο συνόδων, ἡ προθεσμία τῶν εἴκοσι ἡμερῶν ὑπολογίζεται ἀπὸ τῆς συγκλήσεως τῆς Βουλῆς εἰς σύνοδον καὶ δὴ τακτικὴν, μὴ ἀπαιτουμένης τῆς συγκλήσεως εἰδικῆς πρὸς τοῦτο συνόδου ἢ ἀναβιώσεως τῆς Βουλῆς.

Ἐάν τὰ ἐν λόγῳ Ν. Δ. δὲν ὑποβληθοῦν πρὸς κύρωσιν εἰς τὴν Βουλὴν ἐντὸς τῆς ἀνωτέρω προθεσμίας, ἀποβάλλουν ἐφ' ἐξῆς πᾶσαν ἰσχύν. Τὸ αὐτὸ ἀποτέλεσμα ἐπέρχεται, ἐάν ταῦτα ὑποβληθοῦν μὲν πρὸς κύρωσιν εἰς τὴν Βουλὴν ἐμπροθέσμως, ἀλλὰ δὲν ἐγκριθοῦν θετικῶς ἢ ἀρνητικῶς παρ' αὐτῆς ἐντὸς τριῶν μηνῶν ἀπὸ τῆς ὑποβολῆς αὐτῶν. Ἡ ἐγκρισις τῶν ὡς εἴρηται Ν. Δ. γίνεται διὰ νόμου ψηφιζομένου ὑπὸ τοῦ ἀρμοδίου πρὸς τοῦτο σχηματισμοῦ τῆς Βουλῆς.

Τὰ Ν. Δ. παύουν ἰσχύοντα ἐφ' ἐξῆς διὰ τὸ μέλλον, *ex nunc*, καὶ οὐχὶ *ex tunc*, ἤτοι ἀφ' ἧς ἐξεδόθησαν. Τὰ παραχθέντα, ὅθεν, ἔννομα ἀποτελέσματα ἀπὸ τῆς ἐκδόσεως αὐτῶν μέχρι τῆς παύσεως τῆς ἰσχύος αὐτῶν παραμένουν ἰσχυρά, εἰς τοῦτο δὲ ἀκριβῶς ἐγκρίεται καὶ ἡ σημασία αὐτῶν. Πρόκειται περὶ Ν. Δ. τελούντων ὑπὸ τὴν διαλυτικὴν αἴρεσιν τῆς κυρώσεως αὐτῶν. Τὰ ἐν λόγῳ Ν. Δ. ἔχουν ἰσχὺν νόμου καὶ ὡς ἐκ τούτου δὲν προσβάλλονται ἐπὶ ἀκυρώσει ἐνώπιον τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας.

Β) Ἡ θέσις κανόνων δικαίου πρὸς ρύθμισιν συγκεκριμένων θεμάτων ἀπαντᾶται εἰς τὰς κάτωθι περιπτώσεις:

1. *Χορήγησις ἀμνηστίας*¹⁹. Κατὰ τὸ ἄρθρον 52 παρ. 3 Σ. 1968 (ἄρθρον 39 Σ. 1952) ἀ' Ἀμνηστία παρέχεται μόνον ἐπὶ πολιτικῶν ἐγκλημάτων διὰ Βασιλικῆς Διατάγματος, ἐκδιδόμενου προτάσει τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου». Ὡς γνωστὸν, ἀμνηστία εἶναι ἡ διὰ διατάγματος ὀριστικὴ ἀναστολὴ τῆς ἐφαρμογῆς ποινικοῦ τινος νόμου ἐπὶ τελεσθείσης ἀξιοποίνου πράξεως. Αὕτη, διαφέρουσα ἀπὸ πολλῶν ἀπόψεων τοῦ συγγενοῦς θεσμοῦ τῆς χάριτος, παρέχεται μόνον ἐπὶ πολιτικῶν ἐγκλημάτων, οὐχὶ δὲ καὶ ἐπὶ τῶν κοινῶν τοιοῦτων οὐδὲ διὰ νόμου, κατὰ τὸ ἄρθρον 52 παρ. 4 Σ. 1968, καθ' ὃ ἀ' Ἀμνηστία ἐπὶ κοινῶν ἐγκλημάτων οὐδὲ διὰ νόμου παρέχεται». Χορηγεῖται διὰ Β. Δ. τῇ προτάσει

19. Περὶ ἀμνηστίας ἴδε Κ. Γαρόδικα, Ἡ χάρις καὶ ἡ ἀμνηστία, ἐν Πον. Χρον., 1954, 1 ἐπ., τοῦ Αὐτοῦ, Σωφρονιστικῆ, Ἀθήναι, 1960, 319 ἐπ., Κ. Γεωργοπούλου, Χάρις καὶ ἀμνηστία, Ἀθήναι, 1934, τοῦ Αὐτοῦ, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, Τεύχος Β', Ἀθήναι, 1969, σ. 132 ἐπ., Κ. Πεοδικῶρη, Ἡ ἀμνηστία, 1928, Ν. Ν. Σαρικόπουλου, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, Ἀθήναι, II, 522 ἐπ., Χ. Σγουρίτσα, Συνταγματικὸν Δίκαιον, Ἀθήναι, τόμ. Β', τεύχος Α', 1964, σ. 87 ἐπ., Δ. Φαροῦ, Ἡ ἀναθεώρησις τοῦ Συντάγματος, Ἀθήναι, 1970, σ. 238.

και προσυπογραφή ολοκλήρου του 'Υπουργικού Συμβουλίου, είτε πρό πάσης διώξεως, είτε μετά την καταδίκη, αφορά εις ώρισμένον η ώρισμένα έγκλήματα και ουχι εις ώρισμένον πρόσωπον και εξαλείφει το αξιοποιουν τελεσθείσης πράξεως.

2. *Κήρυξις τής χώρας εις κατάστασιν πολιορκίας* ²⁰. Το άρθρον 25 Σ. 1968 (άρθρον 91 Σ. 1952) ορίζει ότι:

«Ο Βασιλεύς δύναται, μετά πρότασιν του 'Υπουργικού Συμβουλίου, εν περιπτώσει πολέμου, επιστρατεύσεως ενεκεν εξωτερικών κινδύνων η σοβαράς διαταραχής η εκδήλου απειλής κατά τής δημοσίας τάξεως και ασφαλείας του Κράτους εξ έσωτερικών κινδύνων, να αναστείλη διά Βασιλικού Διατάγματος εις όλην την 'Επικράτειαν η τμήμα αυτής, την ισχύν των άρθρων 10, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 111 και 112 του Συντάγματος η τινών τούτων, να θέση εις εφαρμογήν τον εκάστοτε ισχύοντα νόμον «περι καταστάσεως πολιορκίας» και να συστήση εξααιρετικά δικαστήρια. Ο νόμος ούτος δέν δύναται να τροποποιηθῆ κατά την διάρκειαν τής εφαρμογής του.

2. Το κατά την προηγουμένην παράγραφον Βασιλικόν Διάταγμα και τά κατ' εφαρμογήν αυτού ληφθέντα μέτρα, ανακοινούνται εις την Βουλήν κατά την πρώτην μετά την δημοσιεύσιν του συνεδρίασιν αυτής. 'Εν περιπτώσει όμως σοβαράς διαταραχής η εκδήλου απειλής τής δημοσίας τάξεως και ασφαλείας του Κράτους εξ έσωτερικών κινδύνων, το εκδοθέν Βασιλικόν Διάταγμα τίθεται υπ' όψιν του Συμβουλίου του 'Εθνους, εντός είκοσι τεσσάρων ώρων από τής εκδόσεως αυτού. 'Εάν το Συμβούλιον του 'Εθνους δέν συμφωνῆ πρὸς την εκδοσιν του Βασιλικού Διατάγματος, συγκαλείται υποχρεωτικῶς η Βουλῆ εντός εικοσαήμερου, από τής δημοσιεύσεως αυτού και αν έτι εχῆ διαλυθῆ, να αποφασίση περι τής διατηρήσεως η άρσεως τής ισχύος του δι' άπολύτου πλειοψηφίας του όλου αριθμού των μελών αυτής εν τῇ τελευταία περιπτώσει.

3. 'Η ισχύς του κατά τά άνωτέρω Βασιλικού Διατάγματος δέν εκτείνεται εν περιπτώσει πολέμου πέραν τής λήξεως αυτού, εν πάση δέ άλλη περιπτώσει αίρεται αυτοδικαίως μετά τρίμηνον από τής δημοσιεύσεώς του, πλην εάν εν τῷ μεταξύ παραταθῆ διά νεωτέρου Βασιλικού Διατάγματος, άδεια τής Βουλῆς».

Διά του άρθρου 25 του Σ. 1968 προβλέπεται η κήρυξις τής χώρας εις

20. Περι καταστάσεως πολιορκίας ιδε Κ. Γεωργοπούλου, 'Ελληνικόν Συνταγματικόν Δίκαιον, 'Αθήναι, Γ', 1970, σ. 211 έπ., 'Αρ. Μάνεση, Περι αναγκαστικών νόμων, Θεσ/νίκη, 1953, 116 έπ., του Αύτου, Το πρόβλημα τής ασφαλείας κλπ., εν Ε.Δ.Δ.Δ.Δ., 1962, 120 έπ., Ν. Ν. Σαριπόλου, Έθ. άν., ΙΙ, 201 έπ., Χ. Σγουρίτσα, Έθ. άν., τόμ. Β', τευχος Α', 101 έπ., Ν. Χατζηζανῆ, 'Η κατάστασις πολιορκίας, εν 'Αρμενόπουλος, 1961, 669 έπ.

κατάστασιν πολιορκίας διὰ Β. Δ. ἔχοντας νομοθετικὸν περιεχόμενον, ἔνεκα δὲ τούτου ἀπαιτεῖται ρητὴ πρὸς τοῦτο συνταγματικὴ διάταξις. Ἡ ρύθμισις τοῦ θέματος ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 25 Σ. 1968, διαφέρει τόσον τοῦ προϊσχύσαντος δικαίου τοῦ ἄρθρου 91 Σ. 1952, ἰδίᾳ ὡς πρὸς τὴν ἀρμοδιότητα τῆς Βουλῆς, ἵνα ἀποφασίσῃ περὶ τῆς διατηρήσεως ἢ ἄρσεως τοῦ Β. Δ. περὶ τῆς θέσεως τῆς χώρας εἰς κατάστασιν πολιορκίας, ὅσον καὶ τοῦ ἄρθρου 24 τοῦ Σχεδίου Συντάγματος τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρέλια καὶ τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου, ἰδίᾳ ὡς πρὸς τὴν ἀρμοδιότητα τοῦ Συμβουλίου τοῦ Ἐθνους ἀντὶ τῆς ἀρμοδιότητος τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου, ἣν καθιέρουν τὰ δύο ταῦτα κείμενα.

Αἱ προϋποθέσεις κηρύξεως τῆς χώρας εἰς κατάστασιν πολιορκίας διακρίνονται εἰς οὐσιαστικὰς καὶ τυπικὰς.

α) Οὐσιαστικαὶ προϋποθέσεις: αα) Πόλεμος κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ διεθνoῦς δικαίου. Ἡ διατύπωσις τοῦ ἄρθρου 25 Σ. 1968, ἀκολουθοῦσα ἐν προκειμένῳ τὸ ἄρθρον 24 τοῦ Σχεδίου Συντάγματος τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρέλια καὶ τὸ ἄρθρον 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου, εἶναι στενωτέρα ἐκείνης τοῦ ἄρθρου 91 Σ. 1952, προβλέποντος «ἐμπόλεμον κατάστασιν», ἔννοιαν εὐρυτέραν τῆς τοῦ «πολέμου» καὶ συνεπῶς δυσμενεστέραν διὰ τὴν ἀναστολὴν τῶν ἀτομικῶν ἐλευθεριῶν.

ββ) Ἐπιστρατεύσεις ἔνεκεν ἐξωτερικῶν κινδύνων. Ἐν προκειμένῳ τὸ ἄρθρον 25 Σ. 1968 ἀκολουθεῖ τὴν διατύπωσιν τοῦ ἄρθρου 91 Σ. 1952, τοῦ ἄρθρου 24 τοῦ Σχεδίου Συντάγματος τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρέλια καὶ τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου.

γγ) Σοβαρὰ διαταραχὴ ἢ ἐκδηλὸς ἀπειλὴ κατὰ τῆς δημοσίας τάξεως καὶ ἀσφαλείας τοῦ κράτους ἐξ ἐσωτερικῶν κινδύνων. Τὸ ἄρθρον 25 τοῦ Σ. 1968 ἀκολουθεῖ ἐν προκειμένῳ τὴν διατύπωσιν τοῦ ἄρθρου 91 Σ. 1952, τοῦ ἄρθρου 24 τοῦ Σχεδίου Συντάγματος τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρέλια καὶ τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου.

β) Τυπικαὶ προϋποθέσεις: αα) Ἐκδοσις Β. Δ. ὑπογεγραμμένου ὑφ' ὀλοκλήρου τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου, ὡς καὶ ὑπὸ τὸ ἄρθρον 91 Σ. 1952.

ββ) Ἐν περιπτώσει πολέμου ἢ ἐπιστρατεύσεως ἔνεκεν ἐξωτερικῶν κινδύνων, τὸ Β. Δ. καὶ τὰ κατ' ἐφαρμογὴν αὐτοῦ ληφθέντα μέτρα ἀνακοινούνται εἰς τὴν Βουλὴν κατὰ τὴν πρώτην μετὰ τὴν δημοσίευσίν του συνεδρίασιν αὐτῆς, χωρὶς ν' ἀπαιτῆται ἡ σύγκλησις αὐτῆς διὰ τοῦ αὐτοῦ Β. Δ. καὶ ἐπὶ αὐτῆς, ἡ ἀκυρότητις αὐτοῦ ἐντὸς δέκα ἡμερῶν, καὶ ἂν ἔτι ἔληξεν ἡ περίοδος ποινῆ ἀκυρότητος αὐτοῦ ἐντὸς δέκα ἡμερῶν, καὶ εἰς τὸ σημεῖον τοῦτο τὸ αὐτῆς ἢ διελύθη, ὡς κατὰ τὸ ἄρθρον 91 Σ. 1952. Εἰς τὸ σημεῖον τοῦτο τὸ ἄρθρον 25 Σ. 1968 ἠκολούθησε τὴν ρύθμισιν τοῦ ἄρθρου 24 τοῦ Σχεδίου τῆς

'Επιτροπής Μητρέλια και τοῦ ἄρθρου 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου θεωρήσαν ὅτι εἰς ἀμφοτέρως τὰς περιπτώσεις δὲν δύναται ν' ἀμφισβητηθῇ ἡ ἀνάγκη ἀναστολῆς τῶν ὑπὸ τοῦ ἐν λόγῳ ἄρθρου τοῦ Συντάγματος προβλεπομένων ἄρθρων.

γγ) 'Εν περιπτώσει σοβαρᾶς διαταραχῆς ἢ ἐκδήλου ἀπειλῆς κατὰ τῆς δημοσίας τάξεως καὶ ἀσφαλείας τοῦ Κράτους ἐξ ἐσωτερικῶν κινδύνων, τὸ ὡς ἄνω Β. Δ. δέον ὅπως τεθῇ ὑπ' ὄψιν τοῦ ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 54 τοῦ Σ. 1968 συσταθέντος Συμβουλίου τοῦ 'Εθνους ἐντὸς εἴκοσι τεσσάρων ὥρων ἀπὸ τῆς ἐκδόσεως αὐτοῦ, ἵνα τοῦτο παράσχη τὴν συγκατάθεσιν αὐτοῦ περὶ τοῦ τεθέντος ἐν ἰσχύϊ Β. Δ. 'Εὰν τοῦτο παράσχη τὴν τοιαύτην συγκατάθεσιν, οὐδόλως ἐρωτᾶται ἡ Βουλὴ. 'Αντιθέτως, ἐὰν τὸ Συμβούλιον τοῦ 'Εθνους δὲν παράσχη τὴν συγκατάθεσιν αὐτοῦ, συγκαλεῖται ὑποχρεωτικῶς ἡ Βουλὴ ἐντὸς εἰκοσαήμερου ἀπὸ τῆς δημοσιεύσεως τοῦ Β. Δ. ,καὶ ἂν ἔτι ἔχῃ διαλυθῇ λόγῳ λήξεως τῆς περιόδου ἢ πρὸ αὐτῆς, ἵνα αὕτη ἀποφασίσῃ περὶ τῆς διατηρήσεως ἢ ἄρσεως τῆς ἰσχύος τοῦ μνημονευθέντος Β. Δ. 'Ἀρμοδιὰ πρὸς τοῦτο εἶναι ἡ 'Ολομέλεια τῆς Βουλῆς κατὰ τὸ ἄρθρον 72 παρ. 1 τοῦ Σ. 1968. 'Ἡ ἀπόφασις περὶ διατηρήσεως ἐν ἰσχύϊ τοῦ ἀνωτέρω Β. Δ. δέον νὰ ληφθῇ διὰ τῆς συνήθους πλειοψηφίας κατὰ τὸ ἄρθρον 75 παρ. 1 Σ. 1968, ἐνῶ, ἀντιθέτως, ἡ ἀπόφασις περὶ ἄρσεως τῆς ἰσχύος τοῦτου δέον νὰ ληφθῇ δι' ἀπολύτου πλειοψηφίας τοῦ ὅλου ἀριθμοῦ αὐτῆς. 'Εν περιπτώσει συμφώνου γνώμης τοῦ Συμβουλίου τοῦ 'Εθνους, τὸ Β. Δ. ἀνακοινῶνται εἰς τὴν Βουλὴν κατὰ τὴν πρώτην μετὰ τὴν δημοσίευσιν αὐτοῦ συνεδρίασιν αὐτῆς, τῆς διατάξεως τῆς παρ. 2 τοῦ ἄρθρου 25 Σ. 1968 ἀναφερομένης εἰς πᾶσαν περίπτωσιν καὶ οὐχὶ μόνον εἰς τὰς δύο πρώτας τοιαύτας. 'Ἡ ρύθμισις αὕτη τοῦ ἄρθρου 25 Σ. 1968, ἀκολουθεῖ κατὰ βάσιν τὸ ἄρθρον 24 τοῦ Σχεδίου 'Επιτροπῆς Μητρέλια καὶ τὸ ἄρθρον 25 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου καὶ ἀπομακρύνεται τοῦ ἄρθρου 91 Σ. 1952, ὅπερ ἀπῆτει ἐν πάσει περιπτώσει τὴν ἐγκρισιν τῆς Βουλῆς κατὰ τὴν πρώτην συνεδρίασιν ἢ ἐπὶ τούτῳ συγκαλουμένης διὰ τοῦ αὐτοῦ Β.Δ. ἐντὸς δέκα ἡμερῶν. Νῦν ἡ ἀρμοδιότης αὕτη τῆς Κυβερνήσεως ἐμφανίζει ἐνίσχυσιν τῆς θέσεως αὐτῆς, διότι δὲν ἀπαιτεῖται συγκατάθεσις τῆς Βουλῆς, ἀλλὰ μόνον τοῦ Συμβουλίου τοῦ 'Εθνους καὶ δὴ μετὰ πάροδον εἴκοσι τεσσάρων ὥρων, ἢ ἐν ἀρνήσει τοῦ ἐν λόγῳ ὄργανου συγκατάθεσις τῆς Βουλῆς ζητεῖται ἐντὸς εἴκοσι ἡμερῶν καὶ οὐχὶ ἀμέσως, ἢ δὲ ἀπόφασις περὶ ἄρσεως τῶν μέτρων ἀπαιτεῖται ὅπως ληφθῇ διὰ τῆς ἀπολύτου πλειοψηφίας τοῦ ὅλου ἀριθμοῦ τῶν μελῶν αὐτῆς καὶ οὐχὶ διὰ τῆς συνήθους πλειοψηφίας τοῦ ἄρθρου 75 παρ. 1 Σ. 1968, ὡς προκειμένου περὶ τῆς παροχῆς συγκαταθέσεως. 'Ἡ ρύθμισις τοῦ ἄρθρου 25 Σ. 1968 διαφέρει τοῦ ἄρθρου 24 Σχεδίου 'Επιτροπῆς Μητρέλια καὶ τοῦ ἄρθρου 25 Κυβερνητικοῦ Σχεδίου, ἅτινα καθιέρουν προηγουμένην ἀρμοδιότητα τοῦ Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου διὰ τὴν παροχὴν τῆς μνημονευθείσης συγκαταθέσεως.

τήτας κατόπιν εξουσιοδότησεως παρεχομένης εις αυτά υπό των νομοθετικῶν ὀργάνων διὰ νόμου. Πρόκειται περί τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως.

Ἡ πρακτικὴ τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως ἐφαρμόζεται εἰς πλείστας τῶν ξένων χωρῶν, καθημερινῶς δὲ ἀυξάνεται ἡ χρῆσις αὐτῆς.

Ὡς πρὸς τὴν νομοθετικὴν εξουσιοδότησιν συγκριτικῶς δυνάμεθα νὰ διακρίνωμεν τρία συστήματα: α) Συντάγματα τινὰ δὲν ρυθμίζουν τὸ θέμα τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως (π.χ. Ἑλληνικὸν Σ. 1911, Γαλ. Νόμοι 1875). β) Συντάγματα τινὰ προβλέπουσιν αὐτήν (π.χ. ἄρθρον 48 παρ. 2 Ἑλληνικοῦ Σ. 1968). γ) Συντάγματα τινὰ ἀπαγορεύουσιν ρητῶς αὐτήν (π.χ. ἄρθρον 13 Γαλλικοῦ Σ. 1946).

Εἰς τὰς χώρας ἐκείνας, εἰς ἃς τὰ Συντάγματα δὲν ρυθμίζουν ρητῶς τὸ θέμα, ζήτημα ἐγενήθη ἐὰν ὁ θεσμὸς τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως ἦτο σύμφωνος πρὸς τὸ Σύνταγμα ἢ ἀντέκειτο πρὸς τοῦτο. Ἀμφότεραι αἱ ἀπόψεις ὑπεστηρίχθησαν μὲ ἰσχυρὰ ἐκατέρωθεν ἐπιχειρήματα. Παρ' ἡμῖν ὑπὸ τὸ Σ. 1911 ἐπεκράτησεν ἡ ἀποψὶς ὅτι ἡ νομοθετικὴ εξουσιοδότησις ἦτο σύμφωνος πρὸς τὸ Σύνταγμα δυνάμει συνταγματικοῦ ἐθίμου, καθ' ὃ ἡ μὲν νομοθετικὴ ἐξουσία παρεῖχε τοιαύτας εξουσιοδοτήσεις, ἡ ἐκτελεστικὴ ἐξουσία ἐξέδιδε τὰ κατὰ τὰς εξουσιοδοτήσεις Διατάγματα ἢ ἄλλας διοικητικὰς πράξεις, αὗται δὲ ἀνεγνωρίζοντο ὡς ἐγκυροὶ καὶ ἰσχυραὶ καὶ ἐφηρμοζόντο ὑπὸ τῶν δικαστηρίων καὶ τῶν ἄλλων ἀρχῶν²³. Τὸ Σύνταγμα τοῦ 1927 καθιέρου διὰ τοῦ ἄρθρου 77 αὐτοῦ ἐν εἶδος εξουσιοδότησεως πρὸς ἐκδοσιν Ν.Δ. κατὰ τὴν διάρκειαν τῶν διακοπῶν τοῦ Κοινοβουλίου.

2. Ὑπὸ τὸ Σ. 1952 ἀνέκυψε τὸ πρόβλημα ἐὰν ἡ νομοθετικὴ ἐξουσιοδότησις ἦτο σύμφωνος πρὸς τὸ Σύνταγμα, ἰδίᾳ μετὰ τὴν καθιέρωσιν τῆς ἐκτάκτου νομοθετικῆς διαδικασίας τοῦ ἄρθρου 35 παρ. 2 - 5 Σ. Ἡ ἀρνητικὴ ἀποψὶς, καθ' ἣν ὁ θεσμὸς τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως ἀπεκρούετο ὑπὸ τοῦ Σ. 1952, παρέμεινε μεμονωμένη²⁴, ἐνῶ, τούναντίον, καθολικῆ σχεδὸν ὑπῆρξε ἡ ἀποψὶς ὅτι ὁ θεσμὸς τῆς νομοθετικῆς εξουσιοδότησεως οὐ μόνον δὲν ἀπεκρούετο ὑπὸ τοῦ Συντάγματος, ἀλλὰ καὶ ἀνεγνωρίζετο ὑπὸ τοῦ συνταγματικοῦ νομοθέτου, δεδομένου ὅτι ἐκ τοῦ ἄρθρου 59 παρ. 2 αὐτοῦ, ἀποκλείοντος ρητῶς τὴν νομοθετικὴν ἐξουσιοδότησιν ὡς πρὸς τὰ θέματα τοῦ ἀντικειμένου τῆς φορολογίας, τοῦ φορολογικοῦ συντελεστοῦ, τῶν ἀπὸ τῆς φορολογίας ἀπαλλαγῶν ἢ ἐξαιρέσεων καὶ τῆς ἀπονομῆς συντάξεως συνήγετο, κατ' ἀντιδιαστολήν, ὅτι ἐπὶ παντὸς ἄλλου θέματος ἡδύνατο νὰ χωρήσῃ νομοθετικὴ ἐξουσιοδότησις²⁵.

23. Ἰδία Α. Ἀποστολίδου, ἐνθ. ἀν., 86, Α. Μάνεση, ἐνθ. ἀν., 106, Χ. Σγουρίτσα, ἐνθ. ἀν., 34, 82, Πορίσματα Νομολογίας Συμβουλίου Ἐπικρατείας, 1959, σ. 61.

24. Χ. Σγουρίτσα, ἐνθ. ἀν., σ. 34, 82.

25. Ἰδία Α. Ἀποστολίδου, ἐνθ. ἀν., 66 ἐπ., Γ. Παπαχατζῆ, Κανόνες χρήσεως κλπ.

τῆς ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας καὶ ἰδίᾳ τῆς Κυβερνήσεως ἀντιμετώπισεν εὐθέως τὸ πρόβλημα τῆς νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως δυνάμει δύο διατάξεων τοῦ ἄρθρου 48 αὐτοῦ³¹. Αἱ μορφαὶ τῆς προβλεπομένης ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 48 Σ. 1968 ἐξουσιοδοτήσεως εἶναι δύο, ἡ εἰδικὴ καὶ συγκεκριμένη ἐξουσιοδότησις καὶ ἡ ἐξουσιοδότησις βάσει νόμων - πλαισίων.

α) Ἐξουσιοδότησις εἰδικὴ καὶ συγκεκριμένη.

Τὸ ἄρθρον 48 παρ. 2 Σ. 1968, ὀρίζει ὅτι: «Ἐπὶ τῇ προτάσει τοῦ ἀρμοδίου Ὑπουργοῦ ἐπιτρέπεται ἡ ἔκδοσις Βασιλικῶν κανονιστικῶν Διαταγμάτων, βάσει ἐξουσιοδοτήσεως νόμου καὶ ἐντὸς τῶν ὁρίων ταύτης». Ἀντίστοιχος ἦτο καὶ ἡ διάταξις τοῦ ἄρθρου 34 παρ. 2 τοῦ Σχεδίου Συντάγματος Ἐπιτροπῆς Μητρέλια³². Πρόκειται περὶ τῆς κλασσικῆς μορφῆς τῆς νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως παρεχομένης διὰ νόμου ψηφιζομένου ὑπὸ τῆς Ὀλομελείας ἢ τῶν Τμημάτων τῆς Βουλῆς. Ἡ παρεχομένη ἐξουσιοδότησις δεόν νὰ εἶναι εἰδικὴ καὶ συγκεκριμένη καὶ ν' ἀσκήται ἐντὸς τῶν ὁρίων αὐτῆς συμφώνως πρὸς τὰς ἀρχὰς τὰς τεθείσας ὑπὸ τῆς νομολογίας, ἰδίᾳ ὑπὸ τὸ Σύνταγμα 1952. Τουναντίον ἡ ἐν λόγῳ συνταγματικὴ διάταξις δὲν ἐπιτάσσει τὸν καθορισμὸν χρονικῶν ὁρίων πρὸς ἀσκήσιν τῆς ἐν λόγῳ ἐξουσιοδοτήσεως. Ἡ ἐξουσιοδότησις δύναται νὰ παρασχεθῇ μόνον εἰς Ὑπουργούς, προτάσει τῶν ὁποίων καὶ ἐκδίδονται τὰ προβλεπόμενα Β.Δ. Τὰ ἐν λόγῳ Β. Δ. εἶναι κανονιστικὰ καὶ ὡς τοιαῦτα ὑπόκεινται εἰς τὴν ἐπεξεργασίαν τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας, συμφώνως πρὸς τὴν διάταξιν τοῦ ἄρθρου 107 παρ. 1 Σ. 1968. Ἡ Βουλὴ δὲν δύναται νὰ παράσχῃ νομοθετικὴν ἐξουσιοδότησιν ἐπὶ θεμάτων, ἅτινα ἐξηρέθησαν ταύτης κατὰ τὸ ἄρθρον 82 παρ. 2 Σ. 1968, καθ' ὃ: «Τὸ ἀντικείμενον τῆς φορολογίας, ὁ φορολογικὸς συντελεστὴς, ἡ διαδικασίᾳ βεβαιώσεως τῶν φόρων, αἱ ἀπὸ τῆς φορολογίας ἀπαλλαγαὶ ἢ ἐξαιρέσεις καὶ ἡ ἀπονομὴ συντάξεων, δὲν δύναται ν' ἀποτελέσουν ἀντικείμενον νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως».

β) Ἐξουσιοδότησις βάσει νόμων-πλαισίων.

Τὸ ἄρθρον 48 παρ. 3 Σ. 1968 ὀρίζει ὅτι: «Διὰ νόμων ψηφιζομένων ὑπὸ τῆς Ὀλομελείας τῆς Βουλῆς, δύναται νὰ παρέχῃται ἐξουσιοδότησις πρὸς ἔκδοσιν Βασιλικῶν Διαταγμάτων νομοθετικοῦ περιεχομένου. Διὰ τῶν νόμων τούτων χαράσσονται γενικαὶ νομοθετικαὶ κατευθύνσεις καὶ τίθεται χρονικὸν ὄριον πρὸς χρῆσιν τῆς ἐξουσιοδοτήσεως». Ἡ διάταξις αὕτη διευτυπώθη τὸ

31. Κ. Γεωργοπούλου, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, Β', 1969, σελ. 59-63, 123-4, Δ. Ψαρῶ, Ἡ ἀναθεώρησις τοῦ Συντάγματος, 1970, σ. 145 ἐπ., 293 ἐπ.

32. «Διὰ νόμου δύναται νὰ παρασχεθῇ ἐξουσιοδότησις εἰς τὴν ἐκτελεστικὴν ἐξουσίαν πρὸς ρύθμισιν ὠρισμένων εἰδικῶς ὑπ' αὐτοῦ προβλεπομένων θεμάτων».

πρῶτον περιορισμένως εἰς τὸ ἄρθρον 34 παρ. 2 τοῦ Σχεδίου τῆς Ἐπιτροπῆς Μητρώλια³³ καὶ ἐπανελήφθη πληρέστερον εἰς τὸ ἄρθρον 48 παρ. 2 τοῦ Κυβερνητικοῦ Σχεδίου³⁴, τὸ ὁποῖον κατὰ βάσιν ἠκολούθησε ἡ διάταξις τοῦ ἄρθρου 48 παρ. 3 Σ. 1968. Πηγήν ἐμπνεύσεως ἀπέτέλεσε τὸ ἄρθρον 76 τοῦ Ἰταλικοῦ Συντάγματος 1948³⁵.

Ἡ ἐνταῦθα προβλεπομένη ἐξουσιοδότησις παρέχεται βάσει τῶν λεγόμενων νόμων-πλαισίων (lois - cadres) καὶ διαφέρει τῆς ὑπὸ τῆς παρ. 2 τοῦ ἄρθρου 48 Σ. 1968 ρυθμιζομένης τοιαύτης οὕσα τὸ μὲν στενωτέρα, τὸ δὲ εὐρυτέρα ταύτης. Αἱ βασικαὶ διαφοραὶ μεταξύ τῶν δύο τούτων εἰδῶν ἐξουσιοδοτήσεως εἶναι αἱ ἑξῆς: α) Ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 2 παρέχεται διὰ διοικήσεως εἶναι αἱ ἑξῆς: α) Ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 2 παρέχεται διὰ νόμου ψηφιζομένου εἴτε ὑπὸ τῆς Ὀλομελείας, εἴτε ὑπὸ τῶν Τμημάτων τῆς Βουλῆς, ἐνῶ ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 3 παρέχεται διὰ νόμου ψηφιζομένου μόνον τῆς Ὀλομελείας τῆς Βουλῆς. β) Ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 2 εἶναι εἰδικὴ καὶ συγκεκριμένη ἀπὸ ἀπόψεως τοῦ πρὸς ρύθμισιν θέματος, ἐνῶ ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 3 εἶναι εὐρεῖα ἐντὸς τῶν γενικῶν κατευθυντηρίων ἀρχῶν, ἃς θέτει ὁ νόμος-πλαῖσιον. γ) Ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 2 δὲν θέτει χρονικὰ ὄρια πρὸς χρῆσιν αὐτῆς, ἐνῶ ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 3 θέτει τοιαῦτα ὄρια.

Οἱ ὅροι τῆς παροχῆς καὶ χρήσεως τῆς ὑπὸ τῆς παρ. 3 τοῦ ἄρθρου 48 Σ. 1968 προβλεπομένης ἐξουσιοδοτήσεως εἶναι οἱ ἑξῆς:

α) Ἡ ἐξουσιοδότησις παρέχεται διὰ νόμου ψηφιζομένου ὑπὸ τῆς Ὀλομελείας τῆς Βουλῆς, καὶ οὐχὶ ὑπὸ τῶν τμημάτων αὐτῆς.

β) Οἱ ἐξουσιοδοτοῦντες νόμοι χαράσσουσι τὰς γενικὰς νομοθετικὰς κατευθύνσεις, ἐντὸς τῶν ὁποίων δέον ὅπως κινηθῆ ἡ Διοίκησις πρὸς χρῆσιν τῆς ἐξουσιοδοτήσεως.

33. «Πρὸς συμπλήρωσιν ὁμοῦ τῶν διατάξεων τοῦ νόμου ἐντὸς τῶν ὑπὸ τοῦ ἰδίου διαγραφόμενων πλαισίων καὶ κατευθύνσεων, ὡς καὶ ἐπὶ θεμάτων, ἢ ρύθμισις τῶν ὁποίων ἐπιφυλάσσεται διὰ τοῦ Συντάγματος εἰς τὸν νόμον, ἢ ἐξουσιοδότησις δὲν δύναται νὰ παρασχεθῆ εἰμὴ μόνον πρὸς ἐκδοσιν Βασιλικῆς Διατάγματος».

34. «Διὰ νόμων ψηφιζομένων ὑπὸ τῆς Ὀλομελείας τῆς Βουλῆς δύναται νὰ παρέχηται ἐξουσιοδότησις εἰς τὴν ἐκτελεστικὴν ἐξουσίαν πρὸς ἐκδοσιν κανονιστικῶν Βασιλικῶν Διατάγμων νομοθετικοῦ περιεχομένου. Διὰ τῶν νόμων τούτων χαράσσονται μόνον αἱ γενικαὶ κατευθύνσεις τῆς πραγματοποιηθησομένης ρυθμίσεως καὶ τίθενται χρονικὰ ὄρια πρὸς χρῆσιν τῆς ἐξουσιοδοτήσεως. Τὰ οὕτω ἐκιδόμενα Βασιλικά Διατάγματα, ἔχοντα ἰσχύον νόμου, δέον πρὸ τῆς ἐκδόσεώς των νὰ τύχουν τῆς ἐπεξεργασίας τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπιτελείας, ἄλλως εἶναι ἄκυρα».

35. «L' esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definitivi». Τὴν βιβλιογραφίαν ἐπὶ τῆς διατάξεως ταύτης ἴδε κατωτέρω ὑποσ. 49.

γ) Οί εξουσιοδοτούντες νόμοι θέτουν τὰ χρονικά ὄρια, ἐντὸς τῶν ὁποίων ἡ Διοίκησις δέον ὅπως ἀσκήσῃ τὴν παρασχεθεῖσαν εἰς αὐτὴν ἐξουσιοδότησιν.

δ) Ἡ ἐξουσιοδότησις παρέχεται μόνον πρὸς ἐκδοσιν Βασιλικῶν Διαταγμάτων καὶ οὐχὶ ἄλλων διοικητικῶν πράξεων. Τὰ Β.Δ. ταῦτα ἔχουν νομοθετικὸν περιεχόμενον.

ε) Τὰ Β.Δ. ταῦτα ὑπόκεινται εἰς προηγουμένην ἐπεξεργασίαν ὑπὸ τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας κατὰ τὸ ἄρθρον 107 § 1 Σ. 1968.

στ) Ἡ ἐξουσιοδότησις τῆς παρ. 3 δὲν ἐπεκτείνεται εἰς πάντα τὰ θέματα, τινὰ τῶν ὁποίων ἐξαιροῦνται ταύτης. Οὕτω, κατὰ τὴν παρ. 4 τοῦ αὐτοῦ ἄρθρου 48 Σ. 1968 «Τὰ κατὰ τὸ ἄρθρον 72 παρ. 2 θέματα τῆς ἀρμοδιότητος τῆς Ὁλομελείας τῆς Βουλῆς, δὲν δύνανται ν' ἀποτελέσουν ἀντικείμενον τῆς κατὰ τὴν προηγουμένην παράγραφον ἐξουσιοδοτήσεως». Ἐξ ἄλλου, καὶ τὰ θέματα τοῦ ἄρθρου 82 παρ. 2 Σ. 1968 δὲν δύνανται ν' ἀποτελέσουν ἀντικείμενον νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως.

VI. ΘΕΣΙΣ ΚΑΝΟΝΩΝ ΔΙΚΑΙΟΥ ΠΕΡΑΝ ΤΩΝ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΩΝ ΠΛΑΙΣΙΩΝ

Ἡ Διοίκησις θέτει κανόνες δικαίου, οὐ μόνον βάσει ρητῆς διατάξεως τοῦ Συντάγματος ἢ κατόπιν νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως, ἀλλὰ καὶ πέραν τῶν συνταγματικῶν πλαισίων. Πρόκειται περὶ τῶν Ἀναγκαστικῶν Νόμων καὶ τῶν Πράξεων τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου.

1. Ἀναγκαστικοὶ Νόμοι³⁶.

Ἀναγκαστικὸς νόμος εἶναι Διάταγμα νομοθετικοῦ περιεχομένου ἔχον ἰσχὺν νόμου καὶ ἐκδιδόμενον ἄνευ ἐξουσιοδοτήσεως πρὸς ἀντιμετώπισιν κρίσιμων διὰ τὴν πολιτείαν περιστάσεων. Οἱ Α.Ν. ὑπογράφονται ὑπὸ τοῦ Βασιλέως καὶ προσυπογράφονται ὑπὸ τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου. Ἡ ἐκδοσις τῶν Α.Ν. ἀποτελεῖ ἐξαιρετικὴν ἀσκήσιν τῆς νομοθετικῆς ἐξουσίας μὴ προβλεπομένην ὑπὸ τοῦ Συντάγματος, ἔνεκα δὲ τούτου οἱ Α.Ν. ἐθεωρήθησαν παρ' ἡμῶν ὡς ἀντισυνταγματικοί.

Ἐν τούτοις, ἐγένετο δεκτὸν ἐν ὄψει τῶν συνταγματικῶν ἀνωμαλιῶν καὶ τῶν ἐκτάκτων περιπτώσεων, ἰδίᾳ ἀπὸ τοῦ πρώτου Παγκοσμίου Πολέμου καὶ ἐντεῦθεν, ὅτι εἶναι ἀνεκτὴ ἢ ἐν ἀπουσίᾳ τῆς Βουλῆς θέσις κανόνων δικαίου

36. Κ. Γεωργοπούλου, Ἑλληνικὸν Συνταγματικὸν Δίκαιον, τεῦχος Β', 1969, σ. 125. Α. Μάνεση, Περὶ ἀναγκαστικῶν νόμων, 1953, Β. Ρώτη, Ἡ νομοθετικὴ δραστηριότης τῆς ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας εἰς τὴν Γαλλίαν, 1962, 14 ἐπ., Χ. Σγουρίτσα, ἐνθ. ἀν., 88 ἐπ. Τὴν νομολογίαν τοῦ Σ.Ε. ἴδε ἐν Πορίσματα Νομολογίας Συμβουλίου Ἐπικρατείας, 1959, σ. 60.

δι' Ἀναγκαστικῶν Νόμων ἀπ' εὐθείας ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως, ἐφ' ὅσον συντρέχει περίπτωσις ἀπροβλέπτου, ἐπείγουσας, ἐπιτακτικῆς καὶ ἀναποφεύκτου ἀνάγκης καὶ ὑπὸ τὸν ὅρον τῆς ὑποβολῆς τῶν ἐν λόγῳ νομοθετημάτων εἰς τὴν Βουλὴν πρὸς ἔγκρισιν καὶ τῆς ψήφισεως αὐτῶν ὑπ' αὐτῆς μέχρι τῆς διακοπῆς τῶν ἐργασιῶν αὐτῆς. Ἡ συνδρομὴ τῶν ἀνωτέρω στοιχείων, ἰδίᾳ δὲ τῆς ἐπείγουσας καὶ ἐπιτακτικῆς ἀνάγκης ὑπόκειται εἰς τὸν ἔλεγχον τῶν δικαστηρίων, τὰ ὅποια ἐν ἐλλείψει τούτων ὀφείλουσιν ν' ἀρνηθοῦν τὴν ἐφαρμογὴν τοῦ Ἀναγκαστικοῦ Νόμου, κατὰ τὴν νομολογίαν τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας, ἀντίθετον πρὸς τὴν τοῦ Ἀρείου Πάγου τοιαύτην³⁷. Ἐκ τῆς γνωστῆς ταύτης διαστάσεως τῆς νομολογίας μεταξὺ τῶν δύο τούτων ἀνωτάτων δικαστηρίων ἀνέκυψε καὶ ἡ ἀνάγκη ἰδρύσεως Συνταγματικοῦ Δικαστηρίου, ὅπερ ἔχει ὡς ἀρμοδιότητα, κατὰ τὸ ἄρθρον 106 παρ. 2 ἐδ. β' Σ. 1968, τὸν ἔλεγχον τῆς συνταγματικότητος νόμου «εἰς περίπτωσιν ἐκδόσεως ἀντιθέτων περὶ αὐτῆς ἀποφάσεων μεταξὺ τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας, τοῦ Ἀρείου Πάγου ἢ τοῦ Ἐλεγκτικοῦ Συνεδρίου».

Ἡ δικαιολογητικὴ βάση τῶν Ἀναγκαστικῶν Νόμων εὐρηται εἰς τὸ «Δίκαιον τῆς ἀνάγκης». Ὅταν οἱ συνταγματικοὶ κανόνες δὲν δύνανται νὰ ἐπιτελέσουν τὸν βασικὸν προορισμὸν των καὶ δὲν ἔχουν τὴν δύναμιν πρὸς διασφάλισιν τῆς ὑποστάσεως τῆς πολιτείας, εὐρισκόμεθα πρὸ τῆς ἀνάγκης ἐνεργείας πέραν τῶν πλαισίων τοῦ Συντάγματος. Ὅθεν, ὅταν διαπιστοῦται ὅτι ἡ ὑπαρξίς καὶ συντήρησις τῆς πολιτείας δὲν διασφαλίζεται ἐπαρκῶς εἰς δεδομένην στιγμήν ὑπὸ τοῦ ἐκάστοτε ἐν ἰσχύϊ Συντάγματος, τότε οἱ κυβερνῶντες χρησιμοποιοῦν ἄλλον τρόπον ἀντιμετωπίσεως τῶν ἐκτάκτων περιστάσεων. Ἐφαρμόζεται εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην ἡ γενικὴ ἀρχὴ «Salus Reipublicae suprema lex est». Βεβαίως, ἡ σημασία τοῦ «Δικαίου τῆς ἀνάγκης» ἀμφισβητεῖται, ὑποστηριχθεῖσιν ἀμφοτέρων τῶν ἀπόψεων. Ἀλλὰ καὶ εἰς περίπτωσιν, καθ' ἣν ἀρνηθῶμεν εἰς τὸ «Δίκαιον τῆς ἀνάγκης» νομικὴν σημασίαν, τοῦτο ἔχει μεγίστην πολιτικὴν τοιαύτην.

Ἡ πρακτικὴ τῶν Ἀναγκαστικῶν Νόμων ἐφηρμόσθη εὐρέως ἀπὸ τοῦ Ἀ' Παγκοσμίου Πολέμου, τὸ μὲν κατὰ τὴν διάρκειαν πολέμων ἢ ἐμπολέμων περιόδων, τὸ δὲ κατὰ τὴν διάρκειαν εἰρηνικῶν περιόδων πρὸς ἀντιμετώπισιν τῆς μεταβολῆς τῶν κοινωνικῶν καὶ οικονομικῶν συνθηκῶν, διὰ τὴν ταχείαν ἀλῆψιν σειρᾶς νομοθετικῶν μέτρων. Ἡ νομοθετικὴ, ὅθεν, ρύθμισις σειρᾶς βασικῶν προβλημάτων δι' Ἀναγκαστικῶν Νόμων ἀποτελεῖ νῦν νομικὴν πραγματικὴν μὴ δυναμένην ν' ἀγνοηθῇ.

37. Ἴδε νομολ. Σ.Ε. ἐν Πορίσματα Νομολ. Σ.Ε., 1959, 60 σημ. 1, ἰδίᾳ δὲ Σ.Ε. 1041/1949. Ἀντίθετος ἡ νομολ. Α.Π., ἰδίᾳ δὲ Α.Π. 86/1945, 340/1945, Θέμ. ΝΣΤ', 198, 175/1946, Ν.Δ., 1946, 283, 221/1948, Θέμ. ΝΘ', 704, 334/1950, Θέμ. ΕΑ', 542.

Υπό τὸ Σ. 1952 ἐξέλειπε τὸ φαινόμενον τῆς ἐκδόσεως Ἀναγκαστικῶν Νόμων, ἰδίᾳ λόγῳ τῆς καθιερώσεως τοῦ θεσμοῦ τῆς ἐκτάκτου νομοθετικῆς διαδικασίας τοῦ ἄρθρου 35 παρ. 2-5 Σ., ὅστις εἶχε ἀκριβῶς σκοπὸν νὰ θέσῃ τέρμα εἰς τὴν πρακτικὴν ταύτην.

Υπό τὸ Σ. 1968 δὲν δικαιολογεῖται ἡ ἐκδοσις Ἀναγκαστικῶν Νόμων, ἰδίᾳ λόγῳ τῆς διατάξεως τοῦ ἄρθρου 48 παρ. 5 αὐτοῦ.

2. Πράξεις τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου³⁸.

Ἐτέρα διαδικασία θέσεως κανόνων δικαίου πέραν τῶν συνταγματικῶν πλαισίων εἶναι αἱ Πράξεις τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου, ἧτοι αἱ πράξεις ἐκεῖ-
 ναι, αἱ ὁποῖαι, καίτοι ἔχουν νομοθετικὸν περιεχόμενον, ἐκδίδονται ὑπὸ τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου ἄνευ συμπράξεως τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχontos. Αἱ ἐν λόγῳ Πράξεις, ἐφ' ὅσον ἐκδίδονται κατόπιν νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως, εἶναι νόμοι καὶ συνταγματικοί, ὡς καὶ πᾶσα ἄλλη διοικητικὴ πρᾶξις ἐκδοθεῖσα κατόπιν νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως. Τούναντίον, ἄνευ τοιαύτης ἐξουσιοδοτήσεως, αἱ Πράξεις τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου εἶναι ἀντισυνταγματικοὶ καὶ ἀνίσχυροι ἐκδοθεῖσαι κατ' ἀντιποίησιν τῆς νομοθετικῆς ἐξουσίας³⁹.

Τὸ Ὑπουργικὸν Συμβούλιον ἐνεργεῖ ἐναυθὰ ἐξ ἰδίας πρωτοβουλίας, δι' ἰδίας πράξεως λόγῳ τῆς ἐπείγουσας ἀνάγκης ρυθμίσεως ζητημάτων τινος, ἧτοι πέραν τῶν πλαισίων τοῦ Συντάγματος βάσει τοῦ «Δικαίου τῆς ἀνάγκης», ὅπερ, ὅμως, δὲν δύναται πάντοτε νὰ νομιμοποιήσῃ τὴν ἐκδοσιν τῶν Πράξεων τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου, τὸ μὲν λόγῳ τῆς λειτουργίας τοῦ Κοινοβουλίου, τὸ δὲ λόγῳ τῆς μὴ συμμετοχῆς τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχontos, ἐκ τρίτου δὲ διότι σπανίως αὗται ἐπικαλοῦνται ἐπείγουσαν ἀνάγκην.

Ἡ ἐκδοσις Πράξεων τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου ἀποτελεῖ πρακτικὴν σχετικῶς νέαν. Κατὰ τὴν περίοδον τοῦ μεσοπολέμου ἐλάχισται Πράξεις Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου ἐξεδόθησαν, ἐνῶ ἀπὸ τῆς ἀπελευθερώσεως καὶ ἐντεῦθεν, ἰδίᾳ δὲ ὑπὸ τὸ Σύνταγμα τοῦ 1952, ἡ πρακτικὴ αὕτη κατέστη συνήθης.

Τὰ χαρακτηριστικὰ τῶν Πράξεων τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου εἶναι ἄφ' ἐνός μὲν ἡ οἰκιοποίησις τῆς νομοθετικῆς ἐξουσίας ὑπὸ τῶν διοικητικῶν

38. Δ. Ἀποστολίδου, Ἡ θεωρία τῆς «κυβερνητικῆς» νομοθεσίας, 1954, Φ. Βεργεθῆ, ἐθν. ἀν., 278 ἐπ., Κ. Γεωργοπούλου, ἐθν. ἀν., 125-6, Α. Μάνεση, Περὶ ἀναγκαστικῶν νόμων, 1953, 91 ἐπ., τοῦ Αἰδοῦ, Αἱ πράξεις τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου, Ε.Ε.Ν., 1955, 248 ἐπ., Β. Ρώτη, ἐθν. ἀν., 16 ἐπ.

39. Ἐκ τῆς νομολογίας ἰδίᾳ Σ.Ε. 227/1952, 111/1955, 1003/1956, 1021/1956, 1093/1957, 187/1958, 676/1958, 1198/1958, 719/1959, 1344/1959, 391/1960, 1187/1960, 1454/1960, 2201/1960, 2407/1960, 2466/1960, 2473/1960.

ὀργάνων, ἀφ' ἑτέρου δὲ ἡ ἄσκησις ταύτης μόνον ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως ἄνευ συμπράξεως τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος, ὡς εἰς τὴν περίπτωσιν τῶν Ἀναγκαστικῶν Νόμων. Τὸ φαινόμενον τοῦτο δύναται νὰ ἐξηγηθῇ ἐκ λόγων ταχύτητος ἐνεργείας, ἐκ λόγων ἀποχῆς τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος ἐξ ἀντισυνταγματικῶν ἐνεργειῶν τῆς Κυβερνήσεως, ἐκ τῆς ἐφαρμογῆς τῆς ἀρχῆς «ὄπου ἡ εὐθύνη, ἐκεῖ καὶ ἡ ἐξουσία» καὶ ἐκ τῆς ἀνεξαρτοποιήσεως τῆς Κυβερνήσεως ἔναντι τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος καὶ συνειδητοποιήσεως τοῦ ρόλου ταύτης ὡς συντονιστικοῦ ὄργανου.

Ἐξ ἄλλου, πολλάκις αἱ Πράξεις τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου προέρχονται οὐχὶ ἐκ τῆς Ὁλομελείας τοῦ ἐν λόγῳ ὄργανου, ἀλλ' ἐκ «περιορισμένων Συμβουλίων», ἡ συγκρότησις τῶν ὁποίων ἐθεωρήθη ἀναγκαία λόγῳ τῆς αὐξήσεως τῶν μελῶν τῆς Κυβερνήσεως καὶ τῆς διαβαθμίσεως τῶν Ὑπουργῶν ἀναλόγως τῆς θέσεως, τὴν ὁποίαν κατέχουν εἰς αὐτὴν καὶ τῆς προσωπικότητος αὐτῶν. Τὰ «περιορισμένα Συμβούλια» ἀπέτελεσαν συνήθη πρακτικὴν τόσον εἰς ἄλλας χώρας (π.χ. τὸ War Cabinet εἰς Ἀγγλίαν), ὅσον καὶ παρ' ἡμῶν (π.χ. Συντονιστικὸν Συμβούλιον, Πολεμικὸν Συμβούλιον, Ἐπιτροπὴ ἐξ Ὑπουργῶν, Μικρὸν Ὑπουργικὸν Συμβούλιον).

Τὰ πλεονεκτήματα τῆς πρακτικῆς τῶν Πράξεων τοῦ Ὑπουργικοῦ Συμβουλίου συνίστανται εἰς α) τὴν ταχύτητα ἐνεργείας, β) τὴν εἰδικότητα τοῦ ὄργανου καὶ γ) τὸν συντονισμόν τῆς ὅλης κρατικῆς δραστηριότητος πρὸς ἐκτέλεσιν τοῦ κυβερνητικοῦ προγράμματος. Ἀντιθέτως, τὰ μειονεκτήματα ταύτης συνίστανται εἰς α) τὸν παραμερισμὸν τοῦ Κοινοβουλίου μὴ θεραπευόμενον διὰ τῆς ἐκ τῶν ὑστέρων νομοθετικῆς κυρώσεως τῶν ἐν λόγῳ Πράξεων, ἰδίᾳ ὡς ἐκ τοῦ τετελεσμένου γεγονότος, ἐνώπιον τοῦ ὁποίου εὐρίσκειται τοῦτο, β) τὴν μὴ συμμετοχὴν τοῦ Ἀνωτάτου Ἀρχοντος καὶ γ) τὴν ἔκδοσιν τούτων ἄνευ οὐδεμιᾶς συζητήσεως καὶ προηγουμένης δημοσιότητος, ὅπερ διευκολύνει τὴν ἐπίδρασιν τῶν κομματικῶν παραγόντων ἢ ἄλλων συγκροτημάτων (groupes de pression).

VII. ΤΟ ΠΡΟΒΛΗΜΑ ΕΝ ΤΗ ΑΛΛΟΔΑΠΗ

Τὸ πρόβλημα τῆς μετατοπίσεως τῶν ὀρίων ἀρμοδιότητος τῶν νομοθετικῶν καὶ διοικητικῶν ὀργάνων ἐνεφανίσθη εἰς τὰς πλείστας χώρας τοῦ ἐξωτερικοῦ. Θὰ περιορισθῶμεν εἰς τὴν ἐξέτασιν τοῦ προβλήματος εἰς τὰς κυριώτερας χώρας τῆς Δυτικῆς Εὐρώπης.

1. *Γαλλία*. Τὴν πρώτην θέσιν μεταξὺ τῶν χωρῶν ἐκείνων, αἱ ὁποῖαι ἐγνώρισαν τὴν ἐπέμβασιν τῶν διοικητικῶν ὀργάνων εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα,

κατέχει άναμφιβόλως ή Γαλλία. Κατωτέρω θά σκιαγραφήσωμεν άπλώς τās διαφόρους φάσεις, από τās όποίās διήλθεν ή τσιούτη προίούσα έπέμβασις.

α) *III Γαλλική Δημοκρατία*⁴⁰. Μέχρι του 1914, οί νόμοι έψηφίζοντο υπό του Κοινοβουλίου κατά τήν νομοθετικήν διαδικασίαν συμφώνως προς τούς «Συνταγματικούς» νόμους του 1875. 'Από τής έποχής εκείνης, ίδίως λόγω του Α' Παγκοσμίου Πολέμου και τής ανάγκης ταχείας ρυθμίσεως των άνακυψάντων προβλημάτων, έφηρμόσθη ή τακτική τής εκδόσεως Νομοθετικών Διαταγμάτων (décrets-lois). 'Η διαδικασία αύτη συνίστατο εις τήν παροχήν έξουσιοδοτήσεως υπό του Κοινοβουλίου δι' ενός νόμου «pleins pouvoirs» εις τήν Κυβέρνησιν, όπως αύτη διά Νομοθετικών Διαταγμάτων ρυθμίση θέματα αναγκάσιμα εις τήν άρμοδιότητα του νομοθέτου και θέση κανόνας δικαίου. 'Ο έξουσιοδοτών νόμος καθόριζε και τά όρια ένεργείας τής Κυβερνήσεως από άπόψεως άντικειμένου και χρόνου.

'Από του τέλους του Α' Παγκοσμίου Πολέμου ή τακτική εκδόσεως Νομοθετικών Διαταγμάτων συνεχίσθη και εις τό τέλος τής III Γαλλικής Δημοκρατίας κατέστη συνήθης τρόπος θέσεως κανόνων δικαίου, καιτοι ή συνταγματική της ταύτης ήτο σφόδρα άμφίβολος, ύποστηριχθεισών άμοτέρων των άπόψεων.

β) *IV Γαλλική Δημοκρατία*⁴¹. Το Σύνταγμα του 1946, έν τή προσπάθειά όπως ανακόψη τήν πρακτικήν των έξουσιοδοτήσεων και των βάσει τούτων εκδιδομένων décrets-lois, ώρισεν έν άρθρω 13 αύτου ότι: «'Η 'Εθνική Συνέ-

40. G. Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1969, 320 έπ., 330, M. Duverger, Institutions politiques et droit constitutionnel, 1970, 574-5, του Αύτου, Droit public, 1968, 47 έπ., De Lacharrière, Le système de décrets-lois et le régime parlementaire, έν Revue d'histoire politique et constitutionnelle, 1939, M. Mignon, La pratique des décrets-lois, Thèse, Lille 1938, M. Prélot, Institutions politiques et droit constitutionnel, 1969, 465-6, 489-491, D. Rosu, Les décrets-lois, 1942.

41. G. Burdeau, ένθ. άν., σ. 403 έπ., R. Chapus, La loi d'habitation du 11 juillet 1953, έν R.D.P., 1953, 994 έπ., J. Charpantier, Les lois-cadres et la fonction gouvernementale, έν R.D.P., 1958, 220 έπ., J. Donnedieu de Vabres, L'Article 13 et les décrets-lois, έν Dal., 1953, 138 έπ., του Αύτου, Décrets - lois et pouvoir réglementaire d'après la loi du 17 août 1948, έν Dal. 1949, chr., M. Duverger, Institutions, 608-9, του Αύτου, Droit public, 67-8, A. de Laubadère, Des «pleins pouvoirs» aux demi décrets-lois, έν Dal., 1952, 35 έπ., Maleville, Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948, έν Études et documents, 1954, 56 έπ., G. Morange, La réalisation de la réforme fiscale par voie réglementaire, έν Dal., 1948, 177 έπ., A. Patias, Le problème de la législation gouvernementale sous la IV République, thèse, Lyon, 1955, R. Pinto, La loi du 17 août 1948, έν R.D.P., 1948, 517 έπ., M. Prélot, ένθ. άν., 548-9, J. Soubeyrol, Les décrets-lois sous la IV République, thèse, Bordeaux, 1955, G. Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1949, 498 έπ.

γ) *V Γαλλική Δημοκρατία*⁴². Κατά τήν κλασσικήν άποψιν, ώς νόμος έθεωρεΐτο πᾶσα πράξις προερχομένη έκ τῶν νομοθετικῶν ὀργάνων, άνεξαρτήτως περιεχομένου, νομοθετικοῦ ἢ διοικητικοῦ. Οὕτω, τὰ νομοθετικά ὄργανα ἠδύνατο νά επέμβουν ἐπὶ παντός πεδίου, νομοθετικοῦ ἢ διοικητικοῦ καί νά ρυθμίσουν οἰονδήποτε θέμα. Τὸ κριτήριο, ὅπερ ἐλαμβάνετο ὑπ' ὄψιν, ἦτο τὸ τυπικόν. Ἡ ψήφισις τοῦ νόμου ὑπὸ τοῦ Κοινοβουλίου προσέδιδεν εἰς αὐτὸν τυπικὴν ὑπεροχὴν ἔναντι τῶν διοικητικῶν πράξεων, αἵτινες, συμφώνως πρὸς τὴν ἀρχὴν τῆς νομιμότητος, ἔδει ὅπως συνάδουν πρὸς τὸν νόμον, πρὸς ἐκτέλεσιν τοῦ ὁποίου, ἐξ ἄλλου, ἐξεδίδοντο. Ἐξ ἐτέρου, τὸ Κοινοβούλιον ἦτο ὁ ἀποκλειστικὸς νομοθέτης ἢ, τοῦλάχιστον, ὁ νομοθέτης κοινῶς δικαίου ἔχων ὑπὲρ αὐτοῦ τὸ τεκμήριον τῆς ἀρμοδιότητος προκειμένου περὶ θέσεως κανόνων δικαίου, ἐνῶ τὰ διοικητικὰ ὄργανα ἠδύνατο νά θέτουν κανόνας δικαίου μόνον εἰς τὰς ὑπὸ τοῦ Συντάγματος εἰδικῶς ὀριζομένας περιπτώσεις.

Ἡ τοιαύτη ἀρχὴ ὑπεχώρησε ὀλίγον κατ' ὀλίγον κατὰ τὴν περίοδον τῆς III, ἰδίᾳ δὲ τῆς IV Γαλλικῆς Δημοκρατίας. Τὸ Σύνταγμα τῆς V Γαλλικῆς Δημοκρατίας ἠθέλησε νά θέσῃ τέρμα εἰς τὴν ὑποκριτικὴν τακτικὴν τῆς IV Γαλλικῆς Δημοκρατίας καί ν' ἀντιμετωπίσῃ εὐθέως τὰς σχέσεις τῶν νομοθετικῶν καὶ διοικητικῶν ὀργάνων προκειμένου περὶ θέσεως κανόνων δικαίου.

42. *G. Berlia*, ἐν R.D.P. 1967, 503 ἐπ., *L. Bertrand*, Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution, ἐν Études et documents, No 13, 29 ἐπ., *G. Burdeau*, ἐνθ. ἀν., 496 ἐπ., 542 ἐπ., 547 ἐπ., 552 ἐπ., 556 ἐπ., *R. Chapus*, ἐν Dal, 1960, 124, ἐπ., *R. Charlier*, Vicissitudes de la loi, ἐν Mélanges Maury, II, 303 ἐπ., *G. Chatelain*, La nouvelle Constitution, 1959, 106 ἐπ., *A. G. Cohen*, ἐν R.D.P., 1963, 745 ἐπ., *J. M. Cotteret*, Le pouvoir législatif en France, 1952, *S. Dickshat*, ἐν R.D.P., 1968, 832 ἐπ., *R. Durant*, La décadence de la loi dans la Constitution, ἐν Jurisclasseur périodique, 1959, I, 1470, *M. Duverger*, Institutions, 709-10, 719 ἐπ., 723 ἐπ., τοῦ Ἀδοῦ, Droit public, 103-4, 126 ἐπ., *L. Hamon*, Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière, ἐν Dal, 1960, 253 ἐπ., *A. Homont*, La loi et le règlement dans la Constitution de 1958, ἐν Bulletin de droit public des chefs de travaux de la Faculté de droit de Paris, X, No 1, Dact., *J. L'Huillier*, La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution, ἐν Dal, 1959, 173 ἐπ., *P. L. Lucas*, La loi, ἐν Dal, 1964, 198 ἐπ., *M. Martin*, Une nouveauté constitutionnelle, ἐν Revue pratique de droit administratif, décembre 1958, *G. Morange*, La hiérarchie des textes dans la Constitution, ἐν Dal, 1959, 21 ἐπ., Notes et études documentaires, No 2908 καὶ 2959, *M. Prélot*, ἐνθ. ἀν., 665 ἐπ., 683 ἐπ., 689 ἐπ., 775 ἐπ., 779 ἐπ., *L. Di Qual*, Le pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat sous la V République, Annales de la Faculté de droit de Lille, 1965, 33 ἐπ., *J. Rivoero*, Regard sur les institutions de la V République, ἐν Dal, 1958, 259, *J. De Soto*, La loi et le règlement dans la Constitution, ἐν R.D.P., 1959, 240, *Stilmunkes*, ἐν R.D.P., 1964, 261 ἐπ., *G. Vedel*, Droit administratif, II, 637, *M. Waline*, Les rapports entre la loi et le règlement, ἐν R.D.P., 1959, 699 ἐπ.

Ἡ ρύθμισις τοῦ θέματος τούτου ὑπὸ τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος τοῦ 1958 ἀπέτελεσε ἀληθῆ ἐπανάστασιν ἀνατρέψασαν τὰς μέχρι τότε κρατούσας ἀρχάς.

Ἡ σχέσις μεταξὺ τοῦ νομοθετικοῦ καὶ κανονιστικοῦ πεδίου ὀριοθετεῖται ὑπὸ τῶν ἀρθρῶν 34 καὶ 37 τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος τοῦ 1958⁴³. Βάσει τῶν

43. Παρατίθενται κατωτέρω τὰ κείμενα τῶν δύο τούτων ἀρθρῶν, τὰ ὅποια ἀνέτρεψαν τὰς σχέσεις τοῦ νόμου καὶ τοῦ διατάγματος.

Ἄρθρον 34. Ὁ νόμος ψηφίζεται ὑπὸ τοῦ Κοινοβουλίου.

Ὁ νόμος καθορίζει τοὺς κανόνας τοὺς ἀφορῶντας εἰς:

— τὰ πολιτικὰ δικαιώματα καὶ τὰς θεμελιώδεις ἐγγυήσεις τὰς παρασχεθείσας εἰς τοὺς πολίτας διὰ τὴν ἀσκήσιν τῶν δημοσίων ἐλευθεριῶν· τὰς ὑπὸ τῆς ἐθνικῆς ἀμύνης ἐπιβαλλομένας εἰς τοὺς πολίτας, εἰς τὸ πρόσωπόν των καὶ τὴν περιουσίαν των, ὑποχρεώσεις.

— τὴν ἰθαγένειαν, τὴν κατάστασιν καὶ τὴν ἰκανότητα τῶν προσώπων, τὰ γαμικὰ συστήματα, τὰ κληρονομικὰ δικαιώματα καὶ τὰς ἐλευθεριότητας.

— τὸν καθορισμὸν τῶν κακουργημάτων καὶ πλημμελημάτων ὡς καὶ τὰς εἰς αὐτὰ ἐπιβαλλομένας ποινάς· τὴν ποινικὴν δικονομίαν· τὴν ἀμνηστίαν· τὴν δημιουργίαν νέων δικαιοδοσιῶν καὶ τὸ νομικὸν καθεστὸς τῶν δικαστῶν.

— τὴν βάσιν τῆς φορολογίας, τὸ ποσὸν καὶ τοὺς τρόπους καλύψεως τῶν βαρῶν πάσης φύσεως· τὸ καθεστὸς τῆς ἐκδόσεως τοῦ νομίσματος.

Ὁ νόμος καθορίζει ἐπίσης τοὺς κανόνας τοὺς ἀφορῶντας εἰς:

— τὸ ἐκλογικὸν σύστημα τῶν κοινοβουλευτικῶν καὶ τῶν τοπικῶν συνελεύσεων.

— τὴν δημιουργίαν κατηγοριῶν δημοσίων ἰδρυμάτων.

— τὰς θεμελιώδεις ἐγγυήσεις τὰς παρεχομένας εἰς τοὺς πολιτικοὺς καὶ στρατιωτικοὺς ὑπαλλήλους τοῦ Κράτους.

— τὰς ἐθνικοποιήσεις τῶν ἐπιχειρήσεων καὶ τὰς μετατροπὰς τῆς ἰδιοκτησίας τῶν ἐπιχειρήσεων δημοσίου χαρακτῆρος εἰς ἐπιχειρήσεις ἰδιωτικοῦ χαρακτῆρος.

Ὁ νόμος καθορίζει τὰς θεμελιώδεις ἀρχάς:

— τῆς γενικῆς ὀργανώσεως τῆς ἐθνικῆς ἀμύνης.

— τῆς ἐλευθέρας διοικήσεως τῶν τοπικῶν ὀργανισμῶν, τῶν ἀρμοδιοτήτων των καὶ τῶν πόρων των.

— τῆς ἐκπαιδεύσεως.

— τῆς ἰδιοκτησίας, τῶν ἐμπραγμάτων δικαιωμάτων καὶ τῶν ἀστικῶν καὶ ἐμπορικῶν ἐνοχῶν.

— τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου, τοῦ συνδικαλιστικοῦ δικαίου καὶ τῆς κοινωνικῆς ἀσφαλίσεως.

Οἱ νόμοι οἱ ἀφορῶντες εἰς τὰ οἰκονομικὰ τοῦ Κράτους καθορίζουν τὰ ἔσοδα καὶ τὰ βάρη τοῦ Κράτους κατὰ τοὺς ἄρους καὶ ὑπὸ τὰς ἐπιφυλάξεις τὰς προβλεπομένας ὑφ' ἐνὸς ὀργανικοῦ νόμου.

Νόμοι προγράμματος καθορίζουν τοὺς σκοποὺς τῆς οἰκονομικῆς καὶ κοινωνικῆς δράσεως τοῦ Κράτους.

Αἱ διατάξεις τοῦ παρόντος ἀρθροῦ δύνανται νὰ προσδιορισθοῦν καὶ νὰ συμπληρωθοῦν δι' ἐνὸς ὀργανικοῦ νόμου.

Ἄρθρον 37. Τὰ ἄλλα θέματα, τὰ ὅποια δὲν ὑπάγονται εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ νόμου ἔχουν κανονιστικὸν χαρακτῆρα.

Τὰ κείμενα νομοθετικοῦ τύπου τὰ ρυθμίζοντα τὰ θέματα ταῦτα δύνανται νὰ τροποποιηθοῦν διὰ διαταγμάτων ἐκδιδομένων μετὰ γνωμοδότησιν τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας. Ἐκεί-

δύο τούτων διατάξεων τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος, τὸ Κοινοβούλιον δὲν δύναται νὰ νομοθετῇ ἐφ' ἑλῶν τῶν θεμάτων, ὡς πρότερον. Τὸ Σύνταγμα τοῦ 1958 καθορίζει εἰδικῶς τὸν τομέα ἐκεῖνον, ὁ ὁποῖος ὑπάγεται εἰς τὴν ἀρμοδιότητα τοῦ νομοθέτου. Πάντα τὰ λοιπὰ θέματα ὑπάγονται εἰς τὴν κανονιστικὴν ἀρμοδιότητα τῶν διοικητικῶν ὀργάνων. Οὕτω νῦν ὁ κανονιστικὸς τομεὺς ἀποτελεῖ τὸν κανόνα, ἐνῶ ὁ νομοθετικὸς τοιοῦτος τὴν ἐξάιρεσιν. Ἡ κανονιστικὴ ἀρμοδιότης τῶν διοικητικῶν ὀργάνων δὲν περιορίζεται νῦν εἰς τὴν ἐκτέλεσιν τῶν νόμων, ἀλλὰ περιλαμβάνει τὴν δυνατότητα θέσεως κανόνων δικαίου. Κατὰ συνέπειαν νομοθέτης κοινῶ δικαίου ἔχων ὑπὲρ αὐτοῦ τὸ τεκμήριον τῆς ἀρμοδιότητος δὲν εἶναι τὸ Κοινοβούλιον, ἀλλὰ τὰ διοικητικὰ ὄργανα. Ἡ μετατόπισις, ὅθεν, τῶν ὀρίων μεταξὺ τοῦ νομοθετικοῦ καὶ τοῦ κανονιστικοῦ τομέως ὠδήγησε εἰς τὴν βαθεῖαν ἐπέμβασιν τῶν διοικητικῶν ὀργάνων εἰς τὰ πεδία ἐκεῖνα, ἅτινα ἀνήκον πρότερον ἐκ παραδόσεως εἰς τὰ νομοθετικά ὄργανα.

Ἄλλὰ καὶ εἰς τὸ νομοθετικὸν πεδίον, ὡς τοῦτο καθορίζεται περιορισμένως ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 34 τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος, δύναται νὰ ἐπεμβαίνει ἡ Κυβέρνησις. Πράγματι, τὸ ἄρθρον 38⁴⁴ τοῦ Γαλλικοῦ Συντάγματος προβλέπει τὴν δυνατότητα παροχῆς νομοθετικῆς ἐξουσιοδότησεως εἰς τὴν Κυβέρνησιν πρὸς ἐκδόσιν Διαταγμάτων νομοθετικοῦ περιεχομένου. Τῆς διαδικασίας τοῦ ἄρθρου 38 τοῦ Συντάγματος ἐποιήσαντο συχνὴν χρῆσιν αἱ Κυβερνήσεις τῆς V Γαλλικῆς Δημοκρατίας.

Ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης, ὅμως, δὲν περιορίσθη εἰς τὸν καθορισμὸν τοῦ νομοθετικοῦ καὶ τοῦ κανονιστικοῦ πεδίου, ἀλλὰ προέβλεψε καὶ κύρωσιν εἰς περιπτώσιν παραβιάσεως τῆς τῶν αὐτῆς ὀριοθετήσεως ἐκ μέρους τοῦ Κοινοβουλίου. Πρόκειται περὶ τοῦ ἐλέγχου τῆς συνταγματικότητος προτάσεως ἧ

να ἐκ τῶν κειμένων τούτων, τὰ ὁποῖα θὰ ἐπέλθουν μετὰ τὴν ἰσχὺν τοῦ παρόντος Συντάγματος, δὲν δύναται νὰ τροποποιηθῶν διὰ διατάγματος, εἰ μὴ ἐὰν τὸ Συνταγματικὸν Συμβούλιον διακηρύξῃ ὅτι ἔχουν κανονιστικὸν χαρακτῆρα, κατὰ τὴν προηγουμένην παράγραφον.

44. Ἄρθρον 38. Ἡ Κυβέρνησις, πρὸς ἐκτέλεσιν τοῦ προγράμματός της, δύναται νὰ ζητήσῃ ἀπὸ τοῦ Κοινοβουλίου τὴν ἄδειαν νὰ λάβῃ διὰ Διαταγμάτων νομοθετικοῦ περιεχομένου (ordonnances), κατὰ τὴν διάρκειαν περιορισμένης προθεσμίας, μέτρα, τὰ ὁποῖα κανονικῶς ἀνήκουν εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ νόμου.

Τὰ Διατάγματα νομοθετικοῦ περιεχομένου ἀποφασίζονται ἐν Ὑπουργικῷ Συμβουλίῳ μετὰ γνωμοδότησιν τοῦ Συμβουλίου τῆς Ἐπικρατείας. Γίνονται ἐν ἰσχύϊ ἅμα τῇ δημοσίευσί τῶν, ἀκυροῦνται ὅμως, ἐὰν τὸ νομοσχέδιον περὶ ἐπικυρώσεως δὲν κατατεθῇ ἐνώπιον τοῦ Κοινοβουλίου πρὸ τῆς προθεσμίας τῆς καθορισθείσης ὑπὸ τοῦ νόμου τῆς ἐξουσιοδότησεως.

Μετὰ τὴν ἐκπνοὴν τῆς ὑπὸ τῆς πρώτης παραγράφου τοῦ παρόντος ἄρθρου μνημονεύσεως προθεσμίας, τὰ Διατάγματα νομοθετικοῦ περιεχομένου δὲν δύναται νὰ τροποποιηθῶν, εἰμὴ διὰ νόμου προκειμένου περὶ θεμάτων, ἅτινα ἀνήκουν εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τοῦ νόμου.

τροπολογίας νόμου ὑπὸ τοῦ Συνταγματικοῦ Συμβουλίου, ὅπερ θὰ κρίνη ἐὰν τὸ ἐν λόγῳ κείμενον ἔχῃ νομοθετικὸν ἢ κανονιστικὸν χαρακτήρα κατὰ τὸ ἄρθρον 41 τοῦ Συντάγματος ⁴⁵. Ἡ προσφυγὴ αὕτη εἰς τὸ Συνταγματικὸν Συμβούλιον ἐνθυμίζει τὴν *actio finium regundorum* τοῦ Ρωμαϊκοῦ Δικαίου ἀναβιώσασαν εἰς τὸ Δημόσιον Δίκαιον τοῦ 20οῦ αἰῶνος.

2. *Μ. Βρεταννία* ⁴⁶. Τὸ φαινόμενον τῆς ἐπεμβάσεως τῶν διοικητικῶν ὀργάνων εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα εἶναι λίαν γνωστὸν καὶ εἰς τὴν Μ. Βρεταννίαν. Ἡ θέσις κανόνων δικαίου ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως εὔρε τὴν λύσιν τῆς διὰ τῆς παρασχῆς νομοθετικῶν ἐξουσιοδοτήσεων ὑπὸ τοῦ Κοινοβουλίου πρὸς τὴν Κυβερνήσιν ὑπὸ διαφόρους μορφάς. Ἡ ἱστορικὴ ἔρευνα ἀνευρίσκει παραδείγματα νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως εἰς τὸν 16ον αἰῶνα, ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει ἢ πρακτικῇ τῶν νομοθετικῶν ἐξουσιοδοτήσεων ἄρχεται ἀπὸ τοῦ 1834, ἀνθεὶ δὲ ἀπὸ τοῦ 1914 καὶ ἐντεῦθεν. Θέμα συνταγματικότητος τῆς νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως δὲν τίθεται λόγῳ τῆς ἰδιοτυπίας τῶν κανόνων τοῦ Ἀγγλικοῦ Συνταγματικοῦ Δικαίου, ἐν πάσῃ, ὅμως, περιπτώσει ὑπογραμμίζεται ὁ κίνδυνος τῆς πλήρους ἀπαλλοτριώσεως τῆς νομοθετικῆς ἀρμοδιότητος τοῦ Κοινοβουλίου πρὸς ὄφελος τῆς Κυβερνήσεως.

3. *Δυτικὴ Γερμανία* ⁴⁷. Τὸ πρόβλημα τῆς θέσεως κανόνων δικαίου ὑπὸ

45. Ἄρθρον 41. Ἐὰν κατὰ τὴν διάρκειαν τῆς νομοθετικῆς διαδικασίας προκύπτῃ ὅτι ὀρισμένη πρότασις ἢ τροπολογία δὲν εἶναι ἀντικείμενον νόμου ἢ ὅτι ἀντίκειται εἰς τὴν παρασχεθεῖσαν κατὰ τὸ ἄρθρον 38 ἐξουσιοδότησιν, ἡ Κυβέρνησις δύναται νὰ προβάλῃ τὸ ἀπαρᾶδεντον.

Ἐν περιπτώσει διαφωνίας μεταξύ τῆς Κυβερνήσεως καὶ τοῦ Προέδρου τῆς οἰκείας Συνελεύσεως, τὸ Συνταγματικὸν Συμβούλιον, τῇ αἰτήσῃ ἐκατέρου, ἀποφασίζει ἐντὸς προθεσμίας ὀκτὼ ἡμερῶν.

46. S. C. K. Allen, Law and Orders, London, 1956, 92 ἐπ., 138 ἐπ., 194 ἐπ., τοῦ Ἀέτου, Law in the making, 1951, 402 ἐπ., 502 ἐπ., 529 ἐπ., G. J. Borrie, Elements of Public Law, 1967, 40 ἐπ., H. Finer, Theory and Practice of Modern Government, 1949, 108 ἐπ., G. Griffith-H. Street, Principles of Administration Law, 1957, 37, 72 ἐπ., Hart's, Introduction to the Law of Local Government and Administration, 1962, 318 ἐπ., O. Hood Phillips, Constitutionnal and Administrative law, 1967, 570 ἐπ., S. I. Jennings, Parliament, 1957, Chap. 14, J. E. Kersell, Parliamentary Supervision of Delegated Legislation, 1960, Report of the Committee on Minister's Powers, of Administrative Action, 1968, 167 ἐπ., 177 ἐπ., 281 ἐπ., 337 ἐπ., 353 ἐπ., 357, 484 ἐπ., 503 ἐπ., 526, Wade-Bradley, Constitutional Law, 1966, 605 ἐπ., 613 ἐπ., Wade, Administrative Law, 1961, Chap. 9.

47. A. Hamann, Das Grundgesetz, 1961, σ. 349 ἐπ., D. Jesch, Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungsverordnungen, ἐν ArchöffR, 84, 77 ἐπ., Fr. Klein, Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, E. Küchenhoff, Zuständigkeitsmāntragung in der Rechtsverordnungspraxis der Bundesregierung und der Bundesminister,

τῶν διοικητικῶν ὀργάνων ἀντιμετωπίσθη ὑπὸ τοῦ Θεμελιώδους Νόμου τῆς Βόννης διὰ τῆς ἀναγνωρίσεως τῆς νομοθετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 80 παρ. 1 αὐτοῦ⁴⁸. Ἡ νομοθετικὴ ἐξουσιοδότησις δίδεται πρὸς τὴν Ὁμοσπονδιακὴν Κυβέρνησιν ἢ Ὑπουργόν τινα αὐτῆς ἢ πρὸς Κυβέρνησιν μιᾶς τῶν Χωρῶν. Τὸ πρόβλημα τοῦτο ἀντιμετωπίζεται, εἰ καὶ ὑπὸ ἄλλῃ μορφῇ, καὶ ὑπὸ τῶν διατάξεων τῶν ἄρθρων 75, 84, 86 τοῦ Θεμελιώδους Νόμου τῆς Βόννης.

4. Ἰταλία⁴⁹. Πρὸς ἄρσιν τῶν δυσχερεῶν νομοθετήσεως ὑπὸ τοῦ Κοινοβουλίου, τὸ Ἰταλικὸν Σύνταγμα τοῦ 1948 προέβλεψε τρεῖς τρόπους θέσεως κανόνων δικαίου ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως, τὴν διαδικασίαν τῆς νομοθετικῆς ἐξου-

ἐν ArchöfFR, 79, 226 ἐπ., *H. Kruges*, εἰς Festgabe für Smend, 1952, 241 ἐπ., *Th. Maunz - G. Düring*, Grundgesetz Kommentar 1960, I, Nos 1-22 καὶ 23-30 ὑπὸ τὸ ἄρθρον 80, *Th. Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 14η ἐκδ., 241., ἐπ., *Kl. Obermayer*, Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, ἐν DVBC, 59, 354, *R. Winkelmann*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 GG, ἐν NJW, 59, 961 ἐπ., *H. Wolff*, Verwaltungsrecht, 6η ἐκδ., 107, *B. Wolff*, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, ἐν ArchöfFR, 78, 194 ἐπ.

48. Ἄρθρον 80. 1. Διὰ νόμου δύναιται νὰ ἐξουσιοδοτῆται ἡ Κυβέρνησις ἢ ὁ Ὑπουργὸς τοῦ Ὁμοσπονδιακοῦ Κράτους ἢ αἱ Κυβερνήσεις τῶν Χωρῶν νὰ ἐκδίδουν νομοθετικὰ διατάγματα. Ἐν τῷ νόμῳ πρέπει νὰ καθορίζηται ἅμα τὸ περιεχόμενον, ὁ σκοπὸς καὶ ἡ ἔκτασις τῆς παραχωρουμένης ἐξουσιοδοτήσεως. Ἐν τῷ διατάγματι πρέπει νὰ μνημονεῦνται ὁ νόμος, ἐφ' οὗ τοῦτο βασίζεται. Ἐὰν διὰ τοῦ νόμου προβλέπεται ὅτι ἡ ἐξουσιοδότησις δύναιται νὰ μεταβιβασθῇ περαιτέρω, ἀπαιτεῖται διὰ τὴν μεταβίβασιν τῆς ἐξουσιοδοτήσεως νομοθετικὸν διάταγμα.

49. Ἐκ τῶν συστημάτων ἰδίᾳ *G. Ballardore - Pallieri*, Diritto costituzionale, 1965, 266 ἐπ., *P. Biscaretti di Ruffia*, Diritto costituzionale, I, 1949, 618 ἐπ., *F. Pergolesi*, Diritto costituzionale, 1959, 194 ἐπ., 199 ἐπ., *G. Solazzi*, I decreti-legge, ἐν *P. Calamandrei - A. Levi*, Commentario sistematico alla Costituzione italiana, 1950, II, 97 ἐπ., τοῦ Ἀυτοῦ, Le leggi delegate, ἐνθ' ἄν., II, 79 ἐπ. Ἐκ τῶν μονογραφικῶν ἰδίᾳ *E. Lignola*, La delegazione legislativa, Milano, 1956. Ἐκ τῶν ἄρθρων ἰδίᾳ *M. Amendola*, La delega al Governo per l'emanazione di norme legislative, ἐν Rivista di diritto pubblico, 1954, No 4, 900 ἐπ., *G. Azzariti*, Le controversie sulla legittimità costituzionale dei decreti legge, Foro Padano, 1952, IV, 1 ἐπ., τοῦ Ἀυτοῦ, Le controversie sulla legittimità costituzionale dei decreti delegati, ἐν Foro Padano, 1952, IV, 33 ἐπ., *A. Berio*, Il decreto legge nella nuova Costituzione, ἐν Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 1948, No 11, 677 ἐπ., *R. di Ciommo*, La facoltà del potere executive di emanare norme giuridiche secondo la Costituzione, ἐν Rassegna avvocatura Stato, 1949, 69 ἐπ., *G. Ferri*, Sulla delegazione legislativa, ἐν Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi, 1952, 165 ἐπ., *G. Lavagna*, Decreti legislativi, ἐν Rassegna di diritto pubblico, 1952, II, 145 ἐπ., *C. Mortati*, Sui limiti della delegazione legislativa, ἐν Ius, 1952, 206 ἐπ., *O. Sepe*, Note sulla delegazione al Governo della funzione legislativa, ἐν Rivista amministrativa della Repubblica italiana, 1955, No, 11, 618 ἐπ., *A. De Taranto*, La delega del potere legislativo nella Costituzione, ἐν Corriere amministrativo, 1954, No 14, 1484 ἐπ., *G. Zaccaria*, I limiti della delegazione legislativa, ἐν Rivista della Corte dei Conti, 1954, I, 27 ἐπ.

σιοδοτήσεως, τὴν διαδικασίαν τῶν νόμων πλαισίων καὶ τὴν διαδικασίαν τῆς ἐκτάκτου νομοθετικῆς ἀνάγκης.

α) *Νομοθετικὴ ἐξουσιοδότησις.* Αὕτη προβλέπεται ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 77 παρ. 1 τοῦ Ἰταλικοῦ Συντάγματος 1948, καθ' ὃ «Ἡ Κυβέρνησις δὲν δύναται ἄνευ ἐξουσιοδοτήσεως τῆς Βουλῆς νὰ ἐκδώσῃ διατάγματα μετ' ἰσχύϊν συνήθους νόμου».

β) *Νόμοι - πλαίσια.* Ἡ μέθοδος τῆς θέσεως κανόνων δικαίου ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως κατ' ἐξουσιοδότησιν ὑπὸ νόμων - πλαισίων καθιεροῦται ὑπὸ τοῦ ἄρθρου 76 Ἰταλικοῦ Συντάγματος 1948⁵⁰, βάσει τοῦ ὁποίου ἐκδίδονται ὑπὸ ταύτης *Decreto legislativo*.

γ) *Ἐκτακτος νομοθετικὴ ἀνάγκη.* Αἱ διατάξεις τῶν παρ. 2 καὶ 3 τοῦ ἄρθρου 77⁵¹ τοῦ Ἰταλικοῦ Συντάγματος 1948 προβλέπουσιν τὴν ἐκδοσιν ὑπὸ τῆς Κυβερνήσεως διαταγμάτων νομοθετικοῦ περιεχομένου εἰς ἐκτάκτους περιπτώσεις ἀνάγκης καὶ ἐπείγοντος ὑπὸ τὰς ἐκεῖ προβλεπομένας προϋποθέσεις.

VIII. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΑΙ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Ἡ προηγηθεῖσα ἀνάπτυξις κατέδειξε πλήρως τὴν προϋούσαν ἐπέμβασιν τῶν διοικητικῶν ὀργάνων εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα, ἣτις ἔχει ὡς ἀποτέλεσμα τὴν παρακμὴν τοῦ Κοινοβουλίου ὡς νομοθετικοῦ ὀργάνου. Τὸ φαινόμενον τοῦτο δὲν εἶναι μόνον ἑλληνικόν, ἀλλὰ παγκόσμιον. Ἡ τάσις αὕτη ἐκδηλοῦται εἰς ἐκάστην χώραν ἀναλόγως τοῦ συνταγματικοῦ πλαισίου καὶ τῆς κρατοῦσης δικαιοῦχης τάξεως. Πολλὰ εἶναι τὰ αἴτια τοῦ φαινομένου τούτου, τινὰ δὲ ἐξ αὐτῶν ἐπεσημάνθησαν ἀνωτέρω. Ἡ μετατόπισις τῶν ὀρίων ἀρμοδιότητος μεταξὺ νομοθετικῶν καὶ διοικητικῶν ὀργάνων βαίνει παραλλήλως πρὸς τὴν ἐνίσχυσιν τῆς Κυβερνήσεως, ἣτις δὲν ἀρκεῖται σήμερον εἰς τὸν ἐκ παραδόσεως ρόλον τῆς ἐκτελέσεως τῶν νόμων, ἀλλὰ θέτει κανόνας δικαίου παραδόσεως ρόλον τῆς ἐκτελέσεως τῶν νόμων, ἀλλὰ θέτει κανόνας δικαίου πρὸς ἐκτέλεσιν τοῦ προγράμματός της. Ἡ τοιαύτη διεύρυνσις τῶν ἀρμοδιοτήτων τῆς Κυβερνήσεως, μετὰ τὴν ἀνακατανομὴν τοῦ νομοθετικοῦ καὶ κανονιστικοῦ πεδίου, εἶναι ἀποτέλεσμα τῆς κεντρικῆς θέσεως, τὴν ὁποίαν κατέχει αὕτη εἰς τὸν ὅλον κρατικὸν μηχανισμόν καί, ἐνίοτε, τοῦ φαινομένου τῆς «προσωποποιήσεως τῆς ἐξουσίας» ἐκδηλουμένης διὰ τῆς συγκεντρώσεως ταύτης εἰς ὀρισμένον πρόσωπον, ὅπερ ἐνσαρκώνει εἰς δεδομένην στιγμὴν τὰ ἐθνικὰ ἰδεώδη (π.χ. De Gaulle).

Αἱ Κυβερνήσεις, ὅμως, οὔτε σταθεραὶ εἶναι, οὔτε διαθέτουν τὴν ἀπαι

50. Ἴδε τὸ κείμενον τούτου, ἀνωτ. ὑποσ. 35.

51. Ἴδε τὸ κείμενον τούτου, ἀνωτ. ὑποσ. 17.

τουμένην ειδίκευσιν και παράδοσιν πρὸς ἐξασφάλισιν τῆς ἐνότητος και τῆς ὀρθότητος τῆς νομοθεσίας. Χρησιμοποιοῦν, ὅθεν, τὴν Δημοσίαν Διοίκησιν, τὰ ὄργανα τῆς ὁποίας δύνανται νὰ ἐξασφαλίζουσι τὸ πνεῦμα τῆς συνεχείας και τῆς ἐνότητος εἰς τὴν νομοθεσίαν, ἐνῶ, ἐκ παραλλήλου, διαθέτουσι τὰς ειδικευμένας ἐκεῖνας γνώσεις, αἱ ὁποῖαι εἶναι σήμερον ἀναγκαῖαι διὰ τὴν ἀντιμετώπισιν τῶν πολυπλόκων προβλημάτων, ἅτινα ἀνακύπτουσι καθ' ἡμέραν.

Ὁ ρόλος, ὅθεν, τῶν ὀργάνων τῆς Δημοσίας Διοικήσεως καθίσταται πρωταρχικὸς εἰς τὸ σύγχρονον Κράτος. Οἱ δημόσιοι ὑπάλληλοι καλοῦνται οὐ μόνον νὰ ἐκτελέσουσι τοὺς νόμους, ἀλλὰ και νὰ θέσουσι τοὺς κανόνας δικαίου, οἱ ὁποῖοι θεωροῦνται ἀναγκαῖοι διὰ τὴν ὑλοποίησιν τοῦ κυβερνητικοῦ προγράμματος. Πρὸς τοῦτο δέον νὰ διαθέτουσι τὴν ἀνάλογον προπαρασκευὴν και τὰ ἀνάλογα προσόντα. Βαθεῖα γνώσις τῶν κοινωνικῶν και οἰκονομικῶν προβλημάτων, ἐσταθμισμένη κρίσις διὰ τὴν ἐπίλυσιν αὐτῶν, προγραμματισμὸς και σχεδιασμὸς, γνώσις τῶν νομοτεχνικῶν κανόνων, πρωτοβουλία, ἀποδέσμευσις ἀπὸ τὸν κλασσικὸν νομικισμὸν, σύλληψις νέων στόχων, ἠθικότης και ἀκαμψία εἰς τὴν ἀσκήσιν τῶν ἀρμοδιοτήτων και βαθεῖα πίστις εἰς τὸν παράγοντα («ἄνθρωπος») εἶναι τὰ βασικὰ προσόντα, τὰ ὁποῖα δέον νὰ διαθέτουσι τὰ ὄργανα τῆς Δημοσίας Διοικήσεως, ἵνα ἐκτελέσουσι τὴν ὑψηλὴν ἀποστολήν των εἰς τὸ σύγχρονον κράτος. Ἡ προσαρμογὴ, ὅμως, τῶν ὀργάνων τῆς Δημοσίας Διοικήσεως, οὔτε εὐχερὴς εἶναι, οὔτε και ἐδόθη εἰσέτι ἡ προσήκουσα προσοχὴ πρὸς τοῦτο. Παραλλήλως, γεννᾶται τὸ πρόβλημα τῆς διατηρήσεως τῆς ἀποφασιστικῆς ἀρμοδιότητος τῆς πολιτικῆς ἐξουσίας ἐπὶ τῶν «τεχνοκρατῶν». Ἡ πολιτικὴ ἐξουσία θὰ ὑποτάξῃ τοὺς «τεχνοκράτας» ἢ οὔτοι θὰ ἐπιβληθοῦν ἐκείνης; Πρόβλημα μέγα, εἰς τὸ ὁποῖον δὲν δύναται τις νὰ δώσῃ ἀσφαλῆ ἀπάντησιν κατὰ τὴν μεταβατικὴν περίοδον, τὴν ὁποῖαν διερχόμεθα.

Ἡ κλασσικὴ διάκρισις μεταξὺ νομοθετικῶν ὀργάνων, ἅτινα θέτουσι κανόνας δικαίου και διοικητικῶν ὀργάνων, ἅτινα ἐκτελοῦν τοὺς ὑπὸ τῶν πρώτων τεθέντας κανόνας δικαίου, εἶναι σήμερον ἀνεφάρμοστος. Ἡ νομοθέτησις ἀποτελεῖ σήμερον μέσον ἀσκήσεως τῆς κυβερνητικῆς δραστηριότητος. Εἶναι δυνατὸν ν' ἀμφισβητηθῇ ἡ ἰσχὺς τῆς ἀρχῆς «κυβερναῖν ἐστὶ νομοθετεῖν»;

Ο ΘΕΣΜΟΣ ΤΗΣ ΠΛΑΝΗΣ ΕΝ ΤΩΙ ΡΩΜΑ·Ι·ΚΩΙ ΔΙΚΑΙΩΙ
ΚΑΙ Η ΕΠ' ΑΥΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΠΙΔΡΑΣΙΣ

Ἰπὸ
ΓΕΩΡΓΙΟΥ ΜΕΝ. ΒΑΛΑΣΣΗ
Δρος Νομικῆς - Διηγῆρου

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

§ 1. 'Εν ταῖς νεωτέραις κωδικοποιήσεσι τοῦ 'Αστικοῦ δικαίου τῶν χωρῶν τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης, ὡς καὶ ἐν τῷ ἡμετέρῳ 'Αστικῷ Κώδικι¹, σημαντικὴν κατέχει θέσιν ὁ θεσμὸς τῆς ἀκυρωτικῶς ἐπενεργούσης πλάνης ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν, τῆς ἐν τῇ νεωτέρᾳ ἐπιστήμῃ καλουμένης δικαιοπρακτικῆς πλάνης (Geschäftsirrtum)² ἢ πλάνης ἐν τῇ δηλώσει (Erklärungsirrtum)³. 'Εν ταῖς νομοθεσίαις ταύταις ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης κατὰ τὴν βάσιν αὐτοῦ διεμορφώθη ἐκ τῆς περὶ πλάνης διδασκαλίας τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου⁴, αὐτίνος ἡ διάδοσις κατὰ τοὺς μεταμεσαιωνικοὺς χρόνους ἐπεξετάθη, ὡς γνωστόν, ἐφ' ὀλοκλήρου τοῦ εὐρωπαϊκοῦ χώρου καὶ σημαντικῶς ἐπηρέασε τὰς νεωτέρας κωδικοποιήσεις τῶν εὐρωπαϊκῶν κρατῶν⁵.

§ 2. 'Αλλὰ καὶ τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον, ὑπῆρξε προῖον διαφόρων πολιτι-

1) ΑΚ ἀρθρ. 142. Γαλλ. ΑΚ ἀρθρ. 1109 καὶ 1110. Γερμ. ΑΚ § 119. Αὐστρ. ΑΚ §§ 871 - 873, 'Ελβετ. ΑΚ ἐνοχ. 23 καὶ 24. Ἰταλ. ΑΚ ἀρθρ. 1482.

2) Τῷ ὄρῳ δικαιοπρακτικῆ πλάνη (Geschäftsirrtum) χρῶνται ἐκ τῶν νεωτέρων οἱ Flad, Der Geschäftsirrtum in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts ἐν Abschrift aus Bumke zum 65 Geburtstag. Berlin (1939), σ. 233 ἐπ. W. Flum e, Eigenschaftsirrtum und Kauf. Münster, (1948), passim.

3) Ὁ ὅρος πλάνη ἐν τῇ δηλώσει (Erklärungsirrtum) εἶναι εἰσέτι ὁ μᾶλλον ἐν χρήσει. Γ. Μπαλιῆ Γεν. 'Αρχαί τοῦ 'Αστ. Δικαίου (κατὰ τὸν Κώδικα) (1951) § 62. Α. Κρασ-σᾶ - Χ. Πράτσικα, Σύστημα 'Αστικοῦ Δικαίου, Γεν. Διδασκαλία. 'Αθῆναι (1927) § 157. L. Enneccherus - H. Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil. Tübingen (1955), 1 § 167 κ.ἀ. Τὴν πλάνην ταύτην ἐπαγομένην διάστα-σιν βουλῆσεως καὶ δηλώσεως, ὡς γνωστόν, πρῶτος ὁ Savigny, System des heutigen römischen Recht. Berlin (1840), III, Beil. VII, 34, διέστειλε ἀπὸ τῆς πλάνης ἐν τοῖς ἐλαττηρίοις ἀποκαλέσας αὐτὴν ἀνόθου (unechter), σημαντικὴν προσενεγῶν ὑπηρεσίαν εἰς τὴν ἐπιστήμην, καίτοι ὁ ὅρος νόθος πλάνη ἐκρίθη ἀπρόσφορος. (B. Windscheid - Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, I § 76, σημ. 1).

4) I. 'Αραβαντινοῦ, 'Η πλάνη περὶ τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχῆς. 'Αθῆναι (1954) σ. 8. Σ. Χουβαρδᾶ, 'Η πλάνη περὶ τὴν βάσιν τῆς συμβάσεως ἐν τῷ ρωμαϊκῷ καὶ συγχρόνῳ ἀστικῷ δικαίῳ, 'Αθῆναι (1933) σ. 94 ἐπ. H. Titze, Vom sogenannten Motivirrtum ἐν Fest. zum 70 Geburtstag vom E. Heymann, Weimar (1940), II, σ. 98.

5) Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσηγήσεις τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου. 'Αθῆναι (1944) § 43. P. Arminjon - B. Nolde - M. Wolff, Traité de droit comparé, Paris (1950), I, § 32.

σιμών, ἥδη δὲ ἀπὸ τῆς Δωδεκαδέλτου, τοῦ πρώτου τούτου τῶν Ρωμαίων νομοθετήματος, ἐμφανίζεται ἡ ὑπὸ τοῦ ἑλληνικοῦ πολιτισμοῦ σημαντικὴ ἐπίδρασις ἐπ' αὐτοῦ, διότι ἐν πολλαῖς διατάξεσιν αὐτοῦ ἀπαντῶνται θεσμοὶ τοῦ πρωϊότερου ἀναπτυχθέντος ἀρχαίου ἑλληνικοῦ δικαίου⁶. Ἐντονώτερον ὅμως ἡ ἐπίδρασις τοῦ ἑλληνικοῦ πολιτισμοῦ συνεχίζεται παρὰ τοῖς Ρωμαίοις κατὰ τοὺς χρόνους τῆς Δημοκρατίας, ἰδίᾳ ἀπὸ τῆς ὑπ' αὐτῶν κατακτήσεως τῆς Ἑλλάδος (146 π.Χ.), διὰ τῆς ἰδρύσεως ἐν Ρώμῃ ἑλληνικῶν ρητορικῶν σχολῶν⁷ καὶ τῆς δι' αὐτῶν διαδόσεως τῆς ἑλληνικῆς φιλοσοφίας, ἰδίᾳ δὲ τῆς στωικῆς⁸. Ἡ ἐπίδρασις τῆς ἑλληνικῆς φιλοσοφίας σημαντικὴ ὑπῆρξε καὶ ἐπὶ τῆς ἐξελίξεως τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου κατὰ τὴν κλασσικὴν περίοδον αὐτοῦ⁹, κατὰ δὲ τὴν μετακλασσικὴν περίοδον, ἀκόμη δὲ καὶ μέχρι τοῦ Ἰουστινιανοῦ.

6) T. L i v i u s, Annales III, § 2. C i c e r o, De legibus II, 25, 64. Δ ι ο ν ο σίου τοῦ Ἀ λ ι κ α ρ ν α σ σέ ω ς, Ρωμαίων Ἀρχαιολογία X, 55 καὶ 57. Δίωνος Κασσίου, 44,26. Θουκυδίδου, Β', 37 ἐν ἐπιταφίῳ Περικλέους. P l i n i u s, Historia nova 34,5,21. P o m p o n i u s, Dig, 1,2,2 § 4. Βλ. καὶ M. V o i g t, Geschichte und allgemeine Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst derer Fragmenten. Leipzig (1883), I, σ. 14. M. K a s e r, Das Römische Privatrecht. München (1955), § 3, III, σ. 17. E. Καστόρχη, Περί τῆς ἀρχαίας κοινωνίας πρὸς τοὺς Ἰταλοὺς καὶ Ρωμαίους. Ἀθήναι (1872), σ. 29,75. Γ. Βαλάσση, Ἡ ἀγωγή περὶ ὄρων ἰθυντέων. Θεσσαλονίκη (1960) § 30, ἐνθα καὶ βιβλιογραφία.

7) Περί τῶν ρητορικῶν σχολῶν καὶ τῆς ἐπιδράσεως αὐτῶν ἐν Ρώμῃ βλ. Π. Κ α λ ι γ ᾶ, Μελέται νομικαί, πολιτικά κ.λ.π. Ἀθήναι (1882). P. J ö r s - W. K u n k e l - L. W e n g e r, Römische Privatrecht, Berlin (1935) § 14. Γ. Π ε τ ρ ο π ο ὄ λ ο υ, Ἱστορικὴ Εἰσαγωγή εἰς τὰς πηγὰς τοῦ ἑλληνικοῦ δικαίου. Ἀθήναι (1960), σ. 48.

8) Γ. Π ε τ ρ ο π ο ὄ λ ο υ, Ἱστορικὴ εἰσαγωγή εἰς τὰς πηγὰς σ. 47 ἐπ. L. M i t t e i s, Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians Leipzig (1908), σ. 16. P. S o k o l o w s k i, Zum Willensproblem in röm. Recht ἐν Mélanges Cornil, Paris (1926), II σ. 440. Π. Ζέπου, Ἡ εὐθύνη ἐξ ἄλλοτρῶν ἀδικιῶν πράξεων. Ἀθήναι (1937) σ. 37 σημ. 1 καὶ τὴν αὐτόθι βιβλιογραφίαν.

9) Ἐκ τῶν Ρωμαίων νομοδιδασκάλων τῆς κλασσικῆς περιόδου τινὲς μὲν Ἑλληνεῖς (Γάιος καὶ πιθανῶς Μοδεστίνος), ἄλλοι δὲ ἑλληνικῆς καταγωγῆς (Παπινικῶν, Οὐλπιανός), πάντες ὅμως ἐμπεποτισμένοι μὲ τὸ ἑλληνικὸν πνεῦμα καὶ ἐπηρεασμένοι ἐκ τοῦ ἑλληνιστικοῦ δικαίου, ἐγένοντο φορεῖς τοῦ εἰς τὴν Ἀνατολὴν κρατοῦντος πνεύματος ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ (Πετροπούλου, Ἱστορικὴ εἰσαγωγή εἰς τὰς πηγὰς κλ. σ. 52, B. K ü b l e r - Π. Βιζουκίδου, Ρωμαϊκὸν δίκαιον, Θεσσαλονίκη (1940) I σ. 14 (παραλογόμενα K ü b l e r). Διὰ τῶν ἔργων τῶν νομοδιδασκάλων κατ' ἐπίδρασιν τῆς ἑλλ. φιλοσοφίας εἰσῆλθον ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ: ἡ ἐπιείκεια (aequitas), Ἀριστοτέλους, Ἡθικὰ Νικομάχεια, V, 10,3,1137b: «τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἐστὶ, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπ' ἀνθρώπων νομίμου δικαίου...», ἡ καλὴ πίστις (bona fides), ἡ utilitas, ἡ ἀρχὴ καθ' ἣν ἐπὶ ἀντιθέσεως μεταξὺ πνεύματος τοῦ νόμου «διανοίας» καὶ γράμματος «ρητοῦ» ἡ βαρύτερη παρέχεται τῇ διανοίᾳ. Ἡ τάσις πρὸς ἀντικατάστασιν τῶν verba solemnia διὰ τοῦ ἐγγράφου. βλ. Γ. Π ε τ ρ ο π ο ὄ λ ο υ, Ἱστορία καὶ εἰσαγγήσις τοῦ Ρωμαϊκοῦ δικαίου, Ἀθήναι (1944) § 18, σ. 149. L. M i t t e i s, Römische Recht, Leipzig (1908), I, σ. 16.

σεως¹⁴ περιληφθέντων ἐν τῇ κωδικοποίησει αὐτοῦ, εἰς τοὺς συντάκτας τῆς κωδικοποιήσεως αὐτοῦ, τοὺς ἐρασιπλάτους (compilatores), παρασχεθῆναι ἢ εὐχέρεια ὅπως οὗτοι λαμβάνοντες ἐν αὐτῇ ἀποσπάσματα ἐκ τῶν ἔργων τῶν ρωμαίων νομικῶν, προβαίνωσιν ἐν τοῖς κειμένοις αὐτῶν εἰς περικοπὰς, βελτιώσεις καὶ τὰς ἀναγκαιούσας προσθήκας, τὰς καλουμένας παρεμβλημάτα (interpolationes), διὰ τὴν ἐναρμόνισιν τοῦ κωδικοποιημένου δικαίου πρὸς τὰς συγχρόνους δικαιολογικὰς ἀντιλήψεις¹⁵. Τὰ παρεμβλημάτα ταῦτα ἀπηγοῦσιν κατὰ τὸ πλεῖστον ἑλληνιστικὸν δίκαιον¹⁶. Ἑλληνικῆς δὲ ἐπιδράσεως θεωρεῖται καὶ τὸ εἰς τὸ χωρίον τοῦ Οὐλπιανοῦ Dig. 18, 1, 9, 2

14) Τοιοῦτοι θεσμοὶ εἶναι οἱ: bona adventitia irregularia (Νεαρά 117,1 pr.), ἡ adoptio minus plena (C. 48,10 Inst. 1,11,2) (Πετροπούλου, Ἱστορικὴ εἰσαγωγή εἰς τὰς πηγὰς, σ. 49. Γ. Βαλάση, Ἠλιοθεσία κατὰ τὸ δίκαιον τοῦ μετὰ τὴν ἄλωσιν Ἑλληνισμοῦ, Θεσσαλονίκη, ἐν Μνημοσύνῳ Βιζυοκίδου, Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς Νομικῆς Σχολῆς Ἀριστοτελείου Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης (1960 - 1963), σ. 554), ἡ διέφυξις τῆς ἰκανότητος τῶν γυναικῶν πρὸς τὸ υἰοθετεῖν (C. 8,47, 48), 5. Inst. 1,11,10 (Γ. Μαυρίδακη, Τὸ Ἀστικὸν Δίκαιον ἐν ταῖς Νεαραῖς τῶν Βυζαντινῶν αὐτοκρατορῶν, Ἀθήναι (1922) § 35. Βαλάση, ἐνθ. ἀνωτ. § § 5 καὶ 7), ὁ καθορισμὸς τοῦ ποσοστοῦ τῆς νομίμου μοίρας ὡς εἶδους παραφυλακτέας ἢ διαθεσίμου περιουσίας (reserve) (Κ. Τριανταφυλλοπούλου, Φαλκίδιος Νόμος, Ἀθήναι (1912) σ. 49 σημ. 17. Γ. Βαλάση, Ἡ ἀποκλήρωσις ἐπὶ προνοίᾳ. Θεσσαλονίκη (1966), I, σ. 54), ὁ θεσμὸς τοῦ ἀρραβῶνος ἐπὶ ἀγοραπωλησίας προσλαβόντων τὸν χαρακτήρα τῆς μεταμελείας (Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσαγγήσεις, σ. 200) κ.ά.

15) Ὑπὸ τοῦ Ἰουστινιανοῦ ἐν τῇ Const. Deo auctore § 7 ἐπ. καὶ τῇ Const. Dédowen § 10 ἐν ἡ ἀναφέρεται ὅτι «... πολλὰ καὶ οὐδὲ ἀριθμηθῆναι ράδια μετατεθεικάμεν εἰς τὸ κρεῖττον...» προκίπτει ὅτι αἱ διὰ παρεμβλημάτων προσθήκαι καὶ μεταβολαὶ ἐν τῷ κειμένῳ τῶν Πανδεκτῶν (Digesta) ὑπὸ τῶν ἐρασιπλάτων σκοπίμως ἐγένοντο. Περὶ τῶν παρεμβλημάτων βλ. E. Levy καὶ E. Rabel, Index Interpolationum. Weimar (1939) ἐνθα περιλαμβάνονται παρεμβλημάτα ἐπὶ τῶν 36 βιβλίων τῶν Digesta, ἐπηκολούθησε δὲ ὁμοῦ συμπλήρωσις τοῦ Index ὑπὸ νεωτέρων ρωμαϊστῶν καὶ ἐπὶ τῶν ὑπολοίπων βιβλίων τοῦ Πανδέκτου. II. Ζέππου, ΑἰΔ, γ', σ. 717 ἐπ. (πλὴν τοῦ 18 βιβλίου).

16) Περὶ τοῦ χαρακτῆρος τῆς Ἰουστινιανείου νομοθεσίας βλ. P. Collinet, Études historiques sur le droit de Justinien. Paris (1912). Πετροπούλου, Ἱστορικὴ εἰσαγωγή εἰς τὰς πηγὰς, passim. Δ. Παππούλια, Τὸ ἑλληνικὸν ἀστικὸν δίκαιον ἐν τῇ ἱστορικῇ αὐτοῦ ἐξελίξει. Ἀθήναι (1912), σ. 20. Τὴν κατὰ τὴν μετακλασσικὴν περίοδον ἐπιδρασίαν τοῦ ἑλληνιστικοῦ δικαίου ἐπὶ τοῦ ρωμαϊκοῦ ἡμφεσβήτησε πρό τινας ὁ S. Riccoborno ἐν Mélanges G. Cornil. Paris (1926), II, σ. 237 ἐπ., ἀποδίδων τὴν ἐξέλιξιν τοῦ τελευταίου εἰς ἐσωτερικὸς λόγους καὶ ἰδίᾳ εἰς τοὺς ἀσχυλομένους μετὰ τὴν πρακτικὴν τοῦ δικαίου ἐφαρμογὴν. Ἡ ἀποψὶς ὁμοῦς αὐτῆ ἐγκλείει ἐμφανῆ ὑπερβολὴν, διότι καὶ κατ' αὐτὸν ἐπι τὸν Riccoborno οἱ πρακτικοὶ τῆς ἐποχῆς ταύτης ἦσαν μετριωτάτης μορφώσεως (Storia del diritto romano e studio del diritto antico di Lodovico Mitteis ἐν Annali del seminario Giuridico di Palermo, 12 (1928), σ. 549 ἐν Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ Εἰσαγγ., σ. 216). Ἀντίρρουν τῆς ἀνωτέρω γνώμης βλ. ἐν Πετροπούλου Ἱστορία καὶ εἰσαγγήσεις § 23 σ. 21 καὶ Ἀντωνιάδου, Εἰσαγγήσεις τοῦ Ρωμαϊκοῦ δικαίου, Ἀθήναι (1935), σ. 65.

παρέμβλημα ἀφορῶν εἰς τὴν πλάνην ἐν τῇ οὐσίᾳ (error in substantia)¹⁷ δηλαδὴ τὴν πλάνην περὶ τὰς ιδιότητες τοῦ πράγματος¹⁸.

Ἡ ἐπὶ τοῦ θεσμοῦ τῆς πλάνης, ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ καὶ εἰδικώτερον ὡς οὗτος διεμορφώθη ἐν τῇ ἰουστινιανείῳ κωδικοποιήσει, ἐπίδρασις τοῦ ἑλληνικοῦ πολιτισμοῦ, ἀποτελεῖ ἀντικείμενον τῆς παρούσης μελέτης.

Τῆς ἐρεύνης ἡμῶν ἀρχόμεθα, ὡς εἰκός, διὰ τῆς διὰ βραχέων ἐξετάσεως τῶν ἀρρήκτως ἀλλήλαις συνδεομένων ἐννοιῶν τῆς βουλήσεως καὶ τῆς πλάνης ἐν τῇ ἑλληνικῇ φιλοσοφίᾳ, ἐν ἧ αὐταὶ ἔτυχον εὐρείας ἀναπτύξεως, καὶ ἀκολούθως ἀκροθιγῶς ἀπτόμεθα τῆς ἐξετάσεως αὐτῶν ἀπὸ τῆς ἀπόψεως τοῦ ἑλληνικοῦ καὶ ἰδίᾳ τοῦ ἀττικοῦ δικαίου.

17) Ἡ περὶ πλάνης θεωρία αὕτη τοῦ Οὐλπιανοῦ, κατὰ τὴν ἀρχουσαν γνώμην, διεμορφώθη διὰ παρεμβλήματος τῶν ἐρανιστῶν, βλ. κατωτ. § 24.

18) Κατωτ., § 27.

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟΝ

Η ΠΛΑΝΗ ΠΑΡΑ ΤΗΣ ΕΛΛΗΣΙΝ

Ι. Ἐν τῇ φιλοσοφίᾳ.

§ 4. Τὸ πρόβλημα τῆς πλάνης ἀπετέλεσεν ἀντικείμενον εὐρείας ἐρευνῆς ἐν τῇ ἑλληνικῇ φιλοσοφίᾳ, διότι ἐν τῇ περὶ βουλήσεως ἐρευνῇ αὐτῆς, ἡρευνήθησαν συναφῶς καὶ αἱ συνέπειαι τῆς ἀγνοίας, δηλαδὴ τῆς πλάνης ἐν τῇ εὐρείᾳ ἔννοιᾳ¹⁹. Οὕτω παρὰ τῷ Πλάτῳ ἀπαντῶμεν τὸ ζήτημα τῆς πλάνης ἐν Εὐθυδήμῳ (284α - 287α) καὶ τῷ Κρατύλῳ (429ε - 431), ἔνθα ἡ γνῶσις καὶ ἡ ἀγνοια θεωροῦνται ἔννοιαι ἀντίθετοι, συστηματοποιῶνται δὲ αἱ ἀπόψεις αὗται ἐν τῷ Θεαίτητῳ (187d - 201ε), ἐν ᾧ ἡ πλάνη χαρακτηριζομένη ὡς ψευδῆς δόξα, τίθεται ἐπὶ ἐπιπέδου γνωσιολογικοῦ, ἀλλὰ χωρὶς νὰ δίδεται εἰς τὸ πρόβλημα λύσις²⁰. Ἀκολούθως ἐν τῷ Σοφιστῇ (232b - 241ε) ἐρευνᾶται τὸ ζήτημα τῆς πλάνης ἀπὸ ἀπόψεως ὄντολογικῆς²¹, τῶν ἔννοιῶν τοῦ ὄντος καὶ τοῦ μὴ ὄντος λαμβανομένων ὡς κατ' ἀρχὴν ἀντιθέτων· οὕτω διὰ τοῦ Σοφιστοῦ παρέχεται ἡ λύσις εἰς τὸ ζήτημα τῆς πλάνης, ἥτις κατὰ τὸν Πλάτωνα

19) Πλάτωνος, Θεαίτ. 192c: «πάντα ταῦτα ὑπερβάλλει ἀδυναμία τοῦ ἐν αὐτοῖς ψευδῆ τινα δοξάζσαι. Λείπεται δὲ ἐν τοῖς τοιοῖσδε, εἴπερ που ἄλλοθι, τὸ τοιοῦτον, γενέσθαι... Ἐν οἷς οἶδεν, οἰηθῆναι αὐτὰ ἔτερ' ἄττα εἶναι ὧν οἶδε καὶ αἰσθάνεται· ἢ ὧν μὴ οἶδεν, αἰσθάνεται δέ· ἢ ὧν οἶδε καὶ αἰσθάνεται, ὧν οἶδεν αὐ καὶ αἰσθάνεται». Διότι ἡ ἀγνοια καὶ ἡ πλάνη βασικὴν προϋπόθεσιν ἔχουσι τὴν «ἀγνοσίαν τοῦ ἀληθοῦς» (B. Οἰκονομίδου, Στοιχ. Ἀστικοῦ Δικαίου, Γεν. Ἀρχαί § 34), ὡς ἐκ τούτου πᾶσα πεπλανημένη παράστασις περιλαμβάνει ἀγνοίαν τῆς ὀρθῆς γνώσεως καὶ εἰς πᾶσαν ἐσφαλμένην γνῶσιν ἀπαντᾶται συγχρόνως καὶ ἡ ἀγνοια (I. Ἀραβαντινοῦ, Ἡ πλάνη περὶ τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχής· Ἀθῆναι (1954), σ. 40). Πάντως, ἡ ἀγνοια εἶναι ἔννοια εὐρυτέρα τῆς πλάνης (F. Regelsberger - X. Πράσινα, Γεν. Ἀρχαί τοῦ Δικαίου τῶν Πανδεκτῶν, Ἀθῆναι (1935) § 128), ἀγεὶ δὲ εἰς τὴν παραγωγὴν ψευδοῦς παραστάσεως παρὰ τῷ δηλοῦντι κατὰ τὴν διαμόρφωσιν τῆς βουλήσεως αὐτοῦ (N. Rapold, Der Irrtum über die Grundlage eines Vertrages in Schweizerischen Obligationrecht. Aaren (1927), σ. 2.

20) E. Μουτσοπούλου, Νόησις καὶ πλάνη. Ἀθῆναι (1961), σ. 7.

21) Μουτσοπούλου, ἔνθ' ἄνωτ. σ. 8. Β. Τατάκη, Πλάτωνος Θεαίτητος (ἐκδ. Ζαχαροπούλου) Εἰσαγωγή, σ. 19. Δὲν κατέστη ἡμῖν προσιτὴ ἡ μελέτη τοῦ Brochard, De l'erreur, Paris (ἐκδ. 2α 1897) περὶ τῶν ἀπόψεων τοῦ Πλάτωνος περὶ πλάνης.

χειρίτης δὲν ἐχώρησε μέχρι τῆς θεμελιώσεως λόγου ἀκυρότητας τῶν συμβολαίων ἐκ τῆς ἀνωτέρω αἰτίας, προάγει ὅμως διὰ τῶν περὶ ἔκουσίου καὶ ἀκούσιου θεωριῶν αὐτοῦ³⁰, τὸ ζήτημα τῆς εὐθύνης τοῦ διαπράττοντος ἀδίκους πράξεις³¹.

Ὁ Ἀριστοτέλης, δὲν ὠλοκλήρωσε τὴν θεωρίαν του περὶ πλάνης³², χαρακτηριστικὴ ὅμως εἶναι ἡ διαφορὰ τῆς διδασκαλίας αὐτοῦ ἀπὸ τῆς τοῦ Πλάτωνος, ἐν τῷ προβλήματι τῆς πλάνης· διότι ἐνῶ παρὰ τῷ Πλάτωνα ἡ πλάνη ἐξετάζεται ἐν τῷ πλαίσίῳ μόνον τῆς διανοίας, δηλαδὴ ὡς πλάνη ἐν τῇ βουλήσει, ὑπὸ τοῦ Ἀριστοτέλους ἡ ἄγνοια, δηλαδὴ ἡ πλάνη ἐν τῇ εὐρείᾳ αὐτῆς ἐννοίᾳ, συσχετίζεται μετὰ τῆς ἐξωτερικευμένης ἐνεργείας τοῦ πράττοντος, ὅπερ παρέσχεν τῷ Θεοφράστῳ τὴν δυνατότητα τῆς ἐφαρμογῆς τῆς περὶ προαιρέσεως θεωρίας ἐπὶ τῶν συμβολαίων^{32α}.

Ἐξ ἄλλου καὶ οἱ Στωικοί, καίτοι ἀσχολοῦνται μὲ ζήτηματά τινα τῆς πλάνης, δὲν ἀνεζήτησαν ὅμως περὶ ταύτης γενικωτέραν ἐξήγησιν³³.

* * *

Ἐκ τῶν ἀνωτέρω προκύπτει, ὅτι ἡ Ἑλληνικὴ φιλοσοφία, ἀναλύσασα πάντα τὰ ἀνθρώπινα διανοήματα δὲν ἀφήκεν ἀνεξερεύνητον τὴν πλάνην, τὸ γνωριμώτατον τοῦτο φαινόμενον τῆς ἀνθρωπίνης ἀτελείας. Ἦδη ἐξεταστέον τὸ πρόβλημα τῆς πλάνης καὶ κατὰ τὸ ἐλληνικὸν δίκαιον.

30) Ὁ Ἀριστοτέλης δὲν δίδει ὀρισμὸν περὶ τοῦ ἔκουσίου, ἀρνητικῶς δὲ προσδιορίζει τὸ ἀκούσιον. Ἡθικ. Νικομ. III, 1. 1110: «Δοκεῖ ἀκούσια δὴ εἶναι τὰ βίᾳ ἢ δι' ἄγνοιαν γενόμενα· βίαιον δὲ οὐ ἢ ἀρχῇ ἐξωθεν» ἐν Ρητορ. 1.10, 1368, b: «ἐκόντες δὲ ποιῶσιν ὅσα εἰδότες καὶ μὴ ἀναγκαζόμενοι». Ἐκ τούτου προκύπτει ἡ κατ' Ἀριστοτέλην ἑξομοίωσις τῆς ἀγνοίας πρὸς τὴν βίαν.

31) Π. Ζέπου, Ἡ εὐθύνη ἐξ ἄλλοτριῶν ἀδίκων πράξεων. Ἀθήναι (1937), σ. 38. Γ. Σιμωνέτου, Τὰ ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως τῆς δικαιοπραξίας κατὰ τὸ ἀρχαῖον Ἑλληνικὸν Δίκαιον ἐν Δώδεκα Μελέται. Ἀστικοῦ καὶ Ἐργατικοῦ Δικαίου. Ἀθήναι (1948), σ. 38. A. K a r a t h e o d o r y, De l'erreur en matière civil d'après le droit Romain et de Code Napoléon. Paris (1860), σ. 2. (ἐπὶ διδασκαλία διατριβῆς).

32) Μουτσοπούλου, ἔνθ' ἄνωτ.

32α) Κατωτ. § 8.

33) Μουτσοπούλου, ἔνθ' ἄνωτ. Οἱ Στωικοὶ ἐρευνῶσι τὴν ἄγνοιαν ἀπὸ ἠθικῆς πλευρᾶς J. A r m i n, Stoicorum Veterum Fragmenta, Lipsiae (1924) ἐν III σ. 23 στ. 32 «Τῶν δὲ κακιῶν τὰς μὲν εἶναι ἀγνοίας τινῶν καὶ ἀτεχνίας τὰς δ' οὐ». III σ. 165 στ. 3 «...Πᾶς δὲ φαῦλος ἀγνοίᾳ κρατεῖται...». Γενικώτερον περὶ τῆς φιλοσοφίας τῶν Στωικῶν βλ. ἐν εἰσαγωγῇ εἰς T r o p l o n g, Influence du Christianisme sur le droit des Romains ὑπὸ Β. Νικολοπούλου Ἀθῆναι (1858). Δ. Θερεσιανοῦ, Διάγραμμα Στωικῆς Φιλοσοφίας, Ἀθῆναι (1892). Β. Ἰωαννίδου, Ὁ Ἀπόστολος Παῦλος καὶ οἱ Στωικοὶ φιλόσοφοι. Θεσσαλονίκη (1934).

II. Ἐν τῷ ἀρχαίῳ ἑλληνικῷ δικαίῳ

Γενικά.

§ 6. Ἐν τῷ ἀρχαίῳ ἑλληνικῷ δικαίῳ ἀναγνωρίζεται ἡ μὲν μανία ὡς λόγος ἀνικανότητος πρὸς τὸ δικαιοπρακεῖν³⁴, ἡ δὲ βία, σωματικὴ τε καὶ ψυχολογική, ὡς ἐλάττωμα τῆς βουλήσεως ἐπιδρῶν ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν³⁵. Ἐξ ἄλλου, ὡς πρὸς τὴν ἐπίδρασιν τῆς ἀπάτης καὶ τῆς πλάνης ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν ἐν τῇ ἐπιστήμῃ δίστανται αἱ γνώμαι³⁶. Τὸ πρόβλημα ὅμως ἐμφανίζεται ὀξύτερον ἐν τῇ πλάνῃ.

Ἡ πλάνη.

§ 7. Ἡ πλάνη ὡς λόγος ἀκυρώσεως τῶν δικαιοπραξιῶν προϋποτίθησι προηγμένον σύστημα συναλλαγῶν, ἀπαντῶν μόνον ἐν χώραις ἐχούσαις σημαντικὴν κοινωνικὴν καὶ οἰκονομικὴν ἀνάπτυξιν, ἐκ τοῦ λόγου δὲ τούτου ἡ ἔρευνα τοῦ κοινοῦ τῆς πλάνης ἐν τῷ ἀρχαίῳ ἑλληνικῷ δικαίῳ προσῆκον εἶναι νὰ περιοριθεῖσιν εἰς τὸ ἀττικὸν δίκαιον καὶ δὴ εἰς τὸ τῆς περιόδου τῆς ἀκμῆς τῶν Ἀθηναίων, διότι εἰς ἀρχαιοτέρας ἐποχὰς καὶ ἐν Ἀθήναις ἐκυριάρχει ἐν τῷ βίῳ καὶ ταῖς συναλλαγαῖς πρωτόγονος ἀπλότης, ἀπρόσφορον παρέχουσα ἕδαφος πρὸς ἀνάπτυξιν τοῦ λεπτοτάτης ὑφῆς θεσμοῦ τῆς ἀκυρωτικῶς ἐπενεργούσης ἢ, ὀρθότερον εἰπεῖν, τῆς παρακωλυούσης τὴν κατάρτισιν τῶν δικαιοπραξιῶν πλάνης.

Ἄλλὰ παρὰ τοῖς ἑλλήσιν καὶ ἐπὶ τῆς ἀναγνωρίσεως τῆς πλάνης ὡς ἐλαττώματος ἐπιδρῶντος ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν, τῶν ἐκούσιων συναλλαγμάτων ἢ «συμβολαίων»³⁷ ἐν τῇ ἐπιστήμῃ δίστανται αἱ γνώμαι.

Ἀ Γνώμη. Οὕτω κατὰ τὴν ἀρχαιοτέραν ἀλλὰ καὶ σήμερον ὑπὸ πολλῶν ὑποστηριζομένην γνώμῃν, τὸ ἑλληνικὸν δίκαιον ἐγνωρίζεν τὴν πλάνην ὡς ἐλάττωμα ὕπερ καθιστᾶ ἀνισχύρους τὰς δικαιοπραξίας. Τὴν ἐκδοχὴν ταύτην δέχεται ὁ Beauchet βάσει τοῦ ἐν τοῖς λόγοις τοῦ Δημοσθένους διασφθέντος

34) Πλουτάρχου, Σόλων § 21, 3. Δημοσθένους κατὰ Ὀλυμπιοδώρου § 56. Κατὰ Στεφάνου β' § 46, 14. Beauchet, ἐνθ' ἄνωτ., IV, σ. 30 ἐπ. Πετροποῦλου, Χρῶμα μανίας, ἐν Ἐφ. Ἑλλ. Νομ. ε', σ. 1.

35) Πλουτάρχου, Σόλων § 21, 4. Δημοσθένους κατὰ Μειδίου § 44. Beauchet, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 32. Σιμωνέτου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 26.

36) Δὲν ἀναγνωρίζεται ἡ ἀπάτη ὡς λόγος ἐπιδρῶν ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν ὑπὸ τοῦ J. Lipsius, Das attische Recht und Rechtsverfahren, Leipzig (1912), II, σ. 684 ἐπ. Ἄλλως ὁ Σιμωνέτος, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 36, σημ. 2.

37) Ἀριστοτέλους, Ἠθικὰ Νικομάχεια, Β, 2, 1131α «τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστὶ τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιαῦτα, οἷον πρᾶσις, ὄνη, δανεισμός... ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἐκούσιος...».

ἀξιώματος : «ὅσα ἂν τις ἐκὼν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι»³⁸, διότι ἡ πλάνη παρακαλύουσα τὴν σύμπτωσιν τῶν βουλήσεων τῶν συμβαλλομένων συντελεῖ εἰς τὸ νὰ μὴ καθίσταται ἐφικτὴ συμφωνία μεταξύ τῶν συμβαλλομένων καὶ συνεπῶς ἔγκυρος «κυρία» ἢ σύμβασις.

Τὴν ἐκδοχὴν ταύτην δέχονται καὶ ἐκ τῶν νεωτέρων οἱ Weiss³⁹, Kuebler - Βιζουκίδης⁴⁰ καὶ παρ' ἡμῶν ὁ Γ. Πετρόπουλος⁴¹.

Β' Γ νόμος. Ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὴν ἀνωτέρω γνώμην ὑπεστηρίχθη ὑπὸ τοῦ Lipsius⁴², ὅτι ἐκ τῆς ἐρμηνείας τοῦ ἀξιώματος τοῦ ἀττικῆς δικαίου, «ὅσα ἂν τις ἐκὼν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ κύρια εἶναι», προκύπτει, ὅτι μόνον ἡ βία ἐπιδραῖ ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν, οὐχὶ δὲ ἡ πλάνη καὶ ἡ ἀπάτη, περὶ ὧν δὲν ἀπαντῶνται ἴχνη ἐν ταῖς πηγαῖς. Πρὸς τὴν ἄποψιν ταύτην συμφωνεῖ ἐκ τῶν νεωτέρων ἡ Walter⁴³. Ἐξ ἄλλου μικρὸν ἀποκλίνει ἀπὸ τῆς ἀπόψεως ταύτης ὁ Γ. Σιμωνέτος ὑποστηρίζων, ἐλλείψει σαφῶν περὶ πλάνης πηγῶν, ὡς πιθανὴν τὴν ἀνωτέρω ἐκδοχὴν τοῦ Lipsius, πρὸν ὃν ὅμως διαφωνεῖ ὡς πρὸς τὴν ἀπάτην⁴⁴, δηλαδὴ τὴν δόλῳ προκαλουμένην παρὰ τῷ δικαιοπρα-

38) Δημοσθένους, Κατὰ Διονυσιοδώρου § 2 : «ὁμῖν ὧ ἄνδρες δικασταὶ καὶ τοῖς νόμοις τοῖς ὑμετέροις, οἱ κελεύουσιν, ὅσα ἂν τις ἐκὼν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ, κύρια εἶναι». Ὡσαύτως, Κατὰ Εὐεργέτου καὶ Μνησιβόλου § 77 : «ἀνάγκωθι μοι τὴν μαρτυρίαν καὶ τὸν νόμον, ὅς κελεύει κύρια εἶναι ὅσα ἂν ἕτερος ἐτέρῳ ὁμολογήσῃ». Πλάτωνος, Συμπόσιον 196 : «ἂ δ' ἂν ἐκὼν ἐκόντι ὁμολογήσῃ, φασὶν οἱ τῆς πόλεως βασιλεῖς νόμοι δίκαια εἶναι». Ἡ ἀρχὴ δὲ αὕτη ἐκράτει οὐχὶ μόνον ἐν τῷ ἀττικῷ δικαίῳ, ἀλλὰ γενικώτερον παρὰ τοῖς Ἑλλησιν, ὡς προκύπτει ἐξ ἐπιγραφῆς περιλαμβανούσης νόμον τῆς Ἐφέσου (τοῦ Β' π.Χ. αἰ.), ὅστις ρυθμίζει τὰς μετὰ τὴν κήρυξιν τοῦ κατὰ Ἀριστονίκου πολέμου γενομένης ἐμβατείας, ὀρίζων : ὅσοι «ἐμβάντες εἰς κτήματα κατὰ πράξεις ἔχουσιν τὰ κτήματα καὶ νέμονται, εἶναι αὐτοῖς κυρίας τὰς ἐμβάσεις, εἰ μὴ τι ἄλλο ἐκόντες πρὸς αὐτοὺς ὁμολογήσασιν...». Ὁ νόμος οὗτος ἀφεώρα τοὺς εἰς δυσπραγίαν περιελθόντας ὀφειλέτας τῶν ἐνυποθήκων. G. Dittberger, Sylloge inscriptionum graecarum, Lipsiae I, No. 344. Περὶ τοῦ νόμου τούτου βλ. Δ. Παππούλια, Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια κατὰ τὸ ἑλληνικὸν καὶ τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον, Ἐν Λειψίᾳ (1909), σ. 146, σημ. 21 καὶ Σιμωνέτου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 30, σημ. 4 καὶ ἐκ τῶν ἐν Αἰγύπτῳ παπύρων, οἵτινες ἀποδίδουσιν ἐν πολλοῖς ἀττικῶν δίκαιον. Οὕτω ἐν Mittelreis, Chrest. σ. 311 (285/Δ' π.Χ. αἰ.). «Τὴν δὲ συγγραφὴν ἐκόντες ἔθεντο». Βλ. καὶ Σιμωνέτου, Ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως κ.λ.π., σ. 33 καὶ αὐτ. σημ. 1.

39) E. Weiss, Griechisches Privatrecht, Leipzig (1926), σ. 235.

40) B. Kübler - Π. Βιζουκίδου, Τὸ Ρωμαϊκὸν Δίκαιον κατὰ τοὺς πρώτους αἰῶνας, Θεσσαλονίκη (1940), I, σ. 8 (προλεγόμενα Kübler).

41) Γ. Πετροπούλου, Πνεῦμα καὶ ἐξέλιξις τοῦ ἀρχαίου ἑλληνικοῦ δικαίου ἐν ΑἰΔ. β', σ. 86, σημ. 91.

42) J. Lipsius, ἐνθ' ἄνωτ. II, σ. 684.

43) W. Becker, Platon Gesetze und das Griechische Familienrechts. München (1932), σ. 303.

44) Σιμωνέτου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 25 ἐπ. καὶ 37.

ἐν ᾧ ἀναφέρονται αἱ κατὰ τὸ ἐλληνικὸν δίκαιον προϋποθέσεις τῆς ἐγκύρου ἀγοραπωλησίας (ὠνῆς καὶ πράσεως). Κατὰ τὸν Θεόφραστον ἵνα ἦ «κυρία» ἡ ὠνῆ καὶ ἡ πράσις ἀπαιτεῖται, ὅπως ὁ πράττων προβαίνει εἰς ταῦτα «προβεβουλημένως», «ἐκ προαιρέσεως», διότι τότε μόνον ὑπάρχει σύμπτωσις βουλήσεως καὶ δηλώσεως⁴⁸.

Τέλος, καὶ συλλογιστικῶς δεόν νὰ δεχθῶμεν τὴν ἐκδοχὴν, ὅτι ἡ πλάνη ἀνεγνωρίζετο ἐν τῷ ἀττικῷ δικαίῳ ὡς ἐπιδρώσα ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν συμβολαίων. Διότι ἐν τῇ χώρᾳ ἐν ἣ ἐδιδάσκοντο αἱ περὶ ἐκουσίου, ἀκουσίου καὶ περὶ προαιρέσεως θεωρίαι τοῦ Ἀριστοτέλους, ἀποδεικνύεται δὲ εἰς τοιοῦτον βαθμὸν, ἐκλελεπτυσμένον παρὰ τῷ λαῷ τὸ περὶ δικαίου αἴσθημα, ὥστε καὶ ὁ «δίκαιον ἐμψυχον» ἀποτελῶν δικαστῆς νὰ ὀφείλῃ καὶ «περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ὦσιν γνώμη τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν»⁴⁹, θὰ ἔδει νὰ δεχθῶμεν, πάντως, ὅτι διὰ τὸ κύρος τῶν δικαιοπραξιῶν ἐλαμβάνετο ὑπ' ὄψιν ἡ ἀληθὴς βούλησις τοῦ δικαιοπρακτοῦντος καὶ συνεπῶς, ὅτι ἡ ἔλλειψις ταύτης ἐπηρέαζε τὸ κύρος αὐτῶν.

Εἶ δ η τ ῆ ς π λ ἄ ν η ς.

§ 9. Ὑπὸ τοῦ Beauchet⁵⁰ ὑπεστηρίχθη ὅτι παρὰ τοῖς Ἑλλησιν ἀκυρωτικῶς ἐπενήργει ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν ἡ πλάνη περὶ τὸ ἀντικείμενον καὶ τὸ εἶδος τῆς δικαιοπραξίας οὐχὶ δὲ καὶ ἡ πλάνη ἐν τῇ οὐσίᾳ, καίτοι ἡ διάκρισις αὕτη τῆς πλάνης ἐν τῇ οὐσίᾳ ἀπέρρευσε ἐκ τῆς ἐλληνικῆς φιλοσοφίας (κατωτ. § 25). Ὁ περιορισμὸς τοῦ Beauchet εἰς τὰ ἀνωτέρω δύο εἶδη τῆς πλάνης, τὰ στηριζόμενα ἐπὶ ἐξωτερικῶν κριτηρίων, νομίζομεν, ὅτι συνάδει πληρέστερον πρὸς τὸ ἀνωτέρω ἀξίωμα τοῦ ἀττικῷ δικαίου, προϋπαθέτοντος συμφωνίαν βουλήσεως καὶ δηλώσεως τοῦ ὁμολογοῦντος.

σπου Βλ. K ü b l e r - Βιζουκίδου, ἐνθ' ἄνωτ., I, σ. 6. Π. Ζέπου, ΑΙΔ, ε', σ. 377.

48) Ἄλλὰ καὶ ἂν δεχθῶμεν τὴν ἐκδοχὴν, ὅτι τὸ ἀνωτέρω χωρίον ἀντιπροσωπεύει ἀτομικὰς γνώμας τοῦ Θεοφράστου καὶ ὅτι εἰς τοῦτο ἐπηρέασθη ἐκ τῆς περὶ προαιρέσεως θεωρίας τοῦ Ἀριστοτέλους (Σιμωνέτου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 20) καὶ πάλιν, νομίζομεν, ὅτι δεόν νὰ ἐμμένωμεν εἰς τὴν ἐν τῷ κειμένῳ ἀποψιν ἡμῶν, διότι ἐκ τῆς διδασκαλίας τοῦ Ἀριστοτέλους ἐδημιουργήθησαν νέαι δικαιολογικαὶ ἀντιλήψεις, αἵτινες ἐπέδρασαν ἐπὶ τοῦ ἀττικῷ δικαίου καὶ διήρουν τὴν ἔννοιαν τοῦ ἀνωτέρω ἀξιώματος, ρυθμίζοντος ζήτημα θεμελιώδους σημασίας διὰ τὴν συναλλαγὴν.

49) Ἐκ τοῦ ὅρκου τῶν ἡλιαστῶν. Δημοσθένης, πρὸς Λεπτύνην I, 18, πρὸς Βοιωτῶν 1, 10. Ἀριστοτέλους, Πολιτικά III, 11, 4. Γ. Κοουσουλάκου, Μελέται Φιλοσοφίας, γενικῆς θεωρίας καὶ τεχνικῆς τοῦ δικαίου. Ἀθῆναι (1948), σ. 103. Γ. Μπαλλῆ, Ὁ Δικαστῆς τοῦ Ἀστικοῦ Κώδικος ἐν Θέμ. νά', σ. 273. Γ. Μαριδάκη, Σύμμικτα Στρέιτ (1939), I, σ. 589, σημ. 30, 31.

50) Beauchet, ἐνθ' ἄνωτ., IV, σ. 32.

* * *

Ἐκ τῶν ἀνωτέρω προκύπτει, ὅτι ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης τῆς ἐπηρεαζούσης τὸ κῦρος τῶν δικαιοπραξιῶν ἦτο μὲν γνωστὸς ἐν τῷ ἀρχαίῳ ἑλληνικῷ δικαίῳ, ἀλλ' εὐρίσκετο εἰς τὰ πρῶτα στάδια τῆς ἐξελίξεως αὐτοῦ.

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟΝ

Η ΠΛΑΝΗ ΕΝ ΤΩΙ ΡΩΜΑ·Γ·ΚΩΙ ΔΙΚΑΙΩΙ

I. Ἀρχαιότερον δίκαιον.

§ 10. Τὸ δίκαιον τῆς Δωδεκαδέλτου, ἀσφαλῶς δὲ καὶ τὸ πρὸ αὐτῆς ἰσχύσαν ἐθιμικὸν δίκαιον, οὕτινος κατὰ τὸ πλεῖστον αὕτη κωδικοποίησιν ἀπετέλει⁵¹, διακρίνει ἄκρα τυπικότης καὶ αὐστηρότης⁵².

Κατὰ τὸ δίκαιον τῆς Δωδεκαδέλτου διὰ τὴν κάρτισιν τῶν δικαιοπραξιῶν ἀπηγεῖτο, ὡς γνωστὸν, ἡ χρῆσις ὠρισμένης διαδικασίας (συμβολικῶν πράξεων) καὶ ἡ πανηγυρική ἀπαγγελία προκαθορισμένων λέξεων (*verba solemnia, certa verba*) ἢ τήρησις τῶν ὁποίων ἐπεβάλλετο διὰ τὴν συντέλειαν, διὰ τὸ κῦρος αὐτῶν (*ad solemnitatem, ad substantiam*), καὶ ἀντιστρόφως, ἡ παράλειψις αὐτῶν ἢ τινὸς τούτων συνη-

51) Διονυσίου Ἀλικαρνασσεῶς, Ρωμαίων ἀρχαιολογία X,55,57: «ἐκ πατρίων ἐθῶν καὶ τῶν ἐλληνικῶν νόμων, οὓς ἐκόμισαν οἱ πρέσβεις».

52) Ἡ τυπικότης περιλαμβάνουσα πανηγυρικῶς τελουμένας πράξεις καὶ ἀπαγγελλόμενας φράσεις ἀπετέλει μορφήν πρωτογόνου δημοσιότητος τῶν δικαιοπραξιῶν. P. J ö r s - W. K u n k e l - L. W e n g e r, *Römisches Privatrecht*, Berlin (1935) § 53.3. L. M i t t e i s, *Römisches Privatrecht*. Leipzig (1908) I, σ. 258, ἡ δὲ αὐστηρότης εἶναι δηλωτικὴ τῆς ἄνευ ἐξαιρέσεως ἐφαρμογῆς τοῦ συστήματος τῆς τυπικότητος. Π ε τ ρ ο - π ο ὕ λ ο υ, Ἱστορ. καὶ εἰσηγήσεις § 18 III. Τοιαῦται τυπικὰ δικαιοπραξία εἶναι τὸ *nexum* ἢ *nexus*, ἢ *mancipatio* ἢ *mancipium*, ἀμφότερα ὑπαγόμενα εἰς τὴν πανηγυρικὴν διαδικασίαν τῶν *per aes et libram* (διὰ ζυγοῦ καὶ χαλκοῦ) δικαιοπραξιῶν. M i t t e i s, ἐνθ' ἄνωτ., I. σ. 136 ἐπ. Ὡσαύτως αἰ *in jure cessio, stipulatio*, ἢ *διαθήκη*. Διὰ τῆς χρήσεως τῆς *mancipatio* καὶ τῆς *in jure cessio* πολλαὶ δικαιοπραξίαι καθηρτιζόντο (βλ. Π ε τ ρ ο - π ο ὕ λ ο υ, ἐνθ' ἄνωτ., § 59, σ. 488. J ö r s - K u n k e l - W e n g e r, ἐνθ' ἄνωτ., § 54.2. G a i, *Inst.* I. § 119, II, 22, 23, 104, 107, 116, III, 92, 93, κ.λ.π. N. Π α ν τ α ζ ο π ο ὕ λ ο υ, *Mancipatio* καὶ *Auctoritas*. Θεσσαλονίκη (1957) σ. 20 ἐπ. 65 ἐπ. B. K ü b l e r - Π. Β ι ζ ο υ κ ι ἴ δ ο υ, Τὸ Ρωμαϊκὸν δίκαιον κατὰ τοὺς πρώτους αἰῶνας. Θεσσαλονίκη (1940), σ. 141 ἐπ. R. J o h n - L. M i t t e i s - L. W e n g e r, *Institutionen d. r. Privatrecht*. München - Leipzig (1926) § 12. Εἶναι γνωστὸν δὲ ὅτι τὸ δίκαιον εἰς πρωτογόνους κοινωνίας δὲν διαχωρίζεται ἀπὸ τὰς θρησκείας καὶ ὅτι ἡ αὐστηρότης καὶ ἡ τυπικότης ἀποτελοῦσαι ἰδιορρυθμίας τῶν ἀρχαιότερων μαγικῶν θρησκείων ὑπεισήληθον εἰς τὰ δίκαια τῶν ἀρχεγόνων λαῶν. R. M o n i e r, *Manuel de droit romain*. Paris (1948), II §§ 8,9,17. H. B r o x, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*. Karlsruhe (1961), σ. 30.

πήγητο ἀκυρότητα τῶν δικαιοπραξιῶν. Αἱ δικαιοπραξίαι τῆς περιόδου ταύτης εἶναι ρηματικαὶ (obligationes verbales). Ἐν αὐταῖς βαρύνουσιν θεσιν ἔχει ἡ δῆλωσις τοῦ δικαιοπρακτοῦντος, ὕπερ δηλοῦ καὶ ἡ γνωστὴ διάταξις τῆς Δωδεκαδέλτου Tab. VI, 1: «eum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto».

Οὕτω ἡ δῆλωσις ἐν ταῖς δικαιοπραξίαις κατ' ἀμάχτην τεκμήριον νόμου ἐθεωρεῖτο ἐνέχουσα καὶ τὴν βούλησιν τοῦ δικαιοπρακτοῦντος⁵³, μὴ οὔσης γνωστῆς κατὰ τὴν περίοδον ταύτην τῆς διακρίσεως μεταξὺ τῆς βουλήσεως καὶ δηλώσεως⁵⁴. Κατὰ τὸ δίκαιον τῆς προκλασικῆς περιόδου τηρουμένων τῶν ὑπὸ τοῦ νόμου προκαθορισμένων τύπων ἡ δικαιοπραξία καθίσταται ἀπρόσβλητος καὶ ἐὰν ἐτι ἡ δῆλωσις τοῦ πράττοντος ἀφίσταται τῆς ἀληθοῦς βουλήσεως αὐτοῦ⁵⁵, ἐν ἄλλαις λέξεσιν δὲν τίθεται ποσῶς ζήτημα ἐρμηνείας πρὸς ἐξακρίβωσιν τῆς ἀληθοῦς βουλήσεως τοῦ δικαιοπρακτοῦντος⁵⁶. Συνεπῶς, τὰ ἐμφιλοχωροῦντα ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως (βία, φόβος, δόλος, πλάνη) οὐδεμίαν ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν ἀσκοῦσιν ἐπιρροήν. Χαρακτηριστικὴ εἶναι ἡ ἐπὶ τῶν ἐκ φόβου τελουμένων δικαιοπραξιῶν ἀρχή: «tamen coactus sed voluit»⁵⁷.

Εἰς τὰς δικαιοπραξίας ταύτας ἡ μόνη ἐπιτρεπομένη ἐρμηνεία τῶν κατὰ τὴν κατάρτισιν αὐτῶν χρησιμοποιουμένων λέξεων εἶναι ἡ τῆς ἀνευρέσεως τῆς ἐννοίας ἣν ἔχουσιν καὶ τὴν ὁποῖαν προσδίδει αὐταῖς ἡ ἐπὶ τῆς παραδόσεως στηριζομένη γλωσσικὴ χρῆσις⁵⁸.

II. Νεώτερον δίκαιον.

§ 12. Οἱ Ρωμαῖοι πρὸς τὴν ἔρευναν τοῦ περιεχομένου τῆς βουλήσεως τοῦ δικαιοπρακτοῦντος ἐχώρησαν πολὺ βραδύτερον διὰ τῆς ἐρμηνείας. Ἀλλὰ καὶ ἡ ἐρμηνεία τῆς βουλήσεως ἀναγκαίαν προϋπόθεσιν εἶχε τὴν ἀνάπτυξιν

53) Οὕτω ἐμφανίζεται ἡ ἀπαρχὴ τῆς ὑπὸ τῶν νεωτέρων καλουμένης θεωρίας ἡ δόγμα-τος τῆς δηλώσεως (Erklärungstheorie, Erklärungsdogma).

54) M. K a s e r, Das römische Privatrecht. München (1955), § 58, σ. 209.

55) Ἐντεῦθεν καθίσταται ἐμφανῆς ἡ διαφορὰ τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου πρὸς τὸ ἑλληνικόν, ὕπερ ἀνεγνώριζε ἐγκύρους «κυρίας» τὰς συμβάσεις τὰς ἐλευθέρως διὰ δηλώσεων τῆς βουλήσεως καταρτιζόμενας, βλ. ἄνωτ. § 7.

56) Π e τ ρ ο π ο ὑ λ ο υ, Ἱστορία καὶ εἰσηγ., § 60, σ. 494. S. J h e r i n g, Geist d. r. Rechts II, § 44.

57) Dig. 4,2,21 § 5. Ἡ ἀρχή, ὅτι διὰ φόβου τὰ τελούμενα εἶναι ἐκούσια, ὀφείλεται εἰς ἐπίδρασιν τῆς στωικῆς φιλοσοφίας. J ö r s - K u n k e l - W e n g e r, ἔνθ' ἄνωτ., § 62, 2, σημ. 18. Γ. Σ i μ ω ν ἑ τ ο υ, Τὰ ἐλαττώματα τῆς βουλήσεως κ.λ.π., ἔνθ' ἄνωτ., σ. 30, σημ. 1.

58) K a s e r, ἔνθ' ἄνωτ. § 58 σ. 209.

τῆς ἐννοίας τῆς καλῆς πίστεως (bona fides), συντελεσθεῖσαν μετὰ σχετικῶς μακρὰν ἐξέλιξιν. Ἡ ἔρευνα αὕτη κατέτεινε εἰς τὴν ἐξεύρεσιν τῶν ἐλαττωμάτων τῆς βουλήσεως καὶ ἰδιαίτερώς τῆς πλάνης (error).

Οὕτως ἡ καλὴ πίστις, ἡ ἐρμηνεία τῆς βουλήσεως καὶ ἡ πλάνη ἐμφανίζονται σχεδὸν ταυτοχρόνως ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ⁵⁹.

Ἡ σημασία τῶν ἐννοιῶν τούτων εἰς τὴν καθόλου ἀνάπτυξιν τοῦ ὑπὸ διαπραγματεύσειν θέματος ἐπιβάλλει ἡμῖν τὴν ἔστω καὶ διὰ βραχέων, ἀνάπτυξιν αὐτῶν.

A. Καλὴ πίστις (bona fides).

§ 12. Ἡ καλὴ πίστις παρὰ τοῖς Ρωμαίοις προῆλθε ἐξελικτικῶς ἐκ τῆς πίστεως (fides), ἔχουσα αὕτη ἠθικὴν σημασίαν⁶⁰, τὴν τοῦ ὀπίου (fas), ἀνῆκε εἰς τὴν σφαῖραν τῶν θρησκευτικῶν ἐννοιῶν. Βραδύτερον ἡ ἐννοια τῆς πίστεως ὑπὸ τὴν ἐπίδρασιν τῆς φιλοσοφίας τῶν Στωικῶν κατέστη ἐννοια φιλοσοφικὴ καὶ ὡς τοιαύτη ὑπεισηῆθε εἰς τὸ δίκαιον ὡς bona fides⁶¹.

Ἡ ἀρχικὴ σημασία τῆς bona fides παρὰ τοῖς Ρωμαίοις ὑπεδήλου τὴν πίστιν καὶ τὴν ἐμμονὴν αὐτῶν ἐπὶ τῶν συμπεφωνημένων⁶². Ὑπὸ τὴν ἐπίδρασιν περαιτέρω τῶν ἐλληνικῶν ἰδεῶν ἡ bona fides ὑπέστη ἐξέλιξιν καὶ ἤρξατο προσανατολιζομένη πρὸς τὰς περὶ ἐπιεικείας ἀρχὰς τῆς ἀριστοτελείου φιλοσοφίας, τὸ βέλτιον δίκαιον⁶³, κατὰ δὲ τὴν κλασσικὴν περίοδον, προσέλαβε αὕτη τὴν ἐννοίαν τῆς πίστεως ἐπὶ τὴν ἀληθῆ βούλησιν τῶν συμβαλλομένων⁶⁴.

59) Rabel ἐν Holzendorff's-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, I, σ. 498. Kaser, ἐνθ' ἄνωτ. § 58, σ. 206 σημ. 1, ἐνθα καὶ βιβλιογραφία.

60) Cicero, De officiis 1,7.

61) Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσηγ., § 18, σ. 147 ἐπ. Θεωρεῖται πιθανὸν ὅτι ὁ Quintus Mucius Scaevola, διατελέσας ὑπατος καὶ Pontifex Maximus κατὰ τὰς ἀρχὰς τοῦ Α' π.Χ. α.ι., εἰσήγαγε τὴν ἐννοίαν τῆς fides εἰς τὸ δίκαιον (Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 18, σημ. 17).

62) Σιμωνέτου, Ἡ καλὴ πίστις κατὰ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα, ἐν Δώδεκα Μελέται, σ. 240. Ν. Παπαντωνίου, Ἡ καλὴ πίστις εἰς τὸ Ἀστικὸν δίκαιον. Ἀθήναι (1957), σ. 27. Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 18, σ. 148.

63) Ἀριστοτέλους, Ἠθικ. Νικομάχεια Ε, 14,1137: «τότε γὰρ ἐπιεικὲς δίκαιον τινὸς ἐν βέλτιον ἐστὶ δίκαιον...».

64) Παπαντωνίου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 27. Βραδύτερον ἡ καλὴ πίστις ἐσήμεινε τὴν εὐθύτητα καὶ ἐντιμότητα ἐν ταῖς συναλλαγαῖς. Κ. Τριανταφυλλοπούλου, Ἑλληνικὸν Ἐνοχικὸν Δίκαιον. Ἀθήναι (1943), σ. 52. Ἡ ἐννοια τῆς καλῆς πίστεως εἶναι διττὴ ἢ τῆς καλῆς συμπεριφορᾶς τῶν συμβαλλομένων, ἀποτελοῦσα τὴν ἀντικειμενικὴν ἀποψιν αὐτῆς, ἐνῶ ἡ ἐνδιάθετος ψυχολογικὴ κατάσταση ἢ δημιουργοῦσα παρὰ τῷ ἀτόμῳ πεποιθῆσιν, ἀποτελεῖ τὴν ὑποκειμενικὴν ἀποψιν τῆς καλῆς πίστεως. Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 18, σ. 150. Γ. Κουμάντου, Ἡ ὑποκειμενικὴ καλὴ πίστις. Ἀθήναι (1958), ἰδίᾳ ἐν σελ.

Ἡ ἀρχὴ τῆς τοιαύτης ἐλευθέρας ἐρμηνείας ἐγένετο ἐκ τῶν διατάξεων τελευταίας βουλῆσεως ⁷¹. Ἡ πρώτη περίπτωσις κληρονομικῆς ὑποθέσεως εἰς ἣν ἤρμηνεύθη διαθήκη, εὐρύτερον τοῦ γράμματος, κατὰ τὴν βούλησιν τοῦ διαθέτου εἶναι ἡ διασωθεῖσα ὑπὸ τοῦ Κικέρωνος, γνωστὴ ὡς *causa Curiana* ⁷².

§ 14. Κατὰ τὴν κλασσικὴν περίοδον οἱ νομικοὶ τῆς περιόδου ταύτης τὴν εὐρύτεραν ἐρμηνείαν τῆς δηλώσεως, τείνουσαν εἰς τὴν ἀνεύρεσιν τῆς βουλῆσεως τοῦ δηλοῦντος κατὰ τὰς ἀρχὰς τῆς *bona fides*, ἀνῆγαγον εἰς περιωπὴν ⁷³, πολλὰ δὲ εἶναι τὰ ἐν τοῖς Πανδέκταις διασωθέντα ἀποσπάσματα τῶν ἔργων τῶν Ρωμαίων νομοδιδασκάλων τῆς περιόδου ταύτης τὰ προσδίδοντα τῇ βουλήσει βαρύνουσαν θέσιν ⁷⁴.

Οἱ νομικοὶ τῆς περιόδου ταύτης ἠρμήνευσαν τὰς δηλώσεις λαμβάνοντες ὑπ' ὄψιν τὴν βούλησιν τοῦ δηλοῦντος καὶ τὴν καλὴν πίστιν ⁷⁵, ἀλλὰ δὲν ἔχωρουν περαιτέρω εἰς τὴν ἐσωτερικὴν βούλησιν τοῦ δηλοῦντος ⁷⁶, ὡς δὲ παρατη-

71) Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., § 58, σ. 207. S. Riccoborno ἐν *Mélanges Cornil* Paris (1926) I, σ. 303.

72) Cicero, *De orat.* 1, 180. Κατὰ τὴν ἐκδικασθεῖσαν ἐνώπιον τοῦ ἑκατονταεδρικοῦ δικαστηρίου (93 π.Χ.) ὡς ἄνω κληρονομικὴν ὑπόθεσιν ὁ διαπρεπὴς ῥήτωρ L. Licinius Crassus κατήσχυσε τοῦ νομοδιδασκάλου Quintus Mucius Scaevola. Ἡδη, κατὰ τὰ τέλη τῆς Δημοκρατίας παρατηρεῖται τάσις κατὰ τῆς στενῆς ἐρμηνείας ὡς παράδειγμα δὲ φέρεται ὑπὸ τοῦ Κικέρωνος ἡ *Causa curiana* καὶ ἐν *De officiis* 1, 10, 33 ἡ παροιμία «*summum ius summa iniuria*». Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 18 σημ. 11. Jörs - Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ., § 49, 2. Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., § 58. O Brox, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 31 ἀποδίδει τὴν ἐρμηνείαν τῆς διαθήκης εἰς ἐπίδρασιν τῆς ἐλληνικῆς φιλοσοφίας.

73) Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 18, σ. 147. Σ. Χουβαρδᾶ, Ἡ πλάνη περὶ τὴν βᾶσιν τῆς συμβάσεως. Ἀθήναι (1938), § 4.

74) (Paulus), *Dig.* 50, 17, 12 «*In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur* (γνησ.) - Βασ. 2, 3, 12. (Marcellus) *Dig.* 32, 69 : «*Non aliter a significione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem*» (γνησ.) - Βασ. 44, 3, 67. (Papinianus) *Dig.* 50, 15, 219 : «*In conventionibus [contrahentium] voluntatem potius quam verba spectare placuit*» (Παρειμβ. [] μὴ ἀλλοιοῦν τὴν ἔννοιαν τοῦ χωρίου). Δὲν ἀφίσταται τῆς ἐννοίας τῶν ἀνωτέρω τὸ χωρίον τοῦ Paulus : *Dig.* 32, 25, 1 : «*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*» (γνησ.), διότι διὰ τοῦ χωρίου τούτου δὲν τίθεται ἐν ἤττονι μορῇ ἡ βούλησις τῆς δηλώσεως, ἀλλὰ τονίζεται ὅτι, ὅταν εἶναι σαφὴς δῆλωσις καὶ δὲν ὑπάρχῃ σὺν διφορούμεναι λέξεις, δὲν τίθεται ζήτημα ἐρευνῆς πρὸς ἀνεύρεσιν τῆς βουλῆσεως καὶ τὸ δηλωθὲν δέον νὰ θεωρητᾶ βουληθὲν. Κ. Τριανταφυλλοπούλου, *Εἰσηγ. ἐκθεσίς Α' Πετουσείου διαγωνίσματος ἐν Ν. Θηβαίου, Περὶ ἀρνητικῆς τῆς συμβάσεως διαφέροντος*. Ἀθήναι (1931), σ. XI.

75) Χουβαρδᾶ, αὐτ.

76) Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., S. Riccoborno, ἐν *Mélanges Cornil*, II, σ. 303 ἐπ. ἐνθ' ἄνωτ.

ρεῖ ὁ Riccoborno οἱ νομικοὶ τῆς κλασσικῆς περιόδου δὲν παρεχώρησαν πλήρη ἐλευθερίαν εἰς τὴν βούλησιν ⁷⁷, ἀλλὰ ἦσαν ἐφεκτικοὶ καὶ ἔκρινον μετὰ συνέσεως καὶ βάσει ἀντικειμενικῶν κριτηρίων τὸ ζήτημα τῆς βουλήσεως ἐφ' ἐκάστης συγκεκριμένης περιπτώσεως ⁷⁷. Ἐκ τῶν ἀνωτέρω καθίσταται δῆλον, ὅτι εὐρισκόμεθα εἰς τὴν ἀπαρχὴν τῆς διαμορφώσεως τῆς θεωρίας ἢ τοῦ δόγματος τῆς βουλήσεως (Willenstheorie, Willensdogma), τῆς ὁποίας πρόδρομος θεωρεῖται ὁ Παῦλος ⁷⁹.

§ 15. Κατὰ τὴν μετακλασσικὴν περίοδον ἐξαίρεται ἔτι μᾶλλον ἡ βούλησις τοῦ δηλοῦντος, ἐπηρεαζομένη ἐκ τῆς ἑλληνιστικῆς θεωρίας τῆς βουλήσεως ⁸⁰, ἣν οἱ Ἑλληνες νομοδιδάσκαλοι τῆς Βηρυττοῦ τοῦ Ε' μ.Χ. αἰῶνος εἰσήγαγον ἐν τῷ Ρωμαϊκῷ δικαίῳ ⁸¹, ἔκτοτε δὲ ἤρξατο λαμβανομένη ὑπ' ὕψει ἡ πρόθεσις, ἡ προαίρεσις τῶν συμβαλλομένων, ἡ ἐσωτέρα αὐτῶν βούλησις ⁸², προφανῶς κατ' ἐπίδρασιν τῆς ἀριστοτελείου περὶ προαιρέσεως θεωρίας.

Ἐν τῷ ἰουστινιανείῳ δικαίῳ ἡ πρὸ τῶν χρόνων τοῦ Αὐτοκράτορος δοθεῖσα βαρύτης εἰς τὴν ἐσωτερικὴν βούλησιν, ὡς ψυχικὴν κατὰστασιν τοῦ εἰς δῆλωσιν προβαίνοντος, ἐπεκτείνεται ἐπὶ πάσης σχέσεως, εἰς πολλὰ δὲ χωρία τῶν Πανδεκτῶν ἐξαίρεται ἡ voluntas ⁸³ καὶ διὰ παρεμβλημάτων ἀποδίδεται πρωτεύουσα σημασία εἰς τὸ ὑποκειμενικὸν στοιχεῖον τῆς

77) Riccoborno, ἐνθ' ἄνωτ.

78) Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., § 58, σ. 207. Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 23, σ. 206. Κατὰ τὴν περίοδον ταύτην διατηροῦντο εἰσέτι τὰ ὑπὸ τοῦ Γαίου ἀναφερόμενα εἶδη τῶν τυπικῶν δικαιοπραξιῶν τῆς προκλασσικῆς περιόδου (ἄνωτ. σημ. 52). Αἱ τυπικαὶ αὗται δικαιοπραξίαι ἐπηρεασθεῖσαι ὑπὸ τοῦ πνεύματος τῆς ἐποχῆς, κατηργήθησαν τελικῶς ὑπὸ τοῦ Ἰουστινιανοῦ.

79) (Paulus) Dig. 34, 5, 3: «itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia non loquitur» - Βασ. 44, 17, 3. E. Rabel, ἐν Holzendorff's - Kohler ἐνθ' ἄνωτ., I, σ. 498. Monier, ἐνθ' ἄνωτ., II § 62. Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 60, σημ. 34.

80) Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., § 58, σ. 207. Brox, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 31.

81) Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 60 σ. 492. Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. XII.

82) Kaser, αὐτ.

83) Χωρία τῆς ἰουστινιανείου Κωδικοποιήσεως συναφῆ πρὸς τὴν βούλησιν ἐν τῷ προβλήματι τῆς εὐθύνης, κατὰ τὸ πλεῖστον παρεμβεβλημένα, εἶναι: Dig. 13, 6, 18 pr. - Βασ. 13, 1, 18. Dig. 18, 1, 68 pr. - Βασ. 19, 1, 66. Dig. 19, 2, 25 § 7 - Βασ. 20, 1, 25. Dig. 19, 1, 54 pr. - Βασ. 19, 8, 54. Dig. 44, 7, 1 § 4. - Βασ. 52, 1, 1. Dig. 47, 9, 1 § 4, Βλ. Ζέπου, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 40. σημ. 1. Jörs - Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ. § 110, σημ. 3 καὶ 5. Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., Χουβαρδᾶ, ἐνθ' ἄνωτ., σ. IX.

βουλήσεως, τὴν διάθεσιν, προαίρεσιν, ἥτις οὕτω κατέστη στοιχεῖον τῆς συμβάσεως⁸⁴, ὅπερ ἐξαιρεῖ ὁ Θεόφιλος: «Μήτηρ δὲ συναλλαγμάτων ἡ διάθεσις»⁸⁵.

Οὕτω ἐν τῷ βυζαντινῷ δικαίῳ ὠλοκληρώθη τὸ δόγμα τῆς βουλήσεως⁸⁶.

Γ. Ἡ πλάνη ἐν γένει.

§ 16. Τὸ ἐκ τῆς κοινῆς ἐμπειρίας γνωστὸν φαινόμενον τῆς πλάνης, τὸ προκαλούμενον ἐξ ἐμφιλοχωρησάσης ψευδοῦς παραστάσεως ἐν τῷ συνειδῶτι, ἐγνώριζον βεβαίως καὶ οἱ Ρωμαῖοι, ἀλλὰ ἡ περὶ πλάνης ἔρευνα ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ ἄρχεται ἀπὸ τοῦ τέλους τῆς Δημοκρατίας, ἀπὸ τῆς ἐποχῆς, δηλαδή, καθ' ἣν οἱ νομικοὶ διὰ τὸ κῦρος τῶν δικαιοπραξιῶν δὲν περιωρίζοντο μόνον εἰς τὴν δῆλωσιν τῶν δικαιοπρακτούντων, ἀλλὰ προσέβλεπον καὶ εἰς τὴν βούλησιν αὐτῶν καὶ ἐν ἀσυμφωνίᾳ δηλώσεως καὶ βουλήσεως παρεῖχον τῇ βουλήσει βαρύνουσαν θέσιν. Τότε, ὡς προεξετέθη, διὰ τῆς ἐρμηνείας ἤρξαστο ἐρευνωμένη βάσει τῶν ἀρχῶν τῆς καλῆς πίστεως, ἡ ἀληθῆς βούλησις τῶν δικαιοπρακτούντων. Μετὰ τῶν νεωτέρων τούτων ἀντιλήψεων, φυσικὸν ἦτο νὰ ἐπεκταθῇ ἡ ἔρευνα καὶ ἐπὶ τῆς πλάνης, ὡσάκις αὕτη ἐγίνετο πρόξενος ἀνεπιγνώτου διαστάσεως μεταξὺ τῆς βουλήσεως καὶ δηλώσεως τῶν δικαιοπρακτούντων, παρακαλυπούσης τὴν μεταξὺ αὐτῶν συμφωνίαν (consensus).

84) Κατὰ τὴν Ιουστινιάνειον νομοθεσίαν πρωτεύον στοιχεῖον τῶν ἐνοχῶν ἀποτελεῖ ἡ συναινέσις (consensus). Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 23. 20 καὶ § 102 II.

85) Θεοφίλου, Εἰσηγ. 4, 19, 8. Ἡ διάθεσις (animus) διαφέρει τῆς voluntas, διότι σημαίνει διάθεσιν πρὸς τὸ πράττειν affectus, affectio, ἀντιστοιχεῖ δὲ πρὸς τὸν ὑπὸ τῶν στωικῶν ἐν χρῆσει ὄρον ὁρμή ὡς φορὰ διανοίας ἐπὶ τι πρὸς τὸ πράττειν. (Χρυσίππου, ἐν Στοβαίου, Ἐκκλ. II, 86, 17). Ὁ Κικέρων, Topic. 62 καὶ 63 ἀπέδωκε τὸν ὄρον ὁρμὴ διὰ τοῦ animus καὶ effectio. Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 75 σημ. 3. Kübler - Βιζουκίδου, ἐνθ' ἄνωτ., I, σ. 7 (προλεγόμενα). Ὁ ὄρος animus ὡς νομικὴ ἔννοια εἶναι ἤδη γνωστὴ ἐν τῷ δικαίῳ τῆς κλασσικῆς περιόδου ἐν τῷ θεσμῷ τῆς νομῆς (Dig. 41, 2, 3 § 1 - Βασ. 50, 2, 2. Dig. 41, 2, 3 § 6 καὶ 7. - Βασ. 50, 2, 2. Dig. 7, 1, 12 § 2. - Βασ. 16, 1, 12), τῆς δωρεᾶς (Dig. 39, 5, 1), υἰοθετήθη δὲ τὸ animus ὑπὸ τὴν ἀνωτέρω ἔννοιαν ὑπὸ τοῦ δικαίου τῆς μετακλασσικῆς περιόδου. Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., § 58.

86) Inst. 3, 19, § 23. C. 4, 22, 5. Ζέπου, Εὐθύνη κ.λ.π. Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. XII.

ΜΕΡΟΣ ΤΡΙΤΟΝ

ΕΙΔΙΚΩΤΕΡΟΝ ΠΕΡΙ ΠΛΑΝΗΣ

Ι. Κλασική περίοδος τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου.

§ 17. Α. Γενικά. Τὸ πρόβλημα τῆς πλάνης κατὰ τὴν κλασικὴν περίοδον τοῦ δικαίου ἐμφανίζει σημαντικὴν ἐξέλιξιν· διότι, καίτοι ὑπὸ τῶν νομοδασκάλων τῆς ἐποχῆς δὲν ἀνεπτύχθη γενικὴ τῆς θεωρίας περὶ πλάνης⁸⁷, πάντως ὁμως ὑπ' αὐτῶν ἐδόθησαν λύσεις ἐπὶ συγκεκριμένων περιπτώσεων ἀναγομένων εἰς τὴν πλάνην⁸⁸. Οὕτω ἐν τοῖς σωζομένοις ἐν τοῖς Πανδέκταις τῆς λουσιτιανείου κωδικοποιήσεως ἀποσπάσασι τῶν ἔργων τῶν ρωμαίων νομοδασκάλων ἀπαντῶμεν ἤδη ἐπαρκῶς διαμεμορφωμένον τὸν θεσμόν τῆς πλάνης.

Ἐν τῷ δικαίῳ τῆς περιόδου ταύτης ἀπαντῶνται ἐπὶ τῆς πλάνης αἱ κάτωθι διακρίσεις ἢ εἶδη: α) Ἡ πλάνη ἢ ἐπαγομένη διάστασιν μεταξύ βουλήσεως καὶ δηλώσεως^{88α} καὶ ἢ περὶ τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἴτια ἢ κίνητρα (*falsa causa*) πλάνη, τὰ προκαλοῦντα τὴν ἐπιχείρησιν τῆς δικαιοπραξίας⁸⁹ ὡς μὴ ἀποκλείοντα τὴν βούλησιν. β) Ἡ οὐσιώδης πλάνη (*error*

87) Πετροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 60, II, σ. 495. Γενικώτερον γνωστὸν εἶναι, ὅτι οἱ Ρωμαῖοι νομικοὶ ἐχώρουν ἀπὸ περιπτώσεως εἰς περιπτώσιν χωρὶς νὰ ἀπασχολοῦνται μὲ τὸ πρόβλημα τῆς μεθόδου, ἐθεώρουν δ' ἑαυτοὺς ἱκανοποιημένους ὅταν παρεῖχον λύσιν δικαίαν ἐπὶ ἐκάστης συγκεκριμένης περιπτώσεως μὲ ἀφετηρίαν τὸ περὶ δικαίου συναίσθημα καὶ τὰ καθολικὰ ἀξιώματα *fides, aequitas, boni mores, humanitas* κ.λ.π. (Γ. Μαυρίδακη, Ἀρμενόπουλος καὶ ἡ τεχνικὴ τοῦ δικαίου, τόμος Ἀρμενοπούλου, ἐκδ. Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης (1952), σ. 104 ἐπ.).

88) Ἀλλά, ὡς παρετηρήθη, πᾶσαι αἱ ἀποφάνσεις αὐταὶ τῶν πηγῶν, περὶ τῆς πλάνης, οὐδὲν ἕτερον ἀποτελοῦσιν εἰμὴ τὴν λογικὴν συνέπειαν τῆς διεπούσης τὰς συμβάσεις ἀρχῆς: *«pactum est duorum plurimumve in idem consensus»*, Leonhard, *Der Irrtum bei nchtigen Verträgen nach römischem Rechte*, Berlin (1883) I § 8, σ. 167.

88α) Βλ. ἄνωτ., § 1.

89) (Ulpianus) 12, 3, 4 § 7 - Βασ. 24, 1, 3 § 3. (Pomponius) Dig. 12, 6, 52 - Βασ. 24, 6, 52. (Pomponius) Dig. 12, 6, 65 § 2 - Βασ. 24, 6, 65 § 2. Ἡ περὶ τὰ κίνητρα πλάνη δὲν ἐλαμβάνετο ὑπ' ὄψιν, πλὴν ὀρισμένων περιπτώσεων τοῦ κληρονομικοῦ δικαίου. (Paulus) Dig. 5, 2 28 - Βασ. 39, 1, 24. (Paulus) Dig. 28, 5, 92 - Βασ. 35, 9, 86. Καὶ ἐπὶ χαριστικῶν πράξεων (Paulus) Dig. 39, 6, 35 § 3. Ἐν ταῖς περιπτώσεσιν ταύταις τὸ ρομ. δίκαιον ἀποβλέπει καὶ εἰς τὴν πρόθεσιν τοῦ διαθέτου καὶ δωρητοῦ. Jōrs-

essentialia), ἡ ἐπενεργούσα ἀκυρωτικῶς ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν, ἢ ὑβρότερον, ἢ παρακωλύουσα τὴν κατάρτισιν αὐτῶν⁹⁰, καὶ ἡ ἐπουσιώδης πλάνη (error concomitans, non essentialis) μὴ ἐπιδρώσα ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν. γ) Ἡ πλάνη περὶ τὰ πράγματα καὶ περὶ τὸ δίκαιον (error facti, error iuris)⁹¹, καὶ δ) Ἡ συγγνωστὴ καὶ ἀσύγγνωστος πλάνη (iustus probabis error, iusta ignorantia), ἔχουσα γενικωτέραν ἐφαρμογὴν, διότι μόνον ὑπὸ τὴν προϋπόθεσιν τοῦ συγγνωστοῦ αὐτῆς ἦτο δυνατὴ ἡ ἐπίκλησις τῆς πλάνης τῆς ἐπαγομένης διάστασιν βουλήσεως καὶ δηλώσεως, ἀλλὰ καὶ διότι ἡ διάκρισις αὐτὴ ἐλαμβάνετο ὑπ' ὄψιν καὶ ἐπὶ ἄλλων σχέσεων⁹².

Καὶ ταῦτα μὲν γενικῶς περὶ τῶν εἰδῶν τῆς πλάνης, ἥδη δὲ χωροῦμεν εἰς τὴν εἰδικωτέραν ἀνάπτυξιν τῆς οὐσιώδους πλάνης.

Β. Οὐσιώδης πλάνη.

§ 18. Αἱ περιπτώσεις τῆς οὐσιώδους πλάνης εἶναι αἱ συνηθέστερον ἀπαντῶσαι ἐν τοῖς ἔργοις τῶν ρωμαίων νομοδιδασκάλων, προφανῶς διότι αὐταὶ ἀμεσώτερον ἀφορῶσιν εἰς τὸ κύρος τῶν δικαιοπραξιῶν, καθορίζονται δὲ βάσει ἐξωτερικῶν κριτηρίων καὶ εἶναι συγκεκριμένως αἱ ἐξῆς :

Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ., § 62. - Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., 58 σμ. 23. Siber, ἐνθ' ἄνωτ., II § 126, σ. 434 ἐπ. Α. Μομφερράτου, Ἐνοχικὸν Δίκαιον, Ἀθήναι (1930) I § 105.

90) Α. Μομφερράτου, Ἐγχειρίδιον Ἀστικοῦ Δικαίου. Γεν. Ἀρχαί. Ἀθήναι (1914) § 108. II.

91) Ἡ διάκρισις αὐτὴ τῆς πλάνης ἀνάγεται πιθανῶς εἰς τὸ δίκαιον τῆς προκλασικῆς περιόδου (Jōrs - Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ., § 62 σμ. 14). Ἐκ ταύτης ὁ κανὼν (Paulus) Dig. 22, 6, 9 pr. iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere» - Βασ. 2, 4, 2 (Paulus) Dig. 22, 6, 9 § 3. Ἐν ταῖς πρᾶξις ἀδιαφόρως γίνεσθαι χρῆσις τῶν ὅρων ἄγνοια καὶ πλάνη. Dig. 22, 6, 1 § 2. Βασ. 2, 4, 1 § 2 καὶ Dig. 22, 6, 9 § 5. Dig. 44, 10, 5 § 1. συνηθέστερον ὅμως ἐπὶ τῶν νομικῶν σχέσεων ἀπαντᾶται ἡ πλάνη (Οἰκονομίδου, Γεν. Ἀρχαί, § 34 Savigny, System des heutigen römischen Recht, Berlin (1840), III, σ. 326. Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen κ.λπ., II, σ. 550, ἀμφότερα δὲ διέπονται ὑπὸ τῶν αὐτῶν κανόνων (Regeleberger - Πράτσικα, ἐνθ' ἄνωτ., § 128). Ἡ πλάνη περὶ τὸ δίκαιον ἦτο ἐπουσιώδης, καθιερώθησαν ὅμως ἐν αὐτῇ ἐξαιρέσεις, προκειμένων περὶ πλανηθέντων ἀνηλικίων, γυναικῶν, στρατιωτῶν καὶ ἀπαιδεύτων ἀδυνατούντων νὰ λάβωσι νομικὴν συμβουλήν (Paulus) Dig. 22, 6, 9 pr. καὶ αὐτ. § § 1, 3.

92) Ἡ διάκρισις μεταξύ συγγνωστῆς καὶ ἀσυγγνωστοῦ ἐλαμβάνετο ὑπ' ὄψιν καὶ ἐπὶ ἄλλων σχέσεων, ὡς π.χ. τῆς *condictio indebiti*, *restitutio integrum* κ.ἄ. Περτροπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 60, V., συνεδέετο δὲ πρὸς τὴν ἀνωτέρω διάκρισιν *error facti* καὶ *error iuris*, ἀμφότερα δὲ ἀπεσικόπων τὸν περιορισμὸν τῶν περιπτώσεων τῆς ἀκυρώσεως τῶν συμβάσεων λόγῳ πλάνης.

δὴ ἐν τῷ ἰουστινιανείῳ δικαίῳ. Ἐπομένως ἐν τῷ κλασσικῷ δικαίῳ περιορίζομεθα εἰς τὴν ἀνάπτυξιν τῶν δύο τούτων εἰδῶν τῆς πλάνης

§ 20. Π λ ά ν η π ε ρ ῖ τ ὸ ἀ ν τ ι κ ε ῖ μ ε ν ο ν (error in corpore). Κατὰ τὸ δίκαιον τῆς κλασσικῆς περιόδου ἐκ τῶν εἰδῶν τῆς οὐσιώδους πλάνης πρωτεύουσαν θέσιν κατέχει ἡ πλάνη περὶ τὴν ταυτότητα τοῦ ἀντικειμένου τῆς παροχῆς, διότι ἀκυρωτικῶς ἐπενεργεῖ τόσον ἐπὶ τῶν τυπικῶν^{95α} ὅσον καὶ ἐπὶ τῶν μὴ ὑπαγομένων εἰς ὠρισμένους τύπους δικαιοπραξιῶν, περὶ ὧν εὐάριθμα εἶναι τὰ ἐν ταῖς πηγαῖς χωρία, ἐν οἷς ὡς σημαντικὸν θεωρεῖται τὸ τοῦ (Iulianus) Dig. 18,1,41 § 1: «Mensam argento coopertam mihi ignorantanti pro solida vendiisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicitur». Βασ. 19,1,39 πρ.: «Καὶ ἐὰν πωλῆσῃ μοι Τράπεζαν ἀργύρῳ ἡμφιζομένην, ὡς ὀλοἀργυρον ἀγνοῶν ἀγνοοῦντι». Τὸ χωρίον Dig. 18,1,41 § 1 θεωρεῖται ἐν τῇ νομικῇ φιλολογίᾳ ὡς γνήσιον⁹⁶, ἄνευ παρεμβλημάτων. Πρόκειται ἐν αὐτῷ περὶ πλάνης ἀμφοτέρων τῶν συμβαλλομένων περὶ τῆς ταυτότητος τοῦ ἀντικειμένου τῆς παροχῆς, περὶ τῆς τραπέζης τῆς πωληθείσης καὶ ἀγορασθείσης ὡς συμπαγοῦς, ἀργύρου, ἐνῶ ἦτο ἀργύρῳ ἡμφιζομένη. Συνεπῶς ἐν τῇ προκειμένῃ περιπτώσει παρεσχέθη διάφορον ἀντικείμενον τοῦ συμφωνηθέντος, ἄλλο ἀντὶ ἄλλου ἐν aliud, οὐ ἔνεκεν ἐλλείψει consensus εἶναι ἄκυρος ἡ ἀγοραπωλησία. Τινὲς διὰ τὴν πλάνην περὶ τὴν ταυτότητα τοῦ πράγματος ἐπικαλοῦνται καὶ τὰ χωρία (Ulpianus) Dig. 18,1,9, pr. καὶ (Ulpianus) Dig. 41,2,34 καὶ (Paulus) Dig. 41,4,2 § 6, ἀφορῶντα συμβάσεις ἀγορᾶς διαφόρων οἰκοπέδων, δούλων⁹⁷. Ἄλλ' ἐν αὐτοῖς δὲν ἔχομεν πλάνην ὡς πρὸς τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχῆς, ἀλλὰ παρανόησιν (dissensus), ἐκάστου τῶν συμβαλλομένων ἐκλαβόντος ἀλλοίαν τῆς πραγματικῆς τὴν δῆλωσιν τοῦ ἐτέρου⁹⁸. Ἀποδεικνύουσιν ὅμως καὶ τὰ τελευταῖα ταῦτα χωρία τὴν σπουδαιότητα τῆς συμφωνίας περὶ τοῦ ἀντικει-

95α) Κατωτ. § 23. Διότι ἐν τῷ κλασσικῷ δικαίῳ ἡ πλάνη περὶ τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος (ὡς πρὸς τὴν ποιότητα αὐτοῦ) θεωρεῖτο ἐπουσιώδης (Paulus) 19, 1, 21 § 2. Οὕτω ἡ καὶ γνώμη τοῦ Marcellus, ἡ περιεχομένη ἐν Dig. 18, 1, 9 § 2, ἥτις ἀπῆχει δίκαιον τῆς κλασσικῆς περιόδου.

96) Jōrs - Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ. § 62, σ. 109. Otto Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, ἐν Arch. für civilistische Praxis τομ. 123 (N.F. 3) 1925 σ. 182. Monier, ἐνθ' ἄνωτ., II, σ. 81. Χουβαρδᾶ, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 8. Ἀραβαντινοῦ, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 2.

97) Kaser, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 206, σημ. 11. Dernburg (Δουβουινιώτου), Σύστημα τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου, Γεν. Ἀρχαί. Ἀθῆναι (1932) § 132, σημ. 8. Ἐν τῷ κλασσικῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ ἐμφανίζεται σύγχυσις μεταξὺ πλάνης καὶ παρανοήσεως. Jōrs - Kunkel - Wenger, ἐνθ' ἄνωτ., § 62 καὶ σημ. 13. Monier, ἐνθ' ἄνωτ., II, σ. 81.

98) O'Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen (1882), II § 25 σ. 429 ἐπ. ἀναφέρει καὶ τοὺς λόγους δι' οὓς τὸ χωρίον Dig. 18, 1, 9 pr. εὐκόλως παρανοεῖται.

μένου τῆς παροχῆς καὶ τὴν ματαίωσιν τῆς συμβάσεως ἐλλείψει συμπτώσεως τῶν βουλήσεων τῶν συμβαλλομένων (consensus in idem).

Αὕτη εἶναι ἡ περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ ἀνωτέρω χωρίου τοῦ Ἰουλιανοῦ ἐπικρατοῦσα γνώμη ἐν τῇ ἐπιστήμῃ τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου⁹⁹, ἀλλ' οὐχὶ καὶ ἡ μοναδική¹⁰⁰. Οὕτω ὑπεστηρίχθη ἀρχαιότερον ἡ γνώμη ὅτι ἡ ἐν τῷ χωρίῳ τούτῳ ἀναφερομένη ἀγορὰ τῆς τραπέζης ἐγένετο ὑπὸ τὴν ρητὴν ἢ σιωπηρὰν αἴρεσιν τῆς γνησιότητος αὐτῆς ὡς ὀλοαργύρου¹⁰¹. Ἐκ τῶν νεωτέρων δὲ ἄλλοι μὲν ὑποστηρίζουσι τὴν ἐκδοχὴν, ὅτι ἐν τῷ χωρίῳ τούτῳ ὁ Ἰουλιανὸς ἀνεπηρέαστος ἐκ τῶν φιλοσοφικῶν θεωρημάτων ἀναφέρεται εἰς τὴν πλάνην ἐν τῇ οὐσίᾳ τοῦ πράγματος, περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας αὐτοῦ (error in substantia)¹⁰², ἄλλοι δέ, ὅτι τὸ χωρίον τοῦτο ἀφορᾷ εἰς τὴν πλάνην περὶ τὴν βάσιν τῆς συμβάσεως¹⁰³.

Ἄλλ' ἐκ τῶν γνωμῶν τούτων ἡ μὲν δεχομένη τὴν πώλησιν ὡς γενομένην ὑπὸ τὴν αἴρεσιν τῆς γνησιότητος τῆς τραπέζης ὡς ἐξ ὀλοκλήρου ἀργυρᾶς, ἐθεωρήθη ἐσφαλμένη, διότι ἐκ τοῦ κειμένου προκύπτει ὅτι ἀμφοτέρω τὰ μέρη ἀνεπιγνώτως προέβησαν εἰς τὴν ἀγορὰν αὐτῆς τελούντα ἐν βεβαιότητι περὶ τῆς γνησιότητος τῆς τραπέζης ὡς ἐξ ὀλοκλήρου ἀργυρᾶς.

Ἄλλὰ καὶ αἱ ὑπὸ τῶν νεωτέρων ὑποστηριχθεῖσαι ἕτεραι δύο γνώμαι περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ ἀνωτέρω χωρίου τοῦ Ἰουλιανοῦ δὲν ἐπεκράτησαν ἐν τῇ ἐπιστήμῃ¹⁰⁴.

§ 21. Π λ ά ν η π ε ρ ῖ τ ὸ ν χ α ρ α κ τ η ρ ῖ σ μ ὸ ν τ οῦ ἀ ν τ ι κ ε ἰ μ ἔ ν ο υ (error in nomine). Ἡ π λ ά ν η π ε ρ ῖ τ ὸ ν χ α ρ α κ τ η ρ ῖ σ μ ὸ ν

99) Regelsberger - Πράτσια, ἐνθ' ἀνωτ. (1935) § 142 σημ. 12. Partsch, ἐν Sav. τ. 33, σ. 612.

100) Ὁ Lenel, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 181, δέχεται ὅτι ἐν χωρίῳ τοῦ Julianus Dig. 48, 41 § 1 ἀναφέρεται εἰς τὴν πλάνην in materia. Ὁμοίως ὁ Jörs - Kunkel - Weniger, ἐνθ' ἀνωτ., § 62.

101) R. Leonhard, Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Breslau (1907), II, σ. 91.

102) Ἄραβαντινοῦ, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 2.

103) Χουβαρδᾶ, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 9.

104) Ἡ μὲν πρώτη γνώμη ἡ δεχομένη ὅτι ὁ Ἰουλιανὸς ἀναφέρεται εἰς τὴν πλάνην περὶ τὴν οὐσίαν ἢ τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος, δὲν εὐσταθεῖ, διότι ἐξ ἀπλῆς συγκρίσεως τῆς ἐπαργύρου τραπέζης πρὸς τὴν ἐκ συμπαγοῦς ἀργύρου ἐμφανίζεται ἐν διάφορον ἀντικειμένη, ἐν aliud (Χουβαρδᾶ, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 10), ἡ δὲ γνώμη ἡ ἀνευρίσκουσα ἐν τῷ χωρίῳ τοῦ Ἰουλιανοῦ πλάνην περὶ τὴν βάσιν τῆς συμβάσεως δὲν ἔλαβε ὑπ' ὄψιν ὅτι οἱ νομικοὶ τῆς κλασσικῆς περιόδου ἐρμηνεύοντες τὰς δηλώσεις τῶν συμβαλλομένων δὲν ἐχώρουν εἰσέτι εἰς τὴν ἐσωτερικὴν βούλησιν τῶν δηλούντων (ἀνωτ. § 14), δὲν ἦσαν εἰσέτι εἰς θέσιν νὰ ἀναγνωρίζουσι τὴν ἀρχὴν τῆς πλάνης περὶ τὴν βάσιν.

τοῦ ἀντικειμένου, ἐφ' ὅσον οἱ συμβαλλόμενοι ἦσαν σύμφωνοι ὡς πρὸς τὸ ἀντικείμενον (corpus) δὲν ἐπάγεται ἀκυρότητα τῆς συμβάσεως. Οὕτω (Ulpianus) ἐν Dig. 18,1,9,1 «Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio : nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat»¹⁰⁵.

Τὰ αὐτὰ ἰσχύουσιν καὶ ἐπὶ μονομερῶν δικαιοπραξιῶν, ἐφ' ὅσον ἐξακριβοῦνται τὸ ἠθελημένον (Marcellus) Dig. 32, 69 pr¹⁰⁶. (Ulpianus) Dig. 30,1,11¹⁰⁷. Διότι ἐκ τῆς τοιαύτης πλάνης περὶ τὸν χαρακτηρισμὸν ἢ τὸ ὄνομα δὲν προκαλεῖται βλάβη (falsa demonstratio non nocet) ἄτε τῆς πλάνης θεωρουμένης ἐπουσιώδους, τοιαύτη δὲ συνήθως παρατηρεῖται εἰς περιπτώσεις καθ' ἃς παρουσία τοῦ πράγματος τὴν πράξιν τῆς παραδόσεως αὐτοῦ συνοδεύει ἐσφαλμένη ὀνομασία τοῦ ἀντικειμένου¹⁰⁸. Ζήτημα ὅμως ἐγείρεται περὶ τῶν κριτηρίων ἐξ ὧν δυνάμεθα νὰ διακρίνωμεν τὴν error in nomine ἀπὸ τῆς error in corpore. Ἀποφασιστικὸν πρὸς τοῦτο στοιχεῖον εἶναι ἡ βούλησις τῶν συμβαλλομένων¹⁰⁹.

II. Μετακλασικὴ περίοδος τοῦ δικαίου.

§ 22. Α. Ἐν τῷ προῖουστινιανείῳ δικαίῳ. Ἡ μετακλασικὴ περίοδος τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου, ὡς γνωστόν, ἄρχεται ἀπὸ τοῦ ἔτους 235 μ.Χ καὶ λήγει μετὰ τῆς ἰουστινιανείου Κωδικοποιήσεως. Ἀπὸ τοῦ θανάτου δὲ τοῦ Διοκλητιανοῦ ἄρχεται κυρίως ἡ περίοδος καθ' ἣν τὸ ρωμαϊκὸν ἔθνος ἐδέχθη ἐκ τῶν ἀνατολικῶν ἐπαρχιῶν τὴν ἰσχυροτέραν ἐπίδρασιν τοῦ Ἑλληνισμοῦ¹¹⁰. Κατὰ τὴν ἐποχὴν ταύτην τὸ δίκαιον προαγόμενον διὰ διατάξεων τῶν αὐτοκρατόρων καὶ ὑπὸ τὴν ἔντονον ἐπίδρασιν τοῦ ἑλληνιστικοῦ δικαίου, τείνει νὰ καταστῇ εὐέλικτον καὶ ἱκανὸν πρὸς θεραπείαν τῶν συγχρόνων ἀναγκῶν τῶν συναλλαγῶν. Εἰς τὴν τοιαύτην δὲ ἐξέλιξιν τοῦ δικαίου, σημαντικὴ ὑπήρξεν ἡ συμβολὴ τῶν ἐν τῇ Ἀνατολῇ νομικῶν σχολῶν καὶ ἰδίᾳ τῆς σχολῆς τῆς Βηρυττοῦ, τῆς ὁποίας οἱ νομοδιδάσκαλοι, γνωστοὶ ὡς «διδάσκαλοι τῆς οἰκουμένης», κάτοχοι τῆς ἑλληνικῆς φιλοσοφίας καὶ ἐμπνευόμενοι ἐκ τοῦ εὐπλάστου ἑλληνιστικοῦ δικαίου, διὰ τῶν ἰδίᾳ κατὰ τὸν Ε' μ. Χ. αἰ. ἐρμηνευτικῶν ἐργασιῶν αὐτῶν ἐπὶ τῶν ἔργων τῶν Ρωμαίων νο-

105) Βασ. 19, 1, 8.

106) Βασ. 44, 3, 67.

107) Βασ. 44, 1, 4.

108) Leonhard, ἐνθ' ἄνωτ., II, σ. 434.

109) Leonhard, ἐνθ' ἄνωτ., II, σ. 433 καὶ παρ' αὐτῷ Jhering, Der Zwerck im Recht, σ. 77.

110) Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσηγ. § 4.

vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris] autem nulla esse venditionem puto, quotiens in materia erratur¹¹⁵.

Εἰς τὴν πλάνην ἐν τῇ οὐσίᾳ ὁμοίως ἀναφέρονται τὰ ἀποσπάσματα τοῦ Οὐλπιανοῦ, Dig. 18, 11 § 1: «Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est»¹¹⁶ καὶ Dig. 18, 1, 14: «Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito unī heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veniat non valet»^{117,118}.

§ 24. Τὸ ἀνωτέρω ἐν Dig. 18, 1, 9 § 2, χωρίον τοῦ Οὐλπιανοῦ, σημαντικώτατον, ὡς εἴρηται, διότι διὰ τῆς προσθήκης αὐτοῦ ὠλοκληρώθη ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης ἐν τῇ ἰουστινιανείᾳ κωδικοποιήσει, οἱ ἐρμηνευταὶ τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου μέχρι τῶν νεωτέρων χρόνων, ἐθεώρουν ὡς γνήσιον ἀπόσπασμα τῶν ἔργων τοῦ Οὐλπιανοῦ. Εἰς τὴν διάταξιν δὲ ταύτην τοῦ Πανδέκτου ἐξαιρετικὴ ἀπεδίδετο σημασία ὑπὸ τῶν Πανδέκτιστῶν¹¹⁹ ἐν Γερμανίᾳ ὡς καὶ ὑπὸ τῶν παρ' ἡμῶν ἐρμηνευτῶν τοῦ προἰσχύσαντος βυζαντινορωμαϊκοῦ δικαίου¹²⁰.

115) Siber II § 126 σ. 435. Ἐν [] παρέμβλημα. Τὸ ἄνω χωρίον τοῦ Ulrianus ἀναφέρεται εἰς ἀμφοτερομερῆ πλάνην ἐν τῇ οὐσίᾳ περὶ τὰς ιδιότητας. L e n e l, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 181. Siber, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 435.

116) Βασ. 19, 1, 10: «Καὶ ἐὰν ἀντὶ παρθένου γυναῖκα ἀγοράσω, οὐ μὴν ἐνόθα ἀντὶ ἀνδρός ἡγοράσθῃ γυνή». Τὸ χωρίον ἀναφέρεται εἰς μονομερῆ πλάνην περὶ τὴν οὐσίαν. S i b e r, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 436. Τὸ χωρίον Dig. 18, 1, 11 pr. ἐνόθα τίθεται τὸ ζήτημα τῆς πλάνης περὶ τὴν ὕλην καὶ τοῦ τυφλοῦ ἀγοραστοῦ, ὀλόκληρον εἶναι παρέμβλημα (L e n e l, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 178.)

117) Βασ. 19, 1, 13: «Ἐὰν οἱ δύο πλανηθῶσιν καὶ νομίωσι τὸ πιπρασκόμενον χρυσοῦν εἶναι, χαλκοῦν ὄν, οὐκ ἔρρωται: εἰ δὲ κἂν ἐλάχιστον μέρος εἶχε χρυσοῦ ἢ κεχρυσωμένον ἦν, ἔρρωται ἢ πρᾶσις».

118) Καὶ ἐν τῷ χωρίῳ τούτῳ μονομερὴς ἡ πλάνη περὶ τὴν οὐσίαν. J ö r s - K u n k e l - W e n g e r ἐνθ' ἄνωτ. § 62 σημ. 16. Εἰς ἀμφοτέρα δὲ τὰ ἄνω χωρία ὑπάρχουσι παρεμβλήματα, J ö r s - K u n k e l - W e n g e r, ἐνθ' ἄνωτ. § 62. Χ ο υ β α ρ δ ᾱ, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 14. M o n i e r, ἐνθ' ἄνωτ. II σ. 81, σημ. 1.

119) F. S a v i g n y ἐνθ' ἄνωτ. III § 137 σ. 276 ἐπ. W i n d s c h e i d - K i p p, ἐνθ' ἄνωτ. I § 76α σημ. 6. L e o n h a r d, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen κ.λ.π. II, § 26, σ. 436 ἐπ. D e r n b u r g (Δουβουινιώτου) ἐνθ' ἄνωτ. § 132 γ'. A r n d t s (Κυριακοῦ), ἐνθ' ἄνωτ. § 239.

120) Β. Οἰκονομίδου, Γεν. Ἀρχαί § 42, Κ ρ α σ σ ᾶ - Π ρ ᾶ τ σ ι κ α, Σύ-

Ἡ Ἑλληνικὴ ἐπίδρασις ἐπὶ τῆς διαμορφώσεως τῆς πλάνης ἐν τῇ οὐσίᾳ

Τὸ ζήτημα τὸ ἀφορῶν εἰς τὸν εἰδικώτερον καθορισμὸν τοῦ φιλοσοφικοῦ συστήματος, κατ' ἐπίδρασιν τοῦ ὁποίου διεμορφώθη τὸ φιλοσοφικὸν θεώρημα τοῦ Οὐλπιανοῦ εἶναι ἐκ τῶν μᾶλλον συζητουμένων ἐν τῇ ἐπιστήμῃ.

Ἐπὶ τοῦ ζητήματος τούτου ἐν τῇ ἐπιστήμῃ τοῦ δικαίου κρατεῖ διαφωνία, ἄλλων μὲν δεχομένων τὴν ἐπίδρασιν τῆς φιλοσοφίας τῶν περιπατητικῶν, ἄλλων δὲ τῆς φιλοσοφίας τῶν στωικῶν.

Α. Γνώμη. Κατὰ τὴν πρώτην γνώμην ταύτην, ἡ προέλευσις τοῦ θεωρήματος τοῦ Οὐλπιανοῦ ὀφείλεται εἰς τὰς περὶ συστάσεως καὶ κατατάξεως τῶν πραγμάτων ἀπόψεις τῆς ἀριστοτελείου φιλοσοφίας. Τὴν ἐκδοχὴν ταύτην ὑποστηρίζει ὁ Ο. Lenel ἐν τῇ πολλαχού τῆς παρουσίας ἀναφερομένη μελέτῃ αὐτοῦ: Der Irrtum über Wesentliche Eigenschaften, δεχόμενος ὅτι ὁ ἐν τῷ χωρίῳ τῶν Πανδεκτῶν 18, 1, 9 § 2 ὅρος «οὐσία» ὑποδηλοῖ μίαν τῶν κατηγοριῶν τοῦ Ἀριστοτέλους καὶ ὅτι τὸ ἐν L. 9 § 2 ἐπιχείρημα «quia eadem proprie οὐσία est», ἀνάγεται εἰς τὴν ἀριστοτέλειον θεωρίαν τῆς «οὐσίας» τῶν ὄντων¹³² καὶ περαιτέρω, ὅτι κατὰ τὸν Ἀριστοτέλην ὅταν ἀντικειμένον τι ἀπόλλυσι μίαν ιδιότητα αὐτοῦ, διὰ τῆς «στερησεως» ταύτης δὲν ἀπόλλυσι καὶ τὴν ὑπόστασιν ἢ ὀρθότερον εἰπεῖν, τὴν οὐσίαν αὐτοῦ¹³³.

Οὕτω δέ, κατὰ τὸ ἐν τῇ L. 9 § 2 παράδειγμα, ὁ οἶνος δὲν ἀπόλλυσι τὴν ὑπόστασιν, τὴν οὐσίαν αὐτοῦ διότι κατέστη ὄξος, ἀλλ' ἐπῆλθεν ἐξ αὐτοῦ μία «μεταβολή», μία «ἀλλοίωσις» τοῦ οἴνου, εἰς τρόπον ὥστε τὸ ἐξ οἴνου ὄξος ἐν τῇ οὐσίᾳ αὐτοῦ νὰ εἶναι μεταβεβλημένος οἶνος. Ὑπὸ τὰς συνθήκας δὲ ταύτας ἡ πλάνη δὲν ἐπιδραῖ ἐπὶ τοῦ κύρους τῆς δικαιοπραξίας. Αἱ ἀπόψεις αὐταὶ τοῦ Lenel ὑποστηρίζονται καὶ ὑπὸ ἄλλων, παρ' ἡμῶν δὲ δέχονται ταύτας οἱ Μαριδάκης¹³⁴, Ζέπος¹³⁵, Χουβαρδᾶς¹³⁶.

Β. Γνώμη. Κατὰ τὴν δευτέραν γνώμην, ὑποστηριζομένην ὑπὸ τῶν Sokolowski¹³⁷, Rabel¹³⁸ κ.ἄ, παρ' ἡμῶν δὲ ὑπὸ τοῦ Πετροπούλου¹³⁹, τὸ θεώ-

132) Lenel, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 176.

133) Lenel, αὐτ.

134) Μαριδάκης, Αἰτιολογικὴ Ἐκθεσις - Σχεδ. Ἀστ. Κώδικος. - Γεν. Ἀρχαί σ. 182.

135) Π. Ζέπου, Εὐθύνη ἐξ ἄλλοτριῶν ἀδικῶν πράξεων κ.λ.π. Ἀθήνα (1937), σ. 37, σημ. 2.

136) Χουβαρδᾶς, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 23.

137) Sokolowski, ἐνθ' ἄνωτ. I, σ. 238.

138) E. Rabel, Grundzüge des römischen Privatrecht ἐν Holtzendorff's - Kohler Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (1915), I, § 110, σ. 500.

139) Πετροπούλου, Ἱστορία καὶ εἰσηγήσεις, § 60, σ. 496.

Ἐπὶ τοῦ Ἀριστοτέλους ἐν ταῖς κατηγορίαις αὐτοῦ ἀναφέρεται ἡ οὐσία ὡς μία τῶν δέκα κατηγοριῶν ¹⁴³, δηλαδὴ τῶν πρώτων δέκα ἐννοιῶν τῶν μὴ ὑποκειμένων εἰς ἄλλας γενικωτέρας ἐννοίας ¹⁴⁴, χαρακτηρίζεται δὲ ἡ οὐσία ὡς ἡ πρωτεύουσα τῶν ἄλλων κατηγοριῶν καὶ ὡς ἀποτελοῦσα τὴν προῦπθεσιν αὐτῶν ¹⁴⁵.

Γενικῶς δ' εἰπεῖν κατὰ τοὺς περιπατητικούς ἡ οὐσία τῶν ὄντων ἀποτελεῖ τὸ οὐσιῶδες, τὸ βασικὸν στοιχεῖον τὸ ἐνυπάρχον ἐν παντὶ πράγματι, τὸ παραμένον ἐν αὐτῷ σταθερὸν καὶ ἀναλλοίωτον, τὸ διατηροῦν τὰς ιδιότητες τοῦ ἀντικειμένου καὶ μὴ δυνάμενον νὰ ἀπολεσθῇ ¹⁴⁶. Οὕτω ἡ οὐσία, τὸ οὐσιῶδες στοιχεῖον τοῦ πράγματος, καθορίζει αὐτὸ ¹⁴⁷. Ἐκ τοῦ λόγου δὲ τούτου καὶ οἱ ἐκ τῶν Ρωμαίων νομικῶν ὀπαδοὶ τῆς σχολῆς ταύτης, ἐν οἷς καὶ ὁ Marcellus ¹⁴⁸, δέχονται, ὅτι διὰ τὴν ἰσχὺν τῶν bona fidea contractus ἤρκει ἡ συμφωνία in corpore, τῆς πλάνης περὶ τὴν οὐσίαν (in substantia) μὴ ἀσκούσης ἐπιρροὴν ἐπ' αὐτῶν ¹⁴⁹.

Κατὰ τοὺς στωικούς, ἐν ἀντιθέσει πρὸς τὴν ἀριστοτέλειον φιλοσοφίαν βαρύνουσαν σημασίαν ἔχει ἡ ὕλη ἥτις ταυτίζεται πρὸς τὴν οὐσίαν τῶν ὄντων: «οὐσίαν δὲ εἶναι τὴν τῶν ὄντων πάντων πρώτην ὕλην» ¹⁵⁰. Καίτοι δὲ ἡ ὕλη εἶναι

143) Ἀριστοτέλους, Κατηγορίαι § 4: «Ἐπὶ τῶν κατὰ μηδεμίαν συμπλοκὴν λεγομένων ἕκαστον ἦτοι οὐσίαν σημαίνει ἢ ποσὸν ἢ ποιὸν ἢ πρὸς τι ἢ ποῦ ἢ ποτὲ ἢ κείσθαι ἢ ἔχειν ἢ ποιεῖν ἢ πάσχειν» ἔστι δὲ οὐσία ὡς τύπος εἰπεῖν οἷον ἄνθρωπος, ἵππος.

144) Ἀνωγωνιάδου, ἐνθ' ἀνωτ. I σ. 275. Θεοδωρίδου, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 112 ἐπ.

145) Ἀριστοτέλους, Κατηγορίαι § 5. «Οὐσία δὲ ἐστὶν ἡ κυριώτατα τε καὶ πρώτως καὶ μάλιστα λεγομένη, ἢ μήτε καθ' ὑποκειμένου τινὸς λέγεται μήτ' ἐν ὑποκειμένῳ τινὶ ἐστίν, οἷον ὁ τις ἄνθρωπος ἢ ὁ τις ἵππος» δευτέραι δὲ οὐσίαι λέγονται ἐν οἷς εἶδеси αἱ πρώτως λεγόμεναι οὐσίαι ὑπάρχουσιν». Πάντως ἡ πρώτη αὐτὴ οὐσία τῶν κατηγοριῶν ὁ τις ἄνθρωπος, δὲν εἶναι ἡ πρώτη οὐσία τῶν μετὰ τὰ φυσικὰ, ἀλλ' ἀντιστοιχεῖ μὲ τὴν ὡς σύνολον οὐσίαν (Κ. Γεωργούλη, Πρώτη φιλοσοφία. Τὰ μετὰ τὰ φυσικὰ. Θεσσαλονίκη (1935). σ. 378). Περὶ τῆς ὑπὸ τοῦ Ἀριστοτέλους ἐν τοῖς ἔργοις αὐτοῦ. Τὰ μετὰ τὰ φυσικὰ καὶ τὰ φυσικὰ, ἀποδιδομένης σημασίας εἰς τὸν ὄρον οὐσία, βλ. Γεωργούλη, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 380 ἐπ. καὶ L. Robin ἐν A. Lalandre, Λεξικὸν φιλοσοφίας (μεταφρ. Φικιώρη). Ἀθήναι (1955), III σ. 1091, λ. οὐσία ἐπ.

146) Ἀνωγωνιάδου, αὐτ.

147) Πετροπούλου, αὐτ.

148) Dig. 18, 1, 9 § 2, ἐνθα ἱστορικῶς ἀναφέρεται ἡ ἀποψις τοῦ Marcellus.

149) Πετροπούλου, αὐτ. Ἱστορία τῆς Ἑλληνικῆς Φιλοσοφίας.

150) J. v. Armin, Stoicorum veterum fragmenta. Lipsiae (1824) I § 87. (Στοβαίου, Ἐκλ. I, 11, 5α) «Ζήνωνος» οὐσίαν δὲ εἶναι τὴν τῶν ὄντων πάντων πρώτην ὕλην, ταύτην δὲ πᾶσαν ἀίδιον καὶ οὕτε πλείω γιγνομένην οὕτε ἐλάττω...». (αὐτ. Διογεν. Λαέρτ. VII 150) «οὐσίαν δὲ φασὶν τῶν ὄντων ἀπάντων τὴν πρώτην ὕλην ὡς καὶ Χρύσιππος ἐν τῆ πρώτῃ τῶν φυσικῶν καὶ Ζήνων, ὕλη δὲ ἐστὶν ἐξ ὀτιδηποσοῦν γίνεται, καλεῖται δὲ διχῶς οὐσία τε καὶ ὕλη ἢ τε τῶν πάντων καὶ ἢ τῶν ἐπὶ μέρους...».

ἄποιοι, ὡς μηδεμίαν μορφήν ἔχουσα, τὰ πάντα ὁμῶς ἐξ αὐτῆς παράγονται¹⁵¹ καὶ ἀποτελεῖ αὕτη τὸ οὐσιώδες ἐν τῷ πράγματι¹⁵², παράγουσα ἅμα καὶ πάσας τὰς τῶν πραγμάτων ιδιότητας¹⁵³. Ἐν τῇ ὕλῃ ἐγκρίεται δύνამις κινήτικῃ προκαλοῦσα τὰς ιδιότητας τῶν πραγμάτων¹⁵⁴. Οὕτω οἱ ἐρανισταὶ τῆς ἰουστινιανείου κωδικοποιήσεως, γινώσκοντες τῆς στωικῆς φιλοσοφίας, φαίνεται ὅτι μᾶλλον ἐξ αὐτῆς ἐπηράσθησαν ἐν τῇ διαμορφώσει τοῦ θεωρήματος τοῦ Οὐλπιανοῦ περὶ τῆς πλάνης περὶ τὴν οὐσίαν, περὶ τὰς ιδιότητας (error in substantia) ἐν τοῖς *bona fidei contractus*, ταυτίσαντες αὐτὴν πρὸς τὴν error in corpore¹⁵⁵.

Εἰδικώτερον ἐπὶ τοῦ περιεχομένου τῶν διατάξεων τῶν L. 18, 1, 9 § 2 καὶ L. 11 καὶ 14.

§ 27. Α. Πλάνη ἐν τῇ οὐσίᾳ. Ἐκ τῶν ἀνωτέρω χωρίων τοῦ Οὐλπιανοῦ προκύπτει, ὅτι ἡ πλάνη περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ πράγματος (error in substantia, in materia)^{156α} περιλαμβάνει τὴν πλάνην περὶ τὴν ὕλην, δηλαδὴ περὶ τὴν ὑλικὴν ὑπόστασιν τοῦ πράγματος καὶ τὰς ιδιότητας αὐτοῦ.

Οἱ νομικοὶ τῆς περιόδου ταύτης τὴν πλάνην περὶ τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος, αἵτινες ἀποτελοῦσιν καὶ τὴν οὐσίαν αὐτοῦ, ἐξωμοίουν πρὸς τὴν πλάνην περὶ τὴν ταυτότητα τοῦ ἀντικειμένου (error in corpore)¹⁵⁶ ἐξελάμβανον δὲ ἐπιπλέον τὴν ἄλλαν ἀντ' αὐτῆς ἔχον ὑπόστασιν ἀντιπρόσθετον ὡρισμένης ιδιότητος ἢ ἄλλην ἀντ' αὐτῆς ἄλλου (aliud κείμενον, ὡς διάφορον πρᾶγμα τοῦ συμφωνηθέντος, ὡς ἄλλο ἀντ' ἄλλου (*aliud pro alio venisse videtur*) καὶ ἐθεώρουν τὴν τοιαύτην μονομερῆ ἢ ἀμφοτέρων τῶν συμβαλλομένων πλάνην, ὡς καθιστῶσαν ἄκυρον τὴν δῆλωσιν τῆς βουλήσεως τοῦ δικαιοπρακτοῦντος¹⁵⁷. Ἡ ιδιότης ἀποτελεῖ εἰδοποιὸν διαφορὰν^{157α}.

Οἱ *compilatores* ἐν τῷ θεωρήματι τοῦ Οὐλπιανοῦ προσέδωκαν εἰς τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος πρωτεύουσαν σημασίαν κατὰ τοῦτο δὲ οὗτοι ἀφί-

151) Βορέα, ἐνθ' ἀνωτ. § 28. 5. Ἀντωνιάδου, ἐνθ' ἀνωτ. I § 101.

152) Αἰτίν, ἐνθ' ἀνωτ. II § 325 (Aetius plac. 1, 9, 7) «Οἱ Στωικοὶ σῶμα τὴν ὕλην ἀποφαίνονται. Πετροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ. § 60. Ὅντα δὲ κατὰ τοὺς στωικοὺς εἶναι μόνον τὰ σώματα, διότι κατ' αὐτοὺς τὸ ὄν εἶναι τὸ δρῶν ἢ τὸ πάσχον τὴν ιδιότητα. Βλ. E. Zeller - W. Nestle, (μεταφρ. Θεοδωρίδου), σ. 275.

153) Βορέα, ἐνθ' ἀνωτ. Πετροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ.

154) Βορέα, ἐνθ' ἀνωτ. Ἀντωνιάδου, ἐνθ' ἀνωτ.

155) Πετροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ.

155α) Ἡ πλάνη περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ πράγματος ἀπαξ μόνον χαρακτηρίζεται ὡς substantia (Dig. 18, 1, 9 § 2), ἐμφανίζεται δὲ ὡς ταυτόσημος πρὸς τὴν materia (L. 11, καὶ L. 14) Savigny, System III § 137. Ἄλλως ὁ Χουβαρδᾶς, ἐνθ' ἀνωτ. § 3

156) Κρασσᾶ - Πράτσικα, ἐνθ' ἀνωτ. § 160. Kaser, ἐνθ' ἀνωτ. § 58. II.

157) Dig. 18, 1, 9 § 2.

157α) E. Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuch. München (1910), σ. 262.

στανται τῆς διδασκαλίας τῶν στοικῶν, οἵτινες τὰς ιδιότητας - ποιότητας (qualitas) τοῦ πράγματος ἐθεώρουν ὡς δευτερεύοντες συντελεστάς ἐν τῷ καθορισμῷ αὐτοῦ ¹⁵⁸.

Ἡ ὑπὸ τῶν ἐραριστῶν ἐν τοῖς Πανδέκταις τοῦ Ἰουστινιανοῦ διὰ τῶν ἀνωτέρω χωρίων τοῦ Οὐλπιανοῦ, ἀναγωγή τῶν ιδιοτήτων τοῦ πράγματος εἰς πρωτεύοντας συντελεστάς διὰ τὸν καθορισμὸν αὐτοῦ μὲ τὰς λόγῳ πλάνης περὶ αὐτὰς συνεπειὰς τῆς ἀκυρότητος τῶν δικαιοπραξιῶν, προφανῶς ὑπηρεοεῦθη ἐκ τῆς ἀντιλήψεως, ὅτι αἱ συνηθέστερον ἀπαντῶσαι ἐν ταῖς συναλλαγαῖς περιπτώσεις πλάνης, αἱ ἄξιαι προσοχῆς, λόγῳ τῶν οἰκονομικῶν συνεπειῶν ἄς συνέπῃγοντο διὰ τοὺς συμβαλλομένους, ἦσαν αἱ ἀφορῶσαι εἰς τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος.

Τὰς περιπτώσεις δὲ ταύτας τῆς πλάνης οἱ συντάκται τῆς κωδικοποιήσεως ὀρθῶς ἐθεώρησαν ὡς δεομένης νομοθετικῆς ρυθμίσεως καὶ προέβησαν εἰς τὴν διὰ τῶν παρεμβλημάτων εἰς τὰ ἐν τῇ κωδικοποιήσει περιληφθέντα ὡς ἄνω ἀποσπάσματα ἐκ τῶν ἔργων τοῦ Οὐλπιανοῦ ρύθμισιν τούτων.

Ἄτυχῶς οἱ ἐραρισταὶ δὲν ἐνηρμόμισαν πρὸς τὰ ἀνωτέρω καὶ τὰ ἄλλα περιληφθέντα ἐν τοῖς Πανδέκταις χωρία, τὰ σχέσιν ἔχοντα πρὸς τὴν πλάνην περὶ τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος, καὶ οὕτω ἀνέκυψαν ὠρισμένα δυσχέρεια ἐπὶ τοῦ θέματος τούτου. Ἀλλὰ παρὰ πάντα ταῦτα ἐν τῇ ἐπιστήμῃ ἐπεκράτησεν τὸ θεώρημα τοῦ Οὐλπιανοῦ περὶ τῆς πλάνης περὶ τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος ¹⁵⁹.

158) Ἄνωτ. § 28. Πετροποῦλου, ἐνθ' ἄνωτ., § 60 σ. 497.

159) Κρασσᾶ - Πράσιχα, ἐνθ' ἄνωτ. § 160. Μομφερράτου, Ἐνοχικῶν § 104. Regelsberger - Πράσιχα, ἐνθ' ἄνωτ. § 142. Windscheid - K i r p, ἐνθ' ἄνωτ. § 76α σημ. 7. Ἀπεκρούσθη δὲ ἡ γνώμη τοῦ Zitelmann, Iratum und Rechtsgeschäft, σ. 560 ἐπ. ὑποστηρίζαντες ὅτι ἡ γνώμη τοῦ Οὐλπιανοῦ ὑπῆρξεν μεμονομένη, ἀπάντων τῶν ἄλλων Ρωμαίων νομικῶν δεχομένων τὴν πλάνην περὶ τὰς ιδιότητας ὡς μὴ ἀκούσαν ἐπιτροπὴν ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν. Ἦδη ἀπὸ τοῦ Savigny ὑπὸ τῶν ρωμαϊστῶν ὠρισμένα χωρία τῶν Πανδεκτῶν περιέχοντα διατάξεις μὴ ἐναρμονιζομένας πρὸς τὸ θεώρημα τοῦ Οὐλπιανοῦ περὶ πλάνης ἐν τῇ οὐσίᾳ, error in substantia, ἡρμηνεύθησαν κατὰ τρόπον ἐπαμβλύνοντα τὴν ἀντίφασιν. Ταῦτα ἀντιπροσωπευτικὰ χωρία τῶν Πανδεκτῶν εἶναι τὰ κάτωθι:

α) (Paulus) Dig. 18, 1, 10.: Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet». Βασ. 19, 1, 9: «Ἐὰν ἦτον δόκιμος ἐστὶν ὁ πρᾶσις χρυσός, παρ' ὃ ὁ ἀγοραστὴς ἠλιπίζεν, ἐρρωται ἡ πρᾶσις». Εἰς τὸ χωρίον τοῦτο ἀπεδόθη ἡ ἔννοια τῆς ἐπουσιώδους πλάνης περὶ τὰς ιδιότητας (Οἰκονομίδου, Γεν. Ἀρχαί, § 42, σημ. 7).

β) (Paulus) Dig 19, 1, 21 § 2: «Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti

Ἄντιθέτως ἐπουσιώδεις ιδιότητες εἶναι αἱ μὴ ὀρίζουσαι τὴν οὐσίαν τοῦ πράγματος ἢ τοῦ γένους, ὡς τὸ γλυκὺ τοῦ οἴνου, ἢ παρθενία τῆς δούλης ¹⁶¹.

Ἡ πλάνη περὶ τὴν ποιότητα τοῦ πράγματος συμπίπτει μὲ τὴν πλάνην περὶ τὰς ιδιότητας αὐτοῦ, ἐπὶ δὲ ἀγοραπωλησίας καὶ μισθώσεως ἡ πλάνη περὶ τὸ τίμημα καὶ τὸ μίσθωμα ἐξομοιοῦται πρὸς τὴν error in corpore, ὅταν τοῦτο εἶναι ἔλασσον τοῦ ἀξιουμένου ὑπὸ τοῦ πιστωτοῦ ¹⁶².

Τὸ πρόβλημα τῆς οὐσιώδους πλάνης διαφόρως ἔχει ἐπὶ ἐνεχυράσεως καὶ ἐπερωτήσεως, διότι ἡ σύμβασις θεωρεῖται πάντοτε ἰσχυρά ¹⁶³. Ἡ λύσις αὐτῆ ὑπαγορεύεται ἐκ λόγων ἀναγομένων εἰς τὴν ἀνάγκην τῆς ἀσφαλείας τοῦ ἐνεχυρούχου πιστωτοῦ, ὅστις δέον νὰ μὴ στερηθῇ τῆς ἀσφαλείας ἣν συνιστᾷ τὸ δοθὲν αὐτῷ ἐνέχυρον μὲ τὴν δικαιολογίαν, ὅτι τὸ εἰς ἐνέχυρον δοθὲν δοχεῖον ἐνῶ ἦτο χάλκινον, ἐπίστευεν ὅτι ἦτο χρυσοῦν ¹⁶⁴.

Δικαιοπρακτικὴ εἶναι ἡ περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας πλάνη.

§ 29. Ἀμφισβητεῖται ἐν τῇ ἐπιστήμῃ τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου, ἐὰν ἡ πλάνη περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας τοῦ ἀντικειμένου τῆς παροχῆς, κατὰ τὴν ἰδιόζουσαν φύσιν αὐτῆς, ἔδει νὰ ὑπαχθῇ εἰς τὸ εἶδος τῆς οὐσιώδους πλάνης ἢ εἰς τὸ τῆς πλάνης περὶ τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἷτια. Ἐπὶ τοῦ ζητήματος τούτου δύο ἐξηγήθησαν γινῶμαι.

Α. Γνώμη. Κατὰ τὴν πρώτην τῶν ἀνωτέρω ἐκδοχῶν, ὑποστηριχθεῖσαν ὑπὸ τοῦ Savigny ¹⁶⁵, ἡ πλάνη περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας τοῦ πράγματος ὑπάγεται εἰς τὴν κατὰ τὴν ὁρολογίαν αὐτοῦ, μὴ γνησίαν πλάνην (unechter Irrtum) ¹⁶⁶, δηλαδή τὴν οὐσιώδη, τὴν δικαιοπρακτικὴν, ἣτις ἐπάγεται ἀκυρότητα τῶν δικαιοπραξιῶν. Προφανῶς ὁ ἡγέτης τῆς ἱστορικῆς Σχολῆς ἤχθη εἰς τὴν ἐκδοχὴν ταύτην ἐκ τῶν σαφῶν διατάξεων τῶν Dig. 18, 1, 9 § 2 καὶ αὐτ. L 11 καὶ 14, δι' ὧν ὀρίζεται ὅτι ἐμφιλοχωρούσης τῆς error in substantia, in

161) Kaser, αὐτ. Κρασσᾶ-Πράτσια, ἐνθ' ἄνωτ. § 160.

162) Dig. 18, 1, 9 14. Χουβαρδᾶ, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 22. Dernburg (Δουβουινιώτου) ἐνθ' ἄνωτ. § 132 σημ. 9. Monier, ἐνθ' ἄνωτ. II, σ. 80.- ἄλλως ὁ P. Girard-F. Senn, Manuel élémentaire de droit romain. Paris (1929) σ. 491, 501, δεχόμενος ὅτι substantia σημαίνει μόνον τὰς ιδιότητας τοῦ πράγματος.

163) (Ulpianus) Dig. 13, 7, 1 § 2. (Paulus) Dig. 45, 1, 22. Monier, ἐνθ' ἄνωτ. II σ. 80. Ὁ Οὐίκονομιδης, ἐνθ' ἄνωτ. § 42, σημ. 7 χαρακτηρίζει τὴν πλάνην ταύτην ἐπουσιώδη.

164) Dernburg (Δουβουινιώτου), ἐνθ' ἄνωτ. § 132, σημ. 11. Monier, αὐτ.

165) Savigny, System, III. §§ 137, 138.

166) Κατωτ. § 32.

materia, ἀκυροῦται ἡ δικαιοπραξία. Τὴν ἐκδοχὴν δὲ ταύτην ἀκολουθοῦσιν οἱ πλεῖστοι τῶν ρωμαϊστῶν τοῦ παρελθόντος αἰῶνος¹⁶⁷, ὡς καὶ πολλοὶ τῶν συγχρόνων ἱστορικῶν τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου¹⁶⁸.

Β. Γνώμη. Ἐν πλήρει ἀντιθέσει πρὸς τὴν ἀνωτέρω ἐκδοχὴν ὑπεστήριξθη ὑπὸ τοῦ Zitelmann, τοῦ καὶ ψυχολογικῶς ἐρευνήσαντος τὸν θεσμόν τῆς πλάνης¹⁶⁹, ὅτι ἡ παράστασις τῶν ἰδιότητων τοῦ πράγματος τῆς παροχῆς δὲν ἀποτελεῖ στοιχεῖον τῆς βουλήσεως τοῦ δικαιοπρακτοῦντος, ἀλλὰ μόνον παραγωγικὸν αἴτιον τῆς βουλήσεως αὐτοῦ¹⁷⁰, διότι ἐφ' ὅσον τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχῆς ἔχει ἐξατομικεῦσθῃ ἡ ἐκδηλωθεῖσα βούλησις σκοπεῖ μόνον τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχῆς οὐχὶ δὲ καὶ τὸ ποῖον αὐτοῦ, τὸ πρᾶγμα αὐτὸ τοῦτο ὡς ἔχον ὀρισμέναν ἰδιότητα¹⁷¹. Τέλος, ὁ Zitelmann διὰ τὴν ἐναρμονίαν τὴν θεωρίαν αὐτοῦ πρὸς τὴν ὑπὸ τῶν ἀνωτέρω διατάξεων τῶν πηγῶν ἐπὶ τῆς error in substantia παρεχομένην ἀντίθετον λύσιν, δέχεται ὅτι δι' αὐτῶν δημιουργεῖται εἰδικὴ ἐξαιρέσις εἰς τὰ κρατοῦντα ἐπὶ τῆς πλάνης περὶ τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἴτια¹⁷².

§ 30. Κρίσις περὶ τῆς ὀρθότητος τῶν ἄνω γνώμων. Κρίνοντες ἤδη περὶ τῆς ὀρθότητος τῶν ἀνωτέρω γνώμων, παρατηροῦμεν κατ' ἀρχήν, ὅτι τὸ ζήτημα δὲν εἶναι ψυχολογικόν, ὡς ὁ Zitelmann δέχεται, ἀλλὰ καθαρῶς νομικόν¹⁷³. Οὕτω ὁ Zitelmann μεταπίπτει εἰς ἄτοπον διαστέλλων τὸ ἀντικείμενον τῆς παροχῆς ἀπὸ τῶν ἰδιότητων αὐτοῦ, δεχόμενος ὅτι διὰ πᾶν ἀντικείμενον ὕφίστανται δύο παραστάσεις, ἐξ ὧν ἡ μία ἀφορᾷ εἰς τὸ κυρίως ἀντικείμενον τῆς παροχῆς, ἡ δὲ ἑτέρα εἰς τὰς ἰδιότητας αὐτοῦ. Τοιοῦτος ὅμως διαχωρισμὸς τῶν παραστάσεων μεταξὺ τοῦ ἀντικειμένου τῆς παροχῆς καὶ τῶν ἰδιότητων αὐτοῦ, ἐν τοῖς πράγμασι δὲν εἶναι νοητός, διότι ἐν πάσῃ δικαιοπραξίᾳ ὁ δηλῶν ὅτι θέλει ἀντικείμενόν τι, ἀσφαλῶς θέλει τοῦτο μετὰ

167) Windscheid-Kipp, ἐνθ' ἀνωτ. I § 76α. ε. καὶ σημ. 7. Dernburg-(Δυο βουνοῦ τού), ἐνθ' ἀνωτ. § 132. 4γ. Regelsberger-Πράτσια, ἐνθ' ἀνωτ. § 142. Κρασσᾶ-Πράτσια, ἐνθ' ἀνωτ. I § 160, Μομφερράτου, Γεν. Ἀρχαί § 108, II. Τοῦ αὐτοῦ, Ἐνομικόν § 81 ἐπ. § 104 ἐπ., H. Titze, Von sogenante Motivirrtum ἐν Fest. E. Heymann, Weimar (1940), II, σ. 80.

168) Πετροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ. § 60. Jörs-Kunkel-Wenger, ἐνθ. ἀνωτ. § 62. Kaser, ἐνθ' ἀνωτ. § 58.

169) Zitelmann. Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) passim.

170) Zitelmann, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 442 ἐπ. σ. 490 καὶ σ. 549. Τὴν ἐκδοχὴν ταύτην δέχονται τινὲς τῶν νεωτέρων ἱστορικῶν, ἐν οἷς καὶ ὁ Siber, ἐνθ' ἀνωτ. II, σ. 435.

171) Zitelmann, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 438 ἐπ.

172) Titze, ἐνθ' ἀνωτ. II σ. 80.

173) H. Brauer, Der Eigenschaftsirrtum. Hamburg (1941) σ. 20. Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf. Münster (1948) σ. 32.

των κατὰ κοινήν αντίληψιν ὀρισμένων αὐτοῦ ἰδιωτήτων¹⁷⁴, καὶ ἐὰν εἰδικῶς δὲν συνεφωνήθησαν αἱ ἰδιότητες αὐταί, ἡ ὑπαρξίς αὐτῶν θεωρεῖται ἐξυπακουομένη.

Ἐφ' ὅσον ὅμως ὁ Savigny καὶ ὁ Zitelmann ἐκ τῶν αὐτῶν διατάξεων τῶν πηγῶν ὀρμώμενοι καταλήγουσιν εἰς τὰς ἄνω ἀφισταμένας ἀπ' ἀλλήλων ἐκδοχάς, νομίζομεν, ὅτι εἰς τὴν λύσιν τοῦ ζητήματος τούτου θὰ ἠδύνατο νὰ συμβάλῃ ἡ ἱστορικὴ ἔρευνα τῶν διατάξεων τῆς πλάνης περὶ τὰς ἰδιότητας. Πράγματι ἡ πλάνη περὶ τὰς ἰδιότητας ἐν τῷ δικαίῳ τῆς κλασσικῆς περιόδου ὑπήγετο εἰς τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἷτια, ἡ ἐπακολουθήσασα ὅμως ὑπὸ τῶν ἐραριστῶν τοῦ Ιουστινιανείου δικαίου συμπλήρωσις τῶν περὶ πλάνης διατάξεων διὰ τοῦ θεωρήματος τοῦ Οὐλπιανοῦ, ὡς ἀνεπτύχθη ἀνωτέρω, ἀπεσκόπει εἰς τὴν νομοθετικὴν ρύθμισιν τοῦ κατ' ἐξοχὴν ἀπαντῶντος ἐν ταῖς συναλλαγαῖς προβλήματος τῆς πλάνης περὶ τὰς οὐσιώδεις ἰδιότητας τοῦ πράγματος. Ὑπὸ τὰς συνθήκας δὲ ταύτας ὀρθότερον εἶναι νὰ δεχθῶμεν ὅτι οἱ ἐραρισταὶ ἠθέλησαν εὐθέως νὰ θεσπίσωσι κανόνα δικαίου ρυθμίζοντα τὴν ἀνωτέρω εἰδικὴν καὶ λίαν σημαντικὴν διὰ τὰς συναλλαγὰς περίπτωσιν τῆς πλάνης¹⁷⁵ καὶ οὐχὶ τὴν καθιέρωσιν ἐξαίρεσεως εἰς τὰς διατάξεις τὰς ἀφορώσας εἰς τὴν πλάνην περὶ τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἷτια¹⁷⁶. Πάντως τὸ ζήτημα, ἐφ' ὅσον αἱ διστάμεναι γινώμει, ὡς πρὸς τὰ ἀποτελέσματα τῆς πλάνης ταύτης συμπιπτουσιν, δεχόμεναι ὡς συνέπειαν ταύτης τὴν ἀκυρότητα τῶν δικαιοπραξιῶν, προφανὲς εἶναι ὅτι στερεῖται πρακτικῆς σημασίας¹⁷⁷.

Παρὰ πάντα ταῦτα ὅμως αἱ ἐπιδράσεις ἐκ τῆς θεωρίας τοῦ Zitelmann δὲν ἐξέλιπον, διότι ἐξακολουθεῖ ἡ ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω ζητήματος διαφωνία, θεωρητικὸν πάντοτε χαρακτῆρα ἔχουσα, καὶ παρὰ τοῖς ἐρμηνευταῖς τῶν νεωτέρων κωδικοποιήσεων¹⁷⁸.

174) Ἄραβαντινοῦ, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 46 ἐπ. Flum e, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 32.

175) Flum e, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 70.

176) Τὸ ἀνωτέρω πρόβλημα διὰ τὰς νεωτέρας νομοθεσίας, ὡς ζήτημα νομοθετικῆς πολιτικῆς δέχεται ὁ Brauer ἐνθ' ἄνωτ.

177) Titze, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 80.

178) Τὴν ἐκδοχὴν τοῦ Savigny περὶ τῆς ὑπαγωγῆς τῆς πλάνης περὶ τὰς ἰδιότητας προσώπου ἢ πράγματος εἰς τὴν οὐσιώδη δικαιοπρακτικὴν πλάνην, ἐν Γερμανίᾳ ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τῆς ἐκ τῆς Ιουστινιανείου κωδικοποιήσεως ἐπιρρασθεῖσης § 119 ἐδ. 2 τοῦ Γερμ. ΑΚ. δέχονται πολλοὶ τῶν νεωτέρων συγγραφέων, ἐν οἷς οἱ Walter Schmidt - Rimpler, Eigenschaftsirrthum und Erklärungsirrthum in Fest. H. Lehmann. Berlin - Tübingen (1956) σ. 214. Titze, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 81, ἐνθα καὶ περαιτέρω βιβλιογραφία. Schefold, ἐν Arch. f. civ. Praxis τ. 109. σ. 257. Ἐνῶ Flum e, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 213 καὶ Brauer, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 87, ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τῆς § 119 ἐδ. 2 δέχονται ὅτι συνήθως ἡ πλάνη περὶ τὰς ἰδιότητας εἶναι πλάνη περὶ τὴν δόλωσιν. Παρ' ἡμῖν ὁ Ἄραβαντινός (ἐνθ' ἄνωτ. σ. 46) ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ σχετικοῦ ἀρθροῦ 142 Α.Κ. δέχεται τὴν πλάνην περὶ τὰς ἰδιότητας ὡς πλάνην

Γενικὴ θεωρία περὶ πλάνης.

§ 31. Α. Ἐν τῇ ἰουστινιανείῳ Κωδικοποιήσει. Παρὰ τὴν λίαν σημαντικὴν ἐξέλιξιν ἣν ἔσχεν ὁ θεσμός τῆς πλάνης ἐν τῇ ἰουστινιανείῳ κωδικοποιήσει, ἐν τούτοις δὲν ἐπετεύχθη καὶ τῇ νομοθεσίᾳ ταύτῃ ἡ ἀνάπτυξις γενικῆς τινος θεωρίας περὶ πλάνης, δυναμένης νὰ τύχη ἐφαρμογῆς ἐπὶ πασῶν τῶν περιπτώσεων τῆς πλάνης¹⁷⁹. Τοῦτο, ὡς παρετηρήθη, προκύπτει καὶ ἐκ τῶν σχετικῶν τίτλων τῆς Κωδικοποιήσεως Dig. 22, 6 καὶ C. 1, 18. «*de iuris et facti ignorantia*»¹⁸⁰, ὀφείλεται δὲ καὶ εἰς τὴν τάσιν βεβαίως τῶν Ρωμαίων νομικῶν, οἵτινες ἔτεινον πρὸς τὴν περιπτωσιολογίαν, ἀλλὰ καὶ εἰς αὐτὰ τὰ ἀπαντώμενα περιστατικὰ τῆς πλάνης, ἅτινα ὡς ἐκ τῆς φύσεώς αὐτῶν ἀπέκλειον τὴν κατασκευὴν θεωρίας δυναμένης νὰ τύχη ὁμοιομόρφου ἐφαρμογῆς ἐπὶ τῶν πράξεων τελευταίας βουλήσεως καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων ἐν ζωῇ δικαιοπραξιῶν¹⁸¹. Πάντως ὅμως ἐμφανῆς ὑπῆρξεν ἡ τάσις τῶν συντακτῶν τῆς Κωδικοποιήσεως, ὅπως κατὰ τὸ δυνατόν, περιορισθῶσιν αἱ λόγῳ πλάνης ἀκυρότητες.

περὶ τὴν δῆλωσιν τῆς βουλήσεως. ‘Ο Γαλλικὸς Ἀστικὸς Κώδιξ, τὸ ἄρθρ. 1110, τὸ ἀναφερόμενον εἰς τὴν πλάνην περὶ τὰς ἰδιότητας, παρέλαβε ἐκ τοῦ ἰουστινιανείου δικαίου. Ἡ Γαλλικὴ νομολογία καὶ ἡ θεωρία ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ ἄρθρου 1110 δέχεται τὴν ἀνωτέρω ἐκδοτικὴν νομολογίαν καὶ ἡ θεωρία ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ ἀντικειμένου (‘Αραβαντινοῦ σ. 46). χῆν ἐπὶ τῆς πλάνης περὶ τὰς οὐσιώδεις ἰδιότητας τοῦ ἀντικειμένου (‘Αραβαντινοῦ σ. 46). Ἀντιθέτως ὑπαγογὴν τοῦ ἀνωτέρω εἶδους τῆς πλάνης εἰς τὴν περὶ τὰ κίνητρα πλάνην, ἐξωμοιουμένην ὅμως πρὸς τὴν οὐσιώδη ἐκ λόγων ἐπιεικειᾶς καὶ χάριν τῶν συναλλαγῶν, συνεπιεῖα τῆς διατυπώσεως τοῦ ἐδ. 2 τῆς § 119 Γερμ. Α. Κ., δηλαδὴ, ὡς ἐξαίρεσιν τοῦ κανόνος, δέχονται ἐν Γερμανίᾳ οἱ Flad, *Geschäftsirrtum in der neueren Rechtsprechung* des Reichsgerichts en Abschrift aus E. Brumke zum 65 Geburtstag Berlin (1939) σ. 244. Ennecceus - Nipperdey, ἐνθ’ ἀνωτ., I § 157. A. Lehmann, *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin (1952) § 34, III, 1 e, σ. 254. Ἐν τῷ ‘Ελβετικῷ δικαίῳ τῶν ἐνοχῶν ἐν ἄρθρ. 24 § 4 καθιεροῦται ἡ πλάνη περὶ τὴν βάσιν τῆς συμβάσεως, θεωρεῖται ὅτι ἡ πλάνη περὶ τὰς ἰδιότητας κατὰ βάσιν ἀναφέρεται εἰς τὰ παραγωγικὰ τῆς βουλήσεως αἷτια. Theo Cuhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*. Zürich (1948) § 16, III. A. v. Tuhr - Siegwart, *Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrecht*. - Erster Handlung. Zürich (1942) § 37, VI, σ. 275. Χουβαρδᾶ, ἐνθ’ ἀνωτ. σ. 97. N. Rappold, *Der Irrtum über Grundlage eines Vertrages in Schweizerischen Obligationenrecht* 1927, σ. 33 ἐπ. 41. Καὶ ἐκ τῶν ἡμετέρων οἱ Μπαλῆς, Γεν. Ἀρχαί (1950) σ. 132, Λιτζερόπουλος, *Εἰσηγήσεις Ρωμαϊκοῦ Δικαίου*, Ἀθήναι (1943) § § 310, 317. ‘Ο αὐτὸς ἐν EEN ιγ’, σ. 143. Χουβαρδᾶς, ἐνθ’ ἀνωτ. Μέρος II Β, II, σ. 104 ἐπ. Ἐπάρχουσιν ἐν Γαλλίᾳ καὶ οἱ ἐρευνητῆς τὴν πλάνην περὶ τὰς ἰδιότητας ὡς ψυχολογικὸν φαινόμενον. J. Carbonnier, *Droit civil*. Paris (1964), II, No 102.

179) Savigny, *System* III, Teil. IV, σ. 340. Πετροπούλου, ἐνθ’ ἀνωτ. § 60 σ. 495.

180) Πετροπούλου, αὐτ.

181) Πετροπούλου, αὐτ.

§ 32. Β. Ἐν τῇ ἐπιστήμῃ τῶν νεωτέρων χρόνων. Κατὰ τοὺς νεωτέρους χρόνους πρῶτος ὁ Savigny ἐθεμελίωσε θεωρίαν περὶ πλάνης διαστείλας τὴν πλάνην τὴν περιέχουσαν διάστασιν μεταξύ βουλήσεως καὶ δηλώσεως, ἣν ἀπεκάλεισεν διὰ τοῦ ἀδοκίμου ἕρου (νόθος πλάνη) («*unechtler»*)¹⁸², ἥτις οὐσιώδης οὕσα ἐπάγεται ἀκυρότητα τῶν δικαιοπραξιῶν, ἀπὸ τῆς πλάνης ἐν τοῖς ἐλατηρίοις, («*γνησία πλάνη*») (Echter Irrtum) τῆς μὴ ἐπιδρώσης ἐπὶ τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν. Διὰ τῆς διακρίσεως ταύτης ὁ Savigny μεγίστην προσέφερεν ὑπηρεσίαν τῇ ἐπιστήμῃ¹⁸³. Τὴν θεωρίαν ταύτην μετέπειτα ἐθεμελίωσε ὁ Zitelmann καὶ διὰ τῆς ψυχολογικῆς ἀναλύσεως τῆς ἐνοίας τῆς πλάνης ἐν τῇ πολλαχθῶς τῆς παρουσίας ἀναφερομένης πραγματείας αὐτοῦ: («*Irrtum und Rechtsgeschäft*»). Τὸ οὐσιώδες ὅμως τῆς πλάνης ἐν τῇ δηλώσει καὶ πάλιν ἐπὶ ἐξωτερικῶν κριτηρίων ἐστηρίζετο, ὡς καὶ ἐν τῇ Ιουστινιανείῳ κωδικοποιήσει, ἐμπειρικῶς λυομένου τοῦ ζητήματος δι' ἀναφορᾶς εἰς τὰς μᾶλλον συνήθεις περιπτώσεις τῆς πλάνης. Οὕτω ἡ οὐσιώδης πλάνη ἀναφέρεται εἰς τὴν *error in corpore, in persona, in negotio καὶ in substantia*¹⁸⁴. Τὰ ἀνωτέρω δὲ ἀντικειμενικὰ κριτήρια τῆς οὐσιώδους πλάνης ἐδέχθη καὶ ἡ ἀρχαιότερα ἐπιστήμη τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου, διατηρήθησαν δὲ ταῦτα ἐν Γερμανίᾳ καὶ ἐν τῷ κοινῷ δικαίῳ (Gemeines Rechtes)¹⁸⁵. Ἡ ἀνάγκη δὲ τῆς διακρίσεως τῆς πλάνης εἰς οὐσιώδη καὶ μὴ, διατηρεῖτο καὶ ἐν τῷ νεωτέρῳ ρωμαϊκῷ δικαίῳ, διότι ἰσχύοντος ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ τῆς θεωρίας ἢ τοῦ δόγματος τῆς βουλήσεως, Willenstheorie ἢ Willensdogma¹⁸⁶, ἐὰν ἐτίθεντο ἐν ἰσοτιμίᾳ πάντες

182) Savigny, System III § 135, σ. 263 καὶ Beil. VI, σ. 340. Πρόκειται περὶ ἀνεπιγνώτου διαστάσεως βουλήσεως καὶ δηλώσεως.

183) Windscheid - Kipp, ἐνθ' ἀνωτ. I §, 76 σημ. 1, Titze, ἐνθ' ἀνωτ. II, σ. 77. Ἡ διακρίσις τῆς πλάνης ταύτης εἶναι γνωστὴ ἐν τῇ νεωτέρᾳ ὀρολογία ὡς πλάνης ἐν τῇ δηλώσει (Erklärungsirrtum) καὶ ὑπὸ τῶν συγχρόνων, ὡς δικαιοπρακτικῆ πλάνη (Geschäftsirrtum) καὶ τῆς περὶ τὰ κίνητρα πλάνης (motiveirrtum) ἢ ἐξῶδικαιοπρακτικῆς βλ. καὶ ἀνωτ. § 1 σημ. 1.

184) Πετροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ. § 60, II. Titze, ἐνθ' ἀνωτ. II, σ. 75.

185) Savigny, System, III § 136 σ. 268. Arndts, ἐνθ' ἀνωτ. II § 239. G.P. Uebt. a, Pandekten. Leipzig (1853) § 65. Παρατηρήθη ὁμοσ καὶ τάσις τῶν νεωτέρων Πανθετικῶν πρὸς καθιέρωσιν ὑποκειμενικῶν κριτηρίων ἢ μεικτῶν διὰ τὸν καθορισμὸν τῆς οὐσιώδους πλάνης. Windscheid - Kipp, ἐνθ' ἀνωτ. I § 76. Dernburg - (Δουβουινώτου), ἐνθ' ἀνωτ. § 132, 4. Regelsberger - Πράτσικα, ἐνθ' ἀνωτ. § 158. Μομφερράτου, Ἐνοχικὸν § 104, Λιτζεροπούλου, Εἰσηγήσεις § 312.

186) Ἡ θεωρία ἢ τὸ δόγμα τῆς βουλήσεως, καθ' ἣν ἐμφανιζομένης διαστάσεως μεταξύ τοῦ ἀντικειμενικῶς δηλωθέντος καὶ τοῦ υποκειμενικῶς ὑπὸ τοῦ γεννήτορος τῆς πράξεως βουληθέντος, εἶτε διότι τὸ βουληθὲν δὲν ἀποτελεῖ τὸ περιεχόμενον τῆς ἀληθοῦς βουλήσεως εἶτε διότι δὲν εἶναι ἠβελημένη καθ' ἑαυτὴν ἢ πράξις τῆς δηλώσεως, ἢ βούλησις εἶναι τὸ βαρῦνον. Ἡ δὲ δηλώσις ἐρμηνευτέα εἶναι κατὰ τὴν ἀληθῆ βούλησιν τοῦ δηλοῦντος. Ἡ θεωρία αὕτη διεμορφώθη πλήρως ὑπὸ τὴν ἐπὶ τῆρειαν τῆς σχολῆς τῆς Βηρυτου (βλ. ἀνωτ. § 15). Ἡ θεωρία ἢ τὸ δόγμα τῆς βουλήσεως ἐκυριάρχει μέχρι τῶν μέσων τοῦ παρελθόντος αἰῶνος.

ἀλλὰ καὶ πασῶν τῶν νεωτέρων νομοθεσιῶν, εἶναι ἡ ὕσον ἔνεστι διάσωσις τοῦ κύρους τῶν δικαιοπραξιῶν χάριν τῆς ἀσφαλείας τῶν συναλλαγῶν. Ἐξ ἄλλου αἱ νεώτεροι νομοθεσίαι τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης, ἐξαιρουμένης τῆς Ἀγγλικῆς, ἐν ἧ δὲν εἶναι γνωστός ὁ θεσμός τῆς πλάνης ἀλλὰ μόνον ὁ τῆς λανθανούσης ἀσυμφωνίας, παρανοήσεως (dissens)¹⁸⁷, ἠκολούθησαν κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἦσαν τὸ σχῆμα τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου¹⁸⁸. Ἐν αὐταῖς ἀπαιτεῖται τὸ στοιχεῖον τοῦ οὐσιώδους τῆς πλάνης διὰ τὴν συνεπεῖα ταύτης ἀκυρότητα τῆς δικαιοπραξίας¹⁸⁹. Ἐξαιρέσειν ἀποτελεῖ ὁ Γερμανικὸς Ἀστικὸς Κώδιξ § 119, ἀκολουθήσας ἀφρημένην διατύπωσιν ἐπὶ τῶν περὶ πλάνης διατάξεων, ρυθμίσας ἅμα δι' αὐτῶν καὶ τὸ πρόβλημα τοῦ οὐσιώδους τῆς πλάνης (wesentlicher Irrtum)¹⁹⁰, εἰς τρόπον ὥστε ἡ οὐσιώδης πλάνη ἐν αὐτῷ συνδέεται μόνον μετὰ τῆς δικαιοπρακτικῆς πλάνης¹⁹¹.

Γενικῶς δὲ ὡς οὐσιώδης πλάνη ὀρίζεται ἡ ἀναφερομένη εἰς σημεῖον ταύτης σπουδαιότητος διὰ τὴν ἐπιχειρηθεῖσαν δικαιοπραξίαν, ὥστε ὁ πλανηθεὶς ἐάν ἐγνώριζε τὴν ἀληθῆ κατάστασιν τῶν πραγμάτων δὲν θὰ προέβαινε εἰς ταύτην ἢ θὰ ἐπιχειρεῖ ταύτην ὑπὸ διαφόρους ὄρους.

Νεώτεροι κωδικοποιήσεις

§ 33. Ἄλλ' ἐν ταῖς νεωτέροις νομοθεσίαις, τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης ἀπαντῶνται καὶ ὀρισμένοι σημαντικοὶ διαφοραὶ πρὸς τὸ ρωμ. δίκαιον. Οὗτοι ἀποκρούεται κατ' ἀρχὴν ἢ ἐν τῷ ρωμ. δικαίῳ διάκρισις περὶ συγγνωστῆς καὶ ἀσυγγνωστου πλάνης¹⁹², ὡς καὶ ἡ περὶ τὸ δίκαιον πλάνη, ἧτις διάφορον τῆς ἐν τῷ ρωμ. δικαίῳ προσέλαβε σημασίαν, δυναμένη ὑπὸ συνθήκας ὀρισμένης

187) W. Geldart (μεταφρ. Γ. Ἀντωνιάδου) Στοιχεῖα Ἀγγλικοῦ δικαίου. Ἀθήναι (1952), σ. 183 ἐπ. Γ. Μαριδάκη, Αἰτιολ. Ἐκθ. Γεν. Ἀρχῶν Α. Κ. σ. 186.

188) Titze, ἐνθ' ἄνωτ.

189) ΓαλλAK 1110, ἘλβAK ἐνοχ. 23 καὶ 24, Ἴταλ AK (1942) 1928 καὶ 1929, Γερμ AK § 119. Διὰ τὴν κρίσιν τῆς σπουδαιότητος τοῦ σημείου εἰς ὃ ἀφορᾷ ἡ πλάνη ἐν σχέσει πρὸς τὴν ὅλην δικαιοπραξίαν, δὲν ὑπάρχει εἰδικὴ νομοθετικὴ διάταξις ἐν τῷ Γερμανικῷ ὡς καὶ τῷ ἡμετέρῳ Α.Κ. Τὸ ζήτημα καταντᾷ πραγματικῶν (quaestio facti) πρὸς τοῦτο δὲ λαμβάνονται ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ διάφορα ὑποκειμενικὰ καὶ ἀντικειμενικὰ κριτήρια, ἀνατιθεμένης τῆς λύσεως εἰς τὴν ἔμφρονα κρίσιν αὐτοῦ (Γ. Παπαχαρατζῆ, Ἡ ἐλευθέρη ἐκτίμησις τοῦ Δικαστοῦ κατὰ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα. Ἀθήναι σ. 46).

190) Motive, I, § 98, σ. 197. Titze, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 72, 76, 79 καὶ αὐτ. σημ. 13. Flad, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 233. Ennecceerus-Nipperdey, ἐνθ' ἄνωτ. I § 167 καὶ Γ. Βαλάσση, Ἡ ἐσφαλμένη τῆς δηλώσεως διαβίβασις. Θεσσαλονίκη (1961) § 35 σημ. 144 ἐνθα καὶ περαιτέρω βιβλιογραφία.

191) Τὰ αὐτὰ δέον νὰ λεχθῶσι καὶ διὰ τὸν ἡμέτερον Κώδικα.

192) Ἡ διάκρισις αὕτη τοῦ ρωμ. δικαίου, ἀπεσκόπει εἰς τὸν περιορισμὸν τῆς συνεπεῖα πλάνης ἀκυρότητος τῶν δικαιοπραξιῶν (ἄνωτ. § 18, δ).

νὰ ἀγάγη εἰς ἀκύρωσιν τῆς δικαιοπραξίας. Ἐξ ἄλλου βασικὴ διαφορὰ ἐμφανίζεται ὡς πρὸς τὰς συνεπειὰς τῆς λόγῳ ἐμφιλοχωρησάσης οὐσιώδους πλάνης ἐπελθούσης ἀσυμφωνίας μεταξὺ τῶν δικαιοπρακτούντων, διότι ἐνῶ ἐν τῷ ρωμ. δικαίῳ αὕτη ἐπάγεται εὐ ἴσῳ τὴν ἀκυρότητα τῆς συμβάσεως, ἀντιθέτως ἐν τοῖς νεωτέροις δικαίῳις σταθερῶς κρατεῖ ἡ ἀρχὴ τοῦ ἀκυρωσίμου τῶν συμβάσεων¹⁹³, παρεχομένης οὕτω μείζονος προστασίας ἐν ταῖς συναλλαγαῖς. Τέλος, βασικὴν διαφορὰν πρὸς τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον τῶν νεωτέρων κωδικοποιήσεων ἀποτελεῖ καὶ ἡ ὑποχρέωσις τοῦ πλανηθέντος πρὸς ἀνόρθωσιν τῆς ζημίας τοῦ ἀντισυμβαλλομένου καλῆς πίστεως τρίτου, τοῦ ἀρνητικοῦ τῆς συμβάσεως διαφέροντος (negatives Vertagsinteresse)¹⁹⁴.

Ἐκεῖνο ὅμως ὑπερ δέον νὰ ἐξαρθῇ ἰδιαζόντως διὰ τὸν θεσμόν τῆς πλάνης ἐν ταῖς νεωτέραις νομοθεσίαις εἶναι, ὅτι πᾶσαι παρέλαβον ἐκ τοῦ ρωμαϊκοῦ

193) Τὴν ἐκδοχὴν ταύτην πρῶτος υἰοθέτησεν ὁ Γαλλικὸς Ἄστ. Κώδιξ ἐν ἄρθρ. 1110 καὶ 1117 καὶ οἱ ἀκολουθήσαντες τοῦτον ἡμέτεροι τοπικοὶ κώδικες, Ἴονιος ἐν ἄρθρ. 1024 καὶ Σαμιακὸς ἐν ἄρθρ. 1365 καὶ 1366. (M. Planiol - G. Ripert - J. Boulangier, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris (1947) II, No 196). Ὡσαύτως ὁ Γερμανικὸς *Traité élémentaire de droit civil*. Paris (1947) II, No 196). Ὡσαύτως ὁ Γερμανικὸς Ἄστ. Κώδιξ ἐν § 119 καὶ 121 (Flad ἐνθ' ἄνωτ. σ. 236) τοῦτον δὲ ἠκολούθησε παρ' ἡμῶν ὁ Κρητικὸς Ἄστ. Κώδιξ ἐν ἄρθρ. 89. Ἐπίσης ὁ Ἑλβετικὸς Ἄστ. Κώδιξ ἐνοχ. ἐνθ' ἄρθρ. 24, 23 καὶ 25 (A. v. Tuhr - Siegwart, ἐνθ' ἄνωτ. § 23. Theo Cuhli, ἐνθ' ἄνωτ. § 16) καὶ ὁ νέος Ἰταλικὸς ἐν ἄρθρ. 1428 (Amelio Finzi, *Codici civile. Libro delle Obligationi. Commentario*. Firenze (1948), I ἄρθρ. 1428. Arminjon - Noide - Wolff, ἐνθ' ἄνωτ. No 358, ὁ Σοβιετικὸς Ἄστ. Κώδιξ ἄρθρ. 32 καὶ ὁ ἡμέτερος Κώδιξ ἄρθρ. 140. Μπαλῆ, Γεν. Ἀρχαί § 42).

194) Ἐν ταῖς νομοθεσίαις ὅμως ταῦταις δὲν κρατεῖ ὁμοφωνία ἐὰν διὰ τὴν ὑποχρέωσιν πρὸς παροχὴν τοῦ ἀρνητικοῦ διαφέροντος ὑπὸ τοῦ πλανηθέντος καὶ διαρρήξαντος τὴν σύμβασιν ἀπαιτεῖται νὰ συντρέχη καὶ ὑπαιτιότης αὐτοῦ. Οὕτω ἐν Γαλλίᾳ κατ' ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρ. 1382 ἐπεκράτησε ἡ ἀρχὴ τῆς culpa in contrahendo. Planiol - Ripert - Esmein, *Traité Pratique VI*, No 157. M. Vergy, *De l'erreur dans les contrats*. Toulouse (Διατριβὴ ἐπὶ διδασκαλίᾳ) (1912) σ. 215. Μαριδάκη, Αἰτιολ. Ἐκθ. Γεν. Ἀρχῶν σ. 172, 190. Ἡ ἀρχὴ αὕτη κρατεῖ καὶ ἐν τῷ Ἑλβ. Κώδιξι ἐνοχ. ἄρθρ. 26 (A. v. Tuhr - Siegwart, ἐνθ' ἄνωτ. § 37, IV σ. 280) ὡς καὶ ἐν τῷ Αὐστριακῷ Κώδιξι § 1295. Ἡκολουθήθη ἐν αὐτοῖς ἡ ἀπ' ἀρχῆς ὑπὸ τοῦ R. Jhering θεμελιωτοῦ τοῦ θεσμοῦ τοῦ ἀρνητικοῦ τῆς συμβάσεως διαφέροντος ἐν τῇ διατριβῇ αὐτοῦ περὶ τῆς culpa in contrahendo, ἐν Jherings *Jahr. f. die Dogm.* IV σ. 1-113 (1861). Ἀντιθέτως ὁ Γερμαν. Κώδιξ § 122, καὶ ὁ ἡμέτερος Α.Κ. 145 ἐπιβάλλουσι τῷ πλανηθέντι τὴν ἀνεξαρτήτως πταίσματος αὐτοῦ ὑποχρέωσιν πρὸς καταβολὴν τοῦ ἀρνητικοῦ τῆς συμβάσεως διαφέροντος, υλοθετηθείσης τῆς ἀρχῆς τῆς προκλήσεως ἢ τῆς ἀντικειμενικῆς εὐθύνης (Veranlassungsprinzip) (E. n. n. e. c. e. r. u. s. - N. i. p. p. e. r. d. e. y, I § 171. 5. Μπαλῆ, ἐνθ' ἄνωτ. § 45 Α. Τ. ο. ὁ. σ. η, Γεν. Ἀρχαί Ἀθῆναι (1962) § 79 σημ. Γενικώτερον περὶ τοῦ προβλήματος τῆς ἀνευ πταίσματος εὐθύνης Π. Ζέπου, Ἡ ἀνευ πταίσματος εὐθύνη πρὸς ἀποζημίωσιν ἐν ΑἰΔ α' σ. 757 ἐπ. Τ. ο. ὁ. α. ὁ. τ. ο. ὁ. εὐθύνη κ.λ.π. σ. 43, 45, Γιαννακοπούλου, ἐντὸς τῆς παροχῆν τοῦ ἀρνητικοῦ διαφέροντος μόνον ἐν ὑπαιτιότητι τοῦ πλανηθέντος δέχεται ὁ Ἰταλικὸς, ἐνθ' ἄνωτ.

δικαίου τὴν πλάνην περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας¹⁹⁵, υἰοθετήσασαι οὕτω τὸ θεώρημα τοῦ Οὐλπιανοῦ τῆς, ὡς εἴρηται, κατ' ἐξοχὴν ἀπαντώσης ἐν ταῖς συναλλαγαῖς μορφῆς τῆς δικαιοπρακτικῆς πλάνης¹⁹⁶.

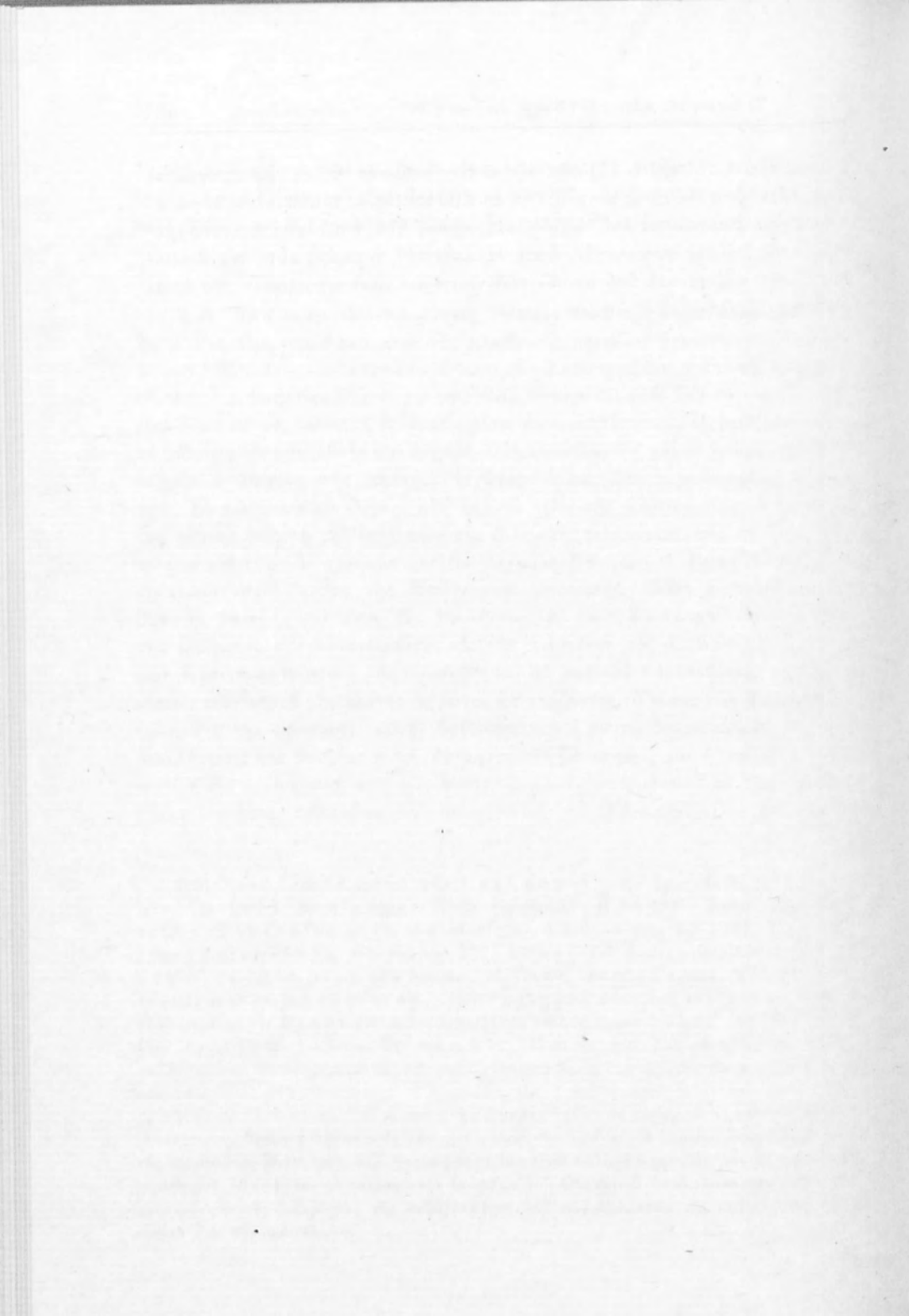
*
* *

§ 34. Ἐκ τῶν ἀνωτέρω προκύπτει, ὅτι παρὰ τὴν ὄντως σημαντικὴν ἐξέλιξιν, ἣν οἱ Ρωμαῖοι νομοδιδάσκαλοι τῆς κλασσικῆς περιόδου προσέδωκαν εἰς τὸν θεσμόν τῆς πλάνης ὡς λόγον ἀκυρώσεως τῶν δικαιοπραξιῶν, ἣ ἐπὶ τῆς διαμορφώσεως τοῦ θεσμοῦ αὐτῆς ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ καὶ καθ' ὅλα τὰ στάδια τῆς ἐξελιξέως αὐτοῦ, ἑλληνικὴ ἐπίδρασις εἶναι ἀναμφισβήτητος. Ἡ ἐπίδρασις αὐτῆ βεβαίως δὲν προῆλθε ἐκ τοῦ ἀρχαίου ἑλληνικοῦ δικαίου, καίτοι γινώριμος αὐτῷ ὑπῆρξε ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης, ἰσχύσας ὅμως, ὑπὸ περιορισμένην μορφήν. Ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ ἤδη ἀπὸ τὰ τέλη τῆς δημοκρατίας ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης ὑπέστη τὴν ἐπίδρασιν τῆς ἑλληνικῆς φιλοσοφίας, τῆς τε ἀριστοτελείου καὶ τῆς τῶν στωικῶν. Οὕτω ἀρχικῶς διὰ τῶν ἐν Ρώμῃ ἑλληνικῶν ρητορικῶν σχολῶν καὶ τῆς ἐξειλιγμένης ρητορικῆς, ἐδόθη ἡ προσήκουσα βαρύτης εἰς τὸν παράγοντα τῆς βουλήσεως ἐν ταῖς δικαιοπραξίαις καὶ διὰ τῆς ἐρμηνείας τῆς κατατεινούσης εἰς τὴν ἀνεύρεσιν τῆς ἀληθοῦς βουλήσεως τῶν δικαιοπρακτούντων, ἐδημιουργήθησαν αἱ βασικαὶ προϋποθέσεις τῆς γενέσεως τοῦ θεσμοῦ τῆς πλάνης ὡς λόγου ἐπηρεάζοντος τὸ κύρος τῶν δικαιοπραξιῶν. Εἰς τὴν ἐπίδρασιν ταύτην ὀφείλεται καὶ ἡ ἐν τῷ ἰουστινιανείῳ δικαίῳ ὀλοκλήρωσις τῆς θεωρίας ἢ τοῦ δόγματος τῆς βουλήσεως καὶ ἡ ὑπὸ τῶν ἐρανοιστῶν τῆς κωδικοποιήσεως τοῦ Ἰουστινιανοῦ, ἐμπνευσμένων ὑπὸ τῆς ἑλληνικῆς φιλοσοφίας, καθιέρωσις τοῦ θεωρήματος τοῦ Οὐλπιανοῦ (Dig. 18, 1, 9

195) Οὕτω ὁ Γαλλ. AK ἀρθρ. 1110, (Carbonnier, ἐνθ' ἀνωτ. II No 102. Planiol-Ripert-Boulangier, Traité élémentaire II No 198). Ἐλβετ. AK ἀρθρ. 24 (A. v. Tuhr-Siegwart, ἐνθ' ἀνωτ. § 37, σ. 272). Αὐστρ. AK § 811. Γερμ. AK § 119 § 2 (Scheffoldt, ἐνθ' ἀνωτ. σ. 257. Lenel, ἐνθ' ἀνωτ. passim). Walter-Schmidt-Rimpler, ἰδίχ ἐν σελ. 217. Flad, ἀνωτ. § 5 σ. 244. Titzel, ἐνθ' ἀνωτ. II σ. 80 ἐπ. Enneccerus-Nipperdey, ἐνθ' ἀνωτ. I § 168 Ἰταλ. AK ἀρθρ. 1429 (Amelio Finzi, ἐνθ' ἀνωτ. ἀρθρ. 1429) καὶ ὁ ἡμέτερος AK ἀρθρ. 142-(Μπαλῆ Γεν. Ἀρχαί § 142, Τό ὕ σ η, ἐνθ' ἀνωτ. § 79). Ἡ πλάνη περὶ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας τοῦ προσώπου δὲν ἀναφέρεται εἰς τὰς πηγὰς, ἐγένετο ὅμως δεκτὴ ὑπὸ τῶν νεωτέρων νομοθεσιῶν.

196) Ὁ Ο. Lenel (ἐνθ' ἀνωτ. σ. 176) χαρακτηρίζει ὡς περιεργον τὸ γεγονός, ὅτι αἱ νεώτεροι νομοθεσίαι ἐδέχθησαν ἐν τελικῇ ἀναλύσει τὴν κατ' αὐτὸν Ἀριστοτέλειον θεωρίαν, τῆς οὐσιώδους ιδιότητος, ἀλλ' ἡ κρίσις αὕτη δὲν εἶναι ὀρθή. Τὸ γεγονός ὅτι αἱ νεώτεροι νομοθεσίαι υἰοθέτησαν τὸ φιλοσοφικὸν θεώρημα τοῦ Οὐλπιανοῦ ἀποδεικνύει τὴν μεγάλην χρησιμότητα τῆς διακρίσεως τῆς καθιερωθείσης ὑπὸ τῶν ἐρανοιστῶν τῆς πλάνης περὶ τὴν οὐσίαν διὰ τὴν συναλλαγὴν.

§ 2 καὶ ἀντ. L. 11 καὶ L. 14) περὶ τῆς πλάνης περὶ τὴν οὐσίαν τοῦ πράγματος ἢ τὰς οὐσιώδεις ιδιότητας αὐτοῦ (error in substantia, in materia) ὡς λόγου ἀκυρωτικῶς ἐνεργοῦντος ἐπὶ τῶν δικαιοπραξιῶν, ἥτις ἀπεδείχθη τοιαύτης χρησιμότητος διὰ τὰς συναλλαγὰς, ὥστε νὰ υἱοθετηθῇ ἡ μορφή αὕτη τῆς δικαιοπρακτικῆς πλάνης καὶ ὑπὸ πασῶν τῶν νεωτέρων κωδικοποιήσεων τῆς ἡπειρωτικῆς Εὐρώπης.



LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE
EN DEHORS DE LA FAUTE

Par
ANDRÉ MAST

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DEPARTMENT OF CHEMISTRY

1954

LA RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE EN DEHORS DE LA FAUTE

Par
ANDRÉ MAST

§ 1. *L'incidence des règles constitutionnelles de compétence sur l'évolution du contentieux indemnitaire.*

La solution donnée en droit belge à la question de la responsabilité de la puissance publique et plus particulièrement à celle de sa responsabilité en dehors de la faute, est dans une large mesure tributaire de la manière dont le constituant a réglé la compétence des cours et tribunaux et celle des juridictions administratives.

Si en Belgique, il existe un Conseil d'Etat - créé par la loi du 23 décembre 1946 - et si, comme en France, les litiges d'ordre administratif sont soumis à la fois aux tribunaux judiciaires et aux tribunaux administratifs, la conception des rapports entre les pouvoirs administratif et judiciaire s'inspire dans les deux pays de principes fort différents.

En insistant sur cette différence et en l'analysant, je reste au coeur du problème car l'interprétation à donner au principe de la séparation des pouvoirs, a dans le domaine qui nous occupe, déterminé l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine.

On pourra voir que la conception que l'on se fait de ce principe en Belgique explique la réticence de la jurisprudence et de la doctrine à l'égard d'une théorie de la responsabilité publique qui n'est pas à base de faute.

En France, la préoccupation constante du législateur révolutionnaire fut d'interdire aux tribunaux judiciaires, sous peine de forfaiture, toute immixtion dans les opérations des corps administratifs. Les litiges auxquels l'administration était intéressée, furent soustraits à la compétence des juges ordinaires et tranchés par l'administrateur - juge.

Puis ces contestations furent enlevées à la compétence exclusive des administrateurs actifs et soumis, soit à la décision, soit à l'avis des collègues administratifs jouissant d'une certaine autonomie. En France, le contenu de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires a varié avec le temps; elle répond aujourd'hui moins au souci de reconnaître certains privilèges de l'administration qu'à celui d'assurer une spécialisation juridictionnelle¹. Le contentieux administratif français n'en est pas moins marqué du sceau de la méfiance originaire à l'égard des tribunaux civils. Il en va tout autrement en droit public belge.

Les constituants belges se préoccupèrent avant tout de lutter contre l'arbitraire administratif qui avait été, selon eux, la marque des régimes abolis. Voulant précisément le contraire de ce qu'avaient voulu les gouvernants des régimes antérieurs, ils se donnèrent à tâche d'établir un système qui fût le contrepied du système de la constitution de l'an VIII.

Une méfiance caractérisée à l'égard du pouvoir administratif, systématiquement suspecté de porter atteinte aux droits des citoyens, caractérise le droit public belge. Dans la conception du Congrès national, la menace permanente que constitue pour les droits individuels l'exercice du pouvoir, ne peut être conjurée que si la protection de ces droits est confiée à des organes juridictionnels totalement indépendants de l'administration.

Dans la Belgique de 1830, ces organes juridictionnels ne pouvaient selever que du pouvoir judiciaire.

La confiance faite au pouvoir judiciaire s'exprime dans la manière dont la constitution a réglé le problème de leur compétence.

Aux termes de l'article 24, «nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres». La constitution belge allait ainsi à l'encontre de l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, selon lequel les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis pour faits relatifs à leur fonction, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat.

L'article 107 porte que les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. Ici encore le constituant belge heurtait les

1. Duez-Debeyre, *Traité de droit administratif* - Paris 1952 p. 238.

conceptions des vieilles lois révolutionnaires qui interdisaient au juge d'apprécier la régularité juridique des actes administratifs et même de les interpréter.

La Cour de cassation, dit l'article 106 de la constitution, prononce sur les conflits d'attribution d'après le mode réglé par la loi.

Les articles 92 et 93 sont dans le domaine de la compétence des pouvoirs judiciaire et administratif, les articles - clefs de la constitution belge. Les contestations qui ont pour objet des droits civils, sont aux termes du premier de ces articles, *de la compétence exclusive des tribunaux*. Celles qui ont pour objet des droits politiques, sont, d'après l'article 93, du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.

Ainsi les cours et tribunaux sont et restent, même depuis qu'il existe un Conseil d'Etat, les juges de droit commun dans les litiges où les administrés opposent des droits subjectifs à la personne de droit public.

Le droit à la réparation de dommage causé par l'action administrative est considéré par le législateur et par la jurisprudence comme un droit civil, appartenant donc à la compétence exclusive du juge ordinaire.

Le juge civil étant seul à connaître du contentieux indemnitaire, il n'est pas étonnant que sa jurisprudence soit très fortement marquée par les conceptions du droit privé, alors que la théorie française de la responsabilité de la puissance publique a été édiflée sur les principes qui sont à la base de ce droit d'exception qu'est en France le droit administratif.

En Belgique, le droit commun est le droit civil. Quelles que soient les contradictions logiques qui peuvent résulter de l'assimilation de la personne de droit public à la personne de droit privé, une jurisprudence est généralement tenue pour progressive lorsque, selon l'expression consacrée, elle soumet l'Etat à «l'empire du droit civil». Ainsi la théorie de la responsabilité de la puissance publique est - elle presque uniquement fondée sur l'art. 1382 du code civil: «tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est à le réparer».

Cette tendance civiliste est particulièrement marquée depuis le revirement jurisprudentiel consacré par le très important arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 ².

2. Pasicrisie 1920 I 239.

La jurisprudence antérieure reposait sur la distinction faite entre l'Etat - personne publique, et l'Etat - personne privée. Agissait - il en vertu de son imperium, les cours et tribunaux devaient se déclarer incompétents; intervenait-il comme personne privée, ils pouvaient connaître de l'action en responsabilité dirigée contre lui. Par son arrêt du 5 novembre 1920, la Cour suprême proclame que «dés lors qu'une personne, qui se dit titulaire d'un droit civil, allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation et qu'il est qualifié pour ordonner le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu serait l'Etat, une commune ou quelque autre personne, de droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite de l'administration publique». ³

Aussi longtemps que les articles de la constitution régissant la compétence des cours et tribunaux resteront ce qu'ils sont, la position de la Cour qui, on ne l'a peut être pas suffisamment souligné, *se place avant tout sur le plan de la compétence, sera inattaquable.*

Les arrêts qui ont suivi ne le sont que dans la mesure où ils demeurent sur ce terrain. Ils justifient, croyons nous, des réserves pour autant qu'ils prétendent «faire rentrer sous l'empire du droit civil l'Etat qui tente constamment d'en sortir et de ne pas être régis par lui» ⁴. Dans les conclusions qui précèdent l'arrêt du 5 novembre 1920, le Premier avocat général Leclercq affirmait «qu'il n'y a pas dans le droit deux compartiments étanches dont l'un contiendrait les règles sur les relations des hommes entre eux et qui serait le droit civil, et l'autre contiendrait les règles sur les rapports entre les hommes et l'Etat, la province et la commune, et qui serait le droit public . . . Il n'existe dans le monde réel qu'un droit unique droit qui . . . régit tous les hommes» ⁵. Ailleurs, le même haut magistrat expliquait que les raisons qui d'après Hauriou, justifient le système du contentieux français fondé sur la prérogative de l'administration et l'inégalité fondamentale des deux parties, sont celles là mêmes qui expliquent pourquoi ce système fut rejeté par les auteurs de la constitution belge. ⁶

3. Pas. 1920 I 239.

4. Note du premier Avocat général Paul Leclercq sub. Cass. 11 mai 1933 Pas. 1933 p. 225 col. 1.

5. Pas. 1920 I 221 passim.

6. Pas. 1933 p. 224 col. 2.

Ces propositions qui ont pesé sur la jurisprudence et la doctrine, sont équivoques. Assurément comme les gouvernés, les gouvernants sont soumis au droit mais le moins qu'on puisse dire est qu'ils n'y sont pas assujettis de la même manière. L'inégalité foncière de l'administration et de l'administré, les prérogatives du pouvoir et les privilèges que ses organes peuvent invoquer, sont justifiés par la prééminence de l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Ils existent en Belgique pour les raisons qui font que l'administration est ce qu'elle est.

Le méconnaître, c'est verser dans les contradictions dont la jurisprudence offre maints exemples. Et c'est parce que la tâche de l'administration est d'une singularité irréductible à celle du citoyen que la faute de ses organes ne s'apprécie pas et ne l'appréciera jamais selon les mêmes critères.

* * *

De tout cela découle une double conséquence, l'une concernant la méthode et l'autre le fond du problème.

1. On verra à la lecture de l'exposé qui suit qu'en droit belge il est difficile de dissocier la théorie de la responsabilité de la puissance publique de celle de la responsabilité de droit privé, celle-ci constituant le droit commun.

2. Puisqu'en matière de responsabilité de la puissance publique, la doctrine et la jurisprudence belges puisent leur inspiration dans le Code civil, elle font naturellement preuve d'une méfiance marquée à l'idée d'une responsabilité sans faute.

En effet, pour les auteurs du Code civil la notion de responsabilité est normalement associée à celle de faute.

«La théorie du risque», affirme De Page, «est aujourd'hui en régression. Elle n'est en tout cas pas celle du Code civil sauf pour la responsabilité des commettants et cela suffit déjà à l'interprète pour clore la discussion. Ce paraît être en droit positif belge, une théorie avortée...» En toute hypothèse, elle ne semble pratiquement réalisable que dans les domaines d'activité bien déterminés. Elle ne pourrait donc, tout au moins à l'heure actuelle, jouer le rôle «de théorie générale de la responsabilité civile». ⁷

7. Traité II n° 934.

On s'accorde à reconnaître en Belgique, que la notion de la faute a le mérite de la souplesse et qu'elle s'adapte remarquablement à l'incessante évolution des conditions sociales. D'une ductibilité extrême, la faute qui est un élément réel concret et contingent, recouvre à la fois, la plus infime négligence et la plus grossière imprudence, l'innocente impéritie et le plus coupable des manquements à la loi morale. En maniant la faute qu'il peut nuancer à son gré, le juge a le sentiment d'être maître de la décision dans les affaires qui lui sont soumises; il a conscience de savoir où il va, alors qu'il se méfie du mécanisme inexorable d'une dialectique sur laquelle il n'aurait que peu de prise ⁸.

Cela explique pourquoi le principe de la responsabilité subjective, c. a. d. à base de faute, est resté prédominant en droit belge.

La responsabilité sans faute n'est admise que dans des matières spéciales où, soit le législateur, soit les cours et tribunaux ont estimé devoir venir au secours de la victime du dommage, victime que les progrès de la technique ont rendu particulièrement vulnérable.

§ 2. *L'élargissement de la responsabilité en dehors de la faute.*

Aussi fidèle soit-il au principe de la faute, le droit belge n'en a pas moins subi l'effet de l'ensemble des facteurs qui, avec le déclin du libéralisme économique, ont abouti partout à un élargissement de la responsabilité en dehors des assises traditionnelles de la faute.

La conception classique de la responsabilité pour faute qui est d'inspiration purement individualiste met l'accent sur l'agissement personnel de celui dont l'activité est l'origine du dommage. Comme la libre initiative est tenue pour bénéfique et que l'on croit fâcheux d'en contrecarrer le développement, on considère tout naturellement que l'auteur du préjudice ne peut être personnellement tenu à le réparer s'il n'a pas commis de faute. En l'absence de faute on se résigne à ce que la victime ne soit pas indemnisée.

Cette optique change fondamentalement avec le déclin de l'individualisme. C'est la victime qui désormais requiert l'attention. L'on trouve choquant qu'elle ne soit pas indemnisée même lorsque l'agent matériel

8. Voir A. De Page -Traité II 936 bis: «La théorie de la responsabilité pour faute a une valeur qu'on a peut être trop peu mise en lumière jusqu'à présent. Elle n'est pas le fruit d'un effort de dialectique ou le produit du g nie passager d' un être mortel; elle est faite de l'expérience des siècles; elle s'est lentement instituée».

du dommage n'a pas commis de faute. D'exclusivement subjective qu'elle était, la responsabilité tend à devenir objective. La notion de faute ne disparaît pas, mais elle cesse d'être la source unique de la responsabilité. On se dit que si une activité entraîne des avantages pour celui qui la mène, il n'est que juste qu'elle s'accompagne de charges qui en sont l'inéluctable conséquence. Le hasard ne peut être le répartiteur de l'indemnisation. *Ubi emolumentum, ibi onus!* Dans le secteur de la responsabilité étatique, la théorie de la responsabilité évolue dans la même voie: la notion de l'égalité devant des charges publiques, s'impose graduellement et, affirmée ou non, elle devient l'une des idées maîtresses du contentieux qu'entraîne l'exercice du pouvoir lorsqu'il lèse les citoyens.

Cette tendance à l'élargissement de la responsabilité en dehors de la faute s'exprime en droit belge par des courants divers.

A. Parfois le législateur intervient directement ⁹.

Aux termes des lois coordonnées sur les accidents du travail ¹⁰, le chef d'entreprise doit la sécurité à son personnel; sa responsabilité est objective.

Le dommage causé par un aéronef en vol aux personnes et aux biens qui se trouvent à la surface, donne droit à réparation par cela seul qu'il est établi que le dommage existe et qu'il provient de l'aéronef. ¹¹

L'art. 2 de la loi du 12 mai 1955 porte que ¹² le concessionnaire d'une mine est de plein droit tenu de réparer tous les dommages causés par les travaux exécutés dans la mine.

Les indemnités pour dommages résultant de l'établissement ou de l'exploitation d'une distribution d'énergie électrique sont entièrement à charge de l'entreprise intéressée qui reste responsable de toutes les

9. On citera pour mémoire l'art. 1384 al. 3 du code civil, lequel dispose que les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. La responsabilité des maîtres et commettants est basée sur une faute présumée *juris et de jure*. La preuve qu'ils ont bien choisi et bien surveillé est sans effet. Il s'agit en réalité d'une responsabilité objective, dégagée de l'idée de faute (De Page, *Traité*, t. II 3e ed. n° 983 et suiv.).

10. La première de ces lois est du 24 décembre 1903.

11. Convention de Rome du 29 mai 1933, approuvée par la loi du 11 décembre 1946.

12. Sous réserve de la responsabilité encourue par le concessionnaire voisin, à la suite des travaux qu'il entreprend.

conséquences dommageables envers les tiers.¹³ On notera que la loi du 27 juillet 1962, relative à la responsabilité civile du centre d'études de l'énergie nucléaire maintient en son art. 2, le principe de la responsabilité aquilienne.

Dans le domaine du droit administratif, on citera les nombreuses lois qui, créant des servitudes d'utilité publique accordent des indemnités selon les modalités qu'elles déterminent. Ainsi l'art. 37 de la loi du 29 mars 1962 dispose qu'il y a lieu à indemnité à charge de l'Etat ou de la commune lorsque l'interdiction de bâtir ou de lotir résultant d'un plan d'aménagement revêtu de force obligatoire, met fin à l'usage auquel un bien est affecté ou normalement destiné.

Le législateur applique ici le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques en faveur de celui dont les intérêts sont lésés par un acte réglementaire. C'est un principe bien établi du droit belge, qu'il faut l'intervention du législateur pour que le droit à pareille indemnité existe.

B. La jurisprudence des cours et tribunaux, elle aussi a contribué à l'élargissement des responsabilités, soit en sollicitant le concept de la faute et en lui donnant un caractère objectif, soit en formulant expressément la règle qu'en matière de travaux publics la responsabilité peut exister sans faute (voir § 2).

1. *La théorie des droits acquis.*

Elle repose, dit M. Vauthier - sur l'idée qu'il est des situations à ce point respectables, qu'il n'est permis à personne, pas plus à l'administration qu'à des particuliers d'y porter atteinte impunément¹⁴. Cette théorie a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1894¹⁵.

«Les cours et tribunaux», affirme cette décision, «peuvent sans se constituer juges des actes administratifs, allouer des dommages et intérêts lorsque l'acte même régulier, porte atteinte à un droit civil; de ce qu'une personne de droit public agit en vertu de la loi, il ne suit

13. Art. 18 de la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique.

14. Précis de droit administratif de la Belgique. Bruxelles Larcier 3e ed. 1950 n° 502 voir aussi Beckers. Revue de l'administration 1890 p. 100 et suiv.

15. Pas. 1894 p. 71.

pas qu'elle ne puisse être tenue, suivant les cas, à indemnité et il en est ainsi notamment en matière d'expropriation».

Est-ce à dire que par l'effet de la théorie des droits acquis les cours et tribunaux admettent d'une manière générale le principe d'une responsabilité sans faute ?

Non, tout d'abord parce que cette théorie n'a jamais été appliquée que dans la matière des travaux publics et le secteur particulier de la responsabilité entre voisins.

Ensuite, parce que, comme l'écrit J. Dabin, l'obligation née du voisinage est une obligation sui generis et non pas une responsabilité ordinaire puisque l'auteur du dommage, s'il est tenu d'indemniser la victime n'en peut pas moins continuer l'exploitation qui a causé le préjudice¹⁶.

D'ailleurs la théorie des droits acquis ne se réclamait pas expressément de la notion de la responsabilité sans faute et ne récusait pas la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion¹⁷.

Le pas décisif ne sera franchi qu'en 1960 du moins en ce qui concerne la responsabilité encourue par l'administration du chef de l'exécution de travaux publics.

2. La théorie du Procureur général Leclercq.

Cette théorie doit être citée ici, non pas qu'elle ait été suivie par la jurisprudence mais parce qu'elle révèle un mouvement d'idées qui tend à un élargissement des responsabilités. Elle aboutit à donner à la doctrine des droits acquis, une portée générale. Le P.G. Leclercq part du principe que la seule atteinte au droit constitue, par elle-même, une faute lorsqu'elle provient du fait immédiat de l'homme. La loi ne défend pas de léser le droit d'autrui à la suite d'une faute; elle défend de léser le droit d'autrui sans plus¹⁸. Le P.G. Leclercq entendait rester fidèle au système traditionnel de la faute mais en donnant à celle-ci une portée

16. Les thèses de M. le Procureur général Leclercq -Rev. gén. ass. et resp. 1933, 1315.

17. Pour la critique de la théorie des droits acquis voir Cyr Cambier. La responsabilité de la puissance publique et de ses agents. Bruxelles -Larcier 1947, p. 97 et s.

18. Conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 1929. Pas. 1929 I, 261; note sub. Cass. 13 juin 1932, Pas. 1932, I, 200.

infiniment plus large, plus étendue que celle admise par la théorie classique¹⁹. La théorie aboutissait à déplacer le fardeau de la preuve au bénéfice de la victime. La Cour de cassation ne suivit pas son Procureur général.

§ 3. *La responsabilité sans faute de la puissance publique en matière de travaux publics.*

La question de l'indemnisation du propriétaire qui a subi un dommage du fait de l'exécution, par ou pour le compte d'une personne de droit public, de travaux entrepris sur les parcelles contigües à son bien, est traité par la jurisprudence et la doctrine comme un aspect du problème des troubles de voisinage.

Les cours et tribunaux ne distinguent pas selon que l'agent du dommage est une personne de droit public ou une personne de droit privé.

Les deux arrêts, très importants, du 5 avril 1960 par lesquels la Cour de cassation, siégeant en chambre plénière, a fixé sa nouvelle jurisprudence, sont, quant à la question de principe, motivés exactement de la même manière bien que, dans l'une espèce, le dommage eût été causé par acte d'un entrepreneur privé²⁰ et que dans l'autre l'Etat eût été l'agent du dommage²¹.

La jurisprudence a toujours reconnu au propriétaire qui subit un préjudice excédant la mesure des obligations ordinaires du voisinage le droit de réclamer des dommages - intérêts à l'auteur de ce préjudice²², mais le fondement de cette responsabilité a varié avec le temps.

Jusqu'en 1960 les cours et tribunaux restent fidèles à la notion de faute encore pu'ils lui donnent une signification très spéciale pui en sollicite le sens.

Par un arrêt du 25 juin 1953 la Cour suprême casse une décision qui avait accueilli une demande en réparation pour le seul motif que

19. H. De Page. Manuel élémentaire de droit civil belge II, 3e éd. n° 935; Cyr Cambier. O. C. p. 13; J. Dabin o.c.

20. Qui en surélevant un immeuble avait étouffés la cheminée d'un immeuble voisin.

21. Les travaux d'élargissement d'un canal avaient entraîné des inconvénients anormaux pour les riverains.

22. Conclusions de M. l'Avocat général Janssens de Bisthoven précédant l'arrêt du 7 avril 1949. Pas 449 I, 274 col. 2.

les dégâts ont eu leur cause directe dans les travaux sans qu'il ait été constaté qu'une faute a été commise²³. Mais qu'elle est cette faute?

Un arrêt du 7 avril 1949 affirme que *le respect des règles de l'art tant dans la conception que dans l'exécution, n'est pas exclusif de faute* lorsqu'il s'avère qu'en raison du voisinage des précautions spéciales s'imposaient en vue d'éviter une lésion de droit qu'a le voisin de jouir paisiblement de sa chose²⁴. Formule ambiguë car si, tant dans la conception que dans l'exécution, toutes les règles de l'art ont été observées comment une faute a-t-elle pu être commise? De plus si faute il y a, la victime a le droit d'obtenir la suppression de l'état de choses dommageable, ce que le juge n'accorde pas²⁵. En vérité en considérant comme constitutif de faute le seul fait de causer au voisin des inconvénients anormaux ou excessifs, on confond l'acte fautif et l'acte créant dommage, la faute et la lésion de droit. Or la faute est une condition distincte de la responsabilité indépendante de l'atteinte au droit. Il n'est pas illicite de causer un dommage; il ne l'est qu'à la suite d'une faute²⁶.

On échappe à cette objection si, pour justifier la responsabilité du chef de troubles de voisinage ou de travaux entrepris par les pouvoirs publics, on quitte le terrain de la responsabilité pour faute. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation par les deux arrêts qu'elle a rendu en chambre plénière le 6 avril 1960 sur conclusions conformes de l'Avocat général Mahaux²⁷. La Cour suprême avait, je le répète, à juger notamment de la responsabilité assumée par l'Etat à la suite de travaux de mise à grande section d'un canal.

La Cour fonde la responsabilité de l'Etat, sur l'idée d'une compensation due en raison d'une rupture d'équilibre entre les droits de propriété respectifs²⁸. En rompant cet équilibre le maître de l'ouvrage, dit la Cour, a porté atteinte au droit de propriété; il doit dès lors une indemnité

23. Pas. 1953 I. 857.

24. Pas. 1949 I. 273. Voir Piret - Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949. R.G.A.R. 1949, 4432. p. 6.

25. J. Dabin, Note sub. Cass. 6 avril 1960. R.C.J.B. 1960 p. 290.

26. De Page et Dekkers, *Traité élémentaire de Droit civil*. II. 3e édition. n° 935.

27. *Revue critique de Jurisprudence belge* I. c. p. 257.

28. L'arrêt consacre ainsi la thèse défendue par De Page et Dekkers, *Traité* t. V. nos I, 29, 937 et complément t III p. 429 et s.

conformément à la tradition et au principe général consacré notamment par l'article 11 de la Constitution ²⁹.

Le voisin a droit à une indemnité mais non pas à la suppression de l'ouvrage ce qui pour les travaux entrepris par l'administration serait difficilement concevable. Il a ce droit non pas parce que la puissance de droit public a commis une faute (elle est justifiée de procéder aux travaux) mais en vertu d'un principe général étranger à l'article 1382 du Code civil. Ce principe est celui de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, dérivé de l'égalité des Belges devant la loi.

La Cour de Cassation a, par un arrêt du 28 janvier 1965 ³⁰ confirmé les arrêts du 6 avril 1960.

Cet arrêt précise que puisque l'entrepreneur qui effectue des travaux pour compte d'autrui est étranger aux liens de droit qui naissent du voisinage, il n'est pas tenu de rétablir l'égalité rompue si les travaux ont créé un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires. Ainsi se trouve confirmé le caractère de la responsabilité sans faute que la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation consacre.

§ 4. *Le Conseil d'Etat et la responsabilité de la puissance publique en dehors de la faute.*

La loi du 23 décembre 1946 créant le Conseil d'Etat a entendu donner une solution originale au problème de la répartition équitable des charges résultant de l'action des services publics.

Elle l'a fait en répartissant le contentieux indemnitaire entre le juge civil et la Haute juridiction administrative.

29. «Attendu que l' art. 544 du CC. reconnaît à tout propriétaire le «droit de jouir normalement de sa chose.

» Attendu que les propriétaires voisins ayant ainsi un droit égal à la jouissance de leur propriété, il en résulte qu'une fois fixés les rapports entre les propriétés voisines, compte tenu des charges normales résultant du voisinage, l'équilibre doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires. Attendu que le propriétaire d'un immeuble qui par un fait non fautif rompt cet équilibre, en imposant au propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires leur doit une juste et adéquate compensation; qu'en effet portant atteinte au droit de propriété du voisin il doit l'indemniser conformément à la tradition et au principe général consacré notamment par l'art. 11 de la Constitution.

30. Journal des Tribunaux 1965, p. 260 avec note M. A. Flamme.

Le Conseil d'Etat se prononce par voie d'avis en se fondant sur l'équité; le juge ordinaire rend des décisions fondées sur l'existence ou l'absence d'un véritable droit à réparation.

Le point d'attache avec notre sujet est double :

1. L'article 7 de la loi du 23 décembre 1946 qui fonde les pouvoirs du Conseil d'Etat en ce domaine, porte expressément que celui-ci connaît des mesures prises par l'Etat, la province, la commune lorsque l'exécution de ces mesures a été normale. Selon une règle jurisprudentielle bien établie le Conseil n'est pas compétent lorsque le dommage dont la réparation est demandée, a été causé par *la faute* d'un organe administratif.
2. Pour que le Conseil d'Etat puisse se prononcer, il faut que la réparation soit demandée d'un préjudice exceptionnel, c'est-à-dire, d'un préjudice qui dépasse par sa nature ou par son importance les gênes et les sacrifices courants qu'exigent la vie en société et le maintien paisible de cette société.

Ainsi l'intervention de la Haute Juridiction administrative repose sur la notion de l'égalité devant les charges publiques.

Par ces deux aspects le contentieux d'indemnité réservé au Conseil, touche directement au secteur de la responsabilité objective.

L'article 7, § 1, de la loi organique du Conseil d'Etat délimite comme suit les pouvoirs de la Haute Juridiction administrative dans le domaine du contentieux d'indemnité.

«La section d'administration (c. à. d. le Conseil d'Etat statuant au contentieux) connaît dans les cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente des *demandes d'avis* relatives à la réparation d'un dommage *exceptionnel* résultant d'une mesure prise ou ordonnée par l'Etat, la province ou la commune, soit que l'exécution en ait été *normale*, soit qu'elle ait été défectueuse ou différée. La section d'administration se prononce en équité *par voie d'avis* motivé, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêts publics et privés.

«La demande d'avis ne sera recevable qu'après que l'Etat, la province, la commune aura rejeté totalement ou partiellement une requête en indemnité ou négligé pendant 60 jours de statuer à son égard».

L'article s'analyse comme suit.

1. La compétence du Conseil d'Etat s'exerce par voie d'avis, avis ad-

ressé à l'Etat, la province ou la commune, dont l'action a lésé le requérant dans ses intérêts. Cet avis ne lie pas la personne de droit public; en fait elle lui donne presque toujours suite.

2. Ainsi qu'il l'a été constaté, le Conseil d'Etat ne peut émettre d'avis que si les cours et tribunaux ne sont pas compétents et ils le seront s'il est allégué qu'une faute a été commise. Lorsque tel est le cas le Conseil décline sa compétence ³¹.

Il est vrai que l'article 7, § 1, porte que la section d'administration connaît des demandes lorsque l'exécution a été *défectueuse*, mais le Conseil d'Etat a estimé que la faute commise dans l'exécution d'une mesure administrative ne pouvait suffire à fonder sa compétence car la volonté du législateur a été, sans aucun doute, de laisser intacte la compétence du juge ordinaire ³².

Ainsi le champ d'action de la compétence du Conseil d'Etat est-il celui de la responsabilité sans faute de la personne de droit public.

3. Le Conseil d'Etat se prononce en équité, alors que la compétence judiciaire s'exerce en droit. Les cours et tribunaux sanctionnent des droits; la Haute Juridiction administrative protège les intérêts légitimes.

* * *

Voici quelques espèces jurisprudentielles illustrant la compétence du Conseil d'Etat dans le domaine du contentieux de l'indemnité.

Le Conseil a dans les cas suivants réservé une suite favorable à la demande d'avis.

- 1) L'Etat modifie le cours de l'Escaut et fait combler un bras désaffecté du fleuve le long duquel le requérant exploitait un commerce d'épicerie. Par suite des travaux, les bateliers de passage qui constituent sa clientèle ne peuvent plus accoster qu'à 120 mètres de l'établissement ³³.
- 2) L'administration communale d'Anvers accorde à des cafetiers rive-

31. Jurisprudence constante: Van de Venne n° 65 du 4 juin 1949; Dalle n° 369 du 29 septembre 1954; Van Hulst n° 4786 du 24 décembre 1955.

32. D. P. Chambre -Création d'un Conseil d'Etat p. 224.

33. C. E. n° 8561 du 14 avril 1964.

rains d'une grande artère l'autorisation d'établir des terrasses fermées sur le trottoir.

Un libraire dont le magasin est encadré de deux terrasses de cet espèce se plaint de ce qu'elles détournent l'attention des passants, ce qui entraînent pour lui une perte de clientèle ³⁴.

- 3) Une société concessionnaire se voit imposée par mesure de police l'obligation de déplacer des conduites de gaz. La demande d'avis tendant à la réparation du dommage est accueillie si la cause du préjudice est imprévisible ³⁵.
- 4) La méconnaissance a raison de circonstances particulières de l'usage constant selon lequel, dans certaines administrations, des emplois sont conférés à l'ancienneté, peut être sanctionnée par la voie de l'article 7, § 1, de la loi du 23 décembre 1946 ³⁶.
- 5) A trois reprises un inspecteur se voit obligé en qualité de candidat proposé par le conseil de direction, d'exercer les fonctions de directeur. Malgré les promesses répétées du Ministre et bien que le personnel du service lui eût été présenté il est chaque fois évincé par un autre candidat ³⁷.

En revanche le Conseil d'Etat a dans les espèces suivantes refusé d'accueillir la demande d'avis.

- 1) Le requérant demande un avis tendant à la réparation du dommage qui lui est causé par des servitudes que lui impose les plans particuliers d'aménagement ³⁸. La loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme du 29 mars 1962 a depuis réglé la question et soumis aux Cours et Tribunaux le contentieux qu'elle soulève ³⁹.
- 2) L'autorité communale décide de substituer le courant alternatif au courant continu. Que l'usager ait dû procéder à de coûteuses transformations d'appareillages ne constitue pas un dommage exceptionnel, de nombreux autres usagers se trouvant dans la même situation (Buttgen, n° 310 du 31 mars 1950).

34. C. E. Van Loo n° 5799 du 11 juillet 1957.

35. C. E. Savgaz n° 9806 du 11 janvier 1963

36. Lejeune n° 3052 du 12 janvier.

37. Thibaut, n° 476 du 26 juillet 1950.

38. Franssens n° 3530 du 26 juin 1954.

39. voir sur ce point document parlementaire 1959-1960 n° 275 p. 478 et s.

- 3) La transformation d'un quartier urbain et les travaux exécutés pour réaliser cette transformation, peuvent avoir des conséquences favorables - précaires par nature - pour certains habitants et des inconvénients pour d'autres, sans qu'on puisse y voir la rupture de l'égalité des charges publique sur laquelle est fondée la réparation du dommage exceptionnel prévu à l'article 7, § 1, de la loi du 23 décembre 1946. L'intéressé demandait un avis tendant à la réparation du dommage que lui avait causé les travaux de la jonction des gares du Nord et du Midi à Bruxelles.⁴⁰

Faut-il conclure de ce commentaire de l'article 7, § 1, de la loi du 23 décembre 1946 et de l'exposé des espèces jurisprudentielles dont je l'ai illustré, qu'en aménageant comme il l'a fait la compétence des cours et tribunaux et celle du Conseil d'Etat, le législateur a donné une solution au problème de la responsabilité sans faute que la personne de droit public peut encourir?

Lorsque le texte qui devint l'article 7 fut discuté à la Haute Assemblée un sénateur émit la crainte que le Conseil d'Etat allait être submergé par des dizaines de milliers de demandes. Vaines inquiétudes! Si dans le secteur du contentieux de l'indemnité la section d'administration donne des soucis, c'est non pas parce qu'elle est trop sollicitée mais parce qu'elle ne l'est pas assez. Elle interprète restrictivement l'article 7, § 1. Elle ne tient la demande d'avis pour recevable que si l'Etat a agi par l'intermédiaire de ses organes administratifs dans l'exercice du pouvoir exécutif⁴¹ elle se déclare incompétente lorsque le requérant impute le dommage subi à une faute de l'administration⁴². Que le préjudice subi doive être exceptionnel signifie pour elle que le dommage soit anormal⁴³, direct⁴⁴, certain⁴⁵, matériel⁴⁶, constitutif d'un appauvrissement⁴⁷ ou spécial.

En vérité, voilà bien des obstacles pour les plaideurs et rares sont ceux qui parviennent à les franchir tous. Depuis l'entrée en vigueur

40. Gillard et Evrard, n° 4723 du 8 décembre 1955.

41. C. E. Mertens n° 1519 du 6 juin 1952.

42. voir les références ci-dessus citées.

43. C. E. De Boeck n° 258 du 9 juillet 1953.

44. C. E. Van Loo n° 5769 du 11 juillet 1957.

45. C. E. Lamont n° 263 du 21 février 1950.

46. et non moral C. E. Leynen n° 3385 du 13 mai 1954.

47. C. E. Fauconnier n° 5467 du 22 janvier 1957.

du 23 août 1946 de la loi sur le Conseil d'Etat, celui-ci n'a pas rendu vingt avis favorables.

L'article 7, § 1, n'est peut-être pas mort, mais il éprouve de sérieuses difficultés d'être. Comment expliquer ce relatif insuccès?

Je crois qu'on aurait tort de reprocher au Conseil d'Etat d'avoir usé avec une discrétion extrême de la compétence d'avis que lui confère l'article 7, § 1 de sa loi organique.

L'interprétation restrictive qu'il a donnée à cette disposition légale est d'abord, dans la logique des choses; elle résulte aussi de l'application des règles constitutionnelles qui régissent la compétence des cours et tribunaux.

La ligne de partage des compétences est tracée d'après un double critère: celui du droit objectif et de l'équité d'une part, celui du droit subjectif et de l'intérêt d'autre part. Or il se fait qu'aucun de ces critères n'est satisfaisant. Le premier est équivoque car comment pourrait-on dire que dans le contentieux de la responsabilité de la puissance publique, le juge ordinaire ne se prononce pas en équité? Le pouvoir judiciaire applique à l'Etat et à ses démenbrements moins les articles 1382 et suivants du Code Civil que les principes très généraux et très vagues dont ils sont l'expression sur le plan des rapports privés. L'écart est énorme entre ces principes et la solution des cas d'espèce et grande est forcément la place de l'équité dans les décisions à prendre. Depuis 1830 les articles 1382 et suivants n'ont guère été modifiés et il n'est que de parcourir des recueils pour constater que sur la base de textes inchangés, la jurisprudence a si profondément évolué que l'on ne risque guère de se tromper en avançant que le juge civil fait dire aux textes ce que son sens de l'équité lui inspire.

Le second critère ne vaut pas mieux.

Il n'existe pas de cloison étanche entre le droit et l'intérêt et de l'un à l'autre les fluctuations sont constantes⁴⁸. L'intérêt qui était hier laissé sans protection peut demain être élevé à la dignité d'un droit et la question reste toujours posée. Cette mutation est la condition même d'une jurisprudence progressive.

L'article 7 fait au Conseil d'Etat un devoir de recherche, avant

48. G. Debeyre. *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*, p. 311.

de statuer au fond, si dans une affaire où le plus souvent ils ne se sont pas prononcés, les cours et tribunaux sont compétents.

Or il se fait qu'en vertu de l'article 106 de la Constitution (qui donne à la Cour de cassation le pouvoir de trancher les conflits d'attribution) c'est le juge ordinaire lui-même qui délimite le champ de sa propre compétence. L'article 7, § 1, va à l'encontre de ce principe du droit public belge. Dans le no mans land où l'intérêt légitime et le droit se touchent, la confusion entre les compétences administrative et judiciaire sont presque fatales. Ce n'est qu'au prix d'une extrême réserve de la part du Conseil d'Etat qu'on les a évitées. Mais en payant ce prix on réduit à bien peu de choses la protection assurée par l'article 7.

J'ajoute à cela que dans un régime de compétence judiciaire même le juge administratif (soumis d'ailleurs, pour les questions de compétence au contrôle de la Cour de cassation) subit l'emprise des conceptions civilistes lesquelles, je l'ai dit, sont dans les questions de responsabilité traditionnellement liées à la notion de faute?

CONCLUSION

De par l'effet des dispositions constitutionnelles le juge civil est en Belgique le juge de droit commun dans le domaine du contentieux de la responsabilité publique. Il est dans l'ordre des choses qu'il assimile la personne de droit public à la personne de droit privé et qu'il fasse prévaloir des solutions directement inspirées des articles du code civil. L'article 1382 de ce Code demeure pour lui le texte de base et comme cette disposition se fonde sur la faute, la jurisprudence judiciaire marque une réticence congénitale aux théories de la responsabilité objective.

Le juge est porté à n'admettre la responsabilité sans faute de l'Etat et de ses démembrements que si la loi (comme en matière d'accidents du travail) lui en fait un devoir.

La jurisprudence belge n'en a pas moins subi l'effet de l'ensemble des facteurs qui avec le déclin de l'individualisme ont invinciblement poussé à un élargissement des responsabilités.

Estimant devoir rester fidèle aux principes du Code civil et partant à la notion de faute, les cours et tribunaux ont élargi ce concept juridique en la déformant. La saine logique n'y a pas toujours trouvé son compte. Les théories hybrides des droits acquis et les conceptions du P. G. Leclercq sont l'expression de cette tendance. Il faut attendre l'année 1960 pour que par, ses arrêts du 5 avril, la Cour de Cassation consacre, dans le secteur réduit des travaux publics, une doctrine de la responsabilité sans faute.

Le droit belge a par l'article 7 de la loi du 23 décembre 1946 tenté de donner une solution originale au problème de la responsabilité de la puissance publique en dehors de la faute en octroyant en cette matière une compétence d'avis à la section d'administration du Conseil d'Etat. Il faut bien constater que par suite sans doute des dispositions constitutionnelles régissant les structures contentieuses, cette tentative n'a pas eu le succès qu'en escomptait le législateur.

THE POSITION OF INTERNATIONAL LAW
AS DOMESTIC LAW IN THE UNITED STATES

By
HANS A. LINDE

THE POSITION OF INTERNATIONAL LAW AS DOMESTIC LAW IN THE UNITED STATES *

By
HANS A. LINDE **

It is an honor and a pleasure for me to speak to the law students of the University of Thessaloniki at the invitation of Professor Constantopoulos.

The topic which has been suggested to me, the application of international law as domestic law in the United States, falls within an interesting and important area of the study of international law. In the European tradition of international law, I believe, the incorporation or transformation of international law into national law is often discussed as a question concerning the theoretical relationship between a national and the international legal order and is related to such concepts as a monistic or a dualistic view of that relationship.

This choice of theories, however, does not decide any questions about the conditions under which international law becomes law appli-

* Lecture given by Prof. Linde to the students of the School of Law of the Aristotelian University of Thessaloniki.

** Professor Linde, born in 1924, is a graduate of Reed College, B. A. 1947, and of the University of California Law School, Berkeley, J. D. 1950.

Upon completion of his legal education, Professor Linde was Law Clerk to *Mr. Justice William O. Douglas* of the United States Supreme Court for the 1950-51 Term. Thereafter he moved to the office of the *Legal Adviser* of the U. S. Department of State and served also as adviser to the U. S. Delegation to the United Nations General Assembly.

After returning to Oregon to practice and teach law, he again came to Washington, D. C., as Legislative Assistant to U. S. Senator Richard L. Neuberger until 1959, when he rejoined the faculty of the University of Oregon School of Law.

Professor Linde has served on the Oregon Constitutional Revision Commission and as consultant to several government agencies. He is the author of a number of articles in *American Law Reviews*.

cable by domestic courts and other legal agencies. A monistic theory may hold that national and international law form a single legal order, and yet within that single order national legislation may be a prerequisite for the application of international legal norms by the courts in one nation and not by those in another. Similarly, in a strictly dualistic theory, it is nevertheless possible that a given national legal order provides for the direct incorporation of international law within domestic law without any legislative action. These are questions about which Professor Constantopoulos can tell you much more than I.

However, in the United States the question of the position of international law within the domestic law is not looked upon as a question of any theory of international law, but rather as one of United States constitutional law. Today I shall try to give you a brief survey of this topic from the viewpoint of American constitutional law rather than from the viewpoint of international law.

Constitutional issues arise in American law from the three structural characteristics of the United States Constitution:

First, *federalism*-- questions concerning the distribution of functions between the United States and the 50 separate states.

Second, the *separation of powers*-- questions concerning what must be done by the Congress, what may be done by the President with the concurrence of the Senate, and what by the President alone.

Third, the constitutional guarantees of *private rights* against government--what may not be done by government in the United States at all.

Each of these three basic kinds of constitutional issues can arise in connection with the creation and application of international law as domestic law in the United States--issues concerning the division of federal and state functions, issues concerning Presidential as distinguished from Congressional authority, and issues of unconstitutional invasion of private liberties. But it is clear that the most important and frequent of these three types of questions about the position of international law arise from the federal structure of American law.

The reason is simple.

The Convention that wrote the Constitution in 1787 was determined to give the new government ample powers to act in international affairs.

The lack of such effective powers under the Articles of Confederation was one of the main motives for the Convention. So the new Constitution gave the federal government power over foreign commerce, over naturalization of citizens, over piracy and other offenses against the law of nations, and *exclusive* power to conduct diplomatic relations, to tax imports and exports, and over the military functions called the «war power»--exclusive powers that were expressly denied to the separate states.

These powers of the federal government were certainly adequate for the great purposes of foreign policy--for war and for diplomacy, for international navigation and later for air traffic and modern communications and all other forms of international commerce--and they are still adequate today for what has become the most powerful single unit in the international order.

But at the same time, all of the ordinary law that deals directly with private individuals outside these large matters of federal regulation was left and still is left to the law of the several states. All property, movable as well as immovable, is owned, transferred, and inherited under the laws of the separate states. Family relationships are governed by state laws. Contracts and other commercial transactions have their validity only under state law, and so do claims for personal injuries. And all ordinary crimes are defined and punished under separate state penal codes.

These matters had traditionally been subject to the common law which the United States took over from England. There is no general civil code for the United States, and the Constitution did not contemplate that the federal government would have any responsibility in these fields of the common law beyond the District of Columbia and other territories governed directly by Congress.

But of course, such matters as property, inheritance, family relationships, and commercial transactions are often of great interest to the citizens of other nations residing both within and outside the United States, and thus often give rise to diplomatic representations, agreements, and rules of international law. What we must examine, then, is how international agreements made by the United States, as well as other rules of international law, become legally effective as domestic law in the United States, and particularly as domestic law in the separate states. We shall distinguish between treaties, other international agree-

ments not made in the form of a treaty, and rules of international law not derived from any treaty or other agreement.

I. Treaties.

The position with respect to treaties is the easiest to summarize, because it is explicitly spelled out in the text of the Constitution.

The president has

«Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur . . . »

(Article II, sect. 2.)

And clause 2 of Article VI, the famous «supremacy clause», provides that along with the Constitution itself and the laws of the United States made by Congress,

«all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.»

Let me draw your attention to two aspects of this text. One, it refers to treaties made or which shall be made, not under this Constitution, but «under the Authority of the United States». Eleven years had elapsed between the Declaration of Independence and the Constitutional Convention. There had been no effective way under the Articles of Confederation to assure that the peace treaty with Great Britain and other international agreements of the new United States would be respected by the governments of the several states; thus the supremacy clause of Article VI related to past as well as to future treaties.

The second and decisive aspect of the clause is that it is addressed directly to the judges. The judges of every state are instructed to apply a treaty, as well as the Constitution itself and federal laws, even in contradiction to their own state's constitution and laws. Other solutions to enforce state compliance with national laws and treaties, through political means placed in the hands of the political organs of government, were rejected in favor of letting the legal system, through the courts and judges in concrete legal controversies involving individual litigants, carry the responsibility for the supremacy of the federal government in the national and international functions assigned to it by the Consti-

tution. This was one of the most important decisions of the Convention that has made the American experiment in federalism work.

With this clear constitutional command to apply treaties as law in the courts, there is no substantial difficulty with respect to this part of our topic today. As early as 1796, in *Ware v. Hylton*, the Supreme Court applied the supremacy clause to establish that rights under the peace treaty with Great Britain must prevail over adverse legislation of the State of Virginia. The priority of treaty law over state law is unquestioned, assuming the treaty law applies to the case. Accordingly, the only question that can be litigated is what the particular treaty means--whether it was meant to apply of its own force or not. That is a question of treaty interpretation, not of the theory either of international law or of American constitutional law. This is the question usually described as whether the treaty is «self-executing» or whether it is not «self-executing». As I have said, that is not a question of theory about the nature of treaties as such, but a question about the meaning of a particular treaty under consideration. It has been recognized as such in American treaty law since the distinction between self-executing treaties and those calling for further legislation was stated by Chief Justice John Marshall in *Foster v. Neilson* in 1829.

Of course the Department of State, for the United States Government, is well aware of these questions of the legal effect of treaties and can choose whether to negotiate a text that is meant to be immediately applied as law by the courts, or a text that contemplates further action by the government to carry out the treaty. Likewise the Senate is very likely to inquire into this question before consenting to ratification of a treaty, so that, apart from the text itself, the interpretation given it by the government and by the Senate are likely to be on record in the legislative history of the treaty.

Thus treaties may or may not be immediately applicable as domestic law in the United States with respect to a wide range of possible subjects. But perhaps a couple of generalizations are possible.

On the one hand, treaties that are intended to establish reciprocal private rights for foreign nationals in the United States and its treaty partner respectively are likely to be self-executing. These touch, as I have said, matters generally governed in different ways by the laws of the several states and on which the Congress would not normally legislate; so that it would not be sensible to draft or to interpret a

treaty as requiring Congress to pass legislation otherwise outside its province and experience in order to make such a treaty effective.

On the other hand, a treaty will be self-executing with respect to any payment of money to be made by the United States under it. The Constitution expressly denies the President the authority to spend money without an appropriation made by law (Article I, section 9), and such a law requires passage by the House of Representatives as well as the Senate. This is an illustration of the second kind of constitutional issue I mentioned at the outset—one not concerning federalism but rather the allocation of power among the branches of the federal government itself. The Senate has the sole role of checking the President's treaty-making, but even when the Senate consents to accepting the international obligation of the treaty, it cannot alone appropriate the money that the United States may have obligated itself to pay. This can be important; for instance with respect to the payment of the United States share of the budget of the United Nations according to the obligations of the Charter, which is a treaty.

The United Nations Charter was also the occasion of another celebrated example of a non-self-executing treaty provision. In a widely-debated case in California in 1952, a Japanese national, *Fujii*, challenged a California law that prevented him from owning land, arguing in part that this law was superseded by Article 56 of the Charter, in which the member nations «pledge themselves to take joint and separate action» to promote human rights. (Interestingly, he based this claim on a treaty to which his own national government, Japan, was not then a party—that is, not as a beneficiary of an obligation incurred toward his nation, but rather on a general effect of the Charter on American law). The California supreme court held that the pledge of Article 56 «to take action» clearly contemplated further governmental action and was not self-executing, though the court held the law unconstitutional on other grounds.

When the United States makes a treaty which it then wants to carry out by passing further legislation, the effect may be that Congress legislates on a subject that would not have fallen within the normal range of its concerns apart from the treaty. This was the point of the famous 1920 case of *Missouri v. Holland*, when the United States made a treaty with Canada for the protection of migratory birds after an earlier statute for this purpose had been held to be beyond the powers of Congress. If a matter is of sufficient interest to another nation that the United

States can make a treaty about it, such a treaty also gives Congress the power to make laws to put it into effect.

II. Executive Agreements.

The second source of international obligations to be examined for their effects in domestic law are international agreements made by the United States with other governments, or perhaps with international organizations, but not in the form of a treaty.

While there are a great many things about which governments make agreements every day in the conduct of the ordinary diplomatic, military, or financial business of government, ranging from complete informality to very serious undertakings, only few of them are of the kind that could have and might be intended to have any effect as domestic law, particularly as law that would affect any private rights.

With respect to the problems of federalism, the position of executive agreements is not different from that of treaties--that is to say, they displace state law insofar as the agreement applies to the case at all. The differences between treaties and executive agreements lie in the domain of the allocation of powers within the federal government.

The President may be authorized or even instructed by a statute, passed by Congress, to carry out this or that policy through negotiating agreements with other governments. Constitutionally, this is simply one instance of the common use of delegation of specified authority by the legislature to the executive. An outstanding modern example is international trade policy. Tariff duties are taxes which must be set by Congress. But the negotiation of reciprocal tariff reductions and other conditions, as well as the whole General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) is in the form of executive agreements authorized by the Trade Agreements Act. They do not require further translation into domestic law; in this case, the domestic legislation precedes the international obligation. The same is true of many similar agreements which must be negotiated from time to time in complicated or technical or rapidly changing fields, where delegation to the executive is a practical necessity and the results cannot be resubmitted to the legislature as a treaty or a new statute each time.

Executive agreements which are founded upon some statute in this manner have the same status as treaties in domestic law, assuming of course that the statute is constitutional; for under the supremacy

clause of Article VI federal statutes are the supreme law of the land along with treaties, and this includes acts of the President carried out within the terms of such a statute.

But what if the President makes an international agreement that is neither founded on any statute nor later embodied in one?

The President has certain authority directly from the Constitution, particularly as Commander-in-Chief of the armed forces--a provision that guarantees civilian supremacy over these forces--and as the organ of diplomatic communication and relations with other nations. An international agreement which he makes validly within this authority will also displace state law. Such agreements in practice, however, rarely affect private rights. The exceptional examples that reached the Supreme Court arose out of the agreement which President Franklin D. Roosevelt made with Ambassador Maxim Litvinov when the United States recognized the Soviet government of Russia in 1933. Recognition is within the authority of the President. In the agreement, the United States government accepted an assignment of all claims of the U. S. S. R. to Russian assets in the United States, assets that had been the private property of Russian nationals or companies and had been nationalized by the Soviet government. This nationalization had been refused legal effect by the courts of states such as New York, where the assets were held, on the ground that such uncompensated confiscation of assets within their jurisdiction was contrary to the law of those states. The United States Supreme Court held, in the *Belmont* case of 1937 and *Pink* of 1942, that the Litvinov assignment, being a valid executive agreement even without a statutory basis, displaced the adverse legal rules of the states.

III. Limits on the Domestic Effect of International Agreements.

It remains to point out some important limitations on the domestic legal effects of the different kinds of international agreements made by the United States.

The internal effect of a treaty or of an executive agreement may be removed by a statute later passed by Congress--even though the international obligation of the United States under the agreement may continue unaffected by this. Likewise, a later treaty or an agreement founded on a later statute displaces earlier law. In other words, as between statutes and treaties, the later in time prevails in the internal law of the

United States. But an executive agreement made by the President without basis in any act of Congress, even though it is superior to any contrary law of a state as illustrated by the Litvinov Assignment, cannot displace a federal statute. The President is bound by such a statute: he is obligated by the Constitution to «take Care that the Laws be faithfully executed». (Article II, section 3.).

Secondly, the domestic legal effect of treaties and other international agreements, as of statutes, is limited by the constitutional guarantees of individual liberties against all governmental invasion, of which those listed in the first eight amendments, the Bill of Rights, are the most famous but not the only ones. If the United States undertook to make a treaty to support the Christian religion, or to suppress newspapers or other publications attacking a foreign government, or to deport all descendants of a particular nationality back to the country of their ancestors, then the United States could not constitutionally carry out that agreement, even if it should be bound to do so under international law.

In 1957 there came before the Supreme Court some cases (*Reid v. Covert*) in which civilians accompanying the armed forces of the United States abroad had been tried by American courts martial, as contemplated not only the American Code of Military Justice but also in executive agreements between the United States and the nations where these cases arose. The Court took the occasion of these cases to say:

«No agreement with a foreign nation can confer power on the Congress, or on any branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution . . . Nothing in the language [of the supremacy clause] intimates that treaties and laws enacted pursuant to them do not have to comply with the provisions of the Constitution».

Because the civilians had not been given trial by jury and other guarantees of American criminal procedure, their convictions by courts martial were set aside.

IV. Other Norms of International Law

As you have seen, the rules governing the domestic effect of international agreements validly entered into by the United States government are not difficult. They are a little more complicated because of the American federal system than they would be in the typical unitary state, and there have sometimes been political controversies about what the rules *should*

be, but in practice there is no great doubt what they are nor difficulty in applying them.

The situation is less simple when we turn from international agreements to rules of international law not embodied in any agreement or any statute of the United States, and it is less easy to explain.

You will recall that the inherited legal system of the United States was the common law of England. And it is easy to find many quotations from English as well as from early American judges, statesmen, and legal writers that the Law of Nations is part of the common law--or more accurately, part of the law to be applied directly by the courts, whether these courts were dealing with common law cases, or equity, or specialized fields such as admiralty or the law merchant. But these early statements made no distinction between regarding international law as part of the law of the several states or as part of the federal law of the United States. Today this question can have serious consequences, but originally the distinction may not have seemed important.

I remind you that the United States has two independent systems of courts--the trial and appellate courts of each state, and the trial and appellate courts of the United States, of which the Supreme Court is the highest. The jurisdiction of the federal courts, under Article III of the Constitution, arises either from the characteristics of the parties to the law suit, particularly suits between citizens of different states or when the United States itself is a party, or else federal jurisdiction exists when the case must be decided on a question of federal law. All other cases must be tried in the state courts.

But while these are rules of jurisdiction of the courts, there was originally no great difference of theory about the substantive rules of law the courts would apply in the usual private litigation. These were mostly the rules of the common law, which was at the outset still thought of as a single system, not the law of many distinct state jurisdictions. The same would be true of a rule of international law that might be applicable to the case. So the judges of the Supreme Court, sitting on that or lower federal courts, would write opinions stating that the law of nations was part of the applicable law without explaining *which* applicable law, federal or state, it was a part of. It was easy, in the early nineteenth century, for a court to say that it was simply applying a rule of international law as such, not as the law of New York or the law of Louisiana or as federal law.

Today we see that it is not so easy. Again, if it were only a question of legal theory, it would be interesting but not important. But it is a question that has practical consequences.

First, what if the courts of two separate states disagree upon the existence, the meaning, or the applicability of a rule of international law asserted by one of the litigants? It might be a question concerning the territorial jurisdiction of a foreign state, or concerning nationality, or the effect of armed occupation on a treaty, or any other question of customary international law not embodied in a treaty or statute of the United States. How could such a disagreement be settled?

If customary rules of international law are part of the common law of the several states, then the answer is that it cannot be settled. The states are under no obligation to seek uniformity in their common law or in any area of law within their jurisdiction--which means practically all the private law concerning persons, and property, and commercial dealings. If the question is one of state law, it cannot be settled by appeal to the Supreme Court of the United States, which can settle only federal questions; and that would apply also to questions of customary international law, if this is viewed as part of the common law of the states.

Secondly, if customary international law is state law and not federal law, it could be superseded by a state statute. In a conflict between a rule of customary international law and a state statute, the statute would prevail in the courts just as would an Act of Congress, although this would not, of course, affect the international obligation of the United States under the rule.

Naturally, therefore, leading international lawyers concerned with the foreign relations of the United States have argued--insofar as this question has been discussed at all--that the rules of customary international law should be viewed as part of a so-called common law of the United States--that is to say as federal law and not only as state common law. Thus, after the United States Supreme Court ruled in the *Erie Railroad* decision in 1938 that the federal courts must follow the decisions of the state courts on questions of state law, and that there was no federal common law to be pronounced directly by the federal courts, Professor Phillip C. Jessup--now a judge of the International Court of Justice--argued that this doctrine ought not include questions of customary international law, that these should be federal law as are international obligations embodied in a treaty or other agreement of the United States.

The 1964 decision of the Supreme Court in the famous *Sabbatino* case seems to have gone a long way toward settling the question in favor of the theory that customary international law belongs to federal law. In that case, the Court held that the question whether to apply the Act of State doctrine to give effect to a Cuban expropriation of American-owned sugar was a question of federal law, not one of state law on which a court should follow the views of New York under the *Erie Railroad* rule. However, they declined to regard the Act of State doctrine as a rule of international law. It stated that, within American law, the applicability of the Act of State doctrine was a federal question because it touched important responsibilities of the federal government for the foreign relations of the United States. For similar reasons the Supreme Court in January of this year held unconstitutional a statute of the State of Oregon that required reciprocal inheritance rights for Americans in the state of any foreign national claiming an estate in Oregon, also on the ground that the application of this state law impinged upon exclusive federal responsibility for foreign relations, though it did not violate international law.

The view that customary international law, like international agreements of the United States, is part of federal law will probably prevail. One interesting result would be that federal courts could be called upon to decide any case under state law if one party claimed that the state had misapplied, not written federal law, but an asserted unwritten rule of customary international law. That result would be novel but not too serious. A second implication would be that Congress could legislate to alter the results reached by courts in their decisions of what the rules of customary international law are. Some of these operate in areas that have been outside the traditional concerns of Congress, but not, I believe, beyond the limits of its constitutional powers as they have been conceived in modern times.

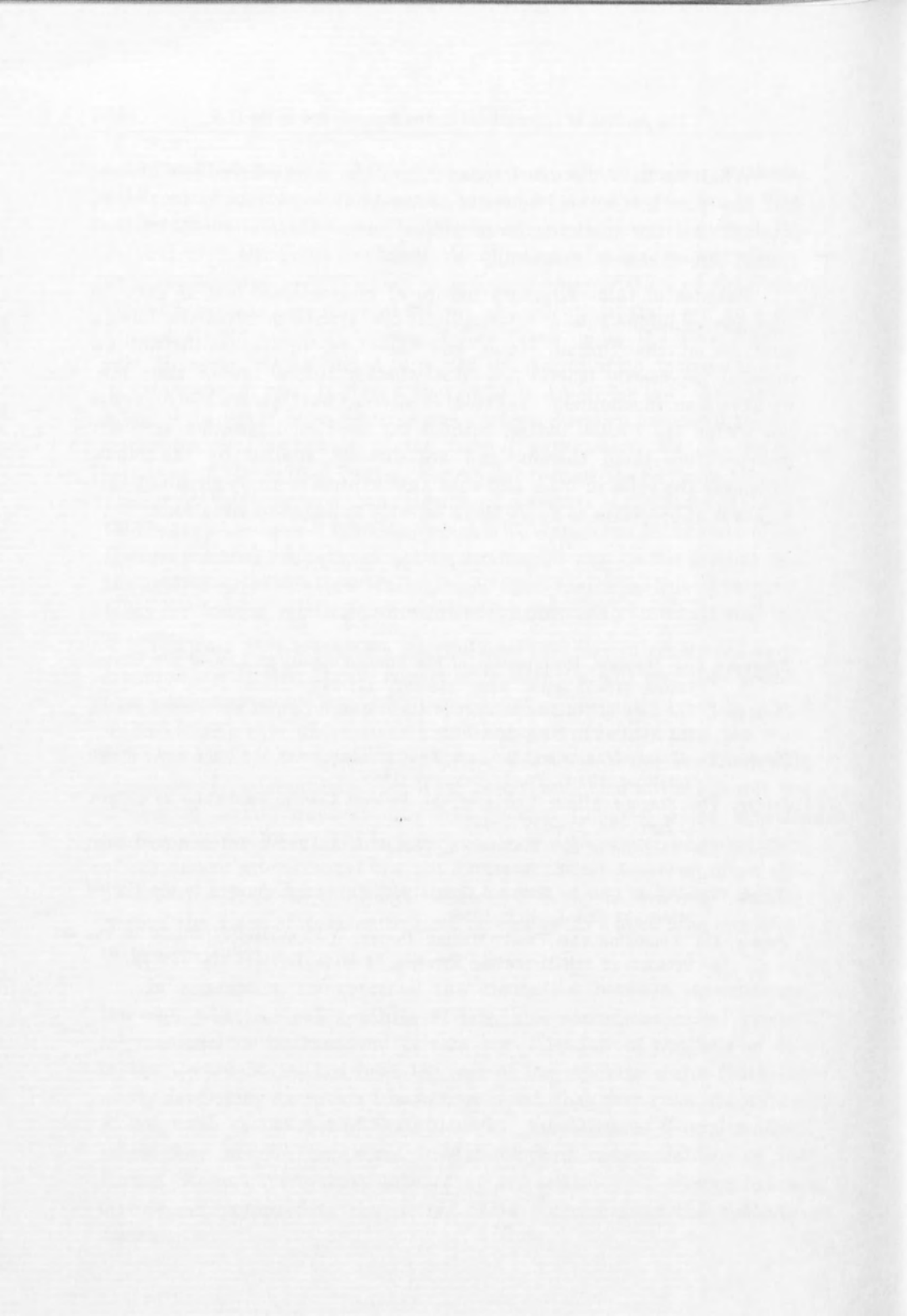
In conclusion, let us recall the distinction between international law and what we call conflicts of law, also sometimes called private international or international private law. The law of conflicts of law in the United States has been the law of the separate states (with the newly developing exception I have mentioned, that even rules of conflicts of law, such as the Act of State doctrine, may become federal matters when they involve important foreign-relations responsibilities of the United States government) unless they are settled by treaty or federal statute, as happened to the Act of State doctrine after the *Sabbatino* decision.

What we have discussed today is not the rules of conflicts of law, but the position within American domestic law of international law, international law in the sense of obligations of the United States that cannot be changed unilaterally by itself.

Because of this obligatory nature of international law, it may be that any genuine rule of international law always involves the foreign relations of the United States and therefore, unlike conflicts-of-law rules, is necessarily federal law. But whether federal law or state law, we have seen, in summary, that rules of international law are also domestic law within the United States, without the need for legislation specially incorporating them therein, and are directly applied by the courts, whenever the rules in form and substance express or imply an intent that makes it appropriate to apply them directly to concrete situations.

SHORT BIBLIOGRAPHY

- American Law Institute*, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, (1965) espec. secs. 118-121, 141-145.
- Dickinson*, The Law of Nations as Part of the National Law of the United States, 101 U. Pa. L. Rev. 26 (1952).
- Henkin*, The Treaty Makers and the Law Makers: The Law of the Land and Foreign Relations, 107 U. Pa. L. Rev. 903 (1959).
- Jessup*, The Foreign Affairs Power of the Federal Courts: Sabbatino 64 Colum. L. Rev. 806, 811-829 (1964).
- Jessup*, The Doctrine of Erie Railroad v. Tompkins Applied to International Law, 33 Am. J. Int. L. 740 (1939).
- Wright*, Treaties as Law in National Courts with Especial Reference to the United States, 32 Ind. L. J. 1 (1956).
- Preuss*, On Amending the Treaty-Making Power: A Comparative Study of the Problem of Self-Executing Treaties, 51 Mich. L. Rev. 1117 (1953).



ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΣΤ' ΤΟΜΟΥ

ΠΟΙΚΙΛΙΑ

VARIA

<i>Κωνσταντίνου Γ. Παμπούκη</i> , Καθηγητού του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Περί τῆς ἐμπορικῆς δημοσιότητος. Εἰσαγωγή εἰς τὸν θεσμόν τοῦ ἐμπορικοῦ μητρώου.	1-44
<i>Claude B. Bandaloukas</i> , Professor of Graduate School of Industrial Studies, Piraeus.	Epistimology of Management, especially with application to Business	45-58
<i>Nicholas C. Anagnos</i> , Professor of Economics, Howard University, Washington D.C.	Economic Ideas of Aristotle	59-77
<i>Θεοδώρου Αἰμ. Χριστοδουλίδη</i> , Δρ. Ν.	Ἡ δικαιοδοσία τοῦ Διεθνoῦς Δικαστηρίου πρὸς λήψιν προσωρινῶν μέτρων .	79-124
Ἄθανασίου Ἰω. Καρδαρά, Δρ. Ν., Δικηγόρου.	Μισθὸς «κατ' ἀποκοπήν».	125-155
<i>Νικολάου Α. Δελούκα</i> , Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Κήρυξις ἀξιογράφου ὡς ἀνισχύρου κατὰ τὸν Κώδικα Πολιτικῆς Δικονομίας	157-177
<i>Γεωργίου Μιχαηλίδου - Νουάρον</i> , Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.	Νεώτεραι φιλοσοφικαὶ ἀντιλήψεις περὶ τῆς «φύσεως τῶν πραγμάτων» εἰς τὸ δίκαιον	179-220
Ἀλεξάνδρου Γ. Λιτζεσοπούλου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.	Ἄτελεῖς ἐνοχαὶ καὶ συγγενεῖς νομικαὶ μορφαὶ	221-370
<i>Νικολάου Ἀθ. Ἀντωνοπούλου</i> , Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Ἡ ἐπέμβασις τῆς διοικήσεως εἰς τὸν νομοθετικὸν τομέα	371-410
<i>Γεωργίου Μεν. Βαλάσση</i> , Δρ. Ν., Δικηγόρου.	Ὁ θεσμὸς τῆς πλάνης ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ καὶ ἡ ἐπ' αὐτοῦ ἑλληνικὴ ἐπίδρασις	411-457
<i>André Mast</i> , Professeur de l'Université de Gand.	La responsabilité de la puissance publique en dehors de la faute . . .	459-479

Hans A. Linde, Professor at the
University of Oregon.

The position of International Law
as domestic law in the United States 481-495

Περιεχόμενα 497-498

Γενικά Περιεχόμενα τῶν ἑξ τόμων .

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ Α' ΤΟΜΟΥ

<i>Δ. Σ. Κωνσταντοπούλου</i> , Καθηγη- του τῆς Σχολῆς Ν.Ο.Ε. τοῦ Πανε- πιστημίου Θεσσαλονίκης.	Βίος καὶ Ἔργον τοῦ Καθηγητοῦ Χα- ραλάμπους Ν. Φραγκίστα xi
<i>D. S. Constantopoulos</i> , Professor at the Aristotelian University	Life and Work of Professor Ch. N. Fragistas. xxi
<i>D. S. Constantopoulos</i> , Professor an der Universität von Thessa- loniki.	Leben und Werk von Professor Ch. N. Fragistas xxxi
<i>Χαραλάμπους Ν. Φραγκίστα</i>	Δημοσιεύματα xxxxi

ΙΣΤΟΡΙΑ ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

<i>O. A. Borum</i> , Professor of Civil Law and International Private Law at the University of Copen- hagen.	Convention or Model Law 1-11
<i>Victor Knapp</i> , Professeur à l'U- niversité Charles, Prague, mem- bre de l'Académie tchécoslova- que des Sciences.	Le droit et la quotidienneté de la vie sociale 13-28
<i>John H. Merryman</i> , Professor of Law, Stanford University.	The Public Law - Private Law dis- tinction in European and United States Law 29-49
<i>Θ. Δ. Τσάτσου</i> , Καθηγητοῦ τοῦ Πα- νεπιστημίου τῆς Ἀιδελβέργης.	Ἡ περὶ διακρίσεως τῶν ἐξουσιῶν διδα- σκαλία τοῦ Hans Kelsen 51-66
<i>B. A. Wortley</i> , Professor of Juris- prudence and International Law in the University of Manchester.	Justice and the Balance of the Legal Order. 67-75
<i>Προδρόμου Δ. Δαγτόγλου</i> , Ἐντε- ταλμένου Ὑφηγητοῦ τῶν Πανεπι- στημίων Ἀθηνῶν καὶ Ἀιδελβέργης.	Ὁ Ἰωάννης Καποδίστριας, ὁ Βαρῶνος φὸμ Στάν και ὁ Πρίγκηψ Λεοπόλδος 77-123
<i>Hans Liermann</i> , Professor an der Universität Erlangen - Nürnberg.	Europäische Rechtsgemeinschaft. Ein Stuck aktueller Rechtsgeschichte . 125-132

Stephan Verosta, Professor für Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien. Byzanz und Österreich um 1150 n. Chr. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts im Mittelalter 133-165

Charles d'Olivier Farran, D.C.L., Oxford. Family Law of the Christian Communities of the Middle East. 167-190

ΑΣΤΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ ΚΑΙ ΙΔΙΩΤΙΚΟΝ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΝ
DROIT CIVIL ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Αντ. Γ. Φλώρον, Ἄρειοπαγίτου. Ἡ ἐπὶ τοῦ γάμου ἐπιρροή τῆς ἐλλείψεως προσωπικῶν ιδιοτήτων τοῦ ἐτέρου τῶν συζύγων 191-212

John N. Hazard, Professor of Public Law, Columbia University, New York. The Public Enterprise in the United States of America 213-227

Trajan Ionasko, Professeur à la Faculté de droit de Bucarest, membre de l'Académie de Roumanie et de l'Académie Internationale de Droit Comparé de la Haye. Traits caractéristiques et régime juridique des biens formant l'objet du droit de propriété socialiste d'État ainsi que du droit d'administration opérationnelle directe en droit socialiste Roumain 229-250

Ulrich von Lübtow, Professor an der Freien Universität Berlin. Die rechtliche Vereinigung des Nachlasses mit dem Privatvermögen des Erben (Confusio Bonorum). 251-288

Adam Szpunar, Professeur à l'Université de Lotz. La réparation du dommage moral en droit polonais 289-302

Ferdinand Stone, Professeur de Droit à l'Université de Tulane. La responsabilité délictuelle de ceux qui fabriquent ou fournissent les produits défectueux ou dangereux 303-318

Gottfried Baumgärtel, Professor an der Universität Köln. Die Grenzen der deutschen internationalen Konkurszuständigkeit im Falle des § 238 Abs. 1 KO 319-355

Fritz Baur, Professor an der Universität Tübingen. Ist die Anschlussberufung (Anschlussrevision) ein Rechtsmittel? 357-373

Günther Beitzke, Professor an der Universität Bonn. Probleme der Flüchtlingsscheidung 375-398

Borislav Blagojevic, Professeur à la Faculté de Droit, Directeur de l'Institut de Droit Comparé Beograd.

L'arbitrage d'État et les tribunaux économiques dans les pays socialistes 399-418

Κωνσταντίνου Ἀναστ. Βαβούσκου, Καθηγητοῦ τῆς Σχολῆς Ν.Ο.Ε. τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

Περὶ τῆς σχέσεως τοῦ κατὰ τὸν Ἀστικὸν Κώδικα τίτλου ἐκ τοῦ νόμου τοῦ Δημοσίου πρὸς ἐγγραφὴν ὑποθήκης δι' ἀπαιτήσεις ἐκ καθυστερουμένων φόρων, πρὸς τὸ κατὰ τὸν Κώδικα Πολιτικῆς Δικονομίας (καὶ τὸ Σχέδιον Κώδικος Πολιτικῆς Δικονομίας) ἀντίστοιχον πρόνομιον αὐτοῦ 419-459

ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ
DROIT DE PROCEDURE

Arwed Blomeyer, Professor an der Freien Universität Berlin.

Antrag und Beschwer 461-482

Παν. Β. Δερτιλῆ, Καθηγητοῦ τῆς Σχολῆς Ν.Ο.Ε. τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

Δικονομικὰ Φορολογικὰ Θέματα. Καίνοτομαί τινες τοῦ Κ.Φ.Δ. 483-511

Mario Giuliano, Prof. Ordinario nella Università di Milano.

Considerazioni in tema di rogatorie di giudici Italiani per l'esecuzione di provvedimenti istruttori negli Stati Uniti 513-525

Walther Habscheid, ord. Professor an der Universität Würzburg, Honorarprofessor a. d. Universität Genf.

Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem der materiellen Rechtskraft des Zivilurteils 527-556

Démètre J. Karanikas, Professeur de Droit Pénal à l'Université de Thessalonique.

La restriction ou l'étendue de la juridiction du juge des mineurs 557-572

Κίμωνος Ἀ. Παυλίδου, Ἀρεοπαγίτου.

Ἡ ἀναστολὴ ἐκτελέσεως κατὰ τὸ ἄρθρον 818 § 2 τῆς Πολιτικῆς Δικονομίας . 573-579

Γεωργίου Ράμμου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.

Σχέσις μεταγραφῆς, ἐγγραφῆς ὑποθήκης ἢ προσημειώσεως ὑποθήκης, ἐπιβολῆς καὶ ἐγγραφῆς κατασχέσεως καὶ σύγκρουσις αὐτῶν 581-621

Pieter Sanders, Dean of the Law Faculty, Rotterdam.

Recent Developments in International Commercial Arbitration. . . . 623-634

OIKONOMIKH EPISTHMH
SCIENCES ÉCONOMIQUES

Dimitrios J. Delivanis, Professeur
d'Économie Politique à l'Univer-
sité de Thessalonique.

La contribution de la politique mo-
nétaire aux blocades de la croissance
et du développement 635-649

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ Β' ΤΟΜΟΥ

ΙΣΤΟΡΙΑ ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

<i>Γεωργίου Σ. Μαριδάκη</i> , 'Ακαδημαϊκού.	'Η ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομική διαδοχή εἰς τὴν νῆσον Μῆλον κατὰ τὸν δέκατον ἑβδομον αἰῶνα	1-23
---	--	------

ΑΣΤΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ ΚΑΙ ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ DROIT CIVIL ET DROIT DE PROCEDURE

<i>Jean Baugniet</i> , Professeur à l'Université Libre de Bruxelles.	La réforme des régimes matrimoniaux en Belgique	25-44
<i>Karl August Bettermann</i> , Professor an der Freien Universität Berlin.	Über Klage - und Urteilsarten	45-69
<i>Rudolf Bruns</i> , ö. Professor an der Universität Marburg.	Zum Begriff der Prozesshandlung	71-93
<i>Πελαγίας Γέσιου - Φαλτσῆ</i> , Δρ. Νομικῆς, Δικηγόρου.	'Η παθητικὴ νομιμοποίησις εἰς τὴν διεκδικητικὴν ἀνακοπὴν τρίτου	95-129
<i>Rudolf Pohle</i> , Professor an der Universität München.	Gedanken zum gesetzlich nicht regelten, gewillkürten Parteiwechsel	131-156
<i>Hans Schima</i> , Professor an der Universität Wien.	Möglichkeiten einer einheitlichen Abgrenzung der Zivilgerichtsbarkeit der Staaten	157-163
<i>Carlos de Miguel y Alonso</i> , Catedrático de Derecho procesal Universidad de Salamanca (España).	El reconocimiento de sentencias extranjeras en el derecho procesal Español	165-192

ΔΙΔΩΤΙΚΟΝ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΝ DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

<i>Milan Bartos</i> , Professeur à la Faculté de Droit de Beograd.	Influence des règles uniformes sur la création des normes internationales relatives aux rapports de droit privé	193-206
--	---	---------

<i>Emile Bendermacher - Geroussis</i> , Professeur Agrégé à l'Université de Thessalonique.	Les solutions communes des Traités existants en matière d'exécution des jugements	207-232
<i>Charles Carabiber</i> , President de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International.	L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des Etats et des collectivités publiques signataires d'une compromissaire inserée dans un contrat de droit privé	233-255
<i>Mauro Cappelletti</i> , Professeur à la Faculté de Droit et Directeur de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Florence, Italie.	La valeur des jugements étrangères en Italie	257-300
<i>Albert A. Ehrenzweig</i> , University of California, Berkeley.	The lex fori in admiralty	301-321
<i>Frederic Eisemann</i> ,	Die Incoterms im Recht des internationalen Warenhandels: Ausserstaatliche Rechtsbildung oder Vertragsrecht	323-335
<i>A. Ferrer - Correia</i> , Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Coïmbra, Portugal.	La question du renvoi dans le nouveau code civil portugais	337-368
<i>Hans Ficker</i> , Professor an der Universität Mainz.	Einige Gedanken über die Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile	369-376
<i>Giuseppe Flore</i> , Président de Chambre à la Cour de Cassation d'Italie.	La récente évolution de la jurisprudence italienne en matière de preuve de la loi étrangère	377-388
<i>Aleksandar Goldstajn</i> , Dean of the Law Faculty University of Zagreb.	Commercial Usages as the Source of the Law of International Trade	389-402

ΔΗΜΟΣΙΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ

DROIT PUBLIC

<i>Κωνσταντίνου Ν. Βουργιούκα</i> , Έντ. Ύφηγητος τῆς Σχολῆς Νομικῶν καὶ Οἰκονομικῶν Ἐπιστημῶν τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Ἐξέλιξις καὶ προβλήματα τοῦ ποινικοῦ δικαίου τῆς πολιτικῆς ἀεροπορίας	403-449
<i>Ἥλια Γ. Κυριακοπούλου</i> , Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Ἡ ἀνεξαρτησία τῆς δικαιοσύνης εἰς τὰ συντάγματα τῆς Ἑλλάδος τῆς Α' πεντηκονταετίας	451-474

Enrico Tullio Liebman, Prof. nell'
Università di Milano.

Wilhelm Wengler, Professor an
der Freien Universität Berlin.

Δημητρίου Κ. Ψαρῶ, Καθηγητοῦ
Ἀνωτάτης Βιομηχανικῆς Σχολῆς,
Ἐπιτίμου Συμβούλου Ἐπικρατείας.

L'azione nella giurisprudenza della
Corte Costituzionale italiana . . . 475-479

Grundprobleme des interreligiösen
Kollisionsrechts 481-502

Γενικαὶ ἀρχαὶ καὶ προβλήματα τῆς Δη-
μοσίας Οἰκονομικῆς Διοικήσεως . . . 503-562

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ Γ' ΤΟΜΟΥ

ΔΙΔΩΤΙΚΟΝ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΝ DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

<i>Gerhard Kegel</i> , Professor an der Universität Köln	Die Scheidung auf der Reise . . .	1-25
<i>Alexander N. Makarov</i> , Professor an der Universität Heidelberg	Zur Frage der Ehesfähigkeit im internationalen Eheschliessungsrecht . .	27-52
Prof. Dr. <i>Kurt Nadelmann</i> , Harvard Law School	Assumption of Bankruptcy Jurisdiction over Non - Residents	53-61
<i>André Panchaud</i> , Président du Tribunal fédéral Suisse	La technique législative des traités sur l'exécution des jugements étrangers	63-85
<i>Adolfo Miaja de la Muela</i> , Profesor de la Universidad de Valencia. Asociado del Institut de Droit International.	El «imperialismo jurisdiccional» Espanol y el derecho internacional	87-124
<i>Alfred E. von Overbeck</i> , Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg (Suisse)	L'Article VI du traité americano-suisse de 1850 (De l'interprétation d'une règle de conflits historique en matière de successions)	125-160
<i>Fritz Schwind</i> , Professor an der Universität Wien	Inhalt und Sprache international-privatrechtlicher Konventionen . .	161-171
<i>Jerzy Raijski</i> , Chargé de Cours en droit civil comparé à la Faculté de droit de Varsovie	L'influence de la volonté des parties sur la compétence internationale des tribunaux sur matière civile dans le droit de quelques pays socialistes	173-187
<i>Haroldo Valadao</i> , Titulaire des Universités Fédérale et Catholique de Rio de Janeiro	Droit intertemporal international et droit international intertemporal	189-203
<i>Lars Welamson</i> , Professeur à l'Université de Stockholm	Quelques problèmes liés à la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for.	205-215

ΔΗΜΟΣΙΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ ΚΑΙ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΝ
 DROIT PUBLIC ET DROIT INTERNATIONAL

<i>Willibald M. Plöchl</i> , Professor an der Universität Wien	Das Religionsfreiheitsdekret des Zweiten Vatikanischen Konzils . . .	217-239
'Αχιλλέως Σ. 'Ανθεμίδη, Διδάκτο- ρος Νομικῆς τοῦ Πανεπιστημίου τῆς Γουττιγγης	Τὰ Πανεπιστημιακὰ συστήματα Γαλ- λίας, Γερμανίας καὶ αἱ μεταξύ των θεμελιώδεις διαφοραὶ	241-291
<i>George B. Zotiades</i> , Dr. jur.	Human Rights and Balkan minority treaties. Their present status under International Law	293-338
<i>Edvard Hambro</i> , Professor of Law, Norwegian School of Eco- nomics and Business Admi- nistration, Membre de l'Insti- tut de Droit International	The Drafting Procedure of the International Court of Justice . .	339-350
<i>René Marcic</i> , o. Professor an der Universität Innsbruck	Der Staatsmann in der Demo- kratie	351-372
<i>Efstratios J. Mavroudis</i> , Docteur en Droit de l'Université de Paris. Secrétaire d'Ambassade, Directeur des Affaires Poli- tiques auprès du Ministère de la Grèce du Nord	Grands et petits Etats	373-383
<i>Friedrich August Frhr. von der Heydt</i> , Professeur à l'Univer- sité de Würzburg	Quelques remarques sur la notion de Souveraineté	375-396
<i>Georg Schwarzenberger</i> , of Gray's Inn, Barrister-at-Law; Profes- sor of International Law in the University of London; Dean, Faculty of Laws, Uni- versity College London	Prolegomena to the History and Sociology of International Economic Law	397-407
<i>C. Wilfred Jenks</i> , Legal Adviser of the International Labour Office, Member of the Institut of International Law	Space occurrences and transactions in the conflict of Laws. A plea for a comprehensive study	409-416
<i>Hermann Mosler</i> , Direktor des Max-Planck-Instituts für aus- ländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg	Europarecht - ein neues Fach der Rechtswissenschaft?	417-433
<i>Quincy Wright</i> , Professor of International Law	Custom as a basis for International Law in the post War World . . .	439-476

<i>Nagendra Singh</i> , I.C.S., Professor of Maritime Law, University of Madras	The Oceans and the world community of States	459-476
<i>Ignaz Seidl - Hohenveldern</i> , Professor für Völkerrecht und Staatsrecht an der Universität Köln	Gewerkschaftliche Rechte der Europäischen Beamten	477-487
<i>Rudolf L. Bindschedler</i> , Professor an der Universität Bern	Das Völkerrecht und die Nuklearwaffen	489-505
<i>Apostolos J. Pappalotis</i> , Docteur en Droit, Secrétaire d'Ambassade	L'irrecevabilité de l'action en responsabilité pecuniaire internationale du fait de l'individu lésé	507-520
<i>S. Calogeropoulos - Stratis</i> , Professeur de Droit International, Ancien Recteur de l'Ecole des Sciences Economiques et Commerciales et de l'Ecole des Sciences Politiques d'Athènes	Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme règle d'exception	521-534
<i>Remigiusz Bierzanek</i> , Professeur à l'Université de Lodz	La codification et le développement progressif des principes du droit international	535-559

**ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ
SCIENCES ÉCONOMIQUES**

<i>Αντωνίου Ν. Δαμασκηνίδου</i> , Καθηγητού του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης	Τò πρόβλημα τής εκπαίδευσεως και ιδία τής τεχνικής εξεταζόμενον από οικονομικής απόψεως	563-632
<i>Βασιλείου Θ. Βογιατζή</i> , Καθηγητού του Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης	Ἡ ἐπὶ τῶν τιμῶν ἐσωτερικοῦ πολιτικῆ τής Σοβιετικῆς Ἐνώσεως . . .	633-645
<i>Γωάννου Κ. Χολέβα</i> , Καθηγητού Α. Σ. Β. Σ. Θεσσαλονίκης	Ἡ ὀργάνωσις τής ἐπιχειρήσεως ὑπὸ κοινωνιολογικὴν θεώρησιν	647-659
<i>Δ. Ε. Καλλιτσοννάκη</i> , Ὁμοτίμου Καθηγητού του Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν	Ἐννοια καὶ διαδικασία τοῦ Οἰκονομικοῦ Προγραμματισμοῦ	661-672

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ Δ' ΤΟΜΟΥ

ΙΣΤΟΡΙΑ ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT

Ἰωάννου Μ. Σόντη, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.	Τὸ νομικὸν καθεστὼς τῶν Βακουφίων ἐν Δωδεκανήσῳ [Ἀπαλλοτριώσεις καὶ ἐξαγορὰ κατ' Εἰσαγωγικὸν Νόμον (60-63)]	3-23
Κωνσταντίνου Τσάτσου, Ἀκαδημαϊκοῦ.	Σημεῖα ἐπαφῆς κανόνος δικαίου καὶ πράξεως	25-43
Alfred Verdross, Ehem. Rektor und Professor an der Universität Wien.	Die Grundlegung der antiken Rechtsphilosophie durch Hesiod.	45-56

ΑΣΤΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ DROIT CIVIL

Νικ. Σ. Παπαντωνίου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Ἡ ὑποχρέωσις πρὸς συνεισφοράν ὡς περιεχόμενον τοῦ κληρονομητηρίου	57-83
Ἰωάννου Γ. Δεληγιαννῆ, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Τὸ ζήτημα τῆς μεταρρυθμίσεως τοῦ δικαίου τοῦ διαζυγίου ὑπὸ τὸ φῶς τῆς ἱστορικῆς καὶ συγκριτικῆς ἐπισκοπήσεως τοῦ θεσμοῦ	85-125
André Tunc, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.	Les sanctions de l'obligation de délivrance dans la loi uniforme sur la vente internationale	127-142
A. N. Yiannopoulos, Professor at the University of Thessaloniki.	Use, Habitation and limited Personal Servitudes	143-173
Στέλιου Υφ. Καρακωντᾶ, Ἐντετ. Ὑφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.	Τὸ κοινωνικὸν διαζύγιον ὡς πρόβλημα τοῦ συγχρόνου δικαίου	175-279

ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ DROIT DE PROCEDURE

Γεωργίου Γ. Μητσοπούλου, Ἐντετ. Ὑφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.	Περὶ τοῦ νομικοῦ προσδιορισμοῦ τοῦ πραγματικοῦ γεγονότος	283-324
--	--	---------

Konstantin E. Beys, Dr. jur.

*Κωνσταντίνου Δ. Κεραμέως, Έντετ.
Υφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.*

*Δάμπρου Δ. Σιγανιώτου, Έντετ.
Υφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.*

*Ἰωάννου Β. Ζησιάδου, Καθηγητοῦ
τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.*

*Στεφάνου Ἰω. Δελγκωστοπούλου,
Έντετ. Υφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.*

Die Bedeutung des Willens der Partei
für Ihre Prozesshandlungen 325-361

Τὸ πρὸς «Ἐφεσιν» δικαίωμα τοῦ νικη-
σαντος διαδίκου (οὐσιαστικοῦ δικαίου
ἐπεμβάσεις εἰς τὴν δικονομικὴν τάξιν) 363-433

Προϋποθέσεις τοῦ παραδεκτοῦ καὶ τοῦ
βασίμου τῆς ἀγωγῆς καὶ συνέπειαι ἐλ-
λείψεως αὐτῶν. 435-474

Ἡ δικαστικὴ ἐπιμέτρησης τῆς ποινῆς
(ἄρθρ. 79 Π.Κ.) 475-502

Ἡ δέσμευσις τῶν διοικητικῶν πράξεων
καὶ ἀποφάσεων 503-570

ΔΗΜΟΣΙΟΝ ΔΙΚΑΙΟΝ ΚΑΙ ΔΙΕΘΝΕΣ ΔΙΚΑΙΟΝ
DROIT PUBLIC ET DROIT INTERNATIONAL

*Camilo Barcia Trelles, Profesor
Emeritus de la Universidad de
Santiago, Miembro del Instituto
de Derecho Internacional.*

*Δημητρίου Κυριαζῆ - Γουβέλη, Δ.
Ν., Δικηγόρου.*

Ἐμμανουήλ Ι. Ρούκουνα, Δρ. Ν.

*D. S. Constantopoulos, Professor
at the University of Thessaloniki,
Director of the Institute of Inter-
national Public Law and Interna-
tional Relations, Thessaloniki.*

Juan XXIII y los problemas inter-
nacionales de la hora presente . . . 573-589

Ἄ Ο Συναγματικὸς αἰὼν (Ἄγγλια 1603-
-1701) 591-608

Νομικὰ προβλήματα τοῦ βυθοῦ τῆς θα-
λάσσης. Ἡ ὑφαλοκρηπίς καὶ τὸ Ν.Δ.
142/69 609-703

The historic and systematic bases of
the European Economic Community 705-765

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ Ε΄ ΤΟΜΟΥ

ΠΟΙΚΙΛΙΑ

VARIA

<p><i>Ἰωάννου Ε. Καραγιαννοπούλου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.</i></p>	<p>Εἰσαγωγή εἰς τὴν Βυζαντινὴν Διπλωματικὴν</p>	<p>1-164</p>
<p><i>Rolf A. Schütze, Rechtsanwalt.</i></p>	<p>Die Bedeutung der Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung des Prologierten Gerichts für die Wirksamkeit einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung</p>	<p>165-180</p>
<p><i>Κωνσταντίνου Ν. Ρόκα, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.</i></p>	<p>Κήρυξις παύσεως τῶν ἐργασιῶν τῆς πτωχεύσεως ὁμορρύθμου ἢ ἑτερορρυθμοῦ Ἑταιρίας</p>	<p>181-192</p>
<p><i>Ἀποστόλου Σ. Γεωργιάδη, Ὑφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Μονάχου.</i></p>	<p>Ἡ νομικὴ θέσις τοῦ λήπτου προτάσεως</p>	<p>193-210</p>
<p><i>D. Kokkini - Iatridou, Professeur ordinaire à l'Université Libre d'Amsterdam.</i></p>	<p>A propos d'un arret de la Cour Supreme de l'Allemagne Federale . .</p>	<p>211-224</p>
<p><i>Κρίτωνος Γ. Τορνάρτου, Γενικοῦ Εἰσαγγελέως τῆς Κυπριακῆς Δημοκρατίας.</i></p>	<p>Ἡ εὐθὺνὴ τῆς Κυπριακῆς Δημοκρατίας ἐκ ζημιογόνων ἀδίκων πράξεων ἢ παραλείψεων τῶν ὑπαλλήλων ἢ ἀρχῶν αὐτῆς</p>	<p>225-256</p>
<p><i>Maria Negreponti - Delivanis, Professor of Economic Analysis in the Faculty of Industrial Studies, Thessaloniki.</i></p>	<p>The Distribution of National Income during take off</p>	<p>257-284</p>
<p><i>Παναγιώτου Δ. Δημάκη, Ἐντετ. Ὑφηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Ἀθηνῶν.</i></p>	<p>Σχόλια τινὰ εἰς τὴν Διαθήκην τοῦ Πλάτωνος</p>	<p>285-308</p>
<p><i>† Παναγιώτου Ι. Παναγιωτάκου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης, Νομικοῦ Συμβούλου τῆς Ἑλληνικῆς τῆς Ἑλλάδος.</i></p>	<p>Αἱ σχέσεις Πολιτείας καὶ Ἐκκλησίας ἐν τῇ Βυζαντινῇ Αὐτοκρατορίᾳ . . .</p>	<p>309-352</p>

Στυλιανού Κ. Πουλοπούλου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

Ἀλέξης Κιάντου - Παμπούκη, Καθηγήτριας τῆς Ἀνωτάτης Βιομηχανικῆς Σχολῆς Θεσσαλονίκης.

Λαζάρου Θ. Χουμανίδη, Καθηγητοῦ ἐν τῇ Ἀνωτάτῃ Σχολῇ Οἰκονομικῶν καὶ Ἐμπορικῶν Ἐπιστημῶν.

Νικολάου Ι. Πανταζοπούλου, Καθηγητοῦ τοῦ Πανεπιστημίου Θεσσαλονίκης.

Ἰω. Ν. Ἐηροῦρη, Ὀμοτίμου Καθηγητοῦ τῆς Κοινωνιολογίας εἰς τὴν Ἀνωτάτην Βιομηχανικὴν Σχολὴν Θεσσαλονίκης

Dimitris Th. Tsatsos, Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Universität Athen, Dozent an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

Βασιλείου Λαοῦρδα, Διευθυντοῦ τοῦ Ἰδρύματος Μελετῶν Χερσονήσου τοῦ Αἴμου.

Νικολάου Δημ. Βερβεσοῦ, Δ. Ν., Πρόεδρου Πρωτοδικῶν.

Σκιαγραφία τῆς Περιηγητικῆς Γεωγραφίας τῆς Ἑλλάδος 353-394

Κατάσχεσις κατεσχημένου πλοίου ("Ἄρθρον 214 Κ.Ι.Ν.Δ.) 395-418

Ἐννοια καὶ σημασία τῶν οἰκονομικῶν συστημάτων καὶ διαρθρώσεων 419-570

Τριπλῆ διαμάχη δικαίων κατὰ τὴν ἐπίλυσιν κληρονομικῆς διαφορᾶς ἐπὶ Τουρκοκρατίας 571-668

Magna Civitas-Magna Solitudo . . . 669-732

Der «Regierendes» zwischen Nomos und Ethik in der Lehre des Aristoteles 733-748

Θωμᾶ Μαγίστρου, Τοῖς Θεσσαλονικεῦσι, Περί Ὀμοιοῦς 749-778

Ἡ «ἐκ τῶν ἐνότων κρίσις» καὶ ὁ Κῶδιξ Πολιτικῆς Δικονομίας 779-808

