

Η ΕΠΙΕΙΚΕΙΑ ΕΝ ΤΩ ΔΙΚΑΙΩ

Ὑπό ΑΑ. Α. ΛΙΠΟΒΑΤΣ Δικηγόρου

Ι. Ἡ ἔννοια τῆς ἐπιεικείας

1. Ἡ ἔννοια τῆς ἐπιεικείας ἐν τῷ δικαίῳ εἶναι λίαν ἀσαφῆς καὶ συγκεχυμένη, κυμαίνεται δὲ μεταξύ ἀφ' ἑνὸς τῆς λογικῆς ἀνάγκης πληρώσεως φυσικῆς ἀτελείας τοῦ νόμου, ὅστις συνήθως γενικῶς καὶ ἀπολύτως ὀρίζων τὴν κατὰ κανόνα συμπεριφορὰν τῶν ἀνθρώπων ἀναχωρεῖ κατ' ἀνάγκην ἐκ τῶν συνήθων μόνον καὶ γενικωτέρων ἀπλῶς πραγματικῶν προϋποθέσεων καὶ συνεπῶς ἀδυνατεῖ νὰ προβλέψῃ μᾶλλον ἐξαιρετικὰς καὶ εἰδικωτέρας ἐν γένει περιπτώσεις, τῶν ὁποίων ἐπιτυχεστέρα ἢ ἀλλοῖα ἐν μέρη ῥυθμισίς εἴτε ἐπὶ τὸ ἡπιώτερον εἴτε ἐπὶ τὸ αὐστηρότερον (1), καὶ ἀφ' ἑτέρου τῆς ἠθικοχριστιανικῆς ἀντιλήψεως, ὅτι λόγῳ τῆς φυσικῆς ἀδυναμίας τῶν ἀνθρώπων καὶ ἐκ τῆς μεταξύ των ἀγάπης ἐπιβάλλεται ἡ κατὰ χάριν καὶ ἐναντίον ἔτι τῶν κειμένων διατάξεων δικαίου ἡπία αὐτῶν μεταχείρησις ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τῶν κυρώσεων του καὶ ἀνεκτικότης εἰς τὰς μεταξύ των σχέσεις, ἀμφοτέρων τούτων ἄλλωστε συντελουσῶν εἰς τὸν εἰρηνοποιὸν τοῦ δικαίου ἔργον κοινωνικῆς ἀλληλεγγύης (2). Οὕτω συμπλέ-

1) Πλάτων, Πολιτικός, κεφ. 33, 34. Ἀριστοτέλης, Ἠθικά Νικομάχεια, βιβλ. 5, κεφ. 14, Ρητορική, βιβλ. 1 κεφ. 13. Ν. 3—6, 10, 11 Πανδ. (1, 3). Vico, De uno universi juris principio et fine uno §§ CLII—CXVII, Παπαρηγόπουλος (Βισβίτζης), Γενικαὶ Ἀρχαὶ § 102. Regelsberger, Pandekten I § 11 σελ. 65 i. f., 66. A. v. Tuhr, Der allg. Teil des deutschen bürgerl. Rechts I σελ. 29. M. Rümelin, Die Billigkeit im Recht (1921), σελ. 45. R. Vacca, Il diritto sperimentale (1923), σελ. 159.

2) Ἀριστοτέλης, Ἠθ. Νικομ. βιβλ. 6 κεφ. 11 i. f. Οἰκονομίδης, Στοιχεῖα I § 4 i. f., σελ. 18, Regelsberger, ἐνθ' ἀν. σελ. 64, 66 i. f. A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht rund ihre Methode I (1920), σελ. 81. M. Rümelin, ἐνθ' ἀν. σελ. 6, 19 σημ. 4, 27 σημ. 4, 28 σημ. 1—3, 48 σημ. 2, 50—51. R. Stammier, Lehrbuch der Rechts philosophie, 8η ἐκδ. (1928), § 153 σελ. 318 ἐπ.

κονται δύο τελείως διάφορα φαινόμενα του δικαίου, δηλ. ή τεχνική ατέλεια των τυπικών πηγών του με την πολιτικήν μέχρι τουδε κατά κανόνα έκμετάλλευσιν υπό φιλοσοφικών ή θρησκευτικών ένδυμα της κοινωνικής ανάγκης μετριασμού ώρισμένων άκροτήτων της κρατούσης τάξεως έν τω δικαίω διά τινων άκινδύνων ως προς αύτην υποχώρησεων επί άτομικών περιπτώσεων.

2. Αμφότεραι αι απόψεις αύται της έπιεικειάς παρουσιάζονται περαιτέρω συγκλίνουσαι εις την ανάθεσιν της λύσεως άμφισβητουμένων ζητημάτων δικαίου, άνεξαρτήτως τεθειμένων κανόνων αυτού, είτε εις την εύσυνειδησίαν και εύθικρίσιαν άγαθών άνδρων ως δικαστών — συμβιβαστών (3), είτε εις την έξαιρετικήν ή χαριστικήν δικαιοδοσίαν άνεξαρτήτων ή άνωτέρων δικαστών (4), δημιουργούντων ούτω δίκαιον διά των άποφάσεων των ex aequo et bono (5), κατ' άρχάς ως έκφρασιν του ίδιου αύτων περι δικαίου αισθήματος ή διαισθήσεως ή ένστικτου (6) ή πεποιθήσεως ή συνειδήσεως (7), δι' ό και χαρακτηριζομένων υπό τινων ως αύθαίρετον έπιείκειαν (8), έπικαλουμένων δε εις έπίρρωσιν της άντιλήψεως των τούτων τας ήθικάς άρχάς της δικαιοσύνης και ίσότητος, του πρέποντος, του άνθρωπισμοϋ κλπ. (9) ως πη-

3) Arbitri, F. L. v. Keller, Der römische Civilprozess und die Aktionen, 6η έκδ. A. Wach (1883), § 7 σελ. 33 έπ., πρβλ. και Rümelin, ένθ' άν. σελ. 10, 49, 55, 66 σημ. 1.

4) Πρβλ. την ρωμαϊκήν aequitas διά του πραιτορος άρχικώς επί των arbitria (quantum aequius melius), είτε επί των bonae fidei iudicii (ex fide bona) και τέλος διά των actiones arbitrariae, utiles και in factum (N. 11 Πανδ. 19, 5) έφ' όλοκλήρου του πεδίου του δικαίου, Keller, ένθ' άν. σελ. 120, 121, 171, 456 έπ., Savigny, System, V, σελ. 119 έπ., I. Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts I (1871) σελ. 225, και την άγγλικήν equity διά του λόρδου καγκελλαρίου. G. Crahb's, Geschichte des englischen Rechts, μετάφρ. W. Schäffner (1839) σελ. 409 έπ., Rümelin, ένθ' άν. σελ. 30 έπ.

5) N. 1 πρ. Πανδ. 1,1 Celsus: «jus est ars boni et aequi».

6) Rechtsgefühl, — intuition, — instinkt, πρβλ. E. v. Hartmann έν Rümelin ένθ' άν. σελ. 10, 11, 58, 59 i. f., 60, 78 i. f.

7) Rechtsüberzeugung, — bewusstsein, — gewissen, πρβλ. Rümelin ένθ' άν. σελ. 10 σημ. 3, 29 σημ. 2.

8) Aequitas cerebrina, πρβλ. Παπαρηγόπουλον (Βισβίζην), ένθ' άν. § 102 σελ. 136, Vacca ένθ' άν. σελ. 161 σημ. 1, Engen Wohlhaupter, Aequitas canonica (1331), σελ. 180 i. f., 181 σημ. 1.

9) § 3 Εισ. 1,1: «Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere» πρβλ. Eugen Huber, Recht und Reichsverwirklichung, 2α έκδ. (1925) σελ. 59 i. f., 60, 81, Rümelin, ένθ' άν. σελ. 19, 37.

γῆς ἀτελῶν δικαιωμάτων καὶ ἐνοχῶν, ἠθικῶν ἢ φυσικῶν (¹⁰), εἶτα ὡς ἀντικειμενικὴν ἔκφρασιν τοῦ λαϊκοῦ περὶ δικαίου αἰσθήματος καὶ τῶν ἐκάστοτε κρατουσῶν περὶ δικαιοσύνης ἠθικῶν ἀντιλήψεων (¹¹) πρὸς συμπλήρωσιν τῶν ἐκάστοτε παρουσιαζομένων ἑλλείψεων τοῦ θετικοῦ δικαίου (¹²) καὶ σὺν τῷ χρόνῳ διὰ συστηματοποιήσεως τῆς τοιαύτης ἐλευθέρας νομολογίας ἢ ἐρμηνείας εἰς ἴδιον ἐνιαῖον σύνολον, διακρινόμενον εἴτε λόγῳ τῆς προελεύσεώς του (jus praetorium, equity) κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὸν κοινὸν δίκαιον (jus civile, common law), εἴτε λόγῳ τῆς ἰδιότητός του ὡς ἐπιεικοῦς (jus aequum) κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὸ λοιπὸν αὐστηρὸν δίκαιον (jus strictum) (¹³), ἐξαιρούμενον δὲ τέλος ἐν τῇ κατὰ τοῦ θετικοῦ δικαίου κριτικῇ (¹⁴) ὡς ἔκφρασις γενικωτέρων φιλοσοφικῶν ἀρχῶν τελειότερου δικαίου (¹⁵), θεωρουμένου εἴτε ἀπλῶς ὀρθοῦ (¹⁶) ἢ ἰδεώδους (¹⁷), εἴτε φυσικοῦ, ὑπερέχοντος τοῦ θετικοῦ καὶ ἐπικρατοῦντος τούτου (¹⁸).

10) Kant, πρβλ. Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 7, 8, 19, 27, 28, 51 ἐπ., «sinculum aequitatis»: N. 95 § 4 Πανδ. 46, 3, leges imperfectae: Regesberger ἔνθ' ἀν. § 11 σελ. 66 σημ. 2.

11) Windscheid, Lehrbuch des Pandecten Rechts I, 7η ἔκδ. (1891) § 28 σελ. 66 σημ. 2, Regelsberger ἔνθ' ἀν. § 11 σελ. 63—64, Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 18 σημ. 1, 42: καλὴ πίστις, χρησιμὰ ἦθη.

12) Ἀριστοτέλης, J. Stahl, E. v. Hartmann, πρβλ. Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 5 σημ. 3, 11 σημ. 1, 25 σημ. 2, 27 σημ. 4, 44, 45 σημ. 1 καὶ 2, 47, 56, 58, 60 i. f., 73, 79, κενὰ τῆς νομοθεσίας: N. 2 § 5. Πανδ. 39, 3. praeter legem ἐρμηνεία, N. 7 § 1 Πανδ. 1, 1: adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, viva vox juris civilis, Regelsberger ἔνθ' ἀν. § 11 σελ. 65, 67.

13) Windscheid ἔνθ' ἀν. § 28 σελ. 66, Regelsberger ἔνθ' ἀν. § 11 σελ. 65, Παπαρρηγόπουλος (Βισβίτζης) ἔνθ' ἀν. § 102 σελ. 136, A. v. Tuhr ἔνθ' ἀν. σελ. 28 ἐπ., Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 27, 36, 43 σημ. 2.

14) Πρβλ. Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 26 σημ. 1 καὶ 2, 43 σημ. 2, 56.

15) Vacca ἔνθ' ἀν. σελ. 159 i. f. ἐπ., πρβλ. καὶ Παπαρρηγόπουλον (Βισβίτζην) ἔνθ' ἀν. § 102 σελ. 137.

16) Richtiges Recht, R. Stammler. Theorie der Rechtswissenschaft (1911) σελ. 136, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3η ἔκδ. (1928) § 154 ἐπ. σελ. 320 ἐπ., Die Lehre von dem richtigen Rechte (1902, 1926), Windscheid ἔνθ' ἀν. § 23 σελ. 65, Huber ἔνθ' ἀν. σελ. 60, Rümelin ἔνθ' ἀν. 20 σημ. 3, 26, 40, 45, 56, 73, 74.

17) Idealrecht, I. Bekker ἔνθ' ἀν. II (1873) σελ. 264 ἐπ., 270. Windscheid ἔνθ' ἀν. § 28 σελ. 66 σημ. 2.

18) Naturrecht, contra legem ἐρμηνεία, Rümelin ἔνθ' ἀν. σελ. 20 σημ. 1, 23 σημ. 3: naturalis aequitas, 26, 27: integrum in restitutio (Savigny ἔνθ' ἀν. VII § 315 ἐπ., v. Keller ἔνθ' ἀν. § 79, § 80, σελ. 394 ἐπ.), 76.

3. Ἡ ἐπιείκεια ὄθεν ἐν τῷ δικαίῳ ἐμφανίζεται κατὰ τὰ ἄνω :

α) ὑπὸ τυπικὴν ἔποψιν ὡς συμπληρωτικὴ ἢ διορθωτικὴ ἐρμηνεία θετικοῦ δικαίου ἢ ἐλευθέρα ἀπονομὴ δικαιοσύνης, β) ὑπὸ δικονομικὴν ἔποψιν ὡς εἰδική, ἐξαιρετικὴ ἢ χαριστικὴ δικαιοδοσία, γ) ὑπὸ συστηματικὴν ἔποψιν ὡς αὐτόνομον ἢ ἐξαιρετικὸν δίκαιον καὶ δ) ὑπὸ οὐσιαστικὴν ἔποψιν ὡς ὀρθὸν ἢ φυσικὸν δίκαιον. Ἐκ τῶν γνωρισμάτων ὅμως τούτων τῆς ἐπιείκειας οὔτε τὸ δεύτερον οὔτε τὸ τρίτον παρακολουθοῦν κατ' ἀνάγκην πάντοτε τὴν ἐπιείκειαν ἱστορικῶς ἢ λογικῶς. δι' ὃ καὶ δεόν αὕτη νὰ ὀρισθῇ ἐκ τῶν ἐτέρων δύο οὐσιωδῶν γνωρισμάτων τῆς ὡς «ἡ διὰ συμπληρωτικῆς ἢ διορθωτικῆς ἐρμηνείας θετικοῦ δικαίου ἢ ἐλευθέρως ἀπονομῆς δικαιοσύνης πραγματοποίησις τοῦ ὀρθοῦ ἢ φυσικοῦ δικαίου» καὶ ὑπὸ τοιαύτην ἔννοιαν ἐπιείκειας ἀποτελοῦσι τὸ ἀντικείμενον τῆς κατωτέρω ἐρεύνης αἱ τυπικῶς ἐπιείκεις, δηλ. αἱ δεόμεναι ἢ ἐπιδεκτικαὶ ἐπιείκοις ἐφαρμογῆς διατάξεις θετικοῦ δικαίου ἀφ' ἑνὸς καὶ τὸ κριτήριον τῆς οὐσιαστικῆς ἐπιείκειας ἀφ' ἑτέρου.

II Ἐπιείκεια καὶ αὐστηρὸν δίκαιον

4. Ὑπάρχουσι κανόνες τινες δικαίου καθορίζοντες ἐπακριβῶς τὰ ὅρια μεταξὺ ἀπηγορευμένης καὶ ἐπιτρεπομένης συμπεριφορᾶς, τὰ ὅρια δικαιωμάτων καὶ ὑποχρεώσεων, τὰς πραγματικὰς προϋποθέσεις ὀρισμένων κυρώσεων, ὅπερ συμβαίνει κυρίως ὡς ὅτις ὁ καθορισμὸς οὗτος εἶναι δυνατὸν νὰ γίνῃ καὶ γίνεται μαθηματικῶς, εἰς τρόπον ὥστε νὰ μὴν καταλήπῃ ἀμφιβολίαν τινὰ οὐδὲ νὰ ἐπιδέχεται ἀμφισβητήσεις, ὡς π. χ. ἐπὶ τοῦ καθορισμοῦ τῆς πρὸς δικαιοπρακτικὴν ἱκανότητα ἡλικίας, τοῦ ὁρίου τοῦ θεμιτοῦ τόκου, τοῦ χρόνου διαφόρων προθεσμιῶν καὶ παραγραφῶν, οἱ τοιοῦτοι δὲ κανόνες καλοῦνται συνήθως αὐστηροῦ δικαίου¹⁹⁾, καθόσον ὄντες συνήθως γενικοὶ συνεπάγονται ἀπόλυτον ἐξίσωσιν πασῶν τῶν καθ' ἕκαστον περιπτώσεων ἐφαρμογῆς του, ἀνεξαρτήτως τῶν εἰδικωτέρων πραγματικῶν προϋποθέσεων ἐκάστης αὐτῶν, παραμέλησιν ἐπομένως καὶ ἐνίοτε παραγνώρισιν τούτων κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὰς ἀνωτέρω ἀρχὰς τῆς ἐπιείκειας²⁰⁾, ὅπερ κυρίως συμβαίνει ὡς ὅτις ἐκφράζονται διὰ γενικῶν δια-

19) Striti juris, πρβλ. Tuhr ἐνθ' ἄν. σελ. 28—29.

20) Πρβλ. ὕτω Windscheid ἐνθ' ἄν. § 28 σελ. 66, Οἰκονομίδης ἐνθ' ἄν. § 4 δ) σελ. 18, Παπαρηγόπουλος (Βισβίτζης) ἐνθ' ἄν. § 102 σελ. 136 σημ. 1

τάξεων, αίτινες μετά τοιαύτης άπολύτου άκριβείας καθορίζουσιν τās πραγματικές προϋποθέσεις τής έφαρμογής του άποκλείουσιν ώς πρός αυτάς ολανδήποτε έλαστικότητα του τηρουντος ή έρμηνεύοντος ή έφαρμόζοντος αυτάς, έπιτυχάνουσιν ούτως εις άντιστάθισμα τής άνεπιεικείας των τό εϋληπτον και εϋχρηστον αυτών, τό λογικώς άδύνατον παρερμηνείας των και έν γενει τήν έλαχίστην δυνατήν έξάρτησιν έκ τών προσωπικών ιδιοτήτων και άντιλήψεων του έρμηνευτού ή δικαστού, του όπολου δύναται ούτω νά προεξοφληθῆ λογικώς μετά ββαιότητος ή επί των τοιούτων διατάξεων έρειδομένη κρίσις και τό άμετάβλητον αυτής και κατά συνέπειαν άσφαλεστέραν παρ' επί έκάστω πεποιθήσιν περι του έκάστοτε δικαίου ή άδίκου χαρακτήρος πράξεώς τινος και τής σταθερότητος αυτού, ήτοι τήν παρά πολλών ύμνουμένων ββαιότητα ή άσφάλειαν ή ευστάθειαν δικαίου (21), καιτοι, αί τοιαυται άκριβώς διατάξεις εγειρουσι πολλακίς πλείστας όσας άμβιβολίας ως προς είδος και τήν έκτασιν των κυρώσεών των, όχι μόνον λόγω του πολλαχώς έν αυταίς έλλείποντος ή έλλιπουδς καθορισμοϋ τούτων, αλλά και τής έκ τής άκαμψίας των προκαλουμένης αντιδράσεως παρά τοίς κεκλημένοις εις έφαρμογήν των, οίτινες προσπαθοϋσι και κατορθώνουσι νά ύπεκφύγωσι πολλακίς τήν έπιβολήν ώρισμένης άνεπιεικοϋδς κυρώσεως, αίροντες ούτω έν μερει ή έν όλω τήν ισχύν των τοιούτων διατάξεων διά καθιερώσεως διαφόρων διακρίσεων και έξαιρέσεων, ή συστηματοποίησις των όπολων άγει εις τροποποίησιν εκείνων διά τής νομολογίας και συνηθείας.

5. Τούναντίον επί τῶ νομολογιακῶς και έθιμικῶς δημιουργουμένων κανόνων δικαίου δι' έπαγωγής έκ των καθ' έκαστον περιπτώσεων έπιβολής κοινωνικών κυρώσεων, λόγω άκριβῶς του τοιούτου σχηματισμοϋ των διά συστηματοποίησεως τής κατ' έπιείκειαν ειδικής ρυθμίσεως τής κοινωνικής συμπεριφορās αναλόγως των καθ' έκάστοτε πραγματικών δεδομένων, προφανῶς σπανίως δύνανται νά προκύψωσι κανόνες καθορίζοντες κοινωνικήν τινα συμπεριφοράν όχι μόνον μετά μαθηματικής άκριβείας, αλλά και γενικῶς καθ' όμοιον τρόπον διά πάντας και πάσας τās πραγματικές προϋποθέσεις, άκαμπτοι και

21) Rechtssicherheit, sécurité juridique. M. R ü m e l i n, Die Rechtssicherheit (1924) σελ. 4, 9 25 σημ. 1, 26. G. R a d b r u c h, Le but du droit (1937) έν Annuaire de l'Institut Internat. de (philos. du Droit et de) Sociologie Juridique, Τόμ. III (1938) σελ. 54. G. L e i b h o l z, Le but du Droit : Bien Commun, Justice, Sécurité juridique (1937) αυτόθι σελ. 78.

άνεπ δεκτοι διακρίσεων και έξαιρέσεων, ήτοι αύστηροϋ δικαίου, όπερ έθιμικώς μέν έμφανίζεται μόνον ώς έπιβίωσις άπραχαιομένων θεσμών (1), νομολογιακώς δέ και έρμηνευτικώς ώς πρόωρος ή βεβιασμένη συστηματοποίησης έξαιρετικων λύσεων.

6. Άκριβώς όμως λόγω της πραγματικής άδυναμίας νομολογιακής και έθιμικής άποκρυσταλλώσεως γενικών και ώρισμένων κανόνων δικαίου, έν τή προσπαθεια λογικής συστηματοποίησης των έπί μέρους είδικων λύσεων γίνεται κατ' άνάγκην προσφυγή εις γεν.κάς τινας άοριστους άρχάς, οϊον «κρίσις άγαθοϋ άνδρός», «καλή πίστις έν ταίς συναλλαγαί», «κκτάχρησις δικαιώματος», «κατάχρησις έξουσίας» κλπ., ώς κατ' ίδιαν έφαρμογή των όποιων παρουσιάζονται: αι είδικαι αύται ρυθμίσεις της κοινωνικής συμπεριφοράς έν τή νομολογία και τοίς έθίμοις, και αι όποιαι γενικαι άρχαι δύνανται. συλλήβδην να ύπαχθώσιν υπό τήν γενικωτάτην έννοαν της έπικεικίας και ειτε υπό τό ίδιον αύτων όνομα ώς άπόπειρα είδικωτέρου πως προσδιορισμοϋ αύτης ειτε υπό τό όνομα ταύτης χρησιμοποιουνται και υπό του νομοθέτου ώς «γενικαι ρήτραι» (2).

7. Κατ' έξοχήν έπί έφαρμογής των γενικών τούτων ρητρων τό έργον του έρμηνευτοϋ ή δικαστοϋ συνίσταται εις τόν καθορισμόν της άοριστίας και τήν πλήρωσιν της κενότητος αύτων διά του είδικωτέρου προδιορισμοϋ των όρίων των κατ' ίδιαν δικαιωμάτων και ύποχρεώσεων κοινωνικής συμπεριφοράς συμφώνου πρός αύτάς πρός άποφυγήν κυρώσεων, ή έπιβολή των όποιων λόγω του έξαιρετικου και είδικου, ώς ειρηται άνωτέρω χαρακτηήρος των πραγματικών προϋποθέσεων δέν παρουσιάζεται συνήθως έναργέστερον ή έπί των λοιπων κανόνων δικαίου ώς αντίδρασις ειμή εις κοινωνικάς άνωμαλίας Ιδιαίτερας και άσυνήθους έντάσεως (3) και διδει λαβήν εις χαρακτηρισμόν

22) Προβλ. R e g e l s b e r g e r, ένθ' άν. σελ. 65.

23) Generalklanten, J. W. H e d e m a n n. Die Flucht in die generalklanten (1933), K. Σ ού ρ λ α ς, Αί γενικαι ρήτραι έν τή άστικῃ δικαίῳ και τῆς σχεδίου τοϋ νέου Άστικου Κώδικος (Διάλεξις έν τῃ Δικηγ. Συλλ. Αθηνων, 1936) Θ μ. ΜΖ' 860, Γ Δ α σ κ α λ ά κ η, Αί γενικαι ρήτραι έν τῃ δημόσιῳ δικαίῳ (Διάλεξις έν τῃ Δικηγ. Συλλ. Αθηνων, 1940) Θ έμ. ΝΑ' 446, Η έπι αποποίησης του δικαίου και τὰ εξ αυτης γεννώμενα προβλήματα (1942) Α θ η ν ω ν 452 έπ., 454. A. G r a f z u D o h n a. Kernprobleme der Rechtsphilosophie (1940) έν Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie Τόμ. XXXIII σελ. 147.

24) Προβλ. και V a c c a, ένθ' άν. σελ. 135 έπ., 160, 207, 203.

ώς ήπιωτέρας τής εν γένει εμφάνισεως τών τοιούτων κανόνων κατ' αντίθεσιν πρός τούς τοῦ αὐστηροῦ δικαίου, ἐνφ' αἱ κυρώσεις των διά τούς καθ' ὧν αὐται ἐφαρμόζονται οὐδεμίαν κατά κανόνα προσιδιάζουσιν αὐτοῖς ήπιότητα παρουσιάζουσιν, εἶναι δέ ἐντοτε καί ἰδιαζόντως αὐστηραί, ὡς ἐπί ζητημάτων δημοσίας τάξεως (25). Διότι καί οἱ κανόνες ἀναγκαστικοῦ δικαίου ἢ δημοσίας τάξεως ἐννοιολογικῶς δὲν διαφέρουσι τών τοῦ ἐπεικουῦς δικαίου, ἐφ' ὅσον σχηματίζονται διά τής κατ' ἰδίαν ἐφαρμογῆς γενικῶν ρητρῶν, τής ἐπ' αὐτῶν προκυπτούσης ὑπερβάσεως τών ὑφ' ὠρισμένων διατάξεων ἢ ἀρχῶν δικαίου τεθειμένων ὁρίων μὴ δυναμένης νά διακριθῆ τοῦ καθορισμοῦ τής ἀοριστίας τούτων καί τής πληρώσεως τών κενῶν αὐτῶν διά κανόνων ἐπεικουῦς δικαίου (26), ἐπειδὴ δέ ἀκριβῶς αἱ ἐντονώτεραι τών ὑπὸ τούτου συνεπαγομένων κυρώσεων ἀνάγονται εἰς τούς καλουμένους ἀναγκαστικοῦ δικαίου ἢ δημοσίας τάξεως κανόνας αὐτοῦ, οἱ ὑπόλοιποι ἐπεικουῦς δικαίου κανόνες παρουσιάζονταν ὡς συνεπαγόμενοι τὰς λοιπὰς μόνον ἀσθενεστέρας κυρώσεις, ὅσον ἐνστάσεως, ἀπόδοσιν πλουτισμοῦ κλπ., δι' ὃ καί ἐκλαμβάνονται ὑπὸ τινῶν ὡς ἐκπροσωποῦντες ἀτελεῖς δῆθεν δίκαιον (27).

8. Ἀλλὰ καί μεταξὺ τών γενικῶν ρητρῶν, τών δικαιολογουσῶν οὕτω κατὰ τὰ ἀνωτέρω τὸν κατ' ἐξοχὴν χαρακτηρισμὸν των ὡς ἐπεικουῦς δικαίου, καί τών αὐστηροῦ δικαίου τοιούτων, ὡς δύο ἀντιθέτων ἄκρων, κυμαίνονται πᾶσαι αἱ λοιπαὶ διατάξεις δικαίου ἀναλόγως τής κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον ἀοριστίας εἴτε τών πραγματικῶν προϋποθέσεων ἐφαρμογῆς των εἴτε τής φύσεως ἢ ἐντάσεως τών συμπαρομαρτουσῶν κυρώσεῶν των, παρουσιάζουσαι κατὰ τὸ μᾶλλον ἥττον κενὰ δεόμενα δικαιοπλαστικῆς συμπληρώσεως ὑπὸ τοῦ ἐρμηνευτοῦ ἢ δικαστοῦ, εἰς τὴν διακριτικὴν ἐξουσίαν τοῦ ὁποῦ ἀπόκειται νά προσδιορίσῃ ἐρμηνευτικῶς μέχρι ποίου σημείου εἶναι σύμφωνος πρός αὐτὰς ὠρισμένη συμπεριφορὰ καί πότε ὑπάρχει ὑπερβάσις συνεπαγομένη κυρώσεις, διαγράφων οὕτω καθ' ἕκαστον τὰ ἀσαφῆ ὄρια τών κατ' ἰδίαν δικαιωμάτων καί ὑποχρεώσεων. Ἐν τῷ ἔργῳ ἀκριβῶς

25) Πρβλ. Ἄλ. Ἄ. Λίποβατς, Ἀναγκαστικὸν δίκαιον καὶ δημοσία τάξις ἐν τῷ ἰσχύοντι δικαίῳ καὶ τῷ Ἀστικῷ Κώδικι, Δικαστικὴ ἸΔ (1942) σελ. 17 ἔπ.

26) Πρβλ. Alf. Ross, Theorie der Rechtsquellen (1929), σελ. 336, 338, 342 ἔπ. καὶ W o h l h a n p t e r ἐνθ' ἀν. σελ. 180.

27) Πρβλ. ἀνωτέρω ση. 10.

τούτω συνίσταται ἡ ἐπιείκεια καὶ τυπικῶς ἐπιεικεῖς εἶναι αἱ ἔχουσαι ἀνάγκην ἢ ἐπιδικτικαὶ τοιαύτης ἐφαρμογῆς διατάξεως δικαίου, ὑπὸ εὐρυτέραν ἐπομένως ἔννοϊαν πᾶσαι αἱ δεόμεναι ἢ ἐπιδικτικαὶ ἐρμηνείας καὶ ὑπὸ εὐρυτάτων πᾶσαι αἱ δεόμεναι ἢ ἐπιδικτικαὶ προσαρμογῆς εἰς τὰ πραγματικά δεμομένα ἐκάστης περιπτώσεως ἐφαρμογῆς των, δηλ. πᾶσαι αἱ διατάξεις δικαίου (*), μεταξὺ ὧν τῶν ὁποίων χαρακτηρίζονται συνήθως ὡς ἐπιεικεῖς μόνον αἱ μᾶλλον τοιαῦται καὶ αὐστηροῦ δικαίου αἱ μᾶλλον *stricti juris*, ἐνῶ ἐν τῇ πραγματικότητι πᾶσαι αἱ διατάξεις δικαίου εἶναι ἐν μέρει *aequi* καὶ ἐν μέρει *stricti juris*.

βα. Ἡ διάταξις ὅμως τῶν αὐστηρῶν ἀφ' ἑνός καὶ τῶν ἐπιεικῶν ἀφ' ἑτέρου διατάξεων, ὡς καὶ ἡ πυκνότης αὐτῶν ἐν ὠρισμένῳ συστήματι θετικοῦ δικαίου ἔδει νὰ ἐξαρτᾶται ἀποκλειστικῶς ἀπὸ τὴν κατὰ τὰ ἐκάστοτε ἐπιστημονικὰ δεδομένα καὶ τὸ συμπαραομαρτυροῦν στάδιον κοινωνικῆς ἐξελίξεως δυνατότητα ἀκριβείας εἰδικωτέρου προσδιορισμοῦ τῆς ὑπὸ τοῦ δικαίου ρυθμίσεως ἐκάστης κατ' ἴδιαν περιπτώσεις κοινωνικῆς συμπεριφορᾶς συμφώνως πρὸς τὰς ἀπαιτήσεις τῆς οὐσιαστικῆς ἐπιεικειας, ἥτις δεόν νὰ διέπῃ τὰς κοινωνικὰς σχέσεις. Ἐὰν ἀντιθέτως εἰς τὰς νομοθεσίας αἱ αὐστηραὶ καὶ ἐπιεικεῖς διατάξεις των παρουσιάζονται συνήθως ἐγκατεσπαρμέναι τυχαίως καὶ ἀτάκτως, τοῦτο ὀφείλεται εἴτε εἰς ἄγνοιαν τοῦ νομοθέτου εἴτε εἰς πολιτικὴν ἐκμετάλλευσιν σκοπίμου ἀτελείας τοῦ δικαίου καὶ ἐκεῖ ὅπου αὕτη δὲν εἶναι φυσικὴ ἢ ἀναγκαία, ἔργον δὲ τοῦ ἐρμηνευτοῦ ἢ ἐφαρμοστοῦ τοῦ δικαίου καὶ παντὸς πολίτου εἶναι νὰ συντελῇ παντοιοτρόπως καὶ δὴ διὰ τῆς νομολογίας καὶ τῶν ἠθῶν εἰς τὴν ἐξουδετέρωσιν τῶν ἀθαιρεσιῶν τοῦ νομοθέτου, τὴν συμπλήρωσιν τῶν παραλείψεων του καὶ τὴν προώθησιν ἐν γένει τοῦ δικαίου συμφώνως πρὸς τὰς ἐκάστοτε ἀπαιτήσεις τῆς κοινωνικῆς προόδου, ὅπως διευκολυνθῇ καὶ ἐπιταχυνθῇ οὕτω καὶ ἡ ἀναγκαία ἀντικατάστασις τῆς νομοθεσίας (**).

III. Τὸ κριτήριον τῆς οὐσιαστικῆς ἐπιεικειας

9. Φανερόν ὅτι οἱ κανόνες ἐπιεικοῦς δικαίου συνεπάγονται κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τοὺς τοῦ αὐστηροῦ μεῖζονα ἀβεβαιότητα καὶ ἀστά-

28) Πρὸβλ. Ross ἐνθ' ἄν.

28α) Πρὸβλ. Ἄλ. Ἀ. Λίποβατς, Τὸ δίκαιον καὶ ἰσχύς του, ἐν Ἀρχαίῳ Οἰκ. Κοιν. Ἐπιστ. Δ. Καλλιτσονάκη, Τόμ. 26 (1946) σελ. 31—45.

θειαν ἐν τῷ δικαίῳ (29), ἐν τούτῳ ὅμως συμμερίζονται ἀπλῶς ἰδιότητα τῆς συναφοῦς ἄλλωστε κατὰ τὰ ἄνω ἐρμηνείας καὶ ἐφαρμογῆς παντός κανόνος δικαίου καὶ τῆς νομοθεσίας εἰδικώτερον, ὀφειλομένην εἰς τὴν κρατοῦσαν ὑποκειμενικότητα καὶ αὐθαϊρεσίαν ἐν τῇ κρίσει ζητημάτων δικαίου, δι' ὃ ὀρθῶς τὸ ἔργον τοῦ ἐρμηνευτοῦ ἢ δικαστοῦ ἐπὶ ἐφαρμογῆς ἐπιεικοῦς δικαίου παραλληλίζεται πρὸς τὸ τοῦ νομοθέτου καὶ θεωρεῖται δικαιοπλαστικόν (30), ἢ δὲ ἐπιεικεία αὐτόχρομα πηγὴ δικαίου (31), χωρὶς ἐν τούτοις νὰ παρέχηται ἀντικειμενικόν τι κριτήριον ὀρθῆς ἐφαρμογῆς τῆς ἐπιεικείας πρὸς ἀποφυγὴν τῆς ἐξ αὐτῆς ἀβεβαιότητος καὶ ἀσταθείας ἐν τῷ δικαίῳ.

10. Τοιοῦτον ἀντικειμενικόν κριτήριον οὐσιαστικῆς ἐπιεικείας δὲν δύνανται ν' ἀποτελέσουσι στεῖρα παραγγέλματα τυπικῆς καὶ ἀορίστου αἰτιολογίας δικαιοσύνης ἢ κοινωνικῆς ἁρμονίας ἢ τελειότητος τῆς προσωπικότητος ὡς βασικοῦ αἰτήματος τῆς ἠθικῆς ἢ τοῦ φυσικοῦ δικαίου, ἅτινα καὶ εἰς ἀπλᾶς συνήθως ταυτολογίας καταλήγουσα καὶ εἰς τὴν ὑπηρεσίαν τῆς ἐκάστοτε κρατοῦσης τάξεως οἰονδήποτε περιεχόμενον διατάξεων θετικοῦ δικαίου τελικῶς καλύπτουσιν (32), ἀλλὰ δύναται νὰ μᾶς παράσχη μόνον ἢ ἐκ τῶν ἐκάστοτε ἐν τῇ κοινωνίᾳ ἀναπτυσσομένων προοδευτικῶν δυνάμεων ἀναφωσμένη ἀνάγκη ἀναπροσαρμογῆς τῶν κοινωνικῶν σχέσεων πρὸς ἐπίτευξιν τῆς μεγίστης ἀποδόσεως τοῦ κοινωνικοῦ συνόλου καὶ περαιτέρω προώθησιν τῆς κοινωνικῆς προόδου διὰ τῆς ἐκ τῆς ἱστορικῆς ἐξελίξεως καὶ ἀνθρωπολογικῆς πραγματικότητος προκυπτούσης ἐπὶ τῇ βάσει τῶν ἐκάστοτε ἐπιστημο-

29) Reitsunsicherheit. πρβλ. M. R ü m e l i n Die biblietheorie im Recht (1941) σελ. 25 σημ. 1, 40, 41, 48, H e d e m a n n ἐνθ' ἄν. σελ. 10, 67 ἐπ.

30) R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 25 ἐπ., 59, 61. A. v. T u b r ἐνθ' ἄν. I σελ. 30, M. R o t o n d i, Equità e principii generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. ἐν Recueil d'études en l'honneur de Fr. Gény, Τόμ. II (1934) σελ. 409—411.

31) Πρβλ. Κ. Γ. Μ π α λ ῆ ν ἐν «Δικαιοσύνη» τόμ. III (1925) σελ. 64, R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 28 σημ. 4. R o t o n d i ἐνθ' ἄν. σελ. 412 σημ. 7.

32) Πρβλ. τοιαῦτα κριτήρια παρὰ J. S a n t e r, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts (1932), σελ. 18—19 (Πλάτων), 39—40 (Ἀριστοτέλης), 47—48 (Στοά), 62 (Αὔγουστινος), 81 (Ἀκουινάτης), 102—103 (Leibniz), 147 (Puffendorf), 171 (Thomatus), 186—187 (Wolff), 217 (Kant), 218 (Fichte), 219 (Schelling, Hebel) καὶ αὐτόθι σελ. 223. Ἀνάλογα καὶ τὰ κριτήρια τῶν νεωτέρων, ὡς π.χ. R. S t a m m l e r, Lehrbuch der Rechts philosophie, 3η ἐκδ. (1928), §§ 92, 95, 96, 154, 171, J. B i n d e r, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (1935) σελ. 162 ἐπ.

νικῶν δεδομένων ἀναγκαίως ἰσότητος ἐν τῇ κατανομῇ δικαιωμάτων καὶ ὑποχρεώσεων, οὐχὶ ὡς ἀπολύτου καὶ ἀφηρημένης ἐξισώσεως καὶ γενικοποιήσεως τῶν πάντων, ὡς ἐμφανίζεται εἰς τοὺς αὐστηροῦ δικαίου κανόνας ἢ ἰσότης ἐνώπιον τοῦ νόμου, ἀλλ' ὡς συγκεκριμένης ἀναλογίας ἐπιμερισμοῦ φυσικῶν καὶ κοινωνικῶν ἀγαθῶν καὶ ἔργων κατὰ τὰς βιοτικὰς ἀνάγκας καὶ φυσικὰς ἰδιότητας καὶ ἰκανότητας ἐνὸς ἐκάστου πρὸς μεγίστην ἐφικτὴν ὀλοκλήρωσιν καὶ βελτίωσιν του ἐν τῷ κοινωνικῷ συνόλῳ καὶ κατὰ τὸ δυνατόν πληρεστέραν ἐπιτέλεσιν τοῦ προσήκοντος αὐτῷ κοινωνικοῦ λειτουργήματος, συμφώνως ἄλλωστε καὶ πρὸς τὴν ὀρθοτέραν ἔννοιαν τοῦ συνταγματικοῦ περὶ ἰσότητος κανόνος (32α), ἔεδομένου ὅτι ὁ ἐπὶ τῇ βάσει τῆς τοιαύτης ἰσότητος ἀκριβῆς καθορισμὸς τῶν ὀρίων τῶν κατ' ἴδιαν δικαιωμάτων καὶ ὑποχρεώσεων, ὁ ὁποῖος ἀποτελεῖ καὶ τὴν μόνην ὀρθὴν ἐρμηνεῖαν πάσης διατάξεως δικαίου, ἐπιβάλλεται ὄχι μόνον εἰς τὸν ἐρμηνευτὴν καὶ δικαστὴν ὡς συνιστῶν τὴν οὐσιαστικὴν ἔννοιαν αὐτῆς ταύτης τῆς δικαιοσύνης, ἀλλὰ καὶ εἰς τὸν νομοθέτην ὡς μόνη ἀντικειμενικὴ καὶ ὀρθὴ κοινωνικὴ πολιτικὴ.

11. Καὶ ὅτι μὲν ὁ ὡς ἄνω καθορισμὸς τοῦ προσήκοντος ἐκάστῳ (suum cuique) ἀποτελεῖ τὴν μόνην πραγματικὴν ἔννοιαν τοῦ ὀρθοῦ δικαίου ἀνεπτύχθη ἀλλαγῶν (32β), ὡς πρὸς τὴν ἀντικειμενικότητα ὅμως καὶ ὀρθότητα τῆς ἐφαρμογῆς του δεόν νά σημειωθῇ, ὅτι προϋποθέτει ἀφ' ἐνὸς βασικὴν ἔρευναν τῶν ἱστορικῶς δυνατῶν καὶ λογικῶς ὀρθῶν προσδιορισμῶν, συσχετισμῶν καὶ συνδυασμῶν τῶν κοινωνικῶν σχέσεων καὶ συνθηκῶν ἐν γένει καὶ τοῦ δικαίου εἰδικώτερον (33) καὶ πρὸς ὀρθὴν ἐκτίμησιν τῶν ἐξ αὐτῶν ἱστορικῶς ἀναγκαίων, τοῦ καλυτέρου

32α) Πρὸβλ. σχετικὴν νομολογίαν παρὰ Α. Λίποβατς Νόμος, § 42 ἐν Γεν. Ἐφέτ. Νομολ. Τόμ. 5 σελ. 220 ἰδία ὀρθ. 522 ἑπ., 527, 529, 532 καὶ ἐκ τῶν εἰδικῶν μελετῶν Μ. R ü m e l i n, Die Gleichheit vor dem gesetz (1925), L e i b h o l z, Die Gleichheit vor dem Gesetz (1925) καὶ Le but du droit ἐν Annuaire de Philos. du Droit et de Sociol. jurid. τόμ. III (1938) σελ. 80.

32β) Α. Λίποβατς, Τὸ δίκαιον καὶ ἡ ἰσότης τοῦ ἐν Ἀρχ. Οἰκ. Κοιν. Ἐπιστ. Δ. Καλλιτσούνσκη, τόμ. 26 (1946) σελ. 31—45, Α. Λίποβατς, Δίκαιον καὶ Ἑλληνικὴ ἀνοικοδόμησις, ἐν Σοσιολ. Δικ. Α', τευχ. 2—3 (1946) σελ. 47.

33) Πρὸβλ. μερικὴν τοῦ ζητήματος ἀντιμετώπισιν διὰ τῆς «Grundlagenforschung» παρὰ J. v. K e m p s k i, Krise des römischen Rechts oder Grundlagenkrise der Rechtswissenschaft? ἐν Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, τόμ. XXXII τευχ. 3 (1939) σελ. 407, 408 καὶ H. Scholz, was ist Philosophie? αὐτόθι τόμ. XXXIII τευχ. 1—3 (1940) σελ. 1 ἑπ., 21 ἑπ., ἰδίᾳ 25 i. f., 28, 41 σμ. 28, 45 κλπ.

τρόπου ἐπιβολῆς τῶν διὰ τοῦ θετικοῦ δικαίου, τῶν πρακτικῶν συνεπειῶν τῆς καὶ τῆς συμφωνίας ἢ μὴ τούτων πρὸς ἄνω κριτήριον τῆς οὐσιαστικῆς ἐπιεικείας ἀφ' ἐτέρου, ἐκτεταμένας εἰδικὰς γνώσεις παρά τῷ νομοθέτῃ, δικαστῇ ἢ ἐρμηνευτῇ, ὅστις ἔδει νὰ εἶναι κάτοχος τῶν γενικῶν ἀρχῶν καὶ πορισμάτων τῶν πλείστων κατ' ἰδίαν ἐπιστημῶν καὶ ἰδία τῆς βιολογίας, ψυχολογίας καὶ κοινωνιολογίας ὑπὸ τὴν ἱστορικὴν καὶ οἰκονομικὴν αὐτῆς ἄποψιν, ὥστε νὰ δύναται νὰ συνδυάζῃ καὶ χρησιμοποιοῖ ὀρθῶς τὰ δεδομένα ἐκάστης ἐπιστήμης πρὸς ἐφαρμογὴν αὐτῶν ἐν τῇ ρυθμίσει τῆς κοινωνικῆς συμπεριφορᾶς, τῇ βοηθείᾳ ἐν ἀνάγκῃ ὑπὸ τὴν ἐποπτεῖαν τοῦ διατελούντων εἰδικῶν ἐκάστοτεπραγματογνωμόνων (34).

12. Μόνον ἡ τοιαύτη θετικότης καὶ ἀντικειμενικότης τῆς ἄνω μεθόδου καθ' ὑπόδειγμα τῶν ἐν τῇ τεχνικῇ ἐφαρμογῇ τῶν θετικῶν ἐπιστημῶν κρατούντων, ἀκολουθοῦσα τὴν καθ' ὄλου ἐπιστημονικὴν ἐξέλιξιν τοῦ ἀνθρώπου καὶ καθ' ὅσον αὕτη τὸ ἐπιτρέπει, δύναται ν' ἀποκλείσῃ τὰ ἐν τῇ ἐφαρμογῇ διατάξεων ἐπιεικοῦς δικαίου ὡς ἐκ τῆς ἀοριστίας τούτων προκύπτοντα συνήθως μειονεκτήματα μαλθακότητος καὶ ὑποκειμενικότητος, ἀσταθείας καὶ αὐθαιρεσίας (35), ὀδηγοῦσα πάντοτε εἰς λύσεις ὅσον τὸ δυνατόν ἀκριβεῖς, σαφεῖς καὶ ἀναμφισβητήτους. Ἡ κατὰ κανόνα ὄμως ἀνυπαρξία μέχρι τοῦδε τῶν ἄνω προϋποθέσεων παρά τῷ δικαστῇ ἢ ἐρμηνευτῇ ὀδηγεῖ αὐτὸν εἰς προχείρους δῆθεν ἐπιεικεῖς λύσεις, εἰς ἃς προσπαθεῖ νὰ προσδώσῃ χροιάν δῆθεν ἀντικειμενικότητος δι' ἀναγωγῆς τῆς ἐπιεικείας αὐτῶν ἀπ' εὐθείας εἰς διαφόρους ἐξ ἴσου πρὸς αὐτὴν ὀριστούς καὶ κενὰς γενικὰς ἐννοίας (36), ὡς: ἡ ἰσότης ἐν γένει (37), ἡ δικαιοσύνη (38), τὸ περὶ δικαίου αἴσθημα (39), ἡ περὶ αὐτοῦ ἀτομικὴ καὶ κοινὴ συνείδησις

34) Πρὸβλ. E. Brodmann, Zur Lehre von der Rechtsquelle, in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, τόμ. XXXII τεύχ. 3 (1939) σελ. 348 ff. ἔπ. καὶ G. Seille, La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens, in Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, τόμ. II (1932) σελ. 83 ἔπ., ἴδια σελ. 100 ἔπ., 103, 104, 117 καὶ Essai sur les sources formelles du droit international, in Recueil d'études en l'honneur de Fr. Gény, τόμ. III (1934) σελ. 400 ἔπ., ἴδία σελ. 404-405.

35) Πρὸβλ. H. Hedemann, ἔνθ' ἄν. σελ. 66 ἔπ.

36) Πρὸβλ. M. Rümelin, Die Billigkeit im Recht (1921) σελ. 11-42 σημ. 1.

37) E. Engen-Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 2α ἔκδ. (1925) σελ. 59, 60. Πρὸβλ. καὶ Rümelin ἔνθ' ἄν. σελ. 19 σημ. 2, 21 σημ. 2, 62, 63.

38) Rümelin ἔνθ' ἄν. σελ. 57, 58 i. f. 61.

39) Πρὸβλ. Rümelin ἔνθ' ἄν. σελ. 18 σημ. 1, 64 σημ. 1. Οὕτω καὶ Γ. Μπαζήης, Γενικαὶ ἀρχαὶ τοῦ ἀστικῆς δικαίου (κατὰ τὸν Κώδικα) 2α ἔκδ.

ἡ πεποίθησις (40), αἱ περὶ δικαιοσύνης κρατοῦσαι ἠθικαὶ ἀντιλήψεις(41), αἱ περὶ δικαιοσύνης καὶ ἰσότητος ἠθικαὶ ἀρχαί (42), αἱ ἀνθρωπιστικαὶ ἀρχαί (43), ἡ τῶν πραγμάτων φύσις (44), τὸ φυσικὸν δίκαιον (45), τὸ ὀρθὸν δίκαιον (46), τὸ ἰδεῶδες δίκαιον (47), τὸ πνεῦμα τοῦ νομοθέτου ἢ τοῦ νόμου (48), ἡ ἄς εἰλικρινέστερον παρουσιάζει ὡς ἀπόρροιαν ἀπλῶς τῆς περὶ δικαίου διαισθήσεώς του (49) ἢ τῆς ἀγαθοῦ ἀνδρός ὑποκειμενικῆς κρίσεώς του (50), δηλ. τοῦ ὑποσυνειδήτου τοῦ ἐρμηνεύοντος ἢ δικάζοντος (51), ἥτις καὶ ὅταν ἀκόμη εἶναι τυχόν ὀρθή, παραμένει σκοτεινὴ, ἀναβ.ολόγητος καὶ ἀνεξέλεγκτος, διὰ τοῦ μυστικισμοῦ τῶν ἄνω μαγικῶν λέξεων καὶ μόνον δυναμένη νὰ πείσῃ καὶ συνεπῶς λογικῶς αὐθαίρετος, συνεπαγομένη εἰς μέγιστον βαθμὸν τὰ ἀνωτέρω ὑποδειχθέντα μειονεκτήματα τῆς ἀβεβαιότητος καὶ ἀσταθείας τοῦ δικαίου (52), ἐνῶ πολλάκις εἴτε καλύπτει ἐκμετάλλευσιν τῶν ἀτελειῶν τοῦ δικαίου ὑπὲρ τῆς κρατούσης τάξεως εἴτε παρὰσύρει εἰς ἀντικοινωνικὰς λύσεις (53).

13. Ὅσονδήποτε ὅμως αὐθαίρετοι λογικῶς καὶ ἂν εἶναι συνήθως αἱ ἐπιεικεῖς λύσεις τῆς πρακτικῆς, ὅσαι ἐν τούτοις ἐξ αὐτῶν διὰ

(1944), περιορίζων ὅμοι αὐτὸ διὰ τῆς «λογικῆς τοῦ δικαίου» εἰς ἀπλὴν ἀναλογικὴν ἐρμηνείαν, αὐτοῖσι σελ. 8, 20, 24, 25.

40) Windscheid ἐνθ' ἄν. § 28 σελ. 66, R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 50, 79.

41) Regelsberger ἐνθ' ἄν. § 11 σελ. 63—64. Πρβλ. R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 42, 43, 47, 58.

42) H u b e r ἐθ' ἄν.

43) Regelsberger ἐνθ' ἄν. § 11 σελ. 64 σημ. 2. Πρβλ. R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 19 σελ. 4, 50.

44) Πρβλ. R o t o n d i ἐνθ' ἄν. σελ. 413, R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. 41 i. f. 42, 57.

45) Πρβλ. R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 20 σημ. 1, 26, 76. R o t o n d i ἐνθ' ἄν. σελ. 407.

46) Windscheid ἐνθ' ἄν. § 28 σελ. 65, Π α π α ρ ρ η γ ὀ π ο υ λ ο ς (Βισβίζης) ἐνθ' ἄν. § 102 σελ. 135 σημ. 2. Πρβλ. καὶ R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 20 σημ. 3, 48, 56.

47) Windscheid ἐνθ' ἄν. § 28 σελ. 66 σημ. 2, 23 i. f.

48) R o t o n d i ἐνθ' ἄν. σελ. 411 σημ. 32. Πρβλ. καὶ R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 2) σμ. 2.

49) R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 10 i. f., 47, 59, 60, 64, 78 i. f., 80.

50) R o t o n d i ἐνθ' ἄν. σελ. 408, 411, R ü m e l i n ἐνθ' ἄν. σελ. 47, 60.

51) Πρβλ. τὴν ἀνωτέρω ἀναφερομένην *acquitas cerebrina*.

52) Πρβλ. E. L a m b e r t ἐν *Recueil d'études en l'honneur de Fr. Génys*, τόμ. II (1934) σελ. 202.

53α) Πρβλ. Ἀλ. Λίποβιτς, Τὸ ζήτημα τῶν ὑπερωριῶν καὶ ἡ ἰδιορρυθμία τοῦ ἐργατικοῦ δικαίου, ἐν Δικαστικῇ 1ΣΤ'—1Ζ, σελ. 61 ἑπ., 15ία §§ 13, 14, 15 σελ. 126—127, § 18 σελ. 163, § 21 σελ. 177, § 22 σελ. 194.

της αὐθεντίας ἐνίοτε τοῦ δημιουργοῦ των, τῆς εὐχερείας πρὸς ἄκοπον μίμησίν των καὶ τῆς ἐκ τῆς ἐπαναλήψεώς των συνθηθείας κατορθώνουν νὰ ἐπικρατήσουν καὶ ἐπιβάλλονται οὕτω ὑποσυνειδήτως ὡς ἀντικειμενικαὶ καὶ ὀρθαί, δύνανται πράγματι μέχρις ὠρισμένου σημείου νὰ θεωρηθῶσι καὶ ἐπιστημονικῶς τοιαῦται ἐκ μόνης τῆς ἐπιβιώσεως καὶ ἐπικρατήσεώς ταύτης, ἥτις θὰ ἦτο ἀνέφικτος ἐν περιπτώσει τελείας ἀκαταλληλότητός των πρὸς ρύθμισιν τῶν ἐφ' ὧν ἐξακολουθητικῶς ἐφαρμόζονται κοινωνικῶν σχέσεων συμφώνως, ἂν ὄχι βεβαίως πρὸς τὰς ἐπιστημονικὰς ἀπαιτήσεις τῆς ὡς ἄνω οὐσιαστικῆς ἐπιεικείας, τοῦλάχιστον ὁμως πρὸς τὰς ἀμέσους ἀνάγκας καὶ δυνατότητας ὠρισμένων κοινωνικῶν συνθηκῶν καὶ τῶν διαφορομένων ἐν τῷ πλαισίῳ αὐτῶν κοινωνικῶν τάξεων, ἢ πρὸς τὰς ὁποίας προσαρμογὴ ἐκεῖ ἔνθα δὲν ἐπιτυγχάνεται διὰ τῆς λογικῆς δυνατόν ἐνίοτε νὰ ἐπιτευχθῇ ἀλογικῶς καὶ ὑποσυνειδήτως διὰ τῆς διαισθήσεως⁽⁵³⁾, ὑποκειμένης ὁμως πολὺ εὐκολώτερον εἰς ἀνεπανόρθωτον πλάνην⁽⁵⁴⁾.

14. Αἱ τοιαῦται ἐν τῇ πράξει ἐπικρατοῦσαι λύσεις εἰσέρχονται διὰ τῆς νομολογίας καὶ τῶν ἐθίμων εἰς τὸ ἀναγκαστικὸν πλαίσιον τοῦ θετικοῦ δικαίου καὶ καταλαμβάνουσαι σὺν τῷ χρόνῳ θέσιν ἐν τῷ συστήματι αὐτοῦ καθίστανται κανόνες αὐτοῦ ἰδιορρυθμοί, ἀμφιβίου μορφῆς, ἐπιεικοὺς ἅμα καὶ αὐστηρᾶς, ἐνδεικτικῶς προσονομαζόμενοι συνήθως: «χρηστά ἦθη», ὡσάκις αἱ κυρώσεις αὐτῶν εἶναι ἐντονώτεραι, καὶ «καλὴ πίστις ἐν ταῖς συναλλαγαῖς»⁽⁵⁵⁾, ἐν αἷς σημειωτέον ὀνομασίαις αἱ μὲν λέξεις «χρηστά» καὶ «καλὴ πίστις» ὑποδηλοῦσι τὴν ἐκ τῆς ἐπιεικείας προέλευσίν του καὶ τὸν πρὸς τοὺς κανόνας τῆς ἠθικῆς συνδέοντα αὐτοὺς ὑποκειμενικὸν παράγοντα⁽⁵⁶⁾, αἱ δὲ «ἦθη» καὶ «συναλλαγαί» ἢ «συναλλακτικὰ ἦθη» τὴν ἀντικειμενικὴν ἐθιμικὴν ἐξέλιξιν των, ἥτις εἶναι καὶ ἡ μόνη ἐγγυωμένη ὄχι μόνον τὴν ἰσχύν των ὡς κανόνων δικαίου, ἀλλὰ καὶ τὴν ὑπὸ τοὺς ἄνω ὡς ἐκ τῆς προελεύσεώς των περιορισμοὺς σχετικὴν ἀντικειμενικότητα καὶ ὀρθότητά των⁽⁵⁷⁾.

53) Πρὸβλ. Th. Ribot, Προβλήματα ψυχολογίας συναισθημάτων (1912) σελ. 117—118.

54) Πρὸβλ. Th. Ribot ἐνθ' ἄν. σελ. 145 ἐνθ' ἄν. σελ. 145 ἐπ., 158 καὶ Dr Al. Carrel, L'homme cet inconnu (1936) σελ. 143 i. f., 114, ἐπίσης B. Russell, Le mysticisme et la logique (1922) σελ. 22 ἐπ.

55) Tren und glauben im Verkehr», ὀρθώτερον θὰ ἐχαρακτηρίζετο ὡς «καλὴ πίστις κατὰ τὰ συναλλακτικὰ ἦθη».

56) Ὑρβλ. B. Donati, Interesse e attivita giuridica (1909) § 16 σ.λ. 143, 144 σημ. 1.

57) Πρὸβλ. Rümelin ἐνθ' ἄν. σελ. 42.