

ΔΗΜΗΤΡΙΟΥ ΚΟΡΣΟΥ

**ΤΑΚΤΙΚΟΥ ΚΑΘΗΓΗΤΟΥ ΤΟΥ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΕΝ ΤΗ ΠΑΝΤΕΙΩ ΑΝΩΤΑΤΗ ΣΧΟΛΗ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ**

Ο ΔΙΚΑΣΤΗΣ ΩΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣ

Ο ΔΙΚΑΣΤΗΣ ΩΣ ΝΟΜΟΘΕΤΗΣ

Τὸ ζήτημα, ἂν ὁ δικαστὴς ἀσκῆ ἐνίοτε ἔργον νομοθέτου ἢ, μὲ ἄλλας λέξεις, ἂν ἡ νομολογία τῶν δικαστηρίων συνιστᾷ πηγὴν κανόνων δικαίου, ἢτοι κανόνων ἐχόντων ἴσῃν ἢ ὁμοίαν μὲ τὸν νόμον ἰσχύν, τὸ ζήτημα, λέγω αὐτὸ δὲν εἶναι, ὅπως γνωρίζομεν, νέον. Ἀντιθέτως, τοῦτο ἔχει ἔκπαλαι καὶ δὴ καὶ ζωηρῶς ἀπασχολῆσει τὴν νομικὴν σκέψιν, ἑλληνικὴν καὶ ξένην, τὴν κινουμένην εἰς τὴν σφαῖραν τὸσον τοῦ ἰδιωτικοῦ, ὅσον καὶ τοῦ δημοσίου, ἴδια τοῦ διοικητικοῦ δικαίου¹. Ἐτι δὲ καὶ τῆς μεθοδολογίας τοῦ δικαίου². Καὶ ἔχει συναφῶς ὑποστηριχθῆ κλίμαξ ἀπόψεων ἀπὸ τῆς ἀποφατικῶς μέχρι τῆς καταφατικῶς ἀπαντώσης εἰς τὸ σχετικὸν ἐρώτημα. Τί, ἄρα γε, πρέπει νὰ δεχθῶμεν ἐν

1. Βλ. σχετ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου, 1932—1935, ἔνθα καὶ ἄλλη παλαιότερα βιβλιογραφία, Μιχαηλίδου — Νουάρου, Δίκαιον καὶ κοινωνικὴ συνείδησις, 1972, σ. 36, Παπαχατζῆ, Σύστημα, 1976, σ. 117, Στασινοπούλου, Μαθήματα διοικητικοῦ δικαίου, 1957, σ. 128, Σακκά, Ἡ συμβολὴ τῆς νομολογίας τοῦ ΣτΕ εἰς τὴν διαμόρφωσιν τοῦ θετοῦ δικαίου, ἐν Τιμητ. Τόμῳ ἐπὶ τῆ 50ετηρίδι τοῦ ΣτΕ, I, 1979, σ. 293 κ.έ., Κόρσου, Εἰσηγήσεις διοικητικοῦ δικαίου, 1977, σ. 189. Ἐκ τῆς γερμανικῆς νομικῆς φιλολογίας βλ. Ossenbühl ἐν Erichsen — Martens, Allg. VerwR., 1977, σ. 93 κ.έ., Arndt, Gesetzesrecht und richterrecht, N.J.W., 1963, σ. 1273, Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, 1959, Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1977, σ. 72 κ.έ., Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, Flume, Richter und Recht, 1966, Guermann, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, Hirsch, Richterrecht und Gesetzesrecht, Jur. Rdsch., 1966, σ. 334, Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, σ. 243, Less, Von Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, Meir-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, Stein, Die verfassungsrechtlichengrenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW., 1964, σ. 1945, παρ' οἷς καὶ ἄλλη βιβλιογραφία. Ἐκ τῆς γαλλικῆς νομικῆς φιλολογίας βλ. Boulangier, Le rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi ἐν Travaux de l'association Henri Capitant, 1949, σ. 61 κ.έ., Jeaneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, 1954, σ. 240 κ.έ., de Laubadère, Traité, 1976, I, 238, Letourneur, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, EDCE, 1951, σ. 19, Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, ἐν Mélanges Ripert, I, σ. 28 κ.έ., Rivero, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif, EDCE, 1955, σ. 27 κ.έ., Roche, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, AJDA, 1962, σ. 532 κ.έ., Vedel, Droit administratif, 1961, σ. 191 κ.έ., Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, ἐν Mélanges G. Scelle, II, σ. 613 κ.έ.

2. Βλ. σχετ. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, σ. 241 κ.έ., Stern, NJW, 1958 σ. 695.

προκειμένω; ἄς εισέλθωμεν εἰς τὴν παλαιὰν αὐτὴν, ὄχι δ' ἔωλον συζήτησιν. Κάθε ἄλλο.

Τὸ βέβαιον εἶναι, καὶ τοῦτο ἔχει ὑπὸ πάντων ὁμολογηθῆ, ὅτι ὁ δικαστὴς ἢ ἄλλως ἢ νομολογία τῶν δικαστηρίων συντελεῖ σπουδαίως εἰς τὴν ἐρμηνευτικὴν ἀποκάλυψιν τοῦ κειμένου, τοῦ ἰσχύοντος δικαίου. Καὶ συμβάλλει μεγάλως εἰς τὴν διάπλασιν τοῦ προσώπου αὐτοῦ. Ἐξ οὗ δὲν εἶναι ἄπορον τὸ διατι ὁ δικαστὴς, ἰδίᾳ δ' ὁ διοικητικὸς δικαστὴς ἀείποτε ἐθεωρήθη ὡς ἡ ζῶσα φωνὴ τοῦ δικαίου, ἢ νῖνα vox juris. Ὅπως ὁ πραιτωρ εἰς τὴν ἀρχαίαν Ρώμην. Καὶ ὅπως ὁ δικαστὴς εἰς τὴν ἀρχαίαν ἐλληνικὴν ἔννομον τάξιν. «Τὸ δ' ἐπὶ τὸν δικαστὴν ἰέναι, ἰέναι ἐστὶν ἐπὶ τὸ δίκαιον· ὁ γὰρ δικαστὴς εἶναι οἷον δίκαιον ἔμψυχον», ἐγνωμάτευσεν ὁ Ἀριστοτέλης, Ἠθικ. Νικομ., Ε, 7, 1132, α, 25³.

Διότι πράγματι:

α. Τὸ κείμενον δίκαιον δὲν κατέρχεται καθ' ἑαυτὸ πρὸς τὰς συγκεκριμένας, τὰς καθ' ἑκαστον βιοτικὰς σχέσεις, ἀλλὰ συγκρατεῖται εἰς ἀπόστασιν ἀπὸ αὐτῶν. Χωρεῖ εἰς καθολικὴν αὐτῶν ἐπίσκεψιν. Ἡ ἄλλως συνιστᾶ γενικὴν, ἀφηρημένην καὶ ἀπρόσωπον ρύθμισίν των. Ἐκ πρώτης τοῦλάχιστον ἀφετηρίας.

Πρὸς τὴν ἀντίληψιν δ' αὐτὴν πάντοτε ἔκλινεν παλαιὰ καὶ νέα φιλοσοφοῦσα νομικὴ σκέψις. Ὁδῶς, ἡ θέσπισις νόμων «ἀτομικῶν» ἢ «νόμων ἐπ' ἀνδρὶ» ἀπεδοκιμάσθη, ὡς γνωστὸν, ἀπὸ τὴν ἀρχαίαν σκέψιν. ἔχουσαν ἔκτοτε συνείδησιν τῆς ἀξιώσεως ὄχι μόνον πρὸς ἴσιν τῶν πολιτῶν μεταχειρίσιν ἀπὸ τὸν νομοθέτην, ἀλλὰ καὶ πρὸς συστηματικὴν τοῦ κειμένου δικαίου διάρθρωσιν. Πρὸς καθολικὴν καὶ ἀπρόσωπον ρύθμισιν τῆς βιοτικῆς ὕλης. «μηδὲ νόμον ἐπ' ἀνδρὶ ἐξεῖναι θεῖναι, εἰ μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πᾶσιν Ἀθηναίοις...», ἔγραψεν ὁ Σόλων εἰς τοὺς Νόμους αὐτοῦ.⁴ Ἡ διάταξις δ' αὐτὴ ἀπετέλεσεν ἔπειτα ἀρχήν, ποῦ ἐδέσποσεν εἰς τὴν ἀρχαίαν ἔννομον τάξιν. Ὁδῶ πχ ἐν Δημοσθ., Κατὰ Τιμοκρ., 59, τοῦ αὐτοῦ, Κατ' Ἀριστοκρ., 86. Καὶ περαιτέρω: «οὐκ ἔῃ νόμον, ἂν μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πᾶσι τιθῆ τις, εἰσφέρειν, ὃ δ' ἐπ' ἀνδρὶ γράφει ψήφισμ' ἴδιον» (αὐτοθ., 218.) Ὅμοίως ἐν Ἀνδοκ., Περὶ Μυστηρίων, 87. Ἄλλ' ὄχι ὀλιγώτερον οἰκεία πρὸς τὴν ἀρχὴν αὐτὴν εἶναι ἡ φιλοσοφοῦσα σκέψις. Ὁδῶς, ὁ Πλάτων ἐθεώρει πλημμελεῖς τοὺς νόμους, «ὄσοι μὴ συμπάσης τῆς πόλεως ἕνεκα ἐτέθησαν» (Νόμ., 4,725). Ἐπίσης δ' ὁ Ἀριστοτέλης ἐνόμιζεν ἐκ τῶν προσόντων τοῦ νομοθέτου «πάντων μέγιστον» τοῦτο· ὅτι «ἡ τοῦ νομοθέτου κρίσις περὶ τῶν — μελλόντων τε καὶ — καθόλου ἐστίν» (Ρητορ., Α,1,1354). Καὶ εἰς ἄλλην περίπτωσιν ὁ αὐτὸς Σταγίρης, ὁμιλῶν περὶ τῆς ἐπιεικειᾶς καὶ τῆς φύσεως τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐγνωμάτευσεν: «ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δ' οὐχ οἷον τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου» (Ἠθικ. Νικομ., Ε, 14, 1137b).

Ἄλλα καὶ εἰς τὴν Ρώμην, τὴν ἀρχαίαν αὐτὴν καὶ ἔνδοξον νομικὴν ἔστιαν ὁμοία ἀρχὴ ἐδέσποσεν. Ὁδῶ καὶ ἐκεῖ ἡ νομικὴ σκέψις ἔκλινεν ἀνέκαθεν πρὸς τὴν ἀντίληψιν ὅτι γνώρισμα

3. Βλ. σχετ. καὶ Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1977, σ. 74: «Das Gesetz lebt nur durch Gesetzanwendung, also in der Konkretisierung. Sie kann ohne den Richter gar nichtserfolgen». Πρβλ. καὶ Στασινόπουλου, Μαθήματα διοικητικοῦ δικαίου, 1957, σ. 118, τοῦ αὐτοῦ, Τὸ δικαίωμα τῆς ὑπερασπίσεως ἐνώπιον τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν, 1974, σ. 43, τοῦ αὐτοῦ, Νομικαὶ Μελέται, 1972, σ. 169 κ.έ.

4. Βλ. σχετ. Ἰω. Δ. Ζέπου, Νομοθεσία Σόλωνος, 1973, 22α. Πρβλ. καὶ Κ. Τριανταφυλλόπουλου, Ἱστορία τοῦ ρδ. καὶ ἐξέλιξις αὐτοῦ ἐν τῇ Ἀνατολῇ, 1940, σ. 79.

τοῦ νόμου εἶναι ἡ γενικὴ καὶ ἀπρόσωπος τῆς βιοτικῆς ὕλης ρύθμισις. «*Jura non ad singulas personas, sed generaliter constituuntur*», ἔγραψεν ὁ Οὐλλιανὸς (Πανδ. 1,3,8). Καὶ ὁ *Ateius Capito* ὥρισεν, ὅπως εἶναι γνωστὸν, τὸν νόμον ὡς «*generale jussum populi aut plebis rogante magistratu*». Ὅχι δ' ἀσυναφῆς πρὸς τὴν ἀντίληψιν αὐτὴν εἶναι καὶ ἡ εἰς τὸν Δωδεκάδελτον Νόμον, 9, διάταξις, καθ' ἣν *privilegia ne inroganto*, ἦτοι δὲν εἶναι ἀνεκτὰ καὶ ἀπαγορεύονται τὰ προνόμια, εὐμενῆ ἢ δυσμενῆ, χάριν τῆς ἰσότητος τῶν ρωμαίων πολιτῶν.⁵

Ἐξ ἄλλου ἀσυναφῆς πρὸς τὴν καθολικὴν δὲν εἶναι καὶ ἡ διὰ τῶν οὕτω λεγομένων γενικῶν ρητρῶν (*Generalklauseln*) συντελουμένη ἐνίοτε ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ρύθμισις τῆς βιοτικῆς ὕλης. Ἦτοι τῶν ἐλαστικῶν ἢ ρευστῶν ἢ ἀορίστων ἐκείνων διατάξεων ἢ ἐννοιῶν (ἐννοιαὶ-δικλειῖδες, *concepts - soupapes, Ventilbegriffe, Kautschukparagrafen*)⁶, οἳ εἶναι ἡ καλὴ πίστις, τὰ χρηστὰ ἦθη, ἡ δημοσία τάξις, ἡ δικαία κρίσις, ἡ εὐλογος αἰτία, ὁ εὐλογος χρόνος κ.ἄ. Διὰ τῶν διατάξεων αὐτῶν καταλείπεται ὑπὸ τοῦ νόμου εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν αὐτοῦ δικαιοπλαστικὸν στάδιον, ἐγκείμενον εἰς τοῦτο· εἰς τὴν δι' εἰδικοῦ, ἐνδιαμέσου κανόνος, ὑπ' αὐτοῦ πλαττομένου, ἐξειδίκευσι καὶ προσαρμογὴν τῆς ἀορίστου διατάξεως εἰς τὰς περιστάσεις τῆς συγκεκριμένης, ἐνώπιον δ' αὐτοῦ ἀγομένης βιοτικῆς σχέσεως.

Ὅτως, ἵνα αἰσθητότερον ὀμιλήσωμεν, ὁ ἐν ΑΚ 127 κανὼν, καθ' ὃ ὁ συμπληρώσας τὸ εικοστὸν πρῶτον ἔτος εἶναι ἱκανὸς πρὸς δικαιοπραξίαν, ἐνέχει καθολικότητα, κατὰ τὰ πρὶν λεχθέντα. Ἦτοι καταλαμβάνει πᾶν πρόσωπον συμπληροῦν τὸ εικοστὸν πρῶτον ἔτος τῆς ἡλικίας του καὶ ὑπάγει αὐτὸ ἄνευ ἄλλου τινὸς εἰς τὴν ρύθμισίν του. Πρόσθετόν τι, ὁμως, συμβαίνει ἐπὶ τῶν γενικῶν ρητρῶν. Ἐδῶ ἡ διάταξις ἐνέχει κατὰ πλεον τῆς καθολικότητος· ἐνέχει ρευστότητα, ἐλαστικότητα, ἀοριστίαν. Ὅτω, ὁ ἐν ΑΚ 178 κανὼν, καθ' ὃν δικαιοπραξία ἀντιβαίνουσα εἰς τὰ χρηστὰ ἦθη, εἶναι ἄκυρος. Ἐδῶ, ὡς εἶπομεν, ἡ διάταξις εἶναι ἀοριστος, προκύπτει δ' ἡ ἀοριστία αὐτῆς ὄχι ἀπὸ τὴν ἐννοιαν τῶν χρηστῶν ἠθῶν, ὡς νομίζεται, ἀλλ' ἀπὸ τὸ ὅτι ὁ νομοθέτης δὲν εἶπε (ἐλλειμμα τοῦ νόμου ἠθελημένον ἢ ἄλλως κενὸν ἐκούσιον τοῦ νόμου), κατέλιπεν δ' εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν νὰ εἴπῃ εἰς τί συνίστανται ἐν τῇ συγκεκριμένῃ περιπτώσει τὰ χρηστὰ ἦθη. Τὸ ἴδιον συμβαίνει καὶ μὲ τὴν ἐν ΑΚ 200, 288, 388 καὶ ἀλλαχοῦ τοῦ κώδικος ἀποκειμένην ἐννοιαν τῆς καλῆς πίστεως. Καθὼς καὶ μὲ τὰς ἄλλας, εἰς τοὺς κώδικας, ἴδια δὲ τὸν ΑΚ κατατεθειμένας γενικὰς ρήτρας. Ὅθεν, ἐνταῦθα, ἀπαραίτητος ἀποβαίνει ἡ ὑπὸ τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου διάπλασις διαμέσου τινὸς κανόνος, ἐπιτηδείου νὰ καταστήσῃ συγκεκριμένην καὶ ἐφαρμοστὴν εἰς τὴν ἐνώπιον αὐτοῦ φερομένην βιοτικὴν σχέσιν τὴν πρὶν ἀορίστον τοῦ νόμου διάταξιν.

5. Πλείονα βλ. ἐν Κουσουλάκου, Ἡ Θεώρησις τοῦ καθόλου ἐν τῷ δικαίῳ, 1960, σ. 64, ἐνθα καὶ ἄλλη βιβλιογραφικὴ ὑποστήριξις τοῦ λακτίσματος ποῦ δέχεται ἀπὸ τὴν παλαιάν, ὅπως καὶ ἀπὸ τὴν νεωτέραν νομικὴν σκέψιν τὸ οὕτω λεγόμενον «ἐξαιρετικόν» δίκαιον, ἦτοι τὸ *jus singulare*. Βλ. ὁμοίως Σοῦρλα, Αἱ γενικαὶ ρήτραι ἐν τῷ ἀστικῷ δικαίῳ, 1939, *M a n i g k*, *Neubau des Rechts*, 1938, σ. 109 κ.ἔ., Κ. Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 79, Π. Δημάκη, Βυζαντινὸν Δίκαιον, Ἐμπορικὸι Νόμοι εἰς τὴν ἀρχαίαν Ἑλλάδα, Δίκαιον τῆς Γόρτυνος, Δωδεκάδελτος (Μελέτημ.), σ. 58.

6. Βλ. σχετ. *H e d e m a n n*, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933, *R o u b i c r*, *Théorie générale du droit*, 1951, σ. 117, Κ. Τριανταφυλλοπούλου, Ἡ πρώτη δεκαετία τοῦ ἀστικοῦ κώδικος, *NoB*, 1956, σ. 227, *Λιτζεροπούλου*, Ἡ νομολογία, σ. 20, τοῦ αὐτοῦ, Τὰ δέκα πρῶτα ἔτη τοῦ ἀστικοῦ κώδικος, *NoB*, 1956, σ. 233, *Ν. Παπαντωνίου*, Ἡ καλὴ πίστις εἰς τὸ ἀστικὸν δίκαιον, 1957, σ. 19, Σοῦρλα, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 10..

Κάτι ανάλογον πρέπει νά εἰπωμεν καί διὰ τὰς ἄλλας ἀξιολογικάς τοῦ νομοθέτου κρίσεις, ἐν πλησμονῇ ἀπαντωμέναις εἰς τὴν κειμένην νομοθεσίαν, μάλιστα δὲ τοὺς παρ' ἡμῖν κώδικας. Οὕτω, ἂν ἐπιθεωρήσωμεν, ἔστω προχειρῶς, τὸ κείμενον τοῦ ΑΚ, θά ἀπαντησωμεν πολλὰς διατάξεις, περιεχούσας τοιαύτας ἀξιολογικάς τοῦ νομοθέτου κρίσεις. Ὅπως πχ οὐσιώδης μείωσις (534), οὐσιώδης ἔλλειψις (550), σπουδαῖος κίνδυνος (588), ἐπείγουσα ἀνάγκη (817), συνήθης χρῆσις (1003), σοβαρὰ ἀπειλή (1431), ἰσχυρὸς κλονισμὸς (1442), βαρεῖα προσβολή (1453), ἰδιαιτέρως δυσχερῆς (1481), καὶ ἄλλας πολλάς.⁷ Τὸ ἴδιον δ' ἂν ἐπιθεωρήσωμεν τὸ κείμενον τοῦ ΠΚ, ὡς καὶ τῶν ἄλλων κωδίκων.

Ἄς ἐπανέλθωμεν, ὁμως, ἐκεῖ, ὅθεν ἐξεκινήσαμεν. Ἡ τοιαύτη, λοιπὸν, ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ρυθμίσις τῶν καθ' ἕκαστον βιοτικῶν σχέσεων εἶναι καθολικῆ, ἀπρόσωπος καὶ ἀφηρημένη ἢ συντελεῖται, ἔστω ἐνίοτε, διὰ τῶν οὕτω λεγομένων γενικῶν ρητρῶν ἢ ἀξιολογικῶν κρίσεων. Ἐκ πρώτης τοῦλάχιστον ἀρχῆς. Τὸ ὁποῖον ἄγει εἰς τὸ ἐξῆς σημαντικὸν πόρισμα· ὅτι ὁ νομοθέτης δὲν ἀποκαλύπτει εὐθὺς ἀμέσως τὸ ἀκριβὲς αὐτοῦ πρόσωπον, ἀλλ' ἐμφανίζει τοῦτο διὰ γενικῶν, κάποτε δὲ, ὅπως ἐπὶ γενικῶν ρητρῶν ἢ ἀξιολογικῶν κρίσεων, διὰ γενικωτέρων χαρακτήρων, εἰς τὸ πλαίσιον τῶν ὁποίων ἐμπίπτουν περισσότεραι τῆς μιᾶς — τί δὲ λέγω; — πολλὰ βιοτικὰ σχέσεις.

Ποῦ ὀφείλεται αὐτό; «τὸ γὰρ ἀμάρτημα», γνωματεύει ὁ Ἀριστοτέλης, «οὐκ ἐν τῷ νόμῳ, οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ, ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος (sc. τῆς ποικιλίας, τῆς πολλαπλότητος τῶν βιοτικῶν σχέσεων) ἐστίν· εὐθὺς γὰρ τοιαύτῃ ἢ τῶν πρακτῶν ὄλη ἐστίν (Ἠθικ. Νικομ., Ε.14.Π137b). Καὶ περαιτέρω: «τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ ὁ κανὼν ἐστίν, ὡσπερ τῆς Λεσβίας οἰκοδομῆς ὁ μολύβδινος κανὼν· πρὸς γὰρ τὸ σχῆμα τοῦ λίθου μετακινεῖται καὶ οὐ μένει ὁ κανὼν» (αὐτόθι). Ὅπως, λοιπὸν, λέγει ὁ Ἀριστοτέλης, τῆς λεσβίας οἰκοδομίας ὁ μολύβδινος κανὼν εἶναι εὐκαμπτος, δυνάμενος νά σχηματισθῆ κατὰ τὰς καμπὰς τῆς κυματοειδοῦς γλυφῆς, κοινῶς σκαλισματος εἰς τὴν ἀρχιτεκτονικὴν, οὕτω καὶ ὁ κανὼν δικαίου μετακινεῖται πρὸς τὴν βιοτικὴν ὄλην καὶ δὴ πρὸς τὰς καθ' ἕκαστον βιοτικὰς σχέσεις. Ἦτοι κατέρχεται πρὸς αὐτάς, μαλάσσεται, λαμβάνων τὸ ἀρμόζον ἐκάστοτε, τὸ ἀκριβὲς αὐτοῦ πρόσωπον ἢ σχῆμα.

Ἄλλὰ πρὸς τὴν σκέψιν αὐτὴν τοῦ Ἀριστοτέλους συναφῆς εἶναι καὶ ἡ ἄλλη· ὅτι κάθε νόμος, ἐτι δ' ὁ μὲ ἀκραν ἐπιμέλειαν συνταχθεὶς, ἀποβαίνει ἐν τέλει ἀνίσχυρος νά παράσχη εἰδικὴν ἀπάντησιν ἐπὶ ὅλων τῶν ἐπιδεῶν ρυθμίσεως βιοτικῶν σχέσεων. Οὗτος ἀδυνατεῖ ὄχι μόνον νά προῖδῃ τὴν μέλλουσαν, ἀλλὰ καὶ νά περιγράψῃ τὴν τρέχουσαν ποικίλην βιοτικὴν ὄλην. Καὶ τὴν μὲν μέλλουσαν βιοτικὴν ὄλην ὁ νομοθέτης ἀγνοεῖ. Δὲν εἶναι δὲ ἀδηλον τὸ διατί· διότι, ὅπως εἶπεν νεώτερος ποιητής, «οἱ ἄνθρωποι γνωρίζουν τὰ γινόμενα. Τὰ μέλλοντα γνωρίζουν οἱ θεοί, πλήρεις καὶ μόνοι κάτοχοι πάντων τῶν φώτων».⁸ Τὴν δὲ τρέχουσαν ποικίλην βιοτικὴν ὄλην δύναται μὲν νά γνωρίσῃ ὁ νομοθέτης, ἀλλ' ἂν ἐπιχειροῦσε τὴν ρύθμισιν αὐτῆς, «ὄπολεῖποι

7. Βλ. σχετ. Παπαχατζῆ, Ἡ «ἐλευθέρα ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ συγχρόνῳ δικαίῳ, ἐν Μελέταις, 1961, σ. 454. Πρβλ. καὶ Κουμάντο, Δικαστικὴ ἐκτίμησις καὶ ἀξιολογικαὶ κρίσεις εἰς τὸ δίκαιον τῆς πνευματικῆς ἰδιοκτησίας, ΕΕΝ, 1966, σ. 221 κ.ε., Περί τῆς διαφορᾶς τῶν γενικῶν ρητρῶν ἀπὸ τῶν ἀξιολογικῶν κρίσεων βλ. Ηedemaη, ἔνθ' ἄνωτ., σ. 54, Ν. Παπαντωνίου, ἔνθ' ἄνωτ., σ. 21.

8. Βλ. Καβάφη, Σοφοὶ δὲ προσιόντων.

αυτὸν ὁ αἰὼν διαριθμοῦντα». Ἦτοι δὲν θὰ ἐπὶ ἔκεινται εἰς αὐτὸν ὀλόκληρος αἰὼν νὰ τὴν ἀπαριθμήσῃ⁹. Ἡ ἄλλως ἐπιλείπει αὐτὸν διηγούμενον ὁ χρόνος. Ἡ ἄλλως «ἀ μακρὸς ἂν χρόνος εἴη λέγειν» (Πλατ., Κριτίας, 119 b).

Αὐτὰ ὡς πρὸς τὴν καθολικὴν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ἐπίσκεψιν τῆς βιοτικῆς ὕλης. Καὶ τὰς αἰτίας αὐτῆς. Ἄλλ' εἰς αὐτὰ πρέπει νὰ προσθέσωμεν καὶ τὸ ἑξῆς:

β. Ὅτι τὸ κείμενον τοῦ νόμου ἢ ἔχει ἀρχῆθεν καὶ δὴ κατὰ τὴν ψήφισιν αὐτοῦ χάσματα ἢ κενὰ ἀθέλητα ἢ ἀτελείας ἢ σφριγηλὸν ἴσως καὶ ἄλκιμον καὶ πλήρες ἐν ἀρχῇ ἔπειτα, μὲ τὴν διαδρομὴν τοῦ χρόνου, πλαδαροῦται, φθείρεται καὶ γηράσκει.¹⁰ Μάλιστα δὲ σήμερον πολὺ ταχύτερον παρ' ἄλλοτε. Ἦτοι μὲ τὴν πρόοδον τῶν κοινωνικῶν ἀντιλήψεων καὶ συνθηκῶν δημιουργοῦνται εἰς τὸ σῶμα αὐτοῦ χάσματα ἢ κενὰ ἢ ἀνοίγματα. Χῶροι κενοὶ δικαίου (Gesetzesfreier Raum), κατὰ τὴν γνωστὴν γερμανικὴν φρασιολογίαν. Εἶναι δὲ φυσικὸν αὐτὸ καὶ μοιραῖον. Ἡ ζωὴ προχωρεῖ, ἐνῶ ὁ νόμος μένει, εἶπεν ὁ *Regelsberger*¹¹. Ὁ πανδαμάτωρ ἀτυχεῖς οὐδὲν σέβεται καὶ τὰ πάντα δαμάζει. Ὡστε ἢ εὐθύς ἔξ ἀρχῆς ἢ καὶ ἔπειτα, μὲ τὴν πάροδον τοῦ χρόνου, κάθε νόμος ἐγκαταλείπει ὀπισθεν αὐτοῦ κενὰ ἢ χάσματα μὴ ἠθελήμενα. «Jedes Gesetz unvermeidbar Lückenhaft ist», γράφει ὁ *Larenz*¹². Ἡ ἔχει ἀτελείας. Καὶ ὅπως εἶπομεν εἶναι ἀναπόδραστος αὐτὸ· ἀφ' οὗ ὁ νόμος εἶναι ἔργον τῶν ἀνθρώπων, ὄχι δὲ τῶν θεῶν. «Υπάρχει τί τὸ ἀνθρώπινον χωρὶς ἀτέλειαν;», ἐρωτᾷ πάλιν ὁ αὐτὸς νεώτερος ποιητῆς¹³, μὲ τὴν βαθεῖαν αἰσθησίν του τῶν ἀνθρώπων.

Ἄλλ' ἄς ἐλθωμεν πάλιν εἰς τὸ θέμα. Καὶ δὴ τὸ ἐν ἀρχῇ τεθὲν ἐρώτημα, ἢ τοι ἂν ὁ δικαστὴς ἀσκή ἐνίστε ἔργον νομοθέτου. Λοιπὸν, ἐν ὄψει τῶν ἀνωτέρω ὑπὸ α' καὶ β' ἐκτεθέντων, δὲν θὰ ἦτο τολμηρὸν ἢ ἀπόκρημον νὰ εἴπη κανεῖς, ὅτι μοιραῖως καταλείπεται εἰς τὸν δικαστὴν στάδιον δικαιοπλαστικῆς ἐνεργείας, συνισταμένης ἐν τούτῳ· ἢ εἰς τὴν ἐξατομίκευσιν (Konkretisierung) τοῦ ἀφηρημένου κανόνος δικαίου ἢ εἰς τὴν ὑπ' αὐτοῦ πλήρωσιν τῶν ἀκουσίων χασμάτων ἢ κενῶν, ὅσα ὑφίστανται ἐν τῇ κειμένῃ νομοθεσίᾳ. Πῶς δὲ; διὰ τῆς ὑπ' αὐτοῦ διαπλάσεως προσθέτου κανόνος δικαίου ἢ ἐξικνουμένου μέχρι τῆς συγκεκριμένης βιοτικῆς σχέσεως ἢ πληροῦντος τὸ ὑφιστάμενον εἰς τὴν συγκεκριμένην περίπτωσιν κενόν.

9. Πρβλ. καὶ Ἀριστ., Πολιτ., 1287 α.: «ἀλλὰ μὴν ὅσα γε μὴ δοκεῖ δύνασθαι διορίζειν ὁ νόμος, οὐδ' ἄνθρωπος ἂν δύναται γνωρίζειν ἀλλ' ἐπίτηδες παιδεύσας ὁ νόμος ἐπίστησι τὰ λοιπὰ τῇ δικαιοτάτῃ γνώμῃ κρίνειν καὶ διοικεῖν τοὺς ἀρχοντας». Πρβλ. καὶ Μαριδάκη, Σκέψεις ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ Ἀριστοτέλους περὶ ἐπεικειάς, ἐν Ξενίῳ Festschrift für P. J. Zeros, I, σ. 270.

10. Βλ. σχετ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία, σ. 79.

11. Βλ. σχετ. *Regelsberger* ἐν *JherJ*, 58, σ. 146, μνημ. ὑπὸ *Fischer*, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, σ. 12.

12. Βλ. σχετ. *Larenz*, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 350. Πρβλ. καὶ *Ossenbühl* ἐν *Erichsen - Martens*, *Allg. VerwR.*, 1977, σ. 94, *Baumann*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1977, σ. 74, *Λιτζεροπούλου*, Ἡ νομολογία, σ. 74 κ.ε., Γαζή, *Νομικὴ σκέψις καὶ μέθοδος αὐτῆς*, *EEN*, 1965, σ. 386.

13. Βλ. Καβάφη, Ἐν μεγάλῃ ἑλληνικῇ ἀποικίᾳ, 200 π.Χ.

Πρός την πρώτην δ' ἀκριβῶς ἐκ τῶν ἄνω δύο περιπτώσεων συνάπτεται ἡ εἰς τὸν κύκλον τῆς σχολῆς τῆς Βιέννης ἀρχικῶς ὑπὸ τοῦ Merkl καὶ εἶτα ὑπὸ τοῦ Kelsen διδαχθεῖσα θεωρία τῆς κατὰ βαθμίδας διαπλάσεως τοῦ δικαίου (Stufenbaurtheorie). Κατ' αὐτήν, ἡ ἔννομος τάξις συγκροτεῖται ἐν εἴδει πυραμίδος, κεφαλὴ τῆς ὁποίας εἶναι ὑπέρτατός τις, γενικὸς καὶ ἀφηρημένος κανὼν δικαίου. Ἐξ αὐτοῦ χωροῦν πρὸς τὰ κάτω καὶ κατὰ βαθμίδας ἄλλοι κανόνες, ἕκαστος τῶν ὁποίων εἶναι παραγωγὸς δικαίου, ἀλλὰ καὶ ἐκτελεστής τοῦ εἰς τὴν ἀνωτέραν βαθμίδα κειμένου κανόνος. Ἐν τέλει δ' εἰς τὴν βάσιν τῆς πυραμίδος κείνται οἱ ἔσχατοι, οἱ ἑξατομικευμένοι καὶ συγκεκριμένοι κανόνες, συνιστῶντες ἀπλὴν ἐκτέλεσιν τῶν κανόνων δικαίου, οἱ ὅποιοι ὑπέρκεινται αὐτῶν. Οὕτω, κατὰ τὰς σκέψεις αὐτάς, καὶ ὁ δικαστὴς ὁ εἰς τὴν συγκεκριμένην περίπτωσιν δι' εἰδικοῦ κανόνος ἑξατομικεῶν τὸν κανόνα δικαίου πρὸς ἄσκησιν τοῦ δικαστικοῦ αὐτοῦ ἔργου, εἶναι ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει παραγωγὸς δικαίου. Νομοθετεῖ¹⁴.

Ἀσχέτως, ὁμοίως, τῶν σκέψεων αὐτῶν τῆς σχολῆς τῆς Βιέννης, τὸ βέβαιον εἶναι αὐτὸ, ποῦ καὶ ἐν ἀρχῇ εἶπομεν· ὅτι δηλ. ὁ δικαστὴς εἶναι σπουδαῖος παράγων διαπλάσεως τοῦ δικαίου. Δίδει εἰς αὐτὸ, μὲ τὰς δικαστικὰς του ἀποφάσεις, σχῆμα, δύναμιν, πλαστικότητα καὶ πνοήν. Τὸ καθιστᾷ ἐπιτήδειον νὰ ἀνταποκρίνεται εἰς τὴν ἀτέρμονα ποικιλίαν τῆς βιοτικῆς ὕλης, τῶν βιοτικῶν σχέσεων, τὰς ὁποίας ὁ νομοθέτης οὔτε προέβλεψεν, οὔτε εἰμποροῦσε νὰ προβλέψῃ. Καὶ ἀκόμη τὸ μαλάσσει, τὸ ζωντανεῦει καὶ οὕτω τὸ καθιστᾷ ἱκανὸν νὰ κρύπτῃ τὰς ρυτίδας, ὅσας ὁ πανδαμάτωρ μοιραίως χαράσσει εἰς τὴν ὕλην, εἰς τὸ πρόσωπον αὐτοῦ. Ἡ συμπληρώνει τὰ ἀρχῆθεν ὑφιστάμενα ἢ ἔπειτα, μὲ τὴν πρόοδον τοῦ χρόνου, προκύπτοντα ἑλλείμματα. Ἡ κενά. Ἐξ οὗ μετὰ λόγου ὁ Ἄριστοτέλης, Ἠθικ. Νικομ., Ε, 7, 1132 α, 25, ἔκρινεν, ὡς ἐν ἀρχῇ εἶπα, ὅτι «τὸ ἐπὶ τὸν δικαστὴν ἰέναι, ἰέναι ἐστὶν ἐπὶ τὸ δίκαιον· ὁ γὰρ δικαστὴς εἶναι οἷον δίκαιον ἔμψυχον».

Ἄλλ' ἄρα γε, ἡ τοιαύτη ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ συντελουμένη ζύμωσις, ἐπεξεργασία, προσαρμογὴ καὶ διάπλασις τῆς κειμένης νομοθετικῆς ὕλης φθάνει μέχρι σημείου, ὥστε νὰ ἐπιτρέπῃ τὴν δοξασίαν, ὅτι ἡ νομολογία τῶν δικαστηρίων προάγεται εἰς τάξιν ἀμέσου πηγῆς τῶν κανόνων δικαίου; ὅπως τὸ θέλουν νεώτεροι τινὲς ἀντιλήψεις;

Ἄς πλησιάσωμεν τὰ πράγματα. «Εἰ δὴ τις ἐξ ἀρχῆς τὰ πράγματα φυόμενα βλέψειεν...κάλλιστ' ἂν οὕτω θεωρήσειεν» (Ἄριστ., Πολιτ., 1252α2). Τῷ ὄντι, ἂν ἔλθῃ κανεὶς εἰς ἐγγύτητα πρὸς αὐτὰ, δυσχερῶς θὰ ἠμπορέσῃ νὰ ἀποστερῆξῃ ὡς μὴ εὐπρόσωπον τὴν σκέψιν, ὅτι ὁ δικαστὴς σήμερον συχνὰ διαδραματίζει ρόλον ἢ πρόσωπον νομοθέτου. Καὶ δὴ διὰ τινος δικαστικῆς διαδικασίας εὐρέσεως τοῦ δικαίου. In schöpferischer Rechtsfindung, ὅπως ἔχει εἶπει τὸ BVerfGE 3, 225, 243¹⁵. Ἡ διὰ νὰ φέρωμεν πάλιν κοντὰ μας τὸν ἀπὸ τῶν Σταγίρων τῆς Χαλικιδικῆς σοφὸν Ἄριστοτέλη, Ἠθικ. Νικομ., Ε, 14, 1137b, μάλιστα δὲ τὴν πρὸς τὸν ἐφαρμοστὴν τοῦ νόμου πολύκροτον αὐτοῦ προτροπήν, «ὅταν οὖν λέγῃ μὲν ὁ νόμος καθόλου συμβῆ δ' ἐπὶ τούτου παρὰ τὸ καθόλου, τότε ὀρθῶς ἔχει, ἢ παραλείπει ὁ νομοθέτης

14. Βλ. σχετ. Kelsen, Allg Staatslehre, 1925, σ. 233, Merkl, Allg. VerwR., 1927, σ. 174 κ. ἑ., Πρβλ. καὶ Larenz, ἔνθ' ἄνωτ., σ. 84, Friedmann, Legal theory, 1967, σ. 282 κ. ἑ..

15. Βλ. σχετ. ἐν Ossenbühl, ἔνθ' ἄνωτ., σ. 95, Fischer, ἔνθ' ἄνωτ., σ. 5 κ. ἑ.

και ημαρτεν απλω̄ς ειπων, ε̄πανορθοῡν το̄ ε̄λλειφθεν, δ̄ καν̄ ο̄ νομοθετης̄ αῡτος̄ (αν̄) εῑπεν̄ εκ̄εῑ παρων̄, καῑ εῑ η̄δει, ε̄νομοθετησεν̄ (αν̄)». Ἦτοι, όταν̄ ο̄ νόμος̄ ο̄μιλῆ γενικῶς̄ ε̄μφανῑζεταῑ δ̄ε̄ κάποιᾱ συγκεκριμένη̄ περίπτωσις̄ μὴ̄ ὑπ'̄ αῡτοῡ προνοηθε̄ισα, τότε̄ ὀρθὸν̄ ε̄ίναῑ εκ̄εῑ ὅποῡ ο̄ νομοθετης̄ παρε̄λιπε̄ τὴν̄ ρυθμισιν̄ καῑ ε̄σφαλεν, ὀμιλῆσας̄ μ̄ε̄ γενικότη̄τας, νὰ̄ θεραπευθῆ̄ ἢ̄ ἐν̄ λόγῳ̄ ἔλλειψις̄ μ̄ε̄ τὸν̄ ἴδιον̄ τρόπον, πού̄ θὰ̄ ἐνεργοῡσε̄ καῑ ο̄ νομοθετης̄, ἂν̄ ε̄ίχε̄ τὴν̄ περίπτωσιν̄ αῡτὴν̄ πρὸ̄ ὀφθαλμῶν̄ καῑ ἐπρόκειτο̄ νὰ̄ τὴν̄ ρυθμίση̄.¹⁶

Λοιπὸν, ἐὰν̄ πλησιάση̄ κάνεις̄ τὰ̄ πράγματα, πρέπεῑ νὰ̄ θεωρήση̄, ὅτῑ ἂν̄ μὴ̄ τῑ ἄλλο̄ ε̄χεῑ πρόσχημᾱ ἐπαγωγὸν̄ ἢ̄ γνώμη̄ αῡτῆ· ὅτῑ δηλ. ο̄ δικαστης̄ ἐνεργε̄ῑ μ̄ε̄ διαπλαστικὴν̄ τῆς̄ ὑφισταμένης̄ νομοθετικῆς̄ ὅλης̄ διαδικασίαν, όταν̄ ἡ̄ ἐξατομικε̄υῃ̄ τὴν̄ περὶ̄ τοῦ̄ καθόλοῡ διάταξιν̄ τοῦ̄ νομοθέτοῡ ἢ̄ συμπληρο̄ῑ τὰ̄ ὑπὸ̄ τοῦ̄ τελευταίοῡ αῡτοῡ καταλειπόμενᾱ ἐκουσίως̄ ἢ̄ ἀκουσίως̄ κενά.¹⁷ Ἴδιῳ̄ δ̄ε̄ πρέπεῑ νὰ̄ θεωρήση̄, ὅτῑ τὸ̄ τελευταῖον̄ τοῦτο̄ συμβαίνεῑ μ̄ε̄ τὸν̄ διοικητικὸν̄ δικαστὴν̄ καῑ μάλιστᾱ τὸν̄ ἀκυρωτικὸν, βαδίζοντα, ὅπως̄ ε̄ίναῑ γνωστὸν, διὰ̄ μέσοῡ ἀσυνάκτου, ἀκωδηκεῦτοῡ καῑ μᾶλλον̄ ἢ̄ ἦ̄ττον̄ θρυμματισμένης̄ νομοθετικῆς̄ ὅλης̄. Ἦτοῑ ὅλης̄ ἐστερημένης̄ τῶν̄ χρυσῶν̄ ἐκείνων̄ συστατικῶν̄ τοῦ̄ κειμένοῡ δικαίοῡ κρίκων, ὅλαῑ ε̄ίναῑ αἱ̄ γενικαὶ̄ αῡτοῡ ἀρχαὶ^{17a}.

Πρέπει, ὁμως, ἐνταῦθᾱ νὰ̄ μὴ̄ λειψωμεν̄ νὰ̄ εἰπωμεν, ὅτῑ τὸ̄ τελευταῖον̄ αῡτὸ̄ ζήτημα, δηλ. τῆς̄ μὴ̄ ὑπάρξεως̄ γενικῶν̄ ἀρχῶν̄ τοῦ̄ διοικητικοῦ̄ δικαίου, τεθειμένων̄ ὑπὸ̄ τοῦ̄ νομοθέτου, χάνεῑ ὁσημέραῑ τὴν̄ παλαιάν̄ αῡτοῡ ὀξύτητα. Καὶ̄ ε̄ίναῑ ὄχῑ ἀδηλον̄ τὸ̄ διατί· διότῑ αἱ̄ περισσότεραῑ τῶν̄ γενικῶν̄ αῡτῶν̄ ἀρχῶν̄ ε̄χουν̄ σήμερον̄ γίνε̄ῑ ἀσπασταὶ̄ ἀπὸ̄ τὸν̄ νομοθέτην, ἀκόμη̄ καῑ τὸν̄ συνταγματικόν. Καὶ̄ ἐπομένως̄ ε̄χουν̄ ἀποκτήσεῑ ἀνευδοιάστως̄ φύσιν̄ γενικῶν̄ ἀρχῶν̄ τοῦ̄ θετικοῦ̄ δικαίοῡ καῑ τυπικὸν̄ κῦρος̄ διατάξεων̄ ἢ̄ τοῦ̄ Συντάγματος̄ ἢ̄ τῶν̄ κοινῶν̄ νόμων. Ὁδω̄ πχ̄ ἡ̄ γενικὴ̄ ἀρχὴ̄ τῆς̄ νομιμότητος̄ τῆς̄ Διοικήσεως, ἢ̄ εἰς̄ τὸ̄ πλαίσιον̄ τοῦ̄ κράτους̄ δικαίοῡ εἰς̄ σημαίνουσαν̄ θέσιν̄ τεθειμένη, ἢ̄ ἀρχὴ̄ τῆς̄ ἰσότητος̄ τῶν̄ διοικουμένων, ἢ̄ ἀρχὴ̄ τῆς̄ ἀκροάσεως̄ τοῦ̄ ἐνδιαφερομένου, ἢ̄ προσφάτως̄ ἀπὸ̄ τὸ̄ Συντ. 75̄ δεκτῆ̄ γενομένη̄ ἢ̄ ἀκόμη, ὡς̄ θὰ̄ εἰμποροῦσε̄ νὰ̄ εἴπη̄ κάνεις, ἢ̄ ἀρχὴ̄ τῆς̄ ἀμεροληψίας̄ τῆς̄ Διοικήσεως̄ ἢ̄ ἡ̄ ἀρχὴ̄ τῆς̄ αἰτιολογίας̄ τῶν̄ ἐκ̄ τῆς̄ φύσεως̄ αῡτῶν̄ ἐπιδεῶν̄ αἰτιολογίας̄ διοικητικῶν̄ πράξεων̄ κλπ. Αἱ̄ ἀρχαὶ̄ αῡταῑ ἀποτελοῦν̄ ἤδη̄ γε-

16. Πρβλ. καῑ Πλάτ., Νόμοι, 926 c, ἐνθα, κατὰ̄ Κ. Τριανταφυλλόπουλον, Ἀρχαῖᾱ ζητήματᾱ συγχρόνων̄ νόμων, EEN, 1964, σ. 89, ἡ̄ πηγὴ̄ ἐξ̄ ἧς̄ ἦν̄τλησεν̄ ὁ̄ Ἀριστοτέλης̄ τὸ̄ ἐν̄ τῷ̄ κειμένῳ̄ πολὺ̄κροτον̄ χωρίον.

17. Ἀνάλυσιν̄ τῆς̄ θεωρίας̄ περὶ̄ τῶν̄ κενῶν̄ τοῦ̄ δικαίοῡ βλ. ἐν̄ Μαριδάκη, Ἐκθ. Πρσχ. Γεν. Ἀρχ. ΑΚ, σ. 116 κ. ἐ., G. Balis, Der Richter und die Lücken des BGB, ἐν̄ 100ετηρίδῑ Πανεπ. Ἀθηνῶν̄ 1837-1937, σ. 23 κ.ἐ., Κ. Τσάτσου, Τὸ̄ πρόβλημᾱ τῆς̄ ἐρμηνείας̄ τοῦ̄ δικαίου, 1978, σ. 146 κ.ἐ., Γαζή, ἐνθ'̄ ἄνωτ., σ. 386, Κ. Δεσποτοπούλου, Περί̄ τῶν̄ κενῶν̄ τοῦ̄ δικαίου, ἐν̄ Τιμητ. Τόμῳ̄ ἐπὶ̄ τῆ̄ 125ετηρίδῑ τοῦ̄ Ἀρείοῡ Πάγου, 1963, σ. 243 κ.ἐ., Ν. Παπαντωνίου, ἐνθ'̄ ἄνωτ., σ. 13 κ.ἐ., Ἰω. Τριανταφυλλόπουλου, Τὰ̄ κενά̄ τοῦ̄ νόμοῡ ἐν̄ τῷ̄ ἀρχαίῳ̄ ἑλληνικῷ̄ δικαίῳ, EEN, 1963, σ. 763 κ.ἐ., Δ. Μπόσδα, Πρὸς̄ γνώσιν̄ τοῦ̄ πνεύματος̄ τῶν̄ νόμων, EEN, 1976, σ. 583, παρ'̄ οἷς̄ καῑ ἄλλη̄ βιβλιογραφία. Πρόσθε̄ς̄ καῑ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1959, σ. 134 κ.ἐ., Larenz, ἐνθ'̄ ἄνωτ., σ. 354 κ.ἐ., Canaris, Die Feststellung von Lücken in Gesetz, 1964, τοῦ̄ αὐ̄τοῡ, De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand, ἐν̄ Etudes de logique juridique, Bruxelles, 1966, σ. 19 κ.ἐ., Baumann, ἐνθ'̄ ἄνωτ., σ. 76 κ. ἐ.

17a. Βλ. σχετ. Στασινοπούλου, Μαθήματᾱ διοικητικοῦ̄ δικαίου, 1957, σ. 112 κ.ἐ., τοῦ̄ αὐ̄τοῡ, Τὸ̄ δικαίωμᾱ τῆς̄ υπερασπίσεως̄ ἐνώπιον̄ τῶν̄ διοικητικῶν̄ ἀρχῶν, 1974, σ. 35 κ.ἐ., τοῦ̄ αὐ̄τοῡ, Νομικαὶ̄ μελέται, 1972, σ. 157 κ.ἐ.

νικάς άρχάς του θετικού διοικητικού δικαίου και έχουν, ως εικός, κύρος διατάξεων του Συντάγματος. Ότε δέ βραδύτερον θά έχωμεν και φοίνικας βλαστήσαντας έν Σιβηρία, καθώς επί άλλη άφορμή τó έλεγεν ó Ροΐδης, ήτοι όταν βραδύτερον και ή έλληνική έπιστήμη του διοικητικού δικαίου θά ευτυχήςσεί νά χαιρετήσεί τήν ψήφισιν Κώδικος Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ευτύχησε νά τó πράξει από τής 1ης 'Ιαν. 1977 ή γερμανική νομική έπιστήμη, παλαιότερον δέ άλλαι, όταν λέγω, συμβή αυτό, τότε πολλαί, κών μή δλαι αί γενικαί του διοικητικού δικαίου άρχαί, αί έδώ και εκεί έγκατεσπαρμέναί και μόλις άκροθιγώς είς τήν κειμένην νομοθεσίαν ψαυόμεναι, θά άποκτήσουν και αυτάί άνενδοίαστον φύσιν γενικών άρχών του θετικού δικαίου. Καί κύρος νόμου. Τό όποίον θά είναι κέρδος μέγα και ύπηρεσία όχι άσήμαντος προς τήν έλληνικήν έπιστήμη του διοικητικού δικαίου.

Πράγματι, είς δλας αυτάς τάς περιπτώσεις θά είμπορούσε κανείς νά τραπή προς τήν σκέψιν, ότι έδώ έχομεν δίκαιον κατασκευαζόμενον υπό του δικαστοϋ, συμπληρούντος δι' ίδίας αυτού διατάξεως τήν βούλησιν του νομοθέτου και δη, ως είπομεν, ή δι' έξατομικεύσεως τών καθολικών αυτού ρυθμίσεων ή διά συμπληρώσεως τών κενών, όσα έκουσίως ή άκουσίως κατέλειπεν ó νομοθέτης.^{17β} Τό τελευταίον μάλιστα αυτό, όπως τó επέτρεψεν ó νομοθέτης του έλβΑΚ 1, έδ. 2 και 3 υπό τήν ροπήν τής άριστοτελικής φιλοσοφίας τελών.¹⁸ Καί πρέπει άκόμη νά προσθέσωμεν, ότι είς πίστωση τής σκέψεως αυτής και προς άπάντησιν οίονει έξ ύποφοράς είς τó έρώτημα, πόθεν ó δικαστής άντλεί τήν τοιαύτην αυτού νομοθετικήν άρμοδιότητα, προεβλήθη και τó εξής έπιχειρημα· ότι, άφ' οϋ ό δικαστής είναι εκ του Συντάγματος ύπόχρεως είς άπονομήν τής δικαιοσύνης, άλλως άρνησιδικεί, δέον είναι νά δεχθώμεν ως είκαζομένην τήν εκ του Συντάγματος σιωπηράν τρόπον τινά προς αυτόν έξουσιοδότησιν προς πλήρωσιν τών κενών του δικαίου δι' ίδίας αυτού νομοθετικής έπεμβάσεως ή πρωτοβουλίας.¹⁹

17β. Ότοι έχομεν τó οπτω λεγόμενον Richterrecht, καθ' ό, όπως πιστεύεται, τó δίκαιον «in den Entscheidungen der Gerichte niedergelegt ist und dort weiterentwickelt. Βλ. σχετ. Η. G o i n g, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1976, σ. 131. Κλασσικόν παράδειγμα τοιούτου δικαίου είναι τó είς τάς άγγλοσαξωνικάς χώρας άναπτυσσόμενον common law.

18. Έν τούτοις, ή ροπή αυτή του γνωστού άριστοτελικού χωρίου τών 'Ηθικ. Νικομ., Ε, 14, 1137 b, 23 28 («εταν οϋν λέγη μόν ό νόμος καθόλου κ.λ.π.») επί τής σκέψεως του συντάκτου του έλβ. ΑΚ Εϋγενίου Η u b e r ύπήρξε μάλλον άδηλος. Άντιθέτως δήλη υπήρξεν επ' αυτού και ήχώ εϋρε κατά τήν σύνταξιν του έλβΑΚ 1, έδ. 2 και 3, ή περίφημος κατηγορική προσαγή του K a n t: πράξε κατά τρόπον, ώστε ή πράξις σου νά έχη τó κύρος άρχής μιάς παγκοσμίου νομοθεσίας. Τό τελευταίον δ' αυτό, καθ' ό τούλάχιστον έμαρτυρήθη υπό του Β u r c k h a r d t (συναδέλφου του Η u b e r είς τó πανεπιστήμιον τής Βέρνης) είς τόν C l a u d e d u P a s q u i e r, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 1948, σ. 201, σημ. 2. Πρβλ. και Μ a ρ ι δ ά κ η, 'Ισοκράτους, Λόγοι Δικανικοί, (εκδ. Παύρου), 1957, Είσαγ., σ. 16 (και είς Σύμμεκτα Σ τ ρ έ ί τ, I, 1939). Περαιτέρω, όμως, ως προς τó ζήτημα, άν τó άνωτέρω τών 'Ηθικ. Νικομ. χωρίον άποδίδει άκριβώς τήν έννοιαν τής διατάξεως του έλβΑΚ 1, έδ. 2 και 3, βλ. Κ. Τ ρ ι α ν τ α φ υ λ λ ο π ο ύ λ ο υ, 'Αρχαία ζητήματα συγχρόνων νόμων, ΕΕΝ, 1964, σ. 87, 'Ιω. Τ ρ ι α ν τ α φ υ λ λ ο π ο ύ λ ο υ, Τά κενά του νόμου έν τω άρχαίω έλληνικώ δικαίω, ΕΕΝ, 1963, σ. 757. Έν τέλει δέ πρέπει νά σημειωθή, ότι άνάλογον προς τήν έν έλβΑΚ 1, έδ. 2 και 3, διάταξιν περιέχουν και άλλοι άστικοί κώδικες, περί οϋ βλ. Ζ έ π ο υ, Λογική και έρμηνεία του δικαίου, ΕΕΝ, 1970, σ. 697.

19. Βλ. σχετ. Λ ι τ ζ ε ρ ο π ο ύ λ ο υ, 'Η νομολογία, σ. 82, Μ ι χ α η λ ί δ ο υ — Ν ο υ ά ρ ο υ, Δίκαιον και κοινωνική συνείδησις, 1972, σ. 36.

Αυτή είναι η διατυπωθείσα σκέψις, ή συναφής προς την ούτω λεγομένη νομοθετικήν αρμοδιότητα του δικαστού.

Ἄλλα προς τὴν σκέψιν αὐτὴν ὄχι ἀσυναφής εἶναι καὶ ἄλλη χωριστῆ, χρήζουσα δὲ ἐιδικῆς δοκιμῆς καὶ ἐξετάσεως. Ποία; ὅτι ὀφίστανται ὀρισμένοι περιπτώσεις, καθ' ἃς πρέπει νὰ θεωρησῶμεν, ὅτι αὐτὸς ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης ἔχει ἐμπιστευθῆ εἰς ὀρισμένα ἀνώτατα δικαστικά ὄργανα πλαγίαν καὶ περιορισμένην ἀρμοδιότητα πρὸς ἄσκησιν νομοθετικοῦ ἔργου. Τοῦτο δὲ διὰ τῆς ἀναθέσεως εἰς αὐτὰ, ὑπὸ ὀρισμένας προϋποθέσεις, τῆς ἀρμοδιότητος πρὸς ἔλεγχον τῆς οὐσιαστικῆς ἀντισυνταγματικότητος διατάξεων τυπικοῦ νόμου ἢ τῆς ἐν γένει νομιμότητος νομοθετικῶν πράξεων τῆς Διοικήσεως. Καὶ τῆς ἀκυρώσεως αὐτῶν συνεπεία τῶν μνημονευθέντων νομικῶν πλημμελημάτων.

Οὕτω πχ δυνάμει τοῦ ἄρθρου 100 τοῦ Συντ. 75, τὸ Ἀνώτατον Εἰδικὸν Δικαστήριον ἔχει ἀρμοδιότητα ἄρσεως τῆς ἀμφισβητήσεως περὶ τῆς οὐσιαστικῆς ἀντισυνταγματικότητος διατάξεων τυπικοῦ νόμου, ἐὰν ἐξεδόθησαν περὶ αὐτῶν ἀντίθετοι ἀποφάσεις τοῦ ΣτΕ, τοῦ ΑΠ ἢ τοῦ ἘλΣ. Βάσει δὲ τῆς § 4, ἐδ. 2, τοῦ αὐτοῦ ἄρθρου 100 τοῦ Συντ. 75, διάταξις νόμου κηρυσσόμενη ὡς ἀντισυνταγματικῆ, εἶναι ἀνίσχυρος ἀπὸ τῆς δημοσιεύσεως τῆς περὶ τοῦτου ἀποφάσεως ἢ ἀπὸ τοῦ ὑπὸ τῆς ἀποφάσεως ὀριζομένου χρόνου. Ἄλλα καὶ περαιτέρω, δυνάμει τοῦ ἄρθρου 95 Ια τοῦ Συντ. 75, τὸ ΣτΕ ἔχει, ὡς γνωρίζομεν, ἀκυρωτικὴν ἀρμοδιότητα καὶ ἐπὶ τῶν νομοθετικῶν, ἦτοι τῶν θεσπιζουσῶν κανόνας δικαίου πράξεων τῆς Διοικήσεως, διὰ παράβασιν νόμου κλπ.

Εἰς τὰς περιπτώσεις, λοιπὸν, αὐτὰς θὰ εἴμποροῦσε νὰ ὑποστηρίξῃ κανεὶς τὴν σκέψιν, ὅτι, ὅταν τὸ Ἀνώτατον Εἰδικὸν Δικαστήριον κηρύσῃ ἀνίσχυρον ὡς ἀντισυνταγματικὸν ὀρισμένον τυπικὸν νόμον περιέχοντα κανόνας δικαίου ἢ ὅταν τὸ ΣτΕ κηρύσῃ ἄκυρον νομοθετικὴν τινὰ τῆς Διοικήσεως πρᾶξιν, κάμνουν τί; τοῦτο· ἀκυρώνουν τὴν διὰ τοῦ τυπικοῦ νόμου (ἈΕΔ) ἢ διὰ τῆς νομοθετικῆς τῆς Διοικήσεως πράξεως (ΣτΕ) εἰσαχθείσαν νομοθετικὴν ρύθμισιν καὶ οὕτω ἀνοίγουν πλαίσιον πρὸς αὐτόματον ἐπάνοδον τῆς παλαιᾶς, τέως ἰσχυροῦσης ρυθμίσεως. Γίνονται δηλ. πρόξενα νομοθετικῆς μεταβολῆς. Ὑπὸ τὴν ἔννοιαν, λοιπὸν, αὐτὴν θὰ εἴμποροῦσε, νομικῶς, νὰ εἴπη κανεὶς, ὅτι αἱ δικαστικαὶ ἀποφάσεις ὀρισμένων παρ' ἡμῖν, ὅπως καὶ εἰς τὴν Ξένην, δικαστηρίων, δι' ἃν ἐλέγχονται, ἐν τέλει δ' ἀκυροῦνται κανόνες δικαίου (Normenkontrollentscheidungen), ἀποβαίνουν ἀρνητικῶς πηγὴ δικαίου.²⁰ Ἡ δὲ νὰ ἀκριβολογῶμεν, καθίστανται αἰτίαι νομοθετικῆς μεταβολῆς.

Ἄλλ' ἀσχέτως πρὸς τὴν εἰδικὴν αὐτὴν περίπτωσιν, τὸ κύριον, τὸ ἐδῶ ἀντιμετωπιζόμενον ζήτημα εἶναι, ἂν ὁ δικαστής, διὰ τῆς διαπλαστικῆς αὐτοῦ ἐπεμβάσεως εἰς τὴν βούλησιν τοῦ νομοθέτου, ἀποβαίνει ἄμεσος παραγωγὸς κανόνων δικαίου. Καὶ γενικώτερον, ἂν ἡ ἔννομος τάξις ἔχει ἐμπιστευθῆ, ἔστω ὑπὸ προϋποθέσεις, νομοθετικῆς ἀρμοδιότητος εἰς τὸν δικαστὴν. Ὅπως τοῦτο ἐγένετο ἀπὸ τὴν ἀρχαίαν ἔννομον τάξιν.²¹ Καθὼς καὶ ἀπὸ τὸν ἐλβΑΚ 1, ἐδ. 2 καὶ 3.

Ἐπ' αὐτοῦ δέον εἶναι νὰ παρατηρήσωμεν τὰ ἑξῆς:

α. Ἡ σκέψις, ὅτι μία καθαρὰ καὶ μὲ νοῦν ἀπροκατάληπτον προσέγγισις τοῦ ζητήματος ἀγεί εἰς τὸ πόρισμα, καθ' ὃ ἔχει ἔκπαλαι ἐπιτραπῆ εἰς τὸν δικαστὴν ἀρμοδιότης νομοθετικῆς πρωτοβουλίας καὶ δὴ, ὅταν συντρέχουν αἱ ἀνω-

20. Βλ. σχετ. Wolff (—Bachof), VerwR., I, §25, Va.

21. Βλ. σχετ. Μ α ρ ι δ ἄ κ η, Ἰσοκράτους, Λόγοι Δικανικοί (ἔκδ. Παπύρου). 1957, εἰσαγ., σ. 17, ἐνθα καὶ ἄφθονοι παραπομπαὶ εἰς χωρία τῆς ἀρχαίας γραμματείας.

τέρω ἐκτεθεῖσαι προϋποθέσεις, ἢ σκέψις, λέγω, αὐτὴ προσκόπτει εἰς τοῦτο· εἰς τὸ ἐκ τῆς συνταγματικῆς ἐννόμου τάξεως, μάλιστα δὲ τῆς ἀρχῆς τῆς διακρίσεως τῶν λειτουργιῶν καὶ τῆς ὑποταγῆς τοῦ δικαστοῦ εἰς τὸν νόμον, τιθέμενον ἐμπόδιον. Ὅπως γνωρίζομεν, δυνάμει τῆς συνταγματικῆς αὐτῆς ἀρχῆς (Σύντ. 75, ἄρθρα 26 καὶ 87 παρ. 1) ὁ δικαστὴς ἀσκεῖ ἔργον ὄχι νομοθετικόν, ἀλλὰ δικαιοδοτικόν. Τέμνει ἐνδίκους διενέξεις καὶ δὴ ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ νόμου, ἦτοι ὑποκείμενος εἰς αὐτόν. Ἐν ὄψει, λοιπόν, τῆς σαφοῦς καὶ ἀνενδοιάστου αὐτῆς ἀρχῆς, πῶς εἰμποροῦμεν νὰ ἀναγνωρίσωμεν εἰς τὸν δικαστὴν, ἔστω ὑπὸ προϋποθέσεις, καὶ τὴν ἀρμοδιότητα ἀσκήσεως νομοθετικῆς λειτουργίας; δύσκολον εἶναι νὰ τὸ εἴπωμεν. Τὸ ζήτημα, βεβαίως, εἶναι, τί θέλει συμβῆ, ἅμα ὁ δικαστὴς εὐρεθῆ ἐν ἀπορίᾳ δικαίου, ἦτοι ἐνώπιον κενῶν τῆς κειμένης νομοθεσίας. Ἄλλ' ἐπ' αὐτοῦ θὰ ὁμιλήσωμεν προϊόντος τοῦ λόγου.

Δύσκολον, ὁμως, εἶναι νὰ δεχθῶμεν καὶ τὴν ἐκδοχὴν, ὅτι παρέχεται ἀπὸ τὸ Σύνταγμα σιωπηρὰ τρόπον τινὰ πρὸς τὸν δικαστὴν ἐξουσιοδότησις, ὅπως οὗτος πληρῶνῃ τὰ κενὰ τῆς κειμένης νομοθεσίας δι' ἰδίας αὐτοῦ νομοθετικῆς πρωτοβουλίας καὶ ἐπεμβάσεως· ἀφ' οὗ ἄλλως θὰ ἀρνησιδικούσε. Ἀληθῶς, εἶναι ἄγαν τολμηρὸν νὰ ὑποθέσῃ κανεὶς, ὅτι τὸ Σύνταγμα χωρεῖ εἰς ἐξουσιοδοτήσεις πρὸς τὰ συντεταγμένα ὄργανα καὶ δὴ καὶ πρὸς τὸν δικαστὴν διὰ τὴν θέσπισιν κανόνων δικαίου ὄχι σαφεῖς, ρητὰς καὶ ἀνενδοιάστους, ἀλλὰ σιωπηρὰς καὶ ὑπογίους. Τοιαύτη θεμελιώδης κρατικὴ λειτουργία δὲν ἰδρύεται δι' ἀπλῶν νομικῶν συλλογισμῶν, ἀλλὰ μόνον ἅμα ἔχει συνδρόμους τὰς ρητὰς τοῦ κειμένου δικαίου διατάξεις.

Τὸ τελευταῖον δ' αὐτὸ δὲν φαίνεται ἐπιτρεπόμενον ἀπὸ τὸ Σύνταγμα.²² Οὐτε εἰμποροῦμεν νὰ τὸ κολάσωμεν μὲ τὰς γνωστὰς εἰς τὴν ἐπιστήμην σκέψεις, ὅτι καὶ αὐταὶ αἱ συνταγματικαὶ διατάξεις ὑπόκεινται μὲ τὴν διαδρομὴν τοῦ χρόνου εἰς φθοράν καὶ ἀλλοιώσιν. Ἡ ὅτι παύουν νὰ ἐφαρμόζονται μὲ τὴν ἔννοιαν πού ἀρχικῶς εἶχαν ἢ ὅτι ἡ πρακτικὴ ἐπιτυχγάνει κάποτε διὰ πλαγίων μέσων τὴν προσαρμογὴν τῶν πρὸς τὰς ἀνάγκας τῆς νομικῆς ζωῆς. Ἡ ἐν τέλει ὅτι εἰς τὸν κύκλον δράσεως ἐκάστης ἐξουσίας διαπιστοῦνται ιδιαιδύσεις τῶν ἐτέρων.²³ Τοῦτο εἶναι ἐνίοτε ἀληθές. Καὶ συμβαίνει. Ἐξ οὗ προέκυψεν εἰς τὸ μέσον ἡ οὕτω λεγομένη θεωρία τῆς ἀλλοιώσεως τῶν συνταγματικῶν διατάξεων, ἔχουσα ὁπαδοὺς καὶ εἰς τὴν Ξένην καὶ παρ' ἡμῖν. Ἄλλ' ἡ θεωρία αὐτὴ, κατὰ τὴν ὀρθοτέραν τοῦλάχιστον γνώμην, πρέπει νὰ γίνεται ἀποδεκτὴ μετὰ πολλῆς προσοχῆς καὶ περισκέψεως καὶ νὰ στηρίζεται ἐπὶ βεβαίας ὄχι δ' ἀπλῶς εἰκαζομένης ἀνοχῆς τοῦ συνταγματικοῦ νομοθέτου. Αἱ φθοραὶ καὶ αἱ ἀλλοιώσεις τοῦ ἰσχύοντος συνταγματικοῦ κειμένου δὲν ἀποκλείονται. Ἰδίᾳ «ἅμα βάλλει τις οἶνον νέον εἰς ἀσκὸς παλαιούς» (Ματθ., Θ, 16-17). Ἦτοι ἅμα νέαι ἰδέαι, ἀπότοκοι κοινωνικῶν καὶ ἄλλων ἐξελίξεων, συνωθοῦνται ἢ συμπίεζονται ἐντὸς παλαιῶν νομικῶν πλαισίων. Ἄλλ' ὀφείλουν αὐταὶ νὰ γίνονται

22. Διὰ τὰ ἐν Γερμανίᾳ βλ. Larenz, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 428, Fischer, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 27: «Für eine normative Geltungswirkung höchstrichterlichen Erkenntnisse gibt es in unserem Rechtssystem keine Begründung».

23. Βλ. σχετ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία, σ. 80.

δεκταί μετὰ φειδοῦς καὶ οἰκονομίας, καὶ ὄχι ἀκρίτως, μάλιστα δ' ἐκεῖ ὄπου ἰσχύουν πολιτεύματα αὐστηρά. Ὅπως παρ' ἡμῖν.

Ἐκτὸς δὲ τούτου, θὰ ἦτο σήμερον νὰ βεβαιώσῃ κανεῖς, ὅτι ὁ παρ' ἡμῖν συνταγματικὸς νομοθέτης ἠγνόησε, κατὰ τὰς ἐπανειλημμένας ἀναθεωρήσεις τοῦ κειμένου τοῦ Συντάγματος, τὴν συντελεσθεῖσαν πρὸς τὴν κατεύθυνσιν αὐτὴν συνταγματικὴν ἀλλοίωσιν. Καί κατέλιπεν ἀθίκτους καὶ ἀκαινοτομήτους τὰς διατάξεις, τὰς συναφεῖς πρὸς τὰς διασταυρώσεις τῶν λειτουργιῶν καὶ δὴ καὶ πρὸς τὴν κατεύθυνσιν τῆς ἀναγνωρίσεως εἰς τὸν δικαστὴν, τὸν ἐν ἀπορίᾳ δικαίου εὐρίσκόμενον, σταδίῳ καθαρᾷ νομοθετικῆς πρωτοβουλίας καὶ ἐπεμβάσεως. Θὰ ἦτο τολμηρὸν τὸσφ μᾶλλον, ὅσφ ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης ἐτέλει ἐν γνώσει τῆς ὑποχρέωσews τοῦ δικαστοῦ, ὅπως μὴ ἀρνησιδικῆ ἔστω ἂν κατὰ τὴν ἀσκήσιν τοῦ ἔργου τοῦ ἀπαντᾶ χάσματα ἢ κενὰ εἰς τὴν κειμένην νομοθεσίαν. Λοιπὸν, ἂν τὸ ἤθελε ὁ συνταγματικὸς νομοθέτης, ἂν ἀνεγνώριζε τὴν ὑπαρξίν συνταγματικῆς εἰς τὸ σημεῖον αὐτὸ ἀλλοιώσεως, θὰ παρεῖχε τὴν δέουσαν πρὸς τοῦτο κάλυψιν. Ὅμως, δὲν ἔστερξε νὰ τὴν παράσχῃ.

Ἄλλὰ δὲν ἔστερξε νὰ τὴν παράσχῃ μὴδ' αὐτὸς ὁ κοινὸς νομοθέτης. Διότι, πράγματι, δὲν πρέπει σχετικῶς νὰ λησμονῶμεν σήμερον τοῦτο τὸ ὄχι ὀλίγα σημαῖνον γεγονός· ὅτι τὸ ζήτημα τῆς πρὸς τὸν δικαστὴν ἐξουσιοδοτήσεως, ὅπως δι' ἰδίου, ὑπ' αὐτοῦ τιθεμένου κανόνος δικαίου πληρῶνῃ τὰ ἐν τῇ ἀσκήσει τοῦ δικαιοδοτικοῦ τοῦ ἔργου ἀπαντῶμενα χάσματα ἢ ἐλλείμματα ἢ κενὰ, τὸ ζήτημα, λέγω, αὐτὸ ἐτέθη ἐπὶ τάπητος κατὰ τὰς συζητήσεις πρὸς σύνταξιν τοῦ ἀστικοῦ μας κώδικος. Ἐδόθη δ' ἐν τέλει εἰς αὐτὸ λύσις σαφῶς ἀποφατικῆ.

Πράγματι, ὅπως εἶναι γνωστὸν, καὶ τὸ ΠροσχΓΑ τοῦ ΑΚ, τὸ ὑπὸ τοῦ εἰσηγητοῦ Γ. Μαριδάκη συνταχθέν, καὶ τὸ ΣχΓΑ τοῦ ΑΚ, τὸ ὑπὸ τῆς Συντακτικῆς Ἐπιτροπείας διατυπωθέν, περιείχαν, ἔστω παρηλλαγμένην, τὴν ἐν ἐλΒΑΚ 1, ἐδ. 2 καὶ 3 κατατεθειμένην καὶ ἂν μὴ ὑπὸ ἀριστοτελικὴν ἐπίδρασιν,²⁴ πάντως ὑπὸ τὴν ροπήν τῆς γραμματείας τοῦ ἀρχαίου κόσμου τελοῦσαν σχετικὴν διάταξιν. Κατ' αὐτὴν, ὁ δικαστὴς ὅταν ὁ νόμος καὶ τὸ ἔθιμον δὲν περιέχουν διάταξιν, ἀποφαίνονται κατὰ τὸν κανόνα, τὸν ὅποιον θὰ ἔθετε καὶ ὁ — σύγχρονος — νομοθέτης, ἐάν εἶχε προβλέψει (ἢ ἐάν προέβλεπε) τὴν περίπτωσιν.²⁵ Τὸ ὅποιον, ὡς ἐλέχθη, ἀποδίδει ἐν πολλοῖς τὸν ἐλΒΑΚ 1, ἐδ. 2 καὶ 3. «Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, der er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung». Ἡ διάταξις, λοιπὸν, αὐτῇ, μολονότι μετὰ λόγου ὑποστηρικθεῖσα ὑπὸ τοῦ συντάκτου τοῦ ΠροσχΓΑ τοῦ ΑΚ Γ. Μαριδάκη, καθὼς καὶ ὑπὸ ὄχι εὐαρίθμων μελῶν τῆς Ἀναθεωρητικῆς τοῦ σχεδίου τοῦ ΑΚ Ἐπιτροπείας, ἐν οἷς καὶ ὑπὸ τοῦ Ἐλ. Βενιζέλου, δὲν ἐπέρασαν εἰς τὸ τελικὸν τοῦ ΑΚ κείμενον. Δὲν ἐξενίκησεν ἐν αὐτῷ, ὡς δυναμένη νὰ ὀδηγήσῃ εἰς παραβόλου τοῦ ἰσχύοντος δικαίου τροπὰς. Ἡ ταλαντεύσεις καὶ κλυδωνισμοὺς. Ὄβτω, ὅπως ἔπειτα ἔ-

24. Βλ. σχετ. ἀνωτ. σημ. 18.

25. Βλ. σχετ. ΠροσχΓΑ 1, ἐδ. 2 καὶ ΣχΓΑ 1.

γραψεν ὁ Μαριδάκης, «ἡ ἐκ τοῦ βάθους τῶν αἰώνων ἀντηχοῦσα φωνή τοῦ Ἀριστοτέλους μάτην ἐπληττε τὰ ὄτα τοῦ συγχρόνου Ἑλληνο νομοθέτου». ²⁶

Ἄξιζει δ' ἐναύθα νὰ ὑπεθυμίσωμεν, ὅτι ὑπὲρ τῆς σκέψεως, καθ' ἣν ἦτο σκόπιμος ἡ ψήφισις τῆς ἀνωτέρω παρατεθείσης διατάξεως, ἐτάχθησαν, πλὴν τοῦ εἰσηγητοῦ αὐτῆς Μαριδάκη καὶ τοῦ Ἑλ. Βενιζέλου, περὶ ὧν ὠμίλησαμεν, οἱ Βαρβαρέσος, Τριανταφυλλόπουλος, Παπαναστασίου καὶ δὴ μὲ ἰσχυρὰν ἐπιχειρηματολογία. Εἶπεν ὁ Μαριδάκης τὰ ἐξῆς: ἡ ἐπιστήμη τοῦ δεκάτου ἐνάτου αἰῶνος ἀφορμάται ἀπὸ τὴν ἀρχὴν τῆς πληρότητος τοῦ δικαίου. Τὸ δίκαιον, τὸ θετικὸν δίκαιον καλύπτει ὅλας τὰς περιπτώσεις καὶ ἐπομένως δὲν ὑπάρχει κενόν, δὲν ὑπάρχει περίπτωσις, πρὸς τὴν ὁποίαν νὰ μὴ ἀνταποκρίνεται διάταξις ρυθμιστικὴ αὐτῆς. Ἡ σύγχρονος, ὅμως, ἐπιστήμη ἀφορμάται ἀπὸ τὴν ἀντίθετον ἀρχὴν, ἀπὸ τὴν ἀρχὴν δηλ. ὅτι τὸ δίκαιον δὲν εἶναι πλήρες, περιέχει κενά. Ὁ νόμος δὲν καλύπτει πάσας τὰς πραγματικὰς καταστάσεις. Ὑπάρχουν ἐπομένως ἔννομοι σχέσεις, διὰ τὴν ρύθμισιν τῶν ὁποίων ὁ δικαστὴς ἀναζητεῖ διάταξιν εἰς τὸ δίκαιον ρυθμιζούσαν αὐτὴν καὶ παρ' ὅλας τὰς ἐρεῦνας αὐτοῦ, παρ' ὅλην τὴν χρῆσιν ὄλων τῶν ἐρμηνευτικῶν μέσων καὶ τῆς ἀναλογίας δὲν κατορθώνει νὰ ἀνεύρη λύσιν. Ἐμφανίζεται τότε χάσμα εἰς τὸ δίκαιον. Πῶς τότε πρέπει νὰ πληρωθῇ τὸ χάσμα; πρὸ τοῦ προβλήματος αὐτοῦ εὐρίσκονται αἱ σύγχρονοι κωδικοποιήσεις. Ὁ ἔλβετὸς νομοθέτης λέγει θαρραλέως, εἰς αὐτὴν τὴν περίπτωσιν, ὅτι ὁ δικαστὴς πρέπει νὰ ἀναγορευθῇ νομοθέτης. Οὕτω πράττων ὁ ἔλβετὸς νομοθέτης οὐδὲν ἄλλο κάμνει παρὰ νὰ καθιστᾷ ἐμφανῆ τὴν πραγματικὴν κατάστασιν. Διότι τί ἄλλο πράττει καθ' ἑκάστην ὁ δικαστὴς εἰμὴ νὰ νομοθετῇ, πράττει, ὅμως, τοῦτο οὐχὶ ἐν ἐπιγνώσει. Νομίζει, ὅτι, ἀνευρίσκων λύσιν, ἐφαρμόζει ὑπάρχοντα κανόνα δικαίου. Ἐπομένως, ἐὰν τὸ εἰπωμεν καθαρά, δὲν λέγομεν τι νέον, διότι εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων ὁ δικαστὴς νομοθετεῖ, λύει δηλαδὴ τὴν διαφορὰν ἐπὶ τῇ βάσει κανόνων δικαίου, τοὺς ὁποίους ἔχει τὴν ἰδέαν, ὅτι περιέχει τὸ δίκαιον, ἐνῶ εἶναι κανόνες δικαίου, τοὺς ὁποίους δημιουργεῖ αὐτὸς. Ὑπάρχει μάλιστα φιλοσοφικὴ σχολή, ἡ τῆς Βιέννης, ἡ ὅποια διδάσκει, ὅτι ὁ δικαστὴς νομοθετεῖ καὶ εἰς τὴν περίπτωσιν ἀκόμη, καθ' ἣν ἐφαρμόζει ὑπάρχοντα κανόνα δικαίου. Ὅταν δηλ. ὁ δικαστὴς ἐξ α τ ο μ κ ε ὑ η τὸν ἀφηρημένον κανόνα τοῦ δικαίου, τότε δημιουργεῖ δίκαιον διὰ τὴν συγκεκριμένην περίπτωσιν, καὶ τότε ἀκόμη νομοθετεῖ. Πολλῶ μάλλον ἐπομένως ὁ δικαστὴς εἶναι νομοθέτης ὅταν ὑπάρχῃ κενόν, ὅταν δὲν ὑπάρχῃ ἀφηρημένος κανὼν δικαίου, ρυθμίζων τὴν συγκεκριμένην περίπτωσιν. Ὁ δικαστὴς, ὅμως, δὲν πρέπει νὰ βαδίζῃ πρὸς τὴν δημιουργίαν κανόνος δικαίου, ἐὰν δὲν ἀνευρίσκῃ λύσιν εἰς τὸν νόμον. Πρέπει νὰ βασανίσῃ τὸν νόμον δι' ὄλων τῶν ἐρμηνευτικῶν μέσων κλπ. ²⁷

Αὐτὰ εἶπεν ὁ Μαριδάκης. Καὶ ἀνάλογα ἄλλοι, συναντιλήπτορες τῆς αὐτῆς σκέψεως. Ἀντιθέτως, ὑπὲρ τῆς ἐναντίας σκέψεως ἐτάχθησαν οἱ Π. Τσαλδάρης, Δεμερτζής,

26. Βλ. σχετ. Μαριδάκη, Σκέψεις ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ Ἀριστοτέλους περὶ ἐπιεικείας, ἐν Ξενίῳ, Festschrift für P.J. Zeros, I, σ. 293. Ἐπειδὴ δὲ ἀνάλογος συζητήσις ἐγένετο καὶ εἰς τοὺς κόλλπους τῆς δυνάμει τοῦ ἀ.ν. 445/1945 συγκροτηθείσης Ἐπιτροπείας πρὸς ἀναθεώρησιν τοῦ κειμένου τοῦ ΑΚ (τοῦ 1940) καὶ ἐπειδὴ ἐν τέλει ἐπροτιμήθη — ἐν ὄψει καὶ τῶν ἐν τῇ Ἀναθεωρητικῇ Ἐπιτροπῇ συζητήσεων — νὰ μὴ τεθῇ σχετικὴ διάταξις μὴδ' εἰς τὸν ἑλληνικὸν ΑΚ (τοῦ 1945), περὶ οὗ βλ. Ἑλληνικὸς Ἀστικὸς Κώδιξ, ἐκδ., ὕπουργ. δικαιοσ., 1946, σ. 580, παρετήρησεν ὁ Μαριδάκης, ἐνθ' ἀνωτ., σ. 293, σημ. 95: «οὕτω ἡ σκέψις τοῦ Ἀριστοτέλους δὲν ἐκόσμησε τὸν ἑλληνικὸν ἀστικὸν κώδικα».

27. Βλ. σχετ. Ἑστενογρ. Πρακτ., τῶν συζητήσεων παρὰ τῇ Ἀναθεωρητικῇ Ἐπιτροπείᾳ ἐπὶ τοῦ Γενικοῦ Διαγράμματος τῶν Γεν. Ἀρχῶν τοῦ ΑΚ, ἐκδ. ὕπουργ. δικαιοσ., 1936, σσ. 46—47.

Ἄραβαντινός, Ζηλήμων, Παπαφράγκος κλπ., καθώς και ὁ Μπαλῆς. Εἶπεν ὁ τελευταῖος, συντάκτης ἄλλωστε καὶ τοῦ τελικοῦ κειμένου τοῦ ἰσχύοντος ἀστικού κώδικος: εἶμαι ἐναντίον τῆς γνώμης ὅπως διατυπώσωμεν διάταξιν ὡς ἡ τοῦ ἑλβετικοῦ κώδικος. Πρέπει νὰ ἴδωμεν ἐκτενέστερον, πού στηρίζεται ἡ γνώμη τῆς πλειοψηφίας τῆς ἐπιτροπῆς, τοῦλάχιστον εἰς αὐτὸ τὸ ζήτημα. Ἄς πάρωμεν τὸ ἰσχὺον δίκαιον. Ἐάν νόμος τις ἐμφανίσῃ κενόν, αὐτὸ τὸ κενὸν πάντως πρέπει νὰ ἀναζητηθῆ εἰς τὴν κεφαλὴν τοῦ ἐρμηνευτοῦ καὶ ὄχι εἰς τὸν νοῦν τοῦ νομοθέτου. Αὐτὸ λέγει μέχρι σήμερον ἡ ἐπιστήμη. Δι' αὐτὸ πρὸς συμπλήρωσιν τοῦ κενοῦ θὰ κάμωμεν χρῆσιν εἴτε τῆς διασταλτικῆς ἐρμηνείας, δηλ. θὰ εἰπώμεν, ὅτι ἐξεφράσθη ἀτελῶς ὁ νόμος, ἦτοι θὰ ἀποδώσωμεν ἀτέλειαν εἰς τὴν ἔκφρασιν, εἴτε θὰ ἐργασθῶμεν διὰ τῆς ἀναλογίας καὶ θὰ δώσωμεν λύσιν ἐκ τοῦ συνόλου τοῦ νόμου (εἰδικὴ ἀναλογία) ἢ ἐκ τοῦ ὅλου συστήματος τοῦ δικαίου (γενικὴ ἀναλογία). Κατ' αὐτὸν τὸν τρόπον τὸ ἰσχὺον δίκαιον, δηλ. ἡ ἐπιστήμη τοῦ δικαίου δὲν ἀφίνει νὰ ὑπάρχῃ κανὲν κενὸν εἰς τὸν νόμον. Ὁ δικαστὴς εἶναι ὑποχρεωμένος νὰ ἐφαρμόσῃ αὐτοὺς τοὺς ἐρμηνευτικούς κανόνες καὶ νὰ δώσῃ πάντως λύσιν. Δὲν ἔμπορεῖ νὰ εἴπῃ, ὅτι ὑπάρχει κενὸν καὶ δὲν προβλέπεται ἡ συγκεκριμένη περίπτωσις εἰς τὸν νόμον. Πράγματι δέ, οὐδέποτε ἀφ' ὅτου ὑπάρχει ἑλληνικὴ πολιτεία εὐρέθῃ δικαστὴς πρὸ κενοῦ νομοθετικοῦ δηλ. ἐν ἀπορίᾳ λύσεως. Διάταξις, ὡς ἡ τοῦ ἑλβετικοῦ κώδικος ἔχει ἴσως λόγον καὶ θέσιν εἰς ἀραιοῦς κώδικας, ὡς εἶναι οὗτος καὶ ὡς εἶναι ὁ μεικτὸς αἰγυπτιακὸς κώδιξ. Ἄλλ' εἰς κώδικα πυκνὸν καὶ τέλειον, οἷον ἐπαγγελλόμεθα, ὅτι θὰ κάμωμεν, τοιαύτη διάταξις δὲν εἶναι ἀπλῶς περιττὴ. Εἶναι καὶ ἐπικίνδυνος.²⁸

Αὐτὴ ὑπῆρξεν ἡ γνώμη τοῦ Μπαλῆ. Ἄξιον δ' ἐδῶ νὰ ἐξαρθῆ εἶναι, ὡς ἦδη εἶπομεν, τοῦτο· ὅτι ἡ γνώμη αὕτη κατίσχυσεν ἐν τέλει κατὰ τὴν σύνταξιν τοῦ ὀριστικοῦ κειμένου τοῦ ΑΚ. Ἐπομένως, αὐτόθροον, ἦτοι ἐξ αὐτῆς τῆς φωνῆς τοῦ λέγοντος συνάγεται τὸ συμπέρασμα, ὅτι τοιαύτη ἐξουσία πρὸς νομοθέτησιν καὶ δὴ ὅπου ὑπάρχει χάσμα ἢ κενὸν εἰς τὸ τεθειμένον δίκαιον δὲν ἐδόθη, ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει δὲν ἠθελήθη νὰ δοθῆ εἰς τὸν νεώτερον Ἕλληνα δικαστὴν.^{28a} Ὅπως εἶχε δοθῆ εἰς αὐτὸν ἀπὸ τὴν ἀρχαίαν ἔννομον τάξιν.²⁹ Καὶ ὅπως τὸ ἐπιτρέπει σήμερον ὁ ἐλΒΑΚ. 1, ἐδ. 2 καὶ 3.

β. Ἄλλ' ἡ εἰκασία, ὅτι ὁ δικαστὴς, ὁ ἐν ἀπορίᾳ δικαίου εὐρισκόμενος, ἀσκεῖ ἔργον αὐτόχρημα νομοθέτου καὶ τρόπον τινὰ θεσπίζει κανόνα δικαίου, ὅταν συμπληρώνη τὰ κενὰ τῆς κειμένης νομοθεσίας, ἡ εἰκασία, λέγω, αὐτὴ παραθεωρεῖ καὶ τοῦτο τὸ γεγονός· ὅτι κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὸν ἐκ τῆς ἀσκήσεως γνησίας νομοθετικῆς λειτουργίας προκύπτοντα κανόνα δικαίου, ἡ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ δεκτὴ γενομένη λύσις δὲν ἔχει τὴν γενικὴν ὑποχρεωτικὴν ἰσχύον καὶ τὸ κύρος, πού ἔχει ἐκεῖνος. Διότι, ὡς εἶναι γνωστὸν, οὐδόλως ἀποκλείεται ὁ δικαστὴς ἢ τὸ δικαστήριον, ἀκόμη καὶ τὸ ἴδιον ἢ ἄλλο κατώτερον νὰ παρεκκλίνῃ τῆς ἦδη δοθείσης ἢ παγίως, ὅπως λέγεται, διδομένης λύσεως. Καὶ νὰ δώσῃ λύσιν διάφορον. Τοῦτο δὲν ἀποκλείεται. Τὸ κύρος τῆς ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου ἐκδιδομένης ἀποφάσεως καὶ δὴ τοῦ διατακτικοῦ αὐτῆς, ἢ ἐξ αὐτοῦ δέσμευσις ἢ τὸ δεδικασμένον περιορίζεται ἐν τῇ αὐτῇ ὑπόθεσι. Καὶ μεταξὺ τῶν αὐτῶν διαδίκων. «Τὰ μεταξὺ ἐτέρων κρινόμενα, ἄλλοις οὐ προκρίνει», κα-

28. Βλ. σχετ. Ἐστενογρ. Πρακτ., ἐνθ' ἀνωτ., σ. 50.

28a. Βλ. Λιτζεροπούλου, Γ. Μαριδάκης (νεκρόλ.), ΕΕΝ, 1979, σ. 351.

29. Βλ. σχετ. ἀνωτ. σημ. 21.

τὰ τὴν εἰς τὰς Πηγὰς (Βασίλ., 51,2) κειμένην ἀρχὴν. «kein Richter», γράφει ὁ L a r e n z, «ist gehalten, einem Präjudiz, sei es einem eigenen, sei es dem eines anderen Gerichts, zu folgen³⁰.» Ἄλλὰ τὸ ἴδιον δὲν συμβαίνει καὶ μὲ τὸν κανόνα δικαίου, τὸν ἐκ τῆς ἀσκήσεως τῆς νομοθετικῆς λειτουργίας προκύπτοντα. Οὗτος, ἐν ᾧ χρόνῳ εὐρίσκεται ἐν ζῶῃ, ἔχει ὑποχρεωτικὴν ἰσχὺν. Ὑποχρεῶναι τοὺς πάντας. Καὶ τὰ δικαστήρια. Πῶς, λοιπὸν, εἰμποροῦμεν νὰ ἀναγνωρίσωμεν εἰς τὸν δικαστὴν, ἔστω ὑπὸ τὰς ἐκτεθείσας περιστάσεις, τὴν ιδιότητα νομοθέτου; καὶ νὰ θεωρήσωμεν τὴν νομολογίαν ὡς ἄμεσον πηγὴν κανόνων δικαίου;

Εἰς τὴν παλαιάν, ὁμως, αὐτὴν, ἐκ κλασσικῶν νομικῶν ἰδεῶν καταγομένην σκέψιν, ἀντετάχθη ἐσχάτως ἐν Γερμανίᾳ ἡ λεπτὴ παρατήρησις, ὅτι ὁ δικαστὴς δὲν εἰμπορεῖ ἄνευ ἄλλου τινὸς νὰ παραπλεύσῃ τὰς προλαβούσας δικαστικὰς ἀποφάσεις. Ἀντιθέτως, οὗτος χρεωστεῖ νὰ συναρμολογήσῃ τὴν σκέψιν τοῦ πρὸς αὐτάς. Νὰ τὰς ἐκτιμήσῃ καὶ οἴονεῖ νὰ ἀντιμετρηθῇ πρὸς ταῦτα. Ἐξ οὗ, ὡς ἐλέχθη, «es entsteht eine Argumentationslast, die man mit K r i e l e als «präsumtive Verbindlichkeit». (Vermutung zugunsten des Präjudiz) bezeichnen kann».³¹ Τὸ ὁποῖον σημαίνει, ὅτι ἀπὸ προγενεστέρας δικαστικὰς ἀποφάσεις προκύπτει ἐν εἶδος τεκμαιρομένης δεσμευτικότητος αὐτῶν. Ἡ τεκμηρίου ὑπὲρ αὐτῶν, ὅπως ἐν Γερμανίᾳ ἐλέχθη.³² Ἡ παρατήρησις, ἐν τούτοις, αὐτὴ ὅσον λεπτὴ καὶ ἂν εἶναι, δὲν εἶναι ἐν τέλει πειστικὴ, ἀλλ' ἔχει ἀπλῶς τὴν πειθῶ νεοκόπου ἐπιχειρήματος. Διότι, πράγματι, ἡ ἐπίδρασις ποῦ ἀσκοῦν αἱ προγενέστεραι ἀποφάσεις, ἰδίᾳ τῶν ἀνωτάτων δικαστηρίων ἐπὶ τῶν λοιπῶν, καθὼς καὶ ἐπὶ τῆς Διοικήσεως ὀφείλεται ὄχι εἰς νομιζομένην τινὰ καθολικὴν αὐτῶν δεσμευτικότητα, ἀλλ' εἰς τὴν αἴγλην, τὸ κύρος καὶ τὴν λάμψιν τῶν ἀνωτάτων αὐτῶν δικαιοδοσιῶν. Καὶ τὴν πειθῶ ποῦ ἀσκοῦν ἐπὶ τῶν ἄλλων ἐφαρμοστῶν ἢ τῶν ἐρμηνευτῶν τοῦ κειμένου δικαίου.³³ Καὶ ἐπὶ τῆς Διοικήσεως. Τὸ ὁποῖον εἶναι τελείως διάφορον.

Ὅπως ἐπίσης ἄλλο καὶ τελείως διάφορον εἶναι τὸ ζήτημα, ἂν ἐκ τῆς μακροχρονίου, ὁμοιόμορφου καὶ ἀδιαλείπτου νομολογιακῆς λύσεως, εἰς τινὰ συγκεκριμένην περίπτωσιν, ἢ ἄλλως, ἂν ἐκ τῆς παγίας νομολογίας, ἐν πεποιθῆσει δικαίου παραφυλαττομένης, δημιουργηταὶ τὸ ὄψτω λεγόμενον «δικαστικὸν ἔθιμον». Διότι καὶ ἐδῶ τὸ πρᾶγμα παραλλάσσει. Ἐδῶ ἔχομεν πράγματι

30. Βλ. σχετ. L a r e n z, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 425.

31. Βλ. σχετ. O s s e n b ü h l, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 97, K r i e l e, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, σ. 243. Πρβλ. καὶ L a r e n z, ἐνθ' ἄνωτ., 423, σημ. 144, ἐνθα καὶ κριτικὴ τῆς σκέψεως περὶ «praesumtive Bindung» τῶν δικαστηρίων ἐκ δικαστικῶν ἀποφάσεων.

32. Βλ. F i s c h e r, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 39: «Immerhin hat bei den heutigen Verhältnissen die richterliche Rechtsfortbildung eine starke Wirksamkeit». Πρβλ. καὶ L a r e n z, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 421.

33. Ἀεὶ ζεῖ ἐνταῦθα νὰ παρατεθῇ καὶ ἡ σκέψις τοῦ L a r e n z, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 422: «Die Frage ob Präjudizien Quellen «geltendes Rechts» sind, «Richterrecht» dem «Gesetzesrecht» gleich steht, kann trotzdem nicht einfach bejaht werden. Auch die Gerichte sind nach unserer Rechtsverfassung unjwiefelhaft an Präjudizien nicht in der Weise «gebunden». Wie etwa an ein Gesetz. Nicht das Präjudiz als solches «bindet», sondern allein die darin richtig ausgelegte oder konkretisierte Norm.» Πρβλ. τ ο ὕ α ὗ τ ο ὕ, Die Bindungswirkung von Präjudizien, ἐν Festschrift für H a n s S c h i m a, 1969.

κανόνα δικαίου, όχι όμως εκ τῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως, ἀλλὰ διότι συνέντευξαν οἱ ὄροι τοῦ ἐθίμου.³⁴ Πέραν, όμως, τῶν ὄρων αὐτῶν, ὡς παρατηρεῖ ὁ Μπαλῆς, αἱ ἀποφάσεις τῶν δικαστηρίων ἀποτελοῦν ἀπλῶς ἐπιστημονικὸν στοιχεῖον τῆς λογικῆς τοῦ δικαίου ἐρμηνείας. Καὶ οὐδὲν πλέον.³⁵ Ἡ μὲ ἀλλας λέξεις, αὐταὶ ἀποτελοῦν μέσον ἢ στοιχεῖον γνώσεως τοῦ δικαίου.

γ. Καὶ μεταβαίνομεν εἰς τὸ ζήτημα, μήπως ὁ δικαστὴς εἶναι ἐνίοτε, φυσικὰ δ' ὑπὸ προϋποθέσεις, νομοθέτης τῆς συγκεκριμένης περιπτώσεως. Ὅπως ἔχει ἤδη παρατηρηθῆ. Καὶ δὴ καὶ μετὰ λόγου.³⁶

Τῶ ὄντι ἡ παρατήρησις αὐτὴ εἶναι ἡ μόνη δυναμένη νὰ ἔχη ὑπὲρ αὐτῆς ὀχι ἀπλῶς πρόσχημα ἐπαγωγόν, ἀλλ' ἀποχρῶσαν ἰσχύον αὐτόχροημα. Συναρτᾶται, όμως, ἡ ἐπαλήθευσις τῆς πρὸς τὸ μέγα τῆς μεθοδολογίας τοῦ δικαίου ἐρώτημα, ἂν πράγματι ὑφίστανται εἰς τὸν νόμον, ἦτοι τὸ τεθειμένον δίκαιον κενὰ ἀθέλητα ἢ ἠθελημένα. Περὶ τῶν ὁποίων ἀνωτέρω ὠμιλήσαμεν. Ἀπὸ τὴν ἀπάντησιν εἰς τὸ ἐρώτημα αὐτὸ κρέμεται, ὡς γίνεται ἀντιληπτόν, ἡ καταφατικὴ ἢ ἀποφατικὴ τοῦ ζητήματος λύσις. Ἐς ἐπιχειρήσωμεν, λοιπόν, ἐπὶ τοῦ τελευταίου τούτου ἐρωτήματος ὀρισμένας συνοπτικὰς σκέψεις.

Ἐίπομεν ἀνωτέρω, ὅτι οὐδόλως ἀποκλείεται, ὅπως ὁ νόμος ἢ εὐθύς ἐξ ἀρχῆς ἢ μὲ τὴν πρόδον τοῦ χρόνου ἐγκαταλίπη ὀπισθεν αὐτοῦ κενὰ ἢ χάσματα ἢ ἐλλείμματα ἀκούσια ἢ ἐκούσια. Ἡ ἔχη ἀτελείας. Καὶ ἐξηγήσαμεν τὸ διατί. Τὰ κενὰ, όμως, αὐτὰ εἶναι γνήσια ἢ ἀληθῆ κενὰ τοῦ νόμου; Ἡ μήπως νομιζόμενα; διότι, πράγματι, ἔχει ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ δικαίου ὑποστηρικθῆ ἢ σκέψις, καθ' ἣν, ἂν ὁ νόμος, ἦτοι τὸ τεθειμένον δίκαιον ἐλέγχεται δι' ἐλλείμματα ἢ κενὰ κλπ., τοῦτο οὐδόλως σημαίνει, ὅτι ταῦτα πρέπει νὰ τὰ καταλογίσωμεν ἢ νὰ τὰ θεωρήσωμεν, ὅτι ἐλλοχεύουν εἰς τὰς λόχμας καὶ τοῦ θετικοῦ δικαίου. Ἀληθῶς, δὲν πρέπει κανεὶς νὰ παραδηγηθῆ, νὰ παραπλανηθῆ εἰς τὴν σκέψιν, ὅτι τὸ θετικὸν δίκαιον ἐξαντλεῖται εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου γεγραμμένην ἢ τεθειμένην νομοθεσίαν. Τοῦτο θὰ ἦτο πλάνη. Τὸ θετικὸν δίκαιον ἔχει καὶ ἄλλην διάστασιν καὶ δὴ διάστασιν μείζονα ἐκείνης τῆς γεγραμμένης, τῆς τεθειμένης νομοθεσίας. Καὶ δὴ, κατ'ἀκολουθίαν τῆς λογικῆς,³⁷ ἔπειτα τῆς τελολογικῆς τῶν ἐννοιῶν αὐτοῦ παραστάσεως καὶ ἐρμηνείας, ἐν τέλει δὲ ὡς ἐκ τῆς συστηματικῆς ἐνότητος καὶ τῆς ἐσωτερικῆς ἀλληλουχίας τῶν διατάξεων αὐτοῦ, τοῦτο προϋποθέτει ὡς τεθειμένα, ὡς ἰσχύοντα ὀρισμένα γενικὰ νοήματα, ὀρισμένας ἀρχάς, ἀπορρεούσας ἐκ τῆς ἀναγωγῆς τῶν ἐπὶ μέρους νοημάτων αὐτοῦ εἰς τὸ καθολικὸν νόημα τοῦ δικαίου.³⁸

34. Βλ. σχετ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία, σ. 81, Μπαλῆς, Γεν. Ἀρχαί, 1961, §2, Larenz, ἔνθ' ἀνωτ., σ. 425.

35. Βλ. σχ. Μπαλῆς, Γεν. Ἀρχαί 1961, §2.

36. Βλ. σχετ. Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία, σ. 81 καὶ τοὺς παρ' αὐτῶ.

37. Περὶ τῶν νέων φιλοσοφικῶν δοκιμῶν εἰς τὴν σφαιρᾶν τῆς λογικῆς ἐρμηνείας του δικαίου βλ. Ζέπου, Λογικὴ καὶ ἐρμηνεία τοῦ δικαίου, Εἰσιτήριος λόγος εἰς τὴν Ἀκαδημίαν Ἀθηνῶν, ΕΕΝ, 1970, σ. 693 κ. ἑ., καὶ τὴν ἄλλην παρ' αὐτῶ βιβλιογραφίαν.

38. Βλ. σχετ. Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, 1978, σ. 151, Μιχελάκη, Φιλοσοφία, φιλοσοφία τοῦ δικαίου καὶ νομικὴ ἐπιστήμη, ΕΕΝ, 1967, σ. 225,

Και ἡ μὲν λογικὴ τῆς θεθεμμένης νομοθεσίας παράστασις καὶ ἑρμηνεία, προῖον νομικῶν ρευμάτων τοῦ 19ου αἰῶνος, ὅλα ὑπῆρξαν ἡ ἔννοιοκρατία, ὁ ἱστορισμός καὶ ὁ θετικισμός ἐν τῇ ἑρμηνείᾳ τοῦ δικαίου,³⁹ ἔνωρις ἐγκατελείφθησαν, μαζὶ τῶν δ' ἐγκατελείφθη καὶ ἡ ἀντίληψις περὶ τῆς «λογικῆς πληρότητος» τοῦ δικαίου (Logischer Geschlossenheit des Rechts).⁴⁰ Ἡ περὶ τῆς τελολογικῆς, ὅμως, πληρότητος τοῦ θετικοῦ δικαίου ἀντίληψις, ὑπὸ τὴν πνοὴν νεοκαντιανῶν σκέψεων καὶ δὴ σκέψεων ὑπὸ τοῦ Rudolf Stammler κ.ἄ. εἰς τὴν σφαῖραν τῆς φιλοσοφίας τοῦ δικαίου, μὲ τὴν εἰσοδὸν τοῦ τρέχοντος αἰῶνος, διατυπώθεισων, ἐγοήτευσε καὶ γοητεύει εἰσέτι μεγάλην καὶ σπουδαίαν μερίδα νομικῶν. Καὶ εἰς τὴν Ξένην καὶ παρ' ἡμῖν. Δικαιῶς δὲ λόγῳ τῆς συναρμολογήσεως αὐτῆς πρὸς ἀληθείας, ποῦ ἐκαλλιέργησαν εἰς τοὺς νεωτέρους χρόνους ἡ καντιανὴ φιλοσοφικὴ ἀνάλυσις καὶ εἰς τοὺς παλαιούς ἡ ἀρχαία ὄχι δὲ ὀλιγώτερον ἢ χριστιανικὴ γραμματεία.⁴¹ Εἰδικώτερον δὲ λόγῳ τοῦ δεσμοῦ αὐτῆς πρὸς τὴν ἀλήθειαν, ὅτι ἡ ἑρμηνεία τοῦ νόμου δὲν εἶναι πρέπον νὰ ἀποσχοινίζεται ἀπὸ τὰς ἀξίας καὶ τὰς ἀρχάς, ἀπὸ τῶν ὁποίων οὗτος ἐμπνέεται. Καὶ τὰς ὁποίας οὗτος ὑπηρετῇ. Ἄλλὰ νὰ φέρεται πρὸς αὐτάς καὶ νὰ ἀντλή, ἀπὸ αὐτῶν, ὡς ἀπὸ κασταλίας, τὸν ὑπέρτατον τοῦ νόμου Λόγον καὶ τὸ Νόημα αὐτοῦ. Ὑπὸ τὴν ἔννοιαν, λοιπὸν, αὐτὴν ἡ θετικὴ ἔννομος τάξις, ἡ ἀπαρτιζομένη ἀπὸ τοὺς κατ' ἴδιαν θεθεμμένους νόμους, προσκτάται ὄχι μόνον ἐνότητα, ἀλλὰ καὶ πληρότητα. Ἦτοι παύει νὰ ἔχη κενά. «Κατὰ ταῦτα», γράφει ὁ Κ. Τσάτσος, «τὸ θεθεμμένον πολιτειακῶς ἢ ἔθιμικῶς δικαίον ἔχει κενά, ἀλλ' ὄχι τὸ θετικὸν δικαίον, ὡς τελολογικὴ ἐνότης, περιέχουσα συνακολουθούντας κανόνας. Καὶ ἐπομένως, ἡ πληρωσις τῶν κενῶν τοῦ θεθεμμένου δικαίου, τῶν νομοθετικῶν κενῶν μετατρέπεται εἰς πρόβλημα γνώσεως τῶν μὴ θεθεμμένων,

τοῦ αὐτοῦ. Εἰσαγωγή εἰς τὸ δικαίον καὶ τὴν ἐπιστήμην τοῦ δικαίου, 1968, σ. 26. Κόρσου, Εἰσηγήσεις διοικητικοῦ δικαίου, 1977, σ. 118. Βλ. καὶ τὴν ἐν Larenz, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 353, παρατιθεμένην ἀπόφασιν τοῦ BVerfGE, JZ, 73, σ. 665: «Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der Verfassungsmässigen Rechtsordnung als einem Sinnenganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung».

39. Βλ. σχετ. Larenz, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 20 κ.ἑ.

40. βλ. σχετ. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, I, σ. 383 κ.ἑ., Zitellmann, Lücken in Recht, 1903, σ. 383. Πρβλ. καὶ Larenz, ἐνθ' ἄνωτ., σ. 29, Λιτζεροπούλου, Ἡ νομολογία, σ. 77, Παπαχατζῆ, Ἡ «ἐλευθερία ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ συγχρόνῳ δικαίῳ, ἐν Μελέταις, 1961, σ. 416, σημ. 3.

41. Βλ. σχετ. Βουζίκα, Ὁ θεῖος καὶ ὁ ἀνθρώπινος νόμος, ΝοΒ, 1970, σ. 1415 κ.ἑ., Ζέπου, Ὁ Ἀπόστολος Παῦλος ὡς ἐργάτης τοῦ δικαίου, ἐν ΑἶΔ, 1951-1952, σ. 227 κ.ἑ., καὶ ἐν Ἀκτίνας, 1951, σ. 259, κ.ἑ., τοῦ αὐτοῦ, Ἡ χριστιανικὴ ἐπίδρασις εἰς τὴν ἑρμηνείαν τοῦ δικαίου, ἐν Πρακτ. τοῦ Α' Συνεδρίου Ἑλληνοχριστιανικοῦ Πολιτισμοῦ, 1956, σ. 129 κ.ἑ., Ράμμου, Ἡ ἀπονομή τῆς θείας καὶ ἀνθρωπίνης Δικαιοσύνης, Πρυτ. Λόγος, 1968, Μητροπολίτου Κίτρους Βαρνάβα, Ἡ θεολογία καὶ ἡ ἐπιστήμη τοῦ δικαίου, Ἐκκλησία, 1975, σ. 192 κ.ἑ., Β. Νικοπούλου, Τὸ πρόβλημα τῆς ἑρμηνείας τοῦ δικαίου παρὰ τῷ Ἀποστόλῳ Παύλῳ, Ἄρμ., 1972, σ. 1036 κ.ἑ.

ἀλλὰ τελολογικῶς ὑπαρχόντων κανόνων τοῦ θετικοῦ δικαίου». ⁴² Μὲ ἄλλας λέξεις, ἐλλειμματίας εἶναι ὄχι ὁ νόμος· ἐλλειμματικὴ εἶναι ἡ γνῶσις τοῦ νόμου. ⁴³

Αὐτὸ εἶναι τὸ πόρισμα περὶ τελολογικῆς πληρότητος τοῦ θετικοῦ δικαίου. Ἄλλὰ συναφῶς πρέπει νὰ λεχθῆ καὶ τοῦτο· ὅτι τὸ πόρισμα αὐτὸ δὲν εἰμπορεῖ νὰ ὑπάρξῃ εὐσταθῆς δίχως τὴν προηγουμένην, διὰ καταλλήλων ἀλμάτων, μετὰ βασιν τοῦ ἀνθρωπίνου πνεύματος ἀπὸ τῆς θετικῆς περὶ δικαίου ἀντιλήψεως εἰς τὴν φιλοσοφικὴν αὐτοῦ ὡς ἀξίας ἀνάλυσιν καὶ ἀπὸ τῆς φιλοσοφίας τοῦ δικαίου εἰς τὴν καθαρὰν φιλοσοφίαν, ἥτοι τὴν καθολικὴν γνῶσιν. Καὶ περαιτέρω, θὰ ἐλέγομεν, πρὸς τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου. Ἡ ἄλλως τὸν θεῖον Νόμον, ἥτοι τὸν Θεόν. Διότι, ἀνευ τῆς βοήθειας τοῦ τελευταίου αὐτοῦ στοιχείου εἶναι ἴσως ὑπερβολὴ νὰ εἴπωμεν, ὅτι τὸ θεμιμένον δίκαιον δὲν ἔχει κενὰ, ἔστω τελολογικῶς καὶ συστηματικῶς ἐπεξεργασμένον.

Ἡ ἀπάντησις, λοιπὸν, εἰς τὸ ἐρώτημα, ἂν ὁ δικαστὴς ἀποβαίῃ ἐνίοτε νομοθέτης τῆς συγκεκριμένης περιπτώσεως ἤρηται, ὡς ἐλέχθη, ἀπὸ τὸ ἂν ὑφίστανται ἢ ὄχι ἀληθῆ κενὰ ἀκούσια ἢ ἐκούσια εἰς τὸ θετικὸν δίκαιον, ὄχι δὲ εἰς τὸ θεμιμένον. Καὶ ἂν μὲν δεχθῶμεν, μαζί μὲ σπουδαίαν τῆς φιλοσοφούσης νομικῆς σκέψεως μερίδα, ὅτι ἡ τελολογικὴ τοῦ θεμιμένου δικαίου ἐρμηνεῖα καὶ ἐκδοχὴ καὶ ἡ ἀναγωγὴ τῶν κατ' ἴδιαν αὐτοῦ νοημάτων εἰς καθολικὰς τοῦ δικαίου ἀρχάς, ἐν τέλει δὲ εἰς τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου, ⁴⁴ συμπληρώνει τὸν κύκλον αὐτοῦ, ἂν, λέγω, δεχθῶμεν ὡς ἀκριβῆ τὴν σκέψιν αὐτὴν, τότε μοιραίως πρέπει νὰ εἴπωμεν, ὅτι τὸ θετικὸν δίκαιον δὲν καταλείπει γνήσια κενὰ ἢ χάσματα. Ἡ ὅτι ἔχει πληρότητα. Καὶ περαιτέρω, ὅτι, ἐν τοιαύτῃ περιπτώσει τὸ πρόβλημα τῶν κενῶν μετατρέπεται εἰς πρόβλημα γ ν ὡ σ ε ω ς τοῦ θετικοῦ δικαίου. Καὶ ὅτι ὁ δικαστὴς χρεωστεῖ εἰς τὴν περίπτωσιν αὐτὴν ὄχι νὰ προβῆ εἰς συμπλήρωσιν κενοῦ, ὡσεὶ ἦτο νομοθέτης τῆς συγκεκριμένης περιπτώσεως, ἀλλὰ νὰ μεταβῆ εἰς γνῶσιν τοῦ θετικοῦ δικαίου. Καὶ εἰς τὴν ἐρμηνευτικὴν αὐτοῦ ἀποκάλυψιν διὰ τῶν εἰς τὴν διάθεσίν του ἐρμηνευτικῶν μέσων. Ταύτην δ' ἀκριβῶς τὴν ἔννοιαν ἔχει τὸ ὑπὸ πολλῶν ἀναφερόμενον, ὅτι ὁ δικαστὴς δέον νὰ ἀνευρίσκῃ, ὄχι δὲ νὰ ἐφευρίσκῃ τὸ νόημα τοῦ νόμου. ⁴⁵ Ἡ ὅτι τὸ καθῆκον τοῦ δικαστοῦ περιορίζεται εἰς τὴν διαπίστωσιν τοῦ *jus est* καὶ δὲν περιέχει τὴν ἐντολὴν *jus esto*. ⁴⁶

42. Βλ. σχετ. Κ Τ σά τ σ ο υ, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, 1978, σ. 151. Strangas, Die Billigkeit and ihr Standort in Rechtssystem, 1976, σ. 341.

43. Βλ. σχετ. Larenz, ἔνθ' ἀνωτ., σ. 391.

44. Βλ. σχετ. Canaris, De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand, ἐν Etudes de logique juridique, Bruxelles, 1966, σ. 23: «Chaque loi est de par sa nature soumise à l' exigence de l' idée de droit et reçoit de lors de celle— ci un sens et un contenu qui la dépassent».

45. Βλ. σχετ. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung κλπ., σ. 26: «Die Gesetzanwendung, als gedankliche Arbeit betrachtet, kein neues Recht schafft; der gedankliche inhalt der Rechtsordnung wird immer nur g e f u n d e n, nicht e r f u n d e n». Πρβλ. καὶ Παπαχαρατζῆ, Ἡ «ἐλευθέρη ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ συγχρόνῳ δικαίῳ, ἐν Μελέταις, 1961, σ. 417.

46. Βλ. σχετ. Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, σ. 25.

Ἄν, λοιπόν, δεχθῶμεν ὡς εὐσταθῆ τὴν ἐκτεθεῖσαν σκέψιν καὶ δὴ διὰ τὸ θεμιμένον δίκαιον ἀποκαλύπτει τὴν ἀκριβῆ αὐτοῦ διάστασιν διὰ τῆς ἐρμηνευτικῆς τῶν κατ' ἰδίαν νοημάτων τοῦ ἀναγωγῆς πρὸς τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου, τότε οὐδὲν καταλείπεται εἰς τὸν δικαστὴν στάδιον πρὸς νομοθέτησιν. Ἐτι δὲ εἰς τινα συγκεκριμένην περίπτωσιν χάσματος ἢ κενοῦ ἢ ἑλλείμματος. Ἄλλ' εἴμποροῦμεν νὰ πολεμήσωμεν τὴν σκέψιν αὐτὴν; εἴμποροῦμεν νὰ ἐξορίσωμεν τὴν ἰδέαν τοῦ δικαίου ἀπὸ τὴν θεμιμένην ἔννομον τάξιν; νὰ ἀρνηθῶμεν νὰ πλημμυρίζη τὸ ἀνθρώπινον δίκαιον ἀπὸ τοῦ θείου Νόμου τὴν εὐωδίαν; τὴν ἀπάντησιν δίδει ὁ ἀπὸ τῆς ἀρχαίας Ἐφέσου σοφὸς Ἡράκλειτος, καθ' ὃν ὁ θεῖος Νόμος εἶναι οἰονεὶ τροφὸς τῶν κειμένων νόμων. «Τρέφονται γάρ πάντες οἱ ἀνθρώπειοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γάρ τοσοῦτον ὀκόσον ἐθέλει καὶ ἔξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίγνεται» (Fragm. Π4).⁴⁷

47. βλ. Gr. S. Kirk and J. E. Raven, *The presocratic philosophers*, 1971, σ. 213. Βλ. καὶ Πλάτ., *Νόμοι*, 624: Ἄθ: Θεὸς ἢ τις ἀνθρώπων ἡμῖν, ὃ ξένοι, εἴληφε τὴν αἰτίαν τῆς τῶν νόμων διαθέσεως; Κλεῖν: Θεός, ὃ ξένο, ὡς γε δικαιοτάτον εἰπεῖν κλπ. Γενικώτερον περὶ τοῦ θέματος βλ. Κόρσοῦ, Ἡ περὶ τοῦ ἀγράφου νόμου ἀρχαία ἀντίληψις καὶ ἡ νεωτέρα νομικὴ σκέψις, ἐν ἘπΔΔδ., 1980, σ. 5 κ.έ.