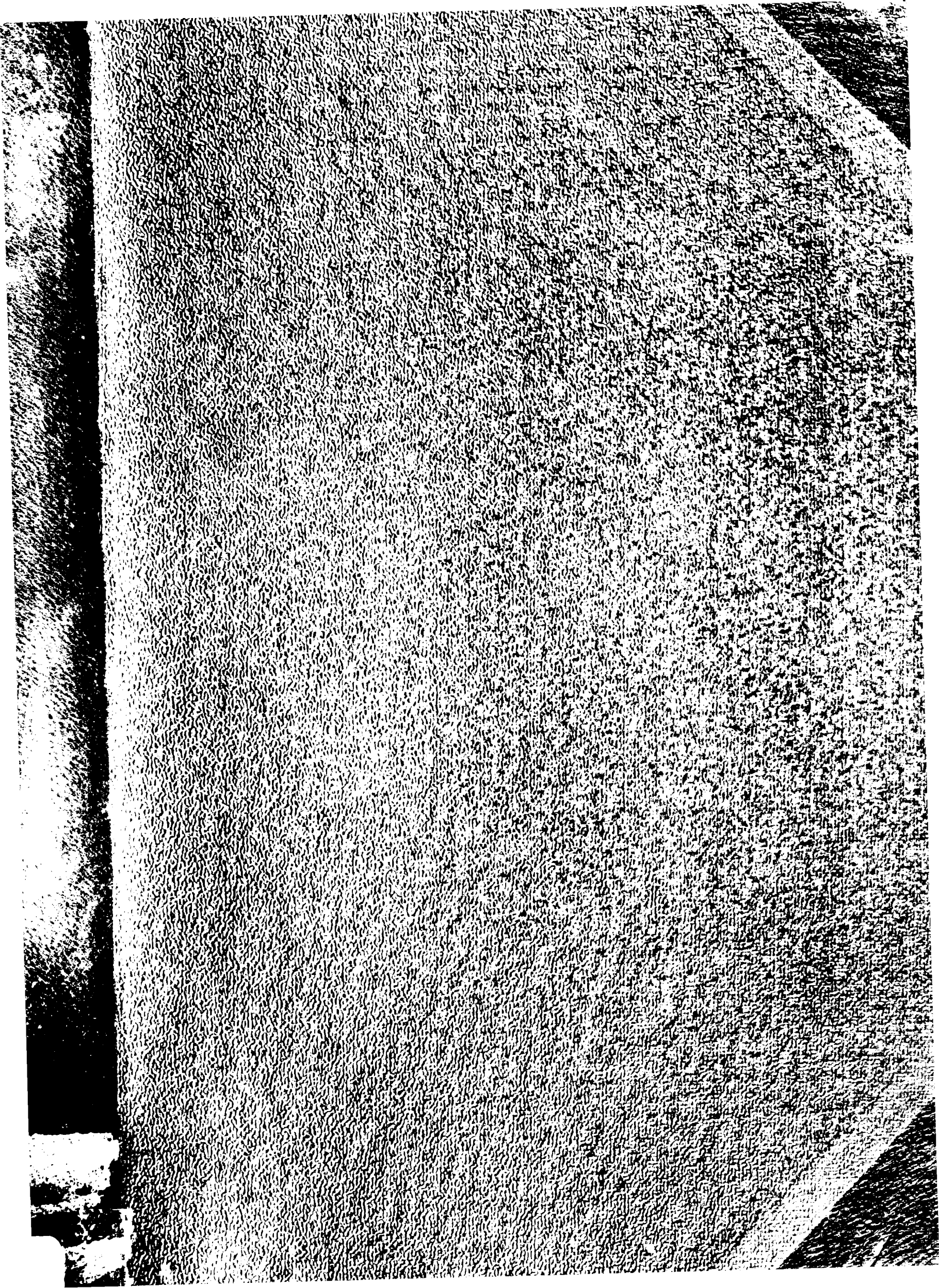




**Η “ΕΛΕΥΘΕΡΑ ΕΚΤΙΜΗΣΙΣ,,
ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΟΥ
ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΑΣΤΙΚΟΝ ΚΩΔΙΚΑ**

191

ΥΠΟ

ΓΕΩΡΓΙΟΥ Μ. ΠΑΠΑΧΑΤΖΗ

**ΤΑΚΤΙΚΟΥ ΚΛΗΡΗΤΟΥ ΤΗΣ ΠΑΝΤΕΙΟΥ ΑΝΩΤΑΤΗΣ ΣΧΟΛΗΣ
ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΥΦΗΓΗΤΟΥ ΤΟΥ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ ΑΘΗΝΩΝ**



**ΕΝ ΑΘΗΝΑΙΣ
ΕΚ ΤΟΥ ΤΥΠΟΓΡΑΦΕΙΟΥ ΑΝΔΡ. ΣΙΔΕΡΗ
ΒΕΡΑΝΖΕΡΟΥ 24
1946**

347.495014

ΠΑΠ

Τὰ γνήσια ἀντίτυπα φέρουσι τὴν ὑπογραφὴν τοῦ συγγραφέως.

Ἡ "ΕΛΕΥΘΕΡΑ ΕΚΤΙΜΗΣΙΣ,, ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΟΥ ΚΑΤΑ ΤΟΝ ΑΣΤΙΚΟΝ ΚΩΔΙΚΑ

I

Ἡ γνησία ἔννοια τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ

§ 1.—Περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ παλαιότερῳ δικαίῳ
καὶ ἐν τῷ ἀστικῷ κώδικι.

Κατὰ κανόνα τὸ ἔργον τοῦ δικαιοδοτεῖν ἀπλοῦς λογικὸς τύπος. Ἐλλειψις
στοιχείων ὑποκειμενικῆς ἐκτιμήσεως.—Κατὰ καιροὺς ἀπησχόλησεν ἐν τῇ ἀλ-
λοδαπῇ τοὺς θεωρητικοὺς—καὶ τοῦ ιδιωτικοῦ καὶ τοῦ δημοσίου δικαίου ⁽¹⁾,

1) Παλαιότερον πρβλ. L. Seuffert, Ueber richterliches Ermessen (Giessen), 1880, Gustav Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, 1891, F. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893, ἰδίᾳ σελ. 40 ἐπ., Wurzel, Das juristische Denken, 1904, Otto Mayer, Justiz und Verwaltung, 1902, Fr. Stein, Die Kunst der Rechtsprechung, 1900, τοῦ αὐτοῦ, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, Zitelmann, Lücken im Recht, 1903.

Ἴδὲ περαιτέρω, ὑπὸ τύπον ἀπλῶν παραδειγμάτων, τὰς μελέτας τοῦ L. Duguit, L'acte administratif et l'acte juridictionnel, ἐν τῇ Revue du droit public, τόμ. 23 (1906), τοῦ Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, ἐν τοῖς Staatsrechtliche Abhandlungen (Festgabe für P. Laband) (Tübingen) τόμ. β' (1908), σελ. 443 ἐπ. (πρβλ. ἰδίᾳ σελ. 457 ἐπ., 463 ἐπ.), τοῦ Hölder ἐν τῷ Archiv f. öffntl. R. XXIII (1908), σελ. 360, τοῦ Schneider, ἐν τῇ Deutsche Juristenzeitung XIII (1908), στ. 570, καὶ τοῦ P. Oertmann, Freies und unfreies Ermessen, ἐν τῇ αὐτῇ ἐφημερίδι XVII (1912) τευχ. 3, στ. 187, τοῦ αὐτοῦ, Gesetzeszwang und Richtersfreiheit (πρυταν. λόγος ἐν Erlangen) 1909, Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Recht, 1909, G. Ransson, Essai sur l'art de juger, ἔκδ. 2α, 1912, Carl Schmitt, Gesetz und Urteil, 1912.

Πρβλ. ἐπίσης W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeits-erwägung, 1913, G. Jellinek, Allg. Staatslehre, 5η ἀνατ. (1929) ἐκ τῆς ὑπὸ τοῦ W. Jellinek γενομένης 3ης ἔκδ., σελ. 621 ἐπ., Adolf Merkel, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917 (ἀνάτυπον ἐκ τῆς Deutsche Richterzeitung) R. Herrnritt, Grund-
lehren des VerwR., 1921 § 24, σ. 291 ἐπ., K. Friedrichs, ἄρθρ. «Ermessen», καὶ M. Rumpf, «Richter und Rechtsprechung» (ἰδίᾳ σελ. 145), ἐν τῷ Handwörterbuch der Rechtswissenschaft τῶν Stier-Somlo καὶ A. Elster, τόμ. β' (1927), Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, πολλαχοῦ, τοῦ αὐτοῦ, Die Lehre von dem richtigen Recht, 1926, Ehrlich, Juristische Logik, 1925, G. Kiss, Billigkeit und Recht, ἐν τῷ

ὡσαύτως δὲ τοὺς δικονομολόγους ⁽²⁾—τὸ ζήτημα ἂν τὸ ὑποκειμενικῆς φύσεως στοιχεῖον ἐκεῖνο τῆς «κατὰ πρόκρισιν λύσεως» καὶ τῆς ἐλευθερίας ἐκτιμήσεως, τὸ ὅποῖον εἰς τόσον πολυαρίθμους περιπτώσεις συναντᾷ τις ὑπὸ τὴν ἔννοιαν τῆς «διακριτικῆς εὐχερείας» εἰς τὰς ἐνεργείας τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν, εὔρηται ἐνίοτε, ἔστω καὶ εἰς μικροτέραν ἔκτασιν, καὶ ἐν τῷ ἔργῳ τῶν δικαστῶν. Τὸ ἰδιάζον ἀντικείμενον τῆς δικαιοδοτικῆς λειτουργίας ἐκ πρώτης ὄψεως δὲν καθιστᾷ τὸ στοιχεῖον τοῦτο ἀπαραίτητον, ἐνῶ τὸ ἀντίθετον, ὡς γνωστόν, ἀληθεύει ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀδιάλειπτον ἐνεργὸν δρᾶσιν, ἥτις ἀποτελεῖ τὸ περιεχόμενον τοῦ ἔργου τῆς δημοσίας διοικήσεως. Ἐνῶ ἡ ἀποστολὴ τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν εἶναι κατ' ἐξοχὴν δημιουργικὴ, τοῦναντίον ἡ ἀποστολὴ τοῦ δικαστοῦ εἶναι κατὰ τὸ μέγιστον αὐτῆς μέρος ἀπλῶς διαπιστωτικὴ νομικῶν πραγματικότητων—ἀφ' ἑνὸς μὲν κανόνων δικαίου, ἀφ' ἑτέρου δὲ συγκεκριμένων πραγματικῶν καταστάσεων ἢ γεγονότων—ἐξ ὧν συνάγονται κατὰ λογικὴν ἀνάγκην ὠρισμένα ἐπακόλουθα.

Τὸ ἔργον τῶν δικαστῶν περιορίζεται πράγματι κατ' ἀρχὴν ἐν τῷ οὐσιαστικῷ δικαίῳ—ὅπου καὶ ἐντοπίζεται ἡ ἀνὰ χεῖρας ἔρευνα—εἰς τὴν ἐφαρμογὴν κειμένων τινῶν γενικῶν νομικῶν κανόνων ἐπὶ τῶν ἐκάστοτε συγκεκριμένων πραγματικῶν περιπτώσεων τῶν κατὰ χρονικὰ διαστήματα τιθεμένων ὑπὸ τὴν δικανικὴν κρίσιν. Διὰ πᾶσαν εἰδικὴν περίπτωσιν ἀπονομῆς δικαιοσύνης ἔχει προβλέψει ἡ νομοθεσία ὠρισμένην τινὰ ρύθμισιν. Διὰ πᾶσαν πα-

Archiv f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, τόμ. γ', Fabreguettes, La logique juridique et l'art de juger, ἔκδ. 2α, 1926, G. Marty, La distinction du fait et du droit (Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation) 1929, Calogero, La logica del giudice κλπ., 1937. Ὡσαύτως ὄρα τὰς γενικὰς πραγματείας τὰς ἐρμηνευτικὰς τῶν νεωτέρων ἀστικῶν κωδίκων, ἰδίᾳ δὲ τῶν διατάξεων αὐτῶν τῶν παρεχουσῶν «ἐλευθέραν ἐκτίμησιν» εἰς τὸν δικαστὴν, ὡς π.χ. τῶν ἄρθρ. 315, 319, 626 κλπ. τοῦ γερμανικοῦ ἀστ. κώδ., τῶν ἄρθρ. 4, 269 § 2, 334 § 2, 343 § 5 καὶ πολλῶν ἄλλων τοῦ ἐλβετικοῦ ἀστ. κώδ., τοῦ ἄρθρ. π.χ. 458 καὶ ἄλλων τοῦ γαλλικοῦ ἀστ. κώδ., τοῦ ἄρθρ. 1310 τοῦ αὐστριακοῦ ἀστ. κώδικος, τῶν ἄρθρ. 403 καὶ 406 τοῦ σοβιετικοῦ ἀστ. κώδ. τοῦ 1923 κλπ.

2) Ἡδη ἀπὸ τοῦ παρελθόντος αἰῶνος Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, τόμ. α', 1885, σελ. 269, τοῦ αὐτοῦ, Tat-und Rechtsfrage, Horten, Freies Ermessen im Zivilprozess, ἐν τῇ Oesterr. Gerichtszeitung, LIII (1902), σελ. 250 ἐπ., Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, τόμ. β' (1907), σελ. 170, R. Pollak, System des österr. Zivilprozessrechts, σελ. 115, L. Rosenberg, Lehrb. d. dt. Zivilprozessrechts, 2α ἔκδ., 1929, σελ. 16, 151, 153, 238, 402 ἐπ., 415, 683, L. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, ἔκδ. 11η (1910) καὶ 12η ὑπὸ H. Walsmann, 1932, Fr. Stein, Die Zivilprozessordnung für das deuts. Reich, 14η ἔκδ. ὑπὸ M. Jonas, τόμοι 2 (1928-1929) (πρβλ. ἰδίᾳ τόμ. β', 1929, § 549 III B σελ. 119), Sydow-Busch-Krantz, Zivilprozessordnung, ἔκδ. 20ή, 1930. Εἰς τὰ τρία τελευταῖα ἔργα πρβλ. τὰς σελίδας ἐνθα ἐρμηνεύονται τὰ παρέχοντα «ἐλευθέραν ἐκτίμησιν» εἰς τὸν δικαστὴν ἄρθρα 3, 97, 100, 112, 141 («kann»), 224, 348, 510β, 938, 1034 κλπ. τῆς γερμανικῆς πολιτ. δικονομίας. Μονογραφίας τῶν L. Seuffert καὶ Fr. Stein ἀναφέρονται ἐν τῇ σημ. 1.

ρουσιασθησομένην νομικὴν διαφορὰν ὑφίσταται τεθεσπισμένη συγκεκριμένη τις λύσις—μία καὶ μόνη κατὰ κανόνα—προκαθωρισμένη ἤδη πρὸ τῆς γενέσεως τῆς διαφορᾶς καὶ οὕτως εἰπεῖν ἡθελημένη ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ἐκ τῶν προτέρων ⁽³⁾. Ἡ ἀνυπαρξία ρητῆς ἐκ τῶν προτέρων διατυπώσεως τοῦ περιεχομένου τῆς ἀποφάνσεως, ἡ ἔλλειψις ἐπακριβοῦς ἐξ ὑπαρχῆς ὑπαγορεύσεως τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως ὑπὸ τοῦ νομοθετοῦντος, δὲν ὀφείλεται εἰς θέλησιν τυχόν τοῦ τελευταίου τούτου ὅπως ἐπαφειῇ εἰς τὸν ἐφαρμοστήν ἢ πρόκρισις τῆς ἐκάστοτε ἐνδεδειγμένης ἐπιλύσεως τῆς ἀναφυσίσης διενέξεως, οὐδ' ἔχει τὴν ἐννοίαν ὅτι παρέχεται οὕτω εἰς τὸν δικαστὴν δυνατότης τις ἐκλογῆς μεταξὺ πλειόνων λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων, ἀλλὰ δέον νὰ ἀποδοθῇ ἀπλῶς εἰς τὴν φύσει ἀδυναμίαν τοῦ νομοθέτου ὅπως προΐδῃ τὰς μυρίας ἰδιομορφίας τῶν ἐμφανισθησομένων πραγματικῶν περιπτώσεων. Ἡ ἀποκλειστικὴ νόμιμος λύσις, ἡ μοναδικὴ δι' ἐκάστην περίπτωσιν, ὑφίσταται παρὰ ταῦτα σχεδὸν πάντοτε ὑπὸ τινὰ μορφήν, λανθάνουσαν μὲν ἴσως καὶ χρήζουσαν ἐξακριβώσεως, ἀλλὰ πάν-

3) Ἡ ἀντίληψις αὕτη ὅτι διὰ πᾶσαν διαφορὰν προβλέπεται ὑπὸ τοῦ κειμένου δικαίου λύσις ὑποστηρίζεται κυρίως μετὰ δυνάμεως ὑπὸ τῆς λεγομένης «σχολῆς τῆς λογικῆς πληρότητος («logischer Geschlossenheit») τοῦ δικαίου». Μεταξὺ πλείστων ἄλλων προβλ. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, τόμ. α', σ. 383 ἐπ. ἐν ἐκδ. 1892, Zitelmann, ἐνθ' ἄνωτ. σ. 25, 44 ἐπ., D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1910. Κατ' αὐτῆς ἔχουν, ὡς γνωστόν, ἀντεπεξέλθει, ἰδίᾳ κατὰ τὰς τελευταίας δεκαετηρίδας, ἐλευθεριώτεροι σχολαί—ὄρα, ἐκ τῶν πρώτων, F. Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899 (ιδὲ νῦν ἐκδ. 2αν, 1919), τοῦ αὐτοῦ, *Les procédés d'élaboration du droit civil ἐν «Méthodes juridiques»* (leçons faites au Collège libre des sciences sociales) 1910, τοῦ αὐτοῦ, *Science et technique en droit privé positif*, καὶ πλείστους ἄλλους. Εἰδικώτερον δὲ ἐπὶ τοῦ ἀνωτέρω θέματος E. Jung, *Von der «logischer Geschlossenheit» des Rechts*, ἐν τῇ *Festgabe für Dernburg*, Giessen, 1900, σελ. 141 κλπ.—ἐξ ὧν πλέον ριζοσπαστικὴ ἢ σχολὴ τῆς «ἐλευθέρας εὐρέσεως τοῦ δικαίου» (freier Rechtsfindung). Ἀλλὰ καὶ αἱ μετριοπαθέστεραι τῶν νεωτέρων τούτων διδασκαλιῶν «τοῦ συρμοῦ» δὲν ἔχουσι πλήρως καὶ ὀριστικῶς ἐπικρατήσει. Νεωτέραν βιβλιογραφίαν (J. Binder, G. Renard, J. Bonnecase καὶ ἄλλους) προβλ. ἐν Ἀλ. Λιτξεροπούλου, Ἡ νομολογία ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδιωτ. δικ., 1932, καὶ ἐν Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, 1932, ἐνθα καὶ μνεῖα τῆς παρ' ἡμῖν σχετικῆς φιλολογίας.

Ἐν τῷ κειμένῳ ἐκτίθεται παρ' ἡμῶν ἀπλῶς τὸ συνήθως συμβαῖνον, ὡς θέλει δ' ἰδίᾳ ἐκ τῶν ἐπομένων καταδειχθῇ, δὲν λαμβάνεται θέσις ἐπὶ τοῦ ἐν τῇ παρούσῃ σημειώσει μνημονευθέντος ζητήματος. Ἀλλως τε ἀντικείμενον ἐρεῦνης ἐν τῇ ἀνὰ χεῖρας μελέτῃ ἀποτελεῖ ἡ διανοητικὴ ἐν γένει ἐργασία τοῦ δικαιοδοτοῦντος ἢ χωροῦσα οὐχὶ ἐν τῇ διατυπώσει τῆς μείζονος προτάσεως τοῦ συλλογισμοῦ αὐτοῦ (τῆς ἐννοίας τοῦ κανόνος δικαίου), ἀλλ' ἐν τῇ ἀνευρέσει τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως μετὰ τὴν ὑπαγωγὴν τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως ὑπὸ τὸ διὰ τῆς ἐρμηνείας—ἀδιάφορον ἂν συντηρητικῆς ἢ ἐλευθεριωτέρας—ἤδη πλήρως συνηγμένον νόημα τοῦ νομικοῦ κανόνος. Ὑπάρχουσι, πράγματι, πλείσται περιπτώσεις, καθ' ἃς, ὅλως σαφοῦς οὐσης τῆς ἐννοίας τοῦ νομικοῦ κανόνος καὶ μηδεμιᾶς χρηζούσης ἐρμηνείας, ἀφίεται ἡθελημένως ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὸν ἐφαρμοστήν ὠρισμένον τι πλαίσιον κρίσεως περὶ τῆς εὐστοχωτάτης λύσεως, κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρύ, ἐντὸς τοῦ ὁποίου κινεῖται ἐλευθέρως ἡ «ἐκτίμησις» τοῦ τελευταίου.

τως κεκτημένην ὠρισμένην τινὰ ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν. Ἄν ἦτο δυνατόν· νὰ φαντασθῶμεν παρόντα πρὸ τῆς εἰδικῆς ὑπὸ κρίσιν περιπτώσεως τὸν νομοθέτην, τὸν κάλλιον παντὸς ἄλλου κατέχοντα τὴν ἔννοιαν τοῦ οἰκείου νομικοῦ κανόνος, ἠθέλομεν ἴδει τοῦτον—ἐφ' ὅσον καὶ τὰ πραγματικὰ τῆς περιπτώσεως ταύτης περιστατικὰ ἠθέλον παρασχεθῇ εἰς αὐτὸν ἐξηκριβωμένα καὶ σαφῇ— νὰ προβαίνει εὐθέως εἰς τὴν μόνην ἀρμόζουσαν εἰς τὴν περίστασιν δικαιοδοτικὴν λύσιν, ἄνευ ἀμφιταλαντεύσεώς τινος, ἄνευ σταθμίσεως συντελεστῶν σκοπιμότητος καὶ ἐν γένει ἀπηλλαγμένος οἵαζδῆποτε περαιτέρω σκέψεως περὶ τοῦ «ὀρθοῦ», τοῦ «δικαίου» καὶ τοῦ «εὐστόχου» τῆς προκυπτούσης λύσεως.

Ἦδη ἐν ἀπουσίᾳ τοῦ θεσπίσαντος τὸν γενικὸν κανόνα νομοθέτου, ἔργον τοῦ δικαστοῦ εἶναι νὰ ἀνεύρῃ τὴν μοναδικὴν ταύτην νόμιμον ἀπόφασιν. Ὅφειλει καὶ οὗτος νὰ ἀπόσχη ἀπὸ τῆς ἀξιολογήσεως τῶν καθ' ἑκάστα ἐνδεχομένων λύσεων, ἀπὸ τῆς σταθμίσεως συντελεστῶν σκοπιμότητος καὶ ἐν γένει ἀντιλήψεων ὑποκειμενικῶν. Ὁ νομοθέτης δὲν ἔχει ἐπιτρέψει εἰς αὐτὸν νὰ προκρίνῃ τὴν «δικαιοτάτην», τὴν «πλέον εὐστόχον» ἐπίλυσιν τῆς ὑπὸ τὴν κρίσιν του τεθείσης διαφορᾶς. Δέον οὐχὶ νὰ ἐφ' εὐρὴ τὴν ἀρίστην, ἀλλὰ νὰ ἀναζητήσῃ τὴν ἀποκλειστικὴν νόμιμον λύσιν (4), ἐρευνῶν καὶ ἀποκαθαίρων στοιχεῖα κεκτημένα καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπαρξιν, καὶ δὴ ἀφ' ἑνὸς μὲν τὸν ἀρμόζοντα γενικὸν κανόνα ὑφ' ὃν κατὰ τὸ κείμενον δίκαιον ἡ ὑπὸ κρίσιν περίπτωσις ὑπάγεται καὶ τὸ ἀληθὲς τοῦ κανόνος τούτου νόημα, ἀφ' ἑτέρου δὲ τὴν ἀκριβῆ οὐσίαν τοῦ προταθέντος καὶ ἀποδειχθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως. Μόνον οὕτω θέλει καταστῇ δυνατόν· εἰς τὸν δικαστὴν ἵνα διὰ τῆς ἀποφάνσεως αὐτοῦ πραγματώσῃ, ὥς *nina vox legis*, τὴν ἀληθῆ τοῦ νομοθέτου βούλησιν, τὴν κατὰ θεωρίαν προκαθορισμένην διὰ τὴν ἀτομικὴν ἐκείνην περίπτωσιν, ἥδη δ' ἀρχῇθεν ὑφισταμένην, ὑπὸ λανθάνουσαν, ὡς εἴρηται, μορφὴν ἐν τῷ γενικῷ κανόνι τοῦ δικαίου (5).

Ἄν ἡ δημοσία διοίκησις ἐνεργῇ συνήθως μὲ μείζονα πρωτοβουλίαν, χωρὶς νὰ ἔχῃ οὕτω πῶς προκαθορισθῇ παρὰ διατάξεων νόμων ἡ στάσις τῆς ἀνάπᾳν τῆς δράσεως αὐτῆς βῆμα, ὡς αἱ ἀποφάνσεις τῶν δικαιοδοτούντων, τοῦτο ὀφείλεται εἰς τὸ γεγονὸς ὅτι λελογισμένως καὶ ἐκ προθέσεως ἡ διοικητικὴ νομοθεσία ἔχει παράσχει εἰς αὐτὴν εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων πλάσιόν τι «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως». Τὸ δημόσιον δίκαιον δὲν ὀρίζει ἐκ τῶν προτέρων ἐπακριβῶς τὰ ἐκάστοτε ληπτέα διοικητικὰ μέτρα, οὐχὶ ἀπλῶς διότι ἀδυνατεῖ· ὁ νομοθέτης νὰ προΐδῃ τὰς ἀπειραρίθμους ἰδιορρυθμίας τῶν ἐμφανισθησόμενων πραγματικῶν περιπτώσεων, τελῶν μακρὰν αὐτῶν ὑπὸ τε χρονικὴν καὶ ὑπὸ τοπικὴν ἔποψιν, ἀλλ' ἐπιπροσθέτως διότι ὁ νομοθέτης ἔχει τὴν ἐπιθυ-

4) W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung κλπ. σελ. 26: «Die Gesetzesanwendung, als gedankliche Arbeit betrachtet, kein neues Recht schafft; der gedankliche Inhalt der Rechtsordnung wird immer nur gefunden, nicht erfunden».

5) Πρβλ. τὸ χαρακτηριστικῶς ὑπὸ Seuffert, Ueber richterliches Ermessen, ἐν σελ. 6 ἀναφερόμενον: «Es kann nur eine Deutung die richtige sein».

μίαν ὅπως, καὶ μετὰ τὴν ἐξακρίβωσιν τῆς ἐν τινι εἰδικῇ περιπτώσει συντρεχούσης πραγματικῆς καταστάσεως, ἀφευῆ ἢ πρόκρισις τοῦ εὐστοχωτάτου πρὸς ἀντιμετώπισιν αὐτῆς διοικητικοῦ μέτρου εἰς τὴν ὀξυδέρκειαν, τὴν πρωτοβουλίαν καὶ οὕτως εἰπεῖν εἰς τὴν ἔμπνευσιν τῆς ἀρμοδίας διοικητικῆς ἀρχῆς ⁽⁶⁾. Εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων τῆς διοικητικῆς δράσεως καὶ ἂν ἦτο εἰσέτι δυνατόν νὰ φαντασθῶμεν παρόντα πρὸ τοῦ συγκεκριμένου ὑπὸ ρύθμισιν ζητήματος τὸν διοικητικὸν νομοθέτην, δὲν ἠθέλομεν ἴδαι τοῦτον—καίπερ κατέχοντα φυσικῶ τῷ λόγῳ τελειότερον παντὸς ἄλλου τὴν ἔννοιαν τοῦ διοικητικοῦ νόμου, καίπερ ἔχοντα, ἐπὶ τῇ ὑποθέσει, ἔτοιμον εἰς τὴν διάθεσιν αὐτοῦ, πλήρως ἐξηκριβωμένον καὶ ἀποκεκαθαρμένον, καὶ τὸ πραγματικὸν ὕλικόν τῆς περιπτώσεως—δὲν ἠθέλομεν ἴδαι τοῦτον προβαίνοντα εὐθέως εἰς μοναδικήν τινα προκαθορισμένην ὑπὸ τοῦ νόμου διοικητικὴν ἐνέργειαν. Πλείστοι ὅσοι συντελεσται σκοπιμότητος θὰ προέκειντο περαιτέρω αὐτῷ πρὸς στάθμισιν. Ἦθελεν οὗτος ἀμφιταλαντευθῆ ὥς πρὸς τὴν προκριτέαν, καθ' ὃ τὰ μάλιστα σύμφωνον πρὸς τὸ συμφέρον τῆς δημοσίας ὑπηρεσίας λύσιν καὶ ἦθελεν εἰς πολυαριθμούς περιπτώσεις συμβουλευθῆ—ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἐκλογὴν αὐτῆς—καὶ τὴν εἰδικότητα, τὴν ὑπηρεσιακὴν πεῖραν, τὰς «τεχνικὰς γνώσεις» τοῦ οἰκείου διοικητικοῦ ὀργάνου. Ἐνῶ εἰς τὴν ἀνωτέρω ἐν τῇ προηγ. σελίδι διατυπωθεῖσαν ἀνάλογον ὑπόθεσιν ὁ ἐφαρμοστής τοῦ νομικοῦ κανόνος ἦτο καὶ οὗτος ἀπλῶς εἰς «νομικός», ὡς ὁ θεσπίσας τὸν κανόνα νομοθέτης, τοῦναντίον εἰς τὴν ἀμέσως ἀνωτέρω διατυπυμένην ὑπόθεσιν τὸ ὑπὸ τῆς διοικητικῆς νομοθεσίας διεπόμενον ὄργανον τῆς «ἐκτελεστικῆς ἐξουσίας» εἶναι αὐτόχρημα εἰς «εἰδικός», εἰς τὴν διορατικότητα καὶ τὴν ἐλευθέραν κρίσιν τοῦ ὁποίου ἐπαφίεται ἠθελήμένως ὁ νομοθέτης, τάσσων αὐτὸν ὅπως προκρίνη ἐν δεδομένῃ στιγμῇ μετὰ πλειόνων ἔξ ἴσου νομίμων λύσεων, τὴν κατὰ τὴν ὑποκειμενικὴν αὐτοῦ ἀντίληψιν συμφερωτέραν διὰ τὰς ἀνάγκας τῆς δημοσίας ζωῆς. Δι' ὃ καὶ τὰ διοικητικὰ μέτρα ἐμφανίζουσιν εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων τὸ ἰδιαῖον ἐκεῖνο βουλευτικὸν στοιχεῖον, τὸ κατὰ γενικὸν κανόνα ἄγνωστον εἰς τὰς δικαιοδοτικὰς ἀποφάσεις, ὅπερ φέρει τὴν σφραγίδα τῆς ἀτομικότητος τῆς ἐκάστοτε ἀποφασίζούσης διοικητικῆς ἀρχῆς.

Ἡ ἐκτεθεῖσα διάκρισις ὀφρεῖται εἰς τὴν ὡς εἴρηται διάφορον ἀποστολὴν τῆς διοικητικῆς δράσεως ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀπονομὴν δικαιοσύνης. Αἱ διοικητικαὶ ἀρχαὶ ἔχουσιν ἀναλάβει εὐρύτατον πολιτιστικὸν ἔργον, ἐκδηλούμενον εἰς ἀδιάλειπτόν τινα μέριμναν ὑπὲρ τῶν ὁμαδικῶν ἀναγκῶν τῶν διοικουμένων, πρὸς ἐξύψωσιν τοῦ βιωτικοῦ ἐν τῇ χώρᾳ ἐπιπέδου, τόσον ἀπὸ ὕλικῆς ὅσον καὶ ἀπὸ πνευματικῆς ἀπόψεως, αἱ δ' ἐπιδιώξεις των τείνουσιν οὐχὶ ἀπλῶς εἰς τὴν κατοχύρωσιν κειμένων νομικῶν καταστάσεων, ἀλλ' αὐτό-

6) Stier-Somlo, Das freie Ermessen, ἐνθ' ἄνωτ., σελ. 451-452, 500. Herrnritt, Grundlehren des VerwR, σελ. 292, Giraud, Étude sur la notion du pouvoir discrétionnaire, ἐν Revue générale d'administration, ἔτος 47ον (1924) σελ. 199-200. Πρβλ. καὶ ἐν ἡμετέρᾳ μελέτῃ Ἡ διακρ. εὐχ. τῶν διοικ. ἀρχῶν.

χρημα εἰς τὴν προαγωγὴν τοῦ πνευματικοῦ πολιτισμοῦ καὶ τῆς εὐημερίας ἐν τῇ ἐπικρατείᾳ. Ὁ μόνος περιορισμός, ὅστις τίθεται εἰς αὐτάς, εἶναι ὅτι δὲν δύνανται νὰ ἐπιδιώκωσι τοὺς τοιούτους σκοποὺς των, εἰμὴ ἀκολουθοῦσαι τὴν ὁδὸν τοῦ κειμένου δημοσίου δικαίου, οὐδέποτε δ' ἐνεργοῦσαι κατὰ παρέκκλινιν τῶν ὑπ' αὐτοῦ τιθεμένων νομικῶν φραγμῶν. Τοῦναντίον, εἰς τοὺς δικαστὰς ἢ ἔννομος τάξις ἔχει ἀναθέσει ἀπλῶς τὴν παραφυλακὴν τῆς νομιμότητος καὶ τὴν κατὰ πάσης προσβολῆς περιφρούρησιν τῶν μεταξὺ τῶν ἀνθρώπων ὑφισταμένων ἐννόμων σχέσεων—καίπερ ἐν ἀενάῳ ἀνελίξει τελουσῶν, συνεπεία τῆς μεταβολῆς τῶν κανόνων δικαίου, τῶν νομικῶν ἀνθρωπίνων πράξεων καὶ τῶν νομικῶν γεγονότων.

Ὑπὸ τοιούτους ὅρους, διὰ τὴν δρᾶσιν τῆς δημοσίας διοικήσεως ἢ διασφάλις τοῦ δικαίου δὲν ἀποτελεῖ τὸν σκοπὸν, εἰς ὃν ἡ ἀδιάκοπος αὕτη δραστηριότης τείνει· ἀπλῶς δύναται νὰ ᾤληθῃ ὅτι τὸ δίκαιον εἶναι ἡ νόμιμος ὁδός, ἢ ἄγουσα πρὸς ἄλλους οὐσιαστικωτέρους καὶ πολὺ εὐρύτερους σκοποὺς, τοὺς ὁποίους, ὡς εἴρηται, ἔχει ὑπ' ὄψιν αὐτῆς ἢ ρηθεῖσα δρᾶσις. Τοῦναντίον, διὰ τοὺς δικαστὰς τελικὸς σκοπὸς εἶναι ἀκριβῶς ἡ ἐν ταῖς συγκεκριμέναις περιπτώσεσι πραγμάτων τοῦ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ὑπὸ μορφὴν γενικῶν κανόνων τεθεσπισμένου δικαίου, δηλονότι σκοπὸς τυπικοῦ μᾶλλον χαρακτῆρος, κατ' ἀνάγκην δ' ἀποκλείων τὰς ἀπόψεις σκοπιμότητος καὶ τὸ δικαίωμα ἀξιολογήσεως τῶν ὑπὸ τοῦ κειμένου δικαίου ἐπιβαλλομένων ἐκάστοτε λύσεων. Ὡς εἶχε προσφυστάτα παρατηρήσει πρῶτος ὁ Stahl, «τὸ ἀντικειμενικὸν δίκαιον ἀποτελεῖ διὰ μὲν τὴν δικαιοσύνην σκοπὸν, διὰ δὲ τὴν ἐνεργὸν διοίκησιν ὁριοῦν δράσεως» (').

Κατ' ἀκολουθίαν τῶν ἐκτεθέντων καθίσταται προφανὲς ὅτι δὲν ἀρμόζει κατ' ἀρχὴν εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα ἵνα ἐν τῇ ἐκπληρώσει τοῦ ἔργου του παρενείρῃ εἰς τὴν παρ' αὐτοῦ ἀπαγγελλομένην ἀπόφασιν στοιχεῖα συναφῇ πρὸς ἰδίᾳς αὐτοῦ ἀξιολογικὰς κρίσεις καὶ γενικώτερον οἷαςδὴποτε ἐνδείξεις ὑποκειμενικῶν ἀντιλήψεων. Ἡ ἀπλῇ διαπίστωσις παραβιάσεώς τινος τοῦ ἀντικειμενικοῦ δικαίου καὶ ἡ ἐπ' αὐτῆς ἐπιβολὴ τῆς τεθεσπισμένης ἀντιστοίχου κυρώσεως, ἢ βάσει τοῦ οἰκείου ἐκάστοτε νομικοῦ κανόνος ἐπίλυσις ἀναφυσίσης νομικῆς διαφορᾶς, ἢ ἀνόρθωσις προσβεβλημένου δικαιώματος ἢ

7) Fr. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht (Heidelberg, 1833) II, 2, σελ. 338, 363 (ἐν 5ῃ ἐκδ., 1878, σ. 609). Πρβλ. ἀνάλογον διατύπωσιν παρὰ Jhering, Der Zweck im Recht, τόμ. α', σελ. 302 ἐπ. τῆς 4ης ἐκδ. Ἀναφέρεται εἰτα ἡ εὐστοχος αὐτηρῆσις καὶ ὑπὸ Fr. Fleiner, Institutionen (σ. 7, ἐν ἀρχῇ, τῆς ἐλλ. ἐκδ., 1932), ὑπὸ R. Laun, Das fr. Ermessen, 1910, σ. 21, ὑπὸ W. Jellinek, VerwR. (σελ. 115 τοῦ α' τόμ. τῆς ἐλλ. ἐκδ., 1939), ἐν Γαλλίᾳ δ' ὑπὸ Artur, De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer, 1905, σ. 13 ἐπ., ὑπὸ L. Marie, Le droit positif et la juridiction administrative, 1903, τόμ. α', σελ. 344 ἐπ., καὶ ἄλλων, καὶ ἐν Ἰταλίᾳ ὑπὸ Santi Romano, Corso di diritto amministrativo, ἐκδ. 3η, 1937, σ. 3 καὶ Ranelletti, La polizia di sicurezza, ἐν Primo trattato completo di dir. amm. a cura di V.-E. Orlando, IV, σελ. 253.

ἀντιστρόφως ἢ ἀπόρριψις προβληθείσης ἀνεπερείστου ἀξιώσεως καὶ ἢ ἀποκρουσίς τοῦ ἀδικαιολογήτως ἀναμιννυομένου εἰς ἄλλότρια δικαιώματα τρίτου, ἢ ἐν γένει ἀποκατάστασις διαταραχθεισῶν ἐννόμων σχέσεων εἰς τὴν προτέραν αὐτῶν μορφήν, ἄνευ προσθήκης νέου τινὸς στοιχείου, δὲν εἶναι ἐπάναγκες, ἢ μᾶλλον θὰ ἦτο κατ' ἀρχὴν ἀνάρμοστον, νὰ φέρῃ τὴν σφραγίδα τῆς ἀτομικότητος τοῦ ἐκάστοτε κατὰ συγκυρίαν ἐφαρμοστοῦ τοῦ δικαίου, κατὰ τρόπον ἀνάλογον π.χ. πρὸς τὰ κατ' ἐλευθέραν ἐκτίμησιν λαμβανόμενα μέτρα τῆς δημοσίας διοικήσεως. Διότι ἢ κατὰ τὴν ἐπίλυσίν τινος τῶν ἀμέσως ἀνωτέρω ἐκτεθεισῶν νομικῶν διαφορῶν ἐπιβολὴ τοῦ πρὸς τὸν νόμον σεβασμοῦ δὲν ἀποτελεῖ κατ' οὐσίαν εἰμὴ ἀπλὴν ἐπανάληψιν τῆς ἤδη ὑφισταμένης νομοθετικῆς βουλήσεως ἐπὶ τῆς κρινομένης διενέξεως, ἀπλοῦν δεσμευόμενον— ὑπὸ μοναδικήν τινα κατ' ἀνάγκην μορφήν—καθορισμὸν τοῦ νομικῶς ἰσχύοντος ἐν τῇ συγκεκριμένῃ ἐκείνῃ περιπτώσει. Θὰ ἀντέκειτο εἰς τὴν ἀρχὴν τῆς «ἀσφαλείας τοῦ δικαίου» («*Rechtssicherheit*») καὶ τῆς «ὁμοιομορφίας τοῦ δικαίου» («*Rechtseinheitlichkeit*») (6) νὰ ἐξαρτᾶται ἐκάστοτε ἐκ τῶν ἀντιλήψεων τοῦ δικαιοδοτοῦντος ἢ τοιαύτη ἢ τοιαύτη μορφή, ὑφ' ἣν θέλει χωρήσει ἢ εἰς τοῦτον ἀνατεθειμένη ἐξειδίκευσις τοῦ γενικοῦ νομικοῦ κανόνος ἐπὶ τῆς μεμονωμένης περιπτώσεως.

Ἐχει καταστῆ κλασσικὴ ἢ παρομοίωσις τοῦ λογικοῦ εἴρμου τοῦ δικαιοδοτικοῦ ἔργου, τὴν ὁποίαν οἱ περὶ τὸ δίκαιον φιλοσοφοῦντες ἐπιχειροῦσι συνήθως πρὸς τὴν ἀπλὴν διατύπωσιν κατηγορικοῦ τινος συλλογισμοῦ (7). Ἡ δικαιοδοσία, λέγουσι, δὲν εἶναι κατ' οὐσίαν εἰμὴ ἀπλὴ συναγωγὴ μοναδικοῦ τινος κατ' ἀνάγκην πορίσματος ἐκ δύο προτάσεων κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ, ἔνθα μείζων μὲν πρότασις εἶναι ὁ διέπων τὴν ἐννομον σχέσιν κανὼν δικαίου, ἐλάσσων δ' ἢ δεδομένη εἰδικὴ πραγματικὴ κατάστασις. Τίνα θέσιν θὰ ἦτο δυνατόν νὰ ἔχωσι τὰ ὑποκειμενικῆς φύσεως βουλευτικὰ στοιχεῖα ἐν τῇ τοιαύτῃ καθαρῶς λογικῇ ἐργασίᾳ τοῦ νοῦ; Ὡς ἐκ τῶν δύο συλλογισμοῦ τινος προτάσεων ἐν μόνον πόρισμα δύναται κατὰ τοὺς κανόνas τῆς λογικῆς νὰ ἐξαχθῇ, οὕτω καὶ ἐπὶ τῇ βάσει ἀφ' ἑνὸς μὲν τῆς γενικῆς τοῦ νόμου διατάξεως, ἀφ' ἑτέρου δὲ τῆς ἐν ἐκάστῃ συγκεκριμένῃ περιπτώσει πραγματικῆς καταστάσεως μία μόνη κρίσις δέον νὰ συναχθῇ. Πρὸς τὴν ρηθεῖσαν οὐσίαν τοῦ ἔργου τῶν δικαστῶν δὲν συμβιβάζεται κατ' ἀρχὴν ἢ «ἐλευθέρα ἐκτίμησις», ἢ ἔννοια

8) Πρὸβλ. W. Jellinek, VerwR., σελ. 140 ἐν ἐκδ. β' (1929). Ἐν μιᾷ λέξει ὁσάκις ἢ νομικὴ καὶ πραγματικὴ κατάστασις εἶναι ὅμοιαι, οἱ δικαζόμενοι ἐλλόγως ἀναμένουσιν ὁμοίας ἐκάστοτε δικαιοδοτικὰς λύσεις. Ἄλλως τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου καὶ ἢ γενικὴ περὶ δικαίου συνείδησις θὰ ἐπλήττοντο καιρῶς.

9) Πρὸβλ. τὰς σχετικὰς πρὸς τὴν φιλοσοφίαν τοῦ δικαίου γενικὰς πραγματείας. Ἐκ δὲ τῶν συγγραφέων τοῦ δημοσίου δικαίου, ἰδὲ L. Duguit, Traité de dr. const., ἐκδ. 3ῃ (1927 ἐπ.), τόμ. β', §§ 28, 29, σελ. 451-452, τοῦ αὐτοῦ, L' acte administratif et l' acte juridictionnel, ἐν τῇ Revue du dr. public, τόμ. 23 (1906), σελ. 450-451, P. Laband, Das Staatsrecht des dt. Reiches, ἐκδ. 2α, τόμ. α', § 64, σελ. 676 ἐπ. καὶ ἄλλους.

τῆς ὁποίας τελεῖ ἐν συναρτήσῃ πρὸς τὴν δυνατότητα ἐπιλογῆς μεταξὺ πλειόνων λύσεων ἐξ ἴσου παραδεκτῶν παρὰ τοῦ ἀντικειμενικοῦ δικαίου ὥς συναιδουσῶν πρὸς τοῦτο. Ὁ δικαστὴς δὲν καλεῖται νὰ ἀποφανθῇ κατ' ἰδίαν ἐκτίμησιν ἐπὶ τῶν ὑπὸ τὴν κρίσιν του τιθεμένων διαφορῶν, ἀλλ' ἔχει ταχθῇ ὑπὸ τῆς δημοσίας ἐξουσίας πρὸς τὸν σκοπὸν ὅπως, ἀπηλλαγμένος ἀκριβῶς πάσης πρὸς τὸ «πρέπον», πρὸς τὸ «ἴσον καὶ δίκαιον» καὶ πρὸς αὐτὸ τὸ «δημόσιον συμφέρον» ἰδίας αὐτοῦ ἀπόψεως—κατ' ἀντίθεσιν καὶ ἐν τῷ τελευταίῳ τούτῳ πρὸς τὰς διοικητικὰς ἀρχάς—διαπιστώσῃ βάσει τῶν περὶ ἀποδείξεως δικονομικῶν κανόνων τὴν ἀκριβῆ οὐσίαν τοῦ προταθέντος αὐτῷ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως, ἀναζητήσῃ τὸν ἀρμόζοντα κανόνα δικαίου, τὸν διέποντα τὴν οὕτω πῶς διευκρινισθεῖσαν πραγματικὴν κατάστασιν, διαγνώσῃ χρεῖας τυχούσης τὸ ἀληθὲς τοῦ κανόνος τούτου νόημα, ὑπαγάγῃ εἴτα τὸ πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς διενέξεως ὑπὸ τὸν νομικὸν κανόνα καὶ συναγάγῃ τοιουτοτρόπως μοναδικόν τι κατὰ λογικὴν ἀνάγκην ἐπακόλουθον.

Αἱ ἀντιλήψεις αὗται περὶ τῆς φύσεως τοῦ δικαιοδοτικοῦ ἔργου εἶναι ἀληθὲς ὅτι συνήντησαν καὶ ἐπικριτάς, πρὸ παντὸς δ' ἐν τῷ κύκλῳ τῆς νεωτέρας θεωρίας καὶ φιλοσοφίας τοῦ δικαίου, ὅσας μάλιστα αἱ ρηθεῖσαι ἀντιλήψεις ἐδιδάχθησαν ὑπὸ μορφὴν ἀπόλυτον¹⁰⁾. Τῶντι, καθ' ἃ θέλει καὶ ἐν τοῖς ἐπομένοις ἐκτεθῇ, τὸ ἔργον τοῦ δικαστοῦ προχωρεῖ πολλάκις πέραν τοῦ κατὰ τὰ ἀνωτέρω στενοῦ λογικοῦ πλαισίου. Πάντως ὅμως δὲν εἶναι δυνατόν εἰμὴ νὰ λεχθῇ ὅτι κατὰ βάσιν αἱ ἐκτεθεῖσαι διδασκαλαὶ διέγνωσαν ὀρθῶς χαρακτηριστικὰ τινα γνωρίσματα τῆς οὐσίας τοῦ δικαιοδοτεῖν, διακρίνοντα ἰδίᾳ τοῦτο—οὐχὶ βεβαίως καθ' ἅπασαν αὐτοῦ τὴν ἑκτασιν, ὥστε νὰ δύνανται νὰ χρησιμεύσωσι καὶ ὡς ἐννοιολογικὰ κριτήρια, ἀλλ' ἐν γενικαῖς τοῦλάχιστον γραμμαῖς—ἀπὸ τῆς διοικητικῆς δράσεως τῆς δημοσίας ἐξουσίας.

Ἡ μορφὴ τοῦ ἀπλοῦ κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ ἐκδηλοῦται, πράγματι, ἐν τῷ ἔργῳ τῆς ἀπονομῆς δικαιοσύνης κατὰ τὴν μεγίστην αὐτοῦ ἑκτασιν. Οὕτω φέρ' εἰπεῖν, δοθέντος ἅψ' ἐνὸς μὲν τοῦ γενικοῦ νομικοῦ κανόνος, καθ' ὃν οἱ ἐκ συναλλαγματικῶν ὀφειλέται ὑποχρεοῦνται εἰς τὴν ἐξόφλησιν τοῦ χρέους των, ἅψ' ἐτέρου δὲ τῆς εἰδικῆς πραγματικῆς καταστάσεως ὅτι ὁ ἐναγόμενος Β ἔχει ἀποδεχθῇ ἤδη λήξασαν συναλλαγματικὴν ἐκ δραχμῶν χιλίων, φέρουσαν πάντα τὰ κατὰ νόμον ἀπαιτούμενα διὰ τὸ κῦρος αὐτῆς στοιχεῖα, καὶ ὅτι ὁ κομιστὴς Α, κατόπιν ἐμπροθέσμου ἐμφανίσεως, ἔχει ἐναγάγει τὸν Β

10) Ὑπεστηρίχθη ἰδίᾳ παρὰ τινων ἐκ τῶν τασσομένων ὑπὲρ τῶν ἀντιλήψεων τούτων ὅτι δὲν ὑπάρχουσι περιπτώσεις, καθ' ἃς τὸ ἔργον τοῦ δικαιοδοτοῦντος βαίνει ποτὲ περαιτέρω καὶ ὅτι ἀκριβῶς ἡ δεσμευμένη αὕτη δικανικὴ κρίσις ἀποτελεῖ τὴν οὐσίαν τῆς δικαιοδοτικῆς λειτουργίας καὶ τὸ κριτήριο τὸ διαστέλλον ἐννοιολογικῶς ταύτην ἀπὸ τῆς διοικητικῆς λειτουργίας τῆς πολιτείας. Πρβλ. κατωτ. τοὺς ὑπὲρ τῆς τοιαύτης ἀπόψεως ταχθέντας. Νεώτεροι συγγραφεῖς ἐπέκριναν τὴν ἀντίληψιν ταύτην περὶ τῆς «μηχανικῆς» ἀποκλειστικῶς ἐργασίας τοῦ νοῦ τοῦ δικαστοῦ ἢ, κατ' ἄλλην ἑκφρασιν, τὴν ἀντίληψιν περὶ «αὐτομάτου δικαιοδοτικῆς ἐπιλύσεως» τῶν διενέξεων. Ὅτι δὲν πρόκειται ὅμως περὶ μηχανικῆς διανοητικῆς ἐργασίας, ἀκόμη καὶ εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς μᾶλλον δεσμευμένης δικανικῆς κρίσεως, ἐκτίθεται κατωτ. ἐν τῷ κειμένῳ.

νομοτύπως καὶ ἔχει ὑποβάλλει εἰς τὸν δικαστὴν τὸν συστατικὸν τῆς ἐνοχῆς τίτλον καὶ τὰ λοιπὰ νόμιμα στοιχεῖα, ὁ δικαστὴς ὀφείλει νὰ συναγάγῃ τὸ κατὰ λογικὴν ἀνάγκην *μοναδικὸν* κατὰ νόμον πόρισμα ὅτι ὁ Β εἶναι καταδικαστέος νὰ καταβάλλῃ εἰς τὸν Α δραχμὰς χιλίας, ἀσχέτως πρὸς οἵανδήποτε ὑποκειμενικὴν αὐτοῦ ἀντίληψιν περὶ τοῦ «ὀρθοῦ» π.χ. τῆς ἐγκυρότητος τῶν ἀναιτιωδῶν ἐνοχῶν ἢ τοῦ «δικαίου» τῶν ἐνοχικῶν ὑποχρεώσεων ἐφ' ὧν τὸ πρόσωπον τοῦ πιστωτοῦ εἶναι εἰς τὸν ὀφειλέτην μέχρι τῆς στιγμῆς τῆς ἐμφανίσεως ἁδηλον καὶ εὐχερῶς μεταβλητὸν ἄνευ οὐδεμιᾶς συγκαταθέσεως ἢ καὶ γνώσεως αὐτοῦ ⁽¹¹⁾. Ὡσαύτως, δοθέντος φέρ' εἰπεῖν ἅφ' ἑνὸς μὲν τοῦ γενικοῦ νομικοῦ κανόνος, καθ' ὃν ἐπὶ χρησιδανείου ὁ συμφωνηθεὶς χρόνος χρήσεως δὲν εἶναι τηρητέος ὑπὲρ τοῦ χρησαμένου ὁσάκις οὗτος ἄνευ δικαιώματος παρεχώρησε τὸ πρᾶγμα εἰς τρίτον, ἅφ' ἑτέρου δὲ τῆς συγκεκριμένης πραγματικῆς καταστάσεως ὅτι ὁ χρησάμενος Β ἔχει πράγματι παραχωρήσει πρὸ τῆς λήξεως τῆς συμβάσεως τὴν χρῆσιν τοῦ πράγματος εἰς τρίτον ἄνευ συγκαταθέσεως τοῦ ἤδη ἐναγαγόντος χρήστου Α, ὁ δικαστὴς ὀφείλει νὰ συναγάγῃ τὸ κατὰ λογικὴν ἀνάγκην *μοναδικὸν* νόμιμον πόρισμα ὅτι ὁ Β εἶναι καταδικαστέος ὅπως ἀποδώσῃ τὸ πρᾶγμα εἰς τὸν Α ⁽¹²⁾, ἀσχέτως πρὸς οἵανδήποτε «ἐκτίμησιν» αὐτοῦ π.χ. περὶ τοῦ ἄκρως ἐπιμελοῦς καὶ ἐντίμου ἥθους τοῦ προσώπου τοῦ τρίτου ἢ περὶ τῆς μεγίστης πιθανότητος ἔτι τὸ πρᾶγμα θέλει διατηρηθῇ παρ' αὐτῷ καθ' ὅλην τὴν χρονικὴν διάρκειαν τῆς συμβάσεως εἰς ἣν καὶ σήμερον τελεῖ ἀρίστην κατάστασιν ἢ τέλος περὶ τῆς ἐλλείψεως οἵαςδήποτε ἐπειγούσης χρείας τοῦ πράγματος παρὰ τῷ ἐνάγοντι.

Εἶναι περιττὸν νὰ τονισθῇ πόσον ἀξιόλογος εἶναι ἡ σημασία τοῦ δικαιοδοτικοῦ ἔργου καὶ κατ' αὐτὰς τὰς περιπτώσεις τῆς οὕτω πῶς δεσμευμένης δικαστικῆς κρίσεως καὶ πόσας δυσχερείας ἐμφανίζει ἡ ἄσκησις αὐτοῦ, ἀπαιτοῦσα ἐξαίρετα χαρίσματα παρὰ τῷ ἐφαρμοστῇ τοῦ δικαίου ⁽¹³⁾. Ἐκ τοῦ γεγονότος ὅτι ἡ ἐκίλυσις τῆς ἀμφισβητήσεως συνίσταται εἰς πλείστας περιπτώσεις εἰς τὴν συναγωγὴν μοναδικοῦ τινος κατὰ λογικὴν ἀνάγκην πορίσματος ἐκ δύο προκειμένων προτάσεων συλλογισμοῦ, δὲν ἔπεται ὅτι ἀποτελεῖ αὕτη μηχανικὴν ἐργασίαν τοῦ νοῦ. Ἡ σημασία τοῦ δικαστικοῦ λειτουργήματος ἔγκειται κατὰ μέγιστον μέρος εἰς τὴν δυσχέριαν ἐν τῇ διατυπώσεϊ τῶν προτάσεων τούτων. Ἡ ἐπιτυχὴς ἀναζήτησις καὶ εὗρεσις τοῦ προσήκοντος νομικοῦ κανόνος τοῦ διέποντος ἐκάστην—ἐνίοτε δ' ἄκρως ἰδιόμορφον—περίπτωσιν ἐνδίκου διαφορᾶς, ἢ δι' ὀρθῆς τοῦ κανόνος τούτου ἐρμηνείας διάγνωσις τῆς ἐννοίας του, ἢ ἀσφαλὴς καθ' ἅπασαν αὐτοῦ τὴν ἔκτασιν διακρίβωσις τοῦ προταθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως ἀποτελοῦσιν, ὡς εἰκός, ἀπαραιτήτους προϋποθέσεις τῆς ὀρθότητος καὶ κατὰ συνέπειαν τῆς νο-

11) Νόμ. 5325 τοῦ 1932.

12) Ἀρθρ. 817 τοῦ ἀστικ. κώδ.

13) Ἀντὶ παντὸς ἄλλου πρβλ. Fabreguettes, *La logique juridique et l'art de juger*, ἐκδ. 2α, 1926, G. Ransson, *Essai sur l'art de juger*, ἐκδ. 2α, 1912.

μιμότητος τοῦ ἐξαχθησομένου πορίσματος. Ἄν παρὰ ταῖς διοικητικαῖς ἀρχαῖς εἶναι ἀναγκαῖαι διὰ τὴν εὐστοχον καὶ ἀποτελεσματικὴν διεξαγωγὴν τοῦ ἀνατεθειμένου εἰς αὐτὰς ἔργου ἢ πρωτοβουλία, ἢ ἔφεσις πρὸς δρᾶσιν καὶ ἐν γένει ἢ «ἀτομικότης», δὲν δύναται νὰ ὑπάρξῃ δευτέρα γνώμη ὅτι ἄσκησις δικαστικοῦ λειτουργήματος δὲν εἶναι νοητή, καὶ κατ' αὐτὰς ἔτι τὰς περιπτώσεις τῆς πλέον δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἐπιλύσεως τῆς διενέξεως, ἄνευ ἀρετῶν ἴσως μὲν ἦττον ἐμφανῶν, ἀλλ' ἀναντιρρήτως εὐγενεστέρων : βαθείας νομικῆς μορφώσεως διὰ τὴν πλήρη κατοχὴν τοῦ νοήματος τοῦ νομοθέτου, ἄκρας δ' ἐπιμελείας καὶ εὐσυνειδησίας καὶ ἀπερισπάστου προσοχῆς διὰ τὴν μέχρι κερφαίας ἐξακρίβωσιν τῶν προταθέντων πραγματικῶν στοιχείων τῆς ὑποθέσεως.

Ἐξαιρέσεις τοῦ ρηθέντος κανόνος.—*Περιπτώσεις ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ παρὰ ρωμαίοις.*—Μόνον κατ' ἀρχὴν ἀληθεύει ἡ ἐκτεθεῖσα διαφορὰ μεταξὺ ἀφ' ἑνὸς μὲν τοῦ ἀπλοῦ λογικοῦ τύπου τῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως, ἀφ' ἑτέρου δὲ τῆς κατὰ σκοπιμότητα κρίσεως τῆς ἀποφασίζούσης διοικητικῆς ἀρχῆς. Ὅσοι ἐπεχείρησαν νὰ ἀναγάγωσι τὴν παρὰ τῷ δρῶντι ὀργάνῳ διάφορον ταύτην ἐργασίαν τοῦ νοῦ εἰς κριτήριον διαστολῆς τῶν δικαιοδοτικῶν ἀποφάσεων ἀπὸ τῶν διοικητικῶν κατ' οὐσίαν πράξεων τῆς δημοσίας ἐξουσίας ⁽¹⁴⁾ ἀπέτυχον. Ἡ μορφή τοῦ ἀπλοῦ κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ δὲν χαρακτηρίζει τὴν δικαστικὴν λειτουργίαν ἀποκλειστικῶς, οὐδ' ἄλλως τε ἐκτείνεται αὕτη καθ' ἅπασαν τὴν σφαῖραν τῆς ἀπονομῆς δικαιοσύνης. Εἰς τοιοῦτόν τινα τύπον σκέψεως ἀνάγεται πᾶσα κατὰ νόμον δεσμευμένη ἐνέργεια τῆς πολιτείας, ἀσχέτως πρὸς τὸ εἶδος τῆς λειτουργίας, εἰς τὴν ὁποίαν αὕτη ἀνήκει. Ἐν τῇ διοικητικῇ λειτουργίᾳ π. χ. ἡ μορφή τοῦ ἀπλοῦ συλλογισμοῦ διέπει γενικῶς τὰς «ὀφειλομένας νομίμους ἐνεργείας» τῆς διοικήσεως. Οὕτω, ἐν τῇ στρατολογικῇ φέρ' εἰπεῖν διοικητικῇ ἐνεργείᾳ ἀληθεύει ὅτι δοθέντος ἀφ' ἑνὸς μὲν τοῦ γενικοῦ νομικοῦ κανόνος, καθ' ὃν οἱ Ἕλληνες οἱ συμπληρώσαντες ὠρισμένην ἡλικίαν καὶ μὴ ἔχοντες νομίμους λόγους ἀπαλλαγῆς εἶναι κατὰ νόμον ὑπόχρεοι νὰ ὑπηρετήσωσιν εἰς τὸν στρατόν, ἀφ' ἑτέρου δὲ τῆς εἰδικῆς πραγματικῆς καταστάσεως, καθ' ἣν ὠρισμένος πολίτης μὴ ἔχων λόγους ἀπαλλαγῆς συνεπλήρωσε τὴν νόμιμον ἡλικίαν, προκύπτει ἀναγκαιῶς—καὶ ἀσχέτως πρὸς πᾶσαν στάθμισιν ἰδιαζόντων τυχὸν τῇ ἀτομικῇ περιπτώσει συντελεστῶν σκοπιμότητος, μὴ ἐπιτρεπομένην—ὅτι ὁ πολίτης οὗτος εἶναι ὑπόχρεως νὰ ὑπηρε-

14) Πρὸβλ. ἰδίᾳ τοὺς Stengel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentl. Rechte, ἐν τῷ Verwaltungsarchiv τῶν Schultzenstein καὶ Keil, 1895, σ. 177 ἐπ. καὶ Lemayer, Rechtsschutz im öffentl. Rechte, ἐν τῷ österr. Staatswörterbuch τῶν Mischler καὶ Ulbrich (Βιέννη), ἔκδ. 2α, 1905-1909, IV, σελ. 32. Ἔτεροι ἀναφέρονται ὑπὸ τοῦ Fr. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, ἐνθ' ἀνωτ., τόμ. β' (1908), σελ. 451 ἐπ., ὑπὸ τοῦ Beyer, Rechtsetzende und Recht-ausführende Gewalt, ἐν Abhandlungen aus dem Staats-u. VerwR. τῶν Brie καὶ Fleischmann (Breslau), τευχ. 19ον (1909), σελ. 12, σημ. 1 καὶ ὑπὸ τοῦ R. Bonnard, La théorie de la formation du droit par degrés dans l' oeuvre d' Adolf Merkel, ἐν τῇ Revue du dr. public, τόμ. 45 (1928), σελ. 684.

τήση εἰς τὸν στρατόν. Συνεπῶς ὑποβληθεῖσα ἐνδεχομένως παρ' αὐτοῦ αἴτησις περὶ ἀπαλλαγῆς τοῦ ἀπὸ τῆς θητείας δὲν δύναται εἰμὴ νὰ ἀπορριφθῇ ἄνευ περαιτέρω σκέψεων (15). Ἐπίσης, ἐν τῷ ὑπαλληλικῷ δικαίῳ, δοθέντος ἂφ' ἑνὸς μὲν τοῦ νομικοῦ κανόνος ὅτι οἱ δημόσιοι ὑπάλληλοι ἐν γένει οἱ συμπληρώσαντες τὸν κατὰ νόμον χρόνον ὑπηρεσίας κέκτηνται δικαίωμα ὠρισμένης συντάξεως, ἂφ' ἑτέρου δὲ τῆς εἰδικῆς περιπτώσεως ὅτι ὑπάλληλός τις ἀφυπηρέτησε μετὰ τὴν συμπλήρωσιν τοῦ ρηθέντος χρόνου ὑπηρεσίας, ἔπεται κατ' ἀνάγκην—καὶ ἀσχέτως οἵαςδήποτε ἀπόψεως πρὸς δημοσιονομικοὺς ἢ ταμιευτικοὺς συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως—ὅτι ὁ ὑπάλληλος οὗτος δικαιούται ὅπως τύχη τῆς ἐν λόγῳ συντάξεως. Ἐπομένως ἡ περὶ ἀπονομῆς αὐτῆς αἴτησις τοῦ δὲν δύναται εἰμὴ νὰ γίνῃ δεκτὴ, ἄνευ περαιτέρω σκέψεων (16).

Καὶ ἀντιστρόφως ὑπάρχουσιν ἐν τῇ δικαστικῇ λειτουργίᾳ πολυάριθμοι ἤδη περιπτώσεις—καίπερ μὴ ἀποτελοῦσαι τὸν κανόνα—καθ' ἃς ἡ σκέψις τοῦ δικαιοδοτοῦντος βαίνει περαιτέρω μετὰ τὴν συναγωγὴν τοῦ πορίσματος τοῦ πρώτου κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ, αἰσθανομένη τὴν ἀνάγκην περαιτέρω συλλογιστικῆς ἐργασίας, εἴτε ἐξειδικεύουσα καὶ συγκεκριμένως διατυποῦσα τὴν μείζονα πρότασιν ἐν νέοις συλλογισμοῖς εἴτε παρενείρουσα νέας διαμέσους προτάσεις—κρίσεις κλπ. Αὗται ἀκριβῶς εἶναι αἱ περιπτώσεις, καθ' ἃς ὁ νομοθέτης ἔχει ἠθελημένως παράσχει εἰς τὸν δικαστὴν πλαίσιον τι «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως». Ὡστε τὸ στοιχεῖον τῆς «διακριτικῆς εὐχερείας», μακρὰν ἀπὸ τοῦ νὰ δύναται νὰ χρησιμεύσῃ ὡς κριτήριον διαστολῆς μεταξὺ τῆς διοικητικῆς καὶ τῆς δικαστικῆς λειτουργίας, ὡς οἱ ἐν τῇ ὑποσημ. 14 ἀναφερόμενοι ἄλλοδαποὶ συγγραφεῖς ἠθέλησαν νὰ ὑποστηρίξωσιν, εὔρηται ἁπλῶς ἀνίσως κατανεμημένον παρ' ἑκατέρᾳ τῶν κρατικῶν τούτων λειτουργιῶν. Ἡ δικάζουσα πολιτεία κατ' ἐξαίρεσιν μόνον κρίνει κατ' εὐχέριαν, ἐνῶ τοῦναντίον ἡ διοικοῦσα πολιτεία δρᾷ κατ' εὐχέριαν κατὰ γενικὸν κανόνα καὶ εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων, καθ' ὅσον αὕτη αὕτη ἡ διοικητικὴ νομοθεσία ἔχει παράσχει εἰς τὰ οἰκεία ὄργανα τὴν πρὸς τοῦτο ὥθησιν. Ἀκριβὲς δ' ἐννοιολογικὸν γνῶρισμα διαστέλλον ἀπὸ τῆς διοικητικῆς λειτουργίας τὴν δικαστικὴν ἀποτελεῖ οὐχὶ ἡ παρὰ τῇ τελευταίᾳ ταύτῃ πλήρης νομικὴ δέσμευσις—ἀνταποκρινομένη, ὡς εἴρηται, ἁπλῶς πρὸς τὸ συνήθως συμβαῖνον—ἀλλὰ τὸ κατὰ τὰ παραδεδεγμένα (17) προσιδιάζον ταύτῃ οὐσιαστικὸν στοιχεῖον : ἡ μετὰ δυνάμεως δεδικασμένου το μ ἡ δ ι κ α ί ο υ, ἐν ἄλλοις λόγοις ἡ ἐπίλυσις τῶν μεταξὺ

15) Ἀρθρ. 1 καὶ 54 τοῦ διατ. τῆς 28 Φεβρ. 1930 «περὶ κωδ. τῶν νόμων περὶ στρατολογίας».

16) Διάτ. τῆς 31 Ὀκτωβρ. 1935 [505] «περὶ ἀπονομῆς πολιτικῶν καὶ στρατιωτικῶν συντάξεων».

17) Ἐχομεν πάντοτε ὑπ' ὄψιν τὴν κλασσικὴν πολιτειολογικὴν σχολήν : Πρβλ. G. Jellinek, Allg. Staatslehre (ἔκδ. W. Jellinek, 1929), σελ. 610, καὶ τοὺς μετέπειτα συμπληρώσαντας καὶ ὁλοκληρώσαντας τὴν διδασκαλίαν τοῦ περὶ ἐννοιολογικῆς σχέσεως μεταξὺ τῆς διοικητικῆς καὶ τῆς δικαστικῆς λειτουργίας.

τῶν καθ' ἕκαστα προσώπων ἀναφυομένων νομικῶν διαφορῶν καὶ ὁ κολασμὸς τῶν ποινικῶν ἀδικημάτων.

Αἱ δυνάμει εἰδικῶν διατάξεων καθιερούμεναι περιπτώσεις γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐπληθύνθησαν ἰδίᾳ παρὰ ταῖς νεωτέραις νομοθεσίαις. Ἡ δὲ ὁμῶς παρὰ ρωμαίοις εὑρεται ἱκανὸς ἀριθμὸς τοιούτων περιπτώσεων. Ὁ δικαστὴς εἶχεν ἔκτοτε ἀρμοδιότητα ὅπως ἐνεργήσῃ κατ' ἐλευθέραν ἐκτίμησιν ἐν τῇ περὶ διανομῆς π.χ. κοινοῦ πράγματος δίκη ἢ ὅπως δικάσῃ κατὰ κρισιν εὐλόγον (arbitrium boni viri) ἐν ὁρισμέναις κληρονομικαῖς ἢ ἐνοχικαῖς διαφοραῖς.

Πράγματι, ἐν τῇ ἐκδικάσει τῆς περὶ διανομῆς ἐπικοίνου ἀγωγῆς (actio communī dividundo) ὁ δικαστὴς ἐκέκτητο ἤδη κατὰ τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον εὐρυτάτην εὐχέρειαν. Μόνον ὑπὸ τῶν μεταξὺ τῶν διαδίκων συνομολογηθέντων ἐδεσμεύετο (¹⁸). Κατὰ τὰ λοιπὰ ἡδύνατο, σταθμίζων κατ' ἐκτίμησιν τοὺς ἐν ἑκάστη συγκεκριμένῃ περιπτώσει συντρέχοντας ὅρους, τὸ μέγεθος π.χ. τῶν ἐξ ἀδιαιρέτου μερίδων, τὴν τοποθεσίαν τοῦ ἀκινήτου, τὰς μεταξὺ τῶν κοινω- νῶν περιουσιακὰς ἐν γένει σχέσεις, τὰς ἀνάγκας καὶ τὰ συμφέ- ροντα (¹⁹) ἑκάστου ἐξ αὐτῶν καὶ τοὺς λοιποὺς μυρίους νομίμους συντελε- στὰς τῆς κρίσεως αὐτοῦ, εἴτε νὰ προβῇ εἰς ὑλικὸν τοῦ πράγματος διαχωρι- σμὸν εἴτε νὰ ἐπιδικάσῃ τὸ πρᾶγμα εἰς τινὰς τῶν συγκυρίων, ὑποχρεῶν τού- τους ὅπως παράσχωσιν εἰς τοὺς λοιποὺς ἀναλόγους παροχάς, εἴτε νὰ ἐκπλει- στηριάσῃ τὸ κοινόν, διανέμων εἰς τοὺς συνιδιοκτῆτας τὸ τίμημα κλπ. (²⁰).

18) Dig. 10.3.3.1 : «Si quid ipsi inter se pepigerunt, id in primis iudex servare debet». D. 10.3.13, D. 10.3.21 : «judicem quod malint litigatores sequi convenit».

19) D. 10.3.21 : «quod omnibus utilissimum est».

20) Cod. 3.37.3. Πρβλ. καὶ νῦν ἀρθρ. 799 καὶ 1884 ἐπ. (διανομή κλήρου) τοῦ ἀστ. κώδ. καὶ τὰς οἰκείας διατάξεις τῆς πολιτ. δικον. Καὶ σήμερον δέσμευσις ἐκ τοῦ νόμου δὲν ὑφίσταται. Ἡ ὑποχρέωσις τοῦ δικαστηρίου ὅπως ὑπεῖκη πολλάκις εἰς τὴν τεχνικὴν κρίσιν τῶν ἐμπειρογνομόνων (Ἀρ. Π. 186 τοῦ 1933 ἐν Θέμ. ΜΔ' σελ. 387, ἐφ. Αἰγ. 47 τοῦ 1935 ἐν Θέμ. ΜΓ' σελ. 787) δὲν ἐπιδρᾷ, ὡς εἰκός, ἐπὶ τοῦ χαρακτη- ρος τῆς δικαστικῆς διανομῆς ὡς ἐνεργείας κατ' εὐχέρειαν, διότι καὶ ἡ πραγματογνω- μοσύνη δὲν εἶναι εἰμὴ φάσις τις τῆς ὅλης διαδικασίας, οἱ δ' ἐμπειρογνώμονες ἐπίκου- ροι οὕτως εἰπεῖν τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Ἡ πλειονό- της λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων ὑφίσταται πάντοτε, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἐκ τοῦ νόμου δέσμευσιν, τὴν ἐμφανιζομένην εἰς τὰς μορφὰς τῆς δικαιοδοσίας τὰς ἀντιστοιχοῦσας εἰς τὸν τύπον τοῦ ἀπλοῦ κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ (ὡς π.χ. εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἀρθρῶν 660, 700, 703, 709 § 2, 722, 1020, 1045-1050, 1138-9, 1186, 1328 καὶ πλεί- στας ἄλλας τοῦ ἀστ. κώδ.).

Ὁ Laun ἐντούτοις ἐν Das freie Ermessen κλπ., σελ. 37-38, 55-56, 58, 258, δὲν ἀναγνωρίζει γνησίαν διακριτικὴν εὐχέρειαν εἰς τὸν δικαστὴν ἐν τῇ ἐκδικάσει τῆς περὶ διανομῆς κοινοῦ πράγματος ἀγωγῆς. Ὁ W. Jellinek, Gesetz κλπ., ἐρευνᾷ τὸ ζήτημα ἐν σελ. 53 καὶ 194. Ἡ ἐκδοχὴ τοῦ Laun ὀφείλεται εἰς γενικωτέραν αὐτοῦ ἀντίληψιν, καθ' ἣν εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων (ἐξαιρουμένων δηλαδὴ ὀλιγα- ρίσμων τινῶν θεμάτων, καθ' ἃ αἱ διατάξεις τοῦ ἀστ. δικαίου καὶ τῆς πολιτ. δικον. παρέχουσι πράγματι, ὡς λέγει, εἰς τὸν δικαστὴν ἐλευθεριώτερον χειρισμὸν τῆς «ἐκτι-

Ὡσαύτως ἐν κληρονομικῇ τινι π.χ. διαφορᾷ, ἐν ἣ περιπτώσει ὁ τρίτος, εἰς ὃν ὁ διαθέτης εἶχεν ἀναθέσει ὅπως ὀρίσῃ κατὰ τὴν εὐλογον αὐτοῦ κρίσιν τὰ πρόσωπα τῶν ἐγκαταστάτων ἢ τὸ μέγεθος τῶν κληρονομικῶν μερίδων κλπ. (21), ἐνήργει αὐθαιρέτως, ἡδύνατο καὶ κατὰ τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον ὁ δικαστής, ὑποκαθιστῶν τὴν κρίσιν αὐτοῦ εἰς τὴν τοῦ τρίτου, νὰ καθορίσῃ κατ' ἐκτίμησιν, κατὰ γνησίαν δηλαδή διακριτικὴν εὐχέρειαν, τοὺς κληρονόμους ἢ τὰς μερίδας, ἀναλόγως τῶν ἀναγκῶν ἐκάστου τῶν προσκειμένων τῷ διαθέτῃ προσώπων, τοῦ βαθμοῦ τῆς συγγενείας καὶ τῆς στενότητος τῶν μετὰ τοῦ διαθέτου σχέσεων, ἢ καὶ νὰ καλέσῃ εἰς τὴν κληρονομίαν φιλανθρωπικὰ ἰδρύματα, κατὰ τὴν πιθανολογουμένην τοῦ διαθέτου βούλησιν ἢ καὶ τὰς ἰδίας αὐτοῦ περὶ οὐσιαστικοῦ δικαίου ἀντιλήψεις καὶ ἀρχὰς καὶ ἐν γένει νὰ ἐνεργήσῃ κατ' ἐλευθέραν ἐκτίμησιν ἐπὶ τῇ βάσει ἀπειραρίθμων τῆς κρίσεως αὐτοῦ νομίμων συντελεστῶν.

Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον, ὁσάκις ἐν ἐννόμῳ τινὶ σχέσει τοῦ ἐνοχικοῦ δικαίου εἶχεν ἀνατεθῇ εἰς τὴν «εὐλογον κρίσιν» τρίτου ὁ προσδιορισμὸς τῆς ὑποχρεώσεως τοῦ ὀφειλέτου, ὁ δὲ τρίτος ἀπεφάσιζεν αὐθαιρέτως ἢ ἀπείχε τοῦ προσδιορισμοῦ, εἶχεν ὁ δικαστής ἀρμοδιότητα νὰ καθορίσῃ τὸ ὀφειλόμενον κατ' ἰδίαν αὐτοῦ δικανικὴν ἐκτίμησιν (22).

Περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ ἔργῳ τοῦ ποινικοῦ δικαστοῦ.— Ἐν τῷ ποινικῷ δικαίῳ παράδειγμα ἐνεργείας τοῦ δικαστοῦ κατ' ἐλευθέραν ἐκτίμησιν ἀποτελεῖ παλαιόθεν ἡ ἐντὸς τῶν ὀρίων τοῦ νόμου ἐπιμέτρησης τῆς ἐπιβλητέας εἰς τὸν ἐγκληματίαν ποινῆς (23). Ἡ ἐνέργεια αὕτη τοῦ δι-

μήσεως αὐτοῦ, ὠθοῦσαι αὐτὸν πρὸς ἀπόψεις «δημοσίου συμφέροντος» : ὄρα σελ. 38, ἐν ἀρχῇ), ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις δὲν εἶναι γνησία «ἐλευθέρα ἐκτίμησις» (freies Ermessen). Καθ' ἃ θέλομεν καὶ ἐν τοῖς ἐπομένοις ἐκθέσει, ὁ χαρακτήρ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως κατ' οὐδὲν κατ' οὐσίαν διαφέρει τῆς οἰαςδήποτε μορφῆς διακριτικῆς εὐχερείας, εἴτε παρὰ διοικητικῶν ἀρχῶν ἀσκουμένης εἴτε ἐλευθεριώτερον κατ' ἄλλας περιπτώσεις χειριζομένης παρὰ δικαστῶν (κατὰ τὰς παρατηρήσεις τοῦ Laun). Δὲν πρόκειται περὶ δύο διαφορῶν νομικῶν ἐννοιῶν. Ἡ φύσις τῆς ἀρμοδιότητος εἶναι ἡ αὐτή : ἡ δυνατότης ἐκλογῆς μετὰ πλειόνων λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων. Μόνον ὡς πρὸς τὰς σταθμιστέους ἐκάστοτε συντελεστές, συχνὰ δὲ καὶ ὡς πρὸς τὴν ἔκτασιν τοῦ πλαισίου, ἐντὸς τοῦ ὁποίου ἀσκεῖται, καὶ ὡς πρὸς τινὰ ἄλλα σημεία, διαφέρει ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως : Ὅρα κατωτ. ἐν τῷ κειμένῳ, ἐν § 2.

21) D. 31.1.1 : «Placeat in testamentis...». Βασ. 44.2.1 : «δοκεῖ δοκιμασίᾳ ἀνδρὸς ἀγαθοῦ...».

22) Πρβλ. νῦν ἀνάλογον διάταξιν ἐν ἄρθρῳ 371 τοῦ ἀστ. κώδ.

23) Seuffert, Ueber richterliches Ermessen, σελ. 8 ἐπ., Zitelmann, Lücken im Recht, 1903, σελ. 30 ἐπ., Kiss, Billigkeit und Recht, ἐν τῷ γ' τόμῳ τοῦ Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, σ. 549, Oertmann, Freies und unfreies Ermessen, ἐνθ' ἄνωτ., στήλαι 187 καὶ 189, Fr. Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, σελ. 2, Waline, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, ἐν Revue du droit public, τόμ. 47 (1930) σελ. 202, W. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung κλπ. σελ. 193, τοῦ αὐτοῦ VerwR., σελ. 38 ἐν τῇ β' ἐκδ. (1929), K. Friedrichs, Ermessen, ἐν Handwörterbuch der Rechtswissenschaft τῶν Stier-Somlo καὶ A. Elster, τόμ. β' (1927) σελ. 337, Giraud, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 204, Michoud, Étude

καστοῦ χωρεῖ προκειμένου περὶ ποινῆς σχετικῶς ἀπλῶς ἐν τῷ νόμῳ ὠρισμένης. Οἱ σύγχρονοι μάλιστα ποινικοὶ κώδικες ἀκολουθοῦσι πολὺ συχνότερον τὸ σύστημα τοῦτο τῶν σχετικῶς ὠρισμένων ποινῶν, καθορίζοντες εἴτε τὸ ἀνώτατον ὅριον ποινῆς τινος ὠρισμένου εἵδους ⁽²⁴⁾ εἴτε τοῦναντίον τὸ κατώτατον ὅριον αὐτῆς ⁽²⁵⁾ εἴτε ἀμφότερα τὰ ὅρια ταῦτα ⁽²⁶⁾ εἴτε ἀπλῶς τὸ εἶδος τῆς ποινῆς ⁽²⁷⁾ εἴτε τέλος διαζευκτικῶς δύο εἶδη ποινῶν, μεταξύ τῶν ὁποίων ἐκλέγει κατ' ἐκτίμησιν ὁ δικαστής ⁽²⁸⁾. Ἐν ἐκάστη συγκεκριμένη περιπτώσει «ἐξατομικεύει» τοιουτοτρόπως ὁ δικαστής κατ' εὐχέρειαν—καὶ ἐντὸς τῶν ὁρίων τοῦ νόμου—τὴν ποινὴν, σταθμίζων ἐλευθέρως τὸν βαθμὸν τῆς ὑπαιτιότητος τοῦ ἐγκληματίου, τὴν ψυχικὴν καὶ ἡθικὴν αὐτοῦ προσωπικότητα, τὰς περιστάσεις ὑφ' ἃς ἐτελέσθη τὸ ἀδίκημα, τὰ τυχόν συντρέχοντα ἐλαφρυντικά—χωρὶς μάλιστα νὰ παρίσταται, ὡς γνωστόν, ἀνάγκη νὰ καθορίζονται ἐκάστοτε ταῦτα κατὰ τρόπον δεσμευτικὸν ὑπὸ τῆς σχετικῆς διατάξεως τοῦ ποινικοῦ νόμου—τὴν πιθανὴν ἐπίδρασιν τῆς ποινῆς ἐπὶ τῆς ἡθικῆς ὑποστάσεως τοῦ ἐγκληματίου, τὴν ἀνάγκην τοῦ παραδειγματισμοῦ, τὴν ἀποψιν τῆς προστασίας τῆς ἐννόμου τάξεως, τοὺς ἐν γένει ἐν ἐκάστη ὑποθέσει εἰδι-

sur le pouvoir discrétionnaire, ἐν *Revue générale d'administration* 1915 (I) σελ. 25. Παρ' ἡμῖν Δ. Παπασταθόπουλος, *Θέματα διοικ. δικον. δικ.* (β' : Διοικ. δικαιοδοσία), 1932, σελ. 88 σημ. 28.

Τοῦναντίον ὁ Herrnritt, *Grundlehren* κλπ. σελ. 292 σημ. 1, ὁ Otto Mayer, *Dt. VerwR.*, τόμ. α', ὁ H. Mannheim, *Beiträge zur Lehre von der Revision*, 1925, σ. 178 ἐπ., ὁ Ottmar Bühler, *Die subjektiven öffentl. Rechte*, 1914, σ. 34—ἐσφαλμένως (πρβλ. κατωτ. σημ. 29) ὑπολαμβάνων ἓνα μόνον συντελεστὴν οὐσιαστικῆς κρίσεως ὡς νόμιμον («denn er darf dabei nichts anderes [!] berücksichtigen als die Schwere der Schuld»)—ὁ Laun, *Das fr. Erm.* σελ. 24, 28 σημ. 1, 55, 57, 258 καὶ ἐκ τῶν νεωτέρων ὁ Drost, *Ermessen des Strafrichters*, 1930, σελ. 43 ἐπ., παρ' ἡμῖν δ' ὁ Μ. Στασινόπουλος, *Ὁ ἐλεγχος τῆς διακρ. ἐξ. τῆς διοικήσεως*, 1939, σελ. 26-28, ἀμφισβητοῦσιν ὅτι ἡ ἐνέργεια αὕτη τοῦ ποινικοῦ δικαστοῦ χωρεῖ κατὰ γνησίαν διακριτικὴν εὐχέρειαν αὐτοῦ. Τοῦ Rudolf Laun ἀπηχεῖται ἐν προκειμένῳ ἡ ἐν γένει περὶ richterliches Ermessen ἄκρως διστακτικὴ ἀντίληψις, περὶ ἧς ἀνωτ. ἐν τέλει τῆς σημ. 20. Τὸ ζήτημα ἐξετάζεται καὶ ὑπὸ Stier-Somlo, *Das freie Erm.* ἐν τῇ τιμητικῇ ἐκδόσει ὑπὲρ P. Laband (ἐνθ' ἀνωτ.) τόμ. β', 1908, σελ. 457-458 καὶ ὑπὸ Ulrich Scheuner, *Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens*, ἐν τῷ 33ῳ τόμῳ (1928) τοῦ *Verwaltungsarchiv*, σελ. 81 καὶ 90, ἐνθα πρβλ. περίπτωσιν ἐλέγχου τοῦ γερμανικοῦ ἀκυρωτικοῦ—οὔτινος ἀποφάσεις ἀναφέρονται ἐν σημ. 49—ἐπὶ τῆς νομιμότητος τῶν ὑπὸ τοῦ ποινικοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας σταθμισθέντων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως. Πρβλ. καὶ ἡμετέρας πανεπιστημιακὰς παραδόσεις ἐν Ἑφημ. ἐλλ. νομικῶν, 1944, σελ. 59 σημ. 7.

24) Πρβλ. ἄρθρ. 134 τοῦ παρ' ἡμῖν ποιν. κώδικος.

25) Ἄρθρ. 130.

26) Ἄρθρ. 447.

27) Ἄρθρ. 374.

28) Ἄρθρ. 448. Παράδειγμα διαζευκτικῶς καθωρισμένης παρὰ ρωμαίοις ποινῆς, ἐπιβαλλομένης κατὰ τῶν παραβαινόντων τὰς ἐναντι τοῦ πατρωνος καὶ τῆς οἰκογενείας του ὑποχρεώσεις αὐτῶν ἀπελευθέρων ἀναφέρει ὁ Stier-Somlo, *Das fr. Erm.* ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 475.

κοὺς ὅρους καὶ τοὺς λοιποὺς μυρίους νομίμους συντελεστάς τῆς κρίσεως αὐτοῦ (29).

Πολυάριθμοι περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτίμησης ἐν τῷ νεωτέρῳ ἰδιωτικῷ δικαίῳ.—Οἱ σχετικῶς νεώτεροι θεσμοὶ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου καθιέρωσαν πολυάριθμοτέρας ἢ παρὰ ρωμαίοις εἰδικὰς πρὸς τὸν δικαστὴν ἐξουσιοδοτήσεις ὅπως οὗτος, ὑφ' ὠρισμένας νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις, προκρίνη τὴν δικαιοδοτικὴν λύσιν κατ' ἰδίαν ἐκτίμησιν. Εἰς τοὺς κατὰ χώρας ἁστικοὺς ἰδίᾳ κώδικας τοῦ μεσοῦντος αἰῶνος συναντᾷ τις συχνὰ τὰς φράσεις «κατὰ τὸ ἴσον καὶ τὸ δίκαιον», «κατ' εὖλογον κρίσιν», «κατὰ τὰς ἀρχὰς τῆς ἐπιεικειᾶς» ἢ ἄλλας παρεμφερεῖς, παρεχούσας εἰς τὸν δικαστὴν ἀρμοδιότητα νὰ ἐξαρθήσῃ ἐκ τῆς ἰδίας αὐτοῦ κρίσεως—ἐντὸς πάντως τῶν ὁρίων τοῦ νόμου—τὴν μορφήν ἐπιλύσεως τῆς διενέξεως «ἀναλόγως τῶν περιστάσεων» καὶ ἐν γένει κατὰ τὴν ἰδίαν αὐτοῦ «δικανικὴν ἐκτίμησιν» ἢ ἄλλως ἐχούσας τὸ σαφὲς νόημα—ἀνεξαρτήτως τῶν χρησιμοποιουμένων ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ἐκφράσεων—ὅτι ἐπαφίενται ἐντὸς ὠρισμένου πλαισίου εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν τοῦ νόμου ὥς πρὸς τὴν ἐκλογὴν τῆς «δικαιοτάτης» ἀποφάνσεως.

Εἶναι μάλιστα ἄξιον παρατηρήσεως ὅτι ἡ ἀναντίρρητος καὶ ἐκδηλος αὕτη τάσις τοῦ νεωτέρου θετοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἀκολουθεῖ ἐν τῷ ζητήματι τούτῳ τῆς εὐρύνσεως τῶν δικαιωμάτων τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου κατεύθυνσιν *de lege ferenda* ἀντικρὺς ἀντίθετον ἐκείνης, ἣτις ἤδη ἀπὸ ἱκανῶν δεκαετηρίδων ἰθύνει τὸ δημόσιον δίκαιον, ἰδίᾳ δὲ τὸ σύγχρονον διοικητικὸν δίκαιον. Ἐνῷ δηλαδή ἡ νεωτέρα διοικητικὴ νομοθεσία τείνει εἰς τὸ νὰ περιορίσῃ κατὰ τὸ δυνατόν τὴν ἄλλοτε εὐρυτάτην εὐχέρειαν τῆς δράσεως τῆς δημοσίας διοικήσεως, πληθύνουσα ἐπὶ μᾶλλον καὶ μᾶλλον τὰς περιπτώσεις τῆς «ὀφειλομένης νομίμου ἐνεργείας»—διότι εἰς τοῦτο ἀκριβῶς συνίσταται ἐν τῶν θεμελιωδεστάτων αἰτημάτων τῆς συγχρόνου «δικαιοκρατουμένης πολιτείας» («*Rechtsstaat*») (30)—τοῦναντίον τὸ νεώτερον ἁστικὸν δίκαιον παρέχει ἐπὶ πολυπληθεστέρων ὁλονὲν περιπτώσεων εὐρεῖαν εὐχέρειαν εἰς τὸν δικαστὴν ἐν τῇ ἀπονομῇ τῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης. Δὲν πρέπει ἐκ τούτου νὰ

29) Περὶ τούτων πρβλ. E. Kohlrausch, *Strafrecht*, ἐν τῷ ἀνωτέρῳ μνημονευθέντι *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, τόμ. 5, σελ. 770-771. Καὶ παρ' ἡμῖν ὅρα καὶ τὰς ρητὰς διατάξεις τοῦ ποινικοῦ δικαίου, καθιερούσας τοὺς ποικίλους σταθμιστέους ἐν τῇ ἐπιμετρήσει τῆς ποινῆς νομίμους συντελεστάς οὐσιαστικῆς κρίσεως. Π. χ. ἄρθρ. 108 τοῦ ποιν. νόμου («καὶ τὴν ιδιότητα τοῦ πράξαντος», «ἀφοῦ λογισθῶσιν ὅλαι αἱ περιστάσεις», «ἔργον τοῦ δικαστηρίου εἶναι νὰ ὑποφασίσῃ τὸ προσφορώτερον»· ἡ τελευταία μάλιστα ἐκφρασις προσιδιάζει κατ' ἐξοχὴν εἰς τὴν γνησίαν ἔννοιαν τῆς διακριτικῆς εὐχερείας). Ἰδὲ καὶ Δημοσθ. Τζιβανοπούλου, ἐν «Θέμιδι» ΙΓ', σελ. 407, ἔνθα καὶ ἡ Ἀρ. Π. 116 τοῦ 1905, ὁ Ι. Πετροπούλου, *Τὸ μέτρον τῆς ποινῆς*, ἐν Ἐφ. ἑλλ. γαλλ. νομολ. (Μπαλάνου), ΛΗ' σελ. 44, καὶ τὰς οἰκείας παραγράφους τῶν ἡμεδαπῶν Τ. Ἡλιοπούλου, Σύστ. ἑλλ. ποιν. δικ. τόμ. α', 1923, καὶ Κ. Κωστή, Ἐρμ. τοῦ ἐν Ἑλλάδι ἰσχύοντος ποιν. νόμου (ἔκδ. Ἀ. Μπουροπούλου, 1926) τόμ. α'.

30) Ἀντὶ παντὸς ἄλλου πρβλ. W. Jellinek, *VerwR.*, § 5, III, 4 (σελ. 256 ἐν α' τόμῳ τῆς ἑλλ. ἐκδ. 1939).

εἰκάσῃ τις ὅτι ἡ ἀναλογία τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν σχέσει πρὸς τὴν δεσμευμένην δικαιοδοτικὴν ἀρμοδιότητα θέλει ἐν προσεχεῖ μέλλοντι προσεγγίσει τὴν ἀναλογίαν τῆς διακριτικῆς εὐχερείας ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις τῶν «ὀφειλομένων νομίμων ἐνεργειῶν» ἐν τῇ δράσει τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν (³¹). Ἡ ἐκτεθεῖσα νομοθετικὴ κατεύθυνσις δὲν εἶναι εἰς τοιοῦτον βαθμὸν ἰσχυρά. Ὁ κανὼν παραμένει πάντοτε ἰσχύων ὑπὸ ἀντίθετον ἔννοιαν, καθ' ὅσον τοῦτο ἐπιβάλλει, ὡς εἴρηται, τὸ ἀντικείμενον ἐκατέρας τῶν περὶ ὧν ὁ λόγος λειτουργιῶν τῆς πολιτείας. Πάντως ὅμως θὰ ἡδύνατό τις νὰ εἴπῃ ἤδη ὅτι τὸ σύγχρονον δίκαιον ἔχει ἀποβάλλει τὴν διστακτικότητα τῆς παλαιότερας νομοθεσίας ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν ἔκτασιν τῶν δικαιωμάτων τοῦ δικαιοδοτοῦντος καὶ τοὺς περὶ «αὐθαιρεσίας» αὐτοῦ συναφεῖς φόβους καὶ ὅτι θεωρεῖ νῦν τὸν δικαστὴν ἄξιον μεζονος ἐμπιστοσύνης ἐν σχέσει πρὸς τὸν εὐστοχὸν χειρισμὸν εὐρυτέρου τινὸς πλαισίου ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως. Οὕτω δ' ἡ κοινωνικὴ ἰδίᾳ ἀποστολὴ τοῦ πολιτικοῦ δικαστοῦ κρατύνεται ἐπὶ μᾶλλον καὶ μᾶλλον ἐν τῷ νεωτέρῳ δικαίῳ, καθ' ἃ καὶ κατωτέρω εἰδικώτερον ἐκτεθήσεται.

Ὁ ἑλληνικὸς ἀστικὸς κώδιξ δὲν ἔλλειψεν ἀπὸ τοῦ νὰ ἀκολουθήσῃ τὴν κατὰ τὰ λεχθέντα διεθνῶς κρατοῦσαν νομοθετικὴν κατεύθυνσιν, ἐφ' ὧν μάλιστα ἀντικειμένων ἐδανείσθη οὗτος ἐκ νεωτέρων ξένων κωδίκων διατάξεις ρυθμιζούσας περιπτώσεις, καθ' ἃς ἔχει θεωρήσει σκόπιμον ἢ παρ' ἄλλοδαποῖς νομοθεσία νὰ παράσχῃ εἰς τὸν δικαστὴν εὐχέριαν κρίσεως. Ἐπὶ ἄλλων μὲν ἐκ τῶν ρηθέντων θεμάτων εἶχον ἐν τῷ σημείῳ τούτῳ προλάβει τὸν κώδικα προγενέστεροι ἀστικοὶ ἡμῶν νόμοι τῶν τελευταίων δεκαετηρίδων (³²), ἐπὶ ἄλλων δὲ τοῦναντίον ὁ κώδιξ πρῶτος εἰσήγαγε νέαν περίπτωσιν δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Πλεῖστα ὅσα τῶν ἀντικειμένων τούτων τοῦ κώδικος τελοῦσιν ἐν συναρτήσῃ πρὸς ἄκρως λεπτὰ ζητήματα *privatissima*, μὴ περιοριζόμενα εἰς διενέξεις ἐπὶ περιουσιακῶν ἀπλῶς ἐννόμων σχέσεων, ἀλλ' ἀναφυόμενα ἐν τῇ οἰκογενειακῇ αὐτόχρημα ζωῇ. Θὰ ὑπάρξωσιν ἐν τῇ ἐφαρμογῇ πολυάριθμοι περιπτώσεις, καθ' ἃς ὁ πολιτικὸς δικαστὴς θέλει καταστή, δυνάμει προσφάτων ἤδη νομοθετικῶν διατάξεων, ὁ ρυθμιστὴς τῆς ἐν δεδομένη στιγμῇ λειτουργίας τῆς ἑλληνικῆς οἰκογενείας. Θέλει κληθῇ οὗτος νὰ ἀποφανθῇ, φέρ' εἰπεῖν, ἂν σκοπούμενός τις παρ' ἀνηλίκου γάμος τυγχάνῃ σ υ μ φ έ ρ ω ν εἰς αὐτὸν καὶ θέλει ἐνδεχομένως ἀναπληρώσει δι' ἰδίας αὐτοῦ ἀποφάσεως («ἀδείας») τὴν πρὸς σύναψιν τοῦ γάμου τούτου ἀπαιτουμένην συναίνεσιν ταῦ ἀσκοῦντος τὴν πατρικὴν ἐξουσίαν (³³), κατὰ τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν αὐτοῦ

31) Ὡς προοιωνίζεται ἰδίᾳ Ad. Merkl, Allg. VerwR., 1927 § 10, σελ. 146.

32) Πρβλ. φέρ' εἰπεῖν τοὺς κατὰ τὸν νόμον 2228 τοῦ 1920 σχετικοὺς λόγους διαζυγίου.

33) Ἀστ. κώδ. 1352. Ὅρα καὶ ἀρθρ. 9 τοῦ σχεδ. τῆς συντακτ. ἐπιτρ. («Σχέδ. ἀστ. κώδ.», Οἰκογ. δίκ., 1933, σελ. 286), ἣτις εἶχε τροποποιήσει τὰ σχετικὰ ἀρθρα τοῦ προσχεδίου τοῦ εἰσηγ. (ὄρα ταῦτα αὐτόθι, σελ. 66-67).

καὶ μετὰ στάθμισιν μυρίων ἡθικῆς τε καὶ ὑλικῆς φύσεως νομίμων συντελεσ-
 στῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως, π.χ. καὶ αὐτῆς τῆς καταστάσεως τῆς ὑγείας ἐκα-
 τέρου τῶν μελλονύμφων καὶ τῆς ὠριμότητος αὐτῶν ὅπως ἰδρῶσιν νέαν
 οἰκογένειαν καὶ τοῦ ἥθους τοῦ ἑτέρου μέρους καὶ τῆς πιθανῆς εἰλικρινείας
 καὶ ἀγνόητος τῶν προθέσεων του καὶ τῆς οἰκονομικῆς ἐπαρκείας ἑκατέρου
 καὶ τῆς προβλεπομένης σταθερότητος ἐνδεχομένου αἰσθηματικοῦ αὐτῶν δε-
 σμοῦ καὶ τοῦ βαθμοῦ τῶν σχέσεων αὐτῶν κλπ. ⁽³⁴⁾ Θέλει ἐπίσης κληθῆναι
 ἀποφανθῆναι ὁ δικαστὴς ἂν ἡ ἀσκησις φέρῃ εἰπεῖν τοῦ δικαιώματος πατρικῆς
 ἐξουσίας ἐπὶ τοῦ τέκνου ἐξικνεῖται ἐν δεδομένη περιπτώσει μέχρι κατὰ
 τὴν ἰσχύος ἐξουσίας τοῦ πατρὸς ⁽³⁵⁾—εἴτε ἐν γένει κατὰ τὴν ἀσκήσιν
 τῆς ἐπιμελείας ἐπὶ τοῦ προσώπου τοῦ τέκνου εἴτε εἰδικώτερον κατὰ τὴν λη-
 ψιν τῶν ἀπαιτουμένων σωφρονιστικῶν μέτρων—κατὰ τὴν «δικανικὴν ἐκτίμη-
 σιν» αὐτοῦ καὶ μετὰ στάθμισιν πλείστων ὅσων στοιχείων οὐσιαστικῆς κρί-
 σεως, οὐ μόνον δηλαδὴ τῆς καλῆς διαγωγῆς τοῦ πατρὸς ἐν τῇ κοινωνίᾳ καὶ
 τῇ οἰκογενείᾳ, ἀλλὰ καὶ αὐτοῦ τοῦ εὐεξάπτου ἢ τοῦναντίον ψυχραίμου χαρ-
 κτήρος τοῦ πατρὸς καὶ τοῦ δυσηγίου ἢ μὴ ἥθους τοῦ τέκνου καὶ τοῦ κοινω-
 νικοῦ καὶ οἰκογενειακοῦ περιβάλλοντος ἐν τῷ ὁποίῳ τοῦτο ἀναπτύσσεται,
 ἀκόμη καὶ τῆς λεπτοφυοῦς τυχόν κράσεως καὶ τῆς καταστάσεως τῆς ὑγείας του
 κλπ. Θέλει ἐπίσης ἐφεξῆς—τὸ πρῶτον ἤδη—ἀποφαίνεσθαι ὁ δικαστὴς «κατ’
 εὐλογον κρίσιν» ⁽³⁶⁾ ἂν βασίμως ἀδελφῇ ἢ ἀδελφὸς ἐνάγῃ αἰτούμενος διατρο-
 φήν, σταθμίζων πλείστους ὅσους συντελεστὰς δικανικῆς ἐκτιμῆσεως, ἀνεξαρ-
 τήτως τῶν ἐνδεικτικῶς ἐν τῷ γράμματι τοῦ νόμου διατυπωμένων, μάλιστα
 δὲ π.χ. καὶ αὐτὴν ἀκόμη τὴν πανθομολογουμένην εὐπορίαν τοῦ ἐναγομένου
 καὶ τὴν κοινωνικὴν θέσιν τῆς ἐναγούσης καὶ τὸ τυχόν εὐθραυστον τῆς ὑγείας
 τῆς καὶ τὸ εἶδος τῆς ζωῆς εἰς τὸ ὅποιον αὕτη εἶναι ἐξ οἰκογενειακῆς παραδό-
 σεως εἰθισμένη ἢ τὴν ἔλλειψιν πτυχίων ἅτινα ἤθελον καταστήσει δυνατὴν εἰς
 αὐτὴν τὴν ἐξέυρεσιν ἐργασίας «ἀναλόγου» πῶς πρὸς τὴν κοινωνικὴν τῆς θέ-
 σιν καὶ τὰς ἡθικὰς ἢ οἰκονομικὰς θυσίας εἰς τὰς ὁποίας αὕτη ἔχει τυχόν ὑπο-

34) Ἡ ἔκφρασις «συμφέρον» δὲν σημαίνει πάντοτε ἐν τῇ γλώσσῃ τοῦ δικαίου τὸ
 ἐν στενῇ ἐννοίᾳ οἰκονομικὸν συμφέρον. Ἡ ἐν ἄρθρῳ 1352 φράσις «ἐὰν ἐπιβάλλε-
 ται ἐκ τοῦ συμφέροντος τοῦ ἀνήλικου» δηλοῖ ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει «ἐὰν ὁ δικαστὴς
 ἔχῃ λόγους νὰ προβλέπῃ ὅτι εἰς τὸν γάμον αὐτὸν ὁ ἀνήλικος θὰ εἶναι εὐτυχής». Παρ’
 ὅλην π.χ. τὴν ἀναμφισβήτητον οἰκονομικὴν εὐρωστίαν τοῦ ἑτέρου μέρους, ὁ δικαστὴς
 θέλει ἀρνηθῆναι εἰς τὸν ἀνήλικον τὴν πρὸς γάμον ἀδειαν ἂν ἄλλοι ἡθικῆς φύσεως νό-
 μιμοι συντελεστὰι οὐσιαστικῆς κρίσεως καταλείπωσι πολλὰς εἰς αὐτὸν ἀμφιβολίας
 ἂν ὁ σκοπούμενος γάμος μέλλῃ τελικῶς νὰ ἀποβῇ ἐπ’ ἀγαθῷ τοῦ ἀνήλικου, τοῦναν-
 τίον δὲ δικαιολογῶσιν οὗτοι ἀπὸ πολλῶν ἀπόψεων τὸν ἀσκούντα τὴν πατρικὴν ἐξου-
 σίαν ἐν τῇ ἀρνήσει αὐτοῦ ὅπως παρὰ σῃ τὴν συναίνεσίν του.

35) Ἀστ. κώδ. 1502. Πρβλ. καὶ τὰ ἐν τῷ διαγράμματι τοῦ εἰσηγητοῦ ἀναφερό-
 μενα, ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. (Οἰκογ. δικ., 1933) σελ. 44.

36) Ἀστ. κώδ. 1492. Πρβλ. καὶ προσχ. εἰσηγ. ἄρθρ. 16 (σελ. 153) καὶ σχέδ.
 συντακτ. ἐπιτρ. ἄρθρ. 155 (σελ. 329), ἔνθα ὅμως ἡ ὑποχρέωσις διατροφῆς ἀδελφοῦ
 ἐσχοπεῖτο νὰ ρυθμισθῇ διαφοροτρόπως.

βληθῇ εἰς τὸ παρελθὸν χάριν τοῦ ἤδη πλουσίου ἐναγομένου καὶ αἵτινες ἐνδεχομένως ἤσκησαν ἀποφασιστικὴν ἐπίδρασιν εἰς βάρος τῆς εὐτυχίας τῆς ἐν τῇ ζωῇ κλπ. Θέλει ὡσαύτως ἐξακολουθήσει ἀποφαινόμενος ὁ δικαστὴς ἂν ὁ ὑπαιτιότητις τινος τῶν συζύγων λαβὼν χώραν κλονισμὸς ἐγγάμου σχέσεως εἶναι τόσον ἰσχυρός, ὥστε ἡ συνέχισις τοῦ γαμικοῦ δεσμοῦ καὶ τῆς συναφοῦς συμβιώσεως ἀποβαίνει διὰ τὸν ἕτερον σύζυγον «ἄφορητος» ⁽³⁷⁾, κινούμενος ἐλευθέρως ἐντὸς νομίμου τινὸς πεδίου δικανικῆς ἐκτιμήσεως ⁽³⁸⁾ καὶ σταθμίζων ἀναριθμήτους συντελεστὰς λελογισμένης οὐσιαστικῆς κρίσεως, ἵνα ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει συναγάγῃ, συμφώνως ἄλλως τε καὶ πρὸς τὰ μέχρι τοῦδε νενομολογημένα, ἂν αἱ πράξεις ἢ παραλείψεις τοῦ ὑπαίτιου ὥσι τοιαῦται, ὥστε τελικῶς προσβάλλουσι τὰς νομικὰς καὶ ἠθικὰς βάσεις, ἐφ' ὧν ἐδράζεται ἡ σχέση τοῦ γάμου ⁽³⁹⁾. Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον θέλει ἀποφαίνεσθαι πολλάκις ὁ δικαστὴς «κατ' ἐκτίμησιν», λαμβάνων ὑπ' ὄψιν μυρία ἐπίσης στοιχεῖα κρίσεως, ἂν ἀποφασίς τις τοῦ συζύγου ἐπὶ ζητήματος ἀφορῶντος εἰς τὸν συζυγικὸν βίον ἀποτελῇ ἐν δεδομένῃ περιπτώσει κατὰ χ ρ η σ ι ν δ ι κ α ι ὡ μ α τ ο ς τοῦ οἰκογενειάρχου ἔναντι ἰδίᾳ τῆς γυναικὸς ⁽⁴⁰⁾ κλπ.

Εὐχερῶς γίνεται ἀντιληπτὸν πόσον ἡ εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας ἐργασία τοῦ νοῦ τοῦ δικαιοδοτοῦντος διαφέρει τοῦ ἀπλοῦ κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ, βάσει τοῦ ὁποίου καταδικάζεται φέρ' εἰπεῖν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ εὐθέως καὶ ἄνευ περαιτέρω σκέψεων ὁ ἐκ δανείου ὀφειλέτης εἰς τὴν καταβολὴν τοῦ χρέους του ἢ ὁ χρησάμενος εἰς τὴν ἀπόδοσιν τοῦ πράγματος ἢ ὁ ἐντολεὺς εἰς τὴν πρὸς τὸν ἐντολοδόχον ἀπόδοσιν τοῦ ἀκριβοῦς ποσοῦ τῶν δαπανῶν, εἰς τὰς ὁποίας ὁ τελευταῖος οὗτος ὑπεβλήθη πρὸς κανονικὴν ἐκτέλεσιν τῆς ἐντολῆς ⁽⁴¹⁾.

Ἡ σημαντικὴ ἐν τῷ νεωτέρῳ δικαίῳ αὐξήσις τῶν ἀντικειμένων τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης, κυρίως δ' ἐπὶ τοσοῦτον λεπτῶν θεμάτων, καθιστᾷ ἔτι προφανέστερον τὸ βάσιμον τῆς συχνὰ ἐξενεχθείσης ἀρχῆς ὅτι ὁ δικαστὴς δὲν ἀρκεῖ, ἰδίᾳ σήμερον, νὰ τυγχάνῃ ἔγκριτος νομομαθής, ἀλλὰ δέον νὰ εἶναι ἐπιπροσθέτως—ἴσως δὲ μάλιστα κατὰ κύριον λόγον—εἰς ὑπέροχος κοινωνικὸς ἄνθρωπος, εἰς «ἄνθρωπος» ἐν τῇ

37) Ἀστ. κώδ. 1442. Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 6 τοῦ προσχ. τοῦ εἰσηγ. (ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 128) καὶ ἄρθρ. 109 τοῦ σχεδ. τῆς συντακτ. ἐπιτρ. (σελ. 315) καὶ ἀπόφ. ἀναθ. ἐπιτρ. ἐπὶ τοῦ διαγρ. (σελ. 59), ἐπίσης δὲ τὰς σχετικὰς συζητήσεις ἐν τοῖς πρακτικοῖς τῆς ἀναθ. ἐπιτρ. (σελ. 611 ἕως 613, 615, 618, 620, 621).

38) Κ. Τριανταφυλλοπούλου, ἐνθ' ἀνωτ., σελ. 611.

39) Πρβλ. μέχρι τοῦ ἀστ. κώδ. τὸ ἄρθρ. 5 τοῦ νόμ. 2228 τοῦ 1920 καὶ τὰς ἐν τῇ νομολογίᾳ πολυαριθμοτάτας περιπτώσεις ἐφαρμογῆς αὐτοῦ. Μεταξὺ πλείστων ἄλλων π.χ. Ἀρ. Π. 262 τοῦ 1928 ἐν «Θέμειδι» Μ' 1929, σελ. 97.

40) Ἀστ. κώδ. 1387. Ἰδὲ καὶ ἄρθρ. 2 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (αὐτόθι, σελ. 93) καὶ ἄρθρ. 48 τοῦ σχεδ. συντακτ. ἐπιτρ. (σελ. 298) καὶ διαγρ. εἰσηγ. (σελ. 24, 25, 27, 30), ἐπίσης δὲ ἀπόφ. ἀναθ. ἐπιτρ. ἐπὶ τοῦ διαγρ. (σελ. 57 §§ 29, 30) καὶ τὰς σχετικὰς συζητήσεις ἐν τοῖς πρακτικοῖς τῆς ἀναθ. ἐπιτρ. (σελ. 522 - 532, 535 - 537, 541 - 543, 547 - 555).

41) Ἀστ. κώδ. 722.

ὑψίστη δυνατῇ ἠθικῇ καὶ πνευματικῇ ἐννοίᾳ τῆς λέξεως. Ἡ τοιαύτη εὐρυνσις τοῦ πεδίου τῆς «ἐκτιμήσεως» αὐτοῦ ἐξυψοῖ, εἰ δυνατόν, ἔτι μᾶλλον τὸ ἔργον του καὶ ἐξευγενίζει ἔτι μᾶλλον τὴν ἀποστολὴν του ὡς «κριτοῦ». Ἐν τῇ ρυθμίσει ἠθικῆς φύσεως διενέξεων, ἐν τῷ διακανονισμῷ π.χ. τοῦ τρόπου ἐπιμελείας τοῦ προσώπου τέκνων εἰς ἀμφισβητουμένας περιπτώσεις καὶ τῶν ἄλλων δικῶν, τῶν ὁποίων ἀνωτέρω ἐμνημονεύσαμεν, εἶναι πρόδηλον ὅτι καθίσταται ἐπάναγκες ὅπως ὁ δικαστὴς κρίνῃ καὶ ἀποφασίζῃ ὄχι πλέον ἀπλῶς μὲ ἄκραν εὐσυνειδησίαν καὶ μὲ ἄψογον ἡθος, ἀλλ' αὐτόχρομα καὶ μὲ αἴσθημα —οὐ μόνον δὲ μὲ τὸ «αἴσθημα τοῦ δικαίου», ἀλλὰ καὶ μὲ βαθὺ ἀνθρώπινον αἴσθημα. Ἐπὶ πλέον ὁ πολιτικὸς δικαστὴς πρέπει νὰ ἔχῃ σήμερον, εἴπερ ποτὲ καὶ ἄλλοτε, εὐρεῖαν φιλοσοφικὴν καὶ κοινωνικὴν μόρφωσιν, ψυχολογικὴν ἱκανότητα καὶ βαθεῖαν ἀντίληψιν τῶν ἀνθρωπίνων πραγμάτων. Ὅφειλε νὰ ἐμπνευσθῇ τὰς λύσεις του ἐκ τῶν πορισμάτων τῆς κοινωνικῆς του πείρας καὶ δέον ὡς ἐκ τούτου νὰ γνωρίζῃ νὰ ἀρύηται θετικὰ διδάγματα ἐξ ἐνδελεχοῦς παρατηρήσεως τῆς συγχρόνου κοινωνικῆς πέριξ αὐτοῦ πραγματικότητος καὶ τῶν ἐν αὐτῇ καθ' ἐκάστην συμβαινόντων (⁴²). Ἡ γνῶσις τοῦ δικαίου εἶναι ἐπιστήμη, ἀλλ' ὁ τρόπος τῆς ἐφαρμογῆς αὐτοῦ εἶναι τέχνη, καὶ δὴ ἐκ τῶν δυσχερεστάτων.

Ἄς εὐελπιστῶμεν ὅτι συγχρόνως μὲ τὴν ἑναρξιν τῆς ἐφαρμογῆς τοῦ νεωτέρου ἀστικοῦ ἡμῶν δικαίου ἡ πολιτικὴ δικαιοσύνη τῆς πατρίδος μας, διὰ τὴν ὁποίαν πρό τινων δεκαετηρίδων εἴχομεν τόσους ἰσχυροὺς λόγους νὰ εἴμεθα ὑπερήφανοι, ἀκόμη καὶ ἔναντι πολὺ μεγαλυτέρων ξένων λαῶν, θὰ δυνηθῇ νὰ ἀνορθώσῃ καὶ πάλιν, ὡς πρότερον, τὸ ἀνάστημά της, μετὰ τὰ ἠθικὰ κενά, ἅτινα αἱ ἐκ τοῦ πολέμου καὶ τῆς προσφάτου δουλείας συμφοραὶ προὔξενον τυχὸν εἰς τὰς τάξεις της, καὶ νὰ ἐμφανίσῃ ἔμψυχα στελέχη ὅλως ἀντάξια τῆς ἐν πολλοῖς νέας καὶ ὑψηλοτέρας ἐφεξῆς, κατὰ τὰ ἐκτεθέντα, ἀποστολῆς της.

§ 2.—Ἐννοιολογικὴ σχέσις τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως πρὸς τὴν διακριτικὴν εὐχέρειαν τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν.

Ἡ φύσις τῆς εὐχερείας ἢ αὐτὴ παρὰ τε τῇ διοικήσει καὶ τῷ δικαστῇ.— Ὑπεστηρίχθη ὅτι ὑπὸ ἔποψιν οὐσιαστικοῦ περιεχομένου ἡ «ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ διαφέρει κατ' ἐννοίαν τῆς «διακριτικῆς εὐχερείας» τῆς διοικήσεως, καθ' ὅσον, ὡς λέγουσιν, μόνῃ ἢ ἄσκησις τῆς τελευταίας ἐμπεριέχει καὶ ὑποκειμενικὰ βουλευτικὰ στοιχεῖα καὶ χωρεῖ κατ' ἐλευθέραν ἀληθῶς ἐκλογὴν μετὰ πλειόνων νομίμων λύσεων ἢ μορφῶν ἐνεργείας (¹). Τὸ ἀκριβὲς εἶναι

42) Πρβλ. εἰδικώτερον F. Stein, Das private Wissen des Richters, σελ. 14 ἐπ., περὶ τῶν κριτηρίων ἀξιολογικῆς ἐκτιμήσεως, ἅτινα ὁ δικαστὴς προσπορίζεται ἐκ τῆς πείρας τῆς καθημερινῆς ζωῆς («Erfahrungssätze»).

1) Ἰδίᾳ ὁ Stier-Somlo ὑπεστήριξε τοῦτο ρητῶς. Πρβλ. Das freie Ermessen κλπ. ἐνθ' ἀνωτ., σελ. 498, 500 καὶ ἰδίᾳ 512: «Man muss das Wesen des Ermessens

ὅτι βασικὴ ἐννοιολογικὴ διάκρισις ἐν προκειμένῳ δὲν ὑφίσταται. Καὶ ἡ διοίκησις ἀσκοῦσα «διακριτικὴν εὐχέρειαν» καὶ ὁ δικαστὴς ἀσκῶν «ἐκτίμησιν» χειρίζονται γνησίαν «ἐλευθέραν ἐκτίμησιν», καλοῦνται δηλαδὴ νὰ προκρίνωσιν ἐν

in der Justiz und in der Verwaltung als verschieden erfassen». Διδάσκει προσέτι ὁ Stier-Somlo, αὐτόθι, σελ. 513, ὅτι ἀποκλειστικὸν κριτήριον τῆς μεταξύ διοικητικῆς καὶ δικαστικῆς λειτουργίας διαστολῆς ἀποτελεῖ ἡ παρ' ἐκατέρᾳ τούτων διάφορος αὕτη φύσις τῆς διακριτικῆς εὐχερείας. Καὶ ὁ Ottmar Bühler, ἀναφέρων ἐν Die subj. öffentl. Rechte, 1914, σελ. 33-34, παραδείγματα «δικαστικῆς ἐκτιμήσεως» ἐκ τοῦ γερμανικοῦ ἀστικοῦ κώδικος, χαρακτηρίζει ταῦτα ὡς μὴ ἀποτελοῦντα γνησίας περιπτώσεις διακριτικῆς εὐχερείας, τὴν ὁποίαν νοεῖ ὡς «ἐλευθερίαν ἀξιολογικῆς κρίσεως περὶ σκοπούμενου τινὸς μέτρου» καὶ ὡς «δυνατότητα ἀποφάνσεως» (ἔδει νὰ προστεθῇ : «ἡ ἐνεργείας») «κατ' ἀκολουθίαν τῆς τοιαύτης ἀξιολογικῆς ἐκτιμήσεως». Ἀλλ' ἄρὰ γε καὶ ἡ ἀναντίρρητος καὶ πανθομολογουμένη διακριτικὴ εὐχέρεια τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως συνίσταται εἰς πᾶσαν περίπτωσιν εἰς ἐκτιμήσεις ἀξιολογικάς; Ὁχι πάντοτε. Τοιαύτη ἀξιολογικὴ κρίσις ἐμφιλοχωρεῖ μὲν πράγματι ἐν τῷ καθορισμῷ π.χ. τῆς ἐκτάσεως τῶν ληπτέων ἀστυνομικῶν μέτρων, ἐνθα ἡ οἰκεία διοικητικὴ ἀρχὴ ἀποβλέπει εἰς τὸ ἐπωφελὲς καὶ τὸ τελεσφόρον ἐκάστου τούτων, ἢ ἐν τῇ προκρίσει τῶν προακτέων ἐν δεδομένη περιπτώσει δημοσίων ὑπαλλήλων, ἀλλ' οὐχὶ φέρ' εἰπεῖν καὶ ἐν τῇ ἐξ ἀπλῆς ἐπιεικειᾶς ἀποχῇ ἀπὸ τῆς πειθαρχικῆς διώξεως πταίσαντος ἀναξίου ὑπαλλήλου (ἔχει δ' ἡ διοίκησις τὴν πρὸς τοῦτο εὐχέρειαν) καὶ εἰς τόσας ἄλλας περιπτώσεις διακριτικῆς εὐχερείας. Ἐξ ἀντιθέτου δ' ἐν τῇ κρίσει περὶ διανομῆς ἐπιχοίνου ἢ ἐν τῷ δικαστικῷ διακανονισμῷ τῆς διοικήσεως καὶ τῆς χρησιμοποιούσεως τοῦ κοινοῦ πράγματος (790) μήπως δὲν ἔχει ὁ δικαστὴς ἀληθινὴ «ἐλευθερίαν ἀξιολογικῆς κρίσεως», ἐν σχέσει πρὸς τὸν σκοπούμενον τρόπον διακανονισμοῦ, ἀποβλέπων—ἐντὸς τῶν ὁρίων τῶν προτάσεων τῶν διαδίκων—εἰς τὸν μᾶλλον πρόσφορον, τὸν μᾶλλον ἐπωφελῆ, τὸν μᾶλλον «συμφέροντα» δι' ὅλους τοὺς κοινωνοὺς τρόπον διοικήσεως καὶ χρήσεως; Κατὰ μείζονα λόγον θὰ ἡδύνατο τοῦτο νὰ λεχθῇ ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις τῆς ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ ἀξιολογήσεως τῶν διοριζομένων ἐπιτρόπων ἀνηλίκων ἢ ἀπηγορευμένων, ἀντιληπτῶρων, κηδεμόνων, ἐπιμελητῶν κλπ., ὡσαύτως δ' ἐν σχέσει π.χ. πρὸς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἀρθρ. 1889 τοῦ ἀστ. κώδικος, ἐνθα καλεῖται ὁ δικαστὴς νὰ ἀξιολογήσῃ τὴν πρὸς ἐπωφελῇ ἐκμετάλλευσιν ἱκανότητα ἐκάστου τῶν τυχόν πλειόνων συγκληρονόμων καλλιεργητῶν.

Ὁ Laun, Fr. Etm., 1910, δέχεται ἐν σελ. 37 σημ. 2, 55-60 καὶ 258 ὅτι ἡ «δικαστικὴ ἐκτίμησις» ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον δὲν εἶναι γνησία διακριτικὴ εὐχέρεια, ἀληθὴς δηλαδὴ δυνατότης προκρίσεως μεταξύ πλειόνων λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων. Ὑποστηρίζει ἰδίᾳ τοῦτο μετὰ δυνάμεως ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις, καθ' ὧς τὸ ἰδιωτικὸν δίκαιον, χρησιμοποιοῦν ἐλαστικὰς ἐννοίας, ἐπαφίεται ὡς πρὸς τὴν ἐν τινι εἰδικῇ κρίσει ἐξατομίκευσιν ἐκάστης ἐξ αὐτῶν εἰς τὴν κοινωνικὴν τοῦ δικαστοῦ πείραν («Erfahrungssätze»). Δέχεται περαιτέρω ὁ Laun ὅτι ἐνῶ ἡ διακριτικὴ εὐχέρεια τῆς διοικήσεως παρέχει εἰς αὐτὴν τὴν δυνατότητα νὰ καθορίσῃ κατ' ἰδίαν τῆς οἰκείας ἀρχῆς βούλησιν τὸν ἄμεσον σκοπὸν τῆς ἐνεργείας τῆς (σελ. 62, 71, 63 ἐν ἀρχῇ καὶ 259) καὶ ὠθεῖ αὐτὴν ὅπως ἀποβλέψῃ ἀποκλειστικῶς εἰς τὸ κατὰ τὴν ἀντίληψίν της δημόσιον συμφέρον ἐν τινι συγκεκριμένῃ περιπτώσει (σ. 76, ἐν τέλει, καὶ πολλαχοῦ), τοῦναντίον ἡ «δικαστικὴ ἐκτίμησις» (richterliches, gebundenes Ermessen) εἶναι δεσμευμένη εἰς τὸν σκοπὸν τοῦ νόμου καὶ ὀφείλει νὰ διακριβώσῃ τὴν ἐν τῇ εἰδικῇ ὑπὸ κρίσιν περιπτώσει μοναδικὴν λανθάνουσαν βούλησιν τοῦ νομοθέτου. Τὸ ἀκριβὲς ἐν τούτοις εἶναι ὅτι καὶ ἡ εὐρυτάτη εὐχέρεια τῆς διοικήσεως δεόν νὰ κινῆται ἐν ὅψει ὁρισμένων ἐκάστοτε νομίμων σκοπῶν καὶ ὅτι ἄποψις πρὸς οἷονδήποτε διάφορον

εἰδικῇ τινι περιπτώσει μίαν τινὰ μορφήν ἐνεργείας ἢ λύσιν μεταξὺ πλειόνων τοιούτων, ἄστινας ὑπὸ δεδομένας νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις πα-
ραδέχεται τὸ ἀντικειμενικὸν δίκαιον ὡς ἐξ Ἰ σ ο υ ν ο μ ί μ ο υ ς.

Ἡ ἐργασία τοῦ νοῦ εἶναι ἡ αὕτη. Ὅσάκις δύναται κατὰ νόμον ἡ διοίκησις
π.χ. νὰ ἐνεργήσῃ κατὰ διακριτικὴν εὐχέρειαν ἐν τινι συγκεκριμένῃ περιπτώ-

τοίτων σκοπὸν συνιστᾷ, ὡς γνωστόν, «κατάχρησιν ἐξουσίας», ἀφ' ἑτέρου δ' ὅτι ὑπάρ-
χουσιν ἱκαναὶ περιπτώσεις, καθ' ἃς ἡ διοίκησις, ἀσκοῦσα ἐντοσούτῳ γνησίαν διακρι-
τικὴν εὐχέρειαν, σταθμίζει καὶ συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως διαφόρους τοῦ
δημοσίου ἀποκλειστικῶς συμφέροντος (ὡς εἰς τὸ ἀνωτέρω ἀναφερόμενον παράδειγμα
τῆς ἐξ ἀπλῆς ἐπιεικείας ἀποχῆς ἀπὸ τῆς πειθαρχικῆς διώξεως πταίσαντος ὑπαλλήλου),
ἐνῶ ἀντιθέτως ὁ δικαστὴς πολλάκις καλεῖται ὑπὸ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου νὰ ἀποβλέψῃ
κατὰ προέχοντα λόγον ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς ἐκτιμήσεως αὐτοῦ εἰς τὸ δημόσιον συμφέ-
ρον, ὡς π.χ. ἐπὶ τῶν περιπτώσεων τῆς κοινωνικωτέρας κατὰ τὸ νεώτερον δίκαιον
ρυθμίσεως τῆς ἀσκήσεως τῶν μετὰ τῆς κυριότητος ἀκινήτων συνυφασμένων δικαιο-
μάτων (1001, 1010 καὶ πλεῖστα ἄλλα ἄρθρα) ἢ ἐπὶ τῶν μυρίων περιπτώσεων τῶν ἐκ
λόγων κοινωνικοῦ καὶ δημοσίου συμφέροντος περιορισμῶν τῆς συναλλακτικῆς ἐλευ-
θερίας ἢ ἐπὶ τῆς περιπτώσεως τῆς ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ ἐπιδικάσεως ὁλοκλήρου τῆς ἐν
διανεμητέᾳ κληρονομίᾳ γεωργικῆς ἐπιχειρήσεως εἰς τὸν ἐκ τῶν κληρονόμων κρινόμε-
νον—ὑπὸ ἔποινιν καθαρῶς δημοσίου συμφέροντος—ὡς ἱκανώτερον πρὸς ἐπωφελῇ ἐκ-
μετάλλευσιν (1889). Δὲν ἀρνεῖται ἐντοσούτῳ ὁ Laun ὅτι ἀσκεῖ καὶ ὁ δικαστὴς γνησίαν
διακριτικὴν εὐχέρειαν εἰς τινας, ὡς λέγει, ὀλιγαριθμοὺς περιπτώσεις (σελ. 78) καὶ τότε
ἀναγνωρίζει ὅτι οὐδεμία οὐσιαστικὴ διαφορὰ ὑφίσταται μεταξὺ τῆς διακριτικῆς εὐχε-
ρείας τῆς διοικήσεως καὶ τῆς τοῦ δικαστοῦ (σελ. 77).

Τὸ ζήτημα ἐξετάζεται καὶ ὑπὸ R. Herrngitt, *Grundlehren des VerwR.*, 1921,
σελ. 291 καὶ ὑπὸ Ad. Merkel, *Allg. VerwR.*, σελ. 142 ἐν ἀρχῇ—οὗτινος ὁμως εἶναι
γνωστὰ αἱ περὶ ἐνιαίας κρατικῆς δράσεως πολιτειολογικαί κατὰ τὴν κελσενικὴν σχο-
λὴν ἀντιλήψεις—καὶ ὑπὸ Scheuner, *Zur Frage* κλπ., ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 73, καὶ ὑπὸ W.
Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung* κλπ., πολλαχοῦ, καὶ ὑπὸ πλείστων ἄλλων γερ-
μανῶν καὶ γάλλων συγγραφέων, παρ' ἡμῖν δ' ὑπὸ Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα τῆς
ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, 1932, σελ. 192, ὅστις δέχεται ἐπίσης ὅτι ἡ δικανικὴ ἐκτίμη-
σις εἶναι πάντοτε δεσμευμένη, καὶ ὑπὸ Μ. Στασινοπούλου, Ὁ ἔλεγχος τῆς διακρ. ἐξ.
τῆς διοικήσεως, 1939, σελ. 23-30. Ὁ τελευταῖος πρόσκειται πρὸς τὰς ἀπόψεις τῶν
ἀνωτέρω Stier-Somlo, Bühler, Laun κλπ. Ἐν σελ. 26 π.χ. δέχεται ὅτι ὁ ἀσκῶν τὴν
ἀνατεθειμένην αὐτῷ ἐκτίμησιν δικαστὴς δὲν σταθμίζει τὸ «σκόπιμον», τὸ «ἐπιει-
κές», τὸ «ἐπωφελές» τῆς ὑπὸ πρόκρισιν λύσεως. Τὸ ἀληθές εἶναι ὅτι πλειστάκις τὸ
ἰδιωτικὸν δίκαιον ἀναθέτει εἰς τὸν δικαστὴν νὰ κρίνῃ «κατὰ τὸ δίκαιον καὶ τὴν
ἐπιεικείαν» (π.χ. 1456), ὅτι καὶ αὐτὸ τὸ ρωμαϊκὸν δίκαιον ὥθει ἐν τῇ διανομῇ
ἐπικοίνου τὸν δικαστὴν εἰς τὴν κατὰ τὴν ἐκτίμησιν αὐτοῦ «ἐπωφελεστάτην» διὰ τοὺς
συγκυρίους δικαιοδοτικὴν λύσιν (D. 10,3,21 : «quod omnibus utilissimum est») καὶ
ὅτι ἤδη ὁ ἀστικὸς κῶδιξ εἰς πλείστας περιπτώσεις καλεῖ ρητῶς τὸν δικαστὴν νὰ προ-
κρίνῃ τὸ διὰ τοὺς διαδίκους πλεον «σκόπιμον» καὶ «πρόσφορον» καὶ «συμφέρον»
(μεταξὺ πολυαριθμῶν ἄλλων διατάξεων πρβλ. : 790, 1503, 1508, 1621, 1633, 1352,
1578, 1417, 1639, 1649, ἰδίᾳ δὲ 1230, ἐνθα ὁ δικαστὴς καλεῖται νὰ σταθμίσῃ τὸ συμ-
φέρον τοῦ ἐνεχυράσαντος ὀφειλέτου καὶ νὰ ἀξιολογήσῃ τὸ ἐπωφελές τῆς παρουσια-
σθείσης αὐτῷ εὐκαιρίας πωλήσεως τοῦ πράγματος, ἵνα κρίνῃ ἂν θὰ παράσχῃ εἰς
αὐτὸν ἄδειαν πωλήσεως πρὸ τῆς λήξεως τοῦ χρόνου). Ἄλλο τὸ ζήτημα—περὶ οὗ
κατωτέρω, ἐν τῷ κειμένῳ—ὅτι οἱ σταθμιζόμενοι συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως
εἶναι κατὰ κανόνα διαφόρου κύκλου παρὰ τῇ διοικήσει ἢ παρὰ τῷ δικαστῇ.

σει, δὲν τερματίζει τὸ διανοητικὸν ἔργον αὐτῆς διὰ τῆς συναγωγῆς πορίσματος τινος ἐπὶ τῇ βάσει τῆς διατάξεως τοῦ νόμου καὶ τῆς πραγματικῆς καταστάσεως. Πρόκεινται ταύτῃ περαιτέρω μυρίοι συντελεσταὶ τῆς κρίσεως αὐτῆς. Σταθμίζει τὴν σκοπιμότητα ταύτης ἢ ἐκείνης τῆς πράξεώς της, τὸ συμφέρον τῆς δημοσίας ὑπηρεσίας καὶ τὰ λοιπὰ νόμιμα στοιχεῖα καὶ προκρίνει τὴν ἑκάστοτε προσήκουσαν κατὰ τὴν ἀντίληψιν αὐτῆς, συμφώνως πρὸς τὸν σκοπὸν τοῦ νόμου, ἐνέργειαν. Αἱ πλείονες δὲ προκείμεναι αὐτῇ ἐνέργειαι, μεταξὺ τῶν ὁποίων ἐπιχειρεῖ τὴν ἐν λόγῳ ἐκλογήν, τυγχάνουσιν ἅπασαι ἐξ ἴσου νόμιμοι. Τὸ τελευταῖον τοῦτο ἀποτελεῖ τὸ χαρακτηριστικὸν γνώρισμα τῆς ἐννοίας τῆς διακριτικῆς εὐχερείας.

Οὕτω, ἐπὶ παραδείγματι, ἐνεργοῦσα ἡ διοίκησις κατὰ διακριτικὴν εὐχέριαν τὴν προαγωγὴν ὑπουργικοῦ τινος γραμματέως εἰς τὸν βαθμὸν τοῦ εἰσηγητοῦ, συνάγει κατὰ πρῶτον ἐπὶ τῇ βάσει τῆς μείζονος προτάσεως, καθ' ἣν οἱ κεκτημένοι ὠρισμένα τυπικὰ προσόντα ὑπουργικοὶ γραμματεῖς εἶναι κατὰ νόμον προακτέοι εἰς τὸν βαθμὸν τοῦ εἰσηγητοῦ, καὶ τῆς ἐλάσσονος τοιαύτης, καθ' ἣν ὁ ὑποψήφιος κέκτηται τὰ τυπικὰ ταῦτα προσόντα, τὸ ἀναγκαῖον πόρισμα ὅτι ὁ ὑποψήφιος εἶναι κατὰ νόμον δυνατόν νὰ τύχῃ τοῦ βαθμοῦ τοῦ εἰσηγητοῦ. Ἀλλὰ δὲν περιορίζεται ἡ κρίσις αὐτῆς εἰς τὴν ἑξαγωγὴν τοῦ ἐν λόγῳ συμπεράσματος. Σταθμίζει προσέτι τὴν ὑπηρεσιακὴν κατάρτισιν, τὴν ἐπίδοσιν, τὸ ἥθος καὶ τὴν μόρφωσιν τοῦ ὑποψηφίου καὶ τὰ λοιπὰ οὐσιαστικὰ αὐτοῦ προσόντα καὶ κρίνει περαιτέρω ἂν εἶναι σκόπιμος καὶ ἐνδεδειγμένη ἐν σχέσει πρὸς τὸ συμφέρον τῆς πολιτείας ἢ προαγωγὴ αὐτοῦ ἐνεργεῖ δὲ τὸ κατὰ τὴν ἀντίληψιν αὐτῆς προσῆκον. Ὡσαύτως, προκειμένου νὰ ἐπιβάλλῃ ἡ διοίκησις κατὰ διακριτικὴν εὐχέριαν πειθαρχικὴν ποινὴν εἰς ἀμελήσαντα ὑπάλληλον, δὲν τερματίζει τὴν κρίσιν αὐτῆς διὰ τῆς συναγωγῆς τοῦ συμπεράσματος ὅτι εἶναι κατὰ νόμον πειθαρχικῶς τιμωρητὸς ὁ ἐγκληθεὶς ἐπὶ τῇ βάσει τῆς γενικῆς τοῦ νόμου διατάξεως, καθ' ἣν οἱ ἐπιδεικνύοντες ἀμέλειαν ἐν τῇ ἐκπληρώσει τῶν καθηκόντων των δημόσιοι ὑπάλληλοι εἶναι πειθαρχικῶς τιμωρητοί, καὶ τοῦ συγκεκριμένου γεγονότος, ὅτι ὁ ἐγκληθεὶς ἐπέδειξε τοιαύτην ἀμέλειαν. Ἐκτιμᾷ τὸ ἑναντίον καὶ τὰ περαιτέρω νόμιμα τῆς κρίσεως αὐτῆς στοιχεῖα, τὸ παρελθὸν τοῦ πταίσαντος ὑπαλλήλου, τὴν ἀνάγκην τοῦ παραδειγματισμοῦ, τὰς ὑπὸ τῶν περιστάσεων ἐπιβαλλομένας ἀπόψεις ἐπεικειίας κλπ. καὶ καθορίζει κατ' εὐχέριαν τὸ «μέτρον» τῆς πειθαρχικῆς ποινῆς· δύναται δὲ νὰ καταλήξῃ καὶ εἰς παραίτησιν αὐτῆς ἀπὸ πάσης πειθαρχικῆς διώξεως, ἐν ἣ περιπτώσει ἤθελε θεωρήσῃ ὅτι τὸ ἄψογον ὑπηρεσιακὸν παρελθὸν τοῦ πταίσαντος, οἱ λόγοι ἐπεικειίας καὶ τὰ παντοῖα συμφέροντα τῆς ὑπηρεσίας ἐπιβάλλουσι τοῦτο.

Ἀλλὰ κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον καὶ ὁ δικαστής, ὁσάκις καθίσταται ἀρμόδιος ὑπὸ τοῦ νομοθέτου νὰ ἀποφανθῇ «κατ' ἐκτίμησιν» ἐν τινι συγκεκριμένῃ περιπτώσει, δὲν τερματίζει τὸ διανοητικὸν αὐτοῦ ἔργον διὰ τῆς συναγωγῆς μοναδικοῦ τινος ἐνσαρκοῦντος τὴν ἀπόφασιν πορίσματος ἐπὶ τῇ βάσει τῆς διατάξεως τοῦ νόμου καὶ τῆς δεδομένης πραγματικῆς καταστάσεως, καθ' ἣ ἀνω-

τέρω εἰς τὰ ἀναφερθέντα παραδείγματα τῆς δεσμευμένης δικανικῆς ἁρμοδιότητος κατέστη φανερόν. Πρόκεινται αὐτῷ περαιτέρω πλεῖστοι συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως. Σταθμίζει τὰς εἰδικὰς περιστάσεις ὅφ' ἃς ἀνεφύη ἡ διένεξις, τὰς ἰδιομορφίας τῆς ἐννόμου σχέσεως, τὴν καλὴν πίστιν ἐκατέρου τῶν μερῶν, τὰ συμφέροντα τῶν δικαζομένων, τὰς ἀρχὰς τῆς ἐπεικειάς καὶ τὰ λοιπὰ νόμιμα στοιχεῖα—σημειωτέον δ' ὅτι οἱ ὑπὸ στάθμισιν συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως ποικίλλουσιν ἐκάστοτε μεγάλως, συμφώνως πρὸς τὸ πνεῦμα τῆς ἐκάστοτε ἐφαρμοζομένης διατάξεως τοῦ νόμου, καθ' ἃ ἄλλως τε ἀληθεύει καὶ ἐν σχέσει πρὸς τὴν ὑπὸ τῆς διοικήσεως ἄσκησιν τῆς διακριτικῆς αὐτῆς εὐχερείας—καὶ προκρίνει τὴν κατὰ τὴν ἀντίληψιν αὐτοῦ «εὐστοχωτάτην», τὴν «πλέον προσήκουσαν», τὴν «δικαιοτάτην» λύσιν. Αἱ πλείονες δὲ πρὸς ἐκλογὴν προκείμεναι αὐτῷ μορφαὶ ἀποφάνσεως τυγχάνουσιν ἅπασαι ἐξ ἴσου νόμιμοι. Τὸ τελευταῖον τοῦτο ἀποτελεῖ τὸ χαρακτηριστικὸν γνώρισμα τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Οὕτω, ἐπὶ παραδείγματι, δικαιοδοτῶν «κατ' ἐκτίμησιν» ὁ δικαστὴς ἐπὶ διενέξεως ἀναφύεισης ἐκ τῆς ἐκτελέσεως συμβάσεως μισθώσεως ἔργου εἰς ἐποχὴν μεγάλων τιμαριθμικῶν διακυμάνσεων, συνάγει κατὰ πρῶτον ἐπὶ τῇ βάσει τῆς μείζονος προτάσεως τοῦ συλλογισμοῦ του, ἥτοι τῆς διατάξεως τοῦ νόμου ⁽²⁾ τῆς ρυθμιζούσης τὰς συνεπείας τῆς ἀπροβλέπτου μεταβολῆς τῶν συνθηκῶν κατὰ τὴν ἐκτέλεσιν ἀμφοτεροβαρῶν συμβάσεων, καὶ τῆς ἐλάσσονος

2) Ἀστ. κώδ. 388. Πρβλ. καὶ προσχ. εἰσηγ. γεν. ἀρχῶν, ἀρθρ. 94 (ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχαί, 1936], σελ. 93) καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ., αὐτόθι σελ. 220 ἐπ. Ὑπὸ τῆς συντακτικῆς ἐπιτροπῆς εἶχεν ἀπαλειφθῆ τὸ ἀρθρον: πρβλ. αὐτόθι σελ. 309 σημ. 33. Ὅπως δ' ἀστόχως· διότι ἡ νομολογία τοῦ ἀκυρωτικοῦ παρ' ἡμῖν ἦτο, ὡς γνωστόν, ἄκρως συντηρητικὴ, ὡς ἀκίς ἀνεφύετο ἐνώπιον τοῦ Ἀρείου Πάγου τὸ ζήτημα, ἐμμένουσα εἰς τὴν αὐστηρὰν ρωμαϊκὴν ἀρχὴν περὶ τηρήσεως τῶν συμπεφωνημένων: πρβλ. μετὰ πλείστων ἄλλων Ἀρ. Π. 9 τοῦ 1926, ἐν «Θέμιδι» ΛΓ' σελ. 657, ἐνθα καὶ ἀγόρευσις Λ. Γιδοπούλου καὶ παρατηρήσεις «Θέμιδος», 285 τοῦ 1930, αὐτόθι ΜΒ', σελ. 36, 263 καὶ 319 τοῦ 1931, αὐτόθι σελ. 641 καὶ 802 κλπ. Τὸ ζήτημα ἀπετέλεσεν ἰδίᾳ ἐν Γαλλίᾳ καὶ ἐν Γερμανίᾳ μετὰ τὴν λήξιν τοῦ πρώτου παγκοσμίου πολέμου ἀντικείμενον ζωντῶν συζητήσεων καὶ πλουσιωτάτης φιλολογίας. Καὶ παρ' ἡμῖν ἰδὲ Γ. Μπαλῆ, Ἡ ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν ἐπίδρασις τῆς ἀλλοιώσεως τῆς ἀνταλλακτικῆς ἀξίας τοῦ νομίματος, ἐν «Δικαιοσύνη», 1923, καὶ ἐν Μελέταις ἀστ. δικαίου, 1938, σελ. 429, Ἀλεξ. Λιτξεροπούλου, Ἡ νμλ. ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδ. δικ., 1932, σελ. 238-263 καὶ τοὺς αὐτόθι, κυρίως ἐν σημ. 1 τῆς σελ. 238, ἀναφερομένους ἡμεδαποὺς συγγραφεῖς, Κίμ. Σούρλα, Αἱ ἀτομιστικαὶ καὶ κοινωνιστ. ἀντιλήψεις ἐν τῷ ἀστ. δικ., 1934, σελ. 113-123, Γ. Σιμωνέτου, Ἡ ἀνώμαλος ἐξέλιξις τῆς ἐνοχῆς, 1939, πλέον δὲ προσφάτως, ἐν ὅψει τῆς ἐν τῷ ἀστ. κώδ. γενομένης νομοθετικῆς ρυθμίσεως, Κ. Καυκά, Ἐπὶ τινων καινοτομιῶν τοῦ νέου ἀστ. κώδ., ἐν «Δικαστικῇ», 1940, σελ. 194, Γ. Μαύρου, Ἡ ἀναθ. ἢ κατάργ. τῶν συμβάσεων, ἐν «Θέμιδι» ΝΑ', σελ. 263, Χρ. Πράτσια, αὐτόθι, σελ. 749, Α. Ταμπακοπούλου, Τὸ κοινων. περιεχόμενον τοῦ ἀστ. κώδ., αὐτόθι, σελ. 371, Κ. Σούρλα, αὐτόθι ΝΒ' σελ. 246-247, Γ. Σιμωνέτου (σχόλ.) αὐτόθι ΝΓ' σελ. 79-80, τοῦ αὐτοῦ, ἐν Ἀρχ. ἰδ. δικ. (Π. Ζέπου) 1940 σελ. 342 ἐπ., Ἀ. Γαζῆ, Ἡ μὴ ἐκπλήρωσις τῆς ἐνοχικῆς συμβάσεως, 1940, σελ. 77 ἐπ., 179 ἐπ., 237, Χρ. Πράτσια ἐν «Θέμιδι», ΝΓ' σελ. 82.

τοιαύτης, δηλονότι τοῦ προταθέντος καὶ ἀποδειχθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ, τοῦ μαρτυροῦντος μεγάλην καὶ ἀπρόοπτον καὶ ἐξ ἐκτάκτων γεγονότων προελθοῦσαν μεταβολὴν τῶν συνθηκῶν, ἐφ' ὧν ἐστηρίχθη ἡ σύναψις τῆς συμβάσεως, τὸ πόρισμα ὅτι ἡ ἐκτέλεσις τῆς συμβάσεως ἔχει κατασιῆ διὰ τὸν ἤδη αἰτοῦντα ὑπερμέτρως ἐπαχθῆς καὶ ὅτι συντρέχει βάσιμος λόγος ἐφαρμογῆς οὐχὶ πλέον ἀπλῶς τῆς ἐξυπακουομένης *clausula rebus sic stantibus*, ἀλλὰ τῆς ρητῆς ἤδη σχετικῆς ἐξουσιοδοτήσεως τοῦ νομοθέτου. Ὡς εἰκὸς ὅμως, δὲν περιορίζεται ἐκεῖ ἡ κρίσις του. Σταθμίζει προσέτι κατ' εὐλογον κρίσιν τὴν ἔκτασιν τοῦ ἤδη ἐκτελεσθέντος μέρους τοῦ ἔργου, τὰ χρονικὰ σημεῖα τῶν τυχόν γενομένων τμηματικῶν καταβολῶν τῆς συμφωνηθείσης ἀμοιβῆς καὶ τὴν κατ' αὐτὰ ἀγοραστικὴν ἀξίαν τῶν καταβληθέντων ποσῶν, τὰς ὑπὸ τοῦ ἔργου δότου παρασχεθείσας ἐνδεχομένως ποσότητος τῆς πρὸς κατασκευὴν ἀπαιτούμενης ὕλης, τὰς μυρίας ἰδιομορφίας τῆς συμβατικῆς σχέσεως, τὴν καλὴν πίστιν ἑκατέρου τῶν μερῶν, τὴν ἔκτασιν τῶν τιμαριθμικῶν διαφορῶν, τὰς νεωστὶ διαμορφωθείσας οἰκονομικὰς συνθήκας, τὰ τυχόν ληφθέντα ἐπὶ ἀναλόγων περιπτώσεων ἄλλων ἀμφοτεροβαρῶν συμβάσεων εἰδικὰ νομοθετικὰ μέτρα, τὰ συναλλακτικὰ ἐν γένει ἥθη κλπ., τοιουτοτρόπως δ' ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῶν προτάσεων τῶν διαδίκων προκρίνει «κατ' ἐκτίμησιν», βάσει τῶν ἐκτεθέντων νομίμων συντελεστῶν κρίσεως, τὸ «μέτρον» εἰς ὃ προσήκει νὰ περιορισθῇ ἡ παροχὴ τοῦ ὀφειλέτου ἢ τὸ τμήμα τοῦ ἔργου, καθ' ὃ εἶναι εὐλογον νὰ θεωρηθῇ ὡς λελυμένη ἡ ἐργολαβικὴ σύμβασις.

Ὡσαύτως, αἰτούμενης π. χ. ἐν περιπτώσει ἀδικοπραξίας ἀποζημιώσεως διὰ προσβολὴν τῆς ὑγείας τοῦ παθόντος, ἀνεξαρτήτου τῆς δεσμευτικῶς καθοριστέας ἀνορθώσεως τῆς κατ' ἀκολουθίαν τῆς αὐτῆς ἀδίκου πράξεως ἐπενεχθείσης εἰς τὸν ἐνάγοντα ὑλικῆς ζημίας, ὁ δικαστὴς δὲν τερματίζει τὴν κρίσιν αὐτοῦ διὰ τῆς συναγωγῆς τοῦ πορίσματος ὅτι συντρέχει κατὰ νόμον περίπτωσις χρηματικῆς ἱκανοποιήσεως, ἐπὶ τῇ βάσει τῆς γενικῆς νομοθετικῆς διατάξεως περὶ ἀποζημιώσεως δι' ἠθικὴν βλάβην³⁾ καὶ τοῦ συγκεκριμένου γεγονότος τῆς ἀδικοπραξίας. Σταθμίζει τοῦναντίον καὶ τοὺς περαιτέρω νομίμους τῆς κρίσεως αὐτοῦ συντελεστάς: τὴν οἰκονομικὴν κατάστασιν τοῦ ἐναγομένου, τὰς εἰδικὰς συνθήκας, ὑφ' αἷς ἔλαβε χώραν τὸ ἀδίκημα, τὸν βαθμὸν τῆς ψυχικῆς ὀδύνης τοῦ ἐνάγοντος κλπ. καὶ προκρίνει «κατ' ἐκτίμησιν», ἐντὸς πλαισίου τινὸς συναγομένου ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου, τὸ «μέτρον» τῆς ἐπιδικαστέας ἱκανοποιήσεως. Τὸ «μέτρον» τοῦτο ἐνδέχεται νὰ ποικίλλῃ, οὐχὶ ἐν συναφείᾳ πρὸς ἐξωτερικὰ στοιχεῖα ἢ γεγονότα κεκτημένα καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν—ἀληθεύει μὲν καὶ τοῦτο, ἐν προκειμένῳ ὅμως δὲν εἶναι περὶ τούτου ὁ λόγος—ἀλλ' ἀντιθέτως ἐν συναφείᾳ πρὸς τὴν αὐ-

3) Ἀστ. κώδ. 932. Πρβλ. καὶ προσχ. εἰσηγ. ἐνοχ. ἄρθρ. 546 (ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935] σελ. 168) καὶ σχεδ. συντακτ. ἐπιτρ. ἄρθρ. 551 (ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 363). Ἐκ τῶν νεωτέρων πρβλ. ἰδίᾳ Ἀλ. Λιτξεροπούλου, Ἡ ἱκανοποίησις δι' ἠθικὴν βλάβην, ἐν «Θέμιδι» ΝΑ' σελ. 657.

στηρὰν ἢ ἐπιεικῇ «ἐκτίμησιν» τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου. Ἐνδέχεται νὰ ἐπιδικασθῇ ποσὸν διπλάσιον ἐκείνου, ὅπερ ἄλλος ἐπιεικέστερος δικαστὴς ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις ἤθελεν ὀρίσει, καὶ δὴ κατόπιν ἐξ ἴσου ἐπιμελοῦς καὶ τελείας διευκρινίσεως τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως. Καὶ ὅμως ἀμφότεραι αἱ δικαιοδοτικαὶ αὗται λύσεις εἶναι ἐξ ἴσου νόμιμοι, καθ' ὅσον εἰς ἀμφοτέρας νὰς περιπτώσεις ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις κινεῖται ἐντὸς τοῦ πλαισίου τοῦ νόμου.

Ὅσαι διδασκαλῖαι προσεπάθησαν παρ' ἀλλοδαποῖς νὰ ἀνεύρῳσιν οὐσιαστικὰς διαφορὰς μεταξὺ τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως καὶ τῶν περιπτώσεων «ἐκτίμησης» τοῦ δικαστοῦ, τὰς ὁποίας τὸ ἰδιωτικὸν δίκαιον καθιεροῖ κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἐπὶ πολλῶν ἀντικειμένων, δὲν κατώρθωσαν εἰμὴ νὰ ἐπιωρεύσωσιν ἀφόρητον ποικιλίαν εἰδικῶν ὅρων, μὲ μυρίας ἐκάστοτε ἐννοιολογικὰς ἀποχρώσεις κατὰ τὸ πλεῖστον φαντασιώδεις (4), καὶ νὰ ἀγάγωσι τελικῶς εἰς σύγχυσιν μεταξὺ ἀφ' ἑνὸς μὲν μεγάλου τμήματος τῆς ἐννοίας τῆς δεσμευμένης ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου, ἀφ' ἑτέρου δὲ σημαντικοῦ μέρους τῆς κατὰ γνησίαν εὐχέρειαν χωρούσης δράσεως ἢ ἀποφάνσεως. Τὸ ἀκριβὲς εἶναι ὅτι δύο μόναι σαφῶς ὑπὸ ἔποψιν ἐννοίας διακριτέαι ἀπ' ἀλλήλων μορφαὶ ἀρμοδιότητος ὑφίστανται : α ἡ δεσμευομένη ἐφαρμογὴ τοῦ νόμου—ἀνεξαρτήτως τοῦ ἂν αὕτη ἐπιχειρῇται ὑπὸ τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως («ὀφειλομένη νόμιμος ἐνέργεια») ἢ ὑπὸ τοῦ δικαιοδοτοῦντος—ἐφ' ἧς ἡ ἐργασία τοῦ νοῦ τοῦ ἐφαρμοστοῦ περιορίζεται εἰς ἀπλοῦν λογικὸν τύπον καὶ β ἡ κατ' εὐχέρειαν δρᾶσις ἢ ἀπόφανσις, ἐφ' ἧς ἡ ἐνεργὸς διοίκησις ἢ ὁ δικαστὴς σταθμίζουσι, μετὰ τὴν συναγωγὴν τοῦ πορίσματος τοῦ συλλογισμοῦ τῶν, καὶ περαιτέρω συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτίμησης. Ἡ παρὰ τῷ δικαστῇ («δικανικὴ ἐκτίμησις» ἢ, ὅπερ ταῦτὸ καθ' ἡμᾶς (5), «ἐλευθέρα δικανικὴ ἐκτίμησις») διάφο-

4) Οὕτω π.χ. παρὰ πολλῶν γερμανῶν «ἐλευθέρα ἐκτίμησις» («freies Ermessen») ὀνομάζεται, ὡς ἐξετέθη, μόνῃ ἢ παρὰ τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως ἀσκουμένη διακριτικὴ εὐχέρεια. Εἰς δὲ τὴν «ἐκτίμησιν» τοῦ δικαστοῦ ἐπιφυλάσσουσιν οὗτοι ἄλλους ὅρους, ὡς φέρ' εἰπεῖν «δεσμευμένη» («gebundenes Erm.» : Laun, op. cit., σελ. 50, 55, 56, Herrnritt, op. cit., σελ. 299), «περιορισμένη» («beschränktes Erm.»), «ἀνελευθέρα» («unfreies Erm.» : P. Oertmann, ἐν Dt. Jur. Zeitung, XVII, 1912, τευχ. 3ον, στ. 187), «δικαστικὴ» («richterliches Erm.» : Seuffert, ἐν τῇ πραγματείᾳ του Ueber richterl. Erm., Giessen, 1880) κλπ.

5) Ἡ γνησία δικαστικὴ ἐκτίμησις εἶναι πράγματι «ἐλευθέρα», ὑπὸ τὴν ἐννοίαν ὅτι παρέχει, ἐντὸς πλαισίου τινός, εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα τὴν δυνατότητα προκρίσεως μεταξὺ πλειόνων ἐξ ἴσου νομίμων λύσεων. Τὸ ἐπίθετον «ἐλευθέρα» ἐφόβισε πολλοὺς τῶν ἐν τῇ ἀλλοδαπῇ θεωρητικῶν, ἀλλ' οὐχὶ ἐλλόγως, ἐφ' ὅσον τὸ νόημα αὐτοῦ περιορίζεται εἰς τὴν ἀμέσως ἀνωτέρω ἐκτεθεῖσαν σημασίαν. Ὁρθῶς κατὰ ταῦτα ἐχρησιμοποιήθη ἄνευ δισταγμοῦ ὁ ὅρος «ἐλευθέρα ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ» παρ' ἡμῖν π.χ. ὑπὸ Ἀλ. Λιτξεροπούλου, ἐν «Θέμιδι» ΝΑ' σ. 657, καὶ πλείστων ἄλλων, ὡς φέρ' εἰπεῖν καὶ ἐν προσχ. εἰσηγ. ἐνοχ. δικ. ἀρθρ. 546 (σελ. 168 τῆς κρατ. ἐκδ. 1935). Ἐξ ἀδικαιολογήτου δὲ φόβου ἢ συντακτικῇ ἐπιτροπῇ ἀπήλειψε τὸν ἐπιθετικὸν προσδιορισμόν. Διότι ἡ «ἐλευθέρα» δικανικὴ ἐκτίμησις δὲν ἔρχεται εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὸν «εὐλόγον» χαρακτῆρα τῆς γενησομένης οὐσιαστικῆς κρίσεως. Δὲν σημαίνει οὔτε ὅτι δύναται ὁ ἀσκῶν αὐτὴν νὰ ἀποφαίνεται κατ' ἰδίαν αὐθαίρετον ἐπιθυμίαν ἢ νὰ

ρος ἢ παρὰ τῇ διοικήσει («διακριτικὴ εὐχέρεια») ὀνομασία τῆς δευτέρας ταύτης μορφῆς ἁρμοδιότητος δὲν σημαίνει καὶ τὴν ὑπαρξιν διακρίσεώς τινος ὑπὸ ἔποψιν οὐσιαστικοῦ περιεχομένου.

Ὁρισμός τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.—Ἐπὶ τῆς κατ' εὐχέρειαν δράσεως ἢ ἀποφάνσεως ἰσχύει, ὡς εἴρηται, ὑπὸ δεδομένας νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις, πλειονότης τις ἐξ ἴσου νομίμων λύσεων, κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρεῖα, ἡθελημένως παρεχομένη ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὴν διοίκησιν ἢ τὸν δικαστὴν. Οἱ ὑπὸ στάθμισιν συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς κρίσεως δὲν δύνανται βεβαίως νὰ ὦσιν οἰοιδήποτε· διὰ τε τὴν διοίκησιν καὶ διὰ τὸν δικαστὴν, δέον νὰ ὦσιν οἱ ἐκάστοτε νόμιμοι. Ὡσαύτως ὁ σκοπός, πρὸς τὸν ὁποῖον ὁ ἐφαρμοστὴς—εἴτε ἡ διοίκησις εἴτε ὁ δικαστὴς—ἀποβλέπει ἀσκῶν τὴν εὐχέρειαν αὐτοῦ, δέον νὰ τυγχάνῃ ὁ ἐκάστοτε νόμιμος· σημειωτέον δ' ὅτι ἐπὶ παντὸς θέματος διοικητικῆς κατ' εὐχέρειαν δράσεως ἢ ἀπονομῆς δικαιოსύνης κατ' «ἐκτίμησιν» ὑφίσταται ἐκάστοτε «σκοπός» τις ἢ σύνθεμά τι «σκοπῶν», ὅπερ ὁ νομοθέτης ἔχει ὑπ' ὄψιν καὶ ὅπερ δέον νὰ συναχθῇ ὑπὸ τοῦ ἐρμηνευτοῦ ἢ τοῦ ἐφαρμοστοῦ ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου^(*). Τέλος, ἡ ὑπὸ τῆς διοικήσεως ἐκλεγομένη μορφή ἐνεργείας ἢ ἡ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ προκρινόμενη δικαιοδοτικὴ λύσις δὲν πρέπει νὰ ἐκφεύγῃ τῶν ὁρίων «πλαισίου» τινός, κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρέος, οὕτινος ἢ ἔκτασις εἶναι ἐπίσης συνακτέα ἐκάστοτε ὑπὸ τοῦ ἐρμηνευτοῦ ἢ τοῦ ἐφαρμοστοῦ ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου. Ἐφ' ὅσον ὅμως ἡ «εὐχέρεια» τῆς διοικήσεως ἢ—ὅπερ ταυτόσημον—ἡ «ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ κινοῦνται ἐντὸς τῶν ὁρίων τοῦ ἐκάστοτε νόμιμου τοιούτου πλαισίου, δὲν δύναται νὰ γίνῃ λόγος περὶ παρανομίας, ἔστω καὶ ἂν π.χ. δύο διάφοροι δικασταὶ ἔκριναν διαφόρως πῶς δύο ἐντελῶς ὁμοίας περιπτώσεις «ἐκτιμήσεως», ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις. Δὲν εἶναι κατὰ ταῦτα ὁρθὸν τὸ διδαχθέν, τόσον ὑπὸ τινων ἐν τῇ

ἀποβλέπη εἰς παντοίους σκοποὺς ἢ νὰ σταθμίξῃ οἷουςδήποτε συντελεστάς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως ἢ νὰ κινῆται ἐκτὸς τῶν ὁρίων τοῦ ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου συναγομένου ἐκάστοτε πλαισίου οὔτε, ὡς εἰκός, ὅτι εἶναι ἡ ἐκτίμησις αὐτοῦ ἀπηλλαγμένη ἐλέγχου, καθ' ὅσον, ὡς εἶναι πρόδηλον, ὁ δευτεροβάθμιος δικαστὴς τῆς οὐσίας, χειριζόμενος καὶ ἐκεῖνος ἀπὸ τῆς πλευρᾶς τοῦ αὐτοτελῶς ἰδίαν «ἐλευθέραν ἐκτίμησιν», δύναται νὰ ἐλέγξῃ τὴν ἀσκήσιν αὐτῆς καὶ νὰ ἀναπληρώσῃ διὰ νέας κρίσεως τὰ πορίσματα τῆς. Ἀντιθέτως μάλιστα, ὁ ἐπιθετικὸς προσδιορισμὸς «ἐλευθέρα» ἔχει καὶ τὴν χρησιμότητα νὰ διακρίνῃ τὴν ἀληθῆ δικανικὴν ἐκτίμησιν ἀπὸ τῆς κατ' ὄνομα μόνον «ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ διακριβώσει τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως (π.χ. «ἐκτίμησις τῆς ἐμμαρτύρου ἀποδείξεως»), ἥτις εἶναι ὅλως ἄσχετος πρὸς τὴν ἐν τῇ μελέτῃ ταύτῃ ἐξεταζομένην ἔννοιαν τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως, συνίσταται δ' εἰς δεσμευμένην—ἄνευ οἰαςδήποτε σταθμίσεως συντελεστῶν ἀληθοῦς οὐσιαστικῆς κρίσεως—ἁρμοδιότητα τοῦ δικαστοῦ, ἀναζητοῦντος τὸν σχηματισμὸν ἀκριβοῦς ἀντιλήψεως περὶ πραγματικῶν γεγονότων κερκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν.

6) Πρβλ. ἀνωτ. ἐν σημ. 1 ἀντίθετον οὐχὶ ἀκριβολόγον ἐκδοχὴν τοῦ Laun περὶ ἐλευθέρας ὑπὸ τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως—εἰς τὰς περιπτώσεις ἀσκήσεως διακριτικῆς εὐχερείας—ἐκλογῆς τοῦ ἀμέσου σκοποῦ τῆς ἐνεργείας τῆς.

ἀλλοδαπῇ ὅσον καὶ παρ' ἡμῖν, ὅτι ἡ ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ εἶναι κατὰ κανόνα «δεσμία» (7), ὑπὸ τὴν ἔννοιαν ὅτι ἐπὶ τῶν περιπτώσεων αὐτῆς μία μόνη εἶναι ἡ πρὸς τὴν βούλησιν τοῦ νομοθέτου πράγματι ἀνταποκρινομένη δικαιοδοτικὴ λύσις. Τὸ ὁρθὸν εἶναι ὅτι καὶ ἂν ἡδυνάμεθα νὰ φαντασθῶμεν παρόντα αὐτὸν τὸν νομοθέτην εἰς τὴν ἀμέσως ἀνωτέρω π.χ. ἀναφερομένην περίπτωσιν τῶν δύο διαφορῶν πῶς δικαστικῶν ἀποφάσεων, ἡθέλομεν ἀκούσει τοῦτον λέγοντα ὅτι ὁ ἕτερος τοῦλάχιστον τῶν δικαστῶν θὰ ἡδύνατο μὲν ἴσως νὰ ἀποφανθῇ «εὐστοχώτερον», «ἐπιεικέστερον», «δικαιότερον», ἀλλ' ὅτι πάντως, ἐφ' ὅσον δὲν ἐξέφυγε τοῦ πλαισίου τῆς νενομοθετημένης «ἐκτιμήσεως», δὲν δύναται νὰ λεχθῇ ὅτι οὗτος παρενόμησεν, ὅτι ἦλθεν εἰς ἀληθῆ ἀντίθεσιν πρὸς τὴν θέλησιν τοῦ νομοθέτου.

Κατ' ἀκολουθίαν τῶν ἐκτεθέντων, γ ν η σ ί α δ ι κ α ν ι κ ῆ ἔ κ τ ί - μ η σ ι ς καλεῖται ἡ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου παρεχομένη εἰς τὸν δικαστὴν κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρεῖα δυνατότης προκρίσεως — ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς προϋποθέσεις καὶ μὲ τὸ αὐτὸ ἀκριβῶς πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς δίκης — μετὰ τὰ πλεονόντων δικαιοδοτικῶν λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων.

Εἰδικώτεραι διαφοραὶ μετὰ τὴν δικανικῆς ἐκτιμήσεως καὶ εὐχερείας τῆς διοικήσεως.—Ἡ ὑπὸ ἔποψιν οὐσιαστικοῦ περιεχομένου σύμπτωσις μετὰ τὴν «διακριτικῆς εὐχερείας» τῆς διοικήσεως καὶ τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ πᾶν ἄλλο σημαίνει ἢ ὅτι εἶναι ἀνύπαρκτοι πλεῖσται ὅσαι μετὰ τούτων διαφοραί. Ἀλλ' αἱ διαφοραὶ αὗται, εἴτε ποσοτικαὶ εἴτε ἀφορῶσαι ἄλλως πῶς εἰς τὴν ἔκτασιν τῆς εὐχερείας ἢ εἰς τὸν ἐκάστοτε κύκλον τῶν σταθμιστέων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως κλπ., δὲν συνιστῶσι πάντως θεμελιώδεις ἐννοιολογικὰς διακρίσεις. Τὰς κυριωτέρας τῶν ὡς εἴρηται διαφορῶν ἀπαριθμοῦμεν ἀμέσως κατωτέρω :

α. Πρωτοβουλία ἢ εὐχέρεια τοῦ κατ' ἀρχὴν ἐπιλαμβάνεσθαι ἀντικειμένου τινός.—Ἡ δημοσία διοίκησις ἔχει κατὰ κανόνα τὴν εὐχέρειαν νὰ ἐπιλαμβάνηται κατὰ κρίσιν θέματός τινος ἐνεργείας τῆς ἢ τοῦναντίον νὰ ἀπέχη πάσης ἐπ' αὐτοῦ δράσεως ἐν ἄλλοις λόγοις ἐκείνη προκρίνει τὰ ἀντικείμενα, ἐφ' ὧν θέλει λάβει περαιτέρω ἀποφάσεις (8). Ἐξαιροῦνται, ὡς εἰκός, αἱ κατὰ νόμον περιπτώσεις «ὀφειλομένης νομίμου ἐνεργείας» τῆς διοικήσεως, ἐφ' ὧν ἡ ὄχλησις τοῦ διοικουμένου δεσμεύει τὴν ἀρμοδίαν ἀρχήν, καθισταμένην ὑπόχρεων ὅπως ἐντὸς ὠρισμένου χρόνου ἐκδῶσιν διοικητικὴν πρᾶξιν, καὶ δὴ—ἐφ' ὅσον συντρέχουσιν αἱ νόμιμοι προϋποθέσεις—πρᾶξιν ἔχουσαν ὠρισμένον οὐσιαστικὸν περιεχόμενον. Τοῦναντίον, ὁ δικαστὴς στερεῖται πάσης πρωτοβουλίας ὡς πρὸς τὸ θέμα τῆς

7) Παρ' ἡμῖν ἰδίᾳ πρβλ. Μ. Στασινόπουλον, ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 27.

8) Περὶ τῆς εὐρύτητος ταύτης τῶν δικαιωμάτων τῆς διοικήσεως, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὸν δικαστὴν, πρβλ. καὶ Otto Mayer, Deutsches VerwR., τόμ. α', σελ. 76-77, ἰδίᾳ δ' εἰδικώτερον ἐν τῇ γαλλ. ἐκδ. τόμ. α', 1903, σελ. 92, 106, 122.

ἀποφάνσεώς του. Οἱ δικονομικοὶ κανόνες *nemo iudex sine auctore* καὶ *iudex ne procedat ex officio* ἐμποδίζουσιν αὐτὸν νὰ ἐπιληφθῇ ζητήματός τινος αὐτεπαγγέλτως. Ἀνεξαρτήτως τῆς εὐρύτητος τῆς εὐχερείας, ἣν τυχὸν ἔχει κατὰ νόμον ἐν τῇ ἐκφορᾷ δικαιοδοτικῆς τινος λύσεως, δὲν δύναται νὰ προβῇ εἰς αὐτὴν εἰμὴ κατ' αἵτησιν τοῦ ιδιώτου, καθ' ὅσον ὀφείλει πάντοτε ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης νὰ περιορίζεται ἐπ' ἐκείνων μόνων τῶν περιπτώσεων, ἐφ' ὧν προκαλεῖται ἡ ἐπέμβασις αὐτοῦ εἴτε παρὰ τοῦ νομιμοποιουμένου ιδιώτου εἴτε, εἰς σπανίας περιπτώσεις (π.χ. 102, 1502, 1524), παρὰ τῆς εἰσαγγελικῆς ἀρχῆς.

β. Ἡ «ἐλευθέρα ἐκτίμησις» κανὼν παρὰ τῇ δικαιοκρίσει, ἐξαίρεσις δὲ παρὰ τῷ δικαστῇ.—Τόσον ὑπὸ ἔποψιν ἀρχῆς ὅσον καὶ ὑπὸ ἔποψιν ἐκτάσεως (πληθὺς θεμάτων), ἐν μὲν τῇ δράσει τῆς διοικήσεως ἡ ἄσκησις διακριτικῆς εὐχερείας ἀποτελεῖ τὸν κανόνα ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις τῆς «ὀφειλομένης νομίμου ἐνεργείας», τοῦναντίον δ' ἐν τῷ ἔργῳ τοῦ δικαστοῦ ἡ ἄσκησις τῆς ἐλευθέρως ἐκτιμήσεως ἀποτελεῖ τὴν ἐξαίρεσιν ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις τῆς δεσμευομένης, συμφώνως πρὸς ἀπλοῦν λογικὸν τύπον, ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου. Σημεῖον ἐκκινήσεως διὰ μὲν τὴν δρᾶσιν τῆς διοικήσεως ἀπετέλεσεν ἡ ἐλευθερία ἐνεργείας, διὰ δὲ τὴν ἀπονομὴν πολιτικῆς δικαιοσύνης τοιαύτην ἀφετηρίαν συνιστᾷ, ὑπὸ ἐννοιολογικὴν τοῦλάχιστον ἔποψιν, συναφῇ πρὸς τὴν οὐσίαν τοῦ δικαιοδοτικοῦ ἔργου—ἀνεξαρτήτως τῆς τυχὸν διαφόρου ἱστορικῆς πλευρᾶς τοῦ ζητήματος—ἢ εἰς τὸν νόμον δέσμευσις. Ἐξετέθη ἤδη ἀλλαχοῦ ὅτι ἡ τοιαύτη διάκρισις δεόν νὰ ἀποδοθῇ εἰς τὴν διάφορον φύσιν ἑκατέρας τῶν περὶ ὧν ὁ λόγος κρατικῶν λειτουργιῶν. Δικαιοδοσία δεσμευομένη τυχὸν πανταχόθεν ὑπὸ τῶν νόμων θὰ ἠδύνατο νὰ συνεχίσῃ τὸ ἔργον της, ἐνῶ τοῦναντίον διοικήσις οὕτω περιοριστικῶς ρυθμιζομένη καθ' ἅπασαν αὐτῆς τὴν ἔκτασιν δὲν εἶναι νοητή⁹⁾. Παρὰ δὲ τοὺς αὐτοπεριορισμοὺς τῆς δημοσίας ἐξουσίας, οἵτινες ἐν τῷ νεωτέρῳ κράτει ἐπεβλήθησαν εἰς τὴν διοικητικὴν μηχανήν, καὶ παρὰ τὴν παράλληλον διὰ τῆς νομοθετικῆς ὁδοῦ αὕξησιν τῶν περιπτώσεων «ἐλευθέρως ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ, ὁ ἐκτεθεὶς κανὼν δὲν ἀνετράπη.

γ. Πητὴ καὶ σιωπηρὰ θέσπισις τῆς «ἐλευθέρως ἐκτιμήσεως».—Ἐν τῷ διοικητικῷ δικαίῳ ἰσχύει ὁ κανὼν ὅτι ἄνευ σαφοῦς ἐπιτακτικῆς διατάξεως νόμου δὲν συνάγεται δέσμευσις («ὀφειλομένη νομιμος ἐνέργεια») τῆς διοικήσεως¹⁰⁾ καὶ ὅτι ἐν ἀμφιβολίᾳ, ἐν σιωπῇ δηλαδὴ τοῦ νόμου, ὀφείλουσιν ὁ ἐφαρμοστής καὶ ὁ ἐρμηνευτὴς νὰ ἀποκλίνωσιν ὑπὲρ τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως¹¹⁾ («τεκμήριον τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως»). Τοῦναντίον, ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης

9) «Politisches Unding» ἀποκαλεῖ ὁ G. Jellinek, Allg. Staatsl., σελ. 617, τὸ κράτος, οὗτινος ἡ διοίκησις θὰ ἐστερεῖτο διακριτικῆς εὐχερείας. Πρβλ. καὶ Laun, Fr. Erm., σελ. 8, 13.

10) Συμβ. τ. ἐπικρ. 97 τοῦ 1929, 46, 104 τοῦ 1930.

11) Σ.τ.ἐ. 46, 104 τοῦ 1930, 908 τοῦ 1931.

ἰσχύει ὅτι ἵνα καταστῇ δυνατόν νὰ κινηθῇ ἐλευθέρως ἡ ἐκτίμησης τοῦ δικαστοῦ ἐντὸς ὁρισμένου πλαισίου κατὰ τὴν ἐπίλυσιν διενέξεώς τινος, ἀπαιτεῖται σαφὴς ἐν τῇ σχετικῇ διατάξει ἐκδήλωσις τῆς πρὸς τοῦτο βουλήσεως τοῦ νομοθέτου. Τοῦτο δὲν σημαίνει βεβαίως ὅτι ὁσάκις τὸ ἰδιωτικὸν δίκαιον καθιεροῖ γνησίαν δικανικὴν ἐκτίμησην, χρησιμοποιεῖ ρητὴν περὶ εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ ἔξουσιοδότησιν ἢ καθωρισμένην τινὰ ἔκφρασιν· πάντως ὅμως δεόν ἡ σχετικὴ θέλησις τοῦ νομοθέτου νὰ συνάγεται σαφῶς ἐκ τοῦ πνεύματος τῆς διατάξεως, μὴ ἀρκούσης διὰ τὴν ὑπαρξίν τῆς τοιαύτης ἐκτιμήσεως τῆς ἀπλῆς τοῦ νόμου σιωπῆς.

δ. Τέλος, ὁ κύκλος τῶν ὑπὸ στάθμισιν «συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως», ἡ εὐρύτης τοῦ «πλαισίου»—ἡ τῶν «ἄκρων ὁρίων»—αὐτῆς καὶ ἡ σφαῖρα τῶν νομίμων αὐτῆς σκοπῶν, εἶναι κατ' ἀρχὴν διάφοροι ἀφ' ἑνὸς μὲν ἐν τῇ κατ' εὐχέριαν δράσει τῆς διοικήσεως, ἀφ' ἑτέρου δ' ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Τοῦτο θέλει καταστῇ φανερόν ἐν τῷ περὶ ἀσκήσεως τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ III κεφαλαίῳ τῆς ἀνὰ χεῖρας μελέτης.

II

Ἡ διάγνωσις τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ

§ 1.—*Προταθέντα ἐπισφαλῆ κριτήρια.*

Περιπτώσεις τινὲς εὐχεροῦς διακρίσεως.—Εἶναι πρόδηλον πόσῃ σημασίαν ἐνέχει διὰ τὴν νόμιμον ἀσκήσιν τῆς δικαιοδοσίας ἡ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ ἀκριβὴς ἐπίγνωσις τῆς ἐκτάσεως τῆς ἀρμοδιότητός του, ἰδίᾳ δ' ἡ ἀσφαλὴς διαστολὴ τῶν περιπτώσεων τῆς δεσμευμένης ἐφαρμογῆς τοῦ νόμου ἀπὸ τῶν ἀντικειμένων τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως καὶ ἡ ὀρθὴ ἀντίληψις περὶ τῆς ἐκάστοτε εὐρύτητος τῆς τελευταίας ταύτης. Εἰς ἱκανὰς περιπτώσεις ἡ διαιτύπωσις τῶν σχετικῶν κανόνων τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου εἶναι τόσον σαφής, ὥστε ἡ ὡς εἴρηται διάκρισις οὐδεμίαν δυσχέριαν ἐμφανίζει. Εἶναι π.χ. προφανὲς ὅτι ἡ ἀγωγή μεσίτου ἢ διώκουσα τὴν καταψήφισιν ἀμοιβῆς εἶναι ἀπορριπτέα ἐφ' ὅσον ἡ σύναψις τῆς συμβάσεως ἐματαιώθη, ἀσχέτως πάσης «ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἐξαιρετικὴν ἐπιμέλειαν καὶ τὴν δραστηριότητα, ἅςτινας ἐπεδείξατο τυχὸν ὁ μεσίτης, ἢ πρὸς τὰς δαπάνας καὶ τοὺς πολλοὺς καὶ μακροὺς μόχθους, εἰς τοὺς ὁποίους οὗτος ὑπεβλήθη, ἢ τέλος πρὸς τὴν χαρακτηριστικὴν καὶ πανθομολογουμένην ἰδιοτροπίαν τοῦ ἐναγομένου (703 § 1). Ὡσαύτως, εἶναι φανερόν ὅτι ἡ κατὰ τὸ ἀρθρ. 1132 τοῦ ἀστ. κώδ. προστατεύουσα τὴν δουλείαν ἀγωγή εἶναι ἀπορριπτέα, ἐφ' ὅσον ἔχει μεσολαβήσῃ εἰκοσαετῆς ἀχρησία, ἀνεξαργτήτως οἴαςδήποτε «εὐλόγου κρίσεως» (1). Εἰς πάσας τὰς περιπτώσεις ταύτας, μετὰ τὴν πλήρη ἐξακριβώσιν

1) Ἀστ. κώδ. 1138. Ἄλλαι σαφεῖς περιπτώσεις—ὑπὸ τύπον παραδείγματος—δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἀρμοδιότητος ἐκ τοῦ ἀστ. κώδικος, ἀνευ οἴουδ' ἑποτέ στοιχείου γνησίας «ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ: ἀρθρα 222, 293, 336, 440-443, 493,

τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως, μία μόνη εἶναι κατὰ τὸ σαφές νόημα τῆς διατάξεως ἢ ἐκάστοτε προκειμένη εἰς τὸν δικαστὴν νόμιμος λύσις τῆς διένεξεως. Καὶ ἀντιστρόφως, ἐπὶ ἄλλων περιπτώσεων σαφοῦς ἐπίσης διατυπώσεως τῶν σχετικῶν ἄρθρων, εἶναι προφανές ὅτι κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου πρόκεινται εἰς τὸν δικαστὴν πρὸς πρόκρισιν, ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις, πλείονες ἐξ ἴσου νόμιμοι δικαιοδοτικαὶ λύσεις.

Ἄλλ' ἢ περὶ ἧς ὁ λόγος διάκρισις δὲν εἶναι πάντοτε οὕτω πως εὐχερὴς κατ' ἀκολουθίαν δὲ παρίσταται ἀνάγκη ἀσφαλοῦς αὐτῆς γνωρίσματος, διὰ τὰς ἀμφιβάλλουσας τοῦλάχιστον περιπτώσεις.

Οἱ ἐν ἀρχῇ τῆς ἀνὰ χεῖρας μελέτης ἀναφερόμενοι ὡς ἀσχοληθέντες μὲ τὴν ἔννοιαν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἀλλοδαποὶ συγγραφεῖς προέβαλον ἴδια ἕκαστος κριτήρια πρὸς διάγνωσιν τῆς γνησίας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ καὶ πρὸς διαστολὴν ταύτης ἀπὸ τῆς δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἀρμοδιότητος. Ὑπεστηρίχθησαν δὲ μάλιστα τὰ ἐννοιολογικὰ ταῦτα γνωρίσματα ἐν ὄψει διατάξεων ἰδιωτικοῦ δικαίου περιλαμβανομένων εἰς τοὺς κυριωτέρους εὐρωπαϊκοὺς ἀστικούς κώδικας, ἰδίᾳ δ' εἰς τὸν ἐλβετικὸν καὶ τὸν γερμανικόν, συνεπῶς δὲ διατάξεων παρεμφερῶν πρὸς τὰς ἤδη ὑπὸ τοῦ ἐλληνικοῦ ἀστικοῦ κώδικος θεσπισθείσας. Τὸ τελευταῖον τοῦτο γεγονὸς καθιστᾷ τὰς ρηθείσας ἐκδοχὰς λίαν ἐνδιαφερούσας διὰ τὴν παρ' ἡμῖν ἔρευναν καὶ ἀξίας ἐλέγχου ὡς πρὸς τὴν ἀκρίβειαν ἐκάστης τούτων καὶ ὡς πρὸς τὸν βαθμὸν τῆς χρησιμότητος αὐτῶν ἐν τῇ ἐφαρμογῇ. Εἰρησθῶ ὅμως ἀπὸ τοῦδε ὅτι ὅσαι τῶν τοιούτων παρ' ἀλλοδαποῖς γνωμῶν τελοῦσιν ἐν συναρτήσει πρὸς ἄλλα ἐννοιολογικὰ στοιχεῖα, πλὴν τῆς καθαρᾶς ἀπόψεως πρὸς τὸ ἐκάστοτε πνεῦμα τοῦ νόμου, καταδείκνυνται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐπισφαλεῖς.

Ἡ λεγομένη «ἐλευθέρα» ἐφαρμογὴ τοῦ νόμου ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ.— Ἀλλὰ πρὸ παντὸς ἔξεταστέον ἂν δύναται νὰ διαγνωσθῇ ἢ ἐν προκειμένῳ ἐρευνωμένη γνησία ἔννοια τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς λεγομένης «ἐλευθέρας ἐφαρμογῆς» ἢ «ἐλευθέρας ἐρμηνείας» τοῦ νόμου ἢ ἄλλως «ἐλευθέρας εὐρέσεως τοῦ δικαίου» ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ, ἀφ' ἑτέρου δ' ἂν ἢ ρηθεῖσα γνησία ἔννοια ἐμπεριέχεται πως ἐν τῷ δικονομικῷ κανόνι ὅτι ὁ δικαστὴς «ἐκτιμᾷ ἐλευθέρως» τὰς προσκομισθείσας ἀποδείξεις καὶ ἐν γένει τὰ ὑπὸ τὴν κρίσιν του τεθέντα πραγματικὰ περιστατικά ⁽²⁾.

530, 563, 624, 641 § 1, 642-643, 649, 660, 700, 709 § 2, 722, 820, 1020, 1045-1050, 1186, 1328 καὶ 1587 ἐν συνδ. πρὸς τὸ 1840 ἐδ. 1-2 (τὰ λοιπὰ ἐδάφια δύναται νὰ λεχθῇ ὅτι παρέχουσι στενὸν τι πλαίσιον δικανικῆς ἐκτιμήσεως: «βαρέος», «κακοβούλως» κλπ.). Τοῦναντίον, ὑπὸ τοῦ προσχ. εἰσηγ. ἄρθρ. 22 (σελ. 193 τοῦ σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἰκογ. 1933], πρβλ. καὶ σελ. 187) καὶ ὑπὸ τοῦ σχεδ. τῆς συντακτ. ἐπιτρ. ἄρθρ. 326 (σελ. 379) ἢ λύσις τῆς υἱοθεσίας ἐπαφίετο εἰς τὴν γνησίαν δικανικὴν ἐκτίμησιν.

2) Ὑπὸ τύπον ἀπλῶν παραδειγμάτων πρβλ. μεταξὺ πλείστων ἄλλων Ἀρ. Π. 72 τοῦ 1924 ἐν «Θέμειδι» ΛΕ' σελ. 390, 178 τοῦ 1929 αὐτόθι Μ' σελ. 573, 126 καὶ 164 τοῦ 1935 ἐν Ἐφημ. ἐλλ. νομ. β' σελ. 789 καὶ 919.

Εἰς ἀμφοτέρας ταύτας τὰς περιπτώσεις κατ' ὄνομα μόνον ὑφίσταται «ἐλευθέρα ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ. Εἰς πᾶσαν σχεδὸν ⁽³⁾ περίπτωσιν ἀπονομῆς δικαιοσύνης κέκτηται, πράγματι, φαινομενικὴν τινὰ «ἐλευθερίαν» κρίσεως ὁ δικαστὴς ἐν τῇ διατυπώσει τῆς μείζονος καὶ τῆς ἐλάσσονος προτάσεως, ἐφ' ᾧ θέλει τὸ πόρισμα αὐτοῦ βασισθῇ. Ἐρμηνεύει τὸν νόμον κατὰ τὸ φαινόμενον «ἐλευθέρως», δυνάμενος νὰ ἀποδώσῃ εἰς αὐτὸν τὴν κατὰ τὴν κρίσιν αὐτοῦ ἔννοιαν ἐν συγκεκριμένῃ τινὶ περιπτώσει. Ὡσαύτως «ἐλευθέρως ἐκτιμᾷ» τὰ πραγματικὰ περιστατικά. Ἐν τούτοις ἡ τοιαύτη κατ' ἐπίφασιν ἐλευθερία εἶναι ἄσχετος πρὸς τὴν ἔννοιαν τῆς γνησίας ἐκτιμήσεως, τῆς διακριτικῆς δηλαδὴ εὐχερείας. Ἡ ἀτομικὴ τοῦ δικαστοῦ θέλησις εἶναι στοιχεῖον ἄγνωστον εἰς αὐτήν, πραγματικὴ δὲ δυνατότης ἐκλογῆς μεταξὺ νομίμων δικαιοδοτικῶν λύσεων πλειόνων τῆς μιᾶς δὲν ὑφίσταται. Ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ νόμου ὁ δικαστὴς δὲν δύναται νὰ ἀποβλέψῃ εἰς τὴν κατὰ τὴν ὑποκειμενικὴν αὐτοῦ κρίσιν περὶ δικαίου ἀντίληψιν. Ὑποχρεοῦται νὰ ἐπιδιώξῃ ἀποκλειστικῶς τὴν ἐξακρίβωσιν τῆς πραγματικῆς τοῦ νόμου σημασίας, τῆς ἐννοίας δηλαδὴ τὴν ὁποῖαν ὁ νομοθέτης ἐσκόπει νὰ προσδώσῃ εἰς αὐτόν. Ὡσαύτως, τὴν περὶ τῶν πραγματικῶν γεγονότων κρίσιν αὐτοῦ ὀφείλει νὰ σχηματίσῃ ὁ δικαστὴς ἀποβλέπων ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν ἀντικειμενικὴν τούτων ὑπόστασιν. Προέχει παντὸς ἄλλου παρ' αὐτῷ οὐχὶ ἡ περὶ τοῦ κατ' οὐσίαν «δικαιοτάτου» καὶ «ὀρθοτάτου» κρίσις, ἀλλ' ἀντιθέτως ἡ ἀπερίσπαστος προσοχὴ πρὸς ἀκριβῆ διάγνωσιν τῆς σχετικῆς πρὸς τὴν ὑπόθεσιν ἀντικειμενικῆς καταστάσεως, τόσον τῆς νομικῆς, ὅσον καὶ τῆς πραγματικῆς. Τὸ γεγονὸς ὅτι δύο διάφοροι δικασταὶ κατέληξαν τυχὸν εἰς διαφόρους κρίσεις ὡς πρὸς τὴν ἔννοιαν νομικῆς τινος διατάξεως ἢ ὡς πρὸς τὴν «ἐκτίμησιν» ἐντελῶς ὁμοίων πραγματικῶν περιστατικῶν δὲν σημαίνει ὅτι ἐκέκτηντο οὗτοι πράγματι ἐλευθερίαν δικαιοδοτικῆς λύσεως. Δηλοῖ τοῦναντίον ὅτι τοῦλάχιστον εἰς ἐξ αὐτῶν ἀπέτυχεν ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ νόμου ἢ ἐσχημάτισεν ἀντίληψιν ἐσφαλμένην ὡς πρὸς τὰ πραγματικὰ γεγονότα. Μία μόνη περὶ τῆς ἐννοίας τοῦ νόμου ἐρμηνευτικῶς συναγομένη ἐκδοχὴ δύναται νὰ ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν ἀληθῆ αὐτοῦ σημασίαν, δηλαδὴ πρὸς ἐκείνην τὴν ὁποῖαν ἐσκόπει, ὡς εἴρηται, νὰ προσδώσῃ εἰς τὸν νόμον ὁ νομοθέτης ⁽⁴⁾. Ὡσαύτως, μία μόνη περὶ τῶν

3) Ὑπάρχουσι βεβαίως καὶ περιπτώσεις δικαιοδοσίας, καθ' ἃς ἡ διάταξις τοῦ νόμου (ἢ μείζων τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ πρότασις) ἔχει διατυπωθῇ μὲν τόσην σαφήνειαν, ἡ δὲ πραγματικὴ κατάστασις (ἢ ἐλάσσων πρότασις τοῦ ρηθέντος λογικοῦ τύπου) εἶναι τόσον ἀπλῆ, ὥστε ἡ συναγωγὴ τοῦ πορίσματος χωρεῖ ἀβιάστως καὶ εὐχερέστατα. Πρβλ. π.χ. ἄρθρ. 293 § 1 τοῦ ἀστ. κώδ. Ἀλλ' αἱ περιπτώσεις αὗται δὲν ἀποτελοῦσι τὸν κανόνα.

4) Δύο διάφοροι δικασταὶ ἐνδέχεται, πράγματι, νὰ ἔκριναν ὁ μὲν ὅτι ἡ ἐν ἄρθρῳ π.χ. 669 § 2 τοῦ ἀστ. κώδ. φράσις «ἐφ' ὅσον ἐν τῷ νόμῳ δὲν ὀρίζεται ἄλλως» ἀναφέρεται εἰς τὰ ἀμέσως ἐπόμενα ἄρθρα τοῦ κώδικος, ὁ δὲ ὅτι ἡ φράσις αὕτη ἀναφέρεται εἰς τὰ νομοθετήματα περὶ καταγγελίας συμβάσεως ἐργασίας (ν. 2112 κλπ.)· ἢ ὁ μὲν ὅτι ἡ ἐν τέλει τοῦ ἄρθρου 1567 διάταξις δὲν σκοπεῖ νὰ θεσπίσῃ πρὸς τῇ ταυτότητι τῶν ἐννόμων ἀποτελεσμάτων καὶ ἀναδρομικότητα αὐτῶν, ὁ δὲ τοῦναντίον

πραγματικῶν περιστατικῶν κρίσις δύναται νὰ ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν ἀντικειμενικὴν αὐτῶν ὑπόστασιν ⁽⁵⁾. Αἱ προκείμεναι τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ προτάσεις, ἡ μείζων καὶ ἡ ἐλάσσων, καθ' ἓνα μόνον τρόπον δύνανται νὰ διατυπωθῶσι νομίμως, συνεπῶς δὲ μόνον ἐν δύναται νὰ εἶναι καὶ τὸ ἐξ αὐτῶν ἀναγκαίως προκῦπτον πόρισμα ⁽⁶⁾. Εἶναι χαρακτηριστικὸν ὅτι καὶ αὐταὶ αἱ

ὅτι ἡ διάταξις αὕτη καθιεροῖ καὶ ἀναδρομικότητα καὶ ὅτι κατ' ἀκολουθίαν ἡ ὑπὸ τοῦ ἐξωγάμου τέκνου ἀλλοδαπῆς κτῆσις τῆς ἐλληνικῆς ἰθαγενείας ἀνατρέχει ἀπὸ τῆς ἡμέρας τοῦ θανάτου τοῦ ἑλλήνος πατρός. Ἐπίσης ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀρθρου 819 ἄλλος μὲν δικαστὴς ἐνδέχεται νὰ ὑπολάβῃ, προσκολλώμενος εἰς τὸ γράμμα τοῦ νόμου, ὅτι στερεῖται τῆς εὐθείας κατὰ τοῦ τρίτου ἀγωγῆς ὁ χρήστης ἐν ἣ περιπτώσει ἐνάγῃ πρὸς ἀπόδοσιν πρὸ τῆς λήξεως τῆς συμβάσεως λόγῳ τῆς ἀνευ δικαιώματος γενομένης πρὸς τὸν τρίτον παραχωρήσεως τῆς χρήσεως, ἐνῶ τὸυναντίον ἄλλος δέχεται ὀρθῶς τὸν τρίτον ὡς παθητικῶς νομιμοποιούμενον καὶ ἐν τῇ περιπτώσει ταύτῃ. Πρβλ. ἀρθρ. 431 τοῦ προσχ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935] σελ. 144. Ἀνάλογοι διάφοροι λύσεις εἶναι νοηταὶ ἐν τῇ ἐφαρμογῇ φέρ' εἰπεῖν τῶν ἀρθρων 1182 (ἐν τῇ κρίσει ἂν «ἐκ τοῦ νόμου προκύπτῃ ἢ οὐ ἄλλο τι» ἐν δεδομένη περιπτώσει), 1219 (ἐν τῇ κρίσει περὶ ἀντιθέτου τυχόν ὀρισμοῦ τοῦ νόμου ἐν δεδομένη περιπτώσει) κλπ. Εἰς ὅλας τὰς περιπτώσεις ταύτας ἡ πλειονότης νοητῶν λύσεων δὲν σημαίνει καὶ τὴν ὑπαρξιν ἀληθοῦς εὐχερείας προκρίσεως, οὐδὲ τὴν νομιμότητα πασῶν τούτων.

5) Δύο διάφοροι δικασταὶ ἐνδέχεται, τῶνόντι, νὰ κατέληξαν, ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις, ὁ μὲν π.χ. εἰς τὴν ἀπόφασιν ὅτι ἡ ἀγωγή ἢ ἀναζητοῦσα καταβληθὲν χρέος ἐκ παιγνίου εἶναι βάσιμος καὶ δεκτὴ, διότι ἐμεσολάβησε τέχνασμα (845), ὁ δὲ εἰς τὴν ἀντίθετον ἀπόφασιν, ἐνῶ ἐναγόμενος ἦτο ὁ αὐτὸς ἀπατεών, χρησιμοποίησας μάλιστα τὴν αὐτὴν μέθοδον ἢ ὁ μὲν εἰς τὴν κρίσιν ὅτι ὁ Α παραδίδει «κατ' ἐπάγγελμα» (650) μαθήματα ὠρισμένης ξένης γλώσσης, ὁ δ' εἰς κρίσιν ἐναντίαν. Ἐπίσης ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀρθρου 653 δύο διάφοροι δικασταὶ ἐνδέχεται νὰ ἀντιληφθῶσι διαφόρως τὸν «εἰθισμένον» ἐν τινι τόπῳ καὶ ἐν σχέσει πρὸς ὠρισμένον εἶδος ἐργασίας μισθόν. Ὡσαύτως ἡ αὕτη παρατήρησις ἰσχύει σχετικῶς πρὸς τὸ ἀρθρον 705. Ἀνάλογοι διάφοροι λύσεις εἶναι νοηταί, ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς πραγματικὰς προϋποθέσεις, ἐν τῇ ἐφαρμογῇ φέρ' εἰπεῖν τῶν ἀρθρων 817 (ὅτι ἡ χρῆσις ἐγένετο ἢ οὐ ἐναντίον τῶν ὄρων τῆς συμβάσεως), 655 (ὅτι ἡ κρατοῦσα συνήθεια εἶναι αὕτη ἢ ἐκείνη), 668 (ἐνθα γεννῶνται πλεῖστα ὅσα πραγματικὰ ζητήματα), 699, 700, 701 (ποῖον τὸ ἀναλογοῦν μέρος τῆς ἀμοιβῆς), 944 (ὅτι ὑφίστατο ἢ οὐ παρὰ τῷ εἰδικῷ διαδόχῳ γνῶσις τοῦ δόλου), 1961 § 1 κλπ. Εἰς ὅλας τὰς περιπτώσεις ταύτας τὸ ἐνδεχόμενον πλειόνων δικαιοδοτικῶν λύσεων ὑπὸ τοὺς αὐτοὺς ἀκριβῶς συντρέχοντας ὁρους δὲν σημαίνει ὅτι ὑφίσταται κατὰ νόμον δυνατότης προκρίσεως κατ' ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ, οὐδ' ὅτι ὑπάρχουσι νόμιμοι λύσεις πλείονες τῆς μιᾶς.

6) Ἀντιθέτως φρονεῖ M. Waline, Le pouvoir discr. de l'adm. ἐν τῇ Revue du dr. publ. 1930, σελ. 202 : «Le juge, dans la position des prémisses du syllogisme, a une marge d'appréciation discrétionnaire». Ὑποστηρίζει περαιτέρω ὅτι «κατ' εὐχέριαν τὸ ἀκυρωτικὸν ἐρμηνεύει τὸν νόμον καὶ κατ' εὐχέριαν πᾶς δικαστὴς προβαίνει εἰς τὴν ἐπὶ τῆς οὐσίας ἀνεξέλεγκτον διαπίστωσιν τῶν πραγματικῶν περιστατικῶν». Ἀμέσως κατωτέρω ὁμοῦς ἀναγνωρίζει ὅτι μί α μ ό ν η εἶναι ἐκάστοτε ἡ «ἀκριβής» λύσις, ἥς τὴν ἐξέυρεσιν ἐμποδίζουν πολλάκις ἡ ἀνεπάρκεια καὶ ἡ ἀβεβαιότης τῶν ἀνθρωπίνων κριτηρίων. Ὡς εἶναι προφανές, ὁ Waline ἀκυρολογεῖ, ποιούμενος ἀνακριβολόγον χρῆσιν τοῦ ὅρου «appréciation discrétionnaire». Ὡσαύτως ὁ Giraud, Étude sur la notion du pouv. discr., ἐν τῇ Revue gén. d'adm., 1924, σελ. 205, φρονεῖ ὅτι ἡ κρίσις τοῦ δικαιοδοτοῦντος ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ νόμου εἶναι ἀληθῆς «δικαστικὴ ἐκτί-

«νεωτερίζουσαι—ἀπὸ δεκαετηρίδων ἤδη—σχολαὶ τῆς «ἐλευθέρας ἐρμηνείας» τοῦ δικαίου ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ (7) ὑπὸ τὰς ποικίλας αὐτῶν παραλλαγὰς—«ἐπιστημονικὴν», «κοινωνιολογικὴν», «τελεολογικὴν», «ἱστορικὴν-ἐξελικτικὴν», «ἐλευθέρας εὐρέσεως τοῦ δικαίου» κλπ.—αἰσθάνονται τὴν ἀνάγκην νὰ δέχωνται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον (8) ὅτι ὁ δικαστής, μολονότι μὴ δεσμευόμενος ἐξ ὁλοκλήρου ὑπὸ τῆς βουλήσεως τοῦ νομοθετήσαντος, εἰς ἀντικειμενικὰ πάντως καὶ ἐξωτερικὰ ἐν σχέσει πρὸς αὐτὸν κριτήρια ὀφείλει ἐν πολλοῖς νὰ ἀποβλέψῃ ἐν τῇ «ἐλευθέρᾳ» παρ' αὐτοῦ συναγωγῇ τοῦ νοήματος τοῦ νόμου. Ὅτι τάσσεται ἰδίᾳ ὅπως διαγιγνώσκῃ τὴν ἐκάστοτε κοινὴν περὶ δικαίου συνείδησιν τῆς κοινωνίας (9) καὶ ὅτι ὀφείλει νὰ ἀσκῇ τὴν «συγχρονιστικὴν» δικαιοπλαστικὴν αὐτοῦ ἀποστολὴν ἐν ὅψει πλήρους ἐπιστημονικῆς ἐξετάσεως στοιχείων κεκτημένων ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, ἵνα ἀνευρίσκῃ τὴν ἐκάστοτε ὀρθὴν λύσιν—μίαν καὶ μόνην—τὴν ὁποίαν αὐτὸς ὁ νομοθέτης θὰ ἐξέφερε σήμερον (10). Καὶ αὐτὸς ὁ ἐλευθεριώτατος Renard (11) θεωρεῖ τὸν δικαστὴν—τὸν κατ' αὐτὸν μὴ δεσμευόμενον ὑπὸ τοῦ θετοῦ δικαίου—ὡς τεταγμένον ὅπως διαγιγνώσκῃ καὶ ἐφαρμόζῃ ἐκάστοτε τοὺς κανόνας ἐνὸς ἀντικειμενικῶς ὀρθοῦ, «φυσικοῦ» δικαίου. Ὁ δὲ Duguit ὑποστηρίζει, ὡς καὶ ἄλλαχοῦ ἔχομεν ἐκθέσει (12), τὴν ἄποψιν ὅτι ὑφίστανται ἄγρα-

μησις», ὡς ἐκεῖνος τοῦλάχιστον νοεῖ τὴν ἔκτασιν τῆς τελευταίας ταύτης ἐννοίας. Ἀντίθετον ὀρθοτέραν ἄποψιν δέχεται ὁ Michoud, Étude sur le poun. discr. σελ. 11 τοῦ τόμου τοῦ 1915 τῆς αὐτῆς ἐπιθ., προσέτι δ' ὁ W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung κλπ., σελ. 166.

7) Πρβλ. ἀνωτ. I § 1 σημ. 3. Περαιτέρω ἰδὲ συναφεῖς σκέψεις παρὰ τοῖς P. Oertmann, Freies und unfreies Ermessen, ἐνθ' ἀνωτ., στήλῃ 187 ἐν τέλει, Laun, Das fr. Erm. σ. 9, H. Kelsen, Zur Theorie der Interpretation, 1934, καὶ πλείστους νεωτέρους. Παρ' ἡμῖν πρβλ. Κ. Τριανταφυλλοπούλου, Ἡ ἐλευθέρα ἐρμηνεία τοῦ δικαίου, ἐν «Πολιτ. ἐπιθ.» (Δραγούμη), 1916, τοῦ αὐτοῦ, Τὰ σύγχρονα προβλήματα τοῦ ἀστ. δικ., ἐν Ἀρχ. οἰκ. πολιτ. ἐπιστημῶν (Καλλιτσουνάκι) τόμ. β', τευχ. 2, 1922, Ἡλ. Ἀναστασιάδου, Νομικὰ φιλοσοφήματα, 1927 («Θετικὴ ἢ ἐλευθέρα ἐρμηνεία»), Γ. Μαριδάκη, Αἱ σύγχρονοι κατευθύνσεις τοῦ ἰδιωτ. διεθν. δικ. 1927, Δ. Παπούλια, Ὁ δικαστής ὡς νομοθέτης, ἐν «Δικαιοσύνη», 1930, ἰδίᾳ δέ, μεταξὺ τῶν νεωτέρων, τὰς ἀξιολογωτάτας μελέτας Κ. Τσάτσου, Τὸ πρόβλημα τῆς ἐρμηνείας τοῦ δικαίου, 1932, καὶ Ἀλ. Λιτξεροπούλου, Ἡ νομολ. ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδ. δικ., 1932, ἐνθα καὶ πλουσία βιβλιογραφία.

8) Αἱ ἐξαιρέσεις βεβαίως δὲν λείπουν. Πρβλ. π.χ. τὸν G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, δεχόμενον ἐν σελ. 198 ὅτι ὁ δικαστής δέον νὰ καθορίξῃ τὸ «σκόπιμον» καὶ τὸ «δίκαιον» κατὰ τὴν προσωπικὴν του «ἐκτίμησιν» ἐκάστοτε. Καὶ οὗτος ὁμῶς ἐγνωσιμάχησεν ἐν τῇ 3ῃ ἐκδ. (1932) σελ. 83 - 84.

9) Καὶ κατ' αὐτὴν τὴν ριζοσπαστικὴν σχολὴν τῆς «ἐλευθέρας εὐρέσεως τοῦ δικαίου» (freier Rechtsfindung). Πρβλ. Ἀλ. Λιτξεροπούλου, ἐνθ' ἀνωτ., σελ. 33 σημ. 3. Ἀντικειμενικώτερα στηρίγματα τῆς δικανικῆς κρίσεως δέχονται πολλάκις αἱ πλεόν συντηρητικαὶ σχολαί.

10) Ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 99.

11) G. Renard, Le droit, la logique et le bon sens, 1925.

12) L. Duguit, Traité de dr. const., ἐκδ. 3ῃ, 1927 ἐπ. : τόμ. α' σελ. 170-171,

φοι κανόνες δικαίου, διαμορφούμενοι ἀναγκαίως ἐν παντὶ κοινωνικῷ περιβάλλοντι διὰ τῆς μεταξὺ «κυβερνώντων» καὶ «κυβερνωμένων» σὺν τῷ χρόνῳ ἐκδηλουμένης καὶ ἐν διαρκεῖ ἀνελίξει τελούσης διακρίσεως, πηγάζοντες ἐκ τῶν ἐκάστοτε καὶ ἐκασταχοῦ περὶ δικαίου ἀντιλήψεων τοῦ λαοῦ, κεκτημένοι δὲ καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, καὶ ὅτι ὁ δικαστὴς ἔχει τὴν ὑποχρέωσιν ὥπως ἐφαρμόζη τοὺς κανόνες τοῦ θετοῦ δικαίου μόνον ἐν ᾧ μέτρῳ συνάδουσιν οὗτοι πρὸς τοὺς ὡς εἴρηται ἀγράφους νομικοὺς κανόνες, δεσμευόμενος ἐν ἐναντίᾳ περιπτώσει ὑπὸ τῶν τελευταίων τούτων, οὓς μόνους ὀφείλει νὰ ἐφαρμόσῃ.

Ἐπίσης δὲν χωρεῖ οὔτε παρ' ἡμῖν οὔτε ἀλλαχοῦ που—ἐξαιρέσει ἴσως μόνων τῶν ἐν Ἀγγλίᾳ καὶ τῶν ἐν Ἑλβετίᾳ κρατούντων—κατὰ διακριτικὴν τοῦ δικαστοῦ εὐχέρειαν ἢ ἐπὶ τινος συγκεκριμένης ἐννόμου σχέσεως μὴ διεπομένης ὑπὸ νομοθετικῆς διατάξεως ἐφαρμογὴ ἐτέρας διατάξεως κατ' ἀναλογίαν⁽¹³⁾. Διότι καὶ ἡ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ ἀποβλέπει ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν διακρίβωσιν οὐχὶ βεβαίως τῆς ἐννοίας, ἣν ἐσκόπει νὰ προσ-

τόμ. γ' σελ. 589, 596, 599, 709, τοῦ αὐτοῦ *Les transformations du droit public*, 1913, σ. 45. Πρβλ. καὶ ἡμετέρας μελέτας Ἡ ἐννοια τῆς διακρ. εὐχ., 1934, σ. 8 ἐπ., Ἡ σημασία τῶν ἀγράφων νομικῶν κανόνων κατὰ τὸν Duguit, ἐν «Δικαστικῇ», 1934.

13) Τοιαύτη κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ ἐπιβάλλεται παρ' ἡμῖν ἐν ἄρθρῳ 57 τῆς πολιτ. δικονομίας, ἐνθα ὀρίζεται ὅτι ἄρνησις δικαιοσύνης ἐκ μέρους δικαστοῦ τινος ὑπάρχει ὅταν οὗτος ποραλίπῃ δικαστικὴν τινα πράξιν ὑφ' οἰανδήποτε πρόφασιν, ἰδίᾳ δ' ὑπὸ τὴν πρόφασιν τῆς σιωπῆς τοῦ νόμου. Τὸ ἄρθρ. 4 τοῦ γαλλ. ἀστ. κώδικος περιέχει ἀνάλογον διάταξιν: «Le juge qui refusera de juger. sous prétexte du silence . . . de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice». Ὁ ἡμέτερος ἀστικὸς κώδιξ δὲν ἐθεώρησεν ἐπ' ἀνάγκης νὰ περιλάβῃ διάταξιν περὶ ἀναλογίας, καθ' ὃ ἐξυπακουομένην. Ἐν σχέσει πρὸς τὴν προταθεῖσαν παροχὴν—δυνάμει ρητῆς διατάξεως τοῦ κώδικος—ἄλλης εὐρύτερας ἐξουσιοδοτήσεως πρὸς τὸν δικαστὴν διὰ τὰς περιπτώσεις τῆς ὑπάρξεως κενῶν τῆς νομοθεσίας, πρβλ. λίαν ἐνδιαφερούσας συζητήσεις ἐν τῇ συντακτικῇ καὶ τῇ ἀναθεωρητικῇ ἐπιτροπῇ ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχαί, 1936] σελ. 24-25, 43-54, 61, 64, 66-68, Γ. Μπαλῆ, Ὁ δικαστὴς καὶ τὸ κενὸν τοῦ ἀστ. κώδ., ἐν «Θέμιδι» ΝΑ' σελ. 273, Χρ. Πράτσια, Αἱ κυριώτεραι διαφοραὶ τοῦ ἀστ. κώδ. κλπ., αὐτόθι ΝΒ' σελ. 485.

Οὐχὶ ἀκριβολόγως ὁ Waline, *Le pouvoir discrétionnaire* κλπ., loc. cit., ὑποστηρίζει ὅτι ἡ ἀνωτέρω διάταξις τοῦ γαλλικοῦ ἀστ. κώδικος παρέχει δικαίωμα «διακριτικῆς ἐκτιμήσεως» εἰς τὸν δικαστὴν. Ὑπὲρ τῆς αὐτῆς ἀπόψεως τάσσεται καὶ Giraud, ἐνθ' ἀνωτ. σελ. 205, προβάλλων ὅτι ἡ ἐν λόγῳ διάταξις «fait du pouvoir judiciaire un organe créateur de droit». Ἰδὲ καὶ Stier-Somlo, *Das freie Erm.* κλπ. loc. cit. σελ. 472-475. Τὸ ἀκριβὲς εἶναι ὅτι ὑποκειμενικὰ βουλευτικὰ στοιχεῖα τοῦ δικαστοῦ καὶ ἀντιλήψεις αὐτοῦ περὶ «ὀρθοῦ» καὶ «δικαίου» δὲν ἔχουσιν ἐν προκειμένῳ θέσιν. Ἡ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ ἀποβλέπει ἀποκλειστικῶς εἰς τί ὁ ἐκασταχοῦ νομοθέτης θὰ ἔπραττε σήμερον κατὰ λογικὴν ἀνάγκην καὶ συνεπῆς ὢν πρὸς ἑαυτόν, ἀν' ἐκαλεῖτο νὰ ρυθμίσῃ τὴν ὑπὸ κρίσιν περίπτωσιν. Πρβλ. τὰς εἰδικὰς παραγράφους τῶν σχετικῶν πρὸς τὰς γενικὰς ἀρχὰς τοῦ ιδιωτικοῦ δικαίου πραγματειῶν. Εὐρύτερον τῶν ἄλλων ἐρευνᾷ τὸ ζήτημα F. Regelsberger, Γεν. ἀρχ. τοῦ δικ. τῶν πανδ., τόμ. α' τῆς 2ας ἐλλ. ἐκδ. 1935 § 38 σ. 192 ἐπ. Παρ' ἡμῖν, ἰδίᾳ ἐκ τῶν νεωτέρων Γ. Μαριδάκη, Σχέδ. διανο. νεν. ἀρχῶν ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχ. 1936] σελ. 23. Γ. Μπαλῆ

δώσῃ εἰς τὴν διάταξιν ὁ νομοθέτης, ὡς ἡ ἐρμηνεία, πάντως ὁμως τῆς νομοθετικῆς ρυθμίσεως, εἰς τὴν ὁποίαν θὰ προέβαινεν ὁ σύγχρονος ἐπιχώριος νομοθέτης, ἐν ἣ περιπτώσει ἡ ἐν λόγῳ ἔννομος σχέσις ἐτίθετο σήμερον ὑπ' ὄψιν αὐτοῦ, καὶ ἡ ὁποία ρύθμισις δύναται εὐχερῶς, μάλιστα δὲ καὶ μεθ' ἱκανῆς ἀκριβείας, νὰ πιθανολογηθῇ κατὰ τὸ γενικὸν τῆς πλέον προσφάτου νομοθεσίας μας πνεῦμα. Ἀποτελεῖ δηλαδή ἡ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ πλήρως νομοθετικοῦ κενοῦ χωροῦσαν κατ' ὁρισμένον μόνον νόμιμον τρόπον, ἐπὶ τῇ βάσει στοιχείων κεκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, ἥτοι τῶν ἐπὶ παρεμφερῶν θεμάτων προσφάτως τεθεσπισμένων, ἀσχέτως πρὸς πᾶσαν ἐλευθερίαν ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ. Νομοθετικαὶ συνεπῶς ἀπόψεις τοῦ δικαστοῦ, ὑποκειμενικαὶ αὐτοῦ γινώμαι περὶ τῆς «δικαιοσύνης» ρυθμίσεως ὁρισμένου ἀντικειμένου, δὲν δύνανται νὰ ἐμπνέωσιν αὐτὸν ἐν τῇ ἐνεργείᾳ του ταύτῃ. Μόνος ὁ ἄγγλος δικαστὴς δύναται, ἐν περιπτώσει σιωπῆς τοῦ νόμου καὶ ἐλλείψεως προγενεστέρων ἀποφάσεων ἀποφνημαζόμενος ἐπὶ τινος ζητήματος, νὰ δικάσῃ κατὰ διακριτικὴν εὐχέρειαν, τέμνων αὐτὸς πρῶτος τὸ ἐπίδικον θέμα ⁽¹⁴⁾, ὡσαύτως δὲ καὶ ὁ ἐλβε-

Γεν. ἀρχ. τοῦ ἀστ. δικ. § 9. Ἐκ τῶν παρ' ἀλλοδαποῖς μονογραφιῶν πρβλ. Falk, Die Analogie im Recht, 1906, L. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, 1907, καὶ πλείστας ἄλλας. Ἐκ τῶν συγγραφέων τοῦ δημοσίου δικαίου τάσσονται ὑπὲρ τῆς ὀρθῆς ἐκδοχῆς οἱ W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung κλπ. (σελ. 169 ἐπ.: «auch das, was der Gesetzgeber angeordnet hätte, steht fest, um nicht *erfunden*, sondern *gefunden* und entdeckt zu werden»· πρβλ. καὶ τοὺς αὐτόθι ἐν σημ. 32 ἀναφερομένους), Laun, Das fr. Erm. σελ. 7 καὶ 90, Hellwig, Lehrbuch d. dt. Zivilprozessrechts II (1907), σελ. 163, 169-170 κλπ.

Εἶναι περιττὸν νὰ προστεθῇ ὅτι καὶ αἱ διάφοροι τῆς κυρίως εἰπεῖν ἀναλογίας περιπτώσεις «ἀναλόγου ἐφαρμογῆς» διατάξεων τοῦ ιδιωτικοῦ δικαίου—ἐπὶ θεμάτων ἐνίοτε παρεμφερῶν, ἀλλὰ πάντως ἀλλοτρίων πρὸς ἐκεῖνα, διὰ τὰ ὁποῖα αὐταὶ ἔχουσι κατ' ἀρχὴν θεσπισθῇ—δυνάμει ρητῆς παραπομπῆς ἐτέρων διατάξεων, οὐδεμίαν γνησίαν «ἐκτίμησιν» παρέχουσιν εἰς τὸν δικαστὴν. Οὗτος ὀφείλει ἀπλῶς νὰ κατατείνῃ εἰς τὴν κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὀρθοτάτην προσαρμογὴν τῆς ἄλλης ἐκείνης διατάξεως ἐπὶ τῆς ὑπὸ κρίσιν περιπτώσεως, μὴ ἀπολαύων οἷαςδήποτε εὐχερείας, οὐδὲ δυνάμενος νὰ κινηθῇ ἐντὸς οἷουδήποτε πλαισίου «εὐλόγου κρίσεως». Πρβλ. τὰς συχνὰ ἐπαναλαμβανόμενας ἐν τῷ ἀστ. κώδικι ἐκφράσεις «ἐφαρμόζονται ἀναλόγως»: 68 § 2, 76, 279, 364, 620, 640, 641 § 2, 689, 887, 869 § 2, 1011, 1087, 1112, 1121, 1164, 1170, 1173, 1182, 1187, 1215, 1236, 1256, 1326, 1458. Ἔτι δεσμευτικώτεραι τυγχάνουσιν—ἂν ἡθέλῃ τις δεχθῇ ὅτι ὑφίστανται καὶ ἐν τῇ σφαίρᾳ τῆς δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἁρμοδιότητος ποικίλαι διαβαθμίσεις—αἱ ἐκφράσεις «κατὰ τὰς διατάξεις» (1225), «ὡς περὶ . . .» (1228, 1237), ἐνθα οὐδὲ καὶ ζήτημα προσαρμογῆς γεννᾶται.

14) Laun, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 8. Πρβλ. καὶ τὸν αὐτόθι ἀναφερόμενον Hatschek. Ἐπίσης Salmond, Jurisprudence, 7η ἐκδ., 1924, σελ. 191 ἐπ. Gerland, Probleme des englischen Rechtslebens, 1929, Geldart-Werth-Regendanz, Grundzüge des englischen Rechts, 1929. Ἰδὲ καὶ τοὺς ὑπὸ Π. Ζέπου ἀναφερομένους H Levy-Ullmann, A. Schwarz καὶ ἄλλους ἐν τῇ μελέτῃ του Ρωμ. δίκαιον καὶ ἀγγλικὸν δίκαιον, ἐν Ἀρχ. ἰδ. δικαίου, 1937, σελ. 467 σημ. 1, ἰδίᾳ δὲ τοὺς αὐτόθι μνημονευμένους ἄγγλους. Ἔτεροι συγγραφεῖς ἀναφέρονται ὑπὸ Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 13η ἐκδ., I § 30 σημ. 3. Ἡ λεγομένη judicial legislation συνίστα-

τός, δυνάμει ρητῆς διατάξεως τοῦ ἐλβετικοῦ ἀστικοῦ κώδικος, ἐξουσιοδοτοῦσιν αὐτὸν ὅπως, ἐν σιωπῇ τοῦ νόμου, κρίνῃ ἐλευθέρως, ὡς νομοθέτης ⁽¹⁵⁾.

Ἡ λεγομένη «ἐλευθέρα» ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ «ἐκτίμησις» τῶν πραγμάτων

ταὶ εἰς τὴν ἐντὸς πλαισίου τινὸς ὀλιγαριθμῶν σχετικῶν κανόνων θετοῦ δικαίου καὶ ἰκανοῦ ἀριθμοῦ ἐθίμων ἀπόφασιν κατ' ἰδίαν περὶ δικαίου κρίσιν—ἐφ' ὅσον τὸ θέμα δὲν ἔχει λυθῇ ὑπὸ προγενεστέρου precedent—ἥτις ἀπόφασις ἔχει, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὰ εἰς τὰς ἄλλας χώρας ἰσχύοντα, δεσμευτικὴν πῶς δύνανται προτύπου διὰ τοὺς ἐπομένους δικαστὰς (creative precedent). Κατ' ἀνάλογον τρόπον καὶ ἐν Ρώμῃ οἱ πραιτῶρες, δικαιοδοτοῦντες μεταξὺ ρωμαίων πολιτῶν, ἐξέφευγον κατ' εὐχέρειαν τῶν στενῶν ὁρίων τοῦ δωδεκαδέλτου καὶ ἐφήρμοζον κατὰ γνησίαν ἐκτίμησιν καὶ κατ' ἰδίαν περὶ δικαίου κρίσιν τοὺς ἐπεικειῖς κανόνας τοῦ *jus gentium*. Διὰ τῆς τοιαύτης ἐφαρμογῆς διεμορφώθη, ὡς γνωστόν, σὺν τῷ χρόνῳ ἐπὶ τὸ πρακτικώτερον τὸ δικαίον τῶν ρωμαίων «δυνάμει ἐθίμων» (*moribus*), κατὰ τὸν ὑπὸ τῶν μεταγενεστέρων ἐν χρήσει οὐχὶ ἀκριβολόγον ὅρον. Τούναντίον, αἱ λοιπαὶ μορφαὶ τῆς πραιτωρικῆς δράσεως, ἡ *interpretatio* καὶ ἡ *diaplasia* τοῦ *jus honorarium*, ἦσαν ξέναι πρὸς τὴν γνησίαν ἔννοιαν τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ. Διότι ἡ μὲν *interpretatio* ἀπετέλει, ὡς γνωστόν, ἐρμηνείαν τῶν διατάξεων τοῦ δωδεκαδέλτου, καίπερ ὑπὸ εὐρείαν, δημιουργικὴν, ἔννοιαν, ἀγνωστον ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον εἰς τὸν σύγχρονον δικαστήν, τὸ δὲ *jus honorarium* ἦτο σύνολον διαταγμάτων (*edicta*) τῶν ἐκάστοτε πραιτόρων· ἀπετέλει δηλαδὴ κατ' οὐσίαν νομοθετικὴν καὶ ὄχι δικαστικὴν αὐτῶν ἐνέργειαν. Περὶ τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῶν πραιτῶρων πρβλ. καὶ Stier-Somlo, ἔνθ' ἄνωτ. σελ. 463.

15) Ἀρθρ. 1 § 2 τοῦ ἐλβετ. ἀστ. κώδικος τοῦ 1907: Ἐλλείψει νόμον καὶ ἐθίμου ρυθμίζοντος τὸ ζήτημα, «le juge prononce selon les règles qu'il établirait, s' il avait à faire acte de législateur». Ἐκ τῶν ἐρμηνευτῶν πρβλ. Rossel-Mentha, Manuel du dr. civil suisse, 2αν ἔκδ. Ἰδὲ καὶ Laun, ἔνθ' ἄνωτ. σελ. 7 καὶ 78 καὶ Hellwig, ἔνθ' ἄνωτ. σελ. 172, ἰδίᾳ δὲ M. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 1908.

Ἡ τοιαύτη εὐρεία, κατὰ ρητὴν ἐξουσιοδότησιν τοῦ ἀστ. κώδικος, εὐχέρεια τοῦ ἐλβετοῦ δικαστοῦ εἰς τὰς περιπτώσεις κενῶν τῆς ἐκείνο νομοθεσίας τελεῖ ἐν σαφεῖ ἔννοιο-λογικῇ ἀντιθέσει πρὸς τὴν καθαρῶς δεσμευμένην ἀρμοδιότητα τῶν δικαστῶν τῶν ἄλλων χωρῶν εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογῆς νομοθετικῆς τινος διατάξεως, οὐχὶ δ' ὀρθῶς καθ' ἡμᾶς ταυτίζεται ἐνίοτε—ὑπὸ ἔποψιν ἐκτάσεως καὶ ἐν γένει πλαισίου ἀρμοδιότητος—πρὸς τὴν τελευταίαν ταύτην, ὡς φέρ' εἰπεῖν ὑπὸ Κ. Δεμερτζῆ ἐν σελ. 25 τοῦ Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχ., 1936], Π. Τσαλδάρη, αὐτόθι, σελ. 43 κλπ. Τῶνόντι, ἡ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογὴ ὀφείλει νὰ ἀποβλέψῃ ἀποκλειστικῶς εἰς τὴν ὕλην τῆς συγχρόνου ἐπιχωρίου νομοθεσίας—στοιχεῖον κεκτημένον ἐκάστοτε καὶ ἐκασταχοῦ καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν—ἐνῶ τούναντίον ὁ ἐλβετὸς δικαστὴς κέκτεται, δυνάμει τοῦ ἐκεῖ κρατοῦντος κώδικος, σαφῶς καὶ εὐρέως ἐκφραζομένου, ἀληθῆ δυνατότητα *per o r i s e w s*, συμφώνως πρὸς τὸ ἴδιον αὐτοῦ περὶ δικαίου αἶσθημα, τῆς «ὀρθοτάτης» καὶ τῆς μᾶλλον συναδούσης πρὸς τὸ *bonum et aequum* δικαιοδοτικῆς λύσεως, μεταξὺ πλειόνων τοιούτων ἐξ ἴσου νομίμων. Ναὶ μὲν ἐν τῇ πράξει, εἰς τὰς περιπτώσεις κενῶν τοῦ ἐλβετικοῦ κώδικος, ἀκολουθεῖ οὗτος ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον τὰς ὑπὸ τοῦ γερμανικοῦ ἀστικοῦ κώδικος παρεχομένας λύσεις, ὅλλὰ πάντως θὰ ἐτέλει ἐξ ἴσου ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς νομιμότητος ἐν ἣ περιπτώσει ἤθελε προκρίνει ὡς «δικαιοτέραν» καὶ «εὐστοχωτέραν» λύσιν τινὰ ἄλλοθεν ὑπαγορευομένην, καὶ δὴ εἴτε π.χ. ὑπὸ τοῦ ἰταλικοῦ ἢ τοῦ γαλλικοῦ ἢ ἄλλου οἰουδήποτε κώδικος εἴτε καὶ ὑπὸ τῆς ἰδίας αὐτοῦ περὶ «οὐσιαστικοῦ δικαίου» εὐλόγου κρίσεως.

των.—Εἰδικώτερον, ὁ δικονομικὸς κανὼν περὶ «ἐλευθέρας» καὶ ἀνελέγκτου πραγματικῆς «ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ ⁽¹⁶⁾ ἐκφέρεται συνήθως συλλήβδην, τόσον ἐν σχέσει πρὸς περιπτώσεις δεσμευμένης δικαιοδοσίας, ἔνθα ἀφορᾷ οὗτος ἀπλῶς εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ σχηματισθεῖσαν ἀντίληψιν περὶ τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως, ὅσον καὶ ἐν σχέσει πρὸς περιπτώσεις γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως, εἴτε στενῆς—ὡς εἶναι π.χ. ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἢ περὶ ἀμελείας, δολίας προαιρέσεως ⁽¹⁷⁾, βαρέος πταίσματος ⁽¹⁸⁾ καὶ ἐν γένει ἢ περὶ βαθμοῦ ὑπαιτιότητος ἐκτίμησις—εἴτε εὐρυτέρας, ὡς π.χ. ἢ περὶ τῆς ἐν κρινομένῃ δίκῃ συνδρομῆς τοῦ κυριωτάτου σ χ ε τ ι κ ο ὕ λόγου διαζυγίου ἐκτίμησις ⁽¹⁹⁾. Εἰς τὰς τελευταίας ταύτας περιπτώσεις, ὁ ρηθεὶς δικονομικὸς κανὼν δὲν ἀφορᾷ ἀπλῶς εἰς τὴν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ γενομένην διευκρίνισιν τῶν πραγματικῶν στοιχείων τῆς ὑποθέσεως, ἀλλ' ἐπιπροσθέτως καὶ εἰς τὰς ο ὕ σ ι α σ τ ι κ ω τ έ ρ α ς «κρίσεις», ἄστινας οὗτος κατ' ἰδίαν ἐκτίμησιν συνήγαγε διὰ τὴν συγκεκριμένην ἐκείνην διένεξιν ἐκ τοῦ οὕτω πῶς ἀποκαθαρθέντος πραγματικοῦ ὕλικου καὶ αἵτινες ἤγαγον αὐτὸν εἰς τὴν πρόκρισιν τῆς τοιαύτης ἢ τοιαύτης δικαιοδοτικῆς λύσεως.

Περὶ γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως μόνον εἰς τὰς τελευταίας ταύτας περιπτώσεις δύναται νὰ γίνη λόγος. Τοῦναντίον, εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς δεσμευμένης δικαιοδοσίας ἢ δικονομικῇ ρῆσιν περὶ «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τῶν πραγμάτων εἶναι ξένη πρὸς τὴν ἀληθῆ κατὰ νόμον δυνατότητα προκρίσεως τῆς μορφῆς ἐπιλύσεως τῆς διενέξεως ὑπὸ τοῦ δικαιοδοτοῦντος, διότι ἡ ἀρμοδιότης τοῦ τελευταίου εἰς τὰς ρηθείσας περιπτώσεις περιορίζεται εἰς τὴν ἐξακρίβωσιν στοιχείων κεκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν. Ναὶ μὲν ὁ δικαστὴς τῆς ἀναιρέσεως δὲν ἔχει ἀρμοδιότητα νὰ τὸν ἐλέγξῃ ἂν ἐσφαλμένως ὑπέλαβε π.χ. ὅτι ὁ ἐναγόμενος μισθωτὴς εἶχεν ὑπεκμισθώσει ἄνευ συναινέσεως τοῦ ἐκμισθωτοῦ καὶ συνεπῶς ἄνευ δικαιώματος (624) ἢ ὅτι ὁ συνομολογηθεὶς ἐν δικαιοπραξίᾳ τόκος σὺν ἐνδεχομένῃ τινὶ προμηθείᾳ ἢ ἄλλῳ ἀνταλλάγματι ὑπερέβαινε τὸ τεθεσπισμένον θεμιτὸν ἀνώτατον ὅριον συμβατικοῦ ἐπιτοκίου (293 § 1), ἀλλὰ πάντως, ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει, ἔρχεται εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὸ θέλημα τοῦ νομοθέτου ὁ δικαστὴς, ὅστις ἐσφαλμένως συνήγαγε τὴν ὑπεκμίσθωσιν ὡς ἄνευ δικαιώματος γενομένην, ἐνῶ ἡ ἀντικει-

16) Πολιτ. δικον. ἄρθρ. 810 § 2.

17) Π.χ. πρβλ. Ἀρ. Π. 79 καὶ 194 τοῦ 1910 ἐν «Θέμ.» ΚΑ' σελ. 290 καὶ 442, 205 τοῦ 1912 αὐτόθι ΚΓ' σελ. 644, 170 τοῦ 1911, αὐτόθι ΚΒ' σελ. 585, 71 τοῦ 1921 ἐν ΑΒ' σελ. 338, 516 τοῦ 1924 ἐν ΑΕ' σελ. 665, 258 τοῦ 1930 ἐν ΜΑ' σελ. 609, 729 τοῦ 1931 ἐν ΜΓ' σελ. 117, 297 καὶ 291 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. α', σ. 570 καὶ 758.

18) Ἀρ. Π. 206 τοῦ 1929 ἐν «Θέμ.» Μ' σελ. 653.

19) Μεταξὺ πλείστων ἄλλων πρβλ. π.χ. Ἀρ. Π. 182 τοῦ 1942 ἐν «Θέμ.» ΝΔ' σελ. 35, 7 καὶ 79 τοῦ 1944, αὐτόθι ΝΕ' σελ. 43 καὶ 108. Ἐν γένει, κατὰ παγίαν ἤδη νομολογίαν, δὲν ὑπόκειται εἰς τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας περὶ τοῦ ὅτι ἔλαβε χώραν οφοδρὸς κλονισμὸς τῆς ἐγγάμου σχέσεως ἐν τῇ συγκεκριμένῃ ὑπὸ κρίσιν περιπτώσει: Ἀρ. Π. 48 τοῦ 1935 ἐν «Θέμ.» Μς' σελ. 605, 427 τοῦ 1934 αὐτόθι 189, 75 τοῦ 1931 ἐν ΜΒ' σελ. 297.

μενικὴ κατάστασις ἦτο διάφορος, ἢ διέγνωσεν ἀνύπαρκτα τοκογλυφικὰ στοιχεῖα ἐν δανειστικῇ συμβάσει ἢ τέλος σφαλερῶς ὑπέλαβεν ἐν δίκῃ διαζυγίου τὴν μοιχείαν ὥς συντελεσθεῖσαν, κατ' ἀκολουθίαν δὲ τῆς τοιαύτης μὴ ὀρθῆς ἐξακριβώσεως τῶν πραγματικῶν στοιχείων τῆς ὑποθέσεως ἠδίκησε τὸν ἕτερον τῶν διαδίκων. Ἡ ἀδυναμία ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου δὲν σημαίνει καὶ ἀληθῆ νομιμότητα τῆς γενομένης δικαιοδοτικῆς ρυθμίσεως (20). Ἄλλη ἢ ἀποψις τοῦ δικονομικοῦ δικαίου καὶ ἄλλη ἢ τοῦ οὐσιαστικοῦ. Κατὰ συνέπειαν ὁ δικονομικὸς κανὼν περὶ «ἐλευθέρας ἐκτιμῆσεως τῶν πραγμάτων» εἰς τὴν περίπτωσιν ταύτην δὲν σημαίνει ἀληθῆ καὶ ἐπιδοκιμαζομένην ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εὐχέρειαν τοῦ δικαστοῦ ὅπως καταλήξῃ εἰς τὴν ἐξενεχθεῖσαν σφαλερὰν ἀποφάνσιν. Γνησία δυνατότης ἐκλογῆς μεταξὺ πλειόνων δικαιοδοτικῶν λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων δὲν ὑφίστατο ἐν προκειμένῳ.

Δικανικὴ ἐκτίμησις ὑπὸ τὴν ἐρευνωμένην νῦν ἔννοιαν δὲν ὑφίσταται κατὰ ταῦτα εἰς τὴν περίπτωσιν πχ. τῆς ρυθμίσεως νομῆς (987 ἐπ.), ἔνθα ἡ μοναδικὴ ἐκάστοτε νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις ἐξαρτᾶται, ὥς εἰκός, ἀποκλειστικῶς ἐκ τῆς ὀρθῆς διακριβώσεως πραγματικῶν στοιχείων, οὐδ' εἰς τὴν περίπτωσιν, φέρ' εἰπεῖν, τοῦ κανονισμοῦ ὁρίων (1020), παρὰ τοὺς τρεῖς δυνατοὺς τρόπους ἐπιδόσεως τῆς διενέξεως, τοὺς ὁποίους ρητῶς ἀπαριθμεῖ ὁ νομοθέτης· διότι ἡ χρησιμοποίησις ἐκάστου τούτων δὲν ἐξαρτᾶται ἐξ ἀληθοῦς τινος ἐκτιμῆσεως τοῦ δικαστοῦ, ἀλλ' ἀποκλειστικῶς καὶ μόνον ἐκ τοῦ ἀντικειμενῶς ἐφικτοῦ τῆς ἐξακριβώσεως πραγματικῶν γεγονότων ἐξωτερικῶν, ὅλως ξένων πρὸς τὰς περὶ «δικαίου» καὶ «ὀρθοῦ» ἀντιλήψεις τοῦ δικαιοδοτοῦντος, κεκτημένων δὲ καθωρισμένην τινὰ ὑλικὴν ὑπόστασιν. Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον γνησία δικανικὴ ἐκτίμησις δὲν ὑφίσταται εἰς τὴν περίπτωσιν τῆς ἄρσεως τῆς ἀφανείας ἢ τῆς οἰαςδήποτε μεταβολῆς τοῦ χρόνου ἐνάρξεως αὐτῆς (46), παρὰ τὴν διαζευκτικὴν διατύπωσιν, ἣν χρησιμοποιεῖ ὁ νομοθέτης. Ἀνάλογος παρατήρησις ἰσχύει καὶ ἐν σχέσει πρὸς τὸ ἄρθρ. 705 § 2, καθ' ὅσον καὶ ἐν προκειμένῳ ἡ διαζευκτικὴ ἔκφρασις δὲν σημαίνει καὶ δυνατότητα προκρίσεως κατ' ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ. Ἐπίσης, ἐν τῇ κρίσει πχ. περὶ τοῦ χρονικοῦ σημείου, καθ' ὃ καθίσταται ληξιπρόθεσμος ἡ ἐκ δανείου ὀφειλὴ (807), παρὰ τὰς ὑπὸ τοῦ νομοθέτου χρησιμοποιουμένας ὑποθετικὰς προτάσεις, μία μόνη εἶναι ἡ ἐκάστοτε νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις. Τέλος δὲ

20) Οὐχὶ ὀρθῶς ὑποστηρίζει π.χ. ὁ Duguít ὅτι μόνη ἡ διοίκησις παρανομεῖ ἐν τῇ περιπτώσει ἐκ πλάνης περὶ τὰ πραγματικὰ γεγονότα ἐν τινι «ὀφειλομένη» (ὕποχρεωτικῇ) αὐτῆς ἐνεργείᾳ προβῇ ἐσφαλμένως, οὐχὶ δὲ καὶ ὁ δικαστὴς ὁ ὑποπίπτων εἰς ἀνάλογον σφάλμα ἐν τῇ ἐκδόσει τῆς δεσμευομένης ἀποφάσεως αὐτοῦ. Πρβλ. τὴν ἀποψιν ταύτην ἐν *Traité du dr. const.* τόμ. β', σελ. 445, 447. Τὸ ἀκριβὲς εἶναι ὅτι ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει παρανομεῖ καὶ ὁ δικαστὴς ἐν τῇ περιπτώσει ταύτῃ. Ἡ ἀπόφασίς του εἶναι οὐσιαστικῶς ἀντίθετος πρὸς τὸν νόμον, διότι δὲν εἶναι δυνατόν ἐπὶ παραδείγματι νὰ ἀνταποκρίνεται πρὸς τὴν ἀληθῆ τοῦ νομοθέτου βούλησιν ἢ ποινικὴ καταδίκη ἀθώου ἀντὶ τοῦ πραγματικοῦ ἐνόχου ἢ ἡ λόγω μοιχείας ἐσφαλμένως συναχθείσης, πράγματι δ' ἀνυπάρχτου, διάζευξις.

δὲν ἔχουσι σχέσιν πρὸς τὴν ἀληθῆ ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ αἱ περιπτώσεις καθ' ὧς οὗτος δυνάμει τῆς γενικῆς δικαιοδοτικῆς αὐτοῦ ἀρμοδιότητος ἢ κατ' ἐφαρμογὴν εἰδικῶν διατάξεων τοῦ ἀστικοῦ δικαίου ⁽²¹⁾ καλεῖται νὰ «ἐκτιμήσῃ» τὸ περιεχόμενον καὶ τὴν ἔννοιαν ἰδιωτικῶν δικαιοπραξιῶν. Καὶ ἐν προκειμένῳ τὸ παρὰ τῆς ἀκυρωτικῆς δικαιοδοσίας δικονομικῶς ἀνέλεγκτον τῶν συναχθέντων πορισμάτων ⁽²²⁾ δὲν σημαίνει ὅτι ὑφίστατο ἀληθῆς εὐχέρεια προκρίσεως παρὰ τῷ δικαστῇ τῆς οὐσίας.

21) Πρβλ. ἰδίᾳ ἀστ. κώδ. 866 καὶ 867 (πραγματικὴ κρίσις περὶ τῆς καθ' ὥρην σμένον ἢ ἀόριστον χρόνον ἐκτάσεως τῆς γενομένης ἐγγυήσεως), 794 («ἐκτίμησις» ἀκριβοῦς ἀναλογίας μερίδων), 763 § 1 (κρίσις περὶ ὑπάρξεως ἢ μὴ ἐναντίας συμφωνίας), 807 (κρίσις περὶ τοῦ ἂν καθωρίσθῃ ἢ οὐ χρόνος ἀποδόσεως), 694, 684 (τί ἀκριβῶς προκύπτει ἐκ τῆς συμβάσεως), 689 § 1 (τίνες αἱ συνομολογηθεῖσαι ιδιότητες), 651 (τί προκύπτει ἐκ τῆς συμφωνίας), 668 (ἂν εἶχε γίνῃ ἢ μὴ ἐπιφύλαξις τοῦ ἐργοδότη. ζητήματα ἐρμηνείας θὰ γεννῶνται συχνότερον, ἀφοῦ ἐκ τοῦ ἀρθρ. 327 τοῦ προσχ. εἰσηγ. καὶ τοῦ σχεδ. τῆς συντ. ἐπιτρ.—σελ. 124 καὶ 321 τοῦ Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ.]—ἀπηλείφθῃ ἡ λέξις «ρητῶς»), 701 καὶ 675 § 2 (εἰς τίνος τὸ πρόσωπον εἶχον κυρίως ἀποβλέπει τὰ μέρη), 703 § 2 (ἂν εἶχε συμφωνηθῇ ἢ μὴ καταβολὴ τῶν δαπανῶν), 706 (ἂν ἡ ἐνέργεια τοῦ μεσίτου ὑπῆρξεν ἀντίθετος πρὸς τὸ περιεχόμενον τῆς συμβάσεως), 815 (ἐκ τῆς δικαστικῆς διαγνώσεως περὶ τοῦ εἶδους καὶ τῆς ἐκτάσεως—π.χ. τῆς χρονικῆς καθ' ἐκάστην ἡμέραν διαρκείας—τῆς συμφωνηθείσης χρήσεως θὰ ἐξαρτηθῇ φέρ' εἰπεῖν σὺν τοῖς ἄλλοις καὶ ἡ παραδοχὴ ἀγωγῆς τοῦ χρήστου διὰ φθοράς), 492 καὶ 493 (τί ἀκριβῶς προκύπτει ἐκ τῆς σχέσεως), 1126 καὶ 1129 (ἂν ὑφίσταται ἢ ὅχι ἀντίθετος συμφωνία), 1174 ἕως 1177 καὶ 1166-1167 (ἂν ὑφίσταται ἢ ὅχι ἀντίθετος ὁρισμὸς ἐν τῇ δικαιοπραξίᾳ). Ἡ αὐτὴ παρατήρησις δέον νὰ γίνῃ ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις τῶν ἀρθρῶν 1190, 1220, 1245, 1412 κλπ. τοῦ κώδικος.

Τὴν ἐρμηνείαν δικαιοπραξιῶν ἔχουσιν ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ὑπ' ὄψιν καὶ αἱ συχναὶ ἐν τῷ κώδικι ἐπαναλήψεις τῶν λέξεων «ἐν ἀμφιβολίᾳ» (πρβλ. π.χ. ἀστ. κώδ. 183, 397, 401, 403, 468, 480, 530, 556, 563, 830, 840, 1221, 1790, 1792 κλπ.) ἢ τῆς ἐκφράσεως «ἐφ' ὅσον συνάγεται» ἢ «ἐφ' ὅσον δὲν συνάγεται τὸ ἐναντίον» (π.χ. 196, 222, 223, 237, 320, 411, 437) καὶ οἱ συχνοὶ ὡσαύτως ἐρμηνευτικοὶ κανόνες—πλὴν τῶν ἐν ἀρθρ. 173 καὶ 200 γενικῶν τοιούτων—«λογίζεται» (π.χ. 399), «θεωρεῖται» (π.χ. 402), ὥς καὶ ὁ αὐστηρότερος ἐν σχέσει πρὸς τὴν διατύπωσιν «ἐν ἀμφιβολίᾳ» ἐρμηνευτικὸς κανὼν «ἐφ' ὅσον δὲν προκύπτει σαφῶς τὸ ἐναντίον» (421, 477, 684). Εἰς πάσας τὰς περιπτώσεις ταύτας κατ' ἐπίφασιν μόνον ὑφίσταται «ἐκτίμησις» τοῦ δικαστοῦ, καθ' ὅσον οὗτος ὀφείλει νὰ κατευθύνῃ ἅπασαν αὐτοῦ τὴν προσοχὴν εἰς ἀποκλειστικῶς ἐξωτερικὰ ἐν σχέσει πρὸς αὐτὸν στοιχεῖα, ἀνεξάρτητα πάσης ὑποκειμενικῆς του «εὐλόγου κρίσεως». Οὕτω π.χ. ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀρθρῶν 563 ὁ δικαστὴς δεσμεύεται, ὑπόχρεως ὢν, ἐφ' ὅσον δὲν εὗρῃ ἀντικειμενικόν τι στοιχεῖον ἐν τῇ δηλώσει τῆς βουλήσεως δικαιολογοῦν ἀντίθετον λύσιν, νὰ ἀπαλλάξῃ τὸν παρὰ τὴν ἀρίστην ποιότητα τοῦ πράγματος ἀρνηθέντα ἀγοραστήν, ἥδη δὲ τυχὸν ἐναγόμενον, ἔστω καὶ ἂν πεῖθεται περὶ τῆς παρ' αὐτῷ κατ' οὐσίαν ἐλλείψεως συναλλακτικῆς εὐθύτητος καὶ περὶ τοῦ αὐθαιρέτου καὶ ἰδιοτρόπου αὐτοῦ ἥθους.

Συναφεῖς εἶναι καὶ αἱ πολυπληθεῖς περιπτώσεις «ἐκτιμήσεως» τοῦ περιεχομένου διαθηκῶν καὶ ἐν γένει ἐρμηνείας δικαιοπραξιῶν αἰτία θανάτου : ἀστ. κώδ. 1792, 1810, 1811, 1927-8, 1983, 2002. Καὶ ἐδῶ δὲν ἔχει καμμίαν θέσιν ἡ «εὐλογος κρίσις» τοῦ δικαστοῦ. Ἐπιβάλλεται διάγνωσις τῆς βουλήσεως τοῦ διαθέτου, δηλονότι ἐξακριβώσις στοιχείου κεκτημένου καθωρισμένην τινὰ ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν.

22) Πολιτ. δικον. ἀρθρ. 810 § 2. Μεταξὺ πλείστων ἄλλων πρβλ. Ἄρ. Π. 207 τοῦ

Ὁ λόγος διὰ τὸν ὁποῖον δὲν δύναται νὰ διαγνωσθῇ παρὰ τῷ δικαστῇ γνησία ἐκτίμησις εἴτε ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τοῦ νόμου εἴτε ἐν τῇ διακριβώσει τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως εἶναι ὅτι ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις, ὑφ' ἣν σημασίαν νοοῦμεν καὶ ἐρευνῶμεν αὐτὴν ἐν προκειμένῳ, ἀσκεῖται παρὰ τοῦ δικαιοδοτοῦντος κατ' ἡθελημένην ἐκ μέρους τοῦ νομοθέτου παροχὴν, μ ε τ ἂ τὴν ὑπαγωγὴν τῶν ἤδη ὅπωςδῆποτε διευκρινισθέντων πραγματικῶν περιστατικῶν τῆς διενέξεως ὑπὸ τὴν διὰ τῆς ἐρμηνείας κατὰ τινὰ οἰονδήποτε τρόπον ἤδη συναχθεῖσαν ἔννοιαν τοῦ νομικοῦ κανόνος. Πρόκειται, τῶντι, περὶ τῶν περιπτώσεων, καθ' ἃς αἱ διατάξεις τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἔσχον τὴν π ρ ό θ ε σ ι ν νὰ ἐπαφενῶσιν εἰς τὴν εὐχέρειαν τοῦ δικαστοῦ διὰ τὸ μ ε τ ἂ τὴν συναγωγὴν τοῦ πορίσματος τοῦ συλλογισμοῦ τοῦ στάδιον τῆς διανοητικῆς αὐτοῦ ἐργασίας, καταλείπουσαι εἰς αὐτὸν ἐν τῇ ἐκλογῇ τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως πλαίσιον τι ἐλευθέρας κρίσεως, ὅτε μὲν εὐρύτερον, ὅτε δὲ μᾶλλον στενόν, ἐντὸς τοῦ ὁποίου οὗτος κινεῖται ἐκάστοτε. Ἡ ἀληθὴς δικανικὴ ἐκτίμησις πηγὴν ἔχει, κατὰ ταῦτα, τὴν πρόθεσιν τοῦ νομοθέτου, καὶ δὴ βάσει ὀρισμένων νομοθετικῶν λόγων. Δὲν εἶναι δὲ νοητὴ ἡ ὑπαρξίς ἡ θ ε λ η μ έ ν ω ν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου δι' ὀρισμένους λόγους κενῶν εἰς αὐτὰς ταύτας τὰς προτάσεις τοῦ δικανικοῦ λογικοῦ τύπου.

Ἐν σχέσει πρὸς τὴν ὑπαρξίν γνησίας εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ κατὰ τὴν φάσιν τῆς ἐργασίας τοῦ νοῦ αὐτοῦ τὴν ἐπακολουθοῦσαν τὴν συναγωγὴν τοῦ πορίσματος τοῦ ρηθέντος λογικοῦ τύπου ὑπεστηρίχθησαν ἐπίσης πλεῖστα ὅσα ἐννοιολογικὰ γνωρίσματα καὶ γενικῶς κριτήρια διαγνώσεως.

Τὸ γράμμα τοῦ νόμου ἐν γένει.—Ὑπεστηρίχθη ὅτι ἐ ξ ὀ ρ ι σ μ έ ν ω ν ἐ κ φ ρ ά σ ε ω ν τοῦ νομοθέτου δύναται μετ' ἀκριβείας νὰ συναχθῇ ἡ παρὰ

1924 ἐν «Θέμ.» ΛΓ σελ. 68, 98 τοῦ 1930 αὐτόθι ΜΑ σελ. 600, 20 τοῦ 1935 ἐν Ἐφ. ἑλλ. νομ. β' σελ. 359 κλπ. Τὸ δικονομικὸν ἀνέλεγκτον περιορίζεται, ὡς γνωστόν, εἰς τὸ συναχθὲν πραγματικὸν νόημα τῆς δηλώσεως βουλήσεως, μὴ ἐκτεινόμενον καὶ εἰς τὴν διὰ νομικοῦ αὐτοῦ χαρακτηρισμοῦ ὑπαγωγὴν τοῦ συναχθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ εἰς ἔννοιαν νομικὴν, οὐδ' εἰς τὰς τυχόν ἐμφιλοχωρησάσας παραβάσεις ἐρμηνευτικῶν κανόνων ἢ ἄλλας παραβάσεις νόμου ἐν τῇ ἐρμηνείᾳ τῆς δικαιοπραξίας. Πρβλ. Οἰκονομίδου - Λιβαδά, Ἐγγ. πολ. δικ. τόμ. γ' § 247 σημ. 9, σ. 133 ἐν 7ῃ ἐκδ. (1926), Κ. Βασιλείου, Περὶ ἀναιρέσεως ἐν τῷ ἀστ. δικον. δικ., ἐκδ. 2α ὑπὸ Α. Γιδοπούλου § 30, σελ. 210-211 καὶ ἐκ τῶν νεωτέρων παρ' ἡμῶν Γ. Ράμμου, Ὁ ἔλεγχος τοῦ Ἀρ. Π. ἐπὶ τῆς ὑπὸ τῶν δικαστηρίων τῆς οὐσίας ἐρμηνείας τοῦ περιεχομένου δικαιοπραξιῶν, ἐν «Θέμιδι» ΝΔ' σελ. 186 ἑ. Ἡρ. Κυριακοπούλου, Ἡ ὑπὸ τῶν δικαστηρίων τῆς οὐσίας ἐρμηνεία κλπ., αὐτόθι ΝΒ' σελ. 313 καὶ ΝΓ' σελ. 101, Δ. Γονατᾶ, ἐν τόμῳ ΝΒ σελ. 416, τοῦ αὐτοῦ, ἐν Θέμιδι ΝΓ' σ. 221 καὶ ΝΔ σελ. 277, Κίμ. Σούρλα, Τὰ ἐκ τοῦ ἄρθρ. 810 § 2 πολ. δικ. ζητήματα κλπ., ἐν «Θέμιδι» ΝΕ', σελ. 33 ἐπ., Π. Ζήση, Ἡ ἀσάφεια τοῦ ἐγγράφου πρὸ τοῦ Ἀρ. Π. ἐν Ἐφ. ἑλλ. νομ. ε' 194 κλπ.

Τὸ ἐν γένει ζήτημα τῆς παρὰ τοῦ δικαστοῦ ἐρμηνείας δικαιοπραξιῶν ἐξετάζεται παρ' ἄλλοδαποῖς εὐρύτατα. Ὑπὸ τύπον ἀπλῶν παραδειγμάτων πρβλ. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1η ἐκδ. τῷ 1897 (πρβλ. νῦν 3ην ἐκδ.), ἐκ δὲ τῶν ἀστυνομολόγων Cosack, Lehrb. d. dt. bürgerl. R. § 63 (σελ. 235 ἐπ. τῆς 6ης ἐκδ.).

τούτου ἡθελημένη παροχή ἀληθοῦς ἐκτιμήσεως εἰς τὸν δικαστὴν εἰς ὠρισμένους περιπτώσεις.

Ἡ τοιαύτη βάσις διακρίσεως, ἡ πρὸς τὸ γράμμα τοῦ νόμου ἀποβλέπουσα, δὲν εἶναι ἀσφαλής. Εἶναι ἀληθὲς ὅτι ὑπάρχουσι καὶ παραδείγματα νομοθετικῆς διατυπώσεως, παρ' οἷς εὑρηται πάντοτε ἡ ἔννοια τῆς ἡθελημένης παρὰ τοῦ νομοθέτου ἐν τινι πλαισίῳ παραπομπῆς τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως εἰς τὴν γνησίαν δικανικὴν ἐκτίμησιν. Τοῦτο ἰσχύει ἰδίᾳ διὰ τὰς ἐκφράσεις «κατ' εὖλογον κρίσιν» (23), «διὰ σπουδαίους λόγους» (24), «δι' ἰδιαιτέρους λόγους» (1487, 1488, 1492), «κατὰ δικαίαν κρίσιν» (712), «κατὰ τὸ ἴσον καὶ τὸ δίκαιον», «κατὰ τὸ δίκαιον καὶ τὴν ἐπιείκειαν» (25) καὶ τινες ἄλλας συναφεῖς. Εἶναι ἐπίσης ἀληθὲς ὅτι ἐπίθετά τινα ἢ ἐπιρρήματα, ἐκφερόμενα ἐν τῷ κώδικι συναπτῶς μετ' οὐσιαστικοῦ, ἔχουσιν ὡς ἐπακόλουθον νὰ παρέχωσιν ἀληθῆ ἐκτίμησιν εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα, ὅτε μὲν ἐν εὐρεῖ μέτρῳ, ὅτε δ' ἐν μᾶλλον στενῷ. Πρὸβλ. ἐπὶ παραδείγματι τὰς ἐκφράσεις «ἰσχυρὸς κλονισμὸς» (1442), «πρόσφορος ἐποχή» (667), «οὐσιώδης κατανάλωσις» (666), «οὐσιώδης ἔλλειψις» (550), «οὐσιώδης μείωσις» (627), «οὐσιώδης μείωσις ἀξίας» (534), «οὐσιώδης μεταβολή» (792, 1148), «οὐσιώδης βλάβη» (1003), «οὐσιώδης ὑπέρβασις τοῦ προϋπολογισμοῦ» (697 § 1), «οὐσιώδη (ἢ «ἐπουσιώδη») ἐλαττώματα» (688, 689), «βαρεῖα παράβασις» (2031), «βαρεῖα προσβολή» (1453), «προφανῶς δυσχερής» (1613), «σημαντικῶς δυσχερέστερος» (322), «ἰδιαιτέρως δυσχερής» (1481), «ἰδιαιτέρως ἐπαχθής» (1128), «ἐκτάκτως δυσχερής» (1919, 1958, 2021, 2031), «ἀφόρητος» (1442), «σπουδαῖος κίνδυνος» (588), «ἄφευκτος ἀνάγκη» (1417 κλπ.), «προφανῆς ὠφέλεια» (1417 κλπ.), «ἐπείγουσα ἀνάγκη» (817), «σπουδαία ἀπειλή» (1159), «σπουδαία προσβολή» (1160), «σοβαρὰ ἀπειλή» (1431), «κίνδυνος οὐσιώδους μειώσεως» (1228), «σπουδαία παρακώλυσις» (1018), «σπουδαία μείωσις» (1027), «σοβαρὰ ζημία» (751), «στενὸς συγγενής» (505), «μεγάλαι πόλεις» (1369), «μέγα μέρος» (1010), «μέγας ἀριθμὸς» (163) κλπ.

Ἀλλ' ἡ ὑπαρξίς τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ὀφείλεται οὐχὶ τόσον εἰς τὴν

23) Ἀστ. κώδ. 387, 1492, 1890· ἡ εὖλογος κρίσις τρίτου ἀντικαθίσταται ἐν διενέξει διὰ τῆς εὐλόγου κρίσεως τοῦ δικαστοῦ. Ἀνάλογος διατύπωσις ἐν ἀρθροῖς 668, 674, 675, 225, 286.

24) Ἀστ. κώδ. 88 in fine, 94, 111, 903 § 1, 930 § 1, 657 (τοῦναντίον ὠρισμένους, δεσμευτικούς, λόγους περιεῖχε τὸ προσχ. εἰσηγ. ἀρθρ. 314 § 1· πρὸβλ. σελ. 121 τοῦ Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935]· ἰδὲ καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. ἐν σελ. 228 καὶ ἀρθρ. 313 § 1 τοῦ σχεδ. συντακτ. ἐπιτρ. ἐν σελ. 318), 1347, 1613, 2031, 1458 § 1, 672, 725, 752, 753, 766, 767, 771, 778, 797, 1370. Ἐκ τῶν ξένων μονογραφῶν πρὸβλ. Pogg, Begriff und Anwendung des «wichtigen Grundes» im schweiz. Zivilgesetzbuch, 1917.

25) Πρὸβλ. ἰδίᾳ τὴν χαρακτηριστικὴν ἐν ἀρθρῳ 4 τοῦ ἐλβετ. ἀστ. κώδικος ἐκφράσιν, καθ' ἣν ὅπου ὁ νόμος παραπέμπει τὴν δικαστὴν εἰς τὴν «ἐλευθέραν αὐτοῦ ἐκτίμησιν» ἢ εἰς τὰς «περιστάσεις» ἢ εἰς «δικαίους λόγους», δέον οὗτος νὰ ἀποφασίζῃ κατὰ τὸ ἴσον καὶ τὸ δίκαιον. Ἀνάλογος διατύπωσις εἶχε γίνεαι παρ' ἡμῖν ἐν τῷ σχεδίῳ τῆς συντακτ. ἐπιτροπῆς, ἀρθρ. 2 (πρὸβλ. σελ. 269 τοῦ Σχεδ. γεν. ἀρχῶν, 1936· ὅρα καὶ διάγραμμα γεν. ἀρχῶν, αὐτόθι σελ. 24, καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγητοῦ, αὐτόθι σελ. 118).

ἐκφράσιν τοῦ νομοθέτου, ὅσον εἰς τὸ κατὰ τὰς ἀνωτέρω ἐκτεθείσας περιπτώσεις πνεῦμα τοῦ νόμου, ὅπερ ἡ χρῆσις τῆς ρηθείσης ἐκφράσεως προδίδει. Οὕτω π.χ. καὶ ἐν τῇ διοικητικῇ νομοθεσίᾳ ἐκφράσεις τινές, ὡς «τὸ πλεόν σκόπιμον», «τὸ συμφωνότερον πρὸς τὸ δημόσιον συμφέρον», «δημοσία ὠφέλεια» (26), «ἀνάγκη ὑπηρεσιακῇ» (27), «ἀνεπάρκεια τῶν ὑπαρχόντων ἐκπαιδευτηρίων» (28), «καταλληλότης πρὸς διορισμὸν ἢ πρὸς προαγωγὴν», ἢ ἐπιθετικοί τινες προσδιορισμοὶ («ἐπίκαιροι» νομαρχίαι (29), «ἐπικίνδυνοι οἰκοδομαί» (30), «προφανὲς κίνδυνος» (31) κλπ.) προσιδιάζουσι μὲν ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον κατ' ἔννοιαν εἰς περιπτώσεις διακριτικῆς εὐχερείας τῶν οἰκείων διοικητικῶν ὁργάνων, πάντως ὅμως κριτήριον διαγνώσεως τῆς εὐχερείας ταύτης δὲν ἀποτελοῦσιν αἱ ρηθεῖσαι ἐκφράσεις καθ' ἑαυτάς, ἀλλὰ μόνον τὸ ἐκ τούτων συναγόμενον ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον πνεῦμα τοῦ νόμου (32) καὶ μόνον ὁσάκις συνάγεται τοιοῦτον. Κατὰ τὸν αὐτὸν καὶ ἐν προκειμένῳ λόγον ἡ χρῆσις τῆς ἐκφράσεως δὲν ἀρκεῖ διὰ τὴν διάγνωσιν δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ὁσάκις τοῦ νόμου τὸ πνεῦμα εἶναι ἀντίθετον, ὁσάκις φέρ' εἰπεῖν εἰδική τις κρινομένη περίπτωσις ἐκφεύγει ὡς ἐκ τῆς ἰδιαζούσης φύσεως αὐτῆς τοῦ τυχόν στενοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Καὶ ἀντιστρόφως, ἡ δυνατότης ἀσκήσεως τῆς «εὐλόγου κρίσεως» τοῦ δικαστοῦ δύναται, ὡς εἰκός, ἄριστα νὰ διαγνωσθῇ ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου, καίπερ ἑλλειπούσης τῆς σχετικῆς ἐκφράσεως ἐν τῷ κειμένῳ αὐτοῦ (33).

Εἶναι χαρακτηριστικὸν εἰς πόσον πολυαριθμὸς περιπτώσεις ἀποτυγχάνει ἡ πρὸς τὴν ἐκφράσιν τοῦ νομοθέτου ἀποψις ὡς κριτήριον διαγνώσεως τῆς ἀληθοῦς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ. Ἡ ἐξέτασις τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου εἶναι πάντοτε ἀπαραίτητος. Ἀρκεῖ νὰ λεχθῇ ὅτι πλειστάκις ὁ αὐτὸς ὅρος τοῦ νόμου ὅτε μὲν παρέχει λαβὴν εἰς τὴν ἀσκήσιν γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ὅτε δὲ τοῦναντίον σημαίνει δεσμευμένην ἀρμοδιότητα τοῦ δικαιοδοτοῦντος (34).

26) Ἀρθρ. 17 τοῦ συντ. τοῦ 1864]1911. Σ.τ.έ. 204 τοῦ 1929 ἐν «Θέμ.» ΜΑ σελ. 438, Ἀρ.Π. 207 τοῦ 1931, αὐτόθι ΜΒ' σελ. 541, Σ.τ.έ. 650-652 τοῦ 1930.

27) Σ.τ.έ. 105 τοῦ 1933, 1040 τοῦ 1934, 885 τοῦ 1936.

28) Ἀρθρ. 8 § 3 τοῦ νόμου 2545 τοῦ 1940. Σ.τ.έ. 351 τοῦ 1944.

29) Παλαιότεροι νόμοι παρείχον ἐξουσιοδότησιν ὅπως διὰ διατάγματος ὁρεσθῶσιν αἱ «ἐπίκαιροι» νομαρχίαι, ἔνθα οἱ νομάρχαι ἀπήλανον ἠϋξημένων ἐξόδων παραστάσεως.

30) Διάτ. τοῦ 1929[153]. Σ.τ.έ. 1032 τοῦ 1936. Παλαιότερον Ἀρ.Π. 177 τοῦ 1921 ἐν «Θέμ.» ΛΒ' σελ. 649.

31) Ἀρθρ. 38 § 2 ἐδ. η τοῦ διατ. τῆς 20 Ὀκτωβρ. 1931[367]. Σ.τ.έ. 100 τοῦ 1931, 108 τοῦ 1931, 151 τοῦ 1932.

32) Πρβλ. ἐν ἡμετέρᾳ μελέτῃ Ἡ ἔννοια τῆς διακρ. εὐχ. τῶν διοικ. ἀρχῶν, 1934, σελ. 115-119.

33) Ἀστ. κώδ. 148. Ἐπίσης π.χ. ἡ ἔκτασις τῆς δικανικῆς περὶ εὐλόγου ἀμοιβῆς κρίσεως εἰς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἀρθρ. 659 § 2 κατ' οὐδὲν διαφέρει ἐκείνης, ἥς ἀπολαύει ὁ δικαστὴς δυνάμει τῆς ρητῆς περὶ «εὐλόγου ἀμοιβῆς» διατάξεως τοῦ ἀρθρ. 668.

34) Τὸ αὐτὸ παρατηρεῖται καὶ ἐν τῷ διοικητικῷ δικαίῳ, ἐν τῷ ζητήματι τῆς

Οὕτω π.χ. αἱ ἐκφράσεις «ἀναλόγως» καὶ «δυσαναλόγως» ὅτε μὲν σημαίνουν—ἰδίᾳ ἢ πρώτη—πολλαπλάσια ἢ πολλοστημόρια ποσοτήτων ἢ ἀριθμῶν κεκτημένων ἐν τῇ ἐκάστοτε κρινομένῃ διενέξει καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, ὅποτε εἶναι δεκτικαὶ ἐπακριβοῦς μαθηματικοῦ προσδιορισμοῦ καὶ κατ' ἀκολουθίαν δεσμεύουσι τὴν δικανικὴν κρίσιν ⁽³⁵⁾, ὅτε δὲ τοῦναντίον δηλοῦσιν ἁπλῶς τὸ ἐξ ὧν τῶν ἐκάστοτε εἰδικῶν περιστάσεων «ἁρμόζον», τὸ «προσῆκον μέτρον», ὅποτε ἐπιτρέπουν τὸν χειρισμὸν γνησίας δικανικῆς ἐκτιμῆσεως ⁽³⁶⁾.

Καὶ αὐταὶ αἱ ἐκφράσεις «κατὰ τὰς περιστάσεις», «συμφέρον» καὶ «ἀνάγκη», αἵτινες θεωροῦνται συνήθως ὡς τὰ μάλιστα προσιδιάζουσαι εἰς τὴν ἔννοιαν τῆς γνησίας εὐχερείας, δὲν εἶναι πάντοτε δηλωτικαὶ ταύτης. Ἀλλαχοῦ μὲν ὁ νομοθέτης, χρησιμοποιοῦν τοὺς ὅρους «κατὰ τὰς περιστάσεις» ⁽³⁷⁾,

διαγνώσεως τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν. Ἰδὲ τὰς ἐν σημ. 37 τῆς ἀνωτέρω μελέτης μου ἐν loc. cit. παραπομπάς.

35) Ἀστ. κώδ. 792 § 2, 794, 1155, 1802-3, 1885, 1968, 1976 κλπ.

36) Ὅρα π.χ. ἀστ. κώδ. 1494 («ὑπηρεσίας ἀναλόγου»· πρβλ. καὶ διάγρ. οἰκογ. δικ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἰκογ., 1933] σελ. 40-41, 60-61), 1495 («ἀνάλογον προῖκα»), 707 καὶ 409 («δυσαναλόγως μεγάλης» οὐσης τῆς μεσιτικῆς ἀμοιβῆς ἢ τῆς ποινικῆς ρήτηρας, μειοῦται αὕτη εἰς τὸ «προσῆκον μέτρον»· πρβλ. καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935] σελ. 197, in fine, ἐξ ἧς ἐπίσης συνάγεται ἡ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὑπαρξίς γνησίας «ἐκτιμῆσεως» τοῦ δικαστοῦ ἐν προκειμένῳ), 792 § 1 («δυσαναλόγως δαπανηρά»), 1461 («ἀνάλογον συνεισφοράν»), 1869 («δυσαναλόγως μεγάλοι»), 1985 § 2 («δυσανάλογος δαπάνη»), 1391, 1392, 1545, 1454-5, ἰδίᾳ δὲ 1484 («ἀνάλογος διατροφή»), 1655, 1919, 2027 («ἀνάλογος ἀμοιβή») κλπ.

Καὶ εἰς αὐτάς τὰς περιπτώσεις τῶν ἄρθρων 688 («ἀνάλογον μείωσιν») καὶ 627 («ἀνάλογον ἐλάττωσιν») καθιεροῦνται γνησία δικανικὴ ἐκτίμησις, καίπερ ἐν μέτρῳ λίαν στενῷ. Τφόντι, ἡ μείωσις τῆς ἀμοιβῆς ἢ τοῦ μισθώματος δὲν εἶναι ἐκ τῶν πραγμάτων δεκτικὴ προσδιορισμοῦ μὲ μαθηματικὴν ἀκρίβειαν. Εἰς τὴν δικαιοδοτικὴν εὐχέρειαν παρέχεται περιορισμένον τι ἔδαφος κινήσεως.

Ἐντελῶς ὁμοία δικανικὴ ἐκτίμησις, συναφῆς πρὸς τὴν ἔννοιαν τοῦ «ἀναλόγου», τοῦ «ἁρμόζοντος», τοῦ «προσῆκοντος μέτρου», ἀσκεῖται ὁσάκις, καίπερ μὴ χρησιμοποιομένου ἐν τῷ νόμῳ τοῦ ὡς ἄνω ὅρου, συνάγεται ἐκ τοῦ πνεύματος τῆς σχετικῆς διατάξεως τὸ ὡς εἴρηται νόημα τοῦ κανόνος δικαίου. Οὕτω π.χ. εἰς τὰς περιπτώσεις ἐφαρμογῆς τῶν ἄρθρων 1395 καὶ 1456 τοῦ ἀστ. κώδικος θέλει λάβει χώραν κατὰ γνησίαν τοῦ δικαστοῦ ἐκτίμησιν «ἀνάλογος» μείωσις τῆς διατροφῆς. Μολονότι δ' ὁ τελευταῖος οὗτος ὅρος δὲν χρησιμοποιεῖται ρητῶς, καθ' ὃ εἰς τὰς προηγουμένως μνημονευθείσας περιπτώσεις, τὸ πλαίσιον τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τοῦ δικαιοδοτοῦντος εἶναι ἐντελῶς τὸ αὐτό.

37) Ἀστ. κώδ. 132, 153, 171, 1655 («κατὰ τὰς περιστάσεις»), 297 («ἐκτιμῶν τὰς εἰδικὰς περιστάσεις»), 1868, 659 § 2 («ἀναλόγως τῶν εἰδικῶν περιστάσεων»), 1347 («λαμβάνομένων ὑπ' ὄψει καὶ τῶν εἰδικῶν περιστάσεων»), 1395, 1701 § 2, 1456 («ὁσάκις ἐπιβάλλεται ἐκ τῶν περιστάσεων»), 1499 («τὸ ἐκ τῶν περιστάσεων ἐνδείκνυμενον μέτρον»), 59 («ὅ,τι ἐνδείκνυται ἐκ τῶν περιστάσεων»), 1989 («ἀνταποκρινόμενον εἰς τὰς συνθήκας ὑφ' ἃς τελεῖ») κλπ.

«συμφέρον» ⁽³⁸⁾ καὶ «ἀνάγκη» ⁽³⁹⁾, τάσσει πράγματι τὸν δικαστὴν πρὸς ἄσκησιν ἀληθοῦς ἐκτιμήσεως. Ἀλλαχοῦ ὅμως, χρησιμοποιῶν παρομοίας ἐκφράσεις ⁽⁴⁰⁾, καθιεροῖ δεσμευμένην ἁρμοδιότητα τοῦ δικαστοῦ, ἰδίᾳ δ' ἡσάκις ἐκφέρει τοὺς ὅρους «συμφέρον» ⁽⁴¹⁾ καὶ «ἀνάγκη» ⁽⁴²⁾ οὐχὶ ἐν τῇ κοινῇ αὐτῶν

38) Ἀστ. κώδ. 790 («κατὰ τὸν μᾶλλον πρόσφορον καὶ συμφέροντα εἰς πάντας τοὺς κοινωνοὺς τρόπον»), 1503, 1508, 1621, 1633, 1352 («ἐὰν ἐπιβάλλεται ἐκ τοῦ συμφέροντος τοῦ ἀνηλίκου»), 1417 («ἂν συντρέχη περίπτωσις προφανοῦς ὠφελείας» πρβλ. καὶ εἰσηγ. ἐκθ. τοῦ νόμου 1340 ἐν Μαλαγαρδῇ, Γεν. κωδικ. τῆς νομοθ., ἐκδ. Ζαχαροπούλου, τόμ. 10ος σελ. 677: «ἡ ἐκτίμησις τῆς ὠφελείας ἐπαφίεται εἰς τὴν κρίσιν τοῦ δικαστοῦ»), 1512 § 2, 1649 (λόγῳ «προφανοῦς ὠφελείας»), 1578 («ἂν συμφέρη εἰς τὸν νιοθετούμενον»), 1639 («τό δικαστήριον προσδιορίζει τὸν τρόπον καθ' ὃν θὰ τοποθετηθῇ ἐπωφελῶς»). Περίπτωσις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἀποβλεπούσης εἰς τὰ συμφέροντα τοῦ ἐπιδεοῦς δικαστικῆς προστασίας προσώπου, διαγιγνωσκομένης δ' ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου, χωρὶς νὰ χρησιμοποιῇται ὁ ὅρος «συμφέρον» ἐν τῷ κειμένῳ αὐτοῦ, εὔρηται ἐν ἄρθρῳ 1550 ἐν τέλει. Περιπτώσεις σταθμίσεως «κινδύνου συμφερόντων» κατὰ γνησίαν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ ὄρα ἐν ἄρθροισι 1624, 1653 κλπ.

39) Ἀστ. κώδ. 817, 1417 κλπ.

40) Ἀστ. κώδ. 186 («συνάγεται ἐκ τῶν εἰδικῶν περιστάσεων»), 649 («κατὰ τὰς συνήθεις περιστάσεις»), 807 («συνάγεται ἐκ τῶν περιστάσεων») κλπ. Ἐν προκειμένῳ ὁ δικαστὴς δὲν τάσσεται κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὅπως προκρίνη τὴν πλέον πρόσφορον κατ' εὐλογον κρίσιν, τὴν «δικαιοτάτην» λύσιν, ἐκ πλειόνων νομίμων τοιούτων, ἐκτιμῶν καὶ σταθμίζων ὡς κοινωνικὸς ἄνθρωπος τὰς συντρεχούσας ἐν τῇ διενέξει «περιστάσεις», ὡς ἀνωτ. ἐν σημ. 37, ἀλλ' ἀντιθέτως δεσμεύεται κατὰ τὴν ἔννοιαν τῶν ἄρθρων 186, 649, 807 κλπ. ὅπως ὡς νομικός, ὡς ἄπλοῦς ἐφαρμοστής τοῦ νόμου, διακριβῶση ὅσον τὸ δυνατόν ἐπιτυχέστερον, συμφώνως πρὸς τοὺς περὶ προτάσεως καὶ ἀποδείξεως δικονομικοὺς κανόνες, πραγματικὰ στοιχεῖα τῆς ὑποθέσεως κεκτημένα καθωρισμένην τινὰ ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, ἵνα ἐκ τῆς ὀρθῆς ἀντιλήψεως καὶ τῆς πλήρους τούτων διευκρινίσεως συναγάγῃ τὴν μόνην νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν. Εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς σημ. 37 αἱ «περιστάσεις» ἀποτελοῦσι τοὺς ὑπὸ στάθμισιν συντελεστὰς γνησίας οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως· δύο δὲ διάφοροι κοινωνικοὶ ἄνθρωποι δύνανται νὰ συναγάγωσι διάφορα ἐξ ἴσου νόμιμα πορίσματα ἐκ τῆς σταθμίσεως αὐτῶν. Τοῦναντίον, εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἐν τῇ σημ. ταύτῃ ἀναφερομένων ἄρθρων αἱ «περιστάσεις» ἀποτελοῦσι πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς ὑποθέσεως χρηζόν μὲν ἐξακριβώσεως—εἴτε ἐρμηνευομένης τῆς δηλώσεως βουλήσεως εἴτε ἐρευνωμένων τῶν συναλλακτικῶν ἡθῶν κλπ.—ἀλλὰ πάντως ὑφιστάμενον ὑφ' ὠρισμένην μοναδικὴν μορφήν, δύο δὲ διάφοροι νομικοὶ ἀποκλείεται νὰ καταλήξωσιν εἰς διάφορα συμπεράσματα, πλήν ἂν ὁ ἕτερος τοῦλάχιστον τούτων, ἀποκαθαίρων τὸ πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς ὑποθέσεως, ἥθελε τυχὸν ἀντιληφθῇ τοῦτο ἐσφαλμένως.

41) Ἀστ. κώδ. 46, 69, 101, 278, 902, 1862, 1865, 1770 § 1 («ἐννομον συμφέρον»), 218, 317, 337, 343 § 2, 384-386, 1001, 1022, 1126, 1127, 2031 («συμφέρον»). Ὁμοίας φύσεως εἶναι καὶ ἡ κατὰ τὸ ἄρθρ. 1008 § 2 δεσμευμένη δικανικὴ κρίσις. Ἐν προκειμένῳ δὲν τάσσει ὁ νόμος τὸν δικαστὴν ὅπως σταθμίσῃ ὡς κοινωνικὸς ἄνθρωπος συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως καὶ προκρίνῃ τὴν μᾶλλον πρόσφορον καὶ συμφέρονσαν, τὴν «ὀφελιμωτάτην» δικαιοδοτικὴν λύσιν, ὡς εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς σημ. 38, ἀλλ' ἀντιθέτως ὑποχρεοῖ αὐτὸν ὡς νομικὸν ὅπως διακριβῶσῃ ἂν συντρέχῃ ἢ ὄχι ἔννοιά τις καθαρῶς νομική: ἂν δηλονότι ὑφίσταται παρὰ τῷ διαδίκῳ ἐνδιαφέρον ἀναγνωριζόμενον ὑπὸ τοῦ δικαίου. Ναὶ μὲν ἔχει συνήθως τὸ ἐνδιαφέρον τοῦτο καὶ περιεχόμενον οἰκονομικόν, καὶ δὴ κατὰ κύριον λόγον, ἀλλὰ πάντως κέκτηται ὠρισμένην

ἐννοία, ἀλλὰ τοῦναντίον ὑπὸ τὴν «τεχνικὴν» νομικὴν αὐτῶν σημασίαν («ἐν-
νομον συμφέρον», «κατάστασις ἀνάγκης» κλπ.).

Ἡ *δυνητικὴ διατύπωσις*.—Υπεστηρίχθη ὅτι ἡ δυνητικὴ τοῦ νόμου διατύ-
πωσις παρέχει πάντοτε εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα μέτρον τι γνησίας ἐκτιμήσεως,
κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρύ. Τὸ ἀκριβὲς εἶναι ὅτι ἡ ἔκφρασις τοῦ νομοθέ-
του «δύναται» οὐδαμῶς ὥς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐμπεριέχει νόημα ἀντίθετον πρὸς
τὴν δικανικὴν δέσμευσιν. Ὑπάρχουσι βεβαίως καὶ περιπτώσεις δυνητικῆς δια-
τυπώσεως παρέχουσαι γνησίαν εὐχέρειαν εἰς τὸν δικαστὴν· ἡ τελευταία ὁμως
αὕτη ὀφείλεται ἀποκλειστικῶς οὐχὶ εἰς τὴν ἔκφρασιν «δύναται», ἀλλ' εἰς τὸ
πνεῦμα τοῦ νόμου ⁽⁴³⁾. Εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων ἡ ἔκφρασις «δύνα-
ται» δὲν εἶναι ἀσυμβίβαστος πρὸς τὴν δεσμευμένην δικαιοδοτικὴν ἀρμο-
διότητα ⁽⁴⁴⁾.

τινὰ ἀντικειμενικὴν ὑπαρξιν, τὸ δὲ ζήτημα τῆς συνδρομῆς αὐτοῦ ἐν δεδομένη περι-
πτώσει εἶναι ἀμειγῶς νομικόν.

Ἡ ἐν τινι περιπτώσει ἔλλειψις τῆς νομικῆς ταύτης ἐννοίας τοῦ «συμφέροντος»
ἔχει προσλάβει ἤδη καὶ ἐν τῷ οὐσιαστικῷ δικαίῳ ἰδιάζουσαν σημασίαν—παραλλήλως
πρὸς τὴν ἐν τῇ δικονομίᾳ γνωστὴν μεγάλην σπουδαιότητα τοῦ «ἐννόμου συμφέρον-
τος»—λόγῳ τῆς ὑπὸ τοῦ νεωτέρου νομοθέτου κοινωνικωτέρας διαρρυθμίσεως τῆς ἀσκή-
σεως τῶν δικαιωμάτων. Τὸ σύγχρονον δίκαιον κατ' ἀρχὴν δὲν ἀνέχεται τὴν ἄνευ οἴου-
δήποτε συμφέροντος καὶ ἐξ ἀπλῆς οὕτως εἰπεῖν ἰδιοτροπίας ὑπερβολικὴν χρησιμοποίη-
σιν ἰδιωτικοῦ δικαιώματος ἐπὶ βλάβῃ τρίτων. Ὅρα 281, ἐνθα ὁ ὅρος «οἰκονομικὸς
σκοπὸς» εὐρῆται ὑπὸ τὴν ἐν προκειμένῳ ἐκτιθεμένην νομικὴν ἐννοίαν τοῦ «συμφέρον-
τος» (πρβλ. καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. δικ. [Γεν. ἀρχ., 1936] σελ. 120-129),
1001 (πρβλ. καὶ ἀρθρ. 51 τοῦ προσχ. εἰσηγ. καὶ τὸ κάτωθι τούτου σημείωμα τοῦ
εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐμπρ., 1936] σελ. 116-117 καὶ Π. Θηβαίου, αὐτόθι, σελ.
75 καὶ συζητήσεις ἀναθ. ἐπιτρ., αὐτόθι, σελ. 31-32), 1128 («οἰκονομικὸς σκοπός»).
Ἰδὲ καὶ Κίμ. Σούργλα, Αἱ ἀτομιστικαὶ καὶ κοινωνιστικαὶ ἀντιλ. ἐν τῷ ἀστ. δικ., 1934,
σελ. 14 ἐπ., 135 ἐπ., καὶ Χρ. Πράτσικα, Αἱ κυριώτεραι διαφοραὶ κλπ. ἐν «Θέμ.» ΝΓ'
σελ. 81 ἐν τέλει.

42) Ἀστ. κώδ. 285 («κατάστασις ἀνάγκης» αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. πρβλ. ἐν σ. 130
τοῦ Σχεδ. [Γεν. ἀρχ.]· ἰδὲ καὶ Π. Θηβαίου, σημείωμα ὑπὸ τὸ ἀρθρ. 50 τοῦ προσχ.
εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐμπρ., 1936] σελ. 116). Ἐκ τῆς μέχρι τοῦδε νομολογίας
πρβλ. Ἀρ. Πάγ. 124 τοῦ 1906 ἐν «Θέμ.» ΙΖ' σελ. 620, 450 τοῦ 1907, αὐτόθι, ΙΘ' σελ.
413, 169 τοῦ 1909 ἐν Κ' σελ. 579, 156 τοῦ 1930 ἐν ΜΑ' σελ. 668 καὶ ἐφ. Ἀθ. 1071
τοῦ 1926 ἐν ΛΗ' σελ. 478, 786 τοῦ 1927 ἐν ΛΘ' σελ. 217. Ἐν τῷ ζητήματι τῆς ἀπο-
καταστάσεως τῆς γενομένης ζημίας ἡ νομολογία ἦτο μέχρι τοῦδε ἄκρως ἐπιεικής. Τὸ
ζήτημα νῦν ρυθμίζεται ἐν ἀστ. κώδ. 286.

43) Ἀστ. κώδ. 59, 102 (οὐσιαστικὴ ἐκτίμησις· στάθμισις λόγων κατεπείγοντος
καὶ λόγων συναφῶν πρὸς τὰ τυχόν ἀνεπανόρθωτα ἀποτελέσματα τῆς ἐκτελέσεως),
132, 153, 171, 297 (διάγνωσις τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου ἐκ τῶν συνδεδυασμένων ἐκ-
φράσεων «δύναται» καὶ «κατὰ τὰς περιστάσεις»), 148, 1889 (ἀξιολογικὴ ἐκτίμησις τῶν
δυνατοτήτων τοῦ καλλιεργητοῦ ἢ κεφαλαιούχου ἢ γεωπόνου κληρονόμου, στάθμισις τῆς
ικανότητος αὐτοῦ πρὸς ἐπωφελεῖ ἀγροτικὴν ἐκμετάλλευσιν κλπ.), 387 (διάγνωσις τῆς
ἐννοίας τοῦ νόμου ἐκ τῆς φράσεως «κατ' εὐλογον κρίσιν τοῦ δικαστηρίου»), 1653, 1352,
1608 § 2 (στάθμισις τῶν λόγων τῆς παραλείψεως), 1621, 1636 (στάθμισις φερεγγύ-
τητος, ἀξίας καὶ στοιχείων τῆς περιουσίας τοῦ ἀνηλίκου κλπ.), 1655 κ.ἄ.

44) Ἀστ. κώδ. 6 § 2 (τὸ ἔργον τοῦ δικαστοῦ περιορίζεται κατ' οὐσίαν εἰς τὴν

Ἡ διαζευκτικὴ διατύπωσις. — Ἐλέχθη ἐπίσης ὅτι ἡ διαζευκτικὴ τοῦ νομοθέτου διατύπωσις σημαίνει πλειονότητα δικαιοδοτικῶν λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων. Τὸ ἀκριβὲς εἶναι ὅτι ἡ τοιαύτη διατύπωσις ὅτε μὲν παρέχει τῷ ὄντι εἰς τὸν δικαστὴν εὐχέρειαν προκρίσεως (45), ὅτε δὲ τοῦναντίον δεσμεύει αὐτὸν (46) κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου ἐκάστοτε.

Ἐννοιαὶ νομικαὶ καὶ ἔννοιαὶ πραγματικαὶ - κοινωνικαί. — Ἐδιδάχθη ὡσαύτως ὅτι οἱ ὅροι οἱ χρησιμοποιούμενοι ὑπὸ τῶν διατάξεων τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἐμπεριέχουσιν ἄλλοι μὲν ἐννοίας καθαρῶς νομικὰς (Rechtsbegriffe), ἄλλοι δὲ τοῦναντίον ἐννοίας πραγματικὰς - κοινωνικὰς (Tatbestandsbegriffe), αἵτινες θὰ ἠδύναντο νὰ ἀποκληθῶσι καὶ ἔννοιαὶ «ἐκτιμήσεως» (Ermessensbegriffe), καθ' ὅσον, ὡς λέγουσιν, ἡ τοιαύτη περὶ τοὺς ἐν χρήσει ὅρους διάκρισις ἀποτελεῖ ἄριστον κριτήριον διαχωρίζον τὰς περιπτώσεις τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἀπὸ τῶν περιπτώσεων τῆς δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἁρμοδιότητος. Αἱ ἔννοιαὶ φέρ' εἰπεῖν τῆς «ἀναγνωρίσεως ἀξιώσεως» (260), τῆς «ἐνηλικιότητος» καὶ τῆς «νομικῆς ἱκανότητος» (127), τῆς «χρησικτησίας» (1041), τῆς «διακοπῆς παραγραφῆς» (261), τοῦ «νομιζομένου τίτλου» (1043), τῆς «ἀποσβεστικῆς προθεσμίας» (279), τῆς «διαζευκτικῆς ἐνοχῆς» (305), τοῦ «ἄρραβῶνος» (402), τοῦ «συμφώνου ἐξωνήσεως» (565), τῆς «εἰκονικότητος» (138), τῆς «ἐκχωρήσεως» (455), τῆς «ἀναδοχῆς χρέους» (471), τῆς «καταπιστευτικῆς ὑποκαταστάσεως» (2009), τοῦ «τρόπου» (1715), τοῦ «οἰκογενειακοῦ κληροδοτήματος» (2010) κλπ. εἶναι πάντοτε τόσον καθωρισμένα κατὰ τὸ οὐσιαστικὸν αὐτῶν περιεχόμενον, ὥστε δύο διάφοροι νομομαθεῖς θὰ ἦτο ἀδύνατον νὰ κατὰλήξωσιν εἰς διάφορα συμπεράσματα ὡς πρὸς τὴν συνδρομὴν αὐτῶν καὶ τὴν ἀκριβῆ αὐτῶν ἔκτασιν ἐν δεδομένη πραγματικῇ περιπτώσει. Τοῦναντίον, ὡς πρὸς τὸν «ἀναγκαιοῦντα ἐλεύθερον χρόνον» πρὸς εὗρεσιν ἐργασίας ἐν τινι περιπτώσει (677), ὡς πρὸς τὸ μέτρον τῆς ὀφειλομένης διατροφῆς (1391), ὡς πρὸς τὴν ὑπαρξιν συμφέροντος ἀνηλίκου τινὸς ὅπως συνάψῃ ὠρισμένον γάμον (1352) κλπ. αἱ συναφεῖς πραγματικαὶ - κοινωνικαὶ ἔννοιαὶ εἶναι ἀκαθόριστοι, κατ' ἀκολουθίαν δὲ τυγχάνουσι δεκτικαὶ διαφόρου ἐκάστοτε οὐσιαστι-

διαπίστωσιν πραγματικῆς καταστάσεως κεκτημένης καθωρισμένην τινὰ ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν: ἂν ὁ δικαστὴς ἐξακριβώσῃ ὅτι συντρέχουσιν αἱ κατὰ τὸν ἀλλοδαπὸν νόμον προϋποθέσεις τῆς κηρύξεως τῆς ἀφανείας, δὲν δύναται ἀπλῶς, ἀλλ' ὑποχρεοῦται νὰ ἐκδώσῃ τὴν περὶ κηρύξεως ἀφανείας ἀπόφασιν), 8 § 2, 24 § 2, 46. Εἰς ὅλας τὰς περιπτώσεις ταύτας ἅπανα ἡ διανοητικὴ προσπάθεια τοῦ δικαστοῦ κατευθύνεται εἰς τὴν ἐξακρίβωσιν τοῦ ὑφισταμένου κατὰ τινὰ ὠρισμένον τρόπον πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως, ἐκ τῆς ὁρθῆς ἀντιλήψεως τοῦ ὁποίου θέλει ἐξαρτηθῇ καὶ ἡ ἀνέυρεσις τῆς μοναδικῆς νομίμου δικαιοδοτικῆς λύσεως.

45) Ἀστ. κώδ. 59 ἐν τέλει, 1160 («διατάσσει τὴν ἐκμίσθωσιν ἢ ἀναθέτει εἰς διαχειριστὴν») (κρίσις κατὰ τὸ δίκαιον καὶ τὴν ἐπιείκειαν, ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῶν προτάσεων τῶν διαδίκων).

46) Ἀστ. κώδ. 46 (αἴρει ἢ μεταβάλλει οὐχὶ κατ' εὐλογον κρίσιν, ἀλλὰ κατ' ἀποκλειστικὸν λόγον τῶν νεωστὶ ἀποδειχθέντων πραγματικῶν περιστατικῶν), 705 § 2 κλπ.

κῆς ἐκτιμήσεως παρὰ τοῦ κεκτημένου τὴν συνήθη πεῖραν κοινωνικοῦ ἀνθρώπου.

Ἡ τοιαύτη ἐκδοχὴ ὑπενθυμίζει τὴν περὶ «ἀκαθορίστων ἐννοιῶν» («unbestimmte Begriffe») παλαιὰν διδασκαλίαν τοῦ Bernatzik ⁽⁴⁷⁾, ὅστις εἶχεν ἀναγάγει πολυπληθῆ κατηγορίαν ὅρων καὶ ἐννοιῶν τῆς διοικητικῆς νομοθεσίας εἰς κριτήριον διαγνώσεως τῆς ὑπάρξεως διακριτικῆς εὐχερείας τῶν διοικητικῶν ὀργάνων. Ὡς γνωστόν, ἡ διδασκαλία αὕτη ἐγκαίρως καὶ ἀποτελεσματικῶς κατεπολεμήθη ⁽⁴⁸⁾.

Καὶ ἐν προκειμένῳ, ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἔκτασιν τῆς ἐκτιμήσεως τοῦ ἀπονέμοντος πολιτικὴν δικαιοσύνην, δὲν ἀποτελεῖ ἀσφαλῆ βάσιν διαγνώσεως ὁ χαρακτήρ τοῦ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου χρησιμοποιουμένου ὅρου ὡς «νομικοῦ» ἢ τοῦναντίον ὡς «πραγματικοῦ - κοινωνικοῦ». Μάλιστα δὲ καὶ αὕτη ἡ διάκρισις τῶν ὅρων καὶ τῶν ἐννοιῶν τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου εἰς δύο τοιαύτας τινὰς κατηγορίας—ἀνεξαρτήτως τῆς περαιτέρω καταλληλότητος τῆς ρηθείσης διαστολῆς ὡς ἐπιτυχοῦς κριτηρίου διαγνώσεως τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως—δὲν δύναται νὰ χωρήσῃ καθ' ἅπασαν τὴν ἔκτασιν τῶν ὑπὸ τοῦ θετοῦ δικαίου χρησιμοποιουμένων ἐννοιῶν.

Εἶναι ἀληθὲς ὅτι ὅροι τινὲς τοῦ ἀστικοῦ κώδικος ἐμπεριέχουσιν ἐννοίας ἀμιγῶς νομικὰς καὶ ὅτι αἱ ἐννοιαὶ αὗται οὐδὲν πλαίσιον γνησίας ἐκτιμήσεως καταλείπουσιν εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα ⁽⁴⁹⁾, ὡς ἐπίσης εἶναι ἀληθὲς ὅτι ἕτεροι ὅροι τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου περιλαμβάνουσιν ἐννοίας κεκτημένας προέχοντα πραγματικὰ στοιχεῖα, αἵτινες ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον δὲν δεσμεύουσι τὴν εὐχέρεϊαν τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ κρίσει αὐτοῦ περὶ τοῦ ἂν ἐν δεδομένῃ περιπτώσει πραγματικὴ τις κατάστασις ἀνταποκρίνεται ἢ οὐ εἰς τὸ οὐσιαστικὸν περιεχόμενον τῶν ὡς εἴρηται ἐννοιῶν ⁽⁵⁰⁾. Ἀλλὰ κατ' ἀρχὴν ἡ διάκρισις τῶν ἰδιωματικῶν ὅρων τοῦ ἀστικοῦ δικαίου εἰς «νομικοὺς» καὶ εἰς «πραγματικοὺς-κοινωνικοὺς» οὐδαμοῦ εὗρισκει σταθερὸν ἔρεισμα. Πλεῖστοι ὅσοι ὅροι καθαρῶς πραγματικοί, χρησιμοποιούμενοι ἐν τῇ γλώσσῃ τοῦ δικαίου ὑπὸ τὴν κοινὴν αὐτῶν σημασίαν, ὡς ἡ «ἐπιχείρησις» (479, 959, 1889), τὸ «ἔργον» ὡς ἀντικείμενον μισθωτικῆς συμβάσεως (681), τὸ «ἀγροτικὸν κτῆμα» ὡς ἀντικείμενον ἐπιμόρτου ἀγροληψίας (641), αἱ «ἐφευρέσεις» (668) κλπ. κέκτινται καθωρισμένον ἐν τῷ νόμῳ ἐννοιολογικὸν περιεχόμενον, εἰς τρόπον ὥστε ἡ κρίσις περὶ τοῦ ἂν δεδομένη πραγματικὴ κατάστασις ἀνταποκρίνεται ἢ οὐ

47) Πρβλ. τὰ τῆς θεωρίας ταύτης ἐν ἡμετέρᾳ μελέτῃ Ἡ διακριτ. εὐχέρεια τῶν διοικ. ἀρχῶν, κεφ. II § 1, σελ. 112 ἐπ. τῆς ἐκδ. τοῦ 1934.

48) Ἐνθ' ἄνωτ., σελ. 114.

49) Πρβλ. ὑπὸ τύπον παραδειγμάτων τὰ ἀνωτέρω ἀναφερόμενα ἄρθρα 127, 138, 260, 279, 261, 305, 402, 455, 471, 565, 1041, 1043, 1715, 2009, 2010 καὶ πλεῖστα ἄλλα : 252 («ὄχλησις»), 1466 («τεκμήριον γνησιότητος»), 1372 ἐ. («ἄκυρος καὶ ἀκυρώσιμος γάμος») κλπ.

50) Ὅρα ἐπὶ παραδείγματι τὰ ἀνωτέρω μνημονευθέντα ἄρθρα 677, 1352, 1391 καὶ ἄλλα πολυάριθμα.

ἐν τινι περιπτώσει εἰς ἕκαστον τῶν ὄρων τούτων ἀποτελεῖ δεσμευμένην διακρίβωσιν πραγματικῶν στοιχείων συντρεχόντων ὑπὸ τινά μοναδικήν μορφήν, δὲν ἐξαρτᾶται δ' ἐξ ἀληθοῦς τινος ἐκτιμήσεως κοινωνικοῦ ἀνθρώπου. Δύο διάφοροι πραγματικαὶ κρίσεις περὶ τῆς κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου ὑπάρξεως ἢ μὴ ἐν τινι δικαζομένη ἀτομικῇ περιπτώσει «ἔργου» ἢ «ἐφευρέσεως» ἢ «ἐπιχειρήσεως» δὲν εἶναι δυνατόν νὰ ὦσιν ἀμφοτέραι νόμιμοι (51). Καὶ ἀντιστρόφως, πλεῖστοι ὅροι «τεχνικοὶ» ἐν τῷ ἀστικῷ δικαίῳ—ἰδιαίζοντες τῇ νομικῇ φρασεολογίᾳ—ὡς φέρ' εἰπεῖν ἡ «κατάχρησις δικαιώματος» (1386, 1387, 1502 § 2), ἡ «ἀνάλογος διατροφή» (1484 § 1) κλπ. εἶναι πολλάκις δεκτικοὶ ἐν ἑκάστη κρινομένη περιπτώσει διαφόρου ἐκάστοτε οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως παρὰ τοῦ κοινωνικοῦ ἀνθρώπου, καθ' ὅσον τὸ ἐννοιολογικὸν αὐτῶν περιεχόμενον ἠθελημένως ἀφείθη πῶς ἀκαθόριστον ὑπὸ τοῦ νομοθέτου. Δύο διάφοροι δικασταὶ ἐνδέχεται νὰ ὀρίσωσιν ὑπὸ τὰς αὐτὰς ἀκριβῶς νομικὰς καὶ πραγματικὰς προϋποθέσεις διάφορά πῶς ποσὰ μηνιαίας διατροφῆς, χωρὶς οὐδετέρου τούτων ἢ ἀπόφασιν νὰ τελῇ εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὸν νόμον. Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον, ὑφίστανται ἐν τῇ κοινωνικῇ ζωῇ μέσαι τινὲς περιπτώσεις, καθ' ἃς εἶναι λίαν ἀμφισβητήσιμον ἂν ὠρισμένη διαγωγή οἰκογενειάρχου δέον ὑπὸ δεδομένας συνθήκας νὰ χαρακτηρισθῇ ὡς ἀποτελοῦσα ἢ μὴ «κατάχρησιν δικαιώματος». Κατὰ κανόνα εἶναι βεβαίως εἰς θέσιν ὁ νομικός, ὑπ' ὅψιν τοῦ ὁποίου ἠθέλε τεθῇ συγκεκριμένη τις περίπτωσις συμπεριφορᾶς, νὰ ἀποφανθῇ ἀνενδοιάστως ὑπὲρ τῆς καταφατικῆς ἢ ἀντιθέτως ὑπὲρ τῆς ἀποφατικῆς ἀπόψεως. Ἄλλ' εἰς τὰς περὶ ὧν ὁ λόγος ἐξαιρετικὰς μέσας περιπτώσεις ἢ ἐκτίμησις κοινωνικοῦ ἀνθρώπου ἐνδέχεται λόγῳ τῆς ἀμφιβόλου φύσεως αὐτῶν νὰ ἀποφανθῇ εἴτε οὕτως εἴτε ἄλλως χωρὶς νὰ ἔλθῃ εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου.

Ἀνεξαρτήτως τῆς τοιαύτης ἀδυναμίας κατατάξεως τῶν ὄρων ἐν γένει τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἀφ' ἑνὸς μὲν εἰς «νομικοὺς», ἀφ' ἑτέρου δ' εἰς «πραγματικοὺς-κοινωνικοὺς», ἡ περαιτέρω ἔρευνα πείθει ὅτι καὶ ὁσάκις ἔτι εἶναι ἀναντίρρητος ὁ χαρακτηρ ἐννοίας τινὸς τοῦ ἀστικοῦ κώδικος ὡς «νομικῆς», δὲν ἀποκλείεται ἡ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου εὐχέρεια τοῦ δικαιοδοτοῦντος, ὡς ἐπίσης ὅτι ἐπὶ καθαρῶς πραγματικῶν ἐννοιῶν εἰς πλείστας περιπτώσεις μία μόνη εἶναι ἡ νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις, ἐξαρτωμένη ἐκ τῆς ἐπιτυχοῦς διευκρινίσεως τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως. Ἄν δ' εἰς τὰς ἀνωτέρω

51) Τοῦτο ἀληθεύει καὶ ὁσάκις ἔτι ἡ ἐξεταζομένη πραγματικὴ ἔννοια δὲν εἶναι τόσον ἀπλῆ, ὥστε νὰ δύναται ὁ μὴ εἰδικὸς νὰ κρίνῃ ἂν δεδομένη πραγματικὴ κατάσταση ἀνταποκρίνῃται εἰς αὐτήν. Τὸ γεγονὸς ὅτι ὁ δικαστὴς ἀναγκάζεται πολλάκις νὰ προσφύγῃ εἰς κλάδους γνώσεων ξένων πρὸς τὴν νομικὴν ἐπιστήμην ἢ νὰ συμβουλευθῇ ἐμπειρογνώμονας πρὸς ἐξακρίβωσιν τῆς συνδρομῆς τῶν τοιούτων πραγματικῶν ἐννοιῶν δὲν σημαίνει, ὡς εἰκός, τὴν ὑπαρξίν γνησίας τινὸς «ἐκτιμήσεως». Ἡ δυσχέρεια πραγματικῆς τινος διευκρινίσεως διαφέρει τῆς ἠθελημένης κατὰ νόμον δυνατότητος προκρίσεως. Ἐκ τῶν συγγραφέων τοῦ δημοσίου δικαίου ἐξετάζουσι τὸ ζήτημα W. Jellinek, Gesetz κλπ. σελ. 160-162, Fleiner, ἑλλην. ἔκδ. 1932, σελ. 132.

μνημονευθείσας περιπτώσεις συνέπιπτε πολλάκις ἡ ἔννοια τῆς γνησίας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ πρὸς τὸν χαρακτῆρα τοῦ ὅρου ὡς πραγματικοῦ καὶ κοινωνικοῦ ἢ ἀντιθέτως ἡ ἔννοια τῆς δεσμευμένης δικανικῆς ἀρμοδιότητος πρὸς τὴν φύσιν τοῦ ὅρου ὡς ἀμιγῶς νομικοῦ, τοῦτο ὠφείλετο οὐχὶ εἰς τὸν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου χρησιμοποιοῦμενον ὅρον καθ' ἑαυτόν, ἀλλ' εἰς τὸ ἐκάστοτε πνεῦμα τῆς σχετικῆς διατάξεως.

Τοιοιουτρόπως ἡ ὑπεροχὴ τῆς ἐννοίας τοῦ νόμου, τῆς συναγομένης ἐκ τοῦ πνεύματος αὐτοῦ, ὡς ἀσφαλοῦς κριτηρίου διαγνώσεως τῆς ὑπάρξεως εὐχερείας παρὰ τῷ δικαιοδοτοῦντι καταδείκνυται καὶ ἐν προκειμένῳ. Οὕτω φέρ' εἰπεῖν ὁ «τεχνικὸς» ὅρος «συναλλακτικὰ ἦθη» ⁽⁵²⁾ δεσμεύει τὸν τεταγμένον ὅπως ἐν ὄψει τούτων καὶ συμφώνως πρὸς ταῦτα ἐκφέρῃ τὴν δικαιοδοτικὴν λύσιν ⁽⁵³⁾, καθ' ὅσον τὰ συναλλακτικὰ ἦθη κεῖνται ὑφ' ὠρισμένην ἐκάστοτε μορφήν, ποικίλλουσιν μὲν βεβαίως κατὰ τόπους καὶ ἀνὰ τὰς καθ' ἐκάστα ἐννόμους σχέσεις, ἀλλὰ πάντως κεκτημένην ἐκάστοτε συγκεκριμένην τινὰ ὑπόστασιν, ἣτις οὐδαμῶς ἐξαρτᾶται ἐκ τῆς «εὐλόγου κρίσεως», τῆς ἐκτιμήσεως ὡς «κοινωνικοῦ ἀνθρώπου» ἢ ἐξ ἄλλης οἵαςδήποτε δυνατότητος προκρίσεως τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου. Τὸ αὐτὸ ρητέον καὶ περὶ τῶν «ἐπιτοπίων συνηθειῶν» ⁽⁵⁴⁾ καὶ περὶ τῆς «δημοσίας τάξεως» ⁽⁵⁵⁾,

52) Πρβλ. Γ. Μπαλῆ, Γεν. ἀρχαὶ § 4. Ἰδὲ ἀνάλογον θέμα καὶ ἐν ἀγορ. εἰσαγγ. ἐφ' ἧς ἡ Ἀρ. Π. 105 τοῦ 1926 ἐν «Θέμ.» ΛΖ' σελ. 388.

53) Ἀστ. κώδ. 197, 200, 288, 889. Ἄλλο τὸ ζήτημα ὁσάκις ἡ λύσις τῆς διενέξεως δὲν ἐξαρτᾶται κατὰ νόμον ἀποκλειστικῶς ἐκ τῆς τοιαύτης ἢ τοιαύτης μορφῆς τῶν «συναλλακτικῶν ἠθῶν», ἀλλ' ἀντιθέτως τὰ «συναλλακτικὰ ἦθη», καίπερ ὡς πάντοτε κεκτημένα καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, καθιεροῦνται ὑπὸ τοῦ νόμου ἀπλῶς ὡς εἰς τῶν συντελεστικῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, βάσει τῶν ὁποίων θέλει ἀσκηθῇ ἡ κατὰ τὸ ὅλον πνεῦμα τῆς διατάξεως συναγομένη γνησία εὐχέρεια τοῦ δικαιοδοτοῦντος: ἀστ. κώδ. 388 (εὐρὺ πλαίσιον γνησίας ἐκτιμήσεως), 142 (λίαν στενὸν πλαίσιον γνησίας ἐκτιμήσεως) καὶ ἄλλαι τοιαῦται διατάξεις.

Ἐν ἄλλοις λόγοις εἰς μὲν τὰς περιπτώσεις τῶν ἄρθρων 197, 200, 288, 889 κλπ. ἡ διακρίβωσις τῆς καλοπίστου συμπεριφορᾶς τοῦ συναλλαξαμένου (ἢ τῶν ἀπαιτήσεων τῆς καλῆς πίστεως ἐν δεδομένη ἐννόμῳ σχέσει) καὶ τῆς μορφῆς τῶν «συναλλακτικῶν ἠθῶν» ἀρκεῖ ἵνα ἐκ ταύτης συναχθῇ ὡς ἀναγκαῖον λογικὸν πόρισμα ἡ μοναδικὴ νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις, ἐνῶ ἀντιθέτως εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἄρθρων 388, 142 κλπ. ἡ διαπίστωσις τῶν ὑπὸ τινὰ καθωρισμένην μορφήν συντρεχόντων «συναλλακτικῶν ἠθῶν» ἀποτελεῖ ἀπλῶς τὴν διευκρίνισιν ἐνὸς ἐπιπλέον νομίμου συντελεστοῦ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, ἐπὶ τῷ τέλει ὅπως οὗτος χρησιμεύσῃ, ὁμοῦ μετὰ τοῦ λοιποῦ ἀποκαθαρθέντος πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως, εἰς τὴν περαιτέρω κατ' εὐχέρειαν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ πρόκρισιν τῆς ἐνδεδειγμένης δικαιοδοτικῆς λύσεως.

54) Ἀστ. κώδ. 624, 625, 641-645, 653 καὶ 705 § 2 («εἰθισμένον»), 655 («συνήθεια»), 705, 682 («συνήθειαι περιστάσεις»), 824 («συνηθίζεται»), 1021 κλπ.

55) Ἀστ. κώδ. 3, 105 § 1 ἐδ. 3, 118 ἐδ. 2, 125 ἐδ. 4. Πρβλ. Γ. Μπαλῆ, Γεν. ἀρχαὶ § 5, Ἀ. Κρασσᾶ, Γεν. διδασκαλίαι § 47, Δ. Παπούλια, Γεν. ἀρχαὶ § 30, 3, α, Καλλιγᾶ, τόμ. α' § 78, Παπαρηγοπούλου, τόμ. α' § 656 σημ. 1, Ἀ. Μομφερράτου, Γεν. ἀρχαὶ § 43, Δ. Τζιβανοπούλου, ἐν Θέμιδι Γ' σελ. 534, Ε' 70 καὶ 483, ΙΒ' σ. 423, Ἀ. Μονοχάρτζη, ἐν «Δικαιοσύνη» Θ' σ. 43, Π. Βάλληνα, Ἡ ἐπιφύλαξις τῆς δημοσίας

κατ' ἀρχὴν δὲ καὶ περὶ τῆς «καλῆς πίστεως» (56).

Ἐπίσης ὁ νομικὸς ὅρος «χρηστὰ ἦθη» (57) ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον δεσμεύει τὸν δικαστήν. Μακροχρονία πρακτικὴ ἔχει πλεόν καθιερώσει εἰς τὴν κοινὴν συνείδησιν τὶς ἢ ἐν ταῖς συναλλαγαῖς συμπεριφορὰ καὶ τίνες οἱ ὅροι δικαιοπραξιῶν οἱ ἀντικείμενοι εἰς τὰ χρηστὰ ἦθη καὶ ἀντιθέτως τίνες οἱ συνάδοντες πρὸς αὐτά. Ἄν γεννηθῇ σχετικὸν ζήτημα ἐν τινι διενέξει, τοῦτο θὰ εἶναι ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον καθαρῶς νομικὸν ζήτημα (58), χωρὶς δηλαδὴ νὰ κέκτηται ἐπ' αὐτοῦ ὁ δικαστὴς εὐχέρειάν τινα προκρίσεως ἐν τῇ ἀποφάνσει του περὶ ἀντιθέσεως ἢ μὴ τῆς κρινομένης ἀτομικῆς περιπτώσεως εἰς τὰ χρηστὰ ἦθη (59). Ἀλλὰ μεταξὺ τῶν δύο τούτων μεγάλων κύκλων ἐννοιῶν, ἅφ' ἑνὸς μὲν τῶν ἀναντιρρήτως ἀντικειμένων εἰς τὰ χρηστὰ ἦθη περιπτώσεων συναλλακτικῆς συμπεριφορᾶς ἢ δικαιοπρακτικῶν ρητρῶν, ἅφ' ἑτέρου δὲ τῶν ἀναντιρρήτως συναδουσῶν πρὸς ταῦτα, εὔρηται ἐν πάσῃ ἐποχῇ λίαν στενὸν τι πλαίσιον ἄλλων ἀναλόγου φύσεως περιπτώσεων, ἐφ' ὧν ἡ περὶ ἀνηθικότητος ἢ μὴ ἀπόφασις ἡρτῆται πράγματι ἐκ τῆς «εὐλόγου κρίσεως» τοῦ δικαιοδοτοῦντος (60) καὶ ἐκ τῆς γνησίας αὐτοῦ ὡς κοινωνικοῦ ἀνθρώπου ἐκτιμήσεως. Ἡ ὑπαρξὶς τοῦ στενοῦ τούτου πλαισίου ὀφείλεται εἰς τὰς μυριάς νοητὰς ἰδιομορφίας, ὑφ' ἃς ἐνδέχεται νὰ διαπλασθῶσιν αἱ ποικίλαι ἔννομοι

τάξεως κλπ., 1937, ἰδίᾳ σελ. 83 ἐπ., 105-109. Παρ' ἄλλοδαποῖς Fabreguettes, La logique juridique κλπ., 1926, σελ. 287, Marmon, La notion d'ordre public, thèse, Paris, 1924. Ἐκ τῆς νομολογίας πρβλ. μεταξὺ πλείστων ἄλλων προξεν. δικαστ. Ἀλεξ. 225 τοῦ 1933 ἐν «Θέμ.» ΜΓ σελ. 520, ἐφ. Ἀθ. 1478 τοῦ 1929, 310 τοῦ 1930 ἐν «Θέμ.» ΜΑ' σελ. 523, 858, Ἀρ. Π. 271 τοῦ 1933, 60 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. τόμ. α' σελ. 966 κλπ.

56) Ἀστ. κώδ. 142, 144, 197, 200, 207, 281 (πρβλ. καὶ αἰτιολ. ἐκθ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχαί] σελ. 122-123), 288, 388, 376 (ἐν προκειμένῳ εὔρηται στενὸν τι πλαίσιον ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ), 659 § 1, 889, 706, 1383 κλπ. Εἰς τὴν περίπτωσιν π.χ. τοῦ ἄρθρου 563 ἀποκλείεται κατὰ τὸ νόημα τῆς διατάξεως ἡ νομικὴ ἔννοια τῆς καλῆς πίστεως, ἔστω καὶ ἐπὶ ἀγοραστοῦ μὲ προφανῶς κακὴν θέλησιν. Πρβλ. καὶ Γ. Μπαλῆ, Μελέται ἀστ. δικ., 1938, σελ. 334 ἐπ., τοῦ αὐτοῦ, Γεν. ἀρχαί § 88 § 92 ἐν τέλει, § 166 ἐδ. 1, Fabreguettes, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 407, Schneider. Treu und Glauben der Schuldverhältnisse 1902, Staub, ἐν τῇ Dt. Jur. Zeitung 1902 στ. 24, Heule, Tr. und Gl. im Rechtsverkehr, 1912.

57) Ἀστ. κώδ. 33, 150, 178-179 (ἐνδεικτικὴ ἀπαρίθμησις συντελεστῶν κρίσεως), 281 κλπ. Πρβλ. ἐπίσης ἄρθρα 366, 368, 372, 409 ἐν τέλει, 702, 730, 511, 907, 911 ἐδ. 2, 919, 1239, 1375.

58) Ἀρ. Π. 111 τοῦ 1925 ἐν «Θέμ.» ΛΓ σελ. 577, 535 τοῦ 1931, αὐτόφθι ΜΒ' σελ. 558, 312 τοῦ 1932 ἐν ΜΓ σ. 817. Ὅρα καὶ Π. Πουλίτσα, ἐν «Θέμ.» ΜΑ' σελ. 175 καὶ Γ. Μπαλῆ, Γεν. ἀρχαί § 64 καὶ Μ. Χατζάκου, ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχ.] 1936] σελ. 58-59.

59) Ἀρ. Π. 279, 307, 421 τοῦ 1904 ἐν «Θέμ.» ΙΓ σελ. 51, 84, 241.

60) Ἐφ. Ἀθ. 759 τοῦ 1926 ἐν «Θέμ.» ΛΗ σελ. 363 («ἡ ἔννοια τοῦ ἀθεμίτου κρίνεται κατὰ τὰς ἐκάστοτε περὶ ἠθικῆς κοινωνικὰς ἀντιλήψεις») ἐφ. Π. 216 τοῦ 1931 ἐν ΜΓ σελ. 49 («ἐκ τῆς εὐθικρισίας τοῦ δικαστοῦ ἡρτῆται νὰ ἀποφασίσῃ βάσει τῶν ἐκάστοτε κρατουσῶν ἀντιλήψεων ἂν πρόκειται ἠθικὴ ἢ ἀνήθικος δικαιοπραξία»).

σχέσεις⁽⁶¹⁾, εἰς τὴν δυνατότητα ἐμφανίσεως περιπτώσεων ἀμφιβόλου χαρακτῆρος καὶ εἰς τὰς μεταβολὰς ἀντιλήψεων ἀνὰ τὰς καθ' ἑκάστα γενεάς⁽⁶²⁾. Ἡ αὐτὴ δὲ παρατήρησις ἰσχύει γενικῶς ἐν σχέσει πρὸς τὴν «ἐλαστικὴν» νομικὴν ἔννοιαν τῆς *infamia*, ὑφ' ὅλας αὐτῆς τὰς μορφάς⁽⁶³⁾. Καὶ ἐν προκειμένῳ ὁ γενικὸς καὶ εὐρείας ἐφαρμογῆς κανὼν εἶναι ὅτι τὸ ζήτημα εἶναι νομικὸν καὶ ὅτι ἡ δικαιοδοτικὴ κρίσις δεσμεύεται ἐν τῷ χαρακτηρισμῷ· πλὴν ὁμῶς εὐρεῖται καὶ περιορισμένη τις σφαῖρα ἀμφιβόλων περιπτώσεων, στενὸν τι πλαίσιον γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ἐντὸς τῶν ὁρίων τοῦ ὁποῖου τὸ ζήτημα παύει ὄν νομικὸν καὶ καθίσταται ζήτημα κοινωνικῆς ἐκτιμήσεως, ἔνθα ἡ δικανικὴ κρίσις ἀπολαύει ἐλευθερίας τινὸς κινήσεως.

Μὲ τὸ αὐτὸ κριτήριον, τὴν ἐκάστοτε ἄποψιν πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου, δεόν νὰ ἐξετάζωνται, ὅσον ἀφορᾷ εἰς τὴν ὑπαρξιν καὶ τὴν ἔκτασιν τῆς εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα παρεχομένης τυχὸν δι' αὐτῶν ἐκτιμήσεως, καὶ αἱ λοιπαὶ νομικαὶ «ἐλαστικαὶ» ἔννοιαι, ὡς φέρ' εἰπεῖν ὁ «δόλος»⁽⁶⁴⁾, ἡ «βαρεῖα ἀμέλεια»⁽⁶⁵⁾, «ἡ ἐλαφρὰ ἀμέλεια»⁽⁶⁶⁾, τὸ «βαρὺ παράπτωμα»⁽⁶⁷⁾, ἡ «ἐπι-

61) Ὅρα π. χ. τὴν ὑπὸ Ἀλ. Λιτξεροπούλου ἐρευνωμένην περίπτωσιν ἐν Ἐφημ. ἑλλ. ἑλλοδ. νμλ., 1942, σ. 285: «.....εἶναι δυνατόν, ἀναλόγως τῶν συγκεκριμένων συνθηκῶν», ἡ περὶ τοῦ ἀνηθικοῦ κρίσις ἀνήκει εἰς τὴν δικαιοδοσίαν τῆς κοινωνίας», «δύναται ὑπὸ ἐιδικᾶς συνθήκας» κλπ. Περαιτέρω πρβλ. Ἰ. Λαμπίρην, ἐν «Θέμιδι» ΚΗ' σελ. 416. Παλαιότερον Δ. Τζιβανόπουλον, αὐτόθι Γ' σελ. 621: «ἀφίενται εἰς τὴν κρίσιν τοῦ δικαστοῦ» καὶ Π. Ἀραβαντινοῦ, γνωμοδ. ἐν Ἐφημ. ἑλλ. γαλλ. νμλ. (Μπαλάνου) τόμ. 25 (1906) σελ. 513: «τὸ ζήτημα κατὰ πόσον δικαιοπραξία τις προσκρούει εἰς τὰ χρηστά ἥθη εἶναι ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως».

62) Hachenburg, Die Wichtigkeit der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte, ἐν 41ῳ Jahresbericht d. Berliner Jur. Gesellschaft, σ. 25 ἐπ., Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff, ἐν Gruchots Beiträge 52 σελ. 497, Hölder, Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft, ἐν Dt. Jur. Zeitung, 1908 στ. 46. Cosak, Lehrb. d. dt. bürgerl. τόμ. α' ἔκδ. 6η, 1913, σελ. 230, Lotmar, Der unmoralische Vertrag, P. Oertmann, Sittenwidrige Handlungen, ἐν Dt. Jur. Zeitung, 1903, στ. 326.

63) Πρβλ. π.χ. ἄρθρα 1840 § 5, 118 ἐδ. 2, 125 ἐδ. 4 τοῦ ἀστ. κώδικος.

64) Ἐννοια δεσμεύουσα πάντοτε τὴν δικαιοδοτικὴν κρίσιν, ἥτις ἐδῶ περιορίζεται ἐν πάσῃ περιπτώσει εἰς ἔργον ἀπλῶς διαπιστωτικὸν πραγματικῆς τινος καταστάσεως. Τφόντι, ἡ ὑφίστατο ἢ ἐν ἐπιγνώσει πρὸς τὸ παράνομον ἀποτέλεσμα κατευθυνομένη θέλησις τοῦ ἐνεργοῦντος ἢ ὄχι. Ζήτημα «εὐλόγου κρίσεως» ἢ ἄλλης τινὸς δυνατότητας προκρίσεως τοῦ δικαστοῦ δὲν γεννᾶται. Ὅρα π.χ. ἄρθρ. 812 τοῦ ἀστ. κώδ. Ὁ χρησάμενος ὑπέστη φέρ' εἰπεῖν ἐγκαύματα ἐξ ἀναφλέξεως μηχανῆς μαγειρικῆς ἐλαττωματικῶς λειτουργούσης. Ὁ χρήστης εἶχεν ἐκ προθέσεως ἀποσιωπήσει τὴν τοιαύτην ἐλαττωματικὴν λειτουργίαν. Τὸ περιεχόμενον τῆς βουλήσεως δὲν δύναται ἢ νὰ ἔχη καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν, ἀνεξάρτητον πάσης «ἐλευθερίας κρίσεως» τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου. Ἰδὲ καὶ ἀστ. κώδ. 919, 1441, 1840 ἐδ. 4 κλπ.

65) Γ. Μπαλῆ, Γεν. ἀρχαὶ § 177 ἐδ. 2. Πρβλ. καὶ τὰ ἐκεῖ ἀναφερόμενα ἄρθρα τοῦ κώδικος. Ἐν προκειμένῳ, μετὰ τὴν συναγωγὴν τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως, χωρεῖ ἀπαραιτήτως, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὰ προηγούμενα παραδείγματα τοῦ ἀπλῶς διαπιστωτικοῦ τῆς δολίας προαιρέσεως δικανικοῦ ἔργου, καὶ περαιτέρω κρί-

μέλεια ἀγαθοῦ οἰκογενειάρχου» (66), ἡ «οὐσιώδης πλάνη» (69), ἡ «ἄνωτέρα βία» (70), τὸ «ἰδιαίτερον ἠθικὸν καθῆκον ἢ λόγοι εὐπρεπείας» (71), ἡ «κατὰ χρῆσις δικαιώματος» (72) κλπ.

Τὰ καθ' ἕκαστα θέματα δικαιοδοσίας.— Ὑπεστηρίχθη ὅτι εἰς ἄλλα μὲν θέματα ἀπονομῆς δικαιοσύνης προσιδιάζει πάντοτε, λόγῳ τοῦ ἀντικειμένου αὐτῶν, ἡ ἀληθὴς ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ, εἰς ἄλλα δὲ τοῦναντίον ἡ δεσμευμένη δικαστικὴ ἀρμοδιότης καὶ ὅτι κατ' ἀκολουθίαν τούτου τὴν ἀρίστην

σις τις τοῦ δικαιοδοτοῦντος. Εἰς τὰ ἀποδειχθέντα πραγματικὰ περιστατικὰ δίδεται νομικὸς χρωματισμός. Εἰς τὰς πλείστας τῶν περιπτώσεων εἶναι προφανές ὅτι ἀναντιρρήτως προσήκει ἢ τοῦναντίον ὅτι ἀναντιρρήτως δὲν προσήκει κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου ὁ χαρακτηρισμὸς τῆς «βαρείας ἀμελείας». Ἀλλὰ μεταξὺ τῶν δύο τούτων μεγάλων κύκλων ἐννοιῶν εὗρηται ἐνίοτε στενὸν τι πλαίσιον γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

66) Ἐνθ' ἄνωτ. ἐδ. 1. Πρβλ. καὶ τὰ ἐκεῖ ἀναφερόμενα ἄρθρα τοῦ κώδικος.

67) Ἀστ. κώδ. 505.

68) Πρβλ. ἄνωτ. σημ. 66. Τὴν ἄρνησιν τῆς «ἐπιμελείας καλοῦ οἰκογενειάρχου» ἀποτελεῖ ἡ «ἐλαφρὰ ἀμέλεια». Κατ' ἀκολουθίαν, τὸ πλαίσιον τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι ἐξ ἴσου στενόν.

69) Ἀστ. κώδ. 140-142 (στάθμισις τῆς σπουδαιότητος· ὑφίσταται πλάσιόν τι γνησίας ἐκτιμήσεως).

70) Ἐννοια «νομική», δεσμεύουσα πάντοτε τὸν δικαστήν. Ἀστ. κώδ. 255, 627, 656, 834 § 1 κλπ. Γ. Μπαλῆ, Γεν. ἀρχαὶ § 179. Ἐκ τῆς νομολογίας πρβλ. ἐφ. Π. 725 τοῦ 1901 ἐν Θέμ. ΙΓ' σελ. 329, Ἀρ. Π. 6 τοῦ 1917 ἐν ΚΗ' σελ. 161, 202 τοῦ 1925 ἐν «Δικαιοσύνῃ» Δ' σελ. 99, ἐφ. Ἀθ. 639 τοῦ 1928 ἐν Θέμ. Μ' σελ. 73, 2168 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. β' 504. Πρβλ. καὶ Χ. Οἰκονόμου, ἐν Θέμ. ΑΒ' σελ. 430.

71) Ἐννοια «νομική», ἐλάχιστον πλαίσιον εὐχερείας καταλείπουσα εἰς τὸν δικαστήν. Ἀστ. κώδ. 512, 906, 1510, 1643, 1673, 1831 κλπ. Βοηθήματα πρὸς συγγενεῖς ἀναξιοπαθοῦντας, δωρεαὶ ὑπὲρ σκοπῶν φιλανθρωπικῶν, δῶρα ἐπ' εὐκαιρίᾳ ἑορτῶν, γενεθλίων, γάμων κλπ. πρὸς φίλους καὶ συγγενεῖς καὶ ἄλλαι κοινωνικῶς ἐπιβεβλημένα παροχαὶ ἀποτελοῦσι πρόσφορα παραδείγματα τοιούτων περιπτώσεων.

72) Ἐννοια παρέχουσα κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου πλάσιόν τι γνησίας ἐκτιμήσεως εἰς τὸν δικαιοδοτοῦντα, ὅτε μὲν λίαν στενὸν (π.χ. 281), ὅτε δὲ πῶς εὐρύτερον (1386, 1387, 1502 κλπ. : πολυπληθέστεροι οἱ συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς κρίσεως). Ἰδὲ καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Γεν. ἀρχαί, 1936] σελ. 120-129.

Ἐκ τῆς νμλ. πρβλ. πρ. Λεβ. 23 τοῦ 1926 ἐν Θέμ. ΑΖ' σελ. 283, ἐφ. Ἀθ. 97 τοῦ 1931 ἐν Θέμ. ΜΒ' σελ. 623, Ἀρ. Π. 238 τοῦ 1931 αὐτόθι σελ. 552, 380 τοῦ 1931 ἐν ΜΓ' σελ. 29, 207 τοῦ 1935 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. β' σελ. 995. Ἰδὲ καὶ νμλ. γσλλ. δικαστηρίων ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. α', σελ. 556 καὶ 661.

Πρβλ. Ligeropoulos, Le problème de la fraude à la loi, 1928, σελ. 145 ἐπ., Γρ. Κασσιμάτην, Τὸ ἀξίωμα *dura lex sed lex* κλπ. ἐν «Δικαστικῇ» 1931, σελ. 205 ἐπ., Ἀλ. Λιτξερόπουλον, Ἡ νμλ. ὡς παράγων διαπλάσεως τοῦ ἰδ. δικ. 1932, σελ. 222 ἐπ., Κ. Σούρλαν, Αἱ ἀτομιστ. καὶ κοινωνιστ. ἀντιλήψεις ἐν τῷ ἀστ. δικ., 1934, σελ. 135 ἐπ., Γ. Μαριδάκη, Ἀσκήσις δικαιωμάτων κλπ. ἐν Ἀρχ. ἰδ. δικ., 1934, σελ. 23 ἐπ., Π. Θεράπον, Ἡ κατάχρησις δικαιώματος, 1939.

Ἐκ τῶν ἀλλοδαπῶν ὄρα τὴν λίαν ἐμπεριστατωμένην σχετικὴν μελέτην τοῦ Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits), 1927, καὶ πλείστους ἄλλους ἀναφερομένους ἐκεῖ. Παλαιότερον αἱ εἰδικαὶ μονογραφίαι τῶν Percherot, De l'abus du droit (thèse, Dijon) 1901 καὶ Tissier, ἐν τῇ Revue critique 1904, σελ. 509 ἐπ.

βάσιν διακρίσεως ἀποτελεῖ ἐν ἑκατέρῳ περιπτώσει ἡ «μέθοδος ἀπαριθμήσεως» (Aufzählungsmethode), ὡς καταδεικνύουσι, φέρε' εἰπεῖν, ἀφ' ἐνὸς μὲν τὰ παραδείγματα τῆς καταδίκης εἰς ἐξόφλησιν ληξιπροθέσμου δανείου ἢ τῆς ρυθμίσεως νομῆς ἢ τοῦ διακανονισμοῦ ὀρίων (1020), ἐνθα ἅπασα ἡ διανοητικὴ ἐργασία τοῦ δικαιοδοτοῦντος εἶναι κατ' οὐσίαν ἀπλῶς διαπιστωτικὴ ὁρισμένων νομικῶν καὶ πραγματικῶν ὄρων, ἀφ' ἑτέρου δὲ τὰ παραδείγματα τῆς ρυθμίσεως τῆς ἐπιμελείας καὶ τῆς προσωπικῆς μετὰ τῶν γονέων ἐπικοινωνίας τῶν τέκνων ἐν περιπτώσει διαζυγίου (1503, 1504) ἢ τοῦ προσδιορισμοῦ τοῦ τρόπου ἐπωφελοῦς ἐπενδύσεως μετρητῶν τοῦ ἐπιτροπευομένου ἀνηλίκου (1639). Τονίζουσι δ' ἰδίᾳ ὅτι γνησίᾳ εὐχέρεια τοῦ δικαστοῦ εὑρεται πάντοτε ἐν τῇ ἀσκήσει τῶν ὑπὸ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἀνατεθειμένων αὐτῷ κατ' οὐσίαν διοικητικῶν ἐργῶν (ἐν τῇ ἀσκήσει διοικητικῆς κρατικῆς λειτουργίας ὑπὸ τύπον δικαστικόν).

Δὲν εἶναι δυσχερὲς νὰ καταδειχθῇ τὸ σφαλερὸν τῆς ἐκδοχῆς ταύτης. Ἡ ἀμέσως κατωτέρω μνεία πλειόνων θεμάτων διενέξεων καὶ ἐν γένει περιπτώσεων ἀπονομῆς δικαιοσύνης, ἐπὶ τῶν ὁποίων ἡ δεσμευμένη δικαιοδοτικὴ ἀπόφασις διαγιγνώσκεται ἐγγύτατα πρὸς τὴν ὑπαρξιν ἀληθοῦς δυνατότητος προκρίσεως τῆς «ἀρίστης» λύσεως, γίνεται ἐν προκειμένῳ οὐχὶ ἐπὶ σκοπῷ ἀνασκευῆς τῆς ὁμολογουμένως πεπαλαιωμένης ὡς ἄνω διδασκαλίας—πρᾶγμα διὰ τὸ ὅποιον θὰ ἦρκουν ἐλάχιστα παραδείγματα—ἀλλ' ἵνα ἐπὶ πολυαριθμότηρων κατὰ τὸ δυνατόν περιπτώσεων καταστῇ φανερόν εἰς πόσον λεπτὰς ἐπὶ τοῦ ἐρευνωμένου θέματος διακρίσεις ἄγει ἡ ἐκάστοτε ἄποψις πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου.

Οὕτω π.χ. ἐν τῇ κρίσει τῆς βασιμότητος ἀγωγῆς περὶ ἀποδόσεως ἀντικειμένου χρησιδανείου πρὸ τῆς λήξεως τῆς σχετικῆς συμβάσεως (817) αἱ μὲν τρεῖς πρῶται περιπτώσεις τοῦ νόμου δεσμεύουσι τὸν δικαστὴν, ὑποχρεούμενον νὰ περιορισθῇ εἰς τὴν ἐξακρίβωσιν γεγονότων κεκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν καὶ νὰ ἀρυσθῇ ἐκεῖθεν τὴν μοναδικὴν νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν, ἐνῷ τοῦναντίον ἡ τελευταία περίπτωσις τοῦ αὐτοῦ ἄρθρου καταλείπει εἰς τὸν δικαστὴν μικρόν τι πλαίσιον γνησίας ἐκτιμήσεως ἐν τῇ σταθμίσει τῆς «ἀνάγκης» καὶ τοῦ «ἐπείγοντος» αὐτῆς. Ἐπίσης ἐν τῇ περὶ παραδοχῆς τῆς ἐνστάσεως διζήσεως κρίσει (857) αἱ μὲν ὑπ' ἀριθ. 1 καὶ 3 περιπτώσεις τοῦ νόμου δεσμεύουσι τὸν δικαστὴν, διότι γεννῶσι ζητήματα συναφῇ ἀποκλειστικῶς πρὸς ἐννοίας νομικὰς («παραίτησις ἀπὸ τῆς ἐνστάσεως», «κήρυξις εἰς κατάστασιν πτωχεύσεως» κλπ.), ἐνῷ τοῦναντίον αἱ ὑπ' ἀριθ. 2 καὶ 4 περιπτώσεις τοῦ αὐτοῦ ἄρθρου καταλείπουσιν εἰς αὐτόν, ὡς κοινωνικὸν ἄνθρωπον, στενὸν τι πλαίσιον ἀληθοῦς ἐκτιμήσεως ἐν τῇ σταθμίσει τῆς «δυσχερείας» τῆς διώξεως καὶ τοῦ «οὐσιώδους» ταύτης χαρακτῆρος, τοῦ «προφανῶς» ματαίου ἐνεργηθησομένης τυχὸν κατὰ τοῦ πρωτοφειλέτου ἀναγκαστικῆς ἐκτελέσεως κλπ. Ἀνάλογος διάκρισις ἐμφανίζεται ἐν τῇ περιπτώσει τῆς πρὸ τοῦ ληξιπροθέσμου

τῆς ὀφειλῆς ἀξιώσεως τοῦ ἐγγυητοῦ κατὰ τοῦ πρωτοφειλέτου πρὸς παροχὴν ἀσφαλείας (861).

Ἔτερα παραδείγματα ἀντικειμένων ἀπονομῆς δικαιοσύνης, ἐν οἷς ἡ δεσμευμένη δικανικὴ κρίσις διαγιγνώσκεται ὅλως πλησιοχώρως πρὸς τὸ στοιχεῖον τῆς γνησίας «ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ δύνανται νὰ ἀναφερθῶσι τὰ ἑξῆς:

Ἡ ἀπαγγελία διαζυγίου. — Εἶναι γνωστὴ ἡ διάκρισις μεταξὺ «ἀπολύτων» καὶ «σχετικῶν» λόγων διαζυγίου. Καθ' ἡμᾶς τὸ μόνον ὀρθὸν κριτήριον τῆς τοιαύτης διαστολῆς εἶναι τοῦτο: Ἀπόλυτοι λόγοι εἶναι ἐκεῖνοι, οἵτινες, συντρέχοντες τυχόν, μίαν μόνην λύσιν ἐπιτρέπουν κατὰ νόμον εἰς τὸν δικαστὴν⁽⁷³⁾. Σχετικοὶ τοῦναντίον εἶναι οἱ παρέχοντες εἰς αὐτὸν ἀφορμὴν εἰς ἄσκησιν ἐκτιμήσεως τινος ἐντὸς πλαισίου κατὰ τὸ μᾶλλον ἢ ἥττον εὐρέος⁽⁷⁴⁾. Μετὰ τὴν ἀπόδειξιν τῶν πραγματικῶν περιστατικῶν κέκτηται μικράν τινα ἐλευθερίαν κινήσεως ἡ δικανικὴ κρίσις, ἡ γνησία δηλαδὴ δικανικὴ ἐκτίμησις.

Ἡ κατ' ἀρχὴν καταδίκη εἰς διατροφὴν. — Ἡ παρὰ τοῦ δικαστηρίου κατ' ἀρχὴν παραδοχὴ ἀξιώσεως διατροφῆς ἄλλοτε μὲν καθιεροῦται ὑπὸ τοῦ νόμου ὡς ὑποχρεωτικὴ ὑφ' ὠρισμένας νομικὰς καὶ πραγ-

73) Ἀστ. κώδ. 1439. Ἀντιθέτως κατὰ τὸν νόμον 2228 τοῦ 1920 ἠδύναντο νὰ ὑπάρξωσι περιπτώσεις, καθ' ἃς ἡ ἀπαγγελία ἢ μὴ διαζυγίου διὰ μοιχείαν τοῦ ἀνδρὸς ἀπέκειτο εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ. Εἰς τὴν τοιαύτην γνησίαν ἐκτίμησιν παρείχετο ἔδαφος καὶ ἐν ἄρθρ. 2 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἶκογ., 1933] σελ. 125) ἐν σχέσει πρὸς τὴν μοιχείαν ἑκατέρου τῶν συζύγων. Πρβλ. καὶ τὸ ἐν σελ. 126 σημείωμα τοῦ εἰσηγητοῦ. Ἡ συντακτ. ἐπιτροπὴ ἔκρινεν ἄλλως: ἄρθρ. 105 τοῦ σχεδίου της, αὐτόθι σελ. 314. Ἰδὲ καὶ παρατηρήσεις Ἀ. Ζηλήμονος καὶ Κ. Τριανταφυλλοπούλου κατὰ τὰς συζητήσεις ἀναθ. ἐπιτροπῆς, αὐτόθι σελ. 610 καὶ 613.

Ἀστ. κώδ. 1440 (ἔργον ὁπλῶς διαπιστωτικὸν γεγονότων καὶ προθέσεως), 1441 (ἡ ὑπὸ διαπίστωσιν πρόθεσις κέκτηται καὶ ἐν προκειμένῳ ἀντικειμενικῶς καθωρισμένην ὑπόστασιν· πρβλ. καὶ πρακτ. ἀναθ. ἐπιτρ., ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 614), 1443 (ἡ ἀνυπαρξία πνευματικῆς κοινωνίας εἶναι καὶ ἐδῶ ἐν ἐξωτερικὸν γεγονός, οὔτινος ἡ συνδρομὴ ἢ μὴ οὐδεμίαν ἔχει σχέσιν πρὸς εὐχέρειάν τινα προκρίσεως τοῦ δικαιοδοτοῦντος) 1444, 1445.

Ἀστ. κώδ. 1446: ἀπλῇ διαπίστωσις γεγονότων, χωρὶς νὰ ἔχη θέσιν ἀληθείας τινος ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ. Τοῦναντίον θὰ ἴσχυεν ἂν ἐτίθετο εἰς ἐφαρμογὴν τὸ παρέχον λαβὴν εἰς ἄσκησιν γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἄρθρ. 8 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 130· πρβλ. καὶ τὸ αὐτόθι σημείωμα τοῦ εἰσηγ., ὡς καὶ ἄρθρ. 111 τοῦ σχεδ. συντακτ. ἐπιτρ., ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 316).

74) Ἀστ. κώδ. 1442. Πρβλ. ἄρθρ. 5 τοῦ νόμ. 2228 τοῦ 1920, ἄρθρ. 6 τοῦ προσχ. εἰσηγ., ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 128 (καὶ τὸ αὐτόθι σημείωμα τοῦ εἰσηγ.), ἄρθρ. 109 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ. (ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 315) καὶ πρακτικὰ ἀναθ. ἐπιτρ. (ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 611-613, 615, 618, 620-621).

Ἔτερον «σχετικὸν» λόγον διαζυγίου ἠθέλεν ἀποτελέσει τὸ ἀφροδίσιον νόσημα κατὰ τὸ ἄρθρ. 8 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (ἄνωτ. σελ. 130), ἐνθα μάλιστα ἐν ὑποσημ. τοῦ εἰσηγητοῦ οὐχὶ ὀρθῶς χαρακτηρίζεται ὡς «ἀπόλυτος» ὁ λόγος οὗτος. Τὸ ἐδ. 2 τοῦ ἄρθρου κατέλειπεν εὐρείαν ἐκτίμησιν εἰς τὸν δικαστὴν («λαμβάνομένων ὑπ' ὄψιν ὅλων τῶν περιστάσεων» κλπ.).

Ἐκ τῶν ξένων μονογραφικῶν πρβλ. Schmidt, Ehescheidung und richterliches Ermessen, ἐν Festgabe ὑπὲρ τοῦ Dernburg (Giessen).

ματικὰς προϋποθέσεις, κατὰ τρόπον δεσμεύοντα τὸν δικαστὴν (1391, 1392, 1476)—ἀνεξαρτήτως τῆς περαιτέρω περὶ τοῦ μέτρου ταύτης δικανικῆς κρίσεως—ἄλλοτε δὲ τοῦναντίον ἀφίεται κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστηρίου (⁷⁵).

Ὁ προσδιορισμὸς εὐρέτῳ.—Τὸ ἐκάστοτε ἐπιδικαζόμενον ποσὸν εὐρέτῳ ὅτε μὲν ὑπαγορεύεται ἐπακριβῶς ὑπὸ τοῦ νομοθέτου (1086 § 1), ὅτε δ' ἀφίεται εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ (⁷⁶).

Ἡ καταψηφίσις ἀποζημιώσεως καὶ τὸ μέτρον ταύτης.—Καὶ ἐν τῷ θέματι τούτῳ ἀπονομῆς δικαιοσύνης ὁ δικαστὴς ὅτε μὲν δεσμεύεται ἐν τῇ κρίσει αὐτοῦ ἔξ ὠρισμένων κατὰ νόμον προϋποθέσεων (⁷⁷), ὅτε δὲ τοῦναντίον ἀπολαύει εὐχερείας τινὸς κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου, εἴτε ἐν τῇ κατ' ἀρχὴν καταδίκη εἰς ἀποζημιώσιν εἴτε ἐν τῷ καθορισμῷ τοῦ ποσοῦ αὐτῆς (⁷⁸). Δὲν πρέπει δὲ νὰ ὑποληφθῇ ὅτι ἡ κατ' εὐχέριαν καταδίκη εἰς ἀποζημιώσιν προσιδιάζει εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς χρηματικῆς ἱκανοποιήσεως λόγῳ ἠθικῆς βλάβης. Καὶ ἐν τῷ σημείῳ τούτῳ τὸ ἀντικείμενον τῆς δικαιοδοσίας οὐδεμίαν ἔχει σχέσιν πρὸς τὴν διάγνωσιν τῆς δικανικῆς ἐκτιμῆσεως. Καὶ ἐπὶ προσγενομένης ὑλικῆς ζημίας καθιεροῖ ὁ νομοθέτης περιπτώσεις γνησίας ἐκτιμῆσεως τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ καταψηφίσει τῆς ἀποζημιώσεως καὶ ἐν τῷ καθορισμῷ τῆς ἐκτάσεως αὐτῆς (⁷⁹). Ἴδου δὲ καὶ περιπτώσεις καταδίκης εἰς ἀποζημιώσιν ὅτε μὲν κατὰ τρόπον ἐπακριβῶς ὑπὸ τοῦ νόμου καθοριζόμενον, ὅτε δὲ κατ' εὐχέριαν τοῦ δικαστοῦ, ἐμφανιζόμεναι οὕτω πως κατὰ ζεύγη ἐν τῷ αὐτῷ ἀκριβῶς θέματι : α Συνεπεία καταστροφῆς ἄλλοτρίου πράγματος λόγῳ «καταστάσεως ἀνάγκης» ὀφείλεται ἀποζημιώσις ὅτε μὲν κα-

75) Ἀστ. κώδ. 1492. Ἀντίθετος ρύθμισις ἐγένετο ἐν ἄρθρῳ 16 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (πρβλ. Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἰκογ.] σελ. 153) καὶ ἐν ἄρθρῳ 155 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ. (σελ. 329).

76) Ἀστ. κώδ. 1086 § 2. Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 139 § 2 τοῦ προσχ. εἰσηγ. (ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐμπρ., 1936] σελ. 185) καὶ ἄρθρ. 131 § 2 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ. (αὐτόθι, σελ. 355).

77) Ἀστ. κώδ. 914 καὶ 298. Εἰδικώτερα θέματα πρβλ. ἐν 145, 198, 204, 231, 283, 335, 343, 345, 602, 812, 826, 891, 922-925, 929, 935, 964, 995, 1010 in fine, 1109, 1079, 1163.

78) Ἀστ. κώδ. 932 («δύνатаι», «εὐλογον», «κατὰ τὴν κρίσιν του»), 59, 921 (πρβλ. καὶ ἄρθρ. 543 τοῦ προσχ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ.] σελ. 167 καὶ αἰτιολ. ἔκθ. εἰσηγ. ἐν σελ. 252 καὶ ἄρθρ. 549 τοῦ σχεδ. συντακτ. ἐπιτρ. ἐν σελ. 362-363), 1453 κλπ. Πρβλ. καὶ Ἀλ. Λιτζεροπούλου, Ἡ ἱκανοπ. δι' ἠθικὴν βλάβην κλπ., ἐν Θέμ. ΝΑ' σελ. 657. Ἐκ τῶν παλαιότερων (βάσει τῶν ἀναλόγων διατάξεων τοῦ νόμου 1699) ὄρα Ἀνανιάδου, Ἡ χρηματ. ἱκανοποιήσις κλπ. ἐν Θέμ. Λ σελ. 207, Ν. Βάφα, Ἱκανοποιήσις διὰ ψυχικὴν ὀδύνην, αὐτόθι ΛΔ' σελ. 112, Α. Παπαδημητροπούλου ἐν ΛΓ' 141 καὶ ἐν «Δικαιοσύνη» Γ' σελ. 357, Α. Γιδοπούλου ἐν Θέμ. ΛΓ' σελ. 212 καὶ ΛΖ' σελ. 640.

79) Πρβλ. π.χ. ἀστ. κώδ. 918, 132, 225, 300, 387, 674 (ιδὲ καὶ τὴν ἐν ἄρθρ. 335 τοῦ προσχ. εἰσηγ. ἔκφρασιν «κατὰ τὸ ὑπὸ τῆς ἐπιεικείας ἐπιβαλλόμενον μέτρον») ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935] σελ. 126).

ταψηφιζομένη ὑποχρεωτικῶς καθ' ὠρισμένην ἔκτασιν, ἀνάλογον πρὸς τὴν ἔκτασιν τῆς ζημίας, κατ' ἄσκησιν δηλαδή δεσμευμένης ἀρμοδιότητος τοῦ δικαιοδοτοῦντος (καὶ τοῦτο ὅσάκις ὁ κίνδυνος εἶχε προκληθῇ ἐξ ὑπαιτιότητος τοῦ ἐπιχειρήσαντος τὴν καταστροφὴν), ὅτε δὲ τοῦναντίον ἀπαγγελλομένη κατ' εὐχέρειαν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ, τόσον κατ' ἀρχήν, ὅσον καὶ ὡς πρὸς τὸ ποσὸν αὐτῆς (286). **β** Ἐπὶ βλάβης τοῦ σώματος ἢ τῆς ὑγείας προσώπου ὀφείλεται ἀποζημίωσις ἐν μέρει μὲν ἐπακριβῶς ὑπὸ τοῦ νόμου καθοριζομένη, κατὰ λόγον δεδομένων πραγματικῶν προϋποθέσεων, εἰς τὴν διακριβῶσιν τῶν ὁποίων (διαπίστωσιν τῶν ἐν τῷ παρελθόντι καὶ βάσιμον πιθανολόγησιν τῶν ἐν τῷ μέλλοντι) ⁽⁸⁰⁾ θέλει κατευθυνθῇ ἡ δικανικὴ κρίσις (929), ἐν μέρει δ' ἀφιεμένη εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ (931) ⁽⁸¹⁾.

Ὁ καθορισμὸς ἀμοιβῆς.—Ὁ ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου καθορισμὸς ἀμοιβῆς εἰς ἀντάλλαγμα γενομένης ἐργασίας ἢ ἐπιμελείας ὑποθέσεων χωρεῖ ὅτε μὲν κατ' ἄσκησιν δεσμευμένης δικαιοδοσίας ⁽⁸²⁾, ὅτε δὲ κατ' εὐχέρειαν τοῦ δικαστοῦ, εἴτε ὡς πρὸς τὸ μέτρον ἐκάστοτε τῆς «δικαίας ἀμοιβῆς» ⁽⁸³⁾· εἴτε καὶ ὡς πρὸς τὴν κατ' ἀρχὴν παροχὴν αὐτῆς (1655).

Τὰ κατ' οὐσίαν διοικητικὰ ἔργα.—Εἶναι ἀληθές ὅτι τὰ ὑπὸ τοῦ δικαίου ἀνατεθειμένα εἰς τὴν πολιτικὴν δικαιοσύνην διοικητικὰ κατ' οὐσίαν ἔργα, ἰδίᾳ δὲ τὰ σχετιζόμενα πρὸς τὴν μέριμναν καὶ τὴν ἀντίληψιν ὑπὲρ ἀδυνάτων προσώπων, ἀσκοῦνται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον κατ' ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ ὡς κοινωνικοῦ ἀνθρώπου. Εἰς πολυαριθμούς ὅμως ἐπίσης περιπτώσεις ὁ δικαστής, χειριζόμενος διοικητικὴν λειτουργίαν, δεσμεύεται ὑπὸ τοῦ νόμου, ὑποχρεούμενος ὅπως προβῇ εἰς μοναδικήν τινα νόμιμον ρύθμισιν, κατὰ λόγον τῶν ἐκάστοτε συντρεχόντων ἐν τῇ κρινομένῃ ἀτομικῇ περιπτώσει νομικῶν καὶ πραγματικῶν ὄρων. Εἶναι δ' ἀξιοπαρατήρητον ὅτι καὶ ἐν προκειμένῳ ἡ διακριτικὴ εὐχέρεια καὶ ἡ δεσμευομένη ἀρμοδιότης τοῦ δικαστοῦ πολλάκις ἐμφανίζονται παραλλήλως ἐν τῷ αὐτῷ θέματι διοικητικῆς ρυθμίσεως. Οὕτω π. χ. τὸ δικαστήριον ἀφ' ἑνὸς μὲν ὑποχρεοῦται κατὰ νόμον νὰ παύσῃ ἐπίτροπον, εὐθύς ὡς ἤθελε συντρέξει τὸ πραγματικὸν γεγονός τῆς παραλείψεως αὐτοῦ ὅπως παράσχῃ ἀποφασισθεῖσαν ἀσφάλειαν ἢ τῆς ἀποβολῆς αὐτοῦ ἐκ τινος διαχειρίσεως ἔνεκεν ἀπιστίας (1636, 1622 § 9, 1623), ἀφ' ἑτέρου δὲ δύναται νὰ προβῇ εἰς τοιαύτην παῦσιν, ἐὰν ὁ ἐπί-

80) Ἀρ. Π. 97 τοῦ 1891 ἐν Θέμ. Γ' σελ. 99, 131 τοῦ 1894 αὐτόθι Ε' σελ. 547, 150 τοῦ 1907 ἐν ΙΗ' σελ. 600 καὶ ἐφεξῆς παγία νμλ. Ἄλλως τε καὶ κατὰ τὰς πηγὰς «καὶ τὸ ἄδηλον διατιμᾶται» (ἐφ. Ἀθ. 120 τοῦ 1917 ἐν Θέμ. ΚΗ' σελ. 358). Ἐκ τῶν νεωτέρων πρβλ. ἐφ. Ἀθ. 1793 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. β' 182.

81) Ἐφ. Ἀθ. 1277 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. α' 821.

82) Ἀστ. κώδ. 653, 655 ἐν ἀρχῇ, 705 § 2. Ἡ παραπομπὴ εἰς τὰ ἐν ταῖς συναλλαγαῖς ἐπιζόμενα δεσμεύει τὸν δικαστήν, ὑποχρεοῦσα αὐτὸν εἰς τὴν ἀπλὴν διαπίστωσιν ὑπάρχοντος καθωρισμένου πραγματικοῦ ὑλικοῦ. Ἰδὲ καὶ 681, 709 § 1.

83) Ἀστ. κώδ. 668 ἐν τέλει, 659 § 2 (ἐν πλαισίῳ πολὺ στενωτέρῳ), 1919, 2027. Ὡς πρὸς τὴν κατ' ἀρχὴν ἐπιδίκασιν ἀμοιβῆς εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας οὐδεμίαν εὐχέρειαν ἀπορρίψεως τοῦ σχετικοῦ αἰτήματος κέκτηται, ὡς εἰκός, ὁ δικαστής.

τροπος παραλίπη νὰ προκαλέσῃ τὸν διορισμὸν παρεπιτρόπου (1608 § 2) ἢ ἔαν κρίνῃ ὅτι ἡ διαχείρισίς του ἐμβάλλει εἰς «κίνδυνον» τὰ «συμφέροντα» τοῦ ἀνηλίκου (1624), σταθμίζον κατ' εὐχέριαν ὅλας τὰς ἐν τῇ εἰδικῇ ἐκείνῃ περιπτώσει συντρεχούσας περιστάσεις καὶ ἐκτιμῶν τὸν κίνδυνον τῶν περιουσιακῶν συμφερόντων τοῦ ἀνηλίκου⁽⁸⁴⁾. Ἐπίσης τὸ δικαστήριον ὅτε μὲν ὑποχρεοῦται κατὰ νόμον νὰ δεχθῇ παραίτησιν ἐπιτρόπου (1626), εὐθὺς ὡς ἤθελε συντρέξει ὠρισμένη ὑπηρεσιακὴ κατάστασις (status) παρ' αὐτῷ (1625) ὅτε δ' ἔχει τὴν εὐχέριαν νὰ δεχθῇ τὴν τοιαύτην παραίτησιν, σταθμίζον φέρ' εἰπεῖν «κατ' ἐκτίμησιν» τὴν σοβαρότητα τοῦ νοσήματος ἢ τὴν λόγῳ ἀποστάσεως δυσχέριαν τῆς ἐκπληρώσεως τῶν ἐπιτροπικῶν ἔργων (1627 § 4 § 7). Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον ὁ δικαστὴς ὅτε μὲν δεσμεύεται κατὰ νόμον ὅπως ἄρῃ τὴν ἐπιτροπείαν ἀπόντος—εὐθὺς ὡς ἤθελε συντρέξει τὸ γεγονός τοῦ θανάτου αὐτοῦ (1703 § 1 ἐδ. 2)—ἔτε δ' ἔχει ἀπλὴν εὐχέριαν ὅπως προβῇ εἰς τὴν ἄρσιν τῆς τοιαύτης ἐπιτροπείας, ὁσάκις φέρ' εἰπεῖν, σταθμίζων τὰς περιστάσεις, αἵτινες καθίστων μέχρι τοῦδε ἐνδεδειγμένην τὴν ἀνάκλησιν τῆς ἐξουσίας τοῦ ἀντιπροσώπου, ἤθελεν «ἐκτιμήσει» ταύτας ὡς μεταβληθείσας (1701 § 2, 1702 § 1 ἐδ. 1). Ὡσαύτως ὁ πρόεδρος τῶν πρωτοδικῶν ὅτε μὲν ὑποχρεοῦται νὰ ἀκυρώσῃ τὴν ἀποβολὴν μέλους σωματείου—ὁσάκις ἐγένετο αὕτη ἐναντίον τῶν ὄρων τοῦ καταστατικοῦ—ὅτε δ' ἔχει ἐν τῷ ἔργῳ του τούτῳ δυνατότητα προκρίσεως, σταθμίζων «κατ' ἐκτίμησιν» τὴν σπουδαιότητα τῶν ὑπαγορευσάντων τὴν ἀποβολὴν λόγων (88). Τέλος ἡ μὲν υἱοθεσία ἀποφασίζεται ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου κατ' εὐχέριαν αὐτοῦ (ἐκτίμησις τοῦ συμφέροντος τοῦ υἱοθετουμένου) (1578), ἡ δὲ λύσις αὐτῆς ἀποφασίζεται συμφώνως πρὸς δεσμευτικούς διὰ τὸ δικαστήριον κανόνας: δηλονότι ἂν μὲν ἤθελε διαπιστωθῇ λόγος τῆς ἀποκληρώσεως (1840 - 1841), ἡ παραδοχὴ τῆς ἀγωγῆς εἶναι ὑποχρεωτικὴ διὰ τὸν δικαστὴν, ἂν δὲ τοῦναντίον τοιοῦτός τις λόγος οὐδεὶς συντρέχῃ, ἡ ἀπόρριψις τῆς ἀγωγῆς εἶναι καὶ πάλιν ὑποχρεωτικὴ διὰ τὸν δικαστὴν (1587), ἀνεξαρτήτως πάσης τυχόν «ἐκτιμήσεως» αὐτοῦ περὶ τοῦ ἐκ τῶν ὑστέρων καταδειχθέντος «ἀσυμφόρου» ἢ «ἀστόχου» ἢ «μὴ ἀρμόζοντος» τῆς γενομένης υἱοθεσίας⁽⁸⁵⁾.

Ὁ ἀκυρωτικὸς ἔλεγχος.—Υπεστηρίχθη παρὰ τινων παλαιότερων θεωρητικῶν τοῦ δημοσίου δικαίου ὅτι ἡ ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐ-

84) Πρβλ. καὶ σημ. εἰσηγ. ὑπὸ τὸ ἄρθρον 50 τοῦ προσχ. αὐτοῦ ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἰκογ.] σελ. 252 καὶ τὴν αὐτόθι χαρακτηριστικὴν ἔκφρασιν αὐτοῦ ἐπὶ ὅλως ἀναλόγου ἀντικειμένου: «πότε ὑπάρχει τοιαύτη σημαντικὴ ἀντίθεσις συμφερόντων ἀπόκειται εἰς τὴν ἐλευθέραν κρίσιν τοῦ δικαστηρίου».

85) Ἀντίθετος ρύθμισις εἶχε προταθῇ ὑπὸ τοῦ εἰσηγητοῦ καὶ ὑπὸ τῆς συντακτικῆς ἐπιτροπῆς, οἵτινες προεῖλοντο νὰ ἐπαφειθῶσι καὶ ὡς πρὸς τὴν λύσιν τῆς υἱοθεσίας εἰς τὴν γνησίαν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστηρίου. Πρβλ. ἄρθρ. 22 τοῦ προσχ. εἰσηγ. ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Οἰκογ.] σελ. 193, ἄρθρ. 326 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ., αὐτόθι, σελ. 379 καὶ σημείωμα εἰσηγητοῦ σχετικὸν πρὸς τὸ ἄρθρον 22 τοῦ προσχ. αὐτοῦ, αὐτόθι, σελ. 187. Ἡ ἀποψις αὕτη δὲν ἐκράτησεν ἐν τῷ θετῷ δικαίῳ.

σίας⁽⁵⁶⁾ ἀσκεῖται ἐλευθέρως ἐντὸς τῶν ὁρίων, ἅτινα ἐπιτρέπει ὁ ἔλεγχος τοῦ ἀκυρωτικοῦ δικαστηρίου καὶ κατ' ἀκολουθίαν ὅτι ἐκεῖ ἔνθα ἄρχεται ὁ ἀκυρωτικός ἔλεγχος λήγει ἡ δικαιοδοτικὴ εὐχέρεια.

Εἶναι πρόδηλος ὁ ἐπισφαλὴς χαρακτήρ καὶ τούτου τοῦ προταθέντος κριτηρίου. Ἡ κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου πλειονότης νομίμων δικαιοδοτικῶν λύσεων εἶναι ζήτημα οὐσιαστικοῦ δικαίου, ἐνῶ τοῦναντίον ἡ ἔκτασις τοῦ ἀκυρωτικοῦ ἔλέγχου ἀποτελεῖ ἀντικείμενον ρυθμίσεως δικονομικῆς.

Ὅσάκις ἀσκεῖται βάσιμος ἔλεγχος ἀκυρωτικός, δέον τοῦτο νὰ σημαίνει ὅτι δὲν ὑφίστατο εὐχέρεια τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Ἀλλ' ὥς γνωστόν, δὲν ἀληθεύει καὶ τὸ ἀντίστροφον: Δὲν σημαίνει ὅτι ἔχει προκριθῇ νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις εἰς ὅλας ἐκείνας τὰς περιπτώσεις καθ' ἃς δὲν χωρεῖ ἀκυρωτικός ἔλεγχος. Ἡ αἵτησις ἀναιρέσεως δὲν δύναται νὰ καταστείλῃ πᾶσαν παρανομίαν, διότι ἡ σφαῖρα ἐνεργείας αὐτῆς ἔχει καθορισθῇ ὑπὸ τοῦ δικονομικοῦ δικαίου κατὰ τρόπον μὴ ἐξαντλοῦντα τὰς περιπτώσεις ὅλων τῶν ἐνδεχομένων συγκρούσεων τῆς ἐκφερομένης δικανικῆς ἀποφάνσεως πρὸς τὴν ἐκάστοτε κατ' ἰδέαν νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν. Ὑποθεθίσθω φέρ' εἰπεῖν ὅτι ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας, ἀνακριβῶς ἀντιλαμβανόμενος δεδομένην πραγματικὴν κατάστασιν, ἀποκλίνει ὑπὲρ τῆς ἐσφαλμένης ἐκδοχῆς ὅτι ὠρισμένον οἰκοδόμημα εἶχεν ἐπὶ τούτῳ κατασκευασθῇ πρὸς διηνεκὴ ἐξυπηρέτησιν βιομηχανικῆς ἐπιχειρήσεως, ἐντεῦθεν δὲ συνάγει μὴ νόμιμα πορίσματα περὶ τοῦ χαρακτῆρος ἐπιδίκων τινῶν ἐργαλείων ὡς «παραρτημάτων» συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρον 959 τοῦ ἀστ. κώδ. Ὁ δικαστὴς τῆς ἀναιρέσεως ἀδυνατεῖ νὰ θίξῃ τὴν ἐξενεχθεῖσαν παράνομον ἀπόφασιν—ὁσάκις ἰδίᾳ δὲν ἀναφέρονται ἐν αὐτῇ ὡς γενόμενα δεκτὰ πραγματικὰ περιστατικὰ ἀντίθετα πρὸς τὸ περὶ τῆς φύσεως τοῦ οἰκοδομήματος συμπέρασμα τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας—καθ' ὅσον τὰ παρόνα τοῦ ἀδίκως ἠττηθέντος διαδίκου στρέφονται περὶ «ζητήματα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Παρὰ ταῦτα, μολονότι ὁ ἀκυρωτικός ἔλεγχος δὲν χωρεῖ, ἡ ἀπόφασις ἔρχεται εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὴν ἰδανικὴν νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν, ἣτις ἐν τῇ συγκεκριμένῃ ταύτῃ περιπτώσει θὰ ἐξεφέρετο ἐν ἀκριβεῖ ὄψει τῶν πραγματικῶν ὄρων τῆς ὑποθέσεως. Περὶ ὑπάρξεως δὲ γ ν η σ ί α ς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ, δηλονότι διακριτικῆς αὐτοῦ εὐχερείας ἐν τῇ ἐξενεχθείσῃ κρίσει, οὐδὲ λόγος δύναται νὰ γίνη.

Τὰ αὐτὰ ἀληθεύουσι πανταχοῦ ἔνθα ἀδικεῖται ὁ ἕτερος τῶν διαδίκων

86) Γίνεται ἐν προκειμένῳ λόγος περὶ ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας ἐν γένει, ἀδιακρίτως βαθμοῦ δικαιοδοσίας. Ὅτι ἡ δυνατότης ἐπεμβάσεως τοῦ δευτεροβαθμίου δικαστοῦ τῆς οὐσίας εἰς ζητήματα ἐκτιμήσεως ἤδη κριθέντα πρωτοδίκως δὲν ἀντίκειται εἰς τὴν ὑπαρξιν γνησίας εὐχερείας τοῦ πρωτοβαθμίου δικαστοῦ εἶναι πρόδηλον. Ἡ ἐν δευτέρῳ βαθμῷ διάφορος κρίσις καὶ διάφορος ρυθμῖσις τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως δὲν σημαίνει ὅτι ἡ πρωτοδίκως προκριθεῖσα δικανικὴ λύσις δὲν ἦτο νόμιμος. Ὁ πρωτοβάθμιος δικαστὴς ἀπῆλανε γνησίας ἐκτιμήσεως. Ἀλλὰ καὶ τὸ ἐφετεῖον ἀπολαύει κατὰ τὰς αὐτὰς περιπτώσεις ἀληθοῦς διακριτικῆς εὐχερείας, τὴν ὁποίαν ἀσκεῖ ἀπὸ τῆς πλευρᾶς αὐτοῦ ἐξ ὑπαρχῆς αὐτοτελῶς.

συνεπεία ἀνακριβοῦς ἀντιλήψεως τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἡ ἐλάσσων πρότασις τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ εἶναι ἐκείνη, ἣτις δὲν διατυπώνεται κατὰ νόμιμον τρόπον. Τὸ ἐντεῦθεν συναγόμενον πόρισμα δὲν εἶναι νόμιμον. Γνησία τις δικανικὴ ἐκτίμησις δὲν ὑφίσταται. Ἀλλ' ὁ ἀκυρωτικὸς ἔλεγχος εἶναι ἀπαράδεκτος, ἐφ' ὅσον ἐν τῇ ρηθείσῃ ἐλάσσονι προτάσει ἐμπεριέχονται στοιχεῖα ἀποκλειστικῶς πραγματικά (87).

Ὡσαύτως ὑποτεθεῖσθω ὅτι συνεπεία πραγματικῆς πλάνης ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας προσδιορίζει ἀνακριβῶς τὸ περιεχόμενον τῶν συναλλακτικῶν ἡθῶν ἐν ὠρισμένῳ τόπῳ καὶ ἐν δεδομένῳ εἶδει ἐννόμου σχέσεως. Ἐντεῦθεν ἀδικεῖται ὁ ἕτερος τῶν διαδίκων ἐν δίκῃ, ἥς ἡ κρίσις ἐπρόκειτο νὰ ἐξαρτηθῇ κατὰ νόμον ἐκ τῆς μορφῆς τῶν συναλλακτικῶν ἡθῶν (197, 200, 288, 889). Ἀκυρωτικὸς ἔλεγχος δὲν χωρεῖ, καθ' ὅσον ἡ διακρίβωσις τοῦ περιεχομένου τῶν συναλλακτικῶν ἡθῶν εἶναι «πραγματικὸν ζήτημα» ἢ, ὡς λέγουσι συνήθως, «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Ἐν τούτοις, ἡ ἐξενεχθεῖσα ἀπόφανσις ἔρχεται εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἰδεατὴν νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν, ἣτις θὰ ἐξεφέρετο ἐν ὁρθῇ ἀντιλήψει τοῦ περιεχομένου τῶν συναλλακτικῶν ἡθῶν. Ἡ λεγομένη «πραγματικὴ ἐκτίμησις» περὶ τούτων εἶναι ἔννοια ὅλως ξένη πρὸς τὴν ἐν προκειμένῳ ἀνύπαρκτον γνησίαν ἐκτίμησιν τοῦ δικαιοδοτοῦντος. Τρόντι, τὰ συναλλακτικὰ ἡθῆ κεῖνται, ὡς εἴρηται, ἐκάστοτε ἐν δεδομένῳ τόπῳ ὑφ' ὠρισμένην μορφήν, κεκτημένην μοναδικήν τινα ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν καὶ μὴ ἐξαρτωμένην ἐξ οἵαςδήποτε δυνατότητος προκρίσεως τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου.

Ἐπίσης π.χ. ἐν κρινομένῃ ἐν Ἀθήναις καὶ μεταξὺ διαδίκων ἐλλήνων δίκη περὶ ἀποζημιώσεως συνεπεία σωματικῆς βλάβης ἐξ ἀδικήματος διαπραχθέντος ἐν Γαλλίᾳ, ὁ Ἕλλην δικαστὴς, ἐφαρμοζων, ὡς ὀφείλει, τὸν γαλλικὸν νόμον (26), παρερμηνεύει ἐπὶ τῇ ὑποθέσει αὐτόν. Ἀκυρωτικὸς ἔλεγχος δὲν χωρεῖ, καθ' ὅσον κατὰ τὴν ἐπικρατεστέραν δικονομὴν ἐκδοχὴν (88) εἶναι ἀπαρά-

87) Ἀλλως, ὡς γνωστόν, ἔχουσι τὰ πράγματα ἐν τῇ διοικητικῇ δικαιοσύνῃ. Τὸ συμβούλιον τῆς ἐπικρατείας, ἀσκοῦν τὴν ἀκυρωτικὴν αὐτοῦ δικαιοδοσίαν, ἐλέγχει καὶ τὰ πραγματικὰ στοιχεῖα τῆς ὑποθέσεως—οὐχὶ βεβαίως ἐν τῷ θεσμῷ τῆς αἰτήσεως ἀναιρέσεως, ἀλλ' ἐν τῷ θεσμῷ τῆς αἰτήσεως ἀκυρώσεως κατὰ πράξεις τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν—ἐφ' ὅσον ἡ συνδρομὴ τῶν πραγματικῶν τούτων στοιχείων τελεῖ ἐν συναρτήσῃ πρὸς τὸ ζήτημα τῆς νομιμότητος τῆς προσβαλλομένης διοικητικῆς πράξεως : Σ.τ.ε. 216 τοῦ 1929, 506, 707 τοῦ 1933 κλπ.

88) Πρβλ. Ἀρ. Π. 36 τοῦ 1897 ἐν Θέμ. Η' σελ. 391, 400 τοῦ 1907 ἐν ΙΗ' σελ. 246, 178 τοῦ 1929 ἐν Μ' σελ. 573, 400 τοῦ 1931 ἐν ΜΓ' σελ. 38, 207 τοῦ 1936 ἐν ΜΖ' σελ. 790. Contra συγγραφεῖς τινες : ἰδίᾳ Κ. Βασιλείου, Περὶ ἀναιρέσεως, § 26 (σελ. 168 ἐπ. ἐν ἐκδ. Α. Γιδοπούλου), ἔνθα καὶ πλουσία βιβλιογραφία, ἐπίσης δὲ Μιχ. Λιβαδάς, Ἐγχ. πολιτ. δικ. (παραδόσεις) 1927 § 1661 ἐν τέλει, ἔνθα φαίνεται ἀποδεχόμενος τὴν γνώμην τοῦ Γ. Στρέιτ. Τούναντιον, πρὸς τὴν νομολογίαν συμφωνοῦσιν Οἰκονομίδης καὶ Εὐκλείδης § 172 σημ. 7, § 260 σημ. 7. Τὸ ζήτημα ἐρευνᾶται καὶ ἐν Γ. Στρέιτ, Δικον. κανόνες ἐφαρμογῆς ἀλλοδ. δικ. ἐν «Νομικῇ» α', σελ. 423 ἐπ. (1894),

δεκτος ἡ αἵτησις ἀναιρέσεως διὰ παράβασιν ἀλλοδαποῦ δικαίου. Ἐντούτοις δὲν θὰ ἦτο δυνατόν νὰ ὑποστηριχθῇ ὅτι εἶναι νόμιμος ἡ ἐξενεχθεῖσα ἀπόφρασις, οὐδ' ὅτι ἀπέκειτο δῆθεν αὕτη εἰς τὴν «ἐκτίμησιν» τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας.

Ὑποθεθίσθω τέλος ὅτι τὸ ἄρθρον 505 τοῦ ἀστ. κώδ. εἶχε διατυπωθῇ κατὰ τὰς ἀπόψεις τῆς συντακτικῆς ἐπιτροπῆς (89), ἥτοι χωρὶς τὴν φράσιν «ἡ πρὸς τὸν σύζυγον». Ἄν ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας, ἐρμηνεύων στενῶς καὶ ἐφαρμοζὼν περιορισμένως τὸν νόμον, συμφώνως πρὸς τὸ γράμμα αὐτοῦ, δὲν ἤθελε τυχὸν θεωρήσει ὡς νόμιμον λόγον ἀνακλήσεως τῆς δωρεᾶς τὸ ἐκ μέρους τοῦ δωρεοδόχου διαπραχθὲν καὶ ἀποδειχθὲν βαρὺ παράπτωμα πρὸς τὸν σύζυγον τοῦ δωρητοῦ, ὁ δικαστὴς τῆς ἀναιρέσεως πιθανῶς δὲν θὰ ἐδέχετο νὰ ἐπέμβῃ, ἐπικαλούμενος ἅφ' ἐνὸς μὲν τὴν αὐστηρὰν καὶ συντηρητικὴν δικονομικὴν ἄποψιν, καθ' ἣν ἡ παράλειψις διασταλτικῆς ἐρμηνείας δὲν ἀποτελεῖ παραδεκτὸν λόγον ἀναιρέσεως (90), ἅφ' ἑτέρου δὲ στηριζόμενος ἴσως ἐπίσης εἰς τὸν κανόνα ὅτι δὲν δύναται νὰ χωρήσῃ ἀναίρεσις διὰ παράβασιν ἐρμηνευτικῶν στοιχείων περιλαμβανομένων εἰς νομοπαρασκευαστικὰ κείμενα (91). Ἐντούτοις ἡ γενομένη ἀπόρριψις τῆς ἀξιόσεως τοῦ δωρητοῦ (509) ἔρχεται εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὴν ἀληθῆ θέλησιν τοῦ νομοθέτου, δὲν ἀπέκειτο δ' εἰς τὴν «εὐχέρειαν» τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας.

Ἡ ἐννοιολογικὴ πληρότης τῆς ἐφαρμοζομένης διατάξεως. — Ἐδιδάχθη παρ' ἑτέρων ὅτι ὁσάκις νομοθετικὴ τις διάταξις τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἔχει ἔννοιαν μὴ ἐμφανίζουσαν κενὰ καὶ ἐν γένει μὴ παρέχουσαν ἀφορμὴν εἰς ἀμφιβολίας, δεσμεύει τὸν δικαστὴν, ὁσάκις δὲ τοῦναντίον διάταξις τις καταλείπει κενὰ ἢ ἀμφιβολίας ὡς πρὸς τὰ νοήματα αὐτῆς παρέχει εἰς τὸν δικαστὴν ἐλευθέραν ἐκτίμησιν, καθ' ὅσον τότε, ὡς λέγουσιν, ἡ δικανικὴ κρίσις κινεῖται ἐντὸς τοῦ πλαισίου τοῦ ἐκτεινομένου μεταξὺ τῶν ὡς εἴρηται κενῶν. Ἡ ἐκδοχὴ αὕτη ὑπενθυμίζει τὴν ἐν τοῖς προηγουμένοις ἐκτεθεῖσαν ἀντίληψιν περὶ ὑπάρξεως εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ ἐλευθέρᾳ ἐρμηνείᾳ τοῦ δικαίου καὶ τὴν ἀνωτέρω ἀναφερομένην ἐπίσης διδασκαλίαν τοῦ Bernatzik περὶ «ἀκαθορίστων ἐννοιῶν» (unbestimmte Begriffe).

Εἶναι περιττὸν νὰ τονισθῇ τὸ ἐπισφαλὲς καὶ ταύτης τῆς βάσεως διακρίσεως. Ὑπάρχει μεγαλύτερον ἐν νόμῳ κενὸν ἐκείνου, πρὸς πλήρωσιν τοῦ ὁποίου

Γ. Μαριδάκη, Αἱ σύγγρ. κατευθ. τοῦ ἰδιωτ. διεθν. δικ., 1927, Οἰκονομίδου-Λιβαδά, Ἑγγ. πολιτ. δικ. § 167 σημ. 7, 7α καὶ 8α ἐν τέλει.

89) Πρβλ. ἄρθρ. 472 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ., ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935], σελ. 348.

90) Πολ. δικ. 810 § 1, Ἀρ. Π. 95 τοῦ 1923, ἐν Θέμ. ΛΔ' σελ. 335, 267 τοῦ 1914 ἐν ΚΤ' σ. 137, 24 τοῦ 1931 ἐν ΜΒ' σελ. 209, 430 τοῦ 1934 ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ. β' 251.

91) Ὡς τὸ πρακτικὸν τῆς συντακτικῆς ἐπιτροπῆς. Ὁρα Σχέδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ.] σελ. 380 § 79.

χωρεῖ ἢ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογή; Ἐντούτοις ἢ κατ' ἀναλογίαν ἐφαρμογή ἐπιχειρεῖται, καθ' ἧ καὶ ἀλλαχοῦ ἐξετέθη, κατὰ δεσμευμένην δικαιοδοτικὴν ἀρμοδιότητα. Καὶ ἀντιστρόφως, πλείστα ὅσαι διατάξεις τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου, διακρινόμεναι διὰ τὴν πληρότητα τοῦ νοήματος αὐτῶν καὶ διὰ τὸ καθωρισμένον περιεχόμενον τῶν ἐν αὐταῖς χρησιμοποιουμένων ὄρων, παρέχουσιν ἐντροσούτῳ ἡθελημένως—ἐνίστε δὲ καὶ ρητῶς—εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν δυνατότητα τινα προκρίσεως μεταξὺ πλειόνων λύσεων ἐξ ἴσου νομίμων.

Καὶ ἄλλα τοιαῦτα κριτήρια, ὧν τὰ πλείστα μὴ βάσιμα, προϋτάθησαν κατὰ καιροῦς ὑπὸ τῶν ἐν ἀρχῇ τῆς παρούσης μελέτης (I § 1 σημ. 1) ἀναφερομένων ἀλλοδαπῶν συγγραφέων.

§ 2.—Ἡ ἀποψις πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου.

Αἱ ἐκτεθεῖσαι ἐκδοχαί, αἵτινες τόσον συχνὰ ἄγουσιν εἰς ἀνακριβῆ, ὥς ἤδη κατεδείχθη, συμπεράσματα περὶ τῆς ὑπάρξεως ἢ μὴ ἀληθοῦς ἐκτιμήσεως ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης, ἀφίνουν νὰ διαφανῇ ἀνὰ μέσον αὐτῶν τὸ μόνον ἀσφαλὲς κριτήριον διαστολῆς τῆς δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἀρμοδιότητος ἀπὸ τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ, τὸ συνιστάμενον εἰς τὴν ἐκάστοτε ἀποψιν πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου. Ἐπὶ τῇ βάσει τοῦ κριτηρίου τούτου καθίστανται φανεραὶ ἐννοιολογικαὶ διακρίσεις ἐν τῇ ἐκτάσει τῆς δικαιοδοτικῆς ἐξουσίας, αἵτινες μάλιστα ἐφ' ὠρισμένων θεμάτων τυγχάνουσι λεπτόταται (1) καὶ αἵτινες ἐν τῇ συνήθει μεταξὺ νομικῶν φρασεολογία καλύ-

1) Τοῦτο ἀληθεύει προκειμένου ἰδίᾳ περὶ διακρίσεως μεταξὺ δεσμευμένης δικανικῆς ἀρμοδιότητος (π.χ. ἀστ. κώδ. 294 ἢ 506 ἢ 1005) καὶ σ τ ε ν ο τ ά τ η ς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ (ἀντιστοίχως ἀστ. κώδ.: 179 ἢ 505 ἢ 1004), ἐγγιζούσης τὰ ὅρια τῆς δεσμεύσεως.

Περαιτέρω παραδείγματα ἤττον λεπτῶν διακρίσεων: Ἀστ. κώδ. 101 (ἀπλῇ διαπίστωσις τῆς ἀντιθέσεως πρὸς διατάξεις τοῦ νόμου ἢ τοῦ καταστατικοῦ) καὶ 102 (γνησία οὐσιαστικὴ ἐκτίμησις περὶ τοῦ κατεπείγοντος καὶ περὶ τοῦ ἀνεπανορθώτου τῆς ἐκ τῆς ἐκτελέσεως προσγενησομένης βλάβης).

Πρὸβλ. ἐπίσης τὴν μεταξὺ τῶν ἀρθρῶν 932 καὶ 929 διάκρισιν. Εἶναι φανερόν πόσον σαφῶς δέον νὰ διασταλῇ ἡ γνησία δικανικὴ ἐκτίμησις ἐν τῷ προσδιορισμῷ τῆς χρηματικῆς ἱκανοποιήσεως λόγῳ ἡθικῆς βλάβης ἀπὸ τῆς δεσμευμένης ἀρμοδιότητος τοῦ δικαστοῦ ἐν τῇ ἀνορθώσει προσγενομένης ὑλικῆς ζημίας. Ἐν τῇ τελευταίᾳ ταύτῃ περιπτώσει τὸ δικαιοδοτικὸν ἔργον δὲν χωρεῖ κατ' ἐκτίμησιν, ἀλλ' εἶναι ἀπλῶς διαπιστωτικὸν πραγματικῶν στοιχείων κεκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν: τῆς ἀποδεικνυμένης ἐκτάσεως τῆς θετικῆς περιουσιακῆς ζημίας καὶ τῆς ὡσαύτως ἀποδεικνυμένης ἐκτάσεως τοῦ διαφυγόντος κέρδους. Ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀρθρου 929 μία ἀποκλειστικῶς εἶναι ἡ νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις, συναγομένη ὡς μοναδικὸν κατὰ λογικὴν ἀνάγκην πόρισμα ἀφ' ἐνὸς μὲν ἐκ τῆς γενικῆς διατάξεως τοῦ νόμου, ἀφ' ἐτέρου δ' ἐκ τῶν προτεινομένων καὶ ἀποδεικνυμένων ἐν τῇ εἰδικῇ περιπτώσει πραγματικῶν γεγονότων. Τὸ ἔργον τοῦ δικαστοῦ εἶναι ἔργον ἀπλῆς διακριβώσεως ἀντικειμενικῶς ὑπαρκτῶν πραγματικοτήτων, ἀκόμη καὶ ὁσάκις καλεῖται οὗτος νὰ προβλέψῃ καὶ νὰ προκαθορίσῃ μελλοντικὰς δαπάνας. Ἡ διὰ τὴν κρινομένην εἰδικὴν διένεξιν βούλησις τοῦ νομοθέτου εἶναι μία καὶ μόνη, εὔρηται δὲ λανθανόντως

πτονται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἅπασαι ὑπὸ τὴν κοινὴν ἔκφρασιν «ζητήματα πραγματικά» ἢ «ζητήματα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως». Ὅσάκις ὁ νομοθέτης τάσσει τὸν δικαστὴν νὰ ἐξακριβώσῃ τὸ προτεινόμενον καὶ ἀποδεικνύμενον πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς ὑποθέσεως, ἐπὶ τῷ τέλει ὅπως εἶτα διὰ τῆς ὑπαγωγῆς τούτου ὑπὸ τὸν νομικὸν κανόνα συναγάγῃ μοναδικήν τινα νόμιμον δικαιοδοτικὴν λύσιν, λέγεται συνήθως ὅτι πρόκειται «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως». Ἀλλὰ καὶ ὁσάκις ὁ δικαστὴς τάσσεται ὑπὸ τοῦ νόμου ὅπως μετὰ τὴν ὑπαγωγήν τοῦ ἤδη ἀποκαθαρθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως ὑπὸ τὸν νομικὸν κανόνα προκρίνῃ κατ' εὐχέριαν τὴν «ἀρίστην» δικαιοδοτικὴν λύσιν μεταξὺ πλειόνων διανοιγομένων πρὸ αὐτοῦ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἐξ ἴσου νομίμων ὁδῶν, λέγεται συνήθως καὶ αὖθις ὅτι πρόκειται «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως»⁽²⁾. Εἰς τὴν πρώτην περίπτωσιν ἡ «πραγματικὴ ἐκτίμησις» ἀσκεῖται ἐν τῇ διατυπώσει τῆς ἐλάσσονος προτάσεως τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ. Εἰς τὴν δευτέραν ἀσκεῖται αὕτη μετὰ τὴν συναγωγήν τοῦ πορίσματος τοῦ ρηθέντος συλλογισμοῦ. Μόνον ὅμως εἰς τὴν τελευταίαν ταύτην περίπτωσιν ὑφίσταται ἡ γνησία ἔννοια τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Ἐκεῖ ἔνθα ἡ ἐφαρμοζομένη διάταξις ἔχει τὴν ἔννοιαν ὅτι προβλέπει ἐπακριβῶς τὴν ἐκάστοτε ρύθμισιν τῆς ἐννόμου σχέσεως, ὑφ' ὅλας τὰς νοητὰς μορφὰς ὑφ' ἃς αὕτη, προσβαλλομένη τυχόν, ἐνδέχεται νὰ ἐμφανισθῇ ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα ὡς διένεξις, ὑφίσταται δεσμευμένη δικαιοδοτικὴ ἀρμοδιότης. Εἰς ἃς τοῦναντίον περιπτώσεις τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἐπαφίεται εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν τῆς διατάξεως ὡς πρὸς τὴν ὑπ' αὐτοῦ στάθμισιν συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως, μετὰ τὴν διακρίβωσιν τῶν πραγματικῶν περιστατικῶν τῆς ὑποθέσεως, τῶν κεκτημένων καθωρισμένην ἀντικειμενικὴν ὑπόστασιν—ἀνε-

ἤδη ἐν τῷ νομικῷ κανόνι καὶ εἶναι τόσον ἐπακριβῶς καθωρισμένη, ὥστε θὰ ἡδύνατο νὰ ἐκφρασθῇ ὑπ' αὐτοῦ εὐθέως ὑπὸ μορφήν ἀριθμητικοῦ ποσοῦ, ἂν ἦτο δυνατόν νὰ τυγχάνῃ ἕκτοτε δεδομένον εἰς αὐτὸν τὸ πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς ὑποθέσεως. Ἔργον τοῦ δικαστοῦ εἶναι ἤδη νὰ ἀναζητήσῃ καὶ νὰ ἀνεύρῃ τὴν μοναδικὴν ταύτην νόμιμον λύσιν. Δὲν θέλει οὗτος ἀποβλέπει ἐν τούτῳ εἰς συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, ἀλλὰ θέλει κατευθύνει ἅπασαν αὐτοῦ τὴν προσπάθειαν εἰς τὴν διευκρίνισιν τῶν ὑλικῶς ὑπαρκτῶν πραγματικῶν στοιχείων τῆς ὑποθέσεως. Τοῦναντίον, ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀρθροῦ 932 ὁ νομοθέτης ἠθελήμενως ἔχει ἐπαφειῇ εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ ὡς πρὸς τὴν στάθμισιν τοῦ προσήκοντος «μέτρου» χρηματικῆς ἱκανοποιήσεως, λόγῳ τῆς γενομένης ἠθικῆς βλάβης, δηλονότι ὡς πρὸς τὴν ἐκλογὴν μεταξὺ πλειόνων ἐξ ἴσου νομίμων—ἐντὸς ὁρισμένου, ὡς εἰκός, πλαισίου, συναγομένου ἐκάστοτε ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου—χρηματικῶν ποσῶν.

2) Οὕτω π. χ. ὁ προσδιορισμὸς τῆς ἀξίας τοῦ πράγματος (1086 § 1) λέγεται συνήθως ὅτι εἶναι «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως»· ἀλλὰ καὶ ἐν σχέσει πρὸς τὰ πορίσματα τῆς «εὐλόγου κρίσεως» περὶ τοῦ «προσήκοντος» ποσοῦ εὐρέτρων (1086 § 2) ἡ αὕτη ἔκφρασις χρησιμοποιεῖται. Ἐπίσης ἡ περὶ ἀκυρότητος ἰδιογράφου διαθήκης δικανικὴ κρίσις (1721 ἐν τέλει) λέγεται συνήθως ὅτι εἶναι «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως»· ἀλλ' ἡ αὕτη λεκτικὴ διατύπωσις εἶναι ἐν χρήσει καὶ ἐν σχέσει π.χ. πρὸς τὰς ἐνδεχομένας κατ' ἐκτίμησιν ἀκυρότητας κατ' ἐφαρμογὴν τῶν ἀρθρῶν 1621 καὶ 1653 in fine.

ξαρητήτως δηλαδή πρὸς τὴν διευκρίνισιν τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς δίκης— ὑφίσταται γνησία ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ. Εἰς τὰς τελευταίας ταύτας περιπτώσεις ἠθελημένως ὁ νομοθέτης καταλείπει πλαίσιόν τι κινήσεως εἰς τὴν δικαιοδοτικὴν κρίσιν, ἐπὶ τῷ σκοπῷ ὅπως ἐκλεγῇ ἡ «δικαιοτάτη» λύσις, λαμβανομένων ὑπ' ὅψιν ὅλων τῶν εἰδικῶν συνθηκῶν τῆς διενέξεως. Ὁ νομικὸς κανὼν ἀδυνατεῖ νὰ ἔχῃ ὑπ' ὅψιν ἐκ τῶν προτέρων πάσας ταύτας. Ἐθεσπίσθη οὗτος ἵνα ρυθμίσῃ τὸ μέλλον· τὸ δὲ μέλλον ἐμφανίζεται ἐκάστοτε ὑπὸ μυρίας ἰδιομορφίας, τελούσας ἐκτὸς τῶν δυνατοτήτων ἀκριβοῦς τινος προγνώσεως. Ὁ νομοθέτης ἐπιθυμεῖ ἵνα ἡ προκριθησομένη λύσις φέρῃ ἓν τι μέτρον καὶ τὴν σφραγίδα τῆς ἀτομικότητος τοῦ ἐφαρμοστοῦ. Εἰς τὸν τελευταῖον ἀναθέτει νὰ θεωρήσῃ ὡς μᾶλλον βαρύνοντας τούτους ἢ ἐκείνους τοὺς συντελεστὰς οὐσιαστικῆς κρίσεως. Κατ' ἀκολουθίαν δὲ τούτου ἀπεκδέχεται ἐκ τῶν προτέρων πᾶσαν προκριθησομένην δικαιοδοτικὴν ρύθμισιν, ὑπὸ τὴν προϋπόθεσιν, ὡς εἰκός, ὅτι δὲν ἐκφεύγει αὕτη τῶν ἄκρων ὁρίων τοῦ ἐκάστοτε κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου πλαισίου δικανικῆς ἐκτιμῆσεως. Ὑπὸ τοὺς αὐτοὺς ἀκριβῶς νομικοὺς καὶ πραγματικοὺς ὅρους δύνανται ἄριστα, ὡς καὶ ἀλλαχοῦ ἐλέχθη, δύο διάφοροι ἐν τῇ οὐσίᾳ αὐτῶν δικαιοδοτικαὶ λύσεις νὰ ὦσιν ἕξ ἴσου νόμιμοι. Τελῶν τυχὸν πρὸ ἀμφοτέρων τούτων ὁ νομοθέτης, θὰ ἔλεγεν ὅτι ὡς κοινωνικὸς μὲν ἄνθρωπος πρὸς οὐδετέραν τούτων ἴσως θὰ ἠδύνατο νὰ συμφωνήσῃ—διότι, ἂν ἦτο εἰς τὴν θέσιν τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου, θὰ προέκρινεν, ἐπὶ τῇ ὑποθέσει, τρίτην λύσιν, «ἔτι δικαιοτέραν»—ἀλλ' ὅτι πάντως ὡς νομικὸς δὲν δύνανται νὰ εἴπῃ ὅτι οἱαδήποτε τούτων ἔρχεται εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὴν θέλησίν του, ἀφοῦ αὐτὸς οὗτος εἶχε λάβει τὴν πρόνοιαν νὰ παράσχῃ εἰς τὸν δικαστὴν τὴν σχετικὴν εὐχέρειαν προκρίσεως.

III

Ἡ ἄσκησις τῆς ἐλευθέρας δικανικῆς ἐκτιμῆσεως

§ 1.— Διάκρισις μεταξὺ «εὐστόχου» καὶ «νομίμου» ἀσκήσεως τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμῆσεως.—Μορφαὶ ὑφ' ἃς ἐκδηλοῦται ἐκάστοτε ἡ δυνατότης προκρίσεως τοῦ δικαστοῦ.

«Εὐστοχος» καὶ «νόμιμος» δικανικὴ ἐκτίμησις.—Τὴν διάγνωσιν περιπτώσεων διακριτικῆς εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ ἐπακολουθεῖ ἡ παρὰ τούτου ἄσκησις τῆς ρηθείσης εὐχερείας. Χειριζόμενος τὴν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ἐμπιστευμένην εἰς αὐτὸν ἀρμοδιότητα «εὐλόγου κρίσεως», ὁ δικαστὴς ἐκλέγει τὴν ἐκάστοτε «ἀρίστην» κατ' αὐτὸν δικαιοδοτικὴν λύσιν ἐκ τῶν πλειόνων εἰς τὴν διάθεσιν αὐτοῦ νομίμων τοιούτων. Ἡ ἄσκησις τῆς δικανικῆς ἐκτιμῆσεως δέον νὰ τυγχάνῃ ἀφ' ἐνὸς μὲν «νόμιμος», ἀφ' ἑτέρου δ' «εὐστοχος». Ὑπερβασίς τῶν ὁρίων τῆς νομιμότητος εἶναι ἐνδεχομένη, ὅσάκις ὁ δικαστὴς σφάλῃ ὡς νομικὸς ἐν οἱαδήποτε φάσει τῶν δικανικῶν αὐτοῦ λογισμῶν, εἴτε π.χ. διότι πλανηθεὶς περὶ τὸ πνεῦμα τῆς νομοθετικῆς διατάξεως ἐστάθμισε συντε-

λεστάς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως διαφόρους ἐκείνων, τοὺς ὁποίους εἶχεν ὑπ' ὄψιν του ὁ νομοθέτης, εἴτε διότι ἀπέβλεψεν εἰς σκοποὺς ἄλλοτρίους ἐκείνων, οἵτινες εἶχον ὠθήσει τὸν νομοθέτην, ὅπως διατυπῶν τὴν ἐφαρμοζομένην διάταξιν ἐπαφειθῇ εἰς τὴν «εὐλογον κρίσιν» τοῦ δικαστοῦ, εἴτε διότι καθ' οἷονδῃποτε ἄλλον τρόπον ὑπέπεσεν ἐν τοῖς δικανικοῖς αὐτοῦ λογισμοῖς εἰς νομικὰς πλάνας εἴτε διότι, ἐσφαλμένως ἀντιληφθεὶς τὰ προταθέντα καὶ ἀποδειχθέντα πραγματικὰ περιστατικὰ τῆς ὑποθέσεως, δὲν ἔλαβεν ὑπ' ὄψιν του, συμφώνως πρὸς τὴν θέλησιν τοῦ νομοθέτου, «ὅλας τὰς εἰδικὰς περιστάσεις» τὰς π ρ ὁ ἄ γ μ α τ ι ἐν τῇ διενέξει ἐκείνῃ συντρεχούσας εἴτε τέλος διότι ὑπερέβη τὸ κατὰ τὴν ἔννοιαν τῆς διατάξεως «πλαίσιον» — ἢ τὰ «ἄκρα ὅρια» — τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, καταλήξας ὑπὲρ λύσεως καθ' ὑπερβολὴν ἐπιεικοῦς ἢ ἀντιστρόφως ἀνεπιεικοῦς εἰς βαθμὸν τοιοῦτον, ὥστε αὕτη, μὴ τυγχάνουσα πλέον δεκτικῆς διαφόρου ἐκάστοτε ἐκτιμήσεως παρὰ διαφορῶν κοινωνικῶν ἀνθρώπων, νὰ τελῇ τοῦναντίον αὐτόχρημα εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἀληθῆ ἔννοιαν τῆς διατάξεως. Ἀστοχία δ' ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι ἐνδεχομένη, ὅσάκις ὁ δικαστὴς δὲν σφάλη μὲν ὡς νομικὸς ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς εἰς αὐτὸν ἀνατεθειμένης «εὐλόγου κρίσεως», ἀλλὰ καίπερ ἀπὸ πάσης πλευρᾶς ἐν ὄψει τελῶν τοῦ ὁρθοῦ πνεύματος τῆς διατάξεως καὶ ἐν ἀκριβεῖ γνώσει τοῦ μέχρι κεραίας διευκρινισθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως, ἀστοχήσῃ ὡς κοινωνικὸς ἀνθρώπος ἐν τῇ προκρίσει τῆς «δικαιοτάτης» λύσεως.

Μὴ νόμιμος ἄσκησις τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ εἶναι, ὡς εἴρηται, νοητὴ ἐν οἵαδῇποτε φάσει τῶν δικανικῶν λογισμῶν, καὶ δὴ εἴτε ἐν τῇ διατυπώσει ἑκατέρας τῶν προτάσεων τοῦ οἰκείου κατηγορικοῦ συλλογισμοῦ εἴτε μετὰ τὴν συναγωγὴν τοῦ ἐξ αὐτῶν πορίσματος, τοῦ ὠθοῦντος τὸν ἐφαρμοστήν εἰς τὴν περαιτέρω εὐλογον κρίσιν. Τοῦναντίον, ἀστοχία ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως δύναται νὰ χωρήσῃ μόνον μετὰ τὴν συναγωγὴν τοῦ πορίσματος τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ.

Ἐν περιπτώσει παρὰ νόμου ἀσκήσεως τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ἱκανὸς τις νομικός, εἰθισμένος ἐπὶ πλέον εἰς προσεκτικὴν καὶ εὐσυνείδητον διακρίβωσιν τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῶν ὑπὸ τὴν κρίσιν του τιθεμένων ὑποθέσεων, τελῶν τυχὸν πρὸ τῆς οὕτω πῶς ἐξενεχθείσης ἀποφάνσεως, θὰ ἠδύνατο — δεδομένων μάλιστα αὐτῷ καὶ τῶν σκέψεων, κατ' ἀκολουθίαν τῶν ὁποίων κατέληξεν εἰς αὐτὴν ὁ δικαστὴς — νὰ εἴπῃ εὐθέως ὡς νομικός, ἄνευ περαιτέρω «εὐλόγου κρίσεως» αὐτοῦ ὡς κοινωνικοῦ ἀνθρώπου, ὅτι ἡ δοθεῖσα λύσις ἀντίκειται εἰς τὴν ἀληθῆ θέλησιν τοῦ νομοθέτου, ὅτι δηλ. ὁ νομοθέτης οὐδέποτε θὰ παρεδέχετο, οὐδὲ θὰ εἶχε κατὰ νοῦν, ὅτι ἡ ἐφαρμογὴ τοῦ νόμου θὰ ἠδύνατο νὰ ἐξιχθῇ εἰς τοιαύτην τινὰ λύσιν ὑπὸ τοὺς συγκεκριμένους τούτους νομικοὺς καὶ πραγματικοὺς ὅρους. Τοῦναντίον, ἐν περιπτώσει ἀπλῆς ἀστοχίας ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, καὶ ἂν ἀκόμη ἠδυνάμεθα νὰ φαντασθῶμεν αὐτὸν τὸν νομοθέτην, τὸν κάλλιον παντὸς ἄλλου κατέχοντα τὸ ἀληθὲς νόημα τῆς διατάξεως, τελοῦντα πρὸ τῆς προκριθείσης δικαιοδοτικῆς λύσεως, ἔχοντα δὲ καὶ ἀκριβῆ ἀντίληψιν τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέ-

θεως, θὰ ἡκούομεν μὲν ἴσως τοῦτον λέγοντα, ὅτι ἂν ἦτο εἰς τὴν θέσιν τοῦ δικαστοῦ, θὰ ἐξέλεγεν ὡς κοινωνικὸς ἀνθρώπος «καλλιτέραν» λύσιν, ἀλλ' ὅχι καὶ ὅτι ἡ ἐξενεχθεῖσα ἀπόφανσις ἔρχεται εἰς σύγκρουσιν πρὸς τὸ ἴδιον αὐτοῦ ὡς νομοθέτου πνεῦμα ἢ ὅτι τελεῖ αὕτη ἐκτὸς τοῦ κύκλου τῶν νοητῶν λύσεων, ἄστινας θὰ ἦτο δυνατόν νὰ ἔχη οὗτος εἰς τὴν σκέψιν του καθ' ὃν χρόνον διετύπου τὴν σχετικὴν διάταξιν.

Τὸ οὐσιαστικὸν δίκαιον ἐνδιαφέρεται τόσο δια τὴν «νόμιμον» ὅσον καὶ διὰ τὴν «εὐστοχον» ἄσκησιν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Ἀμφότερα ταῦτα εἶναι, ὡς εἰκός, ἀπαραίτητα διὰ τὴν ἐπιτυχή ἀπονομὴν πολιτικῆς δικαιοσύνης εἰς αἱ περιπτώσεις ὁ ἀστικός κώδιξ ἔχει τὸ πνεῦμα νὰ ἐπαφίεται εἰς τὴν κατὰ τὸ δίκαιον καὶ τὴν ἐπιείκειαν κρίσιν τοῦ ἐφαρμοστοῦ. Τὴν ἐν προκειμένῳ κατὰ τὰ κατωτέρω ἐκτεθησόμενα ἔλλειψιν τῶν τόσο συνήθων ἐν τῇ κατ' εὐχέρειαν δράσει τῆς διοικήσεως γενικῶν κατευθυντηρίων ὁδηγιῶν ἀναπληροῦ ἢ ἀπλότης καὶ ἡ σαφήνεια τοῦ κειμένου δικαίου καὶ ἡ εἰς τὰς δικαστικὰς ἔδρας τοποθέτησις ἱκανῶν νομομαθῶν καὶ εὐσυνειδήτων ἀνθρώπων, ἐπὶ πᾶσι δὲ δικαστικῶν λειτουργῶν κεκτημένων πλήρη κατὰ τὸ δυνατόν κοινωνικὴν μόρφωσιν καὶ πείραν τῆς κοινωνικῆς ζωῆς. Ἡ δ' ἔκτασις τῶν κατὰ «παρανόμων σκέψεων» καὶ «ἀστοχιῶν» ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐπιτετραμμένων κυρώσεων εἶναι ζήτημα δικονομικοῦ δικαίου. Ὁ δεύτερος βαθμὸς δικαιοδοσίας δύναται, ὡς γνωστόν, νὰ ἐπανορθώσῃ τόσο τὴν μὴ νόμιμον ὅσον καὶ τὴν ἀστοχον ἄσκησιν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν δεδομένῃ περιπτώσει. Τὸ ἀκυρωτικὸν ὅμως οὐδὲ τὰς παρανομίας δύναται πολλάκις νὰ ἐλέγξῃ, διότι δὲν ἐμπίπτουσι πᾶσαι αὗται εἰς τὸ πλαίσιον ἐνεργείας τῆς αἰτήσεως ἀναιρέσεως. Τοῦτο κατ' ἐξοχὴν ἀληθεύει ὅσάκις ἡ παρανομία ἀποτελεῖ συνακόλουθον ἐσφαλμένης ἀντιλήψεως τῶν συντρεχόντων πραγματικῶν περιστατικῶν (1). Ἀλλὰ καὶ αἱ λοιπαὶ παραβάσεις ἐν τῇ ἀσκήσει δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ὡς ἡ στάθμισις συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως μὴ νομίμων, ἡ ὑπέρβασις τῶν «ἄκρων ὁρίων», αἱ νομικαὶ πλάναι κλπ., δέον, ἵνα καταστῇ δυνατόν νὰ ἐλεγχθῶσι παραδεκτῶς παρὰ τοῦ ἀκυρωτικοῦ, νὰ ἔχωσιν ἐξωτερικευθῇ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας εἰς ἐκπεφρασμένας σκέψεις καὶ νὰ ἔχωσι γίνεαι ἀφορ-

1) Ἡ ἔκφρασις ὅτι ἡ παρανομία ἀποτελεῖ πολλάκις συνακόλουθον ἐσφαλμένης ἀντιλήψεως τῶν συντρεχόντων πραγματικῶν περιστατικῶν ἤθελεν ἴσως ξενίσει τοὺς δικονομολόγους, οἵτινες ἀκριβῶς εἶναι εἰθισμένοι νὰ διαστέλλωσι τὰ «πραγματικὰ ζητήματα» ἀπὸ τῶν «ζητημάτων νομιμότητος». Ἀλλ' ἡ τελευταία αὕτη ἄποψις εἶναι καθαρῶς δικονομική, καὶ δὴ συναφὴς πρὸς τὸν κύκλον ἐνεργείας τούτου ἢ ἐκείνου τοῦ ἐνδίκου μέσου. Ὑπὸ ἔποψιν οὐσιαστικοῦ ἀποκλειστικῶς δικαίου, ἵνα τυγχάνῃ ἀπὸ πάσης πλευρᾶς νόμιμος (νόμιμος ἐν εὐρείᾳ ἐννοίᾳ) ἡ δικαιοδοτικὴ κρίσις, δέον πρὸ παντὸς νὰ ἔχη αὕτη κατορθώσῃ νὰ ἀποφύγῃ οὐ μόνον τὰ νομικὰ σφάλματα, ἀλλὰ καὶ τὴν ἀνακριβῆ ἀντίληψιν περὶ τοῦ πραγματικοῦ ὕλικου τῆς ὑποθέσεως. Πρβλ. ἀνωτ. II § 1 σημ. 20. Ἰδὲ καὶ αὐτόθι, σημ. 37. Αἱ ἐκεῖ ἀναφερόμεναι καὶ ὑπὸ στάθμισιν τελοῦσαι «εἰδικαὶ περιστάσεις» δέον, ὡς εἰκός, κατὰ νόμον νὰ ᾧσιν αἱ ἀληθινῶς καὶ πραγματικῶς συντρέχουσαι.

μὴ νὰ ἐμφιλοχωρήσῃ «ρητὴ ἐν τῷ διατακτικῷ τῆς ἀποφάσεως ἀπ' εὐθείας ἢ ἐκ πλαγίου παράβασις τῶν σαφῶν ὁρισμῶν τοῦ νόμου».

Ἐν τῇ διοικητικῇ δικαιοσύνῃ ἔχουσι διαφόρως τὰ πράγματα. Ἐκεῖ τὸ μὲν εὖστοχον τοῦ ὑπὸ τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως γενομένου ἐκάστοτε χειρισμοῦ τῆς διακριτικῆς εὐχερείας αὐτῆς οὐδαμῶς, ὥς γνωστόν, ἐλέγχεται, καθ' ὅσον τοῦτο λογίζεται ἀποτελοῦν ζήτημα διοικητικῆς πολιτικῆς, μὴ ἐνδιαφέρον τὸ δίκαιον. Ἀντιθέτως ὅμως ὁ ἀκυρωτικὸς ἐλέγχος νομιμότητος ἐπὶ τῆς ἀσκήσεως τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως εἶναι δραστικώτερος καὶ πλεόν ἐκτεταμένος ἐν σχέσει πρὸς τὸν ὑπὸ τοῦ Ἀρείου Πάγου ἀσκούμενον ἐπὶ τοῦ νομίμου χειρισμοῦ τῆς εἰς τὰ δικαστήρια τῆς οὐσίας ἀνατεθειμένης ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως. Ἡ διαφορὰ αὕτη ὀφείλεται εἰς τὸν διακεκριμένον πῶς χαρακτηρὰ τοῦ ἐν γένει ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου παρ' ἐκατέρω τῶν ὑπάτων δικαιοδοσιῶν. Ἡ αἵτησις ἀκυρώσεως ἐνώπιον τοῦ συμβουλίου τῆς ἐπικρατείας δύναται νὰ ἐπικαλεσθῇ πᾶσαν κατ' ἀρχὴν παρανομίαν τῆς προσβαλλομένης διοικητικῆς πράξεως—ἰδίᾳ δὲ καὶ αὐτὴν τὴν «πλάνην περὶ τὰ πράγματα» ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς διακριτικῆς εὐχερείας—ἐνῶ ἡ ἐνώπιον τοῦ Ἀρείου Πάγου αἵτησις ἀναιρέσεως ἔχει στενότερον πλαίσιον ἐνεργείας.

Εἶναι πάντως ἀληθὲς ὅτι τόσον ὑπὸ ἔποψιν νομιμότητος ἐν τῷ χειρισμῷ, ὅσον καὶ ὑπὸ ἔποψιν «εὖστοχίας», ἰδίᾳ δὲ λελογισμένης καὶ ἐμφρονος χρήσεως τῆς ὑπὸ τοῦ κειμένου δικαίου ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα καθιερουμένης ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως, δύναται τις μετὰ μείζονος ἐμπιστοσύνης νὰ ἀποβλέπῃ πρὸς τὰ πολιτικά δικαστήρια τῆς οὐσίας—ἐν σχέσει πρὸς τὰ εἰς αὐτὰ ἀνατεθειμένα θέματα—ἢ πρὸς τὰς ἀρχὰς τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως, ὥς πρὸς τὰς ἐμπεπιστευμένους εἰς αὐτὰς περιπτώσεις διακριτικῆς εὐχερείας. Ἡ ὑπερέχουσα νομικὴ μόρφωσις τῶν δικαστῶν, λόγῳ τῆς κατόπιν διαγωνισμῶν προσλήψεως αὐτῶν, ἐν συγκρίσει πρὸς τὸν μέσον ὅρον τῶν διοικητικῶν ὑπαλλήλων, ἡ ἐγνωσμένη ἀντικειμενικότης τῆς δικανικῆς κρίσεως, ἐν συνδυασμῷ καὶ πρὸς τὸ σχετικῶς ὀλιγάριθμον τῶν κρινομένων παρ' ἐκάστου δικαστηρίου περιπτώσεων γνησίας ἐκτιμήσεως καὶ τὸν περιορισμένον ἀριθμὸν τῶν ἐν γένει θεμάτων τεθεσπισμένης τοιαύτης ἐκτιμήσεως ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης—ἂν μάλιστα ἤθελέ τις συγκρίνει ταῦτα πρὸς τὰ πολυάριθμα καὶ ποικίλης φύσεως ἀντικείμενα διακριτικῆς εὐχερείας τῆς διοικήσεως—ἰδίᾳ δ' ἡ ὑπαρξίς δευτέρου βαθμοῦ πολιτικῆς δικαιοδοσίας, τεταγμένης ὅπως προβαίνει εἰς νέαν ἐξ ὑπαρχῆς «εὐλογον κρίσιν», πάντα ταῦτα ἀποτρέπουσιν ὥς ἐπὶ τὸ πλεῖστον παρὰ τοῖς δικασταῖς τῆς οὐσίας τὰς περὶ τὸ δίκαιον καὶ τὰ πράγματα πλάνας, τὰς ὑπερβάσεις τοῦ ἐκάστοτε πλαισίου τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως καὶ τὰς ἄλλας ποικίλας παρανομίας, ἐξ ὧν γέμει ἡ κατ' εὐχέριαν δρᾶσις τῆς δημοσίας διοικήσεως. Δι' ὃ καὶ ἡ περιορισμένη μορφή τοῦ ἀκυρωτικοῦ ἐλέγχου ἐν τῇ πολιτικῇ δικαιοσύνῃ, καίπερ ἐπικρινομένη πολ-
λίκις, δὲν ἐμφανίζει πάντως τὰ μεγάλα ἐκεῖνα μειονεκτήματα, ἅτινα θὰ συνεπήγετο ἀσφαλῶς τοιοῦτός τις στενὸς ἐλέγχος νομιμότητος ἐν τῇ διοικητικῇ δικαιοδοσίᾳ.

Μορφαὶ κρίσεως τοῦ «κατ' ἐκτίμησιν» δικαιοδοτοῦντος.—Αἱ δυνατότητες προσκρίσεως, αἵτινες παρέχονται εἰς τὸν ἀπονέμοντα πολιτικὴν δικαιοσύνην ἐπὶ τῶν καθ' ἕκαστα θεμάτων δικανικῆς ἐκτιμήσεως (²), ἐμφανίζουσιν ὀρισμένας ἐκάστοτε μορφάς, ὑφ' ἃς πάντα τὰ ἀντικείμενα εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ δύνανται νὰ ὑπαχθῶσι. Ἡ ἀπαρίθμησις τῶν κυριωτέρων ἐκ τῶν μορφῶν τούτων εἶναι χρήσιμος διὰ τὸν σύννομον καὶ εὐστοχον χειρισμὸν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Οὕτω ἡ γνησία εὐχέρεια τοῦ πολιτικοῦ δικαστοῦ ἐκδηλοῦται σὺν τοῖς ἄλλοις :

α. Ὡς ἐλευθέρα κίνησις τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τὸς ὀρισμένου πλαισίου.—Ἐν προκειμένῳ δὲν ὑφίστανται δύο ἢ πλείονες ὑλικῶς αὐθυπόστατοι, προκαθορισμένοι ὑπὸ τοῦ νόμου καὶ σαφῶς ἀπ' ἀλλήλων διακεκριμένοι δικαιοδοτικαὶ λύσεις, μεταξὺ τῶν ὁποίων τάσσεται νὰ ἐκλέξη ὁ δικαστής. Ὑπάρχει ἁπλῶς ἐλαστικὴ τις ἔννοια ἔχουσα δύο ἄκρα ὅρια, ὧν τινων ἡ θέσις συνάγεται ἐκάστοτε ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου, καὶ ἐμφανίζουσα ἀπ' ἀρχῆς μέχρι τέλους τοῦ πλαισίου αὐτῆς βαθμιαίαν τινὰ

2) Ὡς πανταχοῦ τῆς ἀνὰ χεῖρας μελέτης, οὕτω καὶ ἐν προκειμένῳ οὐδένα ποιούμεθα λόγον περὶ τῶν περιπτώσεων ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ δικονομικῷ χειρισμῷ τῆς κρινομένης διενέξεως. Σημειωτέον δ' ὅτι καὶ ἐν τούτῳ κέκτηται πολλάκις εὐρείαν εὐχέρειαν ὁ δικαστής. Τοῦτο εἰρησθῶ ἰδίᾳ ἐν σχέσει πρὸς τὸν ὑπ' αὐτοῦ καθορισμὸν π.χ. δικασίμου κατὰ προτίμησιν, πρὸς τὴν ἐκλογὴν τῶν προσώπων τῶν τυχόν τασσομένων ἐμπειρογνομόνων, πρὸς τὴν ἀναβολὴν τῆς ἐξετάσεως τῶν ὑπολοίπων μαρτύρων, πρὸς τὴν ἀναβολὴν τῆς κυρίας δίκης—π.χ. πρὸς τὴν ἀναβολὴν τῆς δίκης λόγῳ ὑπάρξεως ἐκκρεμοῦς ἐτέρας συναφοῦς ἐνδίκου διενέξεως ἐνώπιον τοῦ αὐτοῦ ἢ ἄλλου δικαστηρίου καὶ μέχρι περατώσεως τῆς τελευταίας ταύτης : ἐφ. Ἀθ. 122 τοῦ 1925 ἐν Θέμ. ΛΖ' σελ. 216, 121 τοῦ 1924 ἐν ΛΕ' σελ. 422, 343 τοῦ 1930 ἐν ΜΒ' σελ. 115—πρὸς τὴν ἀναστολὴν τῆς περὶ διατροφῆς δίκης μέχρι περατώσεως τῆς δίκης περὶ ἀκυρώσεως γάμου ἢ περὶ διαζυγίου : ἐφ. Ναυπλ. 185 τοῦ 1928 ἐν Θέμ. Μ' σελ. 121, ἐφ. Ἀθ. 14 τοῦ 1926 αὐτόθι ΛΖ' σελ. 532 κλπ.

Ἡ ἐν τῷ δικονομικῷ χειρισμῷ δικανικὴ εὐχέρεια οὐδαμῶς, ὥς εἰκός, ἀποκλείεται, ἔστω καὶ προκειμένου περὶ οὐσιαστικῶς δεσμευμένης δικαιοδοτικῆς ἀρμοδιότητος. Ἐκεῖ εἶναι μία καὶ μόνη ἡ νόμιμος δικαιοδοτικὴ λύσις, εἰς ταύτης δ' ἀποκλειστικῶς τὴν ἀνεύρεσιν δεόν νὰ κατατείνῃ ἡ δικανικὴ κρίσις, ἀλλ' αἱ πρὸς ταύτην ἀγούσαι ὁδοὶ ποικίλλουσιν πῶς ἐν ταῖς λεπτομερείαις αὐτῶν. Τὸ τυχὸν «ἐπείγον» τῆς ὀριστικῆς λύσεως τῆς διενέξεως, ἡ «ἀνάγκη» ἐντελεστέρας διακριβώσεως τῶν «ὅλων περιστάσεων» αὐτῆς κλπ. ἀποτελοῦσι τοὺς ὑπὸ στάθμισιν συντελεστάς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ δικονομικῷ χειρισμῷ τῆς κρινομένης ὑποθέσεως.

Ὑπὸ δικονομικὸν καθεστῶς «ἀνακριτικὸν» αἱ τοιαῦται περιπτώσεις διακριτικῆς εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ καθορισμῷ τῆς δικονομικῆς πορείας τῆς δίκης εἶναι, ὥς εἰκός, πολυαριθμότεραι καὶ εὐρύτεραι (αὐτεπάγγελτος ἀναβολὴ τῆς δίκης ἐν συνδυασμῷ π.χ. πρὸς αἴτημα πρὸς δημοσίαν ἀρχὴν ὅπως διαβιβάσῃ ὀρισμένα ἔγγραφα κλπ.).

Εἰς σπανίας περιπτώσεις καθιεροῖ—παράλλῃλως πρὸς τὰς διατάξεις τῆς πολιτικῆς δικονομίας—καὶ αὐτὸς οὗτος ὁ ἀστικός κώδιξ διακριτικὴν εὐχέρειαν τοῦ δικαστοῦ ἐν τῷ δικονομικῷ χειρισμῷ τῆς ὑποθέσεως : Πρβλ. ἀρθρ. 857 § 2, 1447 ἐν τέλει. Ἰδὲ καὶ Κ. Καυκά, Ἐπὶ τινων καινοτομιῶν τοῦ ἀστ. κώδ., ἐν «Δικαστικῇ» 1940 σελ. 196.

καὶ ἡρέμα βαίνουσιν συνάρτησιν ἀλληλοδιαδόχων νομικῶν ἀποχρώσεων ἀπὸ τοῦ «ἦττον ἐπιεικοῦς καὶ δικαίου» μέχρι τοῦ «μᾶλλον ἐπιεικοῦς καὶ δικαίου», χωρὶς διαχωριστικὰ ἐν τῷ μεταξὺ σημεῖα ἢ ἐτέρας οἵαςδήποτε ὀξείας ἀντιθέσεις, χάσματα ἢ μεταπτώσεις. Ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις, ἐπισκοποῦσα ἀπ' ἄκρου εἰς ἄκρον ὁλόκληρον τὸ ἐνιαῖον τοῦτο πλαίσιον, καταλήγει μετὰ στάθμισιν «ὅλων τῶν εἰδικῶν περιστάσεων» εἰς ὠρισμένον αὐτοῦ σημεῖον, ἔνθα καὶ ἀσκεῖ τὴν καθοριστικὴν αὐτῆς ἐνέργειαν. Τοῦτο εἶναι τὸ ἀποφασιστικὸν διὰ τὴν προκρινομένην δικαιοδοτικὴν λύσιν σημεῖον. Ἡ ἀσκησης τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι νόμιμος ὅπουδήποτε τοῦ ρηθέντος πλαισίου ἡθέλεε σταθῇ ἢ κρίσις τοῦ δικαστοῦ. Ὑπερβαίνουσα ὅμως τυχὸν αὕτη ἐκάτερον τῶν ἄκρων ὁρίων τῆς ἐλαστικῆς ἐννοίας, εἴτε τὸ «ἦττον ἐπιεικὲς» εἴτε τὸ «μᾶλλον ἐπιεικὲς», καθίσταται αὐτόχρομα «ἀνεπιεικὲς», παύει δ' οὕσα ἐϋλόγως κρίσις καὶ τελεῖ ἤδη εἰς σαφῇ ἀντίθεσιν πρὸς τὴν θέλησιν τοῦ νομοθέτου, καθ' ὃ ἀδικοῦσα ἐμφανῶς τὸν ἕτερον τῶν διαδίκων.

Εἰς τὴν α ταύτην κατηγορίαν ἀνήκουσιν ἰδία αἱ ἐξῆς πλέον συγκεκριμέναι μορφαὶ εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ :

1) Ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις περὶ τοῦ ἂν ἢ κρινομένη ἀτομικὴ περίπτωσις ἐμπύκτη ἢ οὐ εἰς τινὰ ἐννοίαν ἐστερημένην νομικοῦ περιεχομένου πλήρως ἐξ ὑπαρχῆς (ἐξ αὐτοῦ τούτου τοῦ νόμου) καθωρισμένου. Ἐδῶ ὑπάγονται π.χ. αἱ κρίσεις περὶ ἀντιθέσεως ἢ μὴ συναλλακτικῆς τινος συμπεριφορᾶς ἢ δικαιοπρακτικῆς τινος ρήτηρας εἰς τὰ «χρηστὰ ἦδη», ἐπίσης δ' αἱ κρίσεις περὶ τοῦ ἂν ὑφίσταται ἐν δεδομένη περιπτώσει «κατάχρησις δικαιώματος», «βαρεῖα» ἢ «ἐλαφρὰ» ἀμέλεια, «βαρὺ παράπτωμα» κατὰ τὴν ἐννοίαν π.χ. τοῦ ἀρθρ. 505 τοῦ ἀστ. κώδ. ἢ πλάνη «οὐσιώδης» (140-142) κλπ. Ὡσαύτως μεταξὺ τούτων συγκαταλέγονται αἱ περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως περὶ τοῦ *civiliter uti* ἐν τῇ ἀσκήσει δικαιώματος δουλείας (1125), περὶ τοῦ «ἰδιαιτέρως ἐπαχθοῦς» τοῦ τρόπου ἀσκήσεως δουλείας (1128), περὶ τῆς ὑπάρξεως «βαρείας» παραβάσεως τῶν καθηκόντων ἐκτελεστοῦ διαθήκης (2031), περὶ γενομένης «βαρείας» προσβολῆς εἰς τὸν ἕτερον τῶν συζύγων (1453), περὶ λαβούσης χώραν «οὐσιώδους» μειώσεως τῆς συγκομιδῆς (627), περὶ σοβοῦντος «σπουδαίου κινδύνου» τῆς ὑγείας τοῦ μισθωτοῦ (588), περὶ παρυσιασθείσης εὐκαιρίας «ἐπωφελοῦς» πωλήσεως τοῦ ἀντικειμένου τοῦ ἐνεχύρου (1230) καὶ ἐν γένει ὅλαι αἱ περιπτώσεις καθ' ὧς ὁ δικαστὴς τάσσεται ὑπὸ τοῦ νόμου νὰ κρίνῃ κατ' ἀρχὴν—πρὶν ἢ προχωρήσῃ περαιτέρω, ἐν περιπτώσει καταφατικῆς κρίσεως, εἰς τὴν ἐκλογὴν τοῦ τρόπου ρυθμίσεως τοῦ ζητήματος, κατὰ τὰ κατωτ. ἐν β ἐκτεθησόμενα—ἂν ἐν τῇ συγκεκριμένῃ ταύτῃ περιπτώσει δέον νὰ τύχῃ ἐφαρμογῆς ἢ περιέχουσα τὴν νομικῶς ἀκαθόριστον ἐννοίαν διάταξις.

2) Ὁ κατ' εὐχέρειαν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ καθορισμὸς «προσέκοντος μέτρου» τινός. Ἐνταῦθα ἀνήκουσιν ἐπὶ παραδείγματι πᾶσαι αἱ δικανικαὶ κρίσεις περὶ «εὐλόγου ἀμοιβῆς» (668, 659 § 2 κλπ.), περὶ «ἀναλόγου διατρο-

φῆς» ⁽³⁾, περὶ καθορισμοῦ εὐρέτρων ἐν σχέσει φέρ' εἰπεῖν πρὸς τὸ *praetium affectionis* (1086 § 2), περὶ «εὐλόγου ἀποζημιώσεως» ⁽⁴⁾, περὶ μειώσεως δυσαναλόγως μεγάλης ποινικῆς ρήτηρας (409) ἢ δυσαναλόγως μεγάλων μεσιτικῶν δικαιωμάτων (707), περὶ περιορισμοῦ καταβαλλομένης διατροφῆς (1395, 1456, 1485, 1548 κλπ.).

3) Ἡ ἐπιγιγνομένη καθοριστικὴ ἐνέργεια τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως μετὰ τὴν ὑπὸ τοῦ ἰδιώτου ἄσκησιν διαπλαστικοῦ δικαιώματος ἢ ἄλλον οἶον-δήποτε γεγόμενον κατὰ κρίσιν τοῦ ἰδιώτου νομικὸν προσδιορισμόν. Οὕτω π.χ. ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ἀποφασίζει περὶ τοῦ περιορισμοῦ ἐγγραφῆς ὑποθήκης (1270, ἐκτίμησις τῆς «ἐπαρκείας»), περὶ τῆς μειώσεως τῆς χρηματικῆς ποσότητος δι' ἣν ἐνεγράφη ὑποθήκη δυνάμει τίτλου μὴ καθορίζοντος τὸ ποσόν (1269), περὶ τῆς «δικαίας» κατανομῆς προκηρυχθείσης ἀμοιβῆς μεταξὺ πλειόνων συντελεσάντων εἰς τὴν ἐπίτευξιν τοῦ ἀποτελέσματος τῆς προκηρύξεως, ἀναλόγως τῆς συμβολῆς ἐκάστου (712), περὶ τοῦ «δικαίου» προσδιορισμοῦ ἀορίστου παροχῆς (371), περὶ τοῦ «δικαίου» καθορισμοῦ τοῦ ἀντικειμένου τῆς κληροδοσίας (1974), περὶ τοῦ «εὐλόγου» τῆς πρὸς τὸν ὑπερήμερον ὀφειλέτην ταχθείσης προθεσμίας ἐκτιληρώσεως τῆς παροχῆς ἐν ἀμφοτεροβαρεῖ συμβάσει (383), ὡς καὶ τῶν ἄλλων πολυαρίθμων ἐν τῷ ἀστ. κώδικι περιπτώσεων μονομεροῦς καθορισμοῦ «εὐλόγου προθεσμίας», ὅσας μετὰ τὴν ἀπρακτικὸν παρέλευσιν αὐτῆς ἀλλοιοῦνται τὸ περιεχόμενον τῆς ἐννόμου σχέσεως, ἰδίᾳ δ' ἀπόλλυται δικαίωμα τοῦ πρὸς ὃν ἐτάχθη ἡ προθεσμία (309, 339, 394, 546, 564, 585, 687, 1407, 1828 § 2 καὶ ἄλλαχού), περὶ τοῦ «εὐλόγου» προσδιορισμοῦ τοῦ κύκλου τῶν προσώπων τῶν ἐκ τοῦ σκοποῦ ἰδιωτικοῦ τινος ἰδρύματος ὠφελουμένων (116) κλπ.

β. Ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ἐκδηλοῦται ὡς πρόκρισις μεταξὺ δύο ἢ πλειόνων ὑλικῶς αὐθιγοστάτων καὶ σαφῶς ἀπ' ἀλλήλων διακεκριμένων τρόπων δικαιοδοτικῆς ρυθμίσεως:

1) Περιπτώσεις καθ' ἃς ἡ εὐχέρεια τοῦ δικαστοῦ συνίσταται κατὰ νόμον εἰς κρίσιν ἐν διλήμματι:

Οὕτω φέρ' εἰπεῖν ὁ δικαστὴς τάσσεται ὑπὸ τοῦ νομοθέτου ὅπως κατ' εὐλογον κρίσιν ἀποφασίσῃ ἂν θὰ ἐπιδικάσῃ τὴν κυριότητα τοῦ πράγματος εἰς τὸν ἐστερημένον καλῆς πίστεως εἰδοποιὸν ἢ τοῦναντίον εἰς τὸν κύριον τῆς ὕλης (1062), σταθμίζων μυρίους συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, ὡς π.χ. καὶ τὴν καλλιτεχνικὴν ἀξίαν τοῦ ἔργου καὶ ὅλας τὰς περιστάσεις τῆς εἰδοποιΐας, καὶ δυνάμενος κατὰ νόμον νὰ δικαιώσῃ εἴτε τὸν κύριον τῆς ὕλης εἴτε τὸν τεχνίτην. Κατὰ πᾶσαν μάλιστα προσδοκίαν ὁ λίαν ἱκανὸς καλλιτέχνης θέλει δικαιωθῇ ὡς πρὸς τὸ ζήτημα τῆς κυριότητος, ὅσονδήποτε καὶ ἂν τυγχάνῃ οὗτος κακόπιστος, καθ' ὅσον τοῦτο ἀπαιτεῖ ἡ εὐστοχος ἄσκησις τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Ὡσαύτως ὁ δικαστὴς ἔχει τὴν εὐχέρειαν εἴτε νὰ δεχθῇ

3) Ἀστ. κώδ. 1391-2.

4) Ἀνωτέρω II § 1 σημ. 78.

εἴτε νὰ ἀπορρίψῃ τὸ περὶ παροχῆς ἀσφαλείας αἷτημα τοῦ ἐγγυητοῦ (861 § 2) ἢ τὴν ἐνστασιν διζήσεως αὐτοῦ (857 § 2), σταθμίζων τὸ λόγῳ ἐπιγενομένης μεταβολῆς τῆς κατοικίας ἢ τῆς διαμονῆς τοῦ πρωτοφειλέτου «οὐσιωδῶς δυσχερὲς» ἤδη τῆς διώξεως αὐτοῦ. Ἐπίσης ὁ δικαστὴς ἔχει ἐκ τοῦ νόμου τὴν εὐχέρειαν—ἐφ' ὅσον συντρέχωσιν ὥρισμένοι προϋποθέσεις: καλὴ πίστις τοῦ οἰκοδομοῦντος, παράλειψις ἐγκαίρου διαμαρτυρίας τοῦ ἐτέρου μέρους κλπ.— νὰ ἐπιδικάσῃ τὴν κυριότητα τοῦ παρὰ γειτονικῆς οἰκοδομῆς καταληφθέντος τμήματος γηπέδου εἴτε εἰς τὸν κύριον τοῦ τμήματος τούτου εἴτε εἰς τὸν κύριον τῆς ἀνεγειρομένης γειτονικῆς οἰκοδομῆς (1010), κατ' ἐξαίρεσιν τοῦ ἐν ἄρθρῳ 1057 τοῦ ἀστ. κώδ. θεσπιζομένου κανόνος, σταθμίζων κατ' εὐλογον κρίσιν τὴν μεγάλην ἢ μικρὰν ἔκτασιν τοῦ καταληφθέντος τμήματος, τὸ εἶδος τῆς οἰκοδομῆς ὡς ἐπιδεχομένης ἢ μὴ κατάτμησιν, τὸ συγγνωστὸν τῆς πλάνης τοῦ οἰκοδομοῦντος (ἐλλειψις ὑπαιτιότητος ἢ τὸ πολὺ *culpa levis*), τὴν οἰκονομικὴν ἀντοχὴν ἑκατέρου τῶν μερῶν, τὴν ἄποψιν πρὸς τὸ δημόσιον συμφέρον, ἣτις δὲν εὐνοεῖ τὰς ἀνεπιεικεῖς καὶ ἀντιοικονομικὰς κατεδαφίσεις, τὰς ὅλας περιστάσεις ὑφ' ἃς ἔλαβε χώραν ἢ ἀνώμαλος τεχνικὴ κατασκευὴ καὶ τοὺς λοιποὺς νομίμους συντελεστὰς τῆς οὐσιαστικῆς αὐτοῦ ἐκτιμήσεως⁵⁾. Εἰς τὰς πλείστας τῶν ἐν τῇ πράξει ἐμφανιζομένων περιπτώσεων ὁ εὖστοχος χειρισμὸς τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως καθιστᾷ ἐνδεδειγμένην τὴν ὑπὲρ τοῦ οἰκοδομοῦντος προσκύρωσιν τῆς κυριότητος. Ἀντίθετος λύσις δύναται νὰ χωρήσῃ φέρον εἰπεῖν λόγῳ ἰδιαζούσης τινὸς φύσεως τοῦ κτίσματος καὶ ἄλλων ἐξαιρετικῶν συνθηκῶν.

Ἀφ' ἐτέρου ὁ δικαστὴς δύναται κατ' εὐχέρειαν εἴτε νὰ ἀκυρώσῃ εἴτε μὴ—ὑφ' ὥρισμένην νόμιμον προϋπόθεσιν ἀποδοχῆς ἤδη τῆς γνησίας βουλήσεως—τὴν συνεπείᾳ ἀπάτης καταρτισθεῖσαν δικαιοπραξίαν (148), σταθμίζων κατ' εὐλογον κρίσιν τὸν «οὐσιώδη» ἢ μὴ χαρακτῆρα τῆς ἐκ τῆς ἀπάτης προκληθείσης πλάνης. Δύναται ἐξ ἄλλου κατ' εὐχέρειαν νὰ διατάξῃ εἴτε τὴν εἰς χρῆμα καταβολὴν ὀφειλομένης ἀποζημιώσεως εἴτε τὴν εἰς τὴν προτέραν τῶν θέσιν ἀποκατάστασιν τῶν πραγμάτων (297), σταθμίζων κατ' ἐκτίμησιν ὅλας τὰς εἰδικὰς περιστάσεις καὶ τὸ συμφέρον τοῦ πιστωτοῦ. Δύναται αἰτήσῃ τοῦ κυρίου τοῦ ὑπὸ ἐπικαρπίαν τελοῦντος πράγματος καὶ ἐν περιπτώσει παραλείψεως τοῦ ἐπικαρπωτοῦ νὰ παράσχῃ διαταχθεῖσαν ἀσφάλειαν, εἴτε νὰ διατάξῃ τὴν ἐκμίσθωσιν τοῦ πράγματος εἴτε νὰ ἀναθέσῃ τὴν ἄσκησιν τῆς ἐπικαρπίας διὰ λογαριασμὸν τοῦ ἐπικαρπωτοῦ εἰς διαχειριστὴν (1160), σταθμίζων κατ' ἐκτίμησιν, ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῶν προτάσεων τῶν μερῶν, τὰ πλεονε-

5) Πρβλ. καὶ ἄρθρ. 59 τοῦ προσχ. εἰσηγ., ἐν Σχεδ. ἀστ. κώδ. [Ἐμπρ., 1936] σελ. 121, ἐνθα καὶ σημειώμα τοῦ εἰσηγητοῦ, καὶ ἄρθρ. 57 τοῦ σχεδ. συντ. ἐπιτρ., αὐτόθι σελ. 335, ἐνθα καὶ γινώμαι τῆς συντακτικῆς ἐπιτροπῆς. Ἡ συνταγματικότης τῆς διατάξεως δὲν δύναται νὰ τεθῇ ἐν ἀμφιβόλῳ. Πρόκειται περὶ θεσμοῦ ἀναλόγου πρὸς τοὺς χάριν τοῦ κοινωνικοῦ συμφέροντος γενικοὺς νομίμους περιορισμοὺς τῆς κυριότητος. Ἐκ τῶν ἐρμηνευτῶν τῶν ἀντιστοιχῶν ἄρθρ. 912-916 τοῦ γερμ. ἀστ. κώδ. πρβλ. K. Cosack, ἐνθ' ἄνωτ., σελ. 157 τοῦ β' τόμου.

κτήματα καὶ τὰ μειονεκτήματα, ἅτινα ἐμφανίζει ἑκατέρα τῶν δικαιοδοτικῶν τούτων λύσεων διὰ τοὺς διαδίκους. Δύναται κατ' εὐχέρειαν νὰ ἀποκλίνη εἴτε ὑπὲρ τοῦ χωρισμοῦ τῆς προικὸς εἴτε μὴ (1431), σταθμίζων ἐν στενῷ τινι πλαισίῳ γνησίας ἐκτιμήσεως τὴν ὑπαρξιν ἢ μὴ «κινδύνου» διὰ τὴν προικὰ συνεπείᾳ ἐλαττώσεως τῆς περιουσίας τοῦ ἀνδρὸς ἢ τὴν πιθανολογουμένην διὰ τὸ μέλλον «σοβαρὰν ἀπειλὴν» τῆς παρασχετέας διατροφῆς. Δύναται κατὰ νόμον κατ' εὐχέρειαν, τελῶν πρὸ ἀγωγῆς τοῦ ἀγοραστοῦ περὶ ἀναστροφῆς τῆς ἀγοραπωλησίας λόγῳ ἀγνώστων αὐτῷ μέχρις ἐσχάτων πραγματικῶν ἐλαττωμάτων (540), εἴτε νὰ δεχθῇ εἴτε νὰ ἀπορρίψῃ ἀντιπρότασιν τοῦ ἐναχθέντος πωλητοῦ περὶ ἀπλῆς μειώσεως τοῦ τιμήματος, σταθμίζων κατ' εὐλογον κρίσιν ὅλας τὰς εἰδικὰς περιστάσεις (542).

2) Περιπτώσεις καθ' ἃς ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ἔχει τὴν δυνατότητα νὰ ἀποφασίσῃ περὶ τοῦ ἐνδεδειγμένου ἐν τινι διενέξει τρόπου δικαιοδοτικῆς ρυθμίσεως, προκρίνουσα τὴν μορφήν αὐτοῦ μεταξὺ μυρίων ἀναλόγων νοητῶν μορφῶν.

Οὕτω φέρ' εἰπεῖν ὁ δικαστὴς δύναται κατ' εὐχέρειαν νὰ κανονίσῃ τὸν «καλλίτερον» καὶ «δικαιότερον» καὶ «συμφερότερον» τρόπον προσωπικῆς ἐπικοινωνίας ἑκάστου τῶν τέκνων μετὰ τοῦ γονέως ἐκείνου, εἰς τὸν ὅποιον μετὰ τὸ διαζύγιον δὲν ἀνήκει ἡ ἐπιμέλεια τοῦ τέκνου (1504), ὡσαύτως δὲ τοῦ ἐξωγάμου τέκνου μετὰ τοῦ γονέως ἐκείνου, εἰς τὸν ὅποιον δὲν ἀνήκει ἡ ἐπιμέλεια (1664). Ὁ δικαστὴς δύναται κατ' εὐχέρειαν νὰ ρυθμίσῃ τὰ τῆς διοικήσεως ἐπικοινωνίας κατὰ τὸν μᾶλλον πρόσφορον καὶ συμφέροντα εἰς πάντας τοὺς κοινωνοὺς τρόπον (790), τὰ τῆς διανομῆς ἐπικοινωνίας ⁽⁶⁾ ἢ κληρονομίας (1887 ἐπ.), ἐντὸς τῶν ὁρίων τῶν προτάσεων τῶν μερῶν, τὰ τῆς ἀσκήσεως δουλείας, ἣς ὁ μέχρι τοῦδε τρόπος ἀσκήσεως ἐκρίθη ἤδη κατ' ἀρχὴν ὡς «ἰδιαιτέρως ἐπαχθὴς» διὰ τὸν κύριον (1128) κλπ. Δύναται ἐπίσης κατ' εὐχέρειαν ὁ δικαστὴς νὰ κανονίσῃ τὰ τῆς δι' ἄλλοτρίου ἀγροτικοῦ ἀκινήτου διοχετεύσεως ὕδατος κατὰ τρόπον τοιοῦτον, οἷος κατὰ τὴν δικανικὴν αὐτοῦ ἐκτίμησιν ἀνταποκρίνεται εἰς τοὺς μᾶλλον προσφόρους καὶ ὀλιγώτερον ἐπαχθεῖς διὰ τὸ βαρυνόμενον ἀκίνητον ὅρους (1029). Τὸ αὐτὸ ρητέον περὶ τῆς ρυθμίσεως τοῦ τρόπου ἐγκαταστάσεως καὶ διελεύσεως σωλῆνων ὑδραγωγῶν ἢ φωταερίου ἢ ἡλεκτροφόρων καλωδίων δι' ἄλλοτρίου ἀκινήτου (1031), περὶ τοῦ διακανονισμοῦ τῆς πρὸς τὴν ὁδὸν κατευθύνσεως τῆς ἀναγκαιούσης διόδου μέσῳ τοῦ ἄλλοτρίου γειτονικοῦ ἀκινήτου καὶ περὶ τοῦ τρόπου τῆς χρησιμοποίησεως αὐτῆς (1013) κλπ. Ὡσαύτως δύναται κατ' εὐχέρειαν ὁ δικαστὴς νὰ ρυθμίσῃ τοὺς ὅρους τῆς πωλήσεως ἐνεχύρου πρὸ τῆς λήξεως τοῦ χρέους, ἐφ' ὅσον ἐκρίθη ἤδη κατ' ἀρχὴν καταφατικῶς τὸ «ἐπωφελὲς» τῆς παρουσιασθείσης εὐκαιρίας πωλήσεως (1230), ἢ τὸν τ ρ ό π ο ν ὠρισμένων δημοσιεύσεων (43, 1916 § 2, 1959, 1965 § 2), ἐπὶ τῷ τέλει τῆς διασφαλίσεως ἐντελεστέρας κατὰ τὸ δυνατόν δημοσιότητος καὶ εὐρυτέρας ὅσον ἔνεστι γνώσεως.

6) Ἀνωτέρω I § 1 σημ. 20.

γ. Ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ἐκδηλοῦται ἐν τῇ ἀσκήσει διοικητικοῦ κατ' οὐσίαν ἔργου (¹):

1) Ὡς ἐκλογὴ τοῦ ἐνδεδειγμένου προσώπου (ἀξιολόγησις ἡθους, ἐνδιαφέροντος, ἱκανότητων ἐν γένει κλπ.). Ἐνταῦθα ὑπάγονται οἱ ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου ἀποφασίζόμενοι «διορισμοὶ» ἐπιτρόπου ἀνηλίκου ἢ ἀπηγορευμένου (1515, 1595 - 1597, 1524, 1600 § 2, 1602, 1694), συμβούλου (1591-1592), ἐμβρυωροῦ (1594), παρεπιτρόπου (1606), εἰδικοῦ ἐπιτρόπου (1507, 1604, 1632), ἐπιτρόπου ἀπόντος (1701 ἐ.), ἀντιλήπτορος (1691, 1706 ἐ.), εἰδικοῦ κηδεμόνος (1672), ἐπιμελητοῦ (1524, 1629), κηδεμόνος σχολαζούσης κληρονομίας (1865), ἐκκαθαριστοῦ περιουσίας νομικοῦ προσώπου (73), ἐκκαθαριστοῦ κληρονομίας (1915), ἐκκαθαριστοῦ ἀστικῆς ἐταιρίας (778), διαχειριστοῦ ἐπικοίνου (790), διαχειριστοῦ ἐπικαρπίας (1160), μεσεγγυούχου κλπ.

2) Ὡς παροχὴ ἢ ἄρνησις «ἀδείας», μετὰ στάθμισιν ὠρισμένων νομίμων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως. Τοιαῦται διοικητικαὶ κατ' οὐσίαν «ἄδειαι» εἶναι αἱ ἀπαιτούμεναι πρὸς μεταβολὴν τῶν ὅρων γαμικοῦ συμφώνου μετὰ τὴν τέλεσιν τοῦ γάμου (1405) ἢ πρὸς ἐκποίησιν (1417) ἢ ἐναλλαγὴν (1423) προικῶν ἀκινήτου ἢ ἀκινήτου ἀνήκοντος εἰς ἀνήλικον (1649, 1512). Αἱ τελευταῖαι παρέχονται, ὡς γνωστόν, κατ' ἐκτίμησιν τῶν συντρεχόντων τυχόν ὅρων ἀφεύκτου ἀνάγκης ἢ προφανοῦς ὠφελείας. Ἐπίσης αἱ ἄδειαι αἱ παρεχόμεναι κατὰ τὰ ἄρθρα 1508, 1647-1648, 1641, 1633, 1908, 1866, 2021, 1697 κλπ., ἀπαραίτητοι καὶ αὗται διὰ διαφόρους διαχειριστικὰς ἐνεργείας ἐπὶ περιουσιακῶν στοιχείων ἀδυνάτων ἢ ἀδήλων ἢ ἀπόντων προσώπων.

3) Ὡς κατὰ δικανικὴν ἐκτίμησιν παροχὴ «συναινέσεως», κατ' ἀναπλήρωσιν τῆς πρὸς ταύτην ἀρνήσεως τοῦ ἀσκοῦντος τὴν πατρικὴν ἐξουσίαν, ἐπιτροπείαν, κηδεμονίαν, δικαστικὴν ἀντίληψιν κλπ. Ἐνταῦθα καταλέγονται ἡ δικαστικὴ γενικὴ συναίνεσις πρὸς ἐκμίσθωσιν τῆς ἐργασίας ἀνηλίκου (136), ἡ ὡσαύτως κατ' εὐχέρειαν τοῦ δικαστηρίου—μετὰ στάθμισιν συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως—χορήγησις ἢ ἄρνησις συναινέσεως πρὸς σύναψιν γάμου ἀνηλίκου (1352), ἡ ὑπὸ τοῦ δικαστηρίου παρεχομένη πρὸς τὸν χειράφετον ἀνήλικον συναίνεσις δι' ὠρισμένας πράξεις ἐμπορίας (1682 § 2), ἡ πρὸς τὸν ὑπὸ δικαστικὴν ἀντίληψιν τελοῦντα συναίνεσις τοῦ δικαστηρίου δι' ὠρισμένας διαχειριστικὰς πράξεις (1708 § 2) κλπ.

7) Νοεῖται, ὡς εἰκός, μόνῃ ἢ ἄσκησις διοικητικῆς λειτουργίας ἢ ἐντὸς τοῦ πλαισίου τοῦ ἀστικοῦ δικαίου παρεχομένη ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὴν πολιτικὴν δικαιοσύνην. Οὕτω δὲν ἐρευνᾶται τὸ κατ' εὐχέρειαν διοικητικὸν ἔργον τῶν δικαστῶν εἰς ἄλλους τομεῖς τοῦ δικαίου, ὡς φέρ' εἰπεῖν ἡ πρόκρισις τῶν προσώπων τῶν καταλλήλων ὅπως διορισθῶσιν ἀντιπρόσωποι τῆς δικαστικῆς ἀρχῆς ἐν βουλευτικαῖς ἐκλογαῖς, ἡ ἐπιμέτρησις πειθαρχικῆς ποινῆς δικαστικῶν γραμματέων ἢ ἄλλων ὑπαλλήλων, αἱ προαγωγαὶ καὶ αἱ μεταθέσεις αἱ ὑπὸ πολιτικῶν δικαστῶν κατὰ τὸ σύνταγμα καὶ τὸν νόμον ἀποφασίζόμεναι καὶ ἐν γένει τὰ παρὰ πολιτικῶν δικαστῶν κατ' ἐκτίμησιν ἀσκούμενα ἔργα «διοικήσεως τῆς δικαιοσύνης».

4) Ὡς «ἐξουσιοδότησις» παρεχομένη κατὰ κρίσιν τοῦ δικαστηρίου, ὡς π.χ. ἡ κατὰ τὸ ἄρθρον 96 § 2 ἐξουσιοδότησις τοῦ προέδρου πρωτοδικῶν πρὸς ὠρισμένον ἀριθμὸν μελῶν σωματείου πρὸς σύγκλησιν ἐκτάκτου γενικῆς συνελεύσεως—μετὰ στάθμισιν τοῦ συντρέχοντος «συμφέροντος» τοῦ νομικοῦ προσώπου: ἄρθρ. 95 in f.—ἢ ἡ κατὰ τὸ ἄρθρ. 1630 ἐξουσιοδότησις τοῦ δικαστηρίου πρὸς τὸν ἔχοντα τὴν ἐπιμέλειαν τοῦ προσώπου ἀνηλίκου τινὸς ὅπως λάβῃ τὰ ἀναγκαιοῦντα κατὰ τοῦ ἀνηλίκου σωφρονιστικὰ μέτρα.

5) Ὡς παροχὴ «ἐγκρίσεως» ἐκ τῶν ὑστέρων, κατὰ δικανικὴν ἐκτίμησιν τοῦ «συμφέροντος» τοῦ ἀδυνάτου προσώπου (1373 § 4 κλπ.).

6) Ὡς «ἐπικύρωσις» ἰδιωτικῆς δικαιοπραξίας, κατὰ γνησίαν καὶ ἐν προκειμένῳ δικανικὴν ἐκτίμησιν τοῦ «συμφέροντος» τοῦ ὑπὸ ἀντίληψιν τελοῦντος ἀδυνάτου προσώπου, εἰς ὃ ἀφορᾷ ἡ δικαιοπραξία. Ἐδῶ ὑπάγονται π.χ. αἱ περιπτώσεις τῆς κατ' εὐχέρειαν ἐπικυρώσεως ἢ ἀκυρώσεως διασκέμματός τινος συγγενικοῦ συμβουλίου μετὰ στάθμισιν τοῦ «συμφέροντος» τοῦ ἀνηλίκου (1618, 1621 κλπ.), ἡ συμφωνίας τινὸς περὶ συνολικῆς ἐφ' ὅπαξ ἐξοφλήσεως τῆς ὑπὲρ δικαστικῶς ἀναγνωρισθέντος ἐξωγάμου τέκνου καταβλητέας διατροφῆς (1550) κλπ.

7) Ὡς προᾶξις «ἀπαλλαγῆς» ἀπὸ ὑποχρεωτικῶν ἔργων ἀντιλήψεως, παρεχομένης κατ' εὐχέρειαν τοῦ δικαστηρίου (1627 §§ 4 καὶ 7).

8) Ὡς προᾶξις «ρυθμίσεως» τῆς ἐπενδύσεως ἢ διαχειρίσεως περιουσιακῶν στοιχείων ἀνηλίκου—κατὰ τὸν «ἐπωφελέστερον» δυνατὸν κατὰ δικανικὴν ἐκτίμησιν τρόπον—καθ' ὃ φέρ' εἰπεῖν εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἁρθρῶν 1639, 1511 κλπ.

§ 2.—Ἡ ἐννοία τοῦ «εὐστόχου χειρισμοῦ» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Ὅτι δύο διάφοροι δικασταί, ἀσκοῦντες γνησίαν δικανικὴν ἐκτίμησιν ἐν τῇ αὐτῇ ἀκριβῶς ἀτομικῇ περιπτώσει, εἶναι λίαν δυνατὸν—καίπερ τηροῦντες ἀμφοτέροι ἐαυτοὺς ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς νομιμότητος—νὰ κρίνωσι τὰ ζητήματα ὃ μὲν π.χ. πρωτοδίκως αὐστηρότερον, ὃ δὲ κατ' ἔφεσιν ἐπιεικέστερον καὶ νὰ καταλήξωσιν οὕτω εἰς διαφόρους πῶς δικαιοδοτικὰς λύσεις, νοεῖται ἀφ' ἐαυτοῦ. Ὁ ὑπὲρ πᾶν ἄλλο ἐκτιμῶν π.χ. τὴν ἐργασίαν καὶ τὴν ἀτομικὴν ἀξίαν θέλει ἐκδηλώσει ἐν τῷ καθορισμῷ τῆς ἰδιαιτέρας ἀμοιβῆς τοῦ ἐφευρέτου (668) ἢ τῆς συμπληρωματικῆς ἀμοιβῆς παντὸς ἄλλου ἐκμισθωτοῦ ἐργασίας (659 § 2) πνεῦμα εὐρύτερον ἐν σχέσει πρὸς τὸν ἀπὸ χαρακτῆρος προσκολλώμενον ἐπιμόνως εἰς τὴν σκέψιν ὅτι ἡ ἐπινόησις νέων τεχνικῶν βελτιώσεων ἀπετέλει κατὰ τὴν συμφωνίαν τῶν μερῶν ἀκριβῶς τὸ ἀντικείμενον τῆς μισθωτικῆς συμβάσεως ἐργασίας ἢ ἐν σχέσει πρὸς τὸν ἐξ ἰδιοσυγκρασίας ἥττον γενναιόδωρον. Ἡ ἰδιάζουσα ἀτομικὴ νοοτροπία ἐκάστου ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου εἶναι ἀδύνατον νὰ μὴ ἐπιδράσῃ πῶς ἀνεπιγνώτως ἐπὶ τῆς διδομένης κατ' ἐκτίμησιν λύσεως, παρ' ὅλην τὴν ἀναμφισβήτητον ἀντικειμενικότητα κρίσεως τοῦ δικαιοδοτοῦντος καὶ τὴν ἐμφανῆ καλὴν αὐτοῦ θέλη-

σιν ὅπως δικάσῃ οὐχὶ κατὰ τὰς ἰδίας αὐτοῦ πεποιθήσεις, ἀλλὰ συμφώνως πρὸς τὴν γενικὴν ἐκάστοτε περὶ «οὐσιαστικοῦ δικαίου» κοινωνικὴν ἀντίληψιν. Διότι εἶναι ἴδιον τῇ ἀνθρωπίνῃ φύσει νὰ ἀντιλαμβάνηται ἕκαστος διαφόρως πως ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα τὴν τριαύτην κοινωνικὴν περὶ δικαίου συνείδησιν.

Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον ὁ ἥττον συντηρητικὸς δικαστὴς θέλει θεωρήσῃ ὅτι συντρέχει πράγματι κατάχρησις δικαιώματος τοῦ ἑτέρου τῶν συζύγων (1386) ἢ τοῦ οἰκογενειάρχου (1387) εὐχερέστερόν πως ἢ ὁ ἄκρως προσηλωμένος εἰς τὰς παλαιὰς παραδόσεις τῆς ἑλληνικῆς οἰκογενείας. Ὁ αὐστηρότερος δικαστὴς θέλει ἐπιδικάσῃ μείζον ἢ ὁ ἐπεικέστερος ποσὸν χρηματικῆς ἱκανοποίησεως λόγῳ ἠθικῆς βλάβης (59, 932). Ὁ ἀπὸ μακροῦ ἤδη χρόνου ἐπωμισθεὶς τὰς εὐθύνas οἰκογενειάρχου δικαστὴς καὶ ἐκ κοινωνικῆς πείρας κατανοῶν πλήρως τὴν ἔκτασιν ταῦ κινδύνου, τὸν ὁποῖον ἐγκυμονεῖ διὰ τὰ νεαρότερα ἰδίᾳ καὶ φιλάσθενα μέλη οἰκογενείας τινὸς ἢ ἀνθυγιεινὴ κατοικία, θέλει πως εὐχερέστερον ἀποφανθῇ ὑπὲρ τῆς ἀζημίας ἀπροθέσμου καταγγελίας μισθώσεως κατοικίας λόγῳ σπουδαίου κινδύνου τῆς ὑγείας τῶν μετὰ τοῦ μισθωτοῦ συνοικούντων προσώπων (588) ἢ ὁ κοινωνικῶς ἀπειρότερος καὶ ὑγιέστατος νέος δικαστής, ὁ φύσει ἰδιάζοντα σεβασμὸν τρέφων πρὸ παντὸς πρὸς τὴν ἀρχὴν *pacta sunt servanda*. Ὁ ἀποδίδων προέχουσαν βαρύτητα εἰς τὰ δικαιώματα τοῦ ἀτόμου ἐν τῇ ζωῇ θέλει πλεόν ἐκθύμως ἐλευθερώσῃ ἀπὸ τῶν δεσμῶν ἰσχυρῶς ἤδη κλονισθείσης ἐγγάμου σχέσεως (1442) συζύγους ἀμοιβαίως φέρ' εἰπεῖν ὑπαιτίους ἢ ὁ ἰδιαζόντως προσηλωμένος εἰς τὴν ἰδέαν τῆς ἱερότητος τοῦ θεσμοῦ τοῦ γάμου, ὅστις φυσικὸν εἶναι νὰ παραδεχθῇ δυσχερέστερον ὅτι ὁ ἐπελθὼν κλονισμὸς εἶναι ἀνεπανόρθωτος καὶ ὅτι ἔχει καταστῇ πράγματι «ἀφόρητος» ἢ περαιτέρω συνέχισις τῆς συμβιώσεως.

Πότερον τῶν διαφόρως πως ἐπὶ τῆς αὐτῆς ἀκριβῶς ἀτομικῆς περιπτώσεως κατ' ἐκτίμησιν ἀποφασισθέντων ἐκρίθη *εὐστοχῶτερον*, τὸ πρωτοδίκως φέρ' εἰπεῖν ἢ τὸ κατ' ἔφεσιν δικασθέν, δὲν θὰ ἦδύνατο κατὰ τρόπον ἀνεπίδεκτον ἀμφισβητήσεως νὰ λεχθῇ, ἐφ' ὅσον ἀμφοτέροι οἱ κρίναντες ἐτήρησαν ἑαυτοὺς ἐντὸς τῶν ὁρίων τοῦ νόμου. Ἡ περὶ εὐστοχίας ἐν τῷ χειρισμῷ περιπτώσεώς τινος δικανικῆς ἐκτιμήσεως κρίσις εἶναι ἐκάστοτε ζήτημα ἀντιλήψεως τούτου ἢ ἐκείνου τοῦ κοινωνικοῦ ἀνθρώπου. Ἀντικειμενικὰ κριτήρια δὲν ὑφίστανται—ἐνῶ ἀντιθέτως π.χ. τὸ ζήτημα τῆς ὑπερβάσεως ἢ μὴ τῶν «ἄκρων ὁρίων» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν δεδομένῃ δικαιοδοτικῇ κρίσει εἶναι ζήτημα καθαρῶς νομικόν, ὑπάρχει δ' ἀσφαλὲς τούτου κριτήριον: τὸ ἐκάστοτε πνεῦμα τοῦ νόμου.

Ἡ πολιτεία δύο ἰδίᾳ μέσα διαθέτει πρὸς διασφάλισιν τῆς κατὰ τὸ δυνατόν εὐστόχου ἀπονομῆς τῆς «κατ' ἐκτίμησιν» πολιτικῆς δικαιοσύνης: Ἀφ' ἑνὸς μὲν τὴν ἀνάθεσιν τοῦ λειτουργήματος εἰς «προσωπικότητας» συνδυαζούσας—παρεκτὸς τῶν ἄλλων βασικῶν ἀρετῶν, ἥτοι τοῦ ἠθους, τῆς νομικῆς καταρτίσεως κλπ., περὶ ὧν δὲν γίνεται λόγος ἐν προκειμένῳ—τὸ «μέτρον» ἐν τῇ κρίσει πρὸς τὴν ἐπιμελελημένην κοινωνικὴν μόρφωσιν· διότι ὑπὲρ πᾶσαν

ἄλλην μορφήν δικαιοδοτικῆς ἁρμοδιότητος, ἡ ἀπονομή τῆς κατ' ἐκτίμησιν πολιτικῆς δικαιοσύνης εἶναι ἐκείνη, ἣτις καθιστᾷ ἀπαραίτητον τὸν περὶ οὗ ἄνωτέρω ἐν τέλει τῆς § 1 τοῦ κεφ. I ἐγένετο λόγος «τύπον» τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου, τὸν πεπροικισμένον δηλαδή μὲ βαθὺ ἀνθρώπινον αἴσθημα καὶ τὸν «ὑπέροχον κοινωνικὸν ἄνθρωπον». Ἀφ' ἑτέρου δ' ἡ πολιτεία διαθέτει τὴν ὑπαρξιν τῆς κατ' οὐσίαν δικαιοδοσίας δύο βαθμῶν, οὕτως ὥστε διὰ τοῦ νέου ἐξ ὑπαρχῆς χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ δευτέρῳ βαθμῷ δικαιοδοσίας νὰ καθίσταται δυνατόν νὰ ἐπανορθῶνται ὅσον ἔνεστι αἱ κατὰ τὴν ἄσκησιν τῆς εὐχερείας τοῦ πρωτοδίκως κρίναντος παρεισφύσασαι τυχὸν ἀστοχίαι. Θὰ ἦτο μάλιστα εὐχῆς ἔργον νὰ ἡδύνατό τις νὰ διακρίνῃ ἐν ταῖς σκέψεσι τῆς δευτεροβαθμίας κρίσεως τὰς περιπτώσεις, καθ' ἃς ἡ ἔφεσις γίνεται δεκτὴ λόγῳ διαγνώσεως τυχὸν τῆς παρὰ τοῦ πρωτοδίκως δικάσαντος ὑπερβάσεως αὐτόχρημα τῶν ἐπιτετραμμένων κατὰ νόμον ὁρίων τοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἀπὸ τῶν περιπτώσεων καθ' ἃς ἡ παραδοχὴ τῆς ἐφέσεως χωρεῖ ἀπλῶς ἐπὶ τῷ τέλει εὐστοχωτέρας ἀσκήσεως τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν δευτέρῳ βαθμῷ. Ἡ τοιαύτη διαστολὴ διὰ ἡδύνατο νὰ παράσῃ πολύτιμα διδάγματα εἰς τοὺς καλουμένους μεταγενεστέρας νὰ κρίνωσι προσομοίας περιπτώσεις «ἐκτιμήσεως» πρωτοβαθμίους δικαστάς, δεδομένου ἰδία τοῦ μεγάλου πλήθους τῶν ὑποθέσεων, αἵτινες ἄγονται ἐνώπιον τοῦ ἐφετείου. Νῦν ἀμφότεραι αἱ ρηθεῖσαι νομικαὶ μορφαὶ καλύπτονται ὑπὸ τὴν κοινὴν ὀνομασίαν τῆς «ὀρθοτέρας ἐκτιμήσεως τοῦ πραγματικοῦ μέρους τῆς ὑποθέσεως».

Τὸ κυριώτατον κατὰ ταῦτα μέσον ἐξασφαλίσεως ἐπιτυχοῦς ἀπονομῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης «κατ' ἐκτίμησιν» εἶναι οὕτω πῶς κατασταλτικόν. Ἡ ἄσκησις τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἀποκλείει, ὥς γνωστόν, ὥς ἐκ τῆς φύσεως τοῦ λειτουργήματος, πάντα προληπτικὸν ἔλεγχον—ἔστω καὶ ἐξ αὐτοῦ τούτου τοῦ σώματος τῆς τακτικῆς δικαιοσύνης προερχόμενον—ἰδίᾳ δὲ τὴν παρ' οἴουδῆποτε παροχὴν «γενικῶν κατευθυντηρίων ἱεραρχικῶν ὁδηγιῶν», αἵτινες τόσον συχνὰ βλέπει τις ἐν τῷ διοικητικῷ ὀργανισμῷ τοῦ κράτους νὰ ἰθύνωσι τὴν ἐπὶ τὸ εὐστοχώτερον ἄσκησιν τῆς εἰς τὰς ἀρχὰς τῆς δημοσίας διοικήσεως ἐμπεπιστευμένης ὑπὸ τοῦ νόμου διακριτικῆς εὐχερείας (1). Ἀπ' αὐτῆς τῆς πλευρᾶς εἶναι πράγματι πολὺ εὐρύτερα ἢ ἐλευθερία ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ ἐν σχέσει πρὸς τὴν τῆς διοικητικῆς ἀρχῆς, ἣτις ἐν τῷ χειρισμῷ ταύτης ἐμπνέεται πολλάκις ὑπὸ τῶν προϋσταμένων της. Ὁ πολιτικὸς δικαστής, ἐν οἳδήποτε βαθμῷ δικαιοδοσίας, καὶ ἐν αὐτῷ τῷ πρώτῳ, δέον νὰ ἔχῃ, ὥς πάντοτε, ἐν τῇ ἀσκήσει τοῦ λειτουργήματος αὐτοῦ ὡς μόνον ὁδηγὸν τὸν νόμον—ἰδίᾳ δὲ τὸν εἰδικώτερον ἐκάστοτε σκοπὸν τοῦ νόμου—καὶ τὴν συνείδησιν αὐτοῦ.

Προσφυγῆς τις γνώμων εὐστόχου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι ἡ ἄγρυπνος παρὰ τοῦ δικαστοῦ παρακολούθησις τῶν διηνεκῶς ἐξελισσο-

1). Πρβλ. ἡμετέραν μελέτην Ἡ διακριτικὴ εὐχέρεια τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν, κεφ. III § 1 ἐν τέλει. R. Laun, Das fr. Erm., σελ. 73-75.

μένων κοινωνικῶν ἀντιλήψεων καὶ ἡ ὅσον ἔνεστι τήρησις τῶν καθ' ἑκάστα δικαιοδοτικῶν λύσεων ἐν συντονισμῷ πρὸς τὰς τοιαύτας συγχρονισμένους ἑκάστοτε ἀντιλήψεις, ἐφ' ὅσον τὰ πλαίσια τοῦ κειμένου δικαίου ἐπιτρέπουν τοῦτο. Δι' ὃ καὶ δὲν εἶναι τυχαῖον τὸ φαινόμενον ὅτι μακροβιώτεραι ἀστικάι νομοθεσίαι καθίστανται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐκεῖναι, αἵτινες περιέχουσι περισσοτέρας «ἐλαστικὰς» ἐννοίας. Ἀκριβῶς ἡ ἐλαστικότης τῆς νομοθετικῆς ρυθμίσεως καὶ τὸ γεγονός ὅτι ὁ νομοθέτης ἐπαφένθη ἐν εὐρείῳ πῶς μέτρῳ εἰς τὴν ἐκτίμησιν τοῦ δικαστοῦ καθιστῶσι δυνατόν νὰ ὀντέχη τὸ κείμενον δίκαιον εἰς πολλὰς μεταβολὰς ἀντιλήψεων, ἡθῶν, θεσμῶν ἑτέρων κλάδων, πνευματικῶν κατευθύνσεων καὶ κοινωνικῶν πεποιθήσεων καὶ νὰ παρέχεται νέα ἑκάστοτε μορφή εἰς τὸ ἐννοιολογικὸν περιεχόμενον πολλῶν ἐκ τῶν ὑφισταμένων διατάξεων τοῦ ἀστικοῦ δικαίου, χωρὶς νὰ παρίστανται ὡς ἀπαραίτητοι ἐν αὐτῷ νομοθετικαὶ μεταρρυθμίσεις. Οὕτω π.χ. ἡ μεθ' ἱκανὰς ἀπὸ τῆς σήμερον δεκαετηρίδας ἐφαρμογὴ τῶν ὅρων «ἀνάλογος προῖξ» (1495), «κατάχρησις δικαιώματος» (1387) κλπ. θὰ εἶναι—ἂν ἕως τότε ἔχη ἐπιβιώσει, ὡς πάντες εὐχόμεθα, ὁ ἀστικός μας οὗτος κῶδιξ—πολὺ διάφορος τῆς νῦν καὶ ἐν προσεχεῖ μέλλοντι ἐφαρμογῆς αὐτῶν.

Πάντως ὁμως ἐπιβάλλεται κατὰ τὰ πρῶτα μετὰ τὴν εἰσαγωγὴν τοῦ κώδικος ἔτη ἡ προσεκτικὴ, λελογισμένη καὶ μᾶλλον συντηρητικὴ χρῆσις τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐφ' ὃν θεμάτων παρέχουσιν αἱ διατάξεις του τοιαύτην εἰς τὸν ἐφαρμοστήν. Ἡ μέση ὁδὸς εἶναι πάντοτε ἡ ἀρίστη διὰ τὸν ἀπονέμοντα δικαιοσύνην. *In medio virtus*. Ἡ ἐγνωσμένη συντηρητικότης ἡ ἐκ παραδόσεως διαπνέουσα παρ' ἡμῖν—καθ' ὑπερβολὴν δὲ μάλιστα, κατὰ τινες—τοὺς ἀσκοῦντας τὸ λειτούργημα τοῦ πολιτικοῦ δικαστοῦ θέλει ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον προφυλάξει τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν ἀπὸ πάσης λύσεως ἐγγιζούσης τὰ ἄκρα ὅρια τοῦ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου παρεχομένου ἑκάστοτε εἰς αὐτὴν πλαισίου. Ὁ δικαστὴς δὲν εἶναι οὔτε καινοτόμος φιλόσοφος οὔτε κοινωνικὸς μεταρρυθμιστής, οἷοςδήποτε δὲ παρ' αὐτοῦ ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ δικαίου πειραματισμὸς ἠθέλεν ἀποτελέσει κινδυνῶδες τόλμημα. Ὁ χαρακτήρ τῆς δικαστικῆς λειτουργίας ἐπιβάλλει ἵνα αἱ μεταβολαὶ κατευθύνσεων ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως οὐδέποτε προτρέχωσι, τοῦναντίον δ' αἰέποτε ἔπωνται τῶν ἐνδεχομένων νέων κοινωνικῶν πεποιθήσεων καὶ ἀναγκῶν, ἐπέρχονται δὲ πάντοτε μετὰ τὴν ὀριστικὴν διαμόρφωσιν καὶ τὴν πάγκοινον αὐτῶν παραδοχήν.

Ἐλέχθη ἀνωτέρω ὅτι προληπτικὸς τρόπος ἐξασφαλίσεως ἐπιτυχοῦς χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως δὲν ὑφίσταται. Τοῦτο εἶναι μὲν ἀληθὲς ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀνυπαρξίαν γενικῶν ἱεραρχικῶν κατευθυντηρίων ὁδηγιῶν, ἀλλὰ καὶ δὲν ἀποκλείει ἵνα οἱ μεταγενεστέρως κρίνοντες πορίζονται διδάγματα ἐν τῇ ἀσκῇ τῆς δικανικῆς αὐτῶν εὐχερείας ἐκ προηγηθεισῶν δικαστικῶν ἀποφάσεων, αἵτινες εἶχον ἐπιληφθῇ παρομοίων θεμάτων καὶ εἶχον εὐστόχως ἐπὶ λύσει τὰς σχετικὰς διενέξεις. Δι' ὃ καὶ αἱ πρῶται λύσεις ἀστικῶν διαφορῶν ἐπὶ ἀντικειμένων δικανικῆς ἐκτιμήσεως νεωστὶ εἰσαγομένων ὑπὸ τοῦ ἀστικοῦ

κώδικος θὰ ἔχωσιν, ὡς εἰκός, οὐσιώδη ἐπίδρασιν ἐπὶ τοῦ τρόπου ἀπονομῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης ἐπὶ τῶν ἀναλόγων ἐν μέλλοντι θεμάτων. Ὑπάρχουσι μάλιστα καὶ τινες περιπτώσεις ἐν τῷ κώδικι, καθ' ἃς, μετὰ τὰς πρώτας σταθεράς πως ἀποφάσεις τὰς καθορίζουσας τὸ ἀκριβὲς περιεχόμενον ἐλαστικοῦ τινος ὅρου τῆς σχετικῆς διατάξεως, καθίσταται ἀνωφελής—μάλιστα δὲ καὶ ἐπιζήμιος διὰ τὴν σταθερότητα τῆς νομολογίας—νέος ἐκάστοτε οὐσιαστικὸς χειρισμὸς τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, καθ' ὅσον ὁ οὕτω πως νομολογιακῶς γενόμενος ἤδη ἐννοιολογικὸς καθορισμὸς εἶναι ἐφαρμοσίμος εἰς πᾶσαν ἐφεξῆς ἐμφανισθησομένην ἀτομικὴν κρίσιν. Τοῦτο ἀληθεύει ἰδίᾳ ὁσάκις ἀφίεται μὲν ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν ἢ συμπλήρωσις καὶ ὁ καθορισμὸς τῆς ἐλαστικῆς ἐννοίας, ἀλλ' οὐδαμῶς ἡρτηται ἐκάστοτε κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὁ τρόπος τῆς τοιαύτης συμπληρώσεως ἐκ τῶν εἰδικῶν περιστάσεων τῶν καθ' ἕκαστα διενέξεων. Περὶ τοιούτου ἢ τοιούτου εὐστόχου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως δὲν δύναται εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας νὰ γίνῃ λόγος μετὰ τὴν ὀριστικὴν κατὰ τὰ ἀνωτέρω νομολογιακὴν διαμόρφωσιν τοῦ ὅρου. Ἐκαστος ἐφαρμοστὴς δὲν ἔχει ἢ νὰ ἀκολουθήσῃ τὰ ὑπὸ τῆς νομολογίας γενόμενα ἤδη δεκτά²⁾.

Ἐκ τῶν ἀνωτέρω ἐκτεθέντων καθίσταται φανερόν ὅτι τόσον εὐστοχώτερον χειρίζεται τὴν εἰς αὐτὸν ἐμπεπιστευμένην ὑπὸ τοῦ νομοθέτου γνησίαν ἐκτίμησιν ὁ δικαστής, ὅσον προσηκτικώτερον ἀντλεῖ τὰ στοιχεῖα κρίσεως αὐτοῦ ἐκ τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητος. Ἐνῶ τὸν διοικητικὸν ὑπἄλληλον δέον νὰ ἐμπνέωσιν ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς διακριτικῆς αὐτοῦ εὐχερείας καὶ πλεῖστοι ἄλλοι συντελεσταί, πλὴν τῆς κοινωνικῆς πλευρᾶς τοῦ ὑπὸ ρύθμισιν ζητήματος, ἦτοι καὶ ἡ σύλληψις τῶν ἐν γένει ὁμαδικῶν ἀναγκῶν τῶν διοικουμένων, οὐ μόνον τῶν ἀμέσων, ἀλλὰ καὶ τῶν ἀπωτέρων, καὶ τὸ συμφέρον τῆς δημοσίας ὑπηρεσίας καὶ ἡ πρόβλεψις ἐπιτυχῶν ἀποτελεσμάτων σκοπούμενης τινὸς ἐνεργείας καὶ τὰ διδάγματα τῆς ὑπηρεσιακῆς πείρας κλπ., ὁ δικαστής τοῦναντίον ὀφείλει κατὰ λίαν προέχοντα λόγον νὰ ἀποβλέπῃ ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἰς τὸ περὶ οὐσιαστικοῦ δικαίου αἰσθημα συμφώνως πρὸς τὰς κρατούσας κοινωνικὰς ἀντιλήψεις. Οὗτος εἶναι ὁ λόγος δι' ὃν καὶ ἐν τοῖς πρόσθεν ἐξετέθη ὅτι ἡ κοινωνικὴ μόρφωσις καὶ ἡ πείρα

2) Ἀστ. κώδ. 163 («μέγαν ἀριθμόν»), 1369 § 2 («μεγάλας πόλεις»), 505 («στενὸν συγγενή»). Ἡ τελευταία ὁμως διάταξις δὲν εἶναι ἀναμφίβολον ἂν πράγματι ἀνήκῃ εἰς τὰς περὶ ὧν ἐνταῦθα ὁ λόγος περιπτώσεις. Δύναται νὰ ὑποστηρικθῇ ὅτι δέον νὰ λαμβάνωνται ἐκάστοτε ὑπ' ὄψιν καὶ αἱ εἰδικαὶ περιστάσεις. Ὅσάκις ἰδίᾳ τυγχάνει δεκτικὸς ἀμφισβητήσεως ἐν νομικῇ ἐννοίᾳ ὁ βαθμὸς τῆς συγγενείας ὡς «στενός»—δηλονότι ἐν πλαισίῳ λίαν περιορισμένῳ, εἰς τινὰς ἐξαιρετικὰς μέσας περιπτώσεις—δέον νὰ σταθμίζεται καὶ ἡ οὐσιαστικὴ τυχὸν ὑπαρξίς ἀξιολόγου συγγενικοῦ φίλτρου, π.χ. λόγῳ πολυετοῦς συνοικήσεως κλπ., καὶ ἡ ἔκτασις αὐτοῦ ἐν ἐκάστη εἰδικῇ ἀτομικῇ κρίσει.

Τὸ προσχέδιον τοῦ εἰσηγ. ἐν ἀρθρ. 471 (Σχέδ. ἀστ. κώδ. [Ἐνοχ., 1935] σελ. 153) ἐχρησιμοποιοῖ τὸν ὅρον «οἰκεῖος», ἔχοντα καθωρισμένον νομικὸν περιεχόμενον συνεπείᾳ τῶν ἐκ τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου παραδόσεων («suus»).

τῆς κοινωνικῆς ζωῆς ἀποτελοῦσι πολυτιμότερα ἴσως ἢ ἡ νομικὴ κατάρτισις ἐφόδια διὰ τὴν ἐπιτυχῇ ἄσκησιν τῆς εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ. Ἐν σχέσει πρὸς τὸ «εὖστοχον» ταύτης εἰς μόνος κανὼν ἔχει ἀποφασιστικὴν σημασίαν: Ὡς ὁ νομοθέτης ἤχθη εἰς τὴν διατύπωσιν τῆς παρεχούσης γνησίαν δικανικὴν ἐκτίμησιν διατάξεως ἀποβλέπων κυρίως εἰς τί φρονεῖ ἡ κοινωνία ἐπὶ τοιοῦτων γενικῶς ζητημάτων, οὕτω καὶ ὁ δικαστὴς δεόν νὰ προβαίνει εἰς τὴν πρόκρισιν τῆς κατ' εὐχέριαν δικαιοδοτικῆς λύσεως ἀποβλέπων ἰδίᾳ εἰς τί θὰ ἐφρόνει ἡ κοινωνία ἐν τῇ εἰδικῇ ὑπὸ κρίσιν περιπτώσει.

§ 3.—Οὐσιαστικαὶ προϋποθέσεις τῆς νομίμου ἀσκήσεως τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

α. Ἀκριβὴς ἀντίληψις τῶν προταθέντων καὶ ἀποδειχθέντων πραγματικῶν περιστατικῶν.—Ὁ παρὰ τῷ δικαστῇ σχηματισμὸς μὴ ὀρθῆς ἀντιλήψεως περὶ οἵουδήποτε πραγματικοῦ στοιχείου τῆς ὑποθέσεως, ἐκ τῶν ἀποτελεσάντων ἀντικείμενον προτάσεων καὶ ἀποδείξεων, ἄγει εἰς δικαιοδοτικὴν ρύθμισιν τῆς κρινομένης ἀτομικῆς περιπτώσεως διάφορον ἐκείνης, ἣτις ἤθελεν ἐξενεχθῇ ἐν ἀκριβεῖ ἀπὸ πάσης πλευρᾶς ὅψει τῶν πραγμάτων. Αἱ πραγματικαὶ πλάναι δύνανται νὰ ἐμφιλοχωρήσωσιν ὅτε μὲν εἰς τὸ ἐν στενῇ ἐννοίᾳ ἀντικείμενον τῆς ἐνδίκου διενέξεως, εἰς αὐτὸ τοῦτο δηλαδὴ τὸ ἐπίδικον πραγματικὸν ὑλικὸν τῆς ὑποθέσεως—τὴν ἥσωνα πρότασιν τοῦ δικανικοῦ συλλογισμοῦ—ὅτε δὲ τοῦναντίον εἰς τοὺς ἐκ τῶν συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, οὓς τάσσεται νὰ σταθμίση κατ' εὐχέριαν ὁ δικαστὴς, πραγματικοὺς τοιούτους. Εἰς τὴν πρώτην περίπτωσιν ἡ πραγματικὴ πλάνη ἔχει ὡς ἀναγκαῖον ἐπακόλουθον τὴν ἀλλοίαν διαμόρφωσιν τοῦ οὐσιαστικοῦ περιεχομένου τῆς δικαιοδοτικῆς λύσεως. Εἰς τὴν δευτέραν τοῦναντίον περίπτωσιν τὸ ἐπακόλουθον τοῦτο εἶναι ἀπλῶς ἐνδεχόμενον, διότι δὲν ἀποκλείεται νὰ κατέληγεν ὁ δικαστὴς εἰς τὴν αὐτὴν ἀκριβῶς λύσιν καὶ ἂν ἔτι δὲν ἐπλανᾶτο ὡς πρὸς τινὰ τῶν σταθμισθέντων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως. Παρὰ ταῦτα δὲν δύναται νὰ λεχθῇ ὅτι ἐχειρίσθη νομίμως τὴν ἐμπειστευμένην εἰς αὐτὸν δικανικὴν ἐκτίμησιν, διότι ἡ θέλησις τοῦ νομοθέτου εἶναι ὅπως λαμβάνωνται ἐκάστοτε ὑπ' ὅψιν ἀληθεῖς καὶ ὑπαρκτοὶ συντελεσταὶ κρίσεως, ἐπὶ τῷ τέλει ὅπως ἐκλέγεται ἐν ἐκάστη εἰδικῇ περιπτώσει ἡ πράγματι «δικαιοτάτη» καὶ «μᾶλλον ἀρμόζουσα πρὸς τὰς περιστάσεις» λύσις. Ὅσάκις π.χ. ὁρίζει ὁ νόμος ὅτι ὁ δικαστὴς ἀσχεῖ εὐλόγον κρίσιν «ἐν ὅψει ὅλων τῶν περιστάσεων» νοεῖ, ὡς εἰκός, τὰς πράγματι συντρεχούσας. Εἶναι, τῶνόντι, ἄδηλον τίς δικαιοδοτικὴ λύσις ἤθελε προκριθῇ ἂν ὁ δικαστὴς ἦτο εἰς θέσιν νὰ σταθμίση τὰς «ἀληθεῖς» περιστάσεις.

Παράδειγμα πραγματικῆς πλάνης τῆς πρώτης περιπτώσεως εἶναι, ἐν τῇ ἐφαρμογῇ φέρ' εἰπεῖν τοῦ ἄρθρ. 659 § 2 τοῦ ἀστ. κώδικος, ἡ ἀνακριβῶς σχηματισθεῖσα ἀντίληψις περὶ τῆς ἐκτάσεως τῆς γενομένης ἐπιπλέον ἐργασίας.

Παράδειγμα δὲ πραγματικῆς πλάνης τῆς δευτέρας περιπτώσεως, ἐν τῇ αὐτῇ διατάξει τοῦ κώδικος, εἶναι ἡ μὴ ὀρθὴ διαπίστωσις τῶν συντρεχουσῶν εἰδικῶν περιστάσεων, αἵτινες εἶχον προταθῇ καὶ εἶχον καταστῇ θέμα ἀποδείξεων.

Κυρώσεις κατὰ πραγματικῶν ἐν γένει πλανῶν ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐπιβάλλονται, ὡς γνωστόν, μόνον ἐν τῷ δευτέρῳ βαθμῷ τῆς κατ' οὐσίαν δικαιοδοσίας. Ἄν ἡ πραγματικὴ πλάνη ἐπεκταθῇ καὶ ἐν τῇ δευτεροβαθμίᾳ κρίσει ἢ ἂν αὕτη ἐμφιλοχωρήσῃ ἐν τῇ δευτεροβαθμίᾳ τὸ πρῶτον κρίσει, οὐδεμία μὲν καταστολὴ ταύτης εἶναι δικονομικῶς ἐπιτετραμμένη, ἀλλ' ἐν τῇ οὐσίᾳ δὲν παύει ὑφισταμένη ἡ ἔννοια τοῦ παρὰ νόμου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

β. Ὁρθὴ ἐφαρμογὴ τῆς οἰκείας διατάξεως καὶ ἀκριβὲς ἀντίληψις τῆς ἐννοίας αὐτῆς.— Νομικαὶ τοῦ δικαστοῦ πλάναι δύνανται νὰ λάβωσι χώραν εἴτε ἐν τῇ διατυπώσει τῆς μείζονος προτάσεως ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα κατηγορικοῖς συλλογισμοῖς, κατὰ τὴν ἀσκήσιν τῆς κατ' εὐχέρειαν κρίσεως, εἴτε ἐν τῇ ὑπαγωγῇ τοῦ διευκρινισθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς δίκης ὑπὸ τὸν κανόνα δικαίου εἴτε ἐν οἰαδῇ ποτε ἐν γένει φάσει τῶν δικανικῶν λογισμῶν. Δικονομικαὶ αὐτῶν κυρώσεις εἶναι δυναταὶ τόσον κατ' ἔφεσιν, ὅσον καὶ κατ' ἀναίρεσιν, ἐφ' ὅσον ἐμπίπτουσιν ἐντὸς τοῦ πλαισίου ἐνεργείας τῆς αἰτήσεως ἀναίρεσεως.

γ. Ὁ κύκλος τῶν ὑπὸ στάθμισιν «συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως».— Ὡς ἐν ἐκάστῳ θέματι ἀσκήσεως διακριτικῆς εὐχερείας ἐκ μέρους διοικητικῆς τινος ἀρχῆς, οὕτω καὶ ἐν ἐκάστῳ ἀντικειμένῳ ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ, δέον νὰ σταθμίζωνται ὠρισμένοι μόνον συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως. Τὰ τοιαῦτα νόμιμα ἐκάστοτε στοιχεῖα κρίσεως ὅτε μὲν συνάγονται ἐκ τοῦ πνεύματος τῆς οἰκείας νομοθετικῆς διατάξεως, ὅτε δέ, σπανιώτερον, ἀπαριθμοῦνται καὶ ρητῶς ἐν τῷ νόμῳ (1391-1392, 1399, 1484, 1495, 1545, 1655), ἂν οὐχὶ ἅπαντα, τοῦλάχιστον ὅμως, ἐνδεικτικῶς, τὰ κυριώτερα ἐξ αὐτῶν. Οὕτω π.χ. εὗρηνται τεθεσπισμέναι ἱκαναὶ διατάξεις τοῦ ἀστικοῦ κώδικος παρέχουσαι πλαίσιον τι ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως εἰς τὸν δικαστὴν καὶ περιέχουσαι τὴν φράσιν «κρίνει... λαμβάνων ἰδίᾳ ὑπ' ὅψιν τά...» (388 π.χ.) ἢ ἀνάλογον ἔκφρασιν (ὡς ἐν 752 § 2, 931, 2031).

Ἡ πρόκρισις δικαιοδοτικῆς λύσεως ἐν ὅψει μὴ νομίμων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως ἀποτελεῖ παρὰ νόμον καὶ μὴ ἀνταποκρινομένην πρὸς τὴν θέλησιν τοῦ νομοθέτου ἀσκήσιν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Δὲν ἔχει σημασίαν ἂν ὁ δικαστὴς θὰ κατέληγεν ἴσως εἰς τὴν αὐτὴν λύσιν καίπερ σταθμίζων τυχόν νομίμους συντελεστὰς ἐκτιμήσεως. Τοῦτο ἄλλως τε εἶναι ἄδηλον. Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον καὶ ἡ διοίκησις, ἀσκοῦσα διακριτικὴν εὐχέρειαν, δὲν ἀρκεῖ νὰ καταλήξῃ ὑπὲρ μορφῆς ἐνεργείας νομίμου καθ' ἑαυτήν, ἀλλὰ δέον ἐπιπροσθέτως, διὰ νὰ τελῇ ἀπὸ πάσης πλευρᾶς ἡ σχετικὴ προᾶξις τῆς ἐντὸς τῶν ὁρίων τῆς νομιμότητος, νὰ προκρίνῃ τὴν τοιαύτην μορφήν ἐνεργείας σταθμίζουσα συντελεστὰς οὐσιαστικῆς κρίσεως νομίμους.

Τὰ εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ σταθμι-

ζόμενα ἐν τῇ ἀπονομῇ πολιτικῆς δικαιοσύνης στοιχεῖα οὐσιαστικῆς κρίσεως, παρὰ τὴν μεγάλην αὐτῶν κατὰ νόμον ποικιλίαν ἀνὰ τὰ καθ' ἕκαστα θέματα δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ἀνήκουσιν εἰς κύκλον κατὰ κανόνα διάφορον ἐκείνου, τὸν ὁποῖον ἀπαρτίζουν οἱ ἀνάλογοι συντελεσταὶ ἐν τῇ κατ' εὐχέ-
ρειαν δρᾷσει τῆς δημοσίας διοικήσεως. Ἡ τελευταία σταθμίζει ἀνὰ τοὺς καθ' ἕκαστα κλάδους αὐτῆς ὅτε μὲν φέρ' εἰπεῖν ἀπόψεις συναφεῖς πρὸς τὴν ἐθνικὴν τῆς χώρας οἰκονομίαν ⁽¹⁾, πρὸς τὴν καταπολέμησιν τῆς ἀνεργίας, πρὸς τὴν τόνωσιν τῆς ἀγροτικῆς παραγωγῆς κλπ., ὅτε δὲ συμφέροντα δημο-
σιονομικά («ταμιευτικοὶ συντελεσταί»), τουριστικά (π.χ. «αἰσθητικοὶ συντε-
λεσταί»), στρατηγικά ⁽²⁾ κλπ., ὅτε δὲ τέλος προβλέψεις περὶ πιθανολογούμε-
νων ὁμαδικῶν ἀναγκῶν τῶν διοικουμένων, π.χ. τῶν καλλιεργητῶν ἢ ἄλλων ἐργαζομένων τάξεων ἢ περὶ ἐνδεχομένων κινδύνων διὰ τὴν δημοσίαν τάξιν καὶ ἀσφάλειαν, διὰ τὰ ἥθη, διὰ τὴν δημοσίαν ὑγείαν καὶ οὕτω καθ' ἑξῆς. Αἱ παντοῖαι αὗται ἀπόψεις συνδυάζονται ἐνίστε πρὸς ἀλλήλας, ἐν ᾧ μέτρῳ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου τὸ ἐπιτρέπει, περιλαμβάνονται δὲ πᾶσαι κατ' ἀρχὴν εἰς τὴν σφαῖραν τοῦ γενικῶς ἐπωφελοῦς καὶ σκοπίμου διὰ τὴν ὁλότητα, τοῦ ἐν εὐρείᾳ ἐννοίᾳ δ η μ ο σ ί ο υ σ υ μ φ ε ρ ο ν τ ο ς.

Τὰ ὑπὸ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως σταθμιζόμενα στοιχεῖα δὲν εἶναι τόσον σύνθετα. Συνήθως ὁ δικαστὴς ὀφείλει νὰ ἀρχεσθῇ εἰς ἀπόψεις πλέον ἐντε-
τοπισμέναις, μὴ ἐκτεινομέναις κατ' ἀρχὴν εἰς προβλέψεις περὶ τοῦ μέλλοντος ⁽³⁾, ὀλιγαριθμοτέρας δὲ καὶ ἀπλουστεράς : Καλεῖται νὰ ἀσκήσῃ τὴν ἐκτίμησιν αὐτοῦ βάσει τῶν εἰδικῶν συνθηκῶν ὑφ' ἃς ἀνεφύη ἢ διένεξις, τῶν ἰδιαζόν-
των χαρακτηριστικῶν τῆς συμβατικῆς σχέσεως ἢ γενικώτερον τῆς ἐννόμου σχέσεως, τῶν ἀρχῶν τῆς ἐπιεικειᾶς, τῶν συναλλακτικῶν ἥθων καὶ τῶν ἀρχῶν τῆς καλῆς πίστεως (388, 142). Τάσσεται πολλάκις καὶ ρητῶς ὑπὸ τοῦ νόμου νὰ σταθμίσῃ «ὅλας τὰς εἰδικὰς συνθήκας» (25, 1989), νὰ ἀποφασίσῃ κατ' εὐλογον κρίσιν «κατὰ τὰς περιστάσεις» (132, 153, 171, 179, 1395, 1456, 1655), «ἐκτιμῶν τὰς εἰδικὰς περιστάσεις», εἴτε ταύτας μόναις (297, 376) εἴτε ἐν συνδυασμῷ πρὸς τοὺς ὅρους τῆς συμβάσεως ἐπὶ ἄλλου ὁμοίου ἀντικειμέ-
νου (659), ἢ νὰ ἀποβλέψῃ πρὸς «τοὺς συντρέχοντας ἰδιαιτέρους λόγους» (1487, 1488, 1492). Ἐν γένει δ' οἱ συντελεσταὶ τῆς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τοὺς τῆς διοικήσεως, στρέφονται κατὰ κανόνα περὶ συγκεκριμέναις ἐννόμους σχέσεις (χαρακτηριστικὸν παράδειγμα διὰ τὸν παραλληλισμὸν μὲ τὴν ἀντίστοιχον δρᾷσιν τῆς δημοσίας διοικήσεως : 662, 663), περὶ ὠρισμένα πρόσωπα (τὰ τῶν διαδίκων) καὶ πράγματα (τὰ ἀντικεί-

1) Π.χ. ἄρθρ. 1 § 3 τοῦ ν. τῆς 3 Ἰουνίου 1935 [233] «περὶ ἰδρύσεως κλπ. βιομηχανιῶν».

2) Π.χ. ἐν σχέσει πρὸς τὰ καταλληλότερα σημεία διελεύσεως νέας τινὸς σιδηδρομικῆς γραμμῆς ἀγούσης πρὸς τὰ σύνορα τῆς χώρας.

3) Αἱ ἐξαιρέσεις δὲν εἶναι ἀνύπαρκτοι. Πρβλ. π.χ. ἀστ. κώδ. 1352, 1431 § 1 ἐδ. 2 (ἐν τέλει) καὶ τὰ ἄρθρα τὰ ἀναφερόμενα εἰς στάθμισιν ἐνδεχομένου τινὸς μελλοντικοῦ κινδύνου. Πρβλ. κατωτ. ε.

μενα τῶν διενέξεων), ἀφορῶντες εἰς ιδιότητες τῶν προσώπων τούτων καὶ τῶν πραγμάτων καὶ εἰς ἀξιολογικὰ τούτων στοιχεῖα (διὰ τὰ πράγματα πρβλ. π.χ. 1062 : μικρὰ ἢ μεγάλη καλλιτεχνικὴ ἀξία τοῦ ἀντικειμένου), εἰσδύοντες δ' ἐνίοτε—προκειμένον ἰδίᾳ περὶ προσώπων—εἰς ζητήματα λεπτῆς καὶ ἄκρως ιδιωτικῆς φύσεως, ἅτινα συνήθως δὲν θίγει ἡ οὐσιαστικὴ ἐκτίμησις τῆς δημοσίας διοικήσεως ἐν ταῖς ἔναντι τῶν ιδιωτῶν ἐνεργείαις τῆς διοικητικῆς ἐξουσίας, οἷα φέρ' εἰπεῖν τυγχάνου· μιν οὐ μόναι ἡ κοινωνικὴ θέσις καὶ ἡ οἰκονομικὴ ἀντοχή⁴⁾, ἀλλὰ καὶ ἡ σωματικὴ ἀντοχὴ καὶ τὰ ὅρια τῆς πνευματικῆς ἱκανότητος τοῦ δικαιούχου (1492) ἢ τοῦ ὑποχρέου (1494) καὶ αἱ μυρία οἰκονομικαὶ καὶ ἄλλαι ἰδιαίτουσαι συνθῆκαι ὑφ' ἃς τελεῖ ὁ δικαιούχος (1989) καὶ αὐτὸ τὸ ἥθος (1578) καὶ ὁ βαθμὸς τοῦ μεταξὺ μελῶν τῆς οἰκογενείας φίλτρου (505, 1086 § 2) καὶ ἡ ἰδιοσυγκρασία (1386) καὶ ἡ ὑγεία καὶ ἡ συχνότης π.χ. ἐνδεχομένων διακοπῶν τῆς ἐγγάμου συμβιώσεως ἐκ πρωτοβουλίας τοῦ ἑτέρου τῶν συζύγων καὶ οἱ βαθύτεροι τούτων λόγοι (1386) (κύκλος ἐργασιῶν ἀνδρός, ταξείδια διὰ λόγους ὑγείας, ἐν συνδυασμῷ πρὸς ἀπόψεις οἰκονομικῆς ἐπαρκείας καὶ ἄλλας δυνατότητας μετακινήσεων ἀπὸ κοινοῦ κλπ.)

Σιχνάκις καλεῖται ὡσαύτως ὑπὸ τοῦ νόμου ὁ δικαστὴς νὰ σταθμίσῃ τὸ «ἐπωφελές» (1417, 1512, 1639, 1649) σκοπούμενης τινὸς παρ' ιδιωτῶν ἐνεργείας καὶ νὰ ἀποφανθῇ κατὰ τὸν πλέον «συμφέροντα» τρόπον. Κατὰ τὸ πνεῦμα ὅμως τοῦ ἀστικοῦ δικαίου, κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὸ τοῦ διοικητικοῦ, ἡ τοιαύτη ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ ἐκτίμησις τοῦ «ἐπωφελοῦς» καὶ τοῦ «συμφέροντος» σπανίως ἐκτείνεται εἰς ἀπόψεις δημοσίου συμφέροντος (1889), περιορίζεται δὲ τοῦναντίον κατ' ἀρχὴν εἰς ἀπόψεις συμφέροντος ιδιωτικοῦ, ἐνίοτε μὲν οἰουδήποτε διαδίκου (790, 1230 κλπ.), ὥς ἐπὶ τὸ πλεῖστον δὲ τοῦ ἐμπεπιστευμένου εἰς τὸν δικαστὴν συμφέροντος τοῦ δεομένου ἀντιλήψεως ἀδυνάτου προσώπου, εἴτε ἐν στενῇ ἐννοίᾳ οἰκονομικοῦ (1508, 1621, 1624, 1633, 1701 § 2) εἴτε εὐρυτέρου : ἡθικοῦ, κοινωνικοῦ, μορφωτικοῦ κλπ. (1352, 1503, 1578, 1502).

δ. Ὁ κύκλος τῶν «νομίμων σκοπῶν». — Τάσσουσα πρὸς ἄσκησιν «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τὸ διοικητικὸν ὄργανον ἢ τὸν δικαστὴν ἡ νομοθετοῦσα πολιτεία ἔχει ἐκάστοτε ὑπ' ὄψιν αὐτῆς ὠρισμένους σκοπούς, οἵτινες δέον νὰ διαπνέωσι καὶ νὰ κατευθύνωσι τὸν χειριζόμενον τὴν ὥς εἴρηται οὐσιαστι-

4) Ἀστ. κώδ. 697. Διὰ νὰ κρίνῃ ὁ δικαστὴς ἂν εἶναι «οὐσιώδης» ἡ ὑπέρβασις τοῦ προϋπολογισμοῦ, δὲν θὰ ἀποβλέψῃ μόνον εἰς τὴν μαθηματικὴν σχέσιν μεταξὺ τοῦ προϋπολογισθέντος ποσοῦ καὶ τῆς ἀναγκαίας καταστάσεως ὑπερβάσεως—καθόσον, ἂν τοιοῦτον ἦτο τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου, ὁ κῶδιξ δὲν εἶχεν ἢ νὰ ὀρίσῃ ὠρισμένον ποσοστόν, καθιερῶν οὕτω δεσμευμένην δικαιοδοτικὴν ἀρμοδιότητα ἀντὶ τῆς ἤδη θεσπισθείσης γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως—ἀλλὰ καὶ εἰς ἄλλους δευτερεύοντας συντελεστές οὐσιαστικῆς κρίσεως, π.χ. εἰς τὰς ὅλας περιστάσεις τῆς συμβατικῆς σχέσεως καὶ εἰς αὐτὴν ἀκόμη τὴν οἰκονομικὴν ἀντοχὴν τοῦ ἐργοδότου. Πρβλ. καὶ ἀστ. κώδ. 1086 § 2, ἰδίᾳ δὲ 1391, 1495 κλπ.

κὴν κρίσιν ἐν τῇ ἀναζητήσει τῆς εὐστοχωτάτης καὶ δικαιοτάτης λύσεως. Ἀποψις πρὸς σκοποὺς ἄλλοτρίους τῶν ἐκάστοτε νομίμων, εἴτε ὑπὸ τῆς διοικήσεως ἐπιχειρεῖται αὕτη εἴτε ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ, συνιστᾷ νομικὸν ἐλάττωμα ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως. Οὔτε ἡ διοικητικὴ φέρ' εἰπεῖν ἀρχή, προκρίνουσα κατ' εὐχέριαν τοὺς προακτέους κρατικούς ὑπαλλήλους, δύναται—ἵνα χρησιμοποιοῦμεν ἔκδηλα παραδείγματα—να ἀποβλέπη εἰς τὴν ἐξασφάλισιν ἐκνόμων ἀνταλλαγμάτων οὔτε ἡ αὕτη ἀρχή ἐν τῇ κρίσει της περὶ ἐπιβολῆς πειθαρχικῆς ποινῆς δύναται νὰ κατευθύνηται ὑπὸ σκοπῶν ξένων πρὸς τὴν ἐξασφάλισιν τῆς πειθαρχημένης λειτουργίας τῶν δημοσίων ὑπηρεσιῶν ἐν συνδυασμῷ πρὸς τὰς ἀρχὰς τῆς εὐθυνδικίας, τῆς λελογισμένης ἐπεικειᾶς κλπ. οὔτε τέλος ὁ ποινικὸς δικαστής, ἐπιμετρῶν κατ' ἐκτίμησιν τὴν ποινὴν ἐντὸς τῶν νομίμων ἄκρων αὐτῆς ὁρίων, δύναται νὰ διαπνέηται ὑπὸ ἀπόψεων ἐμπαθείας καὶ ἐν γένει ὑπὸ ἀπόψεων ἄλλοτρίων πρὸς τοὺς νομίμους σκοποὺς τῆς ποινῆς, ἥτοι τὴν δικαιοκρίσιαν, τὸν παραδειγματισμόν, τὴν ἱκανοποίησιν τοῦ αἰσθήματος τοῦ δικαίου κλπ., ἰδίᾳ δὲ τὴν ἀνάγκην διασφαλίσεως τῆς ἐννόμου τάξεως.

Οἱ ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως διωκόμενοι σκοποὶ δὲν εἶναι ἄλλως τε ἀνάγκη νὰ ᾧσιν ἰδιοτελεῖς καὶ ἀθέμιτοι ἵνα ἔχωσι τὸν χαρακτῆρα τῶν μὴ νομίμων σκοπῶν. Ἰδιοὶ σκοποὶ διακρίνουσιν, ὥς εἴρηται, ἐκάστοτε κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἀντικείμενόν τι γνησίας ἐκτιμήσεως. Ἡ ἐν τῷ εἶρμῳ τῶν σκέψεων τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου ἔστω καὶ καλόπιστος καὶ ἀντικειμενικὴ παρείσδυσις σκοπῶν θεμιτῶν μὲν ἴσως καὶ ἀμιγῶς «ὑπηρεσιακῶν», ἀλλ' ἄρμοζόντων εἰς ἄλλο ἀντικείμενον ἐκτιμήσεως, ἄγει εἰς μὴ νόμιμον χειρισμόν τῆς ἀνατεθειμένης εἰς τὸ οἰκεῖον ὄργανον εὐχερείας. Ἐπ' οὐδενὶ λόγῳ δύναται νὰ ὑποστηρικθῇ ὅτι καὶ νομίμους σκοποὺς ἂν εἶχεν ὑπ' ὄψιν τοῦ ὁ ἐφαρμοστής τοῦ νόμου—εἴτε διοίκησις εἴτε δικαστής—θὰ κατέληγε κατὰ πᾶσαν πιθανότητα εἰς τὴν αὐτὴν λύσιν. Τοῦτο οὐδεὶς δύναται νὰ γνωρίζῃ ἐν πάσῃ δὲ περιπτώσει ἡ παρανομία ὑφίσταται ἀκεραία.

Οἱ ρηθέντες νόμιμοι σκοποὶ ποικίλλουσιν ἀνὰ τὰ καθ' ἕκαστα θέματα διοικητικῆς δράσεως ἢ ἀπονομῆς δικαιοσύνης κατ' ἐκτίμησιν, ἀνάγονται ὅμως κατ' ἀρχὴν οἱ μὲν πρῶτοι εἰς τὴν εὐρεῖαν σφαῖραν τῶν μυρίων πολιτιστικῶν ἐπιδιώξεων τῆς διοικούσης πολιτείας, οἱ δὲ τελευταῖοι εἰς τὸν κύκλον τοῦ γενικοῦ σκοποῦ τῆς δικαιοδοτικῆς λειτουργίας : τὴν ἀνόρθωσιν τοῦ προσβληθέντος δικαίου. Κατ' ἀκολουθίαν, διαφαίνεται καὶ ἀνὰ μέσον τῶν ὥς εἴρηται ἀπειροπληθῶν νομίμων ἐκάστοτε ἀμέσων σκοπῶν τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως ἡ ἀλήθεια τῆς ἐν τῇ πρώτῃ παραγράφῳ τῆς μελέτης ταύτης ἐκτεθείσης ἀρχῆς ὅτι διὰ μὲν τὴν διοίκησιν γενικὸν κατευθυντήριον σκοπὸν ἀποτελεῖ ἡ ἐντὸς τῶν ὁρίων τοῦ ἀντικειμενικοῦ δικαίου ἐξύψωσις τοῦ ἐπιπέδου τῆς ἐν τῇ χώρᾳ ζωῆς, ἀπὸ τε ὕλικῆς καὶ ἀπὸ πνευματικῆς ἀπόψεως, διὰ δὲ τὴν δικαιοσύνην αὐτὸ τοῦτο τὸ δίκαιον ἀποτελεῖ τὸν τελικὸν σκοπόν.

Εἰδικώτερον δύναται νὰ λεχθῇ ὅτι εἰς τὰς πλείστας περιπτώσεις τῆς κατ' ἐλευθέραν ἐκτίμησιν ἀπονομῆς πολιτικῆς δικαιοσύνης ἄμεσοι νόμιμοι σκοποὶ

διαπνέοντες ἑκάστοτε τὸν δικαστὴν εἶναι ἢ ἄποψις πρὸς τὸ «ἴσον καὶ τὸ δίκαιον» (281, 659, 1391-1392), ἢ εὐθυδικία καὶ ἢ δικαιοκρισία (142, 387, 550, 712), ἢ ἱκανοποίησις τοῦ αἰσθήματος τοῦ δικαίου (281, 376, 387, 659, 932, 1347, 1453), ἢ διατήρησις καὶ προάσπισις τῶν κινδυνευόντων δικαιωμάτων (205, 1004, 1006, 1007, 1228, 1284), ἢ ἐπίτευξις τοῦ «οὐσιαστικοῦ δικαίου» καὶ ἢ πρόκρισις λύσεως συναδούσης πρὸς τὰς «ἀρχὰς τῆς ἐπιεικείας» (388, 409, 659, 668 in fine, 707, 1010, 1125 in f., 1269 in f., 1456, 1485), ἢ κατ' ἀκολουθίαν τῆς κοινωνικωτέρας ἐν τῷ συγχρόνῳ δικαίῳ ἀποστολῆς τοῦ δικαστοῦ προάσπισις τῶν ὑποχρέων κατὰ τοῦ ἀνωφελοῦς ἐγωϊσμοῦ τῶν δικαιούχων (1001, 1010, 281, 1018, 1028, 1029, 1125 in f., 1128, 1230, 1985 § 2) καὶ ἐν γένει ἢ λυσιτελῆς προστασία καὶ ἀνόρθωσις τῶν προσβληθέντων δικαιωμάτων (918, 921, 931) καὶ ἢ ἀποκατάστασις τῶν διαταραχθεῖσων ἐννόμων σχέσεων.

Ἐπὶ τινων θεμάτων ἐπιλύσεως ἰδιωτικῶν διενέξεων κατ' ἐκτίμησιν τοῦ δικαιοδοτοῦντος συναντᾷ τις ἐνίστε κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου, συνυφασμένους πρὸς τὴν ἄποψιν τῆς ἀνορθώσεως τοῦ δικαίου, καὶ σκοποὺς δημοσίας φύσεως, ἀναλόγους δηλαδὴ πρὸς ἐκείνους, οἵτινες ἀποτελοῦσι συνήθως τοὺς νομίμους σκοποὺς τῆς διοικητικῆς δράσεως. Εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας πλείονες συνδεδυασμένοι νόμιμοι σκοποί, δημοσίου τε συμφέροντος καὶ «σκοποὶ δικαιοσύνης», ἰθύνουσι τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν. Μεταξὺ τούτων οἱ «σκοποὶ δικαιοσύνης», οἱ ἀποβλέποντες δηλαδὴ εἰς τὴν ἀνόρθωσιν τοῦ δικαίου ἐν τῇ ἀτομικῇ ἐκείνῃ περιπτώσει κατὰ τὰ ἀμέσως ἀνωτέρω ἐκτεθέντα, παρίστανται ὡς ἀμεσώτεροι, οἱ δὲ προσιδιάζοντες εἰς τὴν δημοσίαν διοίκησιν σκοποὶ ὡς ἔμμεσοι καὶ πῶς ὡς ἀπώτεροι. Δὲν συνδέονται δ' ἄλλως τε οἱ τελευταῖοι οὗτοι πρὸς τὴν ἐπιμέλειαν ὁμαδικῶν ἀναγκῶν—ὡς συνήθως συμβαίνει ἐν τῇ δράσει τῆς διοικήσεως—ἀλλ' ἀφορῶσιν, ὡς εἰκός, τοῦναντίον εἰς μέριμναν ἐν τῇ κρινομένῃ ἀτομικῇ περιπτώσει. Οὕτω π.χ. ἐκδηλοῦται πολλαχού τοῦ ἀστικοῦ κώδικος, συνδεδυασμένη πρὸς τὴν ἄποψιν τῆς δικαιοκρισίας, τοῦ αἰσθήματος τοῦ δικαίου, τῆς προασπίσεως τῶν δικαιωμάτων κλπ., καὶ ἢ προσιδιάζουσα εἰς τὴν κρατικὴν διοίκησιν ἄποψις τῆς δημοσίας ὑγιεινῆς (663, 666, 588), τῆς δημοσίας ἡθικῆς (663), ἢ ἀνθρωπιστικῇ ἄποψις τῆς συγχρόνου κοινωνικῆς νομοθεσίας (666, 667), ἀλλαχοῦ δὲ πάλιν ὁ νομοθέτης συνδυάζει τὸν ἐνδιαφέροντα τὸ κράτος καὶ τὰς ἐθνικὰς καὶ κοινωνικὰς παραδόσεις σκοπὸν τῆς διατηρήσεως τῶν οἰκογενειακῶν δεσμῶν πρὸς τὴν ὑπὲρ τῶν δικαιωμάτων τοῦ αὐτοῦ μέριμναν καὶ πρὸς τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου (1442). Καὶ αὐταὶ αἱ ἀπόψεις πρὸς δημοσίους καθαρῶς σκοποὺς δὲν εἶναι ἄγνωστοι ἐν τῇ κατ' ἐκτίμησιν ἐπιλύσει ἰδιωτικῶν διενέξεων ἐν τῷ νεωτέρῳ δικαίῳ, ὡς φέρ' εἰπεῖν πρὸς σκοποὺς προαγωγῆς τῆς ἐθνικῆς οἰκονομίας (1889), λαμβανομένων φυσικῶ τῷ λόγῳ ἀντιστοιχῶς μέτρων ὅπως οὐδεὶς τῶν διαδίκων ζημιωθῇ χάριν τοῦ ρηθέντος δημοσίου σκοποῦ (πρβλ. αὐτόθι in fine).

Ἰδίᾳ ὁμως συχνάκις ἐμφανίζονται κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἐν τῇ κατ'

ἐκτίμησιν ἀποφάνσει τοῦ δικαστοῦ σκοποὶ ἀνάλογοι πρὸς τοὺς τῆς δημοσίας διοικήσεως εἰς ἃς περιπτώσεις ὁ δικαστὴς τάσσεται οὐχὶ ὅπως τάμη διένεξιν, ἐν τῇ οὐσιαστικῇ τῆς λέξεως σημασίᾳ, ἀλλ' ὅπως χειρισθῇ τοῦναντίον λειτουργίαν διοικητικὴν, ἀσκῶν τὴν κατὰ τὰ ἀνωτέρω ἐκτεθέντα σπουδαιοτάτην ἐν τῷ συγχρόνῳ δικαίῳ κοινωνικὴν αὐτοῦ ἀποστολήν. Καὶ ἐν προκειμένῳ ἡ ἐπιμέλεια καὶ ἡ φροντὶς αὕτη ἐκδηλοῦνται «ἐξατομικευμένοι», κατ' ἀντίθεσιν πρὸς τὴν συνήθη μορφήν τοῦ ἐν τῇ δράσει τῆς διοικήσεως ἀναλόγου νομικοῦ φαινομένου, στρέφονται δ' ὥς ἐπὶ τὸ πλεῖστον αὗται περὶ τὴν μέριμναν ὑπὲρ ἀδυνάτων προσώπων. Οὕτω, φέρ' εἰπεῖν, ἰθύνει κατὰ νόμον τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν ὅτε μὲν ἡ ὑπὲρ τοῦ υἱοθετουμένου πρόνοια (1578 ἐν τέλει), ὅτε δ' ἡ μέριμνα ὑπὲρ τῆς διατηρήσεως τῆς περιουσίας ἀνηλίκων (1621, 1624, 1633 ἐπ.) ἡ ἀπηγορευμένων ἡ ὑπὸ δικαστικὴν ἀντίληψιν τελούντων (1686 ἐπ., 1705 ἐπ.) ἡ ἀπόντων (1701 ἐπ.) ἡ τέλος ἀδήλων προσώπων (1866). Ἄλλοτε πάλιν τὸν κύριον σκοπὸν τοῦ νόμου ἀποτελεῖ ἡ φροντὶς ὑπὲρ τῆς νέας γενεᾶς, τῆς ἐπιμελοῦς ἀνατροφῆς καὶ ἐκπαιδεύσεως αὐτῆς (1502 § 2, 1503, 1524 κλπ.), τῶν ἐν γένει ἡθικῶν (1352 κλπ.) καὶ οἰκονομικῶν (π. χ. 1508, 1511-1512) αὐτῆς συμφερόντων κλπ., χάριν τῆς ὁποίας θεσπίζεται ὑπὸ τοῦ συγχρόνου κατ' ἐξοχὴν κοινωνικοῦ, ὥς εἴρηται, νομοθέτου μειτριασμός τῆς πατρικῆς ἐξουσίας, ὃν ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις καλεῖται νὰ πραγματώσῃ ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα. Ἄλλοτε ὁ νομοθέτης ἀποβλέπει ἰδίᾳ εἰς τὸ νὰ δυσχεράνη τὴν συνεστῶτος τοῦ γάμου νέαν ἀναμόχλευσιν διεφθαρμένων ἤδη οἰκονομικῆς φύσεως ζητημάτων μεταξὺ τῶν συζύγων, ἥκιστα συντελοῦσαν εἰς τὴν ἁρμονίαν τῆς ἐγγάμου συμβιώσεως, προσέτι δ' εἰς τὸ νὰ προλάβῃ τὴν ἐκμετάλλευσιν τοῦ ἀφελεστέρου καὶ τὴν ἀπὸ ἀμοιβαίου ἔρωτος σύλησιν (1405). Ἄλλοτε ἀποβλέπει εἰς τὴν ὑπὲρ τῆς γυναικὸς καὶ τῶν κληρονόμων αὐτῆς διασφάλισιν τῆς ἀκεραιότητος τῆς προικῶς περιουσίας (1417), συμφώνως πρὸς τὴν μακραίωνα ἐν τῷ ρωμαϊκῷ δικαίῳ συναφῇ νομοθετικὴν παράδοσιν, καὶ ἄλλοτε τέλος εἰς μυρίους ἀναλόγους σκοποὺς μερίμνης ὑπὲρ ἀδυνάτων προσώπων.

ε. Τήρησις τοῦ «π λ α ι σ ί ο υ» ἢ τῶν «ἄ κ ρ ω ν ὁ ρ ί ω ν» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.—Ὡς ἡ δημοσία διοίκησις, ἀσκοῦσα τὴν διακριτικὴν αὐτῆς εὐχέρειαν, ὀφείλει πάντως νὰ τηρῇ ἐαυτὴν ἐντὸς ὠρισμένου «μέτρου» ἢ «πλαισίου», ἐν ἄλλοις λόγοις ἐντὸς τινων «ἄκρων ὁρίων», συναγομένων ἐκάστοτε ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου ⁽⁵⁾, οὕτω καὶ ὁ δικαστής, χειριζόμενος τὴν ἐμπειπιστευμένην εἰς αὐτὸν ἐλευθέραν ἐκτίμησιν, ὀφείλει νὰ μὴ ὑπερβῇ τὸ ἐκάστοτε π λ α ι σ ί ο υ αὐτῆς. Κατ' ἀρχὴν τὰ ὅρια, ἐντὸς τῶν ὁποίων κινεῖται ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις, εἶναι πολὺ στενότερα ἐν συγκρίσει πρὸς τὸ ἀντίστοιχον πλαίσιον τῆς διακριτικῆς εὐχερείας τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν. Ἡ ἔκτασις τοῦ ἐκάστοτε πλαισίου τῆς ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως δὲν δύναται νὰ παραμείνῃ ἐκτὸς πάσης ἐπιρροῆς τοῦ πλήθους καὶ τῆς ποικιλίας τῶν συντελεστῶν οὐσιαστικῆς

5) Τὰ τῆς ἐννοίας τούτων ἐκτίθενται εἰς τὰς παραδόσεις μου Ἐλευθέρα καὶ δεσμευμένη διοίκησις, ἐν Ἐφ. ἐλλ. νομ., 1944.

κρίσεως, τοῦ κύκλου καὶ τῆς συχνότητος τῆς ἀσκήσεως αὐτῆς, προσέτι δὲ καὶ τῆς εὐρύτητος τῶν σκοπῶν τοῦ νόμου. Εἶναι δὲ τῶντι τόσον σύνθετοι καὶ πολυάριθμοι οἱ ὑπὸ τῆς ἐνεργοῦ διοικήσεως δυνάμενοι, ὥς εἴρηται, νὰ σταθμισθῶσι συντελεσταὶ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, τόσον ποικίλοι αἱ διαρκῶς ἐναλλασσόμεναι ἀτομικαὶ περιπτώσεις τῆς κατ' εὐχέριαν διοικητικῆς ἐνεργείας καὶ τόσον εὐρεῖς οἱ σκοποί, πρὸς τοὺς ὁποίους ἀποβλέπει ἡ ἐν τοῖς καθ' ἕκαστα δρᾷσις τῆς δημοσίας διοικήσεως, ὥστε ἑλλόγως τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἐπιτρέπει κατὰ κανόνα εἰς τὴν οἰκείαν ἀρχὴν νὰ ἐκτιμήσῃ ἐκάστοτε ὡς ἐμπιπτούσας εἰς τὰ ὅρια τῆς εὐχερείας προκρίσεως αὐτῆς εἰδικὰς περιπτώσεις λίαν πολυαριθμοτέρας ἐν σχέσει πρὸς τὴν ἀνάλογον δυνατότητα τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Οὕτω φέρ' εἰπεῖν αἱ ὑποδειγματικαὶ ἐλαστικαὶ ἔννοιαι «ἀνάγκη» καὶ «κίνδυνος» ἔχουσιν ἐν τῇ δράσει τῆς διοικήσεως πολὺ εὐρύτεραν ἔκτασιν ἢ ἐν τῷ ἔργῳ τοῦ κατ' ἐκτίμησιν αὐτῶν ἐν δεδομένῃ στιγμῇ δικαιοδοτοῦντος, εἰς τὸν ὁποῖον περιορισμένως μόνον δυνατότητας προκρίσεως παρέχουσι. Καὶ ἂν ἤθελεν ἀφεθῇ κατὰ μέρος ἡ ἀκροτάτη ἀντίθεσις, ἣν ἐμφανίζουσιν ὑπὸ ἔποψιν ἐκτάσεως ἀφ' ἐνὸς μὲν ἐν τῷ δημοσίῳ δικαίῳ ἡ ἔννοια π.χ. τῶν «ἀναγκαίων» διὰ τὴν ἐκτέλεσιν νόμου τινὸς διαταγμάτων, συμφώνως πρὸς τὸ ἄρθρ. 35 τοῦ συντάγματος τοῦ 1864]1911—ἔννοια σχεδὸν ἀπεριόριστος ἀπὸ τῆς πλευρᾶς τῆς πραγματικῆς «ἀνάγκης», παρέχουσα εἰς τὴν διοίκησιν τὴν δυνατότητα νὰ ἐκδίδῃ κατ' εὐχέριαν δευτερεύοντας νομικοὺς κανόνες, ρυθμίζοντας τὸν τρόπον καὶ τὰ μέσα τῆς ἐκτελέσεως τοῦ νόμου εἰς οἷα ν-δ ἢ ποτε περὶ στασιν ἤθελε κρίνει τοῦτο χρήσιμον καὶ σκόπιμον καὶ ἐπωφελές, ἀσχέτως τῆς ὑπάρξεως ἀληθοῦς «ἀνάγκης» (*)—ἀφ' ἑτέρου δ' ἐν τῷ ἀστικῷ δικαίῳ ἡ ἔννοια τῶν «ἀναγκαίων» διὰ τὴν συντήρησιν τοῦ πράγματος δαπανῶν (')—ἔννοια τόσον περιορισμένη καὶ τόσον καλῶς δεκτικὴ ἐπακριβοῦς νομικοῦ προσδιορισμοῦ, ὥστε σχεδὸν δεσμεύει πλήρως τὸν δικαστήν, εἰς ἑξαιρετικὰς μόνον περιπτώσεις καταλείπουσα εἰς αὐτὸν μικρὸν τι πλαῖσιον ἐκτιμήσεως—καὶ ἂν ἤθελον ἀφεθῇ κατὰ μέρος αἱ τοιαῦται ἄκρως ἀντίθετοι περιπτώσεις, εἶναι ἐντοσούτῳ καταφανὲς ἡ διάφορος παρὰ τῇ διοικήσει ἢ παρὰ τῷ δικαστῇ εὐρύτητος τῆς ἐκάστοτε ὑπὸ στάθμισιν «ἀνάγκης» εἰς πᾶσαν κατ' ἀρχὴν περὶπτωσιν ἐφαρμογῆς διατάξεων περιεχουσῶν τοιοῦτόν τι νόημα.

6) Κατ' ἀναλογίαν παρατηρητέον ὅτι καὶ ἐν ἄρθρῳ 17 τοῦ συντάγμ. τοῦ 1864 ἡ λέξις «ἀνάγκη» δὲν ἐδήλου ἀφευκτόν τινα δημοσίαν ἀνάγκην, ἀλλ' ἀπλῶς τὸ κοινωνικῶς ἐπωφελές. Δι' ὃ καὶ παρεῖχεν εὐρεῖαν εὐχέριαν εἰς τὴν νομοθετικὴν ἐξουσίαν, ἐντὸς δὲ τῶν ὁρίων τοῦ ἐκάστοτε νόμου καὶ εἰς τὴν διοίκησιν. Πρὸς ἄρσιν πάσης ἀμφιβολίας, ὡς γνωστόν, ἀντικατεστάθη κατὰ τὴν ἀναθεώρησιν τοῦ 1911 ἡ ἔκφρασις «ἀνάγκη» διὰ τῆς λέξεως «ὠφέλεια».

7) Ἀστ. κώδ. 1101. Πρβλ. καὶ τὴν ἐν ἄρθρῳ 1125 ἐξ ἴσου στενὴν ἔννοιαν τῶν «ἀναγκαίων» πρὸς ἄσκησιν τῆς δουλείας πράξεων καὶ τὴν ἐν ἄρθρῳ 1128 ἀνάλογον ἔννοιαν τῆς «ἀναγκαιούσης δαπάνης».

Ἄρχεϊ, πράγματι, νὰ ἀντιπαραβάλλῃ τις τὴν κατὰ τὴν ἀστυνομικὴν φέρ' εἰπεῖν νομοθεσίαν ἔννοιαν τῶν ὡς «ἀναγκαίων» ἐκάστοτε κρινομένων μέτρων— ἔνθα πρόκειται τῇ οἰκείᾳ ἀρχῇ ἐλευθέρᾳ στάθμισις τοῦ «προσφόρου», τοῦ «ἀναγκαιούντος», τοῦ «τελεσφόρου» χαρακτῆρος τοῦ σκοπούμενου μέτρου—ἢ τὴν κατὰ τὴν «περὶ σχεδίων πόλεων κλπ.» νομοθεσίαν⁸⁾ χαλαρὰν ὡσαύτως ἔννοιαν τῶν ὡς «ἀναγκαίων» ἐκάστοτε κρινομένων γενικῶν νομίμων περιορισμῶν τῆς ἐπὶ ἀκινήτων κυριότητος πρὸς τὰς περιπτώσεις τῆς κατὰ τὸν ἀστικὸν κώδικα στενοτέρας ἐννοίας τῆς «ἀνάγκης» π.χ. τοῦ μισθωτοῦ ἐργασίας ὅπως ἀπαιτήσῃ παρὰ τοῦ ἐκμισθωτοῦ πρόσθετον τοιαύτην ἐπιπλέον τῆς συμφωνηθείσης (659) ἢ τοῦ «ἀναγκαίου» διὰ τὸν ἐκμισθωτὴν καταγγελθείσης συμβάσεως ἐργασίας ἐλευθέρου χρόνου πρὸς εὔρεσιν ἄλλης ἐργασίας (677) ἢ τῆς ἐπειγούσης καὶ ἀπροβλέπτου «ἀνάγκης» τοῦ χρήστου ὅπως ἀναλάβῃ τὸ πρᾶγμα πρὸ τῆς λήξεως τῆς συμβάσεως τοῦ χρησιδανείου (817) ἢ τῆς ἔτι στενοτέρας ἐννοίας τῆς οἰκονομικῆς «ἀνάγκης» τοῦ πατρὸς τοῦ διοικοῦντος μετροητὰ χρήματα τοῦ τέκνου καὶ ἀντιμετωπίζοντος τρεχούσας δαπάνας (1511) καὶ τῆς κατὰ τὰ ἄρθρα 1417, 1512, 1649 κλπ. «ἀφεύκτου ἀνάγκης». Αἱ τελευταῖαι μάλιστα αὗται περιπτώσεις ἐλάχιστον πλάσιον εὐχερείας καταλείπουσιν εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν τοῦ νόμου καὶ σχεδὸν εἰπεῖν δεσμεύουσιν αὐτόν. Ὁλοσχερῇ δὲ δέσμευσιν καθιεροῖ ἢ κατὰ τὸ ἄρθρον 285 περίπτωσις τῆς «καταστάσεως ἀνάγκης», ἐμπεριέχουσα οὐχὶ πλέον ἐλαστικὴν ἔννοιαν κοινωνικῆς ἐκτιμήσεως, ἀλλ' αὐτόχρομα «νομικὴν» ἔννοιαν.

Περίπου ἐξ ἴσου στενὸν πρὸς τὴν περίπτωσιν τοῦ ἄρθρου 1511 εἶναι τὸ πλάσιον τῆς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ περὶ ὑπόξεως «ἀνάγκης» ἢ «οἰκονομικῆς ἐπαρκείας» ἢ «ἀνεπαρκείας», ἣν συναντᾷ τις εἰς τὰ ἄρθρα 1399 (δυνατότητες τοῦ ἀνδρὸς ὅπως ἐπαρκέσῃ οἰκονομικῶς πρὸς ἀντιμετώπισιν τῶν βαρῶν τοῦ γάμου), 1454 (οἰκονομικὴ αὐτάρκεια διεξυγμένης γυναικός), 1461 καὶ 1477 (ἐπάρκεια εἰσοδημάτων τῆς περιουσίας τοῦ τέκνου), 1478, 1482 καὶ 1495 (οἰκονομικὴ ἐπάρκεια ὑποχρέου ὅπως διαθρέψῃ καὶ ἐαυτόν), 501 (ἐπάρκεια δωρητοῦ), 1483 (ἐπάρκεια ὑποχρέου πρὸς ἀντιμετώπισιν πλειόνων ἀπαιτήσεων διατροφῆς). Σχεδὸν δ' ἀνύπαρκτος εἶναι ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς ἐννοίας τοῦ «ἀπολύτως ἀναγκαίου» (664, 1486, 1492) καὶ τοῦ «ἀπαραιτήτου» (1028, 1394)⁹⁾, ἔνθα ἐλάχιστην ἐλευθερίαν κινήσεως ἔχει ἡ κρίσις τοῦ δικαιοδοτοῦντος.

Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον, ἡ εὐρύτης τῆς ἁρμοδιότητος τῆς διοικήσεως ὅπως ἐκτιμήσῃ κατ' εὐχέριαν περίπτωσιν ἐνδεχομένου δημοσίου «κινδύνου» εἶναι

8) Ἄρθρ. 9 τοῦ ν.μ.θ. διατ. τῆς 16 Αὐγ. 1923 «περὶ σχεδίων πόλεων κλπ.». Πρβλ. περὶ τοῦ «πλαισίου» τῆς ἐννοίας ταύτης καὶ ἡμετέραν μελέτην Ἡ διακριτ. εὐχ., 1934, σελ. 137.

9) Πρβλ. τὸν ἐν ἄρθρ. 1394 λεκτικὸν διαφορισμὸν—ἀπόρροιαν οὐσιαστικῆς καὶ ἠθελημένης ὑπὸ τοῦ νόμου διακρίσεως—μεταξὺ τῆς ἐλαστικωτέρας πὺς ἐννοίας τοῦ «ἀναγκαίου» καὶ τῆς σχεδὸν δεσμευτικῆς ἐννοίας τοῦ «ἀπαραιτήτου». Πρβλ. κατωτ. ἐν τῷ κειμένῳ.

κατὰ κανόνα πολὺ μεγαλυτέρα ἐν σχέσει πρὸς τὰς περιπτώσεις καθ' ὧς τάσσεται ὑπὸ τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου ἢ ἐκτίμησις τοῦ δικαστοῦ ὅπως σταθμίσῃ τὸν ὑπὸ τοῦ αἰτοῦντος ἐπικαλούμενον «κίνδυνον» τῶν δικαιωμάτων του καὶ τῶν συμφερόντων του. Ἡ ἀστυνομικὴ ἀρχή, φέροντες εἰπεῖν, εἶναι ἀρμοδίᾳ νὰ σταθμίσῃ μὲ μεγάλην εὐρύτητα κρίσεως ἐνδεχόμενον «κίνδυνον» διασαλεύσεως τῆς δημοσίας τάξεως. Κινεῖται δὲ κατ' ἀρχὴν ἢ ἐκτίμησις αὐτῆς ἐντὸς πλαισίου τοσοῦτον ἐκτεταμένου, ὥστε εἰς ἔξαιρετικὸς μόνον περιπτώσεις δύναται νὰ λεχθῇ ὅτι ὑπερβάλλει αὕτη κίνδυνον σχεδὸν ἀνύπαρκτον καὶ παραβαίνει οὕτω τὸ πνεῦμα τῆς ἀστυνομικῆς νομοθεσίας, ἐπεμβαίνουσα ἄνευ λόγου εἰς τὴν σφαῖραν τῆς ζωῆς τῶν ἰδιωτῶν καὶ ἐπιβάλλουσα μέτρα μηδόλως ἐκ τῶν περιστάσεων δικαιολογούμενα, ἢ ὅτι ἀντιστρόφως ὁκνεῖ πρὸ κινδύνου ἄκρως ἐκδήλου καὶ παραβαίνει οὕτω ὑπὸ ἀντίθετον ἔννοιαν τὸν νόμον, καταλείπουσα ἀνιπερασπίστους τοὺς πολίτας ⁽¹⁰⁾. Οὕτω πως εὐρὺ εἶναι κατ' ἀρχὴν τὸ πλαίσιον τῆς ἐκτιμήσεως τῆς διοικήσεως ἐν τῇ σταθμίσει τοῦ «κινδύνου» ⁽¹¹⁾.

Τοῦναντίον, ὁ πολιτικὸς δικαστὴς ἐν τῇ ἐκτιμήσει τοῦ «κινδύνου» σπανίως μόνον ἀπολαύει εὐρείας πως εὐχερείας (920, 1624, 1636, 1653, 1705 §§ 3 καὶ 4), καὶ δὲ, ὡς ἴδια τὸ ἐπαπειλούμενον γεγονὸς ἀπέχει ἀπὸ τοῦ νὰ εἶναι ἐκδηλωμένον. Συνήθως τὸ πλαίσιον ἐντὸς τοῦ ὁποίου κινεῖται ἡ ἐλευθέρα τοῦ δικαστοῦ κρίσις εἶναι κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου λίαν στενὴν. Τὸ τελευταῖον τοῦτο παρατηρεῖται ἐναργῶς ἐν τῇ ἐκτιμήσει τοῦ «κινδύνου» π.χ. τοῦ ἀντικειμένου τοῦ δικαιώματος τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν δικαιούχου (205) ἢ ἐν τῇ ἐκτιμήσει τοῦ δικαιολογοῦντος τὴν αὐτοδικίαν ἢ τὴν κατάστασιν ἀνάγκης «ἐπικειμένου κινδύνου» (282, 285) ἢ τῆς ἐπαπειλουμένης «σοβαρᾶς ζημίας» τῆς ἐταιρίας (751) ἢ τοῦ κινδύνου τοῦ ἀντικειμένου τῆς ἐπικαρπίας (1153 § 2) ἢ τῆς «σπουδαίας ἀπειλῆς» τῶν δικαιωμάτων τοῦ κυρίου συνεπείᾳ τῆς

10) Εἰς τοιαύτας ἔξαιρετικὰς περιπτώσεις διαγιγνώσκεται παρὰνομία τῆς διοικήσεως, κατ' ἀκολουθίαν δὲ καὶ ὑποχρέωσις ταύτης πρὸς ἀποζημίωσιν τοῦ ἐκ τῆς παρὰνομίας βλαβέντος ἰδιώτου, καταψηφισομένην ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ. Πρβλ. ἐφ. Ἀθ. 2009 τοῦ 1901 ἐν Θέμ. ΙΓ' σελ. 487. Καὶ παρ' ἄλλοδαποῖς πρβλ. π.χ. τὴν ὑπὸ Ul. Scheuner ἔνθ' ἄνωτ. ἐν VerwArch. 1928 ἐν σελ. 89 σημ. 46 καὶ 47 ἀναφερομένην νομολογίαν τοῦ γερμανικοῦ ἀκυρωτικοῦ. Ἰδὲ καὶ W. Jellinek, ἐν κριτικῇ του ἐπὶ τοῦ ἔργου τοῦ O. Bühler, Die subj. öffentl. Rechte, ἐν τῷ Archiv. d. öff. R. τόμ. 32 (1914), σελ. 590, 595 ἕως 597.

11) Ὑπάρχουσι βεβαίως καὶ ἔξαιρέσεις : Ἡ πολεοδομικὴ π.χ. ἀρχὴ ἀπολαύει λίαν στενῆς εὐχερείας ἐν τῇ ἐκτιμήσει τοῦ κινδύνου καταρρεύσεως πεπαλαιωμένης τινὸς ἢ δι' ἄλλον οἰονδήποτε λόγον «ἐπικινδύνου οἰκοδομῆς» : διὰτ. τῆς 22 Ἀπριλ. 1929 [153]. Πλαίσιον τι ἐλευθέρας κρίσεως ὑφίσταται πάντοτε. Ἡ περὶ ὑπάρξεως κινδύνου ἐκτίμησις εἶναι κατ' ἀρχὴν, ἐντὸς τοῦ τοιούτου νομίμου πλαισίου, ἀνέλεγκτος ὑπὸ τοῦ συμβουλίου τῆς ἐπικρατείας, ἀποκειμένη εἰς τὴν διακριτικὴν εὐχέρειαν τῆς διοικήσεως : σ.τ.έ. 1032 τοῦ 1936 καὶ πολλαὶ ἄλλαι. Ἀνάλογον πρὸς τὴν περίπτωσιν ταύτην τῆς διοικητικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι τὸ πλαίσιον τῆς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ εἰς τὰς περιπτώσεις τῶν ἄρθρων 1006 καὶ 1007 τοῦ ἀστ. κώδικος.

κακῆς ἀσκήσεως τῆς ἐπικαρπίας (1159), ὡσαύτως δὲ τῆς ἀπειλουμένης καταστροφῆς ἢ οὐσιώδους μειώσεως τῆς ἀξίας τοῦ ἐνεχύρου (1228), τοῦ κινδύνου χειροτερεύσεως τοῦ ἐνυποθήκου ἀκινήτου ἢ ἐλαττώσεως τῆς ἀξίας αὐτοῦ (1284), τοῦ κινδύνου τῆς προικὸς συνεπείᾳ ἐλαττώσεως τῆς περιουσίας τοῦ ἀνδρὸς (1431), τοῦ κινδύνου τῆς ὑπὸ πατρικὴν διοίκησιν περιουσίας τοῦ τέκνου (1524) κλπ. Εἰς πάσας τὰς περιπτώσεις ταύτας εἶναι ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον φανερὰ ἡ ὑπαρξίς κινδύνου — ὅσας τις πράγματι ὑφίσταται τοιοῦτος — κατ' ἀκολουθίαν δ' εὐχερῆς καὶ ἐστερημένη εὐρύτητος ἡ περὶ τούτου κρίσις. Ἐνίοτε καὶ αὐτὴ ἡ ἔκφρασις τοῦ νομοθέτου, ὡς «σπουδαῖος κίνδυνος» (588), «βάσιμος φόβος» (1425), «σπουδαία ἀπειλή» (1159), «μετὰ βεβαιότητος» (1004) κλπ., ὑποδηλοῖ στενότητά τινα τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Ἀπὸ ταύτης τῆς βάσεως ἐκκινῶν ὁ δικαστής, μὲ τὴν ἐπίγνωσιν δηλαδὴ ὅτι τὸ πλαίσιον τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἔχει ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον στενὰ ὅρια, δέον νὰ ἀποβλέπη πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ἐν τῇ ἐκάστοτε διαγνώσει τῶν τοιούτων ὁρίων, ἐκφέρων δὲ τὴν δικαιοδοτικὴν λύσιν ὀφείλει νὰ τηρῇ ἑαυτὸν ἐντὸς αὐτῶν, ἵνα ἡ λύσις αὕτη τυγχάνῃ νόμιμος.

Τὰ ὅρια τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι ὅτε μὲν περισσότερον περιορισμένα ὅτε δὲ πὼς εὐρύτερα. Οὕτω π.χ. αἱ διατάξεις τοῦ κώδικος περὶ ὀφειλουμένης παρ' ἰδιώτου διενεργείας πράξεώς τινος «ἀμελλητί» (398, 430, 476, 650, 685 § 2, 774, 866, 867, 882, 1078, 1153 § 1, 1511 § 1, 1639, 1774), ἄνευ δηλαδὴ ὑπαιτίου καθυστερήσεως, ἢ «ἐγκαίρως» (589) παρέχουσι κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν πολὺ στενότερον πλαίσιον ἢ αἱ διατάξεις περὶ διενεργείας ἄλλων ἰδιωτικῶν πράξεων «ἐντὸς εὐλόγου χρόνου» (ἀνωτ. § 1 α 3)· αἱ δὲ περὶ «παραχρῆμα» (190)—ἢ «εὐθύς» (733)—ἢ «ἀμέσως» (401 § 2)—ἐνεργείας διατάξεις δεσμεύουσιν ἔτι μᾶλλον τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν. Ἐπίσης ἡ ἔννοια τοῦ «δυσχεροῦς» ἢ τοῦ «προφανῶς δυσχεροῦς» (1613) παρέχει κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν εὐρύτερον σχετικῶς πλαίσιον ἢ ἡ ἔννοια τοῦ «ἰδιαίτερος δυσχεροῦς» (1481, 1482)· ἔτι δὲ μᾶλλον δεσμευτικὴ εἶναι ἡ ἔννοια τοῦ «ἐκτάκτως δυσχεροῦς» (1919, 1958, 2021, 2031) καὶ τέλος ἐντελῶς δεσμευτικὴ διὰ τὴν δικανικὴν κρίσιν εἶναι ἡ ἔννοια τοῦ «ἀδυνάτου» (1958). Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον τὸ μέτρον τῆς «ἀνάγκης» (1547· πρβλ. περαιτέρω καὶ ἀνωτ. πρὸ δύο σελ.) καὶ τῆς «ἐπαρκειᾶς» (1129· πρβλ. περαιτέρω καὶ ἀνωτ., αὐτόθι) παρέχει κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου εἰς τὸν δικαστὴν δυνατότητας ἐλευθεριωτέρας πὼς σχετικῶς κρίσεως ἢ αἱ ἔννοιαι τῆς «προφανοῦς ἀνάγκης» (833 § 2), ἔτι δὲ μᾶλλον τῆς «ἀφεύκτου ἀνάγκης» (1417, 1512, 1649), τῆς «ἀπολύτου ἀνάγκης» (664 § 1, 665, 1486, 1492, 1549) καὶ ἡ ἔννοια τοῦ «ἀπαραιτήτου» (1394).

Χαρακτηριστικὴ εἶναι ἡ ἐν τῷ τελευταίῳ τούτῳ ἄρθρῳ (1394) ἐννοιολογικὴ διάκρισις μεταξὺ «ἀναγκαίου» καὶ «ἀπαραιτήτου». Ὁ δικαστής δεσμεύεται νὰ καταλίπῃ εἰς τὴν κατοχὴν τοῦ ἀνδρὸς τὰ εἰς αὐτὸν διὰ τὴν ἐγκατάστασίν του «ἀπαραίτητα» ἐκ τῶν ἐπίπλων καὶ σκευῶν του, ὁσηνδήποτε «ἀνάγκην» αὐτῶν καὶ ἂν ἔχῃ ἡ γυνή. Μόνον δ' ἀφοῦ ἐξασφαλισθῶσιν εἰς

τὸν ἄνδρα τὰ «ἀπαραίτητα», ἀσκεῖται ὡς πρὸς τινὰ τῶν ὑπολοίπων, ἐντὸς στενοῦ τινος πλαισίου, δικανικὴ ἐκτίμησις ὡς πρὸς τὴν «ἀναγκαιότητα» αὐτῶν διὰ τὴν ἐγκατάστασιν τῆς γυναικός. Ὁ λόγος δι' ὃν καὶ ἐν προκειμένῳ διαγιγνώσκεται ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον περιορισμένον τὸ πλαίσιον τῆς τοιαύτης ἐκτιμήσεως εἶναι ὅτι τὰ πλεῖστα τῶν κατὰ τὰ ἀνωτέρω ὑπολειπομένων ἐλίπλων καὶ σκευῶν τοῦ ἀνδρός τυγχάνουσιν εἴτε καταδήλως κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου «ἀναγκαῖα» διὰ τὴν ἐγκατάστασιν τῆς γυναικός — ὅποτε ὁ δικαστὴς δεσμεύεται νὰ δεχθῇ σχετικὸν αἶτημά της — εἴτε τοῦναντίον καταδήλως «μὴ ἀναγκαῖα», ὡς φέρ' εἰπεῖν ἐκκρεμὲς ὥρολόγιον, ἀποτελοῦν οἰκογενειακὸν κειμήλιον τοῦ ἀνδρός, ἢ βαρύτιμα ἐκ πορσελάνης σκεύη ἀνήκοντα εἰς αὐτόν, ὅποτε καὶ πάλιν δεσμεύεται κατὰ νόμον ὁ δικαστὴς νὰ ἀπορρίψῃ σχετικὸν αἶτημα τῆς γυναικός. Ἐντὸς τοῦ ρηθέντος στενοῦ πλαισίου κινεῖται ἐλευθέρως ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις, σταθμίζουσα συντελεστὰς οὐσιαστικῆς κρίσεως συναφεῖς πρὸς τὴν κοινωνικὴν θέσιν τῶν συζύγων, τὴν εὐπορίαν ἑκατέρου τούτων, ἰδίᾳ δὲ τοῦ ἀνδρός, τὸ πλῆθος τῶν πρὸς τὴν αὐτὴν χρῆσιν προωρισμένων ἐλίπλων καὶ σκευῶν, τὸν χῶρον τῆς νέας κατοικίας τῆς γυναικός κλπ.

Ἡ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου διάγνωσις τοῦ ἐκάστοτε πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως εἶναι, ὡς εἰκός, ζήτημα καθαρῶς νομικόν — ὡς ἄλλως τε καὶ τὸ ζήτημα τῶν «νομίμων σκοπῶν» ἢ τῶν ἐκάστοτε «νομίμων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως» — κατ' ἀντίθεσιν φέρ' εἰπεῖν πρὸς τὸ ζήτημα τοῦ εὐστόχου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Πᾶσα ὑπέρβασις τῶν διαγιγνώσκομένων «ἄκρων ὁρίων» ἀποτελεῖ παράβασιν τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου. Ἰκανός τις νομικός, κατέχων ἐπὶ τῇ ὑποθέσει πλήρως διηυκρινισμένα καὶ τὰ πραγματικὰ στοιχεῖα τῆς ἐνδίκου διενέξεως, ὑπ' ὅψιν τοῦ ὁποίου ἤθελε τεθῇ τοιαύτη τις παράνομος δικαιοδοτικὴ λύσις, θὰ ἀπεφαίνεται ἄνευ περαιτέρω σκέψεων καὶ ἄνευ ἀνάγκης «εὐλόγου» αὐτοῦ ὡς κοινωνικοῦ ἀνθρώπου κρίσεως, ὅτι ἡ λύσις αὕτη ἔρχεται εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὴν θέλησιν τοῦ νομοθέτου. Ἡ τοιαύτη νοητὴ ἀνενδοίαστος (ἄνευ δηλαδὴ ἀσκήσεως «εὐλόγου κρίσεως») ν ο μ ι κ ἡ ἀπόφασις δεικνύει ὅτι ἔχει γίνεαι ὑπέρβασις τοῦ ἑτέρου τῶν κατὰ τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου ἄκρων ὁρίων τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Αἱ ὑπερβάσεις εἶναι πρὸς ἑκάτερον τῶν ὁρίων ἐνδεχόμεναι. Ὁ καθορισμὸς π.χ. τῆς «ἀναλόγου διατροφῆς» ἀφίεται μὲν κατὰ νόμον ἐκάστοτε εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν, ἀλλὰ θὰ ἦτο ἀντίθετον πρὸς τὸ σαφὲς πνεῦμα τῶν σχετικῶν διατάξεων νὰ γίνῃ οὗτος εἰς ποσὸν κατὰ δὴ λ ω ς ἀνεπαρκὲς διὰ τὸν δικαιοῦχον, τελοῦν εἰς προφανῇ δυσαναλογίαν πρὸς τὰς ἀνάγκας του καὶ ἐν γένει πρὸς τὰ ἀποδειχθέντα καὶ δεκτὰ γενόμενα πραγματικὰ περιστατικά ἢ ἀντιστρόφως εἰς ποσὸν μέλλον ἐκ δὴ λ ω ς μετ' οὐ πολὺ νὰ κάμψῃ τὴν ἐξηκριβωμένως μετρίαν οἰκονομικὴν ἀντοχὴν τοῦ ὑποχρέου. Ὡσαύτως, ὁ χαρακτηρισμὸς παραπτώματός τινος τοῦ δωρεοδόχου ἔναντι τοῦ δωρητοῦ ὡς «βαρέος» καὶ δυναμένου κατ' ἀκολουθίαν νὰ δημιουργήσῃ δικαίωμα τοῦ τελευταίου πρὸς ἀνάκλησιν τῆς δωρεᾶς (505) ἀφίεται κατ' ἀρχὴν ἐν ὁρισμένῳ τινὶ μέτρῳ εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν. Καὶ αὕτη φέρ' εἰπεῖν ἢ μετὰ τῆς

ἐγνωσμένως ἀνηθίκου διαγωγῆς καὶ πολλάκις ἐπὶ χρήμασιν ἐκδούσης ἑαυτὴν συζύγου τοῦ δωρητοῦ μοιχεία τοῦ δωρεοδόχου θὰ κριθῇ συμφώνως πρὸς ὅλας τὰς εἰδικὰς περιστάσεις ἂν δέον κατ' εὖστοχον ἄσκησιν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως νὰ θεωρηθῇ ὡς λόγος ἀχαριστίας. Ἀλλὰ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὑφίστανται ἔνθεν ἀκεῖθεν ἄκρα τινὰ τῆς ἐκτιμήσεως ταύτης ὅρια : Ἡ κατόπιν ψυχροῦ ὑπολογισμοῦ παρὰ τοῦ δωρεοδόχου ἀποπλάνησις τῆς πλουσιωτάτης π.χ. συζύγου τοῦ δωρητοῦ, νέας, ἡθικῆς καὶ μᾶλλον ἀπείρου, περισσῶς δὲ παρὰ τοῦ συζύγου αὐτῆς ἀγαπωμένης, ἥ ἐντεῦθεν προκύψασα λύσις τοῦ γάμου τοῦ δωρητοῦ καὶ καταστροφή τῆς οἰκογενειακῆς αὐτοῦ εὐτυχίας θὰ ἦτο ἀντίθετον πρὸς τὸ νόημα τοῦ νομοθέτου νὰ μὴ χαρακτηρισθῶσιν ὡς συνιστῶντα «βαρὺ» τοῦ δωρεοδόχου παράπτωμα, καὶ δὴ ἔστω καὶ μὴ διαπιστωθείσης τυχὸν τῆς διαπραξέως μοιχείας. Ἀντιστρόφως θὰ ἦτο ἀντίθετον πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου νὰ χαρακτηρισθῇ ὡς «βαρὺ» παράπτωμα παροδική τις ψυχρότης τοῦ δωρεοδόχου ἔναντι τοῦ δωρητοῦ καὶ κατ' ἀκολουθίαν ταύτης ξηρός τις τόνος ἐν τῇ πρὸς αὐτὸν ὁμιλίᾳ καὶ στιγμιαία ἔλλειψις ψυχραιμίας.

Πολλάκις ἐτέρωθεν τοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως τάσσεται ὑπὸ τῆς οἰκείας νομοθετικῆς διατάξεως συγκεκριμένος φραγμός. Οὕτω φέρ' εἰπεῖν ἐν τῷ αὐτῷ θέματι τῆς ἀνακλήσεως δωρεᾶς τοιοῦτον καθωρισμένον φραγμὸν τῆς δικανικῆς περὶ «βαρέος» παραπτώματος καὶ συνεπῶς περὶ ἀχαριστίας ἐκτιμήσεως ἀποτελεῖ ἡ παράβασις ὑφισταμένης ὑποχρεώσεως διατροφῆς (505). Ἀποδειχθέντος τυχὸν καὶ γενομένου δεκτοῦ τοιούτου γεγονότος, παύει ὑπάρχουσα ἡ ἐλευθερία κρίσεως τοῦ δικαιοδοτοῦντος, ἥ δὲ παραδοχὴ τῆς ἀξιώσεως τοῦ δωρητοῦ περὶ ἐπιστροφῆς τῶν δωρηθέντων λόγῳ ἀδικαιολογήτου πλουτισμοῦ (509) καθίσταται διὰ τὸν δικαστὴν ὑποχρεωτική.

Ἐπίσης ὁ δικαστής, προκειμένου νὰ ἐπιτρέψῃ τὴν πρὸ τῆς λήξεως τοῦ χρέους ἐκποίησιν τοῦ ἀντικειμένου τοῦ ἐνεχύρου παρὰ τοῦ ἐνεχυράσαντος, θὰ σταθμίσῃ κατὰ νόμον (1230) τὸ «ἐπωφελὲς» τῆς πωλήσεως, τὴν φύσιν τῆς γενομένης προσφορᾶς ὡς «εὐκαιρίας», τὴν ἔκτασιν τοῦ προσφερομένου ἀντιτίμου κλπ. Δύναται κατ' ἀρχὴν «κατ' ἐκτίμησιν» εἴτε νὰ παράσχῃ εἴτε νὰ ἀρνηθῇ τὴν αἰτουμένην ἄδειαν. Ἄν ὅμως τὸ προσφερόμενον τίμημα δὲν εἶναι ἀνώτερον τοῦ ποσοῦ τῆς μέχρι τοῦδε ὠρισμένης καὶ τῆς ἐν προσεχεῖ μᾶλλοντι πιθανολογουμένης ἐκτάσεως τῆς ἀπαιτήσεως (1218 § 1), ὁ δικαστής δεσμεύεται, ὑπόχρεως ὣν ὅπως ἀρνηθῇ τὴν αἰτουμένην ἄδειαν. Ἄλλως ἢ περὶ «εὐκαιρίας» καὶ «συμφέροντος» καταφατικὴ τυχὸν ἐκτίμησις αὐτοῦ ἤθελεν ὑπερβῇ συγκεκριμένον τοῦ νόμου φραγμόν.

Ὡσαύτως ἡ καταψήφισις ἀποζημιώσεως κατὰ τὸ ἄρθρ. 132 τοῦ κώδ. ἀφίεται κατ' ἀρχὴν εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν. Ὁ δικαστής δύναται, ἐκτιμῶν τὰς περιστάσεις, εἴτε νὰ διατάξῃ τὴν ἀνόρθωσιν τῆς ζημίας εἴτε μὴ. Ἐν τῇ τοιαύτῃ ἐκτίμήσει τῶν περιστάσεων ἀποτελεῖ ἐντοσούτῳ φραγμόν ἡ δυνατότης τῆς ἄλλοθεν θεραπείας τῆς ζημίας. Συντρεχούσης τυχὸν τοιαύτης τι-

νὸς δυνατότητος, εἶναι διὰ τὸν δικαστὴν ὑποχρεωτικὴ ἢ ἀπόρριψις τῆς περὶ ἀποζημιώσεως ἀξιώσεως.

Κατὰ τὸν αὐτὸν λόγον, φραγμὸν τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως περὶ τοῦ «δυσαναλόγου» τῆς δαπάνης κατὰ τὸ ἄρθρ. 1985 § 2 τοῦ κώδ. ἀποτελεῖ ἡ ἀληθὴς ἀξία τοῦ ἀντικειμένου τῆς κληροδοσίας. Ἐφ' ὅσον παρὰ τοῦ κυρίου τοῦ πράγματος δὲν ζητεῖται ὡς ἀντάλλαγμα δι' αὐτὸ εἰμὴ ἡ ἀληθὴς αὐτοῦ ἀξία, ὁ δικαστὴς δεσμεύεται, ὑπόχρεως ὧν ὅπως μὴ δικαιώσῃ τὸν βεβαρημένον, ἀξιοῦντα τυχὸν ἐφαρμογὴν τοῦ ἄρθρου 1985 § 2. Ἄν ὁμως ζητεῖται ὡς ἀντάλλαγμα ποσὸν μεῖζον τῆς ἀληθοῦς ἀξίας, ὁ δικαστὴς θέλει κατ' ἐκτίμησιν ἀποφανθῇ—σταθμίζων τὴν ἔκτασιν τῆς μεταξὺ τῶν δύο ποσῶν (ἀξιουμένου ἀνταλλάγματος καὶ ἀληθοῦς ἀξίας) διαφορᾶς, τὴν τυχὸν διαφαινομένην πρόθεσιν τοῦ κυρίου τοῦ πράγματος ὅπως ἐκμεταλλευθῇ τὸν βεβαρημένον καὶ τὰς ὅλας εἰδικὰς περιστάσεις—ἂν ἡ ἀπαιτουμένη δαπάνη δέον ἐν τῇ εἰδικῇ ὑπὸ κρίσιν περιπτώσει νὰ χαρακτηρισθῇ ὡς «δυσανάλογος», κατ' ἀκολουθίαν δὲ νὰ ἐπιτραπῇ ἡ ἐφαρμογὴ τοῦ ἄρθρου 1985 § 2.

§ 4.— Δυναταὶ καὶ ἐνδεδειγμένοι δικονομικαὶ κυρώσεις τῶν παραβάσεων τοῦ νομίμου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως.

Οἰαδήποτε παράβασις τῶν οὐσιαστικῶν προϋποθέσεων τῆς νομίμου ἀσκήσεως τῆς εἰς τὸν δικαστὴν ἐμπεπιστευμένης δικαιοδοτικῆς εὐχερείας δὲν δύναται, ὡς εἰκός, νὰ ἀποτελέσῃ παραδεκτὸν λόγον ἀναιρέσεως. Τοῦτο ἀληθεύει πρὸ παντὸς διὰ τὰς ἀνωτέρω ἐν ἀρχῇ τῆς προηγ. § 3 ἐκτεθείσας πραγματικὰς πλάνας. Ἀλλὰ καὶ αἱ ἐν συνεχείᾳ ἀναφερόμεναι ποικίλαι νοηταὶ ὑπερβασίαι ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως θέλουσι πλειστάκις θεωρηθῇ ὑπὸ λίαν συντηρητικῆς τινος δικονομικῆς ἐκδοχῆς, προσηλωμένης εἰς τὸ γράμμα τῶν ἄρθρ. 809 καὶ 810 § 1 τῆς πολ. δικ., ὡς μὴ δυνάμεναι νὰ καταστήσωσι παραδεκτὴν τὴν αἴτησιν ἀναιρέσεως, εἴτε διότι ἀποτελοῦσι παράβασιν τοῦ π ν ε ύ μ α τ ο ς ἀπλῶς τοῦ νόμου, δεκτικοῦ ἄλλως τε πολλῶν ἀμφισβητήσεων, οὐχὶ δὲ τοῦ σ α φ ο ῦ ς γράμματος τῆς διατάξεως, εἴτε διότι ἐκδηλοῦνται ἐν μόνῳ τῷ σκεπτικῷ τῆς δικαστικῆς ἀποφάσεως, ἐνῶ ἢ ἐν τῷ διατακτικῷ διδομένη δικαιοδοτικῇ λύσει αὕτη καθ' ἑαυτὴν δὲν ἔρχεται εἰς ἀντίθεσιν πρὸς τὸν νόμον, κλπ.

Εἶναι ἀληθὲς ὅτι ὁ θεσμὸς τῆς αἰτήσεως ἀναιρέσεως ἔχει διαμορφωθῇ καθ' ὑπερβολὴν περιορισμένως, ἰδίᾳ δ' οἱ λόγοι ἀναιρέσεως εἶναι τόσον στενοί, ὥστε νὰ τυγχάνῃ κοινῶς ἥδη παραδεκτὴ ἡ ἀνάγκη σχετικῆς δικονομικῆς μεταρρυθμίσεως. Ἐν τῷ μεταξὺ ὁμως ἔρχονται εἰς ἄκραν ἀντίθεσιν πρὸς τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου ἐνδεχόμεναί τινες νομικαὶ πλάναι καὶ ὑπερβάσεις τῶν ἄκρων ὁρίων τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, εἰς τρόπον ὥστε ἡ δημιουργικὴ ἐνέργεια τῆς νομολογίας τοῦ Ἀρείου Πάγου νὰ παρίσταται ἀπὸ τοῦδε ἐπιβεβλημένη. Ἄς ὑποτεθῇ—ἵνα χρησιμοποιοῦμεν ἐκδηλα παραδείγματα, ἔστω καὶ ὅλως ἀπίθανα ἐν τοῖς πράγμασι—ὅτι ἡ ὑπερβασίς τοῦ πλαισίου τῆς δικανι-

κῆς ἐκτιμήσεως φθάνει μέχρι τοιούτου σημείου, ὥστε ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας νὰ κρίνῃ καὶ αὐτὴν τὴν εἰς τὴν Ἑθνικὴν Τράπεζαν τοποθέτησιν ὡς μὴ ἐμπίπτουσιν εἰς τὰς ἐν ἄρθρ. 1641, 1175, 1176 καθιερουμένας προϋποθέσεις περὶ καταθέσεως παρ' «ἀσφαλεῖ» τραπεζῇ. Δέον νὰ ἀποφανθῇ καὶ ἐν προκειμένῳ ὁ Ἄρειος Πάγος ὅτι ἡ περὶ τοῦ «ἀσφαλοῦς» ἢ μὴ χαρακτῆρος τοῦ πιστωτικοῦ ἰδρύματος κρίσις τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας εἶναι «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως» τούτου, ὅπερ τὸ ἀκυρωτικὸν δὲν δύναται νὰ ἐλέγξῃ;

Δὲν εἶναι δὲ πᾶσαι αἱ ὑπερβάσεις τῶν ἄκρων ὁρίων τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως οὕτω πως ἀπίθανοι καὶ ἀδύνατοι ἐν τῇ πράξει. Ὑποθεθείσθω φέρεται εἰπεῖν ὅτι ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας κανονίζει ποσὸν «ἀναλόγου διατροφῆς» (1484) ἐν τ ε λ ῶ ς ἀ ν ε π α ρ κ ἔ ς ἐν σχέσει πρὸς τὰς ἀνάγκας τοῦ δικαιοῦχου καὶ ὅτι ἡ γλισχρότης τοῦ ποσοῦ τούτου εἶναι τοιαύτη, ὥστε νὰ τελῇ εἰς ἔκδηλον ἀντίθεσιν πρὸς τὴν ἔννοιαν τοῦ ἄρθρ. 1484, λαμβανομένων μάλιστα ὑπ' ὄψιν τῶν ὑπ' αὐτοῦ τούτου τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γενομένων δεκτῶν ὅρων κοινωνικῆς θέσεως τοῦ δικαιοῦχου καὶ τῶν λοιπῶν πραγματικῶν περιστατικῶν. Δέον νὰ ἀποφανθῇ τὸ ἀκυρωτικὸν ὅτι τὸ ζήτημα τοῦ ἐκάστοτε «προσέχοντος» καὶ «δικαίου» ποσοῦ «ἀναλόγου» διατροφῆς εἶναι «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως», ἀποκείμενον πάντοτε ἀνεξαιρέτως εἰς τὴν ἀνεξέλεγκτον κρίσιν τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας;

Ἀνάλογα ζητήματα γεννῶνται ἐν σχέσει πρὸς ἐνδεχομένην ὑπέρβασιν τῶν ἄκρων ὁρίων τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ καθορισμῷ π.χ. τῆς «εὐλόγου» ἀμοιβῆς ἐφευρέτου (668), ἐν τῇ κρίσει περὶ «κατεπείγοντος» ἢ «ἀναγκαιοῦντος» (π.χ. 677) ἢ «ἐπαρκοῦς» (1399, 1454, 1478, 1482, 1495, 501, 1483), ἐν ὑπερβολικῇ τυχόν—μέχρι σημείου τελούντος εἰς ἀντίθετον πρὸς τὴν ἔννοιαν τοῦ νόμου—μειώσῃ τῆς συννομολογηθείσης ποινικῆς ρήτηρας (409) ἢ τῶν συμφωνηθέντων μεσιτικῶν δικαιωμάτων (707) κλπ.

Ἡ στάθμισις μὴ νομίμων συντελεστῶν οὐσιαστικῆς κρίσεως, ἔτι δὲ μᾶλλον ἢ ἄποψις πρὸς σκοποὺς ἀλλοτρίους τῶν νομίμων—τόσον συχναὶ ἐν τῇ κατ' εὐχέρειαν δράσει τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν—τυγχάνουσιν ὁμολογουμένως σπάνιαι ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, λόγῳ τῆς ὡς εἴρηται ἐπιμελημένης κατὰ τὸ πλεῖστον νομικῆς μορφώσεως καὶ τοῦ ἐγνωσμένως ἀντικειμενικοῦ ἥθους τῶν πολιτικῶν δικαστῶν, κατ' ἀκολουθίαν τῆς συνήθως ἀκριβοδικαίας διαγωνιστικῆς δοκιμασίας καὶ τῶν ἄλλων οὐσιαστικωτέρων ἐν σχέσει πρὸς τὴν πρόσληψιν διοικητικῶν ὑπαλλήλων ἐγγυήσεων, αἵτινες περιβάλλουσι τὴν ἐπιλογὴν τῶν εἰς τὰς δικαστικὰς ἑδρας τοποθετουμένων λειτουργῶν, ὅσάκις εὐνομεῖται ἡ χώρα. Πάντως δὲν ἀποκλείεται ἀπόφασίς τις δικαστηρίου τῆς οὐσίας νὰ ἀποκλίνῃ ὑπὲρ τινος δικαιοδοτικῆς λύσεως σταθμίζουσα ἐκ πλάνης π.χ. τὴν «δημοσίαν ἀνάγκην», ἀντὶ τῆς ὑπὸ τοῦ νόμου καθιερουμένης ὡς συντελεστοῦ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως «ἀνάγκης» τοῦ ἐτέρου τῶν διαδίκων, ἢ σταθμίζουσα ἐκ νομικῆς ὡσαύτως πλάνης ἀδήλους καὶ ἀνεπιδέκτους προβλέψεων μελλοντικὰς ἀνάγκας γειτονικοῦ συνοικισμοῦ διαθέτοντος ἴδιον ἐπαρκὲς νῦν ὕδωρ, ἀντὶ νὰ ἀποβλέψῃ ἀποκλειστικῶς εἰς τὰς εἰς

ὑδωρ ἀνάγκας μόνου τοῦ χωρίου (1027), ἡ σταθμίζουσα τὰ παντοῖα συμφέροντα τοῦ ἑτέρου τῶν διαδίκων, καὶ αὐτὰ τὰ ἡθικὰ καὶ τὰ κοινωνικά, ἐνῶ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου ὥφειλε νὰ ἀποβλέψῃ ἀποκλειστικῶς εἰς τὸ οἰκονομικὸν τούτου «συμφέρον», ἡ τέλος λαμβάνουσα ὀλιγώτερον ὑπ' ὄψιν—καθ' ἃ ρητῶς ἀναφέρεται ἐν τῷ σκεπτικῷ—τὸ συμφέρον τῶν προσφάτως μετασχόντων τῆς κοινωνίας, ἐνῶ κατὰ νόμον ἔδει νὰ σταθμίσῃ ἐν ἴσῃ μοίρᾳ τὸ συμφέρον πάντων τῶν κοινωνῶν (790).

Εἰς τοιαύτας περιπτώσεις δὲν θὰ ἦτο σύμφωνος πρὸς τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου ἐνδεχομένη ἀπόφασις τοῦ ἀκυρωτικοῦ ὅτι ἐν πάσῃ περιπτώσει ρητὴ ἐν τῷ διατακτικῷ παράβασις σαφοῦς ὁρισμοῦ τοῦ νόμου δὲν ἔχει ἐμφιλοχωρήσει ἐν τῇ κατ' οὐσίαν κρίσει, ὅτι αἱ αἰτιάσεις τοῦ ἀναιρεσειόντος ἀφορῶσιν εἰς μόνας τὰς ἐν τῷ αἰτιολογικῷ τῆς ἀποφάσεως παρεισφρυσάσας σκέψεις, ὅτι πάντως ἐν τῷ σκεπτικῷ εὗρηνται καὶ ἕτεραι αἰτιολογίαι ὅλως νόμιμοι, αἵτινες ἀρκοῦσιν ὥπως βασίσωσι τὴν ἐκφερομένην ἐν τῷ διατακτικῷ ἀπόφασιν, ὅτι αἱ ἔννοιαι τοῦ «συμφέροντος» καὶ τῆς «ἀνάγκης» ἔχουσι τόσον ἀκαθόριστον νομικὸν περιεχόμενον, ὥστε τὸ δικαστήριον τῆς οὐσίας, καὶ ἂν ἔτι ἐστάθμιζεν ἄλλους συντελεστὰς ἐκτιμήσεως, θὰ ἠδύνατο ἄριστα νὰ καταλήξῃ εἰς τὴν αὐτὴν δικαιοδοτικὴν λύσιν, ὅτι εἰδικώτερον ἢ γενομένη μείωσις τοῦ ὑδατος θὰ ἠδύνατο ἐξ ἴσου καλῶς καὶ νομίμως νὰ θεωρηθῇ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας ὡς «σπουδαία» (1027) καὶ ἂν ἔτι οὐδαμῶς ἐστάθμιζεν οὗτος σὺν τοῖς ἄλλοις καὶ τὰς ἀνάγκας τοῦ γειτονικοῦ συνοικισμού καὶ ὅτι ἐν τελευταίᾳ ἀναλύσει ὁ ἀναιρεσειὼν ἀδίκως παραπονεῖται, καθ' ὅσον δὲν ὑπέστη τι μὴ ὑπὸ τοῦ νόμου προβλεπόμενον. Εἰς ταῦτα τὸ αἶσθημα τοῦ δικαίου θὰ ἠδύνατο νὰ ἀντιτάξῃ ὅτι ναὶ μὲν ἡ προκριθεῖσα κατ' οὐσίαν δικαιοδοτικὴ λύσις καθ' ἑαυτὴν δὲν ἐτέλει ἐκτὸς τοῦ πλαισίου τῶν νομικῶν δυνατοτήτων τοῦ ἐφαρμοστοῦ τοῦ νόμου ὑπὸ τοὺς δεδομένους πραγματικοὺς ὅρους, ἀλλ' ὅτι πάντως, ἂν ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας δὲν ὑπέπιπτεν εἰς νομικὴν πλάνην καὶ ἐστάθμιζε νομίμους μόνον συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως, ἥθελε πιθανώτατα ἀποκλίνει ὑπὲρ λύσεως «δικαιοτέρας».

Ἐπὶ τινων περιπτώσεων ἡ νομολογία τοῦ Ἀρείου Πάγου ἔχει ἀμβλύνει τὴν αὐστηροτάτην καὶ ἄκρως συντηρητικὴν δικονομικὴν ἀρχὴν ὅτι διὰ τὸ παραδεκτὸν τῆς αἰτήσεως ἀναιρέσεως ἀπαιτεῖται ρητὴ ἐν τῷ διατακτικῷ τῆς ἀποφάσεως παράβασις σαφοῦς ὁρισμοῦ τοῦ νόμου, καθιστῶσα παραδεκτὴν τὴν ἀναίρεσιν καὶ δι' ἐσφαλμένην ἐφαρμογὴν ἐννοιῶν μὴ κεκτημένων καθωρισμένον νομικὸν περιεχόμενον, καθιερουσῶν δὲ τοῦναντίον κατ' ἀρχὴν τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν ⁽¹⁾. Ἡ θαρραλέα αὕτη καὶ πῶς δημιουργικὴ νομολογιακὴ τακτικὴ καθίσταται ἐπιβεβλημένη—καὶ πρὸ τῶν σχετικῶν μελετωμένων τροποποιήσεων τοῦ θετοῦ δικονομικοῦ δικαίου—ἐν σχέσει πρὸς π ᾱ σ α ν π α ρ α ν ο μ ί α ν ἐμφιλοχωροῦσαν ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ἐξαίρεσει τῶν ἄνωτ. ἐν ἀρχῇ τῆς προηγ. παραγρ. 3 περιπτώσεων τῆς πραγ-

1) Πρβλ. κατωτ. σημ. 4.

ματικῆς πλάνης. Αἱ εἰς τὸ σκεπτικὸν τῆς ἀποφάσεως παρεισφρύσασαι νομικαὶ πλάναι, ἡ ἐκεῖ γενομένη στάθμισις συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως μὴ νομίμων, ἡ ἀποψις πρὸς σκοποὺς ἀντικειμενικοὺς μὲν ἴσως, ἀλλὰ πάντως ξένους πρὸς ἐκείνους, οὓς ὁ νομοθέτης εἶχεν ὑπ' ὄψιν αὐτοῦ καθιερῶν τὸ ὑπὸ κρίσειν θέμα δικαιοδοτικῆς εὐχερείας, πάντα ταῦτα, ἐφ' ὅσον ἔχουσιν ἐξωτερικευθῇ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας εἰς ἐκπεφρασμένους σκέψεις ἐν τῷ αἰτιολογικῷ, ἀποτελοῦσι παρανομίας ἐν τῷ χειρισμῷ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, αἵτινες δέον νὰ συνεπάγονται τὸν ἀκυρωτικὸν ἔλεγχον—ἔστω καὶ ἂν ὑφίστανται καὶ ἕτεροι νόμιμοι αἰτιολογίαι ἐν τῷ σκεπτικῷ, ἐπαρκεῖς ὅπως στηρίζωσι τὸ διατακτικὸν—χωρὶς τὸ παράπαν, ὡς εἰκός, νὰ θίγωνται τὰ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γεγόμενα δεκτὰ πραγματικὰ περιστατικὰ ἐν τῇ ὑλικῇ αὐτῶν ὑποστάσει. Τῶνόντι, αἱ ῥηθεῖσαι ὑπερβασίαι ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς ἐκτιμήσεως ἐπιδρῶσι πάντοτε ἐπὶ τῆς προκρινομένης δικαιοδοτικῆς λύσεως—εἶναι πράγματι ἄδηλον εἰς τί θὰ κατέληγεν ἡ εὐλογος κρίσις τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας, ἂν δὲν ὑπέπιπτεν εἰς νομικὴν πλάνην ἢ ἂν ἐστάθμιζε νομίμους ἀποκλειστικῶς συντελεστὰς οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως—ἐν ἄλλοις λόγοις τὸ ἀποφασισθὲν διατακτικὸν ἀποτελεῖ ἀναγκαίαν συνάρτησιν τῶν γενομένων παρανόμων σκέψεων· ἀφ' ἑτέρου δ' ἡ διάγνωσις καὶ ἡ ἔκτασις τῶν ὡς εἴρηται ὑπερβασίων συνιστᾷ ἐκάστοτε ζήτημα νομικὸν καὶ οὐχὶ πραγματικόν.

Ὡσαύτως, ἐν σχέσει πρὸς τὸ «πλαίσιον» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, δὲν εἶναι ὅσον συνήθως νομίζεται δυσχερὴς ἡ διάκρισις τοῦ νομικοῦ ζητήματος ἀπὸ τοῦ πραγματικοῦ. Ἐφ' ὅσον ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ἐκινήθη ἐντὸς τοῦ ρηθέντος πλαισίου, τὸ ζήτημα εἶναι καθαρῶς πραγματικὸν καὶ ἀνέλεγκτον κατ' ἀναίρεσιν. Ἐφ' ὅσον ὅμως ἤθελε νομικῶς διαγνωσθῇ, λαμβανομένων ὑπ' ὄψιν αὐτῶν τούτων τῶν ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γενομένων δεκτῶν πραγματικῶν γεγονότων, ὅτι ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις ὑπερέβη ἐν τῇ κρινομένῃ ἀτομικῇ περιπτώσει συγκεκριμένον τινὰ φραγμὸν τοῦ προσήκοντος εἰς αὐτὴν πλαισίου, τασσόμενον ὑπὸ τῆς σχετικῆς διατάξεως ⁽²⁾, ἡ ἐκάτερον τῶν ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου συναγομένων ἐκάστοτε ἄκρων ὁρίων τοῦ ὡς εἴρηται πλαισίου, τὸ ζήτημα παύει ὄν πραγματικὸν καὶ καθίσταται ζήτημα καθαρῶς νομικὸν καὶ ἐλεγκτὸν κατ' ἀναίρεσιν ⁽³⁾. Θὰ ἀπετέλει ἀφόρητον τυπικολογίαν

2) Ὁρα ἄνωτ. ἐν τέλει τῆς προηγ. παραγρ.

3) Καὶ παρὰ τοῦ γερμανικοῦ ἀκυρωτικοῦ ἐν τῷ θεσμῷ τῆς Revision ἐλέγχεται ἂν ὁ συντρέχων καὶ ὡς «σπουδαῖος» χαρακτηρισθεὶς ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας λόγος εἶναι πράγματι «σπουδαῖος», ἂν ἦτο ἢ οὐ «εὐλογος» ἢ ταχθεῖσα προθεσμία κλπ. Πρβλ. Fr. Stein-M. Jonas, Die Zivilprozessordnung für das dt. R., ἔκδ. 14η, τόμ. β' (1929) § 549 III B (σ. 120), ἐνθα καὶ νομολογία τοῦ Reichsgericht. Νοοῦνται, ὡς εἰκός, αἱ περιπτώσεις καθ' ἃς διαγιγνώσκεται ὑπερβασίς τοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς εὐχερείας, καθ' ὅσον ἄλλως παρανομία δὲν ὑφίσταται. Δι' ὃ καὶ ὁ ρηθεὶς ἔλεγχος εἶναι συχνότερος ὁσάκις τὸ «μέτρον» τῆς τοιαύτης γνησίας ἐκτιμήσεως εἶναι στενότερον : «οὐσιώδης ἔλλειψις», «χρηστὰ ἦθη» κλπ. Ἰδὲ καὶ Ul. Scheuner, ἐνθ' ἄνωτ. σελ. 90, ἐν τέλει τοῦ κειμένου, καὶ σημ. 51. Πρβλ. καὶ τὰ ὑπὸ Stein-Jonas, αὐτόθι σελ. 119, ἐκτιθέμενα : «Die Revision wird nicht dadurch begründet, dass das untere

ἂφ' ἐνὸς μὲν νὰ δέχεται ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας τὸ πραγματικὸν γεγονὸς τῆς παρὰ τῇ Ἑθνικῇ Τραπεζῇ γενομένης καταθέσεως, ἂφ' ἑτέρου δὲ νὰ ἀποφαινῇται οὗτος ὅτι ἡ τοιαύτη ἐνέργεια τοῦ ιδιώτου δὲν πληροῖ τὴν προϋπόθεσιν τοῦ νόμου περὶ τοποθετήσεως παρ' «ἀσφαλεῖ» τραπεζῇ, τὸ δ' ἀκυρωτικὸν νὰ ἀπέχη παντὸς ἐλέγχου μὲ τὴν αἰτιολογίαν ὅτι «ἡ περὶ τοῦ ἀσφαλοῦς ἢ μὴ χαρακτηρὸς πιστωτικοῦ τινος ἰδρύματος κρίσις τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας εἶναι ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως». Ἡ νὰ δέχεται ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας τὸ πραγματικὸν γεγονὸς τῆς ἀρίστης κοινωνικῆς θέσεως τοῦ δικαιουμένου διατροφῆς καὶ τὴν ἔκτασιν τῶν ἀναγκῶν του τροφῆς, οἰκήσεως, ἀνατροφῆς, ἐκπαιδεύσεως κλπ. (1484), ἀλλὰ νὰ θεωρῇ ὡς «ἀνάλογον» διατροφήν ποσὸν ἐκδήλως κατὰ κοινὴν λογικὴν ἀνεπαρκές, τὸ δ' ἀκυρωτικὸν νὰ ἀποφαίνεται ὅτι ὁ ἐκάστοτε καθορισμὸς τοῦ ποσοῦ τῆς «ἀναλόγου» διατροφῆς ἀποτελεῖ ἀνέλεγκτον κατ' ἀναίρεσιν «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως». Ἡ—ὀρίζοντος τοῦ νόμου ὅτι ἡ περὶ «εὐπορίας» ἢ «ἀπορίας» κρίσις ἀπόκειται εἰς τὴν δικανικὴν ἐκτίμησιν—νὰ δέχεται ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας τὸ πραγματικὸν γεγονὸς ὅτι ἡ μόνη περιουσία τοῦ διαδίκου εἶναι κατάθεσίς τις παρὰ τῇ Α τραπεζῇ, ἀνερχομένη εἰς τὸ α ποσὸν δραχμῶν (ἀνάξιον λόγου κατὰ τὸν κοινὸν νοῦν καὶ μηδαμινὸν εἰσόδημα ἀποφέρον), ἀλλὰ νὰ θεωρῇ ἀκολουθῶς βάσει τῆς περιουσίας ταύτης τὸν διάδικον ὡς «εὐπορον», τὸ δ' ἀκυρωτικὸν νὰ ἀποφαίνεται ὅτι πρόκειται περὶ ἐννοίας μὴ κεκτημένης σαφῶς καθωρισμένον νομικὸν περιεχόμενον καὶ ὅτι συνεπῶς ὁ ἐκάστοτε χαρακτηρισμὸς διαδίκου τινὸς ὡς «εὐπόρου» ἢ «ἀπόρου» ἀποτελεῖ «ζήτημα πραγματικῆς ἐκτιμήσεως», μὴ ἐλεγχόμενον κατ' ἀναίρεσιν.

Εἷς τινὰς περιπτώσεις ἐλέγχει ἤδη τὸ ἀκυρωτικὸν τὴν κρίσιν τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας περὶ τοῦ ὀρθοῦ νομικοῦ χαρακτηρισμοῦ τῶν ὑπ' αὐτοῦ γενομένων δεκτῶν πραγματικῶν γεγονότων καὶ τὸ νόμιμον τῆς ὑπαγωγῆς τοῦ πραγματικοῦ τούτου ὑλικοῦ εἰς τὴν νομικὴν ἐννοιαν τῆς ἐφαρμοζομένης διατάξεως. Πολλάκις ἐθεωρήθη ἡ ὑπαγωγή τοῦ δεκτοῦ γενομένου πραγματικοῦ ὑλικοῦ ὑπὸ τινὰ «ἐλαστικὴν» νομικὴν ἐννοιαν ὡς παρανόμως χωρήσασα καὶ κατ' ἀκολουθίαν ὡς συνιστῶσα ἐσφαλμένην ἐφαρμογὴν τοῦ νόμου (*).

Gericht von seinem freien Ermessen einen nicht sachgemässen Gebrauch gemacht hat. Eine Gesetzesverletzung liegt aber dann vor, wenn das Gericht die gesetzlichen Voraussetzungen und Grenzen seines Ermessens verkannt hat, insbesondere in der irrigen Annahme des Zwanges zu einer bestimmten Entscheidung». Τὸ τελευταῖον ἀποτελεῖ περίπτωσιν νομικῆς πλάνης ἐν τῷ σκεπτικῷ. Ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας δὲν ἀποφασίζει τι ἐν τῷ διατακτικῷ μὴ ὑπὸ τοῦ νόμου προβλεπόμενον, ἀλλ' ἀπλῶς θεωρεῖ πεπλανημένως τὴν ἀποφασισθεῖσαν δικαιοδοτικὴν λύσιν ὡς τὴν μόνην, ἣν εἶχε κατὰ νόμον εἰς τὴν διάθεσιν αὐτοῦ, ἐνῶ τὸ ἀκριβές εἶναι ὅτι ὁ νομοθέτης εἶχε παράσχει αὐτῷ εὐχέρειαν προκρίσεως.

4) Ἰδὲ π.χ. Ἀρ. Π. 174 τοῦ 1925 ἐν Θέμ. ΑΖ' σελ. 1 (ἡλέγχθη ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας—βάσει τῶν παρ' αὐτοῦ τούτου γενομένων δεκτῶν πραγματικῶν γεγονότων—περὶ τῆς διαγωγῆς τῆς μητρὸς-ἐπιτρόπου ὡς «ὁμολογουμένως κακῆς», κατ' ἀκολουθίαν δὲ συνεπαγομένης, συνωδὰ τῷ νόμῳ, ἀποβολὴν ἐκ τῆς ἐπιτροπείας),

Τοῦναντίον ὅμως, εἰς ἄλλας περιπτώσεις, ὁ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας νομικὸς χαρακτηρισμὸς τοῦ γενομένου δεκτοῦ πραγματικοῦ ὕλικου θεωρεῖται ἀδιακρίτως ὡς «πραγματικὴ ἐκτίμησις», διαφεύγουσα τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου. χωρὶς νὰ ἐξετάζηται μήπως ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας, κατὰ λόγον τῶν συνδραμόντων ἐν τῇ κρινομένῃ περιπτώσει πραγματικῶν περιστάτικῶν, ὑπερέβη ἐν τῇ περιπτώσει ταύτῃ τὸ τυχὸν προσῆκον εἰς τὸ ρηθὲν δικαστήριον πλαίσιον δικανικῆς ἐκτιμήσεως ⁽⁵⁾.

Ἡ ἐπαμφοτερίζουσα αὕτη τακτικὴ ἦτο ἐπόμενον νὰ ἀγάγῃ εἰς ἀντιφάσεις ἐν τῇ νομολογίᾳ τοῦ παρ' ἡμῖν ἀκυρωτικοῦ, ἀπαντώντας ἐνίοτε καὶ ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τῆς αὐτῆς ἀκριβῶς νομοθετικῆς διατάξεως. Ὑπὸ τύπον παραδειγμάτων θὰ ἡδύνατό τις νὰ ἀναφέρῃ τὰς ἄλλοτε συχνὰς ἀντιφάσεις ἐν τῷ θέματι φέρ' εἰπεῖν τῆς «συγγνώμης» ⁽⁶⁾, ἐπὶ λόγου τινὸς διαζυγίου, ὡσαύ-

112 τοῦ 1938 ἐν ΜΘ' σελ. 504, 57 καὶ 64 τοῦ 1939 ἐν Ν' σελ. 414 καὶ 454 (ἡλέγχθη ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας—βάσει τῶν παρ' αὐτοῦ τούτου γενομένων δεκτῶν πραγματικῶν γεγονότων—καθ' ἣν δῆθεν δὲν συνέτρεχεν «ἀνωτέρα βία» ἢ «καλὴ πίστις» ἢ «αἰσchrά αἰτία» ἢ διαγωγή «ἀντίθετος πρὸς τὰ χρηστὰ ἥθη»). Ἐπρόκειτο περὶ ὑπερβάσεως τοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, λίαν στενοῦ ἄλλως τε κατὰ τὰς ἀνωτέρω περιπτώσεις.

5) Οὕτω φέρ' εἰπεῖν Ἀρ. Π. 155 τοῦ 1903 ἐν Θέμιδι ΙΔ' σελ. 577 («ἀποφνημαμένη ἢ προσβαλλομένη ἀπόφασις ὅτι δὲν ὑπῆρξεν «ἀνάγκη» κλπ., «κίνδυνος συμφερόντων» κλπ., ἐξήνεγκε κρίσιν περὶ πραγματικοῦ γεγονότος, διαφεύγουσαν τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου»). Ἀλλὰ καὶ πολλαὶ νεώτεραι: π.χ. ἡ 170 τοῦ 1926 ἐν ΛΖ' σελ. 337 («ἡ κρίσις περὶ τοῦ ἂν ἢ γενομένη ἀπειλὴ ἦτο «σοβαρά», ἱκανὴ νὰ ἐπιδράσῃ εἰς τὴν βούλησιν τοῦ ἐκβιαζομένου καὶ νὰ ἐπηρεάσῃ συνετὸν ἄνθρωπον, εἶναι πραγματικὸν γεγονός, διαφεύγον τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου»), ἡ 135 τοῦ 1929 ἐν Μ' σελ. 508 («ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας περὶ τῆς ἐκάστοτε «ἐπαρκείας» τοῦ πρὸς ἐκτέλεσιν τῆς ὑποχρεώσεως τοῦ ὀφειλέτου προσδιοριζομένου παρὰ τοῦ πιστωτοῦ χρόνου εἶναι ἀνέλεγκτος»), ἡ 206 τοῦ 1929 ἐν Μ' σελ. 653 («ἡ κρίσις τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας ὅτι ἡ ἐν τῇ συγκεκριμένῃ περιπτώσει συμπεριφορὰ τῆς ἐναγομένης συνιστᾷ «βαρὺν πταῖσμα» δὲν ὑπόκειται εἰς τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου»), ἡ 27 τοῦ 1931 ἐν ΜΒ' σελ. 210 («ἡ κρίσις περὶ συνδρομῆς ἢ μὴ ἰδιαιτέρων περιστάσεων ἐξ ὧν ἐπῆλθε «βαρεῖα προσβολή» εἰς τὸν σύζυγον κατὰ τὸ ἄρθρ. 16 τοῦ ν. 2228 τοῦ 1920 δὲν ὑπόκειται εἰς τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου»), ἡ 394 τοῦ 1934 ἐν ΜΓ' σελ. 161 («τὸ δικαστήριον τῆς οὐσίας δέχεται ὅτι δὲν συντρέχει ἡ «ἀνάγκη» ταχίστης ἀποτροπῆς «κινδύνου». Ἡ τοιαύτη κρίσις, ἀφορῶσα εἰς πράγματα καὶ μὴ προσβάλλουσα κανόνα τινά, διαφεύγει τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου») καὶ ἡ 164 τοῦ 1935 ἐν ΜΓ' σελ. 952 («ἡ κρίσις περὶ ὑπάρξεως «κινδύνου» διαφεύγει τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρ. Π.»).

Τὸ ἀκυρωτικὸν οὐδαμῶς ἐξήτασεν εἰς ὅλας τὰς ἀνωτέρω περιπτώσεις μήπως ἐν τῇ ἐκφορᾷ τῆς κρίσεως ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας ὑπερέβη τὰ ἄκρα ὅρια τοῦ ἐμπεπιστευμένου εἰς αὐτὸν—στενοῦ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον—πλαισίου γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Ἐντούτοις συχνὰ συμβαίνει τοῦτο. Οὕτω πιθανῶς καὶ ἐν τῇ προτελευταίᾳ ἀναφερομένη ἀποφάσει. Πρβλ. σημ. Ἐφ. ἐλλ. νομικῶν ἐν τόμ. β' σελ. 165.

6) Ἀρ. Π. 27 τοῦ 1931 καὶ 508 τοῦ 1933 ἐν Θέμ. ΜΒ' σελ. 210 καὶ ΜΕ' σελ. 147. Ἀμφότεραι ἀποκλείουσι τὸν ἀκυρωτικὸν ἔλεγχον. Ἀντιθέτως πρὸς ταύτας δέχεται τὸν ἀκυρωτικὸν ἔλεγχον ἡ Ἀρ. Π. 180 τοῦ 1932 ἐν ΜΓ' σελ. 554. Πλάσιον γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως οὐδαμῶς ὑφίσταται ἐν προκειμένῳ.

τως δὲ τῶν «χρηστῶν ἡθῶν» (7), ὅπερ ὁμως θέμα χαρακτηρίζει ἤδη ἡ νομολογία παγίως ὡς καθαρῶς νομικὸν καὶ ἐλεγκτὸν κατ' ἀναιρέσιν (8). τέλος δ' ἐν τῷ ζητήματι τοῦ ἄρθρου 5 τοῦ ν. 2228 τοῦ 1920 (ἀστ. κώδ. 1442) (9), ἐν σχέσει πρὸς τὸ ὅποῖον ἤδη ἡ νομολογία ἔχει παγιώσει τὴν γνωστὴν διάκρισιν μεταξὺ γενικῆς καὶ ἀφ' ἑρμείνης κρίσεως, ἐχούσης πάντοτε «νομικὸν» χαρακτῆρα καὶ οὐσῆς ἐλεγκτικῆς (10), καὶ κρίσεως σχετικῆς πρὸς τὴν συγκεκριμένην περιπτῶσιν οὐσῆς πάντοτε «πραγματικῆς», κατ' ἀκολουθίαν δ' ἀνεξελέγκτου (11).

Αἱ ἀντιφάσεις ἐν τῇ νομολογίᾳ καὶ αἱ συναφεῖς συχναὶ μεταξὺ τῶν συγγραφέων διχογνωμίαι δέον νὰ ἀποδοθῶσιν εἰς τὴν φύσιν τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως, ἥτις δὲν ἔχει παρασχεθῇ ὑπὸ τοῦ νομοθέτου εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν ὑπὸ μορφὴν ἀπόλυτον, ἀλλὰ τοῦναντίον πάντοτε ἐν τινι, ὡς εἴρηται, «μέτρῳ» ἢ «πλαισίῳ». Προκειμένου περὶ τῆς αὐτῆς ἐκάστοτε «ἐλαστικῆς» ἐννοίας, ὁ συσχετισμὸς τοῦ διαπιστωθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ πρὸς τὴν διάταξιν τοῦ νόμου ἄγει τὴν νομικὴν διάγνωσιν εἰς τὸ πόρισμα ὅτε μὲν ὅτι ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας παρέβη τὴν ἀληθῆ ἐννοιαν τοῦ νόμου, ὅτε δὲ τοῦναντίον, ἀναλόγως τοῦ ἂν ὑπὸ τοὺς δεδομένους πραγματικοὺς ὅρους τῆς συγκεκριμένης ἀτομικῆς περιπτώσεως εἶχεν ἢ οὐ ὑπερβῇ ἡ δικανικὴ κρίσις τὸ ἐκ τοῦ πνεύματος τοῦ νόμου συναγόμενον πλαίσιον γνησίας ἐκτιμήσεως.

Κατ' ἀκολουθίαν ἔχομεν τὴν γνώμην ὅτι καὶ τὸ ἐλεγκτὸν τῆς ἀναιρεσιβαλλομένης ἀποφάσεως παρὰ τοῦ Ἀρείου Πάγου δέον εἰς τὰς περιπτώσεις τῆς ἀσκήσεως γνησίας εὐχερείας τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας νὰ συνάγῃται ἐκά-

7) Πρβλ. π.χ. τὰς ἀντιθέτους πρὸς ἀλλήλας Ἀρ. Π. 52 καὶ 279 τοῦ 1904 ἐν Ἐφ. ἐλλ. γαλλ. νμλ. (Μπαλάνου) τόμ. 24 σελ. 395 καὶ τόμ. 25 σελ. 149. Ἐπίσης τὴν ἀντίθεσιν μεταξὺ ἀφ' ἑνὸς μὲν τῶν Ἀρ. Π. 13 τοῦ 1897 καὶ 312 τοῦ 1900 (ἐν Θέμ. Η' 246 καὶ ΙΒ' 98), ἀφ' ἑτέρου δὲ τῶν Ἀρ. Π. 307 καὶ 421 τοῦ 1904 (αὐτόθι ΙΓ' σελ. 84 καὶ 241).

8) Πρβλ. ἀνωτ. ΙΙ § 1 σημ. 58. Ἀλλὰ πολλοὶ θεωρητικοὶ ἀντιφρονοῦσι.

9) Οὕτω π.χ. ἐνῶ αἱ 250 τοῦ 1923 (ΛΕ' σελ. 145), 31, 81, 282 τοῦ 1927 (ΛΗ' σ. 291, 403, ΛΘ' σ. 129) κλπ. ἀποφαίνονται ὅτι ἡ ὑπὸ τοῦ ἐφετείου κυριαρχικὴ ἐκτίμησις τῶν παρ' αὐτοῦ γενομένων δεκτῶν πραγματικῶν περιστατικῶν ὡς συνιστῶντων «ὕπαιτιότητα», «ἰσχυρὸν κλονισμόν», «ἀφόρητον συμβίωσιν», ἀναγομένη μόνον εἰς ἐρμηνείαν πραγμάτων, διαφεύγει τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου, τοῦναντίον ἡ 102 τοῦ 1925 (ΛΖ' σελ. 561) καὶ πλεῖσται νεώτεραι ἐπάγονται ὅτι ἡ κρίσις περὶ τοῦ ἂν αἱ δεκταὶ γινόμεναι πράξεις συνιστῶσι τὴν ἐννοιαν τῆς «ὕπαιτιότητος» κλπ. δὲν ἀποτελεῖ μόνον ἐκτίμησιν πραγμάτων, διαφεύγουσαν τὸν ἔλεγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου. Πρβλ. καὶ Λ. Γιδοπούλου ἀγόρευσιν (ἐν τέλει) ὑπὸ τὴν Ἀρ. Π. 230 τοῦ 1927 ἐν ΛΗ', σελ. 739, στ. β'.

10) Ἄν ὧσιν ἢ οὐ, αὐτὰ καθ' ἑαυτά, τὰ δεκτὰ γενόμενα γεγονότα ἐξ ἐκείνων ἅτινα κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου δύνανται νὰ ἐπιφέρωσιν «ἰσχυρὸν κλονισμόν», ἐλέγχεται: Ἀρ. Π. 427 τοῦ 1934 καὶ 48 τοῦ 1935 ἐν Θέμ. ΜΖ', σ. 189 καὶ 605.

11) Δὲν ἐλέγχεται ἂν τὰ δεκτὰ γενόμενα γεγονότα ἐπὴνεγκον ἢ οὐ κλονισμόν ἐν τῇ συγκεκριμένῃ ἐκείνῃ περιπτώσει, ὡς ἐδέχθη τὸ δικαστήριον τῆς οὐσίας: Ἀρ. Π. 427 τοῦ 1934 καὶ 48 τοῦ 1935, ἐνθ' ἀνωτ., καὶ πλεῖσται ἄλλαι.

στοτε ἐκ τῆς διαγιγνωσκομένης τυχὸν ὑπερβάσεως τῶν «ἄκρων ὁρίων» τῆς τοιαύτης δικανικῆς ἐκτιμήσεως. Αἱ λοιπαὶ βάσεις διακρίσεως ἐμφανίζουσιν ἕδαφος ἥττον σταθερόν.

Τὸ ἀκυρωτικόν, ἐλέγχον τὴν τυχὸν ὑπέρβασιν τῶν ἀκραίων ὁρίων τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως, δὲν ὑπάρχει φόβος νὰ μεταστῇ εἰς τρίτου βαθμοῦ δικαιοδοσίαν. Οὔτε «πραγματικά γεγονότα» θέλει ἐλέγχει—διότι τὰ ἐξακριβωθέντα γεγονότα καθ' ἑαυτά, ἐν τῇ ὑλικῇ αὐτῶν ὑποστάσει, οὐδέποτε θέλουνσι τεθῇ ἐν ἀμριβόλῳ—οὔτε «ζητήματα ἐκτιμήσεως». Πράγματι, ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας ἔχει ἐντὸς ὁρίων τινῶν τὴν εὐχέρειαν νὰ παρᾶσχη εἰς τὰ διαπιστωθέντα πραγματικά περιστατικά τὸν προσήκοντα νομικὸν χρωματισμόν. Ἐφ' ὅσον ἡ ἐκτίμησις αὐτοῦ κινεῖται ἐντὸς τοῦ πλαισίου τούτου τῆς νομιμότητος, τὸ ἀκυρωτικόν οὐδέποτε θέλει ἐπέμβει. Ὅσάκις οὖτως ἐν τῷ νομικῷ χαρακτηρισμῷ τῶν γεγονότων ἡθελὲν ὑπερβῇ ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας τὰ ὅρια τῆς γνησίας ἐκτιμήσεως, γεννᾶται ζήτημα καθαρῶς νομικόν. Δὲν πρόκειται πλέον νὰ κριθῇ οὔτε τὸ πραγματικὸν ζήτημα οὔτε ἡ προσήκουσα ἄσκησις τῆς ἐκτιμήσεως, ἀλλ' αὐτόχρομα ἡ ὑ π έ ρ β α σ ι ς τῆς ἐμπεπιστευμένης ἐκτιμήσεως. Οὐχὶ δηλαδὴ ἡ πραγματικὴ-κοινωνικὴ κρίσις, ἀλλ' ἡ νομικὴ ἥδη κρίσις εἶναι ἐκείνη, ἣτις ἐλέγχεται σφαλερά (12). Τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου δὲν ἀνέχεται τὴν ὑπαγωγὴν ο ὡ ς δ ῆ π ο τ ε ἀτομικῆς περιπτώσεως ὑπὸ τὴν διάταξιν τὴν περιέχουσαν τὴν «ἐλαστικὴν» νομικὴν ἔννοιαν. Τοιαύτη τις ὑπαγωγὴ περιπτώσεως ἐκδήλως τελοῦσης ἐκτὸς τοῦ πλαισίου τοῦ νόμου ἀποτελεῖ ἐ σ φ α λ μ έ ν η ν ἐ φ α ρ μ ο γ ῆ ν τῆς οἰκείας διατάξεως. Ἐν τῇ ὑπαγωγῇ τῶν ποικίλων καὶ ἀμέτρου ἰδιομορφίας περιπτώσεων ὑπὸ τὴν νομικὴν διάταξιν τὴν περιέχουσαν τὴν «ἀκαθόριστον» ἔννοιαν στοιχειώδης τις τοῦλάχιστον ὁμοιομορφία καὶ σταθερότης εἶναι ἐπιβεβλημένη. Δὲν εἶναι ἀνεκτὸν τὸ ἐν ἐφετεῖον νὰ θεωρῇ π. χ. ὡς «ὁμολογουμένως πλούσιον» τὸν διάδικον τὸν κεκτημένον μετρίαν τινὰ περιουσίαν, τὸ δὲ ἄλλο νὰ ὁρῇται τὸ γνῶρισμα τοῦτο εἰς διάδικον πολυεκατομμυριοῦχον. Αἱ περὶ τοιούτων ζητημάτων κρίσεις δὲν εἶναι πάντοτε «ἀνέλεγκτοι πραγματικαὶ κρίσεις». Ἡ εὐκταία «ἐνότης δικαίου» ἐνδείκνυται νὰ ἐπιτευχθῇ διὰ τῆς νομολογίας τοῦ ἀκυρωτικοῦ, διαγραφούσης ὠρισμένα ἄ κ ρ α ὅ ρ ι α ἐκάστης τῶν «ἐλαστικῶν» ἐννοιῶν τοῦ ἰδιωτικοῦ δικαίου.

Ὑποστηρίζεται παρὰ πολλῶν θεωρητικῶν ὅτι ὁ νομικὸς χαρακτηρισμὸς τῶν διαπιστωθέντων καὶ ἀνεπιδέκτων ἀμφισβητήσεως πραγματικῶν περιστατικῶν εἶναι π ά ν τ ο τ ε ἐλεγκτὸς κατ' ἀναίρεσιν, χωρὶς δηλαδὴ νὰ ἐξετάζηται ἂν ἔλαβεν ἢ οὐ χώραν ὑπέρβασις τοῦ πλαισίου τῆς τυχὸν προσηκούσης κατὰ νόμον εἰς τὸν δικαστὴν τῆς οὐσίας γνησίας ἐκτιμήσεως. Ἐπὶ τοῦ ζητήματος τούτου παρατηρητέον τὰ ἑξῆς: Ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ μὲν ἡ δικαιοδοτικὴ

12) Ἐλέγχων ταύτην ὁ Ἄρειος Πάγος δὲν παύει ὦν «*judge des jugements, non pas des affaires*», ὡς ἐκφράζεται περὶ τῆς ἀποστολῆς τοῦ ἀκυρωτικοῦ ὁ Glasson ἐν II § 1101. Θέλει λάβει χώραν ἀπλῇ ἀκύρωσις ν ο μ ι κ ῆ ς κρίσεις.

ἀρμοδιότης εἶναι, ὡς εἴρηται, δεσμευμένη, τότε δὲ πράγματι δέον νὰ ἐλέγχηται π ἄ ν τ ο τ ε κατ' ἀναίρεσιν ὁ νομικὸς χαρακτηρισμὸς τοῦ δεκτοῦ γενομένου πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς διενέξεως ⁽¹³⁾. Εἰς τὰς περιπτώσεις ταύτας τὸ ἄνω-τέρω ζήτημα δὲν γεννᾶται. Ὅσακις ὅμως ἡ ἔννοια τοῦ νόμου ἀφίνει εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν πλαίσιόν τι γνησίας ἐκτιμήσεως, τὸ ἀκυρωτικὸν δέον νὰ καταλείπη ἀνέλεγκτον τὴν κίνησιν τῆς κρίσεως αὐτοῦ τὴν χωρήσασαν ἐντὸς τοῦ ρηθέντος—ἄλλως τε δὲ σχεδὸν πάντοτε στενοῦ—πλαισίου. Εἰς τὰς τελευταίας ταύτας περιπτώσεις δὲν πρέπει νὰ διαστέλλῃ τις ἁπλῶς τὴν διαπίστωσιν τοῦ πραγματικοῦ ὑλικοῦ (ἀνέλεγκτον) ἀπὸ τοῦ νομικοῦ αὐτοῦ χαρακτηρισμοῦ (ἐλεγκτοῦ), ἀλλ' ὀφείλει τριχῶς νὰ διακρίνῃ ἀφ' ἑνὸς μὲν τὴν πραγματικὴν διαπίστωσιν, ἀφ' ἑτέρου δὲ τὸν ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς ἐκτιμήσεως σύννομον κατ' εὐχέρειαν νομικὸν χαρακτηρισμὸν ⁽¹⁴⁾ (ἀμφοτέρω ἀνέλεγκτα) καὶ τέλος τὴν τυχὸν λαβοῦσαν χώραν ἐν τῷ νομικῷ χαρακτηρισμῷ ὑπέρβασιν τοῦ ρηθέντος πλαισίου. Μόνον ἂν ὑπάρξῃ ἡ τελευταία αὕτη περίπτωσις, πρόκειται ἐλεγκτὸν κατ' ἀναίρεσιν νομικὸν ζήτημα, ἐσφαλμένη αὐτόχρομα ἐφαρμογὴ τοῦ νόμου.

Τὸ ἀναφερόμενον ζήτημα ἔχει θεωρητικὴν μόνον σημασίαν. Ἡ ἔκβασις τῆς ἀκυρωτικῆς δίκης θὰ εἶναι ἡ αὐτή, εἴτε εἴπῃ τις ὅτι ὁ νομικὸς χαρακτηρισμὸς εἶναι π ἄ ν τ ο τ ε ἐλεγκτὸς εἴτε τοῦναντίον εἴπῃ ὅτι εἶναι οὗτος ἐλεγκτὸς μόνον ὅσακις ἡ δικανικὴ ἐκτίμησις, προβαίνουσα εἰς αὐτόν, ὑπερέβῃ τὸ ἐμπειστημένον ταύτῃ «μέτρον». Διότι τὸ ἀκυρωτικόν, ἐλέγχον καὶ τὸν ἐ ν τ ὸ ς τ ο ῦ π λ α ι σ ί ο υ γενόμενον νομικὸν χαρακτηρισμόν, θέλει εὑρεῖ τοῦτον νομίμως γενόμενον. Οὕτω φέρ' εἰπεῖν, ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἄρθρου 1027 τοῦ ἀστ. κώδικος, μετὰ τὴν γενομένην ἀνέλεγκτον διαπίστωσιν τοῦ ποσοστοῦ τῆς λαβούσης χώραν μειώσεως τοῦ ὕδατος, ὁ παρὰ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γενόμενος—ἐντὸς τοῦ πλαισίου τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως—νομικὸς ταύτης χαρακτηρισμὸς ὡς «σπουδαίας» θέλει ἐπικυρωθῇ ὑπὸ τοῦ ἀκυρω-

13) Πρβλ. ἀστ. κώδ. 812. Θέλει πάντοτε ἐλεγχθῇ ἂν ἡ διαπιστωθεῖσα διαγωγή τοῦ χρήστου συνιστᾷ τὴν ἔννοιαν τοῦ «δόλου». Τοῦτ' αὐτὸ ἀληθεύει ἐν σχέσει πρὸς τὰ ἄρθρα 919 («ἐκ προθέσεως»), 1441 («κακόβουλος»), 1840 ἐδ. 4 («κακοβούλως») κλπ. Ὡσαύτως θέλει πάντοτε ἐλεγχθῇ ἡ ὀρθότης τῆς ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γενομένης ἐφαρμογῆς τῆς ἐννοίας τῆς «συγγνώμης» (ἀνωτ. ὑποσ. 6) καὶ ὅλων τῶν πλήρως «καθωρισμένων» καὶ μὴ «ἐλαστικῶν» νομικῶν ἐννοιῶν, περὶ ὧν πρβλ. ἀνωτ. ἐν II καὶ αἵτινες δεσμεύουσιν ἐντελῶς τὴν δικαιοδοτικὴν ἀρμοδιότητα, οὐδαμῶς καταλείπουσαι ἔδαφος κινήσεως εἰς τὴν δικανικὴν κρίσιν.

14) Ὑπόδειγμα ἀκριβολόγου διατυπώσεως παρέχει ἡ Ἀρ. Π. 115 τοῦ 1930 ἐν Θέμ. ΜΑ' σελ. 603. Ρυθμίσας τὴν ἐπιμέλειαν τοῦ προσώπου τέκνου τινὸς ἐν διαζυγίῳ, ὁ δικαστὴς τῆς οὐσίας εἶχεν «ἐκτιμήσει» τὰ τοῦ «συμφέροντος» τοῦ τέκνου. Τὸ ἀκυρωτικὸν δὲν ἀποφαίνεται ὅτι κατ' ἀρχὴν εἶναι ἐλεγκτὴ ἡ ὀρθὴ ἐφαρμογὴ τῆς ἐννοίας τοῦ «συμφέροντος» ἢ ὁ νομικὸς χαρακτηρισμὸς τῶν γενομένων δεκτῶν περιστάσεων ἐπιμελείας ὡς «συμφερούσων» ἢ μὴ, ἀλλὰ τοῦναντίον λέγει ὅτι «τὰ περὶ τούτου ἀφῆκεν ὁ νομοθέτης εἰς τὴν ἐ λ ε υ θ έ ρ α ν ἐ κ τ ί μ η σ ι ν τοῦ δικαστηρίου τῆς οὐσίας, ἥτις δὲν ὑπόκειται εἰς τὸν ἐλέγχον τοῦ Ἀρείου Πάγου».

τικοῦ, καθ' ὃ νομίμως γενόμενος, καὶ ἂν ἔτι ἤθελεν οὗτος θεωρηθῇ κατ' ἀρχὴν ὡς ἐλεγκτὸς καίπερ μὴ ὑπερβάς τὰ ἄκρα ὅρια τῆς ἐκτιμήσεως. Ἡ νομικὴ ὅμως ἀκριβολογία ἐπιβάλλει νὰ μὴ εἶχεν οὗτος θεωρηθῇ καὶ ὡς ἐλεγκτὸς, ἀφοῦ δὲν εἶχεν ὑπερβῇ τὸ «μέτρον» τῆς γνησίας ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Διότι ἐφ' ὅσον ὁ τελευταῖος οὗτος ἐκινήθη ἐντὸς τοῦ κατὰ τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου προσήκοντος αὐτῷ πλαισίου ἐκτιμήσεως, δὲν ὑπέπεσεν εἰς παράβασιν τινα νόμου, ὥστε νὰ ὑφίσταται παραδεκτὸς λόγος ἀναιρέσεως. Ἄν ὁ νομοθέτης προϋτίθετο νὰ δεσμεύσῃ πλήρως τὴν ἐπὶ τῆς οὐσίας δικανικὴν κρίσιν—ὁπότε, πράγματι, καὶ ἡ ἐλάχιστη ἐλευθέρα κίνησις αὐτῆς ἤθελεν ἀποτελέσει παράβασιν νόμου—δὲν θὰ ἐχρησιμοποίει τὸν ἐλαστικὸν ὅρον «σπουδαίως», καθιερῶν οὕτω ἐν τινὶ «μέτρῳ» γνησίαν ἐκτίμησιν, ἀλλὰ τοῦναντίον θὰ καθώριζε συγκεκριμένον ποσοστὸν μειώσεως τοῦ ὕδατος, θεσπίζων τοιοῦτοτρόπως δεσμευμένην δικαιοδοτικὴν ἀρμοδιότητα.

Ἐτερον συναφὲς παράδειγμα εἶναι τὸ ἐκ τοῦ ἄρθρου 1985 § 2 συναγόμενον. Ἡ λαβοῦσα χώραν ἐξακρίβωσις τῆς τε ἀξίας τοῦ κληροδοτηθέντος καὶ τῆς πρὸς προμήθειαν τούτου ἀπαιτουμένης δαπάνης ἀποτελοῦσιν ἀπλὴν διαπίστωσιν δύο διακεκριμένων χρηματικῶν ποσῶν, αὐτόχρημα «διακρίβωσιν πραγμάτων» ἐν τῇ ὑλικῇ αὐτῶν ὑποστάσει, μηδὲν ἐλεγκτὴν κατ' ἀναίρεσιν. Ὁ παρὰ τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας γενόμενος νομικὸς χαρακτηρισμὸς τοῦ δευτέρου τῶν ποσῶν τούτων ὡς «ἀναλόγου» ἢ «δυσαναλόγου» εἶναι ἐλεγκτὸς κατ' ἀναίρεσιν μόνον ἂν ἤθελε νομικῶς διαγνωσθῇ ὑπερβάσις τοῦ στενοῦ ἄλλως τε πλαισίου τῆς ἐν τῷ χαρακτηρισμῷ τούτῳ προσηκούσης τῷ δικαστῇ ἐκτιμήσεως. Δὲν θὰ ἦτο ἀκριβὲς νὰ λεχθῇ ὅτι ὁ νομικὸς οὗτος χαρακτηρισμὸς εἶναι π ἄ ν τ ο τ ε ἐλεγκτὸς κατ' ἀναίρεσιν. Τοῦτο θὰ ἐσήμαινεν ὅτι οὐδαμῶς ἀφῆκεν ὁ νομοθέτης εἰς τὸν ἐφαρμοστὴν ἐλευθέραν τινὰ κίνησιν τῆς δικανικῆς κρίσεως ἐν προκειμένῳ. Ἀλλ' ἂν προϋτίθετο πράγματι ὁ νομοθέτης νὰ δεσμεύσῃ πλήρως τὸν δικαστὴν τῆς οὐσίας, δὲν θὰ ἐχρησιμοποίει τὴν «ἐλαστικὴν» ἔκφρασιν «δυσανάλογος»—ἐπιτρέπουσαν νὰ λαμβάνωνται πῶς ὑπ' ὅψιν καὶ αἱ ἴδιαι «περιστάσεις» ἐκάστης κρινομένης περιπτώσεως¹⁵⁾—ἀλλὰ θὰ ὥριζεν ὅτι οἰαδήποτε ἐν ταῖς ἀξιώσεσι τοῦ κυρίου τοῦ πράγματος ὑπερβάσις τῆς ἀληθοῦς ἀξίας αὐτοῦ, ἔστω καὶ κατὰ μίαν δραχμὴν ἢ ὅτι ὠρισμένον ποσοστὸν ὑπερβάσεως—ἂν π.χ. ἡ ἀπαιτουμένη δαπάνη φθάνῃ τὰ 120 ο]ο τῆς ἀξίας τοῦ κληροδοτηθέντος—μετατρέπουσι τὴν ὑποχρέωσιν τοῦ βεβαρημένου εἰς ὀφειλὴν τῆς ἀξίας τοῦ πράγματος. Ἦθελεν οὕτω καθιερωθῇ δικανικὴ κρίσις πλήρως δεσμευμένη, ἀντὶ τοῦ ἤδη θεσπισθέντος μέτρου τινὸς ἐκτιμήσεως.

Τοιαύτη τις διαμόρφωσις τῆς ἀκτίνος ἐνεργείας τοῦ θεσμοῦ τῆς αἰτήσεως ἀναιρέσεως ἐν σχέσει πρὸς τὰς κατὰ γνησίαν ἐκτίμησιν δικανικὰς κρίσεις θὰ ἠδύνατο καὶ νομολογιακῶς νὰ λάβῃ σὺν τῷ χρόνῳ χώραν, καὶ πρὸ πάσης δηλαδὴ ἐν τῷ θετῷ δικαίῳ μεταρρυθμίσεως: Ἀφ' ἐνὸς μὲν ὁ νομικὸς χαρα-

15) Πρβλ. ἄνωτ. ἐν τέλει τῆς προηγ. παραγράφου.

κτηρισμὸς τοῦ ἀνελέγκτως διακριβωθέντος πραγματικοῦ ὑλικοῦ τῆς ὑποθέσεως καὶ αἱ λοιπαὶ δικανικαὶ κατ' ἐκτίμησιν κρίσεις νὰ ἐλέγχωνται κατ' ἀναίρεσιν μόνον ὅσας διαγιγνώσκεται ὑπέρβασις τῶν ἄκρων ὁρίων τῆς ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ τῆς οὐσίας. Ἀφ' ἑτέρου δὲ καὶ ἡ ἐλαχίστη νομικὴ πλάνη ἐν τῷ σκεπτικῷ, πρὸς δὲ καὶ ἡ στάθμισις ἔστω καὶ ἐνὸς μόνου μὴ νομίμου συντελεστοῦ οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῇ ἀσκήσει τῆς δικανικῆς εὐχερείας νὰ παρέχωσιν ἔδαφος εἰς ἀναίρεσιν ⁽¹⁶⁾, ἀσχέτως τοῦ ἂν τὰ ἐν τῷ διατακτικῷ ἀποφασιζόμενα καθ' ἑαυτὰ δὲν ἀντιβαίνωσιν εἰς τὸν νόμον καὶ ἀσχέτως τοῦ ἂν ἔτεροι νόμιμοι ἐν τῷ σκεπτικῷ αἰτιολογίαι ᾧσιν ἐπαρκεῖς ὅπως στηρίξωσιν αὐτά. Ἡ ἐπιδιωκομένη «ἐνότης δικαίου» ἐν τῇ ἐφαρμογῇ τοῦ ἀστικοῦ νόμου θὰ ἐξησφαλίζετο τοιοῦτοτρόπως σταθερῶς, χωρὶς οὐδὲ τὸ παράπαν νὰ θιγῇ ὁ ἀμιγῶς ἀκυρωτικὸς χαρακτήρ τῆς ὑπάτης πολιτικῆς δικαιοδοσίας.

16) Arg. ἐκ τῆς Ἀρ. Π. 248 τοῦ 1931, ἐν Θέμ. ΜΒ', σελ. 555. Ἐκ τῆς διατυπώσεως τοῦ αἰτιολογικοῦ προκύπτει ὅτι ὁ δικαστὴς τῆς ἀναιρέσεως ἐλέγχει τὴν νομιμότητα ὅλων τῶν στοιχείων κρίσεως (τῶν συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως) ἐξ ὧν εἶχε συναγάγει τὸ δικαστήριον τῆς οὐσίας τὴν κρίσιν τοῦ περὶ τῆς ιδιότητος τοῦ διαδίκου ὡς «ὁμολογουμένως πλουσίον».

ΠΙΝΑΞ ΤΩΝ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

I.—Ἡ γνησία ἔννοια τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ	σελ. 3—31
§ 1.—Περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ παλαιότερῳ δικαίῳ καὶ ἐν τῷ ἀστικῷ κώδικι Κατὰ κανόνα τὸ ἔργον τοῦ δικαιοδοτεῖν ἀπλοῦς λογικὸς τύπος.—Ἐλλειψις στοιχείων ὑποκειμενικῆς ἐκτιμήσεως· 3. —Ἐξαιρέσεις τοῦ ρηθέντος κανόνος.—Περιπτώσεις ἐκτιμήσεως τοῦ δικαστοῦ παρὰ ρωμαίοις· 12.—Περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ ἔργῳ τοῦ ποινικοῦ δικαστοῦ· 15. —Πολυάριθμοι περιπτώσεις δικανικῆς ἐκτιμήσεως ἐν τῷ νεωτέρῳ ἰδιωτικῷ δικαίῳ· 17.— § 2.—Ἐννοιολογικὴ σχέσις τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως πρὸς τὴν διακριτικὴν εὐχέρειαν τῶν διοικητικῶν ἀρχῶν Ἡ φύσις τῆς εὐχερείας ἢ αὐτὴ παρὰ τε τῇ διοικήσει καὶ τῷ δικαστῇ· 21.—Ὁρισμὸς τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως· 28. —Εἰδικώτεροι διαφοραὶ μεταξὺ δικανικῆς ἐκτιμήσεως καὶ εὐχερείας τῆς διοικήσεως· 29.—	» 3
II.—Ἡ διάγνωσις τῆς «ἐλευθέρας ἐκτιμήσεως» τοῦ δικαστοῦ	» 31—65.
§ 1.—Προταθέντα ἐπισφαλῆ κριτήρια Περιπτώσεις τινὲς εὐχεροῦς διακρίσεως· 31.—Ἡ λεγομένη «ἐλευθέρα» ἐφαρμογὴ τοῦ νόμου ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ· 32.— Ἡ λεγομένη «ἐλευθέρα» ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ «ἐκτίμησις» τῶν πραγμάτων· 38.—Τὸ γράμμα τοῦ νόμου ἐν γένει· 42.— Ἡ δυνητικὴ διατύπωσις· 47.—Ἡ διαζευκτικὴ διατύπωσις· 48.—Ἐννοιαὶ «νομικαὶ» καὶ ἔννοια «πραγματικαὶ - κοινωνικαὶ»· 48.—Τὰ καθ' ἕκαστα θέματα δικαιοδοσίας· 54.—Ὁ ἀκυρωτικὸς ἔλεγχος· 59.—Ἡ ἐννοιολογικὴ πληρότης τῆς ἐφαρμοζομένης διατάξεως· 62.— § 2.—Ἡ ἀποψις πρὸς τὸ πνεῦμα τοῦ νόμου	» 31
III.—Ἡ ἀσκήσις τῆς ἐλευθέρας δικανικῆς ἐκτιμήσεως	» 65—103.
§ 1.—Διάκρισις μεταξὺ «εὐστόχου» καὶ «νομίμου» ἀσκήσεως τῆς γνησίας δικανικῆς ἐκτιμήσεως.—Μορφαὶ ὑφ' ἃς ἐκδηλοῦται ἑκάστοτε ἡ δυνατότης προκρίσεως τοῦ δικαστοῦ «Εὐστόχος» καὶ «νόμιμος» δικανικὴ ἐκτίμησις· 65.—Μορφαὶ κρίσεως τοῦ «κατ' ἐκτίμησιν» δικαιοδοτοῦντος· 69.— § 2.—Ἡ ἔννοια τοῦ «εὐστόχου χειρισμοῦ» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως § 3.—Οὐσιαστικαὶ προϋποθέσεις τῆς νομίμου ἀσκήσεως τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως Ἀκριβὴς ἀντίληψις τῶν προταθέντων καὶ ἀποδειχθέντων πραγματικῶν περιστατικῶν· 80.—Ὁρθὴ ἐφαρμογὴ τῆς οἰκείας διατάξεως καὶ ἀκριβὴς ἀντίληψις τῆς ἐννοίας αὐτῆς· 81.—Ὁ κύκλος τῶν ὑπὸ στάθμισιν «συντελεστῶν οὐσιαστικῆς ἐκτιμήσεως»· 81.—Ὁ κύκλος τῶν «νομίμων σκοπῶν»· 82.—Τήρησις τοῦ «πλαισίου» ἢ τῶν «ἄκρων ὁρίων» τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως· 86.— § 4.—Δυναταὶ καὶ ἐνδεδειγμένοι δικονομικαὶ κυρώσεις τῶν παραβάσεων τοῦ νομίμου χειρισμοῦ τῆς δικανικῆς ἐκτιμήσεως	» 65 » 65 » 75 » 80 » 93.

ΠΑΝΤΕΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ



002000015450

4

6

1

6

3

1997

