

Ο κηπουρός δεν δημιουργεί το άνθος. Η σκέψις και η πρόθεσις δεν έσχον την δύναμιν να δημιουργήσωσι το δίκαιον, αλλά να επιμελώνται αυτού, να το ποτίζωσι, να το κλαδεύωσιν, ιδού ότι δύνανται και ότι έπραξαν εκπάλαι Jhering

1. Ιστορικά

Η Ολομέλεια του Αρείου Πάγου, υπερασπιζόμενη το δικαίωμα του δικαστή να ερμηνεύει το νόμο, έκρινε με πρόσφατη σχετική απόφασή της¹ ότι η λογική ή τελολογική ερμηνεία των νόμων, δηλαδή αυτή που δεν προκύπτει αμέσως από τις λέξεις που χρησιμοποιήθηκαν και τη γραμματική έννοιά τους, αλλά ανευρίσκεται με τη λογική ή νοητική επεξεργασία της φραστικής διατύπωσης του νόμου, είναι έργο και καθήκον της δικαστικής εξουσίας, το οποίο δεν μπορεί να αφαιρέσει ή περιορίσει ο κοινός νομοθέτης χωρίς τον κίνδυνο να παραβιάσει τη διάταξη του άρθρου 26 του Συντάγματος για τη διάκριση των λειτουργιών.

Η άποψη αυτή του ακυρωτικού, που γίνεται γενικά αποδεκτή στις χώρες της Ηπειρωτικής Ευρώπης, δεν υπήρξε ιστορικά τόσο αυτονόητη όσο είναι σήμερα. Στην αρχαία Ρώμη, η εξωνομοθετική δικαιοπλαστική δραστηριότητα του πραίτωρα περιορίζεται ολοένα και περισσότερο από την άσκηση της νομοθετικής εξουσίας του αυτοκράτορα. Αυτή απορροφά τελικά κάθε δικαιοπλαστική εξουσία του πραίτωρα, δυνάμει του Ν. 2 § 21, Κ Ι 17 του Ιουστινιανού, που αναθέτει στον αυτοκράτορα την ερμηνεία του Corpus Juris Civilis.

Στη Γαλλία η δικαστική λειτουργία έγινε στόχος εξαιτίας των αυθαιρεσιών της στην ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου. Τα δικαστήρια αρνούταν να εφαρμόσουν τους νέους νόμους ή ερμήνευαν αυτούς αντίθετα με το πνεύμα τους και παρεμπόδιζαν συνήθως τις προσπάθειες των λειτουργών της διοίκησης να τους εφαρμόσουν.²

Η κατάσταση αυτή είχε οδηγήσει τον Montesquieu³ στη θεωρία ότι για την ανάσχεση τέτοιου είδους καταχρήσεων μόνη ασφαλής

μέθοδος ήταν ο χωρισμός της νομοθετικής και εκτελεστικής λειτουργίας από τη δικαστική και η ρύθμιση της δικαστικής λειτουργίας κατά τρόπο που θα εξασφαλίζει τον περιορισμό της στην εφαρμογή του νόμου και τη μη επέμβασή της στα έργα της νομοθετικής και εκτελεστικής λειτουργίας. Τη θεωρία αυτή του Montesquieu και του Rousseau η Γαλλική επανάσταση κατέστησε δικό της δόγμα, το οποίο οδήγησε σε ένα χωριστό σύστημα διοικητικών δικαστηρίων.

Ο Ναπολεόντιος Αστικός Κώδικας προβλέπει ότι απαγορεύεται στους δικαστές, όταν αποφασίζουν στην υπόθεση που δικάζουν, να θέτουν γενικούς κανόνες συμπεριφοράς. Άρα η ερμηνεία του νομοθέτη ήταν η μόνη δυνατή και επιτρεπόμενη. Όμως αποκλειστική ανάθεση της ερμηνείας του νόμου στο νομοθετικό σώμα, θα το επιβάρυνε με δύσκολα ερωτήματα ερμηνείας του δικαίου, ιδιαίτερα κοπιαστικά.

Η νομοθετική λειτουργία βρέθηκε μπροστά στο δίλημμα ή να αναθέσει την ερμηνεία στα δικαστήρια και να υπονομεύσει το δόγμα της διάκρισης των λειτουργιών ή να βρει άλλο τρόπο προστασίας του δόγματος με την ανάθεση της ερμηνείας σε άλλο όργανο μη δικαστικό. Η δεύτερη λύση κρίθηκε σκοπιμότερη και ένα κυβερνητικό

όργανο δημιουργήθηκε από τη νομοθετική λειτουργία, στο οποίο ανατέθηκε η ακύρωση σφαλερών ερμηνειών του νόμου από τα δικαστήρια. Παρά το γεγονός ότι το όργανο αυτό έμοιαζε με δικαστήριο και ενεργούσε όπως αυτό, η νομοθετική λειτουργία διατήρησε τα προσχήματα και το ονόμασε «Tribunal de Cassation» στο πλευρό του νομοθετικού σώματος. Έτσι οι απαιτήσεις της διάκρισης των λειτουργιών είχαν ικανοποιηθεί και η νομοθετική υπεροχή είχε εξασφαλιστεί. Όμως, ενώ αυτή ήταν η πολιτική βούληση, να κρατηθεί δηλαδή η ερμηνεία του νόμου στα χέρια της νομοθετικής λειτουργίας, δεν άργησε πολύ να φανεί, ότι η φυσική της θέση βρισκόταν στο χώρο της δικαστικής. Έτσι το Tribunal de Cassation προχώρησε με την πάροδο του χρόνου πέρα από τη λειτουργία του αυτή και με βαθμιαία αλλά αναπόφευκτη εξελικτική διαδικασία όχι μόνο υποδείκνυε ότι η απόφαση είχε νομικό σφάλμα, αλλά παρέθετε επίσης την ορθή ερμηνεία του νόμου. Το επόμενο βήμα έγινε με το νόμο του Απριλίου 1837 ο οποίος λησμόνησε την καταγωγή του οργάνου και το ονόμασε Cour de Cassation, θέτοντάς το στην κορυφή του συστήματος των τακτικών δικαστηρίων. Στη Γαλλία και την Ιταλία, ο πλήρης τίτλος είναι Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο (SUPREME COUR DE CASSATION). Έτσι το Ανώτατο πολιτικό και ποινικό δικαστήριο στη δικαστική ιεραρχία των τακτικών δικαστηρίων – αυτό που συγκροτείται από δικαστές και έχει πρωταρχική ευθύνη να εξασφαλίσει την ορθή και ομοιόμορφη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου από τα κατώτερα πολιτικά και ποινικά δικαστήρια – είναι ο απευθείας απόγονος ενός νομοθετικού οργάνου, που δημιουργήθηκε για να κρατήσει την εξουσία της ερμηνείας του νόμου μακριά από τα χέρια του δικαστή.⁴

2. Το πρόβλημα της ερμηνείας σήμερα

Από την παραπάνω ανάλυση προκύπτει ότι ιστορικά η διάκριση των τριών λειτουργιών και η και η αφαίρεση της ερμηνείας του νόμου από τη δικαστική λειτουργία υπαγορεύτηκαν ιδίως από το φόβο των επεμβάσεων της δικαστικής λειτουργίας στο έργο των δύο άλλων

λειτουργιών και ιδίως της νομοθετικής.⁵ Στη σύγχρονη όμως εποχή δεν είναι η δικαστική λειτουργία εκείνη που απειλεί τις λοιπές δύο, αλλά ο αληθινός κίνδυνος προέρχεται από τις παρεμβάσεις στο έργο της των δύο άλλων λειτουργιών και ιδίως της εκτελεστικής. Παρά τους εγχειρόμενους από καιρό σε καιρό θορύβους για τον κίνδυνο που διατρέχει

η δημοκρατική λειτουργία του πολιτεύματος από το «κράτος των δικαστών»⁶ και οι οποίοι έχουν ως βασικό στόχο να περιορίσουν την ανεξαρτησία της δικαιοσύνης και ιδίως τη συνταγματικά κατοχυρωμένη εξουσία της να ελέγχει τη συνταγματικότητα των νόμων (αρθ. 87 § 2 και 93 § 4 του Συντάγματος), γενική είναι η διαπίστωση ότι η διατάραξη της ισορροπίας των τριών λειτουργιών εκπορεύεται πια από την παντοδύναμη εκτελεστική εξουσία, που έχει απορροφήσει και τη νομοθετική και την έχει μεταβάλει σε τυπικό διεκπεραιωτή των νομοσχεδίων. Οι επεμβάσεις στο χώρο της δικαστικής λειτουργίας πραγματοποιούνται κυρίως με την ψήφιση προσωποληπτικών και ιδίως αναδρομικών νόμων που επεμβαίνουν σε εκκρεμείς δίκες με φανερό στόχο τη ρύθμιση εκκρεμών στη δικαιοσύνη υποθέσεων, την κατάργηση κεκτημένων

δικαιωμάτων που αναγνωρίστηκαν με τελεσίδικες αποφάσεις κ.λ.π. Και όταν όμως η νομοθετική λειτουργία δεν επεμβαίνει στο έργο του δικαστή, κάθε άλλο παρά του παρέχει διαφανείς και αναμφισβήτητες νομικές λύσεις. Κάτω από τις συνθήκες αυτές είναι φανερό ότι το ιδεώδες ενός αναλλοίωτου δικαίου αποτελεί σήμερα καθαρή ουτοπία και ότι μόνο η κατάλληλη ερμηνεία του νόμου και η κάλυψη των κενών του με επιστημονικές ερμηνευτικές μεθόδους από τον εφαρμοστή του δικαίου, δηλαδή το δικαστή, μπορεί να εξασφαλίσει την ορθή απονομή της δικαιοσύνης και τα θεμελιώδη δικαιώματα που κυρίως ενδιαφέρουν την κοινωνία.⁷ Γι' αυτό και ο λαός εκτιμά το δικαστή περισσότερο και θεωρεί το δικαστή ως το τελευταίο οχυρό που μπορεί να υπερασπιστεί τον άνθρωπο από την κατάχρηση εξουσίας και να του εξασφαλίσει την ορθή απονομή της δικαιοσύνης.⁸ Σύμφωνα με την κλασική θεωρία της διάκρισης των εξουσιών, που αποτελεί σήμερα, περισσότερο από κάθε άλλη εποχή, το θεμέλιο του Κράτους Δικαίου, ο νομοθέτης νομοθετεί και ο δικαστής εφαρμόζει το νόμο.

Η αντίληψη αυτή, η οποία εξάλλου υλοποιείται στα σύγχρονα δημοκρατικά συντάγματα, δίδει εκ πρώτης όψεως την εντύπωση ότι ο δικαστής δεν μπορεί να επιλύει τις διαφορές κατά την κρίση του και ότι ο κύριος ρόλος του συνίσταται στην εφαρμογή του δικαίου, του οποίου δεν είναι ο ίδιος δημιουργός.⁹ Με μια λέξη ο δικαστής είναι «ο υπηρέτης του νόμου».

Ωστόσο η κρατική προσέγγιση του προβλήματος αυτού καταδεικνύει ότι, στα πλαίσια της εφαρμογής του δικαίου, ο δικαστής οφείλει σε κάποιο βαθμό να συνεργάζεται με το νομοθέτη. Κάθε φορά που προσπαθεί να επιλέξει τον εφαρμοστέο κανόνα δικαίου για τη συγκεκριμένη περίπτωση, οφείλει να αναζητήσει το αληθινό νόημα του νόμου, με άλλες λέξεις να επιχειρήσει την ερμηνεία του δικαίου.¹⁰ Η ερμηνεία

επιβάλλεται μόνο όταν το νόημα του νόμου είναι σκοτεινό.¹¹ Η ερμηνεία του νόμου συνιστά μια πρώτη βαθμίδα δημιουργικής συμμετοχής του δικαστή στο έργο του νομοθέτη.

Η συμμετοχή του δικαστή στη διαμόρφωση του κανόνα δικαίου καταφαίνεται με περισσότερη ενάργεια στις περιπτώσεις που ο δικαστής είναι αναγκασμένος να εξειδικεύσει αόριστες έννοιες ή γενικές ρήτρες και να πληρώσει τα κενά του δικαίου. Το έργο του δικαστή και εδώ παραμένει κατά βάση ερμηνευτικό.

Όντως το ρόλο του δικαστή μπορεί να τον συλλάβει κανείς κάτω από δύο διαφορετικές αντιλήψεις.

Σύμφωνα με την πρώτη, ο δικαστής είναι «ο υπηρέτης του νόμου», επιχειρεί την αυστηρή εφαρμογή του κανόνα δικαίου. Σύμφωνα με την άλλη, ο δικαστής είναι «λειτουργός της δικαιοσύνης», διατηρεί μιαν ελευθερία εκτιμήσεως, άλλοτε μικρότερη και άλλοτε ευρύτερη, ώστε το δικαιοδοτικό του έργο να ανταποκρίνεται στις ανάγκες της κρινόμενης περίπτωσης.¹²

Το πεδίο ελεύθερης ενέργειας του δικαστή, σύμφωνα με τη νομοθετική «εξουσιοδότηση», μπορεί να εμφανισθεί με δύο μορφές.

α) Η δικανική εκτίμηση μπορεί να κινείται ελεύθερα, μέσα σε ορισμένο όμως πλαίσιο που διαγράφεται από το νόμο. Ο νομοθέτης

εισάγει μια ελαστική έννοια, που έχει δύο άκρα όρια, μέσα στα οποία θα κινηθεί ο δικαστής.¹³ Μετά δε την εκτίμηση όλων των ειδικών περιστάσεων θα διαμορφώσει τη δικαιοδοτική του λύση, μέσα στα όρια της ελαστικής έννοιας. «Η υπέρβαση όμως των άκρων ορίων της ελαστικής έννοιας, είτε το ήττον επιεικώς είτε το μάλλον επιεικώς καθιστά την

κρίσιν αυτόχρημα ανεπιεική».¹⁴ Από τον Αστικό Κώδικα παραδείγματα της ελεύθερης εκτίμησης του δικαστή με την παραπάνω μορφή αποτελούν ο καθορισμός από το δικαστή «του προσήκοντος μέτρου», όπως της ανάλογης διατροφής, της εύλογης αποζημίωσης, της μείωσης της ποινικής ρήτηρας στο προσήκον μέτρο κ.λ.π.¹⁵

ββ) Η διακριτική ευχέρεια του δικαστή μπορεί να συνίσταται στην πρόκριση μιας δικαιοδοτικής ρύθμισης ανάμεσα σε περισσότερες δυνατές. Πρόκειται για την ευχέρεια που παρέχει ο νόμος στο δικαστή «να κρίνει εν διλήμματι». Για παράδειγμα «Το δικαστήριο μπορεί, μολονότι ο αγοραστής κίνησε την αγωγή για αναστροφή της πώλησης», να επιδικάσει μόνο μείωση του τιμήματος: αν κρίνει πως οι περιστάσεις δεν δικαιολογούν την αναστροφή» (άρθρο 542 Α.Κ.).¹⁶

3. Μέθοδοι ερμηνείας του δικαίου.

Νομοθετικά κενά.

Κατά τον Α. Μάνεση «η ερμηνεία εν γένει αποτελεί μια πνευματική διαδικασία απαραίτητη για την ανθρώπινη επικοινωνία: Μέσω της ερμηνείας ο άνθρωπος κατορθώνει να συλλαμβάνει και αξιολογεί τις νοητικές ή συναισθηματικές ή βουλητικές ενέργειες των άλλων ανθρώπων στις διάφορες πρακτικές, πολιτικές, επιστημονικές εκδηλώσεις του». Ήδη από την αφητηρία ανάλυσης ο Α. Μάνεσης απελευθερώνεται από τα ετυμολογικά δεσμά του όρου «ερμηνεία» και αντιλαμβάνεται τη λειτουργία της όχι τόσο ως συνάρτηση μεταξύ του κανόνα δικαίου και του ερμηνευτή του, όσο ως επικοινωνία μεταξύ μελών του κοινωνικού συνόλου και συγκεκριμένα ως διαδικασία «διανθρώπινης επικοινωνίας». Δέχεται ότι η ερμηνεία διερευνώντας με τις διάφορες μεθόδους της τις σχέσεις μεταξύ λέξεων και καταστάσεων επιδιώκει να συλλάβει το νόημα των συνταγματικών κανόνων, δηλαδή τη σχέση ανάμεσα

στο «σημαινόμενο» και στο «σημαίνον», η οποία υποδηλώνεται με τα διάφορα επιμέρους στοιχεία του λόγου, τις γλωσσικές εικόνες του. Και καταλήγει ότι η ερμηνεία του συντάγματος είναι η μεθοδική πνευματική διαδικασία που αποβλέπει στη σύλληψη – ανεύρεση και καθορισμό, εξακρίβωση και διασαφήνιση του νοήματος των συνταγματικών κανόνων. Πραγματικά ο όρος «ερμηνεία» προέρχεται από το ρήμα «ερμηνεύω». Το ρήμα αυτό έχει τις ακόλουθες έννοιες:

α) Διερμηνεύω, μεταφράζω από μια γλώσσα σε μια άλλη.

β) Εξηγούμαι με λέξεις.

γ) Κάνω κάποιον να εννοήσει κάτι, εξηγούμαι, αναπτύσσω.

Αντιστοίχως και σύμφωνα με τα ανωτέρω, το ουσιαστικό «ερμηνεία» έχει τις ακόλουθες έννοιες:

α) Εξήγηση, διασαφήνιση.

β) Δύναμη του να εκφράζει κανείς νοήματα διά λόγων.

γ) Έκφραση.

Με αυτό άλλωστε το περιεχόμενο φαίνεται να χρησιμοποιεί ο Πλάτων τον όρο «ερμηνευτής νόμων» και μάλιστα τόσο στους Νόμους, όσο και στον Ίωνα.

Η προαναφερόμενη θέση του Α. Μάνεση ως προς την έννοια και την αποστολή της ερμηνείας του δικαίου εντάσσεται στο πλαίσιο της παράδοσης που διαμορφώθηκε μέσα από την εξέλιξη της ρωμαϊκής *interpretatio*. Όπως είναι φανερό ο όρος αυτός επηρέασε πολλές νομικές γλώσσες¹⁷ και ιδίως εκείνες που αντιστοιχούν σε έννομες τάξεις οι οποίες αποδέχθηκαν το ρωμαϊκό δίκαιο αποδίδει πληρέστερα

το νόημα και την ουσία της διαδικασίας εκείνης που μέσω της ερμηνείας απολήγει στην εφαρμογή κανόνων δικαίου. Πραγματικά ο όρος «*interpretatio*» προέρχεται από το ουσιαστικό «*interpretare*»¹⁸ που σημαίνει τον συμφιλιοτή, μεσολαβητή. Από την άποψη αυτή η ερμηνεία

του δικαίου αποτελεί, όπως προανέφερα, τη διαδικασία μεσολάβησης μεταξύ κανόνα δικαίου, που έχει ένα συγκεκριμένο κανονιστικό περιεχόμενο εντασσόμενο στο συνολικό πλαίσιο της έννομης τάξης και της κοινωνικοοικονομικής πραγματικότητα, την οποία ο κανόνας δικαίου καλείται να ρυθμίσει.¹⁹

Το δίκαιο παρουσιάζει κενά. Κι αυτό διότι υπάρχουν βιοτικές σχέσεις, που, ενώ εμπίπτουν στην περιοχή που ρυθμίζει το δίκαιο, δεν ρυθμίζονται ή δεν ρυθμίζονται με πληρότητα από αυτό, πράγμα που ιδίως συμβαίνει, όταν, από την εξέλιξη του κοινωνικού βίου ή την τεχνική πρόοδο που σημειώθηκε μετά την έναρξη ισχύος του νόμου, ανακύπτει νομικό ζήτημα στο οποίο το δίκαιο δεν απαντά. Το ίδιο συμβαίνει και όταν ο νομοθέτης, χωρίς να το θέλει, άφησε αρρυθμιστο γνωστό θέμα που μπορούσε να ρυθμιστεί ή με τη θέλησή του το άφησε αρρυθμιστο, γιατί έκρινε ότι δεν ήταν ώριμο και έπρεπε η λύση του να αφεθεί στη νομολογία. Με τη θέλησή του, επίσης, ο νομοθέτης αφήνει κενά, όταν για να διατηρήσει το δίκαιο εύκαμπτο, χρησιμοποιεί αόριστες έννοιες, αφήνοντας στον εφαρμοστή του δικαίου την ευθύνη, να

συναγάγει πιο συγκεκριμένες κρίσεις. Οι νομικές έννοιες δεν μπορούν να προσδιοριστούν πάντοτε με ακρίβεια. Όμοια προβλήματα δημιουργούνται σε κάθε βήμα εφαρμογής και ερμηνείας του νόμου από το δικαστή, που καλείται να συμπληρώσει ο ίδιος τις νομικές αυτές έννοιες. Σ' αυτές τις περιπτώσεις ανακύπτει αυτόματα η δικαιοπλαστική εξουσία του δικαστή, που είναι ουσιαστικά εξουσία νομοθέτη.

Βέβαια η άποψη αυτή, ότι δηλαδή ο δικαστής ουσιαστικά νομοθετεί, δεν γίνεται δεκτή από τους οπαδούς του δόγματος της πληρότητας του θετού δικαίου, κατά τους οποίους «δεν υπάρχει χώρος κενός δικαίου» και τα χάσματα είναι μόνο επιφανειακά, αφού, από το σύνολο της κείμενης νομοθεσίας, μπορεί και πρέπει να συναχθεί η απαραίτητη ρύθμιση. Έτσι δίδασκαν άλλοτε, ότι η νομοθεσία περιείχε πάντοτε τον κατάλληλο κανόνα για την επίλυση οποιουδήποτε νομικού ζητήματος. Η θεωρία αυτή, που οδηγεί μοιραία στην υπαγωγή της κρινόμενης σχέσης σε ξένη νομική κατασκευή και σε νομικό πλαίσιο ακατάλληλο να τη δεχθεί, δεν είναι δυνατό να γίνει σήμερα δεκτή. Διότι έχει πια διαπιστωθεί, πέρα από κάθε αμφιβολία, ότι στο δικαστή δεν προσφέρεται από την κείμενη νομοθεσία ένα πλήρες σύστημα κανόνων δικαίου, που περιέχει όλες τις προτάσεις για παρούσες και μελλοντικές νομικές σχέσεις. Ούτε και θα μπορούσε να γίνει κάτι τέτοιο, αφού το δίκαιο είναι συνεχής δημιουργία και ανανέωση και όχι αποκάλυψη μιας δεδομένης ιστορικά ρύθμισης που εξαντλεί το παρόν και το μέλλον.

Έτσι οργανικά χάσματα υπάρχουν και ανακύπτουν συνεχώς από την ακατάπαυστη ροή της κοινωνικής ζωής. Και έως ότου επέμβει ο νομοθέτης ή διαμορφωθεί έθιμο για την κάλυψη των χασμάτων (κενών), καλείται κάθε φορά ο δικαστής να δώσει την επωφελέστερη κοινωνικά ρύθμιση. Ενεργώντας δε έτσι ο δικαστής πληρώνει κενά του νόμου με δική του νομοθετική ρύθμιση, που εξαντλεί την ισχύ της *inter partes*. Γι' αυτό και θεωρείται νομοθέτης των συγκεκριμένων περιπτώσεων, άσχετα αν αποφεύγει να το δηλώσει πανηγυρικά και χρησιμοποιεί το πρόσχημα ότι η νομική λύση που έδωσε συνάγεται δήθεν και μάλιστα «ρητά», όπως προτιμά να γράφει στην απόφασή του, από κάποιες διατάξεις τις οποίες επικαλείται.²⁰

Ανάλογα με το πεδίο, όπου η νομοθετική ατέλεια εμφανίζεται, τον χρόνο της δημιουργίας της, τον λόγο, στον οποίον οφείλεται η ύπαρξή της, και την ειδικότερη μορφή της, συνηθίζεται στη νομική θεωρία να γίνεται λόγος για διάφορα εκάστοτε είδη κενών. Έτσι λ.χ. διακρίνει κανείς συνήθως μεταξύ «κενού του κανόνα δικαίου» και «ρυθμιστικού κενού» με κριτήριο αν η νομοθετική ατέλεια που απαιτεί ρύθμιση απαντάται σε έναν ορισμένο κανόνα δικαίου, ο οποίος δεν μπορεί καν να εφαρμοσθεί χωρίς την προσθήκη κάποιας επί πλέον διατάξεως, ή αν ατελής παρίσταται μια ολόκληρη νομοθετική ρύθμιση, με την έννοια ότι από αυτήν ελλείπει μια αναγκαία, κατά το ρυθμιστικό της σχέδιο, διάταξη αναφορικά με ορισμένο ζήτημα.

Στην πρώτη κατά τα άνω κατηγορία, όπου ορισμένος κανόνας δικαίου είναι καθ' εαυτόν ατελής, θα μπορούσε λ.χ. στο δικό μας δίκαιο να θεωρηθεί ότι εμπίπτει ο κανόνας δικαίου που περιέχεται στο άρθρο 330 εδ. α' Α.Κ. Εδώ ο νόμος διαγορεύει μεν ότι ο οφειλέτης ενέχεται, δεν περιέχει όμως κανέναν ορισμό για το περιεχόμενο της ευθύνης.

Έτσι για παράδειγμα το γεγονός ότι στο πλαίσιο της γενικής ρήτρας του άρθρου 914 ΑΚ θα πρέπει τώρα να θεωρείται ίσως παράνομη και η προσβολή του μετοχικού δικαιώματος – με τη δικαιολογία ακριβώς ότι η οικονομική ουσία του δικαιώματος ανήκει πλέον στις νέες μορφές ιδιοκτησίας, τις οποίες επέβαλλε η εξέλιξη και η σύγχρονη κατάσταση οικονομικής ζωής ώστε να επιβάλλεται πλέον η αποδοχή μιας διευρυμένης έννοιας τη συνταγματικά προστατευόμενης ιδιοκτησίας²¹ – φανερώνει ότι εδώ έχουμε να κάνουμε με μια νέα ουσιαστικά αξιολόγηση η οποία ασφαλώς υπερτείνει το αρχικό ρυθμιστικό σχέδιο του ΑΚ που στο υποσύστημα της αδικοπρακτικής ευθύνης είναι βασικώς προσανατολισμένο στην προστασία μόνο των απόλυτων δικαιωμάτων.

Ανάλογα με τον χρόνο δημιουργίας της νομοθετικής ατέλειας που συνιστά το κενό, διακρίνει κανείς συνήθως μεταξύ «αρχικών» (ή πρωτογενών) και «επιγενόμενων» (ή δευτερογενών) κενών. Στην πρώτη κατηγορία κατατάσσονται οι περιπτώσεις, κατά τις οποίες ο ιστορικός νομοθέτης – συνειδητά ή μη – παρέλειψε να συμπεριλάβει στη θεσπιζόμενη από αυτόν ρύθμιση και ορισμένη περίπτωση που κατά το ρυθμιστικό σχέδιο του νόμου έχρηζε και αυτή ειδικής νομοθετικής αντιμετώπισεως.

Στη δεύτερη κατά τα άνω κατηγορία, υπάγονται οι περιπτώσεις εκείνες όπου η εμφάνιση της νομοθετικής ατέλειας οφείλεται

στο γεγονός ότι συνεπεία της τεχνικής εξελίξεως ή μεταβολής των κοινωνικο-οικονομικών συνθηκών, που είχαν αποτελέσει τη βάση ορισμένης νομοθετικής ρυθμίσεως, ανεφάνησαν νέα ζητήματα, που κατά την εγγενή στο νόμο τελολογία πρέπει τώρα να βρουν και αυτά την αντίστοιχη ρύθμισή τους.²²

Αρχικό κενό αποτελεί λ.χ. η έλλειψη ρυθμίσεως της πλημμελούς εκπληρώσεως της παροχής ή η παράλειψη συμπεριλήψεως στο άρθρο 1901 εδ. β'. Παράδειγμα, αντίθετα, επιγενόμενου κενού που προκλήθηκε συνεπεία της τεχνικής εξελίξεως θα μπορούσε ενδεχομένως να θεωρηθεί ότι προσφέρει το ζήτημα της αντιμετώπισεως του τηλεομοιοτυπικού μηνύματος (fax) ως έγγραφου τύπου κατά την έννοια των άρθρων 160 επ. Α.Κ. ή εκείνο της επεκτάσεως της ευθύνης από διακινδύνευση και στις αρρυθμιστες περιπτώσεις.²³

Περαιτέρω, με κριτήριο το αν ο ιστορικός νομοθέτης είχε συνείδηση ότι καταλείπει αρρυθμιστο ένα ζήτημα, το οποίο κανονικά, βάσει της εγγενούς στο νόμο τελολογίας, απαιτούσε ρύθμιση, ή η αφεθείσα αρρυθμιστη περίπτωση διέλαθε της προσοχής του, διακρίνει κανείς, όσον αφορά στα αρχικά βεβαίως κενά, μεταξύ εκούσιου και ακούσιου κενού. Ως παράδειγμα ενός εκούσιου κενού θα μπορούσε ίσως να αναφερθεί η περίπτωση της δυνατότητας εφαρμογής του άρθρου 281 Α.Κ. και στην άσκηση της συμβατικής ελευθερίας. Πρόκειται, όπως είναι γνωστό για ένα, εριζόμενο ασφαλώς, ζήτημα,

η αντιμετώπιση του οποίου αφέθηκε από τον ιστορικό νομοθέτη συνειδητά στην επιστήμη και τη νομολογία. Μη συνειδητή υπήρξε, αντίθετα, η παράλειψη του νομοθέτη να ρυθμίσει την πλημμελή εκπλήρωση της παροχής ή να συμπεριλάβει στη ρύθμιση του άρθρου 1901 εδ. β' και το *legatum per vindicationem*.

Με κριτήριο τη μορφή και το περιεχόμενο της ατέλειας, αλλά και τον λόγο που της προσδίδει κανονιστικό χαρακτήρα, δικαιολογεί δηλαδή την ανάγκη της θεραπείας της, διακρίνουν ορισμένοι τα κενά του νόμου σε «εμφανή» και «συγκεκριμένα».²⁴ Για

εμφανές κενό πρόκειται στην περίπτωση κατά την οποία ο νόμος δεν περιέχει καμία ρύθμιση για μια κατηγορία σχέσεων, μολονότι αυτή θα έπρεπε, βάσει της εγγενούς το νόμο τελολογίας, να ρυθμίζεται ως αξιολογικά ουσιωδώς όμοια με ήδη ρυθμιζόμενες στο νόμο κατηγορίες σχέσεων. Στη νομοθετική ατέλεια αυτής της μορφής την κανονιστική της ποιότητα ως κενού του νόμου είναι προφανές ότι την προσδίδει

η αρχή της ίσης μεταχειρίσεως αξιολογικά ουσιωδώς όμοιων περιπτώσεων. Κατά συνέπεια και η μέθοδος πληρώσεως των εμφανών κενών είναι η αναλογία.²⁵ Εδώ ανήκουν λ.χ. οι περιπτώσεις της πλημμελούς εκπληρώσεως της παροχής, της μη μνείας του *legatum*

per vindicationem στο άρθρο 1901 εδ. β' Α.Κ., η μη ρύθμιση της *lex commissoria* (Α.Κ. 1239) επί υποθήκης κ.λ.π.

Για συγκεκριμένο, αντίθετα, κενό, γίνεται λόγος στην περίπτωση κατά την οποία ορισμένη κατηγορία σχέσεων φαίνεται να καταλαμβάνεται και αυτή, με βάση το μονοσήμαντο εν προκειμένω γράμμα του νόμου, από την περιεχόμενη σε ορισμένη διάταξη ρύθμιση, μολονότι η ρύθμιση αυτή, σύμφωνα με τον σκοπό της, δεν ταιριάζει στη συγκεκριμένη κατηγορία, λόγω του ότι αυτή εμφανίζει, και μάλιστα *in abstracto* μίαν ιδιορρυθμία, που από τη σκοπιά της

νομοθετικής αξιολογήσεως, η οποία αποτελεί τη βάση της ρυθμίσεως, της προσδίδει αναμφίβολα τον χαρακτήρα της εξαιρέσεως. Με άλλα λόγια η νομοθετική ατέλεια έγκειται εδώ στην ανυπαρξία ενός – επιβαλλόμενου από τον σκοπό της διατάξεως – περιορισμού του πεδίου εφαρμογής της. Γι' αυτό και η μέθοδος πληρώσεως των συγκεκριμένων κενών είναι κατά βάση η τελεολογική συστολή.

Εδώ δηλαδή διαπίστωση και πλήρωση του κενού συμπίπτουν απόλυτα.

Κλασσικό παράδειγμα συγκεκριμένου κενού θεωρείται η έλλειψη ενός περιορισμού στο άρθρο 235 Α.Κ. αναφορικά με την περίπτωση (όπως λ.χ. επί δωρεάς από τον ασκούντα την γονική μέριμνα γονέα προς το τέκνο), όπου ήδη in abstracto δεν μπορεί να υφίσταται σύγκρουση συμφερόντων, η αποτροπή της οποίας αποτελεί την ratio της θεσπιζόμενης με τη διάταξη αυτήν απαγορεύσεως της αυτοδικαιοπραξίας.

4. Νομιμοποίηση του δικαστή στην άσκηση δικαιοπλαστικής εξουσίας

Η άσκηση δικαιοπλαστικής εξουσίας από το δικαστή, δηλαδή ουσιαστικά έργου νομοθετικού, αναγνωρίζεται σήμερα γενικά και από τον ίδιο το νομοθέτη. Και όχι μόνο αναγνωρίζεται, αλλά και κατοχυρώνεται και επιβάλλεται σ' αυτόν υποχρεωτικά, ιδίως για την κάλυψη των κενών του νόμου. Έτσι, σύμφωνα με το άρθρο 6 § 1 του ν. 639/1977 «περί εκδικάσεως αγωγών κακοδικίας», οι δικαστικοί λειτουργοί ευθύνονται κατά την άσκηση των καθηκόντων τους και αν ζημίωσαν κάποιον από αρνησιδικία που υπάρχει, μεταξύ άλλων περιπτώσεων κατά την § 2 του ίδιου άρθρου, όταν αρνούνται αδικαιολόγητα να δικάσουν αίτηση διαδίκου ή παρελκύουν αδικαιολόγητα την έκδοση αποφάσεων σε υποθέσεις ώριμες με οποιαδήποτε πρόφαση και ιδίως με την πρόφαση της σιωπής ή ασάφειας του νόμου. Με άλλες λέξεις και όταν ο νόμος σιωπά ή είναι ασαφής, ο δικαστής δεν μπορεί να αρνηθεί να εκδικάσει αίτηση με την αιτιολογία «των κενών» του νόμου, αλλά πρέπει το κενό αυτό να το πληρώσει ο ίδιος νομοθετώντας για τη συγκεκριμένη υπόθεση.

Εξάλλου από το άρθρο 77 § 1 του Συντάγματος, που ορίζει ότι «η αυθεντική ερμηνεία του νόμου ανήκει στη νομοθετική εξουσία», προκύπτει ότι κάθε άλλη ερμηνεία επιστημονικά παραδεκτή, πλην της αυθεντικής που έχει υποχρεωτική ισχύ νόμου, ανήκει στη δικαστική εξουσία και ισχύει για τη συγκεκριμένη υπόθεση. Την ερμηνεία αυτή, η οποία με την παγίωσή της διά της νομολογίας ισοδυναμεί με τη θέση κανόνων δικαίου που ανατρέπονται στην πράξη πιο δύσκολα από ένα νομοθετικό κείμενο, ο νομοθέτης όχι μονάχα την αφήνει στο δικαστή, αλλά και την επιβάλλει με την εκχώρηση σ' αυτόν νομοθετικών ουσιαστικά εξουσιών με τους τρόπους που προαναφέρθηκαν, δηλαδή είτε με σκόπιμη παράλειψη να ρυθμίσει συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, η οποία ισοδυναμεί με εξουσιοδότηση στο δικαστή να το ρυθμίσει αυτός, είτε με τη χρησιμοποίηση αορίστων εννοιών και γενικών ρητρών που επιτρέπουν τη διάπλαση και διατήρηση εύκαμπτου δικαίου.

5. Αναλογική και διασταλτική ερμηνεία

Τα κενά του νόμου, σκόπιμα ή αθέλητα, πληρώνει ο δικαστής με την αναλογία και τη διασταλτική ερμηνεία. Αναλογία είναι η εφαρμογή κανόνος δικαίου που τέθηκε για ορισμένο θέμα και σε άλλο θέμα για το οποίο δεν υπάρχει νόμος. Όπως στην περίπτωση της διασταλτικής ερμηνείας έτσι και στην περίπτωση της αναλογίας η κείμενη διάταξη επεκτείνεται και σε άλλο θέμα που δεν πρόβλεψε. Η διαφορά είναι ότι στην περίπτωση της διασταλτικής ερμηνείας ο νομοθέτης είχε υπόψη και το θέμα που δεν ρύθμιζε και ήθελε να ρυθμίσει, αλλά παρά τη θέλησή του εκφράστηκε στενότερα.²⁶ Η εργασία δε αυτή του δικαστή ονομάζεται εύρεση του δικαίου.²⁷ Η ευρετική αυτή εργασία, που χρησιμοποιεί συνάμα αξιολογικές και τελολογικές σκέψεις, έχει χαρακτήρα δημιουργικό και παρέχει στο δικαστή τη δύναμη να προχωρήσει στην εφαρμογή του ορθού δικαίου.²⁸ Αυτό ισχύει και όταν δεν είναι δυνατό να ανευρεθεί ο κανόνας που θα εφαρμοστεί αναλογικά, οπότε η πλήρωση των κενών γίνεται με αναλογία δικαίου. Για το σκοπό αυτό ο δικαστής προσφεύγει στα θεμελιώδη αξιώματα (principes generales), που προκύπτουν από το σύνολο των διατάξεων ορισμένου δικαιοσύστηματος, αφού από αυτά συναγάγει τον ειδικό κανόνα, τον εφαρμόζει στη μη ρυθμιζόμενη περίπτωση. Κάνοντας το έργο αυτό ο δικαστής και χρησιμοποιώντας κριτήρια αντικειμενικά, ενεργεί όπως ακριβώς και ο νομοθέτης, αποφασίζει δηλαδή σύμφωνα με τον κανόνα, τον οποίο θα θέσπιζε ως νομοθέτης, όπως ρητά προβλέπει το άρθρο 1 του Ελβετικού Αστικού Κώδικα του 1907. Τέτοια ρητή διάταξη δεν υπάρχει στο ελληνικό δίκαιο, ισχύει όμως εξίσου και σ' αυτό λόγω της υποχρέωσης του δικαστή να μην αφήσει αδικαστη οποιαδήποτε υπόθεση με την πρόφαση της σιωπής ή ασάφειας του νόμου.²⁹ Κύριος γνώμονας του δικαστή πρέπει να είναι η κοινωνική – υλική ή ηθική – ωφέλεια, η επίτευξη δηλαδή της καλύτερης κοινωνικής λύσης που θα εκτιμάται, πάντως, με βάση τις αξίες, οι οποίες παρέχονται από την κείμενη νομοθεσία, με τα αξιολογικά δηλαδή μέτρα του ίδιου του νομοθέτη. Με άλλες λέξεις ο δικαστής θα έχει ως κατευθυντήρια γραμμή την ανεύρεση της λύσης την οποία και ο ίδιος ο νομοθέτης θα περιέβαλλε με νομοθετική κύρωση, αν είχε την ευχέρεια να νομοθετήσει κατά την εποχή που καλείται ο δικαστής να πληρώσει το κενό του νόμου. Και την εξεύρεση της λύσης αυτής καθιστά δυνατή όχι η επιφανειακή, τυπική επεξεργασία, με την αφηρημένη λογική μέθοδο, των διατάξεων που υπάρχουν, αλλά η ουσιαστικότερη εξέταση του σκοπού των νομοθετικών κανόνων και του όλου πνεύματος και της εξέλιξης της νομοθεσίας σε συνδυασμό πάντοτε με τη σύγχρονη κοινωνική πραγματικότητα.³⁰

6. Γενικές ρήτρες

Δικαιοπλαστικό έργο ασκεί ο δικαστής και μέσω των γενικών ρητρών. Οι γενικές ρήτρες είναι «αόριστοι κανόνες», οι οποίοι είτε περιορίζονται να διαλάβουν τις γενικές αρχές που πρέπει να ληφθούν υπόψη για την εφαρμογή τους (π.χ. άρθρα 178, 200, 288 Α.Κ.)³¹, είτε περιέχουν αόριστες ή ελαστικές νομικές έννοιες (όπως π.χ. η καλή

πίστη, τα χρηστά ήθη, ο σπουδαίος λόγος, ο ισχυρός κλονισμός κ.λ.π.), δηλαδή έννοιες των οποίων το βάθος και πλάτος είναι σε μεγάλη έκταση αβέβαια. Γι αυτό και οι διατάξεις που περιέχουν τις ρήτρες αυτές χαρακτηρίζονται ως «ελαστικές διατάξεις» ή «έννομες βαλβίδες» ή «αξιολογικές έννοιες» και παρέχουν στο δικαστή τη δυνατότητα να συνάγει κάθε φορά το συγκεκριμένο κανόνα δικαίου.

Ειδικότερα, για να εφαρμόσει ο δικαστής διάταξη του θετικού δικαίου, που περιέχει γενική ρήτρα, πρέπει να διαμορφώσει ο ίδιος κανόνα που θα προσδιορίζει αν η συγκεκριμένη περίπτωση εμπίπτει ή όχι στη γενική ρήτρα, αν λ.χ. η καταγγελία της σχέσης εργασίας που έγινε διότι ο εργαζόμενος αξίωσε με αγωγή τις νόμιμες αποδοχές του, είναι ή όχι καταχρηστική κατά την έννοια του άρθρου 281 του

A.K. Η διαμόρφωση αυτή συγκεκριμένου κανόνα που ειδικεύει τη γενική ρήτρα σε συγκεκριμένη περίπτωση, αποτελεί χαρακτηριστική

απόδειξη του πόσο συμπράττει ο δικαστής στην εξέλιξη του δικαίου.

Ο δικαστής, εφαρμόζοντας το νόμο, θέτει και αυτός κανόνες, είτε κινείται μέσα στα πλαίσια του νόμου, οπότε εξειδικεύει κανόνες του δικαίου, είτε κινείται έξω από το νόμο, οπότε πληρώνει τα κενά του δικαίου.

Γίνεται συχνά αισθητή η ανάγκη να προστρέξει η νομολογία του νομοθέτη δίδουσα προσωρινή ρύθμιση. Υπό το πρίσμα αυτό θα εξετάσουμε το οργανικό κενό το οποίο αναφέρεται εις την ρύθμιση των σχέσεων μεταξύ του τέως κατόχου απολεσθέντος ή καταστραφέντος ανωνύμου τίτλου και του εκδότη του τίτλου. Η δημιουργική δραστηριότητα της ελληνικής νομολογίας εμφανίζεται αρκετά αξιόλογη

αναφορικά ως προς το μνημονευθέν ζήτημα των δικαιωμάτων του τέως κατόχου απολεσθέντων ή καταστραφέντων ανωνύμων χρεογράφων έναντι του εκδότη των τίτλων. α) Δικαιούται ο τέως κάτοχος να

εισπράττει αποδεικνύων την απώλεια, καταστροφή, τα ληξιπρόθεσμα τοκομερίδια ή μερισματογήραφα, β) Δικαιούται ούτος σε περίπτωση κλήρωσης του τίτλου εις το άρτιον ή διαλύσεως της εκδότριας εταιρείας να απαιτήσει την αξίαν του τίτλου ή προκειμένου περί μετοχών

το τυχόν αναλογούν εις αυτόν ποσό εκ του κεφαλαίου της εταιρείας,

γ) Είναι βάσιμος η αξίωσή του να εκδοθεί εις αυτόν νέος τίτλος εις αντικατάσταση του παλαιού; Η τελολογική αντίληψη του δικαίου επιβάλλει να πληρωθεί δημιουργικώς το κενό της νομοθεσίας με ρύθμιση που επιτυγχάνει την ικανοποίηση του κατόχου του τίτλου χωρίς να

παραμένουν έκθετα και τα συμφέροντα του εκδότη. Είναι πράγματι επιεικής ο μη δυνάμενος πλέον να εμφανίσει τον τίτλο, να μη στερείται των δικαιωμάτων του έναντι του εκδότη. Βέβαια και ο εκδότης είναι

άξιος νομικής προστασίας η οποία του εξασφαλίζει από ενδεχόμενη μεταγενέστερη εμφάνιση του αρχικού τίτλου από τρίτο πρόσωπο,

το οποίο αξιώνει δυνάμει του νόμου να ασκήσει παραλλήλως προς τον τέως κάτοχο, τα απορρέοντα εκ του τίτλου δικαιώματα. Έτσι π.χ. ο τίτλος αφού απολεσθεί ή ανακριβώς παρασταθεί ως καταστραφείς περιήλθε εις την κατοχήν τρίτου καλής πίστεως ο οποίος κατά τον νόμο έχει τα δικαιώματα αληθούς κυρίου. Επιβάλλεται επομένως η εξεύρεσις τρόπου κατάλληλου να περιφρουρήσει τον καταβάλλοντα ήδη εις τον τέως κάτοχον κατά πάσης ζημίας εκ της τυχόν

προσελεύσεως ενός

τρίτου κατόχου που απέκτησε με καλή πίστη τον αρχικό τίτλο. Αυτή είναι η τελολογική αντίκρηση του ζητήματος.

Η εννοιοκρατική όμως σχολή δεν ανέχεται την άσκησιν υπό των δικαστών μιας τόσο ευρείας πρωτοβουλίας. Η κατάλληλη λύσις πρέπει να εξαχθεί εξ αυτής της νομοθετικής βουλήσεως. Και την βούλησιν αυτήν θα αποκαλύψει η κατασκευασθείσα επαγωγικώς εκ του νόμου έννοια της πλήρους ενσαρκώσεως της ενοχής εις τον τίτλον.³² Εφ' όσον η ενοχική άποψις του ανώνυμου χρεογράφου απορροφάται εντελώς εις την εμπράγματη άποψή του ο τέως κάτοχος του τίτλου πρέπει να θεωρηθεί ως κάτοχος οιουδήποτε ενσώματου κινητού.

Έτσι, όπως επί ενσώματων κινητών ο νομεύς δεν δύναται να έχει ωφέλειαν εκ του πράγματος όταν αυτό κατεστράφη ή απωλέσθη και ο τέως κάτοχος της μετοχής ή ομολογίας οφείλει να υποταχθεί στην σκέψη ότι αφού κατεστράφη ο τίτλος δεν δικαιούται ούτε σε αντικατάστασή του ούτε εις απόληψιν της αξίας του ή του εξ αυτού εισοδήματος. Αν απλώς απολεσθεί οφείλει να περιμένει στωικώς την ανευρεσίαν του διά να ασκήσει διεκδίκησιν κατά του τυχόν κακής πίστεως κατόχου. Και εν αποτυχία λόγω της καλής πίστεως του τρίτου κατόχου ή εν μη ανευρεθεί του τίτλου του απομένει μόνο η δυνατότης της αποζημίωσης παρά του τυχόν ανακα-

λυπτόμενου αρχικού κλέπτου ή ευρέτου του τίτλου.³³

Ευτυχώς τα δικαστήρια βοηθούσης της μερίδας της θεωρίας³⁴

κατόρθωσαν τάχιστα να εκφύγουν των δεσμών της εννοιοκρατίας. Αντιλήφθηκαν ότι ήταν άδικο να προσφέρουν ως δώρο εις τον εκδότη την αξίαν των τίτλων ή των τοκομεριδίων των καταστρεφόμενων τουλάχιστον χρεογράφων. Και ζήτησαν εμπνεόμενα και από το συγκριτικό δίκαιο να δώσουν στο θέμα μια ικανοποιητική κοινωνικώς ρύθμιση.

Ο Άρειος Πάγος επανειλημμένα εδέχθη μετριασμούς στην έννοια της πλήρους ενσαρκώσεως. Αλλά εις τις αποφάσεις του αναφαίνεται μια διάκριση μεταξύ της υλικής καταστροφής και της απώλειας του τίτλου. Επί αποδείξεως της καταστροφής του τίτλου ενομολογήθη ότι ήτο δυνατό η είσπραξη των τοκομεριδίων και μερισματογράφων όπως και η αντικατάστασις του τίτλου, ενώ επί απώλειας κατά τον Άρειο Πάγο ο τέως κάτοχος στερείται προστασίας κατά του εκδότη.³⁵ Η διάκρισις αυτή οφείλεται προφανώς στην σκέψη ότι εφόσον «των αδυνάτων ουδεμία εστιν ενοχή» δεν είναι δίκαιον να ζητείται η προσαγωγή του τίτλου επί αποδεδειγμένης καταστροφής του, ενώ η προσαγωγή δεν καθίσταται

απολύτως αδύνατος επί απλής απώλειας.³⁶⁻³⁷

Νομίζομεν ότι η λύση αυτή είναι η ορθότερα. Είναι ανεπιεικές να στερείται ο τέως κάτοχος παντός δικαιώματος διότι ο τίτλος απωλέσθη, ενώ ενδέχεται να μη ανευρεθεί ποτέ. Η απόκρουσις των αξιώσεων του τέως κατόχου θα δικαιολογείτο μόνο εφόσον ο εκδότης του τίτλου θα

παρέμενε χωρίς καμία εξασφάλιση έναντι του τέως κατόχου. Αλλά τα δικαστήρια δια την αντιμετώπισιν παντός ενδεχομένου επιβάλλουν και επ' αυτής της καταστροφής εις τον τέως κάτοχον την παροχήν εγγυήσεως υπέρ του εκδότη, διάρκειας ίσης προς τον χρόνον παραγραφής των απαιτήσεων επί κουπονιών ή της απαιτήσεως καταβολής της αξίας του τίτλου (επί κληρώσεως λ.χ. 30 έτη).³⁸ Τούτου δοθέντος, δεν βλέπομεν διατί δεν θα επεκράτει

τελικώς η αφομοίωσις της περιπτώσεως της απώλειας προς την εκ της καταστροφής. Ανεξαρτήτως της κριτικής ταύτης δυνάμεθα πάντως να διαπιστώσωμεν ότι προς πλήρωσιν του ως άνω νομοθετικού κενού τα δικαστήρια, υπό την καθοδήγησιν της θεωρίας εργάσθησαν αρκετά «πραιτορικός» καταλήξαντα εις ικανοποιητικά οπωσδήποτε αποτελέσματα. Παρ' όλον τούτο παραμένει ευκαταία η νομοθετική διευθέτησις του ζητήματος διά να αποκλεισθούν οι αναπόφευκτοι αμφιταλαντεύσεις και οι δισταγμοί των δικαστηρίων επί του θέματος του οποίου η επιτυχής ρύθμισις προϋποθέτει λεπτομερείς τεχνικές κανονιστικές διατάξεις εισαγούσας λ.χ. δημοσιεύσεις της απώλειας εις δημόσια φύλλα, αι οποίαι μάλλον υπερβαίνουν τις δυνατότητες της νομολογίας. Το πρώτο βήμα προς τοιαύτην ρύθμισιν έγινε παρ' ημίν με δύο νομοθετικά διατάγματα. Τα διατάγματα αυτά διαμορφούμενα καταλλήλως υπό την έμπνευσιν και των ξένων προτύπων³⁹ δύναται να παράσχουν την ύλην της νέας νομοθετικής προβλέψεως επί του ιδιαιτέρως πρακτικού τούτου θέματος του ιδιωτικού δικαίου.⁴⁰

6. Άσκηση δικαιοπλαστικής εξουσίας μέσω του Α.Ε.Δ. και του ελέγχου της συνταγματικότητας του νόμου

Δικαιοπλαστική (νομοθετική) εξουσία ασκεί η δικαστική λειτουργία και μέσω του Ανώτατου Ειδικού Δικαστηρίου, που προβλέπεται από το άρθρο 100 του Συντάγματος, ορίζοντας ότι «διάταξη νόμου που κηρύσσεται αντισυνταγματική είναι ανίσχυρη από τη δημοσίευσή της σχετικής απόφασης ή από το χρόνο που αυτή ορίζει». Όμως αυτή η ρύθμιση αφορά αποκλειστικά στην πρώτη περίπτωση του άρθρου 100 § 1ε, κατά την οποία το Ανώτατο Ειδικό Δικαστήριο αίρει την αμφισβήτηση «για την ουσιαστική αντισυνταγματικότητα διατάξεων τυπικού νόμου αν γι' αυτές εκδόθηκαν αντίθετες αποφάσεις του Σ.τ.Ε., του Α.Π. ή του Ελεγκτικού Συνεδρίου».

Η εξουσία αυτή του ΑΕΔ, να κηρύσσει νόμο αντισυνταγματικό (ενώ τα λοιπά δικαστήρια έχουν εξουσία να ελέγχουν παρεμπιπτόντως τη συνταγματικότητα του νόμου για την εφαρμογή του ή μη, αποτελεί το αποκορύφωμα της εμπιστοσύνης του συνταγματικού νομοθέτη προς το δικαστή και απευθείας άσκηση από αυτό νομοθετικής λειτουργίας. Είναι τόσο τρομερή η εξουσία αυτή του δικαστή, που, σε κρίσιμες στιγμές επικείμενης άσκησής της, εκφράστηκαν δημόσια ανησυχίες για τον κίνδυνο «της αναβίωσης ενός κράτους δικαστών» και διακηρύχθηκε από κάποιες πλευρές η ανάγκη να περιοριστεί ο δικαστικός έλεγχος στην τήρηση των πλαισίων και κριτηρίων που θέτει το Σύνταγμα για τη διαμόρφωση της πολιτικής βούλησης, έτσι ώστε να αποκλείεται ο δικαστικός έλεγχος της πολιτικής επιλογής που ανήκει μονοπωλιακά και ανεξέλεγκτα στο νομοθέτη. Όμως σωστά παρατηρείται ότι ο έλεγχος της συνταγματικότητας του νόμου δεν υπόκειται σε περιορισμούς και αν ο δικαστής κρίνει ότι ο νόμος που έχει να εφαρμόσει είναι ασυμβίβαστος με το Σύνταγμα, θα αρνηθεί την εφαρμογή του, αδιάφορο αν η αντισυνταγματικότητα είναι εξώφθαλμη ή συνάγεται από την αυτοτελή θέση της δικής του δικαστικής συνείδησης, πάνω σε ένα θέμα δεκτικό αμφισβήτησης.⁴¹

Κατά την άσκηση του ελέγχου αυτού ο δικαστής κρίνοντας ένα νόμο αντισυνταγματικό, δεν θα περιοριστεί στην άρνηση της εφαρμογής του, αλλά στη θέση του θα εφαρμόσει άλλο υφιστάμενο ήδη κανόνα δικαίου εφόσον κάτι τέτοιο είναι δυνατό, ή θα δημιουργήσει αυτός, στο πλαίσιο της συνταγματικής έννομης τάξης, σαν να ήταν νομοθέτης, τον απαιτούμενο κανόνα δικαίου.

Έτσι κρίθηκε ότι οι διατάξεις του άρθρου 1 § 3 του ν. 1517/

1985 για τις αποδοχές του προσωπικού των ανώτατων εκπαιδευτικών ιδρυμάτων θα εφαρμοστούν και στους δικαστικούς λειτουργούς για την άρση της ανισότητας που καθιερώνεται με το νόμο αυτό σε βάρος των δικαστών και αντίκειται στο άρθρο 4 § 1 και 88 του Συντάγματος.

Ειδικότερα κρίθηκε ότι η εφαρμογή του άρθρου 1 § 3 του ν. 1517/1985 και σε άλλη κατηγορία δημόσιων λειτουργών, για την οποία

δεν προνοεί, δεν αποτελεί ανεπίτρεπτη επέμβαση της δικαστικής εξουσίας στο έργο της νομοθετικής, διότι απορρέει τόσο από τη διάταξη του άρθρου 4 § 1 του Συντάγματος, όσο και από τις διατάξεις των άρθρων του 93 § 4 και 120 § 2, που επιτάσσουν τα δικαστήρια να σέβονται τις διατάξεις του.⁴²

Ο έλεγχος της αντισυνταγματικότητας είναι απερίοριστος και περιλαμβάνει όχι μονάχα την ξεκάθαρη αντισυνταγματικότητα, αλλά και την αμφίβολη, διότι, όπως σωστά παρατηρείται, από πουθενά δεν συνάγεται ότι η τελευταία ξεφεύγει από το δικαστικό έλεγχο και πρέπει να μονοπωληθεί από το νομοθέτη. Όμως, κατά την άσκηση του ελέγχου αυτού, πρέπει ο δικαστής να είναι ιδιαίτερα προσεκτικός και να περιορίσει αυστηρά τον έλεγχό του στο αν και κατά πόσο ο ελεγχόμενος νόμος εναρμονίζεται ή όχι με το Σύνταγμα. Στην κρίση του για

τη συνταγματικότητα, δεν πρέπει να επηρεάζεται από τη δική του γνώμη για την πολιτική ορθότητα ή σκοπιμότητα του νόμου, διότι τότε κινδυνεύει να οικειοποιηθεί ανεπίτρεπτα το έργο του νομοθέτη, να πολιτικοποιήσει την απονομή της δικαιοσύνης και να διαταράξει την ισορροπία των τριών λειτουργιών, αναδεικνύοντας τον εαυτό του σε υπερνομοθέτη.

Με τη νέα παράγραφο 5 στο άρθρο 100 ορίζεται ότι όταν τμήμα του Α.Π., του Σ.τ.Ε. ή Ε.Σ. κρίνει διάταξη τυπικού νόμου ως αντισυνταγματική, παραπέμπει υποχρεωτικά το ζήτημα στην οικεία ολομέλεια,

η οποία αποφαινεται οριστικά (εκτός αν αυτό έχει κριθεί με προηγούμενη απόφαση της ολομέλειας ή του ΑΕΔ). Η κρίση από τις ολομέλειες ότι διάταξη νόμου είναι αντισυνταγματική, συνεπάγεται την μη εφαρμογή της στη συγκεκριμένη υπόθεση δεν σημαίνει κήρυξή της ως ανίσχυρης, όπως η απόφαση του ΑΕΔ.⁴³

7. Συγκριτικές παρατηρήσεις

Στη νομική παράδοση των αγγλοσαξονικών χωρών κύρια πηγή του δικαίου είναι οι αποφάσεις των ιεραρχικά ανώτερων και των ισόβαθμων δικαστηρίων, οι οποίες και συγκροτούν τον κύριο κορμό του δικαίου. Αυτές οι αποφάσεις, που αποτελούν το common law κατέστησαν μάταιη τη σύνταξη κωδίκων, έπαιξαν σπουδαίο ρόλο στη διαδικασία ενοποίησης του αγγλικού έθνους και μεταμόρφωσαν την

Αγγλία από μια αγροτική φεουδαρχική κοινωνία στο σύγχρονο εμπορικό και βιομηχανικό έθνος.⁴⁴

Στα δίκαια των χωρών της Ηπειρωτικής Ευρώπης η νομολογία των δικαστηρίων δεν αποτελεί βέβαια τυπική πηγή δικαίου, είναι όμως ουσιαστικά πηγή νομικών γνώσεων από την οποία αντλούνται συνεχώς νομικές λύσεις. Και αυτό γιατί ο δικαστής, ακόμα και όταν το κείμενο του νόμου φαίνεται από μια πρώτη ματιά σαφές, δεν θα αρκεστεί σ'

αυτό, αλλά θα προσπαθήσει να πληροφορηθεί πώς εννόησαν αυτό άλλοι νομικοί και ιδίως η νομολογία. Θα προσφύγει λοιπόν σε νομολογιακές ιδίως συλλογές και ανάλογα θα προχωρήσει στη δική του έρευνα με βάση το υλικό της συγκεκριμένης υπόθεσης. Αυτό αποδεικνύει πόσο ευρεία και βαθιά είναι η επίδραση του δικαστή στην διάπλαση του

δικαίου με την άσκηση της ερμηνευτικής εξουσίας του, αφού και όταν ακόμη η νομική διάταξη φαίνεται να του δίνει καθαρή λύση, αυτός

δεν θεωρεί ότι εξασφαλίζεται πριν εξετάσει τη νομική λύση που δίνει

η νομολογία. Η τελευταία αυτή στις περιπτώσεις των κενών του νόμου και των αόριστων ή γενικών εννοιών αποτελεί τη μοναδική πηγή,

από την οποία αντλεί το νόμο ο δικαστής, έχοντας την εξουσία να

τον βελτιώσει ή συμπληρώσει ανάλογα με τη συγκεκριμένη υπόθεση που έχει μπροστά του. Εξάλλου, όπως γίνεται δεκτό, μπορεί ο δικαστής ακόμη και να

παραβλέψει εντελώς το γράμμα του νόμου, όταν

αυτό οδηγεί σε άτοπα ή παράλογα αποτελέσματα.

Πράγματι, εξαιρέσει των αγγλοσαξωνικών⁴⁵ και κάποιων άλλων χωρών⁴⁶ κρατεί πανταχού ότι το δικαστικό προηγούμενο δεν δεσμεύει τον δικαστή, ενώ όπως ειπώθηκε ο δικαστής δεν δύναται κατ' αρχήν να παρεκκλίνει από σαφείς διατάξεις του δικαίου του νομοθέτη ή των

εθίμων. Η διδασκαλία ότι το δικαστικό προηγούμενο δεν δεσμεύει τον δικαστή θεμελιώνεται επί της αρχής της διάκρισης νομοθετικής και

δικαστικής εξουσίας και επιπροσθέτως επί της ιδέας της ανεξαρτησίας της δικαστικής συνειδήσεως.⁴⁷ Το δικαίωμα του δικαστή να απομακρύνεται και από πάγια ακόμη νομολογία είναι αναγκαίο για την

πλαστικότητα και την εξέλιξη του δικαίου. Ο δικαστής πρέπει να μπορεί

να εφαρμόζει κάθε φορά κατά συνείδηση το δίκαιο, αδιάφορα αν η

αντίληψή του δεν συμπίπτει με εκείνη η οποία επικράτησε σε άλλες

αποφάσεις. Αποτρέπεται έτσι η αποτελμάτως του δικαίου σε λύσεις

οι οποίες καθιερώθηκαν μεν αρχικώς αλλά απεδείχθησαν κατόπιν αντίθετοι προς την

νομοθετική βούληση, την κοινωνική σκοπιμότητα ή το κοινωνικό ιδεώδες.

Έτσι τα δύο συστήματα, ηπειρωτικό και αγγλοσαξωνικό πλησιάζουν πολύ το ένα το

άλλο κατά το αποτέλεσμα, παρά τις υπάρχουσες βασικές διαφορές στη διανομή

εξουσίας μεταξύ νομοθέτη και δικαστή.

8. Συμπεράσματα

Συμπερασματικά ο δικαστής έχει στη σύγχρονη εποχή μεγάλες δικαιопλαστικές

εξουσίες και διαπλάσσει το δίκαιο. Αυτό ο νομοθέτης και το γνωρίζει και το

αποδέχεται, αλλά και το επιβάλλει όταν υποχρεώνει το δικαστή να μην αρνησιδικήσει με τη δικαιολογία ότι υπάρχει

νομοθετικό κενό ή ασάφεια του νόμου. Πρέπει όμως να τηρηθεί τυπικά η διάκριση

των λειτουργιών που επιβάλλει το Σύνταγμα. Αυτό επιτυγχάνεται με τον κανόνα ότι ο

δικαστής δεν μπορεί να θέτει γενικούς

κανόνες συμπεριφοράς, ότι δηλαδή ο νομικός κανόνας που θέτει ισχύει για τη

συγκεκριμένη περίπτωση. Αυτή είναι και η βασική διαφορά μεταξύ του νομικού συστήματος των χωρών του civil law και εκείνων του common law. Στις χώρες δηλαδή του ρωμαϊκού δικαίου, όπως και η δική μας, ο νομικός κανόνας που θέτει ο δικαστής ισχύει μόνο inter partes και όχι έναντι πάντων, δεν αποτελεί δηλαδή presdent (προηγούμενο), όπως στις χώρες του κοινού δικαίου.

Οι κίνδυνοι εξάλλου από τη δικαιοπλαστική εξουσία του δικαστή δεν είναι μεγάλοι, εξαιτίας του γνωστού συντηρητισμού και της σοβαρότητας με την οποία οι δικαστές ασκούν την εξουσία αυτή σε όλο το

φάσμα του δικαίου. Γενικά είναι κοινή συνείδηση των δικαστικών λειτουργιών ότι από τη δική τους σύνεση, ικανότητα, εμπειρία και προσοχή, συνυφασμένες πάντοτε με τις απαιτήσεις για την επιλογή δικαστών υψηλής ποιότητας και στάθμης που θα επιμορφώνονται κατάλληλα κατά τη διάρκεια της δικαστικής τους ζωής, εξαρτάται η επιτυχία του μεγάλου έργου της σωστής διάπλασης του δικαίου, που το Σύνταγμα και ο νομοθέτης τους έχει εμπιστευθεί. Τέτοιο παράδειγμα επιτυχημένης άσκησης των δικαιοπλαστικών τους εξουσιών παρέχουν οι δικαστές του κοινού δικαίου, αλλά και οι δικαστές του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου στο Λουξεμβούργο που με τις αποφάσεις τους δημιούργησαν την Ενωμένη Ευρώπη. Και το πέτυχαν με σοφή άσκηση της δικαιοπλαστικής εξουσίας τους που αντλούσαν από τις ιδρυτικές συνθήκες των τριών κοινοτήτων με τις αόριστες ρήτρες και εξουσιοδοτήσεις.