

Κωνσταντίνου Γ. ΒΛΑΧΟΥ

‘Μια καλή ευκαιρία για ένα αποτελεσματικότερο δίκαιο’:
Η αναλογία στο πλαίσιο της ερμηνευτικής μεθόδου
των κλασικών ρωμαίων νομομαθών

ΔΙΑΓΡΑΜΜΑ

Εισαγωγή

1. Η ρωμαϊκή θεωρία του δικαίου στη σκέψη της κλασικής *iurisprudentia*.
 - 1.1. Το δίκαιο ως γνωστικό αντικείμενο: η οντολογική τάξη των νοητών πραγμάτων (*res incorporales*).
 - 1.2. Οι θεμελιώδεις έννοιες της κλασικής *scientia iuris*: *iustitia*, *ius*, *ars boni et aequi*.
 - 1.3. Οι πρωταγωνιστές της ρωμαϊκής *scientia iuris* και η μέθοδός τους: η *iurisprudentia* και η τεολογική ερμηνεία του δικαίου.
2. Η αναλογία στην *ars boni et aequi*.
 - 2.1. Η λογική υπόσταση της αναλογίας.
 - 2.2. Η αναλογία στην τοπική της ρωμαϊκής ρητορικής.
 - 2.3. Η έννοια της αναλογίας στη σκέψη των *iurisprudentes*: ένα εργαλείο πλήρωσης της *sententia legis*.
 - 2.4. Οι χρήσεις της αναλογίας στην ερμηνεία του κλασικού ρωμαϊκού δικαίου.

Εισαγωγή

Η πρώτη φράση του τίτλου αυτής της μελέτης ανήκει στον Πέδιο, νομικό του πρώτου μ.Χ. αιώνα. Η ρήση του αναφέρεται από τον Ουλπιανό σε ένα από τα πρώτα χορεία του Πανδέκτη, τα οποία αποτελούν και το σημαντικότερο σωζόμενο – έστω και αποσπασματικά – υλικό για τη μελέτη των θεωρητικών γραμμών της ρωμαϊκής νομικής επιστήμης. Ο Ουλπιανός παραθέτει τον προκάτοχό του με σκοπό να θεμελιώσει τη χρήση της αναλογίας για τη συμπλήρωση των κενών του νόμου:

Ulpianus, *l. I ad edictum aedilium curulium*, D. 1.3.13: 'Γιατί, όπως λέει και ο Πέδιος, κάθε φορά που ο νόμος έχει προβλέψει σχετικά με τη μία ή την άλλη περίπτωση, δίνεται μία καλή ευκαιρία να αντιμετωπιστούν και άλλες περιπτώσεις οι οποίες παρουσιάζουν την ίδια προσφορότητα, είτε μέσω της ερμηνείας είτε μέσω της εκδίκασης κάποιας υπόθεσης.'

Σε μια πρώτη ανάγνωση, το κείμενο αποτελεί μία απλή σύσταση για τη συμπληρωματική χρήση της αναλογίας. Η μελέτη ωστόσο της αναλογίας στο ρωμαϊκό δίκαιο καθίσταται ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα εάν τεθεί στο ευρύτερο πλαίσιο της κλασικής νομικής σκέψης. Η μέθοδος ερμηνείας του ιδιωτικού ρωμαϊκού δικαίου συνιστά μία διαρκή και συστηματική προσπάθεια εξισορρόπησης ανάμεσα στο γράμμα και στο πνεύμα του νόμου. Η συνήθης αντιμετώπιση του δικαίου αυτού από τους σύγχρονους συνοψίζεται σε έναν απλουστευτικό και εσφαλμένο χαρακτηρισμό. Έχοντας να κάνουν με μια ιδιαίτερα αποσπασματική γραπτή έννομη τάξη, οι ρωμαίοι ανέπτυξαν ένα δίκαιο περιπτωσιολογικό, συνιστάμενο στην εμπειρική επίλυση των εκάστοτε εμφανιζόμενων νομικών ζητημάτων, φαινόμενο παρόμοιο με το αγγλοσαξονικό case to case law. Η ενδελεχής έρευνα του έργου των κλασικών νομικών καταρρίπτει αυτήν την τοποθέτηση. Το *ius privatum*, έτσι όπως αυτό μαρτυρείται στα κείμενα της κλασικής *iurisprudentia*, αποτελεί ένα τοπίο ομόκεντρων κύκλων. Στο κέντρο τους βρίσκεται πάντοτε μία γραπτή διάταξη. Οι περαιτέρω κύκλοι είναι κανόνες δικαίου που επισύρουν την ίδια έννομη συνέπεια, για πραγματικά όμως περιστατικά τα οποία δε συμπίπτουν με αυτό του κεντρικού κανόνα. Αυτή η συστηματική υποδομή είναι πόνημα των ρωμαίων νομομαθών που με το ερμηνευτικό τους έργο προσπαθούν να ρυθμίσουν και εκείνες τις εκφάνσεις της κοινωνικής πραγματικότητας για τις οποίες δεν εκφράστηκε ο νόμος. Κεντρική θέση στο έργο αυτό κατέχει η αρχή της αναλογίας.

Η ερμηνεία του ρωμαϊκού δικαίου από τους *iurisprudentes* έχει ένα άρρηκτο λογικό υπόβαθρο, παρουσιάζει μία επιστημονική ιδιοσυστασία διότι στηρίζεται σε μία μέθοδο. Θα εισέλθουμε στα ενδότερα της τελευταίας, στο χώρο της λογικής του δικαίου, με την πεποίθηση ότι μία τέτοια

προσέγγιση είναι πάντοτε χρήσιμη στο νομικό επιστήμονα. Οι ρωμαίοι μας προσφέρουν ήδη ένα μοντέλο (προς μίμηση;) συγκερασμού ανάμεσα στον πρακτικό και τον θεωρητικό του δικαίου. Οι συγγραφείς που θα συμβουλευτούμε για το θέμα μας, κυρίως οι κλασικοί νομομαθείς αλλά και οι ρήτορες, εμπλέκονται ενεργά στην απονομή της ρωμαϊκής δικαιοσύνης. Οι μεν ως εμπειρογνώμονες επιφορτισμένοι από τον αυτοκράτορα με την ερμηνεία του δικαίου και τη γνωμοδότηση επί πρακτικών νομικών ζητημάτων (*ius publice respondendi*), πολλές φορές δε και ως δικαιοδικοί άρχοντες, οι δε ως παράγοντες της ρωμαϊκής δίκης. Παράλληλα όμως με αυτήν τη δραστηριότητα ή, ακριβέστερα, μέσα από αυτήν, οι *iurisprudentes* οικοδομούν και μία επιστήμη του δικαίου, την *ars boni et aequi*, που αποτελεί τον οδηγό στο πρακτικό έργο τους.

Είναι αναγκαίο λοιπόν να σταθούμε πρώτα στις κατευθυντήριες γραμμές της κλασικής ρωμαϊκής νομικής επιστήμης. Στη συνέχεια θα περάσουμε στην εξέταση της αναλογίας. Πρώτος μας σταθμός θα είναι η εξειδίκευση της λογικής υπόστασης της αναλογίας στη σύγχρονη επιστήμη του δικαίου. Επιστρέφοντας στην εξεταζόμενη περίοδο, θα ασχοληθούμε με το περιεχόμενο και τη λειτουργία της αναλογίας.

1. Η ρωμαϊκή θεωρία του δικαίου στη σκέψη της κλασικής *iurisprudentia*.

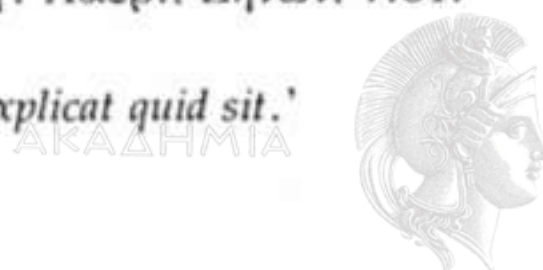
1.1. Το δίκαιο ως γνωστικό αντικείμενο: η οντολογική τάξη των νοητών πραγμάτων (*res incorporales*).

Η ερμηνευτική μέθοδος των ρωμαίων νομομαθών βασίζεται σε μία αντίληψη του δικαίου ως ιδιαίτερης κατηγορίας πραγμάτων. Το δίκαιο προσεγγίζεται γνωστικά με ένα σταθερό επιστημολογικό κριτήριο. Το *ius* αποτελείται από πράγματα, *res*. Η οντολογική αυτή εκ πρώτης όψεως θεώρηση υπάγεται στην κρατούσα στην αρχαιότητα *summa divisio* των πραγμάτων από τους Στωικούς, η οποία διακρίνει ανάμεσα σε πράγματα με υλική υπόσταση και σε πράγματα άυλα¹. Η πρώτη μαρτυρία της προσέγγισης αυτής στη λατινική γραμματεία απαντάται στον Κικέρωνα². Αναπτύσσοντας τη *definitio*, μοντέλο δικανικού λόγου με περιεχόμενο το νομικό ορισμό του αντικειμένου της δίκης³, ο ρωμαίος ρήτορας αναφέρει ότι η πρώτη μπορεί να αφορά σε δύο κατηγορίες πραγμάτων, είτε σε εκείνα που είναι, '*res quae sunt*', είτε σε εκείνα που νοούνται, '*res quae intelleguntur*'. Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν τα πράγματα υπό τη στενή

1. Οι Στωικοί εκκινούν από μία βασική ιδέα, το *ὄν*, το οποίο δεν επιδέχεται περαιτέρω αφαίρεσης διότι αποτελεί το 'γένος γενικότατον': Διογ. Λαέρ., Ζήνων, 7.61.

2. Cic., *Top.*, 5.26-27.

3. Cic., *Top.*, 5.26: '*Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit.*'



έννοια του όρου, εκείνα που μπορούν να γίνουν αντιληπτά με τις αισθήσεις. Τα πράγματα της δεύτερης κατηγορίας δεν έχουν υλική υπόσταση, μπορούν όμως να γίνουν αντιληπτά από την ψυχή και το νου. 'Τα πράγματα αυτά', λέει ο Κικέρωνας, 'αν και στερούνται σώματος (*quarum rerum nullum subest corpus*), έχουν ωστόσο μία συγκεκριμένη ιδιοσυστασία και ένα εντυπωμένο νόημα, τα οποία ονομάζω έννοια (*notio*)'. Ως παραδείγματα τέτοιων *res* αναφέρει διάφορες νομικές έννοιες όπως τη χρησιμότητα, την επιτροπεία, το γένος, τη συγγένεια.

Οι *iurisprudentes* υιοθετούν επίσης τη διάκριση αυτή και την επεξεργάζονται περαιτέρω. Κατά τους κλασικούς νομομαθείς, το δίκαιο συναπαρτίζεται από άυλα πράγματα, *res incorporales*. Ένα κείμενο από τις Εισηγήσεις του Γαΐου, το οποίο ενσωματώθηκε και στην Ιουστινιάνεια κωδικοποίηση, αποτελεί θεμελιώδη πηγή για την οντολογική αυτή θεώρηση του ρωμαϊκού δικαίου:

Gai, II, 12-14 (D. 1.8.1.1): '12. Εξάλλου, τα πράγματα διακρίνονται σε ενσώματα και ασώματα. 13. Ενσώματα είναι εκείνα που μπορούν να γίνουν αισθητά με την αφή όπως, για παράδειγμα, ένα ακίνητο, ένας δούλος, ένα ρούχο, ο χρυσός, ο άργυρος, καθώς και αμέτρητα άλλα πράγματα. 14. Ασώματα είναι εκείνα που δε μπορούν να γίνουν αισθητά με την αφή, όπως είναι εκείνα που συνίστανται σε κάποιο δικαίωμα, για παράδειγμα η κληρονομία, η επικαρπία, οι ενοχές, όπως κι αν αυτές έχουν συσταθεί. Και ούτε έχει κάποια σημασία το ότι η κληρονομία συναπαρτίζεται από ενσώματα πράγματα. Κατά τον ίδιο τρόπο, οι καρποί που συλλέγονται σε ένα κτήμα είναι ενσώματοι. Και εκείνο που μας οφείλεται δυνάμει μιας ενοχής είναι στις περισσότερες περιπτώσεις ενσώματο όπως, π.χ., ένα ακίνητο, ένας δούλος, κάποιο χρηματικό ποσό. Ωστόσο, το κληρονομικό δικαίωμα, το δικαίωμα της επικαρπίας, το δικαίωμα από ενοχή είναι αυτά καθ'αυτά ασώματα. Στην ίδια κατηγορία ανήκουν επίσης τα εμπράγματα δικαιώματα επί των ακινήτων, αστικών ή αγροτικών, τα οποία αποκαλούμε δουλείες.'

4. '12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam non corporales. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. 14. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.'

Ο Γάιος εκλαμβάνει το δίκαιο ως μία πρώτη ύλη. Στο λατινικό κείμενο διαβάζουμε ότι οι *'res incorporales in iure consistunt'*, τα άυλα πράγματα συνίστανται στο δίκαιο, άρα υπάρχουν μέσα από αυτό, εξειδικευμένα κάθε φορά σε κάποιο θεσμό όπως η κληρονομία, η ενοχή κλπ.. Η θεώρηση αυτή θεμελιώνει στη λογική του Γαΐου την ύπαρξη των θεσμών και, επέχει, την κατανόησή τους⁵.

Η επεξήγηση της ιδιαίτερης οντολογίας του δικαίου συνεχίζεται με τη σύνδεσή της με την κοινωνική πραγματικότητα. Αυτή η νοητή τάξη πραγμάτων που ονομάζεται δίκαιο συνδέεται στην καθημερινότητα με υλικά πράγματα, τα οποία αποτελούν τις χειροπιαστές εκφάνσεις της και γίνονται φορείς του ειδικού της νοήματος. Ένα χρηματικό ποσό αποτελεί το συγκεκριμένο αντικείμενο μιας ενοχής, οι καρποί που συλλέγονται από τον επικαρπωτή συνιστούν το αντικείμενο της επικαρπίας κ.ο.κ.. Ο νομικός όμως δεν εξετάζει το υλικό αντικείμενο αλλά το νομικό νόημα που αυτό φέρει. Η κοινωνική πραγματικότητα που καλείται να εξετάσει αποτελεί ένα μίκτο κόσμος⁶, η λειτουργία του οποίου καθορίζεται από την άυλη υφή του, δηλαδή από το νομικό πράγμα-έννοια που είναι ενσωματωμένο σε κάθε πραγματική κατάσταση.

Η γνωστική αυτή προσέγγιση της πρακτικής επιτρέπει στους *iurisprudentes* να υιοθετήσουν μία ιδιαίτερα ευέλικτη μέθοδο ερμηνείας του δικαίου. Οι τεχνικές της μεθόδου αυτής συνίστανται κυρίως στην υπαγωγή πραγματικού περιστατικού σε νομική έννοια – κανόνα δικαίου, στη διασταλτική ερμηνεία της *lex*, στο πλάσμα δικαίου, στη χρήση της αναλογίας⁷. Οι περιορισμοί του *corpus* με το οποίο είναι εκάστοτε συνδεδεμένες οι νομικές έννοιες, δηλαδή το πρακτικό πεδίο εφαρμογής του κανόνα δεσμεύουν ελάχιστα το ρωμαίο νομικό. Η *ratio* της *regula iuris* ξεπερνά πολύ συχνά τα αρχικά όρια της ερμηνευόμενης θετικής διάταξης και επεκτείνεται σε πραγματικά περιστατικά που δεν περιλαμβάνονται στο γράμμα της τελευταίας. Η *res incorporalis* στην οποία συνίσταται η διάταξη βρίσκει έτσι ένα νέο *corpus* στην κοινωνική πραγματικότητα, μία νέα περίπτωση που θα ρυθμίζεται εφεξής κατά τον ίδιο τρόπο. Για το σκοπό αυτό χρησιμοποιούνται, ανάλογα με τις περιστάσεις, η διασταλτική υπαγωγή, το πλάσμα δικαίου, η αναλογία. Οι τεχνικές αυτές χρησιμοποιούνται με βάση το αξιολογικό κριτήριο που αποτελεί και την πεμπτούσια

5. Ας μην ξεχνάμε ότι οι Εισηγήσεις του Γαΐου αποτελούν ένα εκπαιδευτικό εγχειρίδιο που απευθυνόταν στους πρωτοείσαχτους σπουδαστές της Νομικής.

6. Κ. Τσάτσος. *Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου*, β' έκδοση, Αθήνα, 1978, σ. 26 επ..

7. Για τις τεχνικές αυτές βλ. την υπό έκδοση διδακτορική μας διατριβή, C. Vlahos. *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique: un outil linguistique au service de l'ars boni et aequi*, Πανεπιστήμιο Panthéon-Assas (Paris II), 2002.

της ιδεατής οντολογίας του *ius privatum*. Στον αντίποδα της υλικής διάστασης των υλικών πραγμάτων (*res corporales*) βρίσκεται η αξιολογική διάσταση των άυλων πραγμάτων (*res incorporales*). Το εργαλείο της γνωστικής προσέγγισης των νομικών θεσμών από τους κλασικούς νομομαθείς είναι η ικανότητά τους να πραγματώσουν μέσα από τη λειτουργία τους έναν υπέρτατο σκοπό: τη Δικαιοσύνη (*iustitia*). Γύρω από τη θεώρηση αυτή οικοδομείται σταδιακά μία επιστήμη του δικαίου, η *scientia iuris*, της οποίας τα συστατικά στοιχεία θα εξετάσουμε ευθύς αμέσως.

1.2. Οι θεμελιώδεις έννοιες της κλασικής *scientia iuris*: *iustitia*, *ius*, *ars boni et aequi*.

Η συντακτική επιτροπή του Τριβωνιανού ανοίγει το βασικότερο έργο του *Corpus Iuris Civilis*, τον Πανδέκτη, με τον τίτλο '*De iustitia et de iure*'. Το πρώτο κείμενο του τίτλου προέρχεται από ένα έργο διδακτικού χαρακτήρα, τις Εισηγήσεις του Ουλπιανού, και αποτελεί βασική πηγή για τη μελέτη της ρωμαϊκής νομικής επιστήμης:

Ulpianus, *l. I Institutionum*, D. 1.1.1pr.: 'Όποιοσδήποτε πρόκειται να υπηρετήσει το δίκαιο πρέπει προηγουμένως να γνωρίζει από πού προέρχεται ο όρος δίκαιο. Τούτο λοιπόν ονομάζεται έτσι από τη δικαιοσύνη: γιατί, σύμφωνα με τον κομφό ορισμό του Κέλσου, το δίκαιο είναι η τέχνη του αγαθού και του ίσου'⁸.

Ο Ουλπιανός στηρίζει τον ορισμό του δικαίου σε μία συνειδητά εσφαλμένη ετυμολογική ανάλυση. Στην πραγματικότητα, ο όρος δίκαιο, *ius*, αποτελεί την ετυμολογική βάση του όρου δικαιοσύνη, *iustitia*, και όχι το αντίστροφο. Πίσω όμως από αυτήν την εσκεμμένη ανακρίβεια βρίσκεται η πρόθεση του συγγραφέα να σκιαγραφήσει τη λογική δομή του ρωμαϊκού δικαίου. Το δίκαιο προέρχεται, πηγάζει από τη δικαιοσύνη από άποψη όχι ετυμολογική αλλά ιεραρχική⁹. Η *iustitia* αποτελεί τον υπέρτατο στόχο, την αντικειμενική και γενική ιδέα την οποία πρέπει να πραγματώνει κάθε νομική πράξη. Σε ένα άλλο χωρείο του Πανδέκτη, ίσως το πιο διάσημο στους σύγχρονους νομικούς, ο Ουλπιανός επιχειρεί έναν ορισμό της δικαιοσύνης:

'Δικαιοσύνη είναι η σταθερή και διηνεκής βούληση του αποδίδειν εις έκαστον τα ίδια'¹⁰.

8. '*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*'

9. Η χρήση του ρήματος *descendit* είναι χαρακτηριστική: το δίκαιο παρουσιάζεται ως παράγωγος, ως κατιών της δικαιοσύνης (*descendo* = κατέρχομαι).

10. D. 1.1.10pr. (Ulp., 1 *regularum*): '*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum*

Ο ορισμός αυτός είναι παραπλήσιος με εκείνον που δίνει ο Κικέρωνας για τους περίπου αιώνες νωρίτερα (1^{ος} αι. π.Χ.): 'Η δικαιοσύνη είναι η ψυχική διάθεση του απονέμειν εις έκαστον την αξιοπρέπειά του διατηρώντας αυτόχρονα το κοινό καλό'¹¹.

Βούληση κατά τον Ουλπιανό, ψυχική διάθεση στον Κικέρωνα, η *iustitia* είναι *res incorporalis* από την οποία πηγάζει το σύνολο των υπολοίπων άυλων πραγμάτων που συναπαρτίζουν το δίκαιο. Κατά ποιον όμως τρόπο η *iustitia* εμποτίζει όλα τα συστατικά του *ius*; Μέσα από την ιδιοσυστασία της, δηλαδή τη θετική της αξία. Για την καλύτερη κατανόηση αυτών των σκέψεων είναι απαραίτητο να ανατρέξουμε στη θέση της δικαιοσύνης στην αρχαία ελληνική φιλοσοφία, η οποία άσκησε μία αδιαμφισβήτητη επίδραση στον ορισμό της ρωμαϊκής *iustitia*. Σε όλες τις σχολές της ελληνικής φιλοσοφίας, η δικαιοσύνη απαντάται ως αρετή. Ο Αριστοτέλης την αποκαλεί 'όλη αρετή', υπέρτατη αρετή η οποία εμπεριέχει όλες τις άλλες¹². Ο 'habitus animi' του Κικέρωνα αποδίδει την 'έξιν' του Σταγειρίτη, σύμφωνα με τον οποίο 'ή δ' αρετή βελτίστη ἔξις', αλλά και των Στωϊκών, οι οποίοι διδάσκουν ότι 'ἐν ἔξει εἶναι τάς ἀρετάς'¹³. Η 'voluntas' του Ουλπιανού θυμίζει την 'προαίρεσιν' των Πυθαγορικών, που μαζί με τον 'λόγον' και τη 'δύναμιν' συνθέτουν κατά τη σχολή αυτή την αρετή. Αλλά και τα επίθετα 'σταθερή και διηνεκής', 'constans et perpetua', θεμελιώνουν τη φιλοσοφική υφή της *iustitia* ως αρετής. Υπό την επίδραση των Στωϊκών, ο Κικέρωνας χαρακτηρίζει την τελευταία ως τον 'σταθερό και διηνεκή λόγο (ratio) της ζωής', για να την αντιπαραβάλει στη συνέχεια με την αστάθεια, *inconstantia*, η οποία αποτελεί ελάττωμα¹⁴. Εξάλλου, για το Σενέκα η *constantia* είναι ένα από τα στοιχεία με τα οποία ο ανθρώπινος νους αναγνωρίζει την αρετή¹⁵.

Ας επιστρέψουμε όμως στον Ουλπιανό. Το συστατικό στοιχείο της

cuique tribuendi.. Σχετικά με την έννοια της *iustitia* στο ρωμαϊκό δίκαιο βλ., F. Senn. *De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice*, Paris, 1927. M. Villey, 'Suum ius cuique tribuens', in *Studi P. De Francisci*, τ. 1, Milano, 1956, σσ. 361-371. W. Waldstein, 'Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D. 1.1.10pr.)', in *Festschrift W. Flume*, τ. 1, Köln, 1978, σσ. 213-232. G. Pieri, 'Ius et iurisprudencia', in *Archives de Philosophie du Droit (A.P.D.)*, XXX (1985), 'La jurisprudence', σσ. 53-60. U. von Luebtow, 'Die Anschauungen der römischen Jurisprudenz über Recht und Gerechtigkeit', in *Mélanges C. Sanfilippo*, τ. VI, Milano, 1985, σσ. 513-538.

11. Cic., *De Inventione*, 2.53.160: 'Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem'.

12. *Ηθικ. Νικ.*, 5.1.15 και 19.

13. *Αριστ. Ηθ. Ευδ.*, 2.1.8 και *Μειζ. Ηθ.*, 1.4.10. Στοβαίος, 2.7. Wachsmuth & Hense, τ. II, σ.51.

14. Cic., *De leg.*, 1.17.45. και για τους Στωϊκούς, Διογέν. Λαέρτ., Ζήνων, II, 4.

15. Sen., *Epist.*, 20.3.11.

iustitia είναι για το ρωμαίο νομικό η βούληση, *voluntas*. Αυτή αποτελεί την ουσία της δικαιοσύνης, το άυλο πράγμα (*res incorporalis*) στο οποίο συνίσταται η *iustitia*. Και καθώς το δίκαιο προέρχεται από τη δικαιοσύνη, κάθε επιμέρους θεσμός του, κάθε ειδικότερη *res incorporalis* αποτελεί μία εξειδίκευση αυτής της βούλησης. Αντικείμενο δε της τελευταίας, και επομένως και του δικαίου, είναι το 'αποδίδειν εις έκαστον τα ίδια'. Η έκφραση '*ius suum cuique tribuendi*' απηχεί την πανάρχαια αντίληψη περί δικαίου των ινδοευρωπαϊκών φύλλων σύμφωνα με την οποία το δίκαιο αντιπροσωπεύει ένα χώρο ελεύθερης δράσης που προκύπτει από το φυσικό αυτοκαθορισμό ενός ατόμου ή μίας ομάδας¹⁶. Σ'αυτήν την αντίληψη βρίσκεται και η πεμπτουσία της λειτουργίας του δικαίου: να εξασφαλίζει μία ιδιωτική σφαίρα δραστηριότητας ελεύθερη από τις προσβολές τρίτων. Χαρακτηριστική για τη διαπίστωση αυτή είναι η χρήση του ρήματος *tribuere*. Το δίκαιο είναι ο κοινωνικός μηχανισμός μέσω του οποίου διανέμεται στον καθένα ο ατομικός του χώρος δράσης. Και η κινητήρια δύναμη αυτού του μηχανισμού είναι μία αξία με δεοντολογικό ειδικό βάρος, η *iustitia*.

Η λειτουργία του δικαίου υπό αυτές τις συνθήκες αποτελεί την αποστολή των *iurisprudentes*. Οι νομομαθείς εξασκούν σύμφωνα με τον ορισμό του Κέλσου το δίκαιο ως την τέχνη του καλού και του ίσου: *ius est ars boni et aequi*. Εδώ, το δίκαιο παρουσιάζεται στη δυναμική, λειτουργική του διάσταση μίας πρακτικής επιστήμης η οποία πραγματώνει το *ius* ως ιδεώδες. Τα ουσιαστικά *bonum et aequum* χρησιμοποιούνται στη γενική της ιδιότητας, εκφράζοντας τη σκοπιμότητα της *ars iuris*. Το *bonum* περιγράφει το δίκαιο ως θετική αξία, το αντικείμενο της οποίας συνίσταται στην ικανότητα-σκοπό του δικαίου και της σχετικής *ars* να πραγματώνει τη *iustitia*. Το *aequum* εκφράζει τη σκοπιμότητα αυτή καθ'αυτή της νομικής ως τεχνικής και ως επιστήμης, η οποία συμπίπτει με τη *voluntas* της *iustitia*, δηλαδή τη βούληση του *αποδίδειν εις έκαστον τα ίδια* (*ius suum cuique tribuendi*). Υπό την έννοια αυτή, το *aequum* θυμίζει το βασικό χαρακτηριστικό του δικαίου στη σκέψη του Αριστοτέλη, δηλαδή το *ἴσον*¹⁷. Για τον Αριστοτέλη, το δίκαιο συνίσταται στην αναλογική ισότητα, που σημαίνει τη δίκαιη κατανομή των αγαθών μεταξύ των ιδιωτών. Η αρχή που διέπει

16. Βλ. τις σχετικές μελέτες των G. Dumezil, 'A propos du latin *ius*', in *R.H.D.*, 1947-48, σσ. 95-112. Id., *Idées romaines*, "ius", Paris, 1969, σσ. 31-45, E. Benveniste, *Le vocabulaire des Institutions indo-européennes*, τ. II, Paris, 1969, σ. 111 επ., Πρβ. και τον ορισμό του Κικέρωνα, '*Iustitia est habitus animi (...) suam cuique tribuens dignitatem*'.

17. Αριστ., *Ηθικ. Νικ.*, 5.1.8. Βλ. σχετικά, M. Villey, 'La notion romaine classique de jus et le dikaion d'Aristote', in *La filosofia greca e il diritto romano*, Συνέδριο, Ρώμη, Απρίλιος 1973, *Accademia Nazionale dei Lincei*, τ. 1, 1976, σσ. 71-80, F. Gallo, 'Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto', in *SDHI*, LIV (1988), σσ. 1-36.

την κατάσταση αυτή είναι η αναλογία σε μία γεωμετρική διάσταση. Η αριστοτελική αυτή ιδέα φαίνεται να επηρέασε σημαντικά τη ρωμαϊκή νομική σκέψη. Ο Κικέρωνας ορίζει το *ius civile* ως την ‘συντεταγμένη ισότητα’, ‘*aequitas constituta*’, αντικείμενο της οποίας είναι η ‘*aequabilitatis conseruatio*’¹⁸, δηλαδή η εξασφάλιση της ισότητας στην κοινωνική πραγματικότητα. Το ιδεώδες της ίσης μεταχείρισης των ίσων καταστάσεων¹⁹ βρίσκει στο δίκαιο τη θετική του έκφραση δίνοντας ταυτόχρονα σε αυτό μία αξιολογική και τελολογική διάσταση.

1.3. Οι πρωταγωνιστές της ρωμαϊκής *scientia iuris* και η μέθοδός τους: η *iurisprudentia* και η τελολογική ερμηνεία του δικαίου.

Η διάσταση αυτή του ρωμαϊκού δικαίου αποτελεί το αποτέλεσμα της εργασίας ‘εκείνων που υπηρετούν το δίκαιο’²⁰, των εκπροσώπων της *ars boni et aequi*, δηλαδή των *iurisprudentes*. Η συνέχεια του κειμένου του Ουλπιανού που είδαμε παραπάνω μαρτυρεί μία συγκεκριμένη αυτοεικόνα των νομομαθών:

Ulpianus, *l. I Institutionum*, D. 1.1.1.1: ‘Για το λόγο αυτό σωστά μας χαρακτηρίζει κανείς ως ιερείς: γιατί υπηρετούμε τη δικαιοσύνη και εξασκούμε τη γνώση του καλού και του ίσου, ξεχωρίζοντας το ίσο από το άνισο, διακρίνοντας το θεμιτό από το αθέμιτο, επιδιώκοντας να φτάσουμε στο σωστό όχι μόνο προβάλλοντας το φόβο της τιμωρίας, αλλά εξαίροντας ταυτόχρονα τον έπαινο του καλού, ασχολούμενοι έτσι με κάτι το οποίο αποτελεί μία αληθινή και όχι μία κατ’επίφαση φιλοσοφία.’²¹

Παρ’ όλη την έλλειψη θεωρητικών γενικεύσεων στα κείμενα της κλασικής *iurisprudentia*, βλέπουμε ότι εξελικτικά παγιώνεται στη συνείδηση των νομομαθών η πεποίθηση ότι αυτοί αποτελούν ένα ιδιαίτερο μέγεθος στη λειτουργία του δικαίου²², και μάλιστα με αυξημένο ειδικό βάρος. Η καλλιέργεια της *ars boni et aequi*, μέσα από τον ιερό σκοπό που αυτή υπηρε-

18. Cic., *Top.*, 2.9. *De Orat.*, 1.42.188.

19. Cic., *Top.*, 4.23: ‘*Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*’. Πρβ. D. 1.1.11 (Paulus, 14 *ad Sab.*): ‘*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ...*’.

20. D. 1.1.1pr., βλ. παρ. σελ. 5.

21. ‘*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque collimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*’

22. Ο Ουλπιανός αναφέρεται στο σύνολο των *iurisprudentes* με την προσωπική αντωνυμία *nos*: οι νομομαθείς αποτελούν πλέον ένα συλλογικό εμείς.

τεί, δηλαδή την πραγμάτωση της *iustitia*, οδήγησε στο χαρακτηρισμό των *iurisprudentes* ως ιερέων. Η ιδεολογική φόρτιση του κειμένου είναι εμφανής. Η αξία ωστόσο του τελευταίου βρίσκεται σε μία βαθύτερη ανάγνωσή του. Η συντεχνιακή συνειδητοποίηση των νομομαθών δεν οφείλεται μόνο στα εξωτερικά τυπικά στοιχεία του λειτουργήματος αυτών, όπως το *ius publice respondendi* και τα διάφορα δικαιοδοτικά αξιώματα τα οποία καταλάμβαναν οι εκάστοτε *iurisprudentes*. Είναι επίσης το αποτέλεσμα της μακράς πορείας στην υπηρεσία ενός υψηλού ιδεώδους, αυτού της Δικαιοσύνης, μέσω μίας αξιολογικής και τελολογικής μεθόδου ερμηνείας του δικαίου. Τα δίπολα ίσο – άνισο, *aequum* – *iniquum*, θεμιτό – αθέμιτο, *licitum* – *illicitum* καταδεικνύουν μία διεργασία διαχωρισμού της θετικής από την αρνητική αξία, στην ουσία, της ικανότητας ή μη πραγμάτωσης της *iustitia*. Αυτός είναι και ο γνώμονας της ερμηνευτικής μεθόδου της *iurisprudentia*. Στην ώριμη περίοδο του κλασικού ρωμαϊκού δικαίου, ο Ουλπιανός προβαίνει αβίαστα στη αφηρημένη διατύπωση των γενικών χαρακτηριστικών της μεθόδου αυτής συνοψίζοντας μια μακρά εξελικτική πορεία. Η έμφαση όμως δίνεται πάντοτε στην πρακτική αξία της ερμηνείας του δικαίου. Το έργο των *iurisprudentes* αποτελεί μία μεθοδική προσπάθεια πραγμάτωσης της αρετής της Δικαιοσύνης στην κοινωνική ζωή και όχι μία φιλοσοφία για την φιλοσοφία: *‘veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes’*.

Λίγες γραμμές μετά τον ορισμό της *iustitia* που είδαμε πιο πάνω, ο Ουλπιανός παραθέτει και τον ορισμό της *iurisprudentia*:

Ulpianus, l. I regularum, D. 1.1.10.2: *‘Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia’*.

Η *‘iuris prudentia’* δε σηματοδοτεί εδώ τους νομομαθείς αλλά την ιδιότητα που τους χαρακτηρίζει. Πρόκειται για την αρετή των ατόμων που εξασκούν το δίκαιο, την *‘περί δικαίου φρόνηση’*, η οποία λειτουργεί σε δύο διαδοχικές φάσεις. Τη γνωστική προσέγγιση της κοινωνικής (και δικαιοσύνης) πραγματικότητας, *divinarum atque humanarum rerum notitia*, και την αξιολογική κρίση περί του δικαίου ή μη χαρακτήρα της τελευταίας, *iusti atque iniusti scientia*²³.

Η αξιολογική αυτή προσέγγιση βασίζεται στο τελολογικό κριτήριο και συγκεκριμένα στη σκοπιμότητα του *bonum et aequum*. Το εν λόγω κριτήριο εξειδικεύεται στη νομοθετική βούληση, δηλαδή τη *ratio* ή, αλλιώς,

23. Για μια λεπτομερέστερη ανάλυση του παραπάνω χορείου, βλ. C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique: un outil linguistique au service de l’ars boni et aequi*, όπ. π., σ. 52 επ..

sententia legis, η οποία αποτελεί το συμβατό και συγκρίσιμο μέγεθος με τη βούληση (*voluntas*) της *iustitia*. Η ερμηνεία του δικαίου από τους *iurisprudentes* αποτελεί μία διαρκή προσπάθεια ανακάλυψης του πραγματικού νοήματος του κανόνα δικαίου, που βρίσκεται στη *sententia/ratio legis* και δεν είναι άλλο από την ικανότητα του νόμου να πραγματώσει το *bonum et aequum* στο ειδικότερο ρυθμιστικό του πεδίο. Οι Βυζαντινοί συγγραφείς του Πανδέκτη έχουν συγκεντρώσει στον πρώτο τίτλο αυτού μία σειρά από διαφωτιστικές μαρτυρίες των κλασικών νομομαθών σχετικά με αυτήν την ερμηνευτική μέθοδο. Σύμφωνα με τον Κέλσο, ‘η γνώση των νόμων δε βρίσκεται στην τήρηση του γράμματός τους, αλλά της ισχύος και της δύναμής τους’²⁴. Ο ίδιος νομικός στηλιτεύει ως αντίθετες προς το πνεύμα του *ius civile* την ερμηνεία ή τις δικαστικές αποφάσεις που στηρίζονται σε μία αποσπασματική εξέταση του νόμου και αντιπροτείνει τη σφαιρική θεώρηση της εκάστοτε ερμηνευόμενης *lex*²⁵. Σύμφωνα με τον Ιουλιανό, ο νομικός δε μπορεί να ακολουθήσει μία συγκεκριμένη διάταξη όταν κρίνει ότι αυτή λειτουργεί *contra rationem iuris*, με άλλα λόγια, ενάντια στη λογική του *bonum et aequum*²⁶. Ο ίδιος κανόνας θα επαναληφθεί δύο περίπου αιώνες αργότερα από τον Παύλο²⁷. Εξάλλου, η τυπική τήρηση του γράμματος του νόμου που οδηγεί στην ουσιαστική κατάργηση της βούλησής του χαρακτηρίζεται ως *fraus legis*, καταστρατήγηση του νόμου²⁸.

Στο σημείο αυτό επιβάλλεται να κάνουμε μία τελευταία παρατήρηση. Οι αποφθεγματικές κρίσεις των *iurisprudentes* που εξετάσαμε βρίσκονται διάσπαρτες στα ερμηνευτικά τους συγγράμματα. Η ευκαιριακή αυτή διατύπωση, ενόψει της εκάστοτε ερμηνείας ειδικότερων νομικών θεσμών, δεν αφαιρεί από τη ρωμαϊκή νομική σκέψη την επιστημονική της αξία. Σε όλη την έκταση του Πανδέκτη μπορεί κανείς να διαγνώσει τη συστηματική προσπάθεια της *iurisprudentia* να βρει το ειδικό *bonum et aequum* που αρμόζει στην κάθε περίπτωση. Τα σχόλια του *edictum perpetuum* ξεκινούν πάντοτε με την παρουσίαση της *ratio edicti*, υπό την έννοια της νομοθετικής βούλησης του πραίτορα, πολλές φορές δε με τον εκθειασμό της *aequitas*

24. Celsus, l. XXVI digestorum, D. 1.3.17: ‘Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.’

25. Celsus, l. VIII digestorum, D. 1.3.24: ‘Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.’

26. Iulianus, l. XVII digestorum, D. 1.3.15: ‘In his, quae contra rationem iuris receptum est, non possumus sequi regulam iuris.’

27. Paulus, l. LIII ad edictum, D. 1.3.14 (id. D. 50.17.141pr.).

28. Paulus, l. singulari ad legem Cinciam, D. 1.3.29: ‘Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis sententiam eius circumvenit’. Βλ. και Ulpianus, l. III ad edictum, D. 1.3.30: ‘Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ρητόν από διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.’



που υποκίνησε τον τελευταίο στην εισαγωγή του συγκεκριμένου *edictum*²⁹. Η ερμηνεία του *edictum* εκτυλίσσεται στη συνέχεια ως μία συστηματική προσπάθεια διάπλασης του περιεχομένου τού γράμματός του με τέτοιο τρόπο ώστε το ειδικό *bonum et aequum* να βρει την πληρέστερη δυνατή εφαρμογή του στην κοινωνική πραγματικότητα. Ο σκοπός αυτός πραγματώνεται με τη χρήση διαφόρων ερμηνευτικών τεχνικών³⁰. Η αναλογία αποτελεί ίσως την πιο τολμηρή – και ταυτόχρονα την πιο δημιουργική. Ας τη γνωρίσουμε από πιο κοντά.

2. Η αναλογία στην *ars boni et aequi*.

2.1. Η λογική υπόσταση της αναλογίας.

Ο καλύτερος τρόπος να προχωρήσει κανείς στην εξέταση της αναλογίας ως τεχνικής ερμηνείας του δικαίου είναι να αναζητήσει προηγουμένως τη λογική της ιδιοσυστασία, αφού στην ουσία πρόκειται για μία λογική διεργασία. Στη σύγχρονη επιστήμη της Λογικής, η αναλογία ορίζεται ως ένα ιδιαίτερο είδος συλλογισμού επιχειρηματολογίας ο οποίος αναπτύσσεται με σκοπό την απόδειξη μίας υπόθεσης³¹.

Ο συλλογισμός της αναλογίας λαμβάνει ως βάση τη (γνωστή) σχέση μεταξύ δύο στοιχείων και οδηγεί στην απόδειξη της (ζητούμενης) ύπαρξης σχέσης μεταξύ δύο άλλων στοιχείων μέσα από την παρατήρηση της ομοιότητας των δύο σχέσεων³². Ο συλλογισμός αυτός βρίσκει πολλά πα-

29. Βλ. ενδεικτικά: Ulpianus, l. IV ad edictum, D. 2.14.1pr.: ‘Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?’. (σχετικό με το *edictum de pactis*). Id., l. XI ad edictum, D. 4.1.1 : ‘Utilitas huius tituli non eget commentatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem’. Πρόκειται για το *edictum de in integrum restitutionibus*. Ulpianus, l. XI ad edictum, D. 3.1.1pr.: ‘Hoc edicto praetor adversus varios et dolosos, qui aliis offuerunt calliditate quadam, subvenit, ne vel illis malitia sua sit lucrosa vel istis simplicitas damnosa’. Η ratio της *actio doli* συνίσταται στη συνδρομή του προσβληθέντος από την πανουργία (*calliditas*) τρίτου και εξασφαλίζει την ισορροπία (πρβ. *aequitas*) ανάμεσα στο δόλο του αδικήσαντος και την ενδεχόμενη ευπείθεια του θύματος της προσβολής.

30. Σχετικά με τις τεχνικές ερμηνείας των *iurisprudentes* βλ. C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique: un outil linguistique au service de l’ars boni et aequi*, όπ. π., σσ. 55 επ. (για τη διασταλτική ερμηνεία), 65 επ. (για το πλάσμα δικαίου) και 112 επ. (για την αναλογία).

31. A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, σ. 22, v° ‘analogie’, στ. I. Ch. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’argumentation*, 5e éd., Bruxelles 1998, σ. 500.

32. Σύμφωνα με τους Perelman-Tyteca, όπ.π., πρόκειται για την καντιανή ιδέα περί αναλογίας, το μοντέλο της οποίας είναι το ακόλουθο: το Α είναι ως προς το Β ό,τι

ροδείγματα, ακόμη και στον καθημερινό λόγο. Εμείς επιλέξαμε μία έκφραση του Ουλπιανού από ένα χορείο στο οποίο αναφερθήκαμε και παρ'όπάνω³³. Καταστρατήγηση του νόμου (*fraus legis*) υπάρχει, λέει ο Ουλπιανός, όταν γίνεται κάτι το οποίο ο νόμος δεν θέλησε να γίνει χωρίς ό-
μως και να το απαγορεύσει: '*Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit*'. Για την καλύτερη κατανόηση του ορισμού του, ο νομομαθής χρησιμοποιεί έναν τυπικό συλλογισμό αναλογίας. 'Η διαφο-
ρα', αναφέρει, 'ανάμεσα στην καταστρατήγηση και στην παράβαση του νόμου είναι ανάλογη με τη διαφορά ανάμεσα στην τήρηση του γράμμα-
τος και το σεβασμό τής διάνοιας του νομοθέτη': '*et quod distat ρητόν από διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*'. Η σχέση ρητού και δια-
νοίας θεωρείται ως αποδεδειγμένη, και ως τέτοια χρησιμοποιείται και για την κατανόηση της κατ' επίφαση εφαρμογής του νόμου, *fraus legis*, και τη διαφορά της με την πράξη *contra legem*. Η αναλογία δεν χρησιμο-
ποιείται εδώ ως ερμηνευτική τεχνική, αλλά ως γλωσσικό εργαλείο - επι-
χείρημα για την καλύτερη κατανόηση του λόγου.

Στο χώρο τώρα του δικαίου, η αναλογία ορίζεται ως συλλογισμός με τον οποίο, εκκινώντας από ένα θεσπισμένο κανόνα δικαίου δημιουργείται ένας νέος και διακεκριμένος κανόνας που βασίζεται στην ομοιότητα της *ratio* των δύο κανόνων³⁴. Η αναλογία είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια του κενού δικαίου. Σύμφωνα ωστόσο με τον F. Génv, ο όρος κενό δικαίου δεν είναι ακριβής. Ο ίδιος χρησιμοποιεί τον πιο σύνθετο όρο τής 'έλλειψης πλήρους και ακριβούς διάρθρωσης του νοήματος ενός κανόνα δικαίου από το νομοθέτη, με αποτέλεσμα την ύπαρξη περιπτώσεων οι ο-
ποίες διαφεύγουν από το ρυθμιστικό του πεδίο'³⁵. Με το πρόβλημα του κενού δικαίου ασχολήθηκε επισταμένως και ο Κ. Τσάτσος, σύμφωνα με τον οποίο η έννοια του κενού μπορεί να προσδιορίζει μόνο την έλλειψη

είναι το Γ ως προς το Δ, όπου η σχέση Γ-Δ είναι γνωστή και χρησιμοποιείται για το λόγο αυτό για την κατανόηση ή την απόδειξη της σχέσης Α-Β. Βλ. σχετικά και Ch. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2e éd., Paris, 1979, σ. 129.

33. D. 1.3.30, βλ. αν., υποσ. 28.

34. A.J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, όπ. πρ., σελ. 22, αρ. 3. Βλ. και τον ορισμό του N. Bobbio, 'Analogia', *Nuovo Digesto Italiano*, τ. 1, σ. 601, σύμφωνα με τον οποίο η αναλογία ως ερμηνευτική τεχνική βασίζεται στο μο-
ντέλο «το Α είναι όμοιο προς το Β. Το Β όμως είναι Γ. Άρα και το Α είναι Γ», όπου το Α είναι μία νέα περίπτωση που δε ρυθμίζεται από το νόμο, το Β είναι μία παρό-
μοια περίπτωση η οποία προβλέπεται από το νόμο και Γ η νομική ρύθμιση του Β. Η ομοιότητα μεταξύ Α και Β οδηγεί στην επέκταση στο Α της νομικής μεταχείρισης (Γ) του Β.

35. F. Génv, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, 1954, n° 106.

ρύθμισης θετικού δικαίου σε μία συγκεκριμένη περίπτωση³⁶. Κενό όμως δικαίου δεν πρέπει να υφίσταται σε μία θετική πολιτεία – όπως είναι όλες οι σύγχρονες μορφές κρατών – όπου η κατά την ιδέα του δικαίου τελολογική ρύθμιση της κοινωνικής ζωής αποτελεί υποχρέωση της τελευταίας³⁷. Πιστεύουμε ότι η τελολογική θεωρία του Κ. Τσάτσου αποδίδει με την καλύτερη δυνατή ακρίβεια το φαινόμενο των περιπτώσεων που δε μπορούν να υπαχθούν σε κάποιον θεσπισμένο κανόνα δικαίου³⁸. Οι περιπτώσεις αυτές εντάσσονται στην έννομη τάξη δια της ερμηνευτικής οδού χάρη στην αναλογία. Από λογική άποψη, η τελευταία αποτελεί ένα είδος συλλογισμού ο οποίος συγγενεύει με την επαγωγή. Όταν δεν υπάρχει κάποια ειδική διάταξη που να εφαρμόζεται άμεσα σε μία ορισμένη περίπτωση, ο ερμηνευτής επάγει τη τελευταία σε κάποια γενικότερη διάταξη ή αρχή, η οποία διέπει και την κρινόμενη περίπτωση και κάποιες άλλες ομογενείς περιπτώσεις. Εάν από την αναφορά αυτή προκύψει κρίση η οποία προσομοιάζει, έστω και εν μέρει, σε θετική ειδική διάταξη που διέπεται από την ίδια γενικότερη αρχή, τότε εφαρμόζεται η ειδική διάταξη και στην στερημένη ειδικής ρύθμισης περίπτωση, οπότε μιλάμε για αναλογική εφαρμογή νόμου³⁹. Η ομοιότητα όμως των δύο κρίσεων του αναλογικού συλλογισμού έχει ένα ειδικό βάρος: συνίσταται αποκλειστικά στη *ratio iuris*, υπό την έννοια του κοινού σκοπού που διέπει τις συγκρινόμενες περιπτώσεις και θεμελιώνει τις δικανικές κρίσεις υπαγωγής τους στη συγκεκριμένη διάταξη. Η αναλογική επέκταση της τελευταίας συνίσταται στην ίση προσφορότητα των δύο κανόνων – επεκτεινόμενου και νέου – να εξυπηρετούν αυτήν την ίδια *ratio*.

Συνοψίζοντας λοιπόν, θα πρέπει να πούμε ότι η αναλογία συνιστά έναν συλλογισμό επέκτασης μίας ιδιότητας από ένα στοιχείο σε ένα άλλο. Σημείο εκκίνησης αυτής της επέκτασης αποτελεί η ομοιότητα των συσχετιζόμενων στοιχείων. Μέσα από την αναγωγή της ομοιότητας αυτής σε ένα γενικότερο κανόνα – συμβατότητα σχέσεων στο επιχείρημα εξ αναλογίας, ταύτιση της *ratio legis* στο δίκαιο – τεκμηριώνεται και η επέκταση της κρινόμενης ιδιότητας στο νέο στοιχείο.

36. Κ. Τσάτσος, *Το πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου*, όπ. π., σσ. 146 επ..

37. Αυτό συνιστά εξάλλου και τη δεοντολογική πληρότητα του δικαίου: Κ. Τσάτσος, όπ. π., σ. 149-150.

38. Για μία κριτική επισκόπηση της θεωρίας του Κ. Τσάτσου, βλ. Π. Κ. Σούρλα, 'Δικαιϊκό σύστημα και τελολογική μέθοδος. Σκέψεις γύρω από το "Πρόβλημα της ερμηνείας του δικαίου" του Κ. Τσάτσου', *ΝοΒ*, 26 (1978), σσ. 1172-1181. Σχετικά με το θέμα του κενού δικαίου, βλ. και τις μελέτες του συλλογικού τόμου υπό τη διεύθυνση του Ch. Perelman, *Le problème des lacunes de droit*, Bruxelles, 1968.

39. Κ. Τσάτσος, όπ. π., σσ. 206-208.

22. Η αναλογία στην τοπική της ρωμαϊκής ρητορικής.

Σε αντίθεση με τους *iurisprudentes*, οι ρωμαίοι ρήτορες συστηματοποίησαν το περιεχόμενο της δουλειάς τους προβαίνοντας σε αφηρημένες θεωρητικές κατηγορίες. Ο Κικέρωνας και, αργότερα, ο Quintilianus, καθώς και ο συγγραφέας της Ρητορικής *ad Herennium* έγραψαν και κάποια έργα θεωρίας της ρητορικής τέχνης⁴⁰. Οι ρήτορες λοιπόν διακρίνουν διάφορες κατηγορίες αφ' ενός επιχειρημάτων, '*loci*', και αφ' ετέρου αφηρημένων κατηγοριών ενδίκων διαφορών, '*status causarum*', '*quaestiones*'⁴¹. Ο σχεδιασμός του δικανικού λόγου (*oratio*) αποτελεί μία μεθοδική και σύνθετη εργασία που βασίζεται στην ορθή διάγνωση του είδους της διαφοράς και, εν συνεχεία, στην προσφυγή στις κατάλληλες πηγές επιχειρημάτων.

Η αναλογία αποτελεί στη ρητορική σκέψη έναν ιδιαίτερο *locus* επιχειρημάτων. Διακριτικό εννοιολογικό γνώρισμά του είναι η ομοιότητα, από την οποία αντλεί εξάλλου και την ονομασία του: '*locus ex similitudine*', '*similitudo*', '*simile argumentum*' στον Κικέρωνα, '*exemplum*' ή '*similitudo*' στον Quintilianus⁴². Το ρωμαϊκό *argumentum ex similitudine* παρουσιάζει την ίδια λογική δομή με το σύγχρονο επιχείρημα εξ αναλογίας που είδαμε πιο πάνω. Αποτελεί και αυτό έναν επαγωγικό συλλογισμό ο οποίος, εκκινώντας από τη σύγκριση δύο ομοίων περιπτώσεων, καταλήγει στην εκφορά ενός γενικότερου στοιχείου που διέπει και τις δύο περιπτώσεις. Με το συλλογισμό αυτό ο ρήτορας επιδιώκει την απόδειξη μίας συγκεκριμένης ιδιότητας της ένδικης υπόθεσης μέσα από τη σύγκρισή της με μία κατάσταση για την οποία η επιδιωκόμενη ιδιότητα είναι δεδομένη⁴³. Η ομοιότητα των δύο περιπτώσεων δεν πρέπει να είναι φαινομενική αλλά ουσιαστικής. Σύμφωνα με τον Κικέρωνα, η ομοιότητα των συγκρινόμενων περιπτώσεων θεμελιώνεται στην υπαγωγή τους στην ίδια λογική βάση, '*sub eandem rationem cadunt*'⁴⁴. Ο Quintilianus συνιστά στους συναδέλφους του να χρησιμοποιούν τις *similitudines* με συνετή κρίση, '*adhibendum est eis iudicium*' και παραθέτει με χιουμοριστική διάθεση ένα παράδειγμα επιφανειακής ομοιότητας: το επιχείρημα ότι 'όπως μία γυναίκα που επιδεικνύει ελευθεριότητα ως προς τη διάθεση των χρημάτων της αξίζει επαίνους, α-

40. Cicero: *De inventione*, *De oratore*, *Orator*, *Topica*, *De legibus*, *Partitiones oratoriae*. Quintilianus: *Institutio oratoria*.

41. Για μία συνοπτική εικόνα της ρητορικής τοπικής, βλ. Y. Thomas, 'Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome.', in *Archives de Philosophie du Droit* (A.P.D.), τ. 23 (1978), 'Formes de rationalité en droit', σσ. 93-114.

42. Cic., *Top.*, III.1 και X.42, *De Invent.*, I.42. Quint., *Inst. Orat.*, V.11.1-2 και V.10.73. Ο όρος '*exemplum*' του Quintilianus αποτελεί απόδοση του ελληνικού όρου 'παράδειγμα' ο οποίος χρησιμοποιείται για την αναλογία: πρβ. Αριστ., *An. Pr.*, II.24.

43. Cic., *Top.*, X.42, *De Invent.*, I.51. Quint., *Inst. Orat.*, V.11.2-3.

44. *De Invent.*, I.46.

ναλόγως είναι αξιέπαινη μία γυναίκα που επιδεικνύει ελευθεριότητα ως προς την ομορφιά της' είναι καταδικασμένο σε αποτυχία, γιατί η ελευθεριότητα έχει εντελώς διαφορετικό περιεχόμενο στην κάθε μία περίπτωση⁴⁵.

Η αναλογία στην ερμηνεία του δικαίου καταλαμβάνει στη ρωμαϊκή ρητορική μία ειδική θέση ανάμεσα στις τυποποιημένες μορφές ενδίκων διαφορών, τα *'status causarum'*. Πρόκειται για τη *'ratiocinatio'* ή *'controversia ex ratiocinatione'*. Μία τέτοια διαφορά υφίσταται όταν υπάγεται σε δίκη μία περίπτωση που δε ρυθμίζεται από κάποια ειδική διάταξη, η ρύθμιση όμως της οποίας αναζητείται στην ομοιότητά της με τις ρυθμίσεις άλλων διατάξεων⁴⁶. Η *ratiocinatio* αποτελεί λοιπόν την ειδική έκφανση του κενού θετικού δικαίου στην συγκεκριμένη μορφή της ένδικης διαφοράς. Οι προσπάθειες του ρήτορα έχουν εδώ ως αντικείμενο να πείσουν το δικαστή να εφαρμόσει – κατ' αναλογία – την διάταξη νόμου η οποία εξυπηρετεί το συμφέρον του διαδίκου- πελάτη του.

Ο Κικέρων παραθέτει στο *De Inventione* τη μέθοδο της επαγγελματικής αυτής χρήσης του αναλογικού συλλογισμού⁴⁷. Ο ρήτορας ξεκινά με έναν έπαινο στην *aequitas* του νόμου του οποίου ζητά την αναλογική εφαρμογή, ούτως ώστε να προδιαθέσει θετικά τον *iudex* για τη σκοπιμότητα του αιτήματός του. Κατόπιν, προχωρά στη σύγκριση των δύο πραγματικών καταστάσεων, εκείνης που ρυθμίζει η προτεινόμενη διάταξη και εκείνης στην οποία συνίσταται η ένδικη υπόθεση. Έχοντας αναπτύξει την ομοιότητα των δύο περιπτώσεων, ενισχύει την προσπάθειά του να πείσει το δικαστή, 'απορρώντας πώς είναι δυνατό να εφαρμόζεται ο νόμος στη μία περίπτωση και να απορρίπτεται στην άλλη (την ένδικη), όταν στην τελευταία η εφαρμογή παρουσιάζεται εξίσου ή περισσότερο πρόσφορη: *'...quod aut aequius aut eodem sit in genere'*. Ο δικανικός λόγος της *ratiocinatio* ολοκληρώνεται με μία αναφορά στον αναγκαστικά μη εξαντλητικό χαρακτήρα των νόμων και στην επακόλουθη αναγκαιότητα της αναλογίας.

Το σημαντικότερο στοιχείο της δικανικής μορφής της αναλογίας είναι η σύνδεσή της με την *aequitas*. Η τελευταία συνιστά στο συλλογισμό της *ratiocinatio* τη γενικότερη αρχή στην οποία ανάγεται η σύγκριση των ομοειδών ειδικότερων υποθέσεων. Αποτελεί το κριτήριο της *similitudo*, δηλαδή τη *ratio* του (επαγωγικού) αναλογικού συλλογισμού, υπό την έννοια της δεοντολογικής αρχής που αξιώνει την ίση μεταχείριση των ομοίων καταστάσεων. Υπό την έννοια αυτή χρησιμοποιείται από το ρήτορα ως αιτούμενη πηγή δικαίου, σε μία προσπάθεια συνδυασμού της σκοπιμότητας της *iustitia*

45. Quint., *Inst. Orat.*, V.11.26.

46. *Rhet. ad Her.*, I.23: *'Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur'*.

47. II.50.150-1.

καὶ ἐκεῖνης τοῦ διαδίκου ἐντολέα τοῦ νὰ πετύχει τὴν παραγωγὴ ἐνὸς νέου καὶ νόμου νὰ ἐξυπηρετεῖ τὸ συμφέρον τοῦ.

2. Ἡ ἐννοία τῆς ἀναλογίας στὴ σκέψη τῶν *iurisprudentes*: ἓνα ἐργαλεῖο πλήρης τῆς *sententia legis*.

Χωρὶς ἰδιώνυμο ὄρο, ἡ ἀναλογία ἐντάσσεται στὴν κλασικὴ *scientia iuris* ὡς θεμελιώδης μοχλὸς τῆς λειτουργίας τοῦ δικαίου. Ὅπως καὶ στὴ σύγχρονη θεωρία τοῦ δικαίου, οἱ *iurisprudentes* τὴ συνδέουν ἀμεσα με τὸ θέμα τῆς μὴ ἐξαντλητικῆς νομοθετικῆς κάλυψης τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητας, πῶς ἀπλᾶ, με τὸ φυσικὸ φαινόμενο τοῦ κενοῦ θετοῦ δικαίου.

Ιουλιανός, *l. XV digestorum*, D. 1.3.12 : ‘Εἶναι ἀδύνατον νὰ συμπεριληφθοῦν ὅλες οἱ πραγματικὲς περιστάσεις μίᾳ πρὸς μίᾳ στους νόμους ἢ στα *senatus consulta*. Ὅταν ὅμως ἡ νομοθετικὴ βούληση αὐτῶν εἶναι ἐκδηλῆ καὶ σὲ κάποια ἄλλη περίπτωση, τότε τὸ δικαιοδοτικὸ ὄργανο οφείλει νὰ προχωρήσει καὶ στα ὅμοια καὶ νὰ αποφανθεῖ κατὰ τὸν ἴδιον τρόπο’.

Σὲ μίᾳ ἐννομῇ τάξῃ ὅπως ἡ ρωμαϊκὴ, ἡ παρατήρηση τοῦ Ιουλιανοῦ εἶναι σχεδὸν αὐτονόητη. Ὅπως εἶπαμε καὶ πῶς πάνω, τὸ θετικὸ δίκαιο καταλαμβάνει στὴ Ρώμῃ μίᾳ πολὺ πῶς περιορισμένη ἐκτασὴ σὲ σχέση με τὴ σύγχρονη ἐποχὴ. Στὸ δεδομένο αὐτὸ θὰ πρέπει ἐπίσης νὰ προσθέσουμε καὶ τὴν περιπτωσιολογικὴ νομοθετικὴ ρύθμιση τῆς κοινωνικῆς πραγματικότητας. Τὸ φαινόμενο τοῦ μὴ ἐξαντλητικοῦ χαρακτήρα τοῦ νόμου ἀποτελεῖ μίᾳ φυσικὴ κατάσταση στὴ σκέψη τῶν *iurisconsultes*. Οἱ τελευταῖοι τὸ ἀντιμετωπίζουν με πολὺ λιγότερη ἀμηχανία σὲ σχέση με τους σύγχρονους νομικούς. Σὲ ἓνα ἄλλο σημεῖο τῶν πανδεκτῶν τοῦ⁴⁸, ὁ Ιουλιανός γράφει ὅτι ‘ἀρκεῖ οἱ νόμοι καὶ τὰ *senatus consulta* νὰ περιέχουν αὐτὰ πῶς συμβαίνουν συχνότερα’, γιὰτὶ πῶς ἀπλᾶ οἱ θετικοὶ κανόνες δικαίου ‘δὲ μποροῦν νὰ συντάσσονται κατὰ τρόπο ὥστε νὰ περιλαμβάνουν οτιδήποτε συμβαίνει ἀνὰ πᾶσα στιγμή’.

Ἡ ἀναλογία λοιπὸν ἀναλαμβάνει νὰ θετικοποιήσῃ τὸ δίκαιο ὡς ἰδέα ἐκεῖ ὅπου δὲν ἔχει λειτουργήσει ὁ κλασικὸς ρυθμιστικὸς μηχανισμὸς τῆς παραγωγῆς γραπτοῦ δικαίου. Ἡ λειτουργία τῆς ἐντάσσεται στὸ τελολογικὸ σύστημα τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου. Ὁ Ιουλιανός ξεκινᾶ τὴν παρουσίαση τῆς ἀναλογικῆς ἐπέκτασης τοῦ νόμου ἀπὸ τὸ βασικὸ κριτήριό τοῦ (ἀναλογικοῦ) συλλογισμοῦ, τὴ *sententia legis*. Αὐτὴ ἀποτελεῖ τὸ γενικότερο

48. Iulianus, *l. LVIII digestorum*, D. 1.3.10: ‘Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.’. Πρβ. Pomponius, *l. vicensimo quinto ad Sabinum*, D. 1.3.3: ‘Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπὶ τό πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου.’.

στοιχείο στο οποίο ανάγεται η σύγκριση των ομοίων καταστάσεων, της θετικώς ρυθμισμένης και της στερημένης νομοθετικής ρύθμισης. Η ομοιότητα (*similitudo*) της τελευταίας προς τη ρυθμισμένη περίπτωση θεμελιώνεται στην ίση προσφορότητά της να πραγματώσει τη *ratio* του σχετικού νόμου. Σε περίπτωση θετικής κρίσης ως προς το κριτήριο αυτό, γεννάται το δέον της αναλογικής επέκτασης. Ο δικαιοδοτικός άρχων οφείλει (*debet*) να διευρύνει τα περιθώρια πραγμάτωσης της *sententia legis*, η οποία αποτελεί εξειδίκευση της *voluntas* της *iustitia*. 'Προχωρά' λοιπόν 'και στα όμοια', '*procedere ad similia debet*', και 'λέει το δίκαιο', δηλαδή αποφαινεται, για τη νέα περίπτωση κατά τον ίδιο τρόπο που ο νόμος προβλέπει για την όμοιά της, '*ita ius dicere*'. Το υφολογικό στυλ του Ιουλιανού επιτυγχάνει μία εξαιρετικά ακριβή παρουσίαση της αναλογικής επέκτασης του νόμου. Το ρήμα *procedere* σε συνδυασμό με την τεχνική έκφραση *ius dicere*, η οποία εκφράζει τη δικαιοπραγωγική απόφαση του άρχοντα (απ'όπου και ο όρος *iurisdictio*), δίνουν έμφαση στη δυναμική - λειτουργική διάσταση της αναλογίας. Η *iuris dictio* του *magistratus* παράγει εδώ κυριολεκτικά ένα νέο κανόνα δικαίου, ο οποίος έχει ως αντικείμενο τη νέα βιοτική σχέση και θεμελιώνεται στην ίδια (*ita ius dicere*) νομική βάση (*ratio*) με εκείνη του κανόνα που ρυθμίζει το *simile*. Ο Ιουλιανός αντιλαμβάνεται λοιπόν την αναλογία ως μία προέλαση του δικαίου στο χώρο που άφησε κενό ο νομοθέτης.

Στο ίδιο πλαίσιο τοποθετείται και το κείμενο του Ουλπιανού που παραθέσαμε στην αρχή⁴⁹. Εδώ δεν γίνεται καν λόγος για την ομοιότητα των πραγματικών περιστατικών, η οποία αποτελεί το εξωτερικό στοιχείο της αναλογικής επέκτασης. Ο Ουλπιανός, και πιθανότατα και ο Πέδιος εστιάζουν απευθείας στο ουσιώδες κριτήριο της αναλογίας, το οποίο αποδίδεται με την έκφραση '*quae tendunt ad eandem utilitatem*'. Η ωφελιμότητα, '*utilitas*' έχει ένα τεχνικό περιεχόμενο στη ρωμαϊκή θεωρία του δικαίου. Απαντάται ως κατηγορούμενο του *ius* και περιγράφει το λόγο ύπαρξής του. Αμέσως μετά τον ορισμό του *ius* (D. 1.1.1pr.-1), ο Ουλπιανός προχωρά στην παρουσίαση των βασικών διακρίσεων του δικαίου, ξεκινώντας από εκείνη μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου⁵⁰. 'Το δημόσιο δίκαιο

49. Ulp. (1 ed. aed. cur.), D. 1.3.13: '*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel altarum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.*'. 'Γιατί, όπως λέει και ο Πέδιος, σε κάθε περίπτωση που ο νόμος έχει προβλέψει σχετικά με τη μία ή την άλλη κατάσταση, δίνεται μία καλή ευκαιρία να αντιμετωπιστούν και άλλες καταστάσεις οι οποίες παρουσιάζουν την ίδια προσφορότητα, είτε μέσω της ερμηνείας είτε μέσω της εκδίκασης κάποιας υπόθεσης.'

50. Ulpianus, l. I institutionum, D. 1.1.1.2: '*Huius studii duae sunt positiones, publicum*

αποβλέπει στη ρύθμιση των κρατικών υποθέσεων της Ρώμης, το ιδιωτικό στην ωφέλεια των ατόμων. Γιατί ορισμένα πράγματα είναι ωφέλιμα από δημόσια άποψη και κάποια άλλα από ιδιωτική, *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*⁵¹. Κάθε κανόνας δικαίου έχει μία ειδική *utilitas*, η οποία δεν είναι τίποτε άλλο από τη σκοπιμότητά του (*ratio legis*)⁵². Στη σκέψη των *iurisprudentes*, η *utilitas* αποτελεί συγγενή έννοια – αν όχι συνυμνη – με εκείνη του *bonum et aequum*. ‘Ο όρος *ius*’, γράφει ο Παύλος, ‘χρησιμοποιείται με διάφορους τρόπους: με μία πρώτη έννοια, αποκαλείται δίκαιο αυτό το οποίο είναι πάντοτε καλό και ίσο (*bonum et aequum*), όπως είναι το φυσικό δίκαιο. Με μία άλλη έννοια, για να καταδειχθεί αυτό που είναι ωφέλιμο (*utile*) για το σύνολο ή την πλειοψηφία των μελών μίας πολιτείας, όπως είναι το *ius civile* ...’⁵³. Η διαφορά ανάμεσα στις δύο κατηγορίες δικαίου, δεν βρίσκεται στο κατηγορούμενο του *ius*, *bonum et aequum* και *utile* αντίστοιχα, αλλά στο φάσμα τους. Το *ius civile* αποτελεί υποσύνολο του ‘*quod semper aequum ac bonum est*’ το οποίο απευθύνεται ειδικά στα μέλη μίας συγκεκριμένης πολιτείας (*civitas*).

Οι σκέψεις του Πέδιου και του Ουλπιανού αποτελούν την καλύτερη ανακεφαλαίωση των όσων η παρούσα μελέτη έχει καταδείξει μέχρι εδώ. Η αναλογία είναι μία ακόμη έκφραση της ιδιότητας του δικαίου να πραγματοποιεί το ιδεώδες του *bonum et aequum*. Υπαγόμενη στο νόμο (*quotiens lege unum vel altarum introductum est*), η κοινωνική πραγματικότητα διαπλάθεται σύμφωνα με την κεντρική αυτή ιδέα και καθίσταται φορέας της *utilitas*⁵⁴. Με τη χρήση της αναλογίας, το φάσμα της τελευταίας επεκτείνεται και η κάλυψη της κοινωνικής πραγματικότητας από το ιδεώδες της *iustitia* καθίσταται έτσι πληρέστερη. Η ‘καλή ευκαιρία’, ‘*bona occasio*’, έχει συνεπώς μία έννοια δεοντολογική, αφού η αναλογία εντάσσεται στο τελολογικό σύστημα του ρωμαϊκού δικαίου. Αποδέκτες αυτού του δέοντος είναι, σύμφωνα με τους νομομαθείς, η ίδια η *iurisprudentia* και η δικαιοδοτική εξουσία: η αναλογία πραγματώνεται είτε μέσω της ερμηνείας (*interpretatio*) είτε μέσω της απονομής δικαιοσύνης (*iuridictio*).

Στον επόμενο, και τελευταίο, σταθμό της μελέτης μας θα δούμε μερικά παραδείγματα χρήσης της αναλογίας.

et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim’.

51. Συνεπώς, με την έννοια αυτή η *utilitas* συνδέεται άμεσα με το τελολογικό κριτήριο.

52. Paulus, l. XIV ad Sabinum, D. 1.1.11: ‘*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.*’.

53. Που είναι αξία, δηλαδή *res incorporalis*: βλ. όπ.π., 1.1.



2.4. Οι χρήσεις της αναλογίας στην ερμηνεία του κλασικού ρωμαϊκού δικαίου.

Η παρουσία της αναλογίας είναι διάχυτη σε όλο το εύρος των κειμένων της κλασικής *iurisprudentia*. Εξίσου πλούσια είναι και η συνδεδεμένη με την ερμηνευτική αυτή τεχνική ορολογία των *iurisconsultes*. Σύνθετες εκφράσεις όπως ο εμπρόθετος προσδιορισμός του *'pro'* ('ως'), η φόρμουλα *'pro eo esse ac si'* ('είναι το ίδιο όπως'), ο επιρρηματικός προσδιορισμός *'ad exemplum'* ('όπως'), η επίσης επιρρηματική χρήση της αφαιρετικής *'loco'* ('δίκην-'), το *'item est, et si'* ('είναι το ίδιο όπως και αν'), συνοδεύουν τη ρυθμισμένη περίπτωση και χρησιμοποιούνται ως κατηγορούμενο της νέας βιοτικής σχέσης, αποδίδοντας τη νομική εξομοίωση της τελευταίας με την παρόμοια περίπτωση που ρυθμίζεται από κάποιο θετό κανόνα δικαίου. Ας δούμε μερικά κείμενα από κοντά:

Callistratus, *l. quarto de cognitionibus*, D. 26.7.33pr.: 'Από τους επιτρόπους και τους κηδεμόνες των ανηλίκων απαιτείται η ίδια επιμέλεια (*diligentia*) στη διαχείριση των υποθέσεων των ανηλίκων με εκείνη που οφείλει να παρέχει καλόπιστα και ο *pater familias*.'⁵⁴

Η *diligentia* αποτελεί τον υψηλότερο βαθμό ευθύνης στο ρωμαϊκό δίκαιο. Οι επίτροποι και οι κηδεμόνες των ανηλίκων ευθύνονται όχι μόνο για δόλο και αμέλεια αλλά και για έλλειψη επιμέλειας. Το θετικό μοντέλο αυτού του βαθμού ευθύνης θα πρέπει να αναζητηθεί στη διαχείριση των οικογενειακών υποθέσεων από τον *pater familias*. Η απόδοσή του στους *tutores* και στους *curatores* είναι προϊόν ερμηνείας των νομομαθών. Οι θεσμοί αυτοί νομικής συμπαράστασης προσεγγίζουν ιδιαιτέρως την ρωμαϊκή πατρική εξουσία (*patria potestas*), αφού αποτελούν ουσιαστικά υποκατάστατό της. Οι δύο μορφές εξουσίας, πατρική και επιτροπική (και κηδεμονική) βασίζονται στην προστασία του δικαιοπρακτικά ανίκανου *pupillus*. Ο όρος *tutela* προέρχεται εξάλλου ετυμολογικά από το ρήμα *tueor*, 'προστατεύω'. Η επιτροπεία ορίζεται ως 'η δύναμη και εξουσία επί ελευθέρου ατόμου, η οποία δίνεται και επιτρέπεται από το *ius civile*, με σκοπό την προστασία εκείνου ο οποίος δε μπορεί εξαιτίας της ηλικίας του να υπερασπιστεί μόνος του τον εαυτό του'⁵⁵. Το συμφέρον του ατεξούσιου ανηλίκου (*utilitas pupillis*) αποτελεί το βασικό γνώμονα που ο-

54. 'A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias <rebus suis> ex bona fide praebere debet.'

55. Paulus, *l. 38 ad edictum*, D. 26.1.1pr.: 'Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.'

ηγεί τον πραίτορα και τους νομομαθείς σε μία επίμονη προσπάθεια αποτελεσματικής λειτουργίας και ερμηνείας του σχετικού νομικού πλαισίου⁵⁶.

Με βάση λοιπόν το τελολογικό επιχείρημα, η ευθύνη του *pater familias* επεκτείνεται αναλογικά στον επίτροπο και στον κηδεμόνα ανηλίκου. Η διαχείριση των υποθέσεων του *pupillus* τείνει στην ίδια σκοπιμότητα με τη διαχείριση των υποθέσεων των υπεξουσίων από τον *pater familias*. Η ομοιότητα των αντιστοιχών *rationes* δημιουργεί το δέον της ίσης νομικής μεταχείρισης των δύο περιπτώσεων⁵⁷.

Στο επόμενο κείμενο, η αναλογία χρησιμοποιείται για την ερμηνεία μίας διάταξης τελευταίας βούλησης:

Iavolenus, *l. secundo ex posterioribus Labeonis*, D. 35.1.40.5: 'Ο Thermus Minor έγραψε στη διαθήκη του τα άτομα σύμφωνα με την κρίση των οποίων επιθυμούσε να κτισθεί επιτύμβιο μνημείο και έπειτα ενέγραψε κληροδότημα ως εξής: 'Ο κληρονόμος μου να δώσει στους Lucius και Publius Cornelii το ποσό των χιλίων για την ανοικοδόμηση του μνημείου μου.' Ο Trebatius απάντησε ότι η κατάσταση θα αντιμετωπιζόταν ωσάν το κληροδότημα να είχε εγγραφεί υπό την αίρεση 'εάν προσφέρουν εγγύηση ότι θα κατασκεάσουν το μνημείο κατά τον τάδε τρόπο με τα χρήματα αυτά'. Ο Labeo αποδέχεται τη γνώμη του Trebatius, διότι η βούληση του διαθέτη ήταν να διατεθούν τα χρήματα (του κληροδοτήματος) στην ανέγερση μνημείου: την ίδια άποψη αποδεχόμαστε και εγώ και ο Proculus.'

Ο Iavolenus ασχολείται στο κείμενο αυτό με ένα κληροδότημα που περιέχει αίρεση και τρόπο. Ο διαθέτης (Thermus Minor) αφήνει ως κληροδότημα ένα χρηματικό ποσό με σκοπό την ανέγερση ενός επιτύμβιου μνημείου προς τιμήν του, την οποία αναθέτει στην κρίση των κληροδοχών. Σύμφωνα με τη διατύπωση του διαθέτη, η εκτέλεση του έργου αποτελεί προϋπόθεση για τη λήψη του κληροδοτήματος. Ο Iavolenus συντάσσεται ωστόσο με μία πάγια ερμηνευτική γραμμή της *iurisprudentia* που στοχεύει σε μια αποτελεσματικότερη υλοποίηση της βούλησης του διαθέτη. Πρώτος ο νομικός Trebatius εξισώνει αναλογικά το κληροδότημα τέτοιου τύπου με ένα κληροδότημα υπό αίρεση, η καταβολή του οποίου εξαρτάται από την προηγούμενη παροχή εγγύησης για την υλοποίηση της

56. Βλ. κάποιες περιπτώσεις τολμηρής ερμηνείας, βασισμένες όλες στην *utilitas pupillorum* : D. 26.3.8 & 10 (Tryphonynus, 14 *disputationum*), D. 26.2.17.1 (Ulpianus, 35 *ad edictum*), D. 26.7.3.3 (Ibid.), D. 26.7.9.8-9 (Ulp., 36 *ad edictum*), D. 26.7.34 (Iulius Aquila, *respons.*)

57. Βλ. Paulus, *l. septimo ad Paulum*, D. 26.7.27: 'Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.'

αίρεσης. Με τον τρόπο αυτό οι κληροδόχοι αποκτούν από την αρχή τα απαραίτητα μέσα για την εκτέλεση του έργου – για τα οποία εξάλλου προνόησε ο ίδιος ο διαθέτης εγγράφοντας το κληροδόστημα. Συντασσόμενος με την ερμηνεία αυτή, ο Labeo διατυπώνει και τη λογική της βάση (*ratio decidendi*). Η (αναλογική) λύση του Trebatius θεμελιώνεται στην καλύτερη προσφορότητά της ως προς την πραγματοποίηση της *mens testantis*: σκοπός του κληροδοτήματος ήταν η παροχή των μέσων για την ανέγερση του μνημείου. Η αναλογική ερμηνεία των *iurisprudentes* επιτυγχάνει έτσι μία πιο ισορροπημένη λύση αφού λαμβάνει υπόψη της και τη θέση των κληροδόχων. Από μεθοδολογική άποψη άλλωστε, αξίζει να σημειωθεί η ένταξη της ιδιωτικής βούλησης στο τελολογικό σύστημα του δικαίου. Η ερμηνεία των νομομαθών στοχεύει στην ιδιωτική βούληση, την οποία επιχειρεί να υλοποιήσει υπό τις καλύτερες δυνατές συνθήκες.

Η αναλογία χρησιμοποιήθηκε επίσης από τη *iurisprudentia* και σε μία κλίμακα ευρύτερη από την αντιμετώπιση συγκεκριμένων πρακτικών περιπτώσεων. Η ερμηνεία ορισμένων θεσμών του ρωμαϊκού δικαίου αναπτύχθηκε μέσα από το πρίσμα της αναλογικής τους προσέγγισης με άλλους. Η αναλογία διατηρεί στις περιπτώσεις αυτές την ίδια λογική δομή, η χρήση της όμως αποβλέπει σε μία καλύτερη οργάνωση του ρωμαϊκού δικαίου αντιμετωπιζόμενου ως εννοιολογικού συστήματος. Χαρακτηριστική είναι η περίπτωση της ομολογίας του αιτήματος της αγωγής (*confessio in iure*). Ο *confessus* εξισώνεται νομικά με τον καταδικασθέντα εναγόμενο (*iudicatus*) ήδη από τη Δωδεκάδελτο⁵⁸. Ο εναγόμενος για χρηματική οφειλή ο οποίος ομολογούσε την αγωγή (*aeris confessus*) είχε την ίδια 30ήμερη προθεσμία με τον καταδικασθέντα με δικαστική απόφαση (*iudicatus*) για να εκτελέσει την πα-

58. Tab. III, 1-2: 'Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito.'

Προβληματισμό δημιουργήσε στη θεωρία η φράση '*rebusque iudicatis*', τόσο για λόγους τυπικούς (ασυμφωνία πτώσεων με το *confessi*) όσο και για λόγους ουσίας, αφού, σύμφωνα με τη διαδικασία της *manus iniectio*, εκτελεστική δύναμη μπορούσε να έχει μόνο η επιδίκαση χρηματικής απαίτησης (*aes iudicatum / certum aes*). Ο E. Betti, είχε προτείνει την αντικατάσταση του '*rebusque iudicatis*' με τη φράση '*aerisque iudicati*': βλ. 'L'effetto della '*confessio*' e della '*infinitio certae pecuniae*' nel processo civile romano', in *Atti della Reale Accademia di Torino*, τ. 50 (1914-1915), Torino, 1915, σσ. 700-722. Σε μία από τις τελευταίες μελέτες του όμως, ο A. Magdelain κατέδειξε ότι οι *rebus iudicati* της εν λόγω διάταξης αναφέρονται στον οφειλέτη μίας *res certa* (ή ενός *incertum*) δυνάμει προφορικής ενοχής (*obligatio verbis*). Στην περίπτωση αυτή, η *manus iniectio* είχε ως αντικείμενο τη χρηματική αποτίμηση του επιδίκου πράγματος έτσι όπως αυτή είχε διατυπωθεί στη *damnatio* από τον *arbiter* (ή από τον *iudex* στην *iudicis arbitrive postulatio*): 'Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome', *RIDA*, 27 (1990), σσ. 205-281. Βλ. επίσης και C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique : un outil linguistique au service de l'ars boni et aequi*, όπ. π., σ. 142, υποσ. 224.

ροχή. Μετά την πάροδο της προθεσμίας αυτής άπρακτης, ανοιγόταν η διαδικασία της *manus iniectio*, για την αναγκαστική εκτέλεση της απαίτησης⁵⁹.

Η *iurisprudentia* τελειοποιεί την αναλογία που εγκαθίδρυσε το αρχαϊκό δικαιο ανάμεσα στον *confessus* και τον *iudicatus*, και την προσαρμόζει στη δικονομική πραγματικότητα του κλασικού δικαίου. Η τελευταία κυριαρχείται πλέον από τη διαδικασία *per formulam*, δηλαδή την προηγούμενη έγγραφη αποτύπωση της ένδικης διαφοράς και της νομικής επίλυσής της από τον πραιτόρα στη *formula*, η οποία απευθύνεται στον *iudex* δεσμεύοντάς τον να την ακολουθήσει και να καταδικάσει ή να απαλλάξει τον εναγόμενο ανάλογα με την έκβαση της απόδειξης. Η αναλογία μεταξύ *confessus* και *iudicatus* διατυπώνεται στο απόφθεγμα '*confessus pro iudicato est*'⁶⁰. Ο εναγόμενος που ομολογεί το αίτημα της αγωγής εξισώνεται νομικά με τον εναγόμενο ο οποίος καταδικάζεται σε αυτό. Η *ratio* της αναλογίας βρίσκεται, σύμφωνα με τον Παύλο, στο γεγονός ότι ο *confessus* αυτοκαταδικάζεται με τη δική του απόφαση, '*quia quodammodo sua sententia damnatur*'⁶¹. Η λειτουργία της δικαστικής απόφασης (*sententia iudicis*) επιτελείται εδώ από τον ίδιο τον εναγόμενο ο οποίος ομολογεί την αγωγή. Συνεπεία αυτής της ισοτιμίας, τα έννομα αποτελέσματα της καταδικαστικής απόφασης (*condemnatio / iudicatio*) επεκτείνονται αναλογικά και στον *confessus*. Η αγωγή εκτέλεσης, *actio iudicati*, την οποία χορηγεί ο πραιτόρας στο νικητή ενάγοντα, χορηγείται πλέον και στον ενάγοντα του *confessus*. Πρόκειται δε για μία νομολογιακή επέκταση, αφού το κείμενο του *edictum 'de re iudicata'* δεν προέβλεπε την περίπτωση του ομολογούντα.

Η ιδιομορφία ωστόσο της διαδικασίας *per formulam* επιβάλλει στους *iurisprudentes* να προβούν σε ορισμένες διακρίσεις. Σε αντίθεση με το σύστημα των *legis actiones*, η καταδίκη σε αυτούσια παροχή είναι αδύνατη στη διαδικασία *per formulam*. Η *condemnatio* της *formula*, η οποία προβλέπει το περιεχόμενο της απόφασης του *iudex* σε περίπτωση αποδοχής της αγωγής, έχει πάντοτε ως περιεχόμενο ένα ορισμένο χρηματικό ποσό, είτε

59. Η *manus iniectio* βέβαια δε μπορεί να παρομοιαστεί με τη σύγχρονη αναγκαστική εκτέλεση, αφού αποτελούσε ιδιαίτερη αγωγή με αντικείμενο τη θέση τού οφειλέτη υπό την εξουσία του ενάγοντα δανειστή.

60. Paulus (l. 56 *ad edictum*), D. 42.2.1. Ulpianus, D. 42.2.6 (l. 5 *de omnibus tribunalibus*).

Βλ. A. Giffard, *La 'confessio in iure', étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Paris, 1900. P. Collinet, 'L'histoire de la *confessio in iure*', in *Nouvelle Revue Historique (RHD)*, 29 (1905), σσ. 171-194. N. Scapini, *La confessione nel diritto romano, I. Diritto classico*, Torino, 1973. W. Litewski, «'Confessio in iure' e 'sententia'», in *LABEO*, 22 (1976), σσ. 252-267. Y. Thomas, '*Confessus pro iudicato*. L'aveu civil et l'aveu penal à Rome', in *L'aveu. Antiquité et moyen âge*, Collection de l'Ecole Française de Rome, τ. 88, σσ. 89-117.

61. D. 42.2.1.

το ίδιο το αντικείμενο της – χρηματικής – παροχής είτε την αποτίμηση της παροχής όταν αυτή δεν είναι χρηματική⁶². Απαραίτητη λοιπόν προϋπόθεση της αναλογικής εξίσωσης είναι η ομολογία να έχει ως αντικείμενο ένα ορισμένο χρηματικό ποσό: *'certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit'*⁶³. Συνεπώς, η οίκοθεν καταδίκη (*sententia sua*) του *confessus*, για να μπορεί να εξισωθεί με τη δικαστική απόφαση (*sententia iudicis*), θα πρέπει να είναι συμβατή ως προς το (χρηματικό) περιεχόμενο της τελευταίας. Οι *iurisprudentes* όμως καταβάλλουν μία προσπάθεια να αξιοποιήσουν την αποτελεσματικότητα ακόμη και μη τέλειων ομολογιών. Στην περίπτωση καθομολόγησης μίας μη χρηματικής αξίωσης, ο Ουλπιανός λέει ότι ο εναγόμενος πρέπει να πιεστεί για να προβεί στη χρηματική αποτίμηση της ομολογίας του: *'si quis incertum confiteatur vel corpus (...) dare se oportere, urgueri debet, ut certum confiteatur'*⁶⁴. Στη συνέχεια ο νομομαθής ασχολείται με την ομολογία στις εμπράγματα αγωγές (*actiones in rem*). Εδώ, ο (*incertum*) *confessus* δεν εξισώνεται με τον *iudicatus* – αφού η ομολογία δεν είχε ως αντικείμενο ορισμένο χρηματικό ποσό. Η *confessio* παράγει στην περίπτωση αυτή τα ίδια έννομα αποτελέσματα με τη δικαστική αναγνώριση της κυριότητας του ενάγοντα στο επίδικο ακίνητο⁶⁵. Ο *confessus* αυτός έχει στη διάθεσή του την ίδια προθεσμία απόδοσης του πράγματος στον ενάγοντα με τον αρνούμενο τη διεκδικητική αγωγή εναγόμενο. Στην αντίθετη περίπτωση θα εναχθεί για να υποχρεωθεί να καταβάλει την αξία του πράγματος.

Αν και θεσμός του *ius civile* λοιπόν, η ομολογία αντιμετωπίζεται νομικά υπό το πρίσμα της αναλογίας της με την καταψηφιστική απόφαση. Η ερμηνευτική αυτή προσέγγιση αποβλέπει σε κάποιες περιπτώσεις στην πλήρωση ενός νομοθετικού κενού (παροχή της *actio iudicati* εναντίον και του *certum confessus*), κυρίως όμως αποσκοπεί στη συστηματική συνοχή των παραπλήσιων θεσμών της *confessio* και της *iudicatio*. Η ομολογία επιτελεί

62. Gai. IV. 48: *'Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, etc., iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat'*.

63. Ulpianus, D. 42.2.6pr..

64. Ulpianus, D. 42.2.6.1. Πρόκειται για τις αγωγές *in personam* με αντικείμενο μη χρηματική παροχή όπως, π.χ., οι αγωγές καλής πίστης με αντικείμενο ένα *dare facere oportere* (*intentio incerta* της οποίας προηγείται η *demonstratio*), οι αγωγές *in factum* και *ex delicto* κλπ.. Το παραλειπόμενο τμήμα του χορείου στο κείμενό μας είναι παρεμβεβλημένο. Για την έντονη – αλλά και υπερβολικά αυστηρή – κριτική που δέχτηκε αυτό το χορείο ως προς τον κλασικό του χαρακτήρα βλ. C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique....*, όπ.π., σ. 144 επ..

65. D. 42.2.6.2: *'Sed et si fundum meum esse tuque confessus sis, perinde habebis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset.'*

στο δικονομικό πλαίσιο την ίδια λειτουργία με τη δικαστική απόφαση, ή, όπως θα έλεγε και ο Πέδιος, ‘τείνει στην ίδια προσφορότητα’ με την τελευταία ως προς την ικανοποίηση του δικαιώματος του ενάγοντα. Με εξαγλείφει την αναλογική ερμηνεία, οι *iurisconsultes* διερευνούν την έκταση και τα όρια της ισοδυναμίας αυτής, οριοθετώντας με ακρίβεια τα έννομα αποτελέσματα των διαφόρων ειδών ομολογίας.

Η χρήση αυτή της αναλογίας οδηγεί στην παγίωση μίας ιδιαίτερης εννοιολογικής τοπικής του δικαίου, η οποία αποτελεί την απάντηση της *iurisprudencia* στο αποσπασματικό τοπίο του θετικού ρωμαϊκού δικαίου. Τα παραδείγματα είναι ατελείωτα. Η χρησικτησία (*usucapio*) π.χ. αποτελεί θεσμό του *ius civile*. Η ερμηνευτική της όμως προσέγγιση από τις διαδοχικές γενιές των νομομαθών στρέφεται σταθερά γύρω από τον άξονα της αναλογίας της νομής τού χρησιδεσπόζοντα (*possessio ad usucapionem*) με την πλήρη κυριότητα (*dominium*). Η *possessio ad usucapionem* (‘νομή προς χρησικτησία’) γίνεται αντιληπτή από τους *iurisconsultes* ως μία δυναμική κατάσταση η οποία οδηγεί, ενισχυόμενη από το χρόνο, στην πλήρη εξομοίωση με το *dominium ex iure Quiritium*: ‘άπαξ και συμπληρωθεί ο χρόνος χρησικτησίας’, λέει ο Γάιος, ‘το πράγμα σου ανήκει πλέον κατά πλήρες δικαίωμα όπως θα σου ανήκε εάν είχε αποκτηθεί από την αρχή σύμφωνα με έναν από τους τύπους του *ius civile*’⁶⁶. Παρουσιάζοντας τους διάφορους νόμιμους τίτλους χρησικτησίας (*iustae causae possessionis ad usucapionem*), ο Παύλος λέει ότι ‘υπάρχουν τόσα είδη νομής όσες είναι οι νόμιμες αιτίες κτήσης αλλοτρίου πράγματος’ και προχωρά στην απαρίθμηση των κυριότερων τίτλων⁶⁷. Οι νόμιμοι τίτλοι χρησικτησίας τίθενται σε αντιστοιχία με τις αιτίες κτήσης κυριότητας μέσω ενός αναλογικού συλλογισμού έτσι όπως τον είδαμε παραπάνω⁶⁸. Η *iurisprudencia* θα διαμορφώσει γύρω από την *possessio ad usucapionem* μία ιδιαίτερη έννοια ιδιοκτησίας την οποία περιγράφει με την (τεχνική) έκφραση ‘*rem in bonis habere*, ‘το να έχεις το πράγμα μεταξύ των αγαθών σου’ – έννοια που δε θα ταυτιστεί βέβαια ποτέ με την κυριότητα *ex iure Quiritium*⁶⁹. Στη στάση αυτή των νομομαθών συνέβαλε ιδιαιτέρως η έννομη προστασία τού χρησιδεσπόζοντα με την Πουβλικιανή αγωγή η οποία εισήχθηκε μάλλον το 67 π.Χ. από

66. Gai. II, 41: ‘...semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset’.

67. Paulus (l. 54 ad edictum), D. 41.2.3.21: ‘Genera possessionum tot sunt quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo...’.

68. Το Α (νόμιμος τίτλος) είναι ως προς το Β (χρησικτησία) ότι είναι το Γ (νόμιμη αιτία) ως προς το Δ (κτήση κυριότητας).

69. Βλ. Gai. II, 40, όπου διαγράφεται χαρακτηριστικά η προοδευτική εξέλιξη της έννοιας της ιδιοκτησίας στο ρωμαϊκό δίκαιο.

τον ομώνυμο πραίτορα. Συνοψίζοντας τη μακρά ερμηνευτική πείρα στο χώρο αυτό, ο Ουλπιανός και ο Παύλος θα γράψουν στην ύστερη κλασική περίοδο ότι 'στην πουβλικιανή αγωγή λειτουργούν όλα κατά τον ίδιο τρόπο όπως και στη διεκδικητική⁷⁰. Η κλασική *iurisprudentia* θα εντοπίσει τη *ratio* αυτής της ερμηνευτικής στάσης στη δημόσια ωφέλεια αφού, ελλείψει έγκυρης μεταβίβασης της κυριότητας, η χρησικτησία εξασφαλίζει την άρση των αμφιβολιών γύρω από το καθεστώς ιδιοκτησίας των πραγμάτων⁷¹. Πρόκειται για μία πρακτική εξειδίκευση της έννοιας της *utilitas*.

Κατά τον ίδιο τρόπο παγιώνεται στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο και μία έννοια υποκατάστασης, υλικής και προσωπικής, η οποία παρατηρείται στις ιδιωτικές συναλλαγές, ρυθμίζεται με μία πληθώρα νομικών θεσμών και ερμηνεύεται με τη βοήθεια της αναλογίας. Έτσι, οι *iurisprudentes* αναγνωρίζουν ως έγκυρη την εκπλήρωση της παροχής από τον οφειλέτη με υποκατάσταση του αντικειμένου της (*datio in solutum*), εφόσον συναινεί και ο δανειστής (*aliud pro alio solvere consentiente creditore*). Η ερμηνεία των Σαβινιανών, οι οποίοι θεωρούν την υποκατάσταση ως απόλυτα ισχυρή επικρατεί προοδευτικά έναντι της ερμηνείας των Προκουλιανών, που προτείνουν την παροχή της ένστασης δόλου στον οφειλέτη σε περίπτωση που ο δανειστής απαιτήσει το αρχικό αντικείμενο της παροχής⁷². Η νομολογιακή λύση ακολουθείται κατά πάγιο τρόπο καθ' όλη τη διάρκεια της κλασικής περιόδου και επικυρώνεται στο τέλος νομοθετικά με αυτοκρατορική διάταξη⁷³. Ένας άλλος θεσμός υλικής υποκατάστασης είναι η *translatio legati*, η υποκατάσταση από τον διαθέτη του αρχικού κληροδοτήματος με άλλο⁷⁴. Η μορφή του κληροδοτήματος χρησιμοποιήθηκε επίσης

70. Ulpianus, (l. 16 ad edictum), D. 6.2.7.6 & 8: 6. 'Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus'.

Paulus, (l. 1 ad edictum), D. 44.7.35pr.: '...item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur'.

71. Η *utilitas* του θεσμού εκφράζεται ήδη από τον Κικέρωνα, που χαρακτηρίζει την χρησικτησία ως 'το τέλος των ανησυχιών και του φόβου διαφιλονικιών (εν. γύρω από την ιδιοκτησία), *Pro Caec.*, 26.74. Βλ. επίσης, D. 41.3.1 (Gaius, 21 ad edict. provinciale) και D. 41.10.5 (Neratius, 5 membranarum).

72. Gai, III, 168, και D. 46.3.46pr.-1 (Marcianus, 3 regularum), D. 12.6.26.4 (Ulpianus, 26 ad edictum), D. 12.1.2.1 (Paulus, 28 ad edictum). Σχετικά με το νομολογιακό αυτό κανόνα, βλ. H. Steiner, *Datio in solutum*, Munich, 1914, E. Nardi, 'Radiografia dell' «aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare»', in *BIDR*, 73 (1970), σσ. 59-124, C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique*, όπ.π., σ. 235 επ..

73. C.I. 8.42(43).17 (Diocl. et Maxim., 293).

74. D. 34.4.6pr. (Paulus, 5 ad l. Iuliam et Papiam), D. 30.81.2 (Iulianus, 32 digestorum), D. 34.4.10.1 (Id., 37 digest.), D. 35.1.89 (Valens, 1 fideicommissorum), D. 35.1.73 (Papinianus, 19 quaestionum), D. 34.4.30.4 (Scaevola, 20 digestorum). Ο θεσμός

στην ρωμαϊκή πρακτική ως εναλλακτική μορφή απόδοσης της προίκας (*dos relegata*). Συνειδητοποιώντας την αναλογία των δύο τρόπων απόδοσης, οι *iurisconsultes* ερμηνεύουν την κληροδοσία της προίκας κατά τρόπο ανάλογο με την κανονική απόδοσή της από το σύζυγο (*restitutio dotis*), με γνώμονα το συμφέρον της συζύγου (*ratio* της αγωγής απόδοσης προικός - *ratio rei uxoriae*) και τη βούληση του διαθέτη (*ratio* των *legati*)⁷⁵.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει όμως και η έννοια της προσωπικής υποκατάστασης, η οποία εγκαθιδρύεται ολοκληρωτικά από τη *iurisprudentia*. Η άσκηση αντιπροσώπευση υπό την έννοια του σύγχρονου αστικού δικαίου δεν υφίσταται στη Ρώμη, ενώ κατά την άποψή μας δύσκολα μπορεί κανείς να μιλήσει και για έμεση αντιπροσώπευση⁷⁶. Οι κλασικοί νομομαθείς αναγνωρίζουν ωστόσο το μηχανισμό της προσωπικής υποκατάστασης σε μία πληθώρα θεσμών όπου ένα άτομο ενεργεί για λογαριασμό ενός άλλου, ως μία ενέργεια αναγκαία ή απλά χρήσιμη η οποία βασίζεται στην ευνοϊκή διάθεση του υποκαταστάτη για τον υποκαθιστάμενο⁷⁷. Η περιγραφή της τελευταίας συνοψίζεται στις εκφράσεις *pro alio*, *aliena gratia*, *alieno nomine*, οι οποίες απαντώνται σε όλο το εύρος των σχετικών θε-

αυτός του *ius civile* δημιούργησε έντονη προβληματική στους ρωμαίιστές, κυρίως επειδή στο κλασικό δίκαιο η ανάκληση κληροδοσίας (*ademptio legati*) ήταν δυνατή *iure civile* μόνο όταν γινόταν κατά τρόπο επίσημο, χρησιμοποιώντας δηλαδή τα αντίθετα λόγια (*verba contraria*) από τους όρους της αρχικής *datio legati*. Στην αντίθετη περίπτωση, η ανάκληση αναγνωριζόταν ως έγκυρη μόνο από το *ius honorarium*. Βλ. C. Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Milano, 1889, σ. 561 επ., G. Grosso, *I legati*, τ. 2, Torino, 1955, σ. 236 επ., P. Voci, *Diritto ereditario romano*, τ. 2, Milano, 1960, σ. 300 επ.. Όμως, ο M. Talamanca κατέδειξε ότι η *translatio legati* αποτελεί αυτοτελή θεσμό του *ius civile* ο οποίος επιφέρει *ipso iure* την απόσβεση του πρώτου κληροδοτήματος: *Revoca testamentaria e « translatio legati »*, Milano, 1961, σσ. 14 και 132 επ.. Πίσω από αυτήν την εικόνα του θεσμού βρίσκεται πάντως η κλασική *iurisprudentia*, η οποία εστιάζει την ερμηνεία της στη μεταβολή της βούλησης του διαθέτη. Η *translatio legati* αποτελεί μία μονομερή δικαιοπραξία που εμπεριέχει την ανάκληση του πρώτου *legatum* και την υποκατάστασή του με το νέο, το οποίο κρίνεται νομικά ισοδύναμο και αποτελεσματικό καθώς βασίζεται στη *voluntas testatoris*. Βλ. και C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique*, όπ.π., σ. 243 επ.

75. Το περιεχόμενο π.χ. του κληροδοτήματος ορίζεται το ίδιο με το περιεχόμενο της αγωγής απόδοσης της προίκας: Ulpianus, D. 33.4.1 (19 *ad Sabinum*). Βλ. και D. 37.5.1pr. (Id., 40 *ad edictum*), D. 33.4.2pr. (Id., 5 *disputationum*), D. 33.4.6pr.-1 (Labeo, 2 *posterioribus ex Iavolenu epitomatis*), D. 33.4.8 (Papinianus, 7 *responsorum*).

76. Παρόλο που οι σύγχρονοι ρωμαίιστές χρησιμοποιούν παραδοσιακά τον όρο αυτό για να περιγράψουν τους ρωμαϊκούς θεσμούς προσωπικής υποκατάστασης: J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Paris, 1998, σ. 264, M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München, τ. 1 (1955), § 62 και τ. 2 (1959), § 204, J. Plescia, 'The development of agency in Roman Law', *LABEO* 30 (1984), σσ. 171-190.

77. C. Vlahos, *La préposition PRO dans le discours de la jurisprudence classique*, όπ.π., σ. 321 επ..

σμών, όπως η εντολή (*mandatum, procurator*), η διοίκηση αλλοτρίων (*negotiorum gestio*), η προσωπική εγγύηση (*sponsio, fideipromissio, fideiussio*), η δικαστική υποκατάσταση (*cognitor, procurator ad litem*), η επιτροπεία ανηλίκων (*tutela*), η *dos profecticia* (προίκα που συνιστάται από τον πατέρα για λογαριασμό της κόρης) κλπ.. Ερμηνεύοντας το δίκαιο όλων αυτών των θεσμών, οι *iurisprudentes* αποκρυσταλλώνουν σταδιακά τη φυσιογνωμία της ενέργειας προσωπικής υποκατάστασης ως μίας πράξης παράγωγης, αυτοτελούς και εν τέλει νομικά ισότιμης προς εκείνη του υποκαθιστάμενου ατόμου⁷⁸.

Ανακεφαλαιωτικές παρατηρήσεις.

Η περιορισμένη έκταση της παρούσας μελέτης δεν μας επέτρεψε να εξαντλήσουμε τις διάφορες χρήσεις της αναλογίας στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο. Σκεφτόμαστε την ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα παρουσία της αναλογίας τόσο στο πραιτορικό ήδικοτο – π.χ. τις *actiones utiles* – όσο και στις αυτοκρατορικές διατάξεις. Η προσοχή μας όμως εστιάστηκε εδώ στην αναλογία ως ειδικότερη ερμηνευτική τεχνική της *ars boni et aequi*.

Το κείμενο με το οποίο ξεκινήσαμε τη μελέτη μας (D. 1.3.13, *Pedius apud Ulpianum, l. I ad edictum curulium*) αναφέρεται στη χρήση της αναλογίας υπό τη στενή έννοιά της ως τεχνικής συμπλήρωσης των νομοθετικών κενών. Όπως όμως το προαναγγείλαμε και στην αρχή, η ένταξη της αναλογίας στο γενικότερο πλαίσιο της νομικής σκέψης της *iurisprudentia* αποκάλυψε την πραγματική διάσταση της πρώτης, η οποία είναι πολύ μεγαλύτερη από μία τεχνική ερμηνείας του δικαίου. Η αναλογία αποτελεί ένα διόλου ευκαταφρόνητο κεφάλαιο του συνολικού ερμηνευτικού έργου των *iurisprudentes*. Τεχνική κάλυψης των κενών του θετικού δικαίου, μέσο διάρθρωσης των συγγενών θεσμών σε εννοιολογικά συνεχές σύστημα ή, απλά, επιχείρημα στον ερμηνευτικό λόγο των νομομαθών, η αναλογία συνιστά ένα θεμελιώδη τόπο της λογικής του κλασικού ρωμαϊκού δικαίου. Τηρώντας το ίδιο λογικό προφίλ από τη μία χρήση στην άλλη, ο αναλογικός συλλογισμός αποτελεί για τη *iurisprudentia* ένα ισχυρό αντίδοτο ενάντια στο αποσπασματικό τοπίο του θετικού *ius*. Το ρόλο βέβαια αυτόν δεν το πληροί μόνο η αναλογία. Η *'bona occasio'* του Pedius την οποία επικαλείται ακόμη με επιμονή ο Ουλπιανός δύο αιώνες αργότερα απηχεί

78. Παράγωγή με την έννοια ότι αντλεί το λόγο ύπαρξής της από μία έννομη σχέση που αφορά τον υποκαθιστάμενο, αυτοτελή διότι ο υποκαταστάτης (εντολοδόχος κλπ.) εγκαθιδρύει μία δική του έννομη σχέση με τον τρίτο, και ισοδύναμη γιατί η πράξη αυτή παράγει, κατόπιν αναλογικής εφαρμογής, τα ίδια έννομα αποτελέσματα με εκείνα που θα παρήγαγε η πράξη του υποκαθιστάμενου (ή που θα έπρεπε να παραγάγει αν αυτός ήταν δικαιοπρακτικά ικανός, π.χ. *pupillus*). Βλ. C. Vlahos, όπ.π., σ. 344 επ..

μια μόνιμη αναζήτηση του αποτελεσματικότερου δικαίου. Η ‘καλή ευκαιρία’ εκφράζει σφαιρικά την κλασική *scientia iuris*, ως μία επιστήμη του δικαίου η οποία επιδιώκει την ευέλικτη σύνδεση των νομικών εννοιών με την κοινωνική πραγματικότητα με σκοπό την υλοποίηση του – εννοιολογικά απόλυτα οριοθετημένου – ιδεώδους του *bonum et aequum* και της *iustitia*. Χωρίς καμία διάθεση ρομαντισμού, πιστεύουμε ότι η κλασική *iurisprudentia* βρισκόταν σε ένα καθεστώς μίας σιωπηρής αλλά και διαρκούς επανάστασης, εισάγοντας καινοτόμες λύσεις και διαρθρωτικούς συνδέσμους σε ένα δίκαιο το οποίο δύσκολα θα άλλαζε προφίλ έξωθεν. Το ρωμαϊκό δίκαιο θα πρέπει να περιμένει το Θεοδόσιο Β΄ και αργότερα τον Ιουστινιανό για να γνωρίσει τις πρώτες κωδικοποιήσεις του. Οι δραματικές αλλαγές όμως δεν είναι ένα χαρακτηριστικό γνώρισμα της ρωμαϊκής ανθρωπολογίας: αρκεί να αναλογιστούμε ότι η δημοκρατία ως πολίτευμα δε θα καταργηθεί ποτέ τυπικά στη Ρώμη.

