

Καλλιόπη Κ. ΠΑΠΑΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΥ

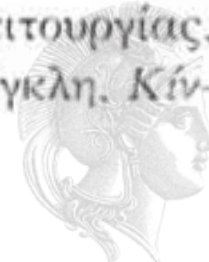
Η γενική ρήτρα των χρηστών ηθών Μια ιστοριοδικαιική προσέγγιση

Ι. ΓΕΝΙΚΕΣ ΡΗΤΡΕΣ

Οι γενικές ρήτρες αποτελούν διατάξεις δικαίου με «ελαστική διατύπωση», στις οποίες υπάγεται η ρύθμιση περιπτώσεων που δεν μπόρεσε να προβλέψει ή δεν ήθελε να τυποποιήσει ο νομοθέτης. Η ελαστικότητα της διατύπωσής τους είναι σημαντική για δικαιοτεχνικούς λόγους: Κατ' αρχάς, ο νομοθέτης απαλλάσσεται από την ανάγκη μιας «άκαμπτης περιπτωσιολογικής ρύθμισης»¹. Αποφεύγει να δετικοποιήσει αποκρυσταλλωμένες περί ηθικής αντιλήψεις, αφήνοντας περιθώριο στη δικαστική κρίση για την εξεύρεση της επιεικέστερης κάθε φορά λύσης. Από την άλλη, ο δικαστής, όταν εφαρμόζει μια γενική ρήτρα, την εξειδικεύει στην εκάστοτε συγκεκριμένη περίπτωση², προβαίνει σε συγκεκριμενοποίηση του

1. Αλ. Γ. Λιτξερόπουλου, *Η νομολογία ως παράγων διαπλάσεως του ιδιωτικού δικαίου*, Θεσσαλονίκη 1932, ανατ. Αθήνα – Κομοτηνή 2000, σελ. 21, F. Werner, *Zum Verhaeltnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht*, Karlsruhe 1966, σελ. 7, G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (diss.), Frankfurt a.M. 1971, σελ. 65 i.f. επ.

2. Βλ. Αλ. Γ. Λιτξερόπουλου, ό.π., σελ. 35 επ., Ν. Σ. Παπαντωνίου, *Γενικές Αρχές του αστικού δικαίου*, 3^η έκδοση, Αθήνα 1983, § 8 II, σελ. 46 – 48. Εννοείται, πάντοτε υπό την επιφύλαξη της διάκρισης μεταξύ νομοθετικής και δικαστικής λειτουργίας, αλλά και της σύμφωνης προς το νόμο ερμηνείας. Βλέπε σχετικά και Ελ. Βόγκλη, *Κίν-*



γενικότερου πνεύματος της νομοθεσίας, σταδμίζει το κοινωνικό συμφέρον και εφαρμόζει σύγχρονα εξωδικαιικά κριτήρια (π.χ. πολιτισμικές αξίες, κοινωνικοοικονομικές συνθήκες, συναλλακτικές συνήθειες)³. Υπό την έννοια αυτή, οι γενικές ρήτρες θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν ως ένα είδος «πύλης εισόδου» αντιλήψεων περί «κοινωνικής ηθικής» στο θετό δίκαιο που του επιτρέπουν έτσι να προσαρμόζεται στις κοινωνικές μεταβολές⁴. Στο σημείο αυτό βέβαια έγκειται ο κίνδυνος, μέσω της δικαστικής κρίσης να εισρεύσουν στο δίκαιο ιδεολογίες, κοινωνιολογικές και φιλοσοφικές απόψεις, θεωρίες ή προκαταλήψεις⁵. Η ερμηνευτική εξειδίκευση μιας γενικής ρήτρας απαιτεί αξιολογική κρίση εκ μέρους του δικαστή, η οποία, εννοείται, πρέπει να είναι πάντοτε επαρκώς αιτιολογημένη (άρθρο 93 § 3 Σ.). Οι κοινωνιολογικές απόψεις πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, δεν μπορούν πάντως να υποκαταστήσουν τη δογματική του δικαίου, αντίθετα πρέπει να εντάσσονται στο δικό της πλαίσιο⁶.

II. Η ΡΗΤΡΑ ΤΩΝ ΧΡΗΣΤΩΝ ΗΘΩΝ

Ο Αστικός Κώδικας διαπνέεται από φιλελεύθερο πνεύμα που κυρίως εκφράζεται με την κατοχύρωση της ιδιωτικής αυτονομίας, της δυνατότητας δηλαδή των ιδιωτών να προσδιορίζουν οι ίδιοι τις έννομες σχέσεις

δυνάμει κατά τη συγκεκριμενοποίηση των γενικών ρητρών, σε: ΔΕΕ 7/2003, σελ. 757 – 764 (759).

3. Βλ. Αλ. Γ. Λιτzerόπουλου, ό.π., σελ. 35.

4. Πρβλ. J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tuebingen 1933, σελ. 58, Ν. Σ. Παπαντωνίου, *Η καλή πίστις εις το αστικόν δίκαιον* (διατρ.), Αθήνα 1957, σελ. 19. Του ιδίου, *Γενικές αρχές*, ό.π., § 21, σελ. 20, G. Teubner, ό.π., σελ. 66, Π. Β. Λαδά, *Η ακυρότης της δικαιοπραξίας λόγω αντιθέσεως εις τα χρηστά ήθη*, Θεσσαλονίκη 1979, σελ. 53 επ., Ι. Μανωλεδάκη, *Εισαγωγή στην Επιστήμη*, Θεσσαλονίκη 1980, σ. 157 επ., Φ. Δωρή, *Σκέψεις για τη διαπίστωση και πλήρωση των κενών στο δίκαιο*, σε: ΧρΙΔ Γ/2003, σελ. 577 – 602 (589).

5. Ελ. Βόγκλη, ό.π., σε: ΔΕΕ 7/2003, σελ. 758 και Th. Mayer – Maly, Th., *Die guten Sitten als Massstab des Rechts*, σε: JuS 1986, Heft 8, σελ. 596 – 600 (598), όπου γίνεται αναφορά στη γερμανική εθνοσοσιαλιστική εμπειρία, όπως επέδρασε στη νομολογία μέσω της εξειδίκευσης της ρήτρας των χρηστών ηθών με γνώμονα «το αίσθημα του λαού που εμφορείται από εθνοσοσιαλιστικές αντιλήψεις». Έτσι για παράδειγμα, με βάση τις αντίστοιχες αντιλήψεις της εποχής, κρίθηκε άκυρη ως ανήθικη η εγκατάσταση Εβραίου ως κληρονόμου Γερμανού πολίτη, καθώς και η εκχώρηση απαίτησης σε Εβραίο από Γερμανό, μέλος του εθνοσοσιαλιστικού κόμματος.

6. Ελ. Βόγκλη, ό.π., σε: ΔΕΕ 7/2003, σελ. 759, Κ. Μ. Σταμάτη, *Η θεμελίωση των νομικών κρίσεων*, Ζ' έκδοση, Αθήνα – Θεσσαλονίκη 2006, σελ. 172. Βλ. και G. Schricker, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss. Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung ausserwettbewerbsrechtlicher Normen*, Muenchen 1970, σελ. 223.

τους⁷. Επειδή δεν είναι δυνατό να προβλεφθούν από το νομοδότη όλες οι πιθανές περιπτώσεις κατάχρησης της ιδιωτικής αυτονομίας, η οριοθέτησή της σε πλαίσια «ηθικώς ανεκτά» ή αλλιώς συμβατά προς τη σύγχρονη έννομη τάξη και την κοινωνική ηθική γίνεται μέσω της γενικής ρήτηρας των χρηστών ηθών⁸.

Όπως χαρακτηριστικά επισημαίνει ο Λαδάς⁹, με τη ρήτρα των χρηστών ηθών αξιολογείται η δικαιοπραξία ως ρύθμιση μιας ιδιωτικής έννομης σχέσης, ανεξάρτητα από τα συμφέροντα ή τα δικαιώματα των συγκεκριμένων δικαιοπρακτούντων. Ο νόμος δεν επεμβαίνει κατά τρόπο δετικό, προκειμένου να διαμορφώσει τις σχέσεις των συμβαλλομένων και το περιεχόμενο των δηλώσεων βουλήσεώς τους, αλλά θέτει τα όρια εντός των οποίων μπορούν να παραχθούν τα επιδιωκόμενα από τα μέρη έννομα αποτελέσματα. Η επισήμανση αυτή αποτελεί και το γνώμονα της δικαστικής κρίσης: ο δικαστής δεν καλείται να διαγνώσει υπό ποιες συνθήκες είναι σύμφωνο προς τα χρηστά ήδη το περιεχόμενο μιας δικαιοπραξίας, αλλά υποχρεούται να διαπιστώσει, πότε αυτό ξεπερνά τα όρια που θέτουν τα χρηστά ήδη¹⁰. Κατ'αντίστοιχο τρόπο, και η διάταξη του άρθρου 919 ΑΚ, στοιχειοθετεί αδικοπρακτική ευθύνη για πράξεις που αντίκεινται στα χρηστά ήδη.

Το ερώτημα που τίθεται είναι, πώς συγκεκριμενοποιούνται τα ηθικώς ανεκτά πλαίσια που επιτάσσουν τα χρηστά ήδη για την ανάπτυξη της ιδιωτικής αυτονομίας. Κατά πάγια νομολογία, η αντίθεση προς τα χρηστά ήδη εξετάζεται με κριτήριο «τις ιδέες του κατά τη γενική αντίληψη χρηστώ, υγιώς, κατά το δίκαιο σκεπτόμενου μέσου κοινωνικού ανθρώπου»¹¹. Ποιος ακριβώς όμως είναι «ο χρηστώ, υγιώς, κατά το δίκαιο σκεπτόμενος μέσος κοινωνικός άνθρωπος» και πώς μπορούμε να διαπιστώσουμε με επιστημονικά ασφαλή τρόπο τις απόψεις του για το εκάστοτε συγκεκρι-

7. Βλ. Ν. Σ. Παπαντωνίου, *ό.π.*, § 53, σελ. 257 i.f. επ.

8. Βλ. G. Schricker, *ό.π.*, σελ. 225, G. Teubner, *ό.π.*, σελ. 116, Palandt/Heinrichs, *Buergerliches Gesetzbuch*, 54. Auflage, Muenchen 1995, § 138, Rdnr. 1, σελ. 118, Άρ. Καζάκου, *Αστικό δίκαιο, οικονομία της αγοράς και προστασία των καταναλωτών. Από το εργατικό δίκαιο στο δίκαιο προστασίας εξαρτημένων ομάδων*, Θεσσαλονίκη 1987, σελ. 31, Α.Σ. Γεωργιάδη – Μ. Π. Σταδόπουλου, *Αστικός Κώδιξ, Ερμηνεία κατ'άρθρο*, τόμος Ι, Αθήνα 1997, σελ. 274, Μ. Δ. Κάραση, *Εγχειρίδιο γενικών αρχών του αστικού δικαίου, Δίκαιο της δικαιοπραξίας*, Αθήνα - Κομοτηνή 1996, σελ. 197.

9. Β. Λαδά, *ό.π.*, σελ. 55 επ. & 147.

10. Πρβλ. και J. W. Hedemann, *ό.π.*, σελ. 56, Δ. Β. Μπόσδα, *Τινά περί ανηθικών δικαιοπραγιών κατά τον Αστικό Κώδικα*, σε: Θέμις ΝΖ' (1946), σελ. 409, Ν. Σ. Παπαντωνίου, *Η καλή πίστις*, *ό.π.*, σελ. 22, R. Scheyhing, *Pluralismus und Generalklauseln*, Tuebingen 1976, σελ. 5 i.f. επ., Β. Λαδά, *ό.π.*, σελ. 56.

11. Π.χ. ΜπρΘεσ/νικης 5324/2001, ΑρχΝ 2001, 685, ΜΠρΛευκ 178/2000, Αρμ 2001, 217, ΑΠ 1346/2000, ΔΕΕ 2001, 735.

μένο δέμα; Ο εντοπισμός της έννοιας των χρηστών ηθών σ' ένα τόσο γενικό πρότυπο ανθρώπου μεθοδολογικά δεν είναι σε θέση να προσφέρει μεγάλη βοήθεια¹².

Η περιγραφή ταιριάζει, τουλάχιστον θεωρητικά, στο δικαστή. Μπορούν λοιπόν να νοηματοδοτηθούν τα χρηστά ήδη με κριτήριο τις δικές του αντιλήψεις περί κοινωνικής ηθικής; Προφανώς όχι, αφού η κρίση του είναι υποκειμενική. Η αντικειμενικοποίηση της αντίληψης που είναι σύμφωνη με τα χρηστά ήδη, προϋποθέτει τη διαμόρφωσή της μέσω συναίνεσης ενός ευρύτερου κύκλου προσώπων. Σε ποιο βαθμό όμως είναι εφικτή η συναίνεση αυτή, ιδίως στη σύγχρονη ανοιχτή και πολυφωνική κοινωνία; Σε κάθε περίπτωση, επισημαίνεται η ανάγκη για διασταύρωση των απόψεων του δικαστή με τα πορίσματα της νομολογίας, της διεπιστημονικής έρευνας, αλλά και του κοινωνικού συνόλου¹³.

III. ΣΥΓΧΡΟΝΕΣ ΚΩΔΙΚΟΠΟΙΗΣΕΙΣ

Η εισαγωγή των '*boni mores*' του ρωμαϊκού δικαίου με τη μορφή γενικής ρήτρας στις σύγχρονες κωδικοποιήσεις εγκαινιάσθηκε με τη διάταξη του άρθρου 1133 του Γαλλικού Αστικού Κώδικα (Code Civil, 1804): '*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*'. («Η αιτία είναι παράνομη, όταν απαγορεύεται από το νόμο, όταν αντίκειται στα χρηστά ήδη ή τη δημόσια τάξη»). Στην εισηγητική έκδοση του εν λόγω άρθρου του CC αναφέρεται χαρακτηριστικά: (ελεύθ. μτφρ.) «αποφύγαμε την επικίνδυνη φιλοδοξία, να θέλουμε όλα να τα ρυθμίσουμε, όλα να τα προβλέψουμε. Ό,τι και να κάνει κανείς, οι θετοί νόμοι ποτέ δε θα μπορέσουν να υποκαταστήσουν τη χρήση της κοινής λογικής στις καθημερινές συναλλαγές. Είναι τόσο διαφορετικές οι απαιτήσεις της κοινωνίας και τόσο εκτεταμένες οι σχέσεις της, που είναι αδύνατο για το νομοθέτη να τα προβλέψει όλα»¹⁴.

12. Ελ. Βόγκλη, ό.π., σε: ΔΕΕ 7 (2003), σελ.761. Κ. Μ. Σταμάτη, ό.π., σελ. 195 επ., 208 επ.

13. D. Schwab, *Einfuehrung in das Zivilrecht*, 10. Auflage, Heidelberg 1991, Rdz. 579, σελ. 287. Βλ. και Α.Χ.Τούση, *Η έννοια των χρηστών ηθών*, σε: ΕΕΝ 23 (1956), σελ. 226 -232 (230), Στ. Ι. Σταυροπούλου, *Το πρόβλημα της εννοίας των χρηστών ηθών υπό τον αστικό κώδικα*, σε: ΝΔικ 16 (1960), σελ. 305 -309 (307), Κ. Ι. Σημαντήρα, *Γενικές αρχές Αστικού Δικαίου*, 4^η έκδοση, Αθήνα - Κομοτηνή 1988, αρ. 796, σελ. 592, Ν. Σ. Παπαντωνίου, ό.π., § 8 II, σελ. 49, Π. Β. Λαδά, ό.π., σελ. 68 - 72.

14. Portalis κατά παραπομπή του H. Schmidt, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschaeft in historischer Sicht*, Berlin 1973, σελ. 84.

Στο Σχέδιο του δικού μας Αστικού Κώδικα και στην αιτιολογική έκθεση του Εισηγητή γίνεται ευθεία αναγωγή στο ρωμαϊκό δίκαιο¹⁵: «Το άρθρον 6 περιέχει την ρήσιν του Παπινιανού. Η αρχή αυτή δεμελιούσα τα δίκαια όλων των πεπολιτισμένων λαών πρέπει να τοποθετηθή εις την εισαγωγήν. Οι γερμανοί την τοποθετούν ήδη εις αυτόν τούτον τον καταστατικόν χάρτην (152). Η εν τω γερμανικώ κώδικι κατά την τελικήν διατύπωσιν της σχετικής διατάξεως (138) διαγραφή εν τω πρώτω σχεδίω (106) της φράσεως «δημοσία τάξις», ήτις ελήφθη εκ του γαλλικού κώδικος (6, 1133), αναγνωρίζεται υπό των ερμηνευτών ότι απετέλεσε σφάλμα...».

Η ρήση του Παπινιανού που αναφέρει ο εισηγητής αφορά κατά πάσα πιθανότητα το χωρίο Pap. D. 28, 7, 15¹⁶. Πρόκειται για ένα χωρίο διαχρονικής νομικής αξίας, με αξιοσημείωτη βιωσιμότητα¹⁷, αφού μέσα από τη βιβλιογραφία του *ius commune* αρχικά, του *usus modernus* μετά¹⁸ και της σχολής των Πανδεκτιστών στη συνέχεια, κατέληξε να αναφέρεται σε Εισηγητικές Εκδόσεις, μεταξύ άλλων, και του δικού μας Αστικού Κώδικα (για την ανάλυσή του βλ. παρακάτω).

Σε ό,τι αφορά στην τελική ρύθμιση του άρθρου 178 ΑΚ, καθοριστική υπήρξε η επίδραση του γερμανικού Αστικού Κώδικα. Έτσι, στη διατύπωση της διάταξης, απαλείφθηκε τελικά ο όρος «δημόσια τάξη» του γαλλικού αστικού κώδικα και η σχετική ρύθμιση ευθυγραμμίσθηκε πλήρως προς την αντίστοιχη της § 138 BGB¹⁹.

Στη νομολογία υπάρχουν παραδείγματα, όπου εξετάζεται η αντίθεση

15. Αιτιολογική Έκθεσις Εισηγητού – Πηγαί δικαίου, άσκησις δικαιωμάτων, σε: Σχέδιον Αστικού Κώδικος, (Δίκαιον των προσώπων. Γενικάί αρχαί), Αθήνα 1936, ανατ. 1989, σελ. 78, 85, 120.

16. D. 28, 7, 15: *Papinianus libro sexto decimo quaestionum. Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.* Ένας υπεξούσιος που εγκαταστάθηκε κληρονόμος (στην πατρική διαθήκη) υπό αίρεση που αποδοκιμάζεται από τη Σύγκλητο και τον Ηγεμόνα, αναιρεί τη διαθήκη του πατρός, σαν να επρόκειτο (για εγκατάσταση υπό) μη δυνητική αίρεση. Επειδή δεν πρέπει να γίνεται δεκτό πως μπορούμε να κάνουμε αυτό που προσβάλλει το αίσθημα σεβασμού, την υπόληψη, την αιδώ, και γενικώς ειπείν ό,τι αντίκειται στα χρηστά ήδη.

17. Βλ. F. Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, Goettingen 1975, σελ. 334 επ.

18. Π.χ. στον Donellus, στον Heineccius, βλ. H. Schmidt, ό.π., σελ. 8, 43 & 61.

19. Για την αναζήτηση διεξόδου από τις δυσκολίες που παρουσιάζει η εξειδίκευση της έννοιας των χρηστών ηθών στην έννοια της δημόσιας τάξης μέσα από τη μελέτη κωδικοποιήσεων που περιέλαβαν και την έννοια αυτή, βλ. K. Simitis, *Gute Sitten und Ordre Public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des §138 Abs. 1 BGB*, Marburg 1960, σελ. 78 *passim*.

στα χρηστά ήδη με επίκληση δεμελιωδών αντιλήψεων (ηθικών, πνευματικών, πολιτειακών κ.τ.λ.) και δικαιοκλών αρχών που διέπουν την έννομη τάξη.

Έτσι, για παράδειγμα κρίθηκε (επανειλημμένως), ότι η δια διατάξεως τελευταίας βουλήσεως κατάλειψη περιουσίας σε ερωμένη δεν ενέχει περιεχόμενο αντίθετο στα χρηστά ήδη, εκτός εάν συνιστά αδικαιολόγητη περιφρόνηση προς εγγύτατα συγγενικά πρόσωπα, η προστασία πάντως των οποίων διασφαλίζεται δια των διατάξεων περί νόμιμης μοίρας²⁰. Η αποκλήρωση των δικαιουμένων νόμιμη μοίρα προσώπων για τους προβλεπόμενους στο νόμο λόγους αποτελεί το όριο, πέρα από το οποίο μπορεί κάποιος να προβάλλει την ακυρότητα διαθήκης λόγω αντίθεσης στα χρηστά ήδη²¹.

Παρατηρείται, λοιπόν, «αποχρωματισμός» της νοηματοδότησης των χρηστών ηθών από την ηθική τους χροιά²². Από την άποψη αυτή, τα χρηστά ήδη προσεγγίζουν την έννοια της δημόσιας τάξης, των δεμελιωδών δηλαδή αντιλήψεων του νομοθέτη ως προς τους ουσιώδεις δεσμούς που ισχύουν στη συγκεκριμένη κοινωνία και απορρέουν από το θετό δίκαιο και το οικονομικό σύστημα ή και μόνο από τη συνταγματική τάξη²³. Κατά τον Παπαντωνίου²⁴ πάντως, οι δεμελιώδεις αρχές της έννομης και μάλιστα της συνταγματικής τάξης, σε καθεστώς κοινοβουλευτικής δημοκρατίας, έτσι κι αλλιώς, ανταποκρίνονται στις κοινωνικές και ηθικές αξίες των κοινωνικών στρωμάτων που εκπροσωπούνται στη Βουλή από τα πολιτικά κόμματα. Κατά συνέπεια, εκφράζουν στην πραγματικότητα την κοινωνική ηθική που πρέπει να δεχθούμε ότι επικρατεί, έστω και με την έννοια ότι «επιβάλλεται», σε συγκεκριμένη κοινωνία, μη αφήνοντας περιθώριο εφαρμογής της ρήτρας των χρηστών ηθών.

20. Π.χ. ΕφΑθ 1021/1969, ΝοΒ 18, 571, ΟλομΑΠ 821/1977, ΝοΒ 26, 669 (άποψη μειοψηφίας), ΑΠ 231/1982, ΝοΒ 30, 1268. Βλ. και τη διαφοροποιημένη περίπτωση ΟλομΑΠ 398/1975, ΝοΒ 23, 1164 με σημείωση Μ. Καμφωνά, όπου κρίθηκε, ότι δεν αντίκειται στα χρηστά ήδη η πώληση όλης της ακίνητης περιουσίας του διαθέτη λίγο πριν το θανατό του στη σύζυγό του με ευτελές τίμημα (άρα εικονικά), με αποτέλεσμα να μην καταληφθεί αυτή στο θετό του υιό, για το λόγο, ότι δεν υφίσταται υποχρέωση διατήρησης της περιουσίας κάποιου, προκειμένου να περιέλθει μετά το θάνατό του στους κληρονόμους του (επίκληση δηλαδή έλλειψης νόμιμης υποχρέωσης). Για την πραγματολογική ολοκλήρωση της νομικής ερμηνείας στο παράδειγμα της ακυρότητας διαθήκης λόγω αντίθεσης στα χρηστά ήδη, βλ. Κ. Μ. Σταμάτη, ό.π., σελ. 352- 354.

21. Βλ. Κ. Ε. Μπουραντά, *Η λειτουργία των χρηστών ηθών ως φραγμού εις την ελευθερίαν του διατιθέναι*, σε: ΕΕΑρμ2 (1981), σελ. 203 – 223 (206).

22. Βλ. και G. Teubner, ό.π., σελ. 37, Π. Β. Λαδά, ό.π., σελ. 65.

23. Βλ. αντί άλλων Ν. Σ. Παπαντωνίου, ό.π., § 73 ΙΙΙ, σελ. 433.

24. Ν. Σ. Παπαντωνίου, ό.π., § 73 ΙΙΙ, σελ. 433 επ.



Κατά το Σημίτη²⁵, η ρήτρα των χρηστών ηθών μπορεί να εφαρμόζεται μόνο στο πεδίο των οικογενειακών σχέσεων και της γενετήσιας ελευθερίας, γιατί εκεί μόνο παρίσταται ενίοτε η ανάγκη προσφυγής στην επίκληση ηθικών επιταγών, προκειμένου να αξιολογηθούν τα αποτελέσματα μιας δικαιοπραξίας. Η άποψη αυτή παραπέμπει στις απαρχές της δετικοποίησης της ρήτρας των χρηστών ηθών στο ρωμαϊκό δίκαιο, που έγινε ακριβώς με αφορμή την υποχρέωση διατροφής των μελών της οικογένειας (βλ. παρακάτω).

Ο Larenz²⁶ ευλόγως αντιτείνει, ότι δεν είναι σκόπιμο να εξαιρεθούν του πεδίου εφαρμογής των χρηστών ηθών άλλοι χώροι δικαίου, όπως π.χ. το δίκαιο των συναλλαγών. Η συμβατική ελευθερία ως έκφραση της οικονομικής ελευθερίας πρέπει να αναπτύσσεται σε καθεστώς κοινωνικοοικονομικής και διαπραγματευτικής ισοδυναμίας για τους συναλλασσόμενους. Στη δημιουργία του καθεστώτος αυτού συμβάλλει και η ρήτρα των χρηστών ηθών που λειτουργεί, όπως είδαμε, ως οριοθέτηση της ιδιωτικής αυτονομίας, ως ένα «μέσο άμυνας» απέναντι σε όσους καταχρώνται στις συναλλαγές την οικονομική τους δύναμη²⁷. Ακόμη, αν η έννοια των χρηστών ηθών «εξειδικευθεί» με μία επίσης «ελαστική έννοια», η οποία μάλιστα θεωρείται ευρύτερη, αυτή της δημόσιας τάξης, κάθε περιορισμός της συμβατικής ελευθερίας που δε θα δίγει το Σύνταγμα, τα χρηστά ήθη και τα δικαιώματα των άλλων (κατ'άρθρο 5 Σ.), θα είναι ανεκτός²⁸.

Η ταύτιση των χρηστών ηθών με τη δημόσια τάξη δεν εξαντλεί το εννοιολογικό εύρος τους. Κάτι τέτοιο άλλωστε θα παραγνώριζε τη λει-

25. Κ. Simitis, ό.π., σελ. 196 επ. Το συμπέρασμα αυτό προκύπτει, ενόψει και της αναγκαιότητας για ασφάλεια δικαίου, ύστερα από μελέτη της γαλλικής νομολογίας, όπου σε περιπτώσεις παράνομων συμβάσεων εφαρμόζονται *αδιακρίτως* τα χρηστά ήθη και η δημόσια τάξη (που αναφέρονται βέβαια μαζί στις σχετικές διατάξεις των άρθρων 6 και 1133 CC), με εξαίρεση την περίπτωση δικαιοπραγιών που σχετίζονται με θέματα γενετήσιας ελευθερίας. Επίσης, στη γερμανική νομολογία διαπιστώθηκε η σταδιακή μετατόπιση από την αρχική θέση που απαιτούσε γνώση, ενίοτε δε και συνείδηση της ανηθικότητας από τα μέρη, στη σύγχρονη κρατούσα άποψη που λαμβάνει υπόψη τα υποκειμενικά στοιχεία, μόνον όταν η ανηθικότητα προκύπτει από το σύνολο των περιστάσεων που τη συνοδεύουν. Αυτό οδηγεί στο συμπέρασμα, ότι τελικά εκείνο που εξετάζεται είναι η συμφωνία της δικαιοπραξίας ως μιας ειδικής ρύθμισης προς τη συνολική ρύθμιση της έννομης τάξης, όπου προφανώς δε χρειάζεται να υπεισέλθει ο δικαστής στην αξιολόγηση των παραγωγικών αιτίων της δικαιοπρακτικής δήλωσης βούλησής των μερών: Κ. Simitis, ό.π., σελ. 174. Βλ. και Κ. Larenz, *Grundsatzliches zu § 138 BGB*, σε: *Juristen – Jahrbuch (JJB)* 7 (1966/67), σελ. 98 – 122 (102).

26. Κ. Larenz, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts*, 8. Auflage, Muenchen 1997, § 41 I 2, Rdnr. 11, σελ. 745. Βλ. και Π. β. Λαδά, ό.π., σελ. 51.

27. Άρ. Καζάκου, ό.π., σελ. 80 & 98.

28. Βλ. τις επιφυλάξεις και του ίδιου: Κ. Simitis, ό.π., σελ. 201.



τουργία των χρηστών ηθών ως γενικής ρήτηρας που συμβάλλει στην «επικαιροποίηση» του δικαίου. Σε κάθε περίπτωση, θεωρείται αυτονόητο, ότι οι ηθικοί κανόνες που έχουν ήδη αναγνωρισθεί από την έννομη τάξη και έχουν ενσωματωθεί σε αυτή, συναποτελούν περιεχόμενο των χρηστών ηθών²⁹.

Εν κατακλείδι, το περιεχόμενο των χρηστών ηθών νοηματοδοτείται από αρχές τόσο κοινωνικής, όσο και δικαιοκτικής ηθικής³⁰: Πρόκειται κατ' αρχάς για γενικεύσιμες αρχές κοινωνικού πράττειν, μη τυποποιημένες ως νομικά καθήκοντα, που αναγνωρίζονται και γίνονται σεβαστές απ' όλους τους «κατά το δίκαιο σκεπτόμενους» (*consensus omnium*), χωρίς διάκριση των κοσμοθεωριών τους (στοιχείο κοινωνικής ηθικής)³¹. Οι κανόνες αυτοί διασφαλίζουν, όπως άλλωστε και το δίκαιο στο σύνολό του, έναν ανεκτό και συμβατό με την κοινωνική συνύπαρξη όρο διαβίωσης, απ' όπου προκύπτει και η δεσμευτικότητά τους. Πρόκειται π.χ. για την εντιμότητα στις συναλλαγές, την επιμέλεια και την ευσυνειδησία στην εκπλήρωση υποχρεώσεων έναντι άλλων, το ενδιαφέρον για την κοινότητα, τη συμμετοχή στα κοινώς δρώμενα κ.τ.λ.³². Ακόμα και αν τέτοιου είδους κανόνες δεν έχουν (ακόμα) δετικοποιηθεί, συνάγονται και πάλι από αρχές που διέπουν τους δικαιοκτικούς δεσμούς, αφού επιδίωξη της έννομης τάξης είναι, τουλάχιστον σε επίπεδο επαγγελίας, η πραγμάτωση της ιδέας της δικαιοσύνης και η διασφάλιση του ομαλού κοινωνικού βίου (στοιχείο δικαιοκτικής ηθικής)³³.

Κατά τον Teubner³⁴, η νοηματοδότηση των χρηστών ηθών ως αξιακών αντιλήψεων που επικρατούν στην κοινωνία, «σχετικοποιείται» από τον ελεγκτικό ρόλο που έχουν οι κανόνες δικαίου. Ο εντοπισμός των κρίσιμων αντιλήψεων κοινωνικής ηθικής μπορεί να γίνει με τη βοήθεια εμπειρικών

29. Α. Σ. Γεωργιάδη – Μ. Π. Σταθόπουλου, ό.π., αρ. 2, σελ. 274. Βλ. και Κ. Larenz, ό.π. § 41 I, Rdnr. 20, σελ. 748.

30. Κ. Larenz, ό.π., σε: JJB 7 (1966/67), σελ. 118.

31. Α. Σ. Γεωργιάδη – Μ. Π. Σταθόπουλου, ό.π., αρ. 2, σελ. 274, G. Schricker, ό.π., σελ. 221. Κ. Μ. Σταμάτη ό.π., σελ. 448. Κατά τον Φασούλα, στην έννοια της κοινωνικής ηθικής περιλαμβάνεται, όχι αναγκαία αυτό που εφαρμόζεται σε ορισμένο κοινωνικό κύκλο, αλλά αυτό που αναγνωρίζεται μέσα στο συγκεκριμένο κύκλο ως σύμφωνο προς την ηθική ή που αποτελεί τη συνισταμένη των αντιλήψεων του «χρηστώς και εμφρόνως κατά το δίκαιο σκεπτόμενου ανθρώπου»: Ζ. Σ. Φασούλα, *Η απάτη και η ακυρότητα της δικαιοπραξίας ως αντίθετης στα χρηστά ήθη* (με αφορμή την ΟλομΑΠ 1093/91), σε: ΠοινΧρ 42 (1992), σελ. 1032 – 1040 (1038).

32. Κ. Larenz, ό.π., σε: JJB 7 (1966/67), σελ. 107. Βλ. και Ι. Μανωλεδάκη, ό.π., σελ. 158.

33. Βλ. Π. Β. Λαδά, ό.π., σελ. 50, Κ. Larenz, ό.π. § 41 I, Rdnr. 20, σελ. 748, Palandt/Heinrichs, § 138, Rdnr. 4, σελ. 118.

34. G. Teubner, ό.π., σελ. 62, 67, 90.

(κοινωνιολογικών) μεθόδων. Η αναγωγή τους σε κανονιστική δικαιική πρόταση αποτελεί το αντικείμενο της δικαστικής ερμηνείας. Εν προκειμένω, πρόκειται για την αναδοχή κοινωνικών αξιών από ένα άλλο σύστημα αξιών, το δικαιικό. Βέβαια, η αναγωγή μιας εμπειρικής διαπίστωσης σε αξιολογική δέση που ενδέχεται μάλιστα να καταλήξει σε κανονιστική κρίση δεν είναι απλή υπόθεση. Εχέγγυα ορθότητας στη διαδικασία αυτή, μπορούν, τουλάχιστον ως ένα βαθμό, να εξασφαλισθούν μέσα από προηγηθείσα δημόσια διαβούλευση σχετικά με τη γενικευσιμότητα των συμπεριόντων που οι κρινόμενες αξιακές αντιλήψεις καλούνται να προστατεύσουν³⁵.

Οι αξιακές αντιλήψεις πάντως που επικρατούν σε μια κοινωνία είναι διαρκώς μεταβλητές³⁶. Επίσης, το δίκαιο, ως σύστημα κοινωνικού χαρακτήρα, δεν είναι κλειστό, αλλά «πορώδες»³⁷. Οι κανόνες δικαίου είναι γνώμονες ετερόνομου προσανατολισμού του κοινωνικού πράττειν, λειτουργούν όμως και αμφίδρομα, επιδρούν δηλαδή και αυτοί στη διαμόρφωση της κοινωνικής πραγματικότητας και των συλλογικών αξιών μιας κοινωνίας³⁸.

Η επιλογή κριτηρίων μέσα από διαρκώς μεταβαλλόμενες αξιακές αντιλήψεις, κυρίως στις σύγχρονες πλουραλιστικές κοινωνίες, όπου ο βαθμός κοινής αποδοχής τους είναι πολύ δύσκολο να εξακριβωθεί, ενδέχεται να οδηγήσει σε ανασφάλεια δικαίου. Ο δικαστής δεν μπορεί να υιοθετήσει αδιάκριτα εξωνομικές ηθικές αρχές, αλλά να επιλέξει εκείνες που επιτάσσουν οι εκάστοτε συγκεκριμένες ανάγκες της εφαρμογής του δικαίου³⁹. Σε περίπτωση σύγκρουσης αρχών κοινωνικής και δικαιικής ηθικής, οι δεύτερες κατισχύουν των πρώτων, αφού ο δικαστής δεσμεύεται κατ' αρχήν από το νόμο (άρθρο 87 § 2 Σ.). Κυρίως τα αξιολογικά κριτή-

35. Κ. Μ. Σταμάτη ό.π., σελ. 216, 447.

36. Βλ. αναλυτικά R. Scheyhing, ό.π., σελ. 12 επ.

37. Κ. Μ. Σταμάτη ό.π., σελ. 160.

38. Ένα παράδειγμα μπορεί να αντληθεί από το πεδίο του κοινοτικού δικαίου: Στα πλαίσια της διευκόλυνσης της κυκλοφορίας εμπορευμάτων και υπηρεσιών στα κράτη – μέλη της Ε.Ε., θεωρείται αναγκαίος ο εκσυγχρονισμός, η εναρμόνιση και φιλελευθεροποίηση του δικαίου για τον αδέμιτο ανταγωνισμό. Ταυτοχρόνως όμως, επιδιώκεται και η προστασία του καταναλωτή. Έτσι, προκειμένου να επιτευχθούν και οι δύο αυτοί στόχοι, το κριτήριο αξιολόγησης π. χ. σε θέματα παραπλάνησης των καταναλωτών μέσω της διαφήμισης, μετατοπίζεται από το επίπεδο του «μέσου όρου γνώσεων και εμπειρίας και μη επισταμένης προσοχής του κοινού» στο επίπεδο κατανόησης του προσεκτικού, κριτικά εξετάζοντος και επαρκώς πληροφορημένου καταναλωτή: Λ. Ε. Κοτσίρη, *Ο νέος γερμανικός νόμος για τον αδέμιτο ανταγωνισμό και ο «θάνατος» ενός υπέργερου προγόνου μας*, σε: ΔΕΕ 11/2004, σελ. 1094 – 1098 (1094). Η κοινοτική ρύθμιση επιδρά στην καταναλωτική συμπεριφορά του κοινού που πλέον, ακόμα και διδάσκεται, να επιδιώκει και να απαιτεί πληρέστερη ενημέρωση.

39. Πρβλ. R. Scheyhing, ό.π., σελ. 13 επ.

ρια του Συντάγματος και οι σύγχρονες συνταγματικές αντιλήψεις που εκφράζονται στα δεμελιώδη δικαιώματα αποκαλύπτουν σύστημα αξιών, με το οποίο μπορεί να μετρηθεί ο αδέμιτος (ανήθικος) χαρακτήρας μιας πράξης⁴⁰. Η έννομη τάξη μέσω της ρήτηρας των χρηστών ηθών απαγορεύει το «ανήθικο», όχι μόνο γιατί αντίκειται στην Ηθική, αλλά γιατί αντιβαίνει στο Δίκαιο⁴¹.

IV. ΡΩΜΑΙΟΒΥΖΑΝΤΙΝΟ ΔΙΚΑΙΟ

Στο ρωμαϊκό δίκαιο τα χρηστά ήδη εκφράζουν την κοινωνική συμπεριφορά, όπως ορίζεται από τα κοινώς αποδεκτά πρότυπα των προγόνων (*'mos maiorum'*)⁴². Στο πραιτορικό ήδικτο απαντώνται ως δετικοποιημένη ρήτρα που δίνει την ευχέρεια στον πραιτόρα να την εξειδικεύσει, όπως προσιδιάζει στη φύση της εκάστοτε συγκεκριμένης περίπτωσης⁴³.

Οι Ρωμαίοι διέκριναν ήδη από νωρίς το Δίκαιο από την Ηθική⁴⁴. Ο έλεγχος των ηθών (*cura morum*) δεν ανήκε στα δεσμοδετημένα όργανα απονομής της δικαιοσύνης, αλλά, κατά πάσα πιθανότητα ήδη από το 368 π.Χ. σε ξεχωριστή αρχή, τους τιμητές (*censores*- κήνσορες)⁴⁵. Οι τιμητές καλούνται να εκφράσουν το κοινό αίσθημα των πολιτών περί ηθικού βίου, το οποίο δεν καλύπτεται από το δετό δίκαιο. Στην πράξη, λειτουργούν ως δεματοφύλακες του *'mos maiorum'*⁴⁶. Στα τέλη της Δημοκρατίας, οι τιμητές απεκδύονται των αρμοδιοτήτων τους και η *cura morum* μεταβιβάζεται (όχι ως αξίωμα, αλλά ως αρμοδιότητα) στον Ηγεμόνα. Αξιώσεις που μέχρι τότε εγείρονταν από τους τιμητές στο όνομα της κοινότητας ως ηθικές υποχρεώσεις (π.χ. υποχρέωση διατροφής γονέων – τέκνων), δετικοποιούνται και καθίστανται αγώγιμες⁴⁷. Στο κοινό

40. Βλ. Κ. Μ. Σταμάτη, ό.π., σελ. 202 επ., 209 επ., Λ. Ε. Κοτσίρη, ό.π., σε: ΔΕΕ 11/2004, σελ. 1095.

41. G. Schricker, ό.π., σελ. 198.

42. M. Kaser, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen roemischen Recht*, σε: SZ 60 (1940), σελ. 139.

43. Βλ. και F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, σελ. 35, Theo Mayer – Maly, ό.π., σε: JuS 1986, Heft 8, σελ. 598.

44. M. Kaser, ό.π., σελ. 95, F. Schulz, ό.π., σελ. 19 επ., R. Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Teilnichtigkeit?*, Berlin 1979, σελ. 121.

45. Γ. Π. Νάκου, *Ιστορία Ελληνικού και Ρωμαϊκού Δικαίου*, Θεσσαλονίκη 1991, σελ. 218, 245 επ. Dulckeit/ Schwarz/ Waldstein, *Roemische Rechtsgeschichte*, Muenchen 1995, σελ. 93.

46. Eb. Schmaehling, *Die Sittenaufsicht der Censoren*, Stuttgart 1938, σελ. 162.

47. Eb. Schmaehling, ό.π., σελ. 166, M. Kaser, ό.π., σε: SZ 1940 (60), σελ. 96, Erich Sachers, *Das Recht auf Unterhalt in der roemischen Familie der klassischen Zeit*, σε: Fs Fritz Schulz, I. Band, Weimar 1951, σελ. 311.



αίσθημα πάντως, οι αξιώσεις αυτές εξακολουθούν να ανάγονται σε ηθικές προγονικές αξίες (*mos maiorum*).

Στο *Corpus Iuris* η αντίθεση στα χρηστά ήδη εξετάζεται όχι σε κάποιον ξεχωριστό τίτλο, αλλά περιπτωσιολογικά σε πολλά χωρία, αφορά δε τόσο δικαιοπραξίες, όσο και αδικοπραξίες. Θα εξετάσουμε στη συνέχεια κάποιες ενδεικτικές περιπτώσεις σε ό,τι αφορά κατ' αρχάς δικαιοπραξίες:

1. Δικαιοπραξίες

Υπάρχουν δικαιοπραξίες που είναι *per se* ανήθικες, λόγω του περιεχομένου τους. Έτσι για παράδειγμα, ο Γαίος στις Εισηγήσεις αναφέρει ως αντίθετη στα χρηστά ήδη την εντολή (*mandatum*) προς τον εντολοδόχο να διαπράξει κλοπή ή να προκαλέσει σωματική ή ηθική βλάβη σε κάποιον τρίτο⁴⁸.

Υπάρχουν όμως και άλλες δικαιοπραξίες που μπορεί να έχουν ως αντικείμενο κάποια ηθικώς παραδεκτή συμπεριφορά, π.χ. τέλεση γάμου, συνδέονται όμως, όπως θα δούμε στη συνέχεια, με κάποια ανήθικη ρήτρα που συμπαρασύρει σε ακυρότητα όλη τη δικαιοπραξία.

1.1. Αμοιβή ενός '*procurator in litem*'

Δικαιοπραξία *per se* ανήθικη είναι το σύμφωνο για μερίδιο του δικαστικού πληρεξουσίου (*procurator in litem*) στο ποσό που επιδιώκεται δικαστικώς. Σχετικό είναι το χωρίο του Παπινιανού D. 17, 1, 7.

*D. 17, 1, 7 Papinianus libro tertio responsorum: Salarium procuratori constitutum se extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit*⁴⁹.

Σε ελεύθερη απόδοση λέει τα εξής: Αν ασκηθεί αγωγή κατά την *extra ordinem* διαδικασία για τη διεκδίκηση αμοιβής που συμφωνήθηκε για έναν πληρεξούσιο, πρέπει να διαγνωσθεί, κατά πόσο ο κύριος ήθελε να ανταμείψει την εργασία, οπότε για το λόγο αυτό πρέπει να τηρηθεί η καλή

48. Gai. 3, 157: *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias*. Βλ. και Ulp. D. 17, 1, 6, 3, Paul. D. 17, 1, 22, 6, D. 45, 1, 26- 27 pr.

49. B. 14, 1, 7: «Τὸ ὀρισθὲν τῷ διοικητῇ τῆς δίκης ὀψώνιον ἐξτραορδίνως ἀπαιτεῖται, καὶ σκοπεῖ ὁ δικαστής, εἰ ὑπὲρ καμάτου συνεφωνήθη· τότε γὰρ ὀφείλει δοθῆναι, οὐ μὴν ὅτε τὸ τῆς δίκης ἀποτέλεσμα πολλοῖς χρήμασιν ὁ διοικητὴς τῆς δίκης παρανόμως ἠγόρασεν».

πίστη ή κατά πόσο ο πληρεξούσιος, ενεργώντας αντίθετα προς τα χρηστά ήδη, αναδέχθηκε τη δίκη με επιπλέον χρήματα ως οφέλημα από το καταψηφισθέν στη δίκη ποσό.

Στο συγκεκριμένο χωρίο, ένας πληρεξούσιος (δικηγόρος) επιχειρεί να διεκδικήσει την αμοιβή του κατά την *extra ordinem* διαδικασία. Ας σημειωθεί, ότι η αμοιβή του πληρεξουσίου εξελίχθηκε σταδιακά σε αγωγή αξίωση στην ύστερη κλασική εποχή, και μάλιστα κατά την *extra ordinem* διαδικασία, πράγμα που αναφέρεται και στο χωρίο⁵⁰. Ο Παπινιανός γνωμοδοτεί, ότι πρέπει να εξετασθεί, κατά πόσο ο κύριος ήθελε να ανταμείψει την παροχή υπηρεσιών του πληρεξουσίου, οπότε η αγωγή 'που αυτός εγείρει θα ευδοκιμήσει. Αν όμως μεταξύ πληρεξουσίου και κυρίου έχει συνομολογηθεί ένα αντίθετο προς τα χρηστά ήδη και γι' αυτό άκυρο "*pactum de quota litis*", σύμφωνα δηλαδή για μερίδιο του πληρεξουσίου στο ποσό που επιδιώκεται να καταψηφισθεί στη δίκη⁵¹, η αγωγή του πληρεξουσίου δεν μπορεί να στηριχθεί.

Η εκπροσώπηση σε δίκη έναντι συμφωνημένης συμμετοχής στο ποσό που ζητείται, με υπεισέλευση του πληρεξουσίου στη δέση του κυρίου για τα αποτελέσματά της, αναφέρεται στις πηγές ως '*redemptio litis*'. Συμφωνία με το περιεχόμενο αυτό θεωρείται ανήθικη. Ο πραίτορας μπορεί ακόμα και να αφαιρέσει από τον *redemptor litis* το δικαίωμα εφεξής παράστασης στο δικαστήριο, αν πρόκειται για *advocatus*⁵². Η ακυρότητα της σχετικής συμφωνίας ως αντίθετης στα χρηστά ήδη αποτρέπει το ενδεχόμενο εκμετάλλευσης του κυρίου της δίκης εκ μέρους του πληρεξουσίου του⁵³. Αποτρέπεται δηλαδή η πιθανότητα, ο πληρεξούσιος να αποπροσανατολιστεί ως προς την εκπροσώπηση των συμφερόντων του κυρίου του και να κινηθεί με γνώμονα το δικό του συμφέρον (αδικαιολόγητος πλουτισμός του σε βάρος του κυρίου), πράγμα που πιθανόν να είχε αρνητικές επιπτώσεις και στη διάγνωση της υπόθεσης από το δικαστή.

50. C. 4, 35, 1: '*...de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur*'. Βλ. και για τους λόγους: Alfons Buerge, *Salarium und aehnliche Leistungsentgelte beim mandatum*, σε: *Mandatum und Verwandtes*, έκδ. D. Noerr, S. Nishimura, Berlin e.t.c. 1993, σελ. 321. Athina A. Dimopoulou, *La rémunération de l'assistance en justice. Étude sur la relation avocat-plaideur à Rome*, Αθήνα – Κομοτηνή 1999, σελ. 451 επ.

51. Πρόκειται για *pactum*, όχι σύμβαση: R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, σελ. 709, Honsell, *Die Rueckabwicklung sittenwidriger Rechtsgeschaeft*, Muenchen 1974, σελ. 77 επ.

52. Ulp. D. 17, 1, 6, 7 & D. 1, 16, 9, 2. Heinrich Siber, *Schuldvertraege ueber Sittenwidrige Leistungen*, σε: *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Mailand 1930, τόμος IV, σελ. 104-128 (125), Athina A. Dimopoulou, ό.π., σ. 411-417, 432-435.

53. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 129.

1.2. Ποινική ρήτρα

Το χωρίο του Παύλου D. 45, 1, 134 pr. αφορά τη συνομολόγηση ποινικής ρήτρας για την τέλεση γάμου, η οποία είναι άκυρη ως αντίθετη στα χρηστά ήδη:

D. 45, 1, 134 pr. Paulus libro quinto decimo responsorum: Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta⁵⁴.

Η Titia που είχε γιο από άλλον άνδρα, παντρεύτηκε τον Gaius Seius που είχε μια κόρη. Διαρκούντος του γάμου συμφώνησαν, η κόρη του Gaius Seius να αρραβωνιασθεί τον γιο της Titia και καταρτίσθηκε η πράξη, στην οποία προστέθηκε ποινική ρήτρα για την περίπτωση που κάποιος απ' αυτούς εμπόδιζε το γάμο. Αργότερα, ο Gaius Seius απεβίωσε κατά τη διάρκεια του γάμου, και η κόρη του δεν ήθελε να παντρευτεί. Ερωτάται, αν οι κληρονόμοι του Gaius Seius υπέχουν ευθύνη από την επερώτηση. Αν λοιπόν εγερθεί αγωγή από την επερώτηση που δεν έγινε σύμφωνα με τα χρηστά ήδη, θα αποκρουσθεί με την ένσταση του δόλου, αφού θεωρείται ανήθικη η συνομολόγηση ποινής που υποχρεώνει σε γάμο μελλοντικό ή που έχει ήδη συναφθεί.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, έχουμε επερώτηση με αντικείμενο την υπόσχεση σύναψης γάμου ('desponsatio'⁵⁵). Σ' αυτήν επισυνάπτεται ποινική ρήτρα για την περίπτωση εμπόδισης του γάμου από τους συμβαλλομένους συζύγους. Η συνομολόγηση ποινικής ρήτρας για ένα τέτοιο ζήτημα αντίκειται στα χρηστά ήδη. Η τέλεση γάμου πρέπει να είναι αποτέλεσμα ελεύθερης βούλησης και όχι να γίνεται υπό την απειλή κατάπτωσης κάποιας ποινής⁵⁶.

54. B. 43, 1, 131: «Οὐ καλῶς ἐπερωτῶ τινα ποινὴν ἐκ τοῦ μὴ γαμηθῆναί μοι. οὔτε μὴν τὴν ἤδη γαμηθεῖσαν μοι ἐπερωτᾶν δύναμαι ποινὴν, εἰ λύσει τὸν γάμον· τὰ αὐτὰ καὶ περὶ γυναικὸς ἐπερωτώσης τὸν ἄνδρα».

55. H. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz 1971, σελ. 141 ad despondere, desponsare. Desponsatio, -onis = ἐγγύη κόρης, Στ. Κουμανούδη, *Λεξικόν λατινοελληνικόν*, Ανατ. Αθήνα 1993.

56. Heinrich Siber, ό.π., σε: Studi in onore di Pietro Bonfante, Mailand 1930, τόμος IV, σελ. 107, Max Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 121 i.f.



Έτσι, αν, μετά το θάνατο του συζύγου, η κόρη του αρνείται τη σύναψη του γάμου και η *Titia* εναγάγει τους κληρονόμους αυτού, ο πραιτόρας θα προστατέψει τους εναγομένους χορηγώντας τους την ένσταση του δόλου.

1.3. Κληρονομικές συμβάσεις

Συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο την κληρονομιά ζώντος προσώπου αντίκεινται στα χρηστά ήδη και είναι άκυρες. Υπάρχουν πολλές σχετικές μαρτυρίες στις πηγές. Θα εξετάσουμε κάποιες ενδεικτικές περιπτώσεις και κατ'αρχήν την αρχαιότερη μαρτυρία που προέρχεται από τον *Iulianus*, ο οποίος έζησε και έδρασε γύρω στο 130 μ.Χ.:

*D. 45, 1, 61 Iulianus libro secundo ad Urseium Ferocem: Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*⁵⁷.

Μια επερώτηση διατυπώθηκε με αυτό τον τρόπο: 'Αν δεν με εγκαταστήσεις κληρονόμο, μου υπόσχεσαι να με πληρώσεις τόσο;' Είναι άκυρη, επειδή αντίκειται στα χρηστά ήδη.

Η βούληση του διαθέτη πρέπει να παραμένει ελεύθερα μεταβλητή μέχρι το θάνατό του⁵⁸. Η ελευθερία διαδέσεως *mortis causa* δεν πρέπει να περιορίζεται. Οι επερωτήσεις με υπόσχεση εγκατάστασης κληρονόμου και τα σύμφωνα *de hereditate viventis* αποτελούν εν δυνάμει απειλή για τη ζωή του διαθέτη, γι' αυτό και χαρακτηρίζονται ως αντίθετα προς τα χρηστά ήδη. Ο φόβος αυτός δεν πρέπει να ήταν αδικαιολόγητος στη Ρώμη⁵⁹. Από το τέλος της Δημοκρατίας, αλλά και κατά τη διάρκεια της Ηγεμονίας επικρατούσε σε μεγάλη μερίδα των Ρωμαίων πολιτών πάθος για γρήγορη απόκτηση χρήματος και κοινωνική αναρρίχηση. Δικαιοπολιτική ένδειξη γι' αυτές τις κοινωνικές συνθήκες αποτελεί το *Senatus Consultum Macedonianum*⁶⁰ που εκδόθηκε επί Βεσπασιανού (69-79 μ.Χ.) προκειμένου να απαγορεύσει το δανεισμό σε υπεξουσίους γιους. Αφορμή για την έκδοση του Συγκλητικού αυτού Δόγματος λέγεται ότι αποτέλεσε η περίπτωση ενός υπεξουσίου γιου, του *Macedo*, που, υπό

57. B. 43, 1, 58: «Καὶ ὅτι ἀχρήστως ἐπερωτᾶται τις ποινὴν, ἐάν μὴ γράψῃ με κληρονόμον».

58. Ulp. D. 34, 4, 4 i.f.: "ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum", Ulp. D. 24, 1 32, 3.

59. Βλ. Georges Michaelides – Nouaros, *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (Justinien et post-Justinien)*, Paris 1937, σελ. 57 επ.

60. D. 14, 6, 1 pr., Andreas Wacke, *Das Verbot der Darlehns-gewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft: Der Macedonianische Senatsbeschluss in Theorie und Praxis*, σε: SZ 112 (1995), σελ. 239-329.

την πίεση των δανειστών του, δολοφόνησε τον πατέρα του, για να τον κληρονομήσει.

Έτσι και στην προκειμένη περίπτωση, η συνομολόγηση ποινικής ρήτρας για την μη εγκατάσταση του αντισυμβαλλομένου ως κληρονόμου είναι ανίσχυρη (*inutilis*) ως αντίθετη στα χρηστά ήδη.

Ο Διοκλητιανός το 293 μ. Χ. με *rescriptum* γνωμοδοτεί ότι είναι άκυρες ως αντίθετες στα χρηστά ήδη όλες οι δικαιοπραξίες με αντικείμενο την κληρονομιά τρίτου ζώντος προσώπου. Το *rescriptum* βρίσκεται στον Κώδικα 8, 38, 4 και έχει ως εξής:

*C. 8, 38, 4 Idem AA. et CC. Domnae. Ex eo instrumento nullum vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint*⁶¹.

Δηλώνεται ότι από το έγγραφο αυτό δεν θα έχετε αγωγή, γιατί περιέχει αντίθετη προς τα χρηστά ήδη επερώτηση για μέλλουσα κληρονομιά, και όλα όσα προκύπτουν από σύμφωνο ή επερώτηση αντίθετα προς τα χρηστά ήδη είναι άκυρα.

Το *instrumentum*, το έγγραφο δηλαδή που αναφέρεται στο *rescriptum*, παραπέμπει σε δικαιοπραξία που καταρτίσθηκε σε κάποια ανατολική επαρχία, εκεί, όπου ήταν συνήθης ο έγγραφος τύπος⁶², αλλά και αναγνωρισμένες ως ελληνικό εδιμικό δίκαιο οι κληρονομικές συμβάσεις⁶³. Η επίκληση των χρηστών ηθών στην προκειμένη περίπτωση αντιδιαστέλλει τη ρωμαϊκή συνήθεια και πρακτική προς το ξένο επαρχικό εδιμικό δίκαιο που αναγνωρίζει τις κληρονομικές συμβάσεις⁶⁴. Τα χρηστά ήδη αναχαιτίζουν την εφαρμογή τους βάσει του θετού πλέον δικαίου της Ρώμης.

1.4. Σχέσεις οικογενειακού δικαίου

Τη νοηματοδότηση των χρηστών ηθών ως δικαιικής αρχής που ενσωματώ-

61. B. 43, 6, 4: «Ἐὰν συμφωνήσωσί τινες ὥστε τὸν προτελευτῶντα τῷ ἑτέρῳ διδόναι τὴν οὐσίαν τὴν ἰδίαν, ἄχρηστον τὸ γεγονὸς ὡς κατὰ τῶν καλῶν τρόπων ὄν· οὔτε ἐπερώτησις οὔτω γενομένη ἰσχύει». Βλ. και Αρμ. Εξαβ. 1, θ, 19.

62. Βλ. L. Mitteis / U. Wilcken, *Grundzuege und Chrestomathie der Papyrusurkunde II-I*, Leipzig-Berlin 1912, σελ. 49, H. J. Wolff, *Das Recht der griechischen Papyri Aegyptens II*, Muenchen 1978, σελ. 3.

63. Georges Michaelides-Nouaros, ό.π., σελ. 61. Βλ. και Δ. Χ. Γκόφα, *Ιστορία και Εισηγήσεις του ρωμαϊκού Δικαίου*, V τόμος, Β'Γ' έκδοση Αθήνα-Κομοτηνή 1990, σελ. 13.

64. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 125.

νει τις παραδόσεις και τα ήδη των προγόνων⁶⁵, συνάγουμε από τα ακόλουθα χωρία που αφορούν σχέσεις οικογενειακού δικαίου:

D. 28, 7, 9 Paulus libro quadragesimo quinto ad edictum: *Conditiones, quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti 'si ab hostibus patrem suum non redemerit', 'si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit'*⁶⁶.

Αιρέσεις που συνάπτονται αντίθετα προς τα χρηστά ήδη, πρέπει να αναιρούνται (ακυρώνονται), έτσι για παράδειγμα η αίρεση «εφόσον δεν λυτρώσει τον πατέρα του από την εξορία», «εφόσον δεν παράσχει διατροφή στους γονείς του ή στον πάτρωνα του».

Τα παραδείγματα που αναφέρει ο Paulus προέρχονται από σχέσεις οικογενειακού δικαίου, χαρακτηριστικές για τη ρωμαϊκή κοινωνία, συγκεκριμένα υποχρεώσεις απέναντι στον πατέρα, τους γονείς, τον πάτρωνα. Η υποχρέωση σεβασμού (*reverentia, obsequium, honor*) προς τους προγόνους δεν δεσπίζεται νομοθετικά, πηγάζει όμως από τις ρωμαϊκές αντιλήψεις κοινωνικής ηθικής⁶⁷. Έτσι, για παράδειγμα, και η υποχρέωση διατροφής (*alimentum*), εξασφάλισης δηλαδή των αναγκών για την επιβίωση αγαθών που αναφέρει ο Paulus, ξεκίνησε ως ηθική υποχρέωση, για να αναγνωρισθεί το 2^ο αιώνα μ.Χ. ως αγωγή αξίωση κατά την *extra ordinem* διαδικασία⁶⁸.

Στα αισθήματα σεβασμού, υπόληψης και αιδούς αναφέρεται και το χωρίο του Παπινιανού D. 28, 7, 15. Το χωρίο αυτό, παρά το γεγονός ότι σώζεται κατά πάσα πιθανότητα συντομευμένο, είναι κατά κάποιο τρόπο μοναδικό, γιατί κατ' αρχάς περιέχει ορισμό της έννοιας των χρηστών ηθών⁶⁹, πράγμα ασυνήθιστο για το κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο που αποφεύγει τους ορισμούς⁷⁰. Πρόκειται άλλωστε, όπως είδαμε, για ένα χωρίο διαχρονικής νομικής αξίας:

D. 28, 7, 15: Papinianus libro sexto decimo quaestionum. *Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existi-*

65. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 100, του ιδίου, RPR I ό.π., σελ. 299.

66. B. 35, 12, 9: «Αί παρὰ τὰ χρηστὰ ἔδη αἰρέσεις συγχωροῦνται, ὡς τὸ μὴ ἀναρρύσασθαι τὸν πατέρα ἀπὸ αἰχμαλωσίας ἢ μὴ θρέψαι πατέρα ἢ πάτρωνα».

67. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 124.

68. Ulp. D. 25, 3, 5, 18-26, Paul. eod. 9, C. 5, 25, 1. Erich Sachers, ό.π., σελ. 311 και υποσ. 2, Max Kaser / Karl Hackl, *Das roemische Zivilprozessrecht* (RZR), 2. Auflage, Muenchen 1996, σελ. 455.

69. H. Schmidt, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschaeft in historischer Sicht*, Berlin 1973, σελ. 4 & 21.

70. F. Schulz, ό.π., σελ. 43.

mationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Ένας υπεξούσιος που εγκαταστάθηκε κληρονόμος (στην πατρική διαθήκη) υπό αίρεση που αποδοκιμάζεται από τη Σύγκλητο και τον Ηγεμόνα, αναιρεί τη διαθήκη του πατρός, σαν να επρόκειτο (για εγκατάσταση υπό) μη δυνητική αίρεση⁷¹. Επειδή δεν πρέπει να γίνεται δεκτό πως μπορούμε να κάνουμε αυτό που προσβάλλει το αίσθημα σεβασμού, την υπόληψη, την αιδώ, και γενικώς ειπείν ό,τι αντίκειται στα χρηστά ήθη.

Τα πρόσωπα που βρίσκονται υπό πατρική εξουσία είναι αναγκαίοι κληρονόμοι (*sui heredes*) του πατρός τους. Ο *pater familias* είναι υποχρεωμένος να τους εγκαταστήσει κληρονόμους ή να τους αποκληρώσει ονομαστικά. Αν παραλειφθεί ένας υπεξούσιος γιος, η διαθήκη είναι εξ ολοκλήρου άκυρη⁷². Και η υπό αίρεση εγκατάσταση ενός υπεξουσίου γιου καθιστά τη διαθήκη άκυρη, εκτός αν πρόκειται για αίρεση δυνητική (*condicio potestativa*), τέτοια δηλαδή που η εκπλήρωσή της να εξαρτάται από τη βούληση του τετιμημένου⁷³. Κάθε άλλη περίπτωση αίρεσης, δηλαδή αίρεσης τυχαίας (*condicio causalis*) ή μικτής (*mixta*), καθιστά τη διαθήκη άκυρη⁷⁴, εκτός αν υπάρχει ρητή αποκλήρωση για την περίπτωση της μη εκπλήρωσης της αίρεσης. Αυτό γιατί, αν η αίρεση δεν πληρωθεί, τότε ο υπεξούσιος γιος θα είναι σα να έχει παραλειφθεί από τον διαθέτη, πράγμα που όπως είπαμε καθιστά τη διαθήκη εξ ολοκλήρου άκυρη.

Στην προκειμένη περίπτωση, ο διαθέτης εγκατέστησε έναν υπεξούσιο γιο υπό αίρεση με περιεχόμενο προφανώς αμφισβητούμενο. Ο Παπινιανός εξετάζει, αν μπορεί ενδεχομένως να διασώσει την κληρονομική εγκατάσταση, υπαγάγοντας τη συγκεκριμένη αίρεση στην έννοια της '*condicio potestativa*' (δυνητικής αίρεσης), φαίνεται όμως πως πιθανή εκπλήρωση της αίρεσης θα κατέληγε σε ενέργεια αποδοκιμαζόμενη από τη Σύγκλητο και τον Ηγεμόνα, με αποτέλεσμα να μην μπορεί να διασωθεί το κύρος της⁷⁵. Αλλά ακόμα κι αν αυτό δε συνέβαινε, ακόμα κι αν δεν

71. Πρβλ. Βασ. 35, 12, 15: «Ἡ παράνομος αἵρεσις ἐπικλασθεῖσα ὑπεξουσίῳ νύϋ ἄκυροῖ τὴν διαθήκην ὡς μὴ οὖσα ἐξουσιαστική. τὰ γὰρ βλάπτοντα τὴν εὐσέβειαν ἢ τὴν ὑπόληψιν ἡμῶν ἢ τὴν αἰδῶ, καὶ ἀπλῶς τὰ παρὰ τοὺς ἀγαθοὺς τρόπους οὐδὲ πιστευόμεθα δύνασθαι ποιεῖν».

72. Gai. 2, 123 επ., UE 22, 16, K. Papakonstantinou, *Die Collatio Dotis*, Koeln 1998, σελ. 29.

73. Δημ. Θεοφανόπουλου, *Σύστημα Ρωμαϊκού Δικαίου*, Αθήνα 1924, σελ. 133.

74. M. Kaser, *RPR I*, ό.π., σελ. 706 και υποσ. 7 με παραπομπές.

75. Theo Mayer-Maly, *Contra bonos mores*, σε: *Iuris Professio, Festgabe fuer Max Kaser*, 1986, σελ. 161 επ. Αδιευκρίνηστο είναι, για ποιο λόγο ο διαθέτης έδωσε τέτοια αίρεση, απαγορευμένη από το νόμο, ακυρώνοντας στην ουσία την κληρονομική

ήταν παράνομη η πλήρωση της αίρεσης, δε σημαίνει απαραίτητως ότι θα μπορούσε να διασωθεί το κύρος της, γιατί υπήρχε και το ενδεχόμενο αντίθεσής της στα χρηστά ήδη.

Στη δεύτερη πρόταση του χωρίου αιτιολογείται η κρίση περί ακυρότητας της διαθήκης, λόγω της παράνομης αίρεσης, μ' έναν παραλληλισμό: Ακριβώς όπως ανεπίτρεπτη είναι η απαγορευμένη από το νόμο ενέργεια, έτσι, ανεπίτρεπτη είναι και η ενέργεια που προσβάλλει τα χρηστά ήδη. Με άλλα λόγια, ακόμα και αν κάτι δεν απαγορεύεται από το νόμο, δε σημαίνει ότι επιτρέπεται: "*non omne quod licet honestum est*"⁷⁶. Και στις δύο περιπτώσεις, τόσο της παράνομης, όσο και της ανήδικης ενέργειας, έννομη συνέπεια είναι η ακυρότητα⁷⁷.

Μέρος της βιβλιογραφίας θεωρεί το χωρίο παρεμβεβλημένο⁷⁸ και υποστηρίζει, ότι ο Παπινιανός εξομοιώνει την παράνομη με την φυσικώς αδύνατη αίρεση (*condicio impossibilis*). Η άποψη αυτή δεν ευσταδεί: Αν ο Παπινιανός εξομοίωνε την παράνομη αίρεση με αδύνατη, θα κατέληγε στο συμπέρασμα ότι η διαθήκη θα ήταν έγκυρη, γιατί κατά τη *regula Sabiniana*, «αδύνατη αίρεση θεωρείται ως μη γεγραμμένη» (*impossibilis condicio pro non scripto habetur*), οπότε το έγκυρο μέρος της διαθήκης, δηλαδή η εγκατάσταση του υπεξουσίου δε θα επηρεαζόταν από το άκυρο, δηλαδή την παράνομη αίρεση⁷⁹. Αυτό δε συμβαίνει εδώ, η διαθήκη είναι εξ ολοκλήρου άκυρη. Το χωρίο αποδίδει κλασικό δίκαιο.

εγκατάσταση. Ενδεχομένως, να αγνοούσε την απαγόρευσή της από το νόμο. Αν τη γνώριζε, ίσως ήθελε με τον τρόπο αυτό να ειρωνευτεί τον εγκατάστατο: Βλ. Δημ. Θεοφανόπουλου, ό.π., σελ. 114⁷.

76. Βλ. Paul. D. 50, 17, 144 pr., Mod. D. 23, 2, 42 pr. = 50, 17, 197. D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwoerter*, Muenchen 1991, N 124, σελ. 139.

77. Έτσι Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Roemischen Rechts*, 3. Band, Berlin 1840-1849, par.122, σελ. 170 που αναιρεί την κυρίαρχη άποψη στη βιβλιογραφία (βλ. σχετικά H. Schmidt, ό.π., σελ. 104 επ.), η οποία εξομοιώνει την αδύνατη με την ανήδικη αίρεση. Κατά τον Savigny, το κοινό σημείο μεταξύ αδύνατης και ανήδικης αίρεσης εντοπίζεται αποκλειστικά και μόνο στην έννομη συνέπεια, δηλαδή την ακυρότητα. Επιχείρημα που ενισχύει την άποψη του Savigny αποτελεί και η τύχη της αδύνατης αίρεσης κατά τη *regula Sabiniana* (βλ. κείμενο).

78. Βλ. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 149 επ. Ο ίδιος ο Kaser στο έργο του *Das Roemische Privatrecht*, Erster Abschnitt, 2. Auflage, Muenchen 1971 (RPR), σελ. 197²⁷, αναιρεί την άποψή του περί παρεμβεβλημένου χωρίου.

79. Κ. Παπακωνσταντίνου, *Μερική ακυρότητα δικαιοπραξίας στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο*, σε: ΕΕΑρμ 24 (2003), σελ. 145 - 154 (153 επ.).

2. Αδικοπραξίες

2.1. Περίπτωση ‘convicium’

Στο χωρίο του Ουλπιανού D. 47, 10, 15, 2, η παραβίαση των χρηστών ηθών αποτελεί στοιχείο του πραγματικού για την τέλεση μιας αξιόποινης πράξης, του λεγόμενου ‘convicium’. Σημαντικό είναι, ότι τα χρηστά ήδη αποτελούν ρήτρα του σχετικού edictum, τη διατύπωση του οποίου μεταφέρει ο Ουλπιανός ως εξής:

D. 47, 10, 15, 2 Ulpianus libro septuagensimo septimo ad edictum. “Ait praetor: Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo”⁸⁰.

Ο πραιτορας λέει: «Θα χορηγήσω αγωγή ενάντια σ’αυτόν που αντίθετα προς τα χρηστά ήδη διέπραξε εξύβριση ή ενάντια σ’αυτόν που με τις ενέργειές του προκάλεσε εξύβριση αντίθετα προς τα χρηστά ήδη.

Το ‘convicium’ είναι είδος ομαδικής εξύβρισης με κραυγές, αλαλαγμούς, ίσως και υβριστικές χειρονομίες και μάλιστα έξω από το σπίτι του δύματος. Πιθανόν αρχικά να περιελάμβανε μαγικά στοιχεία και σταδιακά να εξελίχθηκε σε είδος δημόσιας διαπόμπευσης⁸¹. Στα Βασιλικά αποδίδεται ως «οχλαγώγιον».

Τα χρηστά ήδη αποτελούν το κριτήριο για την υπαγωγή μιας πράξης στην έννοια του αξιόποινου ‘convicium’: Δεν τιμωρείται κάθε τέτοια πράξη, παρά μόνο αυτή που παραβιάζει τα χρηστά ήδη και αποσκοπεί στην ατίμωση και τη συκοφάντηση ενός προσώπου⁸². Στο σχόλιο των Βασιλικών στη λέξη «οχλαγώγιον»⁸³, γίνεται παραπομπή στον Labeo

80. B. 60, 21, 15, 2: «Ὁ ποιήσας ὀχλαγώγιον ἢ κατὰ δόλον παρασκευάσας γενέσθαι ἐνέχεται· ἔστι δὲ ὀχλαγώγιον πολλῶν τινων σύνοδος, ὅτε πολλῶν τινων φωναὶ παρὰ τοὺς ἀγαθοὺς τῆς πόλεως τρόπους εἰς ταῦτόν συντρέχουσιν εἰς φθόνον καὶ ἀτιμίαν τινός».

81. Roland Wittmann, *Die Koerperverletzung an Freien im klassischen Roemischen Recht*, Muenchen 1972, σελ. 29, Theo Mayer-Maly, *The boni mores in historical perspective*, σε: THRHR 50 (1987), σελ. 64. Βλ. και τα επόμενα χωρία Lab. /Ulp. D. 47, 10, 15, 3, Ulp. D. 47, 10, 15, 4.

82. Ulp. D. 47, 10, 15, 5: “Sed quod adicitur a praetore ‘adversus bonos mores’ ostendit non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare, sed eam, quae bonis moribus improbatur quaeque ad infamiam vel invidiam alicuius spectaret”.

83. Sch. 43 ad B. 60, 21, 15: «Ἐντεῦθεν εἰς τὴν ἀπὸ κομβικίου τικτομένην ἰνιουριάρουμ μεταφέρει τὸν λόγον. Κομβίκιον δὲ καλεῖται ἢ διὰ λόγων ὕβρις. Εἶπε τοίνυν ὁ πραιτωρ· ἐάν τις ὑπεναντίον τῶν καλῶν τρόπων, λέγεται πεποιηκέναι τι κομβίκιον ἢ κατὰ σπουδὴν τινος γέγονέ τι κομβίκιον ὑπεναντίον τῶν καλῶν τρόπων, δώσω

(«Ὁ αὐτὸς Λαβεὼν ἔλεγε»). Κατὰ τον Labeo λοιπόν, τα χρηστά ἤδη εξειδικεύονται ὄχι στο πρόσωπο του προσβάλλοντος προσώπου, ἀλλὰ στα γενικῶς αποδεκτά ἀπὸ την κοινότητα χρηστά ἤδη («οὐ πρὸς ἐκεῖνον ἡμᾶς δέχεσθαι τὸν τὴν ὕβριν ποιήσαντα καὶ τοὺς αὐτοῦ τρόπους, ἀλλὰ πρὸς τοὺς καλοὺς γενικοὺς τρόπους ἀναφέρειν ἡμᾶς τὸ εἰρημένον καὶ πρὸς τοὺς ἐν τῇ ἡμετέρᾳ πολιτείᾳ κρατοῦντας»)⁸⁴. Μια ἐνέργεια μπορεῖ νὰ εἶναι ἐπιζήμια μόνο γιὰ τον ἴδιο το δράστη, ὁπότε δὲν ἀπαγορεύεται δια νόμου. Ἡ ἴδια ὁμως ἐνέργεια, ὅταν γίνεται δημόσια, μπορεῖ νὰ προσβάλλει τὴν κρατούσα κοινωνικὴ ἠθική. Τα χρηστά ἤδη ἐκφράζουν, πότε μια συμπεριφορά μπορεῖ νὰ κριθεῖ ὡς κοινωνικά ανεκτή ἢ μὴ. Ὁ πραιτωρ ἐνσωματώνει στο *edictum* μια γενικὴ ρήτρα, γιὰ νὰ μὴ χρειαστεῖ νὰ εξειδικεύσει ἐκ των προτέρων τις ἀξιόποινες συμπεριφορές, ἀλλὰ νὰ κρίνει ἀνάλογα με τις γενικότερες συνθήκες που χαρακτηρίζουν τὴν ἐκάστοτε περίπτωσι, ἀν π.χ. ἡ ἐξύβρισις εἶναι αἰτιολογημένη ἢ ὄχι⁸⁵.

2.2. *Edictum 'De iniuriis quae servis fiunt'*

Τα χρηστά ἤδη χρησιμοποιοῦνται ὡς ρήτρα καὶ στο *edictum 'De iniuriis quae servis fiunt'*, ἡ διατύπωση του οὗτου σώζεται ἀπὸ τον Οὐλπιανὸ στο χωρίο D. 47, 10, 15, 34:

D. 47, 10, 15, 34 Ulpianus libro septuagensimo septimo ad edictum: *Praetor ait: 'Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo'. item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo'*⁸⁶.

κατὰ τούτου τὴν ἰνιουριάρουμ. Καὶ ἡ διὰ λόγων ὕβρις ποιεῖ τὴν ἰνιουριάρουμ. Ἐκλήθη δὲ τοῦτο κομβίκιον ἢ ἀπὸ τοῦ συγκαλεῖσθαι τινὰς τὸν ὑβρίσαντα, ἢ ἀπὸ τῆς συναγωγῆς τῶν φωνῶν. ὅτε γὰρ πολλαὶ φωναὶ εἰς τὸ αὐτὸ συνάγονται, τοῦτο τὸ εἶδος τῆς ὕβρεως καλεῖται κομβίκιον, ὡσανεὶ κομβοκίουμ. Δι' ὧν δὲ προσέθηκεν ὁ πραιτωρ «ὑπεναντίον τῶν καλῶν τρόπων» ἔδειξεν, ὅτι οὐ πᾶς κατὰ ταῦτόν πολλαὶ φωνὰς φθεγγόμενος ὑβρίζειν δοκεῖ, ἀλλ' ὁ τὰς φωνὰς ἐκείνας συνάγων τὰς ἀποδοκιμαζόμενας τοῖς καλοῖς ἔθεσι, καὶ ὅσαι πρὸς ὕβριν τινὸς ἢ πρὸς φθόνον καὶ λοιδωρίαν ἀφορῶσι. Ὁ αὐτὸς Λαβεὼν ἔλεγε, τὸ «ὑπεναντίον τῶν καλῶν τρόπων» οὐ πρὸς ἐκεῖνον ἡμᾶς δέχεσθαι τὸν τὴν ὕβριν ποιήσαντα καὶ τοὺς αὐτοῦ τρόπους, ἀλλὰ πρὸς τοὺς καλοὺς γενικοὺς τρόπους ἀναφέρειν ἡμᾶς τὸ εἰρημένον καὶ πρὸς τοὺς ἐν τῇ ἡμετέρᾳ πολιτείᾳ κρατοῦντας».

84. D. 47, 10, 15, 6: "*Idem (Labeo) ait 'adversus bonos mores' sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*".

85. Βλ. καὶ M. Kaser, ὁ.π., σελ. SZ 60 (1940), σελ. 131, R. Wittmann, *Die Koerperverletzung an Freien im klassischen roemischen Recht*, Muenchen 1972, σελ. 30.

86. B. 60, 21, 15, 34: «Ὁ τὸν ἀλλότριον δοῦλον παρὰ τοὺς ἀγαθοὺς τρόπους μαστίζων ἢ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου ἐξετάζων ὑπόκειται τῇ περὶ ὕβρεως ἀγωγῇ».

Ο πραιτορας λέει: 'Θα χορηγήσω αγωγή ενάντια σ'αυτόν που λέγεται ότι μαστίγωσε ξένο δούλο αντίθετα προς τα χρηστά ήδη ή χωρίς εντολή βασάνισε το δούλο'. 'Κατά τον ίδιο τρόπο, αν λέγεται ότι κάτι άλλο συνέβη, θα χορηγήσω αγωγή, αφού διαγνώσω την υπόθεση'.

Ο Ουλπιανός λίγα χωρία παρακάτω εξηγεί την έννοια της ρήτηρας των χρηστών ηθών, η οποία χρησιμοποιείται ως κριτήριο για τη διάκριση της τιμωρητέας από τη μη τιμωρητέα μαστίγωση ξένου δούλου:

D. 47, 10, 15, 38 Ulpianus libro septuagensimo septimo ad edictum: Adicitur 'adversus bonos mores', ut non omnis omnino qui verberavit, sed qui adversus bonos mores verberavit, teneatur: ceterum si quis corrigendi animo aut si quis emendandi, non tenetur⁸⁷.

Η ρήτρα «αντίθετα στα χρηστά ήδη» προστέθηκε (ενν. στο *edictum*), γιατί ευδύνεται, όχι ο καθένας που μαστίγωσε, αλλά αυτός που μαστίγωσε αντίθετα προς τα χρηστά ήδη. Κατά τα λοιπά, αν κάποιος μαστίγωσε με διάθεση σωφρονισμού ή κολασμού, δεν ευδύνεται.

Το γεγονός, ότι τα χρηστά ήδη αναφέρονται στο *edictum*, δείχνει ότι στο κλασικό δίκαιο η έννοιά τους είχε αποκρυσταλλωθεί και δετικοποιηθεί ως γενική ρήτρα. Τα χρηστά ήδη δεν παραπέμπουν σ'έναν υπερδεδικό ηθικό νόμο, αλλά εκφράζουν την κοινωνική συμπεριφορά, όπως ορίζεται από τα κοινώς αποδεκτά πρότυπα των προγόνων⁸⁸.

V. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Η εφαρμογή δικαίου στη ρωμαϊκή αυτοκρατορία αφορά ένα μωσαϊκό λαών με ποικίλα ήδη και έθιμα. Με τη δετικοποίηση της ελαστικής έννοιας των χρηστών ηθών, ο πραιτορας δημιουργεί τη δυνατότητα ρύθμισης της υπό κρίση περίπτωσης, όπως προσιδιάζει στη φύση της, ανάλογα και με τους κοινωνούς –εταίρους της έννομης σχέσης. Έχει έτσι τη δυνατότητα να παρακάμψει την άκαμπτη ομοιομορφία και αποκτά ευελιξία ως προς την εισδοχή «εξωδικαιικών στοιχείων» στο δίκαιο. Τα στοιχεία αυτά αποκτούν ρυθμιστικό χαρακτήρα μόνο ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης. Το ίδιο συμβαίνει και στο ισχύον δίκαιο.

Η έννοια των χρηστών ηθών στο ρωμαϊκό δίκαιο έχει ηθική χροιά, στο μέτρο που για τη συγκεκριμενοποίησή τους συνυπολογίζεται η αποδοχή κοινωνικών συμπεριφορών από ένα ευρύ κοινωνικό σύνολο, την κοινότητα, την πόλη, την επαρχία. Τα χρηστά ήδη αποτελούν στη Ρώμη, όπως και σήμερα, τις αντιλήψεις των κοινωνών για την κοινώς αποδεκτή κοινω-

87. B. 60, 21, 15, 38: «Εάν τις μὴ παρὰ τοὺς ἀγαθοὺς τρόπους τύψη, ἀλλὰ διὰ τὸ διορθώσασθαι, οὐκ ἔχει χώραν ἡ ἀγωγή».

88. M. Kaser, ό.π., σε: SZ 60 (1940), σελ. 139 επ.

νική συμπεριφορά, σύμφωνα με τις παραδόσεις και την επικρατούσα στον κοινωνικό χώρο ιδεολογία. Η ευρύτερη συναίνεση ως προς τα κριτήρια που χρησιμοποιούνται για την κρίση μιας έννομης κατάστασης περιλαμβάνεται στα διαχρονικά αιτήματα της απονομής δικαιοσύνης.

SUMMARY

C. PAPACONSTANTINOU, *The general clause of ‘boni mores’ – a legal - historical approach*

The present study constitutes a legal – historical approach of the concept of ‘*boni mores*’. It shows the necessity that led to the inregration of the concept of ‘*boni mores*’ as a general clause in the roman – byzantine, as well as in the current law: the lawgiver discharges himself from the necessity of a rigid case to case regulation. He avoids to integrate into law already formed moral conceptions and gives free space to the judicial judgment for the finding of the more lenient solution. ‘*Boni mores*’ constitute the conceptions of the members of the society for the commonly accepted social behaviour according to the tradition and the prevailing ideology in the social space. The larger consensus as to the criteria used for the judgment of a legal case forms part of the pervasive demands of every system of justice.