

EXCEPTIO DOLI GENERALIS ΚΑΙ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΗ ΑΣΚΗΣΗ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ

[Οι πηγές του Αστικού Κώδικα στα ευρωπαϊκά δίκαια]

Σταύρος Κιτσάκης

Υποψήφιος Διδάκτωρ Νομικής Πανεπιστημίου Αννοβέρου - Δικηγόρος

Περιεχόμενα

- A. Εισαγωγή
- B. Η νομολογία
 - 1. Η *exceptio doli generalis* στα πλαίσια διμερών συμβατικών σχέσεων
 - 2. Η *exceptio doli generalis* στα πλαίσια πολυμερών συμβατικών σχέσεων
 - 3. Η *exceptio doli generalis* και το τυπικό δίκαιο
- Γ. Η αμφιταλάντευση της θεωρίας
 - 1. *Excerptio*
 - 2. Η έννοια του δόλου
 - 3. Κατηγορίες και κριτήρια δόλου στη νομολογία
 - 4. Κατηγοριοποίηση της *exceptio doli generalis* στη θεωρία
- Δ. *Excerptio doli generalis* και η εξουσία του δικαστή

A. Εισαγωγή

Σύμφωνα με μια υπόθεση του καθηγητή *I. Δεληγιάννη* φέρεται ο καθηγητής *Γ. Μπαλής* κατά την τελική διατύπωση της διάταξης του αρθρ. 281 ΑΚ για την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος να εμπνεύστηκε από τη γαλλική θεωρία της «abus de droit»¹. Σίγουρο είναι, ότι ο Έλληνας νομοθέτης δεν εμπνέεται από την § 226 του γερμανικού BGB, η οποία δεν περιέχει καμία αναφορά στην κοινωνική αξία του δικαιώματος, κατεύθυνση την οποία παίρνει ο ΑΚ ήδη κατά τον σχεδιασμό του από τον καθηγητή *Γ. Μαριδάκη*². Από την άλλη πλευρά είναι δεδομένο, αν και ακόμη ανεξερεύνητο σε βάθος, ότι μέγιστη πηγή έμπνευσης για

1. *Δεληγιάννης*, Προϊστορία και Ιστορία της απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων στο Ελληνικό Δίκαιο, σε: Η μέχρι σήμερα νομολογική εφαρμογή της αρχής της απαγόρευσης της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, Εταιρία Νομικών Βορείου Ελλάδος, 32, Αφιέρωμα στον Καθηγητή Ιωάννη Δεληγιάννη, 1998, σελ. 26.

2. Πρβλ. Σχέδιον Αστικού Κώδικος, Γενικά Αρχαί, 1936, σελ. 125 επ., όπου γίνεται κατ' αρχήν αναφορά υπέρ μιας κοινωνιστικής προσέγγισης του Δικαίου, έπειτα επιλέγεται η έννοια του σκοπού, ώστε να εισαχθεί αυτή στη νομική σκέψη και ταυτόχρονα μέσα από τις αναφορές του εισηγητή σε αλλοδαπές εξελίξεις (πρβλ. τη διατύπωση του *Saillies* στη σελ. 128) φαίνεται να υπονοείται ο κοινωνικός σκοπός. Περαιτέρω διαφοροποίηση είναι εδώ αναγκαία.

το ενοχικό δίκαιο του αστικού μας κώδικα αποτέλεσε το ρωμαϊκό δίκαιο όπως αυτό διδάχτηκε από τους περίφημους Γερμανούς Πανδεκτιστές έως τα τέλη του 19^{ου} αιώνα³. Εκεί υπάρχει η *exceptio doli generalis*, η ένσταση του γενικού δόλου. Αυτούς με τη σειρά του δεν φαίνεται να ακολουθήσε ο Γερμανός νομοθέτης. Για να μάθουμε τι υιοθέτησε ο Έλληνας νομοθέτης, τι απέρριψε και τι ενδεχομένως εμπνεύστηκε ο ίδιος, πρέπει να ξέρουμε ακριβώς τι υπήρξε. Η παρακάτω ανάλυση είναι ένα πρώτο βήμα σ' αυτή την κατεύθυνση κατανόησης του ελληνικού δικαίου στο ζήτημα της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος. Σημείο εκκίνησης θα αποτελέσει η πανάρχαια σύλληψη και μετέπειτα θεωρία της «*exceptio doli generalis*», όπως αυτή εφαρμόστηκε και αναλύθηκε/πολεμήθηκε από τη γερμανική θεωρία στα τέλη του 19^{ου} αιώνα.

B. Η νομολογία

Θα ξεκινήσουμε από την ανάλυση της γερμανικής νομολογίας. Αυτό διότι εκεί προφανώς διαμορφώνεται η πρακτική εφαρμογή της ιδέας μιας καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων, την οποία επιχειρεί έπειτα η θεωρία να συστηματοποιήσει αλλά κυρίως και να αμβλύνει, όσον αφορά στην επιρροή της πάνω στη βασικότερη αρχή του ιδιωτικού δικαίου, την αρχή της ιδιωτικής αυτονομίας. Μια τέτοια προσέγγιση δύναται περαιτέρω να θρέψει ιστορικά την υπόθεση, ότι ο περιορισμός των δικαιωμάτων του ιδιωτικού δικαίου, τουλάχιστον σε πρακτικό επίπεδο υπήρξε εξ' αρχής καθημερινή πραγματικότητα, στοιχείο της εφαρμοζόμενης έννοιας της ελευθερίας.

Πριν στραφούμε όμως στις επιμέρους περιπτώσεις, είναι απαραίτητος ο εννοιολογικός προσανατολισμός στην *exceptio doli* του 19^{ου} αιώνα. Η *exceptio doli* αναλύεται στη γερμανική θεωρία του 19^{ου} αιώνα από δύο οπτικά σημεία⁴. Πρώτα διερευνάται το χρονικό σημείο, κατά το οποίο έλαβε χώρα η υπό κρίση συμπεριφορά του ενάγοντα και κατά δεύτερον εξετάζεται η ίδια η συμπεριφορά. Αντίστοιχα με το πρώτο ερώτημα βρίσκουμε αφενός τον *dolus praeteritus*, δηλ. το δόλο, ο οποίος εκδηλώθηκε κατά το παρελθόν και αφετέρου τον *dolus praesens*, δηλ. το δόλο, ο οποίος εκδηλώνεται στο παρόν με την έγερση της αγωγής. Ανάλογα τώρα με το δεύτερο ερώτημα παρουσιάζεται από τη μία πλευρά η *exceptio doli specialis*, σύμφωνα με την οποία ο ενάγων υφάρπαξε ουσιαστικά το επίδικο δικαίωμά του εξαπατώντας τον εναγόμενο και από την άλλη πλευρά η *exceptio doli generalis*, η οποία θεωρεί ως δόλια συμπεριφορά του ενάγοντα ακριβώς το ότι

3. Πρβλ. σχετικά *Τρωιάννο - Βελισσαροπούλου - Καρακώστα*, *Ιστορία Δικαίου*, 2002, σελ. 323 επ. Μια σκοπιά της επιρροής αυτής τονίζει εκτενώς και η *Δημακοπούλου*, *Η πορεία προς σύνταξιν ελληνικού αστικού Κώδικος*, 2008, σελ. 235 επ. Σχετικά με την εν λόγω προβληματική συγκεκριμένα *Δελιγιάννης*, ο.π., σελ. 19 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

4. Για τις ακόλουθες παρατηρήσεις βλ. *Sohm/Mitteis/Wenger*, *Institutionen*, 1926, § 117, σελ. 705 επ.

εγείρει αγωγή και άρα εμμένει στην αξιώσή του, αν και γνωρίζει, ότι αυτή κατ' επιεική κρίση δεν του ανήκει. Στα μέχρι τώρα μένει να προστεθεί ο συνδετικός κρίκος μεταξύ των δύο κατηγοριών. Αυτός έγκειται στο ότι η *exceptio doli specialis* είναι στραμμένη σε παρελθούσα συμπεριφορά του ενάγοντα και άρα επικεντρώνεται στον *dolus praeteritus* του, ενώ η *exceptio doli generalis* ενδιαφέρεται για την ενεστώσα συμπεριφορά του και άρα ανάγεται στον *dolus praesens* του ενάγοντα.

Η παρακάτω ανάλυση της νομολογίας θα επιχειρηθεί σε τρία βήματα. Πρώτον θα συζητηθούν περιπτώσεις που αφορούν σε απλές διμερείς έννομες σχέσεις. Έπειτα θα μας απασχολήσουν περιπτώσεις από το δίκαιο της αντιπροσώπευσης, οι οποίες ενέχουν τη ιδιαιτερότητα του καταλογισμού της δήλωσης βουλήσεως του αντιπροσώπου στον αντιπροσωπευόμενο. Και τρίτον θα στραφούμε σε περιπτώσεις από το λεγόμενο *ius strictum*, κυρίως από το δίκαιο των προθεσμιών αλλά και το δίκαιο των αξιογράφων.

1. Η *exceptio doli generalis* στα πλαίσια διμερών συμβατικών σχέσεων

Στα πλαίσια της πρώτης κατηγορίας περιπτώσεων πρόκειται κατ' αρχήν για μακροχρόνια συμπεριφορά της μίας πλευράς και δη στην κατεύθυνση της μη εγέρσεως συγκεκριμένων αξιώσεων, συμπεριφορά η οποία τελικά οδήγησε, όπως θεώρησαν τα δικαστήρια, στην πρόκληση αντίστοιχης εμπιστοσύνης στην άλλη πλευρά ως προς την οριστική μη έγερση της αξίωσης. Σε δύο περιπτώσεις⁵ δημιούργησε ο ενάγων στον εναγόμενο την εντύπωση, ότι δεν επιθυμεί πια την εκπλήρωση της συμβάσεως. Ο εναγόμενος λειτούργησε έπειτα κατά τέτοιο τρόπο, ώστε μια ύστερη παροχή στον ενάγοντα να καθίσταται αδύνατη. Ο ενάγων αξιώνει όμως μετά από πολύ χρόνο την εκπλήρωση της σύμβασης. Μια τρίτη περίπτωση⁶ αφορούσε σε μια μακροχρόνια επαγγελματική συνεργασία, συγκεκριμένα σε μια σύμβαση πώλησης, η οποία υπό μια συγκεκριμένη αίρεση συμπληρωνόταν από κάποια στοιχεία σύμβασεως μίσθωσης. Αν και η αίρεση είχε πληρωθεί επανειλημμένως, επί μακρό χρονικό διάστημα η ενάγουσα δεν είχε εγείρει αξίωση επί του μισθώματος. Αυτό έπραττε πλέον με την αγωγή της, η οποία αφορούσε το χρονικό διάστημα πέντε ετών και άρα ένα καθόλου αμελητέο χρηματικό ποσό. Το δικαστήριο αποφάσισε σε όλες τις παραπάνω περιπτώσεις, ότι ο εναγόμενος δικαίως θεώρησε ότι δεν θα καλούνταν να καταβάλει την οφειλή του. Γι' αυτό το λόγο αντέταξε στην εγειρόμενη αξίωση την *exceptio doli generalis*. Η λειτουργία της σ' αυτές τις περιπτώσεις μπορεί λοιπόν να εντοπιστεί μάλλον στην προστασία της εμπιστοσύνης του ενός συμβαλλόμενου στη σταθερότητα της συμπεριφοράς

5. OAG zu Wiesbaden, Urt. v. 8. Jan. 1851, σε: Seuf. Archiv 16, αριθ. 208· RG, Urt. v. 4. März 1880, σε: Seuf. Archiv 36, αριθ. 189.

6. RG, Urt. v. 1. Febr. 1895, σε: Seuf. Archiv 50, αριθ. 156.

του αντισυμβαλλομένου του⁷.

Σημαντική λειτουργία είχε αναλάβει η *exceptio doli generalis* και στο δίκαιο του αδικαιολόγητου πλουτισμού. Η σύζυγος είχε αποκτήσει μια αξίωση ενάντια στο σύζυγό της πριν ακόμη τελεστεί ο γάμος και δη επειδή είχε μείνει έγκυος χωρίς να την παντρευτεί. Κατά την πτώχευση του συζύγου αναγγέλλει την αξίωσή της. Εδώ της αντιπαρατέθηκε η *exceptio doli generalis* από τους υπόλοιπους δανειστές, γιατί ο σκοπός της ύπαρξης της αξίωσής της είχε εξαλειφθεί με την τέλεση του γάμου. Συνεπώς καθίσταται πλουσιότερη κατά την εν λόγω αξίωση. Εδώ θεμελιώνει η *exceptio doli generalis* την αξίωση αδικαιολόγητου πλουτισμού και ταυτόχρονα προασπίζεται τα δικαιώματα των δανειστών⁸.

Στην επόμενη περίπτωση⁹ επρόκειτο για ανώμαλη εξέλιξη παροχής και ειδικότερα για υπερημερία οφειλέτη σε σύμβαση έργου. Ο ενάγων εγείρει αγωγή κατάπτωσης ποινικής ρήτρας εξαιτίας υπερημερίας οφειλέτη. Ο εναγόμενος αντιτάσσει επιτυχώς την *exceptio doli generalis*, καθώς η δική του έγκαιρη παροχή εξαρτιόταν από ενέργεια του ενάγοντος, την οποία όμως αυτός δεν πραγματοποίησε. Σε μια τέτοια περίπτωση η *exceptio doli generalis* αναλαμβάνει να καταλείψει τον κίνδυνο της παροχής, στις περιπτώσεις όπου για την εκπλήρωση μιας παροχής είναι απαραίτητες ενέργειες και των δύο μερών της σύμβασης. Από τη συγκεκριμένη περίπτωση προκύπτει ο κανόνας, ότι κάποιος δεν μπορεί να απαιτήσει παροχή ή αποζημίωση για μη εκπλήρωση παροχής, όταν ευθύνεται ο ίδιος για το ότι η συγκεκριμένη παροχή κατέστη αδύνατη.

Στην επόμενη περίπτωση¹⁰ η ενάγουσα είχε καταχωρήσει στο όνομά της ένα εμπορικό σήμα και εγείρει αγωγή καθώς η εναγόμενη είχε κάνει το ίδιο σε σχέση με το ίδιο σήμα. Η ιδιαιτερότητα έγκειται στο ότι η επιχείρηση της ενάγουσας δεν λειτουργεί πλέον και συνεπώς η προστασία του δικαιώματός της έχει καταστεί άνευ αντικειμένου. Γι' αυτό το λόγο η εναγόμενη θεωρεί δόλια συμπεριφορά το γεγονός ότι η ενάγουσα επιμένει στη προστασία του δικαιώματός της. Αυτή η περίπτωση, η οποία προκαλεί αν μη τι άλλο σκέψεις σχετικά με την *κοινωνική και οικονομική αποστολή των δικαιωμάτων*, δείχνει με ποιο τρόπο η *exceptio doli generalis* ωθεί το δικαστή να διαλογιστεί περί του σκοπού των σχετικών με την εκάστοτε υπόθεση διατάξεων, ώστε να εμποδίσει την επιμονή στο τυπικό δικαίωμα προς όφελος του ουσιαστικού δικαίου.

2. Η *exceptio doli generalis* στα πλαίσια πολυμερών συμβατικών σχέσεων

7. Πρβλ. ακόμη ROHG in Leipzig, Urt. v. 28. Juni 1873, σε: Seuf. Archiv 29, αριθ. 17 και τη σχετική κριτική του *Wendt*, AcP 100, σελ. 258 επ.

8. Seuf. Archiv 24, αριθ. 36.

9. OAG zu Berlin, Urt. v. 23 Okt. 1867 σε: Seuf. Archiv 21, αριθ. 227.

10. RGZ 30, σελ. 1 επ.

Με την ανάλυση άλλης απόφασης¹¹ υπεισερχόμαστε πλέον στην επόμενη κατηγορία δογματικής λειτουργίας της *exceptio doli generalis*. Σύμφωνα με ένα τοπικά ισχύοντα νόμο παρέμενε κατά την πώληση ακινήτου η κυριότητα αυτού στον πωλητή έως την πλήρη καταβολή του τιμήματος, του οποίου το δικαίωμα υπερίσχυε όλων των άλλων ασφαλειοληπτών και δανειστών. Το δημοτικό συμβούλιο είχε πέραν τούτου την υποχρέωση πριν από κάθε προσφορά ενός ακινήτου ως εμπράγματα ασφάλεια να ελέγχει, εάν είχε το ίδιο ήδη καταστεί αντικείμενο πώλησης με επιφύλαξη κυριότητας. Τέτοιο δικαίωμα επί του επιδίκου αντικειμένου στη συγκεκριμένη περίπτωση κατείχε ο δήμαρχος της εν λόγω κοινότητας, ο οποίος όμως ενώπιον του δημοτικού συμβουλίου ισχυρίστηκε το αντίθετο, με συνέπεια να καταστεί η επιβάρυνση του αντικειμένου με εμπράγματα ασφάλεια δυνατή. Παράλληλα εκχώρησε ο δήμαρχος την απαίτηση του εναντίον του αγοραστή. Κατά την ενεργοποίηση της οφειλής απαιτεί ο δανειστής της εμπράγματης ασφάλειας προνομιακή ικανοποίηση σε σχέση με τους υπόλοιπους δικαιούχους απαιτήσεων. Το πρόβλημα προκύπτει εδώ εξαιτίας της μεσολάβησης της εκχώρησης, ενώ η επιλήψιμη συμπεριφορά προέρχεται από την πλευρά του εκχωρητή και όχι του εκδοχέα, καθώς δεν γίνεται λόγος για γνώση του τελευταίου. Στην αξίωση προτεραιότητας του εκδοχέα ο δανειστής της εμπράγματης ασφάλειας ως εναγόμενος αντιτάσσει την *exceptio doli generalis*, κάτι που δέχεται το δικαστήριο. Εξ' αυτού προκύπτει η λειτουργία της *exceptio doli generalis* σ' αυτή την περίπτωση, η οποία στα πλαίσια του δικαίου της εκχώρησης έγκειται στο ότι καθιστά δυνατή και έναντι του εκδοχέα την έγερση ενστάσεων που κατέχει ο οφειλέτης κατά του εκχωρητή¹².

Χαρακτηριστικά παραδείγματα από το χώρο των *έννομων σχέσεων στις οποίες εμπλέκονται περισσότερα από δύο πρόσωπα* μας προσφέρει τέλος και το δίκαιο της αντιπροσώπευσης.

Στην πρώτη περίπτωση¹³ ενέργησαν τόσο ο αντιπρόσωπος όσο και ο αντισυμβαλλόμενος προς ζημία του αντιπροσωπευόμενου, ο οποίος επιδιώκει γι' αυτό το λόγο να ακυρώσει τη συναφθείσα σύμβαση. Το πρόβλημα έγκειται στο ότι, όπως θεώρησε το δικαστήριο, ο αντισυμβαλλόμενος και ο αντιπρόσωπος δεν λειτούργησαν συμπαιγνικά, αλλά ο καθένας προς δικό του όφελος. Σε μια τέτοια περίπτωση, υποστήριξε ο αντιπρόσωπος, πράγμα που φαίνεται να δέχεται το δικαστήριο, ο κύριος δεν δύναται να ακυρώσει τη σύμβαση. Για το σκοπό αυτό εφαρμόζει το δικαστήριο την *exceptio doli generalis*. Βασίζεται δε στο γεγονός, ότι

11. OAG Darmstadt, Urt. v. 6. Okt. 1837 σε: Seuf. Archiv 11, αριθ. 31.

12. Σχετικά με αυτή τη λειτουργία της βλ. *Wendt*, AcP 100, σελ. 275 επ. Ως προς τις εμπράγματες ασφάλειες πρβλ. τον ίδιο, ο.π., σελ. 291 επ., 300 επ. Άξια αναφοράς είναι και η ρύθμιση της καταπιστευτικής οπισθογράφησης, της οποίας ο καταπιστευτικός χαρακτήρας διατηρείται μέσω της *exceptio doli generalis*. Βλ. σχετικά *Wendt*, AcP 100, σελ. 275 επ.

13. OLG für Bayern, Urt.v. 13. Nov. 1880 σε: Seuf. Archiv 36, αριθ. 98.

ο αντισυμβαλλόμενος γνώριζε τη μη έντιμη συμπεριφορά του αντιπροσώπου απέναντι στον εντολέα του. Δεν μπορεί λοιπόν γι' αυτό, συνάγει κανείς ως αποτέλεσμα, να εγείρει μια αξίωση, η οποία προέκυψε από την κατάχρηση της πληρεξουσιότητας από την πλευρά του αντιπροσώπου. Οι ίδιες σκέψεις κυριαρχούν και σε μια περίπτωση ακόμη¹⁴, έτσι ώστε θα μπορούσε κανείς να παρατηρήσει αφαιρετικά ότι η λειτουργία της *exceptio doli generalis* έγκειται ακριβώς στον καταλογισμό στο ένα μέρος της σύμβασης μιας συμπεριφοράς βλαπτικής για τα συμφέροντα του άλλου μέρους, η οποία όμως δεν προέρχεται από την πλευρά του πρώτου.

3. Η *exceptio doli generalis* και το τυπικό δίκαιο

Στα πλαίσια της τρίτης κατηγορίας θα συνοψισθούν περιπτώσεις, οι οποίες να μεν συσχετίζονται με διαφορετικά υποσυστήματα του ιδιωτικού δικαίου αλλά συνδέονται με ένα άλλο ιδιαίτερο στοιχείο μεταξύ τους. Ανήκουν σ' αυτή την κατηγορία του δικαίου, την οποία θα μπορούσε κανείς να ονομάσει *αυστηρό ή τυπικό δίκαιο*. Αυτό με την έννοια του ότι οι σκέψεις και αξιολογικές αντιλήψεις που ενσαρκώνουν αυτά τα υποσυστήματα, έχουν λάβει συγκεκριμένες μορφές, των οποίων τα όρια σπάνια τίθενται προς περαιτέρω συζήτηση. Το αν έχει παρέλθει μια προθεσμία μας το λένε οι αριθμοί, τους οποίους ορίζει ο νόμος και συνήθως τίποτε άλλο. Θα μπορούσαμε εδώ ίσως να μιλήσουμε για την πιο σύγχρονη, ουσιαστικού δικαίου μορφή ενός *ius strictum*, του θεσμού αυτού του ρωμαϊκού δικαίου, στο οποίο κατά μία έντονα –αλλά και επιφανειακή– διαλεκτική ερμηνεία της ιστορίας θα ήταν δυνατό να αποδοθεί η γέννηση της *exceptio doli* ως διαδικασία αλλά και ως περιεχόμενο. Σ' αυτά τα πλαίσια θα συζητηθούν λοιπόν αποφάσεις δικαστηρίων, τα οποία χρησιμοποιούν την *exceptio doli* για να διασπάσουν τα όρια προθεσμιών, της παραγραφής, του δεδικασμένου, της τυπικότητας συγκεκριμένων συμβάσεων ή και αυτής του δικαίου των αξιογράφων και να συμβάλλουν έτσι, σύμφωνα με την πατροπαράδοτη¹⁵ ρήση, στη νίκη της ουσιαστικής δικαιοσύνης επί του τυπικού δικαίου.

α) Ένα ιδιαίτερα ευαίσθητο πεδίο του τυπικού δικαίου, η ρύθμιση του δεδικασμένου δικαστικών αποφάσεων, θα μας απασχολήσει πρώτο. Η ρύθμιση του δεδικασμένου υπηρετεί σε εξαιρετικό βαθμό την ανάγκη ασφάλειας δικαίου και έχει ως ιδιαίτερη αποστολή την διατήρηση της κοινωνικής ειρήνης φέροντας οριστικά σε πέρας την δικαστική διαμάχη των κοινωνιών του δικαίου¹⁶. Στα πλαίσια του ερωτήματος πώς αντιμετώπισαν τα δικαστήρια αυτή την αρχή σε συνδυασμό με την *exceptio doli generalis*, πρέπει να γίνει διαχωρισμός ανάμεσα στην διάσπαση, η

14. RG, Urt. v. 22. Nov. 1884 in: Seuf. Archiv 40, αρθρ. 197.

15. Και μάλλον πράγματι λιγότερο μητροπαράδοτη, καθώς η γυναίκα άργησε αρκετά να έχει λόγο περί νομικών ρήσεων!

16. Έτσι ήδη *Regelsberger*, Pandekten I, 1893, § 196 I, σελ. 698.

οποία αντίκειται καταφανώς στη διατυπωθείσα αρχή, και στην διεύρυνση του δεδικασμένου.

Όσον αφορά στη διάσπαση του δεδικασμένου θέτει ο *Wendt* το γενικό ερώτημα, αν πρέπει να θεωρηθεί το κύρος της δικαστικής απόφασης τέτοιο, ώστε να μπορεί να ξεπεραστεί μόνο στις περιπτώσεις που προβλέπονται από το νόμο, ακόμα κι αν μια συγκεκριμένη απόφαση εκμαιεύθηκε μέσω αποδοκιμαστέων ενεργειών¹⁷. Η δικαστική πρακτική, την οποία ακολούθως αναλύει¹⁸, απαντά αρνητικά. Η *exceptio doli generalis* αναλαμβάνει ακόμη κι εδώ το έργο της. Αν παρατηρήσει βέβαια κανείς τις αποφάσεις στις οποίες αναφέρεται ο *Wendt*, θα διαπιστώσει ότι μιλούν για εκβιασμό, απάτη, σύναψη καταπλεονεκτικής δικαιοπραξίας, ψευδορκία, άρα για εν μέρει ποινικώς κολάσιμες και σε κάθε περίπτωση έντονα αποδοκιμαστέες από την έννομη τάξη πράξεις του ενάγοντα. Από αυτό συνάγεται ότι η ισχύς του δεδικασμένου μπορεί να διασπαστεί μόνο σε πολύ ιδιαίτερες περιπτώσεις, οι οποίες κατά το 19^ο αιώνα χαρακτηρίζονταν ως περιπτώσεις της *exceptio doli specialis*, και όχι όταν πρόκειται «απλά» για την έλλειψη ταύτισης της δικανικής πεποιθήσεως με την ουσιαστική αλήθεια. Ο *Wendt* βέβαια αντιτίθεται στην προαναφερθείσα δογματική και επιθυμεί να δει να χρησιμοποιείται γενικά η *exceptio doli generalis*, θεωρώντας δόλια συμπεριφορά τη μετέπειτα (και άρα ενεστώσα) εκμετάλλευση της απόφασης, στην οποία οδηγήθηκε με πλάνη στο παρελθόν το δικαστήριο¹⁹. Ο χαρακτηρισμός αλλάζει βέβαια λίγο την κατάσταση, όμως η *exceptio doli specialis* αποτελεί, ανεξάρτητα από το χρονικό σημείο της επίδικης πράξης, μία ρύθμιση πολύ πιο στενών ορίων, κάτι το οποίο μπορεί να εγγυηθεί έναν πολύ πιο συγκρατημένο χειρισμό της παρούσας προβληματικής. Τέτοια ήταν και η δικαστική πρακτική κατά το 19^ο αιώνα, κρατώντας τη λειτουργία της *exceptio doli* σε στενά πλαίσια, όπως ακριβώς συνάδει άλλωστε με τους τόσο τότε όσο και σήμερα θεμέλιους λόγους του κύρους της δικαστικής αποφάσεως²⁰.

Αλλιώς έχουν τα πράγματα, όταν πρόκειται για τη διεύρυνση των υποκειμενικών ορίων του δεδικασμένου²¹. Ο εκδότης της συναλλαγματικής εγείρει αγωγή εναντίον του πληρωτή, ο οποίος ωστόσο είχε προηγουμένως κερδίσει δικαστική διαμάχη ενάντια στον οπισθογράφο της συναλλαγματικής, κάτι το οποίο προτείνει στη δεύτερη δίκη ως ένσταση. Το δικαστήριο διαπιστώνει αφενός ότι εδώ δεν υφίσταται ένσταση δεδικασμένου, καθώς ο εκδότης της συναλλαγματικής δεν αποτελεί ειδικό διάδοχο του οπισθογράφου. Αφετέρου θεωρεί το δικαστήριο, ότι οι ενστάσεις του εναγόμενου, οι οποίες οδήγησαν σε απόρριψη της πρώτης αγωγής,

17. AcP 100, σελ. 303.

18. AcP 100, σελ. 304 επ.

19. AcP 100, σελ. 313.

20. *Fenge*, Alternativkommentar zur ZPO, § 300, αριθ. 2 επ. με περαιτέρω παραπομπές.

21. RG, Urt. v. 23. Nov. 1895, Seuf. Archiv 51, αριθ. 228.

θα έπρεπε στην ουσία να δύνανται να αντιπαρατεθούν στον ενάγοντα της δεύτερης δίκης, καθώς εξ' αρχής επρόκειτο για το δικό του δικαίωμα, το οποίο πρόβαλε για λογαριασμό του ο οπισθογράφος. Ο τελευταίος δεν επιδίωκε κανενός είδους προσωπικό ενδιαφέρον. Το δικαστήριο δεν λέει μιν, ότι αυτή η κατάσταση δημιουργήθηκε με πρόθεση εξαπάτησης εκ μέρους του ενάγοντα. Θεωρεί όμως παρ' όλα αυτά την *exceptio doli generalis* δεδομένη. Κατ' αποτέλεσμα διευρύνει έτσι τα υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου.

β) Μία περαιτέρω έκφανση του *ius strictum* αποτελούν οι επιταγές του δικαίου της παραγραφής. Η παραγραφή εξυπηρετεί κυρίως τα συμφέροντα του οφειλέτη. Επιδιώκει ιδιαίτερα να τον απαλλάξει από τις δυσκολίες αποδείξεως στις οποίες περιέρχεται, όταν καλείται, μεγάλο χρονικό διάστημα από την γέννηση της σχετικής αξίωσης, να υπερασπιστεί τον εαυτό του εναντίον της. Περαιτέρω σκοποί της νομοθετικής ρύθμισης της παραγραφής αποτελούν η προστασία της ελευθερίας διαθέσεως καθώς και της δυνατότητας του οφειλέτη, να προγραμματίσει τη συναλλακτική του δραστηριότητα. Τέλος και ο θεσμός της παραγραφής εξυπηρετεί και την δικαιική ειρήνη, καθώς οδηγεί κάθε νομική έριδα μετά από ένα συγκεκριμένο χρονικό σημείο στο πέρας της²².

Τα όρια πραγματοποίησης αυτών των στόχων καταδεικνύει μία δικαστική απόφαση, η οποία αφορά σε δικαιώματα κληρονόμων προς πληροφόρηση και είσπραξη²³. Ο οφειλέτης των αντιστοίχων παροχών επικαλείται προς υπεράσπιση του την παραγραφή τους. Ο ενάγων επικαλείται με τη σειρά του την *exceptio doli*, επειδή ο οφειλέτης ευθυνόταν ο ίδιος για την παραγραφή τους. Μια απάντηση η οποία όχι μόνο έγινε δεκτή από το δικαστήριο, αλλά εξυψώθηκε και σε γενική αρχή του κοινοδικαίου²⁴. Το δικαστήριο συμπλήρωσε την αιτιολογία του λέγοντας ότι κανείς δεν δικαιούται να αντλεί πλεονεκτήματα από την απώλεια δικαιώματος του άλλου, για την οποία αυτός ο ίδιος ευθύνεται²⁵. Στα πλαίσια της ίδιας αρχής κινείται και μία περαιτέρω απόφαση²⁶. Η *exceptio doli* χρησίμευσε εδώ στην υπέρβαση της αυστηρότητας του τύπου της σύμβασης και στο να προβάλλει την αληθινή βούληση των μερών. Αν και μια τέτοια εξέλιξη βρισκόταν σε συμφωνία με το βουλευσιαρχικό πνεύμα της εποχής, ενόχλησε εδώ ιδιαίτερα η εμφάνιση της *exceptio doli*, καθώς αυτή αντιπροσώπευε την ιδέα της επιείκειας και όχι την ισχύ της

22. Πρβλ. σχετικά *Regelsberger*, *Pandekten I*, 1893, § 126 I, σελ. 462· *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2004, § 17, αριθ. 3 επ.

23. RGZ 32, σελ. 141 επ., Urt. v. 14. Dez. 1893.

24. RGZ 32, σελ. 142.

25. RGZ 32, σελ. 143. Μια περαιτέρω απόφαση εκ του ασφαλιστικού δικαίου, OAG zu Lübeck σε: *Seuf. Archiv* 16, αριθ. 93, Urt. v. 13. Juli 1862. Σχετικά και αναφορικά με το γερμανικό Αστικό Κώδικα *Bähr*, *Gutachten*, σε: *Verhandlungen des XX deutschen Juristentages*, 1889, σελ. 305.

26. OAG in Kiel, Urt. v. 5. Juni 1855 σε: *Seuf. Archiv* 11, αριθ. 33.

ατομικής βούλησης²⁷.

γ) Ερχόμαστε τέλος και στο δίκαιο της συναλλαγματικής. Η ιδιαίτερη τυπικότητά του έγκειται στο ότι εγγυάται στον λήπτη την ιδιαίτερα ταχεία και χωρίς τριβές εκπλήρωση της χρηματικής απαίτησής του, που ενσωματώνεται στο αξιόγραφο. Η βασική του χρησιμότητα κατά την εποχή που ερευνάται εντοπίζεται πρωτίτως στον τομέα των πιστωτικών συναλλαγών, όπου προάγει την κυκλοφορία των χρηματικών απαιτήσεων στην αγορά. Σημαντικό χαρακτηριστικό του από δογματικής απόψεως αποτελούσε ο ανατιωδής χαρακτήρας της συναλλαγματικής, δηλαδή ότι θεμελιώνει την αξίωση που ενσωματώνεται ανεξάρτητα από τη υποκείμενη σχέση αιτίας. Συνέπεια αυτού είναι, ότι στην περίπτωση της μεταβίβασης μιας συναλλαγματικής, ο αποκτών την αξίωση δεν είναι εκτεθειμένος στις ενστάσεις του πληρωτή, οι οποίες προκύπτουν από την έννομη σχέση του τελευταίου με τον εκδότη. Αυτό άλλωστε αποτελεί και προωθεί την ιδιαίτερη εμπορευσιμότητα των συναλλαγματικών. Η γρήγορη και βέβαιη διεκπεραίωση των εμπορικών συναλλαγών αποτελούν τη θεμελιώδη λειτουργία τους. Ερωτάται γι' αυτό το λόγο, αν τίθενται όρια ακόμη και σ' αυτή, εννοείται από την *exceptio doli generalis*. Η συγκεκριμένη προβληματική είναι οριακή η ίδια και οδηγεί τη θεωρία του γερμανικού κοινοδικαίου σε έντονο διχασμό. Ακόμη, για παράδειγμα, και ο *Dernburg*, ο οποίος ανήκει στους υποστηρικτές της εφαρμογής της *exceptio doli generalis*, περνά στην αντίπερα όχθη, όταν πρόκειται για το δίκαιο της συναλλαγματικής²⁸. Σ' αυτό προστίθεται με ακόμη μεγαλύτερη βαρύτητα, ότι η ίδια προβληματική οδηγεί τα δικαστήρια σε αντιφάσκουσες αποφάσεις²⁹. Σε κάθε περίπτωση υπάρχουν αποφάσεις, οι οποίες μέσω της *exceptio doli generalis* διασπών την προαναφερθείσα αρχή του ανατιωδούς της ευθύνης. Ιδιαίτερα έντονα προκύπτει αυτό, όταν το δικαστήριο³⁰ επιτρέπει στον εκδότη της συναλλαγματικής να επικαλεστεί τη σχέση αιτίας έναντι στον σύνδικο της πτωχεύσεως του λήπτη της συναλλαγματικής, όπου η χρήση της *exceptio doli generalis* θεμελιώνεται κυρίως με επιχειρήματα αδικαιολόγητου πλουτισμού³¹.

27. Σχετικά με την φιλονικία στην τότε θεωρία πρβλ. *Wendt*, AcP 100, σελ. 265 επ.

28. *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens II, 1905, § 245 III, σελ. 229, § 255 VI σημ. 17, σελ. 258. Καταφατικά όμως σε σχέση με την *exceptio doli specialis* και για την περίπτωση συμπαίγνις ο ίδιος, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens II, 1905, § 276 III 2, σελ. 319, § 278 3, σελ. 330 επ.

29. Πρβλ. σχετικά τη νομολογία που παραθέτει ο *Wendt*, AcP 100, σελ. 283 επ. και σημ. 172 καθώς και την παρατήρηση του *Moses*, Die *exceptio doli* im Wechselrecht, 1898, σελ. 12.

30. Urt. v. 11. Dez. 1860 σε: Seuf. Archiv 15, αριθ. 158 II. Σχετικά με το δίκαιο των εταιριών OLG zu Rostock, Urt. v. 6. April 1895 σε: Seuf. Archiv 51, αριθ. 130. Πρβλ. τέλος ROHG, Urt. v. 22. Jan. 1879 σε: Seuf. Archiv 34, αριθ. 236 και τη σχετική κριτική του *Wendt*, AcP 100, σελ. 222 επ. Βλ. ακόμη RGZ 48, σελ. 36.

31. Πρβλ. ακόμη σε σχέση με τη λεγόμενη αποδοχή ευκολίας (*Gefälligkeitsakzept*) ROHG zu

Τα μέχρι τώρα μας δείχνουν την επιτυχή πορεία της *exceptio doli* στη γερμανική νομολογία του 19^{ου} αιώνα. Παραμένει αναπάντητο το ερώτημα ως προς το λόγο. Γιατί προστατεύει το δικαστήριο την εμπιστοσύνη του εναγόμενου ή γιατί στερεί το δικαστήριο στον ενάγοντα το δικαίωμα, το οποίο του παρείχε η έννομη τάξη;

Η κεντρική ιδέα, η οποία φαίνεται να διαποτίζει την αναλυθείσα εξέλιξη είναι αυτή της *καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος*. Θεμέλιο αυτής αποτελεί βέβαια η κάθε φορά συγκεκριμένη πεποίθηση του δικαστηρίου, ότι πρέπει να τεθούν όρια στη χρήση των δικαιωμάτων, τα οποία παρέχει η έννομη τάξη στα υποκείμενά της. Το περαιτέρω βασικό ερώτημα είναι βέβαια ποιο θα είναι το κριτήριο της εν λόγω οριοθέτησης, δηλαδή ποιος θα θέσει τα όρια: η βούληση του άλλου (*die Willkür des anderen*, κατά την ορολογία του Kant), μία αν μη τι άλλο ατομικιστική προσέγγιση του δικαίου, ή μήπως παίζουν και *τα κοινωνικά ήθη* το ρόλο τους. Για την απάντηση του ερωτήματος αυτού στα πλαίσια της *exceptio doli* πρέπει να στραφούμε στη συμπεριφορά του ενάγοντα και να επικεντρώσουμε στην έννοια του δόλου (*dolus*). Η δόλια συμπεριφορά του ενάγοντα είναι κάθε φορά η πιο σημαντική προϋπόθεση που θέτουν τα δικαστήρια για να συζητήσουν την εφαρμογή της *exceptio doli generalis*. Δεν είναι όμως η μόνη προϋπόθεση και δεν είναι καν αυτή που εμπνέει τους διαξιφισμούς. Για να καταλάβουμε λοιπόν την ιστορική σημασία³² της αναλυθείσας νομολογίας και της έννοιας του δόλου, πρέπει να στραφούμε πια και στη γερμανική θεωρία και μέσα απ' αυτή να επιστρέψουμε πάλι στην πράξη, λίγο πριν καταλήξουμε στα χρόνια της δημιουργίας του BGB.

Γ. Η αμφιταλάντευση της θεωρίας

Η γερμανική θεωρία μπορεί να γίνει κατανοητή ως προσπάθεια περιορισμού της αρχής που επιχειρούν να διατυπώσουν τα δικαστήρια, της αρχής που μιλά για τη δυνατότητα καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος. Ας δούμε πώς και μετά γιατί.

1. Exceptio

Ο χαρακτηρισμός *exceptio* εμφανίζεται για πρώτη φορά στην λεγόμενη διαδικασία της *formula*³³. Στα πλαίσια αυτής της διαδικασίας, κατά το πρώτο σκέλος της, γνωστοποιούσε ο ενάγων το αίτημά του στον πραιτώρα, ζητώντας να

Leipzig, Urt. v. 5. Okt 1874 σε: Seuf. Archiv 31, αριθ. 99. Περαιτέρω αποφάσεις σχετικά με την προβληματική του αδικαιολόγητου πλουτισμού, RG, Urt. v. 7. April 1880 σε: Seuf. Archiv 35, αριθ. 283· ROHG zu Leipzig, Urt. v. 23. Okt. 1875 σε: Seuf. Archiv 32, αριθ. 133. Κριτική αυτών των αποφάσεων από *Wendt*, AcP 100, σελ. 229 επ.

32. Εννοείται βέβαια η σημασία της στο συγκεκριμένο κοινωνικό - ιστορικό πεδίο.

33. *Bethmann - Hollweg*, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 1865 (1959), II, § 99, σελ. 391 επ.

του χορηγήσει αγωγή (actio)³⁴. Αν ο πραιτωρας έκανε δεκτή την εν λόγω αίτηση, αυτό γινόταν με τη μορφή της formula, στην οποία κατονομάζονταν οι προϋποθέσεις της αποφάσεως όσον αφορά στην ουσία του πράγματος. Στην formula περιεχόταν επίσης και η εντολή στον δικαστή (iudex), να αποφασίσει, αν αυτές οι προϋποθέσεις πληρούνται κατά το ουσιαστικό δίκαιο³⁵.

Πέραν τούτου όμως είχε στα πλαίσια της διαδικασίας ενώπιον του πραιτωρα και ο εναγόμενος τη δυνατότητα να υπερασπισθεί τον εαυτό του ή έστω να προετοιμάσει καταλλήλως την υπεράσπισή του για το δεύτερο σκέλος της δίκης. Έτσι μπορούσε μεταξύ άλλων να ζητήσει από τον πραιτωρα να εισαχθεί στην προαναφερθείσα formula μία ρήτρα, σύμφωνα με την οποία θα προβλεπόταν εξαίρεση από τη διαταγή της καταδίκης, για την περίπτωση που πληρούνταν οι προϋποθέσεις της εξαίρεσης. Ο όρος εξαίρεση εδώ σημαίνει ουσιαστικά ότι ο εναγόμενος θα ισχυριζόταν (εν μέρει) διαφορετικά πραγματικά περιστατικά από τον ενάγοντα, τέτοια που θα ήταν ικανά να προκαλέσουν τη παρακώλυση της αγωγής (actio)³⁶, κάτι που θα μπορούσε με τη σειρά του να οδηγήσει σε απόρριψη της από τον δικαστή, ακόμη και αν πληρούνταν οι ουσιαστικές προϋποθέσεις της³⁷. Αυτή η μορφή υπεράσπισης ονομαζόταν excerptio.

Δύο είναι λοιπόν τα σημεία, τα οποία εκ πρώτης όψεως φαντάζουν ουσιώδη όσον αφορά στη γένεση του μέσου αμύνης της excerptio: Ο καταμερισμός εργασίας μεταξύ πραιτωρα και δικαστή στα πλαίσια της διαδικασίας της formula από τη μία πλευρά και η ενσωμάτωση μιας εξαίρεσης στη διατύπωση της formula από την άλλη, γεγονός το οποίο προφανώς βρίσκεται επίσης σε συνάφεια με την εν λόγω διαδικασία. Εάν αντικατασταθεί λοιπόν αυτή η διαδικασία με μια άλλη, τότε θα μπορούσε κανείς με φαινομενικά επιχειρηματολογική συνέπεια να υποστηρίξει την άποψη ότι και η excerptio δεν έχει πια λόγο ύπαρξης. Έτσι και έγινε. Η ύπαρξη τέτοιων εξαιρέσεων συνδέθηκε με τις προαναφερθείσες ιδιαιτερότητες της διαδικασίας της formula και ιδιαίτερα με το γεγονός της ορισμένης προδιατύπωσης των προϋποθέσεων της αποφάσεως, η οποία εξαιτίας της δέσμευσης του δικαστή από τη συγκεκριμένη διατύπωση καθιστούσε αναγκαία και την εντολή για υπό προϋποθέσεις εξαίρεση³⁸. Καθώς όμως τα δύο προαναφερθέντα στοιχεία, τα οποία

34. Για μια συνοπτική περιγραφή της όλης διαδικασίας πρβλ. και *Ράμμο*, *Εγχειρίδιον αστικού δικονομικού δικαίου*, I, σελ. 11 επ. και *Γκόφα*, *Ιστορία και εισηγήσεις ρωμαϊκού δικαίου*, VI, σελ. 40.

35. Πρβλ. *Kaser*, *Römisches Privatrecht*, 2003, § 80 II 4 a.

36. Με την οποία όμως εννοείται διακώλυση του επίδικου δικαιώματος και όχι της δικαστικής διαδικασίας. Εδώ και αλλού στο κείμενο διατηρείται συνειδητά μία κάποια υβριδική χρήση των εννοιών, ώστε ίσως να προβληθεί εντονότερα ή έστω να μην εξαλειφθεί πλήρως μέσω της δικής μας κατανόησης - μετάφρασης ο δικονομικός χαρακτήρας του ρωμαϊκού δικαίου.

37. *Kaser*, *Handbuch der Altertumswissenschaft*, *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 1971, § 55 II, σελ. 226.

38. *Albrecht*, *Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses*, 1835, σελ. 3 επ., 23, 52, 72

είχαν οδηγήσει στη δημιουργία του θεσμού της *exceptio*, δεν υφίσταντο πια, θα έπρεπε να εκλείψει και το τελευταίο. Σ' αυτά τα περισσότερα τεχνικού χαρακτήρα επιχειρήματα προστίθεται βέβαια και ακόμη ένα, το οποίο εμμέσως, δια της επαφής του με τη γνωστή διχοτόμηση των πηγών του δικαίου στο ρωμαϊκό δίκαιο διαλαμβάνει έναν πιο ουσιαστικό χαρακτήρα. Υποστηρίχτηκε λοιπόν ότι η *exceptio* είχε ως απαρχή της τη δικαιοδοτική πηγή του *ius honorarium*, καθότι δεν ήταν δυνατόν να ληφθεί υπόψη από το δικαστή στα πλαίσια του *ius civile*. Εξ' αυτού αντλήθηκε περαιτέρω το επιχείρημα, ότι καθώς η αντίθεση *ius civile* και *ius honorarium* είχε πια εγκαταλειφθεί, δεν υπήρχε και ουσιαστικός λόγος να παρέχεται η δυνατότητα της *exceptio*³⁹.

Η όλη διαφωνία έχει να κάνει με την σχέση δικονομικού και ουσιαστικού δικαίου και διατείνει σε τίποτε λιγότερο από την από ιστορικής απόψεως μερική σχετικοποίηση της σχεδόν απόλυτης συστηματικής διχοτόμησής τους: το πού βρίσκεται ο κανόνας δικαίου συστηματικά τοποθετημένος και με ποια μορφή εισάγεται αντίστοιχα στη δικαιοδοτική διαδικασία δεν δύναται να μετριάσει ή να μεταλλάξει την αξιολογική του σημασία. Στον ιστορικό χωρόχρονο κατά τον οποίο εκδηλώνεται η εδώ αναπτυσσόμενη έριδα, παρατηρείται το πέρασμα της επιχειρηματολογίας από το δικονομικό/τεχνικό στο ουσιαστικό επίπεδο. Έτσι δεν άργησαν να ηγήσουν τα ανάλογα αντεπιχειρήματα. Δεν αμφισβητήθηκε μεν ότι ο λόγος γέννησης της *exceptio* πρέπει να αναζητηθεί στις ιδιαιτερότητες του ρωμαϊκού δικονομικού δικαίου. Όμως υποστηρίχτηκε η άποψη, ότι η *exceptio* ενέχει και μία πλευρά ουσιαστικού δικαίου, η οποία αιτιολογεί επαρκώς την περαιτέρω ύπαρξή της⁴⁰. Τονίστηκε ότι η έννοια της *exceptio* συνεχιζόταν να χρησιμοποιείται και κατά την περίοδο της ισχύος του Ιουστινιάνειου Δικαίου, αν και οι σχετικές ιδιαιτερότητες του ρωμαϊκού δικονομικού δικαίου δεν υπήρχαν πια⁴¹. Η χρήση της δεν ήταν ούτε τυχαία, ούτε απερίσκεπτη⁴². Η *exceptio* είχε πολύ περισσότερο ουσιαστικό περιεχόμενο. Και μετά από αυτή τη διαπίστωση, το επίκεντρο των προσπαθειών μετατοπίστηκε στην έρευνα αυτού του περιεχομένου, ώστε να αποδειχτεί ότι η ύπαρξη της *exceptio* είναι ανεξάρτητη από δικονομικές ιδιαιτερότητες και ότι πίσω από κάθε *exceptio* κρύβεται ένας εσώτερος - ουσιαστικός λόγος της υιοθέτησής της⁴³. Αυτή είναι η κρατούσα άποψη στη Γερμανία στα τέλη του 19^{ου} αιώνα⁴⁴.

επ., 82 επ., 108 επ.

39. Πρβλ. *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten, 1888, § 96, σελ. 262.

40. *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten, § 96, σελ. 262.

41. *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten, § 96, σελ. 262.

42. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, § 226, σελ. 166 επ.

43. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891, I, § 47, σελ. 112, σημ. 1.

44. Έτσι *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten, 1888, § 96, σελ. 258. Ο *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1891, I § 47 σημ.7, φαίνεται να ενοχλείται μόνο από τις ορολογικές επιλογές, όπως

Η ίδια προσπάθεια διερεύνησης των ουσιαστικών πτυχών καταβλήθηκε και σχετικά με την *exceptio doli*, η οποία μας ενδιαφέρει εν προκειμένω ιδιαίτερος. Σ' αυτήν ανατέθηκε η *θεμελιώδης λειτουργία να αντιπαρατάξει στη δόλια επιμονή για επιβολή του τυπικού/αυστηρού δικαίου την συνείδηση του δικαίου ως ουσιαστικής δικαιοσύνης*⁴⁵. Δύο είναι, σύμφωνα με αυτή την άποψη, τα χαρακτηριστικά στοιχεία της *exceptio doli*: Πρώτον ο *δόλος*, ο οποίος ως Arglist στη γερμανική γλώσσα αποτελούσε απλά τη μετάφραση του λατινικού *Dolus*⁴⁶, ως η προϋπόθεσή της, και δεύτερον η κατίσχυση της ιδέας της *καλής πίστης* κατά την εφαρμογή του δικαίου, ως βασική της λειτουργία. Στη συνέχεια θέλουμε να σκιαγραφήσουμε την πορεία αυτών των δύο στοιχείων στη θεωρία του γερμανικού κοινοδικαίου⁴⁷, όπου η προβληματική της καλής πίστης και το ευτύχημα της επιείκειας τυγχάνουν της παρθενικής τους επαφής με αυτό που ονομάστηκε «Μοντέρνα Κοινωνία» και την ύψιστη πια αρχή Δικαιοσύνης που τη συνοδεύει, εκείνη που ονομάστηκε «Ασφάλεια του Δικαίου».

2. Η έννοια του δόλου⁴⁸

Αναφέραμε ήδη πιο πάνω τις δύο κατηγορίες της δόλιας συμπεριφοράς του ενάγοντα, τον *dolus praeteritus* (*exceptio doli specialis*) που υποδηλώνει την εξαπατητική συμπεριφορά του και τον *dolus praesens* (*exceptio doli generalis*) ως τη συμπεριφορά του ενάγοντα που αντίκειται στις αρχές του *bona fides*, κατηγορίες, οι οποίες βέβαια δεν απαντώνται στο ρωμαϊκό δίκαιο⁴⁹. Η εξαπατητική συμπεριφορά της *exceptio doli specialis* προϋποθέτει γνώση του ενεργούντος για τις συνέπειες της πράξης του, καθώς και για τον παράνομο χαρακτήρα της⁵⁰. Πρόκειται για τον *dolus malus* του ρωμαϊκού δικαίου του Πανδέκτη⁵¹. Εδώ βρίσκεται σίγουρα το ένα άκρο της *exceptio doli*. Το ερώτημα είναι, πού φτάνει το άλλο άκρο. Όταν απαιτεί κάποιος μία παροχή, αν και δεν έχει παράσχει τίποτα γι'

προκύπτει και από την σημ. 8.

45. *Birkmeyer*, Die Excepciones im bonae fidei iudicium, 1874, § 32, σελ. 308. Πρβλ. επίσης *Regelsberger*, Pandekten, I, 1893, § 192 (V), σελ. 686.

46. Πρβλ. όμως και *Gadow*, *Jhering Jahrbücher* 84, σελ. 174, ο οποίος διαφωνεί με τη συγκεκριμένη μετάφραση.

47. Για την προ του κλασσικού ρωμαϊκού δικαίου ιστορία της *exceptio doli* πρβλ. αφενός *v. Lübtow*, *Eranion Maridakis*, 1963, I, σελ. 183 επ., αφετέρου *Behrndt*, *Der Dolus bei Verträgen nach gemeinem Recht*, 1894, σελ. 10 επ. με περαιτέρω παραπομπές στη θεωρία του 19^{ου} αιώνα.

48. Σχετικά με την έννοια του *Dolus* πρβλ. και *Mitteis*, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908, I, § 17, σημ. 100.

49. Πρβλ. *Sohn/Mitteis/Wenger*, *Institutionen*, 1926, § 117, σελ. 706.

50. Οι ρωμαίοι αντιθέτως δεν απαιτούσαν πρόθεση εξαπάτησης. Έτσι ο *Regelsberger*, *Pandekten I*, 1893, § 146 σημ.1. Άλλως βέβαια σύμφωνα με τον ορισμό του *Labeo D. 4. 3. 1. 2*. Πρβλ. σχετικά *Behrndt*, *Der Dolus bei Verträgen des gemeinen Rechts*, 1894, σελ. 5 επ.

51. Αυτό προκύπτει από τους τίτλους του 44ου και του 4ου βιβλίου του Πανδέκτη και βεβαιώνεται από τον *Regelsberger*, *Pandekten I*, 1893, § 146, σελ. 535 σημ. *.

αυτό (D. 44. 4. 2. 3), τότε γνωρίζει ότι δεν του ανήκει τίποτα. Ο δόλος βασίζεται σ' αυτή του τη γνώση. Η γνώση αλλά ακόμη και το παράνομο της πράξης φαίνεται να είναι αδιάφορα, όταν ο ενάγων αξιώνει κάτι, το οποίο θα πρέπει αμέσως μετά για άλλο λόγο να επιστρέψει⁵². Η απόφαση για την παροχή της *exceptio doli generalis* φαίνεται λοιπόν να μη βασίζεται στην τεκμηρίωση γνώσης του ενάγοντα. Πολύ περισσότερο προβάλλει εδώ η παράμετρος της εξισορρόπησης μέσω αποφυγής πλουτισμού. Τίποτε άλλο δεν ισχύει στις περιπτώσεις καταλογισμού πράξεων τρίτων. Έτσι μπορεί κανείς να καταλήξει σε τρεις μορφές εμφάνισης δόλου του ενάγοντα: ο δόλος που προϋποθέτει γνώση ως προς το παράνομο της πράξης, δηλ. ως προς την εξαπάτηση του άλλου μέρους, ο δόλος, όπου απαιτείται μόνο γνώση του ενάγοντα σχετικά με το γεγονός, ότι κάτι που αξιώνει δεν του ανήκει και τρίτον, ο δόλος που για την ύπαρξή του αποφασίζουν άλλες παράμετροι διαφορετικές από τη γνώση, όπως για παράδειγμα ο πιθανώς αδικαιολόγητος πλουτισμός του ενάγοντα, δηλαδή *αντικειμενικά στοιχεία*, όπου ως κριτήριο της απόφασης χρησιμεύει η *bona fides* ως απόρροια της ιδέας της δικαιοσύνης και όπου παίζει ενδεχομένως το ρόλο της και η προβληματική του αν έπρεπε ο οφειλέτης να γνωρίζει κάποια πραγματικά περιστατικά⁵³.

Τοποθετούμενες αυτές οι τρεις μορφές σε εξελικτική συνέχεια, ερμηνευτική επιλογή βέβαια ιδιαίτερος αγαπητή στους ιστορικούς του 19^{ου} αιώνα, αποδίδουν μια πορεία της έννοιας του δόλου, στα πλαίσια πάντα του ρωμαϊκού δικαίου, από την υποκειμενική μομφή σε πιο αντικειμενικά κριτήρια⁵⁴. Από εκεί φαίνεται να ξεκινάει και ο *Savigny*⁵⁵ τη δική του ερμηνεία της *exceptio doli* του 19^{ου} αιώνα. Περιγράφει έτσι το δόλο γενικά ως «μία ανήθικη προσβολή της εμπιστοσύνης αυτής, στην οποία βασίζονται όλες οι ανθρώπινες συναλλαγές». Στην αναφορά του Ηθικού, αλλά πολύ περισσότερο στην αναφορά των συναλλαγών, προβάλλουν απαραγνώριστα υπερατομικά στοιχεία της έννοιας. Περαιτέρω διαχωρίζει ο *Savigny* δύο είδη δόλου. Το πρώτο, το οποίο σημαίνει και την βαρύτερη μομφή για τον εναγόμενο, περικλείει τις δύο υποπεριπτώσεις της πρόκλησης πλάνης στο άλλο μέρος, ώστε να το οδηγήσει σε συγκεκριμένη δήλωση βουλήσεως και της σκόπιμης παραβίασης του περιεχομένου της οφειλής εκ μέρους του οφειλέτη. Δεύτερον, αναφέρεται και στην έννοια του δόλου ο οποίος εκφράζει μια πιο μέτρια αποδοκιμασία από την έννομη τάξη και όπου βλέπει πεδίο εφαρμογής της *exceptio*

52. *Sohm/Mitteis/Wenger*, Institutionen, 1926, § 117, σελ. 706. Πρβλ. και D. 44. 4. 8, όπου πράγματι δεν γίνεται λόγος για αντίστοιχη γνώση του ενάγοντα.

53. Σχετικά *Pernice*, Labeo, 1865 (1963), C Bd. 2 Abt. 1, III, 2, a III, σελ. 247 επ. και συμπληρωματικά *Behrndt*, Der Dolus bei Verträgen nach gemeinem Recht, 1894, σελ. 9. Βλ. ακόμη *Wendt*, AcP 100, σελ. 59 επ.

54. Έτσι *Pernice*, Labeo, 1865 (1963), C Bd. 2 Abt. 1, III, 2, a III, σελ. 247.

55. System des heutigen römischen Rechts, III, § 115, σελ. 117 επ.

doli generalis⁵⁶. Το κεφάλαιο περί δόλου πάντως στον Savigny, αλλά και σε άλλους ερευνητές ανήκει στην πρώτη μορφή. Αυτός ο δόλος ορίζεται ως η σκόπιμη, παράνομη εξαπάτηση κάποιου, με σκοπό να τον οδηγήσει σε πλάνη⁵⁷.

Είναι όμως προφανές, ότι αυτός ο ορισμός δεν περιλαμβάνει το μεγάλο αριθμό των περιπτώσεων της *exceptio doli generalis*. Αυτό βέβαια ήταν προφανές και για τη θεωρία του 19^{ου} αιώνα, η οποία δεν αναλύει την *exceptio doli generalis* στο ίδιο κεφάλαιο, όπου επεξεργάζεται την έννοια του δόλου, δηλαδή ουσιαστικά την *exceptio doli specialis*. Η συστηματική αυτή διαφοροποίηση βρίσκει τον ουσιαστικό της λόγο στα διαφορετικά κριτήρια και τις διαφορετικές αρχές που κυριαρχούν στα δύο πεδία. Έτσι αυτό που μένει κοινό ανάμεσα στις δύο περιπτώσεις είναι ουσιαστικά μόνο το όνομα⁵⁸. Γι' αυτό το λόγο άλλωστε μιλά ο Savigny όχι για την έννοια, αλλά απλά για την έκφραση *Dolus*. Άλλωστε στις περισσότερες περιπτώσεις της *exceptio doli generalis* δεν είναι η ηθική ή νομική απαξίωση της πράξης αποφασιστική⁵⁹. Πολύ περισσότερο, κριτήριο της απαιτούμενης συμπεριφοράς είναι οι αρχές της *bona fides*, δηλαδή της καλής πίστης. Γι' αυτό το λόγο ορίζεται ως *exceptio doli generalis* η άσκηση δικαιώματος, η οποία αποδοκιμάζεται από την έννομη τάξη, γιατί αντίκειται στην αρχή της καλής πίστης⁶⁰.

Κλείνοντας λοιπόν διαπιστώνει κανείς καταρχήν, ότι δεν έχει νόημα να μιλάμε για μια ενιαία έννοια του δόλου στη θεωρία του 19^{ου} αιώνα. Δεύτερο συμπέρασμά μας αποτελεί, ότι η έννοια του δόλου στα πλαίσια της *exceptio doli specialis* δεν παρουσιάζει προβλήματα, καθώς διαθέτει πια σταθερό περίγραμμα. Πέραν αυτών όμως παραμένει έντονη η αναγκαιότητα περαιτέρω οριοθέτησης της ίδιας έννοιας στα πλαίσια της *exceptio doli generalis*. Αυτή επιχειρείται τόσο στη νομολογία όσο και στη θεωρία της εποχής. Ξεκινάμε παρατηρώντας και κατονομάζοντας τις σπουδαιότερες κατηγορίες στη νομολογία.

3. Κατηγορίες και κριτήρια δόλου στη νομολογία

α) Μία σημαντική επιχειρηματολογία προς θεμελίωση της *exceptio doli generalis* και ειδικότερα του στοιχείου του δόλου υπήρξε η αντιφατική συμπεριφορά του ενάγοντα. Αυτή υπάρχει αφενός όταν ο ενάγων δημιούργησε

56. System des heutigen römischen Rechts, III, § 115, σελ. 118 σημ.ι, εννοώντας προφανώς την *exceptio doli generalis*.

57. Πρβλ. Regelsberger, Pandekten I, 1893, § 146, σελ. 536 επ. (Betrug)· Sintonis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1860, I, § 22 II (Arglist - Dolus).

58. Έτσι ο Sintonis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1860, I, § 22 II, σημ. 2.

59. Sintonis, Das praktische gemeine Civilrecht, 1860, I, § 22 II, σημ. 2.

60. Regelsberger, Pandekten I, 1893, § 192, V, σελ. 686. Πρβλ. ακόμη Keller, Pandekten, 1866 (1982), I, § 92, σελ. 216. Πρβλ. επίσης Wendt, AcP 100, σελ. 148 επ., § 8: *H exceptio doli generalis* ως εργαλείο στην υπηρεσία της *Aequitas*.

στον εναγόμενο και οφειλέτη την εντύπωση και αντίστοιχο αίσθημα εμπιστοσύνης, ότι δεν θα εγείρει την αξίωσή του, έτσι ώστε ο οφειλέτης να προχωρήσει σε επένδυση του αρχικώς οφειλομένου κεφαλαίου⁶¹. Αντιφατική είναι αφετέρου η συμπεριφορά του ενάγοντα, όταν θεμελιώνει την αξίωσή του σε σφάλμα του εναγόμενου, για το οποίο ευθύνεται ο ίδιος⁶².

Αυτή η κατηγορία της κατάχρησης δικαιώματος δύναται να υπαχθεί στο γνωστό *venire contra factum proprium*, βάση του οποίου αποτελεί η ηθικοδικαϊκή επιταγή του *pacta sunt servanda*, καθώς και στην ανάγκη ασφάλειας των συναλλαγών στις εμπορικές σχέσεις, άρα και στην ανάγκη του μεμονωμένου συναλλασσόμενου, για αξιοπιστία των άλλων συναλλασσόμενων⁶³.

β) Μία δεύτερη κατηγορία δύνανται να αποτελέσουν οι περιπτώσεις της αντιπροσώπευσης του εναγομένου, όπου ο αντιπρόσωπος με γνώση του ενάγοντα ξεπερνά τα όρια της πληρεξουσιότητάς του και συνεπώς καταχράται αυτή. Δόλια ενεργεί εδώ ο ενάγων λόγω ακριβώς της γνώσης του. Θεμέλιο της κρίσης αυτής δεν αποτελεί τίποτα άλλο από την κατηγορία του καταλογισμού. Η ιδέα του καταλογισμού πηγάζει με τη σειρά της από την, επίσης νομικής και ηθικής φύσης, αρχή της προσωπικής ευθύνης του ατόμου (*Selbstverantwortung*) για όσα συμβαίνουν στο χώρο επιρροής του και για τη συμπεριφορά του, μία αρχή στην οποία στηρίζεται αναμφισβήτητα όλο το οικοδόμημα του σύγχρονου ιδιωτικού δικαίου⁶⁴. Γενικεύοντας την κατηγορία, μπορεί να γίνει λόγος για δόλο ως ανέντιμη κτήση ιδίου δικαιώματος⁶⁵.

γ) Μία τρίτη, ιδιαίτερα σημαντική κατηγορία προκύπτει από συμπεριφορά του ενάγοντα τέτοια που να σηματοδοτεί επιμονή του σε μόνο τυπικά υφιστάμενο δικαίωμά του. Εδώ πρέπει να διαχωρίσουμε περαιτέρω.

αα) Εδώ εμπίπτει ο ενάγων, ο οποίος γνωρίζει, ότι κατέχει το δικαίωμά του μόνο επειδή εκμεταλλεύτηκε την «καλόπιστη» έννομη τάξη, ότι λοιπόν το δικαίωμά του δεν του ανήκει. Η ηθική μομφή είναι εδώ πρόδηλη. Εδώ υπάγονται οι περιπτώσεις του αυστηρού δικαίου, όπου ο δόλος του ενάγοντα έγκειται στην εκμετάλλευση του τυπικού χαρακτήρα του δικαίου⁶⁶. Ως βάση της αντιμετώπισης

61. RG σε: Seuf. Archiv, 36 αριθ. 189· ROHG Seuf. Archiv 29, αριθ. 19· OAG Wiesbaden, Seuf. Archiv 16, αριθ. 208· RG, Urt. v. 1. Febr. 1895 σε: Seuf. Archiv 50, αριθ. 156· RGZ 28, σελ. 43.

62. OLG zu Berlin, Urt. v. 23 Okt. 1867 σε: Seuf. Archiv 21, αριθ. 227· RGZ 1, σελ. 196.

63. Πιο αναλυτικά *Josef Kohler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909, σελ. 93 επ.· *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, σελ. 27.

64. Βάση των παραπάνω σκέψεων αποτελούν οι αναλύσεις του *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1981, § 37, σελ. 467 επ.

65. Πρβλ. σχετικά RG, Urt. v. 22 Nov. 1884 σε: Seuf. Archiv 40, αριθ. 197.

66. ROHG zu Leipzig, Urt. v. 5. Okt 1874 σε: Seuf. Archiv 31, αριθ. 99· ROHG zu Leipzig, Urt. v. 22. Jan. 1879 σε: Seuf. Archiv 34, αριθ. 236· OLG zu Rostock, Urt. v. 6. Apr. 1895 σε: Seuf. Archiv 51, αριθ. 130.

τέτοιων συμπεριφορών προτείνεται ο χρυσός κανόνας: «ότι δεν θες να σου κάνουν, μην το κάνεις εσύ στους άλλους»⁶⁷, ο οποίος απευθύνεται στο ηθικό άτομο, ζητώντας του να σεβαστεί και να διατηρήσει τη σχέση ισότητας των συναλλασσόμενων, και απαιτεί ο καθένας να τυγχάνει από τους άλλους συμπεριφοράς ανάλογης του ίδιου προς αυτούς⁶⁸. Εδώ πρέπει μόνο να τονιστεί, ότι με αυτή τη σκέψη δεν καταλήγουμε στην απαίτηση συμμετρίας της συμπεριφοράς και τελικά στην προστασία της εμπιστοσύνης. Εδώ πρόκειται για την ανθρώπινη συμπεριφορά σε μεμονωμένες καταστάσεις. Εν προκειμένω απαιτείται από τον κοινωνό του δικαίου όχι μόνο να δρα σταθερά, χρησιμοποιώντας πάντα τα ίδια κριτήρια, αλλά του υποδεικνύονται και τα κριτήρια. Το ερώτημα για τη φιλελεύθερη, ατομικιστική κοινωνία είναι βέβαια, αν δικαιούται ο δικαστής να απευθυνθεί στο ηθικό άτομο. Το πρόβλημα δε της αντίθετης, κοινωνιοκεντρικής ερμηνείας είναι πιο θεμελιώδες: υπάρχει αυτό καθαυτό το ηθικό άτομο του Kant; Κι αν ναι, πού βρίσκεται⁶⁹;

ββ) Στην ίδια κατηγορία κατατάσσονται ακόμη και οι περιπτώσεις της δόλιας συμπεριφοράς ως έλλειψη ιδίου συμφέροντος ως προς την έγερση της αγωγής. Μία των σημαντικότερων εκφάνσεών της είναι η απαγόρευση αδικαιολόγητου πλουτισμού εις βάρος άλλου, όπως αυτή διατυπώνεται από την ρήση *Dolo facit qui petit quod redditurus est*⁷⁰. Ακόμη κι αν το δικαίωμα αποτελεί εξουσία που απονέμεται στο άτομο από την έννομη τάξη για την προάσπιση μόνο των δικών του συμφερόντων, κάτι που έτσι κι αλλιώς θα αποτελούσε ακραία διατύπωση της βουλευσιαρχικής αντιλήψεως, είναι σαφές, ότι όταν δεν υφίσταται τέτοιο ίδιο συμφέρον, τότε η επιβολή του δικαιώματος δεν μπορεί να γίνει δεκτή από την έννομη τάξη.

δ) Η τελευταία κατηγορία διευρύνει το σύστημα του δικαίου. Εδώ ανήκουν οι περιπτώσεις προστασίας πνευματικών δικαιωμάτων, τα οποία ο δικαιούχος όμως δεν εκμεταλλεύεται. Τα γερμανικά δικαστήρια του 19^{ου} αιώνα ξεφεύγουν από την έννομη σχέση ενάγοντα και εναγομένου, η οποία αποτελούσε το επίκεντρο του ενδιαφέροντος στις προηγούμενες κατηγορίες. Δεν ερωτάται πια μόνο εάν με την εκάστοτε απόφαση και την εφαρμογή της *exceptio doli generalis* θα επιτευχθεί δίκαια στάθμισή συμφερόντων ανάμεσα στα εμπλεκόμενα άτομα. Εδώ προκύπτουν

67. Πρβλ. και την εύγη γερμανική διατύπωση: *was du nicht willst, dass man dir tut, das füg auch keinem andern zu*. Έτσι ο *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, σελ. 31 επ.

68. Για το χρυσό κανόνα, την προέλευσή του και τη συνάφειά του με την αρχή της ισότητας *Hruschka*, *JZ* 1987, σελ. 941 επ.

69. Για τη σχετική κριτική στη νεότερη φιλοσοφία πρβλ. *Castoriadis*, *Fait et à faire, Les carrefours du labyrinthe V*, σελ. 54 επ.

70. Σχετικά και με περαιτέρω παραπομπές *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1990, σελ. 852.

και ζητήματα όπως η απελευθέρωση του ανταγωνισμού, δηλαδή ζητήματα κοινωνικής εμβέλειας, όπου εξετάζεται πια ο κοινωνικός και οικονομικός σκοπός της παροχής του εκάστοτε δικαιώματος⁷¹. Αυτό πια προϋποθέτει μια θεωρία του δικαίου, η οποία επιτρέπει στο δικαστή να θέτει τέτοια ερωτήματα, ερωτήματα που ξεφεύγουν της νομοτεχνικής λογικής και σκοπιμότητας.

4. Κατηγοριοποίηση της *exceptio doli generalis* στη θεωρία

Από τα μέχρι τώρα λεχθέντα προκύπτει δίχως άλλο το πλατύτατο πεδίο εφαρμογής της *exceptio doli*. Το πρόγραμμά της διατύπωσε ήδη ο *Paulus* (D. 44. 4. 1. 1), «ότι κανένας δεν επιτρέπεται να στρέφει προς όφελός του τη δόλια συμπεριφορά του εκμεταλλευόμενος την αυστηρή τήρηση του αστικού δικαίου ενάντια στις επιταγές της φυσικής επιείκειας». Όμως αυτός μιλούσε σε μια εποχή, η οποία δεν είχε αναπτύξει κανένα απόλυτο δόγμα ως προς τη γέννηση και δομή των διαπροσωπικών έννομων σχέσεων. Ένα τέτοιο δόγμα γνώριζε αντιθέτως ο 19^{ος} αιώνας⁷². Πρόκειται για το δόγμα της βουλησιαρχίας (*Willensdogma*), σύμφωνα με το οποίο οι έννομες συνέπειες της δηλώσεως σε περίπτωση συμβάσεων είναι άμεσα συναρτώμενες με τη βούληση του ηθικώς προσωπικά υπεύθυνου ατόμου (*sittlich selbstverantwortliche Person*). Παράλληλα δεν αναγνωρίζονται σε αυτό το πεδίο άλλα δικαιοπαγωγικά στοιχεία⁷³. Από αυτή την πρώτη αρχή συνάγεται ότι ο δικαστής οφείλει να σεβαστεί το μέσω σύμβασης συμφωνηθέν και δη σε τέτοιο βαθμό, όσο απαιτεί η ισχύς ενός δόγματος. Ενώπιον του αποτελέσματος της σύμβασης οφείλουν να υποχωρήσουν κάθε είδους αντιλήψεις περί δικαιοσύνης ή, άλλως ειπωμένο: δίκαιο είναι μόνο ότι ανταποκρίνεται στην ελεύθερη βούληση του προσωπικά υπεύθυνου ατόμου ή ότι προκύπτει από τη συμφωνία των βουλήσεων τέτοιων ατόμων⁷⁴. Η *exceptio doli generalis* βρίσκεται λοιπόν για πρώτη φορά εν μέσω εχθρικού περιβάλλοντος σε επίπεδο αρχής. Παράλληλα η διαμόρφωση του κοινωνικού κόσμου μάλλον ευνοεί την άνθισή της. Αν μη τι άλλο δεν μπορεί κανείς να την αγνοήσει.

Η νομική επιστήμη του 19^{ου} αιώνα ήταν όπως είπαμε διχασμένη απέναντι στην *exceptio doli*. Εξαιτίας του όγκου των εξαιρετικά ετερόκλητων προβλημάτων που αταξήτουσαν τη λύση τους μέσω αυτής αμφισβητήθηκε η ενιαία φύση της βασικής ιδέας, η οποία ενσαρκώνεται μ' αυτή. Έτσι προέκυψε η δυνατότητα θεωρητικής

71. Βλ. RGZ 30, σελ. 1.

72. Πρβλ. F. Raniere, *Jus Commune IV* (1972), σελ. 169 επ.

73. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967 (1996), § 16 III σελ. 293. Πρβλ. επίσης σελ. 290, 376 σχετικά με την επιρροή του Grotius και των αντιλήψεων του λεγόμενου «έλλογου δικαίου» (*vernunftrechtliches Gedankengut*) στους Πανδεκτιστές του 19^{ου} αιώνα. Από τη θεωρία του γερμανικού κοινοδικαίου πρβλ. *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1891, I, § 75 στο κείμενο και στη σημ. 1α καθώς και § 22 σημ. 8.

74. Πρβλ. F. Raniere, *Jus Commune IV* (1972), σελ. 171.

διχοτόμησης, κληρονόμος η ίδια πλούσιας φιλοσοφικής παράδοσης: είτε θα επρόκειτο για μια γενική έννοια, πομπού μιας κεντρικής αρχής, είτε θα υποβιβάζόταν σε έναν απλό περιληπτικό χαρακτηρισμό, μια συλλογική έννοια των ενστάσεων (*Sammelbezeichnung*).

Ο μεγαλύτερος αριθμός των συγγραφέων τάσσεται, με διαφορές εν μέρει, με τη δεύτερη άποψη. Ο *Puchta* φαίνεται να είναι διατεθειμένος να δεχθεί ένα κάπως πιο ουσιαστικό περιεχόμενο, λέγοντας ότι ο εναγόμενος μπορεί να εγείρει την *exceptio doli generalis* όταν ο ενάγων εγείρει αξίωση γνωρίζοντας ότι θα έχει να αντιμετωπίσει σχετική ένσταση⁷⁵. Ξεκάθαρα πια ηχεί η σύλληψη της *exceptio doli generalis* ως συλλογική έννοια στον *Baron*, ο οποίος της αναγνωρίζει μόνο τη λειτουργία να παρέχει σκέπη σε όσες ενστάσεις δεν διαθέτουν συγκεκριμένη ονομασία⁷⁶. Η κεντρική ιδέα πίσω από αυτά τα συμπεράσματα φαίνεται να είναι η ακόλουθη: η *exceptio doli generalis* δεν αποτελεί συγκεκριμένη τάξη ενστάσεων⁷⁷. Πολύ περισσότερο προϋποθέτει η ίδια την ύπαρξη συγκεκριμένης ένστασης, της οποίας την επικράτηση θα υποστηρίξει⁷⁸. Ναι μεν δέχονται οι θεωρητικοί αυτής της κατεύθυνσης, ότι η ένσταση - προϋπόθεση της *exceptio doli generalis* δύναται να έχει γεννηθεί και χωρίς ίχνος δόλου από την πλευρά του ενάγοντα⁷⁹ και δέχονται έτσι έναν πιο αντικειμενικό χαρακτήρα, ένα πιο ουσιαστικό περιεχόμενο της *exceptio doli generalis*. Όμως ταυτόχρονα υποστηρίζεται, ότι το μεγαλύτερο μέρος των περιπτώσεών της αποτελούν υλικό της *exceptio facti*⁸⁰. Πρόκειται προφανώς για την προσπάθεια να διαμελισθεί η *exceptio doli generalis* στα επιμέρους τμήματά της, ενώ αγνοείται παράλληλα η όποια μέσω αυτής εκφραζόμενη κεντρική ιδέα⁸¹. Σύμφωνα με αυτές τις απόψεις είναι μάλλον δύσκολο να λάβει η *exceptio*

75. *Puchta*, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 1852, I, § 9, σελ. 221.

76. *Baron*, *Pandekten*, 1872, σελ. 203. Βλ. επίσης *Wächter*, *Pandekten I*, 1880, § 102, σελ. 533.

77. Σχετικά με τις διάφορες τάξεις ενστάσεων πρβλ. *Wächter*, *Pandekten I*, 1880, § 102, σελ. 528 επ.

78. Πρβλ. *Puchta*, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 1852, I, § 94, σελ. 221· *Baron*, *Pandekten*, 1872, σελ. 203· *Wächter*, *Pandekten I*, 1880, § 102, σελ. 533· *Brinz*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1873-1892, § 107, σελ. 373· *Keller*, *Pandekten*, 1866 (1982), I, § 92, σελ. 216 επ· *Vangerow*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1863-1869 (1997), σελ. 243, σημ. 2· *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts I*, 1891, § 47, σημ. 7, ο οποίος θεωρεί, ότι η έννοια της *exceptio doli* στερείται στην εποχή του πρακτικής σημασίας. Πρβλ. ακόμη *Arndts*, *Pandekten*, § 102, σημ. 2. Το θεωρητικό υπόβαθρο αυτής της αρνητικής στάσης της θεωρίας απέναντι στην *exceptio doli generalis* εξετάζει ο *Haferkamp*, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914* σε: *Falk/Mohnhaupt* (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, 2000, σελ.12 επ.

79. Έτσι ο *Brinz*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1873-1892, § 105, σελ. 368.

80. *Buchardi*, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, 1831, σελ. 292. Πρβλ. επίσης *Birkmeyer*, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, 1874, σελ. 309, σημ. 9, ο οποίος ωστόσο ανήκει στους υποστηρικτές της *exceptio doli*.

81. Πρβλ. *Haferkamp*, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, σε: *Falk/Mohnhaupt*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, 2000, σελ.12 επ.

doli generalis αυτοτελή δογματική υπόσταση. Πρόκειται μόνο για περιληπτικό χαρακτηρισμό άλλων ενστάσεων.

Αλλιώς, αν και όχι αντίθετα, αναλύουν την προβληματική θεωρητικοί, οι οποίοι διάκινται θετικά απέναντι στη θεμελίωση μιας γενικής έννοιας και την αφαιρετική διατύπωση της θεμελιώδους νομικής ιδέας γύρω από την *exceptio doli generalis*⁸². Ο *Hänel* αναλαμβάνει αρκετά νωρίς την προσπάθεια να την καταστήσει πιο συγκεκριμένη με το σχηματισμό ομάδων υποθέσεων⁸³. Ναι μεν περιέχονται σ' αυτές πάλι σχεδόν όλες οι γνωστές ενστάσεις, οι οποίες υπάγονταν στο χαρακτηρισμό ως *exceptio doli generalis*. Όμως εδώ γίνεται ένα βήμα παραπέρα. Ο *Regelsberger* αναφέρεται ρητά σε μια ουσιαστική έννοια της *exceptio doli generalis* στα πλαίσια του γερμανικού κοινοδικαίου κατά το 19^ο αιώνα. Η κεντρική σημασία και το περιεχόμενο αυτής της έννοιας είναι σύμφωνα με τον ίδιο συγγραφέα, ότι «απαγορεύεται η άσκηση δικαιώματος, η οποία βρίσκεται σε αντίθεση με τις αρχές της καλής πίστης», μια διατύπωση ακόμη πιο έντονη από αυτή της μετέπειτα § 242 του BGB. Μια διατύπωση, η οποία κραυγάζει προς όλες τις πλευρές για οριοθέτηση⁸⁴. Αλλά ταυτόχρονα μια διατύπωση, η οποία είναι ικανή να προβάλλει την αναζητούμενη κεντρική ιδέα, δηλαδή ότι το δίκαιο δεν μπορεί να ανεχθεί την καταχρηστική άσκηση δικαιώματος⁸⁵. Πρόκειται τέλος για μια διατύπωση, η οποία μπορεί να τονίσει την ιστορική - ψυχολογική λειτουργία της *exceptio doli generalis*, δηλαδή, με τα λόγια του *Dernburg*, την παραγωγική της ισχύ, τη δυνατότητά της να εισάγει νέα στοιχεία στο περιορισμένο οπτικό πεδίο της σχέσης ιδιωτικού δικαίου του ενός ατόμου με το άλλο και έτσι να προτείνει και υποδειξεί στο δικαστή νέες απόψεις του πράγματος κατά τη διαδικασία σχηματισμού της δικανικής πεποιθήσεως. Αυτό εννοεί μάλλον και ο *Bähr*, όταν, στα πλαίσια της κριτικής του των διατάξεων του γερμανικού αστικού κώδικα για την παραγραφή, αναφέρεται στο σημαίνοντα ρόλο, τον οποίο διαδραμάτισε η *exceptio doli* στην πράξη προς όφελος της ουσιαστικής δικαιοσύνης⁸⁶.

82. Έτσι *Regelsberger*, Pandekten I, 1893, § 192 σελ. 686· *Dernburg*, Pandekten I, 1894, § 138, σελ. 328.

83. *Hänel*, AcP 12 (1829), σελ. 419 επ. και σελ. 429 επ.

84. Αυτή η κραυγή είναι μάλλον ένας εκ των παραγόντων, οι οποίοι οδηγούσαν και οδηγούν ακόμη σε μια κάποια αποστροφή απέναντι σ' αυτή την ιδέα. Ο *Regelsberger* διαπιστώνει ο ίδιος τις δυσκολίες επιστημονικής επεξεργασίας μιας τέτοιας έννοιας, κάτι όμως που δεν τον οδηγεί στο να αμφισβητήσει την ύπαρξή της. Αντιθέτως θέτει εξ' αρχής ένα πρώτο κριτήριο συγκεκριμενοποίησης της έννοιας της *exceptio doli generalis*. Αυτό το βρίσκει δε –εδώ αντηχεί η μακρινή φωνή της ιστορικής σχολής του δικαίου– στη ζωντανή λαϊκή συνείδηση δικαίου.

85. Πρβλ. εδώ και *v. Gierke*, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, 1889 (1997), Abschnitt IV, σελ. 182 επ., και σημ. 1 στη σελ. 183. Εκεί παρατηρήσεις και για το πρωσικό δίκαιο.

86. *Bähr*, Gutachten, σε: *Verhandlungen des XX deutschen Juristentages*, 1889, σελ. 299 επ.

Α. *Exceptio doli generalis* και η εξουσία του δικαστή

Η *exceptio doli generalis* εδράζεται λοιπόν, σύμφωνα με μια μερίδα επιφανών νομοδιδασκάλων της εποχής, στην ιδέα της ουσιαστικής δικαιοσύνης, της επιείκειας (*Aequitas*, *Billigkeit*). Ωστόσο ρύθμισή της στον νεοσύστατο Αστικό Κώδικα (BGB) δεν βρίσκουμε. Η ρύθμιση της § 226 BGB περί καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος, στην οποία παραπέμπει ο Έλληνας νομοθέτης όταν αναφέρεται στο γερμανικό δίκαιο, ούτε που συζητείται ως διάδοχός της. Ερωτάται λοιπόν γιατί ο Γερμανός νομοθέτης δεν προβλέπει στο έργο του τη «νίκη της επιείκειας». Η απάντηση δέον να επιχειρηθεί μέσω μιας μεθοδολογικής - λειτουργικής προσέγγισης της *exceptio doli generalis*.

Η επιείκεια, όπως την είδαμε πιο πάνω εν δράσει, φαίνεται να εκπληρώνει τουλάχιστον δύο λειτουργίες: την πλήρωση κενών του νόμου, γνωστό ήδη από την ανάλυση του Αριστοτέλη, αλλά και την *διάσπαση του κανόνα δικαίου*. Όταν όμως πρόκειται για το τελευταίο, τότε τίθεται μεγαλειωδώς το πρόβλημα της θέσης του δικαστή απέναντι στο νόμο. Αυτό είναι το ερώτημα του γερμανικού δικαίου στο θέμα της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος.

Η απάντηση είναι σαφής: η *exceptio doli generalis* θα υποκαθιστούσε κατά τρόπο ιδιαίτερα προβληματικό το υποκειμενικό συναίσθημα του δικαστή στο σταθερό κανόνα δικαίου και θα εξάλειφε τα όρια ανάμεσα στην ηθική και το δίκαιο. Ο σκοπός της εκπληρώνεται, θεωρεί ο Γερμανός νομοθέτης, ολοσχερώς μέσω της διάταξης της § 359, δηλαδή της μετέπειτα § 242 του γερμανικού αστικού κώδικα⁸⁷.

Ο Γερμανός νομοθέτης, ακολουθώντας το πνεύμα της εποχής του, είναι ιδιαίτερα επιφυλακτικός απέναντι στο δικαστή ως εφαρμοστή της αρχής της επιείκειας. Ο *G. Hartmann* θεωρεί ότι η εν λόγω στάση συνδέεται με το στη Γερμανία επί εκατονταετιών ισχύον εξαιρετικά τυπικό δίκαιο της δικαστικής απόδειξης, το οποίο προδιέγραφε στο δικαστή κάθε πτυχή της απόφασής του. Η *Aequitas*, η οποία καλεί το δικαστή να λάβει υπόψη του τις ιδιαιτερότητες της κάθε περίπτωσης, βρίσκεται ακριβώς στην αντίπερα όχθη⁸⁸.

Η ιστοριογραφία του περασμένου αιώνα με κύριο ομιλητή της τον Franz Wieacker πρότεινε μια διαφορετική, εν τω μεταξύ περίφημη, ερμηνεία τόσο σχετικά με την προβληματική μας όσο και όσον αφορά στο γενικότερο πνεύμα του BGB. Η γραμμή της ξεκινά από την επιστήμη των Πανδεκτιστών (*Pandektenwissenschaft*), τη βαθύτερη ρίζα του γερμανικού Κώδικα⁸⁹, την οποία

87. Protokole der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, I, σελ. 239 επ.

88. AcP 73, σελ. 400.

89. Για τα παρακάτω προβλ. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967 (1996), V Teil, § 23, σελ. 430 επ.

μεθοδολογικά κατατάσσει στον επονομαζόμενο νομικό θετικισμό (*rechtswissenschaftlicher Positivismus*), την προσκολλημένη στον τύπο κατεύθυνση στην ιστορία των Ιδεών, σύμφωνα με την οποία το δίκαιο αποτελείται και γίνεται κατανοητό αποκλειστικά μέσα από συστήματα, έννοιες και κατασκευές της νομικής επιστήμης. Φιλοσοφική έμπνευση αυτής της κατεύθυνσης φέρεται να υπήρξε η φιλοσοφία του Immanuel Kant, ο οποίος ως γνωστόν κήρυξε τόσο το χωρισμό των πεδίων του Δικαίου και της Ηθικής, όσο και την αποπομπή της ιδέας της επιείκειας από το πεδίο της νομικής επιστήμης και των δικαστηρίων⁹⁰. Συστηματικό επακόλουθο της παραπάνω σύλληψης φέρεται να είναι η θεωρία περί κλειστού νομικού συστήματος, το οποίο δεν αφήνει χώρο για κενά δικαίου. Αυτό έχει συνέπειες για τη θέση του δικαστή. Διότι, αν το σύστημα είναι κλειστό, τότε ο τελευταίος επιτρέπεται να θεμελιώσει την απόφασή του αποκλειστικά στα στοιχεία του συστήματος και όχι σε εξωδικαιικούς, κοινωνικούς ή ατομικούς, παράγοντες. Πρόκειται για μια θεωρία της ασφάλειας δικαίου και της δυνατότητας στάθμισης της δικαστικής απόφασης, η οποία συνάδει το δίχως άλλο με την ιδέα του αστικού Κράτους Δικαίου και την επικράτηση της Αρχής της Διάκρισης των Εξουσιών στο πλαίσιο του ιδιωτικού δικαίου, κυρίαρχα στοιχεία σίγουρα του νομικού Φαντασιακού της εποχής που μελετάμε. Η εν λόγω ερμηνεία συμπληρώνει τον κύκλο της αναφερόμενη και στην αντίδραση απέναντι στις παραπάνω ιδέες, αντίδραση που θα κορυφωθεί με τη δράση της λεγόμενης Σχολής της ελεύθερης εύρεσης του δικαίου (*Freirechtsschule*)⁹¹.

Τα περισσότερα σημεία της παραπάνω ερμηνείας έχουν τεθεί από την έρευνα των τελευταίων χρόνων σε αμφισβήτηση. Δόγματα περί μη υπάρξεως κενών στο δίκαιο του BGB δεν υπήρξαν ποτέ. Η ιδέα του Συστήματος και η χρησιμότητα των εννοιών αναλύθηκαν σίγουρα αρκετά από τους Πανδεκτιστές, αλλά ούτε ακόμη και αυτός ο *Puchta* δεν περιόρισε το δίκαιο σ' αυτά⁹². Εδώ δεν μπορούμε να υπεισέλθουμε σε λεπτομέρειες. Πάντως δεν μπορούμε να αρνηθούμε και το εξής: ο Γερμανός νομοθέτης είναι επιφυλακτικός απέναντι στην *exceptio doli generalis*. Δεν την απαρνείται, αλλά δεν την κατονομάζει κιόλας. Ίσως όχι μόνο για να μην ενθαρρύνει το δικαστή να επεμβαίνει στις ιδιωτικές διαφορές, αλλά και για να μη δημιουργήσει έτσι ρήγματα στην θεωρία του ατομικού δικαιώματος.

Όπως και να' χει όμως η αρχή της επιείκειας βρίσκει πάντως το δρόμο της στο

90. Πρβλ. *Kant*, *Die Methaphysik der Sitten*, Erster Teil, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre I, σελ. 72.

91. Πρβλ. ακόμη *Gängel*, ARSP 1991, σελ. 121επ., καθώς και ήδη *Schumacher*, *Die exceptio doli generalis und die Stellung des Richters zum Gesetz*, 1907, σελ. 21 σχετικά με την κριτική στο κλειστό σύστημα.

92. Πρβλ. *Meder*, *Rechtsgeschichte*, 2005, 289 επ.

γερμανικό νομοθέτημα μέσω της § 242 BGB⁹³. Αυτό ταυτόχρονα σημαίνει, ότι η § 226 BGB δεν είναι η ρύθμιση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος στο γερμανικό Δίκαιο. Γιατί ο Έλληνας νομοθέτης κοιτά μόνο την § 226; Ψάχνει μόνο τη σωστή διατύπωση, ενώ δεν συζητά πια το περιεχόμενο;

Ταυτόχρονα δεν αλλάζει όμως αυτό το οποίο ένωσε ο Έλληνας νομοθέτης: ο γερμανικός νόμος εκεί που μιλά για καταχρηστική άσκηση δικαιώματος είναι σχεδόν αποθαρρυντικός. Ο Έλληνας νομοθέτης αντιθέτως δεν επιθυμεί μονάχα να διακηρύξει, αλλά διατυπώνει κιόλας τον κοινωνικό χαρακτήρα του δικαίου του. Εδώ πρόκειται πια για την προϋπόθεση του Έλληνα νομοθέτη. Ο κοινωνικός χαρακτήρας του δικαίου δεν απασχολεί ρητά τη γερμανική συζήτηση. Η «Γερμανική Ιδιαιτερότητα» έγκειται στην προάσπιση της αρχής της Ασφάλειας του Δικαίου, στην έντονη δυσπιστία απέναντι στην υποκειμενικότητα της δικαστικής απόφασης. Μέλημά του είναι επίσης ο διαχωρισμός Δικαίου και Ηθικής, μια συζήτηση, στην οποία δίνει ώθηση το γερμανικό νομοθέτημα. Η συζήτηση αυτή, υποθέτουμε, αποτελεί υπόβαθρο του Φαντασιακού, το οποίο συνοδεύει τον Αστικό Κώδικα, εμπλεκόμενο άμεσα με την προβληματική της κοινωνικής σκοπιάς του Δικαίου. Τη βρίσκει άραγε ο Έλληνας νομοθέτης ήδη σταθερά δομημένη στη γαλλική θεωρία της «abus de droit»; Αυτά τα ερωτήματα μένει να ερευνηθούν.

93. Πρβλ. ενδεικτικά Weber σε: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, § 242, 1967 (11. Aufl.), σελ. 739 επ.